

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LY240013-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. A. Huizinga, Vorsitzender,  
Oberrichterin Dr. D. Scherrer und Oberrichterin lic. iur. N. Jeker  
sowie Gerichtsschreiber Dr. J. Trachsel

## **Beschluss und Urteil vom 16. September 2024**

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Kläger / Gesuchsteller und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. \_\_\_\_\_,

gegen

**B.** \_\_\_\_\_,

Beklagte / Gesuchsgegnerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. \_\_\_\_\_,

sowie

1. **C.**\_\_\_\_\_,

2. **D.**\_\_\_\_\_,

Verfahrensbeteiligte

1, 2 vertreten durch Rechtsanwältin Rechtsanwältin lic. iur. Z.\_\_\_\_\_,

betreffend **Ehescheidung (vorsorgliche Massnahmen)**

**Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Affoltern vom 22. Februar 2024 (FE200025-A)**

**Verfügung des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Affoltern**  
**vom 22. Februar 2024:**

(Urk. 7/259 S. 36-38 = Urk. 2 S. 36-38)

1. In Abänderung von Dispositiv-Ziffer 3.3. des Urteils des Bezirksgerichts Affoltern vom 30. Juni 2021 (Geschäfts-Nr.: EE190003-A) wird der Gesuchsteller verpflichtet, für die Kinder rückwirkend ab 1. April 2023 für die Dauer des Scheidungsverfahrens monatliche Kinderunterhaltsbeiträge, zahlbar an die Gesuchsgegnerin jeweils im Voraus auf den ersten eines Monats, wie folgt zu bezahlen:

für C.\_\_\_\_\_ Fr. 971.–

für D.\_\_\_\_\_ Fr. 599.–

2. In Abänderung von Dispositiv-Ziffer 3.4. des Urteils des Bezirksgerichts Affoltern vom 30. Juni 2021 (Geschäfts-Nr.: EE190003-A) wird der Gesuchsteller verpflichtet, der Gesuchsgegnerin rückwirkend ab 1. April 2023 für die Dauer des Scheidungsverfahrens persönliche Ehegattenunterhaltsbeiträge von monatlich Fr. 1'134.– zu bezahlen, zahlbar jeweils im Voraus auf den ersten eines Monats.
3. Die Festsetzung der Unterhaltsbeiträge gemäss Ziffern 2 und 3 vorstehend basiert auf folgenden Grundlagen:

Einkommen:

- Gesuchsteller (inkl. Fr. 1'000.– Mietertrag): Fr. 14'814.–;
- Gesuchsgegnerin (inkl. Fr. 1'000.– Mietertrag): Fr. 6'612.–;
- C.\_\_\_\_\_: Fr. 1'688.–;
- D.\_\_\_\_\_: Fr. 1'638.–

Familienrechtliches Existenzminimum:

- Gesuchsteller: Fr. 6'220.–;
- Gesuchsgegnerin: Fr. 6'143.–;
- C.\_\_\_\_\_: Fr. 1'858.–;
- D.\_\_\_\_\_: Fr. 1'435.–

4. Der Antrag des Gesuchstellers betreffend Rückerstattung der zu viel bezahlten Unterhaltsbeiträge wird abgewiesen.
5. Die Parteien werden verpflichtet, sämtliche im Zusammenhang mit der Liegenschaft E.\_\_\_\_\_ [Strasse] ..., F.\_\_\_\_\_, stehenden Kosten/Gebühren/Abgaben (z.B. Hypothekarzinsen, Zahlungen an die STWEG und weitere Gebühren und Abgaben) rückwirkend ab 1. April 2023 bis zum Verkauf der Liegenschaft je zur Hälfte zu bezahlen.
6. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, sämtliche durch eine verspätete Zahlung seines hälftigen Kostenanteils an die Leerstandskosten der Liegenschaft E.\_\_\_\_\_ [Strasse] ..., F.\_\_\_\_\_, resultierenden Mehrkosten (insbesondere Erhöhung der Bankmarge von aktuell 0.5%, Verzugszinsen, Mahngebühren etc.) unter vollständiger Schadloshaltung der Gesuchsgegnerin zu bezahlen.
7. Die Gesuchsgegnerin wird für berechtigt erklärt, sämtliche von ihr übernommene und über ihren hälftigen Anteil hinausgehende Leerstandskosten im Zusammenhang mit der Liegenschaft E.\_\_\_\_\_ [Strasse] ..., F.\_\_\_\_\_, rückwirkend ab 1. April 2023 bis zum Verkauf der Liegenschaft, vom Gesuchsteller zurückzufordern.
8. Der Antrag des Gesuchstellers auf Rückerstattung von Fr. 2'048.07 durch die Gesuchsgegnerin wird abgewiesen.
9. Der Antrag der Gesuchsgegnerin auf Zahlung von Fr. 1'513.24 durch den Gesuchsteller wird als gegenstandslos abgeschrieben.
10. Die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen des vorliegenden Massnahmenverfahrens bleibt dem Endentscheid vorbehalten.
11. [schriftliche Mitteilung]
12. [Rechtsmittelbelehrung]

**Berufungsanträge:**

des Gesuchstellers und Berufungsklägers (Urk. 1 S. 3 f. und Urk. 10 S. 3 f.):

1. Es sei Dispositiv-Ziffer 2 der Verfügung des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Affoltern vom 22. Februar 2024 aufzuheben und es sei der Gesuchsteller in Abänderung von Dispositiv-Ziffer 3.4 des Urteils vom 30. Juni 2021 (Geschäfts-Nr.: EE190003-A) zu verpflichten, der Gesuchsgegnerin monatliche persönliche Ehegattenunterhaltsbeiträge, zahlbar jeweils im Voraus auf den ersten eines Monats, wie folgt zu bezahlen:

- CHF 871.00 pro Monat rückwirkend ab 01. April 2023 bis 15. März 2024;
- CHF 184.00 pro Monat ab 16. März 2024 für die weitere Dauer des Scheidungsverfahrens.

2. Es sei Dispositiv-Ziffer 3 der Verfügung des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Affoltern vom 22. Februar 2024 aufzuheben und es sei die Basis der angeordneten Unterhaltsbeiträge wie folgt festzuhalten:

Einkommen:

- Gesuchsteller (inkl. CHF 1'000.00 Mietertrag): CHF 14'814.00;
- Gesuchsgegnerin (inkl. CHF 1'000.00 Mietertrag;  
exkl. Vermögensertrag): CHF 6'612.00;
- C.\_\_\_\_\_: CHF  
1'688.00;
- D.\_\_\_\_\_: CHF  
1'638.00

Familienrechtliches Existenzminimum:

- Gesuchsteller bis zum Verkauf der Liegenschaft: CHF 5'957.00;  
Gesuchsteller ab Verkauf der Liegenschaft: CHF 5'270.00
- Gesuchsgegnerin bis zum Verkauf der Liegenschaft: CHF 5'880.00;  
Gesuchsgegnerin ab Verkauf der Liegenschaft: CHF 5'193.00;
- C.\_\_\_\_\_: CHF  
1'858.00;
- D.\_\_\_\_\_: CHF  
1'435.00.

3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zulasten der Gesuchsgegnerin/Berufungsbeklagten.

der Gesuchsgegnerin und Berufungsbeklagten (Urk. 14 S. 3):

- "1. Die Berufung sei vollumfänglich abzuweisen, sofern darauf einzutreten ist.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. 8.1% Mehrwertsteuer) zu Lasten des Berufungsklägers."

### **Erwägungen:**

#### **I. Sachverhalt und Prozessgeschichte**

1. A.\_\_\_\_\_ (nachfolgend: Gesuchsteller) und B.\_\_\_\_\_ (nachfolgend: Gesuchsgegnerin) sind seit dem 5. Januar 2009 miteinander verheiratet und die Eltern von C.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.2009, sowie D.\_\_\_\_\_, geb. tt.mm.2016 (Urk. 7/56/1 Rz. 4; 7/56/29 Rz. 9; Urk. 7/56/141 S. 3). Mit Eheschutzentscheid vom 30. Juni 2021 genehmigte die Vorinstanz eine Vereinbarung der Parteien betreffend Getrenntleben. Demnach leben die Parteien seit dem 11. März 2018 getrennt bei gemeinsamer elterlicher Sorge; die Obhut über die Kinder wurde der Gesuchsgegnerin zugeteilt (Urk. 7/56/141 S. 3 f.). Des Weiteren genehmigte die Vorinstanz Unterhaltsbeiträge und wies die eheliche Liegenschaft E.\_\_\_\_\_ [Strasse] ..., F.\_\_\_\_\_, der Gesuchsgegnerin für die Dauer des Getrenntlebens zur ausschliesslichen Benützung zu (Urk. 7/56/141 S. 5 f.).

2. Am 13. März 2020 reichte der Gesuchsteller die (zunächst unbegründete) Scheidungsklage ein (Urk. 7/1). Am 28. Februar 2023 stellte der Gesuchsteller ein Begehren um vorsorgliche Massnahmen, wonach das Eheschutzurteil vom 30. Juni 2021 bezüglich seiner Unterhaltsverpflichtungen dahingehend abzuändern sei, als er ab dem 1. Februar 2022 den Kindern nur noch einen reduzierten und der Gesuchsgegnerin gar keinen Unterhalt mehr zu zahlen habe (Urk. 7/184 S. 2). Mit Eingaben vom 21. April 2023 und 12. Juni 2023 beantragte die Gesuchsgegnerin die Abweisung des vorsorglichen Massnahmengesuchs und, dass die Parteien zu verpflichten seien, sämtliche im Zusammenhang mit der Liegenschaft E.\_\_\_\_\_ [Strasse] ..., F.\_\_\_\_\_, stehenden Kosten für den Zeitraum ab 1. April 2023 je zur Hälfte zu bezahlen (Urk. 7/196 S. 2; Urk. 7/205 S. 2). In der Folge beantragte der Gesuchsteller die Abweisung des letztgenannten Begehrens der Gesuchsgegnerin (Urk. 7/223 S. 2) und stellte präzisierte vorsorgliche Massnahmenbegehren, wobei

der Antrag, dass er ab dem 1. Februar 2022 keinen Ehegattenunterhalt mehr schulde, unverändert blieb (Urk. 7/225 S. 2). Bezüglich des übrigen Verlaufs des vorinstanzlichen Verfahrens sei auf die angefochtene Verfügung vom 22. Februar 2024 verwiesen (Urk. 2 S. 7-10).

3. Gegen die vorinstanzliche (begründete) Verfügung vom 22. Februar 2024 (Urk. 2 = Urk. 7/259) liess der Gesuchsteller mit Eingabe vom 7. März 2024 rechtzeitig Berufung erheben (Urk. 1 und 1A; Urk. 7/260). Innert der mit Verfügung vom 13. März 2024 angesetzten Frist leistete der Gesuchsteller den Kostenvorschuss in Höhe von CHF 4'000.– (Urk. 6 und 9). Mit Eingabe vom 20. März 2024 (Datum Incamail) reichte der Gesuchsteller zudem ein Novum ein (Urk. 10 bis 12/12). In der Folge erstattete die Gesuchsgegnerin innert der mit Verfügung vom 30. April 2024 angesetzten Frist die Berufungsantwort vom 13. Mai 2024 (Urk. 13 und 14). Nachdem mit Verfügung vom 7. Juni 2024 die Berufungsantwort dem Gesuchsteller und die bisherigen Eingaben der Parteien den Verfahrensbeteiligten zur Kenntnisnahme zugestellt wurden (Urk. 15), ersuchte der Gesuchsteller mit Eingabe vom 19. Juni 2024 um Fristansetzung zur Ausübung seines Replikrechts (Urk. 17). Da in der Zwischenzeit die hiesige Instanz mit den Parteien abklärte, ob Interesse an Vergleichsgesprächen bestehe, sich ein solches aber nicht bestätigte (Prot. II S. 6 f.; Urk. 18), stellte der Gesuchsteller am 27. Juni 2024 ein erneutes Gesuch um Fristansetzung (Urk. 19). Innert der daraufhin mit Verfügung vom 28. Juni 2024 angesetzten Frist reichte der Gesuchsteller am 12. Juli 2024 seine freigestellte Stellungnahme zur Berufungsantwort ein, welche der Gesuchsgegnerin sowie den Verfahrensbeteiligten am 15. Juli 2024 zur Kenntnisnahme zugeschickt wurde (Urk. 21 bis 22/2). Weitere Eingaben der Parteien erfolgten nicht.

4. Der Fall erweist sich als spruchreif. Die vorinstanzlichen Akten sind, samt den Eheschutzakten, beigezogen worden.

## **II. Prozessuales**

1. Mit der Berufung angefochten sind die Dispositiv-Ziffern 2 und 3 der Verfügung vom 22. Februar 2024 betreffend den persönlichen Unterhaltsbeitrag des Gesuchstellers an die Gesuchsgegnerin. Es ist entsprechend vorzumerken, dass die

Dispositiv-Ziffern 1 sowie 4-9 der Verfügung vom 22. Februar 2024 unangefochten in Rechtskraft erwachsen sind (Art. 315 Abs. 1 ZPO).

2. Das Berufungsverfahren stellt keine Fortsetzung des erstinstanzlichen Verfahrens dar, sondern ist nach der gesetzlichen Konzeption als eigenständiges Verfahren ausgestaltet (BGE 142 III 413 E. 2.2.1). Mit der Berufung kann eine unrichtige Rechtsanwendung und eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung (Angemessenheitsprüfung; BGer 5A\_184/2013 vom 26. April 2013, E. 3.1). In der schriftlichen Berufungsbegründung (Art. 311 ZPO) ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem der genannten Mängel leidet. Das setzt (im Sinne einer von Amtes wegen zu prüfenden Eintretensvoraussetzung) voraus, dass die Berufungsklägerin 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 bzw. aus welchen Aktenstellen sich der geltend gemachte Berufungsgrund ergeben soll. Die pauschale Verweisung auf frühere Vorbringen oder deren blosser Wiederholung genügen nicht (BGE 138 III 374 E. 4.3.1 = Pra 102 [2013] Nr. 4; BGer 5A\_512/2020 vom 7. Dezember 2020 E. 3.3.2; BGer 5A\_247/2013 vom 15. Oktober 2013 E. 3.2; 5A\_751/2014 vom 28. Mai 2015 E. 2.1). Was nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen entsprechenden Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden; diese hat sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der Beanstandungen zu beschränken, die in der schriftlichen Begründung formgerecht gegen den erstinstanzlichen Entscheid erhoben werden (BGE 142 III 413 E. 2.2.4 m.w.H.; BGer 5A\_111/2016 vom 6. September 2016 E. 5.3; 4A\_258/2015 vom 21. Oktober 2015 E. 2.4.3; 4A\_290/2014 vom 1. September 2014 E. 3.1 und E. 5). Insofern erfährt der Grundsatz *iura novit curia* (Art. 57 ZPO) im Berufungsverfahren eine Relativierung (BK ZPO I-Hurni, Art. 57 N 21 und N 39 ff.; Glasl, DIKE-Komm-ZPO, Art. 57 N 22). In diesem Rahmen ist insoweit auf

die Parteivorbringen einzugehen, als dies für die Entscheidungsfindung erforderlich ist (BGE 134 I 83 E. 4.1 m.w.H.).

### **III. Vorsorglicher Ehegattenunterhalt**

#### **1. Erwägungen der Vorinstanz**

1.1 Die Vorinstanz rechnete der Gesuchsgegnerin für den Zeitraum vom 1. Februar 2022 bis 31. Dezember 2022 ein Monatseinkommen von CHF 5'618.– an, welches CHF 535.– über dem Einkommen von CHF 5'083.– gemäss dem Eheschutzentscheid liege (Urk. 2 S. 17; Urk. 7/56/141 S. 6; Urk. 7/198/1; Urk. 7/207/3). Für die Zeit ab dem 1. Januar 2023 ging die Vorinstanz von einem Einkommen der Gesuchsgegnerin in der Höhe von CHF 6'612.– aus, welcher Betrag um CHF 1'529.– über dem Einkommen gemäss dem Eheschutzentscheid liege (Urk. 2 S. 18; Urk. 7/56/141 S. 6; Urk. 7/198/4-7; Urk. 7/207/2). Ebenso hätten sich die Einkommen der Kinder erhöht (Urk. 2 S. 18 f.). Das Einkommen des Gesuchstellers legte die Vorinstanz auf CHF 14'814.– statt der im Eheschutzentscheid noch angerechneten CHF 12'822.– fest (Urk. 2 S. 25).

1.2 Aufgrund der erhöhten Einkommen der Gesuchsgegnerin und Kinder ging die Vorinstanz davon aus, dass ab dem 1. Februar 2022 eine wesentliche Veränderung der Verhältnisse vorliege, die eine Abänderung der Unterhaltsbeiträge, welche mit Eheschutzentscheid festgesetzt worden waren (Urk. 7/56/141), rechtfertige (Urk. 2 S. 19). Die Abänderung habe rückwirkend seit dem 1. April 2023 zu gelten (Urk. 2 S. 21).

1.3 Den monatlichen familienrechtlichen Bedarf bezifferte die Vorinstanz auf CHF 6'220.– beim Gesuchsteller, CHF 6'143.– bei der Gesuchsgegnerin, CHF 1'858.– bei C.\_\_\_\_\_ und CHF 1'435.– bei D.\_\_\_\_\_ (Urk. 2 S. 27). In dem Zusammenhang ist zu erwähnen, dass die Vorinstanz beim Gesuchsgegner den vollen Grundbetrag von CHF 1'100.– eines Alleinstehenden in Haushaltsgemeinschaft mit einer erwachsenen Person anrechnete (a.a.O.), obwohl in den Akten Hinweise auf ein bestehendes Konkubinat vorliegen (Urk. 7/198/2). Weiter rechnete die Vorinstanz der Gesuchsgegnerin und den Kindern neue Wohnkosten von total

CHF 2'800.– an, da die Gesuchsgegnerin vorzeitig per 1. April 2023 aus der ehelichen Liegenschaft E.\_\_\_\_\_ [Strasse] ..., F.\_\_\_\_\_ ausgezogen sei (Urk. 2 S. 28; Urk. 7/198/3). Die Leerstandskosten der ehelichen Liegenschaft setzte die Vorinstanz mit den bisherigen dortigen Wohnkosten von CHF 1'900.– gleich und rechnete diese beiden Parteien je zur Hälfte an, da sie Miteigentümer seien und in der Eheschutzvereinbarung keine Regelung zur Tragung der Leerstandskosten getroffen worden sei (Urk. 2 S. 22, 29; Urk. 7/92/22).

1.4 Weiter hielt die Vorinstanz fest, dass die Parteien anlässlich der Eheschutzvereinbarung davon ausgegangen seien, dass das monatliche CHF 19'400.– übersteigende Gesamteinkommen der Familie bei der Überschussverteilung nicht berücksichtigt werde. In der letzten Phase der Unterhaltsberechnung im Eheschutz sei nur deshalb keine Sparquote angerechnet worden, weil das Gesamteinkommen der Familie von CHF 19'400.– unterschritten worden sei. Zumal aktuell das Gesamteinkommen der Familie mit CHF 24'549.– die Schwelle von CHF 19'400.– übersteige, sei vorliegend eine Sparquote anzurechnen. Dabei sei auf den Überschuss von CHF 4'809.– der letzten Phase im Eheschutzverfahren abzustellen, in welcher noch eine solche Sparquote angerechnet worden sei. Dieser sei der Gesuchsgegnerin zu 1/3, d.h. in Höhe von CHF 1'603.– pro Monat, anzurechnen (Urk. 2 S. 32-34; Urk. 7/187/3 S. 5).

1.5. Bezüglich der weiteren Berechnungsschritte der Vorinstanz, welche anlässlich der Berufung nicht im Einzelnen strittig sind, sei auf die vorinstanzlichen Erwägungen verwiesen (Urk. 2). Die Vorinstanz gelangte so zu einem rückwirkend ab 1. April 2023 geltenden vorsorglichen Ehegattenunterhalt von CHF 1'134.– pro Monat (Urk. 2 S. 36).

## **2. Parteivorbringen**

2.1 Der Gesuchsteller rügt zunächst, bereits vor Vorinstanz sei aktenkundig sowie unbestritten gewesen, dass die Liegenschaft E.\_\_\_\_\_ [Strasse] ..., F.\_\_\_\_\_, verkauft werde. Nach dem Verkauf falle die Position der Leerstandskosten weg, was einen Einfluss auf die Unterhaltshöhe habe. Deshalb hätte die Vorinstanz für die Zeit nach dem Verkauf eine separate Unterhaltsphase festlegen müssen. Indem

die Vorinstanz dies nicht getan habe, habe sie das Recht falsch angewendet (Urk. 1 Rz. 7, 9). Mittlerweile liege der unterzeichnete Kaufvertrag vom 15. März 2024 vor (Urk. 10 Rz. 3; Urk. 12/12). Die Gesuchsgegnerin bestreitet dies und weist darauf hin, dass vorliegend nur noch der Ehegattenunterhalt strittig sei, weshalb die Dispositionsmaxime zum Tragen komme. Nachdem es der Gesuchsteller vor Vorinstanz versäumt habe, die erst verspätet im Berufungsverfahren eingereichten Unterlagen zum Verkauf der Liegenschaft E.\_\_\_\_\_ [Strasse] ..., F.\_\_\_\_\_ (insb. Urk. 5/8), rechtzeitig einzureichen, überzeuge sein Argument, dass die Vorinstanz zu Unrecht keine separate Unterhaltsphase für die Zeit nach dem Verkauf ausgeschieden habe, nicht (Urk. 14 Rz.18-29, 56 f.). Auch sei der Kaufvertrag vom 15. März 2023 mit Eingabe vom 20. März 2024 nicht unverzüglich, d.h. zu spät, eingereicht worden (Urk. 14 Rz. 92 f.). Diese Ausführungen bestreitet der Gesuchsteller (Urk. 21 Rz. 7 ff., 54 f.; s.u. III.3.1).

2.2 Im Weiteren bringt der Gesuchsteller vor, dass nicht die Leerstandskosten, sondern lediglich die Hypothekarzinsen betreffend die Liegenschaft E.\_\_\_\_\_ [Strasse] ..., F.\_\_\_\_\_, im Bedarf zu berücksichtigen seien. Zudem kritisiert er, dass die Vorinstanz fälschlicherweise die Leerstandskosten mit den ehemaligen Wohnkosten der Liegenschaft E.\_\_\_\_\_ [Strasse] ..., F.\_\_\_\_\_, gleichgesetzt habe. Bis zum Verkauf der Liegenschaft seien daher nur die Hypothekarzinsen von durchschnittlich CHF 1'372.54 pro Monat zu berücksichtigen, wobei jeder Partei die Hälfte von rund CHF 687.– anzurechnen sei (Urk. 1 Rz. 16-33). Die Gesuchsgegnerin ist anderer Ansicht, da es am Gesuchsteller gelegen wäre, vor Vorinstanz rechtzeitig die effektiven Leerstandskosten zu belegen. Stattdessen habe sich der Gesuchsteller zur Höhe der Leerstandskosten mit keinem Wort geäußert und es dabei belassen, seine Beteiligung an diesen im Grundsatz zu bestreiten. Somit seien seine Vorbringen vor Berufungsinstanz verspätet. Ohnehin sei aber die Bezifferung der Leerstandskosten durch die Vorinstanz nicht zu beanstanden, insbesondere weil zwischenzeitlich die Hypothekarzinsen gestiegen seien und daher der wohnbedingte Anteil der vorinstanzlich angerechneten Kosten mehr als kompensiert sei (Urk. 14 Rz. 30-44, 53). Diese Ausführungen bestreitet wiederum der Gesuchsteller unter Hinweis darauf, dass es an der Gesuchsgegnerin gewesen wäre, die Leerstandskosten zu beziffern (Urk. 21 Rz. 32; s.u. III.3.2).

2.3 Ein weiterer Streitpunkt zwischen den Parteien betrifft den Grundbetrag seitens des Gesuchstellers. Während dieser sich der vorinstanzlichen Ansicht anschliesst, wonach ihm der volle Grundbetrag von CHF 1'100.– anzurechnen sei (Urk. 1 Rz. 33, 38), bringt die Gesuchsgegnerin vor, dass die Vorinstanz zu Unrecht das Konkubinat, in welchem der Gesuchsgegner lebe, unberücksichtigt gelassen habe. Anders als die Vorinstanz meine (Urk. 2 S. 27), sei für die hälftige Anrechnung eines Grundbetrags von CHF 850.– pro Monat kein qualifiziertes Konkubinat vorausgesetzt (Urk. 14 Rz. 46-51). Diese Ausführungen bestreitet der Gesuchsteller unter Hinweis darauf, dass vorliegend die Anschlussberufung unzulässig sei (Urk. 21 Rz. 42; s.u. III.3.3).

2.4 Im Rahmen der Unterhaltsberechnung folgte der Gesuchsteller der Vorinstanz, wonach der maximal zu verteilende Überschuss CHF 4'809.– betrage, wovon der Gesuchsgegnerin CHF 1'603.– zufielen (Urk. 1 Rz. 41). Die Gesuchsgegnerin bringt demgegenüber vor, dass in der letzten Unterhaltsphase des Eheschutzes keine Sparquote berücksichtigt worden sei (Urk. 7/187/3 S. 5), eine Deckelung des zu verteilenden Überschusses mit dem Grundsatz, wonach Kinder vom nach der Trennung gestiegenen Lebensstandard profitieren sollten, unvereinbar sei und auch der zu verteilende Überschussanteil wesentlich höher liege als von der Vorinstanz angenommen (Urk. 14 Rz. 58-82; bestritten: Urk. 21 Rz. 48; s.u. III.3.3).

### **3. Würdigung**

#### **3.1 Zeit ab dem Verkauf der ehelichen Liegenschaft**

3.1.1 Soweit die Gesuchsgegnerin vorbringt, dass es der Gesuchsteller versäumt habe, rechtzeitig den bevorstehenden Verkauf der ehelichen Liegenschaft geltend zu machen (insb. Urk. 14 Rz. 25 f.), ist darauf hinzuweisen, dass schon vor Vorinstanz der Verkauf dieser Liegenschaft intensiv thematisiert wurde. So hat die Vorinstanz bereits in der superprovisorischen Verfügung vom 8. September 2023 festgehalten, dass es nicht zuletzt in den Händen des Gesuchstellers liege, wann die Liegenschaft verkauft werde (Urk. 7/237 S. 8). Offen war damit vor Vorinstanz lediglich noch die Frage, *wann* genau die Liegenschaft verkauft wird, nicht *ob* dies geschehen wird.

Des Weiteren ist zu berücksichtigen, dass die Kaufzusage vom 14. Februar 2024 (Urk. 5/8 S. 3) und die angefochtene Verfügung vom 22. Februar 2024 datiert (Urk. 2). Zwischen den beiden Dokumenten liegt somit eine Zeitspanne von lediglich acht Tagen. Zwar müssen Noven nach Aktenschluss ohne Verzug vorgebracht werden, doch stehen den Parteien hierfür praxisgemäss rund zehn Tage bzw. ein bis zwei Wochen zur Verfügung (BGer 5A\_126/2023 vom 13. Juni 2023, E. 3.1). Vor dem Hintergrund kann dem Gesuchsteller auch nicht vorgeworfen werden, dass er die Kaufzusage vom 14. Februar 2024 (Urk. 5/8) im Zuge der Berufung verspätet ins Recht gelegt habe. Dasselbe gilt für die übrigen Noven, welche mit der Berufung eingereicht wurden (Urk. 5/9+10). Zudem steht mittlerweile fest, dass die Liegenschaft verkauft worden ist (Urk. 12/12). Dieses Novum ist zwar nach Ablauf der Berufungsfrist eingereicht worden, aber auch erst danach entstanden. Zudem ist das Novum vom 15. März 2024 schon am 20. März 2024, also ohne Verzug im Sinne der genannten Rechtsprechung, eingereicht worden und somit nach Art. 317 ZPO zu berücksichtigen. Entsprechend sind auch die präzisierten Berufungsbegehren (Urk. 21 S. 2) zulässig (Art. 317 Abs. 2 ZPO).

Als Zwischenfazit ist damit festzuhalten, dass der Verkauf der ehelichen Liegenschaft zu Genüge feststeht.

3.1.2 Damit bleibt die Frage zu klären, ob die Vorinstanz das Recht verletzte, indem sie für die Zeit nach dem Verkauf keine separate Unterhaltsphase ausschied. In dem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass der Gesuchsteller im vorinstanzlichen Verfahren sowohl bezüglich der Ehegatten- als auch der Kinderunterhaltsbeiträge keine vorsorgliche Abstufung für die Zeit vor und nach dem Verkauf der ehelichen Liegenschaft beantragte. Stattdessen beantragte er generell, vorsorglich keinen Ehegattenunterhalt zahlen zu müssen (Urk. 7/184 S. 2; Urk. 7/225 S. 2). Insofern bestand für den Gesuchsteller vor Vorinstanz keine Veranlassung, einen abgestuften Unterhalt für die Zeit vor und nach dem Verkauf der ehelichen Liegenschaft zu verlangen. Somit kann nicht vorgeworfen werden, erst im Rahmen der Berufung eine solche Abstufung geltend zu machen (so aber Urk. 14 Rz. 24). Zu berücksichtigen ist ferner, dass es die Gesuchsgegnerin war, welche den vorsorglichen Antrag auf die Kostenbeteiligung beider Parteien bis zum

Verkauf der ehelichen Liegenschaft stellte (Urk. 7/205 S. 2). Dagegen hatte der Gesuchsteller opponiert (Urk. 7/223 S. 2). Insofern ist es nicht zu beanstanden, wenn der Gesuchsteller nun im Rahmen der Berufung geltend macht, die Vorinstanz habe die Dispositionsmaxime verletzt, indem sie die hälftige Kostenbeteiligung an der ehelichen Liegenschaft nicht auf die Zeit bis zu deren Verkauf begrenzt habe. Dass diese Rüge zudem begründet ist, zeigt schon der Vergleich der angefochtenen vorinstanzlichen Dispositiv-Ziffer 2 mit der rechtskräftigen Dispositiv-Ziffer 5 (Urk. 2 S. 36 f.): Während gemäss Letzterer die Kostenbeteiligung auf die Zeit bis zum Verkauf begrenzt wurde, sieht Erstere einen zeitlich unlimitierten, gleichbleibenden Unterhaltsbetrag vor, welcher auch die Kosten der ehelichen Liegenschaft umfasst. Es erscheint somit als zutreffend, für die Zeit ab dem Verkauf der ehelichen Liegenschaft, d.h. ab 16. März 2024 (Urk. 12/12), den Unterhalt wie folgt zu berechnen: CHF 6'143.– (vorinstanzlich angerechneter Bedarf der Gesuchsgegnerin; Urk. 2 S. 27) - CHF 950.– (Kosten der ehelichen Liegenschaft; a.a.O.) + CHF 1'603.– (Überschussanteil; Urk. 2 S. 34; s.u. III.3.4) - CHF 6'612.– (Einkommen; Urk. 2 S. 19) = CHF 184.– pro Monat. Dies entspricht exakt dem Antrag des Gesuchstellers (Urk. 1 S. 2; Urk. 21 S. 2) und ist, unter Berücksichtigung nachfolgender Erwägungen (s.u. III.3.3), gutzuheissen.

### 3.2 Zeit vor dem Verkauf der ehelichen Liegenschaft

3.2.1 Wie der Gesuchsteller zu Recht geltend macht, hat die Vorinstanz die Leerstandskosten gleichgesetzt mit den Kosten, die anfielen, als die Gesuchsgegnerin mit den Kindern noch E.\_\_\_\_\_ [Strasse] ..., F.\_\_\_\_\_, lebte (Urk. 7/205 Rz. 10 folgend: Urk. 2 S. 29). Dies ist insofern nicht überzeugend, als Leerstandskosten erfahrungsgemäss tiefer sind als die Kosten einer bewohnten Liegenschaft.

3.2.2 Der Gesuchsteller hat mehrere Belege zu den Hypothekarzinsen eingereicht (Urk. 5/3-7). Dies rügt die Gesuchsgegnerin als verspätet (Urk. 14 Rz. 35). Dazu ist in Erinnerung zu rufen, dass der Anspruch, wonach der Gesuchsteller infolge des Auszugs der Gesuchsgegnerin aus der ehelichen Liegenschaft zusätzlich zu ihren neuen Wohnkosten sich hälftig an den Leerstandskosten der ehelichen Liegenschaft zu beteiligen habe, von der Gesuchsgegnerin gestellt wurde (Urk. 7/205 S. 2). Entsprechend wäre es an dieser gelegen, die von ihr verursachten Leer-

standskosten zu beziffern und belegen (Art. 8 ZGB; allenfalls unter Mitwirkung des Gesuchstellers: Art. 170 ZGB). Dem ist sie indes nicht nachgekommen (Urk. 7/205 Rz. 9 f.). Dass der Gesuchsteller nun, veranlasst durch den vorinstanzlichen Entscheid, die aktuelle Hypothekarbelastung belegt hat, ist daher nicht zu beanstanden. Die Hypothekarvereinbarung vom 14. März 2022 lag schon früher im Recht (Urk. 5/3 = Urk. 7/149/33) und unterliegt insofern nicht der Novenschranke. Soweit die Belege Zeiträume schon vor der angefochtenen Verfügung betreffen (Urk. 5/5+6), so ist dies novenrechtlich unproblematisch, da erst der vorinstanzliche Entscheid den Gesuchsteller dazu veranlasste, die Leerstandskosten näher darzulegen, nachdem er ursprünglich davon ausgegangen war, gar keinen vorsorglichen Ehegattenunterhalt mehr bezahlen zu müssen (BK ZPO-Sterchi, Art. 317 N 10). Bezüglich der jüngeren Zeiträume handelt es sich um nach Art. 317 Abs. 1 ZPO zulässige echte Noven (Urk. 5/5, 7).

3.2.3 Die Aufstellung des Gesuchstellers zu den Hypothekarkosten erweist sich als zutreffend und entspricht den eingereichten Belegen (Urk. 5/4, 6, 7). Einzig bezüglich des Januars 2024 ist dem Gesuchsteller ein betragsmässig nicht ins Gewicht fallender Rechenfehler unterlaufen. Korrekterweise ist dieser Hypothekarzins aufgrund der Kalenderusanze (Urk. 5/3) wie folgt zu berechnen:

$$\text{CHF } 7'600 \text{ (vgl. Urk. 5/3)} \cdot 2.22 \text{ (Zinssatz gemäss Urk. 5/5)} \cdot \frac{365}{360} = \text{CHF } 17'106.33$$

$$\frac{\text{CHF } 17'106.33}{365 \text{ Tage}} \cdot 31 \text{ Tage des Januars} = \text{CHF } 1'452.85$$

Hierdurch ändert sich nichts am Ergebnis, wonach jeder Partei im massgebenden Zeitraum Hypothekarzinsen von rund CHF 687.– anzurechnen sind (Urk. 1 Rz. 30).

3.2.4 Soweit der Gesuchsteller sich auf den Standpunkt stellt, sich für die Zeit bis zum Verkauf der ehelichen Liegenschaft lediglich an den Hypothekarzinsen der mittlerweile leerstehenden ehelichen Liegenschaft hälftig beteiligen zu müssen (Urk. 1 Rz. 22, 29, 33), ist auf die überzeugenden Erwägungen der Vorinstanz zu verweisen, wonach in der Eheschutzvereinbarung diesbezüglich keine Regelung getroffen worden sei. Damit gelangt die miteigentumsrechtliche Regel zur Anwendung, wonach sich die Miteigentümer an den Kosten hälftig zu beteiligen haben

(Urk. 2 S. 22). Ohnehin ist Dispositiv-Ziffer 5 der vorinstanzlichen Verfügung vom 22. Februar 2024 unangefochten geblieben, wonach die Parteien zur hälftigen Kostentragung nicht nur bezüglich der Hypothekarzinsen verpflichtet wurden (Urk. 2 S. 37). Somit bringt die Gesuchsgegnerin zu Recht vor, dass sich die Leerstandskosten nicht in den Hypothekarzinsen erschöpft hätten, sondern zusätzlich regelmässige Zahlungen an die Stockwerkeigentümergeinschaft angefallen seien (Urk. 14 Rz. 37, 42). Hierzu kann von rund CHF 1'200.– pro Monat, d.h. je Partei rund CHF 600.–, ausgegangen werden (Urk. 14 Rz. 42 m.H. auf Urk. 114/4 in EE190003; in einer ähnlichen Grössenordnung: Urk. 7/248/4). Soweit weitere Leerstandskosten in Frage stehen, mag es zwar sein, dass auch eine leerstehende Wohnung reduziert beheizt werden muss, doch wurden keine solchen Kosten beziffert und belegt (Urk. 7/205 Rz. 9 f.; Urk. 14 Rz. 43), weshalb es dabei sein Bewenden hat.

3.2.5 Es wären damit jeder Partei Leerstandskosten von ungefähr CHF 1'287.– (d.h. CHF 687 [hälftige Hypothekarzinsen] + ca. CHF 600 [hälftiger Beitrag an die Stockwerkeigentümergeinschaft]) anzurechnen. Jedenfalls würde dies zu einem höheren vorsorglichen Ehegattenunterhalt führen, als dies mit der Berufung beabsichtigt wurde (Urk. 1 S. 3). Da sich die Gesuchsgegnerin im Ergebnis der vorinstanzlichen Verfügung anschliesst (Urk. 14 S. 3, Rz. 53) und vorliegend nicht mehr zuzusprechen ist als beantragt wurde (Art. 58 Abs. 1 ZPO), ist der vorinstanzliche vorsorgliche Ehegattenunterhalt von CHF 1'134.– pro Monat zu bestätigen, wie auch nachfolgende Erwägungen zeigen.

3.3 Bezüglich der vorinstanzlichen Begrenzung des zu verteilenden Überschusses auf CHF 4'809.– ist der Umstand, dass in der zuletzt festgelegten Unterhaltsphase des Eheschutzes keine Sparquote berücksichtigt worden sei (Urk. 14 Rz. 68), nicht massgebend. Vielmehr hielt die Vorinstanz zutreffend fest, dass in der Phase ab März 2021 nur deshalb keine Sparquote angerechnet worden sei, weil das Gesamteinkommen der Familie CHF 19'400.– unterschritten habe (Urk. 2 S. 34; Urk. 7/187/3 S. 5). Auch das Argument der Gesuchsgegnerin, wonach die Deckelung des zu verteilenden Überschusses nicht mit dem Anspruch der Kinder, am aktuellen Lebensstandard teilzuhaben, vereinbar sei (Urk. 14 Rz. 62), über-

zeugt nicht, weil vorliegend der Kinderunterhalt nicht Verfahrensgegenstand ist. Insofern ist der Vorinstanz nicht vorzuwerfen, die Deckelung des Überschusses entsprechend der Eheschutzvereinbarung übernommen zu haben. Zudem setzt sich die Gesuchsgegnerin nicht konkret mit der Methodik der Vorinstanz auseinander, ob diese entsprechend den Grundlagen aus dem Eheschutz (insb. Urk. 7/187/3 S. 5) korrekt vorgegangen ist. Stattdessen stellt die Gesuchsgegnerin dem vorinstanzlichen Urteil eine andere Berechnungsweise betreffend einen abweichenden Zeitraum entgegen (Urk. 14 Rz. 73 ff. betreffend die Jahre 2014-2017 im Vgl. mit Urk. 7/187/3 S. 5 vorletzte Spalte). Mit der Präsentation einer solchen Berechnungsalternative ist indes nicht konkret aufgezeigt, inwiefern die vorinstanzliche Vorgehensweise (Urk. 2 S. 34) falsch sei und korrigiert werden müsste (s.o. II.2.). Im Ergebnis ist daher die von der Vorinstanz vorgesehene Begrenzung des zu verteilenden Überschusses auf CHF 4'809.– vorsorglich zu bestätigen. Angesichts dessen wirkt sich der Umstand, dass die Vorinstanz den Grundbetrag seitens des Gesuchstellers auf CHF 850.– statt CHF 1'100.– hätte festsetzen sollen (Urk. 14 Rz. 51 m.H. u.a. auf Urk. 7/196 Rz. 73 und Urk. 7/198/2 glaubhaft), nicht auf das Ergebnis des Unterhalts aus. Lediglich die Bedarfswahlen des Gesuchstellers sind entsprechend anzupassen.

3.4 Zusammenfassend ist die vorinstanzliche Ehegattenunterhaltsberechnung für die Zeit bis zum Verkauf der ehelichen Liegenschaft zu bestätigen. Ab dem Verkauf der ehelichen Liegenschaft (16. März 2024) ist der vorsorgliche Ehegattenunterhalt neu auf CHF 184.– pro Monat festzusetzen. Die Bedarfswahlen sind in der Zeit ab dem Verkauf der ehelichen Liegenschaft bei beiden Parteien um CHF 950.– (vorinstanzliche Leerstandskosten) zu reduzieren. Zudem ist der Bedarf des Gesuchstellers um CHF 250.– (Differenz zwischen dem vorinstanzlich angerechneten Grundbetrag von CHF 1'100.– und dem neu anzurechnenden Grundbetrag von CHF 850.–) zu reduzieren.

#### **IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen**

1. Die Vorinstanz hat in Anwendung von Art. 104 Abs. 3 ZPO den Entscheid über die Kosten- und Entschädigungsfolgen dem Endentscheid vorbehalten (Urk. 2 S. 36). Dabei hat es sein Bewenden.

2. Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. §§ 5 Abs. 1, 6 Abs. 1 und 8 Abs. 1 GebV OG auf CHF 3'000.– festzusetzen. Da vorliegend nur der Ehegattenunterhalt zur Diskussion stand, sind der Kindsvertreterin keine Aufwendungen erwachsen, welche zu den Gerichtskosten zu schlagen wären (Prot. II S. 10). Der Gesuchsteller unterliegt bezüglich der Zeitperiode bis zum Verkauf der ehelichen Liegenschaft, die Gesuchsgegnerin unterliegt dagegen bezüglich der Zeitperiode danach. Vor dem Hintergrund rechtfertigt es sich, die Kosten beiden Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen (Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO). Entsprechend sind keine Parteientschädigungen geschuldet.

#### **Es wird beschlossen:**

1. Es wird vorgemerkt, dass die Verfügung des Einzelgerichts Affoltern vom 22. Februar 2024 betreffend Dispositiv-Ziffern 1 sowie 4-9 in Rechtskraft erwachsen sind.
2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis.

#### **Es wird erkannt:**

1. In teilweiser Gutheissung der Berufung wird Dispositiv-Ziffer 2 der Verfügung des Einzelgerichts Affoltern vom 22. Februar 2024 wie folgt abgeändert:

"In Abänderung von Dispositiv-Ziffer 3.4. des Urteils des Bezirksgerichts Affoltern vom 30. Juni 2021 (Geschäfts-Nr.: EE190003-A) wird der Gesuchsteller verpflichtet, der Gesuchsgegnerin rückwirkend ab 1. April 2023 bis 15. März 2024 persönliche Ehegattenunterhaltsbeiträge von monatlich CHF 1'134.– und ab 16. März 2024 für die weitere Dauer des Scheidungsver-

fahrens solche von monatlich CHF 184.– zu bezahlen. Die Unterhaltsbeiträge sind zahlbar jeweils im Voraus auf den ersten eines Monats."

2. In teilweiser Gutheissung der Berufung wird Dispositiv-Ziffer 3 der Verfügung des Einzelgerichts Affoltern vom 22. Februar 2024 wie folgt abgeändert:

"Die Festsetzung der Unterhaltsbeiträge gemäss Ziffern 1 und 2 vorstehend basiert auf folgenden Grundlagen:

Einkommen:

- Gesuchsteller (inkl. Fr. 1'000.– Mietertrag): CHF 14'814.–;
- Gesuchsgegnerin (inkl. Fr. 1'000.– Mietertrag): CHF 6'612.–;
- C.\_\_\_\_\_: CHF 1'688.–
- ;
- D.\_\_\_\_\_: CHF 1'638.–

Familienrechtliches Existenzminimum:

- Gesuchsteller: CHF 5'970.– bis 15. März 2024;  
CHF 5'020.– ab 16. März 2024;
- Gesuchsgegnerin: CHF 6'143.– bis 15. März 2024;  
CHF 5'193.– ab 16. März 2024;
- C.\_\_\_\_\_: CHF 1'858.–;
- D.\_\_\_\_\_: CHF 1'435.–"

3. Im Übrigen wird die Berufung abgewiesen und die Verfügung des Einzelgerichts Affoltern vom 22. Februar 2024 bestätigt.
4. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf CHF 3'000.– festgesetzt.
5. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden beiden Parteien zur Hälfte auferlegt und mit dem Kostenvorschuss des Gesuchstellers

von CHF 4'000.– verrechnet. Die Gesuchsgegnerin wird verpflichtet, dem Gesuchsteller den Kostenvorschuss im Umfang von CHF 1'500.– zu ersetzen.

6. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die Kindervertreterin, die Obergerichtskasse sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

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

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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG sowie ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt mehr als CHF 30'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 16. September 2024

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

Dr. J. Trachsel

versandt am:  
Im