

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LY150020-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Ersatzrichterin Prof. Dr. I. Jent-Sørensen sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. O. Canal

Urteil vom 15. Juli 2015

in Sachen

A. _____,

Gesuchstellerin/Klägerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Gesuchsteller/Beklagter und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **Ehescheidung**

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes im ordentlichen Verfahren des Bezirksgerichtes Meilen vom 12. März 2015; Proz. FE120129

Anträge im Verfahren um vorsorgliche Massnahmen:

des Gesuchstellers/Beklagten und Berufungsbeklagten (act. 62 S. 1 f.):

" Es sei die Verfügung der Eheschutzrichterin vom 24. August 2008 [recte: 2009] in Bezug auf die Ziff. 6 Abs. 1 der genehmigten Vereinbarung wie folgt abzuändern:

Die Verpflichtungen des Gesuchstellers, monatliche Unterhaltsbeiträge von CHF 5'000.00 plus 65% des Bonus zu bezahlen, seien für die Zeit ab 1. Juni 2014 aufzuheben.

Der Gesuchsteller sei zu verpflichten, der Gesuchstellerin ab 1. Juni 2014 für die weitere Dauer des Scheidungsverfahrens für C. _____ CHF 1'250.00 (inkl. Kinderrente von CHF 588.00) plus Familienzulagen zu leisten."

der Gesuchstellerin/Klägerin und Berufungsklägerin (act. 70 S. 2):

" [...]

Es sei der Gesuchsteller zu verpflichten, an den Unterhalt von C. _____ monatliche jeweils im Voraus zahlbare Unterhaltsbeiträge von CHF 2'000.00 zu bezahlen.

Er sei zu verpflichten, der Gesuchstellerin monatlich jeweils am Ersten eines jeden Monats zahlbare Unterhaltsbeiträge von CHF 6'000.00 zu bezahlen.

Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Gesuchstellers."

Verfügung des Einzelgerichts des Bezirksgerichtes Meilen vom 12. März 2015 (act. 4 = act. 5/136 = act. 8):

1. In Abänderung der mit Verfügung des Einzelgerichts des Bezirkes Meilen im summarischen Verfahren vom 24. August 2009 genehmigten Trennungsvereinbarung vom 23. August 2009 wird der Beklagte verpflichtet, an den persönlichen Unterhalt der Klägerin rückwirkend ab 1. Juni 2014 und für die Dauer des Scheidungsverfahrens einen monatlichen im Voraus, jeweils auf den Ersten eines jeden Monats, zahlbaren Beitrag von CHF 3'093.– zu bezahlen.
2. Im Übrigen wird das Massnahmenbegehren des Beklagten abgewiesen.
3. Das Anschlussbegehren der Klägerin wird abgewiesen.

4.-6. [Kosten- und Entschädigungsfolgen; Mitteilungen; Rechtsmittel]

Berufungsanträge:

der Gesuchstellerin/Klägerin und Berufungsklägerin (act. 2 S. 2):

- " 1. Es sei die Verfügung der Einzelrichterin im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Meilen vom 12. März 2015 in Disp. Ziff. 1 vollumfänglich aufzuheben.
2. Es sei der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin an deren persönlichen Unterhalt, gestützt auf die mit Verfügung des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Meilen vom 24. August 2009 genehmigte Trennungsvereinbarung der Parteien, für die weitere Dauer des Scheidungsverfahrens den Betrag von monatlich CHF 5'000.00, jeweils auf den Ersten eines jeden Monats im Voraus, zu bezahlen.

Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. 8% MWST) zulasten des Beklagten."

des Gesuchstellers/Beklagten und Berufungsbeklagten (act. 14 S. 1):

- " 1. Die Berufung sei abzuweisen.
2. Die Kosten seien der Klägerin aufzuerlegen und die Klägerin sei zu verpflichten, dem Beklagten eine Prozessentschädigung, zuzüglich 8% MWST, zu bezahlen."

Erwägungen:

1. Vor- und Prozessgeschichte

1.1. Die Parteien haben am tt. August 1990 geheiratet. Aus ihrer Ehe gingen drei Kinder hervor, D._____ (geb. tt.mm.1992), E._____ (geb. tt.mm.1993) und C._____ (geb. tt.mm.1998). Die Parteien sind heute 57 und 60 Jahre alt. Ihre Kinder sind 23-, 21 ½- und 16 ½-jährig, die älteren zwei sind damit volljährig. Im Rahmen eines Eheschutzverfahrens schlossen die Parteien eine Vereinbarung, die mit Verfügung vom 24. August 2009 vom Bezirksgericht Meilen (nachfolgend Vorinstanz) vorgemerkt und genehmigt wurde. Der Gesuchsteller/Beklagte und Berufungsbeklagte (nachfolgend Beklagter) verpflichtete sich, der Gesuchstelle-

rin/Klägerin und Berufungsklägerin (nachfolgend Klägerin) an den Unterhalt der gemeinsamen Kinder monatliche Beiträge von je Fr. 1'250.– (zzgl. Kinderzulagen) und für die Klägerin persönlich monatlich Fr. 5'000.– sowie 65% des an ihn ausbezahlten Nettobonus zu bezahlen (vgl. act. 5/10/1-15). Am 23. Juli 2012 reichte der Beklagte am Bezirksgericht Meilen ein gemeinsames Scheidungsbegehren ein (act. 5/1 und act. 5/2). Da anlässlich der Anhörung und Einigungsverhandlung vom 11. Dezember 2012 zwischen den Parteien keine Einigung erzielt werden konnte (vgl. Prot. Vi S. 8 f.), stehen sich die Parteien seither in einem kontradiktorischen Scheidungsverfahren gegenüber (vgl. act. 5/1-137). Im Rahmen dieses Scheidungsverfahrens beantragte der Beklagte infolge Stellenverlust und vorzeitiger Pensionierung u.a. die Aufhebung der im Eheschutzentscheid festgelegten persönlichen Unterhaltsbeiträge an die Klägerin (act. 5/62 S. 1). Demgegenüber verlangte die Klägerin persönliche Unterhaltsbeiträge von monatlich Fr. 6'000.– (act. 5/70 S. 1). Nach Durchführung der Verhandlung betreffend vorsorgliche Massnahmen (Prot. Vi S. 33 ff.) entschied die Vorinstanz am 12. März 2015 über das Abänderungsbegehren des Beklagten. Es reduzierte die persönlichen Unterhaltsbeiträge der Klägerin auf monatlich Fr. 3'093.– (act. 4 = act. 5/136 = act. 8).

1.2. Der vorinstanzliche Entscheid über die vorsorglichen Massnahmen vom 12. März 2015 wurde der Klägerin am 16. März 2015 zugestellt. Dagegen erhob sie mit Eingabe vom 26. März 2015 (Datum Poststempel) rechtzeitig Berufung (vgl. act. 5/137/2 und act. 2).

1.3. Den Kostenvorschuss von Fr. 2'500.– für das Berufungsverfahren leistete die Klägerin auf erste Aufforderung (act. 9; act. 11). Dem Beklagten wurde mit Verfügung vom 8. Mai 2015 Frist zur Berufungsantwort angesetzt (act. 12), die rechtzeitig erstattet wurde (act. 13 und act. 14). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 5/1-137). Das Verfahren ist spruchreif.

2. Vorbemerkungen zur Berufung

2.1. Erstinstanzliche Entscheide über vorsorgliche Massnahmen sind mit Berufung anfechtbar (Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO). Gegenstand des vorliegenden Berufungsverfahrens ist einzig der persönliche Unterhalt der Klägerin, mithin die Un-

terhaltungspflicht des Beklagten. Damit liegt eine vermögensrechtliche Streitigkeit vor (vgl. BGE 133 III 393 E. 2; BGer 5A_740/2009 E. 1). Der demzufolge vorausgesetzte Rechtsmittelstreitwert von Fr. 10'000.– (Art. 308 Abs. 2 ZPO) ist gegeben: Bei einer voraussichtlichen Dauer des Scheidungsverfahrens bis Mitte 2016 ist der Streitwert auf rund Fr. 50'000.– (Total der Unterhaltsbeiträge für die Zeit ab 1. Juni 2014 bis Mitte 2016 gemäss Berufungsantrag [25 x Fr. 5'000 = Fr. 125'000] abzüglich entsprechendes Total gemäss angefochtenem Entscheid [25 x Fr. 3'093 = Fr. 77'325]) zu veranschlagen (vgl. bereits act. 9). Die Berufung ist somit zulässig.

2.2. Mit der Berufung können die unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Sachverhaltsfeststellung gerügt werden (Art. 310 ZPO). Ebenfalls gerügt werden kann die (blosse) Unangemessenheit eines Entscheides, da es sich bei der Berufung um ein vollkommenes Rechtsmittel handelt. Es gilt die Rüge- bzw. Begründungsobliegenheit, was bedeutet, dass die Berufung führende Partei sich mit den Erwägungen der Vorinstanz im Einzelnen auseinanderzusetzen und konkret aufzuzeigen hat, was am angefochtenen Urteil oder am Verfahren des Bezirksgerichts falsch war. Dies gilt auch im Bereich der Untersuchungsmaxime (BGE 138 III 374, E. 4.3.1 = Pra 102 (2013) Nr. 4). Diese Anforderungen gelten auch für die Berufungsantwort. Die Berufungsantwort muss eine Begründung enthalten. Der Berufungsbeklagte hat sich mit der Berufungsbegründung des Berufungsklägers auseinanderzusetzen und muss darlegen welche Behauptungen er anerkennt oder bestreitet (Art. 222 Abs. 2 ZPO analog). Nach Art. 317 Abs. 1 ZPO werden neue Tatsachen und Beweismittel (Noven) nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten.

2.3. Im Entscheid über die Berufung ist auf die erhobenen Rügen einzugehen. Die Begründungspflicht (Art. 53 ZPO) verpflichtet das Gericht indes nicht dazu, sich mit jedem einzelnen rechtlichen oder sachverhaltlichen Einwand der Parteien eingehend auseinanderzusetzen. Vielmehr darf sich das Gericht in der Begründung seines Entscheids auf die wesentlichen Überlegungen konzentrieren, von welchen es sich hat leiten lassen und auf die sich sein Entscheid stützt (BK ZPO-

Hurni, Art. 53 N 60 f.). Nachfolgend ist daher nur insoweit auf die Vorbringen der Parteien einzugehen, als dies für die Rechtsfindung erforderlich ist.

3. Vorsorgliche Massnahmen im Scheidungsverfahren und deren Abänderung

3.1. Über vorsorgliche Massnahmen ist – unter Vorbehalt der Art. 272 und 273 ZPO – im summarischen Verfahren im Sinne der Art. 248 ff. ZPO zu entscheiden (vgl. Art. 271 lit. a i.V.m. Art. 276 ZPO). Es soll in einem raschen Verfahren eine vorläufige Friedensordnung hergestellt werden. Die entscheiderelevanten tatsächlichen Verhältnisse sind daher, bei freier Beweiswürdigung, lediglich glaubhaft zu machen (FamKomm Scheidung/Leuenberger, 2. Aufl., Anh. ZPO Art. 276 N 1 und 17). Das Gericht muss somit nicht von der Richtigkeit einer Behauptung überzeugt sein, es reicht aus, dass aufgrund objektiver Anhaltspunkte eine gewisse Wahrscheinlichkeit für das Bestehen der fraglichen Tatsachen spricht. Dabei ist analog zu Art. 8 ZGB eine "Glaubhaftmachungslast" derjenigen Partei zu beachten, welche aus einer behaupteten Tatsache Rechte ableitet (BGer 5A_117/2010 vom 5. März 2010 E. 3.3).

Im Verfahren gilt sodann Art. 272 ZPO, wonach das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen feststellt. Die Untersuchungsmaxime verpflichtet das Gericht, zur Sammlung des Prozessstoffes beizutragen (FamKomm Scheidung/Vetterli, 2. Aufl., Anh. ZPO Art. 272 N 1). Sind Kinderbelange zu regeln – was vorliegend nicht der Fall ist – gelten die uneingeschränkte (strenge) Untersuchungsmaxime und die Officialmaxime (BK ZPO-Spycher, Art. 296 N 7; Pfänder Baumann, DIKE-Komm- ZPO, Art. 272 N 2). Jedoch entbindet auch die Untersuchungsmaxime die Parteien nicht von ihrer Mitwirkungspflicht (BGer 5P.473/2006 vom 19. Dezember 2006, E. 3.2.).

3.2. Hat bereits das Eheschutzgericht Massnahmen angeordnet, dauern diese während dem Scheidungsverfahren fort. Für die Aufhebung oder die Abänderung solcher Massnahmen ist das Scheidungsgericht sachlich zuständig (Art. 276 Abs. 2 ZPO). Inhaltlich sind für vorsorgliche Massnahmen im Scheidungsverfahren die Bestimmungen über die Massnahmen zum Schutz der ehelichen Gemein-

schaft, d.h. Art. 172 ff. ZGB, sinngemäss anwendbar (Art. 276 Abs. 1 ZPO). Für die Frage, ob bestehende Massnahmen abgeändert oder aufgehoben werden können, ist somit Art. 179 ZGB massgebend. Eine Änderung ist folglich möglich, wenn eine wesentliche und dauernde Veränderung der Verhältnisse eingetreten ist oder die tatsächlichen Annahmen, die dem Massnahmeentscheid zu Grunde lagen, sich nachträglich als unrichtig erwiesen haben. Von der Vorinstanz zwar erwähnt, aber im konkreten Fall nicht geprüft, wurde das Kriterium der Vorsehbarkeit (act. 4 E. III./1.2.1.). Im Gegensatz zur Abänderung von Scheidungsurteilen nach Art. 129 ZGB setzt die Abänderung von Eheschutzmassnahmen gerade nicht voraus, dass die Voraussetzungen nach Art. 179 Abs. 1 ZGB der wesentlichen und dauernden Änderungen auch unvorhersehbar gewesen sein müssen. Eine Abänderung ist ausserdem dann ausgeschlossen, wenn die Sachlage durch eigenmächtiges, widerrechtliches, mithin rechtsmissbräuchliches Verhalten herbeigeführt worden ist (BGer 5P.473/2006 vom 19. Dezember 2006 E. 3 mit zahlreichen Hinweisen; FamKomm Scheidung/Leuenberger, 2. Aufl., Anh. ZPO Art. 276 N 8 f.). Dabei ist vorbehalten, dass es dem Unterhaltsschuldner möglich und zumutbar ist, diese Änderung rückgängig zu machen oder ihre Folgen auf andere Art und Weise zu kompensieren (BGE 128 III 4 E. 4.b).

Liegt ein Abänderungsgrund bezüglich der Unterhaltsbeiträge vor, muss die gesamte Berechnung für beide Ehegatten durchgeführt werden, und zwar mit dem aktuellen Einkommen und den aktuellen Notbedarfspositionen, steht doch nicht von vornherein fest, ob sich Änderungen nicht allenfalls gegenseitig aufheben. Die Neuberechnung hat sich jedoch an den im abzuändernden Entscheid vorgenommenen Wertungen zu orientieren. Davon darf nur in Ausnahmefällen abgewichen werden (OGer ZH LQ100089 vom 16. November 2012 Erw. II./7.4 und 7.5).

4. Sachverhalt, vorinstanzlicher Entscheid und Parteistandpunkte

4.1. Bei der Trennung der Parteien im August 2009 erzielte der Beklagte beim F._____ ein monatliches Einkommen von Fr. 16'666.65 brutto bzw. Fr. 13'970.40 netto (inkl. Kinderzulagen) sowie erhielt er einen jährlichen Bonus von etwa Fr. 150'000.–. Der Lohn (ohne Bonus) bildete die Basis der Unterhaltsberechnung im Eheschutzverfahren (vgl. Prot. VI S. 36; act. 4 E. III./3.1.; act. 5/63/86; act. 2

S. 7 Ziff. 2.8.). Am 25. September 2012 wurde dem Beklagten auf den 30. September 2013 gekündigt (act. 5/19/1; act. 2 S. 4 Ziff. 1; act. 14 Rz. 7, Rz. 16). Daraufhin liess sich der Beklagte per 1. Oktober 2013 vorzeitig pensionieren. Er entschied sich dabei zum Bezug einer Teilrente der Pensionskasse, die monatlich Fr. 5'888.– (exkl. Kinderrenten von Fr. 588.– pro Kind) beträgt. Den Rest seines Vorsorgeguthabens, d.h. Fr. 1'076'022.80, bezog der Beklagte in Kapitalform. Dieses sogenannte Alterskapital befindet sich im Moment auf einem Sperrkonto, da die Pensionskasse für die Auszahlung die Zustimmung der Ehefrau (Klägerin) verlangt (act. 4 E. III./3.4. und 3.5.; act. 2 S. 4 Ziff. 1, S. 5 Ziff. 2.3., S. 6 Ziff. 2.5.; act. 5/63/79 S. 2; act. 14 Rz. 20, Rz. 25). Die Vorinstanz bezifferte das Vermögen des Beklagten auf insgesamt Fr. 3.43 Mio. (act. 4 S. 31 f. E. 4.2.3 m.H. auf act. 5/88/102-110). Sein monatlicher Vermögensertrag beträgt Fr. 640.– (act. 4 E. III./3.5.).

4.2. Die Vorinstanz erwog, die Voraussetzungen einer Abänderung seien vorliegend erfüllt. Bei der Frühpensionierung handle es sich um ein Ereignis von Dauer. Setze man das aktuelle Einkommen des Beklagten in Relation zu dem im Eheschutzverfahren zugrunde gelegten Einkommen, werde ohne Weiteres klar, dass es sich dabei um eine erhebliche Veränderung handle (act. 4 E. III./3.1-3.6.). Der Klägerin sei zuzustimmen, dass die Entscheide des Beklagten, sich vorzeitig pensionieren zu lassen und keine Arbeitslosengelder zu beantragen sowie das Vorsorgeguthaben nur zur Hälfte als Rente zu beziehen, einseitig erfolgt seien. Dabei handle es sich aber um Entscheide, die nicht mehr rückgängig gemacht werden könnten. Da eine nachträgliche Änderung der vom Beklagten herbeigeführten Realität nicht mehr möglich sei, bleibe auch kein Raum für die Annahme eines hypothetischen Einkommens (act. 4 E. 4.2.4. S. 35 f.).

4.3. Die Klägerin bestreitet das Vorliegen eines Abänderungsgrundes. Sie bringt vor, der Beklagte habe seine Frühpensionierung eigenmächtig gewählt. Diesen Entscheid habe er sieben Jahre vor seinem ordentlichen Rentenalter und im Wissen um seine Unterhaltspflichten gefällt. Besonders stossend sei, dass der Beklagte keine volle, sondern nur eine halbe Pensionskassenrente gewählt habe. Dies habe er mit der Absicht getroffen, seinen Unterhaltspflichten zu entgehen

oder diese zumindest erheblich zu reduzieren (act. 2 S. 5 f. Ziff. 2.2.-2.4). Das auf dem Sperrkonto liegende Vorsorgekapital des Beklagten in Höhe von Fr. 1'076'002.80 lasse die Vorinstanz ausser Acht. Dieses sei aber bei der Berechnung der dem Beklagten zur Verfügung stehenden Mittel (und für die Festlegung des Unterhalts) mit zu berücksichtigen. Diese Missachtung sei rechtlich nicht tragbar und willkürlich. Die Frage, ob eine erhebliche und dauernde Änderung im Vergleich zum Zeitpunkt der Trennung vorliege, sei auf der Basis des Einkommens, das ziffernmässig einer vollen Pensionskassenrente entspreche, zu beantworten. Im Zeitpunkt der Trennung habe der Beklagte einen Lohn von Fr. 13'970.40 netto (inkl. Kinderzulagen, ohne Bonus) erzielt. Ausgehend von einer vollen Pensionskassenrente stünden ihm Fr. 13'775.- (Fr. 10'596.50 zzgl. Fr. 1'059.- Kinderrente pro Kind) zur Verfügung. Dies sei nachweislich weder eine erhebliche noch eine dauernde Änderung und der Beklagte sei damit nach wie vor in der Lage die Unterhaltsbeiträge gemäss Eheschutzvereinbarung zu leisten (act. 2 S. 7 Rz. 2.8.). Ob der Beklagte auf das Pensionskassenkapital zugreifen könne oder nicht, sei unbeachtlich, da er über weiteres liquides Vermögen in der Grössenordnung von Fr. 1'600'000.- verfüge. Mit diesem könne er ohne Weiteres die Unterhaltszahlungen gemäss Trennungsvereinbarung vom 23. August 2009 bezahlen (act. 2 S. 6 Ziff. 2.5. f. und S. 7 Ziff. 2.8.). Eine Einschränkung der Erwerbstätigkeit im Sinne einer freiwilligen Frühpensionierung dürfe der Beklagte nicht geltend machen. Er sei gehalten, bis zum 65. Altersjahr seine Erwerbsfähigkeit voll auszuschöpfen. Werde dennoch eine Frühpensionierung gewählt, so könne dem Beklagten zugemutet werden, sein Vermögen für den Unterhalt einzusetzen. In Eheschutzverfahren bzw. in vorsorglichen Massnahmeverfahren könne zur Überbrückung von Unterhaltslücken auf Vermögen zurückgegriffen werden, da das Einkommen nur die primäre Bemessungsgrundlage bilde (act. 2 S. 6 f. Ziff. 2.7.).

4.4. Der Beklagte wendet ein, es liege weder eine freiwillige noch eine eigenmächtige Frühpensionierung vor. Eine freiwillige Frühpensionierung liege vor, wenn ein Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis vor seinem ordentlichen Pensionierungsalter beende und der Bezug der Pensionskassenrente starte. Bei ihm treffe dies nicht zu, da er das Arbeitsverhältnis nicht beendet habe (act. 14 Rz. 14 ff.,

Rz. 29). Den Entscheid betreffend Pensionskasse (Rente, Teilrente mit Kapital oder nur Kapital) habe er sorgfältig und nach Beratung durch Experten gefällt. Hätte er sich für eine ganze Rente entschieden, so wäre er nicht in der Lage, nach der Scheidung den Vorsorgeanspruch der Klägerin in Kapital abzugelten (act. 14 Rz. 17-19). Dieser Anteil stehe unter dem Vorsorgeschutz und stelle kein freies Vermögen dar, weshalb er für die laufenden Unterhaltsbeiträge nicht herangezogen werden könne (act. 14 Rz. 25). Eine Schädigungsabsicht könne ihm nicht vorgeworfen werden, da er einen nachvollziehbaren und sinnvollen Entscheid getroffen habe (act. 14 Rz. 23). Für die Beurteilung der Abänderung sei schliesslich relevant, dass sein Entscheid, eine halbe Pensionskassenrente zu beziehen, nicht mehr rückgängig gemacht werden könne (act. 14 Rz. 24, Rz. 33). Die Voraussetzungen für die Annahme eines hypothetischen Einkommens aus Renten (Fr. 10'596.50 zzgl. Kinderrenten von Fr. 1'059.– pro Kind) seien daher nicht erfüllt. Ein hypothetisches Einkommen dürfe nur dann angerechnet werden, wenn eine reale Möglichkeit bestehe, dass das angenommene Einkommen erzielt werden könne, was hier nicht der Fall sei (act. 14 Rz. 31-34).

5. Würdigung

5.1. Wie bereits ausgeführt, ist eine Abänderung bei eigenmächtigem, widerrechtlichem, mithin rechtsmissbräuchlichem Verhalten grundsätzlich ausgeschlossen, sofern sich die Folgen rückgängig machen lassen (vgl. E. 3.2. oben). Das Verhalten braucht nicht zwingend widerrechtlich zu sein. Es genügt ein eigenmächtiges Handeln des Unterhaltsschuldners, wenn dieser etwa unbegründet neue Ausgaben tätigt, oder auf der Einkommenseite, wenn er grundlos seine Erwerbstätigkeit aufgibt oder eine schlechter bezahlte Arbeitsstelle als die bisherige annimmt (vgl. FamKomm Scheidung/Vetterli, 2. Aufl., Art. 179 N 2). Die Vorinstanz beschränkte sich in ihrem Entscheid hauptsächlich darauf zu prüfen, ob eine wesentliche und dauernde Veränderung der Verhältnisse eingetreten ist. Die Umstände, die zur Veränderung geführt haben, blieben weitgehend unberücksichtigt. Sie führte diesbezüglich nur aus, der Entschluss des Beklagten sei zwar einseitig erfolgt, es handle sich dabei aber um einen nicht mehr rückgängig zu machenden Entscheid (vgl. E. 4.2. oben und act. 4 E. 4.2.4. S. 35 f.).

5.2. Mit Schreiben vom 25. September 2012 wurde dem Beklagten auf den 30. September 2013 gekündigt (vgl. E. 4.1. vorne). Die Klägerin behauptet vorliegend zu Recht nicht (mehr), dass der Beklagte den Verlust seiner Stelle durch eigenmächtiges, widerrechtliches, mithin rechtsmissbräuchliches Verhalten herbeigeführt haben soll. Ohnehin gilt, dass nicht jede Kündigung, die ein Arbeitnehmer mit seinem Verhalten "verschuldet" hat, aus unterhaltsrechtlicher Sicht als eigenmächtig, widerrechtlich oder rechtsmissbräuchlich zu qualifizieren ist. Hierfür bräuchte es zusätzliche Elemente, namentlich Hinweise auf die Absicht der Umgehung von familienrechtlichen Verpflichtungen (OGer ZH LY130043 vom 9. Juli 2014). Konkrete Anhaltspunkte für eine solche Absicht oder für die Provokation der Kündigung durch mutwilliges negatives Verhalten des Beklagten fehlen vorliegend.

5.3. Der Beklagte bestreitet die Freiwilligkeit seiner vorzeitigen Pensionierung. Er beschränkt sich darauf, pauschal zu sagen, es liege weder eine freiwillige noch eine eigenmächtige Frühpensionierung vor, weil die Kündigung nicht von ihm ausgegangen sei (act. 14 Rz. 14-16). Das ist bezogen auf die Frühpensionierung nicht richtig, da dem Beklagten auch andere Handlungsmöglichkeiten zur Verfügung standen. So hätte er sich auf Stellensuche begeben und Leistungen der Arbeitslosenversicherung beziehen können.

5.4. Gemäss Berechnung der G._____ Sammelstiftung hätte eine Altersleistung in Rentenform ab Oktober 2013 Fr. 10'596.50 (= volle Pensionskassenrente) betragen (act. 5/88/93 S. 2). Von diesem Betrag gehen auch die Parteien aus (act. 2 S. 7 Ziff. 2.8., act. 14 Rz. 31). Berücksichtigt man auch die Kinderrenten von je 10% (Prot. Vi S. 49), die daneben ausgerichtet werden, so ist damit im Vergleich zur Situation vor der Pensionierung, als der Beklagte laut eigenen Angaben ein monatliches Nettoeinkommen von Fr. 13'400.– ohne Kinderzulagen bezog (act. 5/62 S. 22 Rz. 293), keine Einkommensreduktion verbunden. Diese ist vielmehr die Folge seiner im Hinblick auf die Pensionierung getroffenen Entscheidung, einen Teil seines Pensionskassenanspruchs in Kapitalform zu beziehen, die dazu führte, dass er lediglich eine monatliche Teilrente der Pensionskasse in Höhe von Fr. 5'888.– erhält. Der Beklagte legte seine Beweggründe vor der Vor-

instanz dar. So wollte er damit eine bessere Absicherung der künftigen ökonomischen Entwicklung erreichen und den Vorsorgeausgleich der Klägerin finanzieren (vgl. dazu Prot. VI S. 45 ff.). Um zwingende Gründe, die am freiwilligen Charakter dieser Entscheidung etwas ändern würden, handelt es sich dabei allerdings nicht.

5.5. Geht die Einkommensverminderung auf eine freiwillige und einseitige Entscheidung des Unterhaltspflichtigen zurück, so ist eine solche Verschlechterung in der Regel unbeachtlich. Der Unterhaltsschuldner soll die Folgen seines einseitig getroffenen Entscheides selber tragen und nicht auf den Unterhaltsgläubiger abwälzen. Die Konsequenz aus diesem Grundsatz besteht insbesondere darin, von der bisherigen höheren Leistungsfähigkeit des Unterhaltsverpflichteten auszugehen und ihm dementsprechend ein hypothetisches Einkommen anzurechnen. Davon ist aber abzusehen, wenn die Folgen der vom Unterhaltsverpflichteten getroffenen Dispositionen nicht mehr rückgängig gemacht werden können. Es ist dem Unterhaltspflichtigen nur das Einkommen hypothetisch anzurechnen, dessen Erzielung ihm tatsächlich möglich und zumutbar ist (BGE 128 III 4; OGer ZH LY130006 E. II./5.d; BGer 5C.163/2001 E. 2.c mit weiteren Hinweisen). Nach den Regeln der Beweislastverteilung obliegt es dem Beklagten (als Abänderungskläger), die Unmöglichkeit der Wiederherstellung bzw. die Unmöglichkeit und Unzumutbarkeit der Erzielung eines höheren Einkommens zu beweisen bzw. glaubhaft zu machen (vgl. OGer ZH LY150015 E. II./5.2.3).

5.6. Dass der Beklagte, als ihm gekündigt wurde, angesichts seines Alters und seiner beruflichen und finanziellen Perspektiven keine vergleichbare neue Stelle suchte, sondern sich für eine Frühpensionierung entschied, ist angesichts der von ihm vor Vorinstanz beschriebenen Schwierigkeiten, in seinem Alter in seiner Branche eine neue Stelle zu finden (Prot. VI S. 51 f.; vgl. auch act. 14 S. 2 Rz. 8) nachvollziehbar. Berücksichtigt man neben seiner eigenen Rente auch die Kinderrenten von je 10%, die daneben ausgerichtet werden (Prot. VI S. 49), ist diese Veränderung einkommensneutral und wirkt sich somit nicht auf die Unterhaltsbeiträge aus. In Nachachtung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung hat sich der Beklagte aber anrechnen zu lassen, was er unter den gegebenen Umständen zu erhalten in der Lage gewesen wäre (vgl. BGer 5A_299/2012 E. 3.5. m.w.H.; vgl.

auch BGer 5A_636/2013 E. 5). Wie vorstehend ausgeführt, hätte der Beklagte die Möglichkeit zum Bezug einer vollen Pensionskassenrente in Höhe von Fr. 10'596.50 gehabt, verzichtete aber freiwillig darauf (vgl. E. 4.5.4. oben). Damit begnügte er sich – im Wissen um seine Unterhaltspflichten – mit einer Teilrente der Pensionskasse von Fr. 5'888.–. Die Differenz von Fr. 4'708.50 (Fr. 10'596.50 ./ Fr. 5'888.–) ist als freiwillige Einkommensreduktion zu qualifizieren, so dass sich die Frage stellt, ob dem Beklagten in diesem Umfang ein hypothetisches Einkommen anzurechnen ist, was dazu führen würde, dass die Unterhaltsbeiträge trotz dieser grundsätzlich erheblichen Verschlechterung seiner Einkommenssituation um rund 40% (vgl. act. 62 S. 22 Rz. 297) nicht anzupassen wären.

5.7. Der Beklagte wendet ein, man dürfe ihm kein hypothetisches Einkommen anrechnen, weil der Entscheid zum Bezug einer halben Pensionskassenrente nicht rückgängig gemacht werden könne (act. 14 Rz. 33). Dem Beklagten ist dabei insofern beizupflichten, als er auf seine Rentenwahl nicht mehr zurückkommen kann. Hingegen stellt sich nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung die Frage, ob es dem offensichtlich gesunden und arbeitsfähigen Beklagten nicht möglich und zumutbar ist (vgl. BGE 128 III 4 E. 4), ein monatliches Einkommen von Fr. 4'708.50 (Fr. 10'596.50 ./ Fr. 5'888.–) zu erzielen oder ob er diese Mittel aus einer anderen Quelle – seinem Vermögen – erhältlich machen kann. Die Zumutbarkeit ist Rechtsfrage, die Möglichkeit hingegen Tatfrage, die durch entsprechende Feststellungen oder durch die allgemeine Lebenserfahrung beantwortet wird (BGE 128 III 4 E. 4.bb mit Verweis auf BGE 126 III 10 E. 2b).

5.8. Die Vorinstanz hatte auf die im vorinstanzlichen Verfahren dokumentierten Stellenbewerbungen des Beklagten verwiesen und erwogen, im Alter von 59 Jahren, mit einer Berufserfahrung von mehr als dreissig Jahren und nach diversen Stellen in leitender Funktion komme der Beklagte nicht mehr für Anstellungen in Frage, um die sich Berufseinsteiger oder aufsteigende Angestellte bewerben würden. Zudem würden in seinem Berufssektor kontinuierlich Stellen abgebaut. Die Vorinstanz erachtete es daher als glaubhaft, dass es ihm gegenwärtig nicht möglich sei, ein weiteres Einkommen aus unselbständiger Erwerbstätigkeit zu erzielen (act. 4 S. 36).

Auf diese Erwägungen der Vorinstanz kann verwiesen werden. Es ist eine Erfahrungstatsache, dass sich Arbeitnehmer in höheren Positionen mit dem Alter zunehmend spezialisieren, so dass die verfügbaren Positionen abnehmen, während das Einkommen tendenziell steigt. Dass sich der Beklagte um weniger qualifizierte Positionen bewirbt, die in grösserer Anzahl vorhanden sind, ist kein gangbarer Ausweg, da ihm dort jüngere Bewerber vorgezogen würden. Dass der Beklagte keine neue Stelle finden konnte, erscheint daher glaubhaft und ist durch die im vorinstanzlichen Verfahren dokumentierten erfolglosen Suchbemühungen zumindest mit Blick auf das im vorliegenden Verfahren geltende Beweismass der Glaubhaftigkeit genügend belegt. Wenn das so ist, sind weitere Bemühungen nutzlos. Es schadet dem Beklagten daher nicht, dass er im Berufungsverfahren keine neuen Suchbemühungen nachgewiesen hat.

5.9. Die Perspektive eines selbständigen Nebenerwerbs erscheint beim Alter und dem beruflichen Hintergrund des Beklagten demgegenüber eher realistisch. Hinzu kommt, dass grundsätzlich keine Vollzeitanstellung nötig ist, um die oben ermittelte Lücke zwischen einer Teilrente und einer vollen Rente zu schliessen. Dass sich der Beklagte auf diese Option konzentriert, kann ihm daher entgegen der Ansicht der Klägerin (act 2 S. 8 Ziff. 2.12) nicht vorgehalten werden.

Die Frühpensionierung wurde oben als Reaktion auf die unfreiwillige Kündigung und damit als grundsätzlich nicht selbst gewählte Veränderung qualifiziert. Dass die Vorinstanz dem Beklagten eine Umstellungsfrist zubilligte, um sich neu zu orientieren und mit seiner neuen selbständigen Tätigkeit wirtschaftlich Fuss zu fassen, ist nicht zu beanstanden. Die Vorinstanz unterliess es jedoch, die Dauer dieser Übergangsfrist zu bemessen bzw. die Höhe des anrechenbaren Einkommens zu beziffern, wie die Klägerin anmerkt (vgl. act. 2 S. 9 Ziff. 2.13). Da der Beklagte diese Lücke aus seinem Vermögen schliessen kann (vgl. unten 5.12), kann dies offen bleiben.

5.10. Die Klägerin wendet ein, mit der einfachen Feststellung, mit der Frühpensionierung mit einer halben Rente liege eine wesentliche und dauernde Veränderung vor, die sich nicht mehr rückgängig machen lasse, lasse die Vorinstanz das Vorsorgekapital bei der Berechnung der dem Beklagten zur Verfügung stehenden

Mittel vollkommen ausser Acht und setze sich nicht mit ihren Vorbringen auseinander, wonach der Beklagte sein übriges beachtliches Vermögen zumindest in der ziffermässigen Grössenordnung einer vollen Pensionskassenrente für den Unterhalt einzusetzen habe (act. 2 S. 6 Ziff. 2.5). Werde eine Frühpensionierung gewählt, könne dem Unterhaltsverpflichteten ohne Weiteres zugemutet werden, sein Vermögen für den Unterhalt einzusetzen, da ein solches gerade im Hinblick auf das Alter angespart wurde. Im Eheschutzverfahren bzw. im vorsorglichen Massnahmeverfahren könne zur Überbrückung von Unterhaltslücken auf Vermögen zurückgegriffen werden, auch ohne dass bereits eine Pensionierung erfolgt sei (act. 2 S. 6 f. Ziff. 2.7).

Die Vorinstanz hatte die Voraussetzungen für einen Vermögensverzehr im Zusammenhang mit der Deckung des nach ihrer Rechnung verbleibenden Mankos erwähnt und diese Voraussetzungen grundsätzlich für erfüllt erachtet, ohne daraus allerdings in Bezug auf die Leistungsfähigkeit des Beklagten entsprechende Schlüsse zu ziehen, wie die Klägerin bemängelt (act. 4 S. 37 f. E. 4.3.2; act. 2 S. 6 Ziff. 2.5).

5.11. Lehre und Rechtsprechung sind in Bezug auf die Anzehrung der Vermögenssubstanz zurückhaltend, was damit begründet wird, dass der Unterhalt in erster Linie aus den vorhandenen Einkünften zu bestreiten ist (BGE 114 II 18, E. 5.b). Mit dem Eintritt des Vorsorgefalls ändern jedoch die Vorzeichen. Soweit das Vermögen dazu bestimmt ist, nach dem Ausscheiden aus dem Erwerbsleben den Unterhalt sicherzustellen, ist nicht einzusehen, weshalb es nach der Pensionierung nicht zur Erfüllung von Unterhaltsverpflichtungen herangezogen werden darf (vgl. Hausheer/Reusser/Spycher, Handbuch des Unterhaltsrechts, 2. A., Rz. 01.77, Rz. 03.142. ff. und Rz. 05.66). Analog zu den Ergänzungsleistungen zur AHV und IV wird in einer Mangelsituation ein jährlicher Verbrauch von einem Zehntel des einen Freibetrag übersteigenden Reinvermögens als zulässig erachtet (FamKomm Scheidung/Vetterli, 2. Aufl., Art. 176 N 31).

5.12. Mit einem Vermögen von fast Fr. 3.5 Mio. (vgl. act. 4 S. 31 f. E. 4.2.3) ist es dem Beklagten grundsätzlich ohne Weiteres möglich, die Differenz zwischen seiner Rente und einer vollen Rente von Fr. 4'708.50 für die weitere Geltungs-

dauer der vorsorglichen Massnahmen aus dem Vermögen auszugleichen. Die oben erwähnte Schwelle von 10% wird so erst nach über sechs Jahren erreicht. Ein allenfalls zu gewährender Freibetrag wird dadurch von vornherein nicht berührt (bei der Bemessung des Kostenvorschusses wurde eine Dauer von rund zwei Jahren angenommen, act. 9 S. 2). Gelingt es dem Beklagten, aus seiner selbständigen Tätigkeit ein Einkommen zu erzielen, verringert sich der Betrag sukzessive, den er seinem Vermögen entnehmen muss (vgl. oben 5.9).

5.13. Der Altersunterschied der Parteien führt dazu, dass der Beklagte auch nach seiner Pensionierung weiterhin für den Unterhalt der Klägerin aufzukommen hat, soweit seine wirtschaftliche Leistungsfähigkeit das erlaubt. Alterskapital und Rente entsprechen sich wirtschaftlich. Die Wahl zwischen Rente und Kapital kann sich daher nicht wesentlich auf die Leistungsfähigkeit des Beklagten auswirken. Andernfalls würde diese Entscheidung im Ergebnis doch auf eine Vermögensentäusserung hinauslaufen (entgegen act. 14 S. 3 Rz. 23). Wenn die Rente die Leistung von Unterhalt erlaubt, sollte das mit dem entsprechenden Alterskapital ebenso gut möglich sein, ohne dass ein Abänderungsgrund vorliegt. Verzichtet der Beklagte zugunsten einer Kapitalauszahlung auf einen Teil seiner Rente, nimmt er in Kauf, dass er zur Finanzierung nicht nur seines eigenen Unterhalts (vgl. Prot. VI S. 47), sondern auch des Unterhalts der Klägerin unter Umständen auf dieses Kapital greifen muss.

Der Beklagte beruft sich darauf, das Alterskapital sei noch nicht entwidmet und stehe noch unter dem Vorsorgeschutz (act. 14 S. Rz. 25). Das ist ungenau. Mit dem Eintritt des Vorsorgefalls wurde seine Anwartschaft in einen Leistungsanspruch umgewandelt. Da ihm die Vorsorgeeinrichtung das Kapital nicht ohne Zustimmung der Klägerin auszahlt, liegt dieses im Moment auf einem Sperrkonto, so dass er darauf nicht zugreifen kann (vgl. act. 5/63/79 S. 2). Bei einem verbleibenden Vermögen von über Fr. 2 Mio. (act. 4 S. 31 f.) und liquiden Mitteln von Fr. 1.6 Mio. laut eigenen Angaben (Prot. VI S. 50) ist es ihm jedoch möglich, die benötigten Beträge einstweilen aus anderen Mitteln zu beziehen.

Der Beklagte macht geltend, er benötige das Alterskapital, um der Klägerin die Entschädigung für ihren Vorsorgeanspruch nach Art. 124 ZGB auszurichten (Prot.

Vi S. 45 f.). Es trifft zu, dass der Beklagte die Klägerin für den entgangenen Vorsorgeausgleich zu entschädigen hat. Dieser Anspruch entsteht allerdings erst bei der Scheidung und hat somit grundsätzlich keinen Einfluss auf den gegenwärtigen Unterhalt der Klägerin bzw. die Leistungsfähigkeit des Beklagten. Im Rahmen einer Gesamtlösung sollte der vom Beklagten vor Vorinstanz befürchtete Liquiditätsengpass zu vermeiden sein (Prot. Vi S. 46).

5.14. Wie oben ausgeführt, ist dem Beklagten ein Vermögensverzehr nach dem Eintritt des Vorsorgefalls grundsätzlich zuzumuten. Da das Alterskapital den Ersatz für den teilweisen Rentenverzicht darstellt, trifft das in diesem Umfang uneingeschränkt zu. Die teilweise Verwendung dieses Kapitals für den laufenden Unterhalt, was dazu führt, dass der Beklagte – welcher die Höhe des Alterskapitals anscheinend an der während der Ehe erworbenen Austrittsleistung ausrichtete (vgl. act. 5/63/78) – für die Leistung der Entschädigung nach Art. 124 ZGB zusätzlich auf sein restliches Vermögen zurückgreifen muss, ist angesichts seiner Vermögensverhältnisse – der Beklagte räumte vor Vorinstanz liquide Mittel von Fr. 1.6 Mio. ein (Prot. Vi S. 50) – im oben erwähnten Umfang (rund Fr. 55'000.– jährlich für eine beschränkte Zeit) zumutbar.

Es ist zu beachten, dass die Vorsorgeleistungen des Beklagten ausgehend von einem ungeteilten Vorsorgeguthaben berechnet wurden. Verglichen mit der Situation, wenn der Vorsorgefall nach der Scheidung eingetreten wäre, erhält der Beklagte lebenslänglich höhere Rentenleistungen, was mit der Ausrichtung einer Entschädigung nach Art. 124 ZGB ausgeglichen wird. Die mit dem Alter abnehmende Lebenserwartung führt dazu, dass sein Vorsorgebedarf sinkt, so dass er weniger Vermögen benötigt. Zudem wird er ab Erreichen des gesetzlichen Rentenalters auch Leistungen der AHV erhalten.

6. Fazit

6.1. Der Beklagte geht für den Zeitpunkt des Eheschutzverfahrens von einem monatlichen Nettoeinkommen ohne Kinderzulagen von rund Fr. 13'400.– aus (act. 5/62 S. 22 Rz. 293; act. 5/83/86; Prot. Vi S. 36; vgl. auch act. 4 S. 9 E. 3.1.). Neben den Unterhaltsbeiträgen von monatlich Fr. 5'000.– für die Klägerin, die

Gegenstand dieses Verfahrens sind, und den Unterhaltsbeiträgen von monatlich Fr. 1'250.– für den jüngsten Sohn C. _____ bezahlte der Beklagte damit auch die Unterhaltsbeiträge für die beiden mittlerweile volljährigen Kinder E. _____ und D. _____ von je Fr. 1'250.– im Monat (act. 5/62 S. 22 Rz. 294; act. 5/10/13).

Um einen aussagekräftigen Vergleich zwischen damals und heute anzustellen, sind die Kinder jedes Mal gleich zu behandeln. Zieht man die Kinderunterhaltsbeiträge im Zeitpunkt des Eheschutzverfahrens ab, reduziert sich das Einkommen des Beklagten auf Fr. 9'650.–. Dieser Betrag stand damals für die Unterhaltsbeiträge für die Klägerin und seinen eigenen Bedarf zur Verfügung. Das ist weniger als der Betrag einer vollen Pensionskassenrente von Fr. 10'596.– ohne Kinderrenten, den der Beklagte nach der Frühpensionierung hätte erhalten können und den er sich anrechnen lassen muss, weil er freiwillig darauf verzichtete und es ihm möglich und zumutbar ist, die Differenz aus seinem Vermögen und einer allfälligen selbständigen Erwerbstätigkeit zu beziehen. Es liegt damit keine Veränderung der Verhältnisse zum Nachteil des Beklagten vor.

6.2. Die Frühpensionierung des Beklagten ist zweifellos eine erhebliche und dauerhafte Veränderung. Die damit verbundene Verschlechterung der Einkommenssituation, die auf seine in diesem Zusammenhang erfolgte Wahl einer Teilrente zurückzuführen ist, ist aber als freiwillig zu qualifizieren. Da es dem Beklagten möglich und zumutbar ist, diese Einbusse aus einer sich im Aufbau befindlichen selbständigen Erwerbstätigkeit und aus seinem Vermögen zu kompensieren, liegt kein Grund für eine Anpassung der im Eheschutzverfahren vereinbarten Unterhaltsbeiträge vor.

Die Berufung der Klägerin ist folglich gutzuheissen, der angefochtene Entscheid ist aufzuheben und das Abänderungsbegehren des Beklagten ist abzuweisen.

7. Kosten- und Entschädigungsfolgen

7.1. Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen des Berufungsverfahrens ist nicht erst mit dem erstinstanzlichen Endentscheid in der Hauptsache (vgl. Art. 104 Abs. 1 ZPO), sondern bereits an dieser Stelle zu befinden. Vorliegend handelt es

sich um eine rein vermögensrechtliche Streitigkeit (vgl. E. I./2.1. vorne). Der Streitwert für die Kosten- und Entschädigungsfolgen berechnet sich nach Massgabe dessen, was vor der Rechtsmittelinstanz noch im Streit liegt (§ 12 Abs. 2 der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 [GebV OG]). Obwohl an sich die Leistungsdauer, da abhängig vom Hauptsachenverfahren, ungewiss ist, erscheint das Abstellen auf den zwanzigfachen Betrag der Jahresrente im Sinne von Art. 92 Abs. 2 ZPO unangebracht (vgl. dazu Diggelmann, DIKE-Komm-ZPO, Art. 92 N 7). Bei einer schätzungsweisen Verfahrensdauer bis Mitte 2016 ergibt sich ein Streitwert von Fr. 50'000.– (vgl. E. 2.1. oben; ebenso bereits act. 9).

7.2. Ausgehend von einem Streitwert von rund Fr. 50'000.– ist die ermässigte Grundgebühr (§ 4 Abs. 3 GebV OG) auf Fr. 3'300.– festzusetzen. In Anwendung von § 8 Abs. 1 GebV OG ist diese sodann auf Fr. 2'500.– zu reduzieren. Da der Beklagte vollumfänglich unterliegt, sind ihm die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

7.3. Die Klägerin beantragt eine Parteientschädigung. Gemäss Art. 105 Abs. 2 ZPO spricht das Gericht nach den Tarifen im Sinne von Art. 96 ZPO eine Parteientschädigung zu und verlegt diese in Anwendung von Art. 106 Abs. 2 ZPO. Im Berufungsverfahren bemisst sich die Gebühr danach, was vor der Rechtsmittelinstanz noch im Streit liegt (§ 13 Abs. 1 Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 [AnwGebV]). Neben dem Streitwert sind bei der Festsetzung der Entschädigung der notwendige Zeitaufwand, die Schwierigkeit des Falles und die Verantwortung des Rechtsanwalts zu berücksichtigen (§ 4 Abs. 1 und 2 AnwGebV). Der Anspruch auf die Gebühr entsteht mit der Erarbeitung der Begründung des Rechtsmittels (§ 11 Abs. 1 AnwGebV). Ausgehend von einem Streitwert von Fr. 50'000.– beträgt die ordentliche Grundgebühr Fr. 7'000.–, die bei Streitigkeiten über wiederkehrende Leistungen gemäss Art. 92 ZPO bis auf die Hälfte ermässigt werden kann (§ 4 Abs. 3 AnwGebV). Die ermässigte Grundgebühr ist daher auf Fr. 4'500.– festzusetzen. Unter Berücksichtigung von § 9 und § 12 Abs. 2 AnwGebV ist die Parteientschädigung insgesamt auf Fr. 3'000.– (zuzüglich 8% Mehrwertsteuer) festzusetzen. Gestützt auf Art. 106 Abs. 1 ZPO ist

der Beklagte daher zu verpflichten, der Klägerin eine Parteientschädigung von Fr. 3'000.– (zuzüglich 8% Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Berufung der Gesuchstellerin/Klägerin und Berufungsklägerin wird die Dispositiv-Ziffer 1 der Verfügung des Bezirksgerichtes Meilen vom 12. März 2015 aufgehoben und wird das Begehren des Gesuchstellers/Beklagten und Berufungsbeklagten um Abänderung der Verfügung der Einzelrichterin im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Meilen vom 24. August 2009 abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'500.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Gesuchsteller/Beklagten und Berufungsbeklagten auferlegt und aus dem von der Gesuchstellerin/Klägerin und Berufungsklägerin geleisteten Kostenvorschuss bezogen. Der Gesuchsteller/Beklagte und Berufungsbeklagte wird verpflichtet, der Gesuchstellerin/Klägerin und Berufungsklägerin den Betrag von Fr. 2'500.– zu ersetzen.
4. Der Gesuchsteller/Beklagte und Berufungsbeklagte wird verpflichtet, der Gesuchstellerin/Klägerin und Berufungsklägerin für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 3'000.– zuzüglich Fr. 240.– für die Mehrwertsteuer (8%), also total Fr. 3'240.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchstellerin/Klägerin und Berufungsklägerin unter Beilage eines Doppels von act. 14 und act. 15/1-6, sowie an das Bezirksgericht Meilen, 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 Fr. 50'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. O. Canal

versandt am: