

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr. LQ110008-O/U

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, lic. iur. M. Spahn und
Dr. M. Kriech sowie der Gerichtsschreiber lic. iur. A. Baumgartner

Beschluss vom 17. August 2011

in Sachen

A. _____,

Beklagter, Massnahmekläger und Rekurrent

gegen

B. _____,

Klägerin, Massnahmebeklagte und Rekursgegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

betreffend **vorsorgliche Massnahmen (Abänderung Unterhaltsbeiträge),
Kostenfolgen**

**Rekurs gegen eine Verfügung des Einzelrichters im ordentlichen Verfahren
am Bezirksgericht Dielsdorf vom 28. Dezember 2010 (FE070029)**

Erwägungen:

1. Dem vorliegenden Verfahren ging ein Eheschutzprozess der Parteien voraus, welcher am 27. September 2004 durch Verfügung des Bezirksgerichtes Zürich erledigt wurde. Das Kind C._____ wurde unter die Obhut der Klägerin, Massnahmebeklagten und Rekursgegnerin (fortan Klägerin) gestellt (Urk. 8/7/18 S. 2 Dispositivziffer 2). Der Beklagte, Massnahmekläger und Rekurrent (fortan Beklagter) verpflichtete sich sodann, der Klägerin monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 1'630.– (zuzüglich Kinderzulagen) zu bezahlen, nämlich Fr. 900.– (zuzüglich Kinderzulagen) für das Kind und Fr. 730.– für die Klägerin persönlich, zahlbar im Voraus, jeweils auf den Ersten eines jeden Monats, erstmals per 1. Oktober 2004 (Urk. 8/7/18 S. 3 Dispositivziffer 3.6).

2. a) Mit Eingabe vom 14. Dezember 2010 stellte der Beklagte bei der Vorinstanz im seit dem 13. Februar 2007 (vgl. Urk. 8/1 S. 1) anhängigen Ehescheidungsverfahren die folgenden Anträge (Urk. 8/92 S. 2):

- " 1. Es sei die Alimentenzahlung in der Höhe von 1630.– Sfr. von dem Beklagten an die Klägerin von Januar 2011 an zu beenden, da die Auszahlung von Arbeitslosengeld an den Beklagten zum 20. Januar 2011 beendet wird.
2. Es sei die Klägerin zu verpflichten, einen angemessenen Unterhaltsbeitrag an den Beklagten zu bezahlen.
3. Es sei die Klägerin zu verpflichten, ihre Arbeitszeit bis zu 100% zu erhöhen, da die gemeinsame Tochter C._____ in 3 Monaten das Alter von 10 Jahren erreichen wird.
4. Es sei der Beklagte zu verpflichten, an Arbeitstagen der Klägerin das gemeinsame Kind C._____ zu betreuen sowie die Vorbereitung von Schulhausaufgaben des Kindes zu kontrollieren."

b) Mit Verfügung vom 28. Dezember 2010 wies die Vorinstanz die Anträge des Beklagten vollumfänglich ab (Urk. 3 S. 7 Dispositivziffer 1) und behielt die Kosten- und Entschädigungsfolgen dem Endentscheid vor (Urk. 3 S. 7 Dispositivziffer 2).

3. a) Gegen die Verfügung vom 28. Dezember 2010 erhob der Beklagte mit rechtzeitig eingegangener Eingabe vom 20. Januar 2011 Rekurs, wobei er folgende Anträge stellte (Urk. 2 S. 2):

- " 1. Es seien die Verfügungen 1-2 des Einzelrichters vom 28. Dezember 2010 aufzuheben.
2. Es seien die Alimentenzahlungen in der Höhe von Fr. 1630.– vom Beklagten an die Klägerin von Januar 2011 an zu beenden, da die Auszahlung von Arbeitslosengeld an den Beklagten am 20. Januar 2011 beendet wird.
3. Es sei das Protokoll der Gerichtsverhandlung vom 28. Oktober 2011 (recte: 2010) zu korrigieren, gemäss Tonbandaufnahmen, da dort wichtige Hinweise fehlen.
4. Es sei die Klägerin zu verpflichten, dem Beklagten einen angemessenen Unterhaltsbeitrag zu bezahlen.
5. Es seien die Kosten des Rekurses sowie des vorinstanzlichen Entscheids der Gegenpartei aufzuerlegen."

b) Mit Beschluss vom 31. Januar 2011 wurde auf den Rekursantrag Ziffer 3 betreffend Protokollberichtigungsbegehren nicht eingetreten. Das Protokollberichtigungsbegehren des Beklagten wurde zuständigkeitshalber der Vorinstanz zur Behandlung überwiesen. Sodann wurde dem Beklagten Frist angesetzt, um seinen Rekursantrag Ziffer 4 betreffend die von ihm von der Klägerin verlangten Unterhaltsbeiträge zu beziffern und zu begründen (Urk. 5 S. 2 f. Dispositivziffern 1 ff.).

c) Innert Frist erstattete der Beklagte mit Eingabe vom 14. Februar 2011 seine Verbesserung mit folgendem Antrag (Urk. 6 S. 2):

- " 4. Es sei die Rekursgegnerin zu verpflichten, dem Beklagten einen Unterhaltsbetrag in der Höhe von 191 Sfr. pro Monat zu bezahlen."

4. a) Mit Verfügung vom 3. Mai 2011 entschied die Vorinstanz in Bezug auf das Protokollberichtigungsbegehren des Beklagten das Folgende (PC110025 Urk. 2 S. 10 f.):

- " 1. Das Begehren um Berichtigung des Protokolls der Hauptverhandlung vom 28. Oktober 2010 wird teilweise gutgeheissen.
2. Das Protokoll wird wie folgt berichtigt:

Seite 71, erste Antwort, erster Satz, wird gestrichen und durch die folgende Fassung ersetzt:

" Ich sehe sie jeden Donnerstag nach Schulende bis 20 Uhr, einen Samstag im Monat von Freitag nach Schulende bis Samstagabend 20 Uhr und zusätzlich an zwei Wochenenden von Freitag nach Schulende bis Sonntagabend 20 Uhr.

Die Ferien werden hälftig geteilt. Dies entspricht der Empfehlung des Jugendsekretariates Z._____."

3. In allen anderen Punkten ist das Begehren um Protokollberichtigung abzuweisen.
4. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 300.–. Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
5. Die Kosten werden dem Beklagten auferlegt.
6. Es wird keine Prozessentschädigung zugesprochen.
7. ...
8. ..."

b) Der Beklagte erhob gegen diese Verfügung am 15. Juni 2011 Beschwerde mit folgenden Anträgen (PC110025 Urk. 1 S. 2):

- " 1. Es sei die Ziffer von 3 bis 6 der Verfügung vom 3. Mai 2011 für nichtig zu erklären.
2. Es sei die Kosten der Gerichtsgebühr in der Höhe von Fr. 300 auf die Gerichtskasse zu nehmen, da die Berichtigung der Protokolls teilweise gutgeheissen wurde und die anderen Punkten wichtigen aus der Sicht des Beschwerdeführers nur aus formellen Gründen abgelehnt wurden und das Abhören der Tonbandaufnahmen haben die richtige Darstellung des Beschwerdeführers bestätigt.
3. Es sei die abgelehnten aus formellen Gründen Punkte der Berichtigung des Protokolls zu berichtigen, da es wichtig ist für die weitere Entscheide des Obergerichts des Kantons Zürich.
4. Es sei die Kosten der Beschwerde auf die Gerichtskasse zu nehmen."

5. Mit Eingabe vom 7. Juli 2011 stellte der Beklagte im vorliegenden Rekursverfahren folgende neuen Anträge (Urk. 9 S. 2):

- " 1. Es sei die Verfügung Nr. 6 des Bezirksgerichts Zürich vom 27. September 2004 betreffend Unterhalts Zahlungen an die Ehefrau in der Höhe von 730 Sfr. sowie Alimenter Zahlungen für das Kind in der Höhe von 900 Sfr. Rekurrenten an die Rekursgegnerin vorübergehend bis den endgültigen Entscheid des Obergerichts des Kantons Zürich ab Januar 2011 ausser Kraft zu setzen, da die finanzielle Situation des Rekurrenten dauerhaft sich verändert hat und der Rekurrent ist nicht in der Lage Unterhaltszahlungen für die Ehefrau und Alimentenzahlungen für das Kind in der Höhe von insgesamt 1630 Sfr. an die Rekursgegnerin zu leisten.
2. Es sei in den späteren Entscheid für die Unterhaltszahlungen entweder an Rekurrenten oder an die Rekursgegnerin zu berücksich-

tigen, dass die Rekursgegnerin ab 1. Mai 2011 mit ihrem jetzigen Lebenspartner D._____ offiziell (er ist an dieser Adresse ab 1. Mai amtlich angemeldet) in der Wohnung ... in Y._____ wohnt und die Mietkosten für die Wohnung, sowie Internet, Telefon und Elektrizitätskosten zur Hälfte teilt. Ihr Einkommen deckt alleine alle Lebenskosten. Es sei auch ein Einkommensüberschuss des Paares B._____ und D._____ zu berücksichtigen.

3. Es sei auch in dem Entscheid um superprovisorische Massnahmen zu berücksichtigen, dass der RA X._____ trotz seiner Kenntnisse über das hängige Verfahren im Obergericht des Kantons Zürich dem Rekurrenten mit Strafanzeige wegen nicht Bezahlung der Unterhaltszahlungen an die Ehefrau droht und hat bereits eine Betreuung eingeleitet. Alleine die Betreuung schädigt den Ruf des Rekurrenten enorm.
4. Es sei die Kosten dieser Verhandlung auf die Gegenpartei auferlegen."

6. Am 1. Januar 2011 ist die Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) in Kraft getreten. Für die Rechtsmittel gilt das Recht, das bei der Eröffnung des Entscheides in Kraft ist (Art. 405 Abs. 1 ZPO). Da die angefochtene Verfügung am 28. Dezember 2010 (vgl. Urk. 3 S. 8) eröffnet wurde (vgl. hierzu das Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts vom 7. Juli 2010 [Geschäfts-Nr. VU100044/U] S. 2 ff. Ziff. 2), richtet sich das Rechtsmittelverfahren nach der Zivilprozessordnung und dem Gerichtsverfassungsgesetz des Kantons Zürich, je vom 13. Juni 1976 (fortan ZPO/ZH und GVG/ZH).

7. Da sich der Rekurs als unbegründet erweist, ist auf Weiterungen, insbesondere auf das Einholen einer Rekursantwort, zu verzichten (§ 277 ZPO/ZH).

8. a) Der Beklagte macht in seiner Rekurschrift geltend, dass die Vorinstanz die von ihm bereits im Februar 2010 eingereichten Unterlagen nicht berücksichtigt habe. Zwar habe der Vorderrichter Urk. 8/71/8 und die Abrechnung der Arbeitslosenkasse E._____ zitiert; dieser habe aber dann festgestellt, dass keinerlei Unterlagen eingereicht worden seien. Bereits aus der Abrechnung der Arbeitslosenkasse E._____ vom Januar 2010 sei ersichtlich, dass die Rahmenfrist zwischen dem 1. Juli 2009 und dem 30. Juni 2011 laufen würde. Der Höchstanspruch bestehe in diesem Zeitraum auf nur 400 Taggelder. Der Restanspruch auf Taggelder habe damals 252 Tage betragen. Pro Monat gebe es durchschnittlich 21,7 Arbeitstage. Das sei auch aus der Abrechnung ersichtlich. Es sei leicht zu

berechnen, dass in den weiteren zwölf Monaten alle Taggelder ausbezahlt würden. Obwohl es aus den bereits eingereichten Unterlagen ersichtlich sei, dass die Auszahlung im Januar 2011 nicht vollständig erfolgen werde, sei auch die letzte Abrechnung der Arbeitslosenkasse E. _____ vom Dezember 2010 eingereicht worden. Aus dieser sei ersichtlich, wie viele Taggelder noch vorhanden seien; es seien nur noch dreizehn Taggelder übrig. Das entspreche der Reduzierung des Lohnes um etwa Fr. 2'000.–. Das entspreche einer voraussichtlichen Zahlung von Fr. 3'500.–. Die genaue Zahl werde erst in der letzten Abrechnung im Januar ersichtlich sein. Dazu würden noch einige Abzüge kommen. Die definitive Aussteuerung werde erst Ende Januar vorliegen. Er begründe das Ende der Zahlungsverpflichtung ab Januar 2011 jedoch damit, dass er die Unterhaltsbeiträge jeweils am Anfang des Monats habe bezahlen müssen. Er reiche zum Rekurs auch die letzte Abrechnung der Arbeitslosenkasse E. _____ ein. Es wäre dem Vorderrichter – so der Beklagte – auch möglich gewesen, von ihm eine Nachsendung der fehlenden Unterlagen zu verlangen. Dies sei aus unverständlichen Gründen nicht gemacht worden. Verwunderlich sei zudem, dass er während der letzten Verhandlung am 28. Oktober 2010 den Richter bereits informiert habe, ab wann er keinen Anspruch mehr auf Arbeitslosenentschädigung haben werde. Nach Einsicht in das vorinstanzliche Protokoll habe er feststellen müssen, dass dieser Teil der Befragung komplett fehle (Urk. 2 S. 3 Ziff. 1).

Die Klägerin verdiene laut den letzten Unterlagen etwa Fr. 4'000.– im Monat. Damit decke sie ihren Notbedarf und den des Kindes. Es resultiere ein Überschuss. Diesen Überschuss könne die Klägerin an den Beklagten bezahlen. Gemäss der letzten Verhandlung vor Vorinstanz habe sie auch einen neuen Partner, der mehr als Fr. 6'100.– pro Monat verdiene (mit Verweis auf S. 65 unten des vorinstanzlichen Protokolls). Da dieser sich fast permanent in der Wohnung der Klägerin aufhalte, sei es auch logisch und angemessen, dass er einen Teil der Wohnkosten und Lebenskosten der Klägerin übernehmen würde (Urk. 2 S. 3 f. Ziff. 2).

b) Die Vorinstanz erwog in der angefochtenen Verfügung, dass Art. 9 Abs. 1 des Arbeitslosenversicherungsgesetz (AVIG) besage, dass für den Leistungsbezug von Arbeitslosengeldern eine Rahmenfrist von zwei Jahren gelte. Gemäss

den vom Beklagten eingereichten Unterlagen beziehe er seit Januar 2010 Arbeitslosengelder von der Arbeitslosenkasse in der Höhe von monatlich Fr. 5'428.85 (mit Verweis auf Urk. 8/71/8). Eine frühere Arbeitslosigkeit des Beklagten und dementsprechend ein Bezug von Arbeitslosengeldern sei den Akten nicht zu entnehmen und werde vom Beklagten auch nicht behauptet. Demzufolge sei davon auszugehen, dass der Beklagte ein weiteres Jahr Anspruch auf finanzielle Unterstützung durch die Arbeitslosenkasse habe. Der Beklagte habe sodann zur Begründung seiner Massnaneanträge auch keinerlei Unterlagen eingereicht, welche belegen würden, dass er ab Februar 2011 keine Beiträge mehr von der Arbeitslosenkasse bekomme. Der Beklagte behaupte lediglich, dass er ab Februar 2011 nicht mehr von der E. _____ unterstützt werde. Diese Behauptungen seien jedoch in keiner Weise glaubhaft dargetan, weshalb auch nicht von einer dauernden und wesentlichen Änderung der Verhältnisse ausgegangen werden könne. Im Übrigen sollte es dem Beklagten – so die Vorinstanz – aufgrund seines Alters und seiner Berufserfahrung ohne weiteres möglich sein, eine neue Arbeitsstelle zu finden. Nur der Vollständigkeit halber sei zu erwähnen, dass auch Belege betreffend seine Arbeitsbemühungen fehlen würden (Urk. 3 S. 6 Ziff. 2.2).

9. a) Bei den erstinstanzlichen Akten liegt eine Abrechnung der E. _____ Arbeitslosenkasse, aus der hervorgeht, dass die den Beklagten betreffende Rahmenfrist vom 1. Juli 2009 bis 30. Juni 2011 gelaufen ist. Am 26. Januar 2010 verfügte der Beklagte noch über einen Restanspruch von 252 Taggeldern (Urk. 8/71/8). Geht man von durchschnittlich 21,7 Arbeitstagen pro Monat aus, dann verblieben Ende Januar 2010 noch für knappe zwölf Monate Taggelder. Da die Vorinstanz jedoch nicht über eine neuere, diese Annahmen bestätigende Abrechnung verfügte, wies sie zu Recht das Abänderungsbegehren des Beklagten ab.

b) In Anwendung von § 115 Ziff. 2 ZPO/ZH reichte der Beklagte im Rekursverfahren eine Abrechnung der E. _____ Arbeitslosenkasse vom Januar 2011 ein, aus welcher hervorgeht, dass am 28. Januar 2011 der Höchstanspruch der dem Beklagten zustehenden Taggelder aufgebraucht war (Urk. 7/4). Dem Beklagten gelang es somit im Rekursverfahren glaubhaft zu machen, dass er ab Februar 2011 keinen Anspruch mehr auf Taggelder der E. _____ Arbeitslosenkasse hatte (vgl. dazu auch Urk. 10/1).

10. a) Der Beklagte führte sodann in seiner ergänzenden Rekurschrift vom 14. Februar 2011 aus, dass seine Situation betreffend Stellensuche dramatisch sei. Er habe das Alter von 45 Jahren überschritten. Er habe mehrere Jahre am Institut F. _____ gearbeitet. Alle Stellen, welche er bis anhin gehabt habe, seien befristete Stellen und nur auf Zeitprojekte bestimmt gewesen. In der Forschung sei es generell sehr schwierig, eine Stelle ab dem Alter von 45 Jahren zu finden. Für alle Förderungspositionen gebe es eine Zeitrestriktion nach dem Doktorat von maximal neun Jahren. Er habe vor über 19 Jahren sein Doktorat abgeschlossen und für alle aufgelisteten Positionen sei er überqualifiziert. Das Gleiche gelte auch für Laborantenstellen. Diese Stellen könnten nicht durch Spezialisten mit einem Doktorat besetzt werden. Für die Forschung in der Wirtschaft gebe es auch Altersrestriktionen. Zusätzlich hätten in den letzten Jahren die grossen schweizerischen Pharmaunternehmen wie Novartis und Roche ihre Ausgaben für die Forschung drastisch reduziert. Die Einsparnisse in der Forschung der Pharmaindustrie habe praktisch alle Länder getroffen. Momentan würden Bayer, Pfizer und andere grosse Pharmaunternehmen in der Forschung sparen. Die Forschungsstellen in der ganzen Welt würden abgebaut. Wann sich dieser Trend ändere, sei schwierig abzuschätzen. Für die nächsten Jahre könne man mit keinem Aufschwung rechnen. Er unternehme alles, um eine Stelle zu finden. Leider sei er bis jetzt diesbezüglich erfolglos geblieben. Eine Verbesserung der Lage sei nicht in Aussicht (Urk. 6 S. 3 Ziff. 1).

b) Die Vorinstanz machte den Beklagten in der angefochtenen Verfügung darauf aufmerksam, dass Belege betreffend seine Suchbemühungen fehlen würden. Trotz dieses Hinweises unterliess es der Beklagte auch im Rekursverfahren, entsprechende konkrete Bemühungen glaubhaft zu machen. Er reichte zwar Zeitungsartikel über die allgemeine Arbeitsplatzsituation in der Pharmaindustrie ein (Urk. 7/3a-3c). Er unterliess es aber erneut, konkrete Bewerbungen und diesbezügliche Absagen dem Gericht vorzulegen.

Der Beklagte konnte somit nicht glaubhaft machen, dass er sich konkret um eine Arbeitsstelle bemüht hat, weshalb trotz der Einstellung der Taggeldzahlungen von seiner bisherigen Leistungsfähigkeit auszugehen und daher eine rechtlich relevante Änderung seiner Einkommensverhältnisse zu verneinen ist.

11. a) Der Beklagte brachte in seiner Eingabe vom 7. Juli 2011 neu vor, dass D. _____ seit 1. Mai 2011 offiziell mit der Klägerin zusammen in der Wohnung ... in Y. _____ lebe. D. _____ beteilige sich im Haushalt an den Mietkosten der Klägerin sowie anderen Lebenskosten für Essen, Telefon, Internet, etc. (Urk. 9 S. 3; siehe auch Urk. 2 S. 2 f. Ziff. 2).

b) Gemäss den Ausführungen des Beklagten wohnt die Klägerin noch nicht einmal drei Monate mit D. _____ zusammen. Vorliegend ist aufgrund dieser kurzen Zeitdauer und fehlender weiterer durch den Beklagten behaupteter Indizien nicht von einer engen, ausschliesslichen, auf Dauer ausgerichteten Beziehung, d.h. von einem Kosten senkenden Konkubinat auszugehen. Somit kann der Beklagte aus seiner diesbezüglichen Behauptung im vorliegenden Rekursverfahren nichts zu seinen Gunsten ableiten.

12. Unbegründet liess der Beklagte sodann, wieso die Kosten der angefochtenen Verfügung der Klägerin auferlegt werden sollten, weshalb darauf nicht näher einzugehen ist.

13. Der Rekurs und damit einhergehend auch das Massnahmebegehren des Beklagten vom 7. Juli 2011 sind somit abzuweisen.

14. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Rekursverfahrens dem Beklagten aufzuerlegen (§ 64 Abs. 2 ZPO/ZH). Mangels erheblicher Umtriebe ist der Klägerin für das Rekursverfahren keine Umtriebsentschädigung zuzusprechen.

Es wird beschlossen:

1. Der Rekurs des Beklagten wird abgewiesen und die Verfügung des Einzelrichters im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Dielsdorf vom 28. Dezember 2010 bestätigt.
2. Das Massnahmebegehren des Beklagten vom 7. Juli 2011 wird abgewiesen.
3. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 800.–.
4. Die Kosten des Rekursverfahrens werden dem Beklagten auferlegt.

5. Der Klägerin wird für das Rekursverfahren keine Prozessentschädigung zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerin unter Beilage der Doppel der Urk. 6 und 9, sowie an das Bezirksgericht Dielsdorf, je gegen Empfangsschein.
7. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 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 und 90 ff. 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 übersteigt Fr. 30'000.—.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 17. August 2011

OBERGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. A. Baumgartner

versandt am: js