

# ZH\_OBERGERICHT NC220002 vom 5. Mai 2023

ZH Obergericht, 2023-05-05, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_NC220002](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_NC220002)

FR: ZH\_OBERGERICHT NC220002 du 5 mai 2023

IT: ZH\_OBERGERICHT NC220002 del 5 maggio 2023

## Erwägungen

### E. 1

April 2009 bis zur Volljährigkeit bzw. bis zur ordentlichen Beendigung der Erstausbildung verpflichtet (FE040124-G, Urk. 5/4/3). In der Folge vereinbarten die Parteien höhere Unterhaltsbeiträge. Zuletzt hielt der Kläger in der Unterhaltsbestätigung vom 1. Juli 2020 fest, dass er der Beklagten bis zum Abschluss der Erstausbildung oder bis zu einer einvernehmlichen Neuvereinbarung monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 2'250.– bezahlte (Urk. 5/4/8).

### E. 1.1

Die Vorinstanz prüfte zuerst, welcher massgebende Vergleichszeitraum für das Vorliegen veränderter Verhältnisse heranzuziehen sei. Sie erwog, dass für

- 9 - einen allfälligen Abänderungsanspruch des Klägers die Verhältnisse im Zeitpunkt der Klageeinreichung per April 2021 den Verhältnissen im Zeitpunkt der letzten Unterhaltsfestsetzung im Juni 2019 gegenüberzustellen seien (Urk. 2 S. 15, E. II.C.2). Anschliessend hielt sie fest, dass ein Abänderungsgrund im Sinne von Art. 286 Abs. 2 ZGB gegeben sei. Aufgrund des deutlich tieferen monatlichen Nettoeinkommens des Klägers von rund Fr. 9'281.– (bis Februar 2022) bzw. Fr. 7'306.– (ab März 2022; Einkommenseinbusse von 17.5% bzw. 35%) und der seit September 2019 bestehenden Verpflichtung zur Zahlung von monatlichen Unterhaltsbeiträgen in der Höhe von Fr. 3'000.– an seine minderjährige Tochter C.\_\_\_\_\_ liege eine dauerhafte und erhebliche Veränderung der Verhältnisse seit der letzten Unterhaltsvereinbarung im Juni 2019 vor (Urk. 2 S. 23, E. II.C.3.2.5). In der Folge legte die Vorinstanz die Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen dar (Urk. 2 S. 24 ff., E. II.D). Sie kam zum Schluss, dass die Beklagte die Unterhaltszahlungen zur Deckung ihres Bedarfs vollständig aufwenden werde und keine Rückerstattung leisten könnte, wenn der Kläger in der Hauptsache nicht mehr oder zu tieferen Unterhaltszahlungen verpflichtet würde. Dem Kläger würde in diesem Fall ein finanzieller Nachteil entstehen, welcher die von Art. 261 Abs. 1 lit. b ZPO verlangte Schwere erreiche (Urk. 2 S. 26, E. II.D.3).

### E. 1.2

Die Beklagte kritisiert in ihrer Berufung, dass die Voraussetzungen für den Erlass von vorsorglichen Massnahmen nicht gegeben und insbesondere die Verhältnisse nicht hinreichend liquide seien. Die Vorinstanz habe die Voraussetzungen für die Anordnung von vorsorglichen Massnahmen nicht geprüft, sondern einfach den ihrer Meinung nach richtigen Unterhaltsbeitrag berechnet. Dass keine liquiden Verhältnisse vorliegen würden, ergebe sich aus dem Umfang der angefochtenen Verfügung von 87 Seiten. In einem solchen Fall könne der Unterhaltsbeitrag nicht vorsorglich herabgesetzt werden (Urk. 1 Rz. 19 - 22).

### **E. 1.3**

Der Kläger macht geltend, die Vorinstanz habe die Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahme sachgerecht geprüft und die gebotene Interessensabwägung in Ausübung pflichtgemässen Ermessens vorgenommen (Urk. 18 Rz. 3). Es sei mit Urkunden belegt, dass sich sein Einkommen unver-

- 10 - schuldet und erheblich reduziert habe. Damit sei ein Abänderungsgrund bewiesen (Urk. 6 Rz. 7).

### **E. 1.4**

Will der unterhaltspflichtige Elternteil oder das volljährige Kind einen im Scheidungsurteil festgesetzten Unterhaltsbeitrag abändern lassen, ist ein selbständiges Abänderungsverfahren erforderlich (OGer ZH LC200004 vom 28. Oktober 2020, E. 4.4; OGer ZH PC180006 vom 13. März 2018, E. 4.3; KUKO ZPO-Stalder/van de Graaf, Art. 284 N 1a). Haben sich die Parteien – wie vorliegend – ausserhalb eines gerichtlichen Verfahrens über die Abänderung rechtskräftig entschiedener Scheidungsfolgen geeinigt, stellt die schriftliche (vgl. Art. 284 Abs. 2 ZPO), nicht genehmigungsbedürftige (vgl. Art. 134 Abs. 3 ZGB e contrario) Parteivereinbarung den Gegenstand einer solchen Abänderungsklage dar. Den Parteien soll in Bezug auf künftige Abänderungen kein Nachteil entstehen, wenn sie die (erste) Abänderung nur schriftlich und ohne Einleitung eines Gerichtsverfahrens vornahmen (Staub, Die Abänderung familienrechtlicher Entscheide, 2022, Rz. 166). Entsprechend sind – wie die Vorinstanz zutreffend erwog (Urk. 2 S. 15, E. II.C.2) – die aktuellen Umstände mit den Verhältnissen zum Zeitpunkt der ersten Abänderung und nicht mit dem ursprünglichen Scheidungsurteil zu vergleichen (siehe auch FamKomm Scheidung/Büchler/Raveane, Art. 129 ZGB N 65, zur Abänderung zwischen ehemaligen Ehegatten).

### **E. 1.5**

In Anwendung von Art. 303 Abs. 1 ZPO können im Rahmen eines selbständigen Unterhaltsabänderungsprozesses vorsorgliche Massnahmen beantragt werden, nämlich im Sinne einer Hinterlegung oder vorläufigen Zahlung von Unterhaltsbeiträgen oder einer einstweiligen Abänderung des Unterhaltsurteils. Dabei sind vorsorgliche Massnahmen im Abänderungsprozess nur in dringenden Fällen und bei Vorliegen besonderer Umstände gerechtfertigt, weil bereits ein im ordentlichen Verfahren ergangenes rechtskräftiges Scheidungsurteil vorliegt, welches die Verhältnisse vollständig und dauerhaft regelt (BGE 118 II 228 E. 3b; OGer ZH LY190004 vom 4. März 2019, E. 3.2.1; FamKomm Scheidung/Aeschlimann, Art. 286 ZGB N 19). Ausnahmen vom Grundsatz, dass das rechtskräftige Scheidungsurteil solange vollstreckt werden muss, als das Abänderungsurteil selbst nicht in Rechtskraft erwachsen ist, dürfen nur mit Zurückhaltung

- 11 - zugelassen werden. Eine vorsorgliche Abänderung kann sich allenfalls dann rechtfertigen, wenn der Schuldner ausserstande ist, ohne schwerwiegende Nachteile die Rente während des Abänderungsverfahrens auszurichten, und die Herabsetzung oder Aufhebung der Rente der anderen Partei schon während des Verfahrens zugemutet werden kann (BGer 5P.101/2005 vom 12. August 2005, E. 3; so auch die Beklagte in Urk. 1 Rz. 20).

### **E. 1.6**

Wie dargelegt (E. III.1.4) und vom Kläger zutreffend ausgeführt (Urk. 6 Rz. 14), geht es vorliegend jedoch nicht um die Abänderung eines rechtskräftigen Scheidungsurteils, sondern um die Abänderung einer aussergerichtlichen Parteivereinbarung. Die strengen Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen werden allerdings nicht nur mit der Rechtskraft des Scheidungsurteils, sondern auch mit der Rechtsnatur der Massnahme begründet. Anders als bei Eheschutz- oder vorsorglichen Scheidungsmassnahmen wird bei vorsorglichen Abänderungsmassnahmen nicht ein anderer materiellrechtlicher Anspruch geltend gemacht als im Hauptsacheverfahren, sondern es werden dieselben Unterhaltsansprüche für dieselbe Unterhaltsperiode beurteilt. Folglich handelt es sich hierbei um eine antizipierte Vollstreckung dessen, was der Kläger auch in der Hauptsache verlangt, also um rein prozessualen einstweiligen Rechtsschutz (zum Ganzen: Zogg, «Vorsorgliche» Unterhaltszahlungen im Familienrecht, in: FamPra 2018, S. 90 f. und 95 f.). Aus diesem Grund müssen die tatsächlichen Verhältnisse liquide sein, damit sich der Verfahrensausgang einigermaßen zuverlässig abschätzen lässt (BGer 5P.101/2005 vom 12. August 2005, E. 3; OGer ZH LZ180002 vom 4. Mai 2018, E. 5). Ihrer Rechtsnatur entsprechend setzt die Massnahmeanordnung voraus, dass die allgemeinen Voraussetzungen für prozessualen einstweiligen Rechtsschutz gemäss Art. 261 ff. ZPO erfüllt sind (Zogg, a.a.O., S. 95). Die vorsorgliche Abänderung von Unterhaltsbeiträgen setzt demnach eine erhebliche Veränderung der Verhältnisse (Art. 286 Abs. 2 ZGB) voraus. Der Geschädigte muss zudem die Begründetheit des Hauptsacheanspruchs (sog. Hauptsachenprognose; Art. 261 Abs. 1 lit. a ZPO), Dringlichkeit sowie einen nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil (sog. Nachteilsprognose; Art. 261 Abs. 1 lit. b ZPO) glaubhaft machen.

- 12 -

### **E. 1.7**

Die Einkommensreduktion des Klägers bzw. das Vorliegen einer dauerhaften und erheblichen Veränderung der Verhältnisse und damit eines Abänderungsgrundes im Sinne von Art. 286 Abs. 2 ZGB (Urk. 2 S. 23 und 54, E. II.C.3.2.5 und II.E.4.2.2) blieb in der Berufung unangefochten. Sodann wurde die Feststellung der Vorinstanz, wonach dem Kläger ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil im Sinne von Art. 261 Abs. 1 lit. b ZPO drohe (Urk. 2 S. 26, E. II.D.3), nicht beanstandet. Aus diesem Nachteil ergibt sich auch die Dringlichkeit (vgl. Botschaft vom 28. Juni 2006 zur ZPO, BBl 2006, S. 7354, welche explizit festhält, das Element der zeitlichen Dringlichkeit sei mit der Voraussetzung des drohenden, nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils verbunden). Damit sind – mit Ausnahme der Hauptsachenprognose – alle Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen unstrittig. Wenn nun die Vorinstanz aufgrund der Einkommensreduktion auf Fr. 7'306.– netto (Arbeitslosentaggelder ab März 2022) eine Neuberechnung des Unterhalts vornimmt, wendet sie das Recht richtig an. Entgegen der Auffassung der Beklagten (Urk. 1 Rz. 21) ist keine gesonderte Prüfung hinsichtlich der Liquidität vorzunehmen. Vielmehr hat die Voraussetzung liquider Verhältnisse im Rahmen des prozessualen Rechtsschutzes keine über die Hauptsachenprognose hinausgehende Bedeutung. Mit anderen Worten kann ein Anspruch in der Hauptsache nur dann glaubhaft gemacht werden, wenn die tatsächlichen Verhältnisse liquide sind. Ob eine positive Hauptsachenprognose vorliegt bzw. glaubhaft gemacht wurde, prüfte die Vorinstanz bei der Neuberechnung des Unterhalts. Vor diesem Hintergrund erweist sich die Rüge, die Vorinstanz hätte das Vorliegen liquider Verhältnisse nicht geprüft, als unbegründet. 2.

## **E. 2**

Am 23. Juli 2021 reichte der Kläger unter Beilage der Klagebewilligung des Friedensrichteramtes der Stadt Zürich vom 23. April 2021 (Urk. 5/1) eine Abänderungsklage gegen die Beklagte ein (Urk. 5/2). Der Kläger beantragte mit den eingangs wiedergegebenen Rechtsbegehren den Erlass vorsorglicher Massnahmen (Urk. 5/2; Urk. 5/12; Urk. 5/20). Die Beklagte schloss auf Abweisung des Begehrens (Urk. 5/17; Urk. 5/24). Für den weiteren Gang des vorinstanzlichen Verfahrens kann auf die entsprechenden Erwägungen in der angefochtenen Verfügung verwiesen werden (Urk. 2 S. 2 ff., E. I.1 ff.). Am 13. Juni 2022 erliess die Vorinstanz den eingangs wiedergegebenen Entscheid (Urk. 5/35 = Urk. 2). Sie reduzierte den Unterhaltsbeitrag ab 1. August 2022 und für die weitere Dauer des Verfahrens auf monatlich Fr. 736.– und wies die Massnahmebegehren im Übrigen ab (Urk. 2 S. 87, Dispositiv-Ziffern 1 - 4).

### **E. 2.1**

Mit Scheidungsurteil des Bezirksgerichts Meilen vom 20. September 2019 wurde der Kläger verpflichtet, für seine minderjährige Tochter C.\_\_\_\_\_ Unterhaltsbeiträge von Fr. 3'000.– pro Monat zu bezahlen (Urk. 5/4/9 S. 5). Im Scheidungsurteil wurde der Bedarf von C.\_\_\_\_\_ auf monatlich Fr. 4'430.– festgesetzt. Darin enthalten sind auch die Bedarfsposition Privatschule/Fremdbetreuung von Fr. 2'720.– pro Monat sowie die Kosten für Hobbys über Fr. 425.– pro Monat (Urk. 5/4/9 S. 4). Die Vorinstanz erwog dazu, dass die Kosten für Hobbys gemäss

- 13 - neuer Rechtsprechung aus einem allfälligen Überschuss zu finanzieren seien, welcher aber vorliegend nicht vorhanden sei. Für die Festlegung des Volljährigenunterhalts seien die Kosten für Hobbys im Bedarf von C.\_\_\_\_\_ daher nicht zu berücksichtigen. Indes sei gleichzeitig von einem erhöhten Grundbetrag von Fr. 600.– statt Fr. 400.– auszugehen und eine Steuerpauschale von Fr. 60.– im Bedarf von C.\_\_\_\_\_ anzurechnen. Weiter sei im Rahmen des vorliegenden Massnahmenverfahrens der Betrag für die Privatschule/Fremdbetreuung nicht tiefer anzusetzen. Zum einen lägen diesbezüglich keine liquiden Verhältnisse vor, zum anderen würden Schul- sowie Fremdbetreuungskosten – zumindest in einem gewissen Umfang – zum familienrechtlichen Existenzminimum gehören. Nach dem Gesagten wäre für die Festlegung des Volljährigenunterhalts von einem nur leicht reduzierten Bedarf von C.\_\_\_\_\_ von rund Fr. 4'238.– statt Fr. 4'430.– auszugehen. Sodann müsste eine neue Kostenaufteilung entsprechend der Leistungsfähigkeit und dem jeweiligen Betreuungsumfang der Eltern erfolgen. Der Kläger habe sich gemäss Scheidungsurteil des Bezirksgerichts Meilen vom 20. September 2019 zu rund 70 % an den Kinderkosten von C.\_\_\_\_\_ zu beteiligen. Gemäss dieser ursprünglichen Kostentragung würde sich der Unterhaltsbeitrag des Klägers für C.\_\_\_\_\_ deshalb auch bei Streichung der unzulässigen Bedarfsposition Hobbys nur geringfügig auf rund Fr. 2'967.– (70% von Fr. 4'238.–) statt Fr. 3'000.– reduzieren (Urk. 2 S. 79 f., E. II.E.4.4.14).

### **E. 2.2**

Die Beklagte bringt vor, die Vorinstanz habe hinsichtlich der Kosten der Privatschule für C.\_\_\_\_\_ anerkannt, dass keine liquiden Verhältnisse vorliegen würden (Urk. 1 Rz. 25). Die Begründung der Vorinstanz, wonach sowieso Schul- und Betreuungskosten anfallen würden, überzeuge auch in der Sache nicht. Die Schule sei in der Schweiz gratis. Würde C.\_\_\_\_\_ jeden Tag den Mittagstisch mit dem teuersten Tarif von Fr. 30.– pro Tag besuchen, wäre der Bedarf des Klägers um Fr. 2'120.– tiefer und er könnte den bisherigen

Unterhaltsbeitrag immer noch bezahlen (Urk. 1 Rz. 26). Beim Vorgehen der Vorinstanz, wonach der Kläger 70 % des Bedarfs von C.\_\_\_\_\_ übernehmen müsse, ergebe sich kein anderes Resultat. Würden die überhöhten Schulkosten von Fr. 2'120.– vom Bedarf von C.\_\_\_\_\_, für den der Kläger zu 70 % aufzukommen habe, abgezogen, reduziere sich auch der Bedarf des Klägers um Fr. 1'518.– und er könnte weiterhin den Un-

- 14 - terhaltsbeitrag bezahlen (Urk. 1 Rz. 27). Die fehlende Leistungsfähigkeit des Klägers sei deshalb in keiner Art und Weise liquid. Ebenso wenig werde diskutiert, dass die Mutter einen sehr viel höheren Beitrag leisten könnte, weil sie C.\_\_\_\_\_ nicht so viel betreue, wie das Scheidungsurteil impliziere, und der Kläger neuentens behauptete, er betreue C.\_\_\_\_\_ quasi zur Hälfte. Möglicherweise habe die Mutter von C.\_\_\_\_\_ ihr Einkommen seit der Scheidung auch gesteigert. Sie soll im November 2020 die Stelle gewechselt haben. Es gebe also noch einigen Spielraum für eine höhere Leistungsfähigkeit des Klägers (Urk. 1 Rz. 28).

### **E. 2.3**

Der Kläger entgegnet, er sei gemäss rechtskräftigem Scheidungsurteil zur Zahlung dieser Unterhaltsbeiträge verpflichtet, eine Anpassung wäre in einem Abänderungsverfahren festzustellen und hätte nur Wirkung für die Zukunft. Bis dahin seien die Unterhaltsbeiträge für seine minderjährige Tochter bei seinem Bedarf zu berücksichtigen. Er sei an seine Zusage, C.\_\_\_\_\_ in einer Privatschule betreuen und unterrichten zu lassen, gegenüber seiner Ex-Frau und auch gegenüber C.\_\_\_\_\_ gebunden. Er habe seinerzeit die Schulanmeldung mitunterzeichnet und hafte solidarisch für die Schulkosten. Das Hortangebot in D.\_\_\_\_\_ sei limitiert und wäre in Anbetracht der elterlichen Einkommen mit annähernd gleich hohen Kosten verbunden wie die Privatschule (Urk. 18 Rz. 18).

### **E. 2.4**

Soweit die Beklagte erneut fehlende liquide Verhältnisse geltend macht, kann auf die vorstehende Erwägung verwiesen werden (vgl. E. III/1.7). Mit der eigentlichen Begründung der Vorinstanz, wonach Schul- sowie Fremdbetreuungskosten zum familienrechtlichen Existenzminimum gehören, setzt sich die Beklagte nicht auseinander. Ihr Hinweis auf die Möglichkeit des unentgeltlichen öffentlichen Schulbesuchs und den Mittagstisch ist nicht zielführend. Die Entscheidung über den Besuch einer öffentlichen oder privaten Schule liegt bei den Erziehungsberechtigten (Art. 302 Abs. 1 ZGB; Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 7. Aufl. 2022, Rz. 1414). Dabei gehören die Kosten für eine Privatschule zwar nicht zum betriebsrechtlichen (vgl. BGer 5A\_43/2019 vom 16. August 2019, E. 4.6.2.1), wohl aber zum familienrechtlichen Existenzminimum. Sie sind nach Rechtsprechung der hiesigen Kammer im Bedarf des Kindes anzurechnen, wenn sich die Eltern ursprünglich darauf geeinigt ha-

- 15 - ben, sie effektiv anfallen und kein anderweitiger vollstreckbarer Entscheid einer (Schul- oder Kinderschutz-)Behörde bzw. eines Gerichts vorliegt sowie das betriebsrechtliche Existenzminimum der Familienmitglieder gedeckt ist (ZR 122 [2023] Nr. 12).

### **E. 2.5**

Vorliegend haben sich die Eltern von C.\_\_\_\_\_ gemeinsam für eine Privatschule entschieden. Es liegt auch kein anderslautender Behördenentscheid vor. Da der

Volljährigenunterhalt hinter dem familienrechtlichen Existenzminimum der übrigen Familienmitglieder zurückstehen muss (BGE 147 III 265 E. 7.3) und das betriebsrechtliche Existenzminimum der übrigen Familienmitglieder gedeckt ist, sind die Kosten der Privatschule im Bedarf von C. \_\_\_\_\_ zu berücksichtigen. Die restlichen Bedarfspositionen blieben unbestritten, weshalb mit der Vorinstanz von einem Bedarf von C. \_\_\_\_\_ von Fr. 4'238.– auszugehen ist (vgl. Urk. 2 S. 79, E. II.E.4.4.14). Das familienrechtliche Existenzminimum von C. \_\_\_\_\_ ist somit höher als der zugesprochene Unterhaltsbeitrag. Weiter bleiben die Argumente für eine höhere Leistungsfähigkeit der Mutter von C. \_\_\_\_\_ (vgl. Urk. 1 Rz. 28) unbelegt. Es wird nicht aufgezeigt, in welchem Umfang sich das Einkommen der Mutter von C. \_\_\_\_\_ seit dem Scheidungsurteil des Bezirksgerichts Meilen vom 20. September 2019 konkret verändert haben soll. Dementsprechend ist der Unterhaltsbeitrag für C. \_\_\_\_\_ von Fr. 3'000.– pro Monat bei der Berechnung der Leistungsfähigkeit des Klägers zu berücksichtigen. Die Berufung ist in diesem Punkt abzuweisen. Selbst wenn die Kosten für die Privatschule nicht dem familienrechtlichen Existenzminimum anzurechnen, sondern aus dem Überschuss zu bezahlen wären, müssten diese Kosten (analog der Fälle übermässiger Wohnungsmieten) zumindest bis zum Ende des laufenden Schuljahres angerechnet werden (BGer 5A\_43/2019 vom 16. August 2019, E. 4.6.2.1). 3.

### **E. 3**

In der schriftlichen Berufungsbegründung (Art. 311 ZPO) ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem der genannten Mängel leidet. Das setzt (im Sinne einer von Amtes wegen zu prüfenden Eintretensvoraussetzung) voraus, dass der Berufungskläger die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnet, die er anführt, sich argumentativ mit diesen auseinandersetzt und mittels genügend präziser Verweisungen auf die Akten aufzeigt, wo die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben wurden bzw. aus welchen Aktenstellen sich der geltend gemachte Berufungsgrund ergeben soll. Die pauschale Verweisung auf frühere Vorbringen oder deren blosser Wiederholung genügen nicht (vgl. BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 5A\_247/2013 vom 15. Oktober 2013, E. 3.2; 5A\_751/2014 vom 28. Mai 2015, E. 2.1). Was nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen entsprechenden Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden; diese hat sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der Beanstandungen zu beschränken, die in der schriftlichen Begründung formgerecht gegen den erstinstanzlichen Entscheid erhoben werden (vgl. BGE 142 III 413 E. 2.2.4 mit weiteren Hinweisen; BGer 5A\_111/2016 vom

#### **E. 3.1**

Die Vorinstanz stellte fest, dass der Kläger ab März 2022 nach Deckung seines familienrechtlichen Bedarfs eine stark reduzierte Leistungsfähigkeit von Fr. 736.– pro Monat aufweise (Urk. 2 S. 81 f., E. II.E.4.6). Sie reduzierte die Unterhaltsbeiträge an die Beklagte jedoch erst ab August 2022 auf Fr. 736.– pro Monat. Für die Zeit von März 2022 bis Juli 2022 sei der Beklagten eine Herabsetzung

- 16 - zung der Unterhaltsbeiträge nicht zumutbar. Einerseits sei die Beklagte zur Deckung ihres betriebsrechtlichen Existenzminimums zwingend auf die Unterhaltszahlungen angewiesen gewesen. Andererseits verfüge sie voraussichtlich nicht über die Mittel für eine

allfällige Rückzahlung. Anders verhalte es sich ab August 2022, zumal die Beklagte ab diesem Zeitpunkt einer Erwerbstätigkeit nachgehen müsse und ihr ein hypothetisches Einkommen von Fr. 1'400.– netto anzurechnen sei (Urk. 2 S. 82, E. II.E.4.6).

### **E. 3.2**

Die Beklagte bringt dagegen vor, dass in keiner Art und Weise liquid sei, ob und in welchem Ausmass sie eine Erwerbstätigkeit ausüben müsse und welches Einkommen sie dabei erzielen könne (Urk. 1 Rz. 29). Die Vorinstanz stütze sich im Wesentlichen auf das Urteil des Bundesgerichts vom 11. Oktober 2005 (BGer 5C\_150/2005) und übersehe, dass das Urteil keine Rechtsprechung enthalte, wonach jede Studentin zwingend einer Erwerbstätigkeit nachgehen müsse. Das Urteil könne nicht unbesehen auf den vorliegenden Fall angewendet werden. Es könne daraus nicht liquide abgeleitet werden, dass sie einer Erwerbstätigkeit nachgehen könne (Urk. 1 Rz. 30 und 31). Die Vorinstanz hätte zuerst entscheiden müssen, ob ihr eine Erwerbstätigkeit zumutbar sei. Diese Frage sei nicht liquid. Sie erwerbe in ihrem Anglistik-Studium 30 ETCS-Punkte pro Semester, was einem Vollzeitstudium entspreche. Sie habe weder während des Semesters noch in den Semesterferien ausreichend Zeit, um eine Erwerbstätigkeit auszuüben (Urk. 1 Rz. 32 - 34). Die bestehende Unterhaltsregelung basiere darauf, dass sie nicht arbeite. Es sei nicht einzusehen, warum der Kläger darauf zurückkommen könne. Aus diesen beiden Gründen sei es für sie nicht zumutbar, neben ihrem Studium einer Erwerbstätigkeit nachzugehen (Urk. 1 Rz. 35 und 36). Zudem rügt die Beklagte, dass die Vorinstanz ihr ein 40 %-Pensum zumute. Die Vorinstanz begründe dies mit der Statistik. Diese zeige jedoch, dass die meisten Studierenden weniger als 40 % arbeiten würden. Widersprüchlich sei, dass die Vorinstanz als Begründung ihren Erfolg im Studium aufführe. Grundlage für den Erfolg sei gerade, dass sie nicht arbeite. Eine hohe Erwerbstätigkeit würde ihren Studienerfolg gefährden (Urk. 1 Rz. 37). Entgegen der Vorinstanz habe die Nebenerwerbstätigkeit der Studierenden gemäss der Statistik abgenommen. Zur

- 17 - Erwerbstätigkeit würden bezahlte Praktika gezählt werden. Ihr Studium würde keine bezahlten Praktika vorsehen. Eine Statistik könne nichts über den konkreten Einzelfall aussagen und die statistikbasierte Argumentation der Vorinstanz sei falsch (Urk. 1 Rz. 38 und 39). Schliesslich macht die Beklagte geltend, die Vorinstanz habe zu Unrecht einzelne Bedarfspositionen gestrichen. Insgesamt sei ihr zusätzlich ein Betrag von Fr. 349.– im Bedarf anzurechnen. Ihr Bedarf betrage Fr. 3'016.– (Urk. 1 Rz. 43).

### **E. 3.3**

Vorliegend kann offenbleiben, ob und in welchem Umfang der Beklagten ein hypothetisches Einkommen anzurechnen ist. Die von der Vorinstanz aus der Gegenüberstellung von Einkommen und Bedarf ermittelte Leistungsfähigkeit des Klägers ist nicht zu beanstanden. Das Einkommen des Klägers ab März 2022 in Höhe von Fr. 7'306.– pro Monat ist unbestritten (vgl. Urk. 2 S. 54, E. II.E.4.2.2). Der Unterhaltsbeitrag von Fr. 3'000.– pro Monat ist, wie erwähnt (vgl. E.III.2.5), bei der Berechnung der Leistungsfähigkeit des Klägers zu berücksichtigen. Im Übrigen wurde der Bedarf des Klägers nicht angefochten (vgl. Urk. 2 S. 59, E. II.E.4.4). Demnach bleibt es ab März 2022 bei einer Leistungsfähigkeit des Klägers von Fr. 736.– pro Monat (Einkommen von Fr. 7'306.– minus Bedarf von Fr. 6'570.–). Weder ein allfälliges hypothetisches Einkommen der Beklagten noch die Höhe ihres Bedarfs hat vorliegend Einfluss auf die Leistungsfähigkeit des Klägers. Da der Volljährigenunterhalt hinter dem

familienrechtlichen Existenzminimum der übrigen Familienmitglieder zurückzustehen hat (BGE 147 III 265 E. 7.3), bleibt für einen höheren Unterhaltsbeitrag an die Beklagte ohnehin kein Raum. Damit erübrigt sich auch die Prüfung, ob die Herabsetzung des Unterhaltsbeitrags für die Beklagte zumutbar ist. Zugunsten der Beklagten darf nicht in das familienrechtliche Existenzminimum von C.\_\_\_\_\_ oder des Klägers eingegriffen werden. Aufgrund der Leistungsfähigkeit des Klägers ist von einer positiven Hauptsacheprognose auszugehen. Im Ergebnis sind damit sämtliche Voraussetzungen für den prozessualen einstweiligen Rechtsschutz erfüllt. Vor diesem Hintergrund ist der Erlass von vorsorglichen Massnahmen gerechtfertigt. Die Berufung ist abzuweisen.

- 18 - IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen 1. Die Beklagte beantragt mit ihrer Berufung die Aufhebung der Dispositiv-Ziffern 4 und 5 der vorinstanzlichen Verfügung und damit die Weitergeltung des bisherigen Unterhaltsbeitrags von Fr. 2'250.- für die Dauer des Verfahrens. Die Vorinstanz reduzierte die Unterhaltsbeiträge ab 1. August 2022 auf Fr. 736.-. Dies ergibt eine Differenz von Fr. 1'514.- pro Monat. Die weitere Verfahrensdauer ist auf acht Monate zu schätzen. Entsprechend ist der für die Bemessung der Prozesskosten massgebliche Streitwert auf Fr. 27'252.- (Fr. 1'514.- \* 18 Monate) festzulegen. Ausgehend von diesem Streitwert ist die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 4 und § 8 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 2'000.- festzusetzen. 2. Nachdem die Beklagte mit ihren Anträgen unterliegt, sind ihr die Gerichtskosten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO), wobei die Kosten zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (vgl. nachfolgend E. IV.4) einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen sind. Vorbehalten bleibt die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO. 3. Ausgangsgemäss ist die Beklagte zudem zu verpflichten, den Kläger für seine Aufwendungen im Berufungsverfahren zu entschädigen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die volle Parteientschädigung ist gemäss § 2, § 4 Abs. 1, § 9, § 11 Abs. 1 und 2 und § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV auf Fr. 2'100.- festzusetzen. Zusätzlich zur Parteientschädigung ist ein Mehrwertsteuerzuschlag von 7.7 % (bzw. Fr. 162.-) geschuldet. Die Parteientschädigung für den unentgeltlichen Rechtsbeistand des Klägers ist voraussichtlich uneinbringlich (vgl. E. IV.4). Sie ist deshalb aus der Gerichtskasse zu bezahlen, unter Legalzession des Anspruchs gegenüber der Beklagten auf den Kanton (Art. 122 Abs. 2 ZPO). 4. Beide Parteien haben im Berufungsverfahren um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Beigabe eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes ersucht (Urk. 1 S. 2; Urk. 18 S. 2). Eine Person hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege sowie einen unentgeltlichen Rechtsbeistand, wenn sie mittellos, ihr Prozessstandpunkt nicht aussichtslos (Art. 117 lit. a und b ZPO) und sie zur Wahrung

- 19 - ihrer Interessen auf eine rechtskundige Vertretung angewiesen ist (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). Mittellosigkeit bzw. Bedürftigkeit ist dann zu bejahen, wenn die gesuchstellende Partei trotz Ausschöpfung sämtlicher eigener Mittel nicht in der Lage ist, neben dem Lebensunterhalt für sich und ihre Familie auch den Prozess zu finanzieren. Sie beurteilt sich nach der gesamten wirtschaftlichen Situation des Rechtsuchenden im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs (BGE 141 III 369 E. 4.1). Unter Berücksichtigung des Einkommens (vgl. Urk. 2 S. 54 und 58, E. II.D.4.2 und 4.3.2) und des Bedarfs (vgl. Urk. 2 S. 59 f., E. II.D.4.4) der Parteien sowie nach Leistung der gerichtlich festgesetzten Unterhaltsbeiträge (vgl. Urk. 2 Dispositiv-Ziffer 4) verbleibt sowohl auf Seiten des Klägers als auch auf Seiten der Beklagten kein monatlicher Überschuss. Entsprechend können die mutmasslichen Prozesskosten nicht innert angemessener Frist bezahlt werden. Daneben

verfügen die Parteien über kein Vermögen (vgl. Urk. 2 S. 85, E. III.2). Sie haben beide als mittellos im Sinne von Art. 117 lit. a ZPO zu gelten. Da die Standpunkte der Parteien im Berufungsverfahren auch nicht aussichtslos im Sinne von Art. 117 lit. b ZPO waren, ist ihnen je die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren. Da dem Kläger allerdings keine Gerichtskosten auferlegt werden (vgl. vorstehend E. IV.2), ist sein Gesuch gegenstandslos und abzuschreiben, soweit es sich auf die Befreiung von den Gerichtskosten (Art. 118 Abs. 1 lit. b ZPO) bezieht. Als rechtsunkundige Parteien waren sowohl die Beklagte als auch der Kläger im Berufungsverfahren auf anwaltliche Vertretung angewiesen. In Anwendung von Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO ist daher der Beklagten Rechtsanwalt Dr. iur. X. \_\_\_\_\_ und dem Kläger Rechtsanwältin lic. iur. Y. \_\_\_\_\_ als unentgeltliche Rechtsvertretung zu bestellen.

- 20 - Es wird beschlossen:

## **E. 6**

September 2016, E. 5.3). III. Materielles 1.

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