

# ZH\_OBERGERICHT LY150048 vom 29. April 2016

ZH Obergericht, 2016-04-29, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LY150048](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LY150048)

FR: ZH\_OBERGERICHT LY150048 du 29 avril 2016

IT: ZH\_OBERGERICHT LY150048 del 29 aprile 2016

## Erwägungen

### E. 1

Die Parteien stehen sich seit dem 1. September 2011 am Einzelgericht des Bezirks Horgen in einem Scheidungsverfahren gegenüber (Urk. 11/1). Im Laufe des Verfahrens schlossen die Parteien vor Vorinstanz am 22. April 2013 u.a. in Bezug auf die Unterhaltsbeiträge eine Vereinbarung betreffend vorsorgliche Massnahmen, wonach sich der Kläger, Massnahmebeklagte und Berufungskläger (fortan Kläger) verpflichtete, der Beklagten, Massnahmeklägerin und Berufungs- beklagten (fortan Beklagten) für den gemeinsamen Sohn C.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2005, einen monatlichen Unterhaltsbeitrag in der Höhe von Fr. 2'500.– zu- züglich allfälliger gesetzlicher und vertraglicher Familienzulagen sowie für die Be- klagte persönlich einen solchen von Fr. 3'000.– zu bezahlen. Diese Vereinbarung wurde mit Verfügung der Vorinstanz vom 6. Mai 2013 genehmigt bzw. vorgemerkt (Urk. 11/146 und Urk. 11/154). Ein erstes Abänderungsbegehren der Beklagten wurde gemäss Entscheid der Vorinstanz vom 21. Oktober 2014 abgewiesen (Urk. 11/347). Mit Eingabe vom 6. Januar 2015 bzw. 6. März 2015 stellte die Beklagte neue Begehren um Abänderung der Unterhaltsbeiträge (Urk. 11/362; Urk. 11/381 Ziff. 4-11; Urk. 11/414; Urk. 11/469). Die Massnahmeantwort des Klägers datiert vom 17. April 2015 (Urk. 11/444). Mit Zuschrift vom 10. Mai 2015 liess der Kläger in der Folge im Hinblick auf die bevorstehende Massnahmeverhandlung ergän- zende Rechtsbegehren stellen (Urk. 11/450 S. 2). Am 12. Mai 2015 und am 2. Juli 2015 fanden Verhandlungen über die beantragten vorsorglichen Massnahmen zur Abänderung der mit Verfügung vom 6. Mai 2013 genehmigten Unterhaltsverein- barung statt (Prot. I S. 157, 173, 177; Urk. 11/457). Dazwischen, nämlich unter dem 30. Juni 2015, machte der Kläger noch eine Noveneingabe (Urk. 11/466). Am 6. Juli 2015 fällte die Vorinstanz schliesslich den eingangs wiedergegebenen Entscheid (Urk. 11/510 bzw. Urk. 2), welcher den Parteien am 28. September 2015 zugestellt wurde (Urk. 11/510A/1, 2).

- 7 -

### E. 2

Angefochten sind die Erhöhung der der Beklagten persönlich geschuldeten Unterhaltsbeiträge gemäss der Verfügung vom 6. Mai 2013 für die Zeitphase von Februar 2015 bis und mit Juni 2015 sowie die Kosten- und Entschädigungsfolgen (Urk. 2 S. 46 f. Dispositivziffern 10, 11, 13 bis 15; Urk. 1 S. 2 f.). In den übrigen Punkten, nämlich betreffend die Dispositivziffern 1 bis 9 und 12 ist der vorinstanzliche Entscheid über vorsorgliche Massnahmen vom 6. Juli 2015 in Rechtskraft erwachsen, was vorzumerken ist.

### E. 3

Für den Fall der Gutheissung seiner Berufung verlangt der Kläger die Rück- weisung des Verfahrens an die Vorinstanz zur erneuten Entscheidung und Verei- nigung mit seinem vor

Vorinstanz hängigen Abänderungsbegehren (Urk. 1 S. 3 prozessualer Antrag Ziffer 2). Gemäss Art. 327 Abs. 3 lit. b ZPO entscheidet die Rechtsmittelinstanz neu, wenn die Sache spruchreif ist. Wie darzutun sein wird, ist dies vorliegend der Fall. Be- treffend die Abweisung des beklagtischen Abänderungsbegehrens bezüglich der Zeitspanne von November 2014 bis Ende Januar 2015 hat die Vorinstanz ihren Entscheid vom 6. Juli 2015 mittlerweile im Übrigen mit Verfügung vom 2. Februar 2016 berichtigt (vgl. Urk. 24).

- 9 - Mit Verfügung vom 17. August 2015 hat die Vorinstanz das Gesuch des Klägers vom 31. Juli 2015 um Vereinigung seines Abänderungsbegehrens vom selbigen Datum (vgl. Urk. 11/477) mit dem vorliegenden Abänderungsverfahren der Be- klagten abgewiesen, zumal sie das Urteil bereits am 6. Juli 2015 gefällt hatte (Urk. 11/487) und nur noch die Begründung ausstand. Dies blieb unangefochten. Nachdem die Vorinstanz über das klägerische Abänderungsbegehren nunmehr mit Verfügung vom 3. November 2015 entschieden hat (vgl. Urk. 11/574 bzw. Prozess-Nr. LY160004 und LY160005, je Urk. 2) und es vorliegend nicht zu einer Rückweisung des Verfahrens an die Vorinstanz kommt, erübrigt sich der Antrag des Klägers auf Vereinigung dieser beiden Abänderungsverfahren (Urk. 1 S. 3).

#### **E. 4**

Der Kläger rügt vorweg eine Verletzung der Begründungspflicht durch die Vorinstanz, einerseits weil diese sich nicht mit seinen Ausführungen auseinander- gesetzt habe, wonach die Beklagte durchaus in der Lage wäre, ein Einkommen zu erzielen (Urk. 1 S. 8 Rz. 30 f.), andererseits weil die erste Instanz nicht be- gründet habe, weshalb die Abänderung vorliegend ab dem Zeitpunkt der Ge- suchseinreichung vorgenommen werde und nicht, wie grundsätzlich vorgesehen, ab Rechtskraft des Abänderungsentscheides (Urk. 1 S. 15 Rz. 83 f.). Zudem habe die Vorderrichterin die Verhandlungsmaxime verletzt, wenn sie die Abänderung auf den Zeitpunkt der Gesuchseinreichung vornehme, ohne dass die Beklagte begründet hätte, weshalb dies angemessen sein sollte (Urk. 1 S. 15 Rz. 85). Die erste Instanz hat implizit die (rückwirkende) Anrechnung eines hypothetischen Einkommens seitens der Beklagten verneint, indem sie ausführte, es lägen keine Hinweise vor, die auf einen baldigen Wiedereinstieg der Beklagten ins Erwerbsle- ben hindeuten würden (Urk. 2 S. 28). Zwar hält sich die Vorinstanz hier in der Tat etwas knapp. Von einer Rückweisung zur Neuurteilung ist jedoch gleichwohl abzusehen, weil eine allfällige Gehörsverletzung durch die Vorinstanz in Gestalt der Begründungspflicht im Berufungsverfahren mit voller Kognition (vgl. Art. 310 ZPO) geheilt werden kann. Auf die Frage nach der Anrechnung eines hypotheti- schen Einkommens seitens der Beklagten wird denn auch beim Materiellen näher einzugehen sein.

- 10 - Die Beklagte verlangte mit ihrem Abänderungsbegehren vom 6. Januar 2015 eine rückwirkende Erhöhung der Unterhaltsbeiträge per 1. November 2014 (Urk. 362 S. 2 Dispositivziffer 2). Solches schliesst a maiore ad minus selbstverständlich auch eine Abänderung ab Gesuchseinreichung am 7. Januar 2015 mit ein; eine Verletzung der Dispositionsmaxime liegt nicht vor. Die Begründung für die rück- wirkende Erhöhung erhellt sodann sinngemäss aus den geschilderten Abände- rungsgründen, insbesondere der Aussteuerung der Beklagten per November 2014. Zudem wendet das Gericht hinsichtlich des massgeblichen Abänderungs- zeitpunktes das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO). Die Dispositionsmaxi- me ist nicht verletzt. Ansonsten gilt die beschränkte Untersuchungsmaxime (vgl. sogleich).

#### **E. 4.1**

Zunächst ist festzuhalten, dass der Kläger jedenfalls seine Einkommensverhältnisse (mit Bezug auf die fraglichen fünf Monate Februar 2015 bis und mit Juni 2015) im Rahmen des vorliegenden Abänderungsverfahrens betreffend vorsorgliche Massnahmen hinreichend glaubhaft gemacht und belegt hat (vgl. demgegenüber zum Vermögen: Urk. 21 S. 6 ff.). Zwar erhielt er offenbar am 24. Juli 2015 noch eine (Nach-)Zahlung der E.\_\_\_\_\_ SA über Fr. 4'924.20 (Urk. 11/478/37 bzw. Urk. 11/538/1), wo sein Arbeitsverhältnis per Ende Juni 2015 beendet worden war

- 13 - (vgl. Urk. 11/451/7), zusätzlich zur Arbeitslosenentschädigung in der Höhe von Fr. 6'394.65 (Urk. 11/478/1) ausbezahlt. Weil jedoch die Abweisung des beklagten Abänderungsbegehrens für die Zeit ab Juli 2015 nicht angefochten wurde, sind die Einkommensverhältnisse des Klägers ab diesem Zeitpunkt, jedenfalls im Rahmen des vorliegenden Berufungsverfahrens, nicht bedeutsam. Im Übrigen vermochte der Kläger glaubhaft darzutun, dass er keine weiteren Zahlungen von der E.\_\_\_\_\_ SA erhalten würde (Urk. 11/478/37 [E-Mail E.\_\_\_\_\_ SA]).

#### **E. 4.2**

Wie bereits die Vorderrichterin zutreffend festhielt, können vorsorgliche Massnahmen abgeändert werden, wenn sich die ihnen zugrundeliegenden Verhältnisse wesentlich und dauerhaft verändert haben (Urk. 2 S. 27 mit Hinweisen). Eine Abänderung ist jedoch ausgeschlossen, wenn die neue Sachlage durch eigenmächtiges, widerrechtliches oder missbräuchliches Verhalten eines der Ehegatten herbeigeführt worden ist. Denn nur eine Veränderung, welche nicht freiwillig bzw. selbstverschuldet herbeigeführt wurde, berechtigt zur Abänderung einer vorsorglichen Massnahme. Liegt ein Abänderungsgrund vor, wird die gesamte Unterhaltsberechnung für beide Ehegatten neu durchgeführt. Die Neuberechnung hat sich an den Wertungen zu orientieren, die dem ursprünglichen Entscheid zugrunde lagen. Der Abänderungsentscheid wirkt grundsätzlich nur für die Zukunft, also ab Eintritt seiner formellen Rechtskraft. Aus Billigkeitsüberlegungen kann die Abänderung jedoch auf den Zeitpunkt der Einreichung des entsprechenden Gesuches zurückbezogen werden, wenn wegen der Einreichung des Abänderungsbegehrens mit der Möglichkeit einer Abänderung gerechnet werden musste (vgl. Maier, Die konkrete Berechnung von Unterhaltsansprüchen im Familienrecht, dargestellt anhand der Praxis der Zürcher Gerichte seit Inkraftsetzung der neuen ZPO, in FamPra.ch 2014 S. 302, S. 310 mit weiteren Hinweisen). Es entspricht der Praxis der Kammer, regelmässig die Rückwirkung des Abänderungsentscheides auf den Zeitpunkt der Gesuchseinreichung zu gewähren.

#### **E. 4.3**

Der Vereinbarung vom 22. April 2013 bzw. der Verfügung vom 6. Mai 2013 (Urk. 11/154) lag ein (hypothetisches) Einkommen der Beklagten für ein 60 %- Pensum von zirka rund Fr. 3'200.– netto zugrunde, obschon sie per 1. April 2013 in einem auf 40 % reduzierten Arbeitspensum bei der F.\_\_\_\_\_ AG erwerbstätig

- 14 - war und tatsächlich rund Fr. 2'080.– netto verdiente (vgl. Urk. 2 S. 27; Prot. I S. 107; Urk. 11/257 S. 10). Das Arbeitspensum wurde offenbar aus gesundheitlichen Gründen reduziert (vgl. Urk. 11/144A/6-9). Per 30. September 2013 wurde das Arbeitsverhältnis gekündigt und zufolge eines im September 2013 erlittenen Unfalls der Beklagten um einen Monat verlängert. Per 1. November 2013 wurde die Beklagte arbeitslos und erzielte durchschnittlich rund Fr. 2'070.– netto pro Monat (Urk. 11/257 S. 10). Per 1. November

2014 wurde sie ausgesteuert (Urk. 415/3). Der komplette Wegfall des Erwerbs- bzw. Ersatzerwerbseinkommens stellt, in Übereinstimmung mit der Vorinstanz (Urk. 2 S. 28), eine wesentliche Veränderung der massgeblichen Verhältnisse dar. Zu prüfen ist jedoch, ob die Beklagte glaubhaft darzutun vermochte, sich erfolglos intensiv um eine Anstellung bemüht zu haben, insbesondere seit der Aussteuerung per November 2014. Denn, wie dargetan, begründet nur eine unfreiwillige Einkommenseinbusse einen Abänderungsgrund. Bis und mit Februar 2015 erscheint es - angesichts der von der Beklagten eingereichten umfangreichen, vergeblichen Stellensuchbemühungen (Urk. 11/415/5 [Bewerbungs- und Absageschreiben]; Urk. 11/258/7) - plausibel, dass sie das ihr Zumutbare getan hat, um wieder ein Erwerbseinkommen zu generieren. So verfasste sie beispielsweise für den Monat Februar 2015 über 15 Bewerbungen als Receptionist 20 %, Account Manager ..., Verkaufsberaterin, Accountant A/R im internationalen Umfeld, Consultant, Call-Agentin, Sales Advisor etc. (vgl. Urk. 11/415/5). Zwar sind für den März 2015 bloss drei Absageschreiben aktenkundig (Urk. 11/415/5) und betreffend die Zeit von April 2015 bis und mit Juni 2015 wurden überhaupt keine vergeblichen Suchbemühungen nachgewiesen. Jedoch deponierte die Beklagte anlässlich der Verhandlung vom 12. Mai 2015 glaubhaft, seither ein Gespräch mit einem Investor für die zurzeit stillgelegte, nunmehr auf ihre Tochter lautende Zigarrenfirma G.\_\_\_\_\_ GmbH (Urk. 11/445/41) sowie ein Bewerbungsgespräch bei der H.\_\_\_\_\_ geführt zu haben (Prot. I S. 159-161). Sodann liess sie in der Verhandlung vom 2. Juli 2015 protokollieren, seit Mai 2015 um die zehn Bewerbungen verschickt zu haben. Offenbar konnte sie mit einer interessierten Firma mehrere Gespräche führen, jedoch hätte sie auf reiner Kommissionsbasis Kunden in Lateinamerika akquirieren sollen. Sie sei jedoch auf ein festes Einkommen angewiesen. Auch bemühte sie sich um Investoren für die Zigarrenfirma (Prot. I S. 177 f.). Mit dem allgemeinen Hinweis darauf, dass Zweifel bestehen, ob die Bewerbungen wirklich abgeschickt worden seien, vermag der Kläger die Glaubhaftigkeit der Suchbemühungen nicht zu erschüttern (vgl. Urk. 11/444 S. 25 Rz. 117), zumal auch diverse Absageschreiben aktenkundig sind. Die Bewerbungsschreiben sind zwar knapp gehalten, verweisen aber auf die Bewerbungsunterlagen mit Lebenslauf (Urk. 11/415/5). Es dürfte für die im fraglichen Zeitraum 53-jährige Beklagte, welche ein 10-jähriges Kind zu betreuen hat, seit über zwei Jahren arbeitslos ist, und über keine Ausbildung verfügt (vgl. Urk. 414 S. 9 Rz. 9), trotz Berufserfahrung denn auch nicht einfach sein, eine Anstellung zu finden. Vor diesem Hintergrund kann jedenfalls nicht von einer freiwilligen, nicht beachtlichen Einkommensminderung die Rede sein, weshalb es sich auch nicht rechtfertigt, der Beklagten rückwirkend ein hypothetisches Einkommen in Anrechnung zu bringen. Die Beklagte ist indessen gleichwohl mit Nachdruck darauf hinzuweisen, dass sie ihre Stellensuchbemühungen im Hinblick auf die Scheidung weiter voranzutreiben und zu intensivieren haben wird.

#### **E. 4.4**

Einkommensverhältnisse der Parteien a) Die Beklagte erzielte in der fraglichen Zeit, wie dargetan, keinerlei Einkünfte (vgl. Urk. 2 S. 33 unten). b) Gemäss den aktenkundigen Lohnabrechnungen der E.\_\_\_\_\_ SA wurden vom Lohn des Klägers im März 2015 Fr. 3'072.50, im April 2015 Fr. 4'072.50, im Mai 2015 Fr. 4'072.50 und im Juni 2015 Fr. 1'072.50 an das Betreibungsamt überwiesen (vgl. Urk. 11/445/3; Urk. 11/451/9 und Urk. 11/467/13, 14; vgl. Urk. 11/445/40 [Pfändungsurkunde vom 15. Januar 2015]). In der fraglichen Zeitperiode von Februar 2015 bis und mit Juni 2015 wurde dem Kläger mithin

durchschnittlich effektiv ein Nettoeinkommen von rund Fr. 13'201.– monatlich (einschliesslich "Car Allowance" von jeweils Fr. 1'000.–) ausbezahlt (Fr. 9'383.25 Februar 2015 + Fr. 16'159.10 März 2015 + Fr. 10'234.95 April 2015 + Fr. 10'234.95 Mai 2015 + Fr. 19'993.30 Juni 2015 [vgl. Urk. 11/445/3; Urk. 11/451/9 und Urk. 11/467/13, 14] = Fr. 66'005.55 : 5; vgl. auch Urk. 1 S. 11 Rz. 52). Die ihm im Juni 2015 vergütete Ferienentschädigung (für 8.5 nicht bezogene Ferientage) in der Höhe von

- 16 - Fr. 6'801.75 brutto ist dabei, mit Blick auf das Effektivitätsprinzip und die Beschränkung der vorliegenden Unterhaltsberechnung auf die fünf nunmehr in der Vergangenheit liegenden Monate Februar 2015 bis und mit Juni 2015, in die Berechnung miteinzubeziehen. Es ist namentlich nicht einzusehen, weshalb dieses Feriengeld nur dem Kläger alleine "im Hinblick auf die Finanzierung von Ferien zum Erholungszweck" (vgl. Urk. 1 S. 10 Rz. 49) vorzubehalten wäre. Dass er diese Zahlung angeblich umgehend für diverse Verbindlichkeiten verbraucht haben will (Urk. 1 S. 11 Rz. 50; Urk. 11/466 S. 4), ist nicht von Bedeutung, weil er im Hinblick auf das rechtshängige Abänderungsverfahren mit einer allfälligen Erhöhung der geschuldeten Unterhaltsbeiträge rechnen musste. Zudem wurde solches auch nicht weiter substantiiert, geschweige denn belegt. Die Berücksichtigung der Lohnpfändung erscheint mit Blick auf das Effektivitätsprinzip als geboten, zumal eine Revision der Lohnpfändung nicht rückwirkend verlangt werden kann (Art. 93 Abs. 3 SchKG; vgl. LP080078, Entscheid der Kammer vom 31. März 2009 S. 9). Ausserdem wurden die gemäss der Verfügung vom 6. Mai 2013 geschuldeten Unterhaltsbeiträge (Fr. 2'500.– für den Sohn C.\_\_\_\_\_ und Fr. 3'000.– für die Beklagte persönlich) in der Pfändungsurkunde berücksichtigt (vgl. Urk. 11/445/40). Zwar geniessen familienrechtliche Unterhaltspflichten Vorrang gegenüber der Pflicht zur Tilgung von Drittschulden und dafür erwirkten Lohnpfändungen (vgl. BGE 127 III 289 E. 2a/bb; vgl. auch Ziffer III.4 des Kreis-schreibens der Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich über die Richtlinien für die Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums vom 16. September 2009, wonach rechtlich oder moralisch geschuldete Unterstützungs- und/oder Unterhaltsbeiträge, welche der Schuldner an nicht in seinem Haushalt wohnende Personen in der letzten Zeit vor der Pfändung nachweisbar geleistet hat und voraussichtlich während der Dauer der Pfändung leisten wird, zu berücksichtigen sind). Allerdings gilt das nur für rechtskräftig festgesetzte Unterhaltsbeiträge. Eine bereits vollzogene Lohnpfändung kann nicht rückgängig gemacht werden. Auf die gepfändeten Lohnbeträge kann der Kläger für die rückwirkende Leistung von Unterhaltsbeiträgen damit nicht mehr zurückgreifen. Eine (hypothetische) Anrechnung des gepfändeten Lohnanteils fällt demnach ausser Betracht. Hinsichtlich der für die Vergangenheit zu bemessenden Unterhaltsbei-

- 17 - träge des Klägers darf damit über die vollzogene Lohnpfändung nicht hinweggesehen werden. Nachdem die Revision der Pfändung nur für die Zukunft wirkt, hat sich auch die Unterhaltsgläubigerin die früher durchgesetzte Lohnpfändung entgegenhalten zu lassen (Vonder Mühl, in: BSK-SchKG I, 2. A., 2010, N 37 zu Art. 93 SchKG; BGE 89 III 67 E. 1; LGVE 2000 I Nr. 5). Aufgrund dieser Rechtslage ist bei rückwirkender Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen hinzunehmen, dass der Vorrang ehelicher Unterhaltsansprüche gegenüber Drittschulden letztlich nicht durchgesetzt werden kann. Der Einwand des Klägers gegen die vorinstanzliche Einkommensbemessung erweist sich somit als begründet (vgl. Urk. 1 S. 20 Rz. 127). Die Vorinstanz hätte die laufende Lohnpfändung hinsichtlich der rückwirkenden Verpflichtung zu Unterhaltsleistungen nicht unbe-

rücksichtigt lassen dürfen. Lediglich am Rand sei bemerkt, dass entgegen der ersten Instanz nicht gesagt werden kann, der Kläger habe damit rechnen müssen, dass er für die Steuerausstände 2012 keine Ratenzahlungen bewilligt erhalten werde, weil darauf kein gesetzlicher Anspruch bestehe, weshalb es sich bei der Lohnpfändung wegen ausstehender Steuerverbindlichkeiten aus dem Jahr 2012 um keine unvorhersehbare Änderung der Verhältnisse handle (vgl. Urk. 2 S. 26). Offenbar wurden dem Kläger bislang stets für die Steuern Ratenzahlungen gewährt (vgl. u.a. Prot. I S. 164; Urk. 11/444 S. 18 f., 39; Urk. 1 S. 12 Rz. 64 f.). Dass es zur Lohnpfändung (Urk. 11/445/40; Urk. 11/99/2; Urk. 11/411/7) kommen würde, war vor dem Hintergrund dieser Gepflogenheit jedenfalls nicht vorzusehen. Überdies spielt das Kriterium der fehlenden Voraussehbarkeit bei der Abänderung von vorsorglichen Massnahmen, im Unterschied zur Abänderung eines Scheidungsurteils, eine untergeordnete Rolle, weil vorsorgliche Massnahmen erleichtert abgeändert werden können und es primär um die Regelung der jeweils aktuellen Verhältnisse geht, ohne dass auch alle künftigen Entwicklungen miteinzubeziehen wären. Und schliesslich bestehen auch keine Anhaltspunkte, wonach der Kläger es rechtsmissbräuchlich auf eine Betreuung/Lohnpfändung hätte ankommen lassen, einzig um der Beklagten keine höheren Unterhaltsbeiträge zahlen zu müssen (vgl. Urk. 1 S. 13 Rz. 67).

- 18 -

#### **E. 4.5**

Bedarfe der Parteien a) Die Vorinstanz berechnete zunächst einen gebührenden Bedarf der Parteien von insgesamt Fr. 15'352.– (Urk. 2 S. 32 f.). Weil so jedoch ein Manko resultieren würde, ging sie in der Folge zurecht von einem engeren Bedarf aus. Mit Blick auf das massgebliche, gegenüber der ersten Instanz tiefere Gesamteinkommen der Parteien von Fr. 13'201.– (statt Fr. 14'307.– gemäss Erstinstanz) hat es bei diesem Vorgehen zu bleiben. b) Den Bedarf der Beklagten bezifferte die erste Instanz (praxisgemäss abzüglich der Kinderzulagen) mit Fr. 5'918.– (Urk. 2 S. 35 f.). Der Kläger beanstandet, dass der Beklagten im Rahmen des engen Bedarfs nebst den Krankenkassenprämien auch monatliche Gesundheitskosten von Fr. 283.– angerechnet worden seien, obschon solches weder substantiiert noch nachgewiesen worden sei, dass diese auch in Zukunft anfallen werden (Urk. 1 S. 14 Rz. 78; Urk. 444 S. 15 Rz. 60). Die Beklagte äussert sich dazu nicht (Urk. 27 passim). Die Vorinstanz erwog, die geltend gemachten Gesundheitskosten seien im Umfang von Fr. 283.– ausgewiesen, gehörten zum gebührenden Bedarf der Beklagten und seien ihr entsprechend anzurechnen (Urk. 2 S. 29 f., 32). Auszugehen ist grundsätzlich von den tatsächlich bezahlten Krankenkassenprämien. Darüber hinaus sind Kosten für nicht gedeckte Gesundheitskosten wie Selbstbehalte und Franchisen sowie Zahnarztbehandlungen in der Bedarfsberechnung nur dann zu berücksichtigen, wenn sie gegenwärtig oder in naher Zukunft tatsächlich anfallen. Der Leistungsbereich der obligatorischen Krankenversicherung umfasst heute praktisch alles, was medizinisch erforderlich ist. Je nach Alter, Gesundheitszustand und finanzieller Situation können unter Umständen auch Prämien für überobligatorische Zusatzversicherungen berücksichtigt werden (Dolder/Diethelm, Eheschutz [Art. 175 ff. ZGB] - Ein aktueller Überblick, in: AJP 2003 S. 655-671, S. 660). Gesundheitskosten für die üblichen Kontrolluntersuchungen sind im Grundbetrag enthalten. Für Arzt- oder Behandlungskosten, die in

- 19 - naher Zukunft tatsächlich anfallen und hinreichend belegt sind, können in der Bedarfsberechnung monatliche Rücklagen berücksichtigt werden. Entscheidende Kriterien

sind die medizinische Notwendigkeit und die Höhe der Kosten (Maier, a.a.O., S. 323 f.). Die Beklagte machte vor Vorinstanz für Franchise/Selbstbehalt für sich und den Sohn C.\_\_\_\_\_ Fr. 196.– pro Monat geltend sowie Fr. 117.– Gesundheitskosten (Urk. 11/414 S. 12). Die Vorinstanz brachte im Bedarf der Beklagten Krankenkassenprämien für die Grund- und Zusatzversicherung im Umfang von Fr. 588.– in Anrechnung (Urk. 2 S. 30, 32; Urk. 11/415/8a). Für das Jahr 2014 belegte die Beklagte von der Krankenkasse nicht übernommene Kosten von total Fr. 2'291.35, mithin Fr. 190.95 monatlich für sich selbst und Fr. 61.60 bzw. Fr. 5.10 monatlich für den Sohn C.\_\_\_\_\_ (Urk. 11/415/8b, c). Die zusätzlichen Gesundheitskosten von C.\_\_\_\_\_ sind, mit Blick auf deren geringe Höhe, aus dem Kindergrundbetrag zu finanzieren. Was die bestrittenen zusätzlichen Gesundheitskosten der Beklagten anbelangt, wurden diese in keiner Weise näher substantiiert. Es wurde nämlich weder geltend gemacht, noch ist ersichtlich, dass diese auch künftig und insbesondere im Jahr 2015 anfallen würden (vgl. Urk. 11/414 S. 13 Rz. 12). Es ist nicht Aufgabe des Gerichts, in den (umfangreichen) Akten nach möglichen behandlungsbedürftigen aktuellen gesundheitlichen Gebrechen der Beklagten zu forschen (vgl. Prot. I S. 103 [Rückenprobleme, September 2014]; Urk. 11/179 S. 32; Urk. 11/180/27a [Funktionsstörung HWS, August 2013]; Prot. I S. 106 f., 130, 157 ff., 177 ff. [wo auch keine gesundheitlichen Einschränkungen der Arbeitsfähigkeit geltend gemacht werden]; Urk. 27 passim). Der Gesundheitscheck in Bern vom 10. Oktober 2014 über Fr. 1'340.–, woran die Krankenkasse bloss Fr. 200.– bezahlte, dürfte sodann kaum jährlich und insbesondere nicht schon wieder in der gegenständlichen Zeitperiode von Februar 2015 bis und mit Juni 2015 anfallen. Zudem sind die notwendigen altersadäquaten Kontrolluntersuchungen von der Grundversicherung gedeckt und die daraus zusätzlich anfallenden Kosten, wie erwähnt, aus dem Grundbetrag zu bezahlen. Entgegen der Vorinstanz ist der Beklagten somit unter dem Titel Gesundheitskosten kein Betrag zu veranschlagen.

- 20 - Weiter belegte die Beklagte Zahnarztkosten für das Jahr 2014 über insgesamt Fr. 1'407.20 bzw. rund Fr. 117.– monatlich. Offenbar hat die Beklagte schlechte Zähne (vgl. Urk. 11/414 S. 15) und bedarf laut ärztlicher Bestätigung vom 23. Mai 2013 aufgrund einer generalisierten Parodontitis eines engmaschigen Besuchs des "I.\_\_\_\_\_" (vgl. Urk. 11/415/8d). Vor diesem Hintergrund sowie mit Blick auf den ihr gebührenden Bedarf rechtfertigt es sich, der Beklagten für Zahnarztkosten einen pauschalen Betrag von Fr. 100.– pro Monat anzurechnen. Weiter bemängelt der Kläger, dass der Beklagten viel zu hohe Steuerbetreffnisse zugebilligt worden seien. Angemessen wären, insbesondere auch mit Blick auf die Kinderabzüge, zirka Fr. 200.– im Monat. Im summarischen Massnahmeverfahren ist die inskünftig anfallende steuerliche Belastung nicht exakt zu berechnen, sondern in Ausübung pflichtgemässen Ermessens zu schätzen (ZK-Bräm/Hasenböhler, N 118 A II Ziffer 12 zu Art. 163 ZGB, mit weiteren Hinweisen). Die Vorinstanz berechnete bei der Beklagten monatlich Fr. 600.– für laufende Steuern (Urk. 2 S. 30, 32). Mit Blick auf die gegenüber der Vorinstanz reduziert festzusetzenden Unterhaltsbeiträge sowie den anwendbaren Einzelertariff und die Kinderabzüge rechtfertigt sich jedoch ein geschätzter Betrag von lediglich rund Fr. 300.–. Insgesamt ist somit von einem beklagten Bedarf von Fr. 5'435.– (Fr. 5'918.– Bedarf Vorinstanz - Fr. 283.– Gesundheitskosten + Fr. 100.– Zahnarztkosten - Fr. 300.– Steuern) auszugehen. c) Beim Kläger berechnete die erste Instanz einen Bedarf von Fr. 6'870.– (Urk. 2 S. 35 f.). Der Kläger kritisiert die Anrechnung eines viel zu tiefen monatlichen Betrages für die Steuern von bloss Fr. 800.– (Urk. 1 S. 13 f. Rz. 70 ff.). Vor Vorinstanz machte er dafür einen

"einigermaßen realistischen Betrag" von Fr. 2'000.– pro Monat geltend (vgl. Urk. 11/444 S. 14, 20 Rz. 84). Angesichts der per Juli 2015 eingetretenen Arbeitslosigkeit des Klägers werden seine Steuern für das Jahr 2015 markant tiefer ausfallen als bislang, was sich auch auf die durchschnittlich zu berücksichtigenden monatlichen Steuerbeträge auswirkt.

Weil die Beklagte den von der ersten Instanz veranschlagten Steuerbetrag jedoch nicht kritisiert (vgl. Urk. 27 passim), hat es dabei sein Bewenden, zumal die Fr. 800.– nicht unangemessen hoch erscheinen. Damit bleibt es beim vorinstanzlichen Bedarf des Klägers.

#### **E. 4.6**

**Unterhaltsberechnung** Der Gesamtbedarf der Parteien beläuft sich auf Fr. 12'305.– (Fr. 5'435.– Bedarf Beklagte + Fr. 6'870.– Bedarf Kläger). Diesem Bedarf ist das Einkommen von Fr. 13'201.– gegenüberzustellen, womit ein Freibetrag von Fr. 896.– resultiert. Davon stehen der Beklagten mit dem Sohn Fr. 597.– (2/3) und dem Kläger Fr. 299.– (1/3) zu (vgl. Urk. 2 S. 36; Urk. 1 S. 12 Rz. 59). Unter Berücksichtigung des Bedarfs der Beklagten von Fr. 5'435.– und dem Anteil am Freibetrag von Fr. 597.– ergibt sich ein Unterhaltsbeitrag in der Höhe von Fr. 6'032.– (ohne die zusätzlich zu bezahlenden Kinderzulagen, vgl. Urk. 11/154 S. 2, Dispositivziffer 1.2). Abzüglich der nicht angefochtenen Kinderunterhaltsbeiträge von Fr. 2'500.– resultieren somit Unterhaltsbeiträge für die Beklagte persönlich im Umfang von gerundet Fr. 3'530.–. Praxisgemäss ist die Abänderung ab dem Eingang des Begehrens, mithin per Februar 2015 anzuordnen, weil die Beklagte seit November 2014 ausgesteuert war und der Kläger seit der Rechtshängigkeit des Abänderungsbegehrens am 7. Januar 2015 (Urk. 362) mit einer Erhöhung der Ehegattenunterhaltsbeiträge rechnen musste und sich darauf einstellen konnte. Das Abänderungsbegehren der Beklagten ist somit betreffend die Zeit von Februar 2015 bis und mit Juni 2015 teilweise gutzuheissen und die Verfügung vom 6. Mai 2013 entsprechend abzuändern, d.h. es sind die monatlich geschuldeten persönlichen Unterhaltsbeiträge von Fr. 3'000.– auf Fr. 3'530.– zu erhöhen. Ab Juli 2015 ist das beklagte Abänderungsbegehren jedoch unangefochtenermassen abzuweisen. Mit dem Kläger (vgl. Urk. 1 S. 7) ist dabei, entgegen der Vorinstanz (vgl. Urk. 2 S. 46 Dispositivziffern 10 und 11), keine neue, der Verfügung vom 6. Mai 2013 entsprechende Unterhaltsregelung zu treffen und diese Verfügung ist ab Februar 2015 auch nicht gänzlich aufzuheben, zumal der Kläger im vorliegenden Verfahren betreffend die

- 22 - Zeitphase ab Juli 2015 weder ein eigenes Abänderungs-/Herabsetzungsbegehren noch eine Widerklage auf Herabsetzung der Unterhaltsbeiträge erhoben hat. D. Vorinstanzliche Kosten- und Entschädigungsfolgen 1. Die erste Instanz setzte die Entscheidegebühr für ihren Massnahmeentscheid auf Fr. 6'600.– zuzüglich Fr. 787.50 Dolmetscherkosten fest, auferlegte die Kosten den Parteien je zur Hälfte und sprach entsprechend keine Parteientschädigungen zu (Urk. 2 S. 43 f., 47, Dispositivziffern 13-15). 2. Der Kläger hält dafür, mit Blick auf das massive Unterliegen der Beklagten in den vermögensrechtlichen Belangen erscheine es angemessen, ihm höchstens 1/10 der vorinstanzlichen Verfahrenskosten aufzuerlegen. Entsprechend sei die Beklagte zu verpflichten, ihm eine auf Fr. 6'400.– reduzierte Parteientschädigung zuzüglich Mehrwertsteuer zu bezahlen, eventualiter sei über die Prozesskosten zusammen mit der Hauptsache zu entscheiden, zumal die Vorinstanz in den bisherigen vorsorglichen Massnahmeentscheiden die Prozesskosten stets dem Endentscheid vorbehalten habe und solches auch prozessökonomischer sei. Entsprechend seien die Dispositivziffern 13 bis 15 der

angefochtenen Verfügung auf- zuheben (Urk. 1 S. 16 ff.). Demgegenüber äussert sich die Beklagte nicht zu den angefochtenen vorinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen (Urk. 27 pas- sim). 3. Gemäss Art. 104 Abs. 1 ZPO entscheidet das Gericht über die Prozesskosten in der Regel im Endentscheid. Nach Art. 104 Abs. 3 ZPO kann über die Prozesskosten vorsorglicher Massnahmen zusammen mit der Hauptsache entschieden werden. Die Vorinstanz zog es mit Blick auf das aufwändige umstrittene Massnahmeverfahren und das andauernde Scheidungsverfahren vor, über die Kosten des Massnahmeverfahrens bereits im Massnahmeentscheid zu befinden (Urk. 2 S. 43). Zwar behielt die erste Instanz die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen im Rahmen ihrer bisherigen Massnahmeentscheide, bis auf den ersten Massnahmeentscheid vom 7. Februar 2012 (vgl. Urk. 11/57), jeweils dem Scheidungsurteil vor (vgl. Urk. 11/76; Urk. 11/154; Urk. 11/347 und Urk. 11/408), jedoch erweist sich der vorliegende 48-seitige Massnahmeentscheid mit

- 23 - seinen zahlreichen, mehrfach erweiterten oder abgeänderten Begehren als sehr aufwändig. Zudem änderte die Vorinstanz offenbar ihre bisherige "Praxis", wurde über die Prozesskosten doch nunmehr auch im weiteren Massnahmeentscheid vom 3. November 2015 bereits befunden (Urk. 11/574 bzw. LY160004: Urk. 2 S. 26, Dispositivziffern 5-7). Vor diesem Hintergrund und weil die Rechtsmittelinstanz in Ermessensentscheide der Vorinstanz, wie den vorliegenden, nur zurückhaltend eingreift, besteht hier kein Anlass, die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen des vorliegenden Massnahmeverfahrens entgegen der Vorinstanz dem Endentscheid vorzubehalten. Anzumerken bleibt, dass die Kosten für die Vertretung des Kindes, welche zu den Gerichtskosten gehören (vgl. Art. 95 Abs. 2 lit. e ZPO), im Massnahmeverfahren nicht festgesetzt wurden. Diese Unvollständigkeit wurde aber nicht gerügt (vgl. Urk. 1 S. 16 ff.). Weil die Höhe der vorinstanzlichen Entscheidgebühr (Dispositivziffer 13) nicht angefochten wurde, bleibt es dabei. Die Kosten der Kinderbelange sind den Parteien je hälftig aufzuerlegen, wenn die Parteien unter dem Gesichtspunkt des Kindesinteresses gute Gründe zur Antragstellung hatten. Diese Praxis gilt auch unter der Herrschaft der eidgenössischen ZPO vom 19. Dezember 2008 (SR 272), betrifft aber, entgegen der vorinstanzlichen Auffassung (Urk. 2 S. 43), nur die Kosten nicht vermögensrechtlicher Kinderbelange (vgl. ZR 84 Nr. 41; Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO; LE140075 Erw. E.2). Es besteht vorliegend kein Grund, den Parteien im erstinstanzlichen Verfahren keine guten Gründe für ihre Standpunkte betreffend die Kindesinteressen zuzugestehen, weshalb ihnen die diesbezüglichen Kosten, welche einschliesslich der damit zusammenhängenden klägerischen Anträge (vorinstanzliches Dispositiv Ziffer 4) auf rund einen Drittel des Verfahrensaufwandes zu veranschlagen sind, je zur Hälfte aufzuerlegen sind. Bezüglich der Abänderung der Unterhaltsbeiträge (für C.\_\_\_\_\_ und sie persönlich) hat die Beklagte deutlich überklagt und unterliegt hier grossmehrheitlich. Weiter unterliegt sie bezüglich der Rückzüge ihrer Anträge auf Leistung eines Prozesskostenvorschusses bzw. Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege, ebenso hinsichtlich ihres Antrages bezüglich Erhöhung der Hypothek und ihres Auskunfts-/Editionsbegehrens (vgl. Urk. 2 S. 45, Dispositivziffern 1,

- 24 -

## **E. 5**

Wie bereits die Vorderrichterin zutreffend festhielt, finden auf den Erlass der nötigen vorsorglichen Massnahmen im Scheidungsverfahren sowie deren Abänderung sinngemäss die Normen über die Eheschutzmassnahmen Anwendung. Betreffend die persönlichen

Unterhaltsbeiträge der Ehegatten gilt einerseits der Dispositionsgrundsatz (Art. 58 Abs. 1 ZPO), andererseits aber auch die beschränkte Untersuchungsmaxime gemäss Art. 272 ZPO (vgl. Urk. 2 S. 12 f. mit Hinweisen; LY150052 S. 5-7, Entscheid der Kammer vom 21. Januar 2016; LY110022, Entscheid der Kammer vom 29. November 2011, S. 5 f.). Selbst wenn es der Berufungsantwortschrift vom 25. Februar 2016 (Urk. 27) an der gebotenen Substantiierung gebräche, könnte solches mithin nicht einfach zur Gutheissung der Berufung zufolge nicht substantiierter Bestreitung führen, wie der Kläger offenbar meint (Urk. 31 S. 4).

C. Unterhaltsbeiträge 1. Die erste Instanz erhöhte die der Beklagten persönlich geschuldeten Unterhaltsbeiträge betreffend die Zeitspanne von Februar 2015 bis und mit Juni 2015 von Fr. 3'000.– (vgl. Urk. 11/154 S. 2 Dispositivziffer 1.4) auf Fr. 4'431.– monatlich, nebst Kinderunterhaltsbeiträgen von Fr. 2'500.–, welche im Berufungsverfahren nicht umstritten sind. Sie bejahte dabei eine wesentliche und dauerhafte Veränderung der finanziellen Verhältnisse der Beklagten gegenüber jenen im Zeitpunkt der Verfügung vom 6. Mai 2013, weil sie per 1. November 2014 ausgesteuert worden und damit das Erwerbs- bzw. Ersatzeinkommen komplett weggefallen sei. Zudem sei die Dauer der Arbeitslosigkeit der Beklagten nicht absehbar und es lägen keine Hinweise vor, welche auf einen baldigen Wiedereinstieg der Beklagten ins Erwerbsleben hindeuten würden. Solches sei überdies nicht vorherzusehen gewesen (Urk. 2 S. 28). Dem Kläger wurde ein Nettoeinkommen von Fr. 14'307.– (einschliesslich "car allowance") in Anrechnung gebracht, weil die Beklagte nicht glaubhaft machen können, dass der Kläger nach seiner Entlassung per Ende Juni 2015 weitere leistungsabhängige Zahlungen erhalten werde (Urk. 2 S. 34). Mangels hinreichender verfügbarer Mittel wurde von einem engeren Bedarf der Parteien ausgegangen. Ab Juli 2015 wurde zufolge der Arbeitslosigkeit des Klägers nur noch vom Notbedarf der Parteien ausgegangen und dem Kläger mit Blick auf die Arbeitslosentaggelder in der Höhe von 80 % des maximal versicherten Verdienstes ein (geschätztes) Ersatzerwerbseinkommen von Fr. 7'723.– netto in Anrechnung gebracht. Solches stelle wiederum eine wesentliche und mit Blick auf die ungewisse Dauer der klägerischen Arbeitslosigkeit auch eine dauerhafte Veränderung der massgeblichen Verhältnisse dar, welche nicht vorhersehbar gewesen sei. Ab Juli 2015 könnten die persönlichen Unterhaltsbeiträge der Beklagten somit nicht erhöht werden. Weil die in der Verfügung vom 6. Mai 2013 festgelegten persönlichen Unterhaltsbeiträge die untere Grenze bildeten, zumal der Kläger aufgrund seiner Arbeitslosigkeit keine Abänderungsanträge gestellt habe, sei er in Anwendung der Unterhaltsregelung gemäss dieser Verfügung zu verpflichten, der Beklagten für die Phase ab 1. Juli 2015 weiterhin persönliche Unterhaltsbeiträge in der Höhe von Fr. 3'000.– pro Monat zu bezahlen, nebst Kinderunterhaltsbeiträgen von Fr. 2'500.– (Urk. 2 S. 35 ff.). Die laufende Lohnpfändung (Urk. 445/40) berücksichtigte die erste Instanz nicht. Im Rahmen der Abweisung des widerklageweise gestellten Sistierungsantrages des Klägers erwog sie dazu, die Lohnpfändung betreffe Steuerausstände für das Steuerjahr 2012. Weil kein Anspruch auf Ratenzahlung bestehe, habe der Kläger mit der Geltendmachung entsprechender Steuerforderungen rechnen müssen. Bei dieser Lohnpfändung handle es sich daher um keine unvorhergesehene Veränderung der Verhältnisse. Im Übrigen würden Unterhaltsbeiträge den Steuerschulden vorgehen (Urk. 2 S. 26).

- 12 - 2. Der Kläger moniert, es liege kein Abänderungsgrund vor. Die Vorinstanz habe übersehen, dass ihm in der fraglichen Zeit überhaupt kein Einkommen in der Höhe von monatlich Fr. 14'307.– effektiv ausbezahlt worden sei, zumal sein Lohn für diese Zeit

gepfändet gewesen sei. Dies erhelle aus der Pfändungsurkunde vom 15. Januar 2015. Durchschnittlich habe er lediglich Fr. 11'849.45 bzw. unter Einbezug der Ferienentschädigung gemäss der Lohnabrechnung Juni 2015, welche ihm allerdings zu belassen sei, Fr. 13'201.10 verdient. Rückwirkend könnte ihm auch kein höheres hypothetisches Einkommen angerechnet werden. Die Lohnpfändungen beruhen auf Steuerforderungen, welche unerwartet aufgrund der Änderung der Praxis der Steuerbehörden betreffend Ratenzahlungen erfolgt seien. Auch habe die erste Instanz eine nicht zutreffende Bedarfsberechnung vorgenommen. Zudem hätte die Vorinstanz bei richtiger Ermessensausübung vorliegend keine rückwirkende Erhöhung der Unterhaltsbeiträge auf den Zeitpunkt der Gesuchseinreichung vornehmen dürfen, sondern solches vielmehr frühestens ab Rechtskraft des Abänderungsentscheides. Weil die Vorinstanz ab Juli 2015 das Abänderungsbegehren jedoch ohnehin abgewiesen habe, hätte im Ergebnis das Abänderungsbegehren insgesamt abgewiesen werden müssen (Urk. 1 S. 8-16). 3. Die Beklagte hält daran fest, dass der Kläger seine Einkommensverhältnisse nur unzureichend belegt habe. So fehlten komplette, den ganzen Monat ausweisende Kontoauszüge seines Lohnkontos für das Jahr 2015 sowie Belege über alle von der E. \_\_\_\_ AG erhaltenen Lohn- und Gratifikationszahlungen für das gesamte Jahr 2015. Er sei daher seiner Substantiierungspflicht nicht ansatzweise nachgekommen, weshalb die Berufung abzuweisen sei (Urk. 27 S. 3 ff.).

#### **E. 7**

Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger für das zweitinstanzliche Verfahren eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 648.– zu bezahlen.

- 26 -

#### **E. 8**

Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, 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 Endentscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Streitigkeit. Der Streitwert liegt unter Fr. 30'000.–. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG. Zürich, 29. April 2016 Obergericht des Kantons Zürich I. Zivilkammer Die Gerichtsschreiberin: lic. iur. M. Reuss Valentini versandt am: se