

ZH_OBERGERICHT LY170006 vom 12. Juli 2017

ZH Obergericht, 2017-07-12, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LY170006

FR: ZH_OBERGERICHT LY170006 du 12 juillet 2017

IT: ZH_OBERGERICHT LY170006 del 12 luglio 2017

Erwägungen

E. 1

Die Parteien stehen sich seit 2010 vor Vorinstanz in einem Scheidungsver- fahren gegenüber. Für weitere Einzelheiten der vorinstanzlichen Prozessge- schichte sei auf die Erwägungen im vorinstanzlichen Entscheid verwiesen (Urk. 2 S. 2 ff. E. I/1.1.-1.18.).

E. 1.1

Einkommen der Beklagten

E. 1.1.1

Die Vorinstanz erwog, im Lohnausweis sowie den Lohnabrechnungen der Beklagten sei ein monatliches Nettoeinkommen von rund Fr. 4'000.– ausgewie- sen. Darüber hinausgehende Einnahmen der Beklagten seien gemäss § 110 Abs. 1 ZPO/ZH vom Kläger glaubhaft zu machen. Der Kläger habe geltend gemacht, aus dem Arbeitsvertrag ergebe sich ein monatliches Mindesteinkommen der Beklagten von Fr. 6'045.– (unter Verweis auf Urk. 5/130 Ziff. III./lit. b/Abs. 2). Indes habe die Beklagte bereits in ihrer Gesuchs- antwort zu Recht darauf aufmerksam gemacht, dass nicht ersichtlich sei, worauf diese Zahl beruhe, und den anwaltlich vertretenen Kläger auf seine Substantiiie- rungspflicht hingewiesen.

Wesentliches müsse in der Rechtschrift enthalten sein, ein Verweis auf eine nicht genauer bezeichnete Beilage genüge dafür nicht. Aber selbst wenn die selbsterstellte Übersicht zur angeblichen Zusammensetzung des beklagtischen Lohns zur Hand genommen und geprüft werde, sei nicht nachvoll- ziehbar, woraus der Kläger die dort aufgelisteten Zahlen ableiten wolle. Der Klä-

- 8 - ger sei indes auch nach erfolgter Aufforderung seiner Substantiierungspflicht nicht nachgekommen. An der Verhandlung vom 21. Oktober 2016 habe er lediglich auf seine Gesuchsbegründung verwiesen. Dort werde jedoch nichts Konkretes aufge- führt, sondern unstatthaft auf eine beigelegte Urkunde verwiesen. Bei dieser Ur- kunde handle es sich jedoch um eine vom Kläger persönlich erstellte Auflistung, deren Beträge nicht nachvollziehbar dargestellt worden seien (mit Hinweis auf Urk. 5/131/1). So sei unerklärlich geblieben, weshalb die Beklagte ein monatliches Nettoeinkommen von Fr. 6'045.– erzielen solle. Soweit der Kläger im Weiteren geltend mache, die Beklagte arbeite seit 1. Juli 2015 im Umfang von 100 % und erziele dadurch höhere Einnahmen, werde dies durch die von der Beklagten eingereichten Vertragsergänzungen lückenlos wider- legt. Hinsichtlich der vom Kläger geltend gemachten variablen Lohnbestandteile habe die Beklagte glaubhaft gemacht, dass sie keine solche erhalte, und dem Kläger misslinge mit der blossen Behauptung, die Beklagte habe sicherlich auch variable Lohnbestandteile einvernahmt, die Glaubhaftmachung solcher Einkünfte. Ebenso verhalte es sich mit der vom Kläger suggerierten Lohnerhöhung der Be- klagten infolge derer Beförderung zur alleinigen Geschäftsführerin. Der Kläger vermute sodann, die Beklagte habe ein grösseres

Einkommen, als dies durch die eingereichten Lohnabrechnungen und den Lohnausweis belegt werde. Entsprechend habe er verlangt, die Beklagte sei zu verpflichten, weitere Nachweise über ihr regelmässiges Einkommen seit dem Jahr 2011 zu erbringen, wie insbesondere Steuererklärungen, Lohnabrechnungen und Anstellungsverträge. Es bestehe jedoch kein Anlass für das Gericht, an der Richtigkeit des mit Lohnabrechnungen und einem Lohnausweis belegten Einkommens der Beklagten zu zweifeln. Aus den Ausführungen des Klägers würden keine Anhaltspunkte in Bezug auf die Unrichtigkeit der Angaben zum Einkommen der Beklagten hervorgehen, die das Gericht zu ernsthaften Zweifeln veranlassen könnten. Vielmehr handle es sich um eine unbelegte und vage Vermutung seinerseits. Solche Ausführungen könnten das Gericht nicht dazu veranlassen, den klägerischen Editonsbegehren stattzugeben (Urk. 2 E. IV./4.3.).

- 9 -

E. 1.1.2

Der Kläger moniert zusammengefasst, die Vorinstanz habe in ihrem Entscheid die grundsätzliche Beweisregel von Art. 8 ZGB missachtet. Er habe schlüssig dargelegt, dass die Beklagte seit März 2015 gemäss ihrem Arbeitsvertrag bei einem 80 %-Pensum ein Einkommen von Fr. 6'045.– bzw. mindestens ein Einkommen von monatlich Fr. 6'000.– erziele resp. verdienen sollte. Auch habe er explizit dargestellt, wie er zu der Zahl von Fr. 6'045.– gelangt sei. Die Beklagte habe dies nur in Urk. 5/144 schriftlich bestritten und nur selbst erstellte bzw. selbst unterzeichnete Dokumente (Arbeitsverträge, Lohnabrechnungen und Lohnausweise) als Beleg offeriert. Diese Dokumente stellten indes lediglich eine Parteiaussage dar. Der Aufforderung zur Einreichung einer Steuererklärung seit 2011 oder einer definitiven Steuerrechnung sei sie hingegen nicht nachgekommen. Auch habe sie nicht alle Vereinbarungen mit ihrer Arbeitgeberin ins Recht gereicht, die inhaltlich ihre ursprüngliche Vereinbarung derart abänderten, "so dass anstatt der bei 80 % Anstellung vereinbarten rund CHF 6'045 monatlich – wie vom Beschwerdeführer in seinen Darstellungen substantiiert und aufgrund des von der Beschwerdegegnerin eingereichten Anstellungsvertrages errechnet wurde – nur noch die knapp CHF 4'000 erzielt" würden. Sodann habe die Beklagte auch hinsichtlich der Zielvereinbarungen mit der Arbeitgeberin, deren Ziele sie behaupteterweise nicht erreicht haben will, nichts Schriftliches ins Recht gereicht. Dennoch sei die Vorinstanz den Ausführungen der Beklagten gefolgt. Die Folgen der Beweislosigkeit der Beklagten seien in einer Rechtsverletzung dem Kläger auferlegt worden. Die Vorinstanz habe die Sachlage dahingehend gewürdigt, dass es dem Kläger nicht gelungen sei, den Beweis dafür zu erbringen, dass die Beklagte mehr als Fr. 4'000.– pro Monat verdiene, was eine Würdigung unter grob unrichtiger Feststellung des Sachverhalts darstelle. Der Kläger habe dargelegt, dass gemäss dem Arbeitsvertrag die Beklagte bei einem 80 %-Pensum ein monatliches Fixeinkommen von rund Fr. 6'045.– erziele. Damit habe sich die Vorinstanz indes nicht auseinandergesetzt und sich einzig auf die schriftlichen und mündlichen Aussagen der Beklagten gestützt. Die Beklagte habe jedoch nicht beweisen können, dass sie nicht das vertraglich vereinbarte Entgelt von Fr. 6'045.– erwirtschaftete. Es wäre der Beklagten obliegen, mittels entsprechenden Zielvereinbarungen oder Leistungsbeurteilungen ihre Behauptung nachzuweisen,

- 10 - wonach sie deshalb nicht mehr verdiene, weil sie die Leistungsziele nicht erreicht habe. Gleiches gelte für die im Arbeitsvertrag vereinbarte Übernahme eines Anteils an den Wohnkosten. Es wäre an der Beklagten gewesen, nachzuweisen, dass der Arbeitsvertrag abgeändert worden sei und diese Leistungen nicht mehr erbracht würden. Dies habe sie

indes nicht getan (Urk. 1 Rz. 6 ff.).

E. 1.1.3

Die Vorinstanz hat Wesen und Voraussetzungen für die Abänderung von vorsorglichen Massnahmen für die Dauer des Scheidungsverfahrens zutreffend dargestellt, weshalb zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen auf ihre Ausführungen verwiesen werden kann (Urk. 2 E. IV/2.). Anzufügen ist indes, dass es im Verfahren betreffend vorsorgliche Massnahmen für die Dauer des Scheidungsverfahrens gemäss Art. 137 aZGB genügt, die entscheiderelevanten tatsächlichen Verhältnisse (bei freier Beweiswürdigung) lediglich glaubhaft zu machen (siehe § 110 Abs. 1 ZPO/ZH). Analog zu Art. 8 ZGB ist jedoch eine "Glaubhaftmachungslast" derjenigen Partei zu beachten, welche aus einer behaupteten Tatsache Rechte ableitet. Vorliegend leitet der Kläger aus der von ihm geltend gemachten Verbesserung der finanziellen Leistungsfähigkeit der Beklagten eine Vermin- derung seiner Unterhaltspflicht ab. Entsprechend trifft ihn hierfür die Glaubhaft- machungslast (BGer 5A_117/2010 vom 5. März 2010, E. 3.3; statt vieler: OGer ZH LY150047 vom 20. November 2015, E. 2.2.).

E. 1.1.4

Damit wäre es dem Kläger obliegen, das von ihm behauptete Einkommen in der Höhe von Fr. 6'045.– bzw. von mindestens Fr. 6'000.– glaubhaft zu machen. Die Vorinstanz kam indes zusammengefasst zum Schluss, dass ihm dies (im Fr. 4'000.– pro Monat übersteigenden Betrag) nicht gelungen sei: So habe der Kläger (trotz entsprechender Aufforderung) nicht rechtsgenügend substantiiert, wie sich dieser Betrag zusammensetze. Ein pauschaler Verweis in seiner Rechts- schrift auf eine Beilage (ohne konkrete Bezeichnung) genüge nicht. Und selbst unter Berücksichtigung dieser Beilage (Urk. 5/131/1) sei der Betrag nicht nach- vollziehbar (siehe Urk. 2 E. IV/4.3.). Mit diesen Erwägungen setzt sich der Kläger in seiner Rechtsmittelschrift nicht rechtsgenügend auseinander. So legt er nicht dar, inwiefern er – entgegen der vorinstanzlichen Erwägung – den von ihm gel- tend gemachten Betrag substantiiert sowie glaubhaft gemacht haben soll. Er be-

- 11 - gnügt sich lediglich mit dem (mehrmaligen) Hinweis, er habe nachgewiesen, dass die Beklagte monatlich Fr. 6'045.– bzw. mind. Fr. 6'000.– verdiene, und zudem dargetan, wie sich die Zahl zusammensetze. Gleiches gilt hinsichtlich seiner Rü- ge, er habe den "Beweis" gar nicht erbringen können, zumal er sich nur auf die "unvollständigen, zweifelhaften und bestrittenen Unterlagen" der Beklagten habe berufen können, nachdem diese ihrer Editions- pflicht nicht rechtsgenügend nach- gekommen sei (Urk. 1 Rz. 6 ff.). Die Vorinstanz legte im angefochtenen Entscheid dar, weshalb für sie kein Anlass bestehe, an der Richtigkeit des mit Lohnabrech- nungen und einem Lohnausweis belegten Einkommens der Beklagten zu zweifeln und weshalb sie den entsprechenden klägerischen Editionsbegehren nicht statt- gebe (Urk. 2 E. IV./4.3.4. und 4.3.6.). Mit diesen Erwägungen setzt sich der Klä- ger ebenfalls nicht auseinander, womit er seiner Begründungspflicht nicht rechts- genügend nachgekommen ist. Nachdem der Kläger das behauptete Einkommen von Fr. 6'045.– bzw. mindes- tens Fr. 6'000.– nicht glaubhaft machen konnte, geht auch sein Einwand fehl, der Beklagten sei es nicht gelungen, ein geringeres Einkommen als Fr. 6'045.– bzw. Fr. 6'000.– nachzuweisen. Denn das musste sie auch nicht, oblag es doch – wie erwähnt – dem Kläger, den Abänderungsgrund (in casu das höhere Einkommen der Beklagten) glaubhaft zu machen. Ob die Beklagte die Darstellung des Klägers in der Folge substantiiert bestritten

hat oder nicht (Urk. 1 Rz. 13), kann unter diesen Umständen offen bleiben.

E. 1.1.5

Zusammengefasst erweist sich die Berufung des Klägers in diesem Punkt als unzulässig und unbegründet. Entsprechend ist sie abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

E. 1.2

Frage der Rückwirkung des Entscheides

E. 1.2.1

Die Vorinstanz erwog, der Kläger habe angesichts der eingereichten E-Mail-Konversationen vom 27. März bzw. 1. April 2015 spätestens ab diesem Zeitpunkt Kenntnis von der Arbeitsstelle der Beklagten gehabt, wenngleich noch nicht von der konkreten Höhe des Einkommens. Die konkrete Höhe des Einkommens habe er mit Empfang der Duplik am 14. Januar 2016 erfahren, zumal dieser sowohl der Arbeitsvertrag als auch die Lohnabrechnungen der Monate März bis

- 12 - September 2015 beigelegt hätten. Ein rechts- oder treuwidriges Verhalten der Beklagten im Sinne einer Verletzung der ehelichen Auskunftspflicht oder Rechenschaftspflichten komme deshalb grundsätzlich nur für den Zeitraum vor der Zustellung der Duplik in Frage. Ein solches Verhalten der Beklagten könnte vorliegen, wenn sie dem Kläger verschwiegen hätte, dass sie eine Arbeitstätigkeit aufgenommen, sich hinter Ausreden versteckt oder den Kläger auf andere Art und Weise bewusst getäuscht hätte. Vorliegend habe der Kläger indes nachweislich spätestens seit der Verhandlung vom 29. Januar 2013 gewusst, dass die Beklagte einen beruflichen Wiedereinstieg anstrebe. Ebenso sei nachgewiesen, dass er spätestens seit April 2015 von der neuen Arbeitstätigkeit der Beklagten gewusst habe. In der Zeit zwischen April 2015 und dem Zugang der Duplik habe es der Kläger mit Ausnahme seiner Nachfrage im Juli oder August 2015, wobei er dabei keine Antwort erhalten habe, unterlassen, sich (nochmals) bei der Beklagten um Vorlage des Arbeitsvertrages zu erkundigen. Die Behauptung, dass er im Juli oder August 2015 nochmals nach diesem nachgefragt habe, sei unbelegt geblieben. Es wäre dem Kläger ohne Weiteres möglich gewesen, die Vorlage des Arbeitsvertrages anzubegehren, nötigenfalls auch in Form eines prozessualen Editonsbegehrens. Überdies habe der Kläger nach Erhalt der Duplik mehr als vier Monate mit dem Begehren um Erlass superprovisorischer Massnahmen/Abänderung der vorsorglichen Massnahmen zugewartet. Dieses Vorgehen zeuge nicht von einer "subjektiven Wichtigkeit klägerischerseits" und lasse die spätere Wirkung ab Einreichung des Begehrens als selbstverschuldet erscheinen. Unter Würdigung der gesamten Umstände könne der Beklagten kein rechtswidriges oder -missbräuchliches Verhalten vorgeworfen werden. Auch im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, wonach eine Rückwirkung über den Zeitpunkt der Stellung des Massnahmesuchs hinaus eine absolute Ausnahme bilde, falle die verlangte Rückwirkung ausser Betracht. Zudem sei auch aus Gründen der Rechtssicherheit von einer Rückwirkung abzusehen. Die Beklagte habe nicht damit rechnen müssen, dass ihr Einkommen zu einem späteren Zeitpunkt rückwirkend angerechnet würde, nachdem sie den Kläger zwar über ihre Arbeitstätigkeit informiert, dieser indes in der Folge keine weiteren Auskunft- oder Abänderungsbegehren gestellt habe.

- 13 - Dies sei erst im Zeitpunkt der Stellung des Massnahmegesuchs der Fall gewesen. Entsprechend habe die Rückwirkung per 1. Juli 2016 zu erfolgen (Urk. 2 E. IV./9.6.).

E. 1.2.2

Der Kläger beanstandet zusammengefasst, die Feststellungen zum Zeitpunkt der Rückwirkung seien aktenwidrig erfolgt und "das zur Verfügung stehende Ermessen in der Tatsachenfeststellung und Beweiswürdigung" sei dabei massiv unterschritten worden. Der Kläger habe bereits in seiner Replik [im Hauptverfahren] im August 2015 das Gericht explizit darauf aufmerksam gemacht, dass die Grundlagen zum Einkommen und Bedarf der Beklagten nach fast dreijähriger Sistierung des Verfahrens nicht mehr aktuell seien, denn er habe darum gewusst, dass die Beklagte einer Erwerbstätigkeit nachgehe, und sie habe ihm diesbezüglich die Auskunft verweigert. Er sei aufgrund seiner zahlreichen Hinweise hinsichtlich der fehlenden Aktualität der Grundlagen der Scheidung davon ausgegangen, dass zielgerichtete Ausführungen nicht sinnvoll angebracht werden könnten, bevor nicht auch die Beklagte die relevanten Scheidungstatsachen offengelegt habe. Die Vorinstanz hätte aus denselben Gründen wie im Juli 2016 die Beklagte zur Einreichung der Unterlagen bereits im September 2015 auffordern können, hätte sie die Ausführungen des Klägers in der Replik entsprechend zur Kenntnis genommen. Erst im Januar 2016 habe er Einsicht in den Arbeitsvertrag durch Zustellung der Duplik erhalten und sodann im März 2016 zu den Noven Stellung genommen. Die Vorinstanz komme nun in ihrem Entscheid zum Schluss, dass das Einkommen der Beklagten aufgrund des Verhaltens des Klägers erst ab Juni 2016 zu berücksichtigen sei. Dies sei falsch. Die Verfügungsverfügung der Vorinstanz sei nicht erst aufgrund der Eingabe des Klägers vom 30. Mai 2016 erlassen worden, sondern aufgrund anderer Erwägungen. Dieselben Gründe, welche die Vorinstanz zum Erlass der Verfügung vom 27. Juli 2016 anführe, seien bereits nach Einreichung der Replik im August 2015 vorgelegen. Der Kläger habe indes schon drei Monate vor Einreichung der Replik die Beklagte telefonisch aufgefordert, ihm Auskunft zu erteilen. Dass dieses Telefonat mit diesem Inhalt stattgefunden habe, sei von den Parteien an der Verhandlung vom 21. Oktober 2016 bestätigt worden. Die Vorinstanz habe aufgrund der expliziten Hinweise in der Replik

- 14 - im August 2015 Kenntnis davon gehabt, dass die Beklagte einer Erwerbstätigkeit nachgehe. Zudem habe der Kläger die Vorinstanz auf Seite 19 der Replik [im Hauptverfahren] zur Edition der Unterlagen aufgefordert. Abgesehen davon habe die Vorinstanz auch übersehen, dass alleine schon aufgrund der Tatsache, dass Kinderbelange zu regeln seien, sie von sich aus die Beklagte zur Edition hätte auffordern müssen. Bei korrekter Würdigung der Akten und Feststellung des Sachverhaltes wäre der Zeitpunkt der Rückwirkung auf den 1. März 2015 bzw. spätestens auf den 1. Juli 2015 festzulegen gewesen. Fraglich sei auch der Umgang der Vorinstanz mit dem Verhalten der Beklagten, welche sich geweigert habe, die entsprechenden Auskünfte zu erteilen. Er habe an der Verhandlung vom 21. Oktober 2016 nachgewiesen, dass er die Beklagte im April oder Mai 2015 telefonisch aufgefordert habe, entsprechende Auskünfte zu erteilen. Das geltende Eherecht enthalte eine gesetzliche Verpflichtung beider Ehegatten, die entsprechenden Auskünfte zu erteilen, wenn der andere darum er suche. Dem sei die Beklagte nicht nachgekommen. Die Verweigerung einer solchen Auskunft sei nicht rechtens und dürfe rechtlich nicht geschützt werden, erst recht nicht dann, wenn daraus dem Kläger die Rückwirkung des Entscheids auf den 1. März 2015 verweigert werden solle (Urk. 1 Rz. 15 ff.).

E. 1.2.3

Die Abänderung von vorsorglichen Massnahmen wirkt in Bezug auf die Unterhaltsbeiträge grundsätzlich nur für die Zukunft, d.h. ab Eintritt der Rechtskraft des Abänderungsentscheids. Im Einzelfall kann aus Billigkeitserwägungen von diesem Grundsatz abgewichen werden, wobei eine Abänderung frühestens auf den Zeitpunkt der Einreichung des Abänderungsbegehrens zurückwirkt (Leuenberger, FamKomm Scheidung, Anh. ZPO, Art. 276 N 14; Six, Eheschutz, 2. Auflage, Rz. 4.09 mit Verweis auf BGer 5P.385/2004 vom 23. November 2004, E. 1.1; 5A_597/2013 vom 4. März 2014, E. 3.4, in: FamPra.ch 2014 S. 725; vgl. auch BK-Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 179 N 14). Eine weitergehende Rückwirkung kommt nur ausnahmsweise aus ganz besonderen Gründen in Betracht, zum Beispiel wegen unbekanntem Aufenthalts oder Landesabwesenheit des Unterhaltspflichtigen, treuwidrigen Verhaltens einer Partei, schwerer Krankheit des Berechtigten usw. (BGer 5A_597/2013 vom 4. März 2014, E. 3.4, in: FamPra.ch

- 15 - 2014 S. 725, mit Hinweis auf BGE 111 II 103 E. 4 sowie BGer 5A_608/2010 vom

E. 1.2.4

Vorliegend prüfte die Vorinstanz zu Recht, ob der Beklagten für den Zeitraum vor Stellung des Massnahmebegehrens ein treuwidriges Verhalten vorgeworfen werden könne. Sie verneinte dies im Wesentlichen mit Blick auf das Verhalten des Klägers in der nämlichen Zeit (siehe oben Ziff. IV./1.2.1.). Was der Kläger hiergegen vorbringt, überzeugt nicht. Der vom Kläger diesbezüglich bemängelte Umstand, dass die Vorinstanz trotz seiner Hinweise in seiner Replik im Hauptverfahren in Verletzung der Untersuchungsmaxime mit einem Editionsbegehren zugewartet habe, vermag selbst bei Zutreffen kein treuwidriges Verhalten der Beklagten und damit eine weitergehende Rückwirkung zu begründen. Abgesehen davon reichte die Beklagte den angebehrten Arbeitsvertrag in der Folge mit ihrer Duplik im November 2015 ein (vgl. Urk. 5/120). Selbst wenn die Vorinstanz daher sogleich tätig geworden wäre (wobei offen bleiben kann, ob sie rechtlich – wovon der Kläger auszugehen scheint – dazu verpflichtet gewesen wäre) und die Beklagte verpflichtet hätte, den Arbeitsvertrag zu edieren, hätte der Kläger die angebehrten Unterlagen damit kaum oder nur geringfügig früher erhalten. Auch aus der Tatsache, dass die Beklagte bei einer ersten Anfrage sein Auskunftsbegehren aus zeitlichen Gründen (unbestrittenermassen) nicht beantwortet hat, lässt sich für sich alleine noch kein treuwidriges Verhalten ableiten. Dass die Beklagte danach bei einer weiteren Anfrage "keine Lust" gehabt hätte (Urk. 1 Rz. 17), stellt – wie bereits die Vorinstanz feststellte und vom Kläger ungerügt blieb – lediglich eine unbelegte Behauptung dar. Damit ist der vorinstanzliche Entscheid auch bezüglich der Rückwirkung nicht zu beanstanden. Die Berufung erweist sich auch in diesem Punkt als unbegründet und ist daher abzuweisen. Damit bleibt es bei einer per 1. Juli 2016 rückwirkenden Herabsetzung der Unterhaltsbeiträge.

- 16 - 2. Kinderunterhalt

E. 2

Mit Eingabe vom 30. Mai 2016 stellte der Kläger und Berufungskläger (fortan Kläger) die eingangs erwähnten Begehren um (superprovisorische) Anordnung vorsorglicher Massnahmen (Urk. 5/130 S. 2). Am 25. Oktober 2016 erliess die

- 4 - Vorinstanz die eingangs wiedergegebene Verfügung (Urk. 5/158 S. 38 = Urk. 2 S. 38), welche sie mit Verfügung vom 25. Januar 2017 in Bezug auf Dispositivziffer 2 berichtigte (Urk. 5/163 = Urk. 4/2).

E. 2.1

Die Vorinstanz erwog, hinsichtlich der Tochter C. _____ habe der Kläger in seinen Ausführungen auf Veränderungen in ihrem Leben hingewiesen, die sich erst in Zukunft ergeben würden. Dass bereits eine kostensenkende Veränderung eingetreten sein solle, die sich auf die Lebenshaltungskosten der Kinder auswirkt hätte, habe der Kläger weder in seinem Abänderungsgesuch noch im Rahmen der Verhandlung vom 21. Oktober 2016 geltend gemacht. Er habe auch keine konkreten oder bezifferten Anträge gestellt. Vielmehr habe er selbst darauf hingewiesen, dass mit Bezug auf die Lebenssituation von C. _____ (Eintritt in eine neue Institution für betreutes Wohnen und Arbeiten von Erwachsenen im Sommer 2017) die relevanten Änderungen erst noch eintreten würden und die sich ergebenden Veränderungen noch nicht absehbar seien. Daraus folge somit, dass hinsichtlich C. _____ derzeit keine wesentliche Veränderung eingetreten sei. Das Gleiche gelte hinsichtlich des gemeinsamen Sohnes D. _____. Dessen Lebens- und insbesondere Schulsituation sei unverändert geblieben. Etwas anderes sei vom Kläger auch nicht vorgebracht worden. Soweit der Kläger sein Begehren um Senkung der Unterhaltsbeiträge auf eine Verminderung seines Einkommens stütze, sei unter Hinweis auf die vorhergehenden Erwägungen festzuhalten, dass er eine entsprechende Verminderung nicht glaubhaft gemacht habe. Ebenso wenig sei der Unterhaltsbeitrag aufgrund des Einkommens der Beklagten neu festzulegen. Die Beklagte könne mit dem ihr anzurechnenden Einkommen von Fr. 4'000.– nebst ihrem Bedarf nicht auch noch den Bedarf der Kinder decken. Da keine wesentlichen und dauerhaften Änderungen der tatsächlichen Verhältnisse vorlägen, sei der Antrag des Klägers abzuweisen (Urk. 2 E. IV./8.3.).

E. 2.2

Der Kläger moniert, die Vorinstanz sei zu Unrecht zum Ergebnis gelangt, die Beklagte könne sich angesichts ihres Einkommens nicht am Bedarf der Kinder beteiligen. Dies treffe nicht zu, wenn der Beklagten mehr als Fr. 6'000.– monatlich als Einkommen anzurechnen sei. In Ziffer 1.1. der Berufungsanträge gehe es nur um die Feststellung, dass die Beklagte mindestens Fr. 6'000.– monatlich verdiene

- 17 - und dafür sei die Sache spruchreif. Hinsichtlich der Festlegung der Kinderunterhaltsbeiträge habe das Gericht indes eingehend das Einkommen und den Bedarf der Parteien zu prüfen und dafür fehlten der Vorinstanz vorliegend weitgehend die entscheidenden Tatsachen. Insbesondere hinsichtlich C. _____ sei abzuklären, inwieweit sie durch staatliche Sozialleistungen unterstützt werde bzw. in welchem Umfang sie auch ein eigenes Einkommen erwirtschaften könne, zumal sie bereits 18 Jahre alt sei und bei ihr spezielle Umstände gegeben seien. Selbst wenn im Ergebnis der Kläger unterhaltsverpflichtet sein sollte, habe er doch Anspruch darauf, dass "die Umstände um C. _____" eingehend geprüft und seine Unterhaltsverpflichtung allenfalls reduziert werde. Er habe keine Kenntnis zu den genauen Umständen und die Beklagte habe diese Informationen bisher verweigert. Selbst die Vorinstanz wisse nicht, wie sich die Bedarfs- und Unterstützungssituation um C. _____ darstelle. Die Festlegung der Kinderunterhaltsbeiträge sei von der Vorinstanz vorzunehmen und dafür habe sie sich einen vollständigen Überblick über Einkommen und Bedarf der Eltern und Kindern zu

verschaffen (Urk. 1 Rz. 23 ff.).

E. 2.3

Sind Anordnungen über die Kinder zu treffen, ist der Sachverhalt von Amtes wegen zu erforschen. Das Gericht hat alle Tatsachen, die für die Anordnungen für die Kinder von Bedeutung sind, von Amtes wegen zu ermitteln, wobei es die ihm bedeutsam erscheinenden Gegebenheiten frei würdigt (BGer 5A_416/2008 vom 25. August 2008, E. 4; BGE 128 III 411 E. 3.2.1). Der Untersuchungsgrundsatz kommt bei allen Kinderbelangen in allen familienrechtlichen Verfahren und in allen Verfahrensstadien (vorsorgliche Massnahmen) als allgemeiner Grundsatz zur Anwendung (BGer 5C.207/2004 vom 26. November 2004, E. 2.1; 5C.269/2006 vom 6. März 2007, E. 2.2.3.; 5A_388/2008 vom 22. August 2008, E. 3; 5A_394/2008 vom 2. März 2009, E. 2.2). Indes sind die Parteien von ihrer Mitwirkungspflicht bei der Sachverhaltsabklärung nicht entbunden, und es bleibt in erster Linie ihre Sache, die rechtserheblichen Tatsachen und Beweismittel zu benennen (BGer 5A_394/2008 vom 2. März 2009, E. 2.2).

E. 2.4

Vorliegend fehlt es bereits an substantiierten Behauptungen des Klägers zu den veränderten Tatsachen mit Bezug auf den Bedarf der Kinder und der Parteien sowie den relevanten Umständen hinsichtlich der Tochter C._____ (allfällige

- 18 - staatliche Sozialleistungen sowie ein allfälliges eigenes Einkommen; vgl. auch Urk. 5/154 S. 12 f.). Der Kläger begnügt sich diesbezüglich vielmehr mit blossen Vermutungen. Und dies, obwohl er offenbar von der Vorinstanz auf seine Substantiierungslast hingewiesen wurde (siehe Protokollnotiz in Prot. I S. 78). Damit kommt er seiner Substantiierungslast, welche ihn auch in Belangen trifft, die der Offizial- und Untersuchungsmaxime unterliegen, nicht genügend nach, insbesondere da er auch anwaltlich vertreten ist. Insofern der Kläger Auskünfte hinsichtlich C._____ erhältlich machen möchte, steht es ihm offen, sich die gewünschten Informationen im Rahmen des im zustehenden Auskunftsrechts bei den entsprechenden Drittpersonen zu beschaffen. Nach dem Ausgeführten ist damit die vorinstanzliche Erwägung, wonach bezüglich der Kinder keine wesentlichen Veränderungen eingetreten seien, welche zur Abänderung der festgelegten Unterhaltsbeiträge führen könnten, im Ergebnis nicht zu beanstanden. Hinsichtlich des vom Kläger in diesem Zusammenhang behaupteten höheren Einkommens der Beklagten ist schliesslich auf das unter Erwägung 1.1.4. Gesagte zu verweisen. Mit den weiteren Erwägungen der Vorinstanz zum Kinderunterhalt setzt er sich sodann nicht auseinander. Damit erweist sich die Berufung auch in diesem Punkt als unbegründet. Entsprechend ist sie abzuweisen. 3. Fazit Wie dargelegt erweist sich die Berufung insgesamt als unzulässig und unbegründet. Die Berufung ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist, und die angefochtenen Dispositiv-Ziffern 1 und 2 der vorinstanzlichen Verfügung sind zu bestätigen (Art. 318 Abs. 1 lit. a ZPO).

- 19 - V. (Kosten- und Entschädigungsfolgen) 1. Die Vorinstanz hat in Anwendung von § 71 ZPO/ZH den Entscheid über die Kosten- und Entschädigungsfolgen dem Endentscheid vorbehalten (Urk. 2 E. 10 und Disp. Ziff. 3). Diesbezüglich gilt es keine Anordnungen zu treffen. 2. Abschliessend ist über die zweitinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen zu befinden. Für das vorliegende Berufungsverfahren rechtfertigt sich eine pauschale Entscheidegebühr von Fr. 5'500.- (Art. 96 ZPO; Art. 105 Abs. 1 ZPO; § 6 Abs. 1 i.V.m. § 5, § 8 Abs. 1 und § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG). Diese ist vollumfänglich dem unterliegenden

Kläger aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO; Art. 95 ZPO). Ferner ist der Kläger zu verpflichten, der anwaltlich vertretenen Beklagten für ihre Aufwendungen eine Parteientschädigung von Fr. 2'700.– (inkl. 8 % Mehrwertsteuer) zu bezahlen (Art. 96 ZPO; Art. 105 Abs. 2 ZPO; § 6 Abs. 1 i.V.m. § 5, § 9, sowie § 13 Abs. 1 AnwGebV). Es wird erkannt: 1. Die Berufung wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird, und Dispositiv-Ziffer 1 der Verfügung des Einzelgerichts am Bezirksgericht Horgen vom 25. Oktober 2016 sowie die mit Verfügung des Einzelgerichts am Bezirksgericht Horgen vom 25. Januar 2017 berichtigte Dispositiv-Ziffer 2 der Verfügung des Einzelgerichts am Bezirksgericht Horgen vom 25. Oktober 2016 wird bestätigt. 2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 5'500.– festgesetzt. 3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Kläger auferlegt und mit seinem Kostenvorschuss verrechnet. 4. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 2'700.– zu bezahlen.

- 20 - 5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an das Migrationsamt des Kantons Zürich sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein. Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

E. 3

Hiergegen hat der Kläger fristgerecht "Beschwerde" erhoben und die eingangs aufgeführten Anträge gestellt (Urk. 1 S. 2). Mit Verfügung vom 15. März 2017 nahm das Gericht die als Beschwerde bezeichnete Rechtsmittelschrift des Klägers (einstweilen) als Berufung entgegen und setzte dem Kläger eine Nachfrist zur Einreichung einer Originalvollmacht sowie zur Leistung eines Kostenvorschusses an (Urk. 6 Dispositivziffer 1 bis 3). Diesen Aufforderungen kam der Kläger fristgerecht nach (Urk. 7, 8 und 9).

E. 4

Die Rechtsmittelinstanz nahm die nämliche Rechtsmitteleingabe vom 30. Januar 2017 bereits mit Verfügung vom 15. März 2017 als Berufung entgegen (Urk. 6 Dispositivziffer 1). Indes handelt es sich dabei um einen prozessleitende Verfügung eines Gerichtsmitglieds (vgl. § 42 Abs. 1 GOG/ZH i.V.m. § 31 der Verordnung über die Organisation des Obergerichts, LS 212.51), die einer Abänderung oder Aufhebung des zuständigen (Gesamt-)Spruchkörpers zugänglich ist und auf die das Gericht von Amtes wegen zurückkommen sowie abändern oder aufheben kann (siehe ZK ZPO-A. Staehelin, Art. 124 N 6 ff.). Zu prüfen ist daher vorab, ob die Rechtsmitteleingabe des anwaltlich vertretenen Klägers als Berufung entgegenzunehmen und zu behandeln ist.

E. 5

Dies erscheint vorliegend (ausnahmsweise) als zulässig: Die formellen Voraussetzungen sowie die gegen den angefochtenen Entscheid vorgebrachten Gründe für das richtige Rechtsmittel, vorliegend die Berufung, sind eingehalten worden. Überdies werden die Rechte der Gegenpartei durch ein solches Vorgehen nicht beeinträchtigt, zumal die Beklagte mittels Verfügung vom 15. März 2017 über die Entgegennahme der Rechtsmittelschrift als Berufung in Kenntnis gesetzt und ihr auch mit Verfügung vom 3. April 2017 ausdrücklich Frist zur Einreichung einer Berufungsantwort gesetzt wurde (Urk. 6 und 10, jeweils Dispositivziffer 1; siehe dazu auch Leuenberger/Uffer-Tobler, Schweizerisches Zivilprozessrecht,

- 7 - 2016, Rz. 12.35a; Benedikt Seiler, Die Berufung nach ZPO, 2013, § 11 Rn 866; A. Staehelin/D. Staehelin/P. Grolimund, Zivilprozessrecht, 2. Auflage, § 25 Rz. 23; ZK ZPO-Reetz, Vorbemerkungen zu den Art. 308-318, N 51; vgl. auch BGer 4A_247/2009 vom 10. Juli 2009, E. 1, und BGE 123 III 346, E. 1c, betreffend Erhebung eines falschen Rechtsmittels an das Bundesgericht). Dass sich der Kläger bewusst über das belehrte Rechtsmittel hinwegsetzte, ist vorliegend nicht ersichtlich. Die von der Beklagten erwähnte bundesgerichtliche Rechtsprechung erweist sich sodann als nicht einschlägig (siehe bspw. BGE 139 III 78 E. 5.4.2.; 117 Ia 421 E. 2; BGer 4D_77/2012 vom 20. November 2012, E. 5, worin sich das Bundesgericht mit der Frage des Vertrauensschutzes bei Belehrung über ein falsches Rechtsmittel befasste). Nach dem Ausgeführten ist die Rechtschrift des Klägers als Berufung entgegenzunehmen und zu behandeln. IV. (Materielles) 1. Persönlicher Unterhalt für die Beklagte

E. 6

Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG 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. Zürich, 12. Juli 2017 Obergericht des Kantons Zürich I. Zivilkammer Die Gerichtsschreiberin: lic. iur. C. Faoro versandt am: mc

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