

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LY180029-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. A. Götschi

Urteil vom 26. September 2018

in Sachen

A. _____,

Kläger und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X1. _____,

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw UZH X2. _____,

gegen

B. _____,

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____,

betreffend **Ehescheidung (vorsorgliche Massnahmen)**

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes (3. Abteilung) des Bezirksgerichtes Zürich vom 14. Juni 2018; Proz. FE140545

Erwägungen:

I.

1. Die Parteien kennen den Hintergrund dieses Verfahrens und den damit befassten Gerichtsinstanzen ist er aus verschiedenen anderen Verfahren bekannt. Auf einführende Bemerkungen wird daher verzichtet.
2. Mit Eingabe an die Vorinstanz vom 1. Juni 2018 beantragte der Berufungskläger die Abänderung von Eheschutzmassnahmen, die während des zwischen den Parteien hängigen Scheidungsverfahrens als vorsorgliche Massnahmen weitergelten, mit folgenden Anträgen (act. 288 S. 2 f.):

In Abänderung von Disp. Ziff. 2 des Urteils der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich LE140078-O/U vom 18. August 2015 (Beilage 1) seien die Unterhaltsbeiträge für die Beklagte/Gesuchsgegnerin und für die Tochter C. _____ (zusätzlich zur Gewährung des Wohnrechts in der Liegenschaft D. _____-strasse ... und der Uebernahme sämtlicher Zins- / Unterhaltskosten dieser Liegenschaft in der Höhe von rund CHF 25'000.00 pro Monat durch den Kläger/Gesuchsteller) für die Dauer des Hauptverfahrens betreffend Nebenfolgen der Scheidung wie folgt festzusetzen:

- 1.a. Der Kläger/Gesuchsteller sei zu verpflichten, während der Dauer des Hauptverfahrens betreffend Nebenfolgen der Scheidung der Tochter C. _____, geb. tt.mm.2011, bis zum tt.mm.2021 (vollendetes 10. Altersjahr) einen Barunterhaltsbeitrag in der Höhe von CHF 3'000.00 pro Monat zu bezahlen, zahlbar jeweils monatlich zum Voraus an die Beklagte/Gesuchsgegnerin;
- b. der Kläger/Gesuchsteller sei zu verpflichten, während der Dauer des Hauptverfahrens betreffend Nebenfolgen der Scheidung der Tochter C. _____ ab 1. November 2021 einen Barunterhaltsbeitrag in der Höhe von CHF 5'000.00 pro Monat zu bezahlen, zahlbar jeweils monatlich zum Voraus an die Beklagte/Gesuchsgegnerin;
2. der Kläger/Gesuchsteller sei zu verpflichten, während der Dauer des Hauptverfahrens betreffend Nebenfolgen der Scheidung der Tochter C. _____ bis zum tt.mm.2021 (vollendetes 10. Altersjahr) zusätzlich zum Barunterhaltsbeitrag gemäss Ziff. 1 vorstehend einen Betreuungsunterhaltsbeitrag in angemessener Höhe, maximal aber CHF 2'000.00 pro Monat, zu bezahlen, zahlbar jeweils monatlich im Voraus an die Beklagte/Gesuchsgegnerin;

3. der Kläger/Gesuchsteller sei zu verpflichten, während der Dauer des Hauptverfahrens betreffend Nebenfolgen der Scheidung der Beklagten/Gesuchsgegnerin jeweils monatlich zum Voraus einen nachehelichen Unterhaltsbeitrag gemäss Art. 125 ZGB in angemessener Höhe zu leisten, maximal wie folgt:

- bis 31. August 2018 CHF 13'000.00,
- von da an bis zum 31. Dezember 2018 CHF 8'150.00,
- von da an bis zum 30. Juni 2019 CHF 5'150.00,
- von da an bis zum tt.mm.2021 (vollendetes 10. Altersjahr der Tochter C._____) CHF 2'150.00;

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten/Gesuchsgegnerin.

Dieses Begehren wies die Vorderrichterin mit Verfügung vom 14. Juni 2018 ab (act. 11/291 = act. 3 = act. 10), ohne die Gegenpartei dazu anzuhören.

3. Gegen diesen Entscheid, der seinem Vertreter am 18. Juni 2018 zugestellt wurde (act. 11/292/1), erhob der Berufungskläger mit Eingabe an die Kammer vom 28. Juni 2018 rechtzeitig Berufung. Darin stellt er folgende Anträge (act. 2 S. 2 f.):

1. Die angefochtene Verfügung FE1405445/L der 3. Abteilung des Bezirksgerichts Zürich vom 14. Juni 2018 sei aufzuheben;
2. es sei die Sache an das Einzelgericht am Bezirksgericht Zürich, 3. Abteilung, zurückzuweisen zur Durchführung einer mündlichen Verhandlung in Nachachtung von Art. 273 ZPO und der Parteibefragung sowie zur anschliessenden Neuurteilung des eingereichten Gesuches um Erlass vorsorglicher Massnahmen;
3. **eventualiter** (falls Antrag Ziff. 2 nicht gutgeheissen wird): Es seien in Gutheissung des klägerischen Gesuches um Erlass vorsorglicher Massnahmen in Abänderung von Disp. Ziff. 2 des Urteils der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich LE140078/O/U vom 18. August 2015 die Unterhaltsbeiträge für die Beklagte und für die Tochter C._____ (zusätzlich zur Gewährung des Wohnrechts in der Liegenschaft D._____-strasse ... und der Übernahme sämtlicher Zins- / Unterhaltskosten dieser Liegenschaft durch den Kläger) für die Dauer des Hauptverfahrens betreffend Nebenfolgen der Scheidung wie folgt festzusetzen:
 - bis 31. August 2018 CHF 13'000.00
 - von da an bis zum 31. Dezember 2018 CHF 8'150.00,
 - von da an bis zum 30. Juni 2019 CHF 5'150.00,

- von da an bis zum tt.mm.2021 (vollendetes 10. Altersjahr der Tochter C._____) CHF 2'150.00,

4. es sei die **Behandlung der vorliegenden Berufung vorläufig bis 31. Juli 2018 zu sistieren;**

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten / Gesuchsgegnerin / Berufungsbeklagten.

4. Nachdem der Berufungskläger seinen Sistierungsantrag mit Eingabe vom 8. Juli 2018 zurückgezogen hatte, wurde ihm mit Verfügung vom 16. Juli 2018 ein Vorschuss für die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens auferlegt, den er rechtzeitig leistete. Die Berufungsbeklagte beantwortete die Berufung mit Eingabe vom 27. August 2018 mit folgenden Anträgen (act. 16 S. 2):

1. Die Berufung sei vollumfänglich abzuweisen.
2. Eventualiter: Die Sache sei zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen und der Beklagten sei Gelegenheit zur Stellungnahme zum Abänderungsbegehren vom 1. Juni 2018 (FE140545, act. 288) zu geben.

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. MwSt. zulasten des Klägers und Berufungsklägers.

Die Berufungsantwort ist dem Berufungskläger mit dieser Entscheidung zuzustellen.

II.

1. Mit der Begründung, dass sich das Begehren des Berufungsklägers auf Änderung der vorsorglichen Massnahmen bezüglich der Unterhaltsbeiträge für die Berufungsbeklagte und das gemeinsame Kind sogleich als unbegründet erweise, wies die Vorderrichterin dieses gestützt auf Art. 253 ZPO ohne Einholung einer Stellungnahme der Berufungsbeklagten ab (act. 10 S. 4 E. I.4).

2. Gegen dieses prozessuale Vorgehen richtet sich die vorliegende Berufung. Der Berufungskläger macht geltend, die Vorinstanz habe mit dem Verzicht auf die Durchführung einer Verhandlung Art. 273 ZPO missachtet und sein rechtliches Gehör verletzt (act. 2 S. 5 ff.).

3. Die Vorinstanz gab einleitend die Voraussetzungen für die Abänderung von vorsorglichen Massnahmen wieder und hielt fest, dass es dafür gemäss Art. 179

ZGB einer wesentlichen und dauerhaften Veränderung der Verhältnisse bedürfe. Nicht jede geringfügige Abweichung von den im Entscheidungszeitpunkt massgebenden Tatsachen rechtfertige eine Abänderung. Was wesentlich und dauerhaft sei, müsse auf Grund der konkreten Umstände des im Einzelfall betroffenen Paares oder der Familie entschieden werden. In der Praxis bestehe eine gewisse Tendenz, bei (finanziellen) Veränderungen um 10% und mehr die Erheblichkeit regelmässig zu bejahen (act. 10 S. 4 ff., insbes. S. 6 E. II.3 m.w.H.).

a) Als Abänderungsgrund berufe sich der Berufungskläger auf die mit Urteil des Bundesgerichtes vom 14. Mai 2018 ausgesprochene Scheidung sowie auf den bevorstehenden Primarschuleintritt der gemeinsamen Tochter C._____, durch den die Berufungsbeklagte während der Schulzeit von Betreuungspflichten befreit werde und einer Erwerbstätigkeit nachgehen könne. Zudem mache er geltend, dass sich die Rechtsgrundlagen seit dem Inkrafttreten des neuen Kinderunterhaltsrechts mit der Einführung des Betreuungsunterhalts erheblich geändert hätten.

b) Zum Abänderungsgrund der Scheidung hielt die Vorderrichterin fest, dass bereits zur Zeit des Eheschutzverfahrens festgestanden habe, dass es zur Scheidung kommen werde, und die Kriterien von Art. 125 ZGB seien damals bei der Festsetzung des Unterhalts einbezogen worden.

Hinzu komme, dass die Ehe der Parteien als lebensprägend zu qualifizieren sei, so dass eine Anknüpfung an die vorehelichen Verhältnisse ausser Betracht falle; vielmehr bleibe auch nach der Scheidung der während der Ehe gewählte Umfang des Unterhalts bedeutsam.

Die durch das Bundesgericht ausgesprochene Scheidung führe daher zu keinen erheblichen und dauerhaften Veränderungen, welche im vorliegenden Verfahren zu berücksichtigen wären und zu einer Herabsetzung des Bedarfs der Beklagten und C._____, sondern lediglich, aber immerhin zur Veränderung des Zivilstands der Parteien.

c) Vor dem Hintergrund, dass die geltende Unterhaltsregelung auf der Situation vor dem Kindergarteneintritt von C._____ beruhe, weil das Obergericht in massgeblichen Entscheid vom 18. August 2015 aus formellen Gründen darauf verzichtete, der Berufungsbeklagten ein hypothetisches Einkommen anzurechnen, stelle der Schuleintritt von C._____ hingegen eine dauerhafte Veränderung der Verhältnisse dar.

d) Die Erheblichkeit dieser Veränderung verneinte die Vorinstanz jedoch mit folgender Begründung:

Zurzeit entrichte der Berufungskläger der Berufungsbeklagten einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von CHF 46'650.00. Neben den Kinderunterhaltsbeiträgen von CHF 3'000.00 zuzüglich allfälliger Kinderzulagen für C._____ und CHF 18'650.00 für die Berufungsbeklagte persönlich flossen in diesen Betrag CHF 25'000.00 für die Übernahme sämtlicher Wohnkosten ein. Diesen Betrag erwähnte der Berufungskläger selbst in seinem Rechtsbegehren und in der Begründung seines Gesuchs.

Der Kläger mache geltend, es sei der Berufungsbeklagten ab dem 1. September 2018 auf einer Basis eines Arbeitspensums von 50-60% ein hypothetisches Einkommen in Höhe von Fr. 4'850.- und ab dem 1. November 2021 ein solches von Fr. 7'000.- bei einem Pensum von 70 % anzurechnen. Zudem sei ihr Bedarf zu aktualisieren und stufenweise von CHF 21'650.00 auf CHF 12'000.00 zu reduzieren.

Die Vorinstanz hält dem Berufungskläger vor, er habe die von ihm geltend gemachte Reduktion des Bedarfs nicht glaubhaft dargelegt. Zudem gelte es zu berücksichtigen, dass eine Arbeitstätigkeit stets Mehrkosten verursache. Sie rechnet der Berufungsbeklagten daher im Bedarf zusätzliche Kosten von monatlich CHF 2'580.00 bei einem Pensum von 50-60% sowie solche von monatlich CHF 3'010.00 bei einem Pensum von 70% an.

Bei einem hypothetischen Einkommen von CHF 4'850.00 für ein 50-60%-Pensum ergebe das eine Veränderung von CHF 2'270.00. Bezogen auf einen monatlichen

Unterhaltsbeitrag von CHF 46'650.00 würde das eine Reduktion um rund 5% bewirken, was nach der einschlägigen Praxis keine erhebliche Veränderung darstelle. Bei einem Einkommen von CHF 7'000.00 für ein 70%-Pensum ab 1. November 2021 würde sich eine Reduktion des Unterhaltsbeitrags um CHF 3'990.00 ergeben, was einer Veränderung um rund 9% entspreche und ebenfalls nicht erheblich sei.

e) Das Begehren des Berufungsklägers sei daher vollumfänglich abzuweisen, hielt die Vorinstanz im Anschluss an diese Erwägungen fest.

4. Der Berufungskläger macht mit seiner Berufung geltend (vgl. act. 2 S. 5-10), dass die Vorinstanz keine Verhandlung durchführe, verstosse nicht nur gegen Art. 273 Abs. 1 ZPO, sondern stelle auch eine Verweigerung des rechtlichen Gehörs dar.

Gestützt auf den Verweis in Art. 276 Abs. 1 ZPO komme in Verfahren über vorsorgliche Massnahmen Art. 273 Abs. 1 ZPO zur Anwendung, welcher zwingend vorschreibe, dass das Gericht über beantragte Massnahmen eine mündliche Verhandlung durchführen müsse.

Die Vorinstanz führe nicht aus, wie ihr Vorgehen mit Art. 273 Abs. 1 ZPO vereinbar sei, was die Begründungspflicht verletze und nicht durch den Hinweis ersetzt werde, dass in Nachachtung von Art. 253 ZPO auf die Einholung einer Gesuchsantwort verzichtet werden könne.

Auf eine mündliche Verhandlung dürfe das Gericht in Nachachtung von Art. 273 Abs. 1 ZPO nur dann verzichten, wenn der Sachverhalt aufgrund der Eingabe der Parteien entweder unbestritten oder klar sei. Diese Voraussetzungen seien beide nicht erfüllt.

Ein klarer Sachverhalt sei nach der Lehre gegeben, wenn sich der Sachverhalt allein anhand von Urkunden darlegen lasse. Für die Beantwortung der Fragen, in welcher Höhe die Berufungsbeklagte heute mit einem Wiedereintritt ins Erwerbsleben ein Einkommen erzielen und damit zur Kostentragung beitragen könne, und inwieweit im Zusammenhang mit der Erzielung eines solchen Erwerbseinkom-

mens zusätzliche Kosten (in welcher Höhe?) für Kinderbetreuung durch eine Nanny (in welchem zeitlichen Umfang?) entstünden, lägen keine Urkundenbelege vor, so dass von einem klaren Sachverhalt keine Rede sein könne.

Das gelte umso mehr, als die Anträge des Berufungsklägers die Kinderunterhaltsbeiträge als Gegenstand hätten und es somit um Kinderbelange gehe, für welche gemäss Art. 296 Abs. 1 ZPO die uneingeschränkte Officialmaxime gelte.

5. Die Berufungsbeklagte hält in der Berufungsantwort fest (vgl. act. 16 S. 3 f.), Art. 253 ZPO komme auch im Anwendungsbereich der uneingeschränkten Untersuchungsmaxime neben Art. 273 ZPO zur Anwendung und überlasse es dem Ermessen des Gerichts, über offensichtlich unbegründete Gesuche ohne vorgängige Zustellung an den Gesuchsgegner zu entscheiden.

Die Vorinstanz habe ihrer Entscheidung den vom Berufungskläger dargelegten, lediglich durch gerichtsnotorische Tatsachen ergänzten, klaren und unbestrittenen Sachverhalt zugrunde gelegt, weshalb sie auf eine mündliche Verhandlung habe verzichten können.

6. Art. 273 Abs. 1 ZPO erlaubt den Verzicht auf eine mündliche Verhandlung, wenn der Sachverhalt aufgrund der Eingaben der Parteien klar oder unbestritten ist. Dass ein Gesuch als offensichtlich unzulässig oder offensichtlich unbegründet erscheint, so dass es das Gericht gestützt auf Art. 253 ZPO entweder abweisen oder nicht darauf eintreten kann, ohne die Gegenpartei anzuhören, setzt ebenfalls klare Verhältnisse voraus, geht aber noch weiter.

Wie sich diese beiden Bestimmungen zueinander verhalten, ob sie sich ausschliessen wie der Berufungskläger schreibt oder nicht, kann letztlich offen bleiben, weil - wie zu zeigen ist - im vorliegenden Zusammenhang nicht davon ausgegangen werden könnte, das Begehren erweise sich "sogleich" als unbegründet, wie die Vorinstanz dies erwog (act. 10 S. 4 E. I.4).

7. Das Gesetz verwendet in diesem Zusammenhang die Worte "offensichtlich unbegründet". Nach der Lehre bedeutet das "sehr deutlich" (vgl. Kaufmann, DIKE-Komm-ZPO, Art. 253 N 4, der von den unterschiedlichen Definitionen des Duden -

"sehr deutlich, so dass man es nicht übersehen kann" und "wie es scheint" - ausgeht und sich an der französischen Fassung - "manifestement irrecevable ou infondée" - orientiert).

Die Umschreibung "sehr deutlich" könnte den Anschein erwecken, es sei ein grober Mangel der Begründung erforderlich, damit diese Folge eintrete. Das ist nicht gemeint. Das "sehr deutlich" bezieht sich auf die Erkennbarkeit, wie sowohl der deutsche als auch der französische Gesetzeswortlaut verdeutlichen. Demnach kann auch ein kleiner Mangel der Begründung diese Folge haben, wenn er für sich allein zur Abweisung des Gesuchs führt. Erforderlich ist lediglich, dass dieser Mangel anhand der Gesuchsbegründung zweifelsfrei feststeht.

8. Die Abweisung eines Massnahmegesuchs ohne Anhörung der Gegenpartei setzt voraus, dass es sich aufgrund der eigenen Sachdarstellung des Gesuchstellers als unbegründet erweist, und erfordert somit eine Prüfung, bei der die dem Begehren zugrundeliegende Tatsachendarstellung als wahr unterstellt wird.

Die Vorinstanz wich von diesem Grundsatz ab, indem sie dem Argument des Berufungsklägers, dass die Berufungsbeklagte nach dem Schuleintritt in der Lage sei, ein Erwerbseinkommen zu erzielen, mit einer Erwerbstätigkeit verbundene Aufwendungen der Berufungsbeklagten gegenüber stellte, ohne abzuwarten, ob die Berufungsbeklagte eine entsprechende Einwendung erheben würde.

Gestützt auf die familienrechtliche Official- und Untersuchungsmaxime durfte die Vorinstanz die mit einer Erwerbstätigkeit der Berufungsbeklagten verbundenen Aufwendungen zwar grundsätzlich auch von Amtes wegen berücksichtigen. Unabhängig davon, wer diesen Einwand in das Verfahren einführte, musste die Vorinstanz dem Berufungskläger aber dazu das rechtliche Gehör gewähren, wenn sie ihn zu seinem Nachteil berücksichtigen wollte.

Daran ändert nichts, dass die Vorinstanz als gerichtsnotorisch bezeichnet, dass bei einer Arbeitstätigkeit Kosten für auswärtige Verpflegung, Mobilität und Kinderbetreuung hinzugerechnet werden (act. 10 S. 11). Dass eine Arbeitstätigkeit mit Kosten verbunden ist, mag gerichtsnotorisch sein, die Höhe der damit verbunde-

nen Kosten ist es jedoch nicht, auch wenn sich die Vorinstanz dabei auf statistische Daten stützt.

Das gilt hier umso mehr, als die vorliegenden Verhältnisse nicht alltäglich sind, so dass nicht oder nur eingeschränkt auf Vergleichswerte abgestellt werden kann. Die mit einer Arbeitstätigkeit verbundenen Kosten hängen von den Dispositionen der Berufungsbeklagten ab. Es wäre unter diesen Umständen angezeigt, diese zu ihren Plänen zu befragen, bevor das Gericht Annahmen trifft. Diese Annahmen sind im Übrigen nicht so evident, dass es sich erübrigt hätte, dem Berufungskläger dazu das rechtliche Gehör zu gewähren.

Indem die Vorinstanz das Massnahmebegehren gestützt auf Tatsachen abwies, die der Berufungskläger nicht so behauptet hatte, sondern die sie teilweise von Amtes wegen ergänzt hatte, ohne dass sich der Berufungskläger dazu äussern konnte, verletzte sie sein rechtliches Gehör.

9. Die Berufung ist daher gutzuheissen. Da die Vorinstanz das Verfahren nicht vollständig durchgeführt hatte, ist ein Entscheid in der Sache nicht möglich. Das Verfahren ist zur Durchführung eines kontradiktorischen Verfahrens an die Vorinstanz zurückzuweisen. Danach wird die Vorinstanz erneut darüber zu entscheiden haben, ob ein Abänderungsgrund gegeben ist, und wenn ja wird sie die Unterhaltsbeiträge neu zu berechnen haben.

10. Die Vorinstanz legte grosses Gewicht auf die relative Grösse der geltend gemachten Veränderung und stellte entscheidend auf die in diesem Zusammenhang in der Praxis gebräuchliche Grenze von 10% ab, wie aus ihren abschliessenden Erwägungen zum Ausdruck kommt, wo sie festhält, dass eine Veränderung um rund 5% bzw. rund 9% nicht erheblich sei, und daraus auf die Abweisung des Begehrens schliesst (act. 10 S. 12).

Da die Berufung wegen der Verletzung des rechtlichen Gehörs des Berufungsklägers ohnehin gutzuheissen ist, hat das zwar keinen Einfluss auf den Ausgang des Verfahrens. Im Hinblick darauf, dass die Vorinstanz die Erheblichkeit nach der

Rückweisung erneut zu prüfen hat, sind dennoch einige Bemerkungen zur rechtlichen Bedeutung dieses Schwellenwerts angebracht.

Die Schwelle von 10% für die Erheblichkeit von Veränderungen ist ein Erfahrungswert, der im Masseverfahren eine schnelle vorläufige Orientierung erlaubt, der aber im Einzelfall konkret zu überprüfen ist und widerlegt werden kann, vergleichbar mit einer natürlichen Vermutung. Die Lehre, welche die Vorinstanz einleitend zitiert, spricht von einer Tendenz, die Erheblichkeit zu bejahen, wenn ein Schwellenwert von 10% überschritten werde (act. 10 S. 5 f.). Daraus darf jedoch nicht als Umkehrschluss gefolgert werden, dass die Erheblichkeit in jedem Fall fehle, wenn dieser Wert nicht erreicht wird. Solche Werte dienen lediglich als grobe Leitlinien und entbinden die Gerichte nicht von einer sorgfältigen Prüfung des Einzelfalles (BSK ZGB I-Spycher / Gloor, Art. 129 N 7; vgl. auch Spycher / Hausheer, Handbuch des Unterhaltsrechts, S. 655 Rz. 09.128).

Hintergrund der prozentualen Schwellenwerte ist die Überlegung, dass eine bestimmte Veränderung je nach den finanziellen Verhältnissen grössere oder kleinere Auswirkungen auf die Lebenshaltung der Parteien hat und daher in Relation zu den bisherigen finanziellen Verhältnissen zu setzen ist. Da eine Veränderung auf der Seite der unterhaltsberechtigten Berufungsbeklagten geltend gemacht wird, kommt es in erster Linie auf ihre finanziellen Verhältnisse an, d.h. die geltend gemachte Erhöhung ihrer Mittel ist ihrem Unterhaltsanspruch und ihrem Bedarf gegenüber zu stellen. Bedarf und Einkommen des Berufungsklägers sind ohnehin nicht bekannt, da seine Leistungsfähigkeit stets unbestritten war und daher nicht ermittelt wurde.

Die Berufungsbeklagte verweist darauf, dass in der Lehre die Auffassung vertreten wird, bei guten finanziellen Verhältnissen mit einer Sparquote brauche es mehr, damit eine Veränderung als erheblich zu qualifizieren ist (act. 16 S. 7 Ziff. 7.1 m.H. auf BSK ZGB I-Spycher / Gloor, Art. 129 N 7). Das ist grundsätzlich richtig. Bei aussergewöhnlichen finanziellen Verhältnissen, wie sie vorliegend gegeben sind, nimmt aber auch die Übertragbarkeit und damit die Aussagekraft von solchen Erfahrungswerten ab.

In der Zusammenstellung der Mittel der Berufungsbeklagten durch die Vorinstanz machen die Wohnkosten die grösste Position aus, welche der Berufungskläger gestützt auf eine Vereinbarung der Parteien übernimmt und die er selbst auf CHF 25'000.00 beziffert. Dabei handelt es sich nicht um eine direkte Leistung an die Berufungsbeklagte, sondern der Berufungskläger übernimmt sämtliche Zins- und Unterhaltskosten für die eheliche Liegenschaft, welche für die Dauer des Getrenntlebens der Berufungsbeklagten zugewiesen wurde. Die Berufungsbeklagte weist zu Recht daraufhin, dass sich der Berufungskläger dazu in einer Teilvereinbarung verpflichtete, die im erstinstanzlichen Eheschutzentscheid vorgemerkt wurde, so dass es sich dabei heute nicht um eine freiwillige Leistung handelt (act. 16 S. 14 Ziff. 10.4).

Anders als die vom Berufungskläger bezahlten Unterhaltsbeiträge und ein allfälliges Erwerbseinkommen, das ihr der Berufungskläger anrechnen lassen möchte, handelt es sich dabei nicht um Mittel, die der Berufungsbeklagten zufließen und über die sie verfügen kann, sondern der Berufungskläger trägt diese Verpflichtungen gegenüber Dritten und stellt ihr als Naturalleistung eine Liegenschaft zur Verfügung. Finanziell spürt die Berufungsbeklagte das indirekt, indem sie mit den Unterhaltsbeiträgen, welche sie vom Berufungskläger erhält, keine Wohnung finanzieren muss, sondern diese Mittel vollumfänglich für andere Bedürfnisse einsetzen kann.

Damit dieser Vergleich nicht durch eine Position verzerrt wird, auf deren Höhe die Parteien keinen Einfluss haben, erscheint es sachgerecht, diese auszuklammern und die geltend gemachte Veränderung mit den Unterhaltsbeiträgen zu vergleichen, die tatsächlich an die Berufungsbeklagte fließen. Bei der Würdigung ist allerdings zu berücksichtigen, dass die Berufungsbeklagte damit keine Wohnkosten bezahlen muss, was dazu führt, dass die Grenze für die Erheblichkeit einer Veränderung höher anzusetzen ist.

Aufgrund der Aktenlage ist keine abschliessende Beantwortung der Frage möglich, ob die geltend gemachte Veränderung erheblich ist. Ausschliessen lässt sich das aufgrund des gegenwärtigen Verfahrensstandes jedenfalls nicht. Das bestätigt den oben gezogenen Schluss, dass das Begehren des Berufungsklägers nicht

offensichtlich unbegründet ist, weshalb die Vorinstanz Art. 253 ZPO nicht zur Anwendung bringen durfte.

11. Die Vorinstanz hatte im Schuleintritt von C._____ eine dauerhafte Veränderung und damit einen Abänderungsgrund erblickt. Bereits im Eheschutzentscheid vom 1. Dezember 2014 sei darauf hingewiesen worden, dass sobald C._____ das Kindergartenalter erreicht habe, von einer Eigenversorgungskapazität der Berufungsbeklagten im Umfang von einer 60%-Tätigkeit auszugehen sei. Trotz fortgeschrittenen Alters der Berufungsbeklagten hätten diese Erwägungen im erstinstanzlichen Eheschutzentscheid nach wie vor ihre Gültigkeit (act. 10 S. 9 f.).

Die Berufungsbeklagte macht mit der Berufungsantwort geltend, dass die sich vielleicht im Umbruch befindliche, jedoch noch nicht höchstrichterlich gekehrte langjährige Rechtsprechung zur Zumutbarkeit der Wiederaufnahme einer Erwerbstätigkeit entgegen der vorinstanzlichen Feststellung keinen Abänderungsgrund darstelle (act. 16 S. 14 Ziff. 10.2).

Im gegenwärtigen Verfahrensstadium, nachdem die Vorinstanz das Begehren ohne Anhörung der Gegenseite gestützt auf Art. 253 ZPO abwies und über eine Rückweisung zu entscheiden ist, ist dieser Einwand nur unter dem Blickwinkel zu prüfen, ob sich daraus die offensichtliche Unbegründetheit des klägerischen Abänderungsbegehrens ergibt und ob das vorinstanzliche Ergebnis gestützt auf diese - substituierte - Begründung zu bestätigen ist.

Die Vorinstanz sah das anders und ist in diesem Punkt dem Berufungskläger gefolgt. Da sie auf die Anhörung der Berufungsbeklagten verzichtete, was sie durfte, weil sie das Begehren aus anderen Gründen als offensichtlich unbegründet abwies, geschah das allerdings ohne Anhörung der Berufungsbeklagten. Das heisst, es handelt sich dabei nur um eine vorläufige Auffassung, welche die Vorinstanz nach der Anhörung der Berufungsbeklagten zu überprüfen hat.

Zur Begründung verwies die Vorinstanz auf ihren Eheschutzentscheid vom 1. Dezember 2014, von dem das Obergericht mit Entscheid vom 18. August 2015 aus formellen Gründen abgewichen war, ohne sich materiell dazu zu äussern (act. 10

S. 9 f. E. 3.1). Die Berufungsbeklagte beruft sich demgegenüber auf die sogenannte 10/16-Regel als langjährige höchstrichterliche Rechtsprechung, die sich vielleicht im Umbruch befinde, aber noch nicht höchstrichterlich gekehrt sei (act. 16 S. 13 f. Ziff. 10.2).

Welche Auffassung richtig ist, kann an dieser Stelle offen bleiben und wird in der Fortsetzung dieses Verfahrens zu klären sein. Wie sich aus der eigenen Darstellung der Berufungsbeklagten ergibt, ist die Rechtslage jedenfalls nicht so klar, dass die vom Kläger vertretene Rechtsauffassung, der die Vorinstanz einstweilen folgte, als offensichtlich unbegründet erscheint und stattdessen das Begehren gestützt auf Art. 253 ZPO ohne Anhörung der Gegenpartei abzuweisen wäre.

12. Da die Abweisung seines Massnahmebegehrens aufgrund einer von Amtes wegen ergänzten Tatsachendarstellung ohne Anhörung der Parteien das rechtliche Gehör des Berufungsklägers verletzt und sich auch mit einer anderen Begründung nicht halten lässt, ist der vorinstanzliche Entscheid aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen.

III.

Da es zur Rückweisung kommt, ist die Verteilung der Prozesskosten dem neuen Entscheid der Vorinstanz vorzubehalten (Art. 104 Abs. Abs. 4 ZPO).

Es wird erkannt:

1. Die Verfügung des Bezirksgerichtes Zürich, 3. Abteilung - Einzelgericht, vom 14. Juni 2018 wird aufgehoben und die Sache zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf CHF 10'000.00 festgesetzt.
3. Die zweitinstanzliche Prozessentschädigung wird auf CHF 16'050.00 (Mehrwertsteuer eingeschlossen) festgesetzt.

4. Die Regelung der Prozesskosten des vorliegenden Berufungsverfahrens wird dem neuen Entscheid des Bezirksgerichtes vorbehalten.
5. Es wird vorgemerkt, dass der Kläger und Berufungskläger einen Kostenvorschuss von CHF 10'000.00 für das Berufungsverfahren geleistet hat.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Berufungskläger unter Beilage des Doppels der Berufungsantwort (act. 16), die Obergerichtskasse sowie – unter Beilage der Akten – an das Bezirksgericht Zürich, 3. Abteilung - Einzelgericht, je gegen Empfangsschein.
7. 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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt über CHF 600'000.00.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. A. Götschi

versandt am: