

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LY230050-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. A. Huizinga, Vorsitzender, Oberrichter lic. iur.
M. Spahn und Oberrichterin lic. iur. Ch. von Moos Würgler sowie
Gerichtsschreiberin MLaw N. Achermann

Beschluss vom 17. Juni 2024

in Sachen

A. _____,

Kläger und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____,

gegen

B. _____,

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw Y. _____,

betreffend **Ehescheidung (Abänderung vorsorgliche Massnahmen)**

**Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Ver-
fahren am Bezirksgericht Uster vom 7. Dezember 2023 (FE210038-I)**

Rechtsbegehren:

des Klägers (Urk. 172 S. 2):

" 1.

Es sei das Eheschutzurteil vom 11. Mai 2020 betreffend Kinderunterhalt aufzuheben bzw. abzuändern und mit Wirkung ab 1. Juni 2023 der noch geschuldete Unterhalt (Kinderunterhalt) neu wie folgt zu regeln:

1.1.

Es sei der Kläger zu verpflichten, die während seiner Betreuungszeiten anfallenden Alltags-, Fremdbetreuungs- und Ferienkosten der Kinder zu tragen und der Beklagten für die beiden Söhne C._____ und D._____ monatlich vorschüssig Unterhaltsbeiträge von je CHF 39.00 (eventualiter je CHF 83.00), zzgl. allfällige von ihm bezogene Kinderzulagen, zu bezahlen. Die Krankenkassenprämien sowie die während ihrer Betreuungszeiten anfallenden Alltags-, Fremdbetreuungs- und Ferienkosten der Kinder seien von der Beklagten zu tragen, welcher allfällige von ihr bezogene Kinderzulagen für diese Kosten verbleiben.

1.2.

Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger die Online-Zugangsdaten zur Krankenversicherung der Kinder mitzuteilen.

2.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten."

der Beklagten (Urk. 178 S. 2):

- " 1. Das Gesuch des Klägers um Erlass vorsorglicher Massnahmen sei vollumfänglich abzuweisen.
2. Eventualiter sei der Kläger in Abänderung von Ziffer 3.3 des Eheschutzurteils vom 11. Mai 2020 zu verpflichten, der Beklagten für die weitere Dauer des Getrenntlebens an den monatlichen Barunterhalt der beiden Söhne mindestens folgende Beiträge zu bezahlen:
 - Für C._____: CHF 1'149.60 (davon 0.00 Betreuungsunterhalt)
 - Für D._____: CHF 1'263.80 (davon 0.00 Betreuungsunterhalt)zahlbar monatlich im Voraus auf den Ersten eines jeden Monats.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zulasten des Klägers."

Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Uster vom 7. Dezember 2023:
(Urk. 198 S. 23 f. = Urk. 2 S. 23 f.)

1. Das Gesuch des Klägers um Abänderung des Eheschutzurteils vom 11. Mai 2020 (Geschäft-Nr. EE190018-I) im Rahmen vorsorglicher Massnahmen im Scheidungsverfahren vom 2. Juni 2023 wird abgewiesen.
2. Der Antrag des Klägers auf Verpflichtung der Beklagten zur Bekanntgabe der Online-Zugangsdaten für die Krankenversicherung der Kinder wird abgewiesen.
3. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'500.– festgesetzt.
4. Die Entscheidgebühr wird dem Kläger auferlegt.
5. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von Fr. 2'800.– (zzgl. 7.7% MwSt.) zu bezahlen.
6. [Mitteilungssatz]
7. [Rechtsmittel: Berufung, Frist 10 Tage]

Berufungsanträge:

des Klägers und Berufungsklägers (Urk. 1 S. 2):

" 1.

Das angefochtene Urteil vom 7. Dezember 2023 sei in den Ziff. 1, 4 und 5 aufzuheben und stattdessen in Gutheissung der entsprechenden Anträge des Klägers Folgendes zu entscheiden:

1.

Das Eheschutzurteil vom 11. Mai 2020 wird betreffend Kinderunterhalt aufgehoben bzw. abgeändert und mit Wirkung ab 1. Juni 2023 dieser wie folgt neu geregelt:

Der Kläger wird verpflichtet, die während seiner Betreuungszeiten anfallenden Alltags-, Fremdbetreuungs- und Ferienkosten der Kinder zu tragen und der Beklagten für die beiden Söhne C._____ und D._____ monatlich vorschüssig Unterhaltsbeiträge von je CHF 39.00 (eventualiter je CHF 83.00), zzgl. allfällige von ihm bezogene Kinderzulagen,

zu bezahlen. Die Krankenkassenprämien sowie die während ihrer Betreuungzeiten anfallenden Alltags-, Fremdbetreuungs- und Ferienkosten der Kinder sind von der Beklagten zu tragen, welcher allfällige von ihr bezogene Kinderzulagen für diese Kosten verbleiben.

3.

Die Entscheidunggebühr wird der Beklagten auferlegt.

4.

Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger eine Parteientschädigung von CHF 2,800.00 (zzgl. 7.7% Mehrwertsteuer), zu bezahlen.

2.

Eventualiter: Es sei das angefochtene Urteil vom 7. Dezember 2023 in den Ziff. 1, 4 und 5 aufzuheben und die Sache zur neuen Beurteilung und Entscheidung im Sinne der obergerichtlichen Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen.

3.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. 7.7 bzw. 8.1% Mehrwertsteuer) zu Lasten der Beklagten."

der Beklagten und Berufungsbeklagten (Urk. 13 S. 2):

- " 1. Es seien die Anträge des Berufungsklägers vollumfänglich abzuweisen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zulasten des Berufungsklägers."

Erwägungen:

I. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1. Die Parteien sind verheiratet und haben zwei Söhne: C._____, geboren tt.mm.2015, und D._____, geboren tt.mm.2018. Seit dem 19. Februar 2021 stehen die Parteien vor Vorinstanz in einem Scheidungsverfahren (Urk. 7/1). Zuvor standen sie sich seit dem 18. Februar 2019 in einem Eheschutzverfahren gegenüber (Urk. 7/5/1), in welchem sie am 16. April 2020 eine Vereinbarung geschlossen hatten, die mit Urteil vom 11. Mai 2020 genehmigt worden war (Urk. 7/5/70 und Urk. 7/5/72). Im Rahmen des Scheidungsverfahrens schlossen die Parteien am

22. März 2023 eine Scheidungsteilvereinbarung – insbesondere zur Obhut und Betreuung –, die mit Verfügung vom 14. April 2023 im Sinne vorsorglicher Massnahmen genehmigt wurde (Urk. 7/161 und Urk. 7/165).

2. Am 2. Juni 2023 stellte der Kläger und Berufungskläger ("Kläger") ein Gesuch um Abänderung des Eheschutzurteils vom 11. Mai 2020 betreffend den Unterhalt (Urk. 7/172 f.). Für den Verlauf des erstinstanzlichen Verfahrens kann auf die Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 2 S. 3 ff.). Am 7. Dezember 2023 fällte die Vorinstanz den oben wiedergegebenen Entscheid (Urk. 2 S. 23 f.).

3. Mit Eingabe vom 20. Dezember 2023 erhob der Kläger Berufung (Urk. 1). Nachdem der mit Verfügung vom 22. Dezember 2023 eingeforderte Kostenvorschuss von Fr. 2'000.– rechtzeitig geleistet worden war (Urk. 5 f.), wurde mit Verfügung vom 6. Februar 2024 Frist zur Beantwortung der Berufung angesetzt (Urk. 8). Mit Eingabe vom 15. Februar 2024 erstattete der Kläger eine Noveneingabe (Urk. 9; Urk. 10/1-2), die der Beklagten und Berufungsbeklagten ("Beklagte") am 16. Februar 2024 mit deren Einverständnis vorab elektronisch zugestellt wurde (Urk. 11 f.). Mit Eingabe vom 16. Februar 2024 erstattete die Beklagte die Berufungsantwort (Urk. 13), die dem Kläger mit Verfügung vom 26. Februar 2024 zur Kenntnisnahme zugestellt wurde (Urk. 15). Mit Eingabe vom 5. März 2024 erstattete der Kläger dazu eine Stellungnahme (Urk. 16). Diese wurde der Beklagten mit Verfügung vom 13. März 2024 zugestellt und gleichzeitig wurde ihr Frist angesetzt, um zu den Editionsbegehren Stellung zu nehmen sowie gegebenenfalls von ihrem Replikrecht Gebrauch zu machen (Urk. 18). Die Beklagte liess sich mit Eingabe vom 26. März 2024 vernehmen (Urk. 19). Diese Stellungnahme wurde dem Kläger mit Verfügung vom 8. April 2024 zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 22), worauf sich dieser erneut vernehmen liess (Urk. 23). Mit Verfügung vom 22. April 2024 wurde die Stellungnahme der Beklagten zugestellt und ihr gleichzeitig Frist angesetzt, um zum erneut gestellten Editionsbegehren Stellung zu nehmen sowie gegebenenfalls vom Replikrecht Gebrauch zu machen (Urk. 24). Nachdem ihr die Noveneingabe des Klägers vom 29. April 2024 (Urk. 27; Urk. 28/1-2) zugestellt worden war, liess sich die Beklagte innert erstreckter Frist vernehmen (Urk. 30; Urk. 31; Urk. 32/1-4; vgl. Urk. 25 f.). Diese Stellungnahme wurde dem Kläger zugestellt und

ihm wurde Frist zu einer freigestellten Vernehmlassung angesetzt (Urk. 33). Es erfolgte keine weitere Eingabe. Mit Verfügung vom 7. Juni 2024 wurde der Beginn der Urteilsberatungsphase angezeigt (Urk. 34).

4. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 7/1-199). Das Verfahren ist spruchreif.

II. Prozessuales

1. Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über eine vollständige Überprüfungsbefugnis der Streitsache und folglich über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung (Angemessenheitsprüfung; BGer 5A_1049/2019 vom 25. August 2021, E. 3).

2. In der schriftlichen Berufungsbegründung (Art. 311 Abs. 1 ZPO) ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist, respektive an einem der genannten Fehler leidet (BGE 142 I 93 E. 8.2; BGE 138 III 374 E. 4.3.1). Das setzt im Sinne einer von Amtes wegen zu prüfenden Eintretensvoraussetzung voraus, dass die Berufung erhebende Partei die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnet, die sie anführt, sich argumentativ mit diesen auseinandersetzt und mittels genügend präziser Verweisungen auf die Akten aufzeigt, wo die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben wurden, beziehungsweise aus welchen Aktenstellen sich der geltend gemachte Berufungsgrund ergeben soll. Die pauschale Verweisung auf frühere Vorbringen oder deren blosser Wiederholung genügen nicht (vgl. BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 5A_751/2014 vom 28. Mai 2015, E. 2.1). Dies gilt auch, wenn – wie vorliegend – die Offizial- und die strenge Untersuchungsmaxime zur Anwendung gelangen (BGer 5A_467/2020 vom 7. September 2020, E. 4.4; BGE 138 III 374 E. 4.3.1). Von der Berufungsinstanz kann nicht erwartet werden, dass sie von sich aus in den Vorakten die Argumente zusammensucht, die zur Berufungsbegründung geeignet sein könnten (*OGer ZH NP220014 vom 16.11.2022, E. II.1 S. 5*; BGer 5A_438/2012 vom 27. August 2012,

E. 2.4). Das obere kantonale Gericht hat sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der Beanstandungen zu beschränken, die in der Berufungsschrift in rechtsgenügender Weise erhoben werden (BGE 142 III 413 E. 2.2.4). Auf die Parteivorbringen ist insoweit einzugehen, als dies für die Entscheidungsfindung erforderlich ist (vgl. BGE 134 I 83 E. 4.1). Dabei ist die Rechtsmittelinstanz weder an die Argumente der Parteien noch an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden; sie wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO), weshalb sie die Berufung auch mit einer anderen Argumentation gutheissen oder diese mit einer von der Argumentation der ersten Instanz abweichenden Begründung abweisen kann (sog. Motivsubstitution; BGE 147 III 176 E. 4.2.1 S. 179).

3. Für Kinderbelange in familienrechtlichen Angelegenheiten – wie sie vorliegend zu beurteilen sind – statuiert Art. 296 Abs. 1 und 3 ZPO den Untersuchungs- und Officialgrundsatz, weshalb das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen erforscht und ohne Bindung an die Parteianträge entscheidet. In Verfahren, welche der umfassenden Untersuchungsmaxime unterstehen, können die Parteien im Berufungsverfahren zudem neue Tatsachen und Beweismittel unbeschränkt vorbringen; Art. 317 Abs. 1 ZPO kommt nicht zum Tragen (BGE 147 III 301 E. 2.2; BGE 144 III 349 E. 4.2.1).

4. Die Dispositiv-Ziffer 2 der vorinstanzlichen Verfügung wurde nicht angefochten. Diese Ziffer ist in Rechtskraft erwachsen (Art. 315 Abs. 1 ZPO), was vorzumerken ist.

III. Materielle Beurteilung

1. Ursprüngliche Verhältnisse

1.1. Mit Urteil vom 11. Mai 2020 genehmigte das Eheschutzgericht eine Vereinbarung der Parteien, mit welcher sich der Kläger unter anderem verpflichtete, der Beklagten ab seinem Auszug und für die Dauer des Getrenntlebens monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 1'820.– für C._____ und Fr. 3'380.– für D._____ (davon Fr. 2'624.– Betreuungsunterhalt) sowie Fr. 610.– Ehegattenunterhalt für die Beklagte zu bezahlen (Urk. 7/5/72). In der Vereinbarung und im Urteil wurden die fol-

genden finanziellen Verhältnisse festgehalten (Urk. 7/5/70; Urk. 7/5/72): Erwerbseinkommen Ehefrau Fr. 0.–; Erwerbseinkommen Ehemann Fr. 10'100.– (monatlich netto, inkl. 13. Monatslohn, inkl. Bonus, exkl. Travel Benefit Option, exkl. Familien-, Kinder- und Ausbildungszulagen).

1.2. Der Bedarf der Parteien und der Kinder wurde nicht festgehalten. Der Kläger reichte im Berufungsverfahren ein vom Eheschutzgericht für die Eheschutzverhandlung vom 31. Oktober 2019 erstelltes Handout ein (Urk. 17/9 f.), das sich nicht in den Eheschutzakten befindet und auch der Vorinstanz nicht vorlag (Urk. 2 S. 16; vgl. Urk. 7/5/74, wo das nicht präjudizielle Handout fehlt; vgl. Urk. 4/5; Urk. 13 Rz. 8). Da im vorliegenden Verfahren Kinderbelange in familienrechtlichen Angelegenheiten strittig sind, ist diese Eingabe zu berücksichtigen (vorne Erw. II.3; vgl. Urk. 13 Rz. 7, 9-11, 13; Urk. 16 S. 2 ff.; Urk. 19 Rz. 3). Ein Vergleich zwischen dem Handout und der dem Eheschutzurteil zugrunde liegenden Vereinbarung (Urk. 17/9; Urk. 7/5/70; Urk. 7/5/72) zeigt, dass das Handout der Vereinbarung unverändert zugrunde gelegt worden war. Damit gelingt dem Kläger glaubhaft zu machen, dass die Eheschutzvereinbarung auf dem unpräjudiziellen Handout beruhte. Folglich lagen der Vereinbarung die folgenden Bedarfswerte zugrunde (Urk. 17/9):

Bedarfsposition	C. _____	D. _____	Beklagte	Kläger
Grundbetrag (Strom inbegriffen)	400.00	400.00	1'350.00	1'200.00
Wohnkosten	367.50	367.50	735.00	1'600.00
Parkplatz	-	-	130.00	-
Krankenkasse (KVG)	81.20	81.20	258.10	235.90 (KVG+VVG)
Gesundheitskosten	-	-	-	0.–
Fremdbetreuungskosten	1'038.00	0	-	-
Hausrat/Haftpflicht	-	-	31.45	30.00

Kommunikationskosten, Telefon, Radio, Internet, Serafe	0	0	150.00	80.00
aus. Verpflegung	-	-	0	176.00
Mobilität (Benutzung Auto / Partizipation an Autokosten) bzw. Arbeitsweg	50.00	50.00	150.00	49.60
Hobbies/Ferien	-	-	100.00	100.00
VVG	35.00	5.60	29.10	vgl. KVG
Steuern	-	-	300.00	400.00
weitere Kinderkosten	50.00	50.00	-	-
Total	2'021.70	954.30	3'233.65	3'871.50

1.3. Gestützt auf die im Urteil wiedergegebenen Einkommen und den sich aus dem Handout ergebenden Bedarf resultierten die folgenden Unterhaltsbeiträge:

Unterhaltsbeitrag D._____	Fr. 755.– Barunterhalt [Bedarf ./ Kinderzulage] + Fr. 2'624.– Betreuungsunterhalt [Bedarf der Beklagten abzüglich Ehegattenunterhalt von Fr. 610.–] = Fr. 3'380.– (gerundet)
Unterhaltsbeitrag C._____	Fr. 1'820.– (gerundet) Barunterhalt [Bedarf ./ Kinderzulage]
Ehegattenunterhalt	Bedarf Beklagte ./ Betreuungsunterhalt = Fr. 610.– (gerundet)

1.4. Seit der im Dezember 2021 erfolgten Aufnahme einer Erwerbstätigkeit durch die Beklagte und dem Wegfall des Ehegatten- und Betreuungsunterhalts (vgl. Urk. 2 S. 12) bezahlt der Kläger monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 2'575.– (Fr. 1'820.– + Fr. 755.– [Barunterhalt]).

2. Veränderung der Verhältnisse

2.1. Die Vorinstanz erwog, die Erzielung eines möglichen Einkommens durch die Beklagte sei bereits im Rahmen des Eheschutzverfahrens thematisiert worden. Vor diesem Hintergrund sei die Vereinbarung vom 16. April 2020 und das darauffolgende Eheschutzurteil vom 11. Mai 2020 zu verstehen. Aufgrund des fehlenden Einkommens der Beklagten sei vereinbart worden, dass der Kläger einen Kinderunterhalt von insgesamt Fr. 5'200.– zu bezahlen habe, Fr. 2'624.– davon als Betreuungsunterhalt von D._____. Explizit hätten die Parteien weiter vereinbart, dass ab Aufnahme einer Erwerbstätigkeit der Beklagten der Betreuungs- und der Ehegattenunterhalt entfalle, sofern sie diesen mit eigenem Einkommen zu decken vermöge. Die Beklagte habe sich dementsprechend verpflichtet, spätestens ab dem Kindergarteneintritt von D._____ eine Erwerbstätigkeit von mindestens 50 % aufzunehmen. Mit Aufnahme einer Erwerbstätigkeit in einem 60 %-Pensum im Dezember 2021 im den Betreuungs- und Ehegattenunterhalt übersteigenden Umfang seien diese entfallen. Mit der Vereinbarung vom 16. April 2020 hätten die Parteien somit bewusst eine Regelung getroffen, welche die damals ungewisse Sachlage bewältigt habe, ab wann die Beklagte wieder ein Einkommen erzielen werde und in welcher Höhe. Ihrer Verpflichtung zu einem mindestens 50 %-Pensum sei die Beklagte mit Aufnahme eines 60 %-Pensums vor D._____s Kindergarteneintritt nachgekommen. Aufgrund der Formulierung "mindestens" sei sodann davon auszugehen, dass die Parteien bei Abschluss der Vereinbarung die Möglichkeit eines höheren Arbeitspensums bedacht hätten, jedoch bewusst darauf verzichtet hätten, für diesen Fall eine Mehrverdienstklausel vorzusehen. Aus diesem Grund vermöge das aktuell 10 % höhere Arbeitspensum der Beklagten keine Abänderung der Kinderunterhaltsbeiträge zu begründen. Gleiches gelte für den Umstand, dass die Beklagte bereits vor D._____s Kindergarteneintritt ihre Arbeitstätigkeit aufgenommen habe (Urk. 2 S. 12 f.). Die eingetretenen Veränderungen des Einkommens der Beklagten seien im Vergleich bereits berücksichtigt worden und stellten – so die Vorinstanz weiter – keinen zulässigen Abänderungsgrund dar (Urk. 2 S. 13 f.).

2.2. Der Kläger rügt, mit der im Eheschutzverfahren abgeschlossenen Vereinbarung habe er nicht auf eine Berücksichtigung des konkret erzielten Einkommens

der Beklagten und eine entsprechende Neuberechnung verzichtet. Dies lasse sich weder der Vereinbarung entnehmen noch sei ein konkretes zukünftiges Erwerbseinkommen der Beklagten vorausgesehen oder berücksichtigt worden. Es sei nicht vorhersehbar gewesen und somit auch nicht berücksichtigt worden, dass die Beklagte (zumindest) Fr. 4'800.– erzielen werde. Die Beklagte müsse sich entgegenhalten lassen, dass sie auf die Feststellung eines dereinstigen eigenen Einkommens verzichtet habe; dies umso mehr, als auch ihr heutiges Einkommen wesentlich höher liege, als sie damals selber als möglich erachtet habe (Urk. 1 S. 7 f.; Urk. 16 S. 8).

2.3. Die Beklagte argumentiert, mit der in der Vereinbarung gewählten Formulierung sei bestimmten Ungewissheiten in Bezug auf die Erwerbstätigkeit der Beklagten bewusst begegnet worden. Die Definition eines spätesten Zeitpunkts für die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit sowie eines Mindestumfangs des Arbeitspensums habe einen bewussten Spielraum für eine frühere Aufnahme der Erwerbstätigkeit sowie ein über 50 % liegendes Pensum erlaubt. Bei der Aufnahme einer Erwerbstätigkeit in einem 60 %-Pensum handle es sich um eine absehbare Veränderung, die bei der Festsetzung der Unterhaltsbeiträge bereits vollumfänglich berücksichtigt worden sei (Urk. 13 Rz. 28). Aktenwidrig sei zudem, dass bei Abschluss der Vereinbarung nicht vorhersehbar gewesen und nicht berücksichtigt worden sei, dass die Beklagte mit einem 60 %-Pensum ein Einkommen von Fr. 4'800.– erzielen könne (Urk. 13 Rz. 30 f.). Weder das 60 %-Pensum noch das dabei erzielte Erwerbseinkommen stelle einen Abänderungsgrund dar (Urk. 13 Rz. 32).

2.4. Würdigung

2.4.1. Die Vorinstanz führt die Voraussetzungen für die Abänderung eines Eheschutzurteils grundsätzlich richtig auf (Urk. 2 S. 11 f.). Zusammengefasst ist festzuhalten, dass Massnahmen, die in einem Eheschutzverfahren angeordnet wurden, im Scheidungsverfahren weiterdauern, jedoch durch das Scheidungsgericht im Rahmen von vorsorglichen Massnahmen aufgehoben oder abgeändert werden können (Art. 276 Abs. 2 ZPO). Eine Abänderung vorsorglicher Massnahmen im Scheidungsverfahren setzt eine nachträgliche wesentliche, d.h. erhebliche und dauerhafte, Veränderung der Verhältnisse voraus (Art. 276 Abs. 1 ZPO i.V.m.

Art. 179 Abs. 1 ZGB; BGE 143 III 617 E. 3.1). Es gilt damit der Grundsatz der Abänderbarkeit (BSK ZGB I-Isenring/Kessler, Art. 179 N 1). Präzisierend ist festzuhalten, dass Veränderungen, die bereits zum Zeitpunkt des ursprünglichen Urteils voraussehbar waren und bei der Festsetzung des abzuändernden Unterhaltsbeitrags berücksichtigt worden sind, keinen Abänderungsgrund bilden können (BGE 141 III 376 E. 3.3.1 m.w.H).

2.4.2. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist die Möglichkeit, eine auf Vereinbarung beruhende Eheschutzmassnahme oder vorsorgliche Massnahme abzuändern, weiter eingeschränkt (BGE 142 III 518). Es gelten – gemäss höchstgerichtlicher Rechtsprechung – die gleichen Restriktionen, wie sie für Scheidungskonventionen definiert wurden. Dies bedeutet, dass eine Anpassung nur verlangt werden kann, wenn die erheblichen Änderungen Teile des Sachverhalts betreffen, welche im Zeitpunkt der Vereinbarung als feststehend angesehen wurden. Tatsachen, welche vergleichsweise definiert worden sind, um eine ungewisse Sachlage zu bewältigen (*caput controversum*), dürfen nicht abgeändert werden, da diesbezüglich eine Referenzgrösse fehlt, an welcher die Erheblichkeit einer allfälligen Veränderung gemessen werden kann (BGE 142 III 518 E. 2.6). Ohne auf die diesbezüglich in der Lehre geäusserte Kritik einzugehen (Hausheer et al., Handbuch des Unterhaltsrechts, N 09.29; Spycher, Das «*caput controversum*» im Zusammenhang mit in Eheschutzverfahren vereinbarten Unterhaltsbeiträgen – «*handle with care*» in: Brücken bauen, Festschrift für Thomas Koller, 2018, S. 920 ff., insb. S. 929 ff.; Staub, Die Abänderung familienrechtlicher Entscheide, 2022, N 192-201; Affolter, Das hypothetische Einkommen im Familienrecht – ein Überblick in: AJP 2020, S. 844 f.), ist festzuhalten, dass es vorliegend an Punkten fehlt, welche die Parteien bewusst ungelöst liessen und die vereinbarungsweise endgültig geregelt werden sollten (vgl. Kantonsgericht BL 400 20 291 vom 15.03.2021, E. 2.4 Abs. 2). Es liegen mit anderen Worten keine vergleichsweise definierten Tatsachen vor, für welche es an einer Referenzgrösse zur Feststellung der Erheblichkeit einer Veränderung fehlen würde (vgl. BGer 5A_176/2023 vom 9. Februar 2024, zur amtlichen Publikation bestimmt, E. 3.3):

2.4.3. In den der Vereinbarung zugrunde liegenden finanziellen Verhältnissen wurde weder ein konkretes zukünftiges Einkommen der Beklagten vorausgesehen noch berücksichtigt. Konkret haben die Parteien ein Einkommen von Fr. 0.– festgehalten (vorne Erw. III.1). Den obligatorisch festzuhaltenden Angaben, zu welchen das Einkommen zählt (Art. 282 Abs. 1 lit. a ZPO), kommt bei der Prüfung eines Abänderungsgrundes erhebliche Bedeutung zu; sie sollen klare Verhältnisse im Hinblick auf spätere Abänderungen schaffen (*OGer ZH LY210003 vom 18.06.2021, E. 6.2 S. 18* m.H.a. BGE 145 III 474 E. 5.1 und 5.6). Da aufseiten der Beklagten von keinem bestimmten künftigen (hypothetischen) Einkommen ausgegangen wurde, ist nicht davon auszugehen, dass die Parteien über diese noch unbekannte Tatsache eine Einigung getroffen haben. Geregelt wurde vielmehr einzig, dass sowohl der Betreuungsunterhalt als auch der Ehegattenunterhalt entfällt, *so weit* die Beklagte diesen mit ihrem Erwerbseinkommen von mindestens von 50 % decken kann (Urk. 7/5/70 S. 4 f.; Urk. 7/5/72 S. 8 f.). Ein darüber hinausgehendes Einkommen wurde nicht geregelt. Das künftige Einkommen der Beklagten stellt damit – mindestens soweit den Betreuungs- und Ehegattenunterhalt übersteigend (konkret Fr. 3'234.– [Fr. 2'624.– + Fr. 610.–]; vorne Erw. III.1.3) – keine vergleichsweise definierte Tatsache dar, mit welcher eine damals ungewisse Sachlage endgültig hätte bewältigt werden sollen. Eine objektivierete Auslegung nach dem Vertrauensprinzip lässt den Schluss einer bewussten Nichtregelung eines den Betreuungs- und Ehegattenunterhalt übersteigenden Einkommens nicht zu – wobei diesbezüglich nicht ausschlaggebend ist, dass die Beklagte in einem 60 %-Pensum arbeitet, sondern es ausschliesslich um das von ihr erwirtschaftete Einkommen geht. Das Fehlen einer Mehrverdienstklausel ändert daran nichts. Das in tatsächlicher Hinsicht noch unbekannte Einkommen der Beklagten wurde im Eheschutzverfahren nicht vergleichsweise definiert. Es liegt damit eine Referenzgrösse, die auf den damaligen tatsächlichen Verhältnissen basierte, vor. Diese objektive Auslegung der Vereinbarung ist massgeblich, denn keine der Parteien hat einen abweichenden übereinstimmenden Willen betreffend das künftige Einkommens der Beklagten behauptet (vgl. Urk. 1 S. 7 f.; Urk. 13 Rz. 27 ff.; Urk. 16 S. 8 f.; Urk. 19 Rz. 11 ff.; Urk. 7/172 S. 6 f.; Urk. 7/178 Rz. 15 f.; Urk. 7/183 S. 4, S. 6 f.; Urk. 7/186 Rz. 13). Eine Abänderung ist damit möglich, wenn wesentliche und dauerhaft ver-

änderte Verhältnisse eingetreten sind und die vereinbarten Unterhaltsbeiträge aufgrund der veränderten Verhältnisse ungerechtfertigt erscheinen (hinten Erw. III.3.3).

2.4.4. Es gibt keine allgemeingültigen Kriterien, welche Parameter der Unterhaltsberechnung miteinander zu vergleichen sind, um die Wesentlichkeit veränderter Verhältnisse zu ermitteln. Ausschlaggebend ist der konkrete Einzelfall. Mögliche Ansatzpunkte sind Vergleiche der Leistungsfähigkeit, der geschuldeten Unterhaltsbeiträge vor und nach der Abänderung oder ein reiner Einkommensvergleich (Fam-Komm Scheidung/Maier/Vetterli, Art. 179 ZGB N 3a m.w.H.; *OGer ZH LY190050 vom 26.06.2020, E. 5.8*). Als grober Anhaltspunkt kann davon ausgegangen werden, dass bei engen finanziellen Verhältnissen bereits Änderungen von 10-15 % wesentlich sind (*OGer ZH LY160039 vom 29.03.2017, E. III.2.1 S. 12 f.*; dies nicht auf enge finanzielle Verhältnisse beschränkt mit Bezug auf Einkommensveränderungen vertretend KUKO ZGB-Büchler/Jakob, Art. 179 N 4; differenziert Staub, Die Abänderung familienrechtlicher Entscheide, 2022, N 282). Dabei kommen Veränderungen aufseiten der die Abänderung beantragenden Partei, der Gegenpartei oder unterhaltsberechtigter Kinder in Betracht (Staub, Die Abänderung familienrechtlicher Entscheide, 2022, N 259). Das Gericht hat einen grossen Ermessensspielraum (CHK-Göksu ZGB 179 N 1).

2.4.5. Die Höhe des von der Beklagten erwirtschafteten Einkommens ist umstritten. Der Kläger behauptet, die Beklagte erziele effektiv ein Nettoeinkommen von mindestens Fr. 4'661.30 beziehungsweise Fr. 4'800.– respektive – nach Einsicht in den Lohnausweis 2023 – Fr. 5'190.–. Mit dem ihr nach Schulstufenmodell möglich und zumutbaren 70 %-Pensum sei ihr ein hypothetisches Erwerbseinkommen von mindestens Fr. 5'600.– respektive sogar Fr. 6'055.– anzurechnen (Urk. 1 S. 7 f., S. 12; Urk. 16 S. 8, S. 11; Urk. 23). Die Beklagte hält entgegen, ihr effektiv erzieltes Einkommen belaufe sich auf Fr. 3'915.– oder Fr. 3'936.– bzw. Fr. 3'931.90 netto pro Monat (exkl. Kinderzulagen) respektive Fr. 4'661.– oder Fr. 4'665.– bzw. Fr. 4'681.– bei erfolgreichem Geschäftsgang (Urk. 13 Rz. 29-31, Rz. 47; Urk. 19 Rz. 12; Urk. 30 Rz. 1). Eine abschliessende Festsetzung der Einkommenshöhe kann vorliegend unterbleiben. Es genügt festzustellen, dass sich aus dem Lohnaus-

weis 2023 der Beklagten ein Durchschnittslohn von rund Fr. 4'600.– ergibt (Urk. 21/1, inkl. Bonus, exkl. Kinderzulagen von Fr. 11'500.– [Urk. 21/2; Urk. 19 Rz. 12]; offengelassen, ob Spesenvergütung für 1. Klasse General-Abonnement von Fr. 6'300.– [Urk. 21/2 S. 4] bzw. Fr. 6'520.– [Urk. 32/1 S. 2; Urk. 32/2-4] zu addieren wäre). Damit gelingt dem Kläger die Glaubhaftmachung eines effektiven Einkommens von mindestens Fr. 4'600.–. Dieses Einkommen ist deutlich höher als der im Rahmen des Eheschutzverfahrens vereinbarte Betreuungs- und Ehegattenunterhalt von Fr. 3'234.– (vorne Erw. III.1.3) und stellt damit eine neue und – aufgrund der Differenz von mindestens 35 % – wesentliche Tatsache dar. Auch unter Berücksichtigung des leicht erhöhten Bedarfs (gestiegene Wohnkosten [Urk. 21/6], veränderte Steuern) ist von einer erheblichen Veränderung der Leistungsfähigkeit der Beklagten auszugehen. Die Rechtsprechung, wonach beim Barunterhalt selbst wesentliche Veränderungen der Leistungsfähigkeit des unterhaltsberechtigten Elternteils nur begrenzt zu berücksichtigen seien (*OGer ZH LY220001 vom 21.03.2022, E. III.5.1 S. 8 f.*; vgl. *BGer 5A_176/2023 vom 9. Februar 2024, E. 5*), steht einer Abänderung vorliegend aufgrund der beidseitig hohen Betreuungsanteile nicht entgegen (55 % Beklagte und 45 % Kläger; Urk. 2 S. 14; Urk. 7/165 S. 3).

2.4.6. Wie aufgezeigt, ist bereits aufgrund des Einkommens der Beklagten beziehungsweise aufgrund ihrer veränderten Leistungsfähigkeit eine erhebliche und dauerhafte Veränderung zu bejahen. Ausführungen zu weiteren geltend gemachten Abänderungsgründen erübrigen sich damit.

3. Ergebnis

3.1. Die Vorinstanz hat zu Unrecht verneint, dass sich die Verhältnisse im Sinne von Art. 179 Abs. 1 ZGB verändert haben. Die Berufung ist demzufolge begründet.

3.2. Die Vorinstanz hat veränderte Verhältnisse verneint und sich folglich in ihrem Entscheid weder zum Einkommen noch zum Bedarf der Parteien und der Kinder geäußert. Der Sachverhalt ist in wesentlichen Teilen zu vervollständigen und die Vorinstanz wird das Abänderungsgesuch inhaltlich zu beurteilen haben. Damit rechtfertigt sich eine Rückweisung (Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 1 und 2 ZPO).

3.3. Die Vorinstanz wird den Unterhalt auf der Basis aktualisierter Berechnungsparameter (Einkommen und Bedarf) neu zu berechnen haben, wobei die gesamte Unterhaltsberechnung neu durchzuführen ist. Die Parteien haben sich diesbezüglich im Berufungsverfahren abschliessend geäussert (vgl. Erw. I.3). Bei der Neuberechnung sind auch Veränderungen zu berücksichtigen, die für sich alleine keine Abänderung zu rechtfertigen vermöchten (*OGer ZH LY160041 vom 28.03.2017, E. 2.2 S. 5*; KUKO ZGB-Büchler/Jakob, Art. 179 N 5a; Hausheer et al., Handbuch des Unterhaltsrechts, N 09.26; zum Zeitpunkt vgl. FamKomm Scheidung/Maier/Vetterli, Art. 179 ZGB N 3b). Bei der Aktualisierung sind die Wertungen des abzuändernden Entscheids zwar grundsätzlich beizubehalten; Änderungen in der Bundesgerichtspraxis finden indessen auch auf Abänderungsverfahren Anwendung (BGer 5A_176/2023 vom 9. Februar 2024, zur amtlichen Publikation bestimmt, E. 5.4; FamKomm Scheidung/Büchler/Raveane, Art. 129 ZGB N 27a m.H.a. BGer 5A_347/2019 vom 9. April 2020, E. 3.3.3; vgl. CR-Droit matrimonial-Pellaton, Art. 179 N 13). Das Eheschutzverfahren fand grossenteils im Jahr 2019 statt. Die am 16. April 2020 geschlossene Vereinbarung basierte auf einem gerichtlichen Handout vom Oktober 2019 (vgl. Urk. 7/5/1-74; Urk. 17/9). Obwohl der Beklagten zuzustimmen ist (Urk. 13 Rz. 19, Rz. 40; Urk. 19 Rz. 7), dass der Kläger bereits im Eheschutzverfahren bei ihm anfallende Kinderkosten – unter anderem die Hälfte des Grundbetrags sowie ein Wohnkostenanteil – berücksichtigt haben wollte (Urk. 7/5/22 Rz. 22; Urk. 7/5/58 Rz. 50), ist mit dem Kläger festzustellen (Urk. 16 S. 6), dass zu jenem Zeitpunkt noch nicht abschliessend geklärt war, wie die Unterhaltsberechnung bei asymmetrischem Betreuungsumfang und Leistungsgefälle zwischen den Elternteilen vorzunehmen ist. Dies wurde erst in BGE 147 III 265 (BGer 5A_311/2019 vom 11. November 2020) – und damit nach dem Abschluss des Eheschutzverfahrens – geklärt (vgl. Formel und Darstellung in: von Werdt, Fragen aus dem familienrechtlichen Unterhaltsrecht, Handout zum Vortrag an der St. Galler Eherechtstagung vom 1. Dezember 2020; abgebildet u.a in Maier, Unterhaltsfestsetzung in der Praxis, 2023, N 1231, und *OGer ZH LC210010 vom 14.07.2022, E. III.5.3*). Obwohl bereits zuvor Rechtsprechung zur Berücksichtigung von Kinderkosten bei beiden Elternteilen sowie der Komponenten Betreuungsanteil und Leistungsfähigkeit existierte (BGer 5A_727/2018 vom 22. August 2019,

E. 4.3.2; BGer 5A_583/2018 vom 18. Januar 2019, E. 5.1; BGer 5A_743/2017 vom 22. Mai 2019, E. 5.4.3), stand eine Klärung der Methodik durch höchstrichterlich publizierte Rechtsprechung noch aus. Dem Kläger kann sein diesbezüglicher Kompromiss im Eheschutzverfahren, mit welchem er *"die Berechnungsgrundlage, welche auf einer alleinigen Obhut basiert, im Nachgang an die Eheschutzverhandlung akzeptiert [habe], um etwas Ruhe in das Ganze reinzubringen"* (Prot. I S. 55), folglich – und entgegen der Ansicht der Beklagten (Urk. 19 Rz. 7) – nicht als bewusster Verzicht angerechnet werden. Die sich weiterentwickelte und konkretisierte Rechtsprechung zum Unterhalt bei alternierender Obhut wird folglich bei der Aktualisierung – insbesondere für die bei beiden Elternteilen einzusetzenden Bedarfspositionen der Kinder und die bei ungleichen Betreuungsanteilen und Leistungsfähigkeiten anzuwendende Matrix – zu berücksichtigen sein. Die Vorinstanz wird – nach Aktualisierung aller Parameter – zu prüfen haben, ob eine Beibehaltung der bisherigen Unterhaltsregelung zu einem Ungleichgewicht der Unterhaltslast zwischen den Eltern führt, beziehungsweise, ob der Unterschied zwischen dem neu berechneten und dem ursprünglich festgelegten Unterhaltsbeitrag ausreichend gross ist, um eine Abänderung des Unterhaltsbeitrags zu rechtfertigen.

3.4. Zusammengefasst, ist die Dispositiv-Ziffer 1 der Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Uster vom 7. Dezember 2023 aufzuheben und die Sache zur Ergänzung des Sachverhalts und neuer Entscheidung im Sinne der vorstehenden Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen.

IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen des erstinstanzlichen Massnahmeverfahrens wird die Vorinstanz in ihrem neuen Entscheid zu befinden haben. Die Dispositiv-Ziffern 3 bis 5 der Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Uster vom 7. Dezember 2023 sind entsprechend aufzuheben.

2. Der Vorinstanz ist zudem die Verteilung der Prozesskosten des Berufungsverfahrens zu überlassen (Art. 104 Abs. 4 ZPO). Im Rahmen des vorliegenden Entscheids ist einzig deren Höhe festzusetzen:

3. Die Entscheidgebühr ist auf Fr. 3'000.– festzusetzen (§ 12 Abs. 1 und 2 GebV OG i.V.m. § 5 GebV OG und § 8 Abs. 1 GebV OG). Es ist vorzumerken, dass der Kläger für das Berufungsverfahren einen Kostenvorschuss von Fr. 2'000.– geleistet hat (Urk. 6).

4. Die Parteientschädigung ist in Berücksichtigung des Streitwerts, der Verantwortung, der Schwierigkeit des Falls und des notwendigen Zeitaufwands festzusetzen (§ 2 Abs. 1 AnwGebV). Unter Berücksichtigung des strittigen Unterhalts in der Höhe von rund Fr. 47'500.– (19 Monate [Zeitraum vom 1. Juni 2023 bis Ende 2024 für die mutmassliche weitere Dauer des Scheidungsverfahrens] à Fr. 2'497.– [Differenz Fr. 78.– [Berufungsantrag] und Fr. 2'575.– [aktuell zu leistender Unterhaltsbeitrag, vorne Erw. III.1.4]), der sich aus wiederkehrenden Leistungen ergibt sowie des anwendbaren summarischen Verfahrens ist die Parteientschädigung gestützt auf § 13 Abs. 1, § 4 f., § 9, § 11 Abs. 1 und 2 AnwGebV auf Fr. 2'700.– (inkl. MwSt.) festzusetzen.

Es wird beschlossen:

1. Es wird vorgemerkt, dass die Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Uster vom 7. Dezember 2023 hinsichtlich der Dispositiv-Ziffer 2 in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Die Dispositiv-Ziffern 1, 3, 4 und 5 der Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Uster vom 7. Dezember 2023 werden aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt.
4. Die zweitinstanzliche Parteientschädigung wird auf Fr. 2'700.– festgesetzt.
5. Die Entscheidung über die Verteilung der Prozesskosten des zweitinstanzlichen Verfahrens wird dem neuen Entscheid der Vorinstanz vorbehalten.

6. Es wird vorgemerkt, dass der Kläger für das Berufungsverfahren einen Kostenvorschuss von Fr. 2'000.– geleistet hat.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erst- und zweitinstanzlichen Akten an die Vorinstanz.

8. 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 über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt über Fr. 30'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 17. Juni 2024

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw N. Achermann

versandt am:
st