

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LY190031-O/U

Mitwirkend: Obergerichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Obergerichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Ersatzrichter lic. iur. T. Engler
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Würsch

Beschluss und Urteil vom 6. September 2019

in Sachen

A. _____,

Beklagter und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. X. _____,

gegen

B. _____,

Klägerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. _____,

betreffend **Ehescheidung auf Klage (Abänderung vorsorgliche Massnahmen)**

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes im ordentlichen Verfahren des Bezirksgerichtes Dielsdorf vom 1. Juli 2019; Proz. FE180009

Rechtsbegehren des Beklagten und Berufungsklägers:

(act. 5/46/1-2, sinngemäss)

Es seien die mit Vereinbarung vom 15. Januar 2019 im Rahmen vorsorglicher Massnahmen vereinbarten Unterhaltsbeiträge an die Klägerin aufzuheben resp. angemessen herabzusetzen.

**Verfügung des Einzelgerichts des Bezirksgerichtes Dielsdorf
vom 1. Juli 2019:**

(act. 4/1 = act. 6 = act. 5/70)

- "1. Das Begehren des Beklagten um Abänderung der vorsorglichen Massnahmen wird abgewiesen.
 2. Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen wird im Endentscheid befunden.
- [3.-5. Mitteilung / Rechtsmittelbelehrung]"

Berufungsanträge:

des Beklagten und Berufungsklägers (act. 2 S. 2):

- "1. Die Verfügung des Bezirksgerichtes Dielsdorf vom 1. Juli 2019 sei vollumfänglich aufzuheben.
2. Es sei die Sache zur Durchführung einer mündlichen Verhandlung und Ergänzung des Verfahrens sowie zu neuer Entscheidung bzw. materiellen Prüfung an das Bezirksgericht Dielsdorf zurückzuweisen.
3. Eventualiter sei die Verfügung des Bezirksgerichtes Dielsdorf vom 1. Juli 2019 in Gutheissung des Gesuches des Beklagten um Abänderung vorsorglicher Massnahmen wie folgt abzuändern:
 - (1) Ziffer 1 der Vereinbarung vom 15. Januar 2019, gerichtlich in Dispositiv-Ziffer 1.1 der Verfügung vom 15. Januar 2019 vorgemerkt, sei aufzuheben und es seien in deren Abänderung rückwirkend per 1. Februar 2019 resp. eventualiter

per 25. April 2018 und für die weitere Dauer des Scheidungsverfahrens resp. der Trennung der Klägerin keine Unterhaltsbeiträge zuzusprechen.

- (2) Ziffer 2 der Vereinbarung vom 15. Januar 2019, gerichtlich in Dispositiv-Ziffer 1.2 der Verfügung vom 15. Januar 2019 vorgemerkt, sei aufzuheben und es sei festzustellen, dass der Beklagte seiner Unterhaltspflicht bis und mit Januar 2019 vollumfänglich nachgekommen ist und keine rückständigen Unterhaltsbeiträge geschuldet sind.
4. Dem Beklagten resp. Berufungskläger sei die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und ihm in der Person der Unterzeichnenden eine unentgeltliche Rechtsvertreterin zu bestellen.
5. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (Parteientschädigung zzgl. MWST) zu Lasten der Klägerin resp. Berufungsbeklagten."

der Klägerin und Berufungsbeklagten (act. 9 S. 2):

zur Sache:

- "1. Die Berufung sei vollumfänglich abzuweisen;
2. Das Gesuch des Beklagten um unentgeltliche Rechtspflege sei abzuweisen;
3. unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, zuzüglich 7.7% Mehrwertsteuer, zu Lasten des Beklagten und Berufungsklägers."

Prozessualer Antrag:

"Der Klägerin und Berufungsbeklagten sei im vorliegenden Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren, und es sei ihr der unterzeichnete Rechtsanwalt zum unentgeltlichen Rechtsvertreter zu bestellen."

Erwägungen:

1.

1.1 Die Parteien heirateten am tt. Oktober 1994 in C._____ (D). Sie haben drei gemeinsame volljährige Söhne (act. 5/1). Seit dem 15. Januar 2018 stehen sich die Parteien vor dem Einzelgericht des Bezirksgerichts Dielsdorf (nachfolgend auch: Vorinstanz) im Scheidungsverfahren gegenüber. Anlässlich der Verhandlung vom 15. Januar 2019 schlossen die Parteien unter Mitwirkung der Vorinstanz eine Vereinbarung über vorsorgliche Massnahmen. Der Beklagte und Berufungskläger (nachfolgend Beklagter) verpflichtete sich darin, der Klägerin und Berufungsbeklagten (nachfolgen Klägerin) rückwirkend per 25. April 2018 einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von Fr. 6'000.00 zu bezahlen. Die Einigung beinhaltete ferner eine Absprache über die rückstehenden Unterhaltsbeiträge bis Januar 2019 und über die Modalitäten der Tilgung dieser Rückstände (act. 5/41; Vi-Prot. S. 37).

1.2 Mit Eingabe vom 12. März 2019 an die Vorinstanz erhob der Beklagte persönlich ein Begehren um Abänderung der Vereinbarung über vorsorgliche Massnahmen. Er stellte darin sinngemäss das eingangs angeführte Rechtsbegehren (act. 5/46/1-2).

1.3 Die Klägerin nahm mit Eingabe vom 25. März 2019 Stellung zum Abänderungsbegehren des Beklagten. Sie beantragte, das Abänderungsbegehren sei gestützt auf Art. 132 Abs. 3 ZPO ohne Weiteres an den Beklagten zu retournieren, eventualiter sei darauf nicht einzutreten, und subeventualiter sei das Abänderungsbegehren abzuweisen (act. 5/54 S. 2).

1.4 Der Beklagte äusserte sich – mittlerweile anwaltlich vertreten – mit Eingabe vom 18. April 2019 zur Stellungnahme der Klägerin und stellte darin angepasste Anträge zur Abänderung der Vereinbarung über vorsorgliche Massnahmen (vgl. act. 5/61 S. 2).

1.5 Am 1. Juli 2019 erliess die Vorinstanz die eingangs angeführte Verfügung (act. 4/1 = act. 6 = act. 5/70). Diese wurde dem Beklagten am 10. Juli 2019 zugestellt (vgl. die Empfangsscheine angeheftet an act. 5/70).

1.6 Mit Eingabe vom Montag, 22. Juli 2019 (Datum Poststempel), erhob der Beklagte Berufung gegen die Verfügung vom 1. Juli 2019 (act. 2). Er stellte die eingangs angeführten Berufungsanträge (act. 2 S. 2).

1.7 Der Vorsitzende setzte der Klägerin mit Verfügung vom 6. August 2019 Frist an, um die Berufung zu beantworten (act. 7). Die Klägerin erstattete die Berufungsantwort fristgerecht mit Eingabe vom 20. August 2019 (act. 9). Sie stellte die eingangs angeführten Berufungsanträge (act. 9 S. 2).

1.8 Die Akten des erstinstanzlichen Verfahrens wurden beigezogen (act. 5/1-71). Es wurde davon abgesehen, einen Kostenvorschuss zu erheben. Das Berufungsverfahren ist spruchreif. Dem Beklagten ist indes noch ein Doppel von act. 9 zuzustellen.

2.

Erstinstanzliche Entscheide über vorsorgliche Massnahmen sind mit Berufung anfechtbar (Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO). Gegenstand des vorliegenden Berufungsverfahrens über vorsorgliche Massnahmen ist allein die Unterhaltspflicht des Beklagten für die Klägerin. Damit liegt eine vermögensrechtliche Streitigkeit vor (vgl. BGE 133 III 393 E. 2; BGer 5A_740/2009 vom 2. Februar 2010, E. 1).

Der Streitwert der zuletzt aufrecht erhaltenen Rechtsbegehren (vgl. act. 5/54 S. 2; act. 5/61 S. 2) übersteigt Fr. 10'000.– (Art. 308 Abs. 2 ZPO; vgl. dazu auch hinten Ziff. 4.3). Auf die rechtzeitig schriftlich und begründet eingereichte Berufung ist somit einzutreten.

3.

3.1 Die Vorinstanz bezeichnet sich auf dem Rubrum des angefochtenen Entscheids als "Einzelgericht o.V.". Diese Bezeichnung wird in familienrechtlichen Verfahren zwar bisweilen verwendet, doch sie ist insoweit missverständlich, als

die Vorinstanz nicht etwa im "ordentlichen Verfahren" nach dem dritten Titel der Zivilprozessordnung entschied (Art. 219 ff. ZPO), sondern im Scheidungsverfahren, einem "besonderen eherechtlichen Verfahren" nach dem sechsten Titel (Art. 274 ff. ZPO). Das ist vorab der Vollständigkeit festzuhalten (vgl. dazu auch OGer ZH PA130045 vom 17. Dezember 2013, E. II./1.2).

3.2 Der Beklagte begründete sein Abänderungsbegehren vom 12. März 2019 nebst anderem mit dem Hinweis, er sei nicht in der Lage, den Forderungen gemäss Verfügung (und Vergleich) vom 15. Januar 2019 (Tilgung von Unterhaltsrückständen und laufende Unterhaltsbeiträge) nachzukommen. Sein Einkommen habe sich seit November 2018 auf Fr. 6'000.00 brutto reduziert. Zudem habe die Klägerin zurzeit Mieter im Haus, für welche sie Mietzinse erhalte. Ferner betreibe die Klägerin in der ehelichen Liegenschaft ein Kosmetikstudio. Das Einkommen der Klägerin aus diesen beiden Quellen sei abzuklären (act. 5/46/1). In der bereits erwähnten Stellungnahme vom 18. April 2019 (vgl. vorne Ziff. 1.4) brachte der Beklagte verschiedene Präzisierungen und Ergänzungen zu seiner Schilderung vor.

3.3 Die Vorinstanz stellte sich in den Erwägungen zum angefochtenen Entscheid auf den Standpunkt, das Verfahren über vorsorgliche Massnahmen sei summarischer Natur. Den Parteien stehe (nur) je ein Parteivortrag zur Verfügung. Das Begehren müsse daher mit dessen Einreichung abschliessend begründet werden. Die Eingabe des Beklagten vom 18. April 2019 sei nur insoweit zu berücksichtigen, als darin im Rahmen des Replikrechts zu Noven in der Gesuchantwort der Klägerin Stellung genommen werde (act. 6 S. 2). Der Sachverhalt sei – so weiter die Vorinstanz – aufgrund der Eingaben der Parteien klar. Daher könne nach Art. 276 Abs. 1. i.V.m. Art. 273 Abs. 1 ZPO auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung verzichtet werden (act. 6 S. 4). Was die Tilgung der rückstehenden Unterhaltsbeiträge angehe, hätten die Parteien sich in der Vereinbarung vom 15. Januar 2019 geeinigt. Damit hätten sie diesen Rechtsstreit definitiv beenden wollen. Darauf könnte der Beklagte allenfalls mit einer Revision, aber nicht mit einem Abänderungsbegehren zurückkommen (act. 6 S. 6). Was die weitere Unterhaltsregelung angehe, vermöge der Beklagte nicht glaubhaft aufzuzei-

gen, dass sein Einkommen tatsächlich tiefer sei, als aufgrund der vorliegenden Belege angenommen worden sei (act. 6 S. 6 oben). Daher sei das Abänderungsbegehren abzuweisen (act. 6 S. 7).

3.4 Der Beklagte macht berufungsweise geltend, die Vorinstanz habe mit dem geschilderten Vorgehen wesentliche Verfahrensbestimmungen verletzt, insbesondere seinen Anspruch auf Wahrung des rechtlichen Gehörs, die Art. 229 Abs. 3 und Art. 273 Abs. 1 ZPO sowie den Untersuchungsgrundsatz und die Begründungspflicht. Zur Sache hält der Beklagte an seinem Abänderungsbegehren fest (act. 2 S. 4 ff.).

3.5 Die Klägerin stellt sich in der Berufungsantwort auf den Standpunkt, die Vorinstanz habe das Abänderungsbegehren des Beklagten im angefochtenen Entscheid mit vollkommen zutreffenden Erwägungen vollumfänglich abgewiesen (act. 9 S. 5). Den Rügen des Beklagten hält die Klägerin das Rechtsmissbrauchsverbot entgegen (act. 9 S. 4, S. 8). Darauf wird weiter unten eingegangen (vgl. unten Ziff. 3.7).

3.6 / 3.6.1 Dass das Verfahren über vorsorgliche Massnahmen im Scheidungsprozess summarischer Natur ist, trifft zu (Art. 276 Abs. 1 i.V.m. Art. 271 ZPO). Allerdings gilt in diesem Verfahren (so richtig der Beklagte) über den Verweis von Art. 276 Abs. 2 ZPO auch der eingeschränkte Untersuchungsgrundsatz nach Art. 272 ZPO (vgl. ZK ZPO-SUTTER-SOMM/STANISCHEWSKI, 3. Auflage 2016, Art. 276 N 41 f.). Dieser hat nach Art. 229 Abs. 3 ZPO zur Folge, dass die Parteien bis zur Urteilsberatung unbeschränkt neue Tatsachen und Beweismittel vorbringen können (vgl. FamKomm Scheidung/MEYER-HONEGGER, Anh. ZPO Art. 277 N 17).

Der Begriff der "Urteilsberatung" im Sinne von Art. 229 Abs. 3 ZPO meint nicht den effektiven "Beratungsakt" des Gerichts (mündliche Beratung oder Zirkulation eines Entscheidenantrags), sondern er entspricht (im ordentlichen Verfahren) dem Verfahrensstadium, das auf den Schluss der Hauptverhandlung (Art. 228 ff. ZPO) folgt (vgl. BGE 138 III 788 E. 4.2; zum Berufungsverfahren vgl. BGE 142 III 413 E. 2.2.3, 2.2.5). Wann genau das Verfahrensstadium der Urteilsberatung im

summarischen Verfahren eintritt, braucht im vorliegenden Fall nicht abschliessend geklärt zu werden. Jedenfalls konnte die Urteilsberatung nicht beginnen, solange dem Beklagten die Frist für eine Äusserung zur Stellungnahme der Klägerin vom 25. März 2019 lief (vgl. act. 5/57, worin die entsprechende Frist des Beklagten zur Wahrnehmung des Replikrechts ausdrücklich bis 18. April 2019 erstreckt wurde). Der Beklagte konnte in seiner Eingabe vom 18. April 2019 (act. 5/61) – mit der er sich zur Stellungnahme der Klägerin äusserte – deshalb unbeschränkt Neues vorbringen.

Zulässig waren im Übrigen nicht nur die in der Eingabe vom 18. April 2019 enthaltenen neuen Tatsachenbehauptungen und Beweismittel, sondern – gestützt auf Art. 227 Abs. 1 lit. ZPO – auch die in der Eingabe enthaltene Verdeutlichung und Konkretisierung der Rechtsbegehren hinsichtlich der Abänderung der vorsorglichen Massnahmen (so richtig der Beklagte, act. 2 S. 6 Rz. 10). Indem die Vorinstanz diese gemäss den Vorgaben der Zivilprozessordnung korrekt eingebrachten Vorbringen nicht berücksichtigte, verletzte sie Art. 229 Abs. 3 ZPO, den (eingeschränkten) Untersuchungsgrundsatz und den Anspruch des Beklagten auf Wahrung des rechtlichen Gehörs (vgl. TARKAN GÖKSU, DIKE-Komm-ZPO, 2. Auflage 2016, Art. 53 N 19).

3.6.2 Die Erwägungen der Vorinstanz zur (vermeintlichen) Novenbeschränkung zeigten für den Beklagten erkennbar auf, aus welchem Grund die Vorinstanz auf seine Schilderungen in der Stellungnahme vom 18. April 2019 nicht einging. Insofern ist der Vorinstanz keine Verletzung der Begründungspflicht vorzuwerfen. Der Beklagte berief sich indes bereits in seinem Abänderungsbegehren vom 12. März 2019 neben seiner eigenen veränderten Einkommenssituation auch auf diejenige der Klägerin als Abänderungsgrund (vgl. vorne Ziff. 3.2 sowie act. 5/46/1 S. 2). Auf das zuletzt genannte Argument ging die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid nicht ein. Der Beklagte konnte somit nicht erkennen, weshalb die Vorinstanz der Meinung war, die behauptete Veränderung der Einkommenssituation der Klägerin rechtfertige keine Abänderung der Unterhaltsbeiträge (bzw. keine weitere Abklärung). Die Vorinstanz verletzte damit die Begründungspflicht als wei-

teren Teilgehalt des Anspruchs auf Wahrung des rechtlichen Gehörs (vgl. Göksu, a.a.O., Art. 53 N 27).

3.6.3 Der Schluss der Vorinstanz, der Sachverhalt sei klar und eine mündliche Verhandlung könne deshalb gestützt auf Art. 276 Abs. 1 i.V.m. Art. 273 Abs. 1 ZPO unterbleiben, basierte auf der Annahme, dass die Eingabe des Beklagten vom 18. April 2019 (act. 5/61) unbeachtlich sei (act. 6 S. 2, 4; die Vorinstanz ging daher nur der Vollständigkeit halber und nur sehr kurz auf einige Vorbringen in der Eingabe vom 18. April 2019 ein, vgl. act. 6 S. 7). Diese Annahme war wie gesehen unzutreffend. Ob unter rechtsgenügender Berücksichtigung dieser Eingabe ein klarer Fall vorliegt, der das Absehen von einer Verhandlung rechtfertigt, hat die Vorinstanz nicht entschieden. Was den Abänderungsgrund einer neuen Einkommenssituation der Klägerin angeht, lässt sich dem angefochtenen Entscheid mangels einer entsprechenden Begründung (vgl. soeben Ziff. 3.6.2) ohnehin nicht entnehmen, wie die Vorinstanz zur Annahme eines klaren Falles gelangte. Dass ein solcher Fall vorläge, ist jedenfalls nicht offenkundig.

3.6.4 Als Zwischenfazit ist festzuhalten, dass die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid die erwähnten verfahrensrechtlichen Vorschriften verletzt hat. Den Rügen des Beklagten ist insoweit zu folgen. Zu prüfen bleibt, ob die Berufung des Beklagten auf diese Vorschriften zu schützen ist, oder ob seinen Rügen das Rechtsmissbrauchsverbot entgegen zu halten ist.

3.7 Die Klägerin lässt festhalten, der Beklagte habe sein Einkommen bis anhin nicht offen gelegt und habe die Schaffung klarer Verhältnisse im ganzen bisherigen Prozess selber hintertrieben. Danach erscheine es rechtsmissbräuchlich und trölerisch, sich nun auf eine Verminderung des verheimlichten Einkommens zu berufen und auf unklare Verhältnisse, welche die Vorinstanz hätte klären müssen (act. 9 S. 10, 15). Rechtsmissbräuchlich sei auch das Vorgehen des Beklagten, wenige Tage oder Wochen nach Eintritt der Rechtskraft der Verfügung vom 15. Januar 2019 eine Abänderung der Vereinbarung zu verlangen, nachdem er kein Rechtsmittel gegen die Verfügung erhoben habe. Sein Abänderungsbegehren habe zudem keinen genügenden Antrag enthalten. Inhaltlich habe es sich dabei um ein aussichtsloses Revisionsbegehren gehandelt. Aus diesen Gründen

hätte die Vorinstanz auf das Begehren an sich gar nicht eintreten müssen bzw. sollen (act. 9 S. 8 f.).

3.8 / 3.8.1 Die am Verfahren beteiligten Personen haben nach Treu und Glauben zu handeln (Art. 52 ZPO). Auch im Zivilprozess gilt das Verbot offenbaren Rechtsmissbrauchs nach Art. 2 Abs. 2 ZGB (vgl. ZK ZPO-SUTTER-SOMM/CHEVALIER, 3. Auflage 2016, Art. 52 N 8-10, N 20). Die Beschränkung auf "offenbaren" Rechtsmissbrauch verdeutlicht den Ausnahmecharakter des Rechtsmissbrauchsverbots. Es erfasst nur evidente Fälle. Im Zweifel ist das formelle Recht zu schützen (vgl. BSK ZGB I-HONSELL, 6. Auflage 2018, Art. 2 N 27). Rechtsmissbräuchliche und querulatorische Eingaben sind unbeachtlich und werden ohne Weiteres zurückgeschickt (vgl. Art. 132 Abs. 3 ZPO). Vor dem Hintergrund der Generalklausel ist auch diese Sanktion mit Blick auf Rechtsmissbrauch auf offensichtliche Fälle zu beschränken.

3.8.2 Der Umstand, dass der Beklagte bereits zwei Monate nach dem Abschluss der Vereinbarung vom 15. Januar 2019 ein Abänderungsbegehren stellte, lässt nicht auf Rechtsmissbrauch (und erst recht nicht auf "offenbaren" Rechtsmissbrauch) oder auf eine querulatorische Eingabe schliessen. Auch in relativ kurzer Zeit nach dem Ablauf der Rechtsmittefrist können sich relevante Veränderungen der tatsächlichen Grundlagen einer Vereinbarung über Unterhaltsbeiträge ergeben. Die Vorbringen sind daher in der Sache zu prüfen. Offenbarer Rechtsmissbrauch oder Querulanz im Sinne von Art. 132 Abs. 3 ZPO könnte allenfalls vorliegen, wenn eine Partei mehrmals hintereinander gleich begründete Abänderungsbegehren stellt. Das steht im vorliegenden Fall nicht zur Diskussion. Das erstmalige Abänderungsbegehren des Beklagten ist entgegen der Klägerin (act. 9 S. 16) nicht als (offenbar rechtsmissbräuchliches) Hintertreiben ihrer Unterhaltsansprüche einzuschätzen.

Die Klägerin begründet ihren Rechtsmissbrauchsvorwurf im Übrigen hauptsächlich mit Blick auf die angeblich veränderten Einkommensverhältnisse des Beklagten, da der Beklagte seine Verhältnisse nie genügend offen gelegt habe. Danach könne er sich nicht darauf berufen, die Vorinstanz hätte die Verhältnisse aufgrund der Untersuchungsmaxime genauer abklären müssen (vgl. act. 9 S. 10 ff.). Dass

der Beklagte seine Verhältnisse ungenügend aufzeigte, ergibt sich auch aus den Erwägungen der Vorinstanz in angefochtener Entscheidung, wonach bestimmte Unterlagen mit Verfügung vom 10. Juli 2018 vom Treuhänder des Beklagten beigezogen wurden, weil der Beklagte selber trotz entsprechender Aufforderung keine Unterlagen eingereicht hatte (act. 6 S. 5). Dieser Umstand lässt indes nicht ohne weiteres darauf schliessen, es sei (offenbarer) Rechtsmissbrauch, sich in einem Abänderungsbegehren darauf zu berufen, die Einkommensverhältnisse hätten sich verändert. Auch eine Partei, die sich im Prozess intransparent verhielt, hat Anspruch auf ein gesetzmässiges Verfahren. Die frühere Säumnis des Beklagten mit der Vorlage seiner Unterlagen und der Abgabe entsprechender Informationen kann auch nicht zum Verlust von Verfahrensgarantien wie dem rechtlichen Gehör und dem Novenrecht gemäss Art. 229 Abs. 3 ZPO führen. Die Berufung des Beklagten auf die Verletzung dieser Garantien stellt deshalb keinen Rechtsmissbrauch dar.

Inwiefern der Beklagte sich (auch) rechtsmissbräuchlich auf ein verändertes Einkommen der Klägerin berufe, wird von ihr nicht verdeutlicht und ist nicht ersichtlich. Das Vorbringen, ein Einkommen der Klägerin aus der Vermietung eines Zimmers in der ehelichen Liegenschaft sei dem Beklagten während des ganzen Scheidungsverfahrens bekannt gewesen (act. 9 S. 22), ist allenfalls ein Argument in der Sache gegen das Abänderungsbegehren, doch es lässt nicht ohne weiteres auch auf Rechtsmissbrauch schliessen (festzuhalten ist dazu immerhin, dass die Klägerin selber ein solches Einkommen der Vorinstanz gegenüber im Vorfeld der Vereinbarung vom 15. Januar 2019 soweit ersichtlich nicht erwähnte, vgl. insb. act. 5/34 S. 1, S. 5, sowie act. 5/21 S. 6 ff. und act. 5/21 S. 7). Wie es sich mit einem Einkommen der Klägerin aus Kosmetikdienstleistungen verhält, ist auch nach der Schilderung der Klägerin in der Berufungsantwort nicht völlig klar (vgl. act. 9 S. 22 f.). Die Möglichkeit solcher Einkünfte wurde vor dem Abschluss der Vereinbarung vom 15. Januar 2019 zumindest diskutiert (Vi-Prot. S. 34-36), doch das führt auch in diesem Zusammenhang nicht ohne Weiteres zur Annahme offenen Rechtsmissbrauchs.

Es mag sein, dass der Beklagte sich mit seinen Vorbringen inhaltlich zumindest teilweise auf Revisionsgründe beruft und nicht auf eine Änderung der Verhältnisse seit dem Abschluss der Vereinbarung (in diesem Sinn argumentiert die Klägerin, act. 9 S. 10). Auch dies ist allenfalls für die Begründetheit des Abänderungsbegehrens bedeutsam, doch lässt es nicht ohne Weiteres auf (offenbaren) Rechtsmissbrauchs schliessen. Der Rechtsmissbrauchsvorwurf der Klägerin geht insgesamt fehl.

3.9 Die geschilderten Verfahrensmängel, auf welche der Beklagte sich beruft, wiegen schwer. Sie rechtfertigen es, den angefochtenen Entscheid aufzuheben und das Verfahren an die Vorinstanz zurückzuweisen, zumal es nicht an der Berufungsinstanz ist, den Sachverhalt anstelle der ersten Instanz zu erstellen (vgl. OGer ZH LE170063 vom 26. April 2018, E. III./4). Die Vorinstanz hat die Vorbringen des Beklagten nach Massgabe von Art. 229 Abs. 3 ZPO zu berücksichtigen und – allenfalls nach Durchführung einer Verhandlung (Art. 273 Abs. 1 ZPO) – neu über das Abänderungsbegehren zu entscheiden.

Die Berufung des Beklagten ist daher gutzuheissen. Die Verfügung vom 1. Juli 2019 ist aufzuheben, und das Verfahren ist im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen.

4.

4.1 Es rechtfertigt sich, über die Kosten- und Entschädigungsfolgen für das Berufungsverfahren bereits im vorliegenden Entscheid zu befinden und nicht bis zum Endentscheid zuzuwarten (Art. 104 Abs. 3 ZPO).

4.2 Ausgangsgemäss wird die Klägerin für das Berufungsverfahren kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

4.3 Grundlage der Gebührenfestsetzung bilden der Streitwert bzw. das tatsächliche Streitinteresse, der Zeitaufwand des Gerichts und die Schwierigkeit des Falls (§ 2 Abs. 1 GebV OG). Dem tragen die Tarife gemäss §§ 4 ff. GebV OG Rechnung. Sind – wie vorliegend – in einem Verfahren über vorsorgliche Massnahmen im Scheidungsprozess lediglich finanzielle Belange strittig, so berechnet sich die

Entscheidgebühr nach § 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 5 Abs. 2; § 4 Abs. 1–3 und § 8 Abs. 1 der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010.

Der Beklagte bestreitet zum einen den Bestand von Unterhaltsrückständen von Fr. 26'640.00 gemäss Vereinbarung vom 15. Januar 2019, da er seiner Unterhaltspflicht bis und mit Januar 2019 bereits vollumfänglich nachgekommen sei. Zum anderen verlangt er, es seien der Klägerin ab 1. Februar 2019 keine Unterhaltsbeiträge zuzusprechen (vgl. die eingangs angeführten Berufungsanträge sowie act. 2 S. 12). Ausgehend von Unterhaltsbeiträgen von Fr. 6'000.00 pro Monat gemäss der genannten Vereinbarung und von einer geschätzten weiteren Verfahrensdauer von 12 Monaten ab dem 1. Februar 2019 ist von einem Streitwert von rund Fr. 100'000.00 auszugehen (Fr. 26'440.00 + (12 x Fr. 6'000.00)).

4.4 Die Parteientschädigung ist in Berücksichtigung des Streitwerts bzw. Interessewerts, der Verantwortung der Rechtsanwältin, ihres notwendigen Zeitaufwands und der Schwierigkeit des Falls festzusetzen (§ 2 Abs. 1 AnwGebV). Das vorliegende Berufungsverfahren über vorsorgliche Massnahmen im Scheidungsprozess betrifft lediglich finanzielle Belange zwischen den Ehegatten. Die Entschädigung ist deshalb auf der Basis des Streitwerts zu berechnen (vgl. OGer ZH LY170034 vom 20. März 2018, E. IV./2.4), der im vorliegenden Fall wie bereits geschildert rund Fr. 100'000.00 beträgt. Aus § 13 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 4 Abs. 1 AnwGebV ergibt sich eine Grundgebühr von Fr. 10'900.00. Diese ist nach Massgabe von § 4 Abs. 3 (periodische Leistungen) und § 9 AnwGebV (summarisches Verfahren) zu reduzieren. Die Verantwortung der Vertreterin des Beklagten sowie die Schwierigkeit des Falls sind als eher unterdurchschnittlich zu bezeichnen, ging es doch um im Familienrecht übliche Fragen des Ehegattenunterhalts und im Wesentlichen um prozessuale Aspekte. Der zeitliche Aufwand, welcher der Vertreterin des Beklagten durch die Begründung der Berufung entstanden ist, ist im unteren Bereich anzusiedeln. Es resultiert ein Betrag von Fr. 2'600.00. Zuschläge nach § 11 AnwGebV sind nicht zuzusprechen. Die Parteientschädigung ist somit auf Fr. 2'600.00 zzgl. 7,7% MwSt. festzusetzen.

4.5 Beide Parteien ersuchen um unentgeltliche Rechtspflege mit Bestellung ihrer Vertreter als unentgeltliche Rechtsbeistände. Der Beklagte weist darauf hin,

die Klägerin sei zur Bezahlung eines Prozesskostenvorschusses offensichtlich nicht in der Lage. Die Klägerin erklärt, sie habe den vor Vorinstanz einvernehmlich zugesprochenen Prozesskostenbeitrag (als Teil der vom Beklagten zu bezahlenden Summe) in Betreuung setzen müssen, der Betrag stehe noch aus und weitere Prozesskostenvorschüsse des Beklagten seien nicht einbringlich. Sein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege sei indes abzuweisen, da er an und für sich leistungsfähig wäre; er lege seine Mittel lediglich nicht offen (act. 2 S. 2, S. 17 ff.; act. 9 S. 1, S. 28 ff.).

4.5.1 Eine Person hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 117 lit. a und lit. b ZPO). Die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands setzt nach Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO zusätzlich voraus, dass dies zur Wahrung der Rechte notwendig ist. Eine Partei, welcher die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt wurde, ist zur Nachzahlung der entsprechenden Kosten verpflichtet, sobald sie dazu in der Lage ist (Art. 123 ZPO).

4.5.2 Dem Beklagten werden keine Gerichtskosten auferlegt, weshalb sein Gesuch insoweit gegenstandslos wird. Hinsichtlich der Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsvertretung ist über das Gesuch zu entscheiden. Der Beklagte verweist auf die der Vorinstanz eingereichten Lohnabrechnungen für Januar bis März 2019. Er erzielte danach in diesen drei Monaten ein Nettoeinkommen von Fr. 4'922.05 (act.5/63/3, act. 2 S. 10). Seit April 2019 erziele er, so der Beklagte weiter, aufgrund der Schwierigkeiten seiner Gesellschaft D._____ GmbH keine Einkünfte mehr. Zu diesen Schwierigkeiten reichte der Beklagte Unterlagen zu den Akten (act. 2 S. 18, act. 4/5-6). Weiter legte der Beklagte eine Vermögensübersicht seines persönlichen Kontos bei der Zürcher Kantonalbank vom 18. Juli 2019 zu den Akten, wonach sein Privat- bzw. sein Sparkonto einen Minussaldo von Fr. 5'172.29 bzw. von Fr. 2.00 aufweise (vgl. act. 2 S. 18 und act. 4/8). Ferner belegte der Beklagte mit Vorlage von Rechnungen vom 14. Juni 2019 und vom 29. Mai 2019 Steuerschulden von Fr. 19'313.85 (Staats- und Gemeindesteuern) und von Fr. 5'434.80 (Bundessteuern). Die Klägerin hält dem entgegen, Schlussrechnungen der Steuerämter belegten keine aktuellen Steuerschulden, der Be-

klagte habe seine Unternehmung seit dem Erhalt der vorinstanzlichen Editionsverfügung "einfach betreiben lassen", und sie bestreite, dass die erwähnte Pfändung zu einem Pfändungsvollzug geführt habe. Ebenso bestreite sie die geltend gemachte Einkommensreduktion des Beklagten (act. 9 S. 28 ff.).

Auch wenn das Verhalten des Beklagten im bisherigen Verlauf des Scheidungsverfahrens Zweifel an seiner Transparenz wecken mag, bestehen aufgrund der vorgelegten Unterlagen greifbare Anhaltspunkte für seine Mittellosigkeit. Das gilt verstärkt vor dem Hintergrund der (bis anhin nach wie vor geltenden) Verpflichtungen des Beklagten gemäss der Vereinbarung der Parteien vom 15. Januar 2019. Die Mittellosigkeit des Beklagten kann deshalb für das vorliegende Berufungsverfahren bejaht werden. Dies schliesst nicht aus, dass die Vorinstanz für ihr Verfahren etwa gestützt auf weitere Abklärungen über die finanziellen Verhältnisse, insb. mit Blick auf die Unterhaltsansprüche, zu einem anderen Schluss kommen kann.

4.5.3 Die Klägerin macht geltend, sie erziele abgesehen von der erwähnten Vermietung eines Zimmers für Fr. 700.00 pro Monat kein Einkommen, habe Schulden über viele Fr. 10'000.00 für Gesundheitskosten, Gerichtskosten, Steuern etc. und könne ihren Notbedarf nur dank Freunden und Verwandten decken. Das renovationsbedürftige eheliche Einfamilienhaus, dessen Alleineigentümerin sie sei, sei bei einem Verkehrswert von kaum mehr als Fr. 800'000.00 mit einer Hypothek zu Fr. 790'000.00 belastet. Da sie die Hypothekarzinsen nicht mehr bezahlen könne, drohe die Zwangsverwertung des Einfamilienhauses (act. 9 S. 31 ff.; act. 10/5-8). Vor diesem Hintergrund kann die Mittellosigkeit der Klägerin ebenfalls bejaht werden.

4.5.4 Der Beklagte obsiegt mit seiner Berufung, und die Position der Klägerin im Berufungsverfahren war, auch wenn die Klägerin unterliegt, nicht im Sinne von Art. 117 ZPO aussichtslos. Ferner war der Beizug anwaltlicher Vertretung zur Wahrung der Rechte der Parteien nötig. Die Gesuche der Parteien um unentgeltliche Rechtspflege und Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsvertretung sind daher (soweit sie nicht gegenstandslos werden) gutzuheissen.

4.5.5 Die dem Beklagten zugesprochene Parteientschädigung ist seiner Rechtsvertreterin aufgrund voraussichtlicher Uneinbringlichkeit (vgl. die vorstehenden Ausführungen zur finanziellen Situation der Klägerin) aus der Gerichtskasse auszurichten (Art. 122 Abs.2 ZPO).

5.

Rückweisungsentscheide stellen nach bundesgerichtlicher Praxis keine Endentscheide und – selbst wenn materielle Grundsatzfragen entschieden werden – keine Teilentscheide dar. Ausgenommen sind Rückweisungsentscheide, die der Behörde, an welche die Streitsache zurückgewiesen wird, keine Entscheidungsfreiheit belassen (vgl. BSK BGG-UHLMANN, 3. Auflage 2018, Art. 90 N 9 und Art. 92 N 10 mit Hinweisen). Das ist vorliegend nicht der Fall. Das Urteil kann daher nur nach Massgabe von Art. 93 BGG an das Bundesgericht weitergezogen werden.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch des Beklagten und Berufungsklägers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren wird abgeschrieben, soweit es die Bezahlung von Gerichtskosten betrifft.
2. Dem Beklagten und Berufungskläger wird für das vorliegende Berufungsverfahren in der Person von Rechtsanwältin Dr. X._____ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt.
3. Der Klägerin und Berufungsbeklagten wird für das vorliegende Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt, und es wird ihr in der Person von Rechtsanwalt Dr. Y._____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt.
4. Mitteilung und Rechtsmittel richten sich nach dem nachfolgenden Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird gutgeheissen. Die Verfügung des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Dielsdorf vom 1. Juli 2019 wird aufgehoben und die Sache zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'600.00 festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das Berufungsverfahren werden der Klägerin und Berufungsbeklagten auferlegt, jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung einstweilen auf die Gerichtskasse genommen.

Die Klägerin und Berufungsbeklagte wird auf ihre Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO hingewiesen.

4. Die Klägerin und Berufungsbeklagte wird verpflichtet, der unentgeltlichen Rechtsbeiständin des Beklagten und Berufungsklägers (Rechtsanwältin Dr. X. _____) für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 2'600.00 (zzgl. 7,7% MwSt., total Fr. 2'800.20) zu bezahlen.

Die Rechtsanwältin Dr. X. _____ zugesprochene Parteientschädigung von total Fr. 2'800.20 (inkl. 7,7% MwSt.) wird der Rechtsbeiständin aus der Gerichtskasse ausbezahlt.

Ihr Anspruch gegen die Klägerin und Berufungsbeklagte auf die voraussichtlich uneinbringliche Parteientschädigung geht an den Kanton Zürich (Obergerichtskasse) über (Art. 122 Abs. 2 ZPO).

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und – unter Beilage der Akten – an das Bezirksgericht Dielsdorf, je gegen Empfangsschein, an den Beklagten und Berufungskläger unter Zustellung der Doppel von act. 9 und act. 10/1-8, sowie an die Obergerichtskasse.
6. Eine **Beschwerde** gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert **30 Tagen** von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesge-

richt, 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 Zwischenentscheid nach Art. 93 BGG in einem Verfahren über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert übersteigt Fr. 30'000.00.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Würsch

versandt am: