

ZH_OBERGERICHT LY160043 vom 23. Januar 2017

ZH Obergericht, 2017-01-23, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LY160043

FR: ZH_OBERGERICHT LY160043 du 23 janvier 2017

IT: ZH_OBERGERICHT LY160043 del 23 gennaio 2017

Erwägungen

E. 29

Juni 2015 die schriftliche Stellungnahme der Beklagten zu den beantragten vorsorglichen Massnahmen (act. 5/14; act. 5/19; act. 5/31). Zu Letzterer äusserte sich der Kläger wiederum mit Eingabe vom 24. August 2015 samt Beilagen (act. 5/38; act. 5/39/ 29-40). Jeweils weitere Stellungnahmen wurden am 1. Oktober 2015, am 12. November und 31. Dezember 2015 erstattet (act. 5/52; act. 5/68; act. 5/77). Mit Verfügung vom 3. November 2016 wies die Vorinstanz das Massnahmebegehren des Klägers ab (act. 5/94 = act. 4). 2.1. Gegen die vorinstanzliche Verfügung vom 3. November 2016 erhob der Kläger mit Eingabe vom 18. November 2016 (Datum Poststempel) rechtzeitig Berufung mit den vorstehend aufgeführten Rechtsmittelanträgen (act. 5/96/1; act. 2 S. 2). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 5/1-96). In der Verfügung vom 23. November 2016 wurde die Prozessleitung delegiert und dem Kläger eine zehntägige Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses für das Berufungsverfahren angesetzt (act. 6). Innert Frist wandte sich der Kläger an die Kammer und beantragte die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege, eventualiter die Gewährung von Ratenzahlungen und subeventualiter die Erstreckung der Frist zur Leistung des Kostenvorschusses bis im Januar 2017 (act. 8). Die Kammer wies das klägerische Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege sowie das Eventualgesuch um ratenweise Bezahlung des Kostenvorschusses mit Beschluss vom 12. Dezember 2016 ab. Die Frist zur Leistung des Kostenvorschusses wurde letztmals um 10 Tage erstreckt (act. 10). Der Kostenvorschuss ging innert erstreckter Frist ein (act. 12).

- 6 - 2.2. Da sich die Berufung, wie nachfolgend aufzuzeigen sein wird, sogleich als unbegründet erweist, kann auf die Einholung einer Berufungsantwort verzichtet werden (Art. 312 Abs. 1 ZPO). Der Beklagten ist mit dem vorliegenden Entscheid lediglich ein Doppel der Berufungsschrift samt Beilagen zuzustellen. Auf die Vorbringen des Klägers ist im Folgenden insoweit einzugehen, als dies für die Entscheidfindung erforderlich ist.

II. 1. Gegen erstinstanzliche Entscheide betreffend vorsorgliche Massnahmen ist die Berufung zulässig (Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO). Gegenstand des vorliegenden Berufungsverfahrens betreffend vorsorgliche Massnahmen ist die Abänderung der Unterhaltspflicht des Klägers gegenüber der Beklagten. Damit liegt eine vermögensrechtliche Streitigkeit vor (vgl. BGE 133 III 393 E. 2, BGer 5A_740/2009 vom 2. Februar 2010 E. 1). Der demzufolge vorausgesetzte Rechtsmittelstreitwert von Fr. 10'000.00 (Art. 308 Abs. 2 ZPO) ist gemäss den zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren der Parteien (das heisst strittige Ehegattenunterhaltsbeiträge von monatlich Fr. 8'740.00, auf eine Verfahrensdauer von angenommen drei Jahre gerechnet) ohne Weiteres geben.

2. Bei der Abänderung von Eheschutzmassnahmen im Sinne vorsorglicher Massnahmen während des Scheidungsverfahrens sind die materiell- sowie verfahrensrechtlichen Bestimmungen

über die Massnahmen zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft sinngemäss anwendbar (Art. 276 Abs. 1 und 2 ZPO i.V.m. Art. 271 ff. ZPO und Art. 172 ff. ZGB; Dolge, DIKE-Komm-ZPO, Art. 276 N 15). Die Vorinstanz hat in zutreffender Weise festgehalten, dass Art. 179 ZGB für die Frage, ob bestehende Massnahmen abgeändert oder aufgehoben werden können, massgebend ist (act. 4 S. 6 Erw. II.1.1. f.). Ebenso hat die Vorinstanz richtige Erwägungen zur Geltung des Summarverfahrens und die hinsichtlich der Ehegattenunterhaltsbeiträge zur Anwendung kommende eingeschränkte Untersuchungs- sowie die Dispositionsmaxime angestellt, weshalb vorab darauf verwiesen werden kann (act. 4 S. 7 Erw. II.1.3).

- 7 - 3.1. Mit der Berufung können die unrichtige Rechtsanwendung und die unrichtige Sachverhaltsfeststellung gerügt werden (Art. 310 ZPO). Ebenfalls gerügt werden kann die (blosse) Unangemessenheit eines Entscheides, da es sich bei der Berufung um ein vollkommenes Rechtsmittel handelt. Bei der Angemessenheitskontrolle hat sich die Rechtsmittelinstanz allerdings eine gewisse Zurückhaltung aufzuerlegen (Blickenstorfer, DIKE-Komm-ZPO, Art. 310 N 10). 3.2. Die Berufung ist gemäss Art. 311 ZPO schriftlich und begründet einzureichen. Enthält die Berufungsschrift keine Begründung, ist auf die Berufung nicht einzutreten. Ist die Begründung nicht geradezu ungenügend, aber in der Substanz mangelhaft, lässt dies das Eintreten auf die Berufung zwar unberührt, kann sich aber in der materiellen Beurteilung zum Nachteil des Berufungsklägers auswirken. Es genügt nicht, in der Berufungsschrift einen blossen Verweis auf die Vorakten anzubringen und pauschale Kritik am vorinstanzlichen Entscheid zu üben oder bloss das vor der Vorinstanz bereits Vorgebrachte zu wiederholen bzw. zu rekapitulieren. Zwar besteht keine eigentliche Rügepflicht, aber eine Begründungslast: Die Berufung führende Partei muss sich sachbezogen mit den Entscheidungsgründen des erstinstanzlichen Entscheides auseinandersetzen. Sie muss darlegen, inwiefern die Vorinstanz das Recht falsch angewendet hat bzw. welcher Sachverhalt unrichtig festgestellt worden sein soll. Danach muss sie den vorinstanzlichen Erwägungen die aus ihrer Sicht korrekte Rechtsanwendung resp. den korrekten Sachverhalt gegenüberstellen und darlegen, zu welchem abweichenden Ergebnis dies führen soll. Dies gilt auch im Bereich der Untersuchungsmaxime (vgl. zum Ganzen etwa Hungerbühler, DIKE-Komm-ZPO, Art. 311 N 29-31, 36-39 und N 44; auch ZK ZPO-Reetz/Theiler, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 311 N 36 f.; vgl. OGer ZH LB110049 vom 5. März 2012 E. 1.1 f., jeweils mit zahlreichen Verweisen). 4. Gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO sind neue Tatsachen und Beweismittel (Noven) im Berufungsverfahren nur noch dann zu berücksichtigen, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten.

- 8 - III. 1.1. Der Kläger sah vor Vorinstanz einen Abänderungsgrund in seinem Einkommen, welches gesunken sei (act. 5/2 S. 3; act. 5/19 S. 2). Zwei weitere Abänderungsgründe machte er sinngemäss geltend, indem er seinen aktuellen Bedarf mit Fr. 6'789.25 und damit höher bezifferte sowie geltend machte, die Beklagte generiere mittlerweile ein Einkommen von netto Fr. 5'593.55 (act. 5/38 S. 4, 13 und 16). Den erstgenannten Abänderungsgrund stützte der Kläger kurz zusammengefasst auf eine Verschlechterung seiner Einkommensverhältnisse ab April 2012, bedingt durch ausbleibende Provisionszahlungen der Vertragspartnerin der F._____ GmbH, der H._____ AG [Bank]. Letzteres habe zur Zahlungsunfähigkeit und letztlich zur Stilllegung der F._____ GmbH per Mitte des Jahres 2013 geführt. Er habe noch bis Juni 2013 ein vertraglich vorgesehenes

Grundgehalt von brutto Fr. 4'500.00 bezogen, danach keine Einkünfte mehr gehabt, bis er ab Januar 2014 von seinen erwachsenen Kindern bei der G._____ F._____ GmbH zu einem monatlichen Bruttolohn von wiederum Fr. 4'500.00 angestellt worden sei. Auch sei es ihm aus gesundheitlichen Gründen nicht mehr möglich, ein so hohes Einkommen wie früher zu erzielen (siehe etwa act. 5/2 S. 3 f., act. 5/19 S. 2 ff und S. 6). 1.2. Die Beklagte bestritt sinngemäss das Vorliegen von Abänderungsgründen. Zum Abänderungsgrund der Einkommensverminderung brachte sie im Wesentlichen vor, der Kläger habe den angeblichen (Geschäfts-)Einbruch der F._____ GmbH nach Beendigung des Vermittlungsverhältnisses mit der H._____ AG durch Beziehungen zu anderen Geschäftspartner kompensiert und es liege hinsichtlich der G._____ F._____ GmbH ein Durchgriffstatbestand vor; der Kläger sei auch faktischer Alleingesellschafter und -eigentümer dieser Gesellschaft, weshalb er sich deren Einkünfte und Vermögenswerte anrechnen lassen müsse. Dass beim Kläger gesundheitliche Probleme vorliegen bzw. er infolgedessen nicht mehr gleichermassen arbeitsfähig sein soll, stelle eine unbewiesene Parteibehauptung dar. Der Beleg über die Hospitalisierung belege nur, dass der Kläger im Spital gewesen sei; die Gewichtszunahme gemäss früheren Fotos beweise keine symptomatische Erkrankung (act. 5/31 S. 3 f. und 8 f.; act. 5/52 S. 8).

- 9 - 2. Die Vorinstanz wies das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen mit der Begründung der fehlenden Glaubhaftmachung von Abänderungsgründen durch den Kläger ab (act. 4 S. 20 f. Erw. II.5.1.). In ihren Erwägungen verwies die Vorinstanz zunächst darauf, dass im abzuändernden Entscheid das Einkommen des Klägers dem Gewinn der damaligen Einzelunternehmung der Beklagten bzw. der nachfolgenden F._____ GmbH gleichgesetzt worden sei. Es sei demnach von Belang, inwiefern der Kläger in den verschiedenen Gesellschaften tätig (gewesen) sei und wie sich dies auf sein tatsächliches Einkommen auswirke (act. 4 S. 9 Erw. 3.1. und S. 11 Erw. 4.1.). Hinsichtlich der F._____ GmbH kam die Vorinstanz zusammengefasst zum Schluss, ein Rückzug des Klägers aus bzw. eine Veränderung von dessen Tätigkeit in der Gesellschaft sei nicht glaubhaft. Die weggefallenen Provisionen der H._____ AG hätten nicht die einzigen Einkünfte der F._____ GmbH dargestellt und die aktuelle Geschäftstätigkeit sei durch den Kläger nicht genügend belegt worden. Im Weiteren würde eine fehlende Geschäftstätigkeit der F._____ GmbH allein keinen Abänderungsgrund darstellen, insbesondere weil der Kläger behauptete, gar nicht mehr bei derselben tätig zu sein. Es sei daher das Verhältnis des Klägers zur G._____ F._____ GmbH zu untersuchen (act. 4 S. 11 f. Erw. II. 4.2.a- b und S. 13 Erw. II.4.2.d). Der Kläger behauptete, bei dieser einer Erwerbstätigkeit im Anstellungsverhältnis für monatlich brutto Fr. 4'500.00 nachzugehen (act. 4 S. 13 Erw. II.4.3.a). Die Vorinstanz folgerte in Würdigung der Aktenlage, dass die Umstände gegen diese klägerische Sachdarstellung sprächen. Es sei aufgrund der gesamten Vorbringen beider Parteien und der Sachlage lebensfremd, dass der Kläger unbestrittenermassen jahrelang in seinem angestammten Geschäftsbereich erfolgreich tätig gewesen sei und hernach seine Kinder die G._____ F._____ GmbH mit gleicher Adresse sowie Telefonnummer (wie die F._____ GmbH) im gleichen Geschäftszweig gegründet hätten, dies unter Verzicht auf die jahrelange Erfahrung sowie den Kundenstamm des Klägers und unter Entschädigung von dessen Tätigkeit mit nur einem minimalen Fixlohn (act. 4 S. 14 Erw. II.4.3.c-d). Der Kläger habe einen Arbeitsvertrag, diverse Lohnabrechnungen und Steuererklärungen, aber keine privaten Bankauszüge oder weitere Unterlagen zu seinen finanziellen Verhältnissen ins Recht gelegt. Allein auf der Basis des

- 10 - eingereichten neuen Arbeitsvertrages sei eine erhebliche Veränderung der Verhältnisse nicht glaubhaft gemacht, zumal der Kläger schon bei der F. _____ GmbH über einen Arbeitsvertrag zu gleichen Konditionen wie heute verfügt und er damals ein weitaus höheres Einkommen generiert habe. An der Einschätzung würden die eingereichten Lohnabrechnungen nichts ändern, wiesen diese doch im Lichte der im Geschäftszweig der Kreditvermittlung sowie Versicherungsberatung notorischen Provisionen nicht zwingend sämtliche Erwerbseinkünfte aus. Die Lohnabrechnungen wiesen zudem Unstimmigkeiten auf, was gegen deren Verlässlichkeit spreche. Ebenso liessen die offerierten Steuerunterlagen keine eindeutige Einkommensberechnung zu. Eine Einkommensberechnung sei bereits im Eheschutzentscheid nicht anhand derselben vorgenommen worden, da die damalige Aktenlage nicht mit den tatsächlichen finanziellen Verhältnissen übereinstimmt habe (act. 4 S. 16 f. Erw. II.4.4.a und II.4.4.c). Die Darlegungen des Klägers zu bestehenden, schweren gesundheitlichen Problemen hielt die Vorinstanz zur Glaubhaftmachung, dass sein Gesundheitszustand eine Einkommenserzielung gemäss Eheschutzentscheid nicht mehr zulasse, als zu allgemein (act. 4 S. 18 Erw. 4.5.). Die vom Kläger bezifferte Erhöhung seines Bedarfs liege sodann bei 3 Prozent und stelle keine wesentliche Veränderung dar. Als Abänderungsgrund könne sich der Kläger schliesslich nicht alleine auf eine Erhöhung des Einkommens der Beklagten berufen. Angesichts der fehlenden Einkommenszahlen des Klägers könne ohnehin keine Gegenüberstellung sowie Neuberechnung bei der Einkommens- und Bedarfspositionen erfolgen, welche Aufschluss über eine tatsächliche Veränderung der Verhältnisse ergäbe. Überdies dürfe die Erwerbstätigkeit der Beklagten zur Finanzierung ihres Unterhaltes, da der Kläger gemäss ihren Angaben seit jeher seiner Unterhaltsverpflichtung nicht nachkomme, nicht als Abänderungsgrund zugunsten des Klägers ausgelegt werden (act. 4 S. 19 f. Erw. 4.6.-4.7). 3.1. Der Kläger bringt in seiner Berufungsschrift vor, er sei zu hohen Alimenten von Fr. 8'740.00 im Monat verpflichtet worden, weil sein Einkommen im damals relevanten Zeitpunkt – unter Anrechnung der Einkünfte der F. _____ GmbH – mit monatlich Fr. 16'667.00 veranschlagt worden sei. Die tatsächlichen Verhältnisse hätten sich seit dem abzuändernden Entscheid jedoch sowohl für ihn wie auch für

- 11 - die F. _____ GmbH drastisch verändert. Es sei eine Tatsache, unbestritten und zur Genüge bewiesen, dass die F. _____ GmbH ab 1. April 2012 massiv weniger Einkünfte verzeichnet habe. Auch die Vorinstanz habe festgestellt, dass das Einkommen zusammengebrochen sei. Unter diesen Umständen würden sich weitere Ausführungen/Beweismittel zum Umstand, dass via die F. _____ GmbH kein Einkommen mehr habe generiert werden können und generiert worden sei, erübrigen (act. 2 S. 3 f. Rz. 1.-3.). 3.2. Gemäss den Erwägungen der Vorinstanz ist allenfalls die Tatsache, dass die F. _____ GmbH seit Einreichung des Abänderungsgesuchs keine Provisionen der H. _____ AG mehr erhalten und in der Zeitspanne von Februar 2014 bis Juni 2015 keine relevanten Umsätze bzw. Gewinne erzielt hat, als unbestritten bzw. glaubhaft und deshalb nicht weiter durch den Kläger glaubhaft zu machen anzusehen (vgl. act. 4 S. 13 Erw. 4.2.d). Der Kläger verkennt aber mit seinen Ausführungen, dass die Vorinstanz an der von ihm zitierten Stelle des Entscheides weitführende Erwägungen anstellte und keineswegs erkannte, die Einkünfte der F. _____ GmbH seien ab 1. April 2012 massiv geringer gewesen bzw. eingebrochen und der Kläger habe via die F. _____ GmbH kein Einkommen mehr generieren können und könne dies auch nicht mehr. Die Vorinstanz hielt vielmehr fest, hinsichtlich des aktuellen Einkommens könne noch nichts zugunsten des Klägers abgeleitet werden, weil die Provisionen der H. _____ AG nicht die einzigen Einkünfte der F. _____

GmbH dargestellt hätten und die aktuelle Geschäftstätigkeit der Gesellschaft vom Kläger nicht genügend belegt worden sei (act. 4 S. 13 Erw. 4.2.d). Mit diesen vorinstanzlichen Erwägungen setzt sich der Kläger nicht auseinander und er zielt an ihnen vorbei, wenn er auf einen Entscheid des Bundesgerichts vom 20. August 2016 (recte 30. August 2016) verweist, mit welchem die Klage der F._____ GmbH gegen die I._____ AG [Bank] (vormals H._____ AG) definitiv abgewiesen wurde, und geltend macht, mit dem bundesgerichtlichen Entscheid falle die Argumentation der Beklagten, dass die F._____ GmbH allenfalls hohe Einnahmen erzielen könne, in sich zusammen. Auch geht entgegen der Ansicht des Klägers aus dem – im Berufungsverfahren in unbegründeter Ausfertigung zu den Akten gereichten (act. 3/1) – Bundesgerichtsurteil nicht hervor, dass er definitiv kein Einkommen mehr via die F._____ GmbH erzielt habe (act. 2 S. 4

- 12 - Rz. 4). Der Kläger genügt mit seinen Vorbringen somit weder den Anforderungen an die Berufungsbegründung noch vermag er einen Fehler in der Rechtsanwendung und/oder Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz darzutun. Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass der Kläger bereits am 24. Mai 2012 ein Verfahren auf Abänderung der vom Eheschutzrichter bzw. Obergericht festgelegten Ehegattenunterhaltsbeiträge angestrengt hatte. Als Abänderungsgrund stützte er sich damals auf die Einbusse von Provisionszahlungen der H._____ AG aufgrund des per 31. März 2012 ausgelaufenen Kreditvermittlungsvertrages und die folgenden vielen Absagen im Bereich der Kreditvermittlung (act. 5/5/1 S. 2 und 4 f. sowie Prot. EE120047 S. 6). Nachdem die Parteien ihre Gesuchsergänzung bzw. -antwort und die Stellungnahmen zu den Noven erstattet hatten, zog der Kläger sein Gesuch um Abänderung ohne Vorbehalt zurück (Prot. EE120047 S. 4 ff.; act. 5/5/10). In BGE 141 III 376 hielt das Bundesgericht in Bezug auf den Rückzug und die Neueinreichung eines Gesuchs um Abänderung vorsorglicher Massnahmen im Scheidungsverfahren fest, dass ein neues Gesuch nur unter der Voraussetzung veränderter Verhältnisse zulässig sei. Dem Entscheid betreffend vorsorgliche Massnahmen im Scheidungsverfahren komme nicht dieselbe Rechtskraftwirkung zu wie einem im ordentlichen (Klage-)Verfahren ergangenen Urteil. Dies finde namentlich darin Niederschlag, dass der Massnahmeentscheid erstens im Falle einer Veränderung der Verhältnisse einer Anpassung zugänglich sei und dieser zweitens das Endurteil im Scheidungsverfahren nicht präjudiziere. In diesen Schranken komme einem Entscheid über vorsorgliche Massnahmen indes Bindungswirkung zu und müsse ein Rückzug eines Abänderungsgesuchs einer Abweisung gleichgestellt werden (Erw. 3.4). Diese bundesgerichtliche Rechtsprechung muss auch im Falle gelten, in dem beim Eheschutzrichter ein Gesuch um Abänderung des Eheschutzentscheides zurückgezogen und hernach eine neuerliche Abänderung des Entscheides im Rahmen von vorsorglichen Massnahmen während des Scheidungsverfahrens angebeht wird. Auch ein im Summarverfahren gefällter (Abänderungs-)Entscheid des Eheschutzrichters ist vom Zweck her nicht auf Dauer angelegt und besitzt nur eine beschränkte Rechtskraft in dem Sinne, dass er bei dauerhafter und wesentlicher Veränderung der Verhältnisse – etwa durch vorsorgliche Massnahmen im Schei-

- 13 - dungsverfahren – angepasst werden kann (vgl. dazu BSK ZGB I-Isenring/Kessler, 5. A., Basel 2014, Art. 179 N 1). In diesem Rahmen hat der Entscheid jedoch Bindungswirkung. Insofern der Kläger folglich sein neuerliches Abänderungsbegehren resp. seine Berufung (pauschal) mit einer Einkommensverminderung wegen weggefallener Provisionen der H._____ AG und nachfolgend schwierigerem Stand in der Branche

begründet, so kann er heute nicht auf diesen Abänderungsgrund zurückkommen, wenn er im Jahr 2012 mittels vorbehaltlosem Rückzug und ohne Zustimmung der Beklagten auf eine Prüfung dieser Verhältnisveränderung verzichtete (vgl. BGE 141 III 376 E. 3.4). 4.1. Der Kläger beanstandet weiter, dass die Vorinstanz in einem ersten Schritt die G. _____ F. _____ GmbH "mit ins Spiel gebracht" habe und ihm in einem zweiten Schritt unterschiebe, bei dieser ein (zusätzliches) hohes (Provisions-)Einkommen zu erzielen (act. 2 S. 4 Rz. 3 Abs. 2 und Rz. 5 Abs. 1). Die Erzielung eines zusätzlichen Einkommens via die G. _____ F. _____ GmbH entbehre jeder Grundlage, sei falsch und stelle eine pure Behauptung dar. Betreffend die Einkommenshöhe würden nicht einmal Behauptungen, geschweige denn Beweise vorliegen. Die Beklagte habe keine anderen angeblichen Einkommensquellen genannt und die Vorinstanz mache sich in unzulässiger Weise zu deren Advokaten, wenn sie die Entrichtung von Provisionen im Geschäftszweig der Kreditvermittlung sowie Versicherungsberatung als gerichtsnotorisch und in der Praxis üblich erachte und daraus schliesse, er erziele damit ein hohes Einkommen bei der G. _____ F. _____ GmbH. Die Gesellschaft bezwecke die Vermittlung von Versicherungen. Es gehe nicht an, ihm unterzuschreiben, er könne nun via Vermittlung von Krankenversicherungen dasselbe Einkommen (wie früher) erzielen. Es handle sich um die Firma seiner beiden Kinder, welche eine wirtschaftliche Ausbildung oder versicherungsspezifische Weiterbildungen vorweisen könnten. Das Zustandekommen sowie der Abschluss von Geschäften sei in erster Linie dem ausserordentlichen Engagement seines Sohnes zuzuschreiben und seine Tochter besorge u.a. die Buchhaltung (act. 2 S. 4 f. Rz. 5 Abs. 2, S. 5 Rz. 6, S. 6 Rz. 7 und S. 7 Rz. 9). Die Vorinstanz verweise zu Recht auf die geltende Dispositions- und die eingeschränkte Untersuchungsmaxime. Es sei jedoch nicht ersichtlich, wo er seine Mitwirkungspflicht verletzt haben solle. Es sei nicht haltbar, ihm vorzuwerfen, er

- 14 - habe Unterlagen nicht eingereicht, wenn solches von ihm gar nicht verlangt worden sei. Unter anderem werde ihm vorgeworfen, keinen (privaten) Bankauszug eingereicht zu haben. Dies habe er auch nicht als notwendig erachtet, nachdem über ihn der Konkurs erklärt worden sei. Er habe in den letzten zwei Jahren über kein Vermögen mehr verfügt und er besitze nur das Konto bei der J. _____ [Bank] (act. 2 S. 5 Rz. 6). Dass er nirgends ein Einkommen erziele, so der Kläger, könne er nicht generell glaubhaft machen. Ein negativer Einkommensbeweis sei praktisch unmöglich zu führen. Er betone, dass er keine Provisionen oder weitere Einkünfte erhalte und unter den gegebenen Umständen über keine finanziellen Möglichkeiten verfüge. Wenn davon abgesehen werde, ihm ein "hypothetisches Einkommen G. _____ F. _____ GmbH" zuzurechnen, so sei im Resultat von seinen im Behauptungsverfahren dargelegten Zahlen auszugehen, mithin von einem Einkommen von brutto Fr. 4'500.00 (act. 2 S. 6 f. Rz. 8 und 10). 4.2.1. Der Kläger verkenne das Wesen eines Abänderungsverfahrens nach Art. 179 ZGB und ist daran zu erinnern, dass es im vorliegenden Verfahren nicht um die originäre (erstmalige) Festsetzung seiner Unterhaltspflicht gegenüber der Beklagten geht oder ihm ein – durch die Beklagte zu behauptendes bzw. beziffertes – hypothetisches (hohes) Einkommen angerechnet wurde, sondern die Vorinstanz ihren Entscheid auf die nicht gelungene Glaubhaftmachung seiner Einkünfte bzw. eines Abänderungsgrundes im Einkommen stützte. Die Vorinstanz hielt es nach substantiiertem Bestreiten der Beklagten für nicht genügend durch den Kläger glaubhaft gemacht, dass er nur noch ein Bruttoeinkommen von Fr. 4'500.00 im Angestelltenverhältnis erziele. Nach den allgemeinen Regeln über die Beweislastverteilung bzw. (hier) über die Verteilung der Glaubhaftmachungslast (Art. 8 ZGB), obliegt es

demjenigen, der einen Anspruch geltend macht, die rechtsbegründenden Tatsachen glaubhaft zu machen. Demgegenüber liegt die Last der Glaubhaftmachung für die rechtsvernichtenden oder rechtshindernden Tatsachen bei der Partei, welche den Untergang des Anspruchs behauptet oder dessen Entstehung oder Durchsetzbarkeit bestreitet. Im Abänderungsprozess hat demnach nicht die Beklagte einen Unterhaltsanspruch zu belegen, sondern es ob- liegt dem Kläger, die tatbestandlichen Voraussetzungen glaubhaft zu machen, aus denen auf die Abänderbarkeit des rechtskräftigen obergerichtlichen Urteils

- 15 - vom 2. Februar 2012 bzw. den (teilweisen) Untergang des Unterhaltsanspruchs der Beklagten geschlossen werden muss (siehe dazu BGer 5A_117/2010 vom 5. März 2010, E. 3.3-3.4 oder auch BGer 5A_299/2012 vom 21. Juni 2012, E. 3.1.2 m.w.H.). Zur Glaubhaftmachung im vorgenannten Sinne ist zwar eine ge- ringere Wahrscheinlichkeit als die volle Überzeugung erforderlich. Es genügt be- reits eine erhebliche Wahrscheinlichkeit für die Richtigkeit einer behaupteten Tat- sache. Blosser bzw. nachdrückliche Behauptungen reichen jedoch nicht. Um eine Tatsache glaubhaft zu machen, braucht es gewisse objektive Anhaltspunkte (vgl. Staehelin/Staehelin/Grolimund, Zivilprozessrecht, 2. A., Zürich 2013, § 18 N 39). Analog zur freien richterlichen Beweiswürdigung bleibt es dem Gericht überlas- sen, den "Beweiswert" eines Glaubhaftmachungsmittels nach freier Überzeugung zu bestimmen. Insbesondere kann das Gericht auch im Rahmen der blossen Glaubhaftmachung von behaupteten Tatsachen die Einreichung von sachdien- lichen Unterlagen verlangen, wenn dies ohne Weiteres möglich ist (Kassations- gericht AA100016 vom 21. März 2011, E. 2.5). Dem eheschutzrichterlichen bzw. obergerichtlichen Entscheid betreffend die Un- terhaltsbeiträge, welchen der Kläger abzuändern ersucht, lag folgender Sachver- halt zugrunde: Die Parteien hatten während ihres Zusammenlebens die auf den Namen der Beklagten lautende Einzelunternehmung "B1._____" gegründet und im Handelsregister eingetragen. Die Beklagte kümmerte sich in der Einzelunter- nehmung um die Buchhaltung bzw. administrativen Arbeiten, während der Kläger als Kreditvermittler arbeitete und nach seinen Angaben das Geld nach Hause brachte. So wurde während 18 Jahren ein Kundenstamm aufgebaut. Kurz vor bzw. während des von der Beklagten anhängig gemachten Eheschutzverfahrens gründete der Kläger die F.____ GmbH. Nach Erhalt der Bewilligung zur Vermitt- lung von Konsumkrediten wurden die unter Benutzung der bisherigen Telefon- nummern und Werbeunterlagen der Einzelunternehmung abgeschlossenen Ge- schäfte neu über die F.____ GmbH abgewickelt. Derselben standen nunmehr die Provisionen für die Kreditvermittlung zu. Die früheren Mitarbeiter der Einzelun- ternehmung arbeiteten neu in der F.____ GmbH. Gemäss Aussage des Klägers funktionierte die Einzelunternehmung in der Folge nicht mehr: Es habe nieman- den mehr gegeben, der die Firma noch vertrat resp. für sie arbeitete. Im ehe-

- 16 - schutzrichterlichen bzw. obergerichtlichen Entscheid wurde davon ausgegangen, dass die Tätigkeit der Beklagten in der Einzelunternehmung nicht erheblich ge- winnrelevant gewesen sei und der Kundenstamm (welcher in die neue Gesell- schaft überführt worden war) der grösste Wert der Einzelunternehmung darge- stellt habe. Das für die Bemessung der Unterhaltsverpflichtung gegenüber der Beklagten massgebende klägerische Einkommen wurde mit dem bisher mit der Einzelunternehmung erzielten Gewinn von Fr. 200'000.00 gleichgesetzt, worin folglich die Annahme lag, ein solcher werde nun weiterhin vom Kläger mit der neu gegründeten F.____ GmbH erzielt (act. 5/8/5 S. 6; act. 5/8/21 S. 8 f., 12 und 21; act. 5/9/40 S. 6 f. und 9; EE100432 Prot. S. 11 f. und 14). Der Umstand der Grün- dung der G.____ F.____ AG weist Parallelen zur Situation im Eheschutz- verfahren auf, als

der Kläger die Geschäftstätigkeit der Einzelunternehmung "B1._____" in das neue Kleid der F.____ GmbH überführte und die Einzelunternehmung damit als quasi leere Hülle zurückliess. Der Kläger gab damals im Eheschutzverfahren an, dass die F.____ GmbH drei Beteiligte habe, es seien die beiden Kinder sowie eine Drittperson im Handelsregister eingetragen (EE100432 Prot. S. 11 f.; act. 5/5/1 S. 2). Zwischen dem Kläger und der F.____ GmbH wurde am 26. Oktober 2010 ein Arbeitsvertrag aufgesetzt, aus dem sich ein vereinbarter, zwölfmal im Jahr auszubezahlender Bruttolohn des Klägers von Fr. 4'500.00 ergibt (act. 5/20/16). Ebenso sind bei der G.____ F.____ GmbH die Kinder als Gesellschafter und Geschäftsführer sowie eine dritte Person (Lebenspartnerin des Klägers) im Handelsregister aufgeführt. Es besteht ein Arbeitsvertrag des Klägers mit der G.____ F.____ GmbH zu gleichen Konditionen bzw. mit einem in der Höhe von Fr. 4'500.00 ausgewiesenen Bruttolohn (act. 5/4/4). Der Kläger gab sodann bereits im Verfahren betreffend die Abänderung des Eheschutzentscheides an, ein drittes "Standbein" in der Vermittlung von Versicherungen aufgebaut zu haben (EE120047 Prot. S. 6). Mithin bezweckte resp. bezweckt die F.____ GmbH gemäss Handelsregistereintrag neben der Kreditvermittlung auch die Versicherungsberatung. Die G.____ F.____ GmbH ist mit demselben Zweck und darüber hinaus mit derselben Geschäftsadresse wie die F.____ GmbH im Handelsregister eingetragen. Im Weiteren ist darauf hinzuweisen, dass nicht nur eine offensichtliche Namensähnlichkeit zwischen den bei-

- 17 - den Gesellschaften besteht. Der Zusatz "G._____" in der Firma G.____ F.____ GmbH hat einen direkten Bezug zum Kläger, handelt es sich gemäss eigenen Angaben des Klägers dabei doch um seinen "Stammnamen" (act. 5/32/1 S. 12). Der Kläger setzt diesen – von der Vorinstanz angeführten (siehe act. 4 S. 14 f. Erw. II. 4.3.c-d und S. 16 Erw. II.4.4.c) – Sachumständen bzw. objektiven Anhaltspunkten, welche gegen seine Behauptungen sprechen, dass er lediglich in einem Angestelltenverhältnis zur G.____ F.____ GmbH steht und einen Bruttolohn von Fr. 4'500.00 erhält, nichts entgegen. Er setzt sich mit diesen nicht auseinander. Der Kläger erschöpfte sich stattdessen in der Wiederholung seiner bereits vor Vorinstanz vorgetragenen Behauptung (siehe act. 5/19 S. 6, act. 5/38 S. 6 und 14, act. 5/68 S. 3), die Führung und Geschäftstätigkeit in der G.____ F.____ GmbH werde durch seine beiden Kinder erbracht. Dies reicht zur Begründung der Berufung resp. zur Umstossung der vorinstanzlichen Erwägungen nicht aus. Die Erwägung der Vorinstanz, es dürfte selbst im Falle einer Anstellung des Klägers in der Gesellschaft seiner Kinder nicht telquel auf ein fehlendes Einkommen geschlossen werden, weil die Entrichtung von Provisionen im Geschäftszweig der Kreditvermittlung und Versicherungsberatung als gerichtsnotorisch und in der Praxis üblich anzusehen sei, erfolgte lediglich im Sinne einer Eventualerwägung (siehe act. 4 S. 16 Rz. 4.4.c). Da bereits die Haupterwägungen der Vorinstanz, dass ein (blosses) Angestelltenverhältnis des Klägers zur G.____ F.____ GmbH bei einem Bruttolohn von nur Fr. 4'500.00 nicht glaubhaft sei, vom Kläger im Berufungsverfahren nicht umgestossen werden konnte, erübrigen sich Weiterungen zur Eventualerwägung der Vorinstanz. 4.2.2. Zum Vorbringen des Klägers, er könne nicht generell glaubhaft machen, kein Einkommen zu erzielen, ein negativer Einkommensbeweis sei praktisch unmöglich, ist Folgendes anzuführen: Die Vorinstanz stellte Erwägungen dazu an, weshalb auf die vom Kläger zum Nachweis seines Anstellungsverhältnisses und Bruttolohnes von Fr. 4'500.00 eingereichten Belege, wie den Arbeitsvertrag mit der G.____ F.____ GmbH, die Lohnabrechnungen und Steuererklärung, nicht abgestellt werden könne (siehe act. 4 S. 16 Erw. II.4.4.c). Der Berufungsschrift des Klägers lässt sich keine sachbezogene Auseinandersetzung mit den vorinstanzlichen Erwägungen dazu

entnehmen. Überdies trifft es zwar zu, dass für

- 18 - sogenannte negative Tatsachen naturgemäss kaum je der volle Beweis erbracht werden kann. Ein solcher ist beim vorliegenden Beweismass der Glaubhaftmachung jedoch zum einen nicht gefordert. Zum anderen führt dies nicht zur Umkehr der Beweislast und entbindet den unterhaltspflichtigen Ehegatten im Abänderungsprozess weder von der Behauptungs- noch von der Glaubhaftmachungslast. Darüber hinaus ist darauf hinzuweisen, dass in aller Regel nicht eine negative Tatsache als solche, sondern positive Sachumstände – wie hier zur tatsächlichen Erwerbstätigkeit resp. den Einkünften des Klägers – zu behaupten bzw. glaubhaft zu machen sind, aus denen die negative Tatsache gefolgert werden kann (vgl. zur Thematik BK-Walter, Bd. I/1, Bern 2012, Art. 8 N 323, 327, 336 und 342). Wie gezeigt ist dies dem Kläger nicht gelungen; die Sachumstände sprechen gegen seine Darstellungen. Es ist der Vorinstanz darin zuzustimmen, dass sich der Kläger bei der genannten Sachlage und Bestreitung der Beklagten nicht mit der Behauptung hätte begnügen dürfen, er erziele einzig ein Einkommen aus unselbständiger Erwerbstätigkeit bei der G._____ F._____ GmbH. Es wäre zumutbar gewesen und an ihm gelegen, vollständige sowie nachvollziehbare Behauptungen, insbesondere zur Geschäftstätigkeit und seiner Stellung in den Gesellschaften, aufzustellen und diese mit aussagekräftigen Belegen zu dokumentieren. Die nunmehr im Berufungsverfahren durch den Kläger erfolgte Einreichung eines Steuerausweises seines Privatkontos per 31. Dezember 2015 (act. 3/2), ohne Darlegung, weshalb es ihm nicht möglich gewesen wäre, einen entsprechenden Beleg bereits vor Vorinstanz einzureichen, ist als verspätet im Sinne von Art. 317 Abs. 1 ZPO anzusehen. Eine nähere Auseinandersetzung hinsichtlich der Aktualität resp. Aussagekraft des Belegs in Bezug auf die im Abänderungsverfahren glaubhaft zu machenden Behauptungen erübrigt sich daher. Der Beleg hat unberücksichtigt zu bleiben (vgl. dazu oben Erw. II.4.). 4.2.3. Falls der Kläger schliesslich mit seinen Ausführungen, ihm könne nicht vorgeworfen werden, Unterlagen nicht eingereicht zu haben, wenn solches von ihm nicht verlangt worden sei, zum Ausdruck bringen möchte, dass die Vorinstanz ihn zur Einreichung der nötigen Belege zu seinen Behauptungen hätte auffordern müssen, so kann auch dieser Ansicht nicht gefolgt werden. Die sogenannte soziale bzw. eingeschränkte Untersuchungsmaxime entbindet die Parteien nicht davon,

- 19 - dem Gericht die nötigen Tatbestandselemente zu nennen und ihm die verfügbaren Beweismittel zu liefern. Das Gericht ist bei Geltung des eingeschränkten Untersuchungsgrundsatzes – anders als bei Kinderbelangen, wo die uneingeschränkte Untersuchungsmaxime (Art. 293 Abs. 1 ZPO) und überdies die Offizialmaxime gilt (Art. 293 Abs. 3 ZPO) – nicht zur eigentlichen Erforschung des Sachverhaltes verpflichtet, sondern hat in erster Linie eine unbeholfene oder schwächere Partei zu unterstützen, was sich in der Praxis namentlich in einer verstärkten Fragepflicht und der Aufforderung zur Einreichung fehlender Beweisunterlagen ausdrückt. Bei zwei anwaltlich vertretenen Parteien, wie vorliegend, besteht ein solches Ungleichgewicht und demzufolge eine solche Unterstützungspflicht seitens des Gerichts nicht; der Untersuchungsgrundsatz ist sehr zurückhaltend anzuwenden (vgl. BGer 5A_2/2013 vom 6. März 2013, E. 4.2). In die gleiche Richtung deutet, dass die vom Gesetzgeber getroffene Lösung insofern etwas widersprüchlich scheint, als im Massnahmeverfahren gemäss Art. 272 ZPO an sich der Untersuchungsgrundsatz anzuwenden ist, in der Hauptsache aber gemäss Art. 277 Abs. 1 ZPO der Verhandlungsgrundsatz gilt. Auch dieser Umstand erfordert Zurückhaltung des Gerichtes bei der Sachverhaltsabklärung. Der Vorinstanz kann somit nicht vorgeworfen

werden, den anwaltlich vertretenen Klä- ger nicht zur Einreichung von Unterlagen aufgefordert zu haben. Dies hat im vor- liegenden Fall umso mehr zu gelten, als der Kläger vor Vorinstanz ausdrücklich und mehrfach den Standpunkt vertrat, der Einbezug weiterer Unterlagen führe zu weit, die Daten der F._____ GmbH seien für das vorliegende Verfahren nicht re- levant, es seien seine Einkommensverhältnisse zu prüfen und nicht die der ande- ren (natürlichen und) juristischen Personen (act. 5/ 5/38 S. 2 und 14, act. 5/68 S. 2). 5.1. Aufgrund des Gesagten, ist es nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz die klägerische Behauptung zur Einkommensverminderung als nicht glaubhaft er- achtete und damit das Vorliegen eines Abänderungsgrundes im Einkommen des Klägers verneinte. Der Hauptberufungsantrag des Klägers ist deshalb abzuwei- sen.

- 20 - 5.2. Eine Neuberechnung der Unterhaltsbeiträge gestützt auf sämtliche aktuali- sierten Berechnungsparameter erfolgt, wie bereits die Vorinstanz zutreffend fest- hielt (vgl. act. 4 S. 8 Erw. II.2.1.), erst in einem zweiten Schritt, wenn in einem ers- ten Schritt das Vorliegen von Abänderungsgründen im Sinne von Art. 179 Abs. 1 ZGB bejaht wird. Der Kläger vermag die Erwägungen der Vorinstanz, dass ihm die Glaubhaftmachung des Vorliegens von Abänderungsgründen nicht gelungen sei, mit seinen Argumenten im Berufungsverfahren nicht umzustossen. Folglich war und ist eine Neuberechnung der Unterhaltsbeiträge – insbesondere wie vom Kläger gefordert "ohne Miteinbezug eines Einkommens G._____ F._____ GmbH" – nicht angezeigt. Damit ist auch der klägerische Eventualantrag auf Rückwei- sung der Sache an die Vorinstanz abzuweisen. 6. Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass es dem Kläger nicht gelingt, mit seinem Haupt- sowie Eventualantrag durchzudringen. Die Beru- fung des Klägers ist abzuweisen und die Verfügung des Bezirksgerichts Dietikon vom 3. November 2016 (Geschäfts-Nr. FE150038-M/Z12) ist zu bestätigen. IV. 1. Für das zweitinstanzliche Verfahren rechtfertigt sich in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 4 Abs. 1 bis 3 sowie § 8 Abs. 1 der Gebühren- verordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG) eine Enscheid- gebühr von Fr. 4'300.00. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens sind aus- gangsgemäss dem Kläger aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). 2. Der Beklagten ist mangels relevanter Umtriebe im Berufungsverfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen (vgl. Art. 95 Abs. 3 ZPO), dem Kläger nicht, weil er unterliegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

- 21 - Es wird erkannt: 1. Die Berufung wird abgewiesen, und die Verfügung des Bezirksgerichts Dietikon vom 3. November 2016 (Geschäfts-Nr. FE150038-M/Z12) wird be- stätigt. 2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 4'300.00 festgesetzt. 3. Die Kosten für das Berufungsverfahren werden dem Kläger auferlegt. 4. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteientschädigungen zuge- sprochen. 5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte unter Beilage der Doppel von act. 2 und act. 3/1-2, sowie an das Bezirksgericht Dietikon und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein. Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück. 6. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert

E. 30

Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Be- schwerde 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 Fr. 314'640.00. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

- 22 - Obergericht des Kantons Zürich II. Zivilkammer Die Gerichtsschreiberin: lic. iur. K. Würsch versandt am:

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