

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LE150050-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter Dr. H.A. Müller und Oberrichterin Dr. D. Scherrer sowie Gerichtsschreiber lic. iur. M. Kirchheimer

Beschluss und Urteil vom 29. Januar 2016

in Sachen

A. _____,

Gesuchsgegner und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____

betreffend **Abänderung Eheschutz**

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Hinwil vom 4. August 2015 (EE150035-E)

Rechtsbegehren:

(Urk. 1 S. 2)

- " 1. Das Urteil des Bezirksgerichts Hinwil, Einzelgericht im summarischen Verfahren, vom 8.7.2014, Dispositiv Ziff. 1, Vereinbarung Ziff. 5, sei wie folgt abzuändern:

Der Gesuchsgegner sei zu verpflichten, der Gesuchstellerin an den Unterhalt monatliche Beiträge von Fr. 4'400.– zu bezahlen.

2. Der Gesuchsgegner sei zu verpflichten, die Gerichtskosten zu übernehmen und der Gesuchstellerin einen angemessenen Prozesskostenbeitrag zu leisten.
3. Eventualiter sei der Gesuchstellerin die unentgeltliche Prozessführung und Rechtsvertretung zu bewilligen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Gesuchsgegners."

Urteil des Bezirksgerichtes Hinwil vom 4. August 2015:

1. In Abänderung von Ziffer 5 der mit Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren vom 8. Juli 2014 vorgemerkten und genehmigten Vereinbarung der Parteien wird der Gesuchsgegner verpflichtet, der Gesuchstellerin rückwirkend ab 1. April 2015 bis und mit August 2015 monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 4'400.– und hernach monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 3'832.50 zu bezahlen, zahlbar inskünftig je monatlich im Voraus.
2. Die Gerichtsgebühr wird auf Fr. 3'000.– angesetzt.
3. Die Kosten werden dem Gesuchsgegner auferlegt.
4. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin eine Parteientschädigung von Fr. 6'200.– zu bezahlen.
5. (Mitteilungssatz.)
6. (Rechtsmittelbelehrung.)

Berufungsanträge:

Des Gesuchsgegners und Berufungsklägers (Urk. 23):

- " 1. Dispositiv-Ziffer 1 des Urteils des Bezirksgerichts Hinwil vom 4. August 2015 sei aufzuheben und die Klage der Gesuchstellerin auf Abänderung der Eheschutzmassnahme abzuweisen:
2. Dispositiv-Ziffern 2 - 4 des Urteils des Bezirksgerichts Hinwil vom 4. August 2015 seien aufzuheben, und es sei der Antrag auf Prozessbeitrag abzuweisen und die Kosten- und Entschädigungsfolgen neu zu verlegen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 8% MWST) der Berufungsbeklagten.

prozessual:

Es sei der Berufung gestützt auf Art. 315 Abs. 5 ZPO die aufschiebende Wirkung zu erteilen."

Der Gesuchstellerin und Berufungsbeklagten (Urk. 30):

- " 1. Die Berufung sei abzuweisen und das Urteil der Vorinstanz sei zu bestätigen.
2. Der Antrag auf Gewährung der aufschiebenden Wirkung sei abzuweisen.
3. Der Berufungskläger sei zur Übernahme der Kosten des Berufungsverfahrens und zur Bezahlung eines Prozesskostenbeitrages für dieses von Fr. 3'000.00 an die Berufungsbeklagte zu verpflichten, unabhängig vom Ausgang des vorliegenden Verfahrens.
4. Eventualiter sei der Berufungsbeklagten die unentgeltliche Prozessführung und Rechtsvertretung zu bewilligen.
5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Berufungsklägers."

Erwägungen:

A. Sachverhalt/Prozessgeschichte

1. Die Parteien sind seit dem tt. August 2011 verheiratet. Aus der Verbindung gingen keine gemeinsamen Kinder hervor. Mit Urteil des Bezirksgerichts Hinwil

vom 8. Juli 2014 wurde das Getrenntleben geregelt und die Vereinbarung der Parteien vom gleichen Tag genehmigt bzw. vorgemerkt, wonach der Gesuchsgegner und Berufungskläger (fortan Gesuchsgegner) sich verpflichtete, der Gesuchstellerin und Berufungsbeklagten (fortan Gesuchstellerin) vom 1. Juni 2014 bis 30. November 2014 einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von Fr. 4'400.– und ab dem 1. Dezember 2014 einen solchen von Fr. 2'900.– zu bezahlen (Urk. 2/2).

2. Die Gesuchstellerin begehrte mit Eingabe vom 31. März 2015 die Abänderung des obgenannten Entscheides und verlangte die Beibehaltung des Unterhaltsbeitrages von Fr. 4'400.– auch nach dem 30. November 2014 (Urk. 1). Die Vorinstanz hiess das Begehren nach Durchführung der Hauptverhandlung teilweise gut und änderte das Eheschutzurteil vom 8. Juli 2014 im eingangs wiedergegeben Sinn ab (Urk. 24).

3. Hiergegen erhob der Gesuchsgegner fristgerecht Berufung und stellte die eingangs wiedergegebenen Anträge (Urk. 23). Mit Verfügung vom 4. September 2015 wurde der Antrag des Gesuchsgegners um Erteilung der aufschiebenden Wirkung abgewiesen (Urk. 27). Die Berufungsantwort datiert vom 5. Oktober 2015 (Urk. 30). Unter dem Datum vom 12. Oktober 2015 reichte der Gesuchsgegner unaufgefordert eine weitere Eingabe ins Recht (Urk. 34), welche der Gegenseite zur Kenntnis gebracht wurde.

B. Abänderung des Eheschutzurteils

1. Die Vorinstanz hat zutreffend dargelegt, unter welchen Voraussetzungen Eheschutzmassnahmen abgeändert werden können (Urk. 24 S. 8). Auf diese Ausführungen kann verwiesen werden.

2. Mit gerichtlich vorgemerkter Parteivereinbarung vom 8. Juli 2014 haben die Parteien eine Unterhaltspflicht des Gesuchsgegners von Fr. 4'400.– ab 1. Juni bis 30. November 2014 und Fr. 2'900.– ab dem 1. Dezember 2014 festgelegt (Urk. 2/2). Auf welchen finanziellen Grundlagen diese Vereinbarung basierte, wurde im gerichtlich vorgemerkten Vergleich nicht festgehalten. Die Parteien stimmen aber überein, dass der Vereinbarung ein Einkommen der Gesuchstelle-

rin ab 1. Dezember 2014 von Fr. 3'500.– zu Grunde lag (Urk. 1 S. 3; Urk. 13 S. 1; Urk. 15 S. 2). Die Gesuchstellerin fordert die Beibehaltung der höheren Unterhaltsbeiträge auch nach dem 30. November 2014 und begründet ihr Abänderungsbegehren damit, dass sie entgegen der Annahme der Parteien nicht in der Lage gewesen sei, ab 1. Dezember 2014 ein Erwerbseinkommen von Fr. 3'500.– zu erzielen. Eine am 25. Februar 2015 durchgeführte Herzkatheteruntersuchung habe eine "Sklerodermie-assoziierte pulmonal-arterielle Hypertonie ED 02/2015" ergeben, welche ihre Belastbarkeit schwer einschränke. Diese Erkrankung habe dazu geführt, dass ihr gemäss Vorbescheid der IV vom 8. Mai 2015 basierend auf einem IV-Grad von 61% mit Wirkung ab 15. September 2015 eine Dreiviertelrente zugesprochen worden sei. Die Rente belaufe sich voraussichtlich auf Fr. 1'413.–, womit ihr zusammen mit der Rente der Pensionskasse von Fr. 171.– ein monatliches Renteneinkommen von Fr. 1'584.– zur Verfügung stehe. Das Arbeitsverhältnis mit der C._____ AG sei mit Schreiben vom 16. Januar 2015 per 28. Februar 2015 aufgelöst worden, worauf die Gesuchstellerin von der Arbeitslosenkasse für den Februar 2015 Fr. 564.40, für den März und April 2015 je Fr. 1'241.65 und für den Mai 2015 Fr. 1'072.30 erhalten habe. Der Anspruch auf Taggelder sei per Ende Mai 2015 ausgeschöpft (Urk. 1 S. 3 f.; Urk. 13 S. 1 f.).

3. Die übereinstimmende Annahme der Parteien bezüglich der Eigenversorgungskapazität der Gesuchstellerin hat sich nicht verwirklicht. Zurzeit ist die Gesuchstellerin ohne Arbeit und von der IV als teilinvalid eingestuft worden. Sie hat in der für das vorliegende Abänderungsverfahren massgebenden Zeitperiode anstatt Fr. 3'500.– aus Arbeitserwerb ein Einkommen aus Arbeitslosenentschädigung von Fr. 1'241.65 im April 2015 und Fr. 1'072.30 im Mai 2015 erzielt. Seit 27. Mai 2015 ist der Anspruch auf Taggelder ausgeschöpft (Urk. 14/7). Seit 1. September 2015 bezieht sie eine Rente (IV und BVG) von gesamthaft Fr. 1'596.35 (Urk. 32/1 und 32/2). Der Gesuchsgegner macht zwar geltend, die Gesuchstellerin habe entgegen der vergleichweisen Annahme zu ihrem möglichen Einkommen von Fr. 900.– pro Monat in der Zeit von Juni bis Dezember 2014 Fr. 24'406.– verdient, was einem monatlichen Verdienst von Fr. 3'486.60 entspreche. Das errechnete Mehreinkommen würde für die Monate Januar bis August 2015 zu durchschnittlichen Einkünften von Fr. 2'570.– führen, womit der Bedarf

der Gesuchstellerin zusammen mit dem Unterhaltsbeitrag von Fr. 2'900.– ohne Weiteres gedeckt sei (Urk. 23 S. 11). Dieser Argumentation kann jedoch nicht gefolgt werden. Verfahrensgegenstand ist die Leistungsfähigkeit der Gesuchstellerin ab 1. April 2015 (Eingang Abänderungsbegehren). Dass eine solche effektiv nur in Form eines Renteneinkommens besteht, steht fest. Inwiefern die Gesuchstellerin vor dem 1. April 2015 ein höheres Einkommen erzielt hat, als die Parteien in der Vereinbarung vom 8. Juli 2014 angenommen haben, ist irrelevant. Der Gesuchsgegner hat diesbezüglich keine Abänderung der Unterhaltsbeiträge begehrt. Die hypothetische Umlagerung eines allfälligen Mehrverdienstes auf die streitgegenständliche Zeitperiode kommt nicht in Frage, solange nicht von einer massgeblichen Vermögensbildung ausgegangen werden muss, welche der Gesuchstellerin die Bestreitung ihres Unterhaltbedarfs durch Vermögensverzehr erlauben würde. Dass die Gesuchstellerin mit einem durchschnittlichen Verdienst von Fr. 3'486.60 kein massgebliches Vermögen anhäufen konnte, liegt auf der Hand. Auf Seiten der Gesuchstellerin liegen daher tatsächliche Einkünfte von Fr. 1'157.– (Fr. 1'241.65 im April 2015 resp. Fr. 1'072.30 im Mai 2015) aus Arbeitslosenentschädigung vom 1. April 2015 bis 27. Mai 2015 sowie Fr. 1'596.35 bestehend aus einer IV-Rente ab 1. September 2015 vor. Vom 28. Mai 2015 bis 31. August 2015 war die Gesuchstellerin ohne Einkommen.

4. Es fragt sich indes, ob im vorliegenden Fall vom tatsächlichen Einkommen der Gesuchstellerin auszugehen oder allenfalls ein hypothetisches Einkommen anzurechnen ist. Grundsätzlich ist für die Berechnung der Unterhaltsbeiträge vom tatsächlich erzielten Einkommen auszugehen. Geht eine Einkommensverminderung aber auf eine freiwillige und einseitige Entscheidung des Betroffenen zurück, ist eine solche Verschlechterung in der Regel unbeachtlich und die Folgen des einseitig getroffenen Entscheides sind selber zu tragen und nicht auf den Unterhaltsschuldner abzuwälzen. Folglich ist von der bisherigen höheren Leistungsfähigkeit des Betroffenen auszugehen und ihm dementsprechend ein hypothetisches Einkommen anzurechnen, sofern dieses zu erreichen zumutbar und möglich ist (BGE 128 III 4 E. 4a; BGer 5C.163/2001 E. 2.c vom 18. Oktober 2001).

4.1. Der Gesuchsgegner macht in diesem Zusammenhang geltend, die Gesuchstellerin habe die Kündigung des Arbeitsvertrages mit der C._____ selber zu vertreten und damit freiwillig auf Krankentaggelder verzichtet (Urk. 15 S. 6; Urk. 23 S. 4 f.; VI-Prot. S. 11).

Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden. Aus dem Kündigungsschreiben vom 16. Januar 2015 geht hervor, dass die C._____ und nicht die Gesuchstellerin die Kündigung ausgesprochen hat (Urk. 2/5). Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass letztere in treuwidriger Weise auf die Kündigung hingewirkt hätte. Auch deutet nichts darauf hin, dass es sich um eine einvernehmliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses gehandelt habe, damit sich die Gesuchstellerin bei der IV anmelden können (so der Gesuchsgegner in VI-Prot. S. 4). Beim diesbezüglichen Vorbringen des Gesuchsgegners handelt es sich um eine nicht näher dargetane Vermutung. Es kann jedenfalls nicht gesagt werden, die Gesuchstellerin habe ihre Anstellung bei der C._____ aus freien Stücken aufgegeben. Ausserdem steht fest, dass der Gesuchstellerin die Arbeit als Assistentin auf Abruf bei der C._____ aufgrund der Diagnose "Sklerodermie-assoziierte pulmonal-arterielle Hypertonie" und den damit einhergehenden Einschränkungen (Leistungsfähigkeit von zwei Stunden pro Tag an einem ruhigen Arbeitsplatz ohne Stress und ohne abrupte Bewegungen) ab Februar 2015 ohnehin nicht mehr möglich gewesen wäre. Sofern der Gesuchsgegner geltend macht, die Gesuchstellerin habe aufgrund der unterlassenen Krankschreibung auf Lohn- oder Lohnersatzansprüche verzichtet, kann dem ebenfalls nicht gefolgt werden. Zum einen erfolgte die Diagnose "Sklerodermie-assoziierte pulmonal-arterielle Hypertonie" erst rund eineinhalb Monate nach der Kündigung durch die C._____. Zum anderen hätte die Gesuchstellerin im Falle einer Krankschreibung nur einen gesetzlichen Anspruch auf Lohnfortzahlung während drei Wochen gehabt (vgl. Art. 324a Abs. 2 OR), was angesichts der Tatsache, dass im vorliegenden Verfahren einzig die Unterhaltsregelung ab 1. April 2015 zu beurteilen ist, ohne Bedeutung ist. Dass der Gesuchstellerin darüber hinausgehende Ansprüche auf Krankentaggelder zugestanden hätten, geht aus den Akten nicht hervor. Es kann daher nicht gesagt werden, die Gesuchstellerin habe freiwillig auf Erwerbs- oder Erwerb ersatzeinkommen verzichtet. In diesem Sinn ist von der Anrechnung eines hypothetischen Einkommens

in der Vergangenheit abzusehen und von den tatsächlichen Einkünften aus Arbeitslosenentschädigung von Fr. 1'241.65 im April 2015 resp. Fr. 1'072.30 im Mai 2015 (Urk. 14/5 und 14/6) auszugehen.

4.2 Der Gesuchsgegner macht weiter geltend, die Gesuchstellerin habe in Zukunft ihre Restarbeitsfähigkeit zu verwerten und könne damit ein Einkommen von Fr. 2'300.– erzielen. Zusammen mit dem Renteneinkommen und den reduzierten Unterhaltsbeiträgen gemäss Parteivereinbarung von Fr. 2'900.– könne sie ihren Bedarf decken (Urk. 23 S. 6 f.; VI-Prot. S. 3 f.).

Mit der Vorinstanz ist diesbezüglich festzuhalten, dass die Restarbeitsfähigkeit der Gesuchstellerin auf dem freien Arbeitsmarkt kaum verwertbar ist. Die 50-jährige Gesuchstellerin ist gemäss ärztlichem Kurzbericht vom 26. Februar 2015 noch zu 30% arbeitsfähig. Im Arztbericht zu Händen der IV vom 10. März 2015 geht Prof. Dr. Dr. hc. D. _____ von einer Arbeitsfähigkeit von zehn Stunden pro Woche resp. zwei Stunden pro Tag aus, vorausgesetzt, es bestehe ein ruhiger Arbeitsplatz ohne Stresseinwirkung und ohne abrupte Bewegungen (Urk. 2/4). Diese Einschränkungen schliessen eine Verwertbarkeit der Restarbeitsfähigkeit auf dem freien Markt praktisch aus. Selbst im Tieflohnbereich sind Arbeitseinsätze von zwei Stunden pro Tag unter diesen Voraussetzungen nicht zu finden. Der Gesuchstellerin ist es daher nicht möglich, ihre Restarbeitsfähigkeit zu realisieren und ein Einkommen aus Erwerb zu erzielen. Von der Anrechnung eines hypothetischen Einkommens in der Zukunft ist daher abzusehen. Hieran ändert auch nichts, dass der Ehewille der Parteien offensichtlich vollständig erloschen und nicht mehr mit einer Wiederaufnahme der ehelichen Gemeinschaft zu rechnen ist. Der Gesuchsgegner hält in diesem Zusammenhang daran fest, dass von der Gesuchstellerin unter Einbezug der Kriterien für die Festsetzung von nahehelichem Unterhalt die grösstmögliche wirtschaftliche Unabhängigkeit verlangt werden müsse und sie daher neben dem Rentenbezug ihre Restarbeitsfähigkeit bestmöglich verwerten müsse oder die Folgen der Nichtumsetzung selber zu tragen habe. Es sei dabei zu berücksichtigen, dass die eheliche Gemeinschaft nicht einmal ganz drei Jahre gedauert habe (Urk. 23 S. 9 ff.). Diesbezüglich ist festzuhalten, dass sich mit der Aufhebung des gemeinsamen Haushalts ungeachtet der noch

formellen Weiterdauer der Ehe zwar schon eine Pflicht zur Wiederaufnahme oder Aufstockung der Erwerbstätigkeit des an sich unterhaltsberechtigten Ehegatten ergeben kann, was zur entsprechenden Anrechnung eines hypothetischen Einkommens bei diesem Ehegatten führen kann. Dies ändert aber nichts daran, dass die Aufnahme oder Aufstockung des Pensums unter den konkreten Umständen zumutbar und möglich sein muss. Wie bereits ausgeführt, ist die Gesuchstellerin aufgrund sämtlicher Umstände (Alter, Einschränkungen der Arbeitsfähigkeit in zeitlicher, örtlicher und inhaltlicher Hinsicht) eben nicht in der Lage, ihre Eigenversorgungskapazität auszuschöpfen, auch wenn theoretisch eine Restarbeitsfähigkeit bestehen mag. Hätte die Gesuchstellerin die damit einhergehende Einbusse selber zu tragen, würde ihr die Weiterführung des gelebten ehelichen Standards verwehrt werden. Hierauf hat sie im Eheschutzverfahren aber Anspruch, auch wenn das Ende der Ehe zufolge tiefer Zerrüttung absehbar ist. Aus dem Grundsatz, dass bei fehlender Aussicht auf Wiedervereinigung die Kriterien von Art. 125 ZGB mitberücksichtigt werden dürfen, darf nicht der Schluss gezogen werden, die bisherige Lebenshaltung könne nach Aufhebung des gemeinsamen Haushalts zum Vornherein dort nicht mehr bis zur rechtskräftigen Scheidung beibehalten werden, wo eine vorgezogene Pflicht zur verbesserten Ausschöpfung der Eigenversorgungskapazität in Frage stehen kann (Hausheer, ZBJV 2007, S. 597). Die Parteien sind nach wie vor miteinander verheiratet und schulden einander gemäss Art. 159 Abs. 1 ZGB Treue und Beistand und haben gemeinsam für den gebührenden Unterhalt der Familie zu sorgen. Dies hat zur Folge, dass – im Gegensatz zum nachehelichen Unterhalt – der Grundsatz des Anspruchs auf Teilhabe an der Lebenshaltung massgebend ist, auf die sich die Ehegatten verständigt haben und die sie tatsächlich gelebt haben. Eine Anknüpfung an die vorehelichen Verhältnisse, wie sie beim nachehelichen Unterhalt bei nicht lebensprägenden Ehen erfolgt und vom Gesuchsgegner verlangt wird (vgl. Urk. 23 S. 9 f.), ist während bestehender Ehe nicht angezeigt, sondern steht frühestens nach der Rechtskraft des Scheidungspunktes in Frage. Während mit Bezug auf den nachehelichen Unterhalt die Ehedauer von Bedeutung ist, ist dieses Kriterium für den Unterhalt während der Ehe unbeachtlich, da die Ehe während des Eheschutzverfahrens eben gerade noch besteht. Es geht in diesem Sinne nicht um eine nach-

eheliche Solidarität, sondern um den während der Ehe von Gesetzes wegen bestehenden Unterhaltsanspruch. Dieser beginnt aber in vollem Umfang mit der Heirat und entsteht nicht erst allmählich im Laufe der Ehe (Hausheer/Spycher, Handbuch des Unterhaltsrechts, 2. Aufl., Bern 2010, S. 174 f.; BGE 119 II 314 E. 4b/aa). Aus dem Umstand, dass im vorliegenden Fall keine Aussicht auf Wiederaufnahme des ehelichen Zusammenlebens besteht, kann der Gesuchsgegner entsprechend nichts für seinen Standpunkt ableiten.

4.3 Als Zwischenfazit ist damit festzuhalten, dass auf Seiten der Gesuchstellerin in der Zeit vom 1. April 2015 bis 27. Mai 2015 von einem Einkommen aus Arbeitslosenentschädigung von durchschnittlich Fr. 1'157.– (Fr. 1'241.65 im April 2015 resp. Fr. 1'072.30 im Mai 2015) auszugehen ist. Danach war ihr Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung ausgeschöpft (Urk. 14/7) und die IV-Renten wurden erst ab 1. September 2015 ausbezahlt. Damit war die Gesuchstellerin vom 28. Mai 2015 bis 31. August 2015 ohne Einkommen. Danach ist gemäss der Verfügung der IV-Stelle des Kantons Zürich vom 10. August 2015 sowie dem Leistungsbescheid der Pensionskasse der C. _____ vom 29. September 2015 von einem Renteneinkommen von Fr. 1'596.35 (Urk. 32/1 und 32/2) auszugehen. Verglichen mit dem von den Parteien angenommenen und der Vereinbarung zu Grunde gelegten Einkommen der Gesuchstellerin von Fr. 3'500.– stellt dies in einer ersten Phase (1. April 2015 bis 31. Mai 2015) eine Reduktion von 77% resp. in einer zweiten Phase (1. Juni 2015 bis 31. August 2015) von 100% und in einer letzten Phase (ab 1. September 2015) eine solche von 54% dar. Dies stellt eine erhebliche und dauerhafte Einkommensreduktion auf Seiten der Gesuchstellerin dar. Eine solche führt für sich allein aber nicht zwangsläufig zu einer Erhöhung der Unterhaltsrente. Der Abänderungsrichter hat viel mehr nach Recht und Billigkeit (Art. 4 ZGB) zu entscheiden, ob die zur Begründung vorgebrachte neue Sachlage, falls sie sich wirklich als neu erweist, eine Neubeurteilung von Bestand oder Höhe der Rentenverpflichtung rechtfertigt und in welchem Ausmass eine allenfalls begründete Abänderung der Rente zu erfolgen habe (BGer 5C.163/2001 vom 18. Oktober 2001, E. 2.d. m.w.H.). Hierfür ist auch zu untersuchen, ob die Verminderung des Einkommens durch eine allfällige Verminderung des Bedarfs kompensiert wird.

5. Der Parteivereinbarung vom 8. Juli 2014 kann nicht entnommen werden, von welchem Bedarf der Parteien ausgegangen wurde.

5.1 Die Vorinstanz hat diesbezüglich erwogen, dass aus der Vereinbarung geschlossen werden könne, dass die Parteien der Gesuchstellerin einen gebührenden Bedarf von Fr. 6'400.– zugestanden hätten (Einkommen von Fr. 3'500.– zzgl. Unterhaltsbeiträge von Fr. 2'900.–). Beim Wegfall der Erwerbstätigkeit der Gesuchstellerin reduziere sich der gebührende Unterhalt um die Berufsauslagen und einen gewissen Betrag für Steuern. Ausserdem werde der aufzuteilende Freibetrag geringer. Ausgehend von Kosten für auswärtige Verpflegung von Fr. 110.–, Mobilitätskosten von Fr. 173.– und einer geschätzten Steuerreduktion von Fr. 50.– sowie einer Freibetragsreduktion von Fr. 791.– (50% der Einkommensverminderung) resultiere ein gebührender Bedarf von Fr. 5'276.–. Unter Berücksichtigung eines Renteneinkommens von Fr. 1'584.– verbleibe ein ungedeckter Bedarf von Fr. 3'692.–. Die Gesuchstellerin ihrerseits knüpfe ihr Abänderungsbegehren an die Zeit vor dem 1. Dezember 2014 an – so die Vorinstanz. Ausgehend von einem Einkommen der Gesuchstellerin von Fr. 900.– und einer Unterhaltspflicht des Gesuchsgegners von Fr. 4'400.– resultiere ein gebührender Bedarf der Gesuchstellerin von Fr. 5'300.–. Werde dieser um die entfallenden Berufsauslagen von Fr. 200.–, die zusätzlich anfallenden Steuern von Fr. 30.– sowie den erhöhten Freibetrag von Fr. 427.– korrigiert, resultiere ein gebührender Bedarf der Gesuchstellerin von Fr. 5'557.–. Unter Berücksichtigung eines Renteneinkommens von Fr. 1'584.– verbleibe ein ungedeckter Bedarf von Fr. 3'973.–. Die Resultate der beiden Berechnungen lägen nicht weit auseinander und es erscheine angemessen, auf den arithmetischen Mittelwert von Fr. 3'832.50 abzustellen (Urk. 24 S. 10-12).

5.2 Der Gesuchsgegner rügt im Berufungsverfahren zunächst, dass ein Bedarf von Fr. 5'400.– nur dann festgesetzt werden könne, wenn die Gesuchstellerin ihre verbleibende Arbeitsfähigkeit umsetze (Urk. 23 S. 8).

Dieser Einwand ist unbegründet. Der Tatsache, dass die Gesuchstellerin keiner Erwerbstätigkeit nachgeht, wurde auf der Bedarfsseite Rechnung getragen, indem die wegfallenden Berufsauslagen vom Bedarf abgezogen wurden.

5.3 Weiter bringt der Gesuchsgegner vor, im Bedarf der Gesuchstellerin sei ein Wohnkostenbeitrag des mündigen Sohnes zu berücksichtigen. Die Gesuchstellerin erhalte neu eine Ausbildungsrente für den Sohn, welche entweder als Zusatzeinkommen der Gesuchstellerin oder aber als Wohnkostenbeitrag des Sohnes angerechnet werden müsse (Urk. 23 S. 8).

Gemäss übereinstimmenden Angaben der Parteien wurde der im Haushalt der Gesuchstellerin lebende, erwachsene Sohn im Eheschutzverfahren weder einkommens- noch bedarfsseitig berücksichtigt. Es besteht kein Anlass, daran im Abänderungsverfahren etwas zu ändern. Die erhältliche Ausbildungsrente für den Sohn dient ausserdem der Bestreitung von dessen Unterhaltsbedarf und steht daher nicht der Gesuchstellerin zur Verfügung.

5.4 Weitere Einwände gegen die vorinstanzliche Bedarfsermittlung bringt der Gesuchsgegner nicht vor. Es hat damit bei dem festgesetzten Bedarf von Fr. 5'416.50 (Mittelwert von Fr. 5'276.– und Fr. 5'557.–) sein Bewenden.

5.5 In der Parteivereinbarung vom 8. Juli 2014 ging man von einer Bedarfsdeckung der Gesuchstellerin durch Erwerbseinkommen von Fr. 3'500.– und Unterhaltsbeiträgen von Fr. 2'900.– aus resp. von einer Bedarfsdeckung durch Erwerbseinkommen von Fr. 900.– und Unterhaltsbeiträgen von Fr. 4'400.–. Bei Geltung dieser Vereinbarung würde auf Seiten der Gesuchstellerin mit dem effektiv erzielten Erwerbseinkommen von Fr. 1'596.35 und unter Berücksichtigung des Unterhaltsbeitrages von Fr. 2'900.– ein ungedeckter Bedarf von Fr. 920.15 resultieren. Selbst unter Berücksichtigung der wegfallenden Berufsauslagen und des geringeren Freibetrages stellt die veränderte Einkommenssituation der Gesuchstellerin eine erhebliche und dauerhafte Veränderung der Verhältnisse dar, welche eine Abänderung der ursprünglich festgesetzten Unterhaltsverpflichtung rechtfertigt.

6. Bei einem Bedarf der Gesuchstellerin von Fr. 5'416.50 und einem Erwerbseinkommen ab 1. September 2015 von Fr. 1'596.35 bleibt ein ungedeckter Bedarf der Gesuchstellerin von Fr. 3'820.15. Im Vergleich zum vorinstanzlichen Urteil vom 4. August 2015 (Urk. 24) handelt es sich dabei um eine Abweichung

von lediglich Fr. 12.35 pro Monat. Eine derart geringe Differenz rechtfertigt nicht, in das Ermessen der Vorinstanz einzugreifen und die Unterhaltsbeiträge ab 1. September 2015 anzupassen. Wie die Vorinstanz weiter zutreffend ausgeführt hat, ist die Gesuchstellerin in der Zeitperiode davor (1. April 2015 bis 31. August 2015) nicht einmal in der Lage, ein Durchschnittseinkommen von Fr. 900.– zu erzielen, weshalb ihr Unterstützungsbedarf eigentlich höher war, als der von ihr beantragte Unterhaltsbeitrag von Fr. 4'400.– pro Monat. Angesichts der geltenden Dispositionsmaxime ist der Gesuchstellerin aber nicht mehr zuzusprechen, als sie verlangt. Aus diesen Gründen ist die Berufung des Gesuchsgegners, was die Unterhaltsbeiträge betrifft (Ziffer 1 der Berufungsanträge), abzuweisen und Dispositiv-Ziffer 1 des Urteils des Bezirksgerichtes Hinwil vom 4. August 2015 zu bestätigen.

C. Erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Neben den Unterhaltsbeiträgen hat der Gesuchsgegner mit seiner Berufung auch die Kosten- und Entschädigungsfolgen des erstinstanzlichen Urteils angefochten (Ziffer 2 der Berufungsanträge). Mit Urteil vom 4. August 2015 hat die Vorinstanz – unabhängig vom Prozessausgang – die gesamten Gerichtskosten von Fr. 3'000.– dem Gesuchsgegner auferlegt und ihn ausserdem dazu verpflichtet, der Gesuchstellerin eine volle Parteientschädigung in Höhe von Fr. 6'200.– zu bezahlen. Zur Begründung dieser Kostenverteilung stützte sich die Vorinstanz auf Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO und insbesondere auf die höhere wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Gesuchsgegners (Urk. 24 S. 14 f.).

2. Der Gesuchsgegner rügt im Berufungsverfahren, dass es sich vorliegend um eine vermögensrechtliche Angelegenheit handle, da nur die Unterhaltsfrage strittig sei. Entsprechend seien die Prozesskosten nach dem Streitwert zu berechnen. Ferner seien die Kosten nach Obsiegen und Unterliegen zu verteilen, da kein Grund bestehe, von diesem Grundsatz abzuweichen (Urk 23 S. 12).

3. Grundsätzlich hat die unterliegende Partei die Prozesskosten zu tragen. Hat keine Partei vollständig obsiegt, so werden die Kosten nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt (Art. 106 Abs. 1 und 2 ZPO). In familienrechtlichen Verfahren

kann das Gericht von diesen Verteilungsgrundsätzen abweichen und die Prozesskosten nach Ermessen verteilen (Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO).

3.1 Hauptanwendungsfälle für eine solche abweichende Kostenverteilung in familienrechtlichen Verfahren sind Scheidungen auf gemeinsames Begehren, bei welchen keine Partei obsiegt bzw. unterliegt oder Verfahren mit Bezug auf Kinderbelange, bei welchen die Kosten gemäss ständiger Praxis des Obergerichts den Parteien unabhängig vom Verfahrensausgang je hälftig auferlegt werden. Es ist aber hervorzuheben, dass auch in familienrechtlichen Verfahren Art. 106 ZPO die Grundnorm darstellt: Soweit das Verursacherprinzip sachgerecht ist und keine besonderen Gründe vorliegen, die einen Billigkeitsentscheid nahelegen, ist nach Art. 106 ZPO zu entscheiden (Jenny, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 107 N 12; vgl. auch OGer ZH RE150009 vom 14. Oktober 2015, E. B/3). Vorliegend sind keine besonderen Gründe ersichtlich, welche eine abweichende Kostenverteilung rechtfertigen würden. Insbesondere ist nicht einzusehen, weshalb dem Gesuchsgegner mit Blick auf die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit die gesamten Prozesskosten des erstinstanzlichen Verfahrens auferlegt werden sollten.

3.2 Der Gesuchsgegner verdient zwar mit rund Fr. 10'000.– pro Monat (Urk. 17/2) unbestrittenermassen ungleich mehr als die Gesuchstellerin. Allerdings verbleibt dem Gesuchsgegner nach Bezahlung der Unterhaltsbeiträge nur unwesentlich mehr (ca. Fr. 6'000.–), als der Gesuchstellerin monatlich zur Verfügung steht (ca. Fr. 5'500.–). Von einer erheblichen ungleichen wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Parteien kann somit keine Rede sein.

3.3 Zudem ist die vollständige Kostenauflegung an die vermeintlich leistungsfähigere Partei auch aus einem weiteren Grund nicht angebracht und vor allem nicht erforderlich. Ist eine Partei in einem familienrechtlichen Verfahren nicht in der Lage, die ihr auferlegten Prozesskosten zu bezahlen, hat sie grundsätzlich Anspruch auf einen Prozesskostenvorschuss bzw. -beitrag oder auf die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege. Somit bestehen bereits zwei Institute, welche verhindern, dass eine bedürftige Partei durch die Auferlegung von Prozesskosten in eine finanzielle Notlage gerät. Ein allfälliges Ungleichgewicht zwischen

den Parteien hinsichtlich ihrer wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit kann in Eheschutzverfahren durch die Zusprechung eines Prozesskostenbeitrags verringert bzw. beseitigt werden.

3.4. Folglich sind die Prozesskosten des erstinstanzlichen Verfahrens im Sinne von Art. 106 Abs. 2 ZPO nach Obsiegen und Unterliegen zu verteilen. Die Gesuchstellerin beantragte im vorinstanzlichen Verfahren die rückwirkende Anpassung der Unterhaltsbeiträge ab dem 1. Dezember 2014 von monatlich Fr. 2'900.– auf Fr. 4'400.–, was einer Erhöhung von Fr. 1'500.– entspricht. Der Gesuchsgegner seinerseits beantragte die Abweisung des Abänderungsbegehrens und somit die Beibehaltung der ursprünglichen Unterhaltsbeiträge in Höhe von Fr. 2'900.–. Mit vorinstanzlichem Urteil, welches mit vorliegendem Entscheid in diesem Umfang bestätigt wird, wurde der Gesuchsgegner verpflichtet, der Gesuchstellerin rückwirkend ab 1. April 2015 bis und mit August 2015 monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 4'400.– (Erhöhung um Fr. 1'500.–) und hernach monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 3'832.50 (Erhöhung um Fr. 932.50) zu bezahlen. Diese Unterhaltsbeiträge gelten wenigstens für die Dauer des zweijährigen Getrenntlebens (bis Ende April 2016) sowie während dem anschliessenden Scheidungsverfahren von schätzungsweise einem Jahr (bis Ende April 2017). Entsprechend beantragte die Gesuchstellerin ursprünglich eine Abänderung der Unterhaltsbeiträge für voraussichtlich mindestens 29 Monate (Dezember 2014 bis und mit April 2017). Bezüglich dieser Zeitperiode ersuchte die Gesuchstellerin um eine Erhöhung der Unterhaltsbeiträge von gesamthaft Fr. 43'500.– (29 x Fr. 1'500.–). Die Vorinstanz hiess das Begehren der Gesuchstellerin teilweise gut und erhöhte die Unterhaltsbeiträge, jedoch erst ab dem 1. April 2015, um total Fr. 26'150.– ([5 x Fr. 1'500.–] + [20 x Fr. 932.50]). Somit obsiegt die Gesuchstellerin zu $\frac{3}{5}$ weshalb sie $\frac{2}{5}$ der vorinstanzlichen Prozesskosten zu tragen hat.

4. Gemäss Art. 96 ZPO setzen die Kantone die Tarife für die Prozesskosten fest. Obwohl es sich beim vorinstanzlichen Verfahren betreffend Abänderung der Unterhaltsbeiträge um eine vermögensrechtliche Streitigkeit handelt, richten sich die Gebühren nicht nach § 4 GebV OG bzw. AnwGebV (vermögensrechtliche Streitigkeiten), sondern nach § 5 GebV OG bzw. AnwGebV (nicht vermögens-

rechtliche Streitigkeiten). Eheschutzsachen, insbesondere auch die Abänderung von Eheschutzmassnahmen, gelten in Bezug auf die Festlegung der Prozesskosten stets als nicht vermögensrechtliche Streitigkeiten (§ 6 Abs. 1 und Abs. 2 lit. b i.V.m. § 5 Abs. 1 GebV OG; § 6 Abs. 1 und Abs. 3 i.V.m. § 5 Abs. 1 AnwGebV). Die Festsetzung der Höhe der Prozesskosten richtet sich vorliegend damit nicht nach dem Streitwert.

4.1 Die Vorinstanz hat die Gerichtsgebühr auf Fr. 3'000.– festgesetzt. Bezüglich der Höhe der Gerichtsgebühr hat der Gesuchsgegner lediglich vorgebracht, dass diese abhängig vom Streitwert bei ca. Fr. 1'200.– festzusetzen gewesen wäre (Urk. 23 S. 12). Weitere Einwendungen gegen die Höhe der Gerichtsgebühr hat der Gesuchsgegner keine vorgebracht. Wie vorstehend ausgeführt, sind die Gerichtsgebühren in Eheschutzsachen streitwertunabhängig nach § 6 Abs. 2 lit. b i.V.m. § 5 Abs. 1 GebV OG festzulegen. Unter Berücksichtigung des tatsächlichen Streitinteresses, des Zeitaufwands des Gerichts und der Schwierigkeit des Falles erscheint die vorinstanzliche Gerichtsgebühr von Fr. 3'000.– als angemessen und ist somit nicht zu beanstanden. Der Vollständigkeit halber sei noch erwähnt, dass auch eine streitwertabhängige Gebührenberechnung zu keinem anderen Resultat führen würde. Bei einem Streitwert von Fr. 43'500.– (vgl. Ziff. 3.4 vorstehend) beträgt die um einen Drittel ermässigte Entscheidgebühr ebenfalls rund Fr. 3'000.– (§ 4 Abs. 1 und Abs. 2 i.V.m. § 8 Abs. 1 GebV OG).

4.2 In Bezug auf die Parteientschädigung rügt der Gesuchsgegner im Berufungsverfahren, dass diese ebenfalls abhängig vom Streitwert bei ca. Fr. 1'083.– hätte festgelegt werden müssen. Die Festsetzung der Parteientschädigung auf Fr. 6'200.–, wie dies die Vorinstanz getan hat, sei willkürlich und nicht gerechtfertigt (Urk. 23 S. 12). Die Gesuchstellerin ihrerseits bringt vor, dass es sich bei der ihr zugesprochenen Parteientschädigung effektiv um einen Prozesskostenbeitrag handeln würde. Die Grundlage dafür finde sich in der ehelichen Beistandspflicht und nicht im Anwaltsgebührentarif (Urk. 30 S. 9 f.). Wie der Name jedoch bereits besagt, handelt es sich bei einem *Prozesskostenbeitrag* um eine Leistung, mit welcher der bedürftige Ehegatte die ihm auferlegten *Prozesskosten* sowie seine eigenen Anwaltskosten begleichen kann. Werden einer Partei demgegenüber

überhaupt keine Prozesskosten im Sinne von Art. 95 Abs. 1 ZPO auferlegt, so hat sie auch keinen Anspruch auf einen Prozesskostenbeitrag. Vorliegend hat die Vorinstanz die Prozesskosten zu 100% dem Gesuchsgegner auferlegt und der Gesuchstellerin insbesondere eine volle Parteientschädigung zugesprochen. Somit hatte die Gesuchstellerin im erstinstanzlichen Verfahren ursprünglich gar keine Prozesskosten zu tragen, weshalb ihr auch kein Prozesskostenbeitrag zustand.

Was die Höhe der Parteientschädigung betrifft, verweist die Vorinstanz auf die Zusammenstellung der Bemühungen und Barauslagen der Rechtsvertreterin der Gesuchstellerin vom 16. Juni 2015 (Urk. 24 S. 15). Bei dieser Zusammenstellung handelt es sich lediglich um eine Honorarrechnung, welche für den Zeitraum vom 21. Mai 2014 bis zum 16. Juni 2015 einen Gesamtaufwand von 36 Stunden und 25 Minuten ausweist (Urk. 14/20). Eine detaillierte Leistungserfassung fehlt jedoch, weshalb eine Beurteilung der verrechneten Aufwendungen nicht möglich ist. Zudem erklärt die Gesuchstellerin selbst, dass diese Honorarrechnung sowohl das ursprüngliche Eheschutzverfahren als auch das vorinstanzliche Abänderungsverfahren umfasst. Aus computertechnischen Gründen sei es nicht möglich gewesen, die Leistungen im Nachhinein aufzuteilen. Der Zeitaufwand für das ursprüngliche Eheschutzverfahren habe rund 22 Stunden betragen und sei mit dem Prozesskostenbeitrag des Gesuchsgegners in der Höhe von Fr. 6'000.– beglichen worden, was ebenfalls aus der Honorarnote vom 16. Juni 2015 ersichtlich sei (Urk. 30 S. 10). Wie nun die Vorinstanz aus dieser Honorarrechnung eine Parteientschädigung für das Abänderungsverfahren von Fr. 6'200.– ableitet, ist aus den Erwägungen nicht ersichtlich und ist auch nicht nachvollziehbar. Wenn für das gesamte Eheschutzverfahren ein Prozesskostenbeitrag von Fr. 6'000.– offenbar ausreichend gewesen ist, lässt sich nicht erklären, weshalb für das Abänderungsverfahren, in welchem nur noch die Unterhaltsbeiträge strittig waren, eine Parteientschädigung in Höhe von Fr. 6'200.– festgesetzt worden ist. Dieser Betrag übersteigt dabei sogar die von der Gesuchstellerin selbst geltend gemachten Aufwendungen für das vorinstanzliche Abänderungsverfahren. Nach eigenen Angaben der Rechtsvertreterin der Gesuchstellerin betrug der Zeitaufwand für das erstinstanzliche Verfahren ca. 21 Stunden. 15 Stunden seien bereits in der Rechnung vom 16. Juni 2015 (Urk. 14/20) enthalten, dazu käme noch der Aufwand von

6 Stunden für die Verhandlung und den Eingang des Urteils (Urk. 30 S. 10; Urk. 32/7). Bei einem vereinbarten Stundenansatz von Fr. 250.– ergibt der von der Gesuchstellerin geltend gemachte Zeitaufwand von 21 Stunden jedoch lediglich einen Honoraranspruch von Fr. 5'250.– (exkl. Mehrwertsteuer).

Die Hauptleistungen der Rechtsvertreterin der Gesuchstellerin bestanden im vorinstanzlichen Verfahren aus der 5-seitigen Abänderungsklage (Urk. 1), den 4-seitigen Plädoyernotizen (Urk. 13) sowie der zweieinhalbstündigen Verhandlung vom 16. Juni 2015 (VI-Prot. S. 3-13). Im Abänderungsverfahren waren lediglich noch die Unterhaltsbeiträge strittig. In rechtlicher Hinsicht lagen keine besonderen Schwierigkeiten vor. Aufgrund dieser Umstände war für das vorinstanzliche Abänderungsverfahren im Vergleich zum ursprünglichen Eheschutzverfahren ein deutlich geringerer Zeitaufwand notwendig und angemessen. Insgesamt ist die vorinstanzliche Parteientschädigung auf Fr. 4'500.– festzusetzen. Damit wird auch die Schwierigkeit des Falls, die Verantwortung der Anwältin und der notwendige Zeitaufwand (vgl. § 5 Abs. 1 i.V.m. § 6 Abs. 3 AnwGebV) gebührend berücksichtigt. Ausgangsgemäss ist daher der Gesuchsgegner zu verpflichten, der Gesuchstellerin für das vorinstanzliche Verfahren eine auf einen Fünftel ($\frac{3}{5} - \frac{2}{5}$) reduzierte Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 900.– zu bezahlen. Mangels eines entsprechenden Antrages ist kein Mehrwertsteuerzuschlag zuzusprechen.

5. Da die Vorinstanz der Gesuchstellerin im erstinstanzlichen Verfahren keine Prozesskosten auferlegte und ihr eine volle Parteientschädigung zusprach, musste sie den Antrag der Gesuchstellerin auf Zusprechung eines Prozesskostenbeitrags bzw. unentgeltliche Rechtspflege aufgrund Gegenstandslosigkeit nicht beurteilen. Dies ändert sich nun durch den vorliegenden Entscheid. Da die Gesuchstellerin, wie vorstehend ausgeführt, für das vorinstanzliche Verfahren einen Drittel der Prozesskosten zu tragen hat, ist im Folgenden ihr Gesuch um Zusprechung eines Prozesskostenbeitrags bzw. ihr Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das vorinstanzliche Verfahren zu beurteilen.

5.1 Sowohl die Zusprechung eines Prozesskostenbeitrags als auch die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege setzen die Bedürftigkeit der ansprechenden Partei voraus. Die gesuchstellende Person hat gemäss Art. 119 Abs. 2 ZPO

die zur Beurteilung ihres Gesuchs relevanten Einkommens- und Vermögensverhältnisse umfassend darzulegen. Es trifft sie bei der Abklärung der wirtschaftlichen Verhältnisse eine umfassende Mitwirkungspflicht. Dabei hat das Gericht allenfalls unbeholfene Personen auf die Angaben hinzuweisen, die es zur Beurteilung des Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege benötigt. Wer jedoch durch einen Rechtsanwalt vertreten wird, kann nicht als unbeholfen gelten (BGer 4A_114/2013 vom 20. Juni 2013, E. 4.3.2).

5.2 Eine Person gilt als bedürftig, wenn sie die Kosten eines Prozesses nicht aufzubringen vermag, ohne jene Mittel anzugreifen, die für die Deckung des eigenen notwendigen Lebensunterhalts und desjenigen ihrer Familie erforderlich sind. Die Bedürftigkeit beurteilt sich nach der gesamten wirtschaftlichen Situation der gesuchstellenden Person im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs. Dazu gehören einerseits sämtliche finanziellen Verpflichtungen, andererseits die Einkommens- und Vermögensverhältnisse. Ob das Vermögen der ansprechenden Person bar vorhanden oder in einer Liegenschaft angelegt ist, spielt prinzipiell keine Rolle. Dabei sind einem Grundeigentümer sämtliche Möglichkeiten der Mittelbeschaffung durch Veräusserung von selbstgenutztem Wohneigentum, durch Vermietung oder durch Aufnahme eines zusätzlichen Hypothekarkredits grundsätzlich zumutbar und gehen dem Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege oder Prozesskostenbeitrag vor (BGE 119 Ia 12 E. 5; BGer 5P.329/2000 vom 1. Dezember 2000 E. 3). Erst wenn der Nachweis erbracht wird, dass eine weitere Belehnung nicht möglich und eine Veräusserung nicht zumutbar ist, gilt die Mittellosigkeit als erstellt. Massgebend ist dabei nach ständiger Rechtsprechung der Kammer die Überlegung, dass Parteien, welche ihr Vermögen in Immobilien angelegt haben, in Bezug auf die Beurteilung der Bedürftigkeit nicht besser gestellt werden sollen als solche, die ihr Vermögen auf einem Sparbuch oder in Wertschriften angelegt haben. Von ihnen wird ohne weiteres erwartet, dass sie zwecks Finanzierung des Prozesses das Geld sofort abheben oder die Wertschriften veräussern (vgl. statt vieler OGer ZH LY130027 vom 11. Juni 2014 E. III/2a).

5.3 Die Gesuchstellerin ist – zusammen mit dem Gesuchsgegner – gemeinsame Eigentümerin der Liegenschaft E. _____ ... in F. _____, was aus ihrer Steuererklärung 2014 ersichtlich ist (Urk. 2/10). Ob es sich dabei um Gesamt- oder Miteigentum handelt, geht aus den Akten nicht hervor. Im damaligen Eheschutzverfahren hat die Gesuchstellerin noch behauptet, dass die Parteien das Haus in F. _____ am 8. Juli 2011 im Rahmen einer einfachen Gesellschaft als Gesamteigentümer erworben hätten (Urk. 5/12 S. 2). Im vorinstanzlichen Abänderungsverfahren hat die Gesuchstellerin lediglich vorgebracht, sie verfüge, abgesehen von diesem Anteil am Haus, über kein weiteres Vermögen (Urk. 13 S. 4). Im Berufungsverfahren führt die Gesuchstellerin nun pauschal aus, dass sich ihr Miteigentumsanteil an der ehelichen Wohnung derzeit nicht realisieren lasse (Urk. 30 S. 11). Somit macht die Gesuchstellerin selbst unterschiedliche Angaben, was die Eigentumsverhältnisse ihrer Liegenschaft betrifft. Weshalb jedoch allgemein eine Realisierung, d.h. ein Verkauf bzw. eine Belehnung der Liegenschaft unmöglich bzw. unzumutbar sein soll, führt die Gesuchstellerin nicht näher aus. Aus den Vorakten geht hervor, dass die Liegenschaft mit insgesamt Fr. 795'000.– belastet ist (Urk. 14/8), über den aktuellen Verkehrswert des Grundstücks finden sich jedoch keine Hinweise. Diesbezüglich behauptet die Gesuchstellerin auch nicht, dass die Liegenschaft bereits maximal belehnt sei und deshalb eine Aufstockung der Hypothek nicht in Frage komme. Die Gesuchstellerin äussert sich also weder zum Wert ihrer Liegenschaft, noch zu einer bereits bestehenden Hypothekarbelastung. Damit ist nicht glaubhaft, dass keine weitere Hypothek aufgenommen oder die Immobilie nicht veräussert werden kann. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass es sich bei der Liegenschaft möglicherweise um Gesamteigentum der Parteien handeln könnte und die Gesuchstellerin somit für eine Veräusserung bzw. Belastung auf die Zustimmung des Gesuchsgegners angewiesen wäre. Bei gemeinsamem Grundeigentum können sich um das Armenrecht ersuchende Parteien nicht damit herausreden, die jeweils andere Partei verweigere die Zustimmung zu einem Verkauf oder zu einer Belastung, denn eine solche Verweigerung wäre rechtsmissbräuchlich und damit unbeachtlich (OGer ZH RE140026 vom 6. Januar 2015, E. 2.f). Eine mögliche Weigerung des Gesuchsgegners ändert nichts daran, dass die hier interessierende Liegenschaft tatsächlich vorhanden und an sich so-

fort verfügbar wäre. Wegen möglicher Schwierigkeiten kann nicht von einem nicht vorhandenen oder nicht verfügbaren Vermögenswert gesprochen werden (BGer 5P.133/2000 vom 15. Mai 2000, E. 5.c). Vorliegend behauptet die anwaltlich vertretene Gesuchstellerin jedoch nicht einmal, dass eine Belastung bzw. eine Veräusserung der Liegenschaft durch die fehlende Zustimmung des Gesuchsgegners scheitern könnte.

5.4 Da die Gesuchstellerin nicht sämtliche eigenen Mittel zur Finanzierung des Verfahrens ausgeschöpft hat (unabhängig davon, ob es sich bei der Liegenschaft um Gesamt- oder Miteigentum handelt), ist ihre Mittellosigkeit zu verneinen. Ihr Gesuch um Zusprechung eines Prozesskostenbeitrags bzw. um unentgeltliche Rechtspflege für das vorinstanzliche Verfahren ist demzufolge abzuweisen.

D. Kosten- und Entschädigungsfolgen des Berufungsverfahrens

1. Abschliessend ist über die Kosten- und Entschädigungsfolgen des Berufungsverfahrens zu befinden.

2. Die Höhe der Gerichtsgebühr richtet sich für das zweitinstanzliche Verfahren nach § 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 5 Abs. 1 und § 6 Abs. 2 lit. b GebV OG. Unter Berücksichtigung des tatsächlichen Streitinteresses, des Zeitaufwands des Gerichts und der Schwierigkeit des Falles erscheint eine Gerichtsgebühr von Fr. 3'000.– angemessen.

3. In Anbetracht dessen, dass der Gesuchsgegner mit seinem Berufungsantrag zu den Unterhaltsbeiträgen vollumfänglich unterliegt, jedoch bezüglich der Kosten- und Entschädigungsfolgen für das vorinstanzliche Verfahren teilweise obsiegt, sind die Kosten für das Berufungsverfahren den Parteien im Verhältnis $\frac{4}{5}$ (Gesuchsgegner) zu $\frac{1}{5}$ (Gesuchstellerin) aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 und 2 ZPO).

4. Als Folge dieser Kostenverteilung hat der Gesuchsgegner die anwaltlich vertretene Gesuchstellerin im Umfang von $\frac{3}{5}$ ($\frac{4}{5} - \frac{1}{5}$) für ihre Aufwendungen im Berufungsverfahren zu entschädigen. In Anwendung der massgeblichen Bestimmungen (§ 6 Abs. 1 und 3 i.V.m. § 5 Abs. 1, § 11 Abs. 1, § 13 Abs. 1 AnwGebV) ist

die volle Parteientschädigung auf Fr. 3'600.– festzusetzen. Die Gebühr ist in Anwendung von § 13 Abs. 2 AnwGebV um einen Drittel auf Fr. 2'400.– zu reduzieren. Hiervon hat der Gesuchsgegner der Gesuchstellerin Fr. 1'440.– zu bezahlen ($\frac{3}{5}$ von Fr. 2'400.–), mangels eines Antrages ohne Mehrwertsteuerzuschlag.

5. Die Gesuchstellerin stellt auch für das zweitinstanzliche Verfahren den Antrag auf Zusprechung eines Prozesskostenbeitrags, eventualiter die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 30 S. 2). Bezüglich der Mittellosigkeit der Gesuchstellerin kann vollumfänglich auf die vorstehenden Erwägungen verwiesen werden (C.5). Die Gesuchstellerin ist ihrer umfassenden Mitwirkungspflicht nach Art. 119 Abs. 2 ZPO nicht nachgekommen. Die anwaltlich vertretene Gesuchstellerin hat weder im erstinstanzlichen noch im zweitinstanzlichen Verfahren dargelegt, weshalb eine weitere Belehnung bzw. Veräusserung ihrer Liegenschaft nicht möglich oder zumutbar sei. Entsprechend ist ihre Mittellosigkeit zu verneinen, weshalb ihr Gesuch um Zusprechung eines Prozesskostenbeitrags und unentgeltliche Rechtspflege auch für das Berufungsverfahren abzuweisen ist.

Es wird beschlossen:

1. Das Begehren der Gesuchstellerin um Zusprechung eines Prozesskostenbeitrages, eventualiter Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege, für das Berufungsverfahren wird abgewiesen.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird bezüglich Ziffer 1 der Berufungsanträge abgewiesen und Dispositiv-Ziffer 1 des Urteils des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Hinwil vom 4. August 2015 (EE150035-E) wird bestätigt.

2. Die Gerichtskosten für das erstinstanzliche Verfahren in der Höhe von Fr. 3'000.– werden dem Gesuchsgegner im Umfang von $\frac{3}{5}$ und der Gesuchstellerin im Umfang von $\frac{2}{5}$ auferlegt.
3. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin für das erstinstanzliche Verfahren eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 900.– zu bezahlen.
4. Das Begehren der Gesuchstellerin um Zusprechung eines Prozesskostenbeitrages, eventualiter Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege, für das erstinstanzliche Verfahren wird abgewiesen.
5. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt.
6. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Gesuchsgegner im Umfang von $\frac{4}{5}$ und der Gesuchstellerin im Umfang von $\frac{1}{5}$ auferlegt. Die Gerichtskosten werden mit dem geleisteten Kostenvorschuss des Gesuchsgegners verrechnet. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, dem Gesuchsgegner den geleisteten Vorschuss im Umfang von Fr. 600.– zu ersetzen.
7. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin für das zweitinstanzliche Verfahren eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 1'440.– zu bezahlen.
8. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

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

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 im Sinne von Art. 90 BGG über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert übersteigt Fr. 30'000.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 29. Januar 2016

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. M. Kirchheimer

versandt am:

kt