ZH_OBERGERICHT LY210003 vom 18. Juni 2021

ZH Obergericht, 2021-06-18, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LY210003

FR: ZH_OBERGERICHT LY210003 du 18 juin 2021

IT: ZH_OBERGERICHT LY210003 del 18 giugno 2021

Erwägungen

E. 1

Sachverhaltsübersicht und Prozessgeschichte

E. 1.1

Die Parteien sind seit dem tt. September 2010 verheiratet und haben eine gemeinsame Tochter namens C._____, geboren am tt.mm.2010, welche sich seit August 2015 unter der Obhut des Beklagten und Berufungsklägers (nachfolgend: Beklagter) befindet (vgl. 5/38, act. 5/3/4/4/20). Die Parteien stehen sich in einem Verfahren betreffend Ehescheidung am Einzelgericht des Bezirksgerichts Pfäffik-

- 4 - on (nachfolgend: Vorinstanz) gegenüber. Die Voraussetzungen für eine Schei- dung nach Art. 114 ZGB sind unbestrittenermassen gegeben (vgl. Prot. Vi S. 4). Zur Beurteilung steht heute ein Abänderungsgesuch des Beklagten betreffend die als vorsorgliche Massnahmen festgelegten Kinderunterhaltsbeiträge (Bar- und Betreuungsunterhalt).

E. 1.2

Mit Eingabe vom 11. August 2015 (act. 5/3/4/4/1) reichte der Beklagte bei der Vorinstanz ein Eheschutzgesuch ein (Verfahren Geschäfts-Nr. EE150040-H). Anlässlich der Eheschutzverhandlung schlossen die Parteien eine Trennungsver- einbarung (act. 5/3/4/4/16), welche mit Verfügung und Urteil vom 19. August 2015 (act. 5/3/4/4/20) genehmigt bzw. vorgemerkt wurde. Ein am 1. März 2016 durch die Klägerin bzw. die Berufungsbeklagte (nachfolgend: Klägerin) anhängig ge- machtes Verfahren auf Abänderung des Eheschutzentscheides wurde als durch Rückzug des Gesuchs erledigt abgeschrieben (Verfahren Geschäfts-Nr. EE160013-H; vgl. act. 5/3/4/1 und 5/3/4/11). Die Klägerin reichte in der Folge eine unbegründete Scheidungsklage mit Datum vom 4. August 2017 ein (Verfahren Geschäfts-Nr. FE170078-H; act. 5/3/1). Im Zuge des Verfahrens wurde eine Ver- einbarung über vorsorgliche Massnahmen (act. 5/3/52) mit Verfügung vom 17. Oktober 2018 (act. 5/3/58) genehmigt bzw. es wurde von ihr Vormerk ge- nommen. Zufolge Säumnis der Klägerin mit der Einreichung einer begründeten Scheidungsklage wurde dieses Verfahren mit Verfügung vom 11. Dezember 2018 (act. 5/3/61) als gegenstandslos abgeschrieben.

E. 1.3

Mit unbegründeter Scheidungsklage vom 19. Februar 2019 (act. 5/1) machte die Klägerin nunmehr das heute streitgegenständliche Scheidungsverfah- ren anhängig. Am 29. Mai 2019 fand eine Verhandlung zu den vorsorglichen Massnahmen statt (vgl. Prot. Vi S. 4 ff. und act. 5/10), anlässlich derer die Partei- en eine Teilscheidungsvereinbarung, einschliesslich einer Übereinkunft über die vorsorglichen Massnahmen (act. 5/14), schlossen. Mit Verfügung vom selbigen Tage (act. 5/15) wurde diese genehmigt bzw. von

ihr Vormerk genommen. Nach mehreren Schreiben der Parteien an die Vorinstanz, in welchen sie – unter ande- rem – jeweils die Einholung von Unterlagen zu den finanziellen Verhältnissen der Gegenseite verlangten (vgl. act. 5/17, act. 5/20, act. 5/23 und act. 5/26), erliess

- 5 - die Vorinstanz am 9. Dezember 2019 eine Verfügung, in der die Parteien zur Ein- reichung entsprechender Belege aufgefordert wurden (act. 5/28). Dem kamen die Parteien mit verschiedenen Eingaben nach (act. 5/31, act. 5/36, act. 5/41, act. 5/45 und act. 5/48).

E. 1.4

Mit Eingabe vom 26. März 2020 (act. 5/53) stellte der Beklagte ein Gesuch um Abänderung der vorsorglichen Massnahmen mit den eingangs wiedergegebe- nen Rechtsbegehren. Daraufhin lud die Vorinstanz die Parteien zu einer Instrukti- onsverhandlung vor, welche nach Ablehnung eines Verschiebungsgesuchs des Beklagten – indes unter Dispensation des Letzteren vom persönlichen Erscheinen – am 20. Mai 2020 stattfand (vgl. act. 5/55, act. 5/57, act. 5/60, act. 5/61 und Prot. Vi S. 25 ff.). Im Rahmen der Verhandlung wurde die Klägerin persönlich angehört und es wurden Vergleichsgespräche geführt, welche nicht zu einer Einigung führ- ten. Mit Verfügung vom 20. Mai 2020 (act. 5/70 = act. 3/1 = act. 4) wies die Vor- instanz das Gesuch um Abänderung der vorsorglichen Massnahmen ab.

E. 1.5

Gegen diese Verfügung erhob der Beklagte mit Eingabe vom 22. Februar 2021 (act. 2) rechtzeitig Berufung mit den eingangs erwähnten Anträgen (vgl. act. 5/74/2). Der Klägerin wurde mit Verfügung vom 1. März 2021 (act. 6) Frist zur Erstattung der Berufungsantwort angesetzt. Diese ging mit Eingabe vom 12. März 2021 (act. 8) rechtzeitig ein. Der Beklagte reichte mit Eingabe vom 20. April 2021 (act. 10) ein Novum (act. 11) ein. Der Klägerin wurde mit Verfügung vom 22. April 2021 (act. 12) Gelegenheit zur freigestellten Stellungnahme eingeräumt. Von die- ser machte sie keinen Gebrauch. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 5/1-78). Das Verfahren er- weist sich als spruchreif.

E. 2

Prozessuales

E. 2.1

Gegen erstinstanzliche Entscheide über vorsorgliche Massnahmen ist die Berufung in vermögensrechtlichen Angelegenheiten zulässig, wenn der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens Fr. 10'000.– beträgt (Art. 308 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 ZPO). Gegenstand des vorliegenden Verfahrens

- 6 - bilden ausschliesslich Kinderunterhaltsbeiträge, weshalb die Streitigkeit eine ver- mögensrechtliche ist (vgl. BGer, 5A_501/2018 vom 22. November 2018, E. 1.1; BGer, 5A_652/2009 vom 18. Januar 2010, E. 1.1; BGer, 5D_41/2007 vom 27. No- vember 2007, E. 2.3). Der massgebende Streitwert ist ohne Weiteres erreicht (Art. 91 Abs. 1 i.V.m. Art. 92 Abs. 1 ZPO; vgl. act. 5/53 i.V.m. act. 5/63 und act. 4).

E. 2.2

Die Berufung ist gemäss Art. 311 Abs. 1 ZPO zu begründen. Die Berufung führende Partei hat sich mit den Erwägungen des vorinstanzlichen Entscheids einlässlich auseinanderzusetzen und im Einzelnen darzulegen, an welchen kon- kreten Mängeln der angefochtene Entscheid ihrer Ansicht nach leidet und in wel- chem Sinne er abgeändert

werden soll. Es sind die vorinstanzlichen Erwägungen zu bezeichnen, die angefochten werden, und die Aktenstücke zu nennen, auf de- nen die Kritik beruht. Es genügt nicht, bloss auf die vor erster Instanz vorgetrage- nen Ausführungen zu verweisen, diese in der Berufungsschrift (praktisch) wort- gleich wiederzugeben oder den angefochtenen Entscheid bloss in allgemeiner Weise zu kritisieren. Was nicht in genügender Weise beanstandet wird, hat Be- stand (vgl. BGE 138 III 374, E. 4.3.1; BGer, 4A_97/2014 vom 26. Juni 2014, E. 3.3; BGer, 5A_209/2014 vom 2. September 2014, E. 4.2.1). Dieses Begrün- dungserfordernis gilt auch in Verfahren, für welche der (strenge) Untersuchungs- grundsatz gilt (BGE 138 III 374, E. 4.3.1; BGer, 4A_651/2012 vom 7. Februar 2013, E. 4.3; BGer, 5A_206/2016 vom 1. Juni 2016, E. 4.2.1). Die Berufungsschrift weist eine dem Begründungserfordernis genügende Begrün- dung auf.

E. 2.3

Die Berufungsinstanz verfügt in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht über volle Kognition, d.h. es kann sowohl unrichtige Rechtsanwendung als auch un- richtige Feststellung des Sachverhalts beanstandet werden (Art. 310 ZPO); soweit Ermessensausübung in Frage steht, kann auch Unangemessenheit gerügt wer- den (vgl. BGer, 5D_113/2016 vom 26. September 2016, E. 4.2; OGer ZH, LY150026 vom 4. März 2016, E. II.3). Dies bedeutet jedoch nicht, dass die Beru- fungsinstanz gehalten wäre, von sich aus wie ein erstinstanzliches Gericht alle sich stellenden tatsächlichen und rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn die Parteien diese in oberer Instanz nicht mehr aufwerfen; vielmehr hat sie sich

 grundsätzlich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – auf die Beurteilung der in der Berufungsbegründung bzw. in der Berufungsantwort erhobenen Beanstan- dungen zu beschränken (BGE 142 III 413 E. 2.2.4; BGer, 4A_418/2017 vom 8. Januar 2018, E. 2.3). Innerhalb des so definierten Prüfprogramms ist die Beru- fungsinstanz weder an die Argumente, welche die Parteien zur Begründung ihrer Beanstandungen vorbringen, noch an die Erwägungen der ersten Instanz gebun- den; sie wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO) und verfügt über freie Kognition in Tatfragen, weshalb sie die Berufung auch mit einer anderen Ar- gumentation gutheissen oder diese auch mit einer von der Argumentation der Vorinstanz abweichenden Begründung abweisen kann (BGer, 4A_397/2016 vom 30. November 2016, E. 3.1).

E. 2.4

In Kinderbelangen gilt wie im erstinstanzlichen Verfahren auch im Rechts- mittelverfahren die strenge Untersuchungsmaxime, d.h. das Gericht hat den Sachverhalt von Amtes wegen zu erforschen (sog. Freibeweis; Art. 296 Abs. 1 ZPO). Die eingeschränkte wie auch die strenge Untersuchungsmaxime wird indes durch die von den Parteien begründet vorzutragenden Beanstandungen in ihrem sachlichen Umfang beschränkt (vgl. BGer, 5A_141/2014 vom 28. April 2014, E. 3.4; BGer, 5D_65/2014 vom 9. September 2014, E. 5.1). Sie führt zudem nicht dazu, dass die Parteien von der Mitwirkung gänzlich entbunden wären. In aller Regel sind sie über die massgebenden Verhältnisse selber am besten informiert und dokumentiert. Wo sie ihrer Obliegenheit zur Mitwirkung nicht oder nur unge- nügend nachkommen und wo die so erstellten Grundlagen eines Entscheids nicht offenkundig unrichtig sind, darf das Gericht zulasten der nachlässigen Partei da- rauf abstellen und auf weitere eigene Abklärungen verzichten (OGer ZH, LC130019 vom 8. Mai 2013, E. 3.1; LY160050 vom 18. April 2017, E. II.3.2).

E. 2.5

Gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO werden neue Tatsachen und Beweismittel (Noven) im Berufungsverfahren nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz hätten vorgebracht werden können. Dies gilt auch im Anwendungsbereich der ein- geschränkten Untersuchungsmaxime; eine analoge Anwendung von Art. 229 Abs. 3 ZPO, wonach vor erster Instanz bei Geltung der Untersuchungsmaxime

- 8 - Noven bis zum Beginn der Urteilsberatung voraussetzungslos zugelassen wer- den, fällt für das Berufungsverfahren grundsätzlich ausser Betracht (vgl. BGE 138 III 625 E. 2.2; BGE 142 III 413 E. 2.2.2). Zu beachten bleibt indessen, dass das Gericht – im Rahmen der Beanstandungen auch die Berufungsinstanz – in Kin- derbelangen den Sachverhalt von Amtes wegen zu erforschen hat (Art. 296 Abs. 1 ZPO) und daher auch im Rechtsmittelverfahren von sich aus Untersuchun- gen anstellen kann bzw. muss (vgl. BGer, 5A_528/2015 vom 21. Januar 2016, E. 2, mit Verweis auf BGE 138 III 625). Dies führt dazu, dass in Kinderbelangen Noven in Abweichung von Art. 317 Abs. 1 ZPO auch noch im Berufungsverfahren unbeschränkt bis zum Beginn der Urteilsberatung zuzulassen sind (BGE 144 III 349 E. 4.2.1; OGer ZH, LC130019 vom 8. Mai 2013, E. 3.1; OGer, LY150026 vom

E. 4

Berufungsvorbringen

E. 4.1

In seiner Berufungsschrift vom 22. Februar 2021 macht der Beklagte zu- nächst Ausführungen zur prozessualen Vorgeschichte (act. 2 Ziff. III. 2.1) und zum prozessualen Verhalten der Klägerin (act. 2 Ziff. III. 2.2). Er kritisiert insbe- sondere die Dauer des Abänderungsverfahrens, die vor diesem Hintergrund mit Verweis auf den Charakter des Summarverfahrens unterlassene Einholung eines Gutachtens und mangelhafte Dokumentation des Einkommens der Klägerin. Fer- ner wirft der Beklagte der Klägerin vor, ab dem Januar 2016 bereits knapp Fr. 6'600.– (netto) verdient zu haben, obwohl ihr Einkommen im zuvor geführten Eheschutzverfahren vergleichsweise auf Fr. 5'200.– (netto) festgesetzt worden sei. Ab dem Januar 2019 habe die Klägerin sogar Fr. 7'582.– (netto) verdient. Hierauf braucht im Folgenden nur insofern eingegangen zu werden, als der Be- klagte für das zu beurteilende Verfahren konkret etwas daraus ableitet.

E. 4.2

Der Beklagte hält berufungshalber daran fest, dass er beim Abschluss der Teilscheidungsvereinbarung vom 29. Mai 2019 durch die Klägerin mittels Behaup-

- 13 - tung unzutreffender Einkommenszahlen absichtlich getäuscht worden sei. Neu führt er im Berufungsverfahren ins Feld, er sei daneben einem Irrtum erlegen (act. 2 Ziff. III. 2.3 a). Wie zu zeigen sein wird (vgl. nachfolgende E. 5), dringt der Beklagte mit seiner Berufung betreffend den zweiten Abänderungsgrund (Wegfall des Krankentaggeldanspruches) durch. Ob seine Beanstandungen zum ersten Abänderungsgrund verfangen, kann daher offen bleiben.

E. 4.3

Zum zweiten Abänderungsgrund, dem Wegfall seines Krankentaggeldan- spruches per 23. August 2019, führt der Beklagte aus, er sei nach wie vor und bis auf Weiteres zufolge

verschiedener schwerer chronischer Erkrankungen zu 100 % arbeitsunfähig. Die Vorinstanz habe dies zu Recht als eine wesentliche und dauerhafte Veränderung qualifiziert (act. 2 Ziff. III. 2.3 b, S. 10).

E. 4.4

Nicht zu folgen sei der Vorinstanz, insoweit diese von einer vermutungs- weisen Vorhersehbarkeit der Veränderung ausgegangen sei. Erstens werde über- sehen, dass vorsorgliche Massnahmen während des Scheidungsverfahrens leich- ter abänderbar seien als nacheheliche Unterhaltsentscheide. Zweitens sei wohl vielleicht das Erlöschen des Krankentaggeldanspruches vorhersehbar gewesen, nicht aber die finanziellen Auswirkungen davon, zumal am 29. Mai 2019 das IV- Verfahren noch pendent gewesen sei. Er habe an diesem Tag daher noch gar nicht wissen können, welches konkrete Einkommen er auf welcher Basis werde erzielen können. Demzufolge sei eine mögliche Einkommensveränderung in der Verfügung vom 29. Mai 2019 nicht bereits berücksichtigt gewesen. Bei einer ob- jektivierten Betrachtungsweise nach dem Vertrauensprinzip sei mit Sicherheit nicht Sinn und Zweck der Vereinbarung gewesen, dass er bei einem gänzlichen Wegfall seines Einkommens nicht eine Abänderung der vorsorglichen Massnah- men verlangen könne (act. 2 Ziff. III. 2.3 b, S. 11).

E. 4.5

Im IV-Verfahren habe sein damaliger Rechtsvertreter die Frist zur Anfech- tung des Entscheides verpasst. Aufgrund einer Verschlechterung seiner Gesund- heitszustandes habe er nunmehr eine Neuanmeldung bei der IV eingereicht. Die- ses Verfahren sei noch pendent (act. 2 Ziff. III. 2.3 b, S. 12 f.).

E. 4.6

Im Zusammenhang mit dem ihm angerechneten hypothetischen Einkom- men geht der Beklagte detailliert auf seinen gesundheitlichen Zustand ein, wel- cher ihm das Erzielen eines Einkommens verunmögliche und unzumutbar mache. Neben den bereits vorinstanzlich vorgebrachten Erkrankungen (vgl. obstehende E. 3.1.2) macht der Beklagte neu Rückenschmerzen und spontane Blutzuckerab- fälle geltend. Auf die hierzu eingereichten Arztberichte sei abzustellen – es be- stünden keine Anhaltspunkte dafür, dass diese gefälligkeitshalber ausgestellt worden seien oder inhaltlich nicht zutreffen würden (act. Ziff. III. 2.3 b, S. 12 f.). Die Vorinstanz habe keine Angaben dazu gemacht, wie er als 50-jähriger mit die- sen Erkrankungen und einem nunmehr fast vierjährigen Arbeitsunterbruch eine Stelle finden und ausüben solle, in welcher er in einem 50%-Pensum Fr. 2'570.– p.m. verdienen könne. Die Stelle, welche im IV-Entscheid angegeben worden sei, gebe es nicht. Sein frühere Tätigkeit habe sich durch erheblichen Zeitdruck, He- ben schwerer Lasten und stressiges Chauffieren mit Gefahrengut ausgezeichnet und entspreche damit nicht dem theoretischen Belastungsprofil gemäss dem IV- Entscheid (act. 2 Ziff. III. 2.3 b, S. 14).

E. 4.7

Schliesslich nimmt der Beklagte eine Neuberechnung der Unterhaltsbeiträ- ge vor (act. 2 Ziff. III. 2.5 S. 15 ff.). Wie zu zeigen sein wird, muss hierauf für die vorliegenden Zwecke nicht eingegangen werden (vgl. nachfolgende E. 8). Eine Ausnahme bildet der vom Beklagten gestellte Antrag auf Edition gewisser Unter- lagen zu seinem Einkommen, auf

welchen sogleich zurückzukommen sein wird (vgl. nachfolgende E. 5).

E. 4.8

Die Klägerin stellt sich in ihrer Berufungsantwort vom 12. März 2021 (act. 8) im Wesentlichen auf den Standpunkt, die Vorinstanz habe dem Beklagten, dessen gesundheitliche Beeinträchtigungen mindestens eine 50%ige Arbeitstätig- keit erlauben würden, zu Recht ein hypothetisches Einkommen angerechnet, zu- mal er – so die Klägerin sinngemäss und wiederholt – wohl ohnehin über ein ei- genes Einkommen verfüge und einer Arbeitstätigkeit nachgehe, ansonsten nicht erklärbar sei, wie er seine hohen Lebenskosten und jene der Tochter bestreiten könne. Letzteres Vorbringen bleibt pauschal und unsubstantiiert – Weiterungen hierzu erübrigen sich.

E. 5

Editionsantrag des Beklagten

E. 5.1

Der Beklagte macht im Rahmen seiner Neuberechnung der Unterhaltsbei- träge geltend, die Klägerin habe im Berufungsverfahren über ihr aktuelles Ein- kommen unter Vorlage der entsprechenden Unterlagen Auskunft zu geben, na- mentlich durch Edition der "aktuellen Einkommensunterlagen für das Jahr 2020 und 2021 durch die Berufungsbeklagte (Lohnausweis 2020 und sämtliche Lohn- abrechnungen)" (act. 2 Ziff. III. 2.5 S. 19).

E. 5.2

Zu unterscheiden sind materiell-rechtliche Auskunftspflichten von zivilpro- zessualen Editionsanträgen zu Beweiszwecken. Um einen materiell-rechtlichen Anspruch handelt es sich bei Art. 170 Abs. 1 ZGB, nach welchem jeder Ehegatte vom andern Auskunft über dessen Einkommen, Vermögen und Schulden verlangen kann. Dieser Anspruch kann in einem unab- hängigen Verfahren oder vorfrageweise in einem eherechtlichen Verfahren gel- tend gemacht werden. Das Auskunftsrecht gemäss Art. 170 ZGB ist eine Ehe- schutzmassnahme im Sinne von Art. 172 Abs. 3 ZGB. Im Scheidungsverfahren kann bei Fehlen von Informationen, die sich in den Händen der Gegenpartei be- finden, im Rahmen von vorsorglichen Massnahmen im Sinne von Art. 276 Abs. 1 ZPO gleich vorgegangen werden wie im Eheschutzverfahren. Prozessuale Editionspflichten werden in Art. 160 Abs. 1 lit. b ZPO geregelt. Hier hat der Ansprecher die Urkunde als Beweismittel angerufen und will sie nun dem Gericht zugänglich machen, um es dadurch von seiner – im Rahmen des Haupt- verfahrens aufgestellten – substantiierten Behauptung zu überzeugen. Sie ist rein prozessrechtlicher Natur (ZR 113/2014 S. 2, E. 4). Ein materiell-rechtlicher Auskunftsanspruch verschafft der beweisbelasteten Par- tei Zugang zu neuen Informationen. Demgegenüber dient die prozessrechtliche Mitwirkungspflicht nicht der Ermittlung und Feststellung des Sachverhalts, son- dern ermöglicht lediglich den Beweis einer bereits bekannten Tatsache (vgl. BGE 144 III 43 E. 4.1; MAIER, ZZZ 51/2020 S. 193, 201; GÖKSU, Wieviel Einkommen, welches Vermögen - Auskunfts- und Editionspflichten von Ehegatten und Dritten, in: Der neue Familienprozess, Zürich 2012, S. 109, 111).

E. 5.3

Der Beklagte begründet seinen Editionsantrag nicht mit einem materiell- rechtlichen Anspruch nach Art. 170 ZGB und stellt in formeller Hinsicht auch kein gesondertes Rechtsbegehren auf Auskunftserteilung bzw. Einreichung von Urkun- den. Daher ist davon auszugehen, dass der anwaltlich vertretene Beklagte einen prozessualen Editionsantrag stellt. Es fehlt aber eine konkrete Behauptung zum Einkommen der Klägerin, welche mit den zur Edition beantragten Beweismitteln bewiesen werden soll. Insbesondere macht der Beklagte nicht konkret geltend, die Klägerin verdiene mittlerweile mehr als die zuletzt bekannten Fr. 8'045.– netto pro Monat (inkl. 13. Monatslohn, exkl. Kinderzulage). Damit fehlt es an einer sub- stantiierten Behauptung, welche zum Beweis verstellt werden könnte. Auf die be- antragte Edition ist daher zu verzichten, zumal aus den Akten zu schliessen ist, dass sich das Einkommen der Klägerin in den Jahren 2019 und 2020 nicht mass- geblich verändert hat und davon auch für das Jahr 2021 nicht auszugehen ist (vgl. act. 5/46 i.V.m. act. 5/66).

E. 6

Vorliegen eines Abänderungsgrundes

E. 6.1

Bei der Abänderung vorsorglicher Massnahmen während des Scheidungs- verfahrens sind die Bestimmungen über die Massnahmen zum Schutz der eheli- chen Gemeinschaft sinngemäss anwendbar (Art. 276 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 271 ff. ZPO und Art. 172 ff. ZGB). Gemäss dem damit zur Anwendung gelangenden Art. 179 Abs. 1 ZGB passt das Gericht auf Begehren eines Ehegatten die Mass- nahmen an, wenn sich die Verhältnisse ändern. Die Bestimmungen über die Än- derung der Verhältnisse bei Scheidung gelten dabei sinngemäss. Voraussetzung ist also eine wesentliche und dauerhafte Veränderung der tatsächlichen Verhält- nisse seit der Anordnung der Massnahme (vgl. z.B.: BGer 5A_1018/2015 vom

E. 6.2

Mit Bezug auf die Vorhersehbarkeit der Veränderung fällt zunächst auf, dass die Vorinstanz in ihren grundsätzlichen Erwägungen auf Art. 129 ZGB ver- weist, eine Bestimmung die auf die Abänderung von Scheidungsurteilen und nicht

 auf Eheschutzurteile bzw. vorsorgliche Massnahmen anwendbar ist. Immerhin ist in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen, dass im Bereich des nacheheli- chen Unterhalts künftige Veränderungen, die sich mit Bestimmtheit oder grosser Wahrscheinlichkeit verwirklichen werden, als vorhersehbar gelten (BGE 120 II 4 E. 5d). Es muss eine Prognose mit genügender Sicherheit gestellt werden können (BGE 118 II 229 E. 3a S. 232; BGer, 5A_23/2010 vom 31. März 2010, E. 2.2; BGer, 5C.52/2007 vom 12. Juli 2007 E. 2). Allerdings besteht für das Gericht bzw. die Parteien grundsätzlich keine Verpflichtung, absehbaren künftigen Veränderun- gen bereits im Voraus Rechnung zu tragen (BGer, 5A_347/2019 vom 9. April 2019, E. 3.1.5). Es können also, mit anderen Worten, selbst vorhersehbare Ver- änderungen durchaus unberücksichtigt bleiben. Berücksichtigt wird eine Verände- rung, wenn die Unterhaltsbeiträge mit Blick auf diese Veränderung festgelegt wor- den sind (vgl. BGE 131 III 189 E. 2.7.4). Aus diesen Grundsätzen, die für die Ab- änderung von Scheidungsurteilen gelten, ist für das vorliegende Verfahren betref- fend Abänderung von vorsorglichen Massnahmen Folgendes abzuleiten: Verän- derungen, von deren Verwirklichung im Zeitpunkt des Entscheids nicht mit Be- stimmtheit oder grosser Wahrscheinlichkeit ausgegangen werden kann, und vo-

raussehbare, aber tatsächlich nicht berücksichtigte Veränderungen stehen einer Abänderung nicht entgegen. Die Behauptungs- und Beweislast für das Vorhandensein eines Abänderungs- grundes trifft nach den allgemeinen Grundsätzen jene Partei, welche die Abände- rung verlangt (vgl. BGer, 5A_893/2016 vom 30. Juni 2017, E. 2.3.1). Als Teilge- halt der Unvorhersehbarkeit obliegt ihr daher auch die Beweislast dafür, dass eine Veränderung im abzuändernden Entscheid nicht vorhersehbar gewesen war oder – selbst falls diese vorhersehbar gewesen sein sollte – nicht berücksichtigt wurde. Ob daneben von einer tatsächlichen Vermutung auszugehen ist, es seien bei vor- sorglich festgelegten Unterhaltsbeiträgen die vorhersehbaren Veränderungen be- reits berücksichtigt worden – worauf die Vorinstanz hinweist und wie es in der Praxis teilweise vertreten wird (vgl. OGer, ZR 109/2010, S. 1, E. 3.1; BGer, 5A_617/2017 vom 28. September 2017, E. 3.1) – kann daher dahingestellt blei- ben.

- 18 - Erhebliche Bedeutung kommt bei der Prüfung eines Abänderungsgrundes den Angaben gemäss Art. 282 Abs. 1 ZPO zu, welche in das die Unterhaltsbeiträge regelnde Urteil aufzunehmen sind. Damit sollen klare Verhältnisse im Hinblick auf spätere Abänderungen geschaffen werden (vgl. BGE 145 III 474 E. 5.1 und 5.6). Unter anderem ist das zugrunde gelegte Einkommen der Ehegatten auszuweisen (Art. 282 Abs. 1 lit. a ZPO). Wurden für dessen Festlegung Wertungen getroffen, die sich nicht unmittelbar aus den massgeblichen Unterlagen (wie beispielsweise den Lohnausweisen) ergeben, sollen die Grundlagen dieser Wertungen vermerkt werden (vgl. SPYCHER BK-ZPO, Bern 2012, Art. 282 N 11). Daraus folgt, dass eine hypothetische oder zukünftige Einkommensentwicklung, welche für die Un- terhaltsfestsetzung relevant gewesen ist, anzugeben ist (vgl. FANKHAUSER, ZK- ZPO, 3. Aufl., Zürich 2016, Art. 282 N 10). Ferner ist darauf hinzuweisen, dass es keine Anpassung an wesentlich und dau- ernd veränderte Verhältnisse bezüglich Tatsachen gibt, welche vergleichsweise definiert worden sind, um eine ungewisse Sachlage zu bewältigen (sog. caput controversum; vgl. BGE 142 III 518 E. 2.6.1). Schliesslich genügt es, die für das Vorliegen eines Abänderungsgrundes behaup- teten Tatsachen glaubhaft zu machen (vgl. BGer, 5A_848/2015 vom 4. Oktober 2016, E. 3.1; BGer, 5A_555/2013 vom 29. Oktober 2013, E. 3.1).

E. 6.3

Die Qualifikation der Vorinstanz, nach welcher im Wegfall der Krankentag- geldansprüche des Beklagten per 23. August 2019 eine dauernde und erhebliche Veränderung seiner Einkommensverhältnisse zu sehen sei, wurde berufungshal- ber nicht in Zweifel gezogen. Auf sie kann auch im Berufungsverfahren abgestellt werden. Es ist mithin das Augenmerk allein auf die Frage zu richten, ob diese Veränderung bei Erlass der abzuändernden Verfügung unvorhersehbar gewesen ist und ob sie in dieser mitberücksichtigt wurde.

E. 6.4

Das Auslaufen der Krankentaggelder des Beklagten zum 23. August 2019 wurde anlässlich der Verhandlung vom 29. Mai 2019 in der persönlichen Befra- gung des Beklagten thematisiert (vgl. Prot. Vi. S. 11). Dass es zu einer Ausschöp- fung der Taggelder bis zu diesem Datum kommen würde, war für die Vorinstanz

- 19 - und die Parteien mithin ohne Weiteres vorhersehbar. Zu beachten ist allerdings auch, dass im damaligen Zeitpunkt das im Vorjahr eingeleitete IV-Verfahren des Beklagten noch hängig war (vgl. act. 5/12 S. 4; Prot. Vi. S. 11). Ob – und gegebe- nenfalls – in welcher Höhe der Beklagte im Anschluss an die Krankentaggeldleis- tungen einen

IV-Rentenanspruch haben würde, war daher am 29. Mai 2019 noch unklar. Zwar war – wie bei jedem Verfahren – die letztlich eingetretene Abweisung des Leistungsbegehrens eines der möglichen Szenarien, allerdings kann nicht ge- sagt werden, dass dieses Ergebnis mit Bestimmtheit oder grosser Wahrschein- lichkeit vorhersehbar gewesen wäre. Die durch das Auslaufen der Taggelder und die nachfolgende Abweisung des IV-Leistungsbegehrens entstandene Einkom- menseinbusse des Beklagten war folglich nach den vorstehenden Massstäben nicht vorhersehbar.

E. 6.5

Daneben sticht ins Auge, dass der absehbaren, baldigen Veränderung der Einkommenssituation des Beklagten in der zwischen den Parteien abgeschlosse- nen und hernach gerichtlich genehmigten Teilscheidungsvereinbarung nicht Rechnung getragen wurde. Augenfällig wird dies bei den Grundlagen der Unter- haltsberechnungen (Ziff. 7 der Teilscheidungsvereinbarung), in welcher das Ein- kommen des Beklagten explizit als "Krankentaggeld" spezifiziert wurde. Ein nach Wegfall der Krankentaggelder an deren Stelle tretendes, anderweitiges Einkom- men des Beklagten wurde nicht aufgeführt. Hätte jedoch die Absicht bestanden, dem Beklagten ein anderes Einkommen anzurechnen, also beispielsweise eine IV-Rente in gleicher Höhe oder aber ein hypothetisches Einkommen, so wäre dies nicht in der erfolgten Art zum Ausdruck gebracht worden. Nach den obstehend dargelegten Grundsätzen (vgl. E. 6.2 Abs. 3) wäre eine konkrete Benennung, ins- besondere bei einem hypothetischen Einkommen, welches im Vergleich zu einem tatsächlichen Einkommen auf anders gearteten rechtlichen Wertungen fusst, un- umgänglich gewesen (vgl. auch nachfolgende E. 6.8). Dass weder die Parteien noch das Gericht die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens im Blick ge- habt haben konnten, zeigt sich überdies daran, dass zu diesem Thema weder plä- diert wurde, noch in der Befragung des Rechtsvertreters des Beklagten in diese Richtung zielende Fragen gestellt wurden. Dies lässt allein den Schluss zu, dass weder die Parteien noch die Vorinstanz über den Zeitpunkt der Einstellung der

 Taggelder hinaus eine Annahme über die Entwicklung des beklagtischen Ein- kommens getroffen haben. Aus der damaligen Sicht ist dies vor dem Hintergrund des hängigen IV-Verfahrens ohne Weiteres plausibel. Mithin gelingt dem Beklag- ten der Nachweis, dass der Wegfall der Krankentaggelder im Massnahmeent- scheid bzw. in der Teilscheidungskonvention noch nicht mitberücksichtigt wurde.

E. 6.6

Nicht thematisiert wird im angefochtenen Entscheid oder den Berufungs- schriften, ob dem Beklagten eine Abänderung der vorsorglichen Massnahmen nach der bundesgerichtlichen Praxis zur Wirkung eines Vergleiches verwehrt sein könnte (in diese Richtung zielend immerhin act. 2 Ziff. III 2. b, S. 11). Dies wäre dann der Fall, wenn es sich beim Einkommen des Beklagten um ein caput contro- versum handeln würde.

E. 6.7

Unterhaltsregelungen im Eheschutz- und Scheidungsverfahren (vgl. Art. 176 ZGB und Art. 276 ZPO) können auf einer Vereinbarung beruhen, wobei eine gerichtliche Genehmigung vorausgesetzt ist. Der Inhalt derartiger Vereinba- rungen bestimmt sich wie bei jedem anderen Vertrag nach dem übereinstimmen- den wirklichen Willen der Parteien (Art. 18 Abs. 1 OR). Die empirische oder sub- jektive Vertragsauslegung hat dabei gegenüber der normativen oder objektivierten grundsätzlich Vorrang. Wenn der übereinstimmende

wirkliche Wille der Parteien unbewiesen bleibt, sind zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklä- rungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten. Dabei ist vom Wortlaut der Erklärungen auszuge- hen, welche jedoch nicht isoliert, sondern aus ihrem konkreten Sinngefüge heraus zu beurteilen sind. Demnach ist der vom Erklärenden verfolgte Regelungszweck, wie ihn der Erklärungsempfänger in guten Treuen verstehen durfte und musste, massgebend (BGer, 5A_30/2019 vom 8. Mai 2019, E. 3.2.1 m.w.H.).

E. 6.8

Zum übereinstimmenden wirklichen Willen beim Abschluss der Teilschei- dungskonvention vom 29. Mai 2019 haben die Parteien weder vorinstanzlich noch berufungshalber Behauptungen aufgestellt. Entscheidend ist daher, ob das Ein- kommen des Beklagten nach einem objektiven Verständnis der Teilscheidungs-

- 21 - konvention, das heisst in Anwendung des Vertrauensprinzips, als caput contro- versum zu fassen ist. Die Bezeichnung des Einkommens des Beklagten als "Krankentaggelder" in den Grundlagen der Unterhaltsberechnung darf und muss nach guten Treuen so ver- standen werden, dass es nicht über den Zeitpunkt des Auslaufens der Kranken- taggelder hinaus vergleichsweise definiert wurde. Die konkrete Benennung als "Krankentaggeld" bietet nach einem objektiven Verständnis keine Hand dafür, das ausgewiesene Einkommen gewissermassen als Sammelkategorie für jegliches Einkommen zu fassen. Wäre es den Parteien darum gegangen, die zukünftige Einkommensentwicklung des Beklagten als caput controversum zu regeln und die bestehende Ungewissheit über diese gütlich beizulegen, hätten sie eine andere Formulierung – sei es durch eine (heikle) generelle Bezeichnung als "Einkom- men", sei es mittels einer Aufteilung in verschiedene Einkommensphasen – ge- wählt. Eine Qualifikation des Einkommens des Beklagten ab dem Wegfall der Krankentaggelder als caput controversum scheidet daher aus, so dass eine Ab- änderung der vorsorglichen Massnahmen durch die Teilscheidungskonvention nicht ausgeschlossen wird.

E. 6.9

Somit ist zusammenfassend festzuhalten, dass die zufolge des Auslaufens der Krankentaggelder des Beklagten per 23. August 2019 entstandene Verände- rung seiner Einkommensverhältnisse sowohl als dauerhaft als auch als erheblich zu erachten ist. Sie war ferner weder vorhersehbar noch wurde sie in der Teil- scheidungskonvention bzw. deren Genehmigung durch die Vorinstanz bereits mit- berücksichtigt. Mit dem Beklagten ist das Vorliegen eines Abänderungsgrundes zu bejahen. Wie bereits erwähnt, muss somit der weitere Abänderungsgrund (Täuschung bzw. Irrtum) nicht mehr geprüft werden. 7. Anrechenbarkeit eines hypothetischen Einkommens 7.1. Bei den Ausführungen der Vorinstanz zu einem dem Beklagten anrechen- baren hypothetischen Einkommen (act. 4 E. 3.3.4) handelt es sich in der Sache, auch wenn nicht als solche bezeichnet, um eine Eventualbegründung für die Ge- suchsabweisung.

- 22 - Ist ein Abänderungsgrund gegeben, so muss grundsätzlich die gesamte Unter- haltsberechnung neu durchgeführt, d.h. an die aktuellen Verhältnisse angepasst werden, und zwar auch insoweit, als gewisse Veränderungen für sich selbst ge- nommen keinen Abänderungsgrund darstellen würden. Die Neufestsetzung hat sich indessen – weil eine eigentliche Wiedererwägung aufgrund der beschränkten materiellen Rechtskraft des

abzuändernden Entscheids ausgeschlossen ist – grundsätzlich an den dort getroffenen Wertungen zu orientieren (BGE 137 III 604, E. 4.1.2; 138 III 289 E. 11.1.1; BGer, 5A_1018/2015 vom 8. Juli 2016, E. 4; 5C.197/2003 vom 30. April 2004, E. 2.1; OGer ZH, LY170005 vom 14. Dezember 2017, E. 5.5; LY160041 vom 28. März 2017, E. II.2.2; LY130038 vom 18. März 2014, E. 3.3). Über diesen Grundsatz setzte sich die Vorinstanz hinweg, indem sie isoliert – sprich ohne Berücksichtigung der vom Beklagten geltend gemachten Einkom- mensveränderungen der Klägerin und ohne Prüfung von Veränderungen in den Bedarfszahlen der Parteien – einzig eine Anrechnung eines hypothetischen Ein- kommens des Beklagten vornahm. Methodisch ist dies nicht haltbar. Daneben käme das vorinstanzliche Vorgehen einer rückwirkenden Anrechnung eines hypothetisches Einkommens ohne Einräumung einer Übergangsfrist gleich. Solches ist nach ständiger Praxis der Kammer nur ausnahmsweise zulässig (OGer, LY190039 vom 9. April 2020, E. 5.4; OGer, LY130033 vom 31. Januar 2014, E. 4.5). Wieso dies vorliegend statthaft sein sollte, begründete die Vor- instanz nicht. Auch die Eventualbegründung kann nach dem Gesagten nicht geschützt werden und sie vermag nichts daran zu ändern, dass in Anbetracht des gegebenen Ab- änderungsgrundes die Unterhaltsberechnung durch die Vorinstanz vollständig zu aktualisieren gewesen wäre.

E. 8

Reformatorisches oder kassatorisches Berufungsurteil

E. 8.1

Ob die Berufungsinstanz ein reformatorisches Urteil fällt, d.h. die Neube- rechnung originär – anstelle der Vorinstanz – selbst vornimmt (Art. 318 Abs. 1

- 23 - lit. b ZPO), oder die Sache zur Neufestsetzung der Unterhaltsbeiträge an die Vorinstanz zurückweist, liegt in ihrem Ermessen (BGE 144 III 394 E. 4.3.2.2). Eine Rückweisung an die erste Instanz soll die Ausnahme bleiben; im Grundsatz soll die Berufungsinstanz neu in der Sache entscheiden (BGE 137 III 617 E. 4.3; BGer, 4A_417/2013 vom 25. Februar 2014, E. 4.2; 5A_94/2013 vom 6. März 2013, E. 3.2.3). In der zu beurteilenden Sache geht es um die Abänderung einer bestehenden Un- terhaltsregelung, an deren Wertungen sich der Abänderungsentscheid zu orientie- ren hat (vgl. obstehende E. 7.1). Weder aus der Teilscheidungskonvention vom 29. Mai 2019 (act. 5/14) noch den übrigen Verfahrensakten ergeben sich indes Anhaltspunkte dafür, auf welchen Wertungen die vergleichsweise festgelegten Bedarfe der Parteien beruhten. Die Berufungsinstanz müsste mithin die Bedarfe, obschon es sich um ein Abänderungsverfahren handelt, originär gerichtlich fest- setzen. Dies liesse den damit einhergehenden Instanzenverlust umso schwerer wiegen. Hinzu kommt, dass der Sachverhalt in wesentlichen Teilen zu vervollstän- digen ist, um die Spruchreife der Sache herbeizuführen.

E. 8.2

Denn wie die Vorinstanz richtig erkannte, steht im Rahmen der Neuvornah- me der Unterhaltsberechnung durchaus die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens des Beklagten im Raum. Dafür ist vorauszusetzen, dass das Erzielen eines entsprechenden Einkommens einerseits zumutbar und andererseits möglich ist. Rechtsfrage ist, ob eine be- stimmte Tätigkeit aufzunehmen als zumutbar erscheint. Demgegenüber ist als Tatfrage zu eruieren, ob die als zumutbar erkannte Tätigkeit möglich und das an- genommene Einkommen effektiv erzielbar ist (OGer, LY190050 vom 26. Juni 2020, E. 7.2.1; BGE 144

III 481 E. 4; BGer, 5A_435/2019 vom 19. Dezember 2019, E. 4.1.2). Das Gericht darf in diesem Zusammenhang nicht auf rein abstrak- te Erwerbsmöglichkeiten verweisen. Es ist vielmehr – unter Zugrundelegung der spezifischen Sachumstände, insbesondere der Ausbildung, der Qualifikationen, früherer Arbeitsstellen und Berufserfahrungen, des Alters und des Gesundheits- zustandes der betreffenden Person sowie des Arbeitsmarktes – konkret anzuge- ben, welche Art von Arbeitsstelle in Betracht kommt und welcher Verdienst dabei

- 24 - zu erwarten ist (vgl. BGer, 5A_165/2013 vom 28. August 2013, E. 4.1). Eine Pau- schalisierung durch ein Abstellen auf die Lohnstrukturerhebung des Bundesamtes für Statistik oder auf das jährlich erscheinende Lohnbuch des Amtes für Wirtschaft und Arbeit des Kantons Zürich ist zulässig (vgl. MAIER, FamPra.ch 2014 S. 302 ff., 341, m.w.H.). Das allfällige Bestehen einer Arbeitsunfähigkeit stellt eine Tatfrage dar (vgl. BGE 126 III 10 E. 2). Die Vorinstanz stellte bei der Ermittlung eines anrechenbaren hypothetischen Ein- kommens von monatlich Fr. 2'570.– auf die Verfügung vom 22. Oktober 2019 (act. 5/65/3) im IV-Verfahren ab, in welcher dem Beklagten ein Invalideneinkom- men von jährlich Fr. 39'081.– bei einem Pensum von 50% angerechnet wurde. Eine eingehende Begründung für diesen Betrag führt die IV-Stelle in ihrem Ent- scheid nicht an, insbesondere wird nicht angegeben, um welche angepasste Tä- tigkeit es sich handelt, so dass das vorinstanzliche Vorgehen bereits deswegen zu kurz greift. Daneben gelangen – wie der Beklagte zu Recht beanstandet (vgl. act. 2 Ziff. III. 2.3 b) – bei der Ermittlung des Invalideneinkommens nach Art. 16 ATSG abweichende Grundsätze zur Anwendung, weswegen das (hypothetische) Invalideneinkommen nicht mit dem familienrechtlichen hypothetischen Einkom- men gleichgesetzt werden kann. Augenfällig wird dies nicht zuletzt, weil bei der Ermittlung eines IV-Rentenanspruches das noch erzielbare Einkommen bezogen auf einen – gegebenenfalls fiktiven – ausgeglichenen Arbeitsmarkt zu ermitteln ist, um konjunkturelle Einflussfaktoren auszuschliessen (vgl. KIESER, Kommentar ATSG, 4. Aufl., Zürich 2020, Art. 16 N 94). Dieser Mechanismus ist dem Familien- recht dem Grundsatz nach fremd. Aktenkundig ist die frühere berufliche Position des Beklagten als "Verantwortlicher Produktion und Logistik" bei der F._____ AG, einer im … tätigen Unternehmung (vgl. act. 3/7; Handelsregisterauszug auf www.zefix.ch). Dabei nahm der Beklagte zunächst ein Pensum von 40 % wahr und erhöhte dieses später geringfügig (vgl. "versicherter Jahreslohn" gemäss Krankentaggeldabrechnungen, act. 5/3/51/3 i.V.m. act. 5/3/4/1). Unbestrittenermassen handelte es sich dabei um eine Tätig- keit, welche auch körperlich belastende Komponenten aufwies. Seit einem Herz- infarkt im August 2017 ist er, wie bereits erwähnt, nicht mehr erwerbstätig. Der

- 25 - Beklagte leidet an einer Reihe von chronischen Krankheiten; dies tritt aus den vo- rinstanzlich und berufungshalber eingereichten Belegen (vgl. act. 5/59, act. 3/3-4, act. 11) unzweifelhaft zu Tage. Strittig und letztlich einzig von Belang ist nun aber, inwiefern sich diese gesundheitlichen Einschränkungen in einer Arbeitsunfähigkeit des Beklagten niederschlagen und ob und inwieweit es ihm gleichwohl möglich ist, noch ein Einkommen zu erzielen. Dabei ist festzuhalten, dass der Bestand und, gegebenenfalls, der Umfang einer Arbeitsunfähigkeit des Beklagten nur in Bezug auf eine konkrete Arbeitstätigkeit beurteilt werden kann. Mit der Angabe einer pauschal bestehenden Arbeitsunfä- higkeit, wie sie von Ärztinnen und Ärzten nicht selten – und so auch vorliegend (vgl. act. 5/59, act. 5/64/1, act. 3/3–4 und act. 11) – festgehalten wird, ist für die Frage eines hypothetischen Einkommens wenig gewonnen, ausser die gesund- heitlichen Probleme seien derart massiv, als dass ganz

offensichtlich keinerlei Restarbeitsfähigkeit mehr gegeben sein kann, wovon nicht leichthin ausgegangen werden darf. Ärztliche Arbeitsunfähigkeitsangaben beziehen sich denn auch re- gelmässig – zumindest implizit – auf die angestammte Tätigkeit. Beim Entscheid über die Anrechenbarkeit eines hypothetisches Einkommens ist jedoch auch jede andere Erwerbsmöglichkeit – soweit diese zumutbar und möglich ist – in Betracht zu ziehen, denn nach einem allgemeinen Grundsatz im Unterhaltsrecht ist eine vorhandene Arbeitskapazität voll auszuschöpfen (statt vieler: BGer, 5A_800/2019 vom 9. Februar 2021, E. 6.2)

E. 8.3

Für die Identifizierung einer konkreten Arbeitstätigkeit, welche dem Beklag- ten allenfalls trotz seiner gesundheitlichen Probleme noch möglich sein könnte, wurden jedoch von der Vorinstanz unabdingbare Angaben – namentlich die Aus- bildung, Qualifikationen, frühere Arbeitsstellen und Berufserfahrungen des Be- klagten – nicht erhoben. Eine persönliche Befragung des Beklagten zu diesem Thema erscheint dringend angezeigt und fand bisher nicht statt (vgl. Prot. Vi S. 39 ff.). In der Befragung wird auch die Vereinbarkeit einer allfälligen Erwerbstä- tigkeit mit den Betreuungsaufgaben des Beklagten für die gemeinsame Tochter C._____ zur Sprache zu kommen haben. Sollten gesundheitliche Gründe der Teilnahme des Beklagten an einer ordentlichen Gerichtshandlung entgegen ste-

hen, so wäre eine Befragung mittels Videokonferenz ins Auge zu fassen (vgl. COVID-19-Verordnung Justiz und Verfahrensrecht).

E. 8.4

Aus alledem ergibt sich, dass einerseits der Sachverhalt in wesentlichen Teilen im Sinne von Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 2 ZPO zu vervollständigen ist. Ande- rerseits hat die Vorinstanz einen wesentlichen Teil des Gesuchs im Sinne von Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 1 ZPO nicht beurteilt, indem sie keine vollständige Neu- berechnung der Unterhaltsbeiträge vorgenommen hat. Es kann daher kein reformatorischer Berufungsentscheid ergehen, wie dies der Beklagte beantragt. Dieser stellt zwar keinen Berufungsantrag auf Rückweisung der Sache an die Vorinstanz, jedoch geht die Kammer davon aus, dass ein sol- cher gleichsam als "Minus" im Verhältnis zu einem reformatorischen Berufungs- antrag in Letzterem mitenthalten ist (vgl. OGer, PS200055 vom 6. April 2020, E. 2.3). Die Sache ist mithin in teilweiser Gutheissung der Berufung zur Ergän- zung des Sachverhaltes und neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen des vorliegenden Berufungsentscheides an die Vorinstanz zurückzuweisen.

E. 9

Kosten- und Entschädigungsfolgen

E. 9.1

Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen des erstinstanzlichen Mass- nahmeverfahrens wird die Vorinstanz in ihrem neuen Entscheid zu befinden ha- ben (Art. 104 Abs. 1 ZPO). Ebenfalls ist ihr in Anwendung von Art. 104 Abs. 4 ZPO die Verteilung der Prozesskosten des Berufungsverfahrens zu überlassen.

E. 9.2

Sind, wie hier, in einem Verfahren über vorsorgliche Massnahmen im Scheidungsprozess nur finanzielle Belange strittig, so berechnet sich die Ent- scheidgebühr nach § 12 Abs. 1 und 2, § 4 Abs. 1 bis 3 und § 8 Abs. 1 der Gebüh- renverordnung des Obergerichts vom 8.

September 2010 (GebV OG).

E. 9.3

Der Streitwert für das Rechtsmittelverfahren ergibt sich aus der Differenz der Berufungsanträge zum vorinstanzlichen Entscheid. Die Berufungsanträge des Beklagten weichen bei einer mutmasslichen weiteren Dauer des Scheidungsver- fahrens bis Februar 2022 im Umfang von ca. Fr. 30'705.– (23 Monate à Fr. 1'335.–) vom vorinstanzlichen Entscheid ab (vgl. act. 2 S. 2 i.V.m. act. 5/15

- 27 - i.V.m. act. 4). Die Entscheidgebühr für das durchschnittlich aufwendige Beru- fungsverfahren ist nach § 4 Abs. 1 bis 3 und § 8 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 2'000.– festzusetzen.

E. 9.4

Grundlagen der Festsetzung der Entschädigung für die Kosten einer an- waltlichen Vertretung bilden der Streitwert, die Verantwortung, die Schwierigkeit des Falls und der notwendige Zeitaufwand (§ 2 Abs. 2 AnwGebVO). Unter Be- rücksichtigung des massgeblichen Streitinteresses, das sich jedoch aus wieder- kehrenden Leistungen ergibt sowie des anwendbaren summarischen Verfahrens ist die Parteientschädigung gestützt auf § 4 Abs. 1 bis 3, § 9, § 11 Abs. 1 sowie § 13 Abs. 1 AnwGebVO auf Fr. 2'500.– (7.7% MwSt. inkl.) festzusetzen.

E. 10

Prozesskostenvorschuss und Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege

E. 10.1

Eine Person hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 117 ZPO). Eine unentgeltliche Rechtsvertretung wird bestellt, wenn dies zur Wahrung der Rechte notwendig erscheint (Art. 118 Abs. 1 ZPO). Gemäss ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege subsidiär zur familienrechtlichen Beistands- und Unterhaltspflicht der Ehegatten (vgl. statt vieler: BGE 142 III 36 ff. E. 2.3).

E. 10.2

Die Parteien bezeichnen sich übereinstimmend als jeweils mittellos (vgl. act. 2 Ziff. IV., S. 19 f.; act. 8 S. 6 f.). Dies deckt sich mit den zur Verfügung ste- henden Unterlagen der Parteien zu ihren finanziellen Verhältnissen. Zwar resultie- ren auf Seiten der Klägerin vor dem Hintergrund ihres höheren Lohnes in den Jahren 2018 bis 2020 (vgl. act. 5/33/5, act. 5/46 und act. 5/66) höhere Überschüs- se als in der Teilscheidungskonvention vom 29. Mai 2019 (act. 5/14) festgehalten. Indes wird bei der Prüfung der Mittellosigkeit der Bedarf der betreffenden Person grosszügiger bemessen, sei es durch eine pauschale Erhöhung des Grundbetra- ges, sei es durch Zulassung gewisser zusätzlicher Bedarfspositionen, oder beides zusammen (vgl. OGer, PQ180042 vom 25. Juli 2018, E. 3). Auch die höheren Überschüsse – soweit diese nicht möglicherweise zum Teil ohnehin dem Beklag- ten zugesprochen werden – genügen nicht, um von fehlender Mittellosigkeit der

- 28 - Klägerin auszugehen. Dies führt zur Abweisung des beklagtischen Antrages auf Leistung eines Prozesskostenvorschuss durch die Klägerin.

E. 10.3

Die Berufungsanträge des Beklagten waren – entgegen der Klägerin – nicht aussichtslos im Sinne von Art. 117 lit. b ZPO, wie aus dem Vorstehenden erhellt. Damit sind die Voraussetzungen für die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege erfüllt. Sodann war angesichts der nicht unerheblichen Komplexität der zu beurteilenden Berufung die Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsvertre- tung zur Wahrung der Rechte des Beklagten notwendig. Abschliessend ist darauf hinzuweisen, dass eine allfällige Entschädigung des un- entgeltlichen Rechtsvertreters erst nach definitiver Verteilung der Prozesskosten, das heisst nach einem diesbezüglichen Kostenentscheid der Vorinstanz, erfolgen kann (vgl. OGer, LC120014 vom 16. Oktober 2012). Es wird beschlossen: 1. Das Gesuch des Berufungsklägers und Beklagten auf Verpflichtung der Be- rufungsbeklagten und Klägerin zur Bezahlung eines Prozesskostenvor- schusses für das Berufungsverfahren wird abgewiesen. 2. Das Gesuch des Berufungsklägers und Beklagten um Bewilligung der unent- geltlichen Rechtspflege wird gutgeheissen und es wird ihm Rechtsanwalt lic. iur. X._____, … [Adresse], als unentgeltlicher Rechtsvertreter bestellt. 3. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittel mit nachstehendem Erkenntnis. Es wird sodann erkannt: 1. In teilweiser Gutheissung der Berufung wird die Verfügung des Einzelge- richts o.V. des Bezirksgerichts Pfäffikon vom 20. Mai 2020 aufgehoben und es wird die Sache zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuer Entschei- dung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.

- 29 - 2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'000.– festgesetzt. 3. Die Parteientschädigung für das Berufungsverfahren wird auf Fr. 2'500.– (inkl. MwSt.) festgesetzt. 4. Die Verteilung der Prozesskosten des vorliegenden Berufungsverfahrens wird dem neuen Entscheid des Einzelgerichts o.V. des Bezirksgerichts Pfäf- fikon vorbehalten. 5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Berufungskläger und Beklag- ten unter Beilage von Doppeln der act. 8 und 9/1, und – unter Beilage der Akten – an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein. 6. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesge- richt, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Dies ist ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt ca. Fr. 30'705.–. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Obergericht des Kantons Zürich II. Zivilkammer Der Gerichtsschreiber: lic. iur. M. Häfeli versandt am:

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