

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LY200016-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. D. Scherrer, Vorsitzende, Oberrichter
lic. iur. M. Spahn und Oberrichter Dr. M. Kriech sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. G. Ramer Jenny

Beschluss vom 25. Mai 2020

in Sachen

A. _____,

Klägerin und Berufungsklägerin

unentgeltlich vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Beklagter und Berufungsbeklagter

unentgeltlich vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **Ehescheidung (Abänderung vorsorgliche Massnahmen)**

**Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen
Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 5. Abteilung, vom 20. Dezember 2018
(FE171015-L)**

**Rückweisung: Urteil des Bundesgerichts vom 12. März 2020 (vormaliges
Verfahren: LY190001-O)**

Rechtsbegehren:

des Beklagten bzgl. vorsorgliche Massnahmen (Urk. 2/8/12 S. 2; Urk. 2/8/54 S. 1 f.):

1. Es sei die Klägerin rückwirkend seit 1. Februar 2018 und bis zum Abschluss des Scheidungsverfahrens in Abänderung des Urteils des Obergerichts des Kantons Zürich vom 12. Dezember 2017 betreffend Eheschutz der Parteien, LE170024, zur Zahlung eines monatlichen Unterhalts an den Beklagten zu Gunsten der gemeinsamen Kinder C._____ und D._____ von je Fr. 595.– zuzüglich einen Betreuungsunterhalt von Fr. 1'220.– und für diesen persönlich von monatlich Fr. 277.– zu verpflichten;
2. Es sei die Klägerin vorsorglich zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses von vorerst Fr. 5'000.– an den Beklagten zu verpflichten;
3. Es sei dem Beklagten die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und es sei ihm in der Person von Rechtsanwalt lic.iur. Y._____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand beizugeben.
– unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Klägerin –.

der Klägerin bzgl. vorsorgliche Massnahmen (Urk. 2/8/38; Urk. 2/8/52; Urk. 2/8/1 S. 2):

Es sei Ziffer [...] 2 des Urteils des Obergerichts des Kantons Zürich vom 12. Dezember 2017 aufzuheben;

[...].

Es sei der Klägerin die unentgeltliche Prozessführung und Rechtsvertretung in der Person von Rechtsanwältin lic.iur. X._____ zu bewilligen.

Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 5. Abteilung, vom 20. Dezember 2018:

(Urk. 2/2)

1. Das Begehren des Beklagten um Verpflichtung der Klägerin zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses von vorerst Fr. 5'000.– wird abgewiesen.
2. Beiden Parteien wird die unentgeltliche Rechtspflege gewährt. Der Klägerin wird Rechtsanwältin lic.iur. X._____ und dem Beklagten wird Rechtsanwalt lic.iur. Y._____ je als unentgeltliche Rechtsbeiständin beziehungsweise unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt.
3. In Abänderung von Dispositiv Ziffer 2 Abs. 2 des Urteils des Obergerichts des Kantons Zürich vom 12. Dezember 2017 (LE170024-O) wird die Klägerin verpflichtet, dem Beklagten für die Dauer des Scheidungsverfahrens an den Unterhalt und die Erziehung der Kinder folgende Kinderunterhaltsbeiträge zu bezahlen:

Ab Erlass des vorliegenden Entscheids bis 30. Juni 2019:

- Für C._____: Fr. 660.–
- Für D._____: Fr. 685.– (davon Fr. 90.– als Betreuungsunterhalt)

Ab dem 1. Juli 2019 für die weitere Dauer des Verfahrens:

- Für C._____: Fr. 660.–
- Für D._____: Fr. 595.– (davon Fr. 0.– als Betreuungsunterhalt)

4. In Abänderung von Dispositiv Ziffer 3 Abs. 1 und 2 des Urteils des Obergerichts des Kantons Zürich vom 12. Dezember 2017 (LE170024-O) wird die Klägerin verpflichtet, dem Beklagten ab Erlass des vorliegenden Entscheids für die Dauer des Scheidungsverfahrens, längstens bis zum 30. Juni 2019, persönliche Unterhaltsbeiträge in der Höhe von Fr. 599.– zu bezahlen.

Die Unterhaltsbeiträge sind an den Beklagten zahlbar, und zwar monatlich im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats.

5. Der Entscheid über die Kosten- und Entschädigungsfolgen wird dem Endentscheid vorbehalten.
6. ... (Schriftliche Mitteilung)
7. ... (Rechtsmittel: Berufung, Frist 10 Tage)

Berufungsanträge:

der Berufungsklägerin und Klägerin (Urk. 2/1 S. 2):

- "1. Es seien Dispositiv Ziff. 3 und 4 der Verfügung des Bezirksgerichtes Zürich vom 20. Dezember 2018 (Geschäfts-Nr. FE171015-L) aufzuheben und es sei festzustellen, dass die Klägerin mangels Leistungsfähigkeit nicht zu Unterhaltszahlungen für die Kinder C.____ und D.____ (wenn unter der Obhut des Beklagten) und nicht zu Unterhaltszahlungen für den Beklagten verpflichtet ist;

eventualiter sei Dispositiv Ziff. 4 der Verfügung des Bezirksgerichts Zürich vom 20. Dezember 2018 aufzuheben und es sei festzustellen, dass die Klägerin mangels Leistungsfähigkeit nicht zu Unterhaltszahlungen für den Beklagten verpflichtet ist.

2. Es sei der Berufung die aufschiebende Wirkung zu erteilen;
3. Es sei der Berufungsklägerin für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Verfahrenspflege und Rechtsvertretung zu bewilligen;

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Beklagten."

des Berufungsbeklagten und Beklagten (Urk. 2/11 S. 1 f.):

- "1. Es seien die Anträge der Berufungsklägerin unter ausgangsgemässer Kosten- und Entschädigungsfolge abzuweisen;
2. es sei die Berufungsklägerin zu verpflichten, dem Berufungsbeklagten für das Berufungsverfahren einen Prozesskostenvorschuss von Fr. 4'000.– sowie einen angemessenen Prozesskostenbeitrag gemäss einer vor Abschluss des Verfahrens einzureichenden Kostennote zu zahlen;
3. es sei dem Berufungsbeklagten im Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und ihm in der Person des Unterzeichneten ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen."

Beschluss und Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich
vom 3. April 2019:
(Urk. 2/20)

Es wird beschlossen:

1. Der Antrag des Beklagten auf Leistung eines Prozesskostenvorschusses von Fr. 4'000.– für das Berufungsverfahren wird abgewiesen.
2. Der Klägerin wird für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege gewährt und es wird ihr in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. X._____ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt. Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
3. Dem Beklagten wird für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege gewährt und es wird ihm in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. Y._____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt. Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
4. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. In teilweiser Gutheissung der Berufung der Klägerin werden die Dispositiv-Ziffern 3 und 4 der Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 5. Abteilung, vom 20. Dezember 2018 aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:
 - "3. In Abänderung von Dispositiv Ziffer 2 Abs. 2 des Urteils des Obergerichts des Kantons Zürich vom 12. Dezember 2017 (LE170024-O) wird die Klägerin verpflichtet, dem Beklagten für die Dauer des Scheidungsverfahrens an den Unterhalt und die Erziehung der Kinder folgende Kinderunterhaltsbeiträge zu bezahlen:

Ab 20. Dezember 2018 bis 30. Juni 2019:

- Für C._____: Fr. 660.–
- Für D._____: Fr. 995.– (davon Fr. 400.– als Betreuungsunterhalt).

Ab 1. Juli 2019 für die weitere Dauer des Verfahrens:

- Für C._____: Fr. 660.–
- Für D._____: Fr. 595.– (davon Fr. 0.– als Betreuungsunterhalt).

Die Unterhaltsbeiträge sind an den Beklagten zahlbar, und zwar monatlich im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats.

4. Der Abänderungsantrag des Beklagten zu Dispositiv Ziffer 3 (persönlicher Ehegattenunterhalt) des Urteils des Obergerichts des Kantons Zürich vom 12. Dezember 2017 (LE170024-O) wird abgewiesen. Die entsprechende Dispositiv-Ziffer gilt unverändert."
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt, jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einsteilen auf die Gerichtskasse genommen.
Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
4. Die Parteientschädigungen für das Berufungsverfahren werden wettgeschlagen.
5. (Schriftliche Mitteilung)
6. (Rechtsmittel: Beschwerde ans Bundesgericht, Frist 30 Tage)

Erwägungen:

I.

1. Die Parteien heirateten am tt. Januar 2007. Sie haben zwei gemeinsame Kinder: C._____, geboren am tt.mm 2008, und D._____, geboren am tt.mm 2012.
2. Am 2. September 2015 machte die Klägerin und Berufungsklägerin (fortan Klägerin) beim Einzelgericht am Bezirksgericht Zürich ein Eheschutzverfahren anhängig, das mit Urteil der beschliessenden Kammer vom 12. Dezember 2017 endete. Damit wurde unter anderem die geteilte Obhut der Parteien für die Kinder C._____ und D._____ mit wechselnder Betreuung angeordnet und die Unterhaltsleistungen für die Kinder und den Beklagten festgesetzt (Urk. 2/8/4/86). Mit Klage vom 21. Dezember 2017 machte die Klägerin bei der Vorinstanz das Scheidungsverfahren anhängig, in dessen Verlauf der Beklagte und Berufungsbeklagte (fortan Beklagter) und die Klägerin um die Anordnung vorsorglicher Massnahmen mit den eingangs zitierten Anträgen ersuchten. Der erstinstanzliche Prozessverlauf

kann dem angefochtenen Entscheid entnommen werden (Urk. 2/2 S. 4 ff.). Mit Verfügung vom 20. Dezember 2018 erliess die Vorinstanz in teilweiser Abänderung des Eheschutzurteils vom 12. Dezember 2017 den vorstehend angeführten Entscheid (Urk. 2/2). Dagegen erhob die Klägerin fristgerecht Berufung (Urk. 2/1; Urk. 2/8/65/2). Das Berufungsverfahren wurde unter der Geschäftsnummer LY190001-O geführt (Urk. 2/1-30). In dessen Verlauf wurde das Gesuch der Klägerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung mit Verfügung vom 21. Januar 2019 abgewiesen (Urk. 2/5). Die Berufungsantwort datiert vom 15. Februar 2019 (Urk. 2/11), die Stellungnahme der Klägerin dazu vom 27. Februar 2019 (Urk. 2/15). Letztere wurde der Gegenpartei zur Kenntnisnahme zugestellt. Mit Eingaben vom 11. März 2019, 16. April 2019 und 17. April 2019 reichten die Rechtsvertreter ihre Honorarnoten ein (Urk. 2/19; Urk. 2/22; Urk. 2/25). Mit Beschluss vom 17. Juni 2019 wurde Rechtsanwältin lic. iur. X._____ auf ihr Ersuchen (Urk. 2/28) ein Vorschuss aus der Gerichtskasse ausgerichtet (Urk. 2/29).

3. Am 3. April 2019 fällte das Obergericht sein Urteil, hob in teilweiser Gutheissung der Berufung die Dispositiv-Ziffern 3 und 4 der angefochtenen Verfügung auf, setzte die Kinderunterhaltsbeiträge neu fest und sah von der Zusprechung von Ehegattenunterhalt ab (Urk. 2/20 S. 22 f.). Dagegen erhob die Klägerin Beschwerde an das Bundesgericht und beantragte, das Urteil der Kammer sei teilweise aufzuheben und es sei festzustellen, dass sie mangels Leistungsfähigkeit nicht zur Bezahlung von Kindesunterhaltsbeiträgen an den Ehemann verpflichtet sei (Urk. 1 S. 3). Mit Urteil vom 12. März 2020 hat das Bundesgericht die Beschwerde der Klägerin gutgeheissen, Dispositiv-Ziffer 1, soweit den Kindesunterhalt betreffend, und die Dispositiv-Ziffern 3 und 4 des Urteils des Obergerichts aufgehoben und die Sache zum neuen Entscheid an die Vorinstanz zurückgewiesen (Urk. 1 S. 12).

II.

1. Das Einzelgericht am Bezirksgericht Zürich ging in seiner Verfügung vom 20. Dezember 2018 davon aus, die Klägerin habe ihren Arbeitsvertrag mit dem E._____-Spital eigenmächtig und in Schädigungsabsicht gegenüber dem Beklagten gekündigt. Derartiges Verhalten sei rechtsmissbräuchlich und schliesse eine

Abänderung der Unterhaltsleistung selbst dann aus, wenn die Einkommensverminderung nicht mehr rückgängig gemacht werden könne. Folglich könne die Frage offenbleiben, ob es der Klägerin möglich sei, ein Einkommen in der angerechneten Höhe von Fr. 7'650.– zu erzielen (Urk. 2/2 S. 16). Das Obergericht entschied im in diesem Punkt aufgehobenen Urteil vom 3. April 2019 im gleichen Sinn: Es fehle an objektiv nachvollziehbaren Gründen für die von der Klägerin aus freien Stücken ausgesprochene Kündigung ihrer Anstellung beim E.____-Spital. Mit der Vorinstanz sei diesbezüglich auf eine Schädigungsabsicht der Klägerin zu schliessen. Mit Blick auf die zitierte Bundesgerichtsrechtsprechung (BGE 143 III 233 E. 3.4) könne demnach offenbleiben, ob es der Klägerin möglich sei, ein Einkommen in der Höhe von Fr. 7'650.– zu erzielen (Urk. 2/20 S. 11). Das Bundesgericht erwog, die Schlussfolgerung betreffend die Schädigungsabsicht der Klägerin lasse sich aufgrund der getroffenen Feststellungen nicht begründen. Aus einer allfälligen Pflichtwidrigkeit könne nicht ohne Weiteres darauf geschlossen werden, die Klägerin habe gehandelt, um den Beklagten zu schädigen bzw. den Mittelfluss zu ihm zu unterbinden. Für die Bejahung einer Schädigungsabsicht seien eindeutige Indizien notwendig, welche das Bundesgericht vorliegend nicht als gegeben erachtete. Es gehe folglich nicht an, der Klägerin unbesehen der tatsächlichen Möglichkeit, den früheren Lohn wieder zu erzielen, ein hypothetisches Einkommen in der entsprechenden Höhe anzurechnen. Der angefochtene Entscheid sei aufzuheben, soweit er den Kindesunterhalt betreffe. Allerdings stehe entgegen der Ansicht der Klägerin nicht fest, dass sie keinen Unterhalt mehr schulde. Vielmehr könne ihr nach wie vor ein hypothetisches Einkommen in Höhe ihres früheren Verdienstes angerechnet werden, wenn es ihr tatsächlich möglich und zumutbar sein sollte, wieder eine entsprechend bezahlte Anstellung zu finden. Mangels Feststellungen dazu sei die Sache zur Ergänzung des Sachverhalts und zum erneuten Entscheid zurückzuweisen (Urk. 1 S. 9 ff.).

2. Gemäss Art. 318 Abs. 1 lit. c ZPO kann die Rechtsmittelinstanz die Sache an die erste Instanz zurückweisen, wenn ein wesentlicher Teil der Klage nicht beurteilt wurde oder der Sachverhalt in wesentlichen Teilen zu vervollständigen ist. Letzteres ist vorliegend der Fall. Zu prüfen ist gemäss verbindlicher Vorgabe des Bundesgerichts (vgl. BGE 135 III 334 E. 2 und E. 2.1; BGer 5A_539/2017 vom

3. April 2018, E. 4.1.1), ob der Klägerin ein hypothetisches Einkommen in Höhe ihres früheren Verdienstes anrechenbar ist. Entsprechend ist der Sachverhalt dahingehend zu vervollständigen, ob es ihr tatsächlich möglich ist, eine Anstellung mit entsprechender Bezahlung zu finden. Diese Frage wurde von der Vorinstanz ausdrücklich offengelassen (Urk. 2/2 S. 16) und ist daher von ihr zu klären. Überdies wird die Vorinstanz die Rechtsfrage zu entscheiden haben, ob der Klägerin die Aufnahme einer solchen Tätigkeit zumutbar ist. Dispositiv-Ziffer 3 der angefochtenen Verfügung ist daher aufzuheben und die Sache zur Vervollständigung des Sachverhalts und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Hinsichtlich Dispositiv-Ziffer 4 des vorinstanzlichen Urteils bleibt es bei der unanagefochten gebliebenen Anordnung im Urteil der beschliessenden Kammer vom 3. April 2019 (Urk. 1 S. 3; Urk. 2/20 S. 22 f.).

III.

Für das vorliegende Verfahren ist praxisgemäss nur eine Entscheidgebühr festzusetzen. Die Vorinstanz wird die Verlegung der Gerichtskosten und die Regelung der Entschädigungsfolgen für das Berufungsverfahren nach dem Verfahrensausgang vorzunehmen haben.

Es wird beschlossen:

1. Dispositiv-Ziffer 3 der Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 5. Abteilung, vom 20. Dezember 2018 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. 3'000.– festgesetzt.
3. Die Regelung der Prozesskosten des vorliegenden Berufungsverfahrens wird dem neuen Entscheid der Vorinstanz vorbehalten.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz unter Beilage der erstinstanzlichen Akten, je gegen Empfangsschein.

5. 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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert übersteigt Fr. 30'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 25. Mai 2020

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. G. Ramer Jenny

versandt am:
am