

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LY190015-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. A. Katzenstein und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin MLaw A. Ochsner

Urteil vom 21. Oktober 2019

in Sachen

A. _____,

Kläger und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____

betreffend **Ehescheidung (vorsorgliche Massnahmen)**

**Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes
Bülach vom 1. März 2019; Proz. FE170158**

Rechtsbegehren:

des Klägers und Berufungsklägers (act. 6/63 S. 2):

1. In Abänderung des Eheschutzurteils vom 20. Januar 2016 sei der Kläger für berechtigt zu erklären, der Beklagten ab 1. Februar 2018 einen reduzierten Unterhaltsbeitrag in der Höhe von Fr. 1'500.– monatlich zu bezahlen.
2. In Abänderung des Eheschutzurteils vom 20. Januar 2016 sei der Kläger für berechtigt zu erklären, den Unterhaltsbeitrag für die Tochter C. _____ ab 1. Februar 2018 auf Fr. 500.– monatlich zu reduzieren, wobei Vormerk zu nehmen ist, dass der Kläger den Unterhaltsbeitrag der Tochter C. _____ infolge der Mündigkeit direkt bezahlen wird.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer zulasten der Beklagten.

der Beklagten und Berufungsbeklagten (act. 6/65 S. 1):

"Der Antrag auf Abänderung des Eheschutzurteils vom 20. Januar 2016 sei vollumfänglich abzuweisen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. MwSt. zu Lasten des Klägers."

Verfügung des Bezirksgerichts Bülach vom 1. März 2019

(act. 4/10 = act. 5 = act. 6/87)

1. In Abänderung von Ziffer 4 der mit Urteil vom 20. Januar 2016 des Einzelgerichts am Bezirksgericht Bülach genehmigten Trennungsvereinbarung wird der Kläger rückwirkend ab 1. September 2018 und für die weitere Dauer des Verfahrens verpflichtet, für die Beklagte in Anrechnung bereits geleisteter Unterhaltszahlungen monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 1'550.– zu bezahlen.
Im Übrigen wird Ziffer 1 des Gesuchs um Erlass vorsorglicher Massnahmen abgewiesen.
2. Ziffer 2 des Gesuchs um Erlass vorsorglicher Massnahmen wird abgewiesen. Der Kläger bleibt dementsprechend für die weitere Dauer des Verfah-

rens, längstens bis zum Abschluss einer angemessenen Erstausbildung, verpflichtet, für C._____, geboren tt. Juni 2000, monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 1'500.–, zuzüglich allfälliger von ihm bezogenen gesetzlichen oder vertraglichen Ausbildungszulagen, zu bezahlen.

Die Unterhaltsbeiträge sind zahlbar jeweils am Ersten eines Monats im Voraus an die Tochter, solange sie keine andere Zahlstelle bezeichnet.

3. Diesem Entscheid liegen die folgenden finanziellen Verhältnisse der Beteiligten zugrunde:

Einkommen:

Kläger*:	Beklagte**:	C._____***:
Fr. 8'400.–	Fr. 3'433.–	Fr. 925.–

* Nettoeinkommen pro Monat im 100%-Pensum (inkl. Erwerbserstatzeinkommen, Anteil am 13. Monatslohn, allfälligem Bonus sowie Vermögensertrag, ohne Familienzulagen)

** Nettoeinkommen pro Monat im 80%-Pensum (inkl. Anteil am 13. Monatslohn und Entschädigung für Sonntagsarbeit, ohne Zulage Gastro Reinigung und Familienzulagen)

*** Nettoeinkommen pro Monat (Familienzulagen sowie Hälfte des Lehrlingslohns)

Bedarf:

	Kläger:	Beklagte:	C._____:
Grundbetrag:	Fr. 1'200.–	Fr. 1'200.–	Fr. 1'100.–
Wohnkosten inklusive Nebenkosten (jedoch ohne Stromkosten):	Fr. 1'300.–	Fr. 1'020.–	Fr. 510.–
Indirekte Amortisation ehemalige eheliche Wohnung (Säule 3a):	Fr. 565.–	–	–
Krankenkasse (KVG):	Fr. 381.–	Fr. 356.–	Fr. 92.–
Krankenkasse (VVG):	Fr. 61.–	Fr. 61.–	Fr. 25.–
Ungedeckte Gesundheitskosten:	Fr. 74.–	Fr. 60.–	Fr. 70.–
Kosten D._____:	Fr. 0.–	–	–
Haftpflicht-/Mobiliarversicherung:	Fr. 27.–	Fr. 46.–	–
Kommunikation und Mediennutzung:	Fr. 150.–	Fr. 150.–	Fr. 30.–
Auslagen für Arbeitsweg:	Fr. 160.–	Fr. 63.–	Fr. 175.–
Auswärtige Verpflegung:	Fr. 200.–	Fr. 0.–	Fr. 110.–
Kosten für Haustiere:	–	Fr. 200.–	–
Hobbies:	–	–	Fr. 0.–

Steuerbelastung:	Fr. 366.–	Fr. 400.–	20.–
Total:	Fr. 4'484.–	Fr. 3'556.–	Fr. 2'132.–

4. Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen wird im Endentscheid befunden.

5.-6. Schriftliche Mitteilung / Berufung 10 Tage

Berufungsanträge:

des Klägers und Berufungsklägers (act. 2 S. 2):

- "1. Es sei das Dispositiv Ziffer 1 der angefochtenen Verfügung aufzuheben und in Abänderung von Ziffer 1 des Dispositivs der Kläger zu verpflichten, rückwirkend ab 1. Oktober 2018 und für die weitere Dauer des Scheidungsverfahrens Unterhaltsbeiträge von Fr. 1'500.– monatlich für die Beklagte zu bezahlen.
2. Es sei Ziffer 2, Absatz 1 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung aufzuheben und es sei der Kläger zu verpflichten, für die weitere Dauer des Verfahrens, rückwirkend ab Oktober 2018 bis längstens zum Abschluss einer angemessenen Erstausbildung zu verpflichten, für C. _____, geboren tt. Juni 2000, monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 500.–, zuzüglich allfälliger von ihm bezogenen gesetzlichen oder vertraglichen Ausbildungszulagen, zu bezahlen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer zu Lasten der Beklagten."

der Beklagten und Berufungsbeklagten (act. 12 S. 2):

"Es seien die Anträge des Berufungsklägers unter Hinweis und abgesehen davon, dass das Begehren auf Abänderung im Rahmen vorsorglicher Massnahmen ab Oktober 2018 gestellt wird und das Urteil der Vorinstanz entsprechend zu korrigieren ist (Abänderung ab Oktober 2018, nicht September 2018), im Übrigen vollumfänglich abzuweisen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. MWST zu Lasten des Klägers."

Erwägungen:

I.

Sachverhalt und Prozessgeschichte

1. Die Parteien haben am tt. August 1996 in E._____ ZH geheiratet. Aus der Ehe sind zwei gemeinsame Töchter hervorgegangen, nämlich D._____, geboren am tt. Januar 1997, und C._____, geboren am tt. Juni 2000 (act. 6/13).
2. Im Rahmen eines Eheschutzverfahrens vor dem Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Bülach schlossen die Parteien eine Trennungsvereinbarung, die mit Urteil vom 20. Januar 2016 vorgemerkt bzw. bezüglich der Kinderbelange genehmigt wurde. Unter anderem wurde der Kläger und Berufungskläger (nachfolgend Kläger) darin verpflichtet, Kinderunterhaltsbeiträge in der Höhe von Fr. 1'500.– für die (damals noch) minderjährige Tochter C._____ sowie persönliche Unterhaltsbeiträge für die Beklagte und Berufungsbeklagte (nachfolgend Beklagte) in der Höhe von Fr. 2'150.– zu bezahlen (act. 6/6/17).
3. Seit dem 18. Mai 2017 stehen sich die Parteien vor dem Einzelgericht des Bezirksgerichts Bülach (nachfolgend Vorinstanz) in einem Scheidungsverfahren nach Art. 114 ZGB gegenüber. Ein mit Klageeinreichung durch den Kläger gestelltes Massnahmebegehren, mit welchem der Kläger insbesondere eine Reduktion der Kinder- und Ehegattenunterhaltbeiträge verlangte, wurde von der Vorinstanz mit Verfügung vom 3. Januar 2018 abgewiesen (act. 6/41). Mit Eingabe vom 17. Januar 2018 stellte der Kläger bei der Vorinstanz ein neues Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen, mit welchem er beantragte, er sei für berechtigt zu erklären, ab 1. Februar 2018 die Unterhaltsbeiträge an die Beklagte sowie die Tochter C._____ gemäss Eheschutzurteil vom 20. Januar 2016 angemessen zu reduzieren (act. 6/47). In der Verhandlung über vorsorgliche Massnahmen vom 21. August 2018 stellte der Kläger den vorstehend genannten, präzisierten Antrag (vgl. act. 6/63 S. 2), während die Beklagte die Abweisung der klägerischen Begehren beantragte (act. 6/65 S. 1). Nach weiteren Eingaben beider Parteien, wel-

che sich im Detail dem vorinstanzlichen Entscheid entnehmen lassen (vgl. act. 5 [= act. 4/10 = act. 6/87] E. 1.2), erliess die Vorinstanz den vorgenannten Entscheid (act. 4/10 = act. 5 = act. 6/87, nachfolgend zitiert als act. 5).

4. Hiergegen erhob der Kläger mit Eingabe vom 8. April 2019 rechtzeitig (vgl. act. 6/88) Berufung und stellte die vorgenannte Anträge (act. 2 S. 2). Ein von ihm gleichzeitig gestelltes Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung wurde mit Verfügung vom 12. April 2019 abgewiesen. Zudem wurde dem Kläger Frist angesetzt, um für die Kosten des Berufungsverfahrens einen Vorschuss zu leisten (act. 7). Nachdem dieser fristgerecht geleistet worden war (act. 9), wurde der Beklagten mit Verfügung vom 25. April 2019 Frist zur Berufungsantwort angesetzt (act. 10). Diese wurde fristgerecht erstattet. Die Beklagte stellte darin die vorgenannten Anträge (act. 12 S. 2).

5. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 6/1-95). Das Verfahren ist spruchreif.

II.

Prozessuale Vorbemerkungen

1. Erstinstanzliche Entscheide über vorsorgliche Massnahmen sind mit Berufung anfechtbar (Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO). Gegenstand des Berufungsverfahrens betreffend vorsorgliche Massnahmen ist allein die Unterhaltspflicht des Klägers. Damit liegt eine vermögensrechtliche Streitigkeit vor (vgl. BGE 133 III 393 E. 2; BGer 5A_740/2009 vom 2. Februar 2010, E. 1).

In vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist die Berufung nur zulässig, wenn der Streitwert der zuletzt aufrecht erhaltenen Rechtsbegehren mindestens Fr. 10'000.– beträgt (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Der Kläger hat vorinstanzlich zuletzt beantragt, seine Unterhaltspflicht gemäss Eheschutzurteil von Fr. 3'650.– (Fr. 2'150.– Ehegatten-Unterhalt sowie Fr. 1'500.– für die Tochter C._____; vgl. act. 6/6/17) sei ab 1. Februar 2018 für die weitere Dauer des Getrenntlebens auf Fr. 2'000.– (Fr. 1'500.– Ehegatten-Unterhalt sowie Fr. 500.– für die Tochter

C._____; vgl. act. 63 S. 2) herabzusetzen. Ausgehend von einer schätzungsweise verbleibenden Verfahrensdauer des Scheidungsverfahrens von rund einem Jahr sowie unter Berücksichtigung der (vorinstanzlich noch) beantragten Rückwirkung der Abänderung per 1. Februar 2018 ergibt sich ein Streitwert von Fr. 54'450.– (Total der aktuell für 33 Monate fällig werdenden Unterhaltsbeiträge gemäss Eheschutzurteil [Fr. 120'450.–] abzüglich Total gemäss letztem vorinstanzlichen Antrag des Klägers [Fr. 66'000.–]). Der für die Berufung notwendige Rechtsmittelstreitwert ist damit gegeben.

2. Gemäss Art. 276 Abs. 1 ZPO sind für vorsorgliche Massnahmen während des Scheidungsverfahrens die Bestimmungen über die Massnahmen zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft sinngemäss anwendbar. Für Eheschutzmassnahmen im Sinne von Art. 172 ff. ZGB gelten die Vorschriften über das summarische Verfahren im Sinne von Art. 248 ff. ZPO unter Vorbehalt von Art. 272 und 273 ZPO (Art. 271 lit. a ZPO). Es soll in einem raschen Verfahren – ohne Anspruch auf abschliessende Beurteilung – eine vorläufige Friedensordnung hergestellt werden. Die entscheiderelevanten tatsächlichen Verhältnisse sind, bei freier Beweiswürdigung, nicht strikt zu beweisen, sondern lediglich glaubhaft zu machen. Den Sachverhalt stellt das Gericht in eherechtlichen Summarverfahren wie hier von Amtes wegen fest (Art. 272 ZPO). Es handelt sich hierbei um die eingeschränkte Untersuchungsmaxime. Dessen ungeachtet sind auch in Verfahren mit eingeschränkter Untersuchungsmaxime Noven im Berufungsverfahren nur noch unter den Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO zulässig (vgl. BGE 138 III 625 E. 2.2). Neue Tatsachen und Beweismittel dürfen demnach nur noch berücksichtigt werden, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Diejenige Partei, welche vor der Berufungsinstanz das Novenrecht beanspruchen will, hat darzutun, dass diese Voraussetzungen vorliegen. Im Falle unechter Noven hat sie namentlich die Gründe detailliert darzulegen, weshalb sie die Tatsache oder das Beweismittel nicht schon vor erster Instanz hat vorbringen können (vgl. BGer 5A_330/2013 vom 24. September 2013, E. 3.5.1).

3. Im Berufungsverfahren kann sowohl die unrichtige Rechtsanwendung als auch die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Ebenfalls gerügt werden kann die (blosse) Unangemessenheit des vorinstanzlichen Entscheides, da es sich bei der Berufung um ein vollkommenes Rechtsmittel handelt. Grundsätzlich auferlegt sich die Berufungsinstanz bei der Überprüfung von Ermessenentscheiden der Vorinstanz jedoch insoweit Zurückhaltung, als sie nicht eigenes Rechtsfolgeermessen ohne Weiteres an die Stelle des vorinstanzlichen stellt, insbesondere wo es örtliche und persönliche Verhältnisse zu berücksichtigen gilt, denen das Sachgericht nähersteht (vgl. etwa BK ZPO-STERCHI, Art. 310 N 3; BLICKENSTORFER, DIKE-Komm ZPO, 2. A., Art. 310 N 10).

Im Rahmen der Berufung hat sich die Berufung führende Partei mit den Erwägungen der Vorinstanz im Einzelnen auseinanderzusetzen und konkret aufzuzeigen, was am angefochtenen Urteil oder am Verfahren des Bezirksgerichts falsch war (BGE 138 III 374, E. 4.3.1). Fehlt eine hinreichende Begründung, tritt die Berufungsinstanz insoweit auf die Berufung nicht ein (BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 4A_290/2014 vom 1. September 2014, E. 3.1; BGer 5A_438/2012 vom 27. August 2012, E. 2.2). Dies gilt auch im Bereich der Untersuchungsmaxime (vgl. etwa ZK ZPO-REETZ/THEILER, 3. A., Art. 310 N 5 f. und Art. 311 N 36 ff.). Innerhalb der Beanstandungen der die Berufung führenden Partei ist die Berufungsinstanz indes weder an die Begründung des Berufungsklägers noch an jene der Vorinstanz gebunden, sondern sie wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO).

Im Entscheid über die Berufung ist auf die durch die Parteien erhobenen Beanstandungen einzugehen, indes verpflichtet die Begründungspflicht (Art. 53 ZPO) das Gericht 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 Parteivorbringen (und auf die eingereichten Unterlagen) einzugehen, als dies für die Rechtsfindung erforderlich ist.

III.

Zur Berufung im Einzelnen

1. Grundlagen des Eheschutzentscheidendes, zusammengefasste Erwägungen der Vorinstanz und Parteistandpunkte

1.1 Mit Eheschutzurteil vom 20. Januar 2016 wurde vorgemerkt, dass die Parteien seit dem 18. Mai 2015 getrennt leben, und es wurde eine von den Parteien geschlossene Trennungsvereinbarung genehmigt. In dieser verpflichtete sich der Kläger insbesondere, an die Kosten des Unterhalts und der Erziehung der minderjährigen Tochter C._____ ab 1. Januar 2016 monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 1'500.– zu bezahlen, zuzüglich allfällige gesetzliche oder vertragliche Kinder- bzw. Ausbildungszulagen. Ausserdem verpflichtete er sich, der Beklagten für sie persönlich ab dem 1. Januar 2016 monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 2'150.– zu bezahlen. Beim Abschluss dieser Vereinbarung wurde beim Kläger von einem monatlichen Nettoerwerbseinkommen von Fr. 9'750.– und bei der Beklagten von einem solchen von Fr. 3'620.– ausgegangen (act. 6/6/17), wobei der Kläger zum damaligen Zeitpunkt in einem Vollzeitpensum als Informatiker bei der F._____ und die Beklagte mit einem 80 %-Pensum bei der G._____ angestellt war (act. 6/6 Prot. S. 6 und 14). Der Bedarf des Klägers wurde auf Fr. 5'039.– und derjenige der Beklagten mit C._____ auf Fr. 5'111.– beziffert (act. 6/6/17).

1.2 Die Vorinstanz ist im Rahmen des Massnahmeverfahrens zum Schluss gekommen, das Einkommen des Klägers habe sich per 1. Februar 2018 von Fr. 9'750.– auf Fr. 8'400.– reduziert, wobei sich das neue Einkommen aus einem teilweise hypothetischen Nettoerwerbseinkommen von Fr. 8'280.– (act. 5 E. 4.2-7) sowie einem Vermögensertrag von Fr. 120.– pro Monat (act. 5 E. 4.8) zusammensetze. Diese Verringerung um rund 14 % sei angesichts der Verhältnisse als wesentlich zu qualifizieren (act. 5 E. 4.9), wobei auch die Dauerhaftigkeit dieser Änderung zu bejahen sei (act. 5 E. 4.10). In der Folge nahm die Vorinstanz eine

Neuberechnung der Unterhaltsbeiträge vor. Sie berücksichtigte dabei auf Seiten der Beklagten ein Erwerbseinkommen von Fr. 3'433.–. Der (inzwischen volljährige) Tochter C._____ rechnete sie den halben Lehrlingslohn sowie die Familienzulage an, entsprechend insgesamt Fr. 925.–. Weiter errechnete sie einen Bedarf des Klägers von Fr. 4'484.–, einen solchen der Beklagten von Fr. 3'556.– sowie einen solchen von C._____ von Fr. 2'132.–. Gestützt auf diese Grundlagen verpflichtete sie den Kläger, der Beklagten monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 1'550.– zu bezahlen. Sie reduzierte die Unterhaltspflicht des Klägers mithin um Fr. 600.–. Das Abänderungsbegehren des Klägers hinsichtlich der Tochter C._____ wies die Vorinstanz indessen ab, womit der Kläger verpflichtet blieb, für sie Unterhaltsbeiträge in der Höhe von Fr. 1'500.– monatlich zu bezahlen (act. 5 Disp.-Ziffer 1 und 2).

1.3 Umstritten ist im Berufungsverfahren einerseits das dem Kläger anzurechnende Einkommen – und zwar sowohl das Erwerbseinkommen als auch der Vermögensertrag –, sowie andererseits die Frage, in welcher Höhe der Lehrlingslohn von C._____ bei der Unterhaltsberechnung zu berücksichtigen ist. Der Kläger geht davon aus, es sei ihm ein Nettoerwerbseinkommen von Fr. 6'319.25 anzurechnen (act. 2 S. 8) und kein Vermögensertrag (act. 2 S. 8 f.). Zudem sei bei der Tochter C._____ der gesamte Lehrlingslohn zu berücksichtigen, da die Vorinstanz ihr den vollen Grundbetrag sowie alle übrigen Lebenshaltungskosten zugestanden habe (act. 2 S. 9). Insgesamt beantragt der Kläger für die Beklagte und C._____ die Reduktion der Unterhaltsbeiträge auf insgesamt Fr. 2'000.–. Die Beklagte stellt sich in der Berufungsantwort indessen auf den Standpunkt, der Kläger habe sich nicht genügend um eine neue Stelle bemüht. Es sei ihm das Einkommen anzurechnen, das er hätte erzielen können, nämlich mindestens Fr. 8'864.15 monatlich. Sie hält zudem dafür, dass der von der Vorinstanz angerechnete Vermögensertrag in jedem Fall erzielbar sei. Im Übrigen sei C._____ der Lehrlingslohn nicht anzurechnen. Sie beantragt die Abweisung der Berufung (act. 12 S. 9 f.).

2. Rechtliche Erwägungen

Gemäss Art. 179 Abs. 1 ZGB passt das Gericht auf Begehren eines Ehegatten die eheschutzrechtlich (oder als vorsorgliche Massnahmen für die Dauer des Scheidungsverfahrens) angeordneten Massnahmen an, wenn sich die Verhältnisse verändert haben. Die Vorinstanz hat die Voraussetzungen zur Abänderung bestehender Massnahmen (erhebliche und dauerhafte Veränderung der zugrundeliegenden tatsächlichen Verhältnisse) zutreffend dargelegt, weshalb – um unnötige Wiederholungen zu vermeiden – grundsätzlich darauf verwiesen werden kann (act. 5 E. 2.1-4).

Ebenfalls zutreffend dargelegt hat die Vorinstanz – und auch darauf kann verwiesen werden (act. 5 E. 2.3) –, dass dann, wenn ein Abänderungsgrund bezüglich der Unterhaltsbeiträge vorliegt, die gesamte Berechnung für beide Ehegatten und die Kinder neu durchgeführt werden muss, 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 LY150047 vom 20. November 2015 E. 2.1. m.w.H.).

3. Vermögensertrag

3.1 Die Vorinstanz rechnete dem Kläger Fr. 120.– Vermögensertrag als Einkommen an. Sie hielt fest, in der Verhandlung über vorsorgliche Massnahmen habe der Kläger ausgeführt, er habe im Jahr 2017 liquide Mittel in der Höhe von rund Fr. 270'000.– geerbt, die er angelegt habe. Soweit ersichtlich verfüge die Beklagte demgegenüber über kein (liquides) Vermögen in dieser Grössenordnung. Aufgrund dessen seien die auf dem Barvermögen des Klägers anfallenden Vermögenserträge ihm als Einkommen anzurechnen, wobei diese zu schätzen seien. Vorab sei festzuhalten, dass es dem Kläger nicht zuzumuten sei, das Vermögen einem erhöhten Verlustrisiko auszusetzen, da er es aus einem Erbfall erworben habe. Darüber hinaus gehe es im Rahmen von vorsorglichen Massnahmen im Scheidungsverfahren um eine kurzfristige Unterhaltsverpflichtung, wes-

wegen der Vermögensertrag nur über eine kurze Zeitperiode erzielt werden könne. Vor diesem Hintergrund sei beim aktuellen Zinsniveau von einem dem Kläger anzurechnenden Vermögensertrag von monatlich Fr. 120.– auszugehen (act. 5 E. 4.8).

3.2 Der Kläger hält in der Berufung fest, die Vorinstanz gehe von einem Vermögensertrag von ihm von Fr. 130.– (recte: Fr. 120.–) monatlich aus. Diese Annahme sei willkürlich und entspreche nicht den effektiven Verhältnissen. Es sei gerichtsnotorisch, dass insbesondere in den letzten Monaten des Jahres 2018 und nicht viel anders in den ersten Monaten des Jahres 2019 Verluste in allen Bereichen der Vermögensanlagen hätten hingenommen werden müssen. Dies sei auch beim Kläger so gewesen: Im letzten Quartal 2018 habe die Performance der Anlagefonds - 6.17 % betragen. Das Anlagevermögen habe Fr. 308'135.– betragen, wobei die Hälfte davon seiner Schwester gehöre. Er verweist hierzu auf den Titel des im Berufungsverfahren eingereichten Vermögensausweises (act. 4/9) und zieht das Fazit: Die Annahme eines Vermögensertrages durch die Vorinstanz sei willkürlich und entspreche nicht den Fakten. Es sei kein Vermögensertrag anzurechnen (act. 2 S. 8 f.).

3.3 Die Beklagte hält dem entgegen, 2018 sei bekannterweise an der Börse ein schlechtes Jahr gewesen, 2019 sehe aber gut aus. Sie verweist dazu auf zwei Homepages (Credit Suisse Portfolio und Schweizer Aktienmarkt). Der Kläger habe keinen Nachweis für die relevante Zeit 1. Quartal 2019 eingereicht, dies sei nachzuholen. In jedem Fall sei ein Vermögensertrag von Fr. 120.– erzielbar, sei dies doch weniger als 1 %. Im Bestreitungsfall müsse der Kläger seine Rendite Januar 2019 bis heute nachweisen (act. 12 S. 9).

3.4 Die Vorinstanz ging zu Recht davon aus, dass Vermögenserträge ebenfalls zum Einkommen gehören, das zur Deckung des familienrechtlichen Bedarfs herangezogen wird (vgl. dazu MAIER, Die konkrete Berechnung von Unterhaltsansprüchen im Familienrecht, FamPra.ch 2014, S. 302 ff., S. 317). Hinsichtlich der konkreten Höhe des von der Vorinstanz angerechneten Vermögensertrages ist indessen das Folgende festzustellen:

Im Rahmen der Massnahmeverhandlung erklärte die Beklagte, die Vermögenssituation des Klägers habe sich infolge Erbschaft erheblich verbessert und die diesbezüglichen Vermögenserträge seien zu berücksichtigen. Der Beklagte [recte: der Kläger] sei dazu zu befragen, wie hoch seine Erbschaft sein werde, wie sich diese zusammensetze (Mieteinnahmen aus Liegenschaften etc.) und welche Erträge diese abwerfe. Zudem sei das Erbschaftsinventar und die letzte Steuererklärung des Erblassers und die Steuererklärung 2017 des Beklagten [recte: des Klägers] einzureichen (act. 6/65 S. 4). Der Kläger bestritt, dass er ein Zusatzeinkommen in Form von Vermögenserträgen erzielt (Prot. Vi. S. 72). Die Vorinstanz befragte ihn in der Folge zu seinem Vermögen. Sie erkundigte sich zunächst danach, ob er das Haus aus der Erbschaft gemeinsam mit seiner Schwester bewohne. Er antwortete, die Liegenschaft gehöre momentan einer Erbengemeinschaft, bestehend aus seiner Schwester und ihm. Er lebe in der 2.5-Zimmer-Wohnung im oberen Stock und seine Schwester in der 2.5-Zimmer-Wohnung im unteren Stock. (...) Die Liegenschaft sei mit einer Hypothek in der Höhe von Fr. 310'000.– belastet. Seine Schwester und er würden sich die Hypothekarzahlungen und alle weiteren Hauskosten hälftig teilen. Direkt im Anschluss an diese Antwort erkundigte sich die Vorinstanz beim Kläger nach den flüssigen Mitteln. Der Kläger wurde gefragt: *"Haben Sie auch flüssige Mittel geerbt?"* Der Kläger antwortete: *"Ja, nämlich insgesamt Fr. 270'000.–, die in der Folge angelegt wurden. Der Erbgang war letztes Jahr, für die Scheidung ist er nicht mehr relevant."* Weitere Fragen in Bezug auf diese Erbschaft und das Vermögen des Klägers stellte die Vorinstanz nicht (Prot. Vi. S. 75). Im Entscheid ging die Vorinstanz – wie bereits dargelegt – von einem Vermögen von Fr. 270'000.– und gestützt darauf von Fr. 120.– Vermögensertrag pro Monat aus. Sie äusserte sich nicht dazu, ob und falls ja, weshalb sie davon ausging, der vom Kläger in der Verhandlung genannte Betrag von Fr. 270'000.– stehe einzig ihm und nicht der gesamten Erbengemeinschaft zu. Wie sie den dem Kläger angerechneten Vermögensertrag konkret berechnet hat, legt sie im Entscheid ebenfalls nicht dar. Sie hielt immerhin fest, der Ertrag sei zu schätzen. Es ist deshalb davon auszugehen, dass die Vorinstanz einen durchschnittlichen Zinssatz als Ertrag geschätzt und gestützt darauf den angeblichen Vermögensertrag anhand des gesamten vom Kläger ge-

nannten Betrags berechnet hat. Falls die Vorinstanz tatsächlich wie soeben skizziert vorgegangen ist, liegt der Zinssatz, der dem Ertrag von Fr. 120.– / Monat zu Grunde liegt, bei 0.5 % (entsprechend der Formel: Ertrag pro Monat = Kapital x Zinssatz x 30 Tage dividiert durch 360 Tage x 100).

3.5.1 Der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) umfasst die Pflicht der Behörde, die Argumente und Verfahrensanträge der Parteien entgegenzunehmen und zu prüfen sowie die ihr rechtzeitig und formrichtig angebotenen Beweismittel abzunehmen (BGE 141 I 60 E. 3.3, BGE 138 V 125 E. 2.1). Das Recht auf Beweis ist zudem in Art. 153 ZPO als Ausfluss des Anspruchs auf rechtliches Gehör explizit statuiert. Tatsachen, welche den Entscheid nicht zu beeinflussen vermögen, sind nicht erheblich; es ist darüber nicht Beweis zu führen. Das Gericht kann sodann auf die Abnahme von (weiteren) Beweisen verzichten, wenn es sich ohne in Willkür zu verfallen bereits eine Meinung gebildet hat (antizipierte Beweismittelwürdigung, vgl. dazu BGE 141 I 60 E. 3.3). Willkürlich ist ein Entscheid nach konstanter Rechtsprechung nicht schon dann, wenn eine andere Lösung ebenfalls vertretbar erscheint oder gar vorzuziehen wäre. Willkür liegt vielmehr vor, wenn ein Entscheid offensichtlich unhaltbar ist, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft (BGE 140 III 16 E. 2.1, BGE 129 I 8 E. 2.1; je mit Hinweisen). Die Sachverhaltsfeststellung bzw. Beweismittelwürdigung erweist sich als willkürlich (Art. 9 BV), wenn das Gericht Sinn und Tragweite eines Beweismittels offensichtlich verkannt hat, wenn es ohne sachlichen Grund ein wichtiges und entscheidungswesentliches Beweismittel unberücksichtigt gelassen oder wenn es auf der Grundlage der festgestellten Tatsachen unhaltbare Schlussfolgerungen gezogen hat (BGE 140 III 264 E. 2.3). Diesfalls ist ein Entscheid aufzuheben.

3.5.2 Wie gesehen rügt der Kläger, es sei willkürlich und entspreche nicht den tatsächlichen Verhältnissen, dass die Vorinstanz von der Annahme von Fr. 130.– (recte: Fr. 120.–) Vermögensertrag pro Monat ausgegangen sei (act. 2 S. 8). Der Kläger stützt sich in diesem Zusammenhang auf den Vermögensausweis 2018 der Erbengemeinschaft H._____, aus der seiner Ansicht nach hervor-

geht, dass die Rendite auf diesem Anlagekonto - 6.17% betrug (act. 4/9). Der Kläger äusserte sich indessen nicht dazu, inwiefern es zulässig ist, dieses vor Vorinstanz nicht eingereichte Beweismittel neu im Berufungsverfahren zu berücksichtigen. Er hat in keiner Art und Weise dargetan, dass dieses Beweismittel erst nach Aktenschluss – hier hätten gemäss Art. 229 Abs. 3 ZPO bis zur Urteilsberatung neue Tatsachen und Beweismittel vorgebracht werden können –, entstanden ist. Er hat auch nicht erklärt, was die Gründe dafür sind, dass er dieses Beweismittel nicht bereits vor Vorinstanz eingereicht hat (act. 2 S. 8). Die Kammer kann den erst vor Berufungsinstanz eingereichten Vermögensausweis deshalb nicht berücksichtigen. Kann das vom Kläger neu eingereichte Beweismittel nicht berücksichtigt werden, so kann die Kammer aber auch nicht prüfen, ob der Entscheidung der Vorinstanz mit den tatsächlichen Verhältnissen nicht übereinstimmt, und deshalb als willkürlich im oben dargelegten Sinne zu qualifizieren ist.

Indessen ist festzuhalten, dass ein allfälliger Vermögensertrag des Klägers als Teil seines Einkommens ein für die Berechnung seiner Unterhaltspflicht relevanter Punkt ist. Die von der Beklagten hierzu offerierten Beweismittel – die Parteibefragung des Klägers, das Erbschaftsinventar des Erblassers, die letzte Steuererklärung des Erblassers und die Steuererklärung des Klägers 2017 samt allen Beilagen (act. 5/65 S. 4) –, wurden von der Vorinstanz nicht abgenommen. Sie sind aber allesamt grundsätzlich taugliche Beweismittel, um festzustellen, wieviel der Kläger selbst von seinem Vater geerbt hat, wie sich dieses Erbe zusammensetzt (Liegenschaften, Barvermögen etc.) und welche Erträge der Kläger daraus zieht. Zwar hat die Vorinstanz den Kläger befragt. Diese Befragung ist indes nicht als Beweismittel, sprich als Parteibefragung im Sinne von Art. 191 ZPO (mit Belehrung nach Art. 191 Abs. 2 ZPO) zu qualifizieren. Zudem ist die Befragung oberflächlich ausgefallen: Aus den Antworten des Klägers können weder Schlüsse darauf gezogen werden, was und wieviel er tatsächlich geerbt hat, noch welche Erträge daraus generiert werden. Seine Antwort auf die Frage *"Haben Sie auch flüssige Mittel geerbt?"* lautete nämlich: *"Ja, nämlich insgesamt Fr. 270'000.–, die in der Folge angelegt wurden."* (Prot. Vi. S. 75). Ob ihm und seiner Schwester dieser Betrag gemeinsam zusteht oder nur er alleine diesen Betrag geerbt hat, erhellt die Antwort nicht. Was er mit seiner Antwort konkret meinte – nämlich, ob

er von sich und seiner Schwester sprach, die gemeinsam diesen Betrag geerbt hatten oder nur von sich selbst –, kann auch nicht unter Berücksichtigung der ihm gestellten Frage eruiert werden. Mit dem Wort "Sie" in der vorinstanzlichen Frage (*"Haben Sie auch flüssige Mittel geerbt?"*) könnten sowohl er und seine Schwester als auch er alleine gemeint gewesen sein. Zudem war in der Frage direkt vor der hier interessierenden Stelle noch von ihm und seiner Schwester die Rede. Unabhängig von dieser Unklarheit in Bezug auf den konkret vererbten Betrag wurde der Kläger zu den Erträgen gar nicht befragt (Prot. VI. S. 75).

Die Vorinstanz hat es demnach – trotz frist- und formgerecht offerierter Beweismittel – unterlassen, die von der Beklagten offerierten, wichtigen und entscheidewesentlichen Beweismittel abzunehmen bzw. zu berücksichtigen.

3.5.3 Vor diesem Hintergrund war es nicht zulässig, dass die Vorinstanz von sich aus eine Schätzung des Vermögensertrags des Klägers vorgenommen und diesen Ertrag als sein Einkommen berücksichtigt hat. Daran ändert nichts, dass die nicht abgenommenen Beweismittel in diesem Zusammenhang vor Vorinstanz von der Beklagten und nicht vom Kläger angeboten wurden, nun aber der Kläger im Berufungsverfahren das Vorgehen der Vorinstanz als willkürlich rügt. Zwar ist der Kläger als Unterhaltsverpflichteter im Abänderungsverfahren nach Art. 8 ZGB für das Vorliegen eines Abänderungsgrundes, der seine Leistungspflicht reduziert bzw. aufhebt, beweispflichtig bzw. beweibelastet, die Beklagte als Unterhaltsgläubigerin in diesem Prozess trifft indessen die Beweislast für die Leistungsfähigkeit des Unterhaltsverpflichteten auf anderer Grundlage, wie zum Beispiel auf Grundlage von Vermögensertrag, der im Eheschutzverfahren noch nicht berücksichtigt worden war. Es ist deshalb naheliegend, dass die Beklagte die Abnahme von Beweisen zum Vermögensertrag des Klägers vor Vorinstanz verlangt hat, der Kläger nun aber im Berufungsverfahren die ohne Beweisabnahme erfolgte Schätzung seines Vermögensertrages durch die Vorinstanz anfecht, geht er doch davon aus, er erziele keinerlei Vermögenserträge.

Die von der Vorinstanz unterlassene Beweisabnahme kann denn auch nicht durch die Berufungsinstanz nachgeholt werden, wovon die Beklagte auszugehen scheint (act. 12 S. 9). Einerseits würden die Parteien so einer Instanz verlustig

gehen, andererseits ist im Berufungsverfahren hinsichtlich neuer Tatsachen und Beweismittel wie gesehen Art. 317 ZPO zu beachten, der Beweismittel ausschliesst, die bereits vor Vorinstanz hätten vorgebracht werden können.

3.6 Es fehlen für die korrekte Unterhaltsberechnung bzw. deren Überprüfung durch die Rechtsmittelinstanz somit diverse Sachverhaltsfeststellungen. Damit erübrigt es sich auch, die weiteren am vorinstanzlichen Entscheid beanstandeten Punkte – die Höhe des anrechenbaren (hypothetischen) Erwerbseinkommens des Klägers sowie die Anrechnung des Lehrlingslohns der Tochter C._____ – zu überprüfen. Die Verfügung vom 1. März 2019 ist aufzuheben und die Sache in Anwendung von Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 2 ZPO zur Vervollständigung des Sachverhaltes und Neuberechnung der Unterhaltsbeiträge an die Vorinstanz zurück zu weisen.

Seit der Kläger seine (umstrittene) neue Anstellung bei der I._____ AG übernommen hat, ist in der Zwischenzeit über ein Jahr vergangen. Die Vorinstanz wird vor diesem Hintergrund auch darüber zu entscheiden haben, ob und falls ja, inwiefern sie allfällige neue Umstände (insbesondere variabler Lohnanteil und Gratifikation des Klägers) bei der Vervollständigung des Sachverhaltes und der neuen Entscheidungsfindung berücksichtigt, wie dies die Beklagte im Berufungsverfahren geltend macht (act. 12 S. 8).

IV.

Kosten- und Entschädigungsfolgen

Im Falle eines Rückweisungsentscheides kann sich die Rechtsmittelinstanz damit begnügen, lediglich ihre Gerichtskosten festzusetzen und deren Verteilung der Vorinstanz zu überlassen d.h. vom definitiven Ausgang des Verfahrens abhängig zu machen (Art. 104 Abs. 4 ZPO). Sind in einem Verfahren über vorsorgliche Massnahmen im Scheidungsprozess – wie hier – lediglich finanzielle Belange zwischen den Ehegatten strittig, so berechnet sich die mutmassliche Entscheidgebühr nach § 4 Abs. 1 - 3, § 8 Abs. 1 sowie § 12 Abs. 1 und 2 der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG; vgl. OGer, ZH

LY170016 vom 10. November 2017, E. V). Der Streitwert für das Berufungsverfahren beträgt Fr. 54'450.– (vgl. zur Streitwertberechnung E. II. / 1.). Hieraus resultiert gestützt auf § 4 Abs. 1 sowie § 12 Abs. 1 GebV OG eine Grundgebühr von Fr. 5'900.–, wobei die Gerichtsgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 2 und 3 und § 8 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 2'000.– festzusetzen ist. Der Kläger hat einen Kostenvorschuss von Fr. 2'000.– geleistet, was vorzumerken ist.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird gutgeheissen. Die Verfügung des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Bülach vom 1. März 2019 wird aufgehoben und die Sache zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr für das zweitinstanzliche Verfahren wird auf Fr. 2'000.– festgesetzt.

Es wird vorgemerkt, dass der Berufungskläger einen Kostenvorschuss von Fr. 2'000.– geleistet hat.

3. Die Regelung der Prozesskosten des Berufungsverfahrens wird dem neuen Entscheid des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Bülach vorbehalten.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Berufungskläger unter Beilage von act. 12, und – unter Beilage der Akten – an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.
5. 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 nach Art. 93 BGG in einem Verfahren über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 54'450.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw A. Ochsner

versandt am: