

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LY170013-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur.E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Ersatzrichter lic. iur. A. Huizinga sowie Gerichtsschreiberin Dr. M. Isler

Beschluss und Urteil vom 13. Juni 2017

in Sachen

A. _____,

Kläger und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____,

gegen

B. _____,

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____

betreffend **Ehescheidung (vorsorgliche Massnahmen)**

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Horgen vom 28. März 2017; Proz. FE160220

Rechtsbegehren des Klägers und Berufungsklägers betreffend vorsorgliche Massnahmen:

(act. 5/1 S. 2)

- "3. Es sei im Sinne vorsorglicher Massnahmen festzustellen, dass der Kläger die im Eheschutzverfahren festgesetzten Kinderunterhaltsbeiträge nicht in der Lage ist (recte: zu leisten) und diese seien rückwirkend ab deren Festsetzung durch das Obergericht aufzuheben.
4. Eventualiter seien im Sinne vorsorglicher Massnahmen die Kinderunterhaltsbeiträge rückwirkend ab Festsetzung durch das Obergericht der tatsächlichen Leistungsfähigkeit des Klägers anzupassen bzw. entsprechend herabzusetzen."

Ergänzungsantrag des Klägers und Berufungsklägers zu den vorsorglichen Massnahmen:

(act. 5/27 S. 3)

"Subeventualiter sei die Aufhebung bzw. Anpassung der Kinderunterhaltsbeiträge mindestens für ein Jahr rückwirkend ab Klageeinreichung für die Dauer des Scheidungsverfahrens vorsorglich zu verfügen."

Verfügung des Einzelgerichts am Bezirksgericht Horgen vom 28. März 2017:

(act. 5/32 = act. 4 = act. 6)

1. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten rückwirkend für die Monate November 2016 und Dezember 2016 an den Unterhalt und die Erziehung der Kinder insgesamt EUR 871.– (zzgl. allfällig vertraglich oder gesetzlich geschuldeter Familien-, Kinder- und/oder Ausbildungszulagen) zu bezahlen.
2. Der Kläger wird verpflichtet, für die Kinder für den Januar 2017 einen Unterhaltsbeitrag (zzgl. allfällig vertraglich oder gesetzlich geschuldeter Familien-, Kinder- und/oder Ausbildungszulagen) von je EUR 176.– pro Kind (davon Fr. 0.– als Betreuungsunterhalt) zu bezahlen.

Den Kindern fehlt zur Deckung des gebührenden Unterhalts im Januar 2017 folgender Betrag:

- C._____:Fr. 321.– (davon Fr. 148.80 Fremdbetreuungskosten)
- D._____:Fr. 507.– (davon Fr. 284.80 Fremdbetreuungskosten)
- E._____:Fr. 307.– (davon Fr. 284.80 Fremdbetreuungskosten)

3. Der Kläger wird verpflichtet, ab 1. Februar 2017 für die Dauer des Verfahrens monatliche Unterhaltsbeiträge für die Kinder (zzgl. allfällig vertraglich oder gesetzlich geschuldeter Familien-, Kinder- und/oder Ausbildungszulagen) von EUR 108.– pro Kind (davon Fr. 0.– als Betreuungsunterhalt) zu bezahlen.

Die Unterhaltsbeiträge sind an die Beklagte zahlbar, und zwar monatlich im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats. Die Zahlungsmodalitäten gelten über die Volljährigkeit hinaus, solange das Kind im Haushalt der Beklagten lebt und keine eigenen Ansprüche gegenüber dem Kläger stellt bzw. keinen anderen Zahlungsempfänger bezeichnet.

Den Kindern fehlt zur Deckung des gebührenden Unterhalts ab 1. Februar 2017 jeden Monat folgender Betrag:

- C._____:Fr. 395.– (davon Fr. 148.80 Fremdbetreuungskosten)
- D._____:Fr. 581.– (davon Fr. 284.80 Fremdbetreuungskosten)
- E._____:Fr. 381.– (davon Fr. 284.80 Fremdbetreuungskosten)

4. [Einkommens- und Vermögensgrundlagen der Parteien für die Festsetzung der Unterhaltsbeiträge.]

- 5.-7. [Kosten / Mitteilung / Rechtsmittelbelehrung.]

Berufungsanträge des Klägers und Berufungsklägers:

(act. 2 S. 2)

- "1. Die Verfügung der Vorinstanz vom 28. März 2017 sei in deren Ziffer 1 aufzuheben.
- 2. Der Berufungskläger sei rückwirkend ab dem 1. Juni 2014 (recte wohl [vgl. act. 2 S. 8]: 1. Juni 2013) und bis und mit Januar 2017

zur Leistung von monatlichen Beiträgen an den Unterhalt und die Erziehung der Kinder in der Höhe von CHF 189.– (entspricht Euro 176.–) pro Kind, zuzüglich allfällige Kinderzulagen, zu verpflichten.

3. Es sei festzustellen, dass er davon bereits einen Betrag von CHF 200.– bezahlt hat.
4. Eventualiter seien die vorgenannten Unterhaltsbeiträge rückwirkend auf den 1. Juni 2014, subeventualiter auf den 1. November 2015 zu verfügen.
5. Alles unter Entschädigungs- und Kostenfolgen zu Lasten der Berufungsbeklagten."

Sowie folgende Gesuche:

- "1. Es sei dem Berufungskläger das unentgeltliche Verfahren zu bewilligen.
2. Es sei dem Berufungskläger in der Person des unterzeichnenden Rechtsanwalts ein unentgeltlicher Rechtsbeistand für das Berufungsverfahren zur Seite zu stellen."

Erwägungen:

1. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1.1 Die Parteien heirateten am tt. Dezember 2001 in Deutschland und leben seit Januar 2013 getrennt. Sie haben drei gemeinsame Kinder, C._____ (geb. tt.mm.2004), D._____ (geb. tt.mm.2007) und E._____ (geb. tt.mm.2011), welche unter elterlicher Sorge beider Parteien und in der Obhut der Berufungsbeklagten stehen (act. 5/4/48).

1.2 Im Anschluss an ihre Trennung standen sich die Parteien in einem Eheschutzverfahren vor dem Bezirksgericht Horgen gegenüber, welches mit Urteil und Verfügung vom 15. November 2013 erledigt wurde (act. 5/4/48). Auf Berufung des heutigen Berufungsklägers betreffend den Unterhalt hin, wurden die Parteien von der I. Zivilkammer des Obergerichts zu Vergleichsgesprächen eingeladen und schlossen anlässlich der Eheschutzverhandlung eine Vereinbarung, welche zum Urteil erhoben wurde (Beschluss und Urteil der I. Zivilkammer vom 5. Mai 2014; act. 5/4/63). Der Berufungskläger wurde in diesem Rahmen verpflichtet, für die

Kinder monatliche Unterhaltsbeiträge von je Fr. 600.–, zuzüglich allfälliger Kinderzulagen, zu bezahlen, erstmals auf den 1. Juni 2013 (act. 5/4/63 S. 5 und 9).

1.3 Mit Eingabe vom 31. Oktober 2016 reichte der Berufungskläger beim Bezirksgericht Horgen die Scheidungsklage ein. Gleichzeitig ersuchte er um den Erlass der eingangs genannten vorsorglichen Massnahmen betreffend den Kinderunterhalt (act. 5/1). Anlässlich der Einigungsverhandlung und Verhandlung über die vorsorglichen Massnahmen vom 1. Februar 2017 stellte der Berufungskläger den ebenfalls genannten Ergänzungsantrag (act. 5/27 S. 3). Die Parteien schlossen eine Teilvereinbarung; über die Kinderunterhaltsbeiträge (bzw. deren Anpassung im Rahmen vorsorglicher Massnahmen) konnten sie sich jedoch nicht einigen (act. 5/30; Prot. VI S. 29). Mit Verfügung vom 28. März 2017 entschied die Vorinstanz über die vorsorglichen Massnahmen betreffend Kinderunterhalt für die weitere Dauer des Verfahrens (act. 6).

1.4 Dagegen erhob der Berufungskläger rechtzeitig Berufung (act. 2; act. 5/34/1). Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 5/1-40). In Anwendung von Art. 312 Abs. 1 ZPO kann auf die Einholung einer Berufungsantwort verzichtet werden. Die Sache erweist sich als spruchreif.

2. Zuständigkeit und anwendbares Recht

Da sich der Wohnsitz des Berufungsklägers in G._____, Deutschland, und der Wohnsitz der Berufungsbeklagten in F._____, befindet, liegt ein internationaler Sachverhalt vor. Für die Fragen der internationalen und örtlichen Zuständigkeit und des anwendbaren Rechts kann auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (act. 6 S. 4 f.). Das Obergericht ist örtlich und sachlich zuständig und zur Anwendung gelangt schweizerisches Recht.

3. Zur Berufung

3.1 Erstinstanzliche Entscheide über vorsorgliche Massnahmen sind mit Berufung anfechtbar (Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO). Gegenstand des vorliegenden Berufungsverfahrens ist die Unterhaltspflicht des Berufungsklägers für seine drei Kinder. In Kinderbelangen und somit auch hinsichtlich des Kinderunterhalts gelten

die uneingeschränkte Untersuchungsmaxime und die Officialmaxime; das Gericht erforscht den Sachverhalt von Amtes wegen und ist weder von Parteianträgen abhängig noch an solche gebunden (Art. 296 Abs. 1 und 3 ZPO).

Die vorliegende Berufung richtet sich ausschliesslich gegen die zeitliche Geltung der von der Vorinstanz vorsorglich neu festgesetzten Kinderunterhaltsbeiträge. Mit deren Höhe sowie mit den angenommenen Einkommens- und Bedarfswerten erklärt sich der Berufungskläger (für das vorsorgliche Massnahmeverfahren) ausdrücklich einverstanden (act. 2 S. 7 f.).

3.2 Die Vorinstanz hielt fest, dass für die Beurteilung vorsorglicher Massnahmen im Scheidungsverfahren das Scheidungsgericht zuständig sei, auch wenn dem Scheidungs- ein Eheschutzverfahren vorangegangen sei. In Bezug auf die zeitliche Geltung der vorsorglichen Massnahmen erwog sie, dass der Scheidungsrichter grundsätzlich nur Massnahmen ab Einreichung des Scheidungsbegehrens treffen könne. Als Ausnahme zu diesem Grundsatz könne er gemäss Art. 276 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 173 Abs. 3 ZGB Unterhaltsbeiträge für bis zu ein Jahr vor Eingang des Scheidungsbegehrens festsetzen. Diesfalls resultiere ein Kompetenzkonflikt, sofern der Scheidung ein Eheschutz vorangegangen sei, der die Unterhaltsfrage regle. Mit Verweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum alten Scheidungsverfahrenrecht schloss die Vorinstanz, dass dann der Eheschutzrichter für die Zeit vor der Scheidung zuständig bleibe (act. 6 S. 5). Vorliegend sei die Scheidungsklage am 31. Oktober 2016 eingereicht worden. Vor der Scheidung habe das Obergericht im Rahmen des Eheschutzverfahrens mit Urteil vom 5. Mai 2014 bereits Unterhaltsbeiträge gesprochen. Eine rückwirkende Aufhebung bzw. Abänderung der Kinderunterhaltsbeiträge durch das angerufene Gericht sei mithin erst ab Einreichung der Scheidungsklage per 31. Oktober 2016 möglich (act. 5 S. 5 f.)

In einer zusätzlichen Erwägung wies die Vorinstanz überdies darauf hin, dass es vorliegend nicht um Leistungen gehe, die für die Vergangenheit gefordert werden können, wie dies in Art. 173 Abs. 3 ZGB geregelt sei, sondern um die Abänderung von gerichtlich bereits festgesetzten Unterhaltsbeiträgen. Diese könnten

nur für die Zukunft, d.h. ab Einreichung des Begehrens, abgeändert werden (act. 6 S. 5).

3.3 Der Berufungskläger argumentiert, dass kein Kompetenzkonflikt zwischen dem Eheschutz- und dem Scheidungsgericht resultiere, da örtlich und sachlich keine andere Zuständigkeit vorliege und auch die Verfahrensart (Summerverfahren) dieselbe sei. Weil die Vorinstanz damit zur Beurteilung der Höhe der Unterhaltsbeiträge für die Zeit vor Einreichung der Scheidung durchaus zuständig sei, sei sie zu Recht auch auf sein Massnahmegesuch eingetreten und habe nicht etwa einen Nichteintretensentscheid gefällt (act. 2 S. 4 f.).

Der Entscheid der Vorinstanz sei in Bezug auf die zeitliche Geltung aber auch in materieller Hinsicht nicht haltbar: Die Leistungsfähigkeit, von der man im obergerichtlichen Eheschutzverfahren ausgegangen sei, als man bei ihm ein hypothetisches Einkommen angenommen habe, habe sich nämlich gar nie verwirklicht. Einerseits habe er (unverschuldeterweise) nicht dieses Einkommen erzielen können und andererseits liege sein Bedarf höher (act. 2 S. 5). Er habe lange Zeit vergebliche Bemühungen unternommen, ein höheres Einkommen zu generieren. Weil sich die Annahmen, die den ursprünglichen Unterhaltsbeiträgen zu Grunde gelegen seien, unverschuldet als falsch erwiesen hätten, seien revisionsrechtliche Aspekte zu berücksichtigen. Nur in der irrtümlichen Annahme einer höheren Leistungsfähigkeit und eines geringeren Bedarfs habe er vor Obergericht die Vereinbarung geschlossen, die zum Urteil erhoben worden sei (act. 2 S. 7).

Der Berufungskläger hält weiter dafür, dass eine Abänderung der Unterhaltsbeiträge mit Wirkung erst ab Einreichung der Scheidungsklage bewirke, dass für die Eintreibung der seit dem Obergerichtsurteil geschuldeten Unterhaltsbeiträge in sein familienrechtliche Existenzminimum eingegriffen würde (act. 2 S. 5). Dies schade indirekt auch dem Kindeswohl, weil er auf diese Weise die im Bedarf berücksichtigten Kosten für die Kinderbesuche nicht mehr aufbringen könne (act. 2 S. 7).

Weiter verweist der Berufungskläger auf einen Bundesgerichtsentscheid zu Art. 279 Abs. 1 ZGB, wo dem Unterhaltsschuldner im Gegensatz zum auf Unter-

halt klagenden Kind die einjährige Rückwirkungsfrist nicht gewährt wurde. Dieser Fall sei mit dem vorliegenden aber nicht vergleichbar. Während es im besagten Urteil um die Anpassung eines Scheidungsurteils gegangen sei, handle es sich hier um die Anpassung nur vorläufig festgesetzter Unterhaltsbeiträge im Rahmen des summarischen Eheschutzverfahrens (act. 2 S. 6).

Gestützt auf diese Vorbringen beantragt der Berufungskläger schliesslich eine Abänderung der Unterhaltsbeiträge auf den Zeitpunkt hin, auf den sie in der Vereinbarung bzw. mit Urteil des Obergerichts vom 5. Mai 2014 festgesetzt worden seien, nämlich auf den 1. Juni 2013. Eventualiter sei mindestens für die Zeit ab dem obergerichtlichen Entscheid, mithin ab dem 1. Juni 2014 der irrigen Einschätzung seiner Leistungsfähigkeit Rechnung zu tragen. Subeventualiter sei die Rückwirkung analog Art. 279 Abs. 1 ZGB mindestens für ein Jahr vor Einreichung des Abänderungsbegehrens anzuordnen (act. 2 S. 8).

3.4 Art. 276 ZPO regelt den Erlass vorsorglicher Massnahmen im Scheidungsverfahren. Ging dem Scheidungs- ein Eheschutzverfahren voraus, gelten die vom Eheschutzgericht getroffenen Massnahmen während des Scheidungsverfahrens weiter. Diese können abgeändert oder aufgehoben werden, ab Rechtshängigkeit des Scheidungsprozesses ist hierfür aber das Scheidungsgericht zuständig (Art. 276 Abs. 2 ZPO). Das Gesetz unterscheidet klar zwischen dem Eheschutz- und dem Scheidungsrichter und deren Kompetenzen. Ungeachtet der häufig gleich bleibenden örtlichen Zuständigkeit ist die sachliche und funktionelle Zuständigkeit für die beiden Verfahren nicht dieselbe (vgl. zum Ganzen WEBER, Schnittstellenprobleme zwischen Eheschutz und Scheidung, AJP 2004, S. 1043 ff.; ENGELBERGER-KOLLER, Vorsorgliche Massnahmen im Familienrecht – Anträge, Inhalte und Beschwerden, Der neue Familienprozess, 2012, S. 93). Die Argumentation des Berufungsklägers betreffend die Zuständigkeit der Vorinstanz verfängt also nicht. Dass die Vorinstanz in Bezug auf das Massnahmebegehren nicht einen Nichteintretensentscheid gefällt, sondern die Unterhaltsbeiträge – als vorsorgliche Massnahmen – ab Einreichung des Gesuchs regelte, ist nicht zu beanstanden: Wenn auch nicht für den gesamten beantragten Zeitraum (ab 1. Juni 2013), war aber doch antragsgemäss über die während des laufenden Schei-

dungsverfahrens (ab 31. Oktober 2016) zu leistenden Kinderunterhaltsbeiträge zu entscheiden. Ein Nichteintretensentscheid wäre also verfehlt gewesen.

3.5 Die Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen für Kinder beruht auf verschiedenen gesetzlichen Grundlagen. Welche Grundlage zur Anwendung gelangt, entscheidet die familiäre Situation des Kindes: Zu unterscheiden sind die eherechtlichen Verfahren mit Beteiligung von Kindern von denjenigen Verfahren, welche nur auf die Festlegung des Kinderunterhalts (allenfalls verbunden mit der Feststellung der Vaterschaft) abzielen (HAUSHEER/SPYCHER, Handbuch des Unterhaltsrechts, 2. A., N 09.30). In letztere Kategorie fällt die vom Berufungskläger angerufene Bestimmung von Art. 279 ZGB. Da es vorliegend um Kinderunterhaltsbeiträge im Rahmen eines eherechtlichen Verfahrens geht, ist diese Norm nicht anwendbar.

Für vorsorgliche Massnahmen in einem Scheidungsverfahren gelten gemäss dem Legalverweis in Art. 276 Abs. 1 ZPO vielmehr die eheschutzrechtlichen Bestimmungen sinngemäss. Insofern gelangt Art. 173 Abs. 3 ZGB zur Anwendung, der die Rückwirkung des Anspruchs auf Unterhaltsleistungen auf ein Jahr vor Einreichung des Begehrens vorsieht. Diese Möglichkeit besteht – wie die Vorinstanz zutreffend festhielt – auch unter neuem Scheidungsrecht; dies allerdings nur, wenn für den Zeitraum vor Einreichung des Scheidungsbegehrens keine Eheschutzmassnahmen angeordnet wurden. Hat hingegen das Eheschutzgericht die Unterhaltsbeiträge bereits festgelegt, ist eine Rückwirkung vorsorglicher Massnahmen über die Einreichung des Scheidungsbegehrens bzw. der Scheidungsklage hinaus nicht zulässig (BK ZPO-SPYCHER, Band II, Art. 276 N 26 m.H. auf BGE 129 III 60 E. 3; KUKO ZPO-VAN DE GRAAF, 2. A., Art. 276 N 3; ZK ZPO-SUTTER-SOMM/STANISCHEWSKI, 2. A., Art. 276 N 32; ENGELBERGER-KOLLER, a.a.O., S. 93). Die Vorinstanz hat angesichts des vorbestehenden Eheschutzverfahrens zwischen den Parteien grundsätzlich richtig auf die fehlende Rückwirkungsmöglichkeit hingewiesen und die neuen Unterhaltbeiträge ab Einreichung der Scheidungsklage berechnet.

Zu beachten ist allerdings, dass es vorliegend gar nicht um die Forderung von Unterhaltsbeiträgen durch die unterhaltsberechtigte Person – worauf Art. 173

Abs. 3 ZGB abzielt – geht, sondern um ein Abänderungsgesuch bezüglich zugesprochener Kinderunterhaltsbeiträge durch den Unterhaltsschuldner. Früher wurde in der Lehre teilweise die Auffassung vertreten, die einjährige Rückwirkungsmöglichkeit gelte analog, wenn der Unterhaltsschuldner die Herabsetzung der geschuldeten Beträge geltend mache (vgl. HAUSHEER/SPYCHER, a.a.O., N 09.60). Diese Auffassung wurde vom Bundesgericht im vom Berufungskläger selbst zitierten BGE 127 III 503 abgelehnt, was später bestätigt wurde (BGE 128 III 305 E. 6). Begründet wurde dies damit, dass die Lage des auf Herabsetzung klagenden Unterhaltsschuldners nicht mit jener des Unterhaltsberechtigten vergleichbar sei. Die Rückwirkung solle dem Unterhaltsberechtigten ermöglichen, sich vor Klageeinleitung mit dem Unterhaltspflichtigen auf eine vertragliche Einigung zu verständigen, ohne im Falle des Scheiterns der Verhandlungen einen Nachteil zu gewärtigen (BGE 127 III 503 E. 3b/aa)). Sind Unterhaltsbeiträge aber bereits einmal gerichtlich festgelegt, so ist der besondere Schutz, den der Gesetzgeber dem versöhnlichen Gläubiger in den Art. 173 und 279 ZGB zugestehen will, nicht mehr erforderlich; der Familienfrieden wurde ja bereits mit einem gerichtlichen Verfahren belastet und es besteht daher keine Hoffnung mehr auf Vermeidung eines derartigen Konflikts (HAUSHEER/SPYCHER, a.a.O., N 09.62). Sinn und Zweck der verschiedentlich gesetzlich vorgesehenen Rückwirkungsfrist von einem Jahr ist damit der Schutz des Unterhaltsgläubigers sowie die Begünstigung einer bilateralen Vereinbarung und nicht der Schutz des Unterhaltsschuldners vor einer finanziellen Schieflage. Den Interessen des Unterhaltsschuldners ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung Genüge getan, wenn die Abänderung frühestens ab dem Zeitpunkt der Klageeinreichung bzw. der Einreichung des Scheidungsbegehrens wirkt (BGE 127 III 503 E. 3b/aa)).

3.6 Der Berufungskläger bringt vor, dass er sich beim Abschluss der Eheschutzvereinbarung über seine zu erzielende Leistungsfähigkeit und den Bedarf geirrt habe. Er habe das hypothetisch angenommene Einkommen unverschuldetermassen gar nie erzielen können. Würde man ihm die Rückwirkung seines Begehrens verwehren, würde in sein Existenzminimum eingegriffen.

In Bezug auf das letztere Argument ist dem Berufungskläger entgegenzuhalten, dass ihm im Rahmen der (Einkommens-)Pfändung stets das betriebsrechtliche Existenzminimum belassen werden muss (vgl. Art. 93 SchKG; §§ 850c ff. der deutschen Zivilprozessordnung). In diesem Zusammenhang wird auch sein Aufwand für die Ausübung des Besuchsrechts berücksichtigt.

Dem Berufungskläger wäre es frei gestanden, vor Einreichung der Scheidung eine Abänderung der Eheschutzmassnahmen anzubegehren. Gemäss Art. 179 Abs. 1 ZGB passt das Gericht die eheschutzrechtlich angeordneten Massnahmen an, wenn sich die Verhältnisse verändert haben. Zwar gilt, dass, sofern in einem Eheschutzverfahren die Zusprechung von Unterhalt aufgrund eines hypothetischen Einkommens berechnet worden ist, dieses (geschätzte) Einkommen auch im Abänderungsverfahren für die Beurteilung der Frage massgebend ist, ob sich die Einkommensverhältnisse tatsächlich geändert haben (BGer 5P.387/2002 vom 27. Februar 2003 E. 2, in: FamPra 2003, S. 636). Dem Unterhaltspflichtigen muss dabei jedoch der Nachweis offen stehen, dass er den zugemuteten Verdienst trotz aller Anstrengungen nicht zu erreichen vermochte (FamKomm Scheidung/VETTERLI, Bd. I, 2. Aufl., Art. 179 N 2; vgl. OGer ZH LY160012 vom 19. August 2016 E. III./4.2). Darauf hätte sich auch der Berufungskläger berufen können. Das versäumte Abänderungsverfahren gemäss Art. 179 ZGB kann er im Rahmen des vorsorglichen Massnahmeverfahrens nicht mehr nachholen. Dies ist dem Berufungskläger auch entgegenzuhalten, wenn er geltend macht, es seien revisionsrechtliche Aspekte zu berücksichtigen.

3.7 Aus dem Gesagten folgt, dass die Berufung des Berufungsklägers abzuweisen und der vorinstanzliche Entscheid ohne weiteres zu bestätigen ist.

4. Kosten- und Entschädigungsfolgen

4.1 Gegenstand des vorliegenden Berufungsverfahrens bilden die Kinderunterhaltsbeiträge; mithin liegt eine vermögensrechtliche Streitigkeit vor (vgl. BGE 133 III 393 E. 2). Der Streitwert für die Kosten- und Entschädigungsfolgen berechnet sich nach Massgabe dessen, was vor der Rechtsmittelinstanz noch im Streit liegt (§ 12 Abs. 2 GebV OG). Vorliegend beantragt der Berufungskläger Kinderunter-

haltsbeiträge in der Höhe von total Fr. 567.– monatlich (3 x Fr. 189.–) für den Zeitraum von 1. Juni 2013 bis 31. Januar 2017, also während 44 Monaten. Diese sind den tatsächlich geschuldeten Beträgen gegenüberzustellen (Fr. 1'800.– vom 1. Juni 2013 bis am 31. Oktober 2016, EUR 871.– im November und Dezember 2016 sowie EUR 528.– im Januar 2017). Der Streitwert beläuft sich damit auf rund Fr. 50'000.–.

4.2 In Anwendung von § 4 Abs. 1 - 3, § 8 Abs. 1 und § 12 Abs. 1 GebV OG sowie unter besonderer Berücksichtigung des Umstands, dass lediglich eine Teilfrage zu beurteilen war, sind die Gerichtskosten auf Fr. 2'000.– festzusetzen. Diese sind gemäss dem Grundsatz von Art. 106 ZPO dem Berufungskläger aufzuerlegen. Mangels ihr entstandener Umtriebe ist der Berufungsbeklagten keine Parteientschädigung zuzusprechen.

4.3 Der Berufungskläger hat für das Rechtsmittelverfahren ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsverbeiständung gestellt (act. 2 S. 2). Eine Person hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (vgl. Art. 117 ZPO). Es obliegt der gesuchstellenden Person, das Vorliegen dieser Voraussetzungen im Gesuch insbesondere mittels umfassender Darlegung ihrer Einkommens- und Vermögensverhältnisse zu belegen (vgl. Art. 119 Abs. 2 ZPO). Vorliegend erübrigt sich die Prüfung der Mittellosigkeit, da das Rechtsmittel als aussichtslos zu qualifizieren ist.

Zwar darf aus der Abweisung eines Begehrens nicht ohne weiteres auf dessen Aussichtslosigkeit geschlossen werden (BK ZPO I-BÜHLER, 2. Aufl., Art. 117 N 270). Die Erfolgsaussichten eines Rechtsmittels sind vielmehr auf der Grundlage des angefochtenen Entscheids der Vorinstanz, der dagegen vorgebrachten tatsächlichen und rechtlichen Rügen sowie der gesamten erstinstanzlichen Akten und der Rechtsmittelbegründung zu beurteilen. Wie dargelegt, standen die Prozesschancen für den Berufungskläger angesichts der klaren Rechtslage betreffend die Rückwirkung seines Massnahmebegehrens im Scheidungsverfahren äusserst schlecht. Die Rechtsmitteleingabe ist als aussichtslos zu qualifizieren. Damit mangelt es zumindest für das vorliegende Berufungsverfahren an einer

wesentlichen Voraussetzung für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege, weshalb das betreffende Gesuch abzuweisen ist.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch des Berufungsklägers um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und Rechtsverbeiständung wird abgewiesen.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen. Die Verfügung des Einzelgerichts am Bezirksgericht Horgen vom 28. März 2017 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'000.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Berufungskläger auferlegt.
4. Es werden keine Parteienschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Berufungsbeklagte unter Beilage des Doppels von act. 2, sowie an das Bezirksgericht Horgen und an die Obergerichtskasse, 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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG sowie ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt rund Fr. 50'000.—.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. M. Isler

versandt am: