

# **ZH\_OBERGERICHT PC160046 vom 18. Januar 2017**

ZH Obergericht, 2017-01-18, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_PC160046](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_PC160046)

FR: ZH\_OBERGERICHT PC160046 du 18 janvier 2017

IT: ZH\_OBERGERICHT PC160046 del 18 gennaio 2017

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Mit Urteil vom 15. Mai 2012 wurden die Parteien geschieden und der Kläger auf der Basis eines hypothetischen Erwerbseinkommens von Fr. 4'000.– netto verpflichtet, der Beklagten für die beiden gemeinsamen Kinder C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ indexierte Unterhaltsbeiträge von je Fr. 650.– zu bezahlen (Urk. 4/1). Die Parteien standen ab 2. Juni 2015 vor Vorinstanz in einem Prozess um Abänderung des Scheidungsurteils. Mit Datum vom 8. September 2016 fällt die Vorinstanz das folgende Urteil (Urk. 46 S. 21): "1. Die Unterhaltsbeiträge des Klägers für seine Kinder C.\_\_\_\_\_ (geboren am tt.mm.1999) und D.\_\_\_\_\_ (geboren am tt.mm.2002) gemäss Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 15. Mai 2012 (Dispositiv-Ziffer 4; Ziffer 2.6 der Scheidungsvereinbarung) werden rückwirkend per 1. Juni 2015 aufgehoben.

### **E. 2**

Die Entscheidgebühr wird auf CHF 4'000.– festgesetzt.

### **E. 3**

Die Kosten des Entscheids werden dem Kläger auferlegt, jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Der Kläger wird auf die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO hingewiesen.

### **E. 4**

Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten eine Prozessentschädigung in der Höhe von CHF 4'300.- (inkl. 8% Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

### **E. 5**

Rechtsanwalt lic. iur. Y.\_\_\_\_\_ wird im Umfang der Prozessentschädigung für seine Bemühungen aus der Gerichtskasse entschädigt. Der Anspruch auf die Prozessentschädigung geht mit der Auszahlung auf den Kanton Zürich über.

### **E. 6**

Die Entschädigung von Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_\_ als unentgeltlicher Rechtsvertreter wird mit separater Verfügung nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils festgesetzt.

### **E. 7**

(Schriftliche Mitteilung)

### **E. 8**

(Rechtsmittel)" 2. Am 17. Oktober 2016 erhob der Kläger und Berufungskläger (fortan Kläger) gegen die Kosten- und Entschädigungsfolgen "Berufung" und stellte die folgenden Anträge (Urk. 45 S. 2):

- 3 - "1. In Änderung von Ziff. 3 des angefochtenen Entscheides seien die Gerichtskosten der Beklagten aufzuerlegen. 2. In Änderung von Ziff. 4 sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger die gerichtlich festgelegte Parteientschädigung zu bezahlen. 3. In Änderung von Ziff. 5 sei der unterzeichnende Rechtsanwalt im Umfang der Prozessentschädigung für seine Bemühungen aus der Gerichtskasse zu entschädigen. alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen." 3. Mit Entscheid vom 21. Oktober 2016 wurde verfügt, dass die Eingabe des Klägers vom 17. September 2016 als Beschwerde entgegengenommen wird, und es wurde seinem Rechtsvertreter Frist zur Nachreichung einer verfahrensspezifischen Vollmacht angesetzt (Urk. 48). Innert Frist kam der Rechtsvertreter dieser Aufforderung nach (Urk. 49 und 50). 4. Die Beschwerdeantwort datiert vom 6. Dezember 2016 (Urk. 53). Darin stellte die Beschwerdegegnerin und Beklagte (fortan Beklagte) folgende Rechtsbegehren (Urk. 53 S. 2): "1. Die Beschwerde des Beschwerdeführers sei vollumfänglich abzuweisen; 2. der Beschwerdegegnerin sei im Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen sowie in der Person des Unterzeichneten ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen; 3. sämtliche Kosten seien dem Beschwerdeführer aufzuerlegen." Die Beschwerdeantwort wurde dem Kläger zur Kenntnisnahme zugestellt. Er liess sich in der Folge nicht mehr vernehmen. 5. Auf die Parteivorbringen ist im Folgenden einzugehen, soweit sie entscheidungsrelevant sind. II. 1. Gegenstand der Beschwerde bildet die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen des vorinstanzlichen Urteils (Disp. Ziff. 3 - 5 des Urteils). Im übrigen blieb der Entscheid unangefochten und ist in Rechtskraft erwachsen, was vorzumerken ist.

- 4 - 2. Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Dabei hat sich die beschwerdeführende Partei (im Sinne einer Eintretensvoraussetzung) mit den Ausführungen der Vorinstanz auseinanderzusetzen und hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der angefochtene Entscheid als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem der genannten Mängel leidet (dazu BGer 5A\_247/2013 vom 15. Oktober 2013, E. 3 mit Hinweis auf BGE 138 III 374 E. 4.3.1 S. 375; 5D\_65/2014 vom 9. September 2014, E. 5.4.1). Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel (zum Nachweis des gerügten Mangels) sind im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO). Es herrscht – auch für Verfahren, die der Untersuchungsmaxime unterstehen – grundsätzlich ein umfassendes Novenverbot sowohl für echte als auch unechte Noven (BGer 5A\_872/2012 vom 22. Februar 2013, E. 3; 5A\_405/2011 vom 27. September 2011, E. 4.5.3 m.w.Hinw.; Freiburghaus/Afeldt, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 326 N 4; vgl. aber immerhin auch BGE 139 III 466 E. 3.4 und BGer 4A\_51/2015 vom 20. April 2015, E. 4.5.1). Was nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden. Das gilt zumindest insoweit, als ein Mangel nicht geradezu ins Auge springt. III. 1. Mit Bezug auf den Antrag um Abänderung des Scheidungsurteils (Aufhebung der Kinderunterhaltsbeiträge) kam die Vorinstanz zum Schluss, dass die Erwerbssaussichten des Klägers selbst bei gutem Willen als schlecht einzustufen seien. Gründe dafür seien sein Alter, seine ausserhalb einer kleinen Branche kaum verwertbare Ausbildung und Erfahrung sowie insbesondere sein langjähriges Fernbleiben vom Erwerbsleben ohne plausible Erklärung. Zudem erwog die Vorinstanz, der Kläger habe nie eine Berufsberatung in Anspruch genommen, habe nie versucht, über Temporärbüros Arbeit zu finden und habe auch auf die Frage, weshalb er nie ausserhalb der Schmuckbranche Arbeit gesucht habe, lapidar geantwortet: "Den Gedanken habe ich

mir nicht mehr gemacht." Nur schon auf-

- 5 - grund der Beschränkung der Suchbemühungen auf die Schmuckbranche seien diese bisher ungenügend gewesen. Sie seien jedoch auch zahlenmässig ungenügend gewesen. Der Gesundheitszustand des Klägers stelle denn auch kein genügendes Hindernis bei der Arbeitssuche dar, zumal seine eingereichten Unterlagen zwar gesundheitliche Probleme, nicht jedoch eine dauerhafte Erwerbsunfähigkeit belegen würden (Urk. 46 E. 5.3. ff.). Damit habe der Kläger seine finanzielle Leistungsfähigkeit zwar mutwillig, aber unumkehrbar herbeigeführt, weshalb ihm kein hypothetisches Einkommen mehr angerechnet werden könne. Dementsprechend seien die Unterhaltsbeiträge gemäss Scheidungsurteil vom 15. Mai 2012 aufzuheben (Urk. 46 E. 3 und E. 5.6.). Hinsichtlich der Kosten- und Entschädigungsfolgen erwog die Vorinstanz schliesslich, dass zwar grundsätzlich die Gerichtskosten tragen und die Gegenpartei entschädigen müsse, wer in einem Prozess unterliege. Davon sei jedoch abzuweichen, wenn Umstände vorlägen, die eine Verteilung nach dem Ausgang des Verfahrens als unbillig erscheinen lassen würden (Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO). Vorliegend habe der Kläger obsiegt, weil er über Jahre nicht ernsthaft und breit genug nach Arbeit gesucht habe. Er habe die Unterhaltspflicht gegenüber seinen Kindern vernachlässigt. Es wäre daher stossend, wenn die Beklagte ihn auch noch für seine Parteikosten schadlos halten müsste. Das Obsiegen aufgrund eigenen Fehlverhaltens müsse stattdessen dazu führen, dass der Kläger kosten- und entschädigungspflichtig werde (Urk. 46 E. 6). 2. Der Kläger rügt, es lägen keine besonderen Umstände im Sinne von Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO vor, die eine Verteilung der Kosten an den Kläger rechtfertigen würden. Zwischen den Parteien bestünde kein grosses wirtschaftliches Gefälle, das einen besonderen Umstand im Sinne von Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO darstellen würde. Die Vorinstanz habe der Vielzahl eingereichter medizinischer Unterlagen entnommen, dass keine ärztliche Beurteilung der langfristigen Erwerbsfähigkeit vorliege, und habe unterstellt, die Sozialversicherung habe keine entsprechenden Berichte eingeholt oder gar, der Kläger habe diese bewusst nicht eingereicht. Im Gegenteil habe der Hausarzt die Sozialversicherungsanstalt (IV) mehrfach dringlich ersucht, die Sache endlich zu behandeln und die bereits vor-

- 6 - liegenden Berichte zu überprüfen und eine Entscheidung zu fällen. Ein solcher Bericht liege aber aus diversen Gründen immer noch nicht vor. Die Häufung der aufgetretenen medizinischen Befunde, die mehrfache wochenlange Hospitalisierung und der Hinweis auf weitere erforderliche, intensive Untersuchungen zeige, dass der Kläger nie mehr in der Lage sein werde, einer Erwerbstätigkeit nachzugehen. Darüber hinaus habe die Beklagte im Wissen um seine gesundheitliche und finanzielle Lage nie Hand zu einem Vergleich oder zur Aufhebung der Kinderunterhaltsbeiträge geboten. Zudem sei der Beklagten bekannt gewesen, dass der Kläger seit November 2014 (bis Mai 2015) seine Bewerbungsbemühungen deutlich, jedoch erfolglos, gesteigert habe. Und schliesslich habe die Beklagte aktenwidrig behaupten lassen, sie werde mit Prozessen überzogen. Jedoch habe sie im Strafverfahren einen Strafantrag gestellt. Verhandlungen über einen Rückzug seien gescheitert. Entsprechend habe sie das Verfahren wesentlich mitverursacht. Auch habe sie den Kläger zur Einleitung des Verfahrens zur Durchsetzung des Besuchsrechts gezwungen, nachdem sie das angeordnete Besuchsrecht verweigert habe (Urk. 45 S. 3 ff.). 3. Grundsätzlich werden Gerichts- und Parteikosten nach Obsiegen und Untertreten verteilt (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Art. 107 ZPO sieht für verschiedene typisierte Fälle vor, dass das Gericht von den Verteilungsgrundsätzen gemäss Art. 106 ZPO abweichen und die

Prozesskosten nach Ermessen verteilen kann. Dabei handelt es sich ausdrücklich um eine "Kann-Vorschrift". Im Anwendungsbereich von Art. 107 ZPO verfügt das Gericht nicht nur über Ermessen, wie es die Kosten verteilen will, sondern zunächst und insbesondere bei der Frage, ob es überhaupt von den allgemeinen Verteilungsgrundsätzen nach Art. 106 ZPO abweichen will. Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO räumt dem Gericht sodann den Spielraum ein, bei besonderen Umständen auf Billigkeitserwägungen zurückzugreifen, wenn im Einzelfall die Belastung der unterlegenen Partei mit Prozesskosten als ungerecht (und damit unbillig) erscheint. Als Beispiele für derartige besondere Umstände sieht die Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung ein sehr ungleiches finanzielles Kräfteverhältnis zwischen den Parteien (vgl. die Anfechtung eines Generalversammlungsbeschlusses durch einen Aktionär, wie sie in aArt. 706a Abs. 3 OR geregelt war) vor sowie ein Verhalten der obsiegenden Partei, das entweder zur

- 7 - Klageerhebung Anlass bot oder zusätzlichen ungerechtfertigten Verfahrensaufwand verursachte (vgl. BGE 139 III 33, E. 4.2.; zum Ganzen BGer 4A\_535/2015 vom 1. Juni 2016, E. 6.4.1.; BGer 5A\_582/2014 vom 12. Februar 2014, E. 6). 4. Räumt die als verletzt gerügte Rechtsnorm dem Gericht ein (Tatbestands- oder Rechtsfolge-)Ermessen ein, so präsentiert sich der Meinungsstand zur Kognition der Beschwerdeinstanz uneinheitlich. Ein Teil der Doktrin geht angesichts der freien Überprüfbarkeit von Rechtsfragen (Art. 320 lit. a ZPO) davon aus, die Rechtsmittelinstanz habe gestützt auf Art. 320 lit. a ZPO (auch eine uneingeschränkte Angemessenheitskontrolle vorzunehmen und nötigenfalls ihr (Rechtsanwendungs-)Ermessen an die Stelle desjenigen der Erstinstanz zu setzen (so etwa Reetz/Theiler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm., Art. 310 N 36; Reich und Mathys, Stämpfli Handkommentar, ZPO 320 N 2 i.V.m. Art. 310 N 16 f.; Jeandin, in: Bohnet et al. [Hrsg.], Code de procédure civile commenté, Art. 320 N 2 i.V.m. Art. 310 N 5; Stauber, in: Kunz/Hoffmann-Nowitz/Stauber, ZPO-Rechtsmittel, Berufung und Beschwerde, Basel 2013, Art. 320 N 3 i.V.m. Art. 310 N 10 m.w.Hinw.). Demgegenüber vertreten andere Autoren die Auffassung, dass diesfalls nur gerügt werden könne, es liege eine rechtsfehlerhafte Ermessensausübung, d.h. Ermessensmissbrauch, Ermessensüber- oder -unterschreitung vor, und dass blosser Unangemessenheit den Beschwerdegrund der unrichtigen Rechtsanwendung nicht erfülle (BSK ZPO-Spühler, Art. 320 N 1 i.V.m. Art. 310 N 3; BK ZPO-Sterchi, Art. 320 N 3 i.V.m. Art. 310 N 3 und N 8 f.). Die vom Bundesgericht implizit gebilligte (vgl. BGer 5A\_265/2012 vom 30. Mai 2012, E. 4.3.2) zürcherische Praxis geht im Sinne einer vermittelnden Betrachtungsweise zwar von einer umfassenden Kognition auch bezüglich Angemessenheit aus; dennoch greift die Beschwerdeinstanz nur mit einer gewissen Zurückhaltung in einen wohl überlegten und vertretbaren Ermessensentscheid der ersten Instanz ein (ZR 111 [2012] Nr. 53 E. 3; ebenso Blickenstorfer, DIKE-Komm-ZPO, Art. 320 N 4 i.V.m. Art. 310 N 10; vgl. auch KUKO ZPO-Brunner, Art. 320 N 2; Gasser/Rickli, ZPO Kurzkomentar, Art. 320 N 1 i.V.m. Art. 310 N 3).

- 8 - 5. Vorliegend ist dem Kläger zwar zuzustimmen, dass zwischen den Parteien kein grosses wirtschaftliches Gefälle besteht. Bei den in der Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung erwähnten Fällen von besonderen Umständen handelt es sich aber lediglich um Beispiele. Auch ist – entgegen der Auffassung des Klägers – nicht von Belang, ob die Beklagte im Wissen um die (gesundheitliche und finanzielle) Situation des Klägers keine Hand zu einem Vergleich oder einer Aufhebung der Unterhaltsbeiträge bot. Gleiches gilt mit Bezug auf ihr Wissen um seine gesteigerten Arbeitsbemühungen (wobei

festzuhalten ist, dass die Vorinstanz – entgegen dem Vorbringen des Klägers – nicht von gesteigerten Arbeitsbemühungen in der vom Kläger zitierten Urteilsabwägung ausging, (siehe Urk. 46 E. 5.4.1. S. 13). Denn in casu erachtete es die Vorinstanz deshalb als sachgerecht, von den Verteilungsgrundsätzen gemäss Art. 106 ZPO abzuweichen, weil der Kläger aufgrund seiner selbstverschuldeten Leistungsunfähigkeit obsiegt habe und seinen Unterhaltspflichten zudem in der Vergangenheit nur ungenügend nachgekommen sei. Der Kläger stellt die vorinstanzliche Feststellung denn auch nicht in Abrede, wonach er weder eine Berufsberatung in Anspruch genommen habe, noch über ein Temporärbüro versucht habe, Arbeit zu finden, oder Bemühungen für eine Arbeitsstelle ausserhalb der Schmuckbranche gezeigt habe. Dass seine Erwerbsfähigkeit aufgrund gesundheitlicher Probleme dauerhaft eingeschränkt war (und noch heute ist), vermochte der Kläger – wie die Vorinstanz erwog – mit den von ihm angefochtenen Beweismitteln nicht rechtsgenügend darzutun (Urk. 45 S. 5 und Urk. 46 E. 5.4.1. S. 13). Weshalb der Kläger den von der Sozialversicherungsanstalt (IV) verlangten Bericht nicht einreichen konnte, bleibt irrelevant. Eine Hospitalisierung erfolgte lediglich für die Zeit vom 6. bis

## **E. 11**

November 2015 sowie für die Zeit vom 28. Januar bis 6. April 2016 (vgl. Urk. 33/4). Das ärztliche Zeugnis vom 9. März 2015 belegt sodann einzig eine befristete Arbeitsunfähigkeit bis 31. Mai 2015 (Urk. 4/8). Dass Hinweise auf weitere (zukünftige) intensive Untersuchungen vorliegen, mag zutreffen, sagt aber ebenfalls noch nichts über eine allfällige dauerhafte Erwerbsunfähigkeit aus. Was der Kläger schliesslich mit seinem Vorbringen, die Beklagte habe aktenwidrig behaupten lassen, sie werde mit Prozessen überzogen, zu seinen Gunsten ableiten will, bleibt unklar. Damit ist der vorinstanzliche Ermessensentscheid, unter den vorge-

- 9 - nannten Umständen den Kläger trotz seines Obsiegens die Prozesskosten aufzuerlegen, nicht zu beanstanden. 6. Die Beschwerde ist abzuweisen. IV. 1. Ausgangsgemäss sind die Kosten dem Kläger aufzuerlegen. Basierend auf einem Streitwert von Fr. 12'600.– ist die Entscheidgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 und § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG auf Fr. 1'200.– festzusetzen. 2. Der Kläger hat der Beklagten ausserdem antragsgemäss (Urk. 53 S. 2 Antrag Ziff. 3) eine Parteientschädigung für ihre anwaltliche Vertretung zu bezahlen (Art. 95 Abs. 3 lit. b und Art. 106 Abs. 1 ZPO). In Anwendung von § 4 Abs. 1 sowie § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV ist die Parteientschädigung auf Fr. 1'000.– festzusetzen. Ein Mehrwertsteuerzuschlag wurde nicht verlangt. 3. Die Beklagte ersucht für das Beschwerdeverfahren um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 53 S. 2 Antrag Ziff. 2). Hinsichtlich der Gerichtskosten erweist sich das Gesuch angesichts der Auferlegung der Kosten an den Kläger als gegenstandslos (siehe Ziff. IV/1. und 2.). Mit Bezug auf den unentgeltlichen Rechtsbeistand ist das Gesuch hingegen abzuweisen (vgl. BK ZPO-Bühler, Art. 122 N 69, wonach ein Gesuch um "unentgeltliche Verbeiständung" nicht schon deshalb abgeschrieben werden dürfe, weil eine Prozessentschädigung zu Lasten des Prozessgegners zugesprochen werde). Gemäss Art. 119 Abs. 5 ZPO ist die unentgeltliche Rechtspflege in einem allfälligen Rechtsmittelverfahren neu zu beantragen. Dabei ist die Mittellosigkeit erneut darzulegen und die fehlende Aussichtslosigkeit in Bezug auf den im Rechtsmittelverfahren geltend gemachten Anspruch glaubhaft zu machen (Huber, DIKE-Komm-ZPO, Art. 119 N 13; vgl. auch Emmel, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm., Art. 119 N 5). Vorliegend hat es die Beklagte unterlassen, im Beschwerdeverfahren ihre (aktuellen) finanziellen Verhältnisse

darzulegen. Sie begnügt sich mit dem Vorbringen, es sei ihr aus finanziellen Gründen nicht möglich, die Kosten für einen Rechtsvertreter selber zu tragen (Urk. 53 S. 2). Dies genügt nach dem zuvor Aus-

- 10 - geführten nicht. Eine Nachfristansetzung gestützt auf Art. 56 ZPO drängt sich vorliegend angesichts der anwaltlichen Vertretung nicht auf. Zwar gelangt bei der Prüfung der Voraussetzungen zur Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege aufgrund der verfahrensrechtlichen Natur dieses Anspruchs die Untersuchungsmaxime zur Anwendung. Indes wird diese beschränkt durch das Antragsprinzip (Art. 119 Abs. 1 ZPO) und die Mitwirkungspflicht der Parteien (Art. 119 Abs. 2 ZPO). Die gerichtliche Fragepflicht ersetzt jedoch weder die zumutbare Mitwirkung der Parteien bei der Feststellung des Sachverhalts noch dient sie dazu, prozessuale Nachlässigkeiten auszugleichen (BGer 5A\_115/2012 vom 20. April 2012, E. 4.5.2). Es wird beschlossen:

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