

# ZH\_OBERGERICHT LE140050 vom 11. April 2016

ZH Obergericht, 2016-04-11, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LE140050](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LE140050)

FR: ZH\_OBERGERICHT LE140050 du 11 avril 2016

IT: ZH\_OBERGERICHT LE140050 del 11 aprile 2016

## Erwägungen

### E. 1

In der Berufungsschrift sind Behauptungen bestimmt und vollständig aufzu- stellen. Zudem muss sie – im Gegensatz zur Klageschrift – nicht nur eine tatsäch- liche, sondern auch eine rechtliche Begründung enthalten (Reetz/Theiler, in: ZPO- Komm.

Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, 2. Aufl., Zürich 2013, Art. 311 N 36). Zwar prüft die Berufungsinstanz nicht nur die geltend gemachten Rügen (Rügeprinzip). Der Berufungskläger hat sich aber mit der Begründung des erstin- stanzlichen Entscheids auseinanderzusetzen; das Gericht muss den angefochte- nen Entscheid nicht von sich aus auf Mängel untersuchen, es sei denn, die Sach- verhaltserstellung oder die Rechtsanwendung sei geradezu willkürlich (Reetz/Theiler, a.a.O.). Aufgrund der umfassenden Überprüfungsbefugnis ist die Berufungsinstanz nicht an die vorgebrachten Argumente oder an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden. Sie kann über das Vorgebrachte mit abweichender, ei- gener Begründung befinden (vgl. Reetz/Theiler, a.a.O., Art. 310 N 6).

### E. 1.1

Trifft die Rechtsmittelinstanz einen neuen Entscheid, so entscheidet sie auch über die Prozesskosten des erstinstanzlichen Verfahrens (Art. 318 Abs. 3 ZPO). Die Prozesskosten sind nach Obsiegen und Unterliegen zu verteilen (Art. 106 Abs. 2 ZPO). Die Gesuchstellerin verlangte vor Vorinstanz die Erhöhung der Unterhaltsbeiträge um Fr. 910.– für den Zeitraum ab 1. März 2014 bis 31. August 2014 (6 Monate) und um Fr. 1'210.– für die weitere Dauer des Ge- trenntlebens. Die Vorinstanz ging zur Bemessung des Streitwerts von einer Dauer des Getrenntlebens bzw. bis zur Einreichung der Scheidungsklage von zwei Jah- ren, mithin bis zum 23. April 2014 aus (Urk. 31 S. 23). Diese Dauer entspricht grundsätzlich der Praxis. Massgeblich ist jedoch nicht die Rechtshängigkeit der Scheidung, sondern die Dauer, während welcher die Unterhaltsbeiträge zu bezah- len sind. Diese erstreckt sich bis zur Rechtskraft des Scheidungsurteils und nicht bis zur Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens. Nachdem es vorliegend aber um ein Abänderungsverfahren geht, welches erst rund 22 Monate nach Beginn des Getrenntlebens eingereicht wurde, die Scheidung erst am 27. Juni 2014 ein- gereicht wurde und die zweite Phase des Abänderungsbegehrens den Zeitraum nach September 2014 betrifft, widerspiegelt die vorinstanzliche Bewertung des Abänderungsbegehrens nicht den voraussichtlichen tatsächlichen Wert. Es ist

- 45 - vielmehr – insbesondere aus heutiger Sicht – von einer weiteren Dauer des Ge- trenntlebens bis mindestens August 2016 auszugehen. Damit beläuft sich der Wert des Abänderungsbegehrens auf Fr. 34'500.– (6 x Fr. 910.– und 24 x Fr. 1'210.–). Zusätzlich verlangte die Gesuchstellerin vor Vorinstanz Beiträge nach Art. 286 Abs. 3 ZGB im Betrag von Fr. 9'926.20. Der gesamte erstinstanzli- che Streitwert beträgt also rund Fr. 44'500.–.

Auch im Berufungsverfahren dringt die Gesuchstellerin mit ihrem Abänderungsbegehren nicht durch. Der Gesuchstellerin wurden von der Vorinstanz sodann Fr. 540.30 an Beiträgen gemäss Art. 286 Abs. 3 ZGB zugesprochen, wobei dieser Betrag in der Berufung mit Bezug auf die bereits vor Vorinstanz gestellten Begehren um Fr. 999.20 und damit gesamthaft auf Fr. 1'539.50 zu erhöhen ist (oben Ziff. 2.10). Die Gesuchstellerin dringt damit bei einem vorinstanzlichen Streitwert von rund Fr. 45'000.– mit etwa Fr. 1'500.– oder rund einem Dreissigstel durch und unterliegt damit fast vollständig. Es rechnet sich deshalb, die erstinstanzlichen Prozesskosten vollumfänglich der Gesuchstellerin aufzuerlegen.

### **E. 1.2**

Die Vorinstanz setzte die Entscheidgebühr auf Fr. 2'400.– fest. Die Höhe blieb unangefochten, erscheint im Lichte von § 6 Abs. 1 und 2 lit. b i.Vm. § 5 Abs. 1 GebV OG angemessen und ist zu bestätigen. Die Gerichtskosten sind der Gesuchstellerin aufzuerlegen (s. oben) und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 2'000.– zu verrechnen.

### **E. 1.3**

Beide Parteien beantragten eine Parteientschädigung für das erstinstanzliche Verfahren (Urk. 1 S. 2, Urk. 19 S. 1). Die unterliegende Partei hat der obsiegenden nach Massgabe des Prozessausgangs eine Parteientschädigung für ihre anwaltliche Vertretung zu bezahlen (Art. 95 Abs. 1 lit. b und Art. 106 Abs. 2 ZPO). Die von der Vorinstanz auf Fr. 4'150.– festgelegte Parteientschädigung blieb unangefochten. Die Gesuchstellerin ist daher zu verpflichten, dem Gesuchsgegner für das erstinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 4'150.– zu bezahlen. 2. Zweitinstanzliche Prozesskosten

- 46 -

### **E. 1.4**

Die Gesuchstellerin beanstandet weiter, die Vorinstanz habe gegen die vorgesehene Verfahrensart verstossen (Urk. 30 Rz 30 ff.). Zutreffenderweise bringt sie vor, für das Eheschutzverfahren sehe Art. 273 ZPO das mündliche Verfahren vor (Urk. 30 Rz 30 ff.). Der Grund dafür liegt in der Natur des familienrechtlichen Prozesses. Der Sachverhalt soll im Rahmen der eingeschränkten Untersuchungsmaxime optimal und laienfreundlich abgeklärt werden. Ausserdem soll ein Einigungsversuch erfolgen (Art. 273 Abs. 3 ZPO). Diese Ziele sind im mündlichen Verfahren einfacher zu verwirklichen. Eine zusätzliche schriftliche Stellungnahme ist jedoch keineswegs ausgeschlossen, wenn sich dadurch der Sachverhalt besser abklären lässt. Die Anordnung eines Schriftenwechsels nach durchgeführter Hauptverhandlung (Prot. I S. 4 ff.) im Eheschutzverfahren verletzt kein Recht.

- 33 -

### **E. 1.5**

Die Gesuchstellerin rügt schliesslich eine prozessuale Ungleichbehandlung, da der Gesuchsgegner zum Anspruch nach Art. 286 Abs. 3 ZGB zweimal habe Stellung nehmen können (Urk. 30 Rz. 33 f.). Dies ist zutreffend. Der Gesuchsgegner konnte sich zunächst mündlich (Prot. I S. 16 f.; Urk. 19 S. 3 ff.) und hernach noch schriftlich (Urk. 25 und 26) dazu äussern. Die Gesuchstellerin musste sich auf den mündlichen Vortrag beschränken. Nachdem sich die Gesuchstellerin jedoch vor der mit voller Kognition entscheidenden Berufungsinstanz weitere Male zum Anspruch nach Art. 286 Abs. 3 ZGB äussern konnte

(vgl. oben Ziff. 2.3), ist auch dieser Mangel als geheilt zu betrachten. 2. Zu den einzelnen Positionen / Natur des Beitrags nach Art. 286 Abs. 3 ZGB

## **E. 2**

Im Berufungsverfahren können gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO neue Tatsachen und Beweismittel nur noch berücksichtigt werden, wenn sie ohne Verzug vorgebracht wurden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten. Art. 229 Abs. 3 ZPO kommt gemäss höchstrichterlicher Rechtsprechung im Berufungsverfahren nicht analog zur Anwendung, einzig Art. 317 Abs. 1 ZPO ist massgeblich (BGE 138 III 626 f. E 2.2). Unechte Noven, die bei zumutbarer Sorgfalt bereits vor erster Instanz hätten geltend gemacht werden können, können daher grundsätzlich nicht mehr vorgebracht werden, es sei denn, eine Partei rüge, die Vorinstanz habe eine bestimmte Tatsache in Verletzung der Untersuchungsmaxime nicht beachtet (F. Hohl, Procédure civile, Tome II, Deuxième Edition, Bern 2010, Rz. 1214 und 2414 f.). Solche unechten Noven sind im Sinne von Art. 317 Abs. 1 lit. a ZPO ohne Verzug, d.h. mit der Berufungsbegründung bzw. der Berufungsantwort vorzubringen. Nach Berufungsbegründung und -antwort können nur noch echte Noven vorgebracht werden (BGE 138 III 788 E. 4.2; F. Hohl, a.a.O., Rz 1172). Diese sind umgehend einzubringen. Das Gesetz sieht diesbezüglich keine konkrete Frist vor, vielmehr ist im Einzelfall

- 9 - unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände über diese Frage zu entscheiden.

### **E. 2.1**

Massgeblich für Obsiegen und Unterliegen im Rechtsmittelverfahren ist, was noch im Streit liegt. Das Abänderungsbegehren lag vollumfänglich im Streit. Dieses hat einen Wert von Fr. 34'500.-. Die Gesuchstellerin unterlag diesbezüglich vollständig (s. oben). Das Rechtsbegehren bezüglich der Leistung eines Beitrages nach Art. 286 Abs. 3 ZGB belief sich unter Einbezug der Klageänderung auf Fr. 8'012.25, wovon die von der Vorinstanz zugesprochenen Fr. 540.30 nicht umstritten waren. Im Streit lagen also Fr. 7'471.95. Die Gesuchstellerin vermochte Fr. 1'195.60 und damit Fr. 655.30 mehr als vor Vorinstanz erhältlich zu machen. Die Gesuchstellerin drang also in der Berufung mit insgesamt etwa Fr. 650.- des noch umstrittenen Betrags von circa Fr. 42'000.- (Fr. 34'500.- + Fr. 7'471.95), entsprechend 1,5% durch. Auch unter Beachtung, dass der Gesuchsgegner im zweitinstanzlichen Verfahren mit seinen neuen Rechtsbegehren im Zusammenhang mit dem Umzug von C.\_\_\_\_\_ vollumfänglich unterlag, da auf diese nicht eingetreten wurde, erscheint es angemessen die zweitinstanzlichen Prozesskosten vollumfänglich der Gesuchstellerin aufzuerlegen.

### **E. 2.2**

Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr bemisst sich nach den gleichen Kriterien wie die erstinstanzliche, wobei massgeblich ist, was noch im Streit liegt (§ 12 Abs. 1 und 2 GebV OG). Das Begehren hinsichtlich eines Beitrages nach Art. 286 Abs. 3 ZGB belief sich auf rund Fr. 8'000.-. Mit Blick auf § 6 Abs. 1 und 2 lit. b i.Vm. § 5 Abs. 1 GebV OG sowie die zahlreichen Noveneingaben und strittigen Punkte erweist sich eine Gebühr von Fr. 3'000.- als angemessen. Diese ist der Gesuchstellerin aufzuerlegen (s. oben) und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 3'000.- (Urk. 34) zu verrechnen.

### **E. 2.3**

Auch für das zweitinstanzliche Verfahren beantragten die Parteien je eine Parteientschädigung (Urk. 30 S. 2; Urk. 37 S. 2). Im Rechtsmittelverfahren bemisst sich diese gestützt auf die Anwaltsgebührenverordnung nach Massgabe dessen, was noch im Streit liegt. Wird der Streit wie vorliegend endgültig erledigt, erfolgt in der Regel eine Herabsetzung auf einen bis zwei Drittel. In besonderen Fällen, namentlich bei starker Inanspruchnahme des Novenrechts, kann auf die Herabsetzung verzichtet werden (§ 13 Abs. 1-3 AnwGebV). Vorliegend erwies sich das Verfahren auch vor zweiter Instanz, nicht zuletzt angesichts der diversen

- 47 - Noveneingaben, als aufwändig. Die volle Parteientschädigung ist deshalb wiederum auf Fr. 4'150.- festzusetzen. VII. Unentgeltliche Rechtspflege 1. Der Gesuchsgegner ersucht im Berufungsverfahren um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Beigabe eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes (Urk. 37 S. 2). 2. Nachdem ihn für beide Verfahren keine Gerichtskosten treffen und er für beide Verfahren je eine volle Prozessentschädigung erhält (vgl. oben), ist sein Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege und Beigabe eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes als gegenstandslos geworden abzuschreiben. Es wäre aber ohnehin abzuweisen gewesen: Nennenswertes liquides Vermögen ist nicht vorhanden (Urk. 39/3-5). Die eheliche Liegenschaft kann, da sie günstiger Wohnraum für die Gesuchstellerin und die Kinder bietet, nicht veräussert werden. Hingegen zeigte der Gesuchsgegner nicht auf, dass eine weitere Belastung nicht möglich wäre. Der Gesuchsgegner setzte seinen Anteil daran mit Fr. 284'000.- in die Steuererklärung 2013 ein (Urk. 39/2), die Liegenschaft weist also einen (regelmässig zu tief veranschlagten) Steuerwert von Fr. 568'000.- auf. Sie ist mit einer Hypothek von Fr. 350'000.-, entsprechend 62% des Steuerwerts, belastet (Urk. 39/2). Der Gesuchsgegner zeigte in keiner Weise auf, dass eine weitere Belastung dieser Liegenschaft nicht möglich ist. Regelmässig ist eine Belastung bis zu 80% des Werts einer Liegenschaft möglich. Die Liegenschaft liesse sich somit mit weiteren Fr. 100'000.- belasten. Der Gesuchsgegner bringt diesbezüglich vor, er könne nicht über die als Familienwohnung genutzte Liegenschaft verfügen, da diese im Miteigentum mit der Gesuchstellerin stehe (Urk. 37 S. 11). Aus sachrechtlicher Sicht ist dies nicht richtig, der Gesuchsgegner kann seinen Miteigentumsanteil verpfänden (Art. 800 Abs. 1 ZGB), selbst wenn die gesamte Sache bereits teilweise verpfändet ist. Aus eherechtlicher Sicht unterliegt die Familienwohnung einer Verfügungsbeschränkung (Art. 169 Abs. 1 ZGB). Sollte die Gesuchstellerin die Zustimmung zur Verpfändung indessen ohne triftigen Grund verwei-

- 48 - gern, kann sich der Gesuchsgegner dazu vom Richter ermächtigen lassen (Art. 169 Abs. 2 ZGB). Der Einwand des Gesuchsgegners verfängt deshalb nicht. Da der Gesuchsgegner folglich seinen Miteigentumsanteil an der ehelichen Liegenschaft mit etwa Fr. 50'000.- belasten könnte, wäre er nicht mittellos im Sinne von Art. 117 lit. a ZPO. Es wird beschlossen: 1. Das Gesuch des Gesuchsgegners um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege und Beigabe eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes wird als gegenstandslos geworden abgeschrieben. 2. Auf den Antrag der Gesuchstellerin, der Gesuchsgegner sei gestützt auf Art. 286 Abs. 3 ZGB zu verpflichten, sich an den Kosten der Behandlung der Katze ... zu beteiligen, wird nicht eingetreten. 3. Auf die Anträge des Gesuchsgegners, die Obhut über die Tochter C.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.1998, sei an ihn umzuteilen, sowie, die Unterhaltspflicht für C.\_\_\_\_\_ sei per 1. August 2015 aufzuheben, wird nicht eingetreten. 4. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis. Es

wird erkannt: 1. Das Begehren der Gesuchstellerin um Abänderung des Eheschutzurteils des Bezirksgerichts Winterthur vom 4. April 2013 (EE120219) wird abgewiesen. 2. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin Fr. 1'195.60 als besonderer Beitrag im Sinne von Art. 286 Abs. 3 ZGB zu bezahlen. Im Mehrbetrag wird das Begehren um Leistung eines besonderen Beitrages abgewiesen.

- 49 - 3. Die erstinstanzliche Entscheidgebühr von Fr. 2'400.– wird bestätigt. 4. Die Gerichtskosten für das erstinstanzliche Verfahren werden der Gesuchstellerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 2'000.– verrechnet. Im Mehrbetrag stellt die Gerichtskasse Rechnung. 5. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt. 6. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Gesuchstellerin auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 3'000.– verrechnet. 7. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, dem Gesuchsgegner für beide Verfahren eine Parteientschädigung von insgesamt Fr. 8'300.– zu bezahlen.

### **E. 2.3.1**

Betreffend die Position Nachhilfe C. \_\_\_\_\_ bringt die Gesuchstellerin vor, die Vorinstanz habe bei der gegebenen Aktenlage in unhaltbarer Weise und ohne entsprechende Bestreitung des Gesuchsgegners festgestellt, die Notwendigkeit der Nachhilfestunden sei nicht dargetan worden. Die Gesuchstellerin habe in der Befragung ausgeführt, dass C. \_\_\_\_\_ die Gymiprüfung und die Probezeit nicht bestanden habe; dies sei eine ausreichende Begründung für die Notwendigkeit des Nachhilfeunterrichts (Urk. 30 Rz 37 lit. a). Der Gesuchsgegner entgegnet, der Versuch, C. \_\_\_\_\_ ins Gymnasium einzuschulen, sei von ihm nicht getragen worden, da C. \_\_\_\_\_ dadurch überfordert worden sei. Solche Entscheidungen seien bei gemeinsamer elterlicher Sorge gemeinsam zu treffen. Eigenmächtig verursachte Kosten könnten nicht überwältigt werden (Urk. 56/36 S. 18 f.). Er brachte dies bereits vor Vorinstanz ein (Urk. 19 Rz 7 ff.). Die Gesuchstellerin behauptete nicht, der Nachhilfeunterricht sei mit dem Gesuchsgegner abgesprochen gewesen.

### **E. 2.3.2**

Bedeutende schulische Entscheidungen wie auch Entscheidungen über medizinische Behandlungen von einiger Tragweite sind Teil der elterlichen Sorge (Art. 301 Abs. 1 ZGB). Bei gemeinsamer elterlicher Sorge haben die Eltern darüber einen gemeinsamen Entscheid zu fällen. Der obhutsberechtigte Elternteil hat mithin den anderen Elternteil einzubeziehen, sofern die Angelegenheit nicht dringlich oder alltäglich ist und der andere Elternteil mit vernünftigem Aufwand erreichbar ist (Art. 301 Abs. 1bis ZGB). Werden Entscheide ohne Einbezug des andern Elternteils gefällt, geht es nicht an, den übergangenen Elternteil die finanziellen Konsequenzen des eigenmächtigen Entscheids (mit)tragen zu lassen. Der Entscheid ist entweder rückgängig zu machen oder die finanziellen Konsequenzen sind vom eigenmächtig entscheidenden Elternteil selbst zu tragen.

### **E. 2.3.3**

Beim Entscheid, C. \_\_\_\_\_ im Hinblick auf die erneute Einschulung ins Gymnasium in den Nachhilfeunterricht zu schicken, handelt es sich um einen nicht alltäglichen und ebenso wenig dringlichen Entscheid. Die Gesuchstellerin hätte diese Pläne mit dem Gesuchsgegner besprechen müssen, entschied indessen eigenmächtig. Deshalb hat sie selbst für die Kosten des Nachhilfeunterrichts von

- 35 - Fr. 1'500.– aufzukommen. Auf die weiteren Vorbringen der Parteien hinsichtlich dieser Position ist damit nicht weiter einzugehen.

## **E. 2.4**

Gymi-Probezeitkosten C.\_\_\_\_\_

### **E. 2.4.1**

Die Vorinstanz lehnte die Berücksichtigung der Position "Gymi- Probezeitkosten" ab mit der Begründung, es handle sich dabei um Kosten, die die Gesuchstellerin aus den normalen Unterhaltsbeiträgen zu decken habe, bzw. zu- mindest habe sie nicht glaubhaft dargelegt, inwiefern es sich dabei um ausserordentliche Kosten im Sinne von Art. 286 Abs. 3 ZGB handle (Urk. 31 S. 13). Die Gesuchstellerin beanstandet diese Auffassung und bringt vor, im Vergleich zu den Kosten an der Sekundarschule seien diese durchaus ausserordentlich (Urk. 30 Rz 38). Der Gesuchsgegner bringt im Wesentlichen vor, diese Kosten seien nicht substantiiert und es gelte dasselbe, wie hinsichtlich der Nachhilfekosten, mithin er sei nicht einverstanden gewesen, erneut zu versuchen, C.\_\_\_\_\_ ins Gymnasium einzuschulen (Urk. 56/36 S. 20 und S. 18 f.).

### **E. 2.4.2**

Über Art. 286 Abs. 3 ZGB können Kinderkosten geltend gemacht werden, die bei der Unterhaltsberechnung nicht vorausgesehen wurden und vorübergehender Natur sind; von alleine versteht sich, dass es sich um Kosten handeln muss, die nicht bereits in einer rechnerischen Position des festgelegten Unterhaltsbeitrags enthalten sind. Unter der Geltung der uneingeschränkten Untersuchungsmaxime ist zwar die Mitwirkung der Parteien zu fordern, indessen ist kein strenger Massstab an die Darlegung der Fakten zu stellen, wenn es dem Gericht ohne Weiteres möglich ist, den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen. Mithin ist ein Anspruch nach Art. 286 Abs. 3 ZGB nicht bloss deshalb zu verweigern, weil die Ausserordentlichkeit der Kosten nicht näher substantiiert wurde, wenn sich diese aus den Akten ergibt. Vorliegend scheint die von der Gesuchstellerin zu den Akten gereichte Zusammenstellung (Urk. 18/7/12) zusammen mit der Behauptung, es handle sich um Kosten für die Gymi-Probezeit von C.\_\_\_\_\_ gerade noch als genügend.

### **E. 2.4.3**

Bei der Festlegung der Kinderunterhaltsbeiträge in der Konvention vom 15. März 2013 (Urk. 3/26) wurden gemäss angehängter Berechnungstabelle beim

- 36 - Kinderunterhalt keine Schulmaterial- und Schulwegkosten in die Bedarfsrechnung aufgenommen. Gemäss den Richtlinien für die Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums vom 16. September 2009 sind besondere Auslagen für die Schulung der Kinder (Schulgeld, Schulmaterial, Verpflegungs- und Fahrtauslagen) zusätzlich zum Grundbetrag zu berücksichtigen. Im festgelegten Unterhaltsbeitrag für C.\_\_\_\_\_ sind demnach die geltend gemachten Probezeitkosten, bei welchen es sich hauptsächlich um Kosten für Schulmaterial und Schulweg handelt (Urk. 18/7/12), nicht enthalten. Im Vergleich zum Besuch einer lokalen Sekundarschule fallen für den Besuch des Gymnasiums Fahrtkosten an. Auch die Kosten für Schulmaterial und Bücher sind bekanntlich höher bei einem Gymnasiumsbesuch. Ausserdem musste für jenes Schuljahr auch noch für die Sekundarschule Schulmaterial beschafft werden, da C.\_\_\_\_\_ die Probezeit nicht bestand (vgl. etwa Urk. 36 S. 18 f.), mithin wieder in die Sekundarschule wechseln musste. Im Zeitpunkt der ursprünglichen Festlegung der Kinderunterhaltsbeiträge

(15. März 2013, Urk. 3/26) war noch nicht mit Sicherheit absehbar, dass C.\_\_\_\_\_ per Anfang des Schuljahres 2013/2014 ins Gymnasium eintreten wird (es kommt auf die Vornoten oder eine Aufnahmeprüfung an). Die zusätzlichen Kosten für den Besuch des Gymnasiums waren also nicht voraussehbar. Im Zeitpunkt der Geltendmachung des Anspruchs nach Art. 286 Abs. 3 ZGB besuchte C.\_\_\_\_\_ bereits nicht mehr das Gymnasium. Damit sind diese Kosten nicht im Rahmen eines Abänderungsbegehrens nach Art. 286 Abs. 2 ZGB geltend zu machen, sondern begründen als vorübergehende, ausserordentliche Kosten grundsätzlich einen Anspruch nach Art. 286 Abs. 3 ZGB.

#### **E. 2.4.4**

Es stellt sich sodann die Frage nach der Zustimmung des Gesuchsgegners zu der Einschulung im Gymnasium. Anders als der Nachhilfeunterricht, welcher im Hinblick auf den erneuten Eintritt von C.\_\_\_\_\_ ins Gymnasium im Schuljahr 2014/2015 in Anspruch genommen wurde, betreffen diese Kosten den erstmaligen Gymnasiumsbesuch von C.\_\_\_\_\_ im Schuljahr 2013/2014. Der Gesuchsgegner machte sodann geltend, er sei dagegen gewesen, "weiterhin 'à tout prix' zu versuchen, die Tochter im Gymnasium einzuschulen". Nach dem zweimaligen Scheitern (Aufnahmeprüfung nach der 6. Klasse und Nichtbestehen Probezeit) habe die Gesuchstellerin erneut versucht, den Übertritt von C.\_\_\_\_\_ ins Gymna-

- 37 - sium zu erzwingen und C.\_\_\_\_\_, ohne dies mit dem Gesuchsgegner abzusprechen, in den Nachhilfeunterricht geschickt. Auf diese fehlende Zustimmung seinerseits verweist der Gesuchsgegner auch im Zusammenhang mit den Probezeitkosten (Urk. 56/36 S. 20 und S. 18 f.). Dass er jedoch auch mit dem (erstmaligen) Eintritt von C.\_\_\_\_\_ ins Gymnasium nach der zweiten Sekundarklasse nicht einverstanden gewesen sei, ergibt sich aus seinen Ausführungen nicht mit der nötigen Deutlichkeit. Deshalb ist der Entscheid, C.\_\_\_\_\_ nach der zweiten Sekundarklasse das Gymnasium besuchen zu lassen, nicht als eigenmächtig zu bezeichnen. Die dadurch entstandenen Kosten von Fr. 999.20 sind auf beide Elternteile zu verteilen.

#### **E. 2.5**

Mathe-Kurs/Gymi-Vorbereitung und Wegkosten Mathe-Kurs C.\_\_\_\_\_

##### **E. 2.5.1**

Mit Bezug auf die Positionen "Mathe-Kurs/Gymi-Vorbereitung" und "Wegkosten Mathe-Kurs" rügt die Gesuchstellerin, die Vorinstanz habe Recht verletzt, indem sie deren Berücksichtigung mit der Begründung verweigert habe, diese Position hätte bereits im Eheschutzverfahren vorgebracht werden können. Der Anspruch nach Art. 286 Abs. 3 ZGB sei "ein separater Anspruch, der sich klar vom Unterhaltsanspruch, wie er aufgrund des Getrenntlebens entsteht, unterscheidet" (Urk. 30 Rz 39 f.). Der Gesuchsgegner hält die vorinstanzliche Begründung für zutreffend und führt aus, die Gesuchstellerin habe bereits im Eheschutzverfahren die Kosten für "Gymi-Vorbereitung" geltend gemacht (Urk. 36 S. 20).

##### **E. 2.5.2**

Der Anspruch nach Art. 286 Abs. 3 ZGB ist der Systematik nach ein Abänderungsanspruch, welcher aber, im Gegensatz zum Abänderungsanspruch nach Art. 286 Abs. 2 ZGB, sich auf zeitlich beschränkte Kosten bezieht. Als logische Folge sieht Abs. 2 die (dauerhafte) Anpassung des periodischen Unterhaltsbeitrags an die veränderten

Verhältnisse vor, während Abs. 3 die Abgeltung von vorübergehenden Kosten mit einer Einmalzahlung vorsieht. Beide Abänderungssprüche setzen jedoch voraus, dass neue Umstände vorliegen, welche bei der ursprünglichen Unterhaltsregelung nicht berücksichtigt wurden. Die Kosten, für welche ein Beitrag nach Art. 286 Abs. 3 ZGB gefordert wird, müssen im Zeitpunkt, in dem die Unterhaltsregelung getroffen wurde, unvorhersehbar gewesen sein. Soweit die geltend gemachten Kosten bei der Regelung des Unterhalts bereits ange-

- 38 - fallen oder mit genügender Sicherheit vorhersehbar waren, wären diese bei der Festlegung der Unterhaltsbeiträge zu berücksichtigen gewesen. Dies gilt selbst für vorübergehende Kosten wie eine Zahnkorrektur, ein Auslandsjahr oder Prüfungsgebühren. Dem vorübergehenden Charakter solcher Positionen kann nämlich mit einer Staffelung der Unterhaltsbeiträge ohne Weiteres begegnet werden. Unterblieb die Berücksichtigung von bereits angefallenen oder immerhin absehbaren Kosten in der Berechnung des Unterhaltsanspruchs, wurde damit eine Wertung vorgenommen. Diese Wertung darf nicht nachträglich mittels eines Abänderungsverfahrens bzw. der Forderung eines Beitrags nach Art. 286 Abs. 3 ZGB in Wiedererwägung gezogen werden.

### **E. 2.5.3**

Die Rechtsauffassung der Gesuchstellerin ist demnach nicht zutreffend. Unter Verweis auf die vorinstanzliche Begründung (Urk. 31 S. 14) sind die bereits im Eheschutzverfahren bekannten Positionen "Mathe-Kurs/Gymi-Vorbereitung" und "Wegkosten Mathe-Kurs" unberücksichtigt zu lassen.

### **E. 2.6**

Psychotherapie C.\_\_\_\_\_

#### **E. 2.6.1**

Hinsichtlich der Kosten der Psychotherapie für C.\_\_\_\_\_ rügt die Gesuchstellerin, dass die Vorinstanz sich in unzulässiger Weise auf die Vorbringen des Gesuchsgegners gestützt habe (Urk. 30 Rz. 41). Die Vorinstanz erwog tatsächlich gestützt auf die Eingabe des Gesuchsgegners vom 25. Juli 2014, die Psychotherapie hätte bei einer von der Krankenkasse anerkannten Therapeutin erfolgen müssen, sodass nur der Selbstbehalt von 10% angefallen wäre (Urk. 31 S. 15 f.). Die Gesuchstellerin bringt diesbezüglich weiter vor, die gewählte Therapeutin sei ihr empfohlen worden und habe sich bewährt (Urk. 30 Rz. 41 ff.). Der Gesuchsgegner wendet dagegen, unter anderem, ein, betreffend die Psychotherapie für C.\_\_\_\_\_ sei er unbestrittenermassen nicht in den Entscheid einbezogen worden (Urk. 56/36 S. 20 f.).

#### **E. 2.6.2**

Die prozessualen Mängel im Zusammenhang mit der Eingabe vom 25. Juli 2014 können geheilt werden (vgl. oben Ziff. V.1.3). Auf die Eingabe kann abgestellt werden. Ausserdem darf das Gericht aufgrund der geltenden Untersuchungsmaxime von sich aus berücksichtigen, dass grundsätzlich die Möglichkeit

- 39 - besteht, bei einer von der Krankenkasse anerkannten Therapeutin eine Psychotherapie durchzuführen. Zutreffend ist, dass die Gesuchstellerin den Gesuchsgegner nicht in den Entscheid betreffend die Psychotherapie einbezog (Prot. I S. 20 und 23). Unter diesen Umständen war es ihm nicht möglich, sich an der Auswahl einer Psychotherapeutin zu beteiligen. Die finanziellen Konsequenzen ihres allein getroffenen Entscheids hat die

Gesuchstellerin deshalb selbst zu tragen (vgl. oben Ziff. V.2.3.2). Die von der Vorinstanz vorgenommene Berücksichtigung von 10% der Psychotherapie-Kosten wird vom Gesuchsgegner indessen anerkannt (Urk. 56/36 S. 21). Es erscheint angemessen, den Gesuchsgegner bloss zur Beteiligung an den (hypothetischen) Selbstbehaltskosten zu verpflichten.

### **E. 2.6.3**

Die Gesuchstellerin verlangt mit der Eingabe vom 7. September 2015 (Urk. 56/49) im Rahmen einer zulässigen Klageänderung (vgl. oben Ziff. III.3.7) neu zusätzlich einen Beitrag an weitere psychotherapeutische Behandlungen von C.\_\_\_\_\_. Die Gesuchstellerin verlangt dabei die Beteiligung an den Selbstbeteiligungskosten von Fr. 3'113.75, welche von der Zusatzversicherung nicht getragen wurden (Urk. 56/49 S. 3; Urk. 56/51/4). Es sind indessen unter Verweis auf die obige Begründung bloss 10% der Psychotherapiekosten von insgesamt Fr. 3'413.75 (vgl. Urk. 56/51/4) zu berücksichtigen. Die auf beide Elternteile zu verteilenden Kosten betragen Fr. 311.40.

### **E. 2.7**

Selbstkosten Kieferorthopädie D.\_\_\_\_\_, E.\_\_\_\_\_ und F.\_\_\_\_\_

#### **E. 2.7.1**

Mit Bezug auf die von der Gesuchstellerin beanstandete teilweise Nichtberücksichtigung der Position "Selbstkosten Kieferorthopädie" (Urk. 30 Rz 44) ist unter Verweis auf die obigen Ausführungen (Ziff. V.2.5.2) festzuhalten, dass die Vorinstanz die Rechnungen vom 26. Februar 2013 über Fr. 839.95 (D.\_\_\_\_\_) und vom 28. Oktober 2012 über Fr. 1'594.75 sowie vom 26. Februar 2013 über Fr. 1'297.35 (F.\_\_\_\_\_) zurecht nicht berücksichtigte, da sie bereits im Eheschutzverfahren hätten geltend gemacht werden können. Für die nach der Eheschutzverhandlung entstandenen Kosten für kieferorthopädische Behandlungen berücksichtigte die Vorinstanz jeweils den Selbstbehalt von 30% des Rechnungsbetrags von insgesamt Fr. 3'354.30 (Fr. 87.40 für D.\_\_\_\_\_, Fr. 2'621.– für E.\_\_\_\_\_ und

- 40 - Fr. 645.90 für F.\_\_\_\_\_), mithin Fr. 1'006.30. Die Vorinstanz führte zutreffend aus, diese Kosten seien zwar gewissermassen absehbar gewesen, indessen in ihrer Höhe und Dauer unvorhersehbar, weshalb sie auch nicht bei der Festsetzung der Unterhaltsbeiträge hätten berücksichtigt werden können (Urk. 31 S. 16).

#### **E. 2.7.2**

Mit Eingabe vom 7. September 2015 fordert die Gesuchstellerin zusätzlich einen Beitrag an den Selbstbehalt von Fr. 401.90 für weitere kieferorthopädische Behandlungen von E.\_\_\_\_\_ und F.\_\_\_\_\_ (Urk. 56/51/2-3). Der Gesuchsgegner setzt dieser Forderung – in Übereinstimmung mit den Akten (Prot. S. 21 und 24) – entgegen, lediglich die kieferorthopädische Behandlung von D.\_\_\_\_\_, nicht jedoch diejenige der anderen Kinder, sei mit ihm abgesprochen gewesen (Urk. 56/36 S. 22, Urk. 61 Rz. 9 und 14). Unter Verweis auf die obigen Erwägungen (Ziff. V.2.3.2.) ist deshalb eine Beteiligung des Gesuchsgegners an den neu geltend gemachten Kosten für die kieferorthopädischen Behandlungen von E.\_\_\_\_\_ und F.\_\_\_\_\_ abzulehnen.

#### **E. 2.7.3**

Gestützt auf diese Überlegungen hätte sich der Gesuchsgegner auch an den bereits vor Vorinstanz geltend gemachten Kosten für die kieferorthopädische Behandlung von E.\_\_\_\_\_ nicht zu beteiligen (vgl. oben Ziff. V.2.7.1). Auf die von der Vorinstanz der Gesuchstellerin zugestandene Beteiligung des Gesuchsgegners an den Kosten der Behandlung von E.\_\_\_\_\_ ist indessen nicht zurückzukommen, nachdem der Gesuchsgegner keine Berufung erhoben hat und deshalb grundsätzlich das Verbot der reformatio in peius gilt (vgl. dazu oben Ziff. IV.19.6; auch hier besteht kein Anlass vom Verbot der reformatio in peius abzuweichen).

## **E. 2.8**

### **Klavierreparatur**

#### **E. 2.8.1**

Die Gesuchstellerin rügt, dass die Vorinstanz die Kosten für die Klavierreparatur nicht berücksichtigt habe. Diese seien zweifellos ausserordentlich (Urk. 30 Rz 45). Die Vorinstanz erwog, die dafür eingeholte Offerte (Urk. 18/7/3) umfasse Posten wie "Spielwerk neu regulieren" sowie "Tasten seitlich reinigen" und würde somit den normalen Klavierunterhalt betreffen. Deshalb seien diese Kosten vorhersehbar gewesen und entsprechend mit dem Unterhaltsbeitrag bereits abgegolten. Sodann wies die Vorinstanz darauf hin, dass Arbeiten noch gar nicht ausge-

- 41 - führt wurden (Urk. 31 S. 17). Der Gesuchsgegner schliesst sich diesen Argumenten an und ergänzt, das "Klavierstimmen" sei von der Gesuchstellerin selber im Rahmen der laufenden Kinderkosten aufgeführt worden. Ausserdem kritisiert er die fehlende Substanziierung dieser Kosten (Urk. 56/36 S. 22; unter Verweis auf Urk. 17 S. 10).

#### **E. 2.8.2**

Die Offerte bezeichnet die Arbeiten als "Reparatur" (vgl. Urk. 18/7/3). Damit unterscheiden sich die auszuführenden Arbeiten zwar vom "Klavierstimmen", welches regelmässig zu erfolgen hat und mit Fr. 220.– (Urk. 18/7/2) wesentlich günstiger ist als die fraglichen Reparaturarbeiten über Fr. 2'003.–. Bei der Festsetzung der Unterhaltsbeiträge wurde bloss das Klavierstimmen thematisiert (Urk. 17 S. 10). Andererseits beinhaltet die Offerte aber gerade auch das Klavierstimmen ("Instrument reinigen, stimmen und intonieren"), was jedenfalls nicht als ausserordentliche Kosten gelten kann. Die Gesuchstellerin unterliess es sodann insbesondere, die Notwendigkeit wie auch die Unvorhersehbarkeit dieser Reparaturarbeiten darzutun. Es wäre insbesondere darzulegen gewesen, ob diese Reparaturen wegen einer Beschädigung des Klaviers erforderlich wurden oder ob diese zwar nicht so häufig wie das Klavierstimmen, aber doch regelmässig anfallen. Im zweiten Fall wären sie bereits bei der Festsetzung der Unterhaltsbeiträge einzubringen gewesen. Bei gegebener Aktenlage besteht jedenfalls kein Anspruch auf eine Beteiligung an den Kosten gestützt auf Art. 286 Abs. 3 ZGB.

## **E. 2.9**

Behandlung Katze ... Auf den erstmals mit der Noveneingabe vom 7. September 2015 eingebrachten Antrag, der Gesuchsgegner sei gestützt auf Art. 286 Abs. 3 ZGB zur Beteiligung an den Kosten der Behandlung der Katze ... zu verpflichten, ist nicht einzutreten, da es sich dabei um eine unzulässige Klageänderung handelt (s. oben Ziff. III.3.8).

## **E. 2.10**

Zu berücksichtigende Positionen Zusammenfassend hat sich der Gesuchsgegner vorbehältlich seiner Leistungsfähigkeit an den folgenden ausserordentlichen Kinderkosten zu beteiligen:

- 42 - Nachhilfe C.\_\_\_\_\_ geltend gemacht in Berufung (Urk. 30 Rz. 37) 1'500.– 08.2013-02.2014 zu berücksichtigen (Ziff. 2.3.3) 0.– Gymi-Probezeitkosten geltend gemacht in Berufung (Urk. 30 Rz. 38) 999.20 08.2013-02.2014 zu berücksichtigen (Ziff. 2.4) 999.20 davon vor Vorinstanz berücksichtigt (Urk. 31 S. 13) 0.– Mathekurs/Gymivorbereitung geltend gemacht in Berufung (Urk. 30 Rz. 39) 1'390.– 08.2012-11.2012 zu berücksichtigen (Ziff. 2.5.3) 0.– Wegkosten Mathekurs geltend gemacht in Berufung (Urk. 30 Rz. 40) 105.60 08.2012-11.2012 zu berücksichtigen (Ziff. 2.5.3) 0.– Projektarbeit/Kochbuch, geltend gemacht in Berufung (Urk. 30 Rz. 46) 0.– Fahrräder E.\_\_\_\_\_ und zu berücksichtigen (Ziff. 2.1) 0.– C.\_\_\_\_\_ Kosten Psychotherapie geltend gemacht in Berufung (Urk. 30 Rz. 41) 742.50 C.\_\_\_\_\_ zu berücksichtigen (Ziff. 2.6.2) 74.25 01.2014-12.2014 davon vor Vorinstanz berücksichtigt (Urk. 31 S. 16) 74.25 neu geltend gemacht in Berufung (Urk. 56/49 Rz. 2 3'113.75 u. 56/51/1): Fr. 1'052.50 + Fr. 952.50 + Fr. 1'108.75 zu berücksichtigen (Ziff. 2.6.3) 311.40 Selbstkosten Kieferorthopädie geltend gemacht in Berufung (Urk. 30 Rz. 41) 2'125.90 die D.\_\_\_\_\_, E.\_\_\_\_\_ und F.\_\_\_\_\_ zu berücksichtigen (Ziff. 2.7.1) 1'006.30 10.2012-03.2015 davon vor Vorinstanz berücksichtigt (Urk. 31 S. 16) 1'006.30 neu geltend gemacht in Berufung (Urk. 56/49 Rz. 2 401.90 u. 56/51/1): Fr. 114.40 + Fr. 287.50

- 43 - zu berücksichtigen (Ziff. 2.6.3) 0.– Klavierreparatur geltend gemacht in Berufung (Urk. 30 Rz. 45) 2'003.– (nicht ausgeführt) zu berücksichtigen (Ziff. 2.8.2) 0.– Behandlung Katze ... neu geltend gemacht in Berufung (Urk. 56/49 Rz. 2 3'642.60 u. 56/51/1): 02.2015-03.2015 Fr. 778.25 + Fr. 1'498.70 + Fr. 778.75 + Fr. 586.90 zu berücksichtigen (Ziff. 2.9) 0.– Total geltend gemacht in Berufung 16'024.45 zu berücksichtigen 2'391.15 nicht zu berücksichtigen 13'633.30

## **E. 2.11**

Leistungsfähigkeit der Parteien / Verteilung der Kosten auf die Parteien

### **E. 2.11.1**

Die Gesuchstellerin verlangt die hälftige Aufteilung der ausserordentlichen Kinderkosten auf die Parteien (Urk. 30 Rz. 47). Der Gesuchsgegner wendet sich nicht grundsätzlich dagegen, macht allerdings geltend, seine Leistungsfähigkeit für die Bezahlung eines zusätzlichen Beitrags im Sinne von Art. 286 Abs. 3 ZGB sei generell nicht gegeben. Zur Begründung verweist er auf die Ausführungen der Vorinstanz (Urk. 37 S. 18).

### **E. 2.11.2**

Die verlangte hälftige Aufteilung der zu berücksichtigenden Kosten von Fr. 2'391.15 belastet den Gesuchsgegner mit Fr. 1'195.60. Die Vorinstanz auferlegte ihm demgegenüber bloss eine Beteiligung von Fr. 540.30 und erachtete ihn diesbezüglich als leistungsfähig, obwohl aufgrund der von ihr angestellten Berechnungen eine monatliche Unterdeckung seines – gemäss Vorinstanz im Vergleich zum Eheschutzverfahren gestiegenen – familienrechtlichen Bedarfs von Fr. 115.25 resultierte. Die Vorinstanz stützte die Leistungsfähigkeit auf den beim Gesuchsgegner verbliebenen Anteil an der Bonuszahlung (2/5 von Fr. 10'661.55, entsprechend Fr. 4'264.60; Urk. 31 S. 21). Stellt man auf die vorinstanzlichen Er-

- 44 - wägungen ab, auf welche der Gesuchsteller verweist, verblieb ihm im Jahr 2014, in welchem die zu berücksichtigenden Kosten anfielen, unter Berücksichtigung des Bonus ein monatliches Plus von Fr. 240.–. Daraus kann er nicht bloss den bereits von der Vorinstanz ihm auferlegten Betrag von Fr. 540.30, sondern ohne Weiteres auch den höheren, ihm mit der Berufung aufzuerlegenden Betrag von Fr. 1'195.60 bezahlen. Seine Leistungsfähigkeit ist deshalb gegeben. Die hälftige Aufteilung erscheint mit Blick auf die aufgrund der Bonuszahlungen auf beiden Seiten verbleibenden kleinen Überschüsse angemessen (vgl. Urk. 3/26 Anhang). Der Gesuchsgegner ist deshalb zu verpflichten, sich gemäss Art. 286 Abs. 3 ZGB mit Fr. 1'195.60 an den ausserordentlichen Kinderkosten zu beteiligen.

VI. Kosten- und Entschädigungsfolgen 1. Erstinstanzliche Prozesskosten

### **E. 3**

Die Berufungsschrift muss ein Rechtsbegehren und dessen Begründung entsprechend den Anforderungen gemäss Art. 221 ZPO (analog) enthalten. Erfüllt sie diese Vorgaben nicht, ist bei formellen Mängeln im Sinne von Art. 132 ZPO eine Nachfrist zur Verbesserung anzusetzen. Bleibt eine solche aus oder erweist sie sich als ungenügend, gilt die Berufungsschrift als nicht erfolgt (Art. 132 Abs. 1 ZPO), was zu einem Nichteintretensentscheid führt (Reetz/Theiler in: ZPO Komm. Sutter-Somm et al., Art. 311 N. 33). Eine Nachfrist kann diesfalls nicht gewährt werden (BGE 137 III 617 Erw. 6.4). Es genügt nicht, lediglich die Aufhebung des angefochtenen Entscheids zu beantragen, sondern es muss ein Antrag in der Sache gestellt werden, und zwar grundsätzlich im Rechtsbegehren selber (vgl. dazu BGE 133 III 489, Erw. 3.1). Dieses muss so bestimmt sein, dass es im Falle der Gutheissung der Klage unverändert zum Urteil erhoben werden kann; die auf Geldzahlung gerichteten Berufungsanträge sind demnach zu beziffern. Auf eine Berufung mit einem formell mangelhaften Rechtsbegehren ist ausnahmsweise einzutreten, wenn sich aus der Begründung, allenfalls in Verbindung mit dem angefochtenen Entscheid, ergibt, was der Berufungskläger in der Sache verlangt bzw. welcher Geldbetrag zuzusprechen ist. Entsprechend sind Rechtsbegehren im Lichte der Begründung auszulegen (BGE 137 III 617 E. 6.2).

III. Eintretensfragen 1. Ungenügende Rechtsbegehren

#### **E. 3.1**

Mit Noveneingabe vom 7. September 2015 machte die Gesuchstellerin ihrerseits neue, im erstinstanzlichen Verfahren nicht thematisierte Ansprüche geltend. Sie verlangt für den Selbstbehalt an kieferorthopädischen Behandlungen von E.\_\_\_\_\_ und F.\_\_\_\_\_, die psychotherapeutische Behandlung von C.\_\_\_\_\_ und die tierärztliche Behandlung der Katze "... " hälftige Kostenbeteiligung im Umfang von Fr. 3'579.10 (Urk. 56/49). Der Gesuchsgegner brachte vor, diese Ansprüche würden verspätet geltend gemacht, es handle sich dabei um unzulässige Noven. Die fraglichen Kosten würden bis Dezember 2014 zurückreichen, dennoch mache die Gesuchstellerin diese erst jetzt geltend, was auch unter der Offizial- und Untersuchungsmaxime nicht angängig sei, denn im Berufungsverfahren seien Noven umgehend vorzubringen (Urk. 61 Rz 2 ff.).

#### **E. 3.2**

Die Gesuchstellerin stellte diese Ansprüche erstmals im Berufungsverfahren. Es handelt sich mithin um eine Klageänderung im Sinne von Art. 317 Abs. 2 ZPO. Voraussetzung für die Zulässigkeit einer Klageänderung im Rechtsmittelverfahren ist, dass sie auf neuen Tatsachen beruht (Art. 317 Abs. 2 lit. b ZPO) und dass der geänderte oder neue Anspruch nach der gleichen Verfahrensart zu beurteilen ist und entweder mit dem bisherigen

Anspruch in einem sachlichen Zusammenhang steht oder die Gegenpartei zustimmt (Art. 317 Abs. 2 lit. a i.V.m. Art. 227 Abs. 1 ZPO). Eine systematische Auslegung ergibt, dass die Klageänderung auf zulässigen Noven im Sinne von Art. 317 Abs. 1 ZPO gründen muss (Reetz/Hilber, in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Komm. ZPO, 2. Aufl., Zürich 2013, N 86 zu Art. 317).

### **E. 3.3**

Auch echte Noven müssen im Berufungsverfahren selbst in Kinderbelangen unverzüglich vorgebracht werden (Art. 317 Abs. 1 lit. a ZPO). Art. 229 Abs. 3 ZPO gilt nämlich nicht analog (BGE 138 III 625, E. 2.1 und 2.2). Unverzüglich Vorbringen bedeutet, dass die Partei, welche das Novenrecht beanspruchen will, sobald sie von einem geltend zu machenden Novum Kenntnis erlangt, die Berufungsinstanz davon in Kenntnis setzen muss, d.h., das Novum ist zum nächstmöglichen Zeitpunkt (schriftliche Eingabe oder Berufungsverhandlung) in das Berufungsver-

- 14 - fahren einzubringen. Wenn der Partei eine Frist läuft, kann sie das Novum im Rahmen ihrer bevorstehenden Eingabe in das Berufungsverfahren einbringen. Besteht keine offene Frist für die novenwillige Partei, stellt sich die Frage, unter welchen Voraussetzungen das Vorbringen eines Novums "ohne Verzug" i.S.v. Art. 317 Abs. 1 lit. a ZPO erfolgt. Reetz/Hilber schlagen etwa eine Frist von 10 Tagen ab Kenntnis des Novums vor (Reetz/Hilber, a.a.O., N 45 ff. zu Art. 317). Volkart (in: Brunner/Gasser/Schwander, Komm. ZPO, Zürich/St. Gallen 2011, N 10 zu Art. 317) sieht die obere Grenze bei zwei Wochen ab Kenntnis des Novums erreicht.

### **E. 3.4**

Die ratio legis von Art. 317 Abs. 1 lit. a ZPO besagt nur, dass durch das Vorbringen von Noven das Verfahren nicht verzögert werden darf; sie besagt aber nicht, dass Noven generell möglichst schnell vorzubringen wären. Daraus folgt, dass die novenwillige Partei vom Vorbringen des Novums ausgeschlossen wird, wenn sie die genannte – 10- oder 14-tägige – Frist verpasst und danach das zweitinstanzliche Behauptungsverfahren von der Berufungsinstanz geschlossen wird. Ordnet indes die Berufungsinstanz nachträglich noch einen zweiten Schriftwechsel an, so ist das innert der damit angesetzten Frist (doch noch) vorgebrachte Novum von der Berufungsinstanz dennoch zu berücksichtigen. Vorausgesetzt ist, dass diese Noven nicht bereits im vorangehenden Schriftwechsel hätten vorgebracht werden können (vgl. Reetz/Hilber, a.a.O., N 47 f. zu Art. 317).

### **E. 3.5**

Die der Klageänderung von der Gesuchstellerin zugrunde gelegten Noven entstanden zwischen dem 10. Januar 2015 und dem 27. März 2015 (Rechnungsdatum; Urk. 56/51/2-8). Vorgebracht wurden die Noven erst mit Eingabe vom

### **E. 3.6**

Von der Zulassung der Noven zu unterscheiden ist die Zulassung der Klageänderung. Der Gesuchsgegner geht nicht auf die Zulässigkeit einer Klageänderung ein (Urk. 61 Rz. 2 ff). Darin kann aber keine konkludente Zustimmung zur Klageänderung im Sinne von Art. 227 Abs. 1 lit. b ZPO erblickt werden, zumal sich der Gesuchsgegner – wenn auch mit anderer Begründung – gegen die Behandlung der neuen Ansprüche im Rechtsmittelverfahren wendet. Die Klageänderung ist damit nur zulässig, soweit ein genügender sachlicher Zusammenhang zum bisherigen Anspruch besteht (Art. 227 Abs. 1 lit. a ZPO). Ein neues

Rechtsbegehren steht in einem sachlichen Zusammenhang, wenn es sich auf den gleichen Lebensvorgang stützt. Dies ist bspw. der Fall bei zwischenzeitlich fällig gewordenen Teilleistungen wie Lohn, Mietzinsen, Kapitalzinsen oder Teillieferungen, bei einer zusätzlichen Konventionalstrafe oder Schadenersatzansprüchen, die im Laufe des Prozesses grösser geworden sind (Leuenberger, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Komm. ZPO, 2. Aufl., Zürich 2013, N 18 f. zu Art. 227). Die neuen Rechtsbegehren der Gesuchstellerin stützen sich auf die gleiche Rechtsgrundlage wie die bisherigen, namentlich Art. 286 Abs. 3 ZGB, haben aber – teilweise – einen anderen Lebenssachverhalt zur Grundlage.

### **E. 3.7**

Bereits vor Vorinstanz verlangte die Gesuchstellerin Beiträge im Sinne von Art. 286 Abs. 3 ZGB an den Selbstbehalt für die kieferorthopädische Behandlung

- 16 - von D.\_\_\_\_\_, E.\_\_\_\_\_ und F.\_\_\_\_\_ und an die Kosten der Psychotherapie von C.\_\_\_\_\_ (Urk. 17 S. 15 f.). Soweit die neuen Rechtsbegehren die Beteiligung an diesen Kosten betreffen, ist die Klageänderung zulässig. Der anspruchsbegründende Lebensvorgang ist derselbe, nämlich die Zahnbehandlung bzw. die Psychotherapie der Kinder, neu ist lediglich, dass zwischenzeitlich weitere Kosten für die fortgesetzten Behandlungen angefallen sind. Die Klageänderung erweist sich prozessökonomisch als sinnvoll, denn die Prüfung des Anspruchs erfordert in erster Linie – nebst der Prüfung der finanziellen Verhältnisse der Parteien – die Beantwortung der Rechtsfrage, ob für bestimmte ausserordentliche Kinderkosten (z.B. Zahnbehandlungen) eine Beteiligung nach Art. 286 Abs. 3 ZGB geschuldet ist. Kommen während des Verfahrens weitere Kosten der selben Art hinzu, sind diese letztlich nur noch aufzurechnen.

### **E. 3.8**

Was den weiter geltend gemachten Beitrag nach Art. 286 Abs. 3 ZGB für die Behandlung der Katze "... " angeht, besteht hingegen kein genügender sachlicher Zusammenhang mit den früheren Rechtsbegehren. Es liegt ein anderer Lebensvorgang zugrunde; aus diesem wurden erstinstanzlich keine Ansprüche abgeleitet. Zwar erfordert auch die Prüfung dieses Anspruchs die Abklärung der finanziellen Verhältnisse der Parteien. Es wäre aber auch zweitinstanzlich erstmals die Rechtsfrage zu beantworten, ob sich der Gesuchsgegner an den Kosten für die Behandlung der Katze zu beteiligen hat. Dadurch würde dem Gesuchsteller ohne Not eine Instanz entzogen. Dies ist nicht zulässig. Deswegen ist eine Klageänderung mit Bezug auf den Beitrag an die Behandlung der Katze nicht zuzulassen. Die Gesuchstellerin kann einen solchen Beitrag vor der ersten Instanz geltend machen, im Rechtsmittelverfahren ist auf diesen Antrag jedoch nicht einzutreten. IV. Materielles (Abänderung Eheschutz) 1. Voraussetzungen für die Abänderung

### **E. 5**

Dezember 2012, E. 2.1).

### **E. 5.1**

Die Gesuchstellerin beanstandet, dass die Vorinstanz das Vorliegen eines Abänderungsgrundes im Zusammenhang mit der Kündigung der Arbeitsstelle (Pensum von 17.86%; Urk. 14/5) in H.\_\_\_\_\_ durch den Arbeitgeber per Ende August 2014 deshalb verneint habe, weil im Zeitpunkt der Klageeinleitung die Kündigung noch nicht ausgesprochen gewesen sei. Der Abänderungsgrund liege näm-

- 21 - lich in der schon länger bestehenden Arbeitsunfähigkeit, welche letztlich zur Kündigung geführt habe (Urk. 30 Rz 17). Der Gesuchsgegner stützt sich auf die höchstrichterliche Praxis (BGer 5A\_487/2010 vom 3. März 2011, E. 2.1.1.) und argumentiert, der Abänderungsgrund der Kündigung der Arbeitsstelle könne nicht beachtlich sein, wenn er nicht bereits bei Einleitung des Abänderungsverfahrens bestanden habe. Als die Gesuchstellerin die Abänderungsklage eingereicht habe, sei noch lange nicht von einer Kündigung die Rede gewesen (Urk. 37 S. 21).

### **E. 5.2**

Richtig ist, dass zur Beurteilung der Frage, ob sich die Verhältnisse geändert haben, gemäss der bundesgerichtlichen Praxis grundsätzlich das Datum der Einreichung der Abänderungsklage massgebend ist (Urk. 31 S. 6: BGE 137 III 604, E. 4.1.1; BGer 5A\_506/2011 vom 4. Januar 2012, E. 3.1; Urk. 37 S. 21: BGer 5A\_487/2010 vom 3. März 2011, E. 2.1.1). Sowohl in BGE 137 III 604, E. 4.1.1, als auch in BGer 5A\_487/2010, E. 2.1.1, wird jedoch auf BGE 120 II 285 (E. 4b) verwiesen. Dieser Entscheid betrifft die Abänderung eines Scheidungsurteils, dürfte aber hinsichtlich des hier interessierenden Aspekts auch für die Abänderung von Eheschutzmassnahmen Gültigkeit beanspruchen. Das Bundesgericht erwog darin, dass sich nach der Tatbestandsfeststellung und der Prognose im abzuändernden Urteil einerseits und den derzeitigen sowie den für die absehbare Zukunft gegebenen Verhältnissen andererseits beurteile, ob erheblich und dauerhaft veränderte Verhältnisse gegeben sind. Ein ungewisser, bloss hypothetischer künftiger Sachverhalt ist kein Abänderungsgrund. Dagegen können konkrete Anhaltspunkte für das bevorstehende Eintreten veränderter Verhältnisse und das Interesse an einer Klärung der Rechtslage eine Urteilsabänderung rechtfertigen. Die Veränderung der Verhältnisse darf zwar nicht schon bei der ursprünglichen Festsetzung des Beitrages im abzuändernden Entscheid berücksichtigt worden sein. Ist dies aber nicht geschehen, so sind für die Frage der Neuregelung primär die im Zeitpunkt der Beurteilung bestehenden Verhältnisse resp. die bis dahin eingetretene Entwicklung der finanziellen Lage des Unterhaltspflichtigen massgebend. Berücksichtigt werden kann zudem die in naher Zukunft sich abzeichnende Entwicklung der Verhältnisse, um spätere Abänderungsverfahren soweit wie möglich zu vermeiden (BGE 120 II 285, E. 4b, m.w.H.; vgl. auch BK-Killias, N 23 zu Art. 236 ZPO mit Verweis auf § 188 Abs. 1 ZPO/ZH).

- 22 -

### **E. 5.3**

Es ist folglich danach zu fragen, ob im Zeitpunkt der Klageerhebung am 25. Februar 2014 (Urk. 1) konkrete Anhaltspunkte dafür bestanden, dass das Einkommen aus H.\_\_\_\_\_ wegfallen wird. Berücksichtigt werden kann darüber hinaus die bis zum Urteilszeitpunkt eingetretene Entwicklung – sowohl bei der Beurteilung der tatsächlichen finanziellen Verhältnisse als auch bei der Prognosestellung. Dies ergibt sich für das erstinstanzliche Verfahren ferner aus Art. 229 Abs. 3 ZPO. Einschränkend gilt hier jedoch, dass sämtliche Umstände, die nach Erhebung der Scheidungsklage am 27. Juni 2014 eingetreten sind, nicht mehr beachtet werden dürfen (vgl. oben Ziff. III.2.3). Mit anderen Worten ist also massgeblich, ob bis am 27. Juni 2014 mit einer gewissen Sicherheit absehbar war, dass die Gesuchstellerin kein Einkommen mit der Stelle in H.\_\_\_\_\_ mehr wird generieren können.

### **E. 5.4**

Bereits in der Kurzbegründung des Abänderungsbegehrens erwähnte die Gesuchstellerin ihre Arbeitsunfähigkeit sowie eine erfolgte IV-Anmeldung und eine deshalb eingetretene Einkommensreduktion (Urk. 1 S. 2). Damals war allerdings (in der Kurzbegründung) noch die Rede von der Reduktion und nicht dem Wegfall des Einkommens. Das ändert jedoch nichts daran, dass als Abänderungsgrund mitunter die veränderte gesundheitliche Situation und die damit zusammenhängende Arbeitsunfähigkeit der Gesuchstellerin angeführt wurde. Am 5. Mai 2014 wurde der Gesuchstellerin dann die Kündigung der Arbeitsstelle in H.\_\_\_\_\_ per Ende August 2014 in Aussicht gestellt, da sie seit Juni 2013 krankgeschrieben sei und auch nicht in Aussicht stehe, dass sie an diese Stelle zurückkehren werde (Urk. 14/4). Die (angedrohte) Kündigung steht also im Zusammenhang mit der bereits bei Gesuchseinreichung angeführten Arbeitsunfähigkeit. Hinzu kommt, dass die Kündigung vom 20. Mai 2014 (Urk. 18/1) noch vor Rechtshängigkeit der Scheidung erging. Unter diesen Umständen ist nach der zitierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung entgegen den vorinstanzlichen Erwägungen (Urk. 31 S. 8) die Kündigung und damit der voraussehbare Einkommenswegfall aus der Stelle in H.\_\_\_\_\_ per 1. September 2014 im Abänderungsverfahren zu beachten. 6. Unzumutbarkeit einer Erwerbstätigkeit

- 23 - 6.1. Die Gesuchstellerin rügt, die Vorinstanz habe die Unzumutbarkeit einer zukünftigen Erwerbstätigkeit zu Unrecht als nicht glaubhaft dargelegt erachtet (Urk. 31 Rz. 18 ff.). Die Vorinstanz habe in nicht nachvollziehbarer Weise die Feststellungen von Dr. I.\_\_\_\_\_ als behandelndem Psychiater der Gesuchstellerin (vgl. Urk. 41 S. 1) in Frage gestellt. Dieser bescheinige im Bericht zuhanden des Versicherungsarztes vom 15. Januar 2014 (Urk. 14/6a) eine volle Arbeitsunfähigkeit, welche auf einer Überforderungssituation beruhe. Eine Besserung sei gemäss Dr. I.\_\_\_\_\_ erst mit vollzogener Scheidung und Einsetzung eines Besuchsrechtsbeistandes zu erwarten. Auch der IV-Vorbescheid (Urk. 14/6) gehe von dieser Einschätzung aus (Urk. 30 S. 9 f.). Der vorinstanzliche Hinweis, wonach ab April 2014 keine Arbeitsunfähigkeitszeugnisse mehr vorliegen würden, sei formaler Natur. In den Akten fänden sich keine Anhaltspunkte für die Verbesserung der gesundheitlichen Situation (Urk. 37 S. 9). Sachlich unhaltbar sei schliesslich der Hinweis der Vorinstanz, die im September 2014 in Angriff genommene Ausbildung stehe im Widerspruch zur geltend gemachten Arbeitsunfähigkeit. Die zeitliche Beanspruchung durch das Teilzeitstudium könne die Gesuchstellerin ihrer Leistungsfähigkeit anpassen und das Studium könne weitgehend von zu Hause aus erfolgen, weshalb der Druck und die Stressbelastung deutlich tiefer liegen würden, als bei zwei Teilzeitpensen bei verschiedenen Arbeitgebern (Urk. 30 S. 10). Ferner habe die Vorinstanz zu Unrecht die schulischen Schwierigkeiten der Tochter E.\_\_\_\_\_ nicht berücksichtigt, die mit zusätzlichem Zeitaufwand für die Aufgabenhilfe verbunden seien und zu einer weiteren Überforderung der Gesuchstellerin führen würden (Urk. 30 S. 10 f.). 6.2. Der Gesuchsgegner stützt sich auf die vorinstanzlichen Erwägungen und betont, dass ab April 2014 keine Arbeitsunfähigkeitszeugnisse mehr eingereicht worden seien. Es gehe nicht an, auf fehlende Anhaltspunkte für eine Verbesserung der gesundheitlichen Situation hinzuweisen, denn es hätte an der Gesuchstellerin gelegen, eine fortbestehende Arbeitsunfähigkeit nachzuweisen (Urk. 37 S. 23). Die Gesuchstellerin habe es selber in der Hand, auf eine Scheidung und eine Besuchsrechtsbeistandschaft hinzuwirken, wovon gemäss Dr. I.\_\_\_\_\_ eine Verbesserung des Gesundheitszustandes zu erwarten wäre. Wenn sie dies nicht mache, könne sie sich auch nicht auf eine längerdauernde gesundheitliche Beein-

- 24 - trächtigung berufen (Urk. 37 S. 24). Neu und nicht belegt sei, dass das Studium weitgehend von zuhause aus absolviert werden könne. Das Studium sei vielmehr mit Präsenzunterricht und Hausaufgaben verbunden (Urk. 37 S. 25). Was die Belastung durch die familiäre Situation angeht, bringt der Gesuchsgegner im Wesentlichen vor, diese habe sich seit dem Eheschutzurteil, dessen Abänderung verlangt wird, nicht verändert und könne darum keinen Abänderungsgrund darstellen. Ferner seien die schulischen Schwierigkeiten von E.\_\_\_\_\_ mit keinem erhöhten Aufwand für die Gesuchstellerin verbunden (Urk. 37 S. 26). Der Gesuchsgegner bringt ausserdem vor, die Gesuchstellerin habe nicht offengelegt, ob sie sich gegen die Kündigung der Stelle in H.\_\_\_\_\_ gewehrt habe und es sei "nur zu offensichtlich, dass ihre Absicht darin [bestanden habe], die neue Ausbildung im Herbst 2014 in Angriff nehmen zu können und die ungeliebte Tätigkeit als Katechetin hinter sich lassen zu können" (Urk. 37 S. 21, Prot. I S. 10). Was den nicht mehr erteilten Nachhilfeunterricht betrifft, argumentiert der Gesuchsgegner, es sei "im Hinblick auf die angebliche Überforderung der Berufungsklägerin nicht nachvollziehbar, wie sie zwar eine anspruchsvolle Ausbildung absolvieren könnte, jedoch ein Nachhilfeunterricht nicht mehr möglich sein sollte". Dieser könne zweifellos ohne Weiteres sofort wieder aufgenommen werden (Urk. 37 S. 20). 6.3. Mit Bezug auf den Bericht von Dr. I.\_\_\_\_\_ ist zunächst zu bemerken, dass es sich dabei nicht um ein gerichtliches Gutachten im Sinne von Art. 183 ff. ZPO handelt. Dr. I.\_\_\_\_\_ verfasste den Bericht ohne Hinweis auf die Strafbarkeit eines falschen Gutachtens. Dieser Umstand, sowie auch, dass Dr. I.\_\_\_\_\_ der behandelnde Arzt der Gesuchstellerin ist, ist bei der freien richterlichen Beweiswürdigung (Art. 157 ZPO) zu berücksichtigen. Mit anderen Worten verwehrt eine vom behandelnden Psychiater attestierte Arbeitsunfähigkeit dem Richter nicht ohne Weiteres, dennoch von einer (teilweisen) Arbeitsfähigkeit auszugehen. Der Richter hat vielmehr unter Würdigung aller relevanten Vorbringen und Beweismittel zu entscheiden, ob er die Ausübung einer Erwerbstätigkeit als möglich und zumutbar erachtet. 6.4. Die Vorinstanz führte aus, es sei äusserst zweifelhaft, ob die der Gesuchstellerin von Dr. I.\_\_\_\_\_ diagnostizierte leichte bis mittelschwere Depressivität mit

- 25 - den Symptomen Stimmungsschwankungen, Dünnhäutigkeit, Opferhaltung, Selbstwertproblematik, Insuffizienzgefühle, Antriebs- und Energiedefizit und Ein- und Durchschlafstörungen die Gesuchstellerin derart beeinträchtigt, dass es ihr nicht zugemutet werden könne, in einem Teilzeitpensum zu arbeiten (Urk. 31 S. 9). Bekanntlich führt eine leichte bis mittelschwere Depression nicht zwingend zu einer vollständigen Erwerbsunfähigkeit. Insbesondere eine korrekt behandelte, leichtere Depression schränkt die betroffene Person zwar in ihrem Wohlbefinden ein, führt aber in vielen Fällen zu keiner bzw. einer höchstens teilweisen Einschränkung der Arbeitsfähigkeit. Es sind also die Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen. Genau besehen besteht die von Dr. I.\_\_\_\_\_ beschriebene Symptomatik der Gesuchstellerin nebst den Leitsymptomen einer Depression (Stimmungsschwankungen, Antriebsdefizit) hauptsächlich aus Symptomen, die mit der Verletzung des Selbstwertgefühls zusammenhängen (Insuffizienzgefühle, Opferhaltung, Dünnhäutigkeit, Selbstwertproblematik). So führt Dr. I.\_\_\_\_\_ im fraglichen Bericht denn auch aus (Urk. 14/6a S. 1): "Anhaltende Konflikte mit dem Ehemann v.a. bezüglich Betreuung der Kinder belasten Frau A.\_\_\_\_\_ sehr. Sie leidet sehr unter den [...] Angriffen ihres Ehemanns, welche ihre Kompetenz als Mutter betreffen." In dieser Situation dürfte ein kleines, mit den Aufgaben als alleinerziehende Mutter vereinbares Arbeitspensum eher zur Steigerung des Selbstwertgefühls und damit zur Verbesserung der Symptomatik beitragen. Eine solche Tätigkeit böte der Gesuchstellerin nämlich

Gelegenheit, von Drittpersonen Anerkennung für ihr Wirken zu erhalten. 6.5. Überzeugend führte die Vorinstanz sodann aus, die im September 2014 geplante ...ausbildung an einer Fachhochschule stehe im Widerspruch zur behaupteten Unzumutbarkeit einer Teilzeiterwerbstätigkeit. Es spielt dabei keine entscheidende Rolle, ob diese Ausbildung zur Hauptsache im Fernstudium absolviert werden kann. Deshalb ist nicht weiter darauf einzugehen, ob die Behauptung, das Studium könne weitgehend von zuhause absolviert werden, ein Novum ist. Wenig Präsenzstunden mögen eine zeitliche Minderbeanspruchung bedeuten, hingegen schützt ein Fernstudium nicht vor dem Leistungsdruck, die Studienziele zu erreichen. Und Zeitnot ist gemäss dem Bericht von Dr. I. \_\_\_\_\_ nicht die Ursache für die geltend gemachte Beeinträchtigung der Gesuchstellerin. Vergleicht man ein

- 26 - 20%-Pensum im angestammten Bereich als Katechetin oder Nachhilfelehrerin mit dem (Fern-) Studium als ..., ist jedenfalls nicht nachvollziehbar, inwiefern ersteres eine grössere psychische Belastung bedeuten sollte als zweiteres. Sowohl die Tätigkeit als Katechetin wie auch das Erteilen von Nachhilfeunterricht erschöpfen sich in einer zeitlich und sachlich beschränkten Unterrichtung und Betreuung von Kindern. Die mit dem Lehrerberuf ansonsten regelmässig einhergehenden Belastungen durch die Schlichtung von Spannungen in der Klasse, Elterngespräche, etc. entfallen. Da die Gesuchstellerin bereits in diesen Bereichen tätig war, kann sie auf ihren Erfahrungsschatz zurückgreifen, sodass die Vorbereitung keine besondere Belastung mehr bedeuten dürfte. Insgesamt dürfte das Absolvieren der Ausbildung zur ... unter Berücksichtigung des Leistungsdrucks die grössere Belastung als das Ausüben eines 20%-Pensums im angestammten Bereich bedeuten. Aus diesen Gründen lässt sich mit der Vorinstanz sagen, dass die Gesuchstellerin ebenso gut einer Teilzeiterwerbstätigkeit nachgehen könnte, wenn sie sich in der Lage fühlt, ein Teilzeitstudium zu absolvieren. 6.6. Die Vorinstanz und der Gesuchsgegner stellten insbesondere auch zu Recht darauf ab, dass für die Zeit ab April 2014 kein Arbeitsunfähigkeitszeugnis mehr vorliegt. Zwar bestätigte Dr. I. \_\_\_\_\_ die Arbeitsunfähigkeit vorerst bis Ende März 2014. Eine entsprechende Bestätigung für die Zeit danach wurde jedoch auch an der Verhandlung vom 11. Juni 2014 nicht eingereicht. Wie der Gesuchsgegner richtigerweise argumentiert, genügt es nicht, darauf zu verweisen, aus den Akten sei keine Verbesserung der gesundheitlichen Situation der Gesuchstellerin zu entnehmen. Es finden sich nämlich gar keine Unterlagen zur gesundheitlichen Situation der Gesuchstellerin ab April 2014 in den Akten. Demnach lässt sich auch nicht sagen, es habe keine Verbesserung der gesundheitlichen Situation stattgefunden. Es wäre vielmehr an der Gesuchstellerin gewesen, eine fortbestehende gesundheitliche Beeinträchtigung, die sich auf die Arbeitsfähigkeit auswirkt, mittels weiterer Zeugnisse zu belegen. Der Gesuchsgegner hat von sich aus nämlich keine Möglichkeit, den Nachweis einer wiedererlangten Arbeitsfähigkeit der Gesuchstellerin zu erbringen. Damit ist spätestens ab April 2014 von einer (allenfalls wieder erlangten) Arbeitsfähigkeit der Gesuchstellerin auszugehen. Aus gesund-

- 27 - heitlicher Sicht ist der Gesuchstellerin damit zumindest ab April 2014 eine Teilzeiterwerbstätigkeit zumutbar. 6.7. Mit Bezug auf die familiäre Situation ist mit der Vorinstanz zunächst zu bemerken, dass sich seit dem Eheschutzverfahren an der grundsätzlichen Situation, dass die Gesuchstellerin vier Kinder zu betreuen hat, nichts geändert hat. Einer Abänderung zugrunde gelegt werden können nur echte Noven. Was die schulischen Schwierigkeiten von E. \_\_\_\_\_ angeht, macht die Gesuchstellerin geltend, diese hätten nicht bereits Gegenstand des Eheschutzverfahrens gebildet. Der Bericht von Dr.

J. \_\_\_\_\_ vom 22. Oktober 2013 (Urk. 14/7) dokumentiere die dann- zumal aktuelle Situation. Wiederum argumentiert die Gesuchstellerin, es sei die Situation als Gesamtes zu betrachten, wozu auch die Lernschwierigkeiten von E. \_\_\_\_\_ gehören würden (Urk. 30 S. 10 f.). Richtig ist, dass die Lernschwierigkeiten von E. \_\_\_\_\_ nicht Thema des Eheschutzverfahrens waren, welches mit Urteil vom 4. April 2013 endete. Hingegen ergibt sich aus dem Bericht von Dr. J. \_\_\_\_\_ nicht, dass die schulischen Schwierigkeiten von E. \_\_\_\_\_ mit einem signifikant erhöhten Aufwand bei der Hausaufgabenhilfe einhergehen. Dem Bericht lässt sich entnehmen, dass E. \_\_\_\_\_ aufgrund ihrer Schwierigkeiten im Schulalltag schnell ermüde. E. \_\_\_\_\_ dürfte also – noch schneller als ein anderes Kind – beim Aufgabebölen auch rasch ermüden. Es ist deshalb nicht davon auszugehen, dass E. \_\_\_\_\_ in der Lage wäre, stundenlang mit der Gesuchstellerin Aufgaben zu lösen. Unter diesem Gesichtspunkt fordert die Lernschwäche von E. \_\_\_\_\_ der Gesuchstellerin zwar besondere Widmung ab, indessen ist diese in zeitlicher Hinsicht nicht mit einer ausserordentlichen Beanspruchung verbunden. Andere, neue Belastungen im familiären Bereich wurden nicht geltend gemacht. Es liegen also keine massgeblich veränderten Umstände in der familiären Situation im Vergleich zum Eheschutzurteil vor, welche eine Teilzeiterwerbstätigkeit der Gesuchstellerin neu als unzumutbar erscheinen liessen. 6.8. Im Ergebnis war es der Gesuchstellerin sowohl mit Rücksicht auf ihre aktuelle gesundheitliche wie auch familiäre Situation zumutbar, spätestens ab April 2014 ein Teilzeitpensum im angestammten Umfang von etwa 20% zu leisten. 7. Fazit: Kein Abänderungsgrund

- 28 -

## **E. 7**

September 2015 (Urk. 56/49). Die Eingabe vom 7. September 2015 erging zusammen mit der Stellungnahme (Urk. 53) zur Noveneingabe des Gesuchsgegners vom 7. August 2015 (Urk. 48). Die vorangehende Eingabe der Gesuchstellerin datiert vom 10. November 2014 (unaufgeforderte Stellungnahme zur Berufungsantwort; Urk. 41). Die fraglichen Noven entstanden in der Zeit zwischen zwei Eingaben der Gesuchstellerin, wobei die zweite Eingabe nicht unaufgefordert, sondern auf Fristansetzung hin erfolgte (Urk. 51). Das zweitinstanzliche Beschwerdeverfahren war also noch nicht abgeschlossen als die Noven vorgetragen

- 15 - wurden, und die Noven wurden in der ersten, auf ihre Entstehung folgenden, von der Berufungsinstanz angeordneten Eingabe vorgebracht. Deswegen ist trotz der sehr langen Zeit, die zwischen der Entstehung und dem Vorbringen der Noven verstrich, Art. 317 Abs. 1 lit. a ZPO gerade noch Genüge getan. Hinzu kommt, dass die Parteien in der Zeit nach der Entstehung der Noven während längerer Zeit (März bis Juli 2015) aussergerichtliche Vergleichsgespräche führten, was sie der Kammer mitteilten (Urk. 44, 45 und 47). Es ist nachvollziehbar und sinnvoll, dass während laufenden Vergleichsgesprächen keine Eingaben an das Gericht erfolgen. Nach Scheitern der Vergleichsgespräche war es der Gesuchsgegner, der zuerst eine Noveneingabe erstattete (Urk. 48). Im Zuge von deren Beantwortung brachte die Gesuchstellerin ihre Noven innert angesetzter Frist vor. Deshalb sind die vorgebrachten Noven zuzulassen.

### **E. 7.1**

Wie die Gesuchstellerin zu Recht vorbrachte, ist schliesslich unter Würdigung aller Umstände zu prüfen, ob wesentlich und dauerhaft veränderte Verhältnisse vorliegen, die

eine Abänderung zu rechtfertigen vermögen. Unter Verweis auf die obigen Ausführungen stellte sich die Situation bis zum 27. Juni 2014 (Einleitung Scheidungsverfahren) wie folgt dar: In der Zeit zwischen der Einreichung des Abänderungsbegehrens am 25. Februar 2014 und dem 31. März 2014 verfügte die Gesuchstellerin infolge Arbeitsunfähigkeit um ein um den Nachhilfeunterricht und den Lohn aus G.\_\_\_\_\_ reduziertes Einkommen von Fr. 1'150.-. Sodann stand schon am 27. Juni 2014 fest, dass das Einkommen aus der Stelle in H.\_\_\_\_\_ per 31. August 2014 infolge der Kündigung ebenfalls nicht mehr vorhanden sein würde. Hingegen folgt daraus nicht, dass die Gesuchstellerin ab 1. September 2014 über kein Einkommen mehr hätte verfügen können. Da sie ab April 2014 wieder arbeitsfähig war und auch mit Bezug auf die familiäre Situation keine Änderung eingetreten war, welche eine Erwerbstätigkeit im angestammten Rahmen unzumutbar erscheinen liess, wäre die Gesuchstellerin gehalten gewesen, sich per 1. September 2014 eine Stelle zu suchen, welche ihr ein Einkommen in der bisherigen Höhe von Fr. 1'570.- ermöglicht hätte. Die Chancen, eine Stelle zu finden, waren in jenem Zeitpunkt als intakt zu bezeichnen. Die Kündigung der Stelle in H.\_\_\_\_\_ erfolgte am 20. Mai 2014 per 31. August 2014 (Urk. 14/4). Damit blieben der Gesuchstellerin bis zum 1. September 2014 über drei Monate, um sich um eine neue Stelle zu kümmern. In diesem Zeitrahmen ist es realistisch, eine neue Tätigkeit im angestammten Bereich zu finden. Zu beachten ist indessen, dass die Gesuchstellerin im schulischen Bereich tätig ist, mithin die Stellen an das Schuljahr gebunden sein dürften. Das Schuljahr 2014/2015 begann Mitte August 2014, womit ihr aber auch mit Rücksicht auf diese Besonderheit fast drei Monate für die Stellensuche verblieben. Die Chancen, als Katechetin oder Nachhilfelehrerin im privaten Rahmen bzw. im Rahmen der Leitung einer Aufgabenstunde eine Stelle zu finden, sind als gut zu bezeichnen. Lehrpersonal ist im Grossraum Zürich bekanntlich sehr gefragt. Die Gesuchstellerin bringt die nötige Ausbildung und Erfahrung mit. Nachdem sich den Akten keinerlei erfolgreiche Suchbemühungen der Gesuchstellerin entnehmen lassen, kann ferner mitnichten gesagt werden, vergebliche Suchbemühungen würden beweisen, dass die

- 29 - Gesuchstellerin keine Stelle auf den 1. September 2014 finden konnte. Bis zum 27. Juni 2014 war jedenfalls (noch) davon auszugehen, es sei der Gesuchstellerin zumutbar und möglich, für die Stellen in H.\_\_\_\_\_ und G.\_\_\_\_\_ sowie den Nachhilfeunterricht auf den Beginn des Schuljahres bzw. per 1. September 2014 einen Ersatz finden und spätestens per 1. September 2014 wieder über das angestammte Einkommen von Fr. 1'570.- verfügen.

## **E. 7.2**

Folglich ist einzig die Einkommenseinbusse der Gesuchstellerin aus dem Wegfall der Einkommen aus G.\_\_\_\_\_ und dem Nachhilfeunterricht zu beachten, dies indessen auch nur für eine beschränkte Zeit. Zumindest ab April 2014 war die Gesuchstellerin wieder arbeitsfähig und hätte sich um die Aufstockung ihres Einkommens auf den bisherigen Rahmen von Fr. 1'570.- bemühen können. Wie bereits ausgeführt war per Stichtag des 27. Juni 2014 davon auszugehen, die Gesuchstellerin würde spätestens auf Beginn des Schuljahres 2014/2015 bzw. per 1. September 2014 eine neue Stelle antreten und wieder das bisherige Einkommen von Fr. 1'570.- erwirtschaften können. Die Einkommenseinbusse aus dem Wegfall der Einkommen aus G.\_\_\_\_\_ und dem Nachhilfeunterricht betrug Fr. 420.- bzw. rund ein Viertel des dem Eheschutzentscheid zugrunde liegenden Einkommens. Die relative Einkommenseinbusse von einem Viertel ist für sich genommen durchaus als wesentlich zu bezeichnen, setzt man sie indessen in Relation zum Budget der Gesuchstellerin, welches aus ihrem Einkommen von Fr. 1'570.-

sowie den persönlichen und den Kinderunterhaltsbeiträgen von insgesamt Fr. 5'550.– bestand (Urk. 3/26) und somit mit Fr. 7'120.– betrug, macht die Reduktion des monatlich verfügbaren Betrags bloss noch knapp 6% aus. Dies ist keine wesentliche Veränderung (vgl. BGer 5A\_352/2010 vom 29. Oktober 2010, E. 4.4: Einkommensverlust von 6,5% zufolge Kurzarbeit ist nicht erheblich). Hinzu kommt, dass die Einkommenseinbuße auch nur in einem eingeschränkten Zeitrahmen von etwa einem halben Jahr anfiel und damit nicht dauerhaft ist. Nur am Rande spielt somit noch eine Rolle, dass dieser Einkommensverlust durch die im März 2014 vom Gesuchsgegner erhaltene Bonuszahlung von Fr. 6'396.– gewissermassen noch abgefedert wurde (Prot. I

- 30 - S. 6). Im Ergebnis ist festzuhalten, dass keine wesentlich und dauerhaft veränderte Verhältnisse vorliegen und deshalb kein Abänderungsgrund gegeben ist.

### **E. 7.3**

Eine Abänderung ist darüber hinaus auch ausgeschlossen, wenn die vermeintlich neue Sachlage durch eigenmächtiges, widerrechtliches, mithin rechtsmissbräuchliches Verhalten herbeigeführt worden ist (BGer 5A\_148/2014 vom

### **E. 8**

Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Winterthur, je gegen Empfangsschein. Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

### **E. 9**

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

- 50 - Zürich, 11. April 2016 Obergericht des Kantons Zürich I. Zivilkammer  
Der Gerichtsschreiber: lic. iur. L. Casciaro versandt am: se

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