

# ZH\_OBERGERICHT LY240010 vom 10. September 2024

ZH Obergericht, 2024-09-10, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LY240010](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LY240010)

FR: ZH\_OBERGERICHT LY240010 du 10 septembre 2024

IT: ZH\_OBERGERICHT LY240010 del 10 settembre 2024

## Erwägungen

### E. 1

Die Parteien sind seit dem tt. April 2014 miteinander verheiratet und die Eltern des Verfahrensbeteiligten, geb. tt.mm.2014 (Urk. 5/3). Der Eheschutzentscheid erging am 11. Juni 2020 (Urk. 5/5/28). Mit Eingabe vom 27. Dezember 2021 (Poststempel) reichte der Kläger die Scheidungsklage bei der Vorinstanz ein (Urk. 5/1). Im Rahmen dieses Scheidungsverfahrens stellten beide Parteien sowie der Verfahrensbeteiligte die eingangs wiedergegebenen Anträge betreffend vorsorgliche Massnahmen (s.o. S. 3 f.). In der Folge erliess die Vorinstanz den vorstehend wiedergegebenen Massnahmenentscheid vom 8. Februar 2024 (Urk. 2). Die Vorladung zur Hauptverhandlung auf den 16. Mai 2024 wurde infolge des vorliegenden Berufungsverfahrens abgenommen (Urk. 12/8). Bezüglich des übrigen Ver-

- 7 - laufs des bisherigen vorinstanzlichen Verfahrens sei auf den angefochtenen Entscheid, die Verfügung vom 18. Oktober 2022 sowie das vorinstanzliche Protokoll verwiesen (Urk. 2; Urk. 5/84; Prot. I).

### E. 1.1

Mit der ersten Verfügung betreffend vorsorgliche Massnahmen vom 18. Oktober 2022 war der Kläger u.a. verpflichtet worden, der Beklagten ab 1. Februar 2023 und für die weitere Dauer des Getrenntlebens monatliche Ehegattenunterhaltsbeiträge von CHF 3'234.– zu bezahlen. Damals hatte das monatliche Nettoeinkommen des Klägers CHF 10'936.– betragen. Der Beklagten war ein hypothetisches monatliches Nettoeinkommen von CHF 3'420.– angerechnet worden und die Familienzulagen für den Verfahrensbeteiligten hatten CHF 450.– pro Monat betragen. Den monatlichen Bedarf hatte die Vorinstanz beim Kläger auf CHF 3'432.–, bei der Beklagten auf CHF 4'046.– und beim Verfahrensbeteiligten auf CHF 809.– beziffert (Urk. 5/84 S. 21).

### E. 1.1.1

Der Anspruch auf Leistung eines Prozesskostenvorschusses gründet in der Beistandspflicht der Ehegatten und setzt voraus, dass der den Prozesskostenvorschuss beantragende Ehegatte nicht selbst über die nötigen Mittel verfügt (Bedürftigkeit) und dem in Anspruch zu nehmenden Ehegatten die Leistung des Prozesskostenvorschusses zumutbar ist, d.h. er/sie leistungsfähig ist. Zudem ist vorausgesetzt, dass das Rechtsbegehren des um Prozesskostenvorschuss Ersuchenden nicht aussichtslos ist.

### E. 1.1.2

Eine Person hat gemäss Art. 117 ZPO Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt (lit. a) und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (lit. b). Ob im Einzelfall genügende Erfolgsaussichten bestehen,

beurteilt sich aufgrund einer vorläufigen und summarischen Prüfung der Prozessaussichten, wobei die Verhältnisse im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs massgebend sind. Die gesuchstellende Partei hat ihre wirtschaftliche Situation offenzulegen sowie ihre Mittellosigkeit und die Erfolgsaussichten ihrer Rechtsbegehren glaubhaft zu machen (BSK ZPO-Rüegg/Rüegg, Art. 119 N 3).

### **E. 1.1.3**

Unter denselben Voraussetzungen, wie für die unentgeltliche Rechtspflege, besteht ein Anspruch auf unentgeltlichen Rechtsbeistand, soweit dies zur Wahrung der Rechte notwendig ist (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO).

### **E. 1.2**

Im vorliegend angefochtenen vorsorglichen Abänderungsentscheid berücksichtigte die Vorinstanz, dass dem Kläger seine vormalige Arbeitsstelle bei der K.\_\_\_\_\_ mit Schreiben vom 14. Juni 2023 per 30. September 2023 gekündigt wurde und er seither Arbeitslosengeld von durchschnittlich monatlich CHF 8'633.– bezieht (Urk. 2 S. 10; Urk. 5/136/60; Urk. 5/157/52). Zwar habe der Kläger das Abänderungsbegehren bereits am 30. Oktober 2023 gestellt (Urk. 5/156) und damit nicht die viermonatige Arbeitslosigkeit (BGE 143 III 617 E. 5.2) abgewartet. Unter Berücksichtigung, dass der Kläger allerdings bereits seit dem 3. Juli 2023 von der Arbeit freigestellt sei und er sich seither auf Stellensuche befinde, sei von einer dauerhaften Veränderung seiner Einkommenssituation auszugehen (Urk. 2 S. 11). Des Weiteren ging die Vorinstanz bezüglich der Beklagten weiterhin von einem hypothetischen Monatseinkommen von CHF 3'420.– netto und Familienzulagen von CHF 200.– aus (Urk. 2 S. 11, 17).

#### **E. 1.2.1**

Die Beklagte beantragt die Leistung eines Prozesskostenvorschusses, hält aber fest, dass der Kläger hierzu nicht in der Lage sei. Daher sei ihr eventualiter die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren (Urk. 1 S. 3, Rz. 33-37). Der Kläger beantragt, das Gesuch der Beklagten um Prozesskostenvorschuss sei abzuweisen und es sei ihm ebenfalls die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen (Urk. 10 S. 2, 17-19).

- 20 -

#### **E. 1.2.2**

Es zeigt sich, dass die Beklagte angesichts ihres tiefen Erwerbseinkommens von durchschnittlich CHF 2'058.– netto pro Monat (Urk. 16 Rz. 41; Urk. 18/3) zuzüglich des (vorsorglichen) Ehegattenunterhalts von CHF 2'162.– ihren Bedarf von CHF 4'275.– (Urk. 2 S. 17) selbst vor dem praxismässigen Zuschlag von 25% zuzüglich des Grundbetrags und den Steuerabzahlungsraten (Urk. 18/4) bei Weitem nicht decken kann und daher als prozessual bedürftig zu qualifizieren ist. Vermögen ist keines vorhanden (Urk. 5/182/8; Urk. 5/22/10), was angesichts des tiefen Einkommens auch heute noch der Fall ist (Urk. 18/2).

#### **E. 1.2.3**

Bezüglich des Klägers ist von einem monatlichen Bedarf von rund CHF 3'500.– auszugehen (Urk. 2 S. 12). Dabei ist der Grundbetrag um 25% auf CHF 1'500.– zu erhöhen, was einen erweiterten monatlichen Bedarf von CHF 3'800.– ergibt, und es sind Unterhaltszahlungen von total CHF 3'173.– (d.h. CHF 1'011 [Kindesunterhalt] + CHF 2'162

[Ehegattenunterhalt]) zu addieren. Hinzu kommt, unter Berücksichtigung der (vorsorglichen) Unterhaltszahlungen sowie der üblichen Abzüge, eine geschätzte monatliche Steuerlast von rund CHF 620.–. Daraus ergibt sich ein prozessualer Bedarf des Klägers in der Höhe von CHF 7'593.–. Bezüglich der weiteren Schuldabzahlungsraten von insgesamt CHF 1'259.30 begnügt sich der Kläger mit dem Verweis auf die Klagebegründung (Urk. 5/156 S. 19), ohne sich mit den überzeugenden Erwägungen der Vorinstanz auseinanderzusetzen (Urk. 10 S. 18; Urk. 2 S. 13). Die weiteren Schulden sind daher nicht genügend substantiiert und in die prozessuale Bedarfsberechnung nicht einzubeziehen. Damit ergibt sich ein monatlicher Überschuss des Klägers von CHF 1'040.–, setzt man den monatlichen Bedarf von CHF 7'593.– in Relation zum monatlichen Nettoeinkommen von CHF 8'633.–. Vermögen ist keines vorhanden (Urk. 5/157/63). Unter diesen Umständen kann der Kläger nach wie vor (Urk. 5/71) nicht als prozessual bedürftig gelten. Sein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ist daher abzulehnen. Unter Berücksichtigung der ihm damit für das vorliegende Verfahren erwachsenden Prozesskosten, seiner Arbeitslosigkeit sowie des Umstands, dass ihm ein Notgroschen zu belassen ist, erscheint der Kläger indes nicht als genügend leistungsfähig, um der Beklagten zusätzlich noch einen Prozesskostenvorschuss zu leisten.

- 21 -

#### **E. 1.2.4**

Da die Beklagte als prozessual bedürftig zu gelten hat (s.o. V.1.2.2), der Kläger nicht zu einem Prozesskostenvorschuss zu verpflichten ist (s.o. V.1.2.3) und die Berufung auch aus einer ex ante-Perspektive nicht als aussichtslos erscheint, ist der Beklagten die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. X.\_\_\_\_\_ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin beizugeben.

#### **E. 1.3**

Den monatlichen Bedarf des Klägers bezifferte die Vorinstanz auf CHF 3'499.–, jenen des Verfahrensbeteiligten auf CHF 826.– und jenen der Beklagten auf CHF 4'275.– (Urk. 2 S. 12). Dabei kam die Vorinstanz zum Schluss, dass dem Kläger nach Abzug seines Bedarfs von CHF 3'499.– sowie des Kindesunterhalts von CHF 1'011.– (Urk. 5/84 S. 21, nicht angefochten) sowie des bisherigen Ehegattenunterhalts von CHF 3'234.– (a.a.O.) unter Berücksichtigung seines neuen Einkommens von monatlich CHF 8'633.– nur noch ein Überschuss von rund

- 16 - CHF 890.– verbleibe. Der Beklagten verbleibe dagegen ein Überschuss von rund CHF 2'380.– (d.h. CHF 3'420.– [hypothetisches Einkommen] + CHF 3'234.– [bisheriger Ehegattenunterhalt, Urk. 5/84] - CHF 4'275.– [Bedarf]). Daraus ergebe sich ein Ungleichgewicht, das mittels vorsorglicher Abänderung des Ehegattenunterhalts zu beheben sei (Urk. 2 S. 13). Dafür ging die Vorinstanz wie folgt vor: Der Beklagten würden monatlich CHF 855.– fehlen (d.h. CHF 4'275.– [Bedarf] - CHF 3'420.– [hypothetisches Einkommen]). Nach Abzug dessen sowie des Bedarfs des Klägers und des Kindesunterhalts vom Einkommen des Klägers resultiere noch ein Überschuss von CHF 3'268.– (d.h. CHF 8'633.– [Einkommen Kläger] - CHF 3'499.– [Bedarf Kläger] - CHF 1'011.– [Unterhalt Verfahrensbeteiligter] - CHF 855.– [Manko der Beklagten]). Auf diesen habe die Beklagte im Umfang von 40%, d.h. CHF 1'307.–, Anspruch. Somit resultiere ein vorsorglicher Ehegattenunterhalt von CHF 2'162.– (d.h. CHF 855.– [Manko der Beklagten] + CHF 1'307.– [Überschussanteil]). Zumal sich die Beklagte schon seit

Längerem nicht mehr auf die bisherigen Unterhaltszahlungen des Klägers habe verlassen können, gelte diese Abänderung per 1. November 2023 (Urk. 2 S. 14). 2. Vorbringen der Parteien

## **E. 2**

Mit Eingabe vom 22. Februar 2022 (Poststempel) legte die Beklagte innert Frist Berufung gegen den Massnahmenentscheid vom 8. Februar 2024 ein (Urk. 1 und 5/189/1). Nachdem mit Verfügung vom 28. Februar 2024 das Gesuch der Beklagten um Erteilung der aufschiebenden Wirkung abgewiesen worden war (Urk. 4), erstattete der Kläger innert mit Verfügung vom 4. April 2024 angesetzter Frist (Urk. 7) am 15. April 2024 (Poststempel) die Berufungsantwort (Urk. 10 bis 12/1-8). Mit Verfügung vom 7. Juni 2024 wurde der Beklagten die Berufungsantwort samt Beilagen zugestellt sowie dem Verfahrensbeteiligten eine zehntägige Frist zur Stellungnahme angesetzt (Urk. 13). Der Verfahrensbeteiligte erstattete innert Frist mit Eingabe vom 19. Juni 2024 (Poststempel) eine Stellungnahme, welche am darauffolgenden Tag den Parteien zur Kenntnisnahme zugestellt wurde (Urk. 14). Mit Eingabe vom 24. Juni 2024 erstattete die Beklagte eine Stellungnahme zur Berufungsantwort, welche am 26. Juni 2024 dem Kläger sowie Verfahrensbeteiligten zur Kenntnisnahme zugeschickt wurde (Urk. 16 bis 19/1+2). Weitere Eingaben der Beklagten erfolgten am 26. Juni 2024 sowie 9. Juli 2024, welche jeweils dem Kläger sowie dem Verfahrensbeteiligten zur Kenntnisnahme zugestellt wurden (Urk. 21 bis 26/1+2). Ebenso wurde die Stellungnahme des Klägers vom 12. Juli 2024 an die Beklagte und den Verfahrensbeteiligten zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 27 bis 29/1+2). Weitere Stellungnahmen in der Sache erfolgten nicht (Prot. II S. 12 f.).

### **E. 2.1**

Die Vorinstanz hat in Anwendung von Art. 104 Abs. 3 ZPO den Entscheid über die Kosten- und Entschädigungsfolgen dem Endentscheid vorbehalten (Urk. 2 S. 18). Dabei hat es sein Bewenden.

### **E. 2.2**

Die Gerichtsgebühr des Berufungsverfahrens ist auf CHF 3'000.– festzulegen (§ 6 Abs. 1 i.V.m. § 5 Abs. 1, § 8 Abs. 1, § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG). Bezüglich des Obsiegens/Unterliegens ist zu berücksichtigen, dass die Beklagte hinsichtlich der Weisung zu einer Psychotherapie teilweise obsiegte, hinsichtlich der Weisung zu Drogen- und Alkoholtests sowie des Unterhalts hingegen unterlag. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Berufungsverfahrens der Beklagten zu 80% und dem Kläger zu 20% aufzuerlegen (Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO). Ferner ist die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger für das Berufungsverfahren eine auf 60 % reduzierte Parteientschädigung von CHF 1'800.– (einschliesslich 8.1 % Mehrwertsteuer; vgl. § 6 Abs. 1 i.V.m. § 5 Abs. 1, § 9 und § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV; Art. 118 Abs. 3 ZPO) zu bezahlen.

### **E. 2.3**

Das Honorar der Kindsvertreterin in Höhe von CHF 1'637.05 (Urk. 31) ist von den Parteien innert der mit Präsidialverfügung vom 13. August 2024 (Urk. 32) angesetzten Frist unbeanstandet geblieben und erscheint als angemessen. Es stellt einen Teil der Gerichtskosten dar. Es wird beschlossen:

## **E. 3**

Mit Verfügung vom 13. August 2024 wurde den Parteien Frist angesetzt, um zur Honorarnote der Kindsvertreterin (Urk. 30 f.) eine freigestellte Stellungnahme einzureichen, und im Übrigen die Beratungsphase angezeigt (Urk. 32). Die Parteien erstatteten keine Stellungnahmen zur Honorarnote der Kindsvertreterin.

### **E. 3.1**

Im Zentrum des vorliegenden Verfahrens betreffend Unterhalt stehen die Fragen, inwiefern der Beklagte unverschuldet arbeitslos ist und damit Anspruch auf eine Abänderung des Ehegattenunterhalts hat (s.u. IV.3.2) sowie ab wann eine all- fällige Unterhaltsanpassung gelten soll (s.u. IV.3.3). Dagegen sind weder die Höhe der Arbeitslosentaggelder des Klägers noch die vorinstanzliche Bedarfs- und Über- schussberechnung strittig. Unbestritten ist auch, dass die Arbeitslosentaggelder im Vergleich zum vormaligen Verdienst des Klägers quantitativ eine wesentliche Ver- änderung darstellen (zutreffend Urk. 2 S. 10). Auch das hypothetische Einkommen an sich wird von der Beklagten nicht bestritten. Sie führt lediglich dessen effektives Nichterreichen als Argument ins Feld, weshalb eine allfällige Abänderung des Ehe- gattenunterhalts nicht schon per 1. November 2023 gelten dürfe (Urk. 1 Rz. 29; Urk. 16 Rz. 33).

### **E. 3.2**

Es ist umfangreich dokumentiert, dass der Kläger fortlaufend seit Juli 2023 zahlreiche Bewerbungen eingereicht hat (Urk. 12/7; Urk. 5/157/3-46). Trotz seiner schwerwiegenden gesundheitlichen Probleme (Urk. 5/157/47-49, 53) zeigte sich der Kläger damit als ausreichend bemüht, möglichst bald eine neue Arbeitsstelle zu finden. Dafür spricht auch, dass der Kläger die Arbeitslosentaggelder ausbezahlt erhält (Art. 17 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 26 AVIV; BGE 143 III 617 E. 5.2; Urk. 5/178/2- 4). Insofern kann, entgegen der Beklagten, nicht von einer selbstverschuldeten Ar- beitslosigkeit des Klägers ausgegangen werden. Ihm ist damit kein hypothetisches Einkommen anzurechnen und er hat, entsprechend den vorinstanzlichen Erwägun-

- 18 - gen (Urk. 2 S. 10 f.), grundsätzlich Anspruch auf eine Abänderung des Ehegatten- unterhalts. 3.3.1 Wie die Vorinstanz zutreffend ausführt, gilt eine mehr als vier Monate andau- ernde Arbeitslosigkeit als eine wesentliche Veränderung der Verhältnisse, welche eine Anpassung von Unterhaltsbeiträgen rechtfertigen kann (BGE 143 III 617 E. 5.2; Urk. 2 S. 8, 10). Es hängt allerdings nicht bloss von einer formalen viermo- natigen Arbeitslosigkeit, sondern auch von den weiteren konkreten Umständen des Einzelfalls ab, ob eine dauerhafte Veränderung der finanziellen Verhältnisse einge- treten ist (BGer 5A\_138/2015 vom 1. April 2015, E. 4.1.1). Steht beispielsweise schon vor der Beendigung des Arbeitsverhältnisses fest, dass die Arbeitslosigkeit länger dauern wird, ist auch dieser Umstand zu berücksichtigen. 3.3.2 Ein Entscheid über die Abänderung vorsorglicher Massnahmen im Unter- haltspunkt wirkt nach der Rechtsprechung grundsätzlich nur für die Zukunft, d.h. ab Eintritt seiner formellen Rechtskraft. Die Änderung kann jedoch aus Billigkeitsgrün- den auch auf den Zeitpunkt der Einreichung des Abänderungsgesuches zurückbe- zogen werden (BGer 5A\_263/2020 vom 6. Juli 2020, E. 3.3.3; Staub, Die Abände- rung familienrechtlicher Entscheide, Zürich/Basel/Genf 2022, Rz. 418; zutreffend Urk. 2 S. 14). 3.3.3 Vorliegend würdigte die Vorinstanz die konkreten Umstände des Einzelfalls dahingehend, dass mit Eingabe vom 15. August 2023 bekannt geworden sei, dass der Kläger arbeitslos sei (Urk. 5/136/60). Daraus leitete die Vorinstanz ab, dass eine Veränderung der Verhältnisse voraussehbar gewesen sei, was die Abände- rung des

Ehegattenunterhalts per 1. November 2023 rechtfertige (Urk. 2 S. 14). Ergänzend dazu fällt Folgendes ins Gewicht: Dem Kläger wurde nicht nur per 30. September 2023 gekündigt, sondern er wurde bereits per 3. Juli 2023 freigestellt (Urk. 5/136/60 S. 1) und es liegen bereits ab Juli 2023 die Suchbemühungen des Klägers im Recht (Urk. 12/7; Urk. 5/157/3-46). Da der Kläger mindestens seit Juli 2023 nachgewiesenermassen erfolglos eine neue Arbeitsstelle gesucht hat, stand es im Ermessen der Vorinstanz, bereits ab 1. November 2023 von einer dauerhaften Arbeitslosigkeit auszugehen. Es erscheint daher im vorliegenden Fall aus Billigkeitsgründen als gerechtfertigt, die Anpassung des Ehegattenunterhalts rück-

- 19 - wirkend per 1. November 2023 auf CHF 2'162.- zu senken. Damit steht fest, dass die Vorinstanz ihr Ermessen pflichtgemäss ausgeübt hat. Die Berufung ist somit im Unterhaltspunkt abzuweisen. V. Kosten- und Entschädigungsfolgen

#### **E. 4**

Überprüfung der Weisung gegenüber dem Kläger

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

Der Kläger konsumiert zwar Drogen (Cannabis, früher auch Kokain) sowie Alkohol (Urk. 5/157/47 S. 2; Urk. 5/46/55) und neigt zu Wutausbrüchen – beim zuletzt dokumentierten Wutausbruch vom 27. Juni 2024 handelt es sich, entgegen dem Kläger (Urk. 27 S. 2), nicht um ein Einzelereignis (Urk. 5/29 S. 57 unten; Prot. I S. 54 unten; Urk. 25/1 S. 2). Soweit die Beklagte aber beantragt, dass der Kläger zusätzlich regelmässige Alkohol- und Drogentests zu absolvieren habe, ist zu berücksichtigen, dass die Psychotherapie bei Dr. med. D. \_\_\_\_\_ bereits den Substanzmissbrauch behandelt und es dem Kläger im Rahmen dessen gelungen ist, den Konsum zu reduzieren (Urk. 12/5). Somit scheint die Psychotherapie beim Kläger positive Wirkungen zu zeitigen, d.h. den angestrebten Zweck zu erfüllen. Es erscheint daher zurzeit nicht als verhältnismässig (BK-Affolter-Fringeli/Vogel, Art. 307 N 26), zusätzlich Alkohol- und Drogentests anzuordnen.

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

Es bestehen, entgegen den Behauptungen der Beklagten (Urk. 16 Rz. 8), keinerlei Anhaltspunkte, dass Dr. med. D. \_\_\_\_\_ keine geeignete Fachperson sei. IV. Ehegattenunterhalt

- 15 - 1. Erwägungen der Vorinstanz

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