

ZH_OBERGERICHT PC220037 vom 27. September 2022

ZH Obergericht, 2022-09-27, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_PC220037

FR: ZH_OBERGERICHT PC220037 du 27 septembre 2022

IT: ZH_OBERGERICHT PC220037 del 27 settembre 2022

Erwägungen

E. 3

Aufl. 2017, Art. 326 N 1).

E. 3.1

Eine Person hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt, um den Prozess zu finanzieren, und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (vgl. Art. 117 lit. a und b ZPO). Darüber hinaus besteht ein Anspruch auf eine unentgeltliche Rechtsbeistandin oder einen unentgeltlichen Rechtsbeistand, sofern es zur Wahrung der Rechte notwendig ist (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). Betreffend die Umschreibung der Aussichtslosigkeit kann auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (act. 7 S. 3 E. 4.2.1). Zusammenfassend ist festzuhalten, dass Begehren

- 5 - als aussichtslos anzusehen sind, wenn aufgrund einer vorläufigen und summarischen Prüfung der Verhältnisse im Zeitpunkt der Gesuchseinreichung die Gewinnaussichten beträchtlich geringer erscheinen als die Verlustgefahren.

E. 3.2

Für die Abänderung bestehender Eheschutzmassnahmen durch vorsorgliche Massnahmen im Rahmen des Scheidungsverfahrens gelten die gleichen Voraussetzungen wie für die Abänderung von Eheschutzmassnahmen durch einen neuen Eheschutzentscheid (Art. 276 Abs. 1 und 2 ZPO i.V.m. Art. 179 ZGB; BGE 141 III 376 E. 3.3.1; BGer 5A_549/2017 vom 11. September 2017, E. 4). Voraussetzung ist mithin, dass eine wesentliche und dauernde Änderung eingetreten ist, denn der neue Entscheid dient nicht dazu, das frühere Urteil zu korrigieren, sondern dieses den neu eingetretenen Umständen anzupassen (BGE 143 III 617 E. 3.1; BGE 141 III 376 E. 3.3.1; BGE 137 III 607 E. 4.1.1). Die Änderung kann sich beziehen auf die wirtschaftlichen oder beruflichen Verhältnisse der Ehegatten, deren Gesundheitszustand oder auf die Belange der unmündigen Kinder (BSK ZGB I-ISENRING/KESSLER, 7. Aufl. 2022, Art. 179 N 3). Als dauerhaft erscheint eine Veränderung bereits dann, wenn ungewiss ist, wie lange sie anhält (FamKomm Scheidung-MAIER/VETTERLI, 4. Aufl. 2022, Art. 179 N 3a). Was als wesentlich zu gelten hat, muss im Einzelfall ermittelt werden. Als grober Anhaltspunkt kann davon ausgegangen werden, dass bei engen finanziellen Verhältnissen bereits Änderungen von 10-15% wesentlich sind (OGer ZH, LY160039 vom 29. März 2017, E. III.2.1). Die per se nicht voraussehbare Geburt eines neuen (ausserehelichen) Kindes stellt in der Regel eine wesentliche und dauernde Änderung dar (FamKomm Scheidung-AESCHLIMANN, 4. Aufl. 2022, Art. 286 N 8; BSK ZGB I-FOUNTOULAKIS, 7. Aufl. 2022, Art. 286 N 14; vgl. auch BGer 5A_35/2018 vom 31. Mai 2018, E. 4.1). Ändern verschiedene Berechnungsfaktoren kann eine Neuberechnung der Unterhaltsbeiträge verlangt werden,

wenn nicht von vornherein feststeht, dass sich die verschiedenen Änderungen gegenseitig aufheben (OGer ZH, ZR 1981 Nr. 52; BSK ZGB I-ISENRING/KESSLER, 7. Aufl. 2022, Art. 179 N 3).

- 6 - 3.3.1 Die Vorinstanz bejahte zunächst die Mittellosigkeit des Gesuchstellers (act. 7 S. 3) und prüfte anschliessend die Prozessaussichten: Zum Thema Stellenverlust führte sie dabei aus, im Eheschutzverfahren sei dem Gesuchsteller über beide angerufenen Instanzen hinweg ein hypothetisches Einkommen von Fr. 5'000.– angerechnet worden. Es könne jedenfalls im Rahmen des vorliegenden prozessleitenden Entscheides ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass er auch inskünftig verpflichtet sei, ein solches Einkommen zu generieren. Die zweite Instanz, das Obergericht, habe dem Gesuchsteller sodann attestiert, dass er seine Kinder jeden zweiten Donnerstag zu betreuen habe und das hypothetische Einkommen deshalb auf Fr. 4'500.– festgelegt (90% statt 100% Arbeitspensum). Wie sich aus den entsprechenden Beschlüssen der KESB vom

E. 8

Juni 2022 ergebe, habe der Gesuchsteller jedoch neu (resp. erneut) lediglich eine beschränkte – auf in einer zweiten Phase jedes zweite Wochenende auszu- dehnende – Betreuungsverantwortung. Somit habe sich das Leistungsvermögen des Gesuchstellers wiederum auf 100% bzw. Fr. 5'000.– erhöht und er hätte grundsätzlich sogar entsprechend höhere Unterhaltsbeiträge zu bezahlen und nicht etwa tiefere, wie beantragt (act. 7 S. 3 f.). Betreffend die behauptete häftige Arbeitsunfähigkeit des Gesuchstellers wegen Krankheit, erwog die Vorinstanz, die eingereichten (notabene vordatierten) Arzt- zeugnisse seien einerseits nichtssagend und andererseits sei davon auszugehen, dass im Krankheitsfall Lohnfortzahlungspflichten des Arbeitgebers oder anderwei- tige sozialversicherungsrechtliche Ansprüche bestünden, was sich aufgrund der insofern nicht substantiierten Eingabe nicht abschliessend beurteilen lasse (act. 7 S. 4). Hinsichtlich des dritten geltend gemachten Abänderungsgrund (Geburt von F._____) pflichtete die Vorinstanz dem Gesuchsteller darin bei, dass zwischen unterhaltsberechtigten (Halb-)Geschwistern der Gleichbehandlungsgrundsatz gel- te. In Bezug auf die konkrete Höhe der Unterhaltspflicht wäre aber – so die Vo- rinstanz weiter – auch die Leistungsfähigkeit der Kindsmutter zu berücksichtigen.

- 7 - Das Begehren des Gesuchstellers schweige sich dazu gänzlich aus und sei somit auch diesbezüglich nicht ausreichend substantiiert. Am Rande bemerkt mache der Gesuchsteller auch nicht geltend, dass er derzeit tatsächlich Unterhaltsbeiträ- ge für sein aussereheliches Kind bezahle oder hierzu verpflichtet sei. 3.3.4 Gestützt auf diese Feststellungen beurteilte die Vorinstanz die Gewinnaus- sichten des Gesuchstellers im Rahmen des vorsorglichen Massnahmeverfahrens als deutlich geringer als die Verlustgefahren und wies dessen (implizites) Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ab. 3.4.1 In seiner Beschwerde stellt der Gesuchsteller zu Recht nicht in Abrede, dass ihm das Bezirksgericht sowie das Obergericht im Rahmen des Eheschutzverfah- rens ein hypothetisches Einkommen in Höhe von Fr. 5'000.– (100%-Pensum) bzw. Fr. 4'500.– (90%-Pensum) angerechnet haben (vgl. Verfahren LE200051 act. 113 S. 21-24). Er gesteht auch ein, dass er grundsätzlich verpflichtet ist, ein Einkommen in dieser Höhe zu erzielen, und behauptet nicht, dass er einen sol- chen Verdienst trotz aller Anstrengungen nicht zu erreichen vermöchte. Der Vor- instanz wirft er in diesem Zusammenhang bloss vor, dass sie offensichtlich ver- kenne, dass er sein Arbeitspensum nicht grundlos, sondern aufgrund einer Er- krankung und der damit einhergehenden Krankschreibung reduziert habe (act. 2 S. 5 f.). Dieser Vorwurf greift ins

Leere. Die Vorinstanz verkannte die Bedeutung der behaupteten krankheitsbedingten Teilarbeitsunfähigkeit nicht. Sie erachtete diese bloss als nicht glaubhaft, weil die zum Beweis eingereichten Arztzeugnisse "nichtssagend" seien (act. 7 S. 4). In der Tat erhellt aus den Arztzeugnissen nicht hinreichend, dass bzw. inwiefern der Gesuchsteller zu 50% arbeitsunfähig sein soll. Auffällig ist insbesondere, dass Dr. med. G._____, Facharzt Psychiatrie und Psychotherapie FMH, dem Gesuchsteller darin nicht per Untersuchungs- bzw. Ausstellungsdatum, sondern jeweils für einen in der Zukunft liegenden Zeitraum eine Arbeitsunfähigkeit attestierte. Im Arztzeugnis vom 16. Mai 2022 schrieb er den Gesuchsteller für den Zeitraum vom 23. Mai bis 30. Juni 2022 zur Hälfte krank und im Arztzeugnis vom 6. Juli 2022 tat er dies für den noch ca. einen Monat entfernt liegenden Zeitraum vom 1. August bis 31. August 2022 (act. 6/13/15).

- 8 - Vor diesem Hintergrund ist es jedenfalls nicht schlechthin unhaltbar bzw. willkürlich, dass die Vorinstanz den Arztzeugnissen jeden Beweiswert absprach. Im Weiteren ergäbe sich aus den Arztzeugnissen ohnehin nicht, dass der Gesuchsteller aufgrund einer Erkrankung für unbestimmte Zeit, also dauerhaft, in seiner Arbeitsfähigkeit eingeschränkt wäre. Für den ganzen Monat Juli und damit auch den Zeitpunkt der Gesuchseinreichung am 28. Juli 2022 bescheinigen die Arztzeugnisse dem Gesuchsteller keine Einschränkung in der Arbeitsfähigkeit. Unter diesen Umständen hätte sich nicht ohne Weiteres der Schluss aufgedrängt, dass die vermeintlich bevorstehende hälftige Arbeitsunfähigkeit länger als vom 1. August bis 31. August 2022 dauern werde. 3.4.2 Gegen die Erkenntnis der Vorinstanz, wonach die Leistungsfähigkeit des Gesuchstellers aufgrund des mit den Beschlüssen der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde der Stadt Zürich vom 8. Juni 2022 (vgl. act. 6/7/246; act. 6/8/188; act. 6/9/208) festgelegten veränderten Besuchsrechts sogar wieder höher und nicht tiefer wäre, wendet dieser ein, er habe die Kinder über Monate 50% bis 60% betreut und während dieser Zeit seien die Unterhaltsbeiträge auch nicht herabgesetzt worden. Dem ist entgegenzuhalten, dass die während einer Probe- phase übernommene hälftige Betreuung von beschränkter Dauer war und die neue Betreuungsregelung bis auf Weiteres gilt (act. 6/7/246 S. 4 f., 14 und 20 f.; act. 6/8/188 S. 4 f., 14 und 20 f.; act. 6/9/208 S. 4 f., 14 und 20 f.). Der Gesuchsteller vermag damit nicht aufzuzeigen, inwiefern die Vorinstanz Recht verletzte oder den Sachverhalt offensichtlich unrichtig feststellte, indem sie ihm ein hypothetisches Einkommen von Fr. 5'000.– anrechnete. Hat sich das hypothetische Einkommen des Gesuchstellers inzwischen aber (wieder) um Fr. 500.– erhöht, erweist sich das Hauptbegehren um vorsorgliche Aufhebung der Kindesunterhaltsbeiträge für die Dauer des Scheidungsverfahrens als aussichtslos, auch wenn der Gesuchsteller neu Vater einer weiteren Tochter geworden ist. Es bleiben damit noch die Erfolgsaussichten des Eventualbegehrens um Reduktion der Unterhaltsbeiträge zu prüfen.

- 9 - 3.4.3 Diesbezüglich stösst sich der Gesuchsteller daran, dass die Vorinstanz ihm im Zuge der Erwägungen zur Geburt des weiteren Kindes vorhielt, er habe die finanziellen Verhältnisse der Kindsmutter nicht substantiiert dargelegt und nicht geltend gemacht, dass er für sein neugeborenes Kind F._____, effektiv Unterhalt bezahle oder dazu verpflichtet worden sei. Damit habe die Vorinstanz Recht verletzt. In familienrechtlichen Verfahren betreffend Kinderbelange gälten die Offizial- und die Untersuchungsmaxime, weshalb das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen zu erforschen habe (Art. 296 ZPO). Dagegen verstosse es, ein Begehren von vornherein als aussichtslos zu qualifizieren, bloss weil die finanziellen Verhältnisse der Kindsmutter nicht dargelegt worden seien. Die

Unterhaltspflicht eines Elternteils ergebe sich sodann direkt aus dem Gesetz (Art. 276 Abs. 1 und 2 ZGB). Ob er, der Gesuchsteller, im Rahmen eines Unterhaltsvertrags oder auf andere Weise bereits zur Zahlung von Unterhaltsbeiträgen an F._____ verpflichtet worden sei, sei daher ohne Relevanz. Er lebe mit seiner neuen Partnerin nicht zusammen und F._____ sei erst wenige Wochen alt. Bei einem hypothetischen Einkommen von Fr. 4'500.– verbleibe kein Überschuss, mit welchem er für den Unterhalt für F._____ aufkommen könne. F._____ habe jedoch Anspruch auf Unterhalt. Eine "Nicht-Abänderung" der Unterhaltsbeiträge an C._____, D._____ und E._____ würde zu einer offensichtlichen Benachteiligung von F._____ respektive einer vom Gesetzgeber nicht gewollten Ungleichbehandlung der (Halb-)Geschwister führen. Für die Scheidungsverhandlung könne gemäss Angaben der Vorinstanz frühestens auf Oktober vorgeladen werden. Die Erfahrungen aus dem Eheschutzverfahren liessen es als möglich erscheinen, dass im Rahmen der ersten Verhandlung keine vollständige Einigung über die Scheidungsnebenfolgen erzielt werden könne und möglicherweise sogar ein strittiges Verfahren durchzuführen sei. Im schlechtesten Fall werde er somit noch eine längere Zeit nicht in der Lage sein, auch sein viertes Kind zu unterstützen (act. 7 S. 6-9). 3.4.4 Dem Gesuchsteller ist darin beizupflichten, dass die gesetzliche Unterhaltspflicht der Eltern bereits mit der Entstehung des Kindesverhältnisses beginnt (Art. 276 Abs. 1 und 2 ZGB; FamKomm-AESCHLIMANN/SCHWEIGHAUSER, 4. Aufl. 2022, Allg. Bem. zu Art. 276-293 N 55; BK ZGB-HEGNAUER, Art. 277 N 8). Der

- 10 - Gesuchsteller hat F._____ als seine Tochter anerkannt, wurde als deren rechtlicher Vater im Personenstandsregister eingetragen (vgl. act. 6/13/13 f.) und ist daher grundsätzlich verpflichtet, zusammen mit der Mutter für den gebührenden Unterhalt von F._____ aufzukommen (Art. 276 Abs. 2 ZGB). Allerdings handelte es sich bei der fraglichen Äusserung der Vorinstanz um eine nicht entscheidtragende Randbemerkung (act. 7 S. 4: "Am Rande bemerkt"). Ebenfalls zutreffend ist, dass für Kinderbelange in familienrechtlichen Angelegenheiten der Untersuchungsgrundsatz gilt und das Gericht den Sachverhalt auch im vom Gesuchsteller angestregten Verfahren betreffend vorsorgliche Abänderung des im Eheschutzverfahren festgelegten Kindesunterhalts von Amtes wegen erforscht (Art. 296 Abs. 1 ZPO). Vorliegend geht es aber zunächst bloss um die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege. Diesbezüglich übersieht der Gesuchsteller, dass sich die Erfolgsaussichten aufgrund der Verhältnisse im Zeitpunkt der Gesuchseinreichung beurteilen (BGE 142 III 138 E. 5.1; BGE 139 III 475 E. 2.2; BGE 138 III 217 E. 2.2.4). Ohne Angaben bzw. Anhaltspunkte zu den finanziellen Verhältnissen der Mutter von F._____ kann die Leistungsfähigkeit der beiden Mütter nicht miteinander verglichen werden. Das hat zur Folge, dass im Rahmen der vorläufigen Beurteilung der Prozessaussichten nichts anderes übrig bleibt, als die Differenz zwischen dem hypothetischen Einkommen und dem Notbedarf des Gesuchstellers gleichmässig bzw. proportional zum jeweiligen Bedarf auf alle vier Kinder zu verteilen. Der Gesuchsteller bezifferte seinen eigenen Notbedarf auf Fr. 3'224.– (act. 6/12 S. 9). Das entspricht auch der Feststellung im Eheschutzverfahren (vgl. act. 6/6/113 S. 24 und 33). Somit verbleibt ein Überschuss von Fr. 1'776.– (= Fr. 5'000.– - Fr. 3'224.–). Den Gesamtbedarf der Kinder nach Abzug der Kinderzulagen in Höhe von Fr. 200.– pro Kind bezifferte der Gesuchsteller auf Fr. 2'304.15, den Anteil von C._____ auf 26.86%, denjenigen von D._____ auf 27.78%, denjenigen von E._____ auf 23.61% und denjenigen von F._____ auf 21.75% (act. 6/12 S. 10). Verteilt man den Überschuss von Fr. 1'776.– den behaupteten Anteilen entsprechend auf die vier Kinder, resultiert für C._____ ein Unterhaltsbeitrag von Fr.

477.05 (bisher: Fr. 444.–), für D. _____ ein solcher von Fr. 493.35 (bisher: Fr.465.–), für E. _____ ein solcher von

- 11 - Fr. 419.30 (bisher: Fr. 399.–) und für F. _____ ein solcher von Fr. 386.30. Daraus ergeben sich mithin Unterhaltsbeiträge für C. _____, D. _____ und E. _____ die nicht tiefer, sondern – wie im Ergebnis schon die Vorinstanz festhielt (act. 7 S. 4) – höher sind als die im Eheschutzverfahren festgelegten, bisherigen Unterhaltsbeiträge des Gesuchstellers. Folglich erweist sich auch das Begehren betreffend vorsorgliche Reduktion aufgrund einer vorläufigen summarischen Prüfung der Erfolgsaussichten – und zwar selbst mit der in familienrechtlichen Verfahren gebotenen Zurückhaltung (vgl. act. 2 S. 10 f.; OGer ZH, PC150024 vom 23. Juni 2015, E. 3.1.2) – als aussichtslos. Demnach ist die Beschwerde abzuweisen. 4. Der Gesuchsteller beantragt auch für das Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung (act. 2 S. 2 und 13-18). Vorausgesetzt ist auch hierfür, dass der Gesuchsteller nicht über die erforderlichen Mittel verfügt Art. 117 lit. a ZPO), das Rechtsmittel nicht aussichtslos erscheint (Art. 117 lit. b ZPO) und die gerichtliche Bestellung einer Rechtsbeiständin oder eines Rechtsbeistandes zur Wahrung der Rechte des Gesuchstellers notwendig ist (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). Zur Beurteilung der Erfolgsaussichten im Rechtsmittelverfahren ist auf den erstinstanzlichen Entscheid einschliesslich der erstinstanzlichen Akten und die Rechtsmitteleingabe abzustellen. Das Rechtsmittel ist dann als aussichtslos einzustufen, wenn der Rechtsmittelkläger dem erstinstanzlichen Entscheid nichts Wesentliches entgegenzusetzen hat (vgl. BGer 4A_384/2011 vom 4. August 2011, E. 2.2.1 und BGer 4A_226/2011 vom 31. Mai 2011, E. 3.2). Wie sich den vorstehenden Ausführungen entnehmen lässt (vgl. E. 3.4.1 hiervor), hatte der Gesuchsteller den Erwägungen der Vorinstanz zur Erhöhung seines hypothetischen Einkommens auf Fr. 5'000.– nichts Stichhaltiges entgegenzusetzen. Das gilt insbesondere in sachverhaltsmässiger Hinsicht, in welcher sich die Feststellungen der Vorinstanz aufgrund der eingeschränkten Kognition der Beschwerdeinstanz (vgl. E. 2.2 hiervor) sogar hätten als willkürlich erweisen müssen. Da sich bei einem hypothetischen Einkommen von Fr. 5'000.– selbst unter Verwendung der vom Gesuchsteller behaupteten weiteren Berechnungsfaktoren höhere und nicht etwa tiefere Unterhaltsbeiträge ergeben, hätte eine Person, die über die

- 12 - nötigen Mittel verfügt, sich bei vernünftiger Überlegung (Überschlagsrechnung) gegen die Ergreifung des Rechtsmittels entschieden (vgl. WUFFLI/FUHRER, Handbuch unentgeltliche Rechtspflege im Zivilprozess, N 434). Aus diesen Gründen erweist sich die Beschwerde ebenfalls als aussichtslos. 5.1 Im Verfahren betreffend die unentgeltliche Rechtspflege ist nur das (erstinstanzliche) Bewilligungsverfahren kostenlos (Art. 119 Abs. 6 ZPO). Für das Beschwerdeverfahren können hingegen Gerichtskosten erhoben werden (BGE 137 III 470 ff., E. 6.5; OGer ZH, RU160002 vom 14. März 2016, E. 4 und RU160006 vom 14. März 2016, E. 7, je m.w.H.). Ausgangsgemäss wird der Gesuchsteller daher kostenpflichtig. 5.2 Die Gerichtsgebühr für das zweitinstanzliche Verfahren ist in Anwendung von §§ 12 Abs. 1 und 2, 2 lit. a (Streitwert: 12 Monate [voraussichtliche Dauer des Scheidungsverfahrens] x Fr. 1'278.– [Summe der bisherigen Unterhaltsbeiträge] = Fr. 15'336.–) sowie 9 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 200.– festzusetzen. Unter den gegebenen Umständen sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen; dem Gesuchsteller nicht, weil er unterliegt, der vorinstanzlichen Beklagten nicht, weil ihr keine zu entschädigenden Umtriebe entstanden sind. Es wird beschlossen:

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