

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LE170044-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichterin lic. iur. Ch. von Moos Würigler und Ersatzoberrichter Dr. M. Nietispach sowie Gerichtsschreiber lic. iur. M. Hochuli

Beschluss und Urteil vom 4. September 2017

in Sachen

A. _____,

Kläger und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw X. _____

gegen

B. _____,

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **Abänderung Eheschutz**

Berufung gegen ein Urteil und eine Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Bülach vom 26. Juni 2017 (EE170051-C)

Rechtsbegehren:

(vgl. Wiedergabe in Urk. 28 S. 2)

**Verfügung und Urteil des Einzelgerichts am Bezirksgericht Bülach
vom 26. Juni 2017:**
(Urk. 28 S. 13 ff.)

Es wird verfügt:

1. Beiden Parteien wird die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt.
2. Dem Kläger wird in der Person von Rechtsanwalt MLaw X. _____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt.

Der Beklagten wird in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt.
3. Die mit Verfügung des Bezirksgerichts Bülach vom 7. April 2017 angeordnete Sistierung der gemäss Dispositivziffer 4 des Urteils und der Verfügung des Bezirksgerichts Bülach vom 11. Juli 2016 (EE160052) festgesetzten Unterhaltspflicht des Klägers zugunsten der Beklagten wird aufgehoben.
4. Die mit Verfügung des Bezirksgerichts Bülach vom 7. April 2017 angeordnete Sistierung der mit Urteil des Bezirksgerichts Bülach vom 6. März 2017 (EF170001-C) in Dispositivziffer 1 angeordnete Anweisung an die Unia Arbeitslosenkasse, vom jeweiligen Lohn bzw. Lohnersatz des Klägers (damals Anweisungsbeklagter) den monatlich Fr. 1'913.– übersteigenden Betrag bis zum Maximalbetrag von Fr. 2'100.– monatlich auf das Konto der Beklagten (damals Anweisungsklägerin) zu überweisen, wird aufgehoben.
5. (Schriftliche Mitteilung)
6. (Berufung)

Es wird erkannt:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 1'500.– ; die weiteren Auslagen betragen:
Fr. 187.50 Dolmetscherkosten
Fr. 1'687.50 Total

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

3. Die Gerichtskosten 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.
4. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von Fr. 3'000.– (zuzüglich 8% MwSt.) zu bezahlen.
5. (Schriftliche Mitteilung)
6. (Berufung)

Berufungsanträge:

des Klägers und Berufungsklägers (Urk. 27 S. 2):

- "1. Es seien die Dispositivziffern 3 und 4 der Verfügung der Vorinstanz vom 26. Juni 2017 sowie die Dispositiv-Ziffern 1 bis 4 des Urteils der Vorinstanz vom 26. Juni 2017 aufzuheben.
2. In Gutheissung der Berufung sei der in Dispositivziffer 4 des Eheschutzurteils des Bezirksgerichts Bülach vom 11. Juli 2016 (EE160052) festgesetzte Unterhaltsbeitrag aufzuheben, eventua-liter zu sistieren.
3. In Gutheissung der Berufung sei die mit Urteil des Bezirksgerichts Bülach vom 6. März 2017 (EF170001) erkannte Anweisung an den Schuldner aufzuheben.

prozessualer Antrag:

1. Es sei dem Berufungskläger die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und ihm in der Person von RA X. _____ ein unentgeltlicher Rechtsvertreter zu bestellen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zzgl. MWST zulasten der Berufungsbeklagten."

Erwägungen:

1.1. Die Parteien sind seit dem tt. Dezember 2001 verheiratet und leben seit dem 10. Januar 2016 getrennt. Sie haben keine gemeinsamen Kinder (Urk. 7A/6/1, Urk. 7A/6 Prot. S. 2 und Urk. 7A/40 S. 4 f.). Mit Eingabe vom 6. April 2016 machte die Beklagte und Berufungsbeklagte (fortan Beklagte) bei der Vorinstanz ein Eheschutzgesuch anhängig (Urk. 7A/1). Nachdem der Kläger und Berufungskläger (fortan Kläger) der Hauptverhandlung ferngeblieben war, wurde er mit Urteil vom

11. Juli 2016 unter anderem verpflichtet, der Beklagten monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 2'100.– zu bezahlen (Urk. 4 S. 17). Die vom Kläger gegen diesen Entscheid erhobene Berufung wies die Kammer mit Urteil vom 1. November 2016 ab, soweit sie darauf eintrat (Urk. 5 S. 7).

1.2. Mit Eingabe vom 4. April 2017 beantragte der Kläger bei der Vorinstanz die Aufhebung, eventualiter die Sistierung der mit Urteil vom 11. Juli 2016 festgesetzten Unterhaltsbeiträge (Urk. 1 S. 2). Betreffend den weiteren Verlauf des erstinstanzlichen Verfahrens kann auf die Ausführungen im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Urk. 28 S. 3). Mit Urteil vom 26. Juni 2017 wies die Vorinstanz das Abänderungsbegehren des Klägers unter Kosten- und Entschädigungsfolgen ab (Urk. 28; Dispositiv eingangs wiedergegeben).

1.3. Dagegen erhob der Kläger am 13. Juli 2017 innert Frist (vgl. Urk. 24 S. 2) Berufung, wobei er obgenannte Anträge stellte (Urk. 27 S. 2). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen. Da sich die Berufung sogleich als offensichtlich unbegründet erweist, kann auf die Einholung einer Berufungsantwort verzichtet werden (Art. 312 Abs. 1 ZPO). Auf die Vorbringen des Klägers wird nachfolgend nur insoweit eingegangen, als dies für die Entscheidungsfindung von Belang ist.

2. Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über eine umfassende Überprüfungsbefugnis der Streitsache, d.h. über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung (Angemessenheitsprüfung; BGer 5A_184/2013 vom 26. April 2013, E. 3.1). In der schriftlichen Berufungsbeurteilung (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 (BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 5A_751/2014 vom 28. Mai 2015, E. 2.1). Was nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, braucht die Rechtsmittelinstanz nicht zu überprüfen. Das gilt zumindest solange, als ein Mangel nicht geradezu ins Auge springt (BGer 4A_258/2015 vom 21. Oktober 2015, E. 2.4.3; BGer 4A_290/2014 vom 1. September 2014, E. 5).

3. Der Kläger ficht mit seiner Berufung unter anderem die Festsetzung der Gerichtskosten (Dispositiv-Ziffer 2) an, begründet dies aber mit keinem Wort (Urk. 27 S. 3 ff.), weshalb insoweit auf die Berufung nicht einzutreten ist.

4.1. Der Kläger beantragte vor Vorinstanz die Aufhebung seiner Unterhaltspflicht gegenüber der Beklagten. Er sei seit August 2016 arbeitslos und erziele nunmehr ein Ersatzeinkommen von noch ca. Fr. 3'120.– netto pro Monat, weshalb er weder in der Lage sei, seinen eigenen Lebensunterhalt vollständig zu decken, noch der Beklagten Unterhalt zu bezahlen (Urk. 1 S. 3).

4.2. Die Vorinstanz legte zutreffend dar, unter welchen Voraussetzungen Eheschutzmassnahmen abgeändert werden können. Auf diese Ausführungen kann verwiesen werden (Urk. 28 S. 5 f. E. II./2.2-2.5). Sie erwog sodann, der Kläger habe bereits im März 2016 seine Anstellung beim Altersheim C._____ per Ende Juli 2016 gekündigt. Diesen Umstand habe er im kurz darauf eingeleiteten Eheschutzverfahren nicht erwähnt, obwohl ihm dies möglich und zumutbar gewesen sei. Selbst als er sich im Oktober 2016 zum Bezug von Arbeitslosengeldern angemeldet habe, habe er dies im damals noch hängigen Berufungsverfahren nicht vorgebracht. Diese prozessualen Versäumnisse könnten nicht über ein Abänderungsverfahren korrigiert werden, weshalb das Abänderungsbegehren abzuweisen sei (Urk. 28 S. 8 f.).

4.3. Der Kläger rügt, entgegen der Ansicht der Vorinstanz sei nicht der Zeitpunkt der Kündigung, sondern der Zeitpunkt des Eintritts der wirtschaftlichen Veränderung infolge dieser Kündigung massgebend. Eine Arbeitslosigkeit und damit einhergehend eine Einkommensreduktion seien im Zeitpunkt des Erlasses des Eheschutzentscheids noch nicht absehbar gewesen. Auch bei Kenntnis des Eheschutzgerichts von der Kündigung wäre diese unberücksichtigt geblieben, da sie zum damaligen Zeitpunkt noch keinen Einfluss auf seine Einkünfte gehabt habe. Die infolge der Arbeitslosigkeit verminderten Einkünfte habe er auch im anschliessenden Berufungsverfahren noch nicht erfolgreich vorbringen können, denn dazumal sei er erst zweieinhalb Monate arbeitslos gewesen, weshalb eine dauerhafte Veränderung der Verhältnisse und damit ein Abänderungsgrund ohnehin verneint worden wären. Vielmehr habe ein solcher erst vorgelegen, als er

sich während Monaten erfolglos um eine neue Anstellung bemüht habe und sich schliesslich herausgestellt habe, dass sich seine Einkünfte nicht bloss vorübergehend reduziert hätten (Urk. 27 S. 4 ff.).

4.4. Diesen Ausführungen kann nicht gefolgt werden. Es ist schon dann von einer dauerhaften Veränderung auszugehen, wenn ungewiss ist, wie lange die Veränderung anhält (*OGer ZH LY120001 vom 10. Oktober 2012, E. III/2.1; Fam-Komm Scheidung/Vetterli, Art. 179 ZGB N 3*). Im Zeitpunkt des Entscheids der Kammer war der Kläger bereits seit drei Monaten arbeitslos und ohne Einkünfte. Da er sich zudem selbst nach seiner Rückkehr aus Pakistan anfangs Oktober 2016 mit Suchbemühungen vorerst zurückhielt (vgl. Urk. 7B Prot. S. 12; Suchbemühungen sind erst ab Januar 2017 dokumentiert [Urk. 19/5]), war bereits während des laufenden Berufungsverfahrens absehbar, dass seine Arbeitslosigkeit nicht nur vorübergehend andauern würde. Angesichts dessen kam die Vorinstanz zu Recht zum Schluss, dass die Einkommensreduktion infolge der Stellenaufgabe bereits im Berufungsverfahren hätte vorgebracht werden müssen und daher im Abänderungsverfahren nicht zu berücksichtigen war (Urk. 28 S. 8 E. II./3.1; vgl. dazu auch BGE 143 III 42 E. 5.1-5.3).

5.1. Im Sinne einer Eventualbegründung erwog die Vorinstanz, selbst wenn bezüglich der Einkommensreduktion infolge der Kündigung von einem zulässigen *Novum* ausgegangen würde, sei zu berücksichtigen, dass der Kläger seine langjährige und sichere Stelle ohne plausible Begründung aus freien Stücken aufgegeben habe, denn in Anbetracht der zeitlichen Komponente erscheine es wenig glaubhaft, dass er aufgrund der Pflegebedürftigkeit seiner Mutter gekündigt habe. Somit habe der Kläger den geltend gemachten Abänderungsgrund selbst geschaffen, was indes nicht als Abänderungsgrundlage dienen könne (Urk. 28 S. 9 f.).

5.2. Der Kläger rügt, er habe aus gutem Grund gekündigt. Seine Mutter sei in Pakistan schwer erkrankt und auf seine Pflege und Betreuung angewiesen gewesen. Nachdem er im Juni und Juli 2016 bereits drei Wochen in Pakistan verbracht habe, seien weitere Abwesenheiten von seinem Arbeitsplatz nicht mehr möglich gewesen, weshalb er seine Anstellung wohl oder übel habe kündigen müssen.

Nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses habe er sich vom 6. August 2016 bis am 9. Oktober 2016 wiederum in Pakistan aufgehalten, um seine Mutter zu pflegen (Urk. 27 S. 8). Der Kläger wiederholt damit allerdings bloss seinen bereits vor Vorinstanz eingenommenen Standpunkt (vgl. Urk. 18 Rz. 6 und 9 sowie Prot. I S. 5). Mit der Begründung der Vorinstanz, er habe seine Anstellung bereits im März oder April 2016 gekündigt und dies im Verfahren betreffend Schuldneranweisung im Februar 2017 auch noch mit der beabsichtigten Rückkehr nach Pakistan begründet, weshalb unglaublich sei, wenn er nun behaupte, er habe die Anstellung aufgrund der Pflegebedürftigkeit seiner Mutter dringend kündigen müssen (Urk. 28 S. 9 E. II/3.3), setzt er sich nicht auseinander und genügt damit seiner Begründungspflicht nicht.

5.3. Dessen ungeachtet vermag der Kläger auch nicht aufzuzeigen, inwiefern die Vorinstanz diesbezüglich den Sachverhalt unrichtig festgestellt hätte. Vielmehr bestätigt er in seiner Berufungsschrift, seine Anstellung bereits kurz vor der Einleitung des Eheschutzverfahrens (am 4. April 2016) gekündigt zu haben (Urk. 27 S. 3 f. Rz. 6-7). Die schwere Erkrankung seiner Mutter, welche den Kläger angeblich zur Kündigung veranlasst haben soll (Urk. 18 Rz. 6; Prot. I S. 5; Urk. 27 S. 8), erfolgte allerdings erst am 2. Juni 2016, als die Mutter einen akuten Herzinfarkt erlitt (Urk. 7A/22 letzte Seite). Des Weiteren hatte der Kläger vor Vorinstanz zum Grund für seine Kündigung noch ausgeführt, er habe nach Pakistan zurückkehren wollen (Urk. 7B Prot. S. 11). Angesichts dieser Umstände konnte die Vorinstanz von der Befragung des Klägers zum Grund für seine Kündigung absehen, ohne dessen Beweisführungsanspruch zu verletzen. Auch kam sie zu Recht zum Schluss, es sei davon auszugehen, dass der Kläger seine Anstellung nicht aufgrund der Erkrankung bzw. Pflegebedürftigkeit seiner Mutter, sondern aus eigenem Antrieb aufgegeben habe. Die Folgen dieses Entscheids hat der Kläger selbst zu tragen, denn eine Abänderung von Eheschutzmassnahmen auf Grundlage von freiwillig herbeigeführten Veränderungen ist ausgeschlossen (*OGer ZH LE160034 vom 23. September 2016, E. III/2; OGer ZH LE130043 vom 27. Januar 2014, E. II/5.2; OGer ZH LY130006 vom 10. Juli 2013, E. II/5d; Hausheer/Spycher, Handbuch des Unterhaltsrechts, 2. Aufl. 2010, Rz. 09.131 ff.; BSK ZGB Hsenring/Kessler, Art. 179 N 3).*

5.4. Nach dem Gesagten wies die Vorinstanz das Abänderungsbegehren des Klägers zu Recht ab und erweist sich dessen Berufung als offensichtlich unbegründet. Sie ist dementsprechend abzuweisen und der vorinstanzliche Entscheid ist zu bestätigen (Art. 318 Abs. 1 lit. a ZPO).

6.1. Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG in Verbindung mit § 5 Abs. 1 und § 6 Abs. 2 lit. b GebV OG auf Fr. 1'200.– festzulegen und ausgangsgemäss dem Kläger aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Für das Berufungsverfahren sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen, dem Kläger zufolge seines Unterliegens, der Beklagten mangels relevanter Umtriebe (Art. 106 Abs. 1, Art. 95 Abs. 3 ZPO).

6.2. Der Kläger ersucht um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands für das Berufungsverfahren (Urk. 27 S. 2). Dieses Gesuch ist jedoch zufolge Aussichtslosigkeit der Berufung (vgl. vorstehende Erwägungen) abzuweisen (Art. 117 lit. b ZPO).

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 Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird, und der angefochtene Entscheid des Einzelgerichts am Bezirksgericht Bülach vom 26. Juni 2017 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'200.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Kläger auferlegt.

4. Für das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte unter Beilage des Doppels von Urk. 27, an das Migrationsamt des Kantons Zürich sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

6. 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 Endentscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 90 und Art. 98 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt über Fr. 30'000.–. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 4. September 2017

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. M. Hochuli

versandt am:
sf