

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LY140025-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, die Oberrichter
lic. iur. M. Spahn und Dr. M. Kriech sowie die Gerichtsschreiberin
lic. iur. M. Reuss Valentini

Beschluss und Urteil vom 24. November 2014

in Sachen

A. _____,

Gesuchsteller und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____,

gegen

B. _____,

Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____,

betreffend **Vorsorgliche Massnahmen (Abänderung Unterhaltsbeiträge)**

**Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen
Verfahren am Bezirksgericht Horgen vom 28. Mai 2014 (FE090077-F)**

Rechtsbegehren:

"Es sei die Verfügung des Bezirksgerichts Horgen vom 29. April 2009 abzuändern und der Gesuchsteller zu verpflichten, der Gesuchstellerin per sofort einen monatlichen Unterhaltsbeitrag in der Höhe von CHF 1'300.– zu bezahlen, zahlbar im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gesuchstellerin."

(Urk. 6/293 S. 2)

Verfügung des Einzelrichters des Bezirksgerichtes Horgen vom 28. Mai 2014:

- "1. Das Begehren des Gesuchstellers vom 8. Oktober 2013 um Abänderung der mit eheschutzrichterlicher Verfügung der Einzelrichterin im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Horgen vom 16. November 2006 zugesprochenen Unterhaltsbeiträge für die Gesuchstellerin persönlich wird abgewiesen.
2. Die Kosten- und Entschädigungsfolgen bleiben dem Endentscheid in der Hauptsache vorbehalten.
3. (Schriftliche Mitteilung)
4. (Berufung)"

(Urk. 2 S. 20 f.)

Berufungsanträge:

des Gesuchstellers und Berufungsklägers:

"Es sei die Verfügung des Bezirksgerichts Horgen vom 28. Mai 2014 aufzuheben und es sei die Verfügung des Bezirksgerichts Horgen vom 29. April 2009 bzw. vom 16. November 2006 abzuändern und der Gesuchsteller zu verpflichten, der Gesuchstellerin ab 11. Oktober 2013 einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von Fr. 1'300.– zu bezahlen, zahlbar im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats.

Es sei dem Berufungskläger auch für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und ihm der Unterzeichnete als unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt) zu Lasten der Berufungsbeklagten."

(Urk. 1 S. 2)

der Gesuchstellerin und Berufungsbeklagten:

"Die Berufung sei abzuweisen und die Verfügung des Einzelgerichts am Bezirksgericht Horgen vom 28.5.2014 sei zu bestätigen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MWST) zu Lasten des Berufungsklägers."

(Urk. 12 S. 2)

Erwägungen:

1. Prozessgeschichte

a) Die Parteien heirateten am 21. August 1990. Aus der Ehe gingen zwei, mittlerweile mündige Kinder hervor, C.____, geboren am tt.mm.1990, und D.____, geboren am tt.mm.1993. Am 1. April 2009 reichten sie dem Bezirksgericht Horgen ein gemeinsames Scheidungsbegehren ein (Urk. 6/1/1+2). Dem Scheidungsprozess ging ein Eheschutzverfahren vor dem Bezirksgericht Horgen voraus, welches mit Verfügung der Einzelrichterin im summarischen Verfahren vom 16. November 2006 abgeschlossen wurde (Urk. 6/4-A/27, Akten Bezirksgericht Horgen Prozess-Nr. EE060043). Soweit vorliegend bedeutsam, wurde der Gesuchsteller und Berufungskläger (fortan Gesuchsteller) verpflichtet, je Fr. 1'500.– pro Monat zuzüglich allfällige Kinderzulagen an den Unterhalt der beiden Kinder sowie Fr. 6'560.– an diejenigen der Gesuchstellerin und Berufungsbeklagten (nachfolgend Gesuchstellerin) persönlich zu bezahlen (Urk. 6/4-A/27, S. 17 Dispositiv-Ziffern 4 und 5). Mit Beschluss vom 17. April 2007 trat die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich auf einen vom Gesuchsteller (persönlich) dagegen eingereichten Rekurs nicht ein (Urk. 6/4-A/35;

Akten Bezirksgericht Horgen Prozess-Nr. EE060043). Am 1. Oktober 2008 verlangte der Gesuchsteller beim Bezirksgericht Horgen erstmals die Reduktion der eheschutzrichterlich festgelegten Unterhaltsbeiträge (Urk. 6/4-B/1). Gemäss Verfügung vom 29. April 2009 änderte der Einzelrichter im summarischen Verfahren den Eheschutzentscheid mit Wirkung ab 29. September 2008 dahingehend ab, als der Gesuchsteller nur noch für die damals noch nicht mündige Tochter D._____ einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von Fr. 1'500.– zuzüglich allfälliger Kinderzulagen zu bezahlen hatte, nicht mehr aber an den mündigen Sohn C._____. Im Übrigen wurde das Abänderungsbegehren des Gesuchstellers abgewiesen (Urk. 6/4-B/29, S. 8 Dispositiv-Ziffer 1). Einen dagegen erhobenen Rekurs des Gesuchstellers wies das Obergericht des Kantons Zürich (I. Zivilkammer) mit Beschluss vom 5. März 2010 ab (Urk. 6/4-B/40). Mit Eingabe vom 17. März 2010 ersuchte der Gesuchsteller die Vorinstanz erneut um Neufestsetzung der Unterhaltspflichten gegenüber der Gesuchstellerin und dem noch nicht mündigen Kind D._____ (Urk. 6/57). Mit Urteil (recte: Verfügung [vgl. § 155 GVG/ZH in Verbindung mit Art. 404 Abs. 1 ZPO]) vom 18. Juli 2011 hiess die Vorinstanz das Abänderungsbegehren teilweise gut und reduzierte den persönlichen Unterhaltsbeitrag für die Gesuchstellerin rückwirkend auf den 1. April 2009 auf monatlich Fr. 4'900.–. Der Unterhaltsbeitrag für die Tochter D._____ blieb demgegenüber unverändert (Urk. 6/159). In Gutheissung der Berufung der Gesuchstellerin wurde dieses Urteil mit Entscheid der I. Zivilkammer des Obergerichts vom 12. Februar 2013 aufgehoben und das Abänderungsbegehren abgewiesen (Urk. 6/228, S. 20 Dispositivziffern 1 und 2).

Mit Eingabe vom 8. Oktober 2013, eingegangen am 11. Oktober 2013, ersuchte der Gesuchsteller vor Vorinstanz aufs Neue um Abänderung bzw. Reduktion der Unterhaltsbeiträge für die Gesuchstellerin persönlich auf Fr. 1'300.– monatlich (Urk. 6/293). Der weitere Prozessverlauf kann dem angefochtenen Entscheid (Urk. 2 S. 3) entnommen werden.

Mit Verfügung vom 28. Mai 2014 wies der Vorderrichter das Begehren des Gesuchstellers um Abänderung der mit eheschutzrichterlichen Verfügung der Einzelrichterin im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Horgen vom

16. November 2006 zugesprochenen Unterhaltsbeiträge für die Gesuchstellerin persönlich ab (Urk. 2 S. 20, Dispositivziffer 1).

b) Dagegen liess der Gesuchsteller mit Zuschrift vom 12. Juni 2014 rechtzeitig (vgl. Urk. 6/332/2) Berufung erheben mit den eingangs erwähnten Anträgen (Urk. 1). Gemäss Eingabe vom 20. Juni 2014 liess die Gesuchstellerin sodann die Verpflichtung des Gesuchstellers zur Leistung einer Sicherheit für eine allfällige Parteientschädigung beantragen (Urk. 7; Urk. 9/1-6). Dieser Antrag auf Sicherheitsleistung wies die Kammerpräsidentin mit Verfügung vom 3. Juli 2014 jedoch ab (Urk. 10). Mit Verfügung vom 16. Juli 2014 wurde der Gesuchstellerin Frist zur Erstattung der Berufungsantwort anberaumt (Urk. 11). Die Berufung wurde sodann von der Gesuchstellerin innert Frist mit Eingabe vom 8. August 2014 mit den eingangs zitierten Anträgen beantwortet (Urk. 12). Die Berufungsantwort wurde der Gegenseite samt Beilagen (Urk. 14/1-4) mit Verfügung vom 26. August 2014 zur Kenntnis gebracht (Urk. 15). Das Verfahren erweist sich nunmehr als spruchreif.

2. Prozessuales

a) Am 1. Januar 2011 ist die Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 in Kraft getreten (Zivilprozessordnung [ZPO]; SR 272). Gemäss deren Übergangsbestimmungen untersteht das Rechtsmittelverfahren vor Obergericht der Schweizerischen Zivilprozessordnung (vgl. Art. 404 ZPO und Art. 405 Abs. 1 ZPO). Die Vorinstanz hatte dagegen noch die Bestimmungen der zürcherischen Zivilprozessordnung vom 13. Juni 1976 (ZPO/ZH) und des zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetzes vom 13. Juni 1976 (GVG/ZH) sowie die Verfahrensvorschriften von Art. 135 bis 149 ZGB in der bis 31. Dezember 2010 gültigen Fassung anzuwenden (Urk. 2 S. 3). Soweit im Berufungsverfahren Rügen verfahrensrechtlicher Natur erhoben werden, ist zu deren Beurteilung ebenso das bisherige Prozessrecht heranzuziehen.

b) Im Streit liegen einzig die der Gesuchstellerin persönlich geschuldeten Unterhaltsbeiträge. Es gilt daher die eingeschränkte Untersuchungsmaxime (Art. 272 ZPO). Das Gericht hat im Geltungsbereich des Eheschutzverfahrens den

Sachverhalt nicht von Amtes wegen zu erforschen, sondern lediglich festzustellen (vgl. Art. 272 ZPO). Der Grundsatz dient hier demnach weniger dem an einer umfassenden Wahrheitsfindung gerichteten öffentlichen Interesse, sondern der Unterstützung der schwächeren Partei. Man spricht hier auch von der sozialen Untersuchungsmaxime. Es geht primär um den Ausgleich eines Machtgefälles zwischen den Parteien. Daraus folgt, dass sich das Gericht bei zwei anwaltlich vertretenen Parteien bei der Feststellung des Sachverhalts wie im ordentlichen Prozess zurückzuhalten hat (Sutter-Somm/Vontobel, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm., 2. A., Zürich Basel Genf 2013, N 12 und 14 zu Art. 272 mit weiteren Hinweisen).

c) Im Berufungsverfahren können neue Tatsachen nur noch berücksichtigt werden, wenn diese ohne Verzug vorgebracht wurden und wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO).

3. Abänderung Unterhaltsbeiträge

3.1. Wie bereits der Vorderrichter richtig darlegte, trifft das Gericht bei Rechtshängigkeit der Scheidung für die Dauer des Verfahrens die nötigen vorsorglichen Massnahmen. Dabei sind die Normen über den Eheschutz sinngemäss anzuwenden (Urk. 2 S. 5 f. mit Hinweisen). Verändern sich die Verhältnisse, so passt das Gericht auf Begehren eines Ehegatten die Massnahmen an oder hebt sie auf, wenn deren Grund weggefallen ist (Art. 179 Abs. 1 ZGB). Erforderlich ist eine erhebliche und dauernde Veränderung der Entscheidungsgrundlagen, welche bereits im Zeitpunkt der Einreichung des Begehrens stabil sein sollte. Wenn die Abänderung auch oftmals auf einer nachträglichen Änderung der Umstände beruht, ist sie indessen ebenso möglich, wenn sich herausstellt, dass das Eheschutzgericht irrtümlich von falschen tatsächlichen Annahmen ausgegangen ist, sodass die erlassenen Massnahmen bereits anfänglich ohne Rechtfertigung waren (Bachmann, Die Regelung des Getrenntlebens nach Art. 176 und 179 ZGB sowie nach zürcherischem

Verfahrensrecht, Diss. St. Gallen 1995, S. 226, 230; Hausheer/Spycher/Kocher/Brunner, Handbuch des Unterhaltsrechts, 2. A., Bern 2010, N. 9.95; BK-Hausheer/Reusser/Geiser, N 10 zu Art. 179). Die Wesentlichkeit der Veränderung lässt sich nicht mit Zahlen angeben, denn je nach den im Einzelfall vorliegenden finanziellen Verhältnissen und der Höhe des bisherigen Unterhaltsbeitrages kann ein und dieselbe Summe grössere oder kleinere Auswirkungen auf die Lebenshaltung der Betroffenen haben. Allerdings besteht eine gewisse Tendenz, bei Veränderungen um 10 % und mehr die Erheblichkeit regelmässig zu bejahen (Hausheer/Spycher/Kocher/Brunner, a.a.O., N. 09.128). Überdies berechtigt nur eine Veränderung, welche der Schuldner nicht freiwillig herbeigeführt hat, zu einer Abänderung der Eheschutzmassnahmen, da ihm andernfalls zuzumuten ist, die Reduktion des Einkommens selber zu tragen und sie nicht auf den Unterhaltsberechtigten abzuwälzen (Hausheer/Spycher/Kocher/Brunner, a.a.O., N. 09.131 ff.; BK-Hausheer/Reusser/Geiser, N. 10 zu Art. 179 ZGB). Wirksam wird die Abänderung grundsätzlich frühestens auf den Zeitpunkt der Gesuchseinreichung (BK-Hausheer/Reusser/Geiser, N. 14 zu Art. 179 ZGB). Die Last des Glaubhaftmachens einer massgeblichen Veränderung trägt die gesuchstellende Partei.

3.2. Abänderungsobjekt ist vorliegend der (ursprüngliche) Eheschutzentscheid vom 16. November 2006, wonach der Gesuchsteller unter anderem zur Leistung von monatlichen Unterhaltsbeiträgen an die Gesuchstellerin persönlich über Fr. 6'560.– verpflichtet wurde (Urk. 6/4-A/27). Weil seither, wie dargetan, mehrere Abänderungsbegehren gestellt und letztlich, was die Reduktion der persönlichen Unterhaltsbeiträge anbelangt, abgewiesen wurden, bilden, wie dies auch die Vorinstanz richtig gesehen hat (Urk. 2 S. 6), die Feststellungen zu den finanziellen Verhältnissen gemäss dem letzten Entscheid der I. Zivilkammer des Obergerichts vom 12. Februar 2013 (Urk. 6/228) Basis für die Beurteilung, ob sich die massgeblichen Eckdaten der Parteien - Einkommen und Bedarfe - wesentlich und dauerhaft verändert haben.

3.3. Die Vorinstanz gelangte zusammengefasst zum Schluss, dass zwar das reale Einkommen des Gesuchstellers aus seiner Geschäftsführungstätigkeit für die E._____ GmbH trotz Aufrechnung diverser Privatbezüge gegenüber dem massgeblichen Einkommen von monatlich Fr. 15'800.– gemäss dem obergerichtlichen Entscheid vom 12. Februar 2013 (Fr. 14'800.– Einkommen E._____ GmbH zuzüglich mindestens Fr. 1'000.– netto Liegenschaftserträge; Urk. 6/228 S. 13 f.) auf Fr. 8'213.55 (einschliesslich Fr. 1'500.– monatliche Liegenschaftserträge) und damit wesentlich gesunken sei (Urk. 2 S. 15). Jedoch sei davon auszugehen, dass es dem Gesuchsteller bei entsprechenden Anstrengungen möglich wäre, aus Erwerbstätigkeit ein (hypothetisches) Monatseinkommen von mindestens Fr. 8'500.– netto zu erzielen. Obschon der Gesuchsteller von der gerichtlichen Einschätzung gemäss Entscheid vom 18. Juli 2011 Kenntnis gehabt habe, wonach davon ausgegangen werden könne, dass es ihm möglich sei, als erfolgreicher Verkäufer mit jahrelanger Berufserfahrung im Provisionsbereich bei entsprechenden Anstrengungen ein Erwerbseinkommen von rund Fr. 8'500.– bis Fr. 9'000.– pro Monat zu generieren (act. 6/159 S. 14), habe er bis heute keine Unterlagen eingereicht, welche eine intensive Suche nach einer entsprechenden Arbeitsstelle belegen würden. Vielmehr habe er sich offenbar damit begnügt, sein Einkommen weiterhin nur aus der Geschäftstätigkeit der E._____ GmbH zu erzielen. Mit Blick auf die Beschreibung eines normalen Arbeitsalltages habe der Gesuchsteller indessen nicht glaubhaft machen können, dass er mit der Betreuung seiner vier Kunden voll ausgelastet sei, mithin zu einem Vollpensum für die E._____ GmbH arbeite. Vielmehr sei davon auszugehen, dass er durchaus noch freie Kapazitäten habe, sodass er beispielsweise noch einer Nebenbeschäftigung nachgehen und somit zusätzliches Einkommen erwirtschaften könnte (Urk. 2 S. 18 f. mit Hinweisen). Insgesamt rechnete die erste Instanz dem Gesuchsteller ein Monatseinkommen von mindestens Fr. 10'000.– an (Fr. 8'500.– hypothetisches Einkommen zuzüglich Fr. 1'500.– monatliche Mieteinnahmen aus der gemeinsamen Liegenschaft in F._____). Nach Abzug seines monatlichen Existenzminimums von Fr. 3'067.– verbleibe ihm ein Überschuss von Fr. 6'933.–. Vor diesem Hintergrund sei es dem Gesuchsteller trotz veränderter Einkommensverhältnisse möglich, der

Gesuchstellerin die mit Entscheid vom 16. November 2006 ursprünglich festgesetzten persönlichen Unterhaltsbeiträge in der Höhe von Fr. 6'560.– zu bezahlen. Wesentliche Veränderungen im Bedarf der Gesuchstellerin seien vorliegend nicht geltend gemacht worden und die ursprünglich festgelegten Unterhaltsbeiträge in der Höhe von Fr. 6'560.– erschienen zur Deckung des gebührenden Bedarfs der Gesuchstellerin auch weiterhin angemessen. Folglich sei das Begehren des Gesuchstellers um Abänderung der vorsorglichen Massnahmen abzuweisen (Urk. 2 S. 19).

3.4. Im Rahmen seiner Berufung rügt der Gesuchsteller, die Vorinstanz habe zwar seinen Bedarf neu berechnet, jenen der Gesuchstellerin jedoch, trotz ihrer klaren Angaben, nicht geprüft. Auch das aktenkundige Einkommen der Gesuchstellerin sei unberücksichtigt gelassen worden. Sämtliche von der Vorinstanz beanstandeten Ausgaben der GmbH seien durchaus geschäftsbedingt und entsprechend nicht als Einkommen aufzurechnen. Zusammen mit den Mietzinserträgen in der Höhe von monatlich Fr. 1'500.– aus der Liegenschaft F._____ erziele er ein jährliches Einkommen von lediglich rund Fr. 57'000.–. Sodann werde bei ihm willkürlich von einem höheren hypothetischen Einkommen ausgegangen. Er sei nunmehr 57-jährig und habe stets als Vertreter gearbeitet. Dabei sei er immer - wenn auch in den letzten Jahren im Gewande einer juristischen Person - letztlich selbstständig Erwerbender gewesen. Damit dürfte gerichtsnotorisch sein, dass es für ihn, angesichts seines Alters, seiner bisherigen Tätigkeit und seiner nicht vorhandenen Arbeitszeugnisse unmöglich sei, im Angestelltenverhältnis eine Beschäftigung zu finden. Die Vorinstanz vermöge ihre wiederholte Behauptung, wonach es ihm als (angeblich) erfolgreichem Verkäufer mit jahrelanger Berufserfahrung im Provisionsbereich bei entsprechenden Anstrengungen möglich sei, ein Erwerbseinkommen von rund Fr. 8'500.– bis Fr. 9'000.– pro Monat zu erzielen, nicht näher zu begründen oder zu belegen. Er habe nach dem Konkurs seines Hauptlieferanten mehrfach versucht, als Angestellter eine Erwerbsstelle zu erhalten. Schon bald habe er jedoch einsehen müssen, dass solches ein Ding der Unmöglichkeit sei. Er habe sich daher entschieden, es nochmals auf eigene Faust zu versuchen. Über eine erhebliche Durststrecke sei es ihm in den letzten Jahren gelungen, wieder ein bescheidenes

Einkommen zu erzielen. Wie die Vorinstanz nach der Schilderung eines Arbeitstages zum Schluss gelangen könne, er schöpfe seine Arbeitskraft nicht aus, bleibe unerfindlich. Von einer freiwilligen Verminderung des Einkommens sei jedoch selbst die erste Instanz nicht ausgegangen. Seine Bemühungen, wieder ein Einkommen zu erzielen, seien mit den Geschäftsabschlüssen der vergangenen drei Jahre hinreichend belegt. Er habe gezeigt, dass er alles unternehme, um in seiner angestammten Tätigkeit wieder ein Einkommen zu generieren. Abgesehen davon sei der vorinstanzliche Entscheid vom 18. Juli 2011 kassiert worden und die Frage nach einem hypothetischen Einkommen habe sich gar nicht mehr gestellt. Dass er über vier Kunden verfüge, lasse natürlich noch keine Rückschlüsse auf ein mögliches hypothetisches Einkommen zu, zumal er ja angegeben habe, dass ein grosser Teil seiner derzeitigen Arbeit in der Abgabe von Offerten an potentielle neue Kunden bestehe (Urk. 1 S. 3 ff.).

3.5. Demgegenüber lässt die Gesuchstellerin vorbringen, bis zum obergerichtlichen Urteil vom 12. Februar 2013 habe sich der Gesuchsteller jahrelang hartnäckig geweigert, den Gerichten glaubwürdige Auskunft über seine Einkommenssituation und seine diesbezüglichen Bemühungen zu geben und entsprechende Belege (insbesondere Geschäftsabschlüsse und Konti betreffend die E._____ GmbH) einzureichen. Nach dem besagten Urteil habe er sich "etwas weniger bedeckt" gegeben und Unterlagen über ein Teilarbeitspensum ab dem Jahr 2012 eingereicht. Weil der Gesuchsteller hunderttausende von Franken an gerichtlich festgelegten und mehrfach bestätigten Unterhaltsbeiträgen nicht ausbezahlt habe, hätte sich die Gesuchstellerin in ihrem Lebensstandard noch mehr einschränken müssen, wenn sie nicht von Dritten unterstützt worden wäre. Jetzt fordere der Gesuchsteller aufgrund der von ihm erwirkten Aushungerung eine Reduktion des Unterhaltsbeitrages, weil sie ja mit weniger auskomme. Seit 2008 habe er keine Unterhaltsbeiträge mehr bezahlt, ausgenommen den durch das Betreibungsamt zu Gunsten der Gesuchstellerin erhobenen Mietzinsanteil. Sie habe jedoch nach wie vor Anspruch auf Beibehaltung des bisherigen Lebensstandards, wenn dieser, wie vorliegend, finanzierbar sei. Die vorinstanzlichen Hinzurechnungen, namentlich Gewinn, geschäftsfremde Auslagen vor allem für das Auto, Provision an G._____ und die Rückzahlung des

Darlehens an die Mutter als Einkommen, seien allesamt korrekt erfolgt. Sodann hätten die Gerichte dem Gesuchsteller schon vor Jahren nahegelegt, sich ernsthaft um eine Anstellung zu bemühen. Seriöse und anhaltende solche Bemühungen habe der Gesuchsteller bisher in all den Jahre dauernden Prozessen nie konkret behauptet und belegt, insbesondere auch nicht nach der Krise um die H._____. Die von ihm behaupteten Offertenabgaben an potentielle neue Kunden habe der Gesuchsteller nie belegt. Dem Gesuchsteller sei anzurechnen, auf welchem Einkommensstand er heute bei stetem, zumutbarem Bemühen um ein Erwerbseinkommen wäre. Dies seien die von der Vorinstanz angenommenen Fr. 10'000.– pro Monat. Der Gesuchsteller gebe sich zwar nicht mehr ganz so bedeckt wie früher, aber eben immer noch stark bedeckt. Es werde jedenfalls davon ausgegangen, dass er mehr verdiene, als er vorgebe. Es sei schlicht unvorstellbar, dass er mit vier Kunden ein Vollpensum leiste. Der Gesuchsteller habe es unterlassen darzulegen, dass er trotz vollem Einsatz kein höheres Einkommen erzielen könne. Er behaupte und belege nicht rechtsgenügend, dass er mit bestem Willen und dem zumutbaren Einsatz über all die Jahre hinweg (schon vor 2012, nämlich seit Aufnahme des Getrenntlebens) nicht hätte in der Lage gewesen sein sollen, ein höheres als das von ihm heute angegebene Einkommen zu erzielen. Ein Abänderungsgrund liege damit nicht vor. Die Gesuchstellerin selbst erziele kein eigenes Einkommen. Wenn man, wie die erste Instanz, dem Gesuchsteller den ganzen Nettomietzins ertrag als Einkommen anrechne, so könne man nicht die Hälfte davon auch noch der Gesuchstellerin als Einkommen anrechnen (Urk. 12 S. 2 f., 6 ff.).

3.6. a) Die erste Instanz berechnete, wie gesehen, einen tatsächlichen aktuellen monatlichen Verdienst des Gesuchstellers aus seiner Geschäftstätigkeit für die E._____ GmbH von lediglich Fr. 6'713.55 (Fr. 39'038.– selbst ausbezahlter Lohn zuzüglich Fr. 11'390.45 nicht ausgeschütteter Gewinn, Fr. 5'030.75 und Fr. 2'290.80 geschäftsfremde Auslagen, Fr. 2'812.80 Vermittlungstätigkeit G._____ für die Tochter sowie Fr. 20'000.– Darlehensrückzahlung an die Mutter: Urk. 2 S. 12 ff.). Selbst wenn mithin sämtliche erstinstanzlich vorgenommenen, vom Gesuchsteller im Wesentlichen bestrittenen (geschäftsfremden) Aufrechnungen vorzunehmen wären, hätte sich das *tatsächliche* Einkommen des

Gesuchstellers gegenüber seinem massgeblichen früheren Einkommen aus seiner Tätigkeit für die E._____ GmbH von Fr. 14'800.– (Urk. 6/228 S. 14; Urk. 2 S. 15) wesentlich und dauerhaft vermindert. Es kommt daher so oder anders nunmehr die Rechtsfigur des hypothetischen Einkommens zum Zuge, weshalb dahingestellt bleiben kann, ob die erstinstanzlichen Aufrechnungen allesamt zu Recht erfolgten. Ihre Behauptung, wonach der Gesuchsteller (immer noch) mehr verdiene, als er vorgebe, bzw. er seinen Verdienst nach wie vor nicht gänzlich dokumentiere, vermochte die Gesuchstellerin jedenfalls im vorliegenden summarischen Massnahmenverfahren nicht (mehr) näher zu substantiieren. Auch vor diesem Hintergrund kann und muss die Höhe des aktuellen tatsächlichen Einkommens des Gesuchstellers vorliegend offen bleiben.

b) Die erste Instanz bezifferte das mögliche und zumutbare *hypothetische* Einkommen des Gesuchstellers mit Fr. 8'500.– bis Fr. 9'000.– (netto) monatlich, zumal der Gesuchsteller ein erfolgreicher Verkäufer mit jahrelanger Berufserfahrung im Provisionsbereich sei. Vergebliche intensive Suchbemühungen nach einer entsprechenden Arbeitsstelle habe der (beweisbelastete) Gesuchsteller nicht belegt (Urk. 2 S. 18; Urk. 6/159 S. 14). Der Gesuchsteller erachtet solches, wie erwogen, im Wesentlichen für nicht möglich und willkürlich.

Das Rechtsinstitut des hypothetischen Einkommens wurde durch höchstrichterliche Praxis begründet (BGE 128 III 4 E. 4a). Bestehen familiäre Unterhaltsverpflichtungen, muss der Unterhaltsverpflichtete das ihm Zumutbare unternehmen, um seinen Unterhaltspflichten nachzukommen (BGE 137 III 118 E. 3.1). In diesem Umfang ist der Unterhaltsverpflichtete in seiner Lebensgestaltung eingeschränkt. Kann ein Unterhaltsverpflichteter aufgrund eines zu tiefen Einkommens seinen finanziellen Verpflichtungen nicht nachkommen, gilt es in sämtlichen Familiensachen zu prüfen, ob dem Verpflichteten ein hypothetisches Einkommen anzurechnen ist (BGE 128 III 4 E. 4a). Dem Verpflichteten wird dabei auferlegt, dasjenige Einkommen zu erzielen, welches mit zumutbarem Aufwand und gutem Willen tatsächlich erzielt werden kann. Mit der Anrechnung eines hypothetischen Einkommens wird kein Strafzweck verfolgt, vielmehr geht es

darum, die wirtschaftliche Existenz der Unterhaltsberechtigten sicherzustellen und die Lasten des Familienunterhalts gerecht zu verteilen. Dazu ist die Rechtsfrage zu beantworten, ob dem Gesuchsteller zuzumuten ist, ein höheres als das tatsächlich erzielte Einkommen zu erwirtschaften. Gegebenenfalls ist dann die Höhe dieses Einkommens zu bestimmen. Schliesslich ist zu klären, ob dieses Einkommen tatsächlich erzielbar ist. Dabei ist auf entsprechende Tatsachenfeststellungen oder die allgemeine Lebenserfahrung abzustellen (BGE 128 III 4 E. 4a ff.). Gemäss der höchstrichterlichen Rechtsprechung können bei der Beantwortung dieser Fragen statistische Daten angewendet werden. Diese müssen aber in so differenzierter Form vorliegen, dass die individuellen Umstände wie Alter, Ausbildung, bisherige Berufserfahrung, Wohnort etc. des Unterhaltsverpflichteten berücksichtigt werden können (BGE 137 III 118 E. 3.2).

Der Gesuchsgegner hat eine dreijährige kaufmännische Lehre absolviert und bezeichnet sich entsprechend als Kaufmann. Während zweier Jahre besuchte er zudem die "I._____" in Zürich. Für zwei Jahre war er als Verkaufsleiter Schweiz für eine internationale Kurierfirma tätig. Wiederum für zwei Jahre war er als stellvertretender Geschäftsführer für eine Unternehmensberatungsfirma in Zürich tätig. Weiter gründete und führte er die A.____ Handelsagentur. Von 1988 bis 1995 war er Geschäftsführer der von ihm gegründeten J.____ AG mit Sitz in Dabei vertrieb er europaweit Textilien an Grosshändler sowie Einkaufsgruppen. Es folgte bis 2003 eine Anstellung bei der K.____ ... (USA), einem weltweit führenden Hersteller von Maschinen/Geräten für den Garten- und Heimwerkerbereich, wo er als "European Sales Manager" angestellt war. 2003 gründete er die E.____ GmbH, welche ihm alleine gehört. Seit 1994, mithin seit nunmehr 20 Jahren, ist der Gesuchsteller im Vertrieb von Maschinen/Geräten (Rasenmäher, Kleintraktore, Motoren etc.) für den Garten- und Heimwerkerbereich tätig. Er verfügt namentlich über eine langjährige, grosse Erfahrung im internationalen Verkauf und beherrscht Deutsch, Französisch und Englisch. Der Gesuchsteller hat sich selbst beispielsweise als "Head Sales North Eastern Europe", "East Central Europe Sales Manager", "International account manager", "Marketing Manager", "area sales manager schweiz", "Sales Manager", "Sales Manager Middle East & Africa", "Sales & Marketing Manager

D/A/CH" etc. beworben (vgl. zum Ganzen: CV [Urk. 6/203/5]; Urk. 6/1/2; Prot. I S. 16, 18 f., 114; Urk. 6/87/15; Urk. 6/190 S. 3; Urk. 6/191/6; Urk. 6/201 S. 6 ff.).

Zur konkreten Festsetzung eines hypothetischen Einkommens kann auf die Lohnstrukturerhebungen (LSE) des Bundesamtes für Statistik, Region Zürich (www.lohnrechner.bfs.admin.ch [Salarium]) oder auf das jährlich erscheinende Lohnbuch des Amtes für Wirtschaft und Arbeit des Kantons Zürich (Mülhauser, Das Lohnbuch, Mindestlöhne sowie orts- und berufsübliche Löhne in der Schweiz, 5. A., Zürich 2014) abgestellt werden. Die erste Instanz ging, wie dargetan, von einem möglichen Einkommen von jedenfalls Fr. 8'500.– netto pro Monat aus.

Das Lohnbuch gibt vorliegend für den spezifischen Tätigkeitsbereich des Gesuchstellers (internationaler Grosshandel mit Maschinen im Garten- und Heimwerkbereich) nicht allzu viel her (vgl. folgende vergleichbare monatliche Bruttoverdienste: Handelsreisender: Fr. 6'630.– einschliesslich üblicher 13. Monatslohn, S. 243; Aussendienstmitarbeiter Versicherung: Fr. 6'120.– ohne nicht üblicher 13. Monatslohn, einschliesslich Provisionen, S. 386; Mitarbeiter Verkauf Aussendienst in der Werbebranche: Fr. 8'525.– einschliesslich 13. Monatslohn und Verkauf Client Service: Fr. 10'015.–, S. 428).

Beim Salarium (www.lohnrechner.bfs.admin.ch) müssen im Internet mindestens 6 obligatorische von 14 Kriterien angegeben werden. Weitere Angaben sind freiwillig. Wenn keine Kategorie ausgewählt wird, verwendet Salarium den häufigsten Wert, der in der Erhebung für diese Branche beobachtet wurde.

Konkret ist von folgenden Kriterien auszugehen:

| | |
|------------------------|--|
| Branche: | 46. Grosshandel |
| Region: | Zürich (ZH) |
| Tätigkeit: | 27. Verkauf von Konsumgütern u. Dienstleistungen im Detailhandel |
| Anforderungsniveau: | Selbständige und qualifizierte Arbeiten |
| Stellung: | Unteres Kader |
| Arbeitszeit (Stunden): | 42 |
| Ausbildung: | Abgeschlossene Berufsausbildung |

| | |
|-----------------------|---|
| Alter: | 56 (bei Stellung Abänderungsbegehren, Oktober 2013) |
| Dienstjahre: | 20 |
| Unternehmensgrösse: | 50 und mehr Beschäftigte (häufigster Wert Salarium) |
| Aufenthaltsstatus: | Schweiz |
| Auszahlung: | 13 Monatslöhne (häufigster Wert Salarium) |
| Sonderzahlungen: | Nein (häufigster Wert Salarium) |
| Stunden / Monatslohn: | Monatslohn |

Bei Anwendung dieser Kriterien, resultiert ein Medianbruttolohn von Fr. 7'808.–. Die eigenen Angaben zufolge "excellenten" Fremdsprachenkenntnisse des Gesuchstellers (vgl. Deutsch, Englisch, Französisch, Urk. 6/87/15 Sammelbeilage) sowie seine langjährige Erfahrung im internationalen Verkauf (Prot. I S. 39) führen indessen zu einer merklichen Erhöhung dieses medialen Bruttoverdienstes. Laut Salarium verdienen denn auch 25 % der Beschäftigten mehr als diesen Medianbruttolohn, nämlich Fr. 8'812.– brutto. Der Umstand, dass der Gesuchsteller jahrelang faktisch selbstständig erwerbstätig war, wenn auch im Gewand der von ihm beherrschten GmbH, ist demgegenüber mit Blick auf seine Verkaufstätigkeit auf Provisionsbasis zu relativieren. So kann es sich der im Provisionsbereich versierte Gesuchsteller durchaus leisten, sich zu einem tieferen Fixum anstellen zu lassen, was wiederum die Anstellungschancen erhöht. Zudem könnte er ohne weiteres belegen, dass er mit seinen alleine geführten Firmen jeweils durchaus erfolgreich war. Während erfahrene Arbeitskräfte um die 50 Jahre tendenziell, jedenfalls im Bereich nicht körperlich anstrengender Berufe, zufolge ihrer grossen Berufserfahrung wieder mehr gefragt sind, dürfte sich das Alter des Gesuchstellers, der gegen 60 Jahre geht, bei der Stellensuche doch eher negativ auswirken. Weil die Höhe eines hypothetischen Einkommens zurückhaltend festgelegt werden muss, um so den jeder Voraussage und Schätzung innewohnenden Unabwägbarkeiten gerecht zu werden, erscheint das von der ersten Instanz angenommene hypothetische Einkommen von Fr. 8'500.– netto pro Monat insgesamt etwas zu hoch gegriffen. Realistisch ist vielmehr ein solches von Fr. 8'000.– netto pro Monat. Dass ihm die Erzielung eines solchen zumutbaren Einkommens nicht möglich sein sollte, hat der Gesuchsteller, den die Last der Glaubhaftmachung trifft, jedoch nicht hinreichend dargetan, geschweige denn belegt.

So liegen bei den Akten zunächst die vom Gesuchsteller selbst ausgefüllten Formulare zuhanden der Arbeitslosenkasse betreffend den Nachweis der persönlichen Arbeitssuchbemühungen von Januar 2010 bis und mit Mai 2010 (Urk. 6/87/13). Einerseits ist diese Selbstdeklaration ohne vollständige Beilage von Bewerbungs- und allfälligen Absageschreiben (solche wurden unter Urk. 6/87/15 nur vereinzelt beigebracht) nicht geeignet, hinreichende Suchbemühungen zu belegen, andererseits liegen die fraglichen Bemühungen lange zurück, betreffen eine relativ kurze Zeitspanne von bloss fünf Monaten und sind heute dementsprechend kaum mehr von Relevanz. Aktenkundig sind sodann Belege im Zusammenhang mit 19 Bewerbungsbemühungen des Gesuchstellers in der Zeitspanne vom 24. September 2008 bis 8. Juli 2010 in Form von E-Mail-Korrespondenz (Bewerbungen, Antwortschreiben und insbesondere sechs Absageschreiben; Urk. 6/87/15). Auch damit vermag der Gesuchsteller jedoch noch keine andauernde und intensive vergebliche Suchbemühungen darzutun, namentlich auch nicht betreffend die Jahre 2011, 2012 und 2013, als die Annahme eines hypothetischen Einkommens im Raum stand (vgl. Urk. 6/159 S. 14). Im Übrigen sind auch beim RAV pro Monat mindestens zehn vergebliche Suchbemühungen beizubringen. Obschon die Wirtschaftslage günstig ist und offene einschlägige Stellen vorhanden sind (vgl. z.B. jobs.ch, jobwinner.ch, jobscout.ch: "sales manager europe" etc.; auch Urk. 6/141/4), ist der Gesuchsteller weit entfernt davon, hinreichende vergebliche Suchbemühungen darzutun. Er vermag mithin nicht glaubhaft zu machen, dass er sich vergeblich intensiv um eine Anstellung bemühte, geschweige denn um eine solche, wo er mindestens monatlich Fr. 8'000.– respektive (gemäss Vorinstanz) Fr. 8'500.– hätte verdienen können bzw. verdienen könnte. Im Rahmen der Anhörung/Hauptverhandlung am 8. Juni 2009 liess der Gesuchsteller im Übrigen selbst deponieren, er habe bereits ein Stellenangebot gehabt, jedoch habe die Firma L._____ dann wegen Börsenverlusten einen Anstellungsstopp erlassen müssen (Prot. I S. 18). So aussichtslos, wie der (beweisbelastete) Gesuchsteller dies in pauschaler Weise dartun will (vgl. Urk. 6/293 S. 4; Urk. 1 S. 5 f.), präsentiert sich die Stellensuche als unselbstständig Erwerbender also nicht. Somit muss davon ausgegangen werden, der Gesuchsteller verzichte freiwillig -

und damit in vorliegend nicht beachtlicher Weise - auf ein tatsächlich mögliches und zumutbares Erwerbseinkommen von Fr. 8'000.- netto im Monat.

Ein solches hypothetisches Einkommen von Fr. 8'000.- netto monatlich ist dem Gesuchsteller ohne weiteres auch rückwirkend ab Stellung des Abänderungsbegehrens (11. Oktober 2013 [Urk. 6/293]) in Anrechnung zu bringen, zumal - mangels aktenkundiger intensiver Suchbemühungen - davon ausgegangen werden muss, dass der Gesuchsteller die möglichen Einnahmequellen bewusst nicht nutzte (vgl. bereits Urk. 6/159 S. 14). Dabei war die geforderte Umstellung in seinen Lebensverhältnissen und das Erfordernis eines vermehrten beruflichen Einsatzes für den Gesuchsteller längst klar vorhersehbar (vgl. dazu: FamPra.ch 2014 S. 302, 342 mit weiteren Hinweisen). So stellte der Gesuchsteller seit Oktober 2008 mehrere Abänderungsbegehren, weil sich sein Einkommen aus seiner Tätigkeit für die E._____ GmbH markant vermindert haben soll. Dabei wurde ihm explizit vor Augen geführt, dass (praxisgemäss) ein (mit Fr. 8'500.- bis Fr. 9'000.- netto beziffertes) hypothetisches Einkommen angerechnet werden könne (Urk. 6/159 S. 14; Urk. 3 S. 18). Dessen musste sich der anwaltlich vertretene Gesuchsteller mithin bewusst sein. Daran ändert auch nichts, wenn das Obergericht in seinem Entscheid vom 12. Februar 2013 dann letztlich nicht auf die Rechtsfigur des hypothetischen Einkommens zurückgreifen musste, weil der Gesuchsteller die Folgen der misslungenen Glaubhaftmachung einer Reduktion seines tatsächlichen Erwerbseinkommens selbst zu tragen hatte und daher auf dem früheren tatsächlichen Einkommen von rund Fr. 14'800.- pro Monat behaftet wurde (Urk. 6/228 S. 13). Dabei wurde denn auch erwogen, dass sich im Abänderungsverfahren die Frage nach einem hypothetischen Einkommen erst dann stellen würde, wenn zumindest die tatbeständlichen Grundlagen dafür erstellt seien, dass die in den vorangegangenen Prozessen erhobenen und der Unterhaltsregelung zugrunde gelegten Einkünfte nicht mehr erzielt würden (Urk. 6/228 S. 13). Genau solches war nach Ansicht des Gesuchstellers aber stets der Fall. Zudem deponierte er selbst, dass er, als die H._____ in Liquidation gegangen sei (ab 2008 f.), versucht habe, eine Anstellung zu finden (Prot. I S.

120). Allerdings jedoch, wie dargetan, nicht mit der erforderlichen Intensität, was er selber zu vertreten hat.

Aufgrund des Umstands allein, dass der Gesuchsteller (nur) vier Kunden betreut (je einen in Tschechien, Deutschland, Österreich und in der Schweiz, wobei der eine Importeur und die drei anderen Baumärkte seien; Prot. I S. 113 f.), kann zwar noch nicht darauf geschlossen werden, er arbeite bloss in einem Teilzeitpensum für die E._____ GmbH (vgl. Urk. 3 S. 19). Allerdings deponierte der Gesuchsteller selbst, die Kundenbasis sei zu dünn (Prot. I S. 118). Ein grosser Teil seiner Arbeit bestehe in der Abgabe von Offerten an potentielle Neukunden. Dazu nehme er auch an Ausschreibungen teil (Prot. I S. 117). Eigenen Angaben zufolge will er in den letzten vier Jahren zirka 50 bis 60 Offerten an potentielle Kunden gestellt haben (Prot. I S. 127 f.). Obschon es ihm möglich und zumutbar gewesen wäre, seine Behauptungen mit den Offerten zu untermauern, legte er solche nicht ins Recht. Es bestehen daher jedenfalls Zweifel, dass seine Angaben der Wahrheit entsprechen. Wie er das ihm anzurechnende hypothetische Einkommen erzielt, ob im Angestelltenverhältnis oder mit einer allfälligen Intensivierung seiner Arbeitstätigkeit für die E._____ GmbH oder einer Nebenbeschäftigung zu dieser Tätigkeit, bleibt jedoch ihm selbst überlassen, weshalb sich Weiterungen erübrigen.

Es ist unbestritten, dass die Parteien je zur Hälfte Miteigentümer der Liegenschaft in F._____ sind (Urk. 9/6 S. 3). Es ist daher angemessen, den Parteien die Nettoerträge aus der Vermietung je zur Hälfte als Einkommen anzurechnen. Davon abweichend wurden in den Entscheiden vom 16. November 2006

(Urk. 6/4-A/27 S. 9) und 29. April 2009 (Urk. 6/4-B/29 S. 5) die Mieterträge vollumfänglich als Einkommen des Gesuchstellers berücksichtigt (vgl. demgegenüber Urk. 6/4-B/40 S. 16-18, Beschluss der I. Zivilkammer vom 5. März 2010; vgl. auch Urk. 6/228 S. 14). Der hälftige Mietzinsanteil des Gesuchstellers ist - hauptsächlich für in Betreuung gesetzte ausstehende Unterhaltsverpflichtungen gegenüber der Gesuchstellerin - gepfändet. Die technische Verwaltung der Liegenschaft liegt beim Betreibungsamt. Dieses

kassiert die Mieterträge ein und schreibt den jeweils hälftigen Anteil an die Parteien gut, wobei der Anteil des Gesuchstellers als Pfändungssubstrat gilt (Urk. 9/6 S. 3 f.). Im Massnahmebegehren geht der Gesuchsteller davon aus, dass die gepfändeten Mietzinseinnahmen rund Fr. 1'500.– betragen und zu seinem Einkommen hinzuzurechnen seien. Die andere Hälfte erhalte die Gesuchstellerin (Urk. 6/293 S. 4; vgl. auch Urk. 6/309 S. 2; Urk. 1 S. 9). Dass sie die andere Hälfte erhalte, hat die Gesuchstellerin vor Vorinstanz nicht bestritten (Prot. I S. 104). Damit sind den Parteien je Fr. 1'500.– als Einkommen aus Liegenschaftserträgen anzurechnen.

Zusammengefasst ist somit von einem massgeblichen monatlichen Einkommen des Gesuchstellers von total Fr. 9'500.– netto auszugehen (Fr. 8'000.– hypothetisches Einkommen zuzüglich die hälftigen Mieteinnahmen aus der gemeinsamen Liegenschaft in F._____ in der Höhe von monatlich Fr. 1'500.–

[Urk. 2 S. 19]). Daran vermag der Umstand, dass der Miteigentumsanteil des Gesuchstellers gepfändet ist, nichts zu ändern. Solche vollstreckungsrechtlichen Angelegenheiten sind subsidiär zur Festsetzung der Unterhaltsbeiträge im Erkenntnisverfahren. Auch dass die Verwertung des Miteigentumsanteils des Gesuchstellers an dieser Liegenschaft durch das Betreibungsamt nunmehr offenbar in die Wege geleitet wurde (Urk. 9/2 S. 1 unten), ändert nichts, zumal bislang von keiner Seite behauptet wurde, diese Mieteinnahmen seien nunmehr tatsächlich weggefallen (Urk. 1 S. 9 und Urk. 12 S. 13).

Beim vorliegenden massgeblichen Gesamteinkommen des Gesuchstellers in der Höhe von Fr. 9'500.– monatlich liegt auf seiner Einkommenseite eine wesentliche und dauerhafte negative Veränderung der Verhältnisse vor (vgl. letzter massgeblicher monatlicher Verdienst von Fr. 15'800.– [Urk. 2 S. 15]). Gelangt man jedoch zum Schluss, dass ein Abänderungsgrund vorhanden ist, ist die gesamte Unterhaltsberechnung für beide Ehegatten neu durchzuführen, wobei immer die aktuellen Einkommen und Notbedarfspositionen einzusetzen sind. Eine Neuberechnung der Unterhaltsbeiträge muss erfolgen, da bei einer Änderung verschiedener Faktoren nicht von vorneherein feststeht, ob sich die

verschiedenen Änderungen gegenseitig aufheben (Bachmann, a.a.O., S. 227 mit weiteren Hinweisen).

c) Der Gesuchstellerin ist zwar nach wie vor kein eigenes Erwerbseinkommen anzurechnen, weil ein allfälliger Anspruch auf eine Invalidenrente nicht Thema des vorliegenden Massnahmenverfahrens ist (vgl. auch Urk. 2 S. 20 oben). Jedoch sind auch ihr die hälftigen monatlichen Nettomietserträge aus der Liegenschaft in F._____ im Umfang von Fr. 1'500.– als Einkommen anzurechnen (vgl. S. 18).

d) Der Vorderrichter ging von einem monatlichen Bedarf des Gesuchstellers von Fr. 3'067.– aus, indem er vom Bedarf über Fr. 3'717.20 - welchen der Gesuchsteller in Anlehnung an das vom Betreibungsamt festgesetzte Existenzminimum selbst geltend machte - die Unterhaltsleistungen an die mündige Tochter D._____ über Fr. 500.– sowie die geltend gemachten Kosten für auswärtige Verpflegung im Umfang von Fr. 150.– in Abzug brachte. Gegenüber den beiden mündigen Kindern D._____ und C._____ bestehe keine Unterhaltsverpflichtung mehr und die Kosten für auswärtige Verpflegung seien mit den diversen über die E._____ GmbH verbuchten Geschäftsessen bei weitem abgedeckt (Urk. 6/293 S. 3 f.; Prot. I S. 132; Urk. 6/294/16; Urk. 2 S. 17).

Der Gesuchsteller kritisiert zunächst die Nichtberücksichtigung des Betrages für auswärtige Verpflegung. Er hält dafür, der eingesetzte Betrag liege weit unter jenem gemäss Kreisschreiben des Obergerichts, zumal er gewisse Mahlzeiten auch zu Hause einnehme. Die separat ausgewiesenen Geschäftsessen hätten damit nichts zu tun. Diese dienten dem Kundenkontakt und seien denn auch Usanz im Vertretergeschäft (Urk. 1 S. 7). Die Gesuchstellerin hält am vorinstanzlichen Vorgehen fest, weil der Gesuchsteller von der Küche aus arbeite und die (sehr zahlreichen) Geschäftsessen bereits separat ausgewiesen seien (Urk. 12 S. 11).

Wird dem Gesuchsteller, wie vorliegend, ein hypothetisches Einkommen aus unselbstständiger Erwerbstätigkeit angerechnet, so sind ihm selbstredend auch die notorischen Berufsauslagen, welche er nicht mehr über seine Firma abrechnen kann, in Anschlag zu bringen. Für Mehrauslagen auswärtige Verpflegung wären das bei einem Vollpensum Fr. 220.– (vgl. Ziffer III.3.2 des Kreisschreibens der Verwaltungskommission des Obergerichts betreffend Richtlinien für die Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums vom 16. September 2009 und ZR 84 Nr. 68). Fr. 88.– für das Abonnement ZVV Zone 10 wurden bereits berücksichtigt (Urk. 2 S. 17), womit Fahrten zum Arbeitsplatz abgedeckt sind. Etwas anderes brachte der Gesuchsteller (für den Eventualfall) jedenfalls nicht vor. Der geltend gemachte Unterstützungsbeitrag von monatlich Fr. 500.– für die gemeinsame Tochter D._____ wurde von der ersten Instanz richtigerweise nicht angerechnet. Die Tochter ist mündig und hat ihre Erstausbildung (KV) unbestrittenermassen bereits abgeschlossen (Urk. 1 S. 7). Ein Mündigenunterhalt (Art. 277 ZGB) ist daher praxisgemäss grundsätzlich nicht mehr geschuldet. Die nachsubstantiierte Behauptung des Gesuchstellers im Berufungsverfahren, wonach die Tochter zwar über eine abgeschlossene KV-Lehre verfüge, es jedoch von Anfang an klar gewesen sei, dass ihr Berufsziel damit noch nicht erreicht worden sei und sie heute Dank eines Stipendiums am College in den USA "Business and Administration" studiere (Urk. 1 S. 7), ist in dieser Form neu, hätte jedoch bereits vor Vorinstanz vorgebracht werden können und müssen (Art. 317 Abs. 1 ZPO; Urk. 6/293 S. 4 f.; Urk. 6/309; Prot. I S. 122 f., 132; vor VI wurde lediglich gesagt, die Tochter sei noch in Ausbildung). Heute erfolgt solches jedenfalls verspätet. Allerdings würden die der Gesuchstellerin persönlich geschuldeten nahehelichen Unterhaltsbeiträge allfälligen Mündigenunterhaltsbeiträgen ohnehin vorgehen (Prot. I S. 136; Hausheer/Spycher/Kocher/Brunner, a.a.O., N. 08.31). Zusammengefasst ist somit vom geltend gemachten Bedarf des Gesuchstellers in der Höhe von Fr. 3'717.20 (Urk. 6/293 S. 3; Urk. 1 S. 7) abzüglich Fr. 500.– (Alimente D._____) zuzüglich Fr. 70.– (Fr. 220.– zufolge Anrechnung hypothetisches Einkommen zugestandene abzüglich Fr. 150.– geltend gemachte) Mehrauslagen auswärtige Verpflegung, mithin Fr. 3'287.– auszugehen.

e) Der Vorderrichter unterliess es, den Bedarf der Gesuchstellerin zu aktualisieren (Urk. 2 S. 19). Vorweg ist zu bemerken, dass, wie der Gesuchsteller mit Fug rügt (Urk. 1 S. 8), nicht einfach vom ursprünglichen Bedarf der Gesuchstellerin (mit den beiden Kindern) gemäss Eheschutzentscheid vom 16. November 2006 (Fr. 7'715.–, vgl. Urk. 6/4-A/27 S. 13) auszugehen ist, geschweige denn von einem gebührenden Bedarf in der Höhe der geltenden persönlichen Unterhaltsbeiträge von Fr. 6'560.–, wie dies die Vorinstanz in pauschaler Weise tun will (Urk. 2 S. 19; Urk. 6/4-A/27 S. 14). Liegt ein Abänderungsgrund vor, ist, wie dargetan, die gesamte Unterhaltsberechnung mit aktualisierten Positionen neu vorzunehmen. Eine wesentliche Änderung im Bedarf der Gesuchstellerin musste vorliegend mithin nicht behauptet werden. Die Gesuchstellerin liess vor Vorinstanz am 6. März 2014 protokollieren, sie wohne alleine, ihr Mietzins an der M._____strasse ... in N._____ betrage Fr. 2'155.– pro Monat für eine 2,5-Zimmerwohnung. Die Krankenkassenprämien beliefen sich auf Fr. 400.– monatlich (vgl. auch Urk. 6/203/40). Nebst den üblichen Auslagen für Telefon, Krankenkasse, Hausrat- und Haftpflichtversicherung (Ergänzungsfrage des Gegenanwalts) habe sie keine weiteren Auslagen (Prot. I S. 129 f.). Aktuelle Belege wurden keine beigebracht, auch nicht im Berufungsverfahren, ausgenommen betreffend die zulässige neue Behauptung, wonach die Gesuchstellerin per 1. Juli 2014 an die O._____strasse ..., ... Zürich, gezogen sei und dort einen monatlichen Mietzins von Fr. 2'275.– bezahle (Art. 317 Abs. 1 ZPO; Urk. 12 S. 12; Urk. 14/2). Der von der Gesuchstellerin persönlich angegebene Mietzins über Fr. 2'155.– für die (vorangegangene) Wohnung an der M._____strasse 42, ... N._____, wurde zwar nicht belegt (Prot. I S. 103, 130; Urk. 6/309 S. 3), allerdings wurde er auch nicht (substantiiert) bestritten (Prot. I S. 131-134; Urk. 6/309 S. 3), weshalb davon ausgegangen werden kann. Mit Blick auf die Wohnkosten der ehelichen Wohnung über Fr. 3'140.– (Urk. 6/203/39) erscheint ein solcher Mietzins denn auch ohne weiteres standesgemäss und angemessen. Die Höhe der geltend gemachten Krankenkassenprämien ergibt sich aus den Hauptakten (Urk. 6/203/40). Weitere Editionen (vgl. Urk. 1 S. 8) erübrigen sich unter dem summarischen Blickwinkel sowie auch im Hinblick auf die novenrechtlichen Einschränkungen.

Es kann somit von dem folgenden aktualisierten Bedarf der Gesuchstellerin ausgegangen werden:

Grundbetrag Fr. 1'200.00
Mietzins Fr. 2'155.00 bzw. Fr. 2'275.00 ab Juli 2014
Krankenkasse Fr. 400.00
Telefon/Radio/TV Fr. 120.00
Hausrat-/Haftpflcht Fr. 30.00

total: Fr. 3'905.– bzw. Fr. 4'025.– ab Juli 2014

f) Neue Unterhaltsberechnung

| Oktober 2013 bis Juni 2014: | ab Juli 2014: |
|------------------------------------|------------------------------------|
| Einkommen GS: Fr. 9'500 | Einkommen GS: Fr. 9'500 |
| Einkommen GSin: Fr. 1'500 | Einkommen GSin: Fr. 1'500 |
| Gesamteinkommen: Fr. 11'000 | Gesamteinkommen: Fr. 11'000 |
| Bedarf GS: Fr. 3'287 | Bedarf GS: Fr. 3'287 |
| Bedarf GSin: Fr. 3'905 | Bedarf GSin: Fr. 4'025 |
| Gesamtbedarf: Fr. 7'192 | Gesamtbedarf: Fr. 7'312 |
| Überschuss: Fr. 3'808 | Überschuss: Fr. 3'688 |
| ½ Überschuss: Fr. 1'904 | ½ Überschuss: Fr. 1'844 |

Der Überschuss ist dabei hälftig zu teilen, zumal solches noch nicht zu einer verpönten Vermögensbildung führt, insbesondere da beide (nach dem Grundtarif besteuerten) Parteien auch noch ihre laufenden Steuern aus dem Freibetrag zu finanzieren haben. Es resultieren somit monatliche Unterhaltsbeiträge für die Gesuchstellerin persönlich von rund Fr. 4'310.– ab 11. Oktober 2013 (Klageeingang bei der Vorinstanz) bis und mit Juni 2014 und Fr. 4'370.– ab Juli 2014.

Dispositivziffer 5 der Verfügung der Einzelrichterin des Bezirksgerichts Horgen vom 16. November 2006 ist somit entsprechend in teilweiser Gutheissung der Berufung des Gesuchstellers abzuändern.

4. Unentgeltliche Rechtspflege

Die erste Instanz gewährte beiden Parteien im Hauptverfahren die unentgeltliche Prozessführung und Rechtsvertretung (Prot. I S. 81, 87; Urk. 6/122; Urk. 6/159 S. 16).

Der Gesuchsteller ersucht auch betreffend das Berufungsverfahren um Gewährung des Armenrechts (Urk. 1 S. 2; Art. 119 Abs. 5 ZPO).

Die unentgeltliche Rechtspflege ist zu bewilligen, wenn der Gesuchsteller nicht über die erforderlichen finanziellen Mittel verfügt, um den Prozess zu finanzieren, und wenn sein Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 117 ZPO).

Im Rahmen der Prüfung der Mittellosigkeit kann einer Partei nur bei Rechtsmissbrauch, also wenn gerade im Hinblick auf den Prozess kein (genügendes) Einkommen generiert wird, ein höheres hypothetisches Einkommen angerechnet werden. Davon ist vorliegend nicht auszugehen. Selbst wenn von einem tatsächlichen Erwerbseinkommen des Gesuchstellers gemäss Vorinstanz von Fr. 6'713.55 (mit Aufrechnungen) ausgegangen würde (Urk. 3 S. 15, ohne die Fr. 1'500.– zurzeit gepfändeten Mieteinnahmen aus der gemeinsamen Liegenschaft in F._____, weil er darüber effektiv nicht verfügen kann), wäre der Gesuchsteller mit Blick auf die nunmehr (rückwirkend) geschuldeten Unterhaltsbeiträge von Fr. 4'310.– bzw. Fr. 4'370.– und seinen eigenen Bedarf (Fr. 3'287.–) als mittellos zu betrachten, vorausgesetzt, dass er die geschuldeten Unterhaltsbeiträge auch tatsächlich bezahlt. Ansonsten wäre mit Blick auf das Effektivitätsprinzip (durch die Vorinstanz) ein Entzug des Armenrechts zu prüfen. Höhere tatsächliche Einkünfte, wie sie die Gesuchstellerin im Rahmen ihrer Duplik mutmasst (Urk. 12 S. 3 i.V.m. Urk. 6/201 S. 7-21, 31-33), können dem Gesuchsteller demgegenüber jedenfalls im vorliegenden summarischen Verfahren nicht in Anrechnung gebracht werden.

Der Gesuchsteller ist bekanntlich hälftiger Miteigentümer der (an Dritte vermieteten) Liegenschaft "P.____strasse ..." in ... F.____ (Urk. 6/48). Der Verkehrswert dieser Liegenschaft beläuft sich gemäss einer im vorinstanzlichen Scheidungsverfahren veranlassten Schätzung per 7. Mai 2010 auf Fr. 1'172'000.– (Prot. I S. 49; Urk. 6/70). Das Grundstück ist mit einer Hypothek von insgesamt Fr. 610'000.– belastet (Urk. 6/48; Urk. 9/6 S. 4). Allerdings bestehen hohe ausstehende Unterhaltsverpflichtungen des Gesuchstellers gegenüber der

Gesuchstellerin, welche denn auch in Betreuung gesetzt wurden. Per 11. April 2013 waren es beispielsweise Fr. 386'582.60 (Urk. 6/251/2), per 31. Dezember 2013 Fr. 373'445.20 (Urk. 9/5). Die vom Erstrichter vorgeschlagene Vereinbarung über die Scheidungsfolgen vom 12. September 2013, wonach der hälftige Miteigentumsanteil des Gesuchstellers an der gemeinsamen Liegenschaft in F._____ zum Anrechnungswert von Fr. 1,4 Millionen und zur Abgeltung diverser güterrechtlicher und unterhaltsrechtlicher Ansprüche auf die Gesuchstellerin hätte übertragen werden sollen (vgl. Urk. 6/279/1; 6/280 und 6/290/1), wurde von dieser verworfen (Urk. 6/301 S. 3). Offenbar steht auf Begehren der Steuerverwaltung ... (Steuerschulden des Gesuchstellers) die Verwertung der Liegenschaft kurz bevor (Urk. 6/301; Urk. 6/259; Urk. 6/251/1; Urk. 6/250) bzw. wurde nunmehr vom Betreibungsamt die Verwertung des Miteigentumsanteils des Gesuchstellers in die Wege geleitet (Urk. 9/2 S. 1 unten). Vor diesem Hintergrund ist auch in vermögensrechtlicher Hinsicht von der Mittellosigkeit des Gesuchstellers auszugehen, zumal er vom Verwertungserlös nichts ausbezahlt erhalten dürfte. Der Personenwagen Audi A6 Avant Quattro und das Segelschiff im betreibungsamtlichen Schätzwert von je Fr. 1'500.– wurden im Übrigen vom Betreibungsamt von der Verwertung ausgeschieden, da die Verwertungskosten den zu erwartenden Erlös überstiegen hätten (Urk. 9/6 S. 1). Dafür, dass der Gesuchsteller soeben ein neues Auto gekauft habe (Urk. 12 S. 4 oben), bestehen schliesslich keinerlei Anhaltspunkte.

Somit kann dem Gesuchsteller auch im Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung bewilligt und in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. X._____ ein unentgeltlicher Rechtsvertreter bestellt werden, nachdem sich auch sein Rechtsstandpunkt nicht als aussichtslos präsentierte.

5. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Ausgangsgemäss sind die Kosten des Berufungsverfahrens zu 40 % der Gesuchstellerin und zu 60 % dem Gesuchsteller aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 und 2 ZPO). Zuzugewährtung der unentgeltlichen Prozessführung ist der Anteil des Gesuchstellers jedoch einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen, unter Vorbehalt der Nachzahlungspflicht (Art. 118 Abs. 1 lit. b ZPO; Art. 123 ZPO). Dem

Ausgang des Verfahrens entsprechend ist der Gesuchsteller zudem zu verpflichten, der Gesuchstellerin eine auf 20 % reduzierte Prozessentschädigung zu bezahlen. Ausgehend von einem Streitwert von Fr. 126'240.– (24 Monate [mutmassliche Geltungsdauer der vorliegenden Regelung] x Fr. 5'260.–) ist die volle Parteientschädigung auf rund Fr. 4'000.– festzulegen (vgl. § 4 Abs. 1 und 3, § 9 und § 13 Abs. 1 AnwGebV [LS 215.3]). Damit beträgt die reduzierte Prozessentschädigung Fr. 800.–, antragsgemäss zuzüglich Fr. 64.– (8 % Mehrwertsteuer; Urk. 12 S. 2).

Es wird beschlossen:

1. Dem Gesuchsteller wird im Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung bewilligt und Rechtsanwalt lic. iur. X._____ als unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung gemäss nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. In teilweiser Gutheissung der Berufung des Gesuchstellers wird Dispositivziffer 1 der Verfügung des Einzelrichters des Bezirksgerichtes Horgen vom 28. Mai 2014 aufgehoben und der Gesuchsteller in Abänderung von Dispositivziffer 5 der eheschutzrichterlichen Verfügung vom 16. November 2006 verpflichtet, der Gesuchstellerin für sich persönlich einen Unterhaltsbeitrag von Fr. 4'310.– ab 11. Oktober 2013 bis und mit Juni 2014 sowie einen solchen von Fr. 4'370.– ab Juli 2014 zu bezahlen, zahlbar monatlich im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats. Im Mehrumfang wird das Abänderungsbegehren des Gesuchstellers vom 8. Oktober 2013 abgewiesen.

2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'500.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden zu 40 % der Gesuchstellerin und zu 60 % dem Gesuchsteller auferlegt. Der Anteil des Gesuchstellers wird jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Nachzahlungspflicht bleibt vorbehalten.
4. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, der Gesuchstellerin für das Berufungsverfahren eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 864.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an den Einzelrichter im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Horgen, je gegen Empfangsschein.

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

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 mehr als Fr. 30'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 24. November 2014

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin

lic. iur. M. Reuss Valentini

versandt am:
kt