

# ZH\_OBERGERICHT LY200015 vom 5. Juni 2020

ZH Obergericht, 2020-06-05, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LY200015](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LY200015)

FR: ZH\_OBERGERICHT LY200015 du 5 juin 2020

IT: ZH\_OBERGERICHT LY200015 del 5 giugno 2020

## Erwägungen

### E. 1

Die Parteien sind verheiratet und haben zwei erwachsene Kinder. Seit dem 16. Februar 2015 standen sie sich vor dem Bezirksgericht Dietikon im Scheidungsverfahren gegenüber (act. 3/1 S. 2; act. 4/1; Geschäfts-Nr. FE150038-M). Mit Urteil vom 25. März 2020 wurde die Ehe der Parteien unter Regelung der Nebenfolgen vom genannten Gericht geschieden (act. 3/4; act. 4/234). Dagegen erhob die Beklagte und Berufungsbeklagte mit Eingabe vom 18. Mai 2020 (Datum Poststempel) fristgemäss Berufung beim hiesigen Gericht, welches unter der Ver-

- 4 - fahrensnummer LC200014-O darüber zu befinden hat (act. 240 im dortigen Geschäft).

### E. 2

Im vorangegangenen Eheschutzverfahren wurde der Kläger und Berufungskläger (nachfolgend: Kläger) vom Bezirksgericht Zürich mit Verfügung vom 2. Mai 2011 u.a. dazu verpflichtet, der Beklagten und Berufungsbeklagten (nachfolgend: Beklagte) spätestens ab 1. Juli 2011 und für die weitere Dauer des Getrenntlebens persönliche Unterhaltsbeiträge von monatlich Fr. 8'740.– zu bezahlen (act. 4/8/21; Geschäfts-Nr. EE100432-L). Dieser Entscheidung wurde vom Obergericht des Kantons Zürich auf Berufung hin bestätigt (act. 4/9/40; OGer ZH, LE110041 vom 2. Februar 2012).

### E. 3

Am 24. Mai 2012 verlangte der Kläger beim Bezirksgericht Dietikon erstmals die Abänderung der Ehegattenunterhaltsbeiträge (act. 4/5/1). Nach Durchführung der Verhandlung vom 19. Juli 2012 zog der Kläger sein Gesuch wieder zurück, worauf das Verfahren abgeschlossen wurde (act. 4/5/11; Geschäfts-Nr. EE120047-M). Sodann stellte der Kläger am 16. Februar 2015 ein Gesuch um gänzliche Aufhebung der Ehegattenunterhaltsbeiträge (act. 4/2; plus ergänzende Eingabe vom 16. Mai 2015, act. 4/19; gleichentags reichte der Kläger mittels separater Eingabe auch die Scheidungsklage ein, act. 4/1). Das Bezirksgericht Dietikon (nachfolgend: Vorinstanz) wies dieses Gesuch mit Verfügung vom 3. November 2016 ab (act. 4/94). Dieser Entscheidung wurde von der Kammer bestätigt (act. 4/98; OGer ZH, LY160043 vom 23. Januar 2017). Mit Eingaben vom 3. April 2018 und 17. Juli 2018 beantragte der Kläger erneut die vorsorgliche Aufhebung der Alimentenpflicht (act. 4/142; act. 4/170; act. 4/183). Die entsprechenden Gesuche wurden von der Vorinstanz, soweit diese darauf eintrat, mit Verfügung vom 21. August 2018 abgewiesen (act. 4/180). Auf die dagegen erhobene Berufung trat die Kammer nicht ein (act. 4/188; OGer ZH, LY180049 vom 8. November 2018). In der Zwischenzeit stellte der Kläger mit Eingabe vom 1. Oktober 2018 ein neues Abänderungsgesuch (act. 4/183), auf welches die Vorinstanz mittels Verfügung vom 28. Februar 2019 jedoch nicht

eintrat (act. 4/190). Schliesslich stellte der Kläger am 30. Dezember 2019 letztmalig ein Gesuch um vorsorgliche Aufhebung der Unterhaltsbeiträge bei der Vorinstanz und beantragte hierfür zugleich

- 5 - die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege (act. 207). Mit Verfügungen vom 25. März 2020 entschied die Vorinstanz im eingangs wiedergegebenen Sinne (act. 5; act. 4/233).

### **E. 3.1**

Eine Abänderung vorsorglicher Massnahmen im Scheidungsverfahren setzt eine Veränderung der Verhältnisse voraus (Art. 276 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 179 Abs. 1 ZGB). Verlangt ist dabei eine wesentliche und dauernde Veränderung. Eine Abänderung ist ferner angebracht, wenn die tatsächlichen Umstände, die dem Massnahmeentscheid zu Grunde lagen, sich nachträglich als unrichtig erwiesen haben oder wenn sich der Entscheid nachträglich im Ergebnis als nicht gerechtfertigt herausstellt, weil dem Massnahmegericht die Tatsachen nicht zuverlässig bekannt waren. Andernfalls steht die formelle Rechtskraft des Eheschutz- bzw. des Präliminarentscheids einer Abänderung entgegen. Insbesondere kann ein Abänderungsbegehren nicht damit begründet werden, dass die ursprünglichen Umstände in rechtlicher Hinsicht oder, gestützt auf die bereits behaupteten Tatsachen und offerierten Beweise, in tatsächlicher Hinsicht falsch gewürdigt worden seien, denn das Abänderungsverfahren bezweckt nicht, das erste Urteil zu korrigieren, sondern es an veränderte Umstände anzupassen. Infolgedessen steht einem neuen Abänderungsgesuch, welches auf dem exakt gleichen Sachverhalt beruht wie ein früheres Begehren, auch der Einwand der bereits abgeurteilten Sache ("res iudicata") entgegen (Zum Ganzen BGE 143 III 617 E. 3.1, BGE 141

- 7 - III 376 E. 3.3.1, E. 3.3.4 u. E. 3.4 sowie BGer 5A\_948/2016 vom 22. Dezember 2017, E. 3).

### **E. 3.2**

Die Vorinstanz kam zum Schluss, dass der Kläger keine neuen (nicht bereits in früheren Verfahren rechtskräftig abgeurteilte) Sachumstände für das Vorliegen von Abänderungsgründen darzutun vermochte. Bezüglich eines vom Kläger eingereichten Auszugs aus einem begründeten Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, II. Strafkammer, vom 4. Dezember 2019, wonach der Kläger bzw. der dort Beschuldigte der Vernachlässigung von Unterhaltspflichten zufolge fehlender Leistungsfähigkeit vollumfänglich freigesprochen wurde (act. 266 S. 45), kam die Vorinstanz sodann zum Schluss, dass es sich bei diesem Urteil nicht um einen für das vorliegende Verfahren massgeblichen Abänderungsgrund handle, da dieses selbst nicht zu einer wesentlichen und dauerhaften Veränderung der Verhältnisse beim Kläger führe. Aus diesen Gründen trat die Vorinstanz mangels Vorliegens der Prozessvoraussetzungen (Art. 59 ZPO) auf das Abänderungsgesuch nicht ein (act. 5 E. 2.4). Im Sinne einer materiell-rechtlichen Eventualbegründung führte die Vorinstanz zudem aus, dass bzw. weshalb alleine durch das soeben genannte Urteil des Obergerichts ein bestimmtes Einkommen des Klägers im vorliegenden Abänderungsverfahren noch nicht glaubhaft gemacht worden sei (act. 5 E. 2.5). 4.

### **E. 4**

Gegen den Nichteintretensentscheid bezüglich des Gesuchs um Aufhebung der Alimentenpflicht und gegen die Abweisung des Gesuchs um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege erhob der Kläger mit Eingabe vom 14. April 2020 (Datum Poststempel) rechtzeitig (vgl. act. 2 i.V.m. act. 6/181/2) sowohl Berufung bezüglich des erstgenannten als auch Beschwerde hinsichtlich des zuletzt genannten Entscheids (act. 2). Während die Berufung unter der vorliegenden Geschäfts-Nr. geführt wird, ist bezüglich der Beschwerde auf das hierfür eigens angelegte Geschäft (PC200012-O) zu verweisen.

#### **E. 4.1**

Der Kläger bringt zunächst vor, ihm hätte vorerst einmal die unentgeltliche Rechtspflege gewährt werden müssen, damit er sodann in einem zweiten Schritt überhaupt dazu imstande gewesen wäre, (mittels seines Rechtsvertreters) rechtsgenügsame Eingaben bezüglich des Abänderungsgesuchs tätigen zu können. Selbst sei er nämlich nicht einmal ansatzweise zur Stellung entsprechender Begehren in der Lage. Der Rechtsvertreter des Klägers führt hierzu im Wesentlichen aus, dass ihm durch die Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege die Möglichkeit genommen worden sei, die gesundheitlichen Schwierigkeiten und die noch einmal reduzierten Einkommensmöglichkeiten des Klägers zu belegen. Die Vorinstanz habe zwar Recht, wenn sie ausführe, im summarischen Verfahren müssten die nötigen Tatsachenbehauptungen aufgestellt und die dafür erforderlichen Beweismittel genannt werden. Sie lasse dabei aber den entscheidenden

- 8 - Punkt ausser Acht, wonach dem Kläger vorerst die unentgeltliche Rechtspflege gewährt werden müsste, damit er (der Rechtsvertreter) diesem sodann mit der notwendigen Sorgfalt helfen könnte. Die Aufwendungen für Nachforschungen und die Beschaffung von Unterlagen hinsichtlich der Einkommensveränderung des Klägers könnten ihm (dem Rechtsvertreter) nicht zugemutet werden, solange er wisse, diesbezüglich nie entschädigt zu werden. Im Falle der Erteilung der unentgeltlichen Rechtspflege könne er die veränderten Verhältnisse aber näher überprüfen. Diesfalls will der Rechtsvertreter des Klägers die bis anhin im vorliegenden Abänderungsprozess noch nicht vorgenommenen Prozesshandlungen (substantiierte Tatsachenbehauptungen und Offerierung von Beweismitteln) gewissermassen nachholen (zum Ganzen act. 2 Rz 4, 5, 9 u. 9.1). Der Kläger begründet seine Berufung in diesem Punkt also (sinngemäss zusammengefasst) mit der fehlenden Möglichkeit zur Stellung eines rechtsgenügsamen Abänderungsgesuchs infolge falscher Handhabung des Instituts der unentgeltlichen Rechtspflege durch die Vorinstanz (Art. 117 ff. ZPO, Art. 29 Abs. 3 BV). Der Kläger spricht in diesem Zusammenhang sodann auch von einer Verweigerung seines rechtlichen Gehörs, weil er nicht ansatzweise dazu in der Lage sei, ein entsprechendes Begehren selbstständig (ohne seinen Rechtsvertreter) zu stellen (act. 2 Rz 5; Art. 53 ZPO, Art. 29 Abs. 2 BV). In seiner vorinstanzlichen Eingabe führte der Rechtsvertreter des Klägers aus, es sei ihm nicht weiter zuzumuten, immer wieder neue Rechtsschriften zu verfassen, ohne Aussicht zu haben, dafür entschädigt zu werden. Dies sei mit dem Grundsatz des Rechtsstaats bzw. mit dem Grundgedanken der unentgeltlichen Rechtspflege nicht vereinbar. Der Kläger sei von seiner Sachkenntnis und seinen sprachlichen Fähigkeiten her offensichtlich nicht dazu in der Lage, seine Rechte allein wahrzunehmen (act. 4/207 S. 3). Die Vorinstanz äusserte sich zu diesen Vorbringen in ihrem Entscheid nicht (act. 5).

#### **E. 4.2**

Die Rüge des Klägers, wonach ihm trotz bereits gestelltem Begehren um Aufhebung der Unterhaltsverpflichtungen zunächst die unentgeltliche Rechtspflege gewährt werden müsste, um danach das mangelhaft begründete Abänderungsgesuch noch einmal rechtsgenügsam spezifizieren zu können, weist Dop-

- 9 - pelcharakter auf. Einerseits will der Kläger damit die Rückweisung der Streitsache an die Vorinstanz mit der Anweisung an diese, auf das Abänderungsgesuch einzutreten, erreichen. Andererseits verfolgt er damit das Ziel einer Neuurteilung des Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege (act. 2 S. 8). Die entsprechende Rüge ist daher sowohl Bestandteil des vorliegenden Berufungs- als auch des unter der Geschäfts-Nr. PC200012-O geführten parallelen Beschwerdeverfahrens.

#### **E. 4.3**

Wo einer Partei mit nicht aussichtslosem Rechtsbegehren die finanziellen Mittel für die Bestellung eines Rechtsvertreters fehlen, eine solche zur Wahrung ihrer Rechte aber notwendig erscheint, kommt das in Art. 29 Abs. 3 BV sowie in den Art. 117 ff. ZPO verankerte Institut der unentgeltlichen Prozessverbeiständung als Teilgehalt der unentgeltlichen Rechtspflege zum Zuge. Sind die Voraussetzungen erfüllt, so hat das Gemeinwesen die Kosten der Verbeiständung ab dem Zeitpunkt, zu welchem das Gesuch eingereicht wurde, zu übernehmen. Ebenfalls übernommen werden die anwaltlichen Aufwendungen und notwendigen Vorarbeiten, welche für eine gleichzeitig mit dem UP-Gesuch eingereichte Rechtsschrift sowie für die Anfertigung des Gesuchs selbst angefallen sind (ZK ZPO-EMMEL, 3. Aufl. 2016, Art. 119 N 3; BGE 139 III 334 E. 4.2; BGer 5A\_181/2012 vom 27. Juni 2012, E. 2.3.3). Voraussetzung hierfür ist, dass im Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege dargelegt wird, dass der gesuchstellenden Partei die erforderlichen Mittel fehlen (Art. 117 lit. a ZPO) und dass das Begehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 117 lit. b ZPO). Im Gesuch ist daher darzulegen, wie es um die Aussichten des Rechtsbegehrens steht. Unzulässig ist es demgegenüber, ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege (und insbesondere unentgeltliche Rechtsverbeiständung) zu stellen, damit hernach die inhaltlichen Ausführungen gemacht werden können, die mit dem Gesuch vorgebracht werden müssten. Dies übersieht der Kläger offensichtlich, wenn er vorbringt, ihm müsste vorerst die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt werden, damit er hernach sein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ordnungsgemäss begründen könnte. Die Rüge geht damit fehl.

#### **E. 4.4**

Es ist daher schon fast müssig, auf Folgendes hinzuweisen: Die eingeschränkte Untersuchungsmaxime, die im vorliegenden eherechtlichen Summar-

- 10 - verfahren zur Anwendung gelangt (Art. 276 ZPO i.V.m. Art. 272 ZPO), entbindet weder den anwaltlich vertretenen Kläger davon, dem Gericht die nötigen Tatbestandselemente zu nennen und die verfügbaren Beweismittel zu liefern, noch verpflichtet sie das Gericht zur Erforschung des Sachverhalts, bis über die Tatsachen, die für die Beurteilung des strittigen Anspruchs erforderlich sind, hinreichende Klarheit besteht (sog. unbeschränkte Untersuchungsmaxime). Vielmehr auferlegt die eingeschränkte Untersuchungsmaxime dem Gericht bloss die Pflicht, eine unbeholfene oder schwächere Partei zu unterstützen (vgl. etwa BGer 5A\_2/2013 vom 6. März 2013, E. 4.2; BGer 5A\_645/2016 vom 18. Mai 2017, E. 3.2.3). In Bezug auf anwaltlich vertretene Parteien hat sich das Gericht diesbezüglich jedoch Zurückhaltung aufzuerlegen. Der anwaltlich

vertretene Kläger bestreitet, wie vorstehend in E. II. 4.1 ausgeführt, denn auch richtigerweise nicht, dass die substantiierte Darlegung eines zulässigen Abänderungsgrundes und die Offerierung der entsprechenden Beweismittel grundsätzlich in seinen Aufgabenbereich fallen würde. Wenn er nun aber der Ansicht ist, dieser Obliegenheit trotz eines bereits eingereichten Abänderungsgesuchs erst nach erfolgter Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege nachkommen zu müssen, dann verkennt er, wie dies nachstehend aufzuzeigen sein wird, die diesbezügliche Rechtslage.

#### **E. 4.5**

Der Anwalt haftet seinem Klienten gegenüber für die getreue und sorgfältige Ausführung des ihm übertragenen Mandats (Art. 398 Abs. 2 OR). Er hat seinen Beruf sorgfältig und gewissenhaft auszuführen (Art. 12 lit. a BGFA). Reicht er (wie vorliegend) namens seines Klienten ein Abänderungsgesuch inkl. Antrag um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ein, so hat er dieses Änderungsbegehren deshalb so auszugestalten, dass ihm möglichst hohe Erfolgsaussichten beschieden werden können. Dazu gehört auch, dass er sämtliche Aufwendungen und Abklärungen vornimmt, die hierzu erforderlich erscheinen. Wird das UP-Gesuch in der Folge gutgeheissen, so werden die Kosten für die erforderlichen, im Zusammenhang mit dem Abänderungs- und UP-Gesuch stehenden Aufwendungen, wie vorstehend ausgeführt, ebenfalls vom Gemeinwesen übernommen. Der Anwalt, der ein aussichtsreiches Abänderungsgesuch inkl. Antrag auf Gewäh-

- 11 - rung unentgeltlicher Rechtspflege stellt, läuft daher nicht Gefahr, für seine Aufwendungen nicht entschädigt zu werden. Stellt er hingegen trotz schlechten Aussichten für seinen mittellosen Klienten solche Begehren, ist es Bestandteil der Übernahme des Mandats, dass er das Risiko trägt, hinsichtlich seiner Aufwendungen leer auszugehen. Es wäre demnach die mandatsrechtliche Aufgabe des Rechtsvertreters des Klägers gewesen, das Abänderungsbegehren bereits von Anfang an hinreichend zu begründen und die entsprechenden Beweismittel zu offerieren. Entsprechend kann auch keine Verletzung des rechtlichen Gehörs (Art. 53 ZPO, Art. 29 Abs. 2 BV) vorliegen, wie vom Kläger behauptet. Im summarischen Verfahren fällt das Gericht bezüglich eines Gesuchs, welches offensichtlich unzulässig oder offensichtlich unbegründet erscheint, sodann ohne Einholung einer Stellungnahme der Gegenpartei einen sofortigen Aktenentscheid (Art. 253 ZPO; BSK ZPO- GSCHWEND, 3. Aufl. 2017, Art. 138 N 18a). Der Rechtsvertreter des Klägers musste also damit rechnen, dass ein Entscheid ergehen würde, ohne nochmals die Gelegenheit zur "Nachbesserung" zu erhalten. Somit läuft die Rüge des Klägers, wonach ihm trotz bereits gestelltem Begehren um Aufhebung der Unterhaltspflichten zunächst die unentgeltliche Rechtspflege gewährt werden müsste, um danach das mangelhaft begründete Abänderungsgesuch noch einmal rechtsgenügsam spezifizieren zu können, ins Leere. Demzufolge ist die Berufung in diesem Punkt abzuweisen. Dem Kläger wäre es im Übrigen auch offen gestanden, zunächst nur ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege zu stellen (Art. 119 Abs. 1 ZPO), um sodann je nach Prozessausgang zu entscheiden, ob es Sinn ergibt, ein Abänderungsbegehren einzureichen. Von dieser Möglichkeit sah der Kläger jedoch ab, indem er beide Gesuche gleichzeitig bzw. zusammen einreichte (act. 4/207).

#### **E. 5**

Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 4/1-238). Da sich die Berufung, wie dies nachfolgend aufzuzeigen sein wird, als offensichtlich unzulässig bzw. unbegründet

erweist, kann auf die Einholung einer Berufungsantwort verzichtet werden (Art. 312 Abs. 1 ZPO). Der Beklagten wird zusammen mit dem vorliegenden Entscheid ein Doppel der Berufung (act. 2) zuzustellen sein. II. 1. Mit Berufung anfechtbar sind erstinstanzliche End- und Zwischenentscheide sowie erstinstanzliche Entscheide über vorsorgliche Massnahmen (Art. 308 ZPO). Sofern es sich um die Beurteilung einer vermögensrechtlichen Angelegenheit handelt, ist die Berufung allerdings nur zulässig, wenn der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens Fr. 10'000.– beträgt (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Im Berufungsverfahren kann sowohl die unrichtige Rechtsanwendung als auch die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Ebenfalls gerügt werden kann die (blosse) Unangemessenheit des vorinstanzlichen Entscheides, da es sich bei der Berufung um ein vollkommenes Rechtsmittel handelt. Bei der Angemessenheitskontrolle hat sich die Rechtsmittelinstanz allerdings eine gewisse Zurückhaltung aufzuerlegen (BLI-CKENSTORFER, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 310 N 10).

- 6 - 2. Der Kläger richtet seine Berufung gegen den vorinstanzlichen Entscheid betreffend Abänderung der Unterhaltspflicht während laufendem Scheidungsverfahren, mithin also gegen einen berufungsfähigen Entscheid über vorsorgliche Massnahmen (Art. 276 ZPO i.V.m. Art. 176 ff. ZGB; Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO). Es liegt eine vermögensrechtliche Streitigkeit vor. Der demzufolge vorausgesetzte Rechtsmittelstreitwert von Fr. 10'000.00 (Art. 308 Abs. 2 ZPO) ist gemäss den zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren der Parteien (strittige Ehegattenunterhaltsbeiträge von monatlich Fr. 8'740.–) ohne Weiteres gegeben (Abänderungsbegehren vom 30. Dezember 2019 [act. 207], Berufung vom 18. Mai 2020 gegen das Scheidungsurteil [act. 240 in Geschäfts-Nr. LC200014-O], geschätzte Verfahrensdauer von einem Jahr seit Einreichung des Abänderungsbegehrens bis zum rechtskräftigen Abschluss des Scheidungsverfahrens). Zu prüfen ist nachstehend, ob der Kläger mit seinen Berufungsbegehren in formeller und materieller Hinsicht durchzudringen vermag. 3.

### **E. 5.1**

Sodann rügt der Kläger die vorinstanzlichen Ausführungen zur Rechtskraftwirkung ("res iudicata") als nicht zutreffend. Er führt hierzu in seiner Berufung aus, es gehe nicht an, von Seiten der Gerichte seit 2012 immer wieder darauf hinzuweisen, dass die vorgängig erlassenen Abänderungsentscheide weiterhin ihre

- 12 - Gültigkeit bewahren würden. Zunächst sei dies unter dem Hinweis geschehen, dass der Kläger ein erstes Abänderungsbegehren wieder zurückgezogen habe. Später sei dann immer wieder argumentiert worden, da gewisse Tatsachen schon in früheren Verfahren geltend gemacht worden seien, könnten diese nun nicht noch einmal erfolgreich in Feld geführt werden. Es wirke nun mehr als eigenartig, wenn die Strafkammer des Obergerichts eine Vernachlässigung von Unterhaltzahlungen verneint habe und zum Schluss gekommen sei, dass nicht einmal Teilzahlungen möglich seien, gleichzeitig auf der zivilrechtlichen Ebene aber seit Jahren an der Fiktion festgehalten werde, es seien monatlich mehr als Fr. 8'000.– geschuldet und es lägen keine Abänderungsgründe vor, weil diese in früheren Verfahren bereits einmal angerufen bzw. beurteilt worden seien. Dies könne nicht richtig sein, so der Kläger (act. 2 Rz 9.2).

### **E. 5.2**

Nach Art. 311 Abs. 1 ZPO muss die Berufung eine Begründung enthalten. Dies gilt auch dann, wenn das Verfahren wie vorliegend dem (eingeschränkten) Untersuchungsgrundsatz unterliegt. Begründen im Sinne der genannten Vorschrift bedeutet aufzeigen, inwiefern der angefochtene Entscheid als fehlerhaft erachtet wird. Um dieser Pflicht nachzukommen, genügt es nicht, wenn der Berufungskläger lediglich auf seine Vorbringen vor der ersten Instanz verweist, sich mit Hinweisen auf frühere Prozesshandlungen zufriedengibt oder den angefochtenen Entscheid bloss in allgemeiner Art und Weise kritisiert. Vielmehr muss er im Einzelnen die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnen, die er beanstandet, sich mit ihnen argumentativ auseinandersetzen und die Aktenstücke nennen, auf denen seine Kritik beruht. Bei der Begründung handelt es sich um eine gesetzliche, von Amtes wegen zu prüfende Zulässigkeitsvoraussetzung für die Berufung. Fehlt eine solche gänzlich oder ist sie ungenügend im Sinne der vorstehenden Ausführungen, so tritt die Rechtsmittelinstanz auf die Berufung nicht ein (zum Ganzen BGE 138 III 374 E. 4.3.1, BGer 5A\_598/2019 vom 23. Dezember 2019, E. 3.1 sowie BGer 5A\_438/2012 vom 27. August 2012, E. 2.2)

### **E. 5.3**

Die Auseinandersetzung des Klägers mit den Erwägungen des vorinstanzlichen Entscheids erschöpft sich, wie oben in E. II. 5.1 ersichtlich, darin, die Ausführungen der Vorinstanz bloss appellatorisch zu kritisieren ("Es geht nicht an, ...", "Es wirkt mehr als eigenartig, ...", "Das kann nicht richtig sein."). Der Kläger

- 13 - führt hingegen nicht aus, weshalb die vorinstanzliche Argumentationslinie (Sperrwirkung der "res iudicata") rechtlich nicht zutreffend sein soll bzw. aus welchem Grund ein Urteil in Strafsachen den zivilprozessualen Grundsatz der abgeurteilten Sache durchbrechen können soll. Der Kläger hat im vorliegenden Berufungsverfahren auch nicht gerügt, im vorinstanzlichen Verfahren neue Sachverhalte vorgebracht zu haben, die dann nicht von der Rechtskraftwirkung ("res iudicata") erfasst sein würden und demnach von der Vorinstanz in materieller Hinsicht hätten beurteilt werden müssen. Vielmehr will er dies dann erst nach der beantragten Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege gewissermassen nachholen. Dass der diesbezüglich vorgebrachten Rüge jedoch kein Erfolg beschieden werden kann, wurde vorstehend in E. II. 4 bereits eingehend aufgezeigt. Damit ist der Kläger seiner Begründungspflicht hinsichtlich der gegen die vorinstanzlichen Ausführungen zur Rechtskraftwirkung vorgebrachten Rügen nicht nachgekommen, weshalb auf die Berufung diesbezüglich nicht einzutreten ist.

### **E. 6.1**

Schliesslich führt der Kläger in seiner Berufung aus, es könne auch nicht richtig sein, dass die Vorinstanz im gleichentags erlassenen Scheidungsurteil zum Schluss gekommen sei, die Beklagte habe nach der Scheidung keinen Anspruch auf Alimente, währenddem im vorliegenden Verfahren um vorsorgliche Massnahmen von der seit acht Jahren geltenden Fiktion ausgegangen werde, der Kläger verdiene immer noch so viel wie anfangs 2012 und müsse monatlich mehr als Fr. 8'000.– an Alimenten bezahlen (act. 2 Rz 9.2).

### **E. 6.2**

Das Scheidungsurteil, auf welches sich der Kläger bezieht, erging am 25. März 2019, mithin also, wie von diesem geltend gemacht, am selben Tag wie der vorliegend angefochtene Abänderungsentscheid (Verfügungen und Urteil des Bezirksgerichts Dietikon vom 25. März 2020; act. 3/4; act. 4/237). Demnach handelt es sich bei diesem um ein sog. echtes Novum. Solche echte Noven werden im Berufungsverfahren berücksichtigt, sofern

sie ohne Verzug vorgebracht wurden (Art. 317 Abs. 1 lit. a). Dies erscheint vorliegend als unproblematisch. Das Scheidungsurteil selbst stellt jedoch keinen Abänderungsgrund dar, denn es be-

- 14 - wirkt keine Einkommensveränderung beim Kläger. Diesem bzw. den darin enthaltenen Erwägungen könnte (theoretisch) aber der Charakter eines Beweismittels zwecks Nachweises einer rechtsgenügsam behaupteten Einkommensveränderung zukommen. Nachdem die Vorinstanz zum Schluss gelangte, dass der Kläger keinen zulässigen Abänderungsgrund geltend gemacht habe (act. 5 E. 2), wäre es nun aber am Kläger gewesen, in seiner Berufungsschrift genau aufzuzeigen, inwiefern ein solcher, noch nicht von der Rechtskraftwirkung erfasster Abänderungsgrund dennoch vorliegt. Da er dies aber unterlassen hat (der Hinweis darauf, dass etwas "nicht richtig sein könne", reicht hierzu jedenfalls nicht aus) ist er seiner diesbezüglichen Begründungspflicht nicht nachgekommen, weshalb auf die Berufung auch insoweit nicht einzutreten ist. Im Übrigen übersieht der Kläger Folgendes: Die Vorinstanz wies den Antrag der Beklagten auf nahehehlichen Unterhalt im Scheidungsurteil vom 25. März 2020 zufolge mangelhafter Substantiierung und der Einreichung ungeeigneter oder ungenügender Beweisofferten ab (act. 234 E. 4 des besagten Urteils). Ein erheblicher prozessualer Unterschied zwischen den zwei Verfahren besteht gerade darin, dass, anders als im vorliegenden Abänderungsverfahren, im Hauptverfahren die Beklagte als Antragstellerin die Substantiierungs- und Beweislast hinsichtlich der Frage des Anspruchs auf nahehehliche Unterhaltsleistungen trägt. Zudem stellte sich bezüglich des nahehehlichen Unterhalts zufolge erstmaliger Beurteilung auch nicht die Frage der bereits abgeurteilten Sache ("res iudicata"), welcher im vorliegenden Verfahren eine wesentliche Bedeutung zukommt.

## **E. 7**

Zusammenfassend ist demnach festzuhalten, dass sich die Begehren des Klägers als offensichtlich unzulässig bzw. unbegründet erweisen (Art. 312 Abs. 1 ZPO) und er deshalb mit diesen nicht durchzudringen vermag. Die Berufung ist daher abzuweisen, soweit darauf überhaupt einzutreten ist. III. 1. Für das zweitinstanzliche Verfahren rechtfertigt es sich, die Entscheidungsgebühr in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 4 Abs. 1 bis 3 sowie § 8 Abs. 1 der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV

- 15 - OG) auf Fr. 2'500.- festzusetzen. Die Kosten sind dem unterliegenden Kläger aufzuerlegen (Art. 106 ZPO). 2. Der Kläger beantragt die unentgeltliche Rechtspflege für das vorliegende Berufungsverfahren. Nach vorstehend Ausgeführtem erweist sich seine Berufung jedoch als offensichtlich unzulässig bzw. unbegründet (Art. 312 Abs. 1 ZPO), weshalb das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege von vornherein zufolge Aussichtslosigkeit abzuweisen ist (Art. 117 lit. b ZPO). Eine Behandlung des damit zusammenhängenden Begehrens um Fristansetzung zur Nachreichung von Belegen bezüglich Einkommen, Existenzminimum und Bedarf des Klägers (act. 2 S. 8; vgl. Art. 117 lit. a ZPO) erübrigt sich damit. 3. Der Beklagten ist keine Parteientschädigung zuzusprechen, da ihr keine Aufwendungen entstanden sind, die zu entschädigen wären. Es wird beschlossen: 1. Das Gesuch des Klägers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren wird abgewiesen. 2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Urteil. Es wird erkannt: 1. Die Berufung wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird. Die Verfügung des Bezirksgerichts Dietikon vom 25. März 2020, mit welcher dieses auf das klägerische Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen nicht eintrat (FE150038-M / Z19), wird bestätigt. 2. Die zweitinstanzliche

Entscheidgebührr wird auf Fr. 2'500.– festgesetzt und dem Kläger auferlegt. 3. Parteientschädigungen werden keine zugesprochen.

- 16 - 4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte unter Beilage des Doppels von act. 2 und der Kopien von act 3/1–5, sowie an das Bezirksgericht Dietikon, je gegen Empfangsschein, und an die Obergerichtskasse. Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück. 5. 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 beträgt Fr. 104'880.–. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Obergericht des Kantons Zürich II. Zivilkammer Der Gerichtsschreiber: lic. iur. D. Siegwart versandt am:

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