

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LY110034-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, die Oberrichter lic. iur. P. Hodel und Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Wili.

Urteil vom 30. November 2011

in Sachen

A. _____,

Gesuchsteller, Berufungskläger und Massnahmekläger

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Gesuchstellerin, Berufungsbeklagte und Massnahmebeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic.iur. Y. _____

betreffend **Ehescheidung / Scheidung auf gemeinsames Begehren mit teilweiser Einigung / vorsorgliche Massnahmen**

Berufung gegen eine Verfügung der Einzelrichterin im ordentlichen Verfahren des Bezirkes Affoltern vom 31. Mai 2011; Proz. FE100086

Erwägungen:

I.

1. Die Parteien haben am tt.mm.2002 in C._____ geheiratet. Aus dieser Ehe gingen die vier noch minderjährigen Kinder D._____, geb. tt.mm.2003, E._____, geb. tt.mm.2005, F._____, geb. tt.mm.2006, und G._____, geb. tt.mm.2010, hervor (act. 9/2/2/1, act. 9/2/24/1). Mit Eingabe vom 23. Februar 2010 machte die Berufungsbeklagte beim Einzelgericht des Bezirkes Affoltern ein Gesuch um Erlass eheschutzrichterlicher Massnahmen anhängig (act. 9/2/1). Das Eheschutzverfahren wurde im Nachgang der Vereinbarung vom 27. August 2010 mit Verfügung des Einzelgerichts des Bezirkes Affoltern vom 15. September 2010 erledigt (act. 9/2/32). Der Berufungskläger wurde gestützt auf ein Einkommen in Höhe von Fr. 7'525.-- (exkl. 13. Monatslohn, exkl. Kinderzulagen) und einen Bedarf von Fr. 3'500.-- verpflichtet, der Berufungsbeklagten für die Kosten des Unterhalts und der Erziehung der gemeinsamen Kinder sowie ihren persönlichen Unterhalt einen monatlichen Betrag von insgesamt Fr. 4'000.-- (zuzüglich Fr. 5'000.-- Anteil des 13. Monatslohnes) zu leisten (act. 9/2/32, Ziff. 6 und Ziff. 8.5).

2. Mit dem in der Eheschutzvereinbarung vom 27. August 2010 (act. 9/2/31, Ziff. 2) formulierten gemeinsamen Scheidungsbegehren der Parteien wurde das Scheidungsverfahren vor Vorinstanz anhängig gemacht (act. 9/1). Am 6. Oktober 2010 stellte der Berufungskläger ein Begehren um Anordnung vorsorglicher Massnahmen (act. 9/6), mit dem Antrag, es seien die Unterhaltsbeiträge für die Berufungsbeklagte und die gemeinsamen Kinder neu festzusetzen. Anlässlich der vorinstanzlichen Verhandlung über die vorsorglichen Massnahmen vom 22. Februar 2011 konkretisierte der Berufungskläger sein Rechtsbegehren und verlangte eine Anpassung der Unterhaltsbeiträge an die veränderten Einkommensverhältnisse ab 1. Januar 2011 (Prot. I S. 5 ff., act. 9/15 S. 3). Die Berufungsbeklagte beantragte die vollumfängliche Abweisung des Begehrens um Anordnung vorsorglicher Massnahmen (act. 9/17). Mit Eingabe vom 15. März 2011 teilte der Berufungskläger der Vorinstanz unter Beilage diverser Unterlagen zu-

dem mit, dass er durch Veräusserung seines Stammanteils aus der H. _____ GmbH ausgeschieden sei, er ab März 2011 nur noch Arbeitnehmer und nicht mehr Gesellschafter der Firma sei und sein Monatslohn ab 1. März 2011 noch Fr. 5'439.-- betrage (act. 9/22-23). Mit Verfügung vom 31. Mai 2011 wies die Vorinstanz das Begehren des Berufungsklägers um Abänderung der Unterhaltsbeiträge ab (act. 9/25 = act. 8).

3. Hiegegen erhob der Berufungskläger mit Eingabe vom 16. September 2011 rechtzeitig Berufung und stellte folgende Anträge (act. 2):

"1. Dispositiv Ziff. 1 der Verfügung des Bezirksgerichtes Affoltern vom 31. Mai 2011 sei aufzuheben;

2. Die gemäss Dispositiv Ziff. 6 und Ziff. 8.5 der Eheschutzverfügung des Bezirksgerichtes Affoltern vom 15. September 2011 festgesetzten Unterhaltsbeiträge für die Berufungsbeklagte und die gemeinsamen Kinder seien neu wie folgt festzusetzen:

Der Berufungskläger sei zu verpflichten, der Berufungsbeklagten für die Kosten des Unterhalts und der Erziehung der gemeinsamen Kinder monatliche Unterhaltsbeiträge von je Fr. 240.-- pro Kind zuzüglich allfälliger vertraglicher oder gesetzlicher Kinderzulagen zu bezahlen, zahlbar monatlich im Voraus auf den Ersten eines jeden Monats, erstmals ab 1. Januar 2011.

Ab dem 1. Januar 2011 sei die Verpflichtung des Berufungsklägers zur Leistung von persönlichen Unterhaltsbeiträgen an die Berufungsbeklagte aufzuheben.

3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Berufungsbeklagten (zzgl. MwSt.)."

4. Mit Schreiben vom 20. September 2011 wurden die vorinstanzlichen Akten beigezogen (act. 4 und act. 9). Am 21. September 2011 reichte der Berufungskläger eine Bestätigung des Treuhänders der H. _____ GmbH vom 19. September 2011 nach (act. 5-6).

5. Mit Verfügung vom 30. September 2011 wurde dem Berufungskläger Frist zur Bezahlung eines Kostenvorschusses in der Höhe von Fr. 5'000.-- angesetzt (act. 10). Dieser Betrag ging am 13. Oktober 2011 innert Frist bei der Obergerichtskasse ein (act. 13). Das am 14. Oktober 2011 gestellte Fristerstreckungsgesuch wurde damit gegenstandslos (act. 12).

6. Mit Verfügung vom 27. Oktober 2011 wurde der Berufungsbeklagten Frist zur Beantwortung der Berufung gemäss Art. 312 Abs. 1 ZPO angesetzt (act. 15). Mit Eingabe vom 7. November 2011 ersuchte die Berufungsbeklagte am letzten Tag der angesetzten Frist um Erstreckung der Berufungsantwortfrist (act. 17). Dieses Fristerstreckungsgesuch wurde mit Verfügung vom 14. November 2011 abgewiesen (act. 18). Die Berufungsbeklagte reichte somit innert Frist keine Berufungsantwort ein.

II.

1. Die Eröffnung des angefochtenen Entscheides erfolgte nach dem 1. Januar 2011 und somit nach Inkrafttreten der schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008. Das Rechtsmittelverfahren richtet sich daher nach neuem Recht (Art. 405 Abs. 1 ZPO). Kommt die schweizerische ZPO zur Anwendung, so sind auch die neuen kantonalen Ausführungsgesetze anzuwenden, wie zum Beispiel das Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess vom 10. Mai 2010 (GOG) und die Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV). Der angefochtene Entscheid in der Sache selbst ist aber im Lichte der bisher geltenden Rechtsgrundlagen, insbesondere der zürcherischen Zivilprozessordnung (ZPO/ZH), dem Gerichtsverfassungsgesetz (GVG) und der aArt. 135-149 ZGB zu prüfen.

2. Gemäss aArt. 137 Abs. 2 ZGB sind für vorsorgliche Massnahmen während des Scheidungsverfahrens die Bestimmungen über die Massnahmen zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft sinngemäss anwendbar. Auf das Eheschutzverfahren gemäss Art. 172 ff. ZGB finden die Vorschriften über das summarische Verfahren im Sinne von §§ 204 ff. ZPO/ZH Anwendung (§ 215 lit. b Ziff. 7 ZPO/ZH). Zudem gelten gemäss § 204 ZPO/ZH für das summarische Verfahren die vorstehenden Teile der ZPO/ZH sinngemäss, soweit nichts anderes bestimmt wird. Die Beweismittel sind ferner beschränkt (§ 209 Abs. 1 ZPO/ZH) und die tatsächlichen Verhältnisse sind nicht bis in alle Einzelheiten zu klären; es genügt deren Glaubhaftmachung. Dies bedeutet, dass das Gericht nicht von der

Richtigkeit der aufgestellten tatsächlichen Behauptungen überzeugt zu sein braucht (FRANK/STRÄULI/MESSMER, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 1997, § 148 N 8). Glaubhaftmachung ist jedoch nicht gleichzusetzen mit nachdrücklichem Behaupten. Glaubhaftmachen heisst vielmehr, dass aufgrund objektiver Anhaltspunkte eine gewisse Wahrscheinlichkeit für das Vorliegen der fraglichen Tatsache spricht. Ungenügend sind bloss unbestimmte oder entfernte Möglichkeiten. Die genaue Abklärung des Sachverhalts bleibt dem Hauptverfahren vorbehalten (FRANK/STRÄULI/MESSMER, a.a.O., § 110 N 5). Auf die Parteivorbringen ist nur insoweit einzugehen, als dies für die Entscheidungsfindung erforderlich ist. Betreffend vermögensrechtliche Belange der Ehegatten gilt im Rahmen von vorsorglichen Massnahmen die Dispositionsmaxime; für die Ermittlung des Sachverhalts der Untersuchungsgrundsatz (ZK ZPO-KOBEL, Art. 276 N 42).

3. Für die Voraussetzungen der Abänderung eines Eheschutzentscheides kann – um unnötige Wiederholungen zu vermeiden – im Weiteren auf die zutreffenden rechtlichen Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (act. 8 S. 11 f., S. 16). Es ist hier aber nochmals zu betonen, dass nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung die für eine Abänderung von vorsorglichen Massnahmen vorausgesetzte Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse in Bezug auf eine Einkommenseinbusse, die freiwillig erfolgte und rückgängig gemacht werden kann, zu verneinen ist, weil diesfalls auf das hypothetische Einkommen abgestellt wird und es dem Leistungsverpflichteten bei gutem Willen möglich wäre, das bisherige Einkommen zu erzielen (BGE 128 III 4 vom 30. November 2001 E. 4.a m.H.).

4. Vorab ist ferner darauf hinzuweisen, dass der Berufungskläger im Berufungsverfahren diverse neue Unterlagen einreicht. Art. 317 Abs. 1 ZPO beschränkt die Zulässigkeit von Noven im Berufungsverfahren auf solche, die (a) ohne Verzug vorgebracht werden und (b) trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten. In Verfahren, auf die der Untersuchungsgrundsatz Anwendung findet, gilt diese Beschränkung allerdings nicht (vgl. PETER DIGGELMANN, in: SJZ 107/2011 S. 171 m.H.), weshalb die vom Berufungs-

kläger vorgebrachten Unterlagen vorliegend vollumfänglich Berücksichtigung finden.

5. Lohnreduktion Januar und Februar 2011

5.1 Die Vorinstanz begründete ihren abweisenden Entscheid im Wesentlichen damit, dass die vom Berufungskläger zur Begründung der Lohnreduktion für die Monate Januar und Februar 2011 auf Fr. 4'915.30, soweit eine Lohnreduktion überhaupt dargelegt worden sei, geltend gemachte Einbusse des Geschäftsertrages der H._____ GmbH zum Zeitpunkt des Abschlusses der Eheschutzvereinbarung am 27. Februar 2011 bereits bekannt und deshalb voraussehbar gewesen sei. Dies ergebe sich daraus, dass der Geschäftsabschluss vom 2. August 2010 datiere. Der Zusammenhang zwischen dem darin ausgewiesenen, im Vergleich zum Vorjahr verschlechterten Geschäftsergebnis und einer allfälligen Lohnreduktion des Berufungsklägers sei ferner nicht ersichtlich, insbesondere auch nicht aus den hierzu eingereichten, nicht unterzeichneten Schreiben des Treuhandbüros I._____ und der H._____ GmbH (act. 8 S. 12 ff.). Auch ein Zusammenhang zwischen der psychotherapeutischen Behandlung, der Gewaltschutzmassnahmen oder des Strafbefehls und der Lohnreduktion um mehr als einen Drittel sei nicht glaubhaft gemacht worden (act. 8 S. 14 f.). Der Umstand, dass infolge der Besorgung eines eigenen Haushaltes weniger gearbeitet werden könne, sei überdies eine notorische Folge der Trennung und als solche im Zeitpunkt des Eheschutzentscheides ebenfalls voraussehbar gewesen (act. 8 S. 14). Im Übrigen sei ohnehin fraglich, ob die Lohnreduktion und deren Dauerhaftigkeit überhaupt glaubhaft dargelegt worden seien (act. 8 S. 14 f.).

5.2 Der Berufungskläger bringt dagegen vor, dass die im Anschluss an das schlechte Geschäftsergebnis zur Stabilisierung des Betriebes erforderlichen Massnahmen in der Art von Lohnreduktionen von den Gesellschaftern erst am 8. September 2011 beschlossen worden und damit nicht vorhersehbar gewesen seien. Reduziert worden seien die Löhne von J._____ und vom Berufungskläger, weil Ersterer infolge von Herzinfarkten und Zweiterer wegen seiner psychischen Probleme nicht mehr gleich leistungsfähig seien und im gleichen Umfang Mehrarbeit leisten könnten. Zudem habe der Berufungskläger keinen Einfluss auf die

Lohnreduktionen gehabt, zumal er mit 30 % nur Minderheitsgesellschafter gewesen sei. Hätte er die Lohneinbusse ferner als Arbeitnehmer nicht akzeptiert, so wäre ihm gekündigt worden und in einem anderen Malerbetrieb würde er gemäss Gesamtarbeitsvertrag nicht mehr als diesen reduzierten Lohn verdienen (act. 2 S. 5 f.).

5.3 Auffallend ist zunächst, dass der Berufungskläger in der Berufungsschrift in Abweichung zu seinem vorinstanzlichen Begehren ab 1. Januar 2011 nicht mehr einen Lohn von Fr. 4'915.30 netto zuzügl. Kinderzulagen (act. 8 S. 5), sondern einen solchen von Fr. 6'000.-- brutto zuzügl. Fr. 300.-- Spesen und Fr. 800.-- Kinderzulagen bzw. Fr. 5'215.30 netto zuzügl. Kinderzulagen Fr. 800.-- geltend macht (act. 2 S. 6). Dies ist indes zulässig. Als Beleg für die genannte Reduktion stützt sich der Berufungskläger auf das Lohnblatt 2011 (act. 3/6) und das Beschlussprotokoll der H._____ GmbH vom 8. September 2010, woraus sich ergibt, dass der Lohn der Berufungsklägers durch Gesellschafterbeschluss per 1. Januar 2011 auf Fr. 6'000.-- brutto festgelegt worden ist (act. 3/2). Damit hat der Berufungskläger insgesamt die hier geltend gemachte Reduktion seines Lohnes auf tatsächlich Fr. 5'215.30 netto zuzügl. Kinderzulagen Fr. 800.-- glaubhaft dargelegt.

5.4 Dem vom Berufungskläger eingereichten Beschlussprotokoll der H._____ GmbH vom 8. September 2010 ist ferner zu entnehmen, dass die Gesellschafter im Nachgang an den im Geschäftsjahr Juli 2009 bis Juni 2010 erwirtschafteten Verlust als Massnahme die Reduktion des Lohnes von J._____ auf 80 % und des Lohnes des Berufungsklägers auf Fr. 6'000.-- brutto per 1. Januar 2011 beschlossen haben (act. 3/2). Damit ergibt sich, dass im Zeitpunkt der Eheschutzvereinbarung zwar das schlechte Jahresergebnis bekannt, nicht jedoch konkret die daraus folgenden Sanierungsmassnahmen in Form von Lohnreduktionen bei den genannten Personen vorhersehbar gewesen waren, zumal dieser Beschluss erst am 8. September 2011 erging. Entgegen dem vorinstanzlichen Entscheid ist die Lohnreduktion somit nicht als vorhersehbar zu qualifizieren.

5.5 Der Lohn des Berufungsklägers reduzierte sich im Verhältnis zu dem der Vereinbarung vom 27. August 2010 zugrunde gelegten Einkommen

(Fr. 7'525.--) um rund 30 %, weshalb die Reduktion erheblich ist. Sie vermag auch die Voraussetzung der Dauerhaftigkeit zu erfüllen: Sanierungsmassnahmen weisen zwar grundsätzlich einen provisorischen Charakter auf. Vorliegend wurde die Sanierungsmassnahme jedoch in zeitlicher Hinsicht nicht beschränkt, weshalb zumindest von einer gewissen Dauer auszugehen ist. Dies insbesondere auch deshalb, weil sich die Geschäftsergebnisse für das Jahr 2010/2011 gemäss Bestätigung des Treuhänders vom 19. September 2011 im Vergleich zum vorherigen Jahr unverändert, das heisst eben auch nicht besser präsentieren (act. 6), so dass die Aufhebung von Sanierungsmassnahmen nicht zu erwarten ist.

5.6 Fraglich bleibt unter dem Titel der Freiwilligkeit indes, warum die als Sanierungsmassnahme vorgenommene Lohnreduktion nur beim Berufungskläger und J._____ und nicht bei allen Geschäftsführern bzw. im Betrieb Tätigen vorgenommen wurde. Der Berufungskläger begründet diesen Umstand in der Berufungsschrift in Bezug auf seine Person mit psychischen Problemen, die ihn in seiner Arbeitsfähigkeit einschränken würden, so dass er nicht fähig sei Mehrarbeit zu leisten. Aus den hierfür eingereichten Unterlagen, namentlich aus der Taggeldabrechnung der K._____ AG vom 17. Februar 2010 (act. 3/3), ergibt sich jedoch lediglich, dass der Berufungskläger in der zweiten Hälfte des Jahres 2009 während drei Monaten insofern arbeitsunfähig war, als hierfür Krankentaggelder ausgerichtet worden sind. Alleine daraus lässt sich aber nicht erkennen, dass die Arbeitsunfähigkeit durch eine psychische Erkrankung herbeigeführt worden war, dass weiterhin eine psychische Erkrankung besteht und dass die Arbeitsfähigkeit des Berufungsklägers dadurch nach wie vor eingeschränkt ist, so dass gestützt darauf keine Mehrarbeit geleistet werden kann bzw. nicht die Arbeitsleistung im bisherigen Umfang erbracht werden kann. Darauf kann auch aus den bereits in den Akten liegenden Unterlagen nicht geschlossen werden, was die Vorinstanz bereits zutreffend festhielt (act. 8 S. 14). Bei der anderen von den Sanierungsmassnahmen betroffenen Person (J._____) wurde demgegenüber nicht einfach der Lohn gekürzt, sondern sie wurde gleichzeitig auch nur noch im Umfang von 80 % beschäftigt. Sachliche Gründe für die Reduktion des Lohnes bei gleichbleibender Arbeitsleistung bzw. die unterschiedliche Behandlung von ihm gegenüber den anderen bei der H._____ GmbH beschäftigten Personen vermag der Berufungsklä-

ger somit nicht überzeugend anzubringen. Dass der Berufungskläger als Minderheitsbeteiligter auf den Beschluss betreffend Sanierungsmassnahmen (zumindest in rechtlicher Hinsicht) keinen massgebenden Einfluss hatte, ist hingegen glaubhaft. Der Berufungskläger hätte sich vor diesem Hintergrund aber als Arbeitnehmer gegen diese Lohnreduktion wehren können bzw. müssen. Diesfalls hätte dem Berufungskläger nach eigenen Angaben allerdings die Kündigung gedroht. Hierfür wurden jedoch keine konkreten Anhaltspunkte dargelegt, so dass es hier als blosse Behauptung erscheint. Indem der Berufungskläger auf die Geltendmachung seiner Rechte verzichtete, hat er also die Lohneinbusse untätig entgegengenommen und somit freiwillig herbeigeführt. Sie ist als solche rückgängig machbar, da sich der Berufungskläger auch noch nachträglich dagegen wehren kann; ein solches Vorgehen ist darüber hinaus zumutbar.

5.7 Der Beschwerdeführer konnte somit insgesamt nicht glaubhaft machen, dass die Lohnreduktion per Januar 2011 nicht freiwillig herbeigeführt worden ist und es ihm bei gutem Willen nicht möglich gewesen sei, den bis zu diesem Zeitpunkt erzielten Lohn weiter zu erwirtschaften.

6 Lohnreduktion ab März 2011

6.1 Die Vorinstanz erwog im Weiteren, die vom Berufungskläger geltend gemachte Lohnreduktion per 1. März 2011 auf Fr. 4'460.60 sei wegen des Auskaufes des Berufungsklägers aus der Firma durch Veräusserung seines Stammanteils zwar nicht vorhersehbar gewesen, sie erscheine aber als freiwillig erfolgt und sei daher unbeachtlich (act. 8 S. 15 f.). Überdies sei nicht auszuschliessen, dass sie rückgängig gemacht werden könne (act. 8 S. 17).

6.2 Der Berufungskläger macht geltend, sein Ausstieg als Gesellschafter der H._____ GmbH sei auf ein Zerwürfnis der Gesellschafter im Februar 2011 zurückzuführen, weil die übrigen Gesellschafter das Unternehmen nicht im Zentrum eines familienrechtlichen Verfahrens haben wollten. Der Berufungskläger sei von den übrigen Gesellschafter ausgeschlossen worden und ihm sei nichts anderes übrig geblieben, als seinen Stammanteil auf L._____ zu übertragen (act. 2 S. 6 f.). Sein Lohn sei sodann in Übereinstimmung mit dem GAV entsprechend der Funk-

tion als Vorarbeiter ohne Geschäftsverantwortung auf Fr. 5'439.-- brutto ohne zusätzliche Spesen festgesetzt worden.

6.3 Der Berufungskläger stützt sich hierfür auf den Beschluss der übrigen Gesellschafter der H._____ GmbH vom 23. Februar 2011 betreffend Ausschluss des Berufungsklägers (act. 3/7). Gemäss den einschlägigen gesetzlichen Grundlagen kann ein Gesellschafter gegen seinen Willen jedoch nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes durch Klage beim Gericht (Art. 823 Abs. 1 OR) oder bei Vorliegen von in den Statuten vorgesehenen Gründen (Art. 823 Abs. 2 OR) ausgeschlossen werden. Weder das eine noch das andere wurde vorliegend geltend und glaubhaft gemacht. Der eingereichten Statutenänderung vom 10. März 2011 ist denn auch zu entnehmen, dass der Berufungskläger unter Zustimmung der Gesellschafterversammlung gemäss Art. 786 OR seinen Stammanteil an die Gesellschafterin L._____ abgetreten hat und damit aus der H._____ GmbH ausgeschieden ist (act. 3/8 S. 2 f.). Der Austritt aus der Gesellschaft erfolgte somit nicht – wie behauptet – durch Ausschluss, sondern freiwillig durch Übertragung seines Stammanteils und übereinstimmende Zustimmung der Gesellschafter. Mit seinem Austritt wurde der Berufungskläger von der Gesellschafterversammlung gleichzeitig als Geschäftsführer abberufen (act. 3/8 S. 3). Einhergehend mit dem Verlust der Gesellschafterstellung geht zwangsläufig auch die Geschäftsführereigenschaft verloren, soweit in den Statuten keine andere Regelung getroffen worden war (Art. 814 OR). Eine solche wurde vorliegend aber nicht geltend gemacht. Die ausdrückliche Abberufung des Berufungsklägers als Gesellschafter erscheint deshalb eigenartig, hat aber nicht weiter zu interessieren. Aus den eingereichten Unterlagen erhellt jedenfalls, dass der Berufungskläger seinen Austritt selbst herbeiführte, was in der Folge den damit zusammenhängenden Verlust des Gesellschafter- und Geschäftsführerstatus vom Berufungskläger bedingte.

6.4 Mit der Vorinstanz ist also festzustellen, dass auch diese Veränderung des Einkommens nicht ohne Zutun des Berufungsklägers erfolgte und daher im rechtlichen Sinne als freiwillig zu qualifizieren ist. Gegen die vorinstanzliche Beurteilung, dass nicht auszuschliessen sei, dass die Einkommenseinbusse rückgängig gemacht werden könne, wendet der Berufungskläger zudem hier nichts ein.

Eine Veränderung der Verhältnisse im Sinne von Art. 179 ZGB konnte somit auch für die Zeit ab März 2011 nicht glaubhaft gemacht werden. Die Beschwerde ist damit insgesamt abzuweisen.

IV.

1. Es rechtfertigt sich vorliegend, über die Kosten- und Entschädigungsfolgen des Berufungsverfahrens bereits mit dieser Entscheidung zu befinden und nicht bis zum Endentscheid zuzuwarten (Art. 104 Ziff. 3 ZPO).

2. Ausgangsgemäss sind die Prozesskosten des Berufungsverfahrens, bestehend aus Gerichtskosten und der Parteientschädigung, dem Berufungskläger aufzuerlegen (Art. 95 ZPO und Art. 106 Abs. 1 ZPO).

3. Gegenstand des Berufungsverfahrens betreffend vorsorgliche Massnahmen ist die Unterhaltspflicht des Berufungsklägers und damit eine Frage vermögensrechtlicher Natur, weshalb eine vermögensrechtliche Streitigkeit vorliegt (vgl. BGer 5A_740/2009 E. 1 vom 2. Februar 2010). Der strittige Betrag von Fr. 3'040.-- pro Monat auf eine Verfahrensdauer von angenommen drei Jahren gerechnet ergibt einen Streitwert von rund Fr. 109'440.-- (PETER DIGGELMANN, Dike-Komm-ZPO, Art. 92 N 7). Die Gerichtskosten betragen demnach in Anwendung von §§ 4 Abs. 1 und 3 und 8 Abs. 1 und 12 Abs. 1 und 2 GebV OG Fr. 5'000.--. Sie sind aus dem vom Berufungskläger geleisteten Kostenvorschuss zu beziehen (Art. 111 Abs. 1 ZPO). Eine Parteientschädigung an die Berufungsbeklagte ist mangels Berufungsantwort nicht zuzusprechen (§ 11 Abs. 1 AnwGebV).

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen, und die Verfügung des Einzelgerichtes im ordentlichen Verfahren des Bezirkes Affoltern vom 31. Mai 2011 wird bestätigt.

2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 5'000.-- festgesetzt und aus dem vom Berufungskläger bezahlten Kostenvorschuss bezogen.
3. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden dem Berufungskläger auferlegt.
4. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an das Einzelgericht im ordentlichen Verfahren des Bezirkes Affoltern, je gegen Empfangsschein.
6. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 109'440.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer
Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Wili

versandt am: