

# ZH\_OBERGERICHT LY120030 vom 2. Oktober 2012

ZH Obergericht, 2012-10-02, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LY120030](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LY120030)

FR: ZH\_OBERGERICHT LY120030 du 2 octobre 2012

IT: ZH\_OBERGERICHT LY120030 del 2 ottobre 2012

## Erwägungen

### E. 1

Sachverhalt und Prozessgeschichte

#### E. 1.1

Die Parteien stehen sich vor der Einzelrichterin im ordentlichen Verfahren des Bezirkes Winterthur (Vorinstanz) in einem Scheidungsverfahren (FE080455) gegenüber (vgl. act. 5/1-233). Im Rahmen von (ersten) vorsorglichen Massnahmen wurde der Berufungsbeklagte mit Verfügung vom 24. Februar 2010 verpflichtet, der Berufungsklägerin für die Dauer des Scheidungsverfahrens monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 2'250.– zuzüglich allfällige Kinder- und Familienzulagen (hievon Fr. 1'200.– zuzüglich allfällige Kinder- und Familienzulagen für den Sohn C.\_\_\_\_\_) zu entrichten, erstmals per 8. April 2009 (vgl. act. 5/55 S. 15).

#### E. 1.2

Mit Verfügung vom 2. August 2012 hob die Vorinstanz die Verpflichtung zur Leistung der obgenannten Unterhaltsbeiträge mit Wirkung per 14. Februar 2011 auf und verpflichtete den Berufungsbeklagten zur Leistung von neuen Unterhaltsbeiträgen mit Wirkung ab 14. Februar 2011 (vgl. die Wiedergabe der Verfügung auf S. 2 f. vorstehend). Die Verfügung vom 2. August 2012 wurde der Berufungsklägerin am 7. August 2012 zugestellt (act. 5/233/2).

#### E. 1.3

Mit Eingabe vom 17. August 2012 (Poststempel) erhob die Berufungsklägerin rechtzeitig Berufung gegen die Verfügung vom 2. August 2012.

#### E. 1.4

Die Berufungsklägerin ist mit den neu in der Verfügung vom 2. August 2012 zugesprochenen Unterhaltsbeiträgen zwar grundsätzlich einverstanden, verlangt jedoch, dass die ihr für den Zeitraum vom 14. Februar 2011 bis Ende April 2013 neu zugesprochenen Unterhaltsbeiträge von Fr. 8'180.– auch rückwirkend für den Zeitraum vom 1. Januar 2010 bis zum 13. Februar 2011 – das heisst für einen Zeitraum vor Gesuchseinreichung – zugesprochen werden. Damit bleiben im Berufungsverfahren rund Fr. 80'000.– strittig (Differenz zwischen Fr. 2'250.– und Fr. 8'180.– [exkl. Indexierung] = Fr. 5'930.– x 13.5 Monate).

- 5 -

### E. 2

Prozessuales

### **E. 2.1**

Das Scheidungsverfahren und damit auch die vorsorglichen Massnahmen richten sich nach dem bisherigen Verfahrensrecht (Art. 404 ZPO). Damit kommt für das vorinstanzliche Verfahren nicht nur die zürcherische Zivilprozessordnung (ZPO/ZH) zur Anwendung, sondern auch der mit Inkrafttreten der schweizerischen Zivilprozessordnung aufgehobene Art. 137 Abs. 2 ZGB. Gemäss Art. 137 Abs. 2 ZGB trifft das Gericht die nötigen vorsorglichen Massnahmen, wobei die Bestimmungen über die Massnahmen zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft sinngemäss anwendbar sind. Für die Abänderung von vorsorglichen Massnahmen ist damit auf den – auch nach Inkrafttreten der schweizerischen Zivilprozessordnung unveränderten – Art. 179 ZGB (Veränderung der Verhältnisse im Eheschutz) abzustellen.

### **E. 2.2**

Das Rechtsmittelverfahren richtet sich nach der neuen schweizerischen Zivilprozessordnung (Art. 405 ZPO).

## **E. 3**

Rechtliches

### **E. 3.1**

Grundsätzlich wirkt eine Abänderung von vorsorglichen Massnahmen nur für die Zukunft, das heisst ab Rechtskraft des Abänderungsentscheides. Dass im Einzelfall aus Billigkeitsüberlegungen von diesem Grundsatz abgewichen werden kann und eine Abänderung bis zum Zeitpunkt der Gesuchseinreichung zurückzuwirken vermag, ist in Lehre und Rechtsprechung anerkannt (vgl. Urteile des Bundesgerichts 5A\_341/2007 vom 5. Oktober 2007 E. 3.1 sowie 5P.385/2004 vom 23. November 2004 E. 1.1; BGE 111 II 107 E. 4; BSK ZGB I-Isenring/Kessler,

### **E. 3.2**

Die Berufungsklägerin bringt in ihrer Berufung im Wesentlichen vor, die Vorinstanz habe sich weder mit den von ihr in ihrer Eingabe vom 11. Februar 2011 vorgebrachten Argumenten noch mit der von ihr zitierten Rechtsprechung zur weitgehenden Rückwirkung (d.h. auf einen Zeitpunkt vor Gesuchseinreichung)

- 6 - auseinandergesetzt. Mit der äusserst rudimentär, als ungenügend zu bezeichnenden Begründung verletze die Vorinstanz die Begründungspflicht gemäss § 157 Ziff. 9 GVG/ZH bzw. gemäss Art. 238 lit. g ZPO. Die Vorinstanz habe sich zum zentralen Vorbringen der Berufungsklägerin – zum treuwidrigen Verhalten des Berufungsbeklagten durch Verschweigen der effektiven Höhe seines Einkommens – nicht geäussert und damit auch das rechtliche Gehör der Berufungsklägerin verletzt (vgl. act. 2 Ziff. 11 und 12). Die Auffassung der Vorinstanz, dass eine Rückwirkung für einen Zeitraum vor Gesuchseinreichung ausgeschlossen sei, treffe zudem nicht zu (vgl. act. 2 Ziff. 16).

### **E. 3.3**

Aus der Literatur und der Rechtsprechung des Bundesgerichts ergibt sich, dass eine Rückwirkung für einen Zeitraum vor Gesuchseinreichung möglich sein soll, wenn ganz besondere Gründe gegeben sind wie z.B. unbekannter Aufenthalt oder Landesabwesenheit des Unterhaltspflichtigen, treuwidriges Verhalten einer Partei, schwere Krankheit des Berechtigten usw. Eine Rückwirkung soll also nur ausnahmsweise auf Grund

schwerwiegender Gründe und Gerechtigkeitsüberlegungen in Betracht kommen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5A\_341/2007 vom

### **E. 3.4**

Die Entscheide machen deutlich, dass eine rückwirkende Anpassung der Unterhaltsbeiträge bei Vorliegen besonderer Umstände durchaus gerechtfertigt sein kann, vor allem dann, wenn eine Partei unwahre Angaben zu ihren finanziellen Verhältnissen gemacht und sich damit treuwidrig verhalten hat. In solchen Fällen soll die materielle Gerechtigkeit über der materiellen Rechtskraft eines Entscheides stehen (vgl. ausführlich zum Spannungsfeld zwischen Verbindlichkeit und Abänderbarkeit von Entscheiden mit materieller Rechtskraft: Ingrid Jent-Sørensen, in SJZ 100/2004 S. 533 ff.). Zur Durchbrechung der materiellen Rechtskraft stehen die Abänderungsklage sowie die Revision zur Verfügung: Während eines hängigen Scheidungsverfahrens ist eine rückwirkende Anpassung von vorsorglichen Massnahmen mittels eines Abänderungsbegehrens geltend zu machen (vgl. dazu auch ZR 96/1997 Nr. 116 E. 5), nach Abschluss des Scheidungsverfahrens bzw. des vorsorglichen Massnahmeverfahrens steht die Revision zur Verfügung, welche subsidiärer Natur ist (vgl. vorliegend Art. 328 Abs. 1 lit. a ZPO sowie ZK ZPO-Freiburghaus/ Afheldt, Art. 328 N. 8; vgl. zum bisherigen Recht § 293 i.V.m. § 299 ZPO/ZH).

### **E. 3.5**

Die Vorinstanz setzte sich mit der Frage der Rückwirkung im Lichte der eben zitierten Rechtsprechung nicht näher auseinander und verneinte die Rückwirkung lediglich unter Hinweis auf den Entscheid 5P.385/2004. Der Frage ist deshalb hier näher nachzugehen, weil eine rückwirkende Anpassung für die Dauer von einem Jahr während hängigem Scheidungsverfahren im Streit steht.

### **E. 3.6**

Ob die Voraussetzungen für eine weit über die Gesuchseinreichung im Februar 2011 hinausgehende Rückwirkung der Abänderung gegeben sind, ist – zumindest was den vorliegenden Sachverhalt und damit das treuwidrige Verhalten einer Partei betrifft – in Anlehnung an die Regeln zur Revision zu prüfen (vgl. § 293 Abs. 1 i.V.m. § 299 ZPO/ZH bzw. Art. 328 Abs. 1 lit. a ZPO). Es ist nämlich nur deshalb ein Abänderungs- und kein Revisionsverfahren anzustrengen, da die Revision von Verfügungen über vorsorgliche Massnahmen nicht zulässig ist, weil der dem Massnahmeverfahren zugrunde liegende Scheidungsprozess, wie hier, noch pendent ist. Massgebend ist somit, ob die Berufungsklägerin nach Fällung des Entscheides vom 24. Februar 2010 (bereits bestandene) Tatsachen oder Be-

- 8 - weismittel entdeckt hat, welche den Entscheid für sie günstiger gestaltet hätten und die sie auch bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt nicht rechtzeitig hätte beibringen können. Demnach ist bei einer rückwirkenden Abänderung danach zu fragen, innert welcher Zeitspanne seit Entdeckung der fraglichen Tatsache das Abänderungsgesuch zu stellen ist. Es rechtfertigt sich, auch hier die Bestimmungen zur Revision (§ 299 ZPO/ZH bzw. Art. 329 Abs. 1 ZPO) analog heranzuziehen: Eine rückwirkende Abänderung soll nicht auf unbeschränkte Zeit hinaus verlängert werden können; es gilt zu bedenken, dass ein Spannungsfeld zwischen Verbindlichkeit und Abänderbarkeit von Entscheiden mit materieller Rechtskraft besteht (vgl. vorstehende Ziff. 3.4.).

### **E. 3.7**

In ihrer Berufungsschrift weist die Berufungsklägerin darauf hin, dass sie am 14. Mai 2010 in den Besitz von Unterlagen gelangt sei, die ein massiv höheres Einkommen des Berufungsbeklagten ab dem Januar 2009 belegt hätten (vgl. act. 2 S. 7 und act. 5/132/3). Bei den Unterlagen handelt es sich um den Anhang zur Jahresrechnung der D.\_\_\_\_\_ GmbH per 31. Dezember 2009, worin ein Brut- tolohn des Berufungsbeklagten für das Jahr 2009 von Fr. 122'603.– ausgewiesen wurde (act. 5/132/3). In ihrem Abänderungsbegehren an die Vorinstanz führte die Berufungsklägerin explizit aus, sie habe am 14. Mai 2010 von diesem höheren Einkommen erfahren (act. 5/131). Damit ist die Kenntnisnahme der fraglichen Tatsache, d.h. des effektiven bzw. höheren Einkommens des Berufungsbeklagten für das Jahr 2009, spätestens auf den 14. Mai 2010 zu datieren. Auf den Zeit- punkt, in welchem die Berufungsklägerin vom Eingeständnis des Berufungsbe- klagten über das nunmehr höhere Einkommen Kenntnis erhielt, ist indessen nicht abzustellen (vgl. act. 2 S. 8 und act. 5/127). Im Zeitpunkt der Kenntnisnahme des effektiven Einkommens des Beru- fungsbeklagten durch die Berufungsklägerin, d.h. am 14. Mai 2010, war noch das bisherige zürcherische Zivilprozessrecht anwendbar, welches gemäss § 299 ZPO/ZH für die Revision einer Verfügung im summarischen Verfahren eine 30- tägige Frist vorschrieb. Gegen die Verfügung vom 24. Februar 2010 erhob der Berufungsbeklagte jedoch Rekurs und die Berufungsklägerin daraufhin An- schlussrekurs bei der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich (vgl.

- 9 - act. 5/126 S. 3). Die Berufungsklägerin konnte somit mittels Noveneingabe im Rekursverfahren die mit Verfügung vom 24. Februar 2010 festgesetzten Unter- haltsbeiträge (bei Vorliegen der Voraussetzungen) zu ihren Gunsten noch korri- gieren lassen. Das Rekursverfahren (Geschäfts-Nr. LQ100018 des Obergerichts des Kantons Zürich) ging einem Abänderungsverfahren vor, womit die Frist für ein Abänderungsverfahren noch nicht zu laufen beginnen konnte. Der Berufungsbe- klagte zog seinen Rekurs vor Obergericht allerdings zurück, womit auch der An- schlussrekurs seine Wirkung verlor (vgl. § 278 i.V.m. § 266 Abs. 2 ZPO/ZH; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 1997, § 266 N. 7). Gegenstand einer Revision kann nur ein rechtskräftiger Endentscheid sein (§ 293 ZPO/ZH). Rechtskräftig im Sinne von § 293 ZPO/ZH ist ein Endentscheid, auch wenn die bundesgerichtliche Berufungsfrist noch nicht abgelaufen oder der Weiterzug an das Bundesgericht erklärt worden ist (vgl. Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., § 293 N. 2; vgl. ZR 96/1997 Nr. 116 E. 5). Damit begann die Frist für ein der Revision analoges Abänderungsverfahren nach der hier vertretenen Leseart mit Rechtskraft des Abschreibungsbeschlusses der I. Zivilkammer des Oberge- richts des Kantons Zürich vom 24. September 2010 (vgl. act. 5/126) zu laufen. Die 30-tägige Frist war damit im Zeitpunkt der Stellung des Abänderungsbegehrens am 11. Februar 2011 (Poststempel, act. 5/131) längst abgelaufen.

### **E. 3.8**

Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich, dass das Abänderungsbe- gehren hinsichtlich des Gesuchs um rückwirkende Abänderung der Unterhaltsbei- träge (auf einen Zeitpunkt vor Gesuchseinreichung) verspätet erfolgte. Es erübrigt sich, auf die weiteren Voraussetzungen einer Rückwirkung und damit auf die Aus- führungen der Berufungsklägerin ab Seite 7 der Berufung einzugehen Die Beru- fung ist vollumfänglich abzuweisen. Es bleibt daher beim Entscheid der Vo- rinstanz. 4. Kosten- und Entschädigungsfolgen

#### **E. 4**

Aufl. 2010, Art. 179 N. 8; Schwenzer, FamKomm, Art. 179 ZGB N. 4). Demgemäss stellte die Vorinstanz unter Verweis auf BGer 5P.385/2004 für die Festsetzung der neuen Unterhaltsbeiträge auf den Zeitpunkt der Gesuchseinreichung ab (vgl. act. 4 S. 4).

#### **E. 4.1**

Da die Berufungsklägerin unterliegt, ist der Umstand, dass die Vorinstanz das rechtliche Gehör der Berufungsklägerin verletzt hat, bei der Verlegung der

- 10 - Kosten und der Entschädigungen – wie dies die Berufungsklägerin verlangt (vgl. act. 2 Ziff. 12) – nicht zu berücksichtigen.

#### **E. 4.2**

Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren ist angesichts des bescheidenen Zeitaufwands des Gerichts auf Fr. 2'000.– festzusetzen (§§ 12 Abs. 1 und Abs. 2 in Verbindung mit 2 Abs. 1 lit. a, 5 Abs. 1 und 6 Abs. 1 GebV OG) und ausgangsgemäss der Berufungsklägerin aufzuerlegen. Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen, da die Berufungsklägerin unterliegt und dem Berufungsbeklagten im Berufungsverfahren keine Umtriebe entstanden. Es wird erkannt:

#### **E. 5**

Oktober 2007 E. 3.1; BGE 111 II 107 E. 4; Leuenberger, in FamKomm [Schwenzer], Art. 137 N. 18 unter Hinweis auf BK-Spühler/Frei-Maurer, Art. 145 N. 445; Vetterli, in FamKomm [Schwenzer], 2. Aufl. 2011, Art. 179 ZGB N. 4; BSK ZGB I-Isenring/Kessler, 4. Aufl. 2010, Art. 179 N. 8). Das Obergericht des Kantons Zürich sowie das Obergericht des Kantons Luzern haben sich mit der Frage der Rückwirkung bei Vorliegen besonderer Umstände eingehend auseinandergesetzt. Die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich bejahte die Rückwirkung sogar in einem Fall, in dem eine nachträglich eingetretene Tatsache fraglich war. Konkret kamen dem Unterhaltsberechtigten erhebliche Rentenleistungen nach Fällung des Massnahmeentscheids zu, welche für die für den Massnahmeentscheid relevante Zeit bestimmt waren (vgl. ZR 96/1997 Nr. 116 S. 249 f.). Die II. Kammer des Obergerichts des Kantons Luzern bejahte die Rückwirkung in einem Fall, in welchem sich die Unterhaltsberechtigte treuwidrig verhalten hatte, indem sie ihr effektives bzw. höheres Einkommen verschwiegen hatte (LGVE 2007 I Nr. 7; vgl. act. 3/3).

- 7 -

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