

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LE130005-O/U

Mitwirkend: Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Oberrichterin  
Dr. M. Schaffitz und Oberrichter Dr. M. Kriech sowie  
Gerichtsschreiberin lic. iur. R. Blesi Keller

## Beschluss und Urteil vom 18. Oktober 2013

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Beklagte und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. \_\_\_\_\_

gegen

**B.** \_\_\_\_\_,

Kläger und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. \_\_\_\_\_

betreffend **Abänderung Eheschutz (Unterhaltsbeiträge)**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren  
am Bezirksgericht Dielsdorf vom 13. Dezember 2012 (EE120064)**

**Rechtsbegehren (Urk. 1; sinngemäss):**

1. Es sei in Abänderung von Dispositivziffer 2 der Verfügung vom 11. Oktober 2011 des Einzelgerichts des Bezirksgerichtes Dielsdorf der Sohn C.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2007, unter die alleinige Obhut des Klägers zu stellen.
2. Es seien in Abänderung von Dispositivziffer 4 der Verfügung vom 11. Oktober 2011 des Einzelgerichts des Bezirksgerichtes Dielsdorf die monatlichen Unterhaltsbeiträge neu festzulegen.

**Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Dielsdorf vom 13. Dezember 2012 (Urk. 34):**

1. Das Begehren um Abänderung von Dispositivziffer 2 der Verfügung vom 11. Oktober 2011 des Einzelgerichts am Bezirksgericht Dielsdorf bezüglich der Umteilung der elterlichen Obhut über den gemeinsamen Sohn C.\_\_\_\_\_ wird abgewiesen.
2. Die Dispositivziffer 4 der Verfügung vom 11. Oktober 2011 des Einzelgerichts am Bezirksgericht Dielsdorf wird aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:

*"4. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin monatliche Unterhaltsbeiträge von jeweils Fr. 3'125.– (zuzüglich allfälliger gesetzlicher oder vertraglicher Familienzulagen) zu bezahlen, nämlich Fr. 2'125.– für sie persönlich und Fr. 1'000.– zuzüglich Familienzulagen für das Kind, zahlbar monatlich jeweils im Voraus auf den Ersten eines jeden Monats, erstmals ab Rechtskraft dieses Entscheides."*
3. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf Fr. 3'500.–. Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
4. Die Gerichtskosten werden den Parteien je zur Hälfte, d.h. im Umfang von je Fr. 1'750.–, auferlegt. Die Kosten der Beklagten werden zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Beklagte wird ausdrücklich auf die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO hingewiesen.
5. Die Parteientschädigungen werden wettgeschlagen.
6. [Mitteilungssatz]
- 7./8. [Rechtsmittelbelehrungen]

**Berufungsanträge:**

der Beklagten und Berufungsklägerin (Urk. 33 S. 2):

- "1. Es sei die Ziff. 2 des Urteilsdispositivs aufzuheben und das Begehren des Berufungsbeklagten um Abänderung von Dispositivziffer 4 der Eheschutz-Verfügung vom 11. Oktober 2011 des Einzelgerichtes am Bezirksgericht Dielsdorf (Beilage B) abzuweisen;
2. *Eventualiter* sei die Ziff. 2 des Urteilsdispositivs aufzuheben und die Sache zur Ergänzung des Beweisverfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen;

3. [...]

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Berufungsbeklagten."

des Klägers und Berufungsbeklagten (Urk. 41 S. 2):

- "1. Die Berufung der Gesuchsgegnerin und Berufungsklägerin vom 18. Januar 2013 sei vollumfänglich abzuweisen.
2. [...]
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich gesetzlich geschuldeter Mehrwertsteuer im Berufungsverfahren zulasten der Gesuchsgegnerin und Berufungsklägerin."

**Erwägungen:**

I.

1. Die Parteien sind verheiratet. Sie haben einen gemeinsamen Sohn: C.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2007. Im Dezember 2010 trennten sich die Parteien und die heutige Beklagte und Berufungsklägerin (fortan Beklagte) machte vor Vorinstanz ein Eheschutzverfahren anhängig. Mit Verfügung der Einzelrichterin im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Dielsdorf vom 11. Oktober 2011 wurde gestützt auf die von den Parteien gleichentags getroffene Vereinbarung C.\_\_\_\_\_ für die Dauer des Getrenntlebens unter die Obhut der Beklagten gestellt.

Sodann wurde der Kläger und Berufungsbeklagte (fortan Kläger) unter anderem verpflichtet, der Beklagten monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 3'900.– (zuzüglich allfälliger gesetzlicher oder vertraglicher Familienzulagen) zu bezahlen; Fr. 2'900.– für die Beklagte persönlich und Fr. 1'000.– zuzüglich Familienzulagen für das Kind (Urk. 4/43 Dispositivziffern 2 und 4 = Urk. 36/B). Gemäss Ziffer 6 der Vereinbarung vom 11. Oktober 2011 legten die Parteien der Berechnung der Unterhaltsbeiträge einen Bedarf der Beklagten von zirka Fr. 3'880.– und des Klägers von Fr. 4'080.– sowie ein Einkommen der Beklagten von Fr. 0.– und des Klägers von netto Fr. 8'000.– pro Monat zugrunde (Urk. 4/42).

2. Mit Eingabe vom 7. August 2012 ersuchte der Kläger vor Vorinstanz sinngemäss um die Unterstellung von C. \_\_\_\_\_ unter seine Obhut sowie um eine Neu festsetzung der Unterhaltszahlungen (Urk. 1; Urk. 34 S. 2). Betreffend des Verlaufs des erstinstanzlichen Verfahrens ist auf die Erwägungen der Vorinstanz zu verweisen (Urk. 34 S. 2f.). Mit Urteil vom 13. Dezember 2012 wies die Vorinstanz das Abänderungsbegehren mit Bezug auf den Antrag um Umteilung der Obhut ab (Urk. 34 Dispositivziffer 1). Weiter hob sie die Dispositivziffer 4 der Verfügung vom 11. Oktober 2011 auf und verpflichtete den "Beklagten" und heutigen Kläger, der "Klägerin" und heutigen Beklagten monatliche Unterhaltbeiträge von Fr. 3'125.– (zuzüglich allfälliger gesetzlicher oder vertraglicher Familienzulagen) zu bezahlen, nämlich Fr. 2'125.– für die Beklagte persönlich und Fr. 1'000.– zuzüglich Familienzulagen für das Kind (Urk. 34 Dispositivziffer 2).

3. Gegen das Urteil vom 13. Dezember 2012 haben beide Parteien fristgerecht Berufung erhoben (Urk. 31/1 und 2; Urk. 33; LE130002 Urk. 33). Die Berufung des Klägers wurde unter der Prozessnummer LE130002 angelegt. Mit Beschluss der Kammer vom 29. Juli 2013 wurde auf die Berufung nicht eingetreten (LE130002 Urk. 48). Die Berufung der Beklagten wurde unter der vorliegenden Prozessnummer angelegt. Die Berufungsantwort datiert vom 25. Februar 2013 (Urk. 41). Die weiteren Eingaben und Stellungnahmen wurden jeweils der Gegenpartei zur Kenntnis gebracht (Pro. S. 5f.; Urk. 46; Urk. 55).

4. Im Berufungsverfahren können neue Tatsachen nur noch berücksichtigt werden, wenn diese ohne Verzug vorgebracht wurden und wenn sie trotz zumut-

barer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Da im Berufungsverfahren indes auch die Vorschriften über das erstinstanzliche Verfahren sinngemäss anzuwenden sind, stellt sich die Frage, ob in denjenigen Verfahren, in denen der Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären ist, mithin in den Verfahren, die der Untersuchungsmaxime unterstehen, neue Tatsachen und Beweismittel in analoger Anwendung von Art. 229 Abs. 3 ZPO bis zur Urteilsberatung vorgebracht werden können. Dies ist in der Literatur umstritten. Das Bundesgericht hat eine solche analoge Anwendung abgelehnt und festgehalten, dass einzig Art. 317 Abs. 1 ZPO massgeblich sei (BGE 138 III 626f. Erw. 2.2). Auch in den Verfahren, die der Untersuchungsmaxime unterstehen, ist deshalb Art. 317 Abs. 1 ZPO zu beachten. Dies gilt auch bei Verfahren in Kinderbelangen, in denen gemäss Art. 296 Abs. 1 ZPO der Sachverhalt von Amtes wegen zu erforschen ist. Unechte Noven können daher grundsätzlich nicht mehr vorgebracht werden, es sei denn, eine Partei rüge, die Vorinstanz habe eine bestimmte Tatsache in Verletzung der Untersuchungsmaxime nicht beachtet (F. Hohl, Procédure civile, Tome II, Deuxième Edition, Rz. 2414 f.). Solche unechten Noven sind im Sinne von Art. 317 Abs. 1 lit. a ZPO ohne Verzug, d.h. mit der Berufungsbegründung bzw. der Berufungsantwort vorzubringen. Nach Berufungsbegründung und -antwort können nur noch echte Noven vorgebracht werden, und zwar längstens bis zum Beginn der Urteilsberatung. Dies gilt auch für Verfahren, die der Untersuchungsmaxime unterstehen (BGE 138 III 788 Erw. 4.2; F. Hohl, a.a.O., Rz 1172).

5. Auf die Ausführungen der Parteien wird nachfolgend nur soweit notwendig eingegangen.

## II.

1. Mit der vorliegenden Berufung wird die von der Vorinstanz gegenüber der Verfügung vom 11. Oktober 2011 des Einzelgerichts am Bezirksgericht Dielsdorf vorgenommene Kürzung der vom Kläger an die Beklagte persönlich zu bezahlen-

den Unterhaltsbeiträge angefochten. Die Beklagte beantragt die Abweisung des Abänderungsbegehrens (Urk. 33 S. 2).

2. Der Kläger ist D.\_\_\_\_\_ -Therapeut. Er führt eine eigene Praxis. In der am 11. Oktober 2011 geschlossenen Vereinbarung gingen die Parteien für die Berechnung der Unterhaltsbeiträge von einem monatlichen Nettoeinkommen des Klägers von Fr. 8'000.– aus. Der Bedarf des Klägers wurde auf zirka Fr. 4'080.– festgesetzt (Urk. 4/42 Ziffer 6). Die Vorinstanz legte das Einkommen des Klägers gestützt auf dessen zwischenzeitlich vorliegende Steuerklärung für das Jahr 2011 neu auf netto Fr. 7'162.80 pro Monat fest. Weiter erwog sie, der aktuelle Bedarf des Klägers betrage Fr. 4'018.– und sei damit um Fr. 62.– tiefer als im Eheschutzverfahren. Ausgehend von den im Entscheid vom 11. Oktober 2011 festgesetzten Unterhaltszahlungen von total Fr. 3'900.– hätten die finanziellen Verhältnisse des Klägers gemäss Eheschutzverfügung noch zu einem Überschuss von Fr. 20.– geführt. Die aktuellen veränderten Verhältnisse ergäben eine Unterdeckung von Fr. 755.– pro Monat, welche auf die Verringerung des Einkommens zurückzuführen sei. Die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Klägers habe sich damit um Fr. 775.– verringert. Die Vorinstanz hielt am Kinderunterhalt von Fr. 1'000.– pro Monat fest und reduzierte den Unterhaltsanspruch der Beklagten von vormals Fr. 2'900.– pro Monat um Fr. 775.– auf Fr. 2'125.– (Urk. 34 S. 6f.).

3. Was die allgemeinen Ausführungen zu den Abänderungsvoraussetzungen anbelangt, kann vorerst auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 34 S. 5).

4.1. Die Beklagte macht in der Berufung, wie bereits vor Vorinstanz (Urk. 23 S. 7f.), unter anderem geltend, der Kläger habe die behauptete Einkommensveränderung selbst herbeigeführt. Daher sei die Einkommensminderung nicht zu berücksichtigen. Es sei von der bisherigen höheren Leistungskraft des Klägers auszugehen. Der Kläger habe nicht substantiiert behauptet, ein Einkommen von Fr. 8'000.– nicht wieder erzielen zu können. Die Annahme eines "hypothetischen Einkommens" in der Höhe der bisherigen Einkünfte sei angemessen (Urk. 33 S. 7). Dem widerspricht der Kläger (Urk. 41 S. 9).

4.2. Eine Abänderung des Eheschutzentscheides ist ausgeschlossen, wenn die Sachlage durch eigenmächtiges, widerrechtliches oder missbräuchliches Verhalten des die Abänderung verlangenden Klägers herbeigeführt worden ist (BGer 5A\_701/2012 Urteil vom 18. Februar 2013, Erw. 2.2. mit Verweis auf BGer 5P.473/2006 Urteil vom 19. Dezember 2006, Erw. 3). Denn nur eine Veränderung, welche der Unterhaltsverpflichtete nicht freiwillig bzw. selbstverschuldet herbeigeführt hat, berechtigt zur Abänderung einer Eheschutzmassnahme, da ihm andernfalls zuzumuten ist, die Reduktion des Einkommens selber zu tragen. Er kann sie nicht auf den Unterhaltsberechtigten abwälzen (Spycher/Hausheer, Handbuch des Unterhaltsrechts, N 09.131).

4.3.1. Die Vorinstanz rechnete dem Kläger neu ein Einkommen von netto Fr. 7'162.80 pro Monat an. Dies geschah gestützt auf die Steuererklärung 2011 (Urk. 34 S. 7). Ob dieses Vorgehen zulässig war, was von der Beklagten ebenfalls kritisiert wird (Urk. 33 S. 4f.), kann einstweilen offen bleiben. Denn aufgrund der Akten erscheint glaubhaft, dass der Kläger die (angeblich) erlittene Einkommenseinbusse freiwillig herbeigeführt hat.

4.3.2. Wie bereits erwähnt, wurde der von den Parteien am 11. Oktober 2011 geschlossene Vereinbarung ein monatliches Nettoeinkommen des Klägers von Fr. 8'000.– zugrunde gelegt (Urk. 4/42 Ziffer 6). Im Februar 2011 führte der anwaltlich vertretene Kläger im damaligen Eheschutzverfahren aus (EE100141, Urk. 4), gestützt auf das von ihm deklarierte Einkommen für das Jahr 2009 von Fr. 119'148.– sei von einem monatlichen Einkommen von Fr. 9'929.– auszugehen. Zu beachten sei jedoch, dass es sich dabei um das Brutto-Einkommen handle. Es seien noch die Sozialabgaben, insbesondere die AHV, abzuziehen. Das monatliche Nettoeinkommen liege bei rund Fr. 9'000.– (Urk. 4/11 S. 10; Urk. 4/12/4). Weiter liess der Kläger ausführen, die Buchhaltung 2010 sei noch nicht abgeschlossen. Sicher sei hingegen, dass der von ihm auf Fr. 140.– erhöhte Stundentarif von der E.\_\_\_\_\_ Krankenversicherung nicht akzeptiert worden sei. Die E.\_\_\_\_\_ Versicherung sei für ihn einer der wichtigsten Vertragspartner und verfüge über einen Marktanteil von rund einem Fünftel. Er sei deshalb gezwungen, den Stundenansatz wieder auf Fr. 120.– zu reduzieren. Dies, nachdem er im

Jahre 2009 jeweils einen Stundentarif von Fr. 130.– verrechnet habe. Er rechne deshalb für das Jahr 2010 mit einem deutlich tieferen Einkommen (Urk. 4/11 S. 10f.; Urk. 4/12/5). Der Kläger rechnete denn für das Jahr 2011 mit einem monatlichen Bruttoeinkommen von zirka Fr. 7'300.–. Er liess in diesem Zusammenhang noch anführen, in den Jahren 2009 und 2010 sehr viel gearbeitet zu haben. Dies unter anderem deshalb, weil die Parteien eine Wohnung oder ein Haus hätten kaufen wollen. Langfristig sei es ihm aber nicht möglich, so viel zu arbeiten. Dies lasse alleine seine Gesundheit nicht zu (Urk. 4/11 S. 11). Anlässlich der Verhandlung vom 11. Oktober 2011 liess der Kläger ausführen, die Erfolgsrechnung 2010 sei zwischenzeitlich erstellt (Urk. 4/41). Er habe im Jahre 2010 einen Gewinn von Fr. 91'444.95 erzielen können. Von diesem Betrag seien jedoch noch die AHV-Beiträge von 9,7 % (Fr. 8'870.16) sowie die Mehrwertsteuer von 7,6 % (Fr. 6'949.80) abzuziehen. Er habe damit im Jahre 2010 ein Nettoeinkommen von Fr. 75'625.– erzielt, was einen Monatslohn von Fr. 6'300.– ergebe (Urk. 4/40 S. 7f.).

4.3.3. Gestützt auf die vorangehenden Ausführungen ist erstellt, dass sämtliche nunmehr vom Kläger in der Berufung angeführten Argumente, welche seine Einkommensverminderung von den festgelegten Fr. 8'000.– auf rund Fr. 7'200.– erklären sollen (Abzug der AHV-Beiträge vom Bruttoeinkommen, Bezahlung der periodengerechten Mehrwertsteuer und Senkung des Stundenansatzes für Therapeuten durch die E. \_\_\_\_\_ Krankenversicherung von Fr. 140.– auf Fr. 120.–; Urk. 41 S. 9), im Zeitpunkt des Abschlusses der Eheschutzvereinbarung bereits in den Prozess eingebracht und damit bekannt waren. Dennoch hatte sich der Kläger verpflichtet, ein Einkommen von Fr. 8'000.– zu realisieren respektive wurde dies von den Parteien übereinstimmend als Grundlage zur Berechnung der Unterhaltsbeiträge herangezogen. Aufgrund der Behauptungen der Parteien sowie der im Recht liegenden Unterlagen erscheint denn glaubhaft, dass die Fr. 8'000.– netto pro Monat derart berechnet wurden, dass die vom Kläger behaupteten Fr. 6'300.– Nettoeinkommen pro Monat, welche auf einem 80 % Pensum basierten (vgl. hierzu das vom Kläger für das Jahr 2011 erstellte Praxisbudget, welches von einem Arbeitspensum von vier Tagen pro Woche à sechs Klienten und neun Wochen Ferien sowie weiteren drei Wochen für Krankheit, Weiterbildung und

"sonstige Ausfälle" ausging; Urk. 4/12/6), auf 100 % aufgerechnet wurden (Fr. 6'300.– durch  $80 \times 100 = \text{Fr. } 7'875.–$ ), zuzüglich eines Zuschlages für weniger Ferienbezug.

4.3.4. Aus den im Recht liegenden Unterlagen und den Aussagen des Klägers vor Vorinstanz ergibt sich sodann nun glaubhaft, dass der Kläger, wie von der Beklagten behauptet, derzeit nur zu 80 % arbeitet. So gab der Kläger vor Vorinstanz auf die Frage, "Sie haben also freiwillig ihr Arbeitspensum gemindert?", zwar zu Protokoll, er habe das nicht freiwillig gemacht (Prot. Vi. S. 5), bestritt damit die Tatsache des "geminderten Arbeitspensums" aber nicht. Vorangehend hatte der Kläger denn auch bereits angeführt, vorher habe er genug verdient, aber jetzt könne er nicht mehr arbeiten (Prot. Vi S. 4). Weiter gab der Kläger zu Protokoll, immer neun Monate gearbeitet zu haben. Neun mal Fr. 8'000.– sei nicht dasselbe wie zwölf mal Fr. 8'000.– (Prot. Vi S. 4). Er mache zirka 25 Sitzungen pro Woche à grundsätzlich einer, manchmal aber auch eineinhalb Stunden (Prot. Vi. S. 9). Die vom Kläger angeführten neun Monate à rund 25 Sitzungen pro Woche entsprechen nun aber in etwa jenem Arbeitspensum, welches der Kläger seinem Praxisbudget 2011 (Urk. 4/12/6) zugrunde legte. Damit erscheint glaubhaft, dass der Kläger derzeit nicht, wie es der von den Parteien getroffenen Vereinbarung zugrunde gelegt wurde, zu 100 % arbeitet. Daran ändert nichts, dass der Kläger im Verlauf der vorinstanzlichen Befragung bestritt, nur 80 % zu arbeiten (Prot. Vi S. 8), und angab, am Vormittag von 7.30 Uhr bis 12.00 Uhr und am Nachmittag von 13.15 Uhr bis 19.00 Uhr in der Praxis zu sein (Prot. Vi S. 9). Diese Aussage sagt insbesondere nichts darüber aus, an wie vielen Tagen der Kläger effektiv in der Praxis ist. Es erscheint aufgrund der Aussagen des Klägers sowie der Unterlagen vielmehr glaubhaft, dass der Kläger derzeit rund das im Praxisbudget 2011 kalkulierte Einkommen, welches hingegen auf einer Viertagewoche und dem Bezug von neun Wochen Ferien und zusätzlichen Ausfallwochen basierte, erzielt. Dieses Budget und das darin kalkulierte Einkommen wurde von den Parteien aber gerade nicht der geschlossenen Vereinbarung, gestützt auf welche die Einzelrichterin im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Dielsdorf die Unterhaltszahlungen an C.\_\_\_\_\_ und die Beklagte festsetzte, zugrunde gelegt. Nicht weiter substantiiert oder belegt hat der Kläger, warum er nicht mehr Kunden finden

könnte, wenn er denn wollte (Prot. Vi S. 9). Die Behauptung, die Beklagte habe verschiedenen Leuten per E-Mail geschrieben, dass er sie und den Sohn geschlagen habe, er verliere deshalb seine Kundschaft (Prot. Vi S. 4), ist nicht weiter belegt und damit nicht glaubhaft (vgl. diesbezüglich auch Prot. Vi. S. 10). Auch die vor Vorinstanz geltend gemachten gesundheitlichen Gründe, welche ihn an einer 100 %-igen Arbeitstätigkeit hindern würden, werden vom Kläger weder näher substantiiert noch belegt. So gab der Kläger denn auf die Frage, ob er jetzt weniger Ferien habe als früher, zu Protokoll: "Ja, ich kann mir jetzt nicht mehr so viel Ferien erlauben." Ergänzend fügte er jedoch hinzu, vor der Trennung habe er mehr arbeiten können. Anstatt für die Mehrwertsteuer zu arbeiten, mache er jetzt lieber frei (Prot. Vi S. 10). Diese Aussagen sprechen nicht dafür, dass dem Kläger ein höheres Arbeitspensum weder zumutbar noch möglich wäre, da er seine Leistungsfähigkeit bereits vollständig ausschöpft (Urk. 41 S. 9).

5. Zusammenfassend erscheint glaubhaft, dass der Kläger derzeit nicht 100 % arbeitet, wie dies der Vereinbarung vom 11. Oktober 2011, gestützt auf welche die Einzelrichterin im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Dielsdorf die Unterhaltszahlungen an C.\_\_\_\_\_ und die Beklagte festsetzte, zugrunde lag, sondern vielmehr wohl nur 80 %. Aufgrund seiner familienrechtlichen Leistungspflichten gegenüber der Beklagten und insbesondere des gemeinsamen Kindes ist der Kläger aber verpflichtet, zumindest derzeit, seine volle Leistungsfähigkeit auszuschöpfen und 100 % zu arbeiten. Dazu hat er sich im Rahmen der von den Parteien getroffenen Vereinbarung auch bereit erklärt. Da im Weiteren glaubhaft erscheint, dass der Kläger die nunmehr geltend gemachte Einkommensverminderung selbstverschuldet und damit freiwillig hingenommen hat, hat er sie selbst zu tragen. Ein "hypothetisches Einkommen" muss nicht berechnet werden. Vielmehr ist weiterhin von einem bei gutem Willen durch den Kläger erzielbaren Nettoeinkommen von Fr. 8'000.– auszugehen. Daran ändert die vom Kläger in der Berufung neu eingereichte Erfolgsrechnung 2012, gemäss welcher er ein Einkommen von Fr. 72'407.95 netto respektive Fr. 6'034.– pro Monat erzielt hat (Urk. 41 S. 6f., Urk. 43/3) und womit sich die "Negativspirale" weiterdrehe, was von der Beklagten bestritten wird (Urk. 46 S. 6), nichts. Aus den neuen Behauptungen und Unterlagen des Klägers wird nicht glaubhaft, dass er dieses Ein-

kommen mit einem 100 % Pensum erreicht hat; er macht auch nicht geltend, dass er sein Arbeitspensum im Jahre 2012 gegenüber 2011 wiederum auf 100 % gesteigert hätte. Somit ist das Vorliegen eines Abänderungsgrundes zu verneinen. Die Berufung der Beklagten ist gutzuheissen. Das Abänderungsbegehren des Klägers ist abzuweisen. Die weiteren Einwendungen der Beklagten müssen nicht mehr geprüft werden.

### III.

1. Das von der Beklagten mit der Berufungsbegründung gestellte Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 33 S. 2f.) wurde mit Beschluss der Kammer vom 29. Juli 2013 abgewiesen (Urk. 44 S. 2 Dispositivziffer 1). Mit Eingabe vom 2. September 2013 stellt die Beklagte den Antrag, der Kläger sei zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses von Fr. 7'500.– zu verpflichten; eventualiter sei ihr Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes in der Person des Unterzeichneten zu bewilligen (Urk. 46 S. 2). Der Kläger beantragte die Abweisung des Antrages auf Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses (Urk. 55 S. 2ff.).

2. Gemäss konstanter Praxis der Kammer besteht für die Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses im Endentscheid kein Raum mehr. Hingegen kann bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen die angesprochene Partei verpflichtet werden, der ansprechenden Partei die Aufwendungen des Verfahrens bzw. für die Rechtsvertretung zu ersetzen (ZR 85 [1986] Nr. 32). Wie nachfolgend unter IV., Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen, dargelegt wird, obsiegt die Beklagte vorliegend vollständig. Sie hat damit für das Berufungsverfahren keine Prozesskosten zu tragen und erhält eine volle Parteientschädigung. Eine Parteientschädigung an den Kläger muss sie nicht entrichten. Damit besteht von vorneherein kein Raum für die Zusprechung eines Prozesskostenbeitrages. Die der Beklagten im Berufungsverfahren, und nur für dieses könnte

ein Kostenbeitrag zugesprochen werden, anfallenden Kosten werden mittels der zu treffenden Kosten- und Entschädigungsregelung gedeckt. Der Antrag der Beklagten auf Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses bzw. Prozesskostenbeitrages ist damit gegenstandslos. Offen bleiben kann bei diesem Ergebnis, ob bei der Bemessung der Höhe eines allfällig zuzusprechenden Beitrages nur die ab der Gesuchsstellung noch anfallenden Kosten berücksichtigt werden dürften.

#### IV.

1.1. Trifft die Rechtsmittelinstanz einen neuen Entscheid, so entscheidet sie auch über die Prozesskosten des erstinstanzlichen Verfahrens (Art. 318 Abs. 3 ZPO). Die Gerichtskosten für den erstinstanzlichen Entscheid wurden auf Fr. 3'500.– festgesetzt; unter Vorbehalt allfälliger weiterer Auslagen (Urk. 34 S. 10 Dispositivziffer 3). Dies blieb unangefochten und ist zu bestätigen.

Die Gerichtskosten wurden den Parteien je zur Hälfte auferlegt, da der Kläger mit seinem Umteilungsbegehren betreffend der Obhut über den Sohn C.\_\_\_\_\_ unterlag, jedoch mit dem Abänderungsbegehren betreffend die Unterhaltsbeiträge obsiegte (Urk. 34 S. 8). Nunmehr unterliegt der Kläger auch in diesem Punkt, weshalb ihm die gesamten Kosten aufzuerlegen sind (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

1.2. Den Parteien wird im gleichen Verhältnis, wie ihnen die Kosten auferlegt werden, eine Parteientschädigung zugesprochen (Art. 106 Abs. 2 i.V.m. Art. 95 Abs. 1 lit. b ZPO). Damit hat der Kläger der Beklagten für das erstinstanzliche Verfahren eine volle Parteientschädigung zu bezahlen. Gestützt auf die §§ 6 Abs. 1 bis 3 i.V.m. 5 Abs. 1 und 11 Abs. 1 bis 3 der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 (AnwGebV) erscheint eine Entschädigung von Fr. 4'000.– als angemessen. Ein Zuschlag für die Mehrwertsteuer wird nicht verlangt.

2.1. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Berufungsverfahrens ebenfalls dem Kläger aufzuerlegen. Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren ist ge-

stützt auf die §§ 6 Abs. 1 i.V.m. 5 Abs. 1 und 6 Abs. 2 lit. b und 12 Abs. 1 und 2 der Gebührenverordnung über das Obergericht vom 8. September 2010 auf Fr. 2'500.– festzusetzen. Damit wird das von der Beklagten erneut gestellte Gesuch um Befreiung von den Gerichtskosten gegenstandslos (Urk. 46 S. 3). Es ist abzuschreiben (Art. 242 ZPO).

2.2. Sodann hat der Kläger der Beklagten auch für das Berufungsverfahren eine volle Parteientschädigung zu bezahlen. Gestützt auf die §§ 6 Abs. 1 bis 3 i.V.m. 5 Abs. 1, 11 Abs. 1 bis 3 und 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV erscheint eine Entschädigung von Fr. 2'000.– als angemessen.

2.3. Die Beklagte stellt mit der Eingabe vom 3. September 2013 erneut ein Gesuch um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes (Urk. 46 S. 3). Dies ist, entgegen der Ansicht des Klägers (Urk. 55 S. 4f.), grundsätzlich zulässig. Zu beachten ist hingegen, dass die Bestellung erst ab dem Zeitpunkt der (neuerlichen) Gesuchseinreichung erfolgen könnte. Sodann wäre Rechtsanwalt Dr. iur. X.\_\_\_\_\_ nur für die in der Eingabe vom 3. September 2013 notwendigen Ausführungen zu entschädigen. Die gesuchstellende Person hat nun aber mit der Gesuchseinreichung ihre finanziellen Verhältnisse vollständig und klar darzulegen und soweit möglich zu belegen. Die Beklagte hat am 8. Oktober 2012 eine Praxis für Physiotherapie eröffnet (Urk. 33 S. 3). Hierfür hat sie die F.\_\_\_\_\_ GmbH gegründet. Unbestritten blieb im Rahmen der von den Parteien gemachten Ausführungen zum ersten von der Beklagten gestellten Gesuch um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters, dass die Beklagte bei der F.\_\_\_\_\_ GmbH angestellt ist (Urk. 41 S. 4; Urk. 46 S. 3f.). Die Beklagte hat mit ihrer Eingabe vom 3. September 2013 keinerlei Unterlagen zu ihren aktuellen finanziellen Verhältnissen eingereicht oder etwaige dahingehende Behauptungen aufgestellt. Die Beklagte ist anwaltlich vertreten und hatte bereits vor Vorinstanz ein entsprechendes Gesuch gestellt. Die Pflicht zur Belegung ihrer finanziellen Verhältnisse war ihr somit bekannt, weshalb ihr Gesuch ohne Weiterung abzuweisen ist.

**Es wird beschlossen:**

1. Der Antrag der Beklagten auf Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses bzw. Prozesskostenbeitrages wird abgeschrieben.
2. Das Gesuch der Beklagten um Befreiung von den Gerichtskosten wird abgeschrieben.
3. Das Gesuch der Beklagten um Bestellung von Rechtsanwalt Dr. iur. X. \_\_\_\_\_ als unentgeltlichen Rechtsbeistand wird abgewiesen.
4. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit dem nachfolgenden Erkenntnis.

**und sodann erkannt:**

1. Das Begehren des Klägers um Abänderung von Dispositivziffer 4 der Verfügung der Einzelrichterin im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Dielsdorf vom 11. Oktober 2011 wird abgewiesen.
2. Die Gerichtskosten für das erstinstanzliche Verfahren werden auf Fr. 3'500.– festgesetzt. Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
3. Die Gerichtskosten für das erstinstanzliche Verfahren werden dem Kläger auferlegt.
4. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten für das erstinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 4'000.– zu bezahlen.
5. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'500.– festgesetzt.
6. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Kläger auferlegt.
7. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 2'000.– zu bezahlen.

8. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Dielsdorf, Einzelgericht im summarischen Verfahren, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

9. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 90 und 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, 18. Oktober 2013

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. R. Blesi Keller

versandt am:  
se