

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF160013-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. I. Vourtsis-Müller.

Beschluss und Urteil vom 15. Juni 2016

in Sachen

A._____,

Gesuchsteller und Berufungskläger,

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. X._____,

gegen

B._____,

Gesuchsgegner und Berufungsbeklagter,

vertreten durch Inhaberin der elterlichen Sorge, C._____,

betreffend
vorsorgliche Massnahmen

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Dietikon vom 28. Januar 2016 (ET160002)

Rechtsbegehren (act. 1 S. 2):

"1. In Abänderung von Ziff. 2 des Unterhaltsvertrags vom 24. Januar 2007 seien die Unterhaltszahlungen des Gesuchstellers an die Kindsmutter für den Sohn B._____ superprovisorisch, eventuell vorsorglich, aufzuheben eventuell zu sistieren.

2. Unter o/e Kostenfolge."

Verfügung des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Dietikon (act. 7 S. 4):

1. Auf das Gesuch um Erlass einer vorsorglichen Massnahme wird nicht eingetreten.

2. Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf Fr. 4'000.-.

3. Die Kosten werden dem Gesuchsteller auferlegt.

4. Dem Gesuchsgegner wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

5-6. SM/RM

Berufungsanträge:

des Berufungsklägers (act. 8):

"1. Es sei Ziff. 1 des Entscheids des Bezirksgerichts Dietikon vom 28. Januar 2015 aufzuheben und es seien in Abänderung von Ziff. 2 des Unterhaltsvertrags vom 24. Januar 2007 die Unterhaltszahlungen an die Kindsmutter für den Berufungsbeklagten superprovisorisch, eventuell vorsorglich, aufzuheben eventuell zu sistieren.

2. Es sei Ziff. 2 des Entscheids des Bezirksgerichts Dietikon vom 28. Januar 2015 aufzuheben und die Gerichtsgebühr auf höchstens CHF 500.- festzusetzen.

3. Es sei Ziff. 3 des Entscheids des Bezirksgerichts Dietikon vom 28. Januar 2016 aufzuheben und festzustellen, dass dem Berufungskläger keine Kosten aufzuerlegen sind sondern diesem eine Parteientschädigung in der Höhe von mind. CHF 2'400.- zzgl. Auslagen und MwSt zuzusprechen ist.

4. Unter o/e Kostenfolge.

Erwägungen:

1. a) Am 24. Januar 2007 schlossen der Vater des am tt.mm.2000 geborenen Sohnes, B.____, A.____ (Gesuchsteller und Berufungskläger, nachfolgend Berufungskläger) und dessen Mutter, C.____, als Vertreterin von B.____ (Gesuchsgegner und Berufungsbeklagter, nachfolgend Berufungsbeklagter) einen Unterhaltsvertrag, den die Vormundschaftsbehörde am 20. Februar 2007 genehmigte. Gemäss dieser Vereinbarung verpflichtete sich der Vater zur Bezahlung indexierter Unterhaltsbeiträge für B.____ von monatlich Fr. 700.- vom 7. bis zum vollendeten 12. Altersjahr bzw. von Fr. 750.- vom 13. Altersjahr bis zum Abschluss einer angemessenen Ausbildung, mindestens aber bis zur Mündigkeit. Die Unterhaltsbeiträge und allfällig bezogene Kinderzulagen sind, solange das Kind unmündig ist, gemäss dieser Vereinbarung jeweils im voraus auf den ersten Tag des Monats an die gesetzliche Vertreterin bzw. den gesetzlichen Vertreter des Kindes oder die Inhaberin bzw. den Inhaber der Obhut zu bezahlen (act. 3/2). Die elterliche Sorge trägt bis heute allein die Mutter (act. 3/5).

b) Seit November 2015 wohnt B.____ bei seinem Vater (act. 3/7). A.____ stellte bei der KESB ein Gesuch um Zuteilung des gemeinsamen Sorgerechts für B.____ und dessen, was im vorliegenden Verfahren nicht relevant ist, beiden Brüdern (vgl. act. 3/5 S. 1). Nach Anhörung von B.____, am 17. Dezember 2015, verneinte die KESB das Vorliegen einer akuten Kindeswohlgefährdung und traf hinsichtlich des Wohnortswechsels von B.____ keine Kinderschutzmassnahmen (act. 3/5 S. 4). Sie erachtete aufgrund der veränderten Umstände eine vertiefte Abklärung als angezeigt und stellte mit Schreiben vom 6. Januar 2016 an die damalige Rechtsvertreterin von A.____ in Aussicht, ein Gutachten in Auftrag zu geben (act. 3/6). Die Bildungsdirektion Kanton Zürich, kjz D.____, wies A.____ mit Schreiben vom 8. Januar 2016 auf die fehlende Alimentenzahlung (von aktuell Fr. 760.- pro Monat) für den Monat Januar 2016 für B.____ hin und teilte mit, die Unterhaltszahlungen seien trotz des Wohnortswechsels von B.____ weiterhin geschuldet. Der Unterhaltsvertrag vom 20. Februar 2007 habe weiterhin

Gültigkeit. A._____ habe zuerst eine Abänderung des Unterhaltsvertrages zu erwirken, bevor er die Zahlungen kürzen bzw. einstellen dürfe (act. 3/7).

c) Mit Schreiben vom 26. Januar 2016 stellte A._____ beim Friedensrichteamt E._____ ein Schlichtungsgesuch und beantragte, in Abänderung von Ziff. 2 des Unterhaltsvertrags vom 24. Januar 2007 seien die Unterhaltszahlungen des Gesuchstellers an die Kindsmutter für den Sohn B._____ rückwirkend seit November 2015 aufzuheben und es sei festzustellen, dass der Kindsvater der Kindsmutter seit dem 1. November 2015 keinerlei Unterhaltszahlungen für B._____ mehr schulde (act. 3/4). Gleichzeitig stellte er beim Bezirksgericht Dietikon ein Gesuch um Erlass superprovisorischer, eventuell vorsorglicher Massnahmen mit eingangs erwähntem Rechtsbegehren (act. 1). Das Einzelgericht im summarischen Verfahren trat mit Verfügung vom 28. Januar 2016 auf das Gesuch um Erlass einer vorsorglichen Massnahme nicht ein unter Kostenaufgabe an A._____. Mit dieser Verfügung stellte die Vorinstanz B._____ auch die Eingabe des Berufungsklägers, act. 1, zu. Damit hat die Vorinstanz sogleich über die vorsorglichen Massnahmen an sich entschieden (act. 7 Dispositiv Ziffer 1).

d) Gegen diesen Entscheid erhob A._____ Berufung und stellte die eingangs erwähnten Anträge (act. 8 S. 2). Nachdem der Berufungskläger den ihm mit Verfügung vom 17. Februar 2016 auferlegten Vorschuss rechtzeitig geleistet hatte (act. 14 i.V.m. act. 12 und act. 13), wurde dem Berufungsbeklagten Frist zur Einreichung der Berufungsantwort angesetzt (act. 15). Diese Verfügung wurde ihm am 14. März 2016 (act. 16) zugestellt. Die 10tägige Frist zur Erstattung der Berufungsantwort lief demnach am 24. März 2016 ab. Innert Frist ging keine Berufungsantwort ein. Mit Schreiben vom 5. bzw. 7. April 2016 wurde seitens der Rechtsvertretung des Berufungsklägers ein Mandatswechsel angezeigt (act. 17 bzw. act. 18). Neu wird der Berufungskläger durch Rechtsanwältin Dr. X._____ vertreten (act. 19). Die Anzeige des Mandatswechsel konnte dem Berufungsbeklagten, gesetzlich vertreten durch seine Mutter, nicht zugestellt werden (act. 21).

2. Wie bereits erwähnt, hat der Berufungsbeklagte keine Berufungsantwort eingereicht. Art. 147 Abs. 2 ZPO sieht vor, dass das Verfahren ohne die unterlassene Handlung weitergeführt wird, sofern das Gesetz nichts anderes bestimmt, was vorliegend der Fall ist.
3. Die Vorinstanz verneinte die Frage, ob ab Rechtshängigkeit der Abänderungsklage der Unterhaltsbeitrag an unmündige Kinder vorsorglich herabgesetzt werden könne, unter Hinweis auf einen Entscheid des Obergerichts des Kantons Solothurn vom 13. April 2007. Darin, so die Vorinstanz, sei unter Bezugnahme auf die einschlägige Literatur ausgeführt worden, dass vorsorgliche Massnahmen im Abänderungsprozess von Kinderrechten nur aus besonderen Gründen zur Wahrung des Kindeswohls zulässig seien. Damit könne nicht die Herabsetzung (oder gar Aufhebung) eines Aliments gemeint sein, denn diese diene einzig dem Rentenschuldner, eine Reduktion fände diesfalls nicht zum Wohle des Kindes statt. Dieser Auffassung sei zuzustimmen. An dieser Rechtslage habe sich auch seit Inkrafttreten der Schweizerischen Zivilprozessordnung nichts geändert. Das Begehren erweise sich mithin als offensichtlich unzulässig im Sinne von Art. 253 ZPO in Verbindung mit Art. 248 lit. d ZPO, weil dafür das Summarverfahren gar nicht zur Verfügung stehe. Deshalb sei auf das Begehren nicht einzutreten (act. 7 Erw. 2).
4. Der Berufungskläger führte aus, bei der Festlegung der Unterhaltszahlungen für den Sohn B._____ sei davon ausgegangen worden, dass dieser zusammen mit den Geschwistern bei der Kindsmutter wohne und demzufolge auch die Kinderkosten bei dieser anfielen. Diese Ausgangslage habe sich nun wesentlich und dauerhaft verändert, sodass die Unterhaltspflicht gestützt auf Art. 286 Abs. 2 ZGB anzupassen bzw. aufzuheben sei. Der Berufungsbeklagte sei nämlich bereits Mitte November 2015 zu ihm gezogen und beabsichtige, in Zukunft weiterhin bei ihm zu wohnen (act. 8 S. 3). Infolge der veränderten Wohnsituation habe er – der Berufungskläger – seine Unterhaltszahlungen für den Berufungsbeklagten an die Kindsmutter im Januar 2016 eingestellt, worauf er sofort eine Mahnung des kjz D._____ erhalten

habe. Um zu verhindern, dass die Unterhaltszahlungen für den Berufungsbeklagten weiterhin an die Kindsmutter geleistet werden müssten, habe er am 26. Januar 2016 ein Unterhaltsabänderungsverfahren beim zuständigen Friedensrichteramt eingeleitet. Da im Rahmen des Schlichtungsverfahrens aber keine vorsorglichen Anträge gestellt werden könnten, habe er sich gezwungen gesehen, gleichentags vorsorgliche Massnahmen beim zuständigen Bezirksgericht Dietikon zu beantragen (act. 8 S. 3-4). Unter Hinweis auf den von der Vorinstanz erwähnten Entscheid des Kantons Solothurn führte er aus, anders als in jenem Urteil und in der Literatur besprochenen Fällen verlange er gerade nicht die vorsorgliche Aufhebung oder Herabsetzung der Unterhaltszahlungen an seinen Sohn *zufolge eigener verminderten Leistungsfähigkeit, sondern zufolge Wohnsitzwechsel des Sohnes zu ihm selber*. In diesem besonderen Fall dienten die beantragten vorsorglichen Massnahmen klarerweise dem Kindeswohl. Beabsichtigt werde, dass die Unterhaltszahlungen sofort wieder dem unterhaltsberechtigten Kind zugute kämen und nicht bis zum Vorliegen eines Endurteils im Abänderungsverfahren – mit dem frühestens in einigen Monaten zu rechnen sei – an die Kindsmutter geleistet werden müssten, bei der bereits seit November 2015 gar keine Kosten für B._____ mehr anfielen. Dies erschiene umso dringlicher angezeigt, als die Kindsmutter nicht erwerbstätig sei und feststehe, dass zuviel geleistete Unterhaltszahlungen später nicht mehr zurückgefordert werden könnten. Indem die Vorinstanz seine Anträge abweise, Sorge sie unverständlicherweise dafür, dass die Unterhaltszahlungen für den unterhaltsberechtigten Sohn diesem noch während mehreren Monaten vorenthalten würden. Damit erleide nicht nur der Berufungskläger, sondern besonders auch der berufungsbeklagte Sohn erhebliche und nicht leicht wieder gutzumachende Nachteile. Der Wohnsitzwechsel des unterhaltsberechtigten Kindes zum unterhaltspflichtigen Elternteil müsse deshalb einer der Ausnahmefälle sein, in denen die Aufhebung resp. zumindest die vorläufige Sistierung von Kinderunterhaltszahlungen im Rahmen vorsorglicher Massnahmen im Abänderungsprozess zulässig bleiben müsse. In diesen Fällen diene die vorsorgliche Massnahme in erster Linie dem unterhaltsberechtigten Kind und nicht

ausschliesslich dem Unterhaltsschuldner. Die Vorinstanz sei deshalb auf seine Anträge zu Unrecht nicht eingetreten und habe damit die anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen unrichtig angewendet (Art. 286 Abs. 2 ZGB, Art. 253 i.V.m. 248 lit. d ZPO) (act. 8 S. 5).

Den Eventualantrag, wonach die Unterhaltszahlungen vorläufig zu sistieren seien, habe die Vorinstanz unzulässigerweise nicht einmal behandelt. Dies, obwohl eine vorsorgliche Sistierung der Unterhaltszahlungen an den Berufungsbeklagten in der vorliegenden Konstellation erst recht im Sinne des unterhaltsberechtigten Kindes liege, da damit gewährleistet werde, dass die Unterhaltszahlungen sofort wieder dem Unterhaltsberechtigten zuflössen. Sollte der Berufungsbeklagte den Wohnsitz – wider Erwarten – während dem Verfahren zur Kindsmutter zurückverlegen, könne die Sistierung einfach aufgehoben werden (act. 8 S. 5).

Auf die weiteren Ausführungen ist, soweit nötig, nachfolgend einzugehen.

5. a) Vorab ist zur Klärung zu erwähnen, dass die Vorinstanz sogleich über die beantragte vorsorgliche Massnahme (Ziffer 1 des Rechtsbegehrens) entschied, ohne zunächst separat über das superprovisorische Begehren zu befinden. Dies ist in Anwendung von Art. 253 ZPO möglich, wonach eine Stellungnahme nur dann einzuholen ist, wenn das Gesuch nicht offensichtlich unzulässig oder offensichtlich unbegründet ist. Sodann wäre der Entscheid über superprovisorische Massnahmen – im Unterschied zum Entscheid über vorsorgliche Massnahmen – nicht anfechtbar (BGE 137 III 417 Erw. 1.3).

b) Indem die Vorinstanz den Erlass vorsorglicher Massnahmen im Zusammenhang mit der Klage auf Herabsetzung bzw. Aufhebung der Kinderunterhaltsrente im Abänderungsverfahren nach Art. 286 Abs. 2 ZGB generell ausschloss, hat sie implizit auch – entgegen den Ausführungen des Berufungsklägers – über das als vorsorgliche Massnahme gestellte Gesuch um Sistierung der Rente entschieden.

6. Der Berufungskläger rügte auch den Nichterlass einer superprovisorischen Verfügung durch die Vorinstanz. Wie bereits unter Ziffer 5a) vorstehend erwähnt, kann er dies vor Obergericht nicht anfechten. Insofern ist auf die Berufung nicht einzutreten.
7. Wie bereits erwähnt, regelten die Eltern von B._____ die Kinderunterhaltsbeiträge in einem Unterhaltsvertrag, den die damals zuständige Vormundschaftsbehörde am 20. Februar 2007 genehmigt hatte. Der Anspruch auf Unterhaltsbeiträge steht dem Kind zu und wird, solange das Kind minderjährig ist, durch Leistung an dessen gesetzlichen Vertreter oder den Inhaber der Obhut erfüllt (Art. 289 Abs. 1 ZGB). Kommt jedoch das Gemeinwesen für den Unterhalt auf, so geht der Unterhaltsanspruch mit allen Rechten auf das Gemeinwesen über (Art. 289 Abs. 2 ZGB). Offen ist, ob die Gemeinde die Kinderalimente bevorschusst (vgl. act. 25). In diesem Fall müsste der Berufungskläger gegen das Gemeinwesen prozessieren (vgl. BGer 5A_499/2015 vom 20. Januar 2016 Erw. 2.3). Weitere Sachverhaltsabklärungen sind diesbezüglich nicht angezeigt, da die Berufung aus einem anderen Grunde abzuweisen ist.
8. Unterhaltsvereinbarungen können abgeändert werden. Auf Begehren eines Elternteils, des Kindes oder von Amtes wegen regelt die Kindesschutzbehörde die Zuteilung der elterlichen Sorge neu, wenn dies wegen wesentlicher Änderung der Verhältnisse zur Wahrung des Kindeswohls nötig ist. Sie kann sich auf die Regelung der Obhut, des persönlichen Verkehrs oder der Betreuungsanteile beschränken (Art. 298d ZGB). Einigen sich die Parteien in einem behördlich genehmigten Unterhaltsvertrag, kann der auf diese Weise festgelegte Kindesunterhalt, soweit dies nicht mit Genehmigung der Kindesschutzbehörde ausgeschlossen worden ist (Art. 287 Abs. 2 ZGB), unter denselben Voraussetzungen wie gerichtlich festgesetzte Unterhaltsbeiträge nach Massgabe von Art. 286 Abs. 2 ZGB abgeändert werden (vgl. BGer 5A_513/2014 vom 1. Oktober 2015 Erw. 5.1). Für die Regelung des strittigen Kindesunterhaltes ist die Kindesschutzbehörde nicht zuständig (vgl. Art. 287 Abs. 2 ZGB, BSK ZGB I-Breitschmid, 5. Auflage, Art. 286 N 8). Hie-

für muss ein Verfahren vor Gericht anhängig gemacht werden (Art. 298b Abs. 3 ZGB). Für solche selbständigen Klagen gilt – unabhängig vom Streitwert (ZK ZPO-Schweighauser, 2. Auflage, Art. 295 N 13) – das vereinfachte Verfahren (Art. 295 ZPO, vgl. Botschaft ZPO 7347, 7366), welchem ein Schlichtungsversuch voranzugehen hat (Art. 197 ZPO; vgl. ZKO ZPO-Schweighauser, 2. Auflage, Art. 295 N 16).

9. a) Eine Neufestsetzung des Unterhaltsbeitrages gemäss Art. 286 Abs. 2 ZGB setzt voraus, dass sich der relevante Sachverhalt nachträglich und dauerhaft verändert hat. Für streitige Änderungsverfahren gelten die Vorschriften über die Scheidungsklage sinngemäss (Art. 284 Abs. 3 ZPO). Vorsorgliche Massnahmen, wie sie im Scheidungsverfahren angeordnet werden können, sind im Rahmen der Abänderung von Scheidungsurteilen betreffend Kinderunterhaltsbeiträge auch unter den Bestimmungen der per 1. Januar 2011 eingeführten eidgenössischen Zivilprozessordnung per analogiam anzuwenden. Art. 276 ZPO entspricht weitgehend dem bisherigen aArt. 137 ZGB (vgl. dazu BK ZPO-Spycher, Art. 276 N 18-19). Gemäss Art. 276 Abs. 1 ZPO sind die Bestimmungen über die Massnahmen zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft, Art. 271 ff. ZPO, sinngemäss anwendbar. Die vorsorglichen Massnahmen sind folglich im summarischen Verfahren zu erlassen. Da die Schlichtungsbehörde für den Erlass vorsorglicher Massnahmen nicht zuständig (ZK ZPO-Huber, 2. Auflage, Art. 261 N 15-16) ist, hat der Berufungskläger das Gesuch um vorsorgliche Massnahmen beim Einzelrichter im summarischen Verfahren zu stellen.

b) Im Rahmen des Massnahmeverfahrens muss glaubhaft gemacht werden, dass ein Anspruch besteht (Hauptsachenprognose) und der klagenden Partei ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht (Nachteilsprognose). Grundvoraussetzung für den Erlass vorsorglicher Massnahmen im Abänderungsprozess bilden nach der Rechtsprechung liquide tatsächliche Verhältnisse, die den voraussichtlichen Verfahrensausgang einigermaßen zuverlässig abschätzen lassen (Urteil des Bundesgerichts 5P.269/2004 vom 3. November 2004, Erw. 2; BK ZGB-Bühler/Spühler, N. 91 zu [a]Art. 153

ZGB und N. 190 zu [a]Art. 157 ZGB, mit Hinweisen auf die kantonale Rechtsprechung). Soll schon im Sinne einer vorsorglichen Massnahme eine Unterhaltsrente gekürzt oder aufgehoben werden, bedarf es darüber hinaus eines dringenden Bedürfnisses, denn der Grundsatz ist und bleibt, dass das rechtskräftige Scheidungsurteil solange vollstreckt werden muss und Auswirkungen zeitigt, als das Abänderungsurteil selbst nicht in Rechtskraft erwachsen ist. Ausnahmen dürfen nur mit Zurückhaltung zugelassen werden. Eine vorsorgliche Abänderung kann sich allenfalls dann rechtfertigen, wenn der Schuldner ausserstande ist, ohne schwerwiegende Nachteile die Rente während des Abänderungsverfahrens auszurichten, und die Herabsetzung oder Aufhebung der Rente der anderen Partei schon während des Verfahrens zugemutet werden kann (BGE 118 II 228 Erw. 3b S. 228 f.; BSK ZGB-Lüchinger/Geiser, N. 30 zu aArt. 153 ZGB; BK ZGB-Bühler/Spühler, N. 92 zu [a]Art. 153 ZGB; BGer 5P.101/2005 vom 12. August 2005 Erw. 3). Auf diese Rechtsprechung verweist das Bundesgericht explizit, wenn es im Rahmen vorsorglicher Massnahmen um die Abänderung (Herabsetzung/Aufhebung) von Kinderunterhaltsbeiträgen geht (BGer 5P.414/2005 vom 22. März 2005 Erw. 4.4). Inwieweit gerichtlich bzw. vertraglich festgesetzte Kinderunterhaltsbeiträge im Rahmen vorsorglicher Massnahmen abänderbar sind, wenn es einzig um die Schonung des Pflichtigen geht, was der Gesetzgeber ja gerade nicht vorsieht (BSK ZGB-Breitschmid, 5. Auflage, Art. 286 N 16), kann vorliegend offen gelassen werden. Der Berufungskläger stellte sein Gesuch bekanntlich nicht wegen seiner finanziellen Bedürftigkeit, sondern wegen des Umzugs des Sohnes zu ihm.

10. a) A._____ stellte, wie bereits erwähnt, bei der KESB ein Gesuch um Zuteilung der gemeinsamen elterlichen Sorge. Ein Wechsel der elterlichen Sorge bildet einen Abänderungsgrund für den Unterhaltsbeitrag (BSK ZGB I-Breitschmid, 5. Auflage, Art. 286 N 14). Ob bereits ein faktischer Wechsel des Aufenthaltsortes für eine Abänderungsklage genügt, kann offen bleiben.
- b) Das neue Recht stellt klar, dass das Aufenthaltsbestimmungsrecht untrennbar mit der elterlichen Sorge verbunden ist (Art. 301a Abs. 1 ZGB).

Über die Frage, welcher Elternteil (ev. beide) in Zukunft über den Aufenthaltsort von B._____ entscheiden kann, bzw. wem die elterliche Sorge zusteht, hat die KESB noch nicht entschieden. Das Aufenthaltsbestimmungsrecht für B._____ übt zur Zeit immer noch die Mutter aus. Nach dem Umzug von B._____ zu seinem Vater hat die KESB lediglich davon abgesehen, einzugreifen und Kindesschutzmassnahmen anzuordnen. Über eine Änderung des Aufenthaltsbestimmungsrechts wurde nicht befunden. Der Berufungskläger erwähnte sodann, die von ihm beantragte Sistierung könne einfach wieder aufgehoben werden, falls B._____ während des Verfahrens – wider Erwarten – wieder zur Mutter zurückkehre (act. 8 S. 5). Damit räumt er selbst eine gewisse Unsicherheit über die zukünftige Entwicklung ein. Die tatsächlichen Verhältnisse hinsichtlich des Aufenthaltes von B._____ erweisen sich damit als nicht liquid. Zu berücksichtigen ist auch, dass eine Neuregelung der Zuteilung der elterlichen Sorge voraussetzt, dass die Neuregelung wegen wesentlicher Veränderung der Verhältnisse zum Wohl des Kindes geboten ist (Art. 298d i.V.m. Art. 134 ZGB), bzw. dass die Beibehaltung der geltenden Regelung das Wohl des Kindes ernsthaft zu gefährden droht (vgl. dazu BGer 5A_29/2013 vom 4. April 2013 Erw. 2.2). Insoweit lässt sich vorliegend keine Hauptsachenprognose stellen. Die Beschwerde ist deshalb abzuweisen. Im Übrigen versteht es sich von selbst, dass die derzeit vom Vater für B._____ zu leistenden Unterhaltsbeiträge durch die Inhaberin der elterlichen Sorge ausschliesslich für den Unterhalt von B._____ verwendet werden dürfen. Das scheint der Berufungskläger zu übersehen.

11. Demnach kommt auch eine Sistierung der Kinderunterhaltsbeiträge als vorsorgliche Massnahme nicht in Frage. Dies unabhängig davon, ob eine Sistierung der Leistungspflicht überhaupt möglich ist. Zu bemerken ist nämlich, dass die Frage eines vorübergehenden "Ruhens" bei zeitweise sistierter Bedarfslage des Berechtigten vom Gesetz nicht behandelt wird (BSK ZGB I-Breitschmid, 5. Auflage, Art. 286 N 16). Lediglich im Zusammenhang mit dem nahehelichen Unterhalt sieht das Gesetz bei erheblicher und dauernder Veränderung der Verhältnisse u.a. die Einstellung der Rente für eine bestimmte Zeit vor (Art. 129 Abs. 1 Halbsatz 1 ZGB).

12. Das vor Vorinstanz gestellte Gesuch wäre nur dann offensichtlich unzulässig, wenn es an einer Prozessvoraussetzung fehlt oder wenn für die beantragte Sache das Summarverfahren nicht zur Verfügung steht (vgl. BSK ZPO-Mazan, 5. Auflage, Art. 253 N 12). Das Fehlen einer Prozessvoraussetzung machte die Vorinstanz nicht geltend, vielmehr ging sie davon aus, das Summarverfahren stehe für das vorliegende Gesuch nicht zur Verfügung. Das Summarverfahren ist aber grundsätzlich für den Erlass vorsorglicher Massnahmen im Rahmen des Abänderungsverfahrens von Kinderunterhaltsbeiträgen zulässig (vgl. oben Ziffer 9a). Ist eine der unter Ziffer 9b) erwähnten Grundvoraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen nicht gegeben, so hat das Gericht die vorsorglichen Massnahmen abzuweisen (BGer 5P.269/2004 vom 3. November 2004 Erw. 2 i.f.). Richtigerweise hätte demnach die Vorinstanz das Gesuch abweisen müssen.
13. a) Die Vorinstanz bezifferte unter Berücksichtigung der strittigen Unterhaltsbeiträge in der Höhe von Fr. 760.– pro Monat und der Alimentenverpflichtung bis zum 25. Geburtstag von B. _____ den Streitwert mit Fr. 80'000.–. In Anwendung der GebV OG setzte sie die Entscheidgebür auf Fr. 4'000.– fest (act. 7 Erw. 3). Der Berufungskläger verlangte im vorliegenden Verfahren die Reduktion dieser Gebür auf Fr. 500.– (act. 8 S. 6).

b) Die Vorinstanz übersieht bei der Festlegung des Streitwertes, dass es sich um ein Verfahren um vorsorgliche Massnahmen handelt und diese Massnahmen nur für einen beschränkten Zeitraum Geltung haben. Es ist deshalb für die Berechnung des Streitwertes auf die Dauer des Verfahrens abzustellen. Bei einer geschätzten Verfahrensdauer von zwei Jahren, gerechnet ab 27. Januar 2016 (Eingang des Gesuches bei der Vorinstanz, act. 1), resultiert ein Streitwert von Fr. 18'240.–. Unter Berücksichtigung, dass die Vorinstanz auf das Gesuch nicht eingetreten ist, ist in Anwendung von § 4 Abs. 1, § 4 Abs. 3, § 8 Abs. 1 und § 10 Abs. 1 GebV OG die Entscheidgebür für das vorinstanzliche Verfahren auf Fr. 600.– festzusetzen.
14. Für das obergerichtliche Verfahren ist die Entscheidgebür in Anwendung von § 4 Abs. 1, § 4 Abs. 3 und § 8 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 1'200.– festzu-

setzen. Da der Berufungskläger bezüglich der vorinstanzlichen Entscheidung mehrheitlich obsiegt, sind ihm für das Berufungsverfahren $\frac{3}{4}$ der Kosten, Fr. 900.–, aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 2 ZPO). Der Berufungsbeklagte hat sich am Verfahren nicht beteiligt, weshalb ihm keine Kosten auferlegt werden können und er auch nicht zur Zahlung einer Prozessentschädigung verpflichtet werden kann. Der Rest der Verfahrenskosten ist auf die Staatskasse zu nehmen. Mangels gesetzlicher Grundlage kann dem Berufungskläger aus der Staatskasse keine Entschädigung zugesprochen werden.

Es wird beschlossen:

1. Soweit mit der Berufung der Nichterlasses einer superprovisorischen Verfügung durch die Vorinstanz angefochten wird, wird auf die Berufung nicht eingetreten.
2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis.

und erkennt:

1. Dispositiv Ziffer 1 der Verfügung des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Dietikon vom 28. Januar 2016 wird aufgehoben und wie folgt verfasst:

"Das Gesuch um Erlass einer vorsorglichen Massnahme wird abgewiesen."

2. In teilweiser Gutheissung der Berufung wird Ziffer 2 der Verfügung des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Dietikon vom 28. Januar 2016 aufgehoben und wie folgt neu gefasst:

"Die Entscheidgebühr wird festgesetzt auf Fr. 600.–."

Im Übrigen wird die Berufung abgewiesen und die Verfügung des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Dietikon vom 28. Januar 2016 bestätigt.

3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'200.– festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden im Umfang von Fr. 900.– dem Berufungskläger auferlegt und mit seinem Kostenvorschuss verrechnet. Die restlichen Fr. 300.– der Verfahrenskosten werden auf die Staatskasse genommen.
5. Parteientschädigungen werden keine zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Berufungsbeklagten unter Beilage einer Kopie von act. 22-25, sowie an das Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Dietikon und an die Obergerichtskasse, je gegen Empfangsschein.

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

7. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 18'240.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. I. Vourtsis-Müller

versandt am:
17. Juni 2016