

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LY120020-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin
lic. iur. M. Stambach und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. V. Seiler.

Urteil vom 8. August 2012

in Sachen

A. _____,

Kläger und Berufungskläger

unentgeltlich vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____

betreffend **Ehescheidung (Art. 114) / Vorsorgliche Massnahmen**

**Berufung gegen eine Verfügung des Bezirksgerichtes Meilen vom 23. Mai
2012; Proz. FE110084**

Erwägungen:

I.

(Übersicht / Prozessverlauf)

1. Die Parteien stehen sich seit dem 21. Juni 2011 im Scheidungsprozess vor dem Bezirksgericht Meilen (nachfolgend Vorinstanz) gegenüber. Dem Scheidungsprozess gingen zwei Eheschutzverfahren voraus. So wurde den Parteien mit Verfügung vom 24. April 2008 das Getrenntleben auf unbestimmte Zeit bewilligt und es wurden die Kinder C._____, geb. tt.mm.1994, und D._____, geb. tt.mm.1998, unter die Obhut der Klägerin gestellt. Die Trennungsvereinbarung wurde hinsichtlich der Kinderbelange genehmigt und das Verfahren im Übrigen als durch Vergleich erledigt abgeschrieben (act. 5/5/2 und act. 5/6). Nachdem der Kläger aufgrund einer steuerlichen Neueinstufung die gerichtliche Abänderung der Unterhaltsbeiträge verlangt hatte (act. 5/7/1-2), schlossen die Parteien am 28. bzw. 31. Oktober 2008 einen Vergleich, der mit Verfügung vom 18. November 2008 hinsichtlich der Kinderbelange genehmigt wurde; das Verfahren wurde abgeschrieben. Der Kläger wurde demgemäss verpflichtet, der Beklagten ab dem 1. Januar 2008 an die Kosten des Unterhalts der Kinder monatliche Beiträge von je CHF 1'350.-- (zuzüglich Kinderzulagen) und für die Beklagte persönlich monatliche Unterhaltsbeiträge von CHF 1'642.-- zu bezahlen (act. 5/5/3 und act. 5/7; nachfolgend als "Eheschutzentscheid" bezeichnet).

2. Mit Einreichung der Scheidungsklage gestützt auf Art. 114 ZGB am 21. Juni 2011 beantragte der Kläger vorsorgliche Massnahmen wie folgt (act. 5/2 S. 2):

"Die mit Verfügung der Eheschutzrichterin vom 18. November 2008 festgesetzten Unterhaltsbeiträge für die Beklagte und die beiden Kinder seien aufgrund der veränderten Währungskurse zu reduzieren."

Auf entsprechende Aufforderung der Vorinstanz präziserte der Kläger das Massnahmebegehren am 17. Oktober 2011 (act. 5/14 S. 3):

"Die Kinderunterhaltsbeiträge seien auf je CHF 1'000.– und der Ehegattenunterhaltsbeitrag auf maximal CHF 1'200.– zu reduzieren."

Die Begründung und Beantwortung des Massnahmebegehrens erfolgte anlässlich der Einigungsverhandlung vom 19. Januar 2012 (Prot. I S. 7 ff.). Am 24. Januar 2012 erwirkte die Beklagte gegen den Kläger in E._____ [Staat in Europa] eine Lohnpfändung für ausstehende Unterhaltsbeiträge im Betrag von insgesamt CHF 133'584.-- und CHF 4'342.-- pro Monat (act. 45/72 und act. 46). Der Kläger stellte infolgedessen am 4. April 2012 das folgende, weitere Rechtsbegehren (act. 51 S. 2):

"Die zurzeit laufende Verpflichtung des Klägers zur Leistung von Unterhaltsbeiträgen an die Kinder und die Gegenpartei sei ab Februar 2012 für die Dauer der Lohnpfändung vollständig aufzuheben.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gegenpartei."

Mit Verfügung vom 23. Mai 2012 verpflichtete die Vorinstanz den Kläger in Abänderung des Eheschutzentscheides vom 18. November 2008, der Beklagten für sich persönlich einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von CHF 1'000.-- (ab 1. März 2013: CHF 1'060.--; ab 1. Januar 2015: CHF 1'310.--) zu bezahlen und bestimmte, dass die genannte Verfügung vom 18. November 2008 im Übrigen unverändert weiter gelte (act. 4 Dispositiv-Ziffer 1). Das Gesuch des Klägers um vollständige Aufhebung der Unterhaltsbeiträge an die Kinder und die Beklagte persönlich wies sie ab (act. 4 Dispositiv-Ziffer 2).

3. Der Kläger führte hiegegen mit Eingabe vom 4. Juni 2012 rechtzeitig Berufung mit folgenden Anträgen (act. 2 S. 2):

- "1. Ziff. 1 der angefochtenen Verfügung sei aufzuheben und die Unterhaltspflicht des Klägers ab 21. Juni 2011 bis und mit Januar 2012 an die Beklagte auf CHF 1'200.-- pro Monat und für die beiden Kinder auf je CHF 1'000.-- pro Monat zu reduzieren.
2. In Aufhebung von Ziff. 2 der angefochtenen Verfügung sei die Unterhaltspflicht des Klägers ab Februar 2012 gegenüber der Beklagten und den beiden Kindern vollumfänglich aufzuheben.
- [3. Prozessualer Antrag um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Bestellung von Rechtsanwalt Dr. X._____ als unentgeltlicher Rechtsbeistand.]

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gegenpartei."

4. Mit Beschluss vom 19. Juni 2012 wurde dem Kläger antragsgemäss für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt, und ihm sein Rechtsanwalt als unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt. Gleichzeitig wurde der Beklagten Frist angesetzt, um die Berufung zu beantworten (act. 6). Mit der rechtzeitigen Berufungsantwort vom 28. Juni 2012 trägt die Beklagte auf Abweisung der Berufung und Bestätigung der angefochtenen Verfügung an (act. 8). Die Berufungsantwort wurde dem Kläger am 5. Juli 2012 zugestellt (act. 9 f.). Der Prozess ist spruchreif.

II.

(Anwendbares Recht / Vorbringen / Grundsätzliches)

1. Mit dem 1. Januar 2011 ist die Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) in Kraft getreten. Das vor der Vorinstanz pendente Scheidungsverfahren und die mit dem angefochtenen Urteil angeordneten vorsorglichen Massnahmen unterstehen dem neuen Zivilprozessrecht (vgl. Art. 404 Abs. 1 ZPO e contrario); entsprechend richtet sich auch das vorliegende Rechtsmittelverfahren ausschliesslich nach den Regeln der ZPO (vgl. Art. 405 Abs. 1 ZPO) samt dem Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess vom 10. Mai 2010 (GOG) und den kantonalen Erlassen zu den Gebühren (GebV OG und AnwGebV vom 8. September 2010).

2. In der Sache ist – wie die Vorinstanz zutreffend ausführte (act. 4 S. 3) – aufgrund von Art. 4 Abs. 1 Haager Übereinkommen von 1973 über das auf Unterhaltspflichten anzuwendende Recht sowie Art. 62 Abs. 1 und 2 IPRG schweizerisches Recht anwendbar.

3. Gegenstand der Berufung ist die Unterhaltspflicht des Klägers für die Beklagte und die beiden Söhne der Parteien während der Dauer des Scheidungsverfahrens. Dabei geht es um die Abänderung einer gerichtlichen Entscheidung über vorsorgliche Massnahmen, die im vorausgegangenen Eheschutzverfahren getroffen wurde. Mit der Anhebung eines Scheidungsverfahrens geht die Kompetenz vom Eheschutz- auf das Scheidungsgericht über (Art. 276 Abs. 2 ZPO), wo-

bei die Voraussetzungen für die Änderung einer Eheschutzmassnahme durch das Scheidungsgericht mit denjenigen für die Änderung vorsorglicher Massnahmen während des Scheidungsverfahrens identisch sind. Erforderlich ist im Wesentlichen eine erhebliche, auf Dauer angelegte und nicht vorhersehbare Veränderung der Verhältnisse. Mit den zutreffenden, rechtlichen Ausführungen der Vorinstanz dazu setzt sich die Berufung nicht auseinander; es kann ohne weitere Ergänzungen darauf verwiesen werden (act. 4 S. 4 ff.).

4. Die Vorinstanz hat das Vorliegen einer wesentlichen und dauernden Veränderung der Verhältnisse zunächst mit Bezug auf das Einkommen des Klägers bejaht. Für die Neuberechnung der Unterhaltsbeiträge stellte sie im Übrigen auf den im Eheschutzentscheid zugrunde gelegten Notbedarf der Parteien ab (vgl. act. 5/5/2 S. 5 und act. 5/5/3 S. 2). Davon ausgehend prüfte die Vorinstanz, welche Bedarfspositionen sich erheblich, dauernd und unvorhersehbar geändert haben (act. 4 S. 6 ff.).

5. Das Vorgehen ist richtig und wird vom Kläger zu Recht nicht beanstandet. Gelangt das Gericht zum Schluss, dass ein Abänderungsgrund vorhanden ist, führt es zwar die gesamte Unterhaltsberechnung für beide Ehegatten neu durch, da bei einer Änderung verschiedener Faktoren nicht von vornherein fest steht, ob sich die verschiedenen Änderungen gegenseitig aufheben (Bachmann, Die Regelung des Getrenntlebens nach Art. 176 und Art. 179 ZGB sowie nach zürcherischem Verfahrensrecht, Diss. St. Gallen 1995, S. 227 mit weiteren Hinweisen). Die Neuberechnung hat sich indes an den Wertungen zu orientieren, die dem ursprünglichen Entscheid zugrunde lagen. Das Abänderungsverfahren dient nicht dazu, in der Art einer Wiedererwägung bereits behandelte Fragen immer wieder neu aufzuwerfen (vgl. BGer 5A_618/2009 vom 14. Dezember 2009, E. 2 und 3; BGer 5P.473/2006 vom 6. Dezember 2009, E. 3.1 und 3.2).

6. Der Kläger kreidet der Vorinstanz an, sie habe die Verhältnisse einseitig zu seinen Lasten beurteilt, indem sie im Bedarf der Beklagten nicht nur die ungedeckten Heilungskosten in ursprünglicher Höhe belassen habe, sondern auch die erhebliche Einkommenserhöhung auf Seiten der Beklagten nicht berücksichtigt habe. Dabei räumt er freilich ein, dass weder Bedarf noch Einkommen der

Beklagten Auswirkungen auf die vorsorgliche Unterhaltsregelung hätten (vgl. act. 2 S. 6, 9). Dass ein Mankofall vorliegt, ist unbestritten. Nach den Feststellungen der Vorinstanz beläuft sich der Fehlbetrag auf CHF 2'614.-- (vgl. act. 4 S. 19 f.). Wie die Parteien übereinstimmend festhalten (act. 2 S. 6, 9; act. 8 S. 10), hat die Festsetzung von Einkommen und Bedarf der Beklagten auf die Beurteilung des klägerischen Abänderungsbegehrens daher keinen Einfluss. Eine Prüfung des Bedarfs und der Leistungsfähigkeit der Beklagten entfällt damit im Rahmen der vorsorglichen Massnahmen von selbst. Nur der Vollständigkeit halber sei bemerkt, dass der Vorwurf des Klägers auch unbegründet erscheint. Die Vorinstanz liess im Bedarf des Klägers – wie bei der Beklagten – die ungedeckten Heilungskosten in derselben Höhe, wie sie im Eheschutzentscheid berücksichtigt worden sind, stehen. Im Gegensatz zum aufgrund des Euro-Kurses dauerhaft gesunkenen Einkommen des Klägers, konnte bei der Beklagten angesichts des auf sechs Monate befristeten Arbeitsvertrags (vgl. act. 5/43/34) sodann nicht von einer dauerhaften Veränderung ausgegangen werden.

7. Zu erörtern ist der Notbedarf des Klägers und seine Leistungsfähigkeit (vor und nach der Lohnpfändung), welche die Grundlage für die von der Vorinstanz vorgenommene Unterhaltsberechnung bilden.

III.

(Einkommen / Bedarf des Klägers)

1. Die Vorinstanz hat die seit dem Eheschutzentscheid eingetretene Verminderung des Euro-Kurses als erhebliche, dauernde und nicht vorhersehbare Veränderung qualifiziert und das Einkommen des Klägers entsprechend angepasst. Sie rechnete dem Kläger ein um den Euro-Kurs bereinigtes Einkommen von CHF 7'200.-- an (act. 4 S. 17 f.), während im Eheschutzentscheid vom 18. November 2008 von CHF 8'841.80 ausgegangen wurde (act. 5/5/3 S. 2). Das ist das Einkommen, welches der Kläger als Pilot der ... umgerechnet zum aktuellen Euro-Kurs verdient, und der Kläger wendet dagegen zu Recht nichts ein. Auf die vom Kläger gegen seine Leistungsfähigkeit angeführte Lohnpfändung ist unter Ziff. IV. einzugehen.

2. Zum Bedarf des Klägers führte die Vorinstanz aus, die Kosten für Telefon/TV/Internet entsprächen dem Eheschutzentscheid. Auch den Grundbetrag belies die Vorinstanz unter Hinweis auf das tiefere Preisniveau in J._____ bei CHF 1'100.-- gemäss Eheschutzentscheid und ebenso wenig erkannte sie in Bezug auf die Autokosten und die Gesundheitskosten des Klägers eine erhebliche und dauernde Veränderung. Die Vorinstanz berücksichtigte des Weiteren den Mietzins für die Wohnung des Klägers in J._____, bereinigt um den veränderten Euro-Kurs, konkret CHF 800.--. Ausserdem qualifizierte sie die Unterhaltspflicht des Klägers für die am tt.mm.2008 in G._____ [Stadt in Afrika] geborene Tochter F._____ als erhebliche und dauerhafte Veränderung der Verhältnisse, welche bedarfserhöhend zu berücksichtigen sei. Dabei verwies sie auf die relative Gleichbehandlungspflicht der Kinder nach ihren objektiven Bedürfnissen und ging daher grundsätzlich vom gleichen Unterhaltsbeitrag wie bei den Söhnen der Parteien (CHF 1'350.--) aus (act. 4 S. 14 f.). Aufgrund des tieferen Preisniveaus in G._____ – nach einer Studie der UBS sei von 36.5% des Preisniveaus in Zürich auszugehen – legte die Vorinstanz den Unterhaltsbeitrag für F._____ auf CHF 495.-- fest. Von den geltend gemachten Abzahlungsverpflichtungen des Klägers liess die Vorinstanz Beträge von insgesamt CHF 310.-- pro Monat gelten, bestehend aus CHF 250.-- für das Autoleasing befristet bis 31. Dezember 2014 und CHF 60.-- für einen Kredit für Arzt- und Spitalkosten von F._____ befristet bis 28. Februar 2013. Die übrigen, im Eheschutzentscheid berücksichtigten Kreditverpflichtungen seien entweder weggefallen oder hätten bis Ende Februar 2010 abbezahlt werden müssen, weshalb sie in seinem Bedarf nicht (mehr) zu berücksichtigen seien, ansonsten der Kläger den Eheschutzentscheid zu Lasten der Unterhaltsberechtigten unterlaufen könne. Insgesamt setzte die Vorinstanz den klägerischen Notbedarf neu auf CHF 3'496.-- (ab 1. März 2013: CHF 3'436.-- und ab 1. Januar 2015: CHF 3'186.--) fest, gegenüber CHF 4'773.-- im Eheschutzentscheid (act. 4 S. 6 ff.).

3. Der Kläger anerkennt, dass die Vorinstanz die Auswirkungen des veränderten Euro-Kurses im angefochtenen Entscheid berücksichtigt habe, weist aber darauf hin, dass bei Überweisungen in die Schweiz oder bei Bezügen am Bancomat nur ein Kurs von ca. CHF 1.16 resultiere, was die finanzielle Situation

des Klägers zusätzlich verschärfe. Im Übrigen beanstandet der Kläger die Erwägungen der Vorinstanz hinsichtlich Grundbetrag, Wohnungsmiete, Autokosten, ungedeckten Heilungskosten sowie Abzahlungsschulden und Unterhaltsbeitrag für F._____, bei letzterem namentlich die Reduktion aufgrund des tieferen Preisniveaus in G._____ (act. 2 S. 5). Als (echtes) Novum bringt er vor, dass er am tt.mm.2012 Vater eines weiteren Sohnes H._____ in G._____ geworden sei, für den er eine Unterhaltsverpflichtung in analoger Höhe wie bei F._____ geltend macht (act. 2 S. 6).

4. Die Beklagte schliesst sich demgegenüber im Wesentlichen den Erwägungen der Vorinstanz an. Sie hält zunächst dafür, dass der Kläger seine Leistungsunfähigkeit selbst verschuldet habe. Die Vorinstanz habe richtig erkannt, dass der Kläger über seinen Verhältnissen gelebt habe, weshalb die Schuldverpflichtungen in seinem Bedarf nicht zu berücksichtigen seien. Die Beklagte legt überdies Wert auf die Feststellung, dass der Kläger sich an die in den Eheschutzentscheiden festgesetzte Unterhaltsverpflichtung in keiner Weise gehalten habe. Bis Ende Mai 2012 hätten sich aus unbezahlten Unterhaltsbeiträgen Schulden von cirka CHF 150'000.-- angesammelt, welche nun teilweise im Rahmen der Lohnpfändung eingetrieben würden. Die Behauptung, wonach bei Barbezügen ein Wechselkurs von 1.16 gelte, weist die Beklagte als neu und unzulässig zurück. Im Weiteren stellt sich die Beklagte auf den Standpunkt, es könne nicht angehen, dass sich der Kläger auf ihre Kosten zwei Wohnsitze leiste. Sie bestreitet, dass den Kläger gegenüber seiner Partnerin in I._____ [Staat in Afrika] eine rechtliche Verpflichtung zur Bezahlung von Unterhalts- oder Spitalkosten treffe. Schliesslich macht die Beklagte geltend, der von der Vorinstanz für F._____ im Bedarf des Klägers eingesetzte Unterhaltsbetrag von CHF 495.-- berücksichtigte einzig das tiefere Preisniveau in I._____ und sei klar zu hoch, da ein dreijähriges Kleinkind weniger Kosten verursache als ein Teenager. So könne den Zahlen des Amts für Jugend und Berufsberatung entnommen werden, dass die finanzielle Belastung mit zunehmenden Alter des Kindes steige. Bei Kleinkindern mache die Betreuungsleistung allein einen Grossteil des monatlichen Unterhaltsbedarfs aus. Ein Unterhaltsbeitrag von CHF 495.-- für die Kinder F._____ und H._____ gemeinsam wahre den Gleichbehandlungsgrundsatz und sei den Verhältnissen angemessen,

zumal auch die Partnerin des Klägers in die Pflicht genommen werden müsse. Somit habe die Geburt des Sohnes H. _____ keinerlei Auswirkungen auf die Unterhaltsverpflichtung gegenüber der Beklagten und den Söhnen der Parteien, weshalb die Berufung abzuweisen sei (act. 8 S. 3 ff.).

5.1 Der Kläger leitet aus dem angeblich tieferen Euro-Kurs bei Überweisungen in die Schweiz und bei Barbezügen nichts ab. Vor Vorinstanz beantragte er die Anpassung der Unterhaltsverpflichtung an den (offiziell) geltenden Euro-Kurs von 1.20 (Prot. I S. 8; vgl. act. 5/2 S. 5), und dem wird im angefochtenen Entscheid entsprochen (act. 4 S. 18 f.). Es besteht kein Anlass, der vorläufigen Unterhaltsberechnung einen noch tieferen Kurs zugrunde zu legen. Die Frage der Zulassung von (unechten) Noven stellt sich somit nicht.

5.2 Was den im Bedarf des Klägers berücksichtigten Grundbetrag von CHF 1'100.-- angeht, mag zutreffen, dass ihm durch seine Familiensituation mit Bezugspunkten in J. _____ [Staat in Europa], der Schweiz und in I. _____ Mehrkosten anfallen (vgl. act. 2 S. 3). Das ändert aber nichts daran, dass aufgrund der Preisunterschiede bei den Grundbedürfnissen wie Nahrung und Kleidung durchaus Einsparungen erzielt werden können. Hinzu kommt, dass der Kläger nach eigenen Angaben die meiste dienstfreie Zeit bei seiner Partnerin und den Kindern in G. _____ verbringt (act. 5/2 S. 6), wo das Preisniveau noch erheblich tiefer liegt als in J. _____. Die Verminderung des Grundbetrages von CHF 1'200.-- für einen alleinstehenden Schuldner gemäss der Richtlinien für die Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums vom 16. September 2009 (nachfolgend Kreisschreiben) um CHF 100.-- aufgrund des tieferen Preisniveaus in J. _____ und I. _____ ist daher angezeigt und nicht zu beanstanden. Im Übrigen wäre zu fragen, ob man den Kläger überhaupt noch als alleinstehend betrachten könnte oder nicht vielmehr angenommen werde müsste, er lebe in G. _____ in Haushaltsgemeinschaft mit einer erwachsenen Person – seiner Lebenspartnerin K. _____ –, wobei diesfalls der Grundbetrag nach dem Kreisschreiben ebenfalls nur CHF 1'100.-- betrüge.

5.3 Vor Vorinstanz bezifferte der Kläger Autokosten von insgesamt CHF 1'200.-- pro Monat inklusive Kredit- bzw. Leasingraten von CHF 250.-- (vgl.

act. 5/2 S. 7 bzw. Tabelle im Anhang). Die Vorinstanz berücksichtigte die Leasingraten befristet bis zum 31. Dezember 2014, da der Kläger zur Berufsausübung unbestritten auf ein Auto angewiesen sei (act. 4 S. 14). Zu den übrigen Autokosten führte die Vorinstanz aus, der Kläger unterlasse es darzulegen, inwiefern ihm seit dem Eheschutzentscheid im Jahr 2008 mehr Kosten für das Auto anfielen bzw. weshalb mehr als das Doppelte des ursprünglichen Betrags von CHF 500.-- pro Monat in seinem Bedarf zu berücksichtigen sei (act. 4 S. 11 f.). Das trifft zu. Der Kläger hat weder in der Klageschrift noch anlässlich der Verhandlung über die vorsorglichen Massnahmen vom 19. Januar 2012 eine Veränderung der für die berufliche Tätigkeit sowie die Ausübung des Besuchsrechts notwendigen Autokosten gegenüber dem Eheschutzentscheid behauptet und begründet (vgl. act. 2 S. 7; Prot. I S. 7; vgl. act. 5/3/10-15). In der Berufung holt er das nicht nach. Der Hinweis allein, dass der Benzinpreis in J. _____ inzwischen auf rund EUR 1.80 pro Liter gestiegen sei (act. 2 S. 4; vgl. act. 52 S. 2), ist angesichts des Umstands, dass der Kläger in seiner Bedarfsrechnung selber mit EUR 1.50 pro Liter rechnet, unbehelflich (vgl. act. 5/2 Tabelle im Anhang). Dass die Vorinstanz zusätzlich CHF 250.-- für die Leasing-Raten berücksichtigte, die Autokosten im Übrigen aber unverändert mit pauschal CHF 500.-- in Anschlag brachte, ist damit nicht zu beanstanden, sondern richtig.

5.4 Der Kläger übergeht ebenso bei den Heilungskosten, dass es nicht genügt, effektive Kosten zu dokumentieren, sondern vielmehr eine erhebliche Veränderung der im Eheschutzentscheid berücksichtigten Kosten darzutun ist. Der Kläger hat vor Vorinstanz nur darauf hingewiesen, es fielen regelmässig ungedeckte Heilungskosten an (act. 2 S. 7 f.; Prot. I S. 7). Die Vorinstanz stellte daher richtigerweise auf die im Eheschutzentscheid angerechneten Kosten von CHF 50.-- pro Monat ab.

5.5 Handkehrum beanstandet der Kläger zu Recht, dass die Vorinstanz lediglich die um den Wechselkurs bereinigten Wohnkosten des Klägers in J. _____ berücksichtigt habe, nicht aber einen Anteil der Wohnungsmiete des Klägers und seiner Partnerin in G. _____. Der Eheschutzentscheid berücksichtigt Wohnkosten von CHF 1'131.-- im Bedarf des Klägers und CHF 2'800.-- im Bedarf der Beklag-

ten. Während der Bedarf der Beklagten in dieser Hinsicht zu keiner Änderung Anlass gab, setzte die Vorinstanz aufgrund des veränderten Euro-Kurses beim Kläger nur noch CHF 800.-- für die Wohnungsmiete ein. Gleich wie die Verringerung des Euro-Kurses ist aber auch die nach der Geburt der Tochter des Klägers F._____ erfolgte Verschiebung des Lebensmittelpunktes des Klägers nach G._____ eine erhebliche, dauernde und im Eheschutzentscheid nicht berücksichtigte Veränderung. Daneben ist der Kläger aufgrund seines Berufes unbestritten an einen Standort in der Nähe von E._____ gebunden. Dass der Kläger über zwei Wohnsitze verfügt, resp. ihm in I._____ und J._____ Wohnungskosten anfallen, erscheint daher in der hier vorliegenden Konstellation nicht als verzichtbarer Luxus, sondern als mit der neuen Familienbindung des Klägers einhergehende erhebliche Veränderung, welche in seinem Bedarf zu berücksichtigen ist. Es liegt auf der Hand, dass er seine neue Familie nicht einfach nach Europa holen kann, und die kleine Wohnung im ... Grenzgebiet [des Staates J._____] günstiger ist, als wenn der Kläger vor seinen Flugeinsätzen in E._____ jeweils in einem Hotel übernachten würde. Der Kläger machte für Wohnkosten in G._____ CHF 600.-- pro Monat geltend, was bezogen auf die geltend gemachte Miete von L._____ [Währung in I._____] 136'000.-- einem Anteil von einem Drittel entspricht (vgl. act. 5/2 S. 6). Der Anteil von einem Drittel an den Mietkosten der Familie in G._____ ist angemessen. Die Beklagte wies freilich korrekt darauf hin, dass die Wohnungsmiete in G._____ gemäss dem eingereichten Mietvertrag L._____ 100'000.-- (vgl. act. 5/5/21 entspricht etwa CHF 1'520.--) beträgt und nicht wie vom Kläger angegeben L._____ 136'000.--. Es rechtfertigt sich einen Drittel des ausgewiesenen Mietzinses, mithin (aufgerundet) L._____ 33'500.-- zu berücksichtigen, was einem Betrag von CHF 370.-- entspricht. Die anrechenbaren Wohnkosten des Klägers liegen damit bei rund CHF 1'170.-- pro Monat. Der Betrag steht in einem angemessenen Verhältnis zu den im Eheschutzentscheid berücksichtigten Wohnkosten, insbesondere auch jenen der Beklagten.

5.6 Unbestritten ist sodann die Unterhaltspflicht des Klägers gegenüber seiner Tochter F._____ in seinem Bedarf zu berücksichtigen. Als (echtes) Novum ist darüber hinaus zu beachten, dass der Kläger inzwischen Vater eines weiteren Sohnes H._____ geworden ist. Es steht ausser Frage, dass er für diesen ebenso

unterhaltspflichtig ist. Wie bei den Söhnen des Klägers schliesst der Unterhaltsbeitrag die Kosten für die Krankenversicherung freilich mit ein, und diese sind daher, obschon ausgewiesen, nicht gesondert zu berücksichtigen. Soweit der Kläger sich im Übrigen gegen die Annahme der Vorinstanz wendet, das Preisniveau in G._____ betrage nur 36.5% desjenigen in Zürich, setzt er der von der Vorinstanz herangezogenen Studie der UBS (UBS Kaufkraftvergleich, Preise und Löhne, Update August 2011 der Ausgabe 2009) lediglich seine eigene Erfahrung entgegen (vgl. act. 2 S. 5). Die Studie der UBS fusst auf systematisch vor Ort erhobenen Daten; sie wird in der Zürcher Praxis regelmässig verwendet und der Grundbetrag wird, falls der Lebensaufwand in einem bestimmten Land danach tiefer liegt als in der Schweiz, in einem entsprechenden Prozentsatz reduziert (Maier, Aspekte bei der Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen im Familienrecht Zur Praxis der erst- und zweitinstanzlichen Gerichte des Kantons Zürich, AJP 2007, S. 1231 f.). Dass die Vorinstanz die Studie falsch angewendet habe, macht der Kläger zu Recht nicht geltend. Davon abgesehen weist die Beklagte zutreffend darauf hin, dass der finanzielle Bedarf eines Babys und eines Kleinkindes weitaus – nämlich um gut einen Drittel – geringer ist als derjenige von Teenagern im Alter zwischen 13 und 18 Jahren, während es sich mit dem in natura zu leistenden Betreuungs- und Erziehungsaufwand gerade umgekehrt verhält (vgl. BSK ZGB I-Breitschmid, 4. A. 2010, Art. 285 N 6 ff.). Der Unterhaltsbeitrag des Klägers für F._____ und H._____ in G._____ muss deshalb zur Wahrung der relativen Gleichbehandlung selbst kaufkraftbereinigt geringer ausfallen als der Unterhaltsbeitrag für die Söhne C._____ und D._____. Den Kindern F._____ und H._____ zusammen – wie es die Beklagte tut – nur CHF 495.-- zuzugestehen, vermag dem Grundsatz der Gleichbehandlung allerdings ebenso wenig gerecht zu werden. Es erscheint mit Blick auf die im Eheschutzentscheid den Kindern C._____ und D._____ zuerkannten Unterhaltsbeiträge von CHF 1'350.-- angemessen, als Unterhaltsbeitrag für F._____ und H._____ gemeinsam im Bedarf des Klägers CHF 650.-- bzw. je CHF 325.-- einzusetzen.

5.7.1 Ein wesentlicher weiterer Punkt sind die Schulden des Klägers: Im Eheschutzentscheid wurden im Bedarf des Klägers für die Abzahlung bestehender Schulden CHF 1'500.-- pro Monat einberechnet. Die Vorinstanz hat die im

Eheschutzentscheid berücksichtigten Abzahlungsverpflichtungen aus dem Bedarf des Klägers gestrichen, da diese entweder bereits abbezahlt worden seien bzw. bis Februar 2010 abbezahlt hätten sein müssen. Weder Schulden, die vor Rechtskraft des Eheschutzentscheides eingegangen worden seien, aber nicht in diesem Verfahren berücksichtigt worden seien, noch solche, die erst nach dem Eheschutzentscheid eingegangen worden seien, könnten nach Auffassung der Vorinstanz im Rahmen des vorliegenden Abänderungsverfahrens in die Bedarfsberechnung einfließen. Wenn Schulden zu Unrecht im Eheschutzentscheid nicht berücksichtigt worden seien, hätte der Kläger ein Rechtsmittel gegen den Eheschutzentscheid ergreifen müssen. Würden diese Schulden im Rahmen des vorsorglichen Massnahmebegehrens berücksichtigt, so käme dies einer unzulässigen Überprüfung des Vorentscheides gleich. Ebenso wenig könnten nach dem Eheschutzentscheid begründete Schulden zu einer Abänderung der Unterhaltsbeiträge führen. Der Unterhaltsschuldner dürfe nämlich nur dann neue Verpflichtungen eingehen, wenn er die regelmässige Zahlung der geschuldeten Unterhaltsbeiträge gewährleisten könne. Reiche das Einkommen nach Abzug der Unterhaltsbeiträge an die Beklagte und die Kinder zur Deckung der Lebenskosten des Klägers nicht aus, lebe er über seinen Verhältnissen und müsse seinen Lebensstil entsprechend anpassen. Die neuen Verpflichtungen dürften sich nicht zu Lasten der Unterhaltsberechtigten auswirken und seien daher auch nicht im Bedarf des Schuldners zu berücksichtigen. Neu eingegangene Schulden könnten aber ausnahmsweise berücksichtigt werden, sofern sie eingegangen worden seien, um finanzielle Verpflichtungen in einem Notfall abzudecken. Bei Betrachtung der einzelnen Schulden des Klägers falle auf, dass sämtliche neuen Kredite für monatliche Ausgaben, Wohnungseinrichtung, Telefonrechnungen und ähnliches eingegangen worden seien, und diese Schulden könnten im Bedarf nicht berücksichtigt werden. Dies gelte in gleicher Weise für den Spitalaufenthalt der Lebenspartnerin K._____, da der Kläger keinerlei Verpflichtungen ihr gegenüber geltend machen könne. Hingegen lasse sich die Schuld bei M._____ [Bank] für die Deckung der Krankheitskosten sowie für Arzt- und Spitalrechnungen der Tochter F._____ unter die Ausnahme der notfallmässigen Verpflichtungen subsumieren und sei deshalb mit einem monatlichen Betrag von EUR 50.–, d.h. CHF 60.– zu berücksichtigen,

befristet bis 28. Februar 2013, da die Schuld dann abbezahlt sein sollte (act. 4 S. 12 ff.).

5.7.2 Der Kläger hält mit der Berufung daran fest, dass Abzahlungsverpflichtungen im Betrag von insgesamt CHF 2'221.70 (für die gesamte Dauer des Scheidungsverfahrens) in seinem Bedarf zu berücksichtigen seien. Er habe seit Beginn des Prozesses darauf hingewiesen, dass im Eheschutzentscheid nicht sein ganzer Bedarf berücksichtigt worden sei, und zudem später noch Verpflichtungen dazu gekommen seien. So sei im Eheschutzentscheid nur ein Teil der Kreditverpflichtungen berücksichtigt worden. Er sei gezwungen gewesen, die alten Ausstände umzuschulden und neue Kredite aufzunehmen. Sämtliche Ausgaben in Zusammenhang mit seiner neuen Familie in G. _____ seien erst nachher entstanden. Dennoch habe die Vorinstanz nicht einmal die Kreditaufnahme für die Spitalkosten seiner Lebenspartnerin berücksichtigt. Die Auffassung der Vorinstanz sei aber nicht richtig. Nicht nur moralisch, sondern auch rechtlich bestehe eine Verpflichtung zur Mittragung der Kosten bei Spitalaufenthalt der Mutter seines Kindes. Aber auch bei den anderen Schuldverpflichtungen könne nicht übersehen werden, dass dies die Leistungsfähigkeit des Klägers einschränke, da er auch von Seiten dieser Gläubiger mit Vollstreckungsmassnahmen rechnen müsse, wenn er die Tilgungsraten nicht leiste. Die dargelegten und bewiesenen Schulden seien Teil seiner desolaten finanziellen Situation und müssten bei der Beurteilung seiner Leistungsfähigkeit berücksichtigt werden (act. 2 S. 4 f.).

5.7.3 Die Abänderungsvoraussetzungen für einstweiligen Unterhalt sollen verhindern, dass der Unterhaltsberechtigte stets aufs neue mit dem -pflichtigen über die Höhe des Unterhalts verhandeln muss, ohne dass sich an den Voraussetzungen etwas geändert hätte. Davon ausgenommen ist der Fall, dass einmal gemachte Prognosen und Bedingungen unerfüllt bleiben. Eine Abänderung ist möglich, wenn der erwartete Lauf der Dinge nicht eintritt und die getroffene Regelung von der Realität eingeholt wird. Hier liegen die Dinge anders. Die Abzahlung der Schulden hat sich nicht erst nach dem Eheschutzentscheid bzw. wegen später eingetretenen zusätzlichen Verpflichtungen als unerfüllbar erwiesen, sondern war – folgt man den Ausführungen des Klägers (vgl. act. 5/2 S. 6, 9) – schon da-

mals unrealistisch. Der Kläger erklärte sich mit der Einsetzung eines Betrages von CHF 1'500.-- für die Abzahlungsverpflichtungen in seinem Bedarf einverstanden, obwohl die damals geltend gemachten Schuldentilgungsraten nach seinen Angaben CHF 2'500.-- pro Monat und damit mehr als heute betragen.

5.7.4 Dessen ungeachtet ist dem Kläger darin zuzustimmen, dass die Ausgaben im Zusammenhang mit seiner neuen Familie in G._____ erst nach dem Eheschutzentscheid aktuell geworden sind. Die Beklagte anerkennt denn auch, dass den Kläger gegenüber seiner Tochter in G._____ eine rechtliche Pflicht zur Leistung von Unterhaltsbeiträgen trifft. Korrekt berücksichtigte die Vorinstanz den Kredit von M._____ für die Deckung der Krankheitskosten, Arzt und Spitalaufenthalt der Tochter F._____ mit einem monatlichen Betrag von CHF 60.-- (act. 52 Position 6). Weshalb den Kläger darüber hinaus eine rechtliche Pflicht zur Mittragung der Kosten des Spitalaufenthalts seiner Lebenspartnerin trifft (act. 2 S. 5), begründet er nicht, und es trifft nicht zu. Die Beklagte weist mit Recht darauf hin, dass die Lebenspartnerin des Klägers grundsätzlich in gleicher Weise verpflichtet sei, an den Unterhalt der Familie beizutragen (act. 8 S. 6). Dass sie dies nicht vermag, wie aus der betreffenden Schuld des Klägers geschlossen werden muss, ändert aus rechtlicher Sicht nichts. So oder anders hat die Unterhaltsverpflichtung gegenüber der Beklagten Vorrang vor der Unterstützung der Lebenspartnerin des Klägers, weshalb der für seine Lebenspartnerin aufgenommene Kredit (act. 52 Position 9) sich nicht bedarfserhöhend auswirken kann.

5.7.5 Alle anderen Schulden ging der Kläger erst nach dem Eheschutzentscheid und ausschliesslich zur Deckung seiner eigenen Lebenshaltungskosten sowie der geschuldeten Unterhaltsbeiträge ein. Dabei mag man dem Kläger durchaus glauben, dass er damals mehr Schulden hatte, als im Eheschutzentscheid berücksichtigt wurden. Dass und inwiefern der Kläger die anerkannten Kredite "umgeschuldet" hat, vermag der Kläger indes nicht zu begründen. Aus seiner Aufstellung der bestehenden Schulden (vgl. act. 52) geht es nicht hervor. Die weiteren Schulden können daher – mit Ausnahme der bereits erwähnten Autoleasingraten im Betrag von CHF 250.-- pro Monat – im für die Unterhaltsberechnung relevanten Notbedarf grundsätzlich keine Berücksichtigung finden.

5.7.6 Der Standpunkt des Klägers bleibt insofern begründet, als ihm der monatliche Betrag für die Schuldentilgung – soweit gerechtfertigt – im Rahmen der vorsorglichen Unterhaltsberechnung vorläufig zu gewähren ist. Die Vorinstanz berechnete zwar richtig, dass der Kredit bei M. _____ mit einem Saldo von EUR 618.-- per 19. Januar 2012 bei korrekter Ratenzahlung von EUR 50.-- bzw. CHF 60.-- pro Monat Ende Februar 2013 abbezahlt wäre und das Autoleasing im Betrag von EUR 7'503.-- bei monatlichen Leasingraten im Betrag von EUR 208.-- bzw. CHF 250.-- (act. 52) per 1. Januar 2015 aus demselben Grund wegfallen würde. Wird aber in Betracht gezogen, dass es hier um eine vorläufige, für die voraussichtliche Dauer des Scheidungsverfahrens geltende Regelung geht und muss weiter ernsthaft befürchtet werden, dass der Kläger selbst die verhältnismässig geringen Schulden nicht kurzfristig zu tilgen vermag, ohne wiederum neue Schulden aufzunehmen, rechtfertigt es sich nicht, die Bedarfsberechnung nach dem hypothetischen Wegfalldatum der anrechenbaren Schulden auszurichten. Dies gilt umso mehr, als die Festsetzung des Bedarfs – wie die Unterhaltsberechnung selbst – notwendigerweise zahlreiche Annahmen und Wertungen einschliesst. Die mehr oder minder genaue Berechnung der einzelnen Positionen kann das richterliche Ermessen nicht ersetzen, sondern nur dessen Ausübung unterstützen, und sie darf nicht zu einer Scheingenaugigkeit verkommen. Insgesamt erscheint es sinnvoll und geboten, für die Dauer des Scheidungsverfahrens im Bedarf des Klägers CHF 300.-- pro Monat für die notwendige Schuldentilgung einzusetzen.

5.8 Zusammengefasst ist der Bedarf des Klägers um einen Anteil der Wohnungskosten in G. _____ zu ergänzen, so dass im Bedarf des Klägers Mietkosten von CHF 1'170.-- pro Monat berücksichtigt werden. Des Weiteren erhöht sich der Bedarf des Klägers um einen Unterhaltsbeitrag für den neugeborenen Sohn H. _____ des Klägers, wobei für beide Kinder F. _____ und H. _____ CHF 650.-- pro Monat einzusetzen sind. Die Schulden des Klägers werden mit monatlich CHF 300.-- in Anschlag gebracht. Im Übrigen bleibt es bei den von der Vorinstanz angenommenen Bedarfszahlen (act. 4 S. 16), womit sich der Bedarf des Klägers neu auf rund CHF 4'000.-- pro Monat beläuft.

6. Im Ergebnis stehen beim massgeblichen Einkommen (CHF 7'200.--) CHF 3'200.-- für Unterhaltsbeiträge an die Beklagte und die Kinder C._____ und D._____ zur Verfügung. Das entspricht der vom Kläger ab 21. Juni 2011 bis Ende Januar 2012 beantragten Reduktion auf CHF 1'200.-- für die Beklagte und je CHF 1'000.-- für die beiden Söhne. Daraus erhellt – um auch das noch zu erwähnen –, dass der Kläger seine Leistungsfähigkeit zur Bezahlung von Unterhaltsbeiträgen an die Beklagte trotz der von ihm geltend gemachten Überschuldung – freilich vor der von der Beklagten erwirkten Lohnpfändung (dazu sogleich) – durchaus anerkennt und selber nicht damit rechnet, dass die geltend gemachten Bedarfsposten vorliegend allesamt berücksichtigt werden (vgl. act. 2 S. 6).

7. Der Vorinstanz ist schliesslich darin beizupflichten, dass der höhere Unterhaltsbeitrag bei den engen finanziellen Verhältnissen der Parteien den Kindern gebührt, sodass die Unterhaltsbeiträge an die beiden Söhne auf je CHF 1'100.-- pro Monat der Unterhaltsbeitrag für die Beklagte persönlich auf CHF 1'000.-- zu reduzieren ist. Das gilt wie beantragt ab Gesuchstellung vom 21. Juni 2011.

8. Um sogleich noch einen möglichen Einwand zu entkräften – eine Verletzung der Dispositionsmaxime liegt damit nicht vor. Zum einen beantragte der Kläger, der Unterhaltsbeitrag an die Beklagte persönlich sei auf "maximal" CHF 1'200.-- zu reduzieren (vgl. act. 14 S. 3). Zum anderen ist die Festsetzung der Unterhaltsbeiträge nicht für jeden Unterhaltsberechtigten separat vorzunehmen, sondern hat – wie die Vorinstanz zutreffend erwog (act. 4 S. 20 f.) – eine Gesamtbetrachtung und sodann eine Aufteilung auf die Beklagte und die Kinder zu erfolgen, wobei hinsichtlich der Kinderbelange ohnehin die Oficialmaxime gilt.

IV.

(Leistungsfähigkeit des Klägers / Einfluss der Lohnpfändung)

1. Der Kläger führte bereits vor Vorinstanz ins Feld, die Beklagte habe gegen ihn eine Lohnpfändung erwirkt, welche seine Leistungsfähigkeit für laufende Unterhaltsbeiträge ab Februar 2012 zunichte mache. Die Vorinstanz verwarf das Argument. Ursache der Lohnpfändung seien die ausstehenden Unterhaltsbeiträge, die der Kläger gemäss Eheschutzentscheid an die Beklagte hätte bezahlen müssen, aber in der Folge nicht geleistet habe. Die nun eingetretene Verschlechterung der finanziellen Verhältnisse habe der Kläger aufgrund seines Verhaltens in der Vergangenheit herbeigeführt. Hätte er die Vorgaben des Eheschutzscheidunges eingehalten, wäre keine Lohnpfändung gegen ihn erwirkt worden. Dies gelte umso mehr, als ihm in seinem Bedarf insgesamt CHF 1'500.– für die Abzahlung von Schulden zugestanden worden seien. Würde ein solches Verhalten geschützt, so könnte jeder Unterhaltsschuldner laufend neue Verpflichtungen eingehen und so den vorangegangenen Entscheid zulasten der unterhaltsberechtigten Personen unterlaufen und ihren Anspruch auf Unterhaltsbeiträge vereiteln. Aus diesem Grund erweise sich auch das Argument des Klägers, er könne nicht wählen, welche Schulden er zuerst zurückbezahle, als nicht zielführend (act. 4 S. 17 f.).

2. Der Kläger hält mit der Berufung daran fest, dass ab Februar 2012 jegliche Leistungsfähigkeit aufgrund der für die Unterhaltsbeiträge verfügbaren und inzwischen vollstreckbar erklärten Lohnpfändung dahinfalle. Nicht richtig sei nämlich die Erwägung der Vorinstanz, er habe die Lohnpfändung selber herbeigeführt, indem er sich nicht an das im Eheschutzverfahren vorgegebene Budget gehalten habe, ansonsten keine Verschuldung aufgetreten wäre. Vielmehr habe er mehrfach darauf hingewiesen, dass bereits die damals berücksichtigten Bedarfsposten nicht den ganzen Bedarf des Klägers abgedeckt hätten. Zudem sei die Verschlechterung des Euro-Kurses schleichend aufgetreten und hätte so dazu geführt, dass der Kläger sich laufend mehr verschulden müsse. Deshalb könne ihm die Tatsache, dass über die Jahre ein erheblicher Rückstand bei den Un-

terhaltsbeiträgen aufgelaufen sei, nicht vorgeworfen werden. Selbst wenn aber ein Vorwurf berechtigt wäre, könne dies nicht dazu führen, dass die gegen den Willen des Klägers erfolgte Lohnpfändung nicht berücksichtigt werde. Damit werde nämlich ein hypothetisches Einkommen berücksichtigt, was nicht zulässig sei, wenn es dem Unterhaltspflichtigen unmöglich sei, die Einkommensverminderung zu verhindern bzw. rückgängig zu machen (act. 2 S. 4 f., 7 ff.).

3.1 Prima facie erscheint der Einwand des Klägers, dass er aufgrund der bestehenden Lohnpfändung im Umfang von CHF 4'342.-- pro Monat (act. 45/72) effektiv weniger als den ihm vorliegend zugestandenen Notbedarf erhält, durchaus gewichtig. Seine Argumentation, es werde ihm mit dem angefochtenen Urteil ein hypothetisches Einkommen angerechnet, geht aber gleichwohl fehl. Wenn nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens insoweit nicht zulässig ist, als es dem Unterhaltspflichtigen unmöglich ist, die Einkommensverminderung rückgängig zu machen (BGE 128 III 4 E. 4a, S. 5 f.), bezieht sich das auf die Fähigkeit des Schuldners, ein bestimmtes Einkommen zu erzielen. Die Lohnpfändung ist demgegenüber auf der Vollstreckungsebene angesiedelt. Sie richtet sich auf Abzahlung einer genau definierten Schuld und ist danach beendet. Weil es sich um eine Zwangsmassnahme handelt, kann der Schuldner die Lohnpfändung nicht abwenden und nicht rückgängig machen. Die Qualifikation der vom Lohn abgezweigten Beträge als (hypothetisches) Einkommen ist dabei müssig. Entscheidend ist, dass eine Aufhebung der laufenden Unterhaltsverpflichtung für die Abzahlung der in der Vergangenheit geschuldeten Unterhaltsbeiträge falsche Anreize setzen und – wie die Vorinstanz zutreffend erwogen hat (act. 4 S. 18) – dazu führen würde, dass es der Schuldner in der Hand hätte, die vorsorgliche Unterhaltsregelung zu unterlaufen und die Unterhaltsbeiträge eigenmächtig herabzusetzen resp. den Anspruch auf Unterhaltsbeiträge letztlich ganz zu vereiteln. Es leuchtet ein, dass eine Lohnpfändung aufgrund der Nichtbezahlung von Unterhaltsbeiträgen, die bei gutem Willen des Schuldners bezahlt werden könnten, nicht zu einer Reduktion ebendieser Unterhaltsbeiträge in der Zukunft führen kann. Zum gleichen Ergebnis führt die Überlegung, dass der Beklagten als Unterhaltsgläubigerin die Ausübung der Gläubigerrechte resp. die Erwirkung der Lohnpfändung nicht zum Nachteil gereichen kann,

indem die ihr heute geschuldeten Unterhaltsbeiträge für die Abzahlung der für die Vergangenheit geschuldeten Unterhaltsbeiträge einfach ausgesetzt werden. Nach gängiger Rechtsprechung kann die auf Grund einer Lohnpfändung eingetretene (selbstverschuldete) faktische Leistungsunfähigkeit eines Unterhaltsverpflichteten im Rahmen eines Prozesses auf Abänderung von vorsorglichen Massnahmen keinen rechtlichen Schutz finden, ansonsten ein Unterhaltsverpflichteter mit der Zahlung von Unterhaltsbeiträgen bis zur Pfändung zuwarten könne, um sich anschliessend – nun auf das Existenzminimum gesetzt – für die laufenden Unterhaltsbeiträge in einem Abänderungsverfahren auf seine mangelnde Leistungsfähigkeit zu berufen. Die Unterhaltsgläubigerin müsste bei gegenteiliger Rechtsauffassung die Konsequenzen ihres Betreibungsbegehrens auf sich nehmen, indem sie für die Dauer der Lohnpfändung keinen Rechtstitel mehr für Unterhaltsbeiträge hätte. Dies würde im Ergebnis dazu führen, dass Drittgläubiger ihr gegenüber bevorzugt würden, was familienrechtlichen Grundsätzen zuwiderläuft (vgl. OG LU vom 19. Dezember 1996, bestätigt mit Entscheid des Bundesgerichts am 11. April 1997, publ. in SJZ 94/1998, S. 340 f.). Auf die laufende Unterhaltsverpflichtung des Klägers kann die Lohnpfändung daher keinen Einfluss haben.

3.2 Der Kläger kann ebenfalls nicht mit Erfolg einwenden, dass bereits die im Eheschutzentscheid berücksichtigten Bedarfsposten nicht seinen ganzen Bedarf abgedeckt hätten und ihm der Rückstand bei den Unterhaltsbeiträgen daher nicht vorgeworfen werden könne. Wenn dem so gewesen wäre, hätte er – wie die Vorinstanz zutreffend festgehalten hat – die Unterhaltsverpflichtung nicht eingehen dürfen, resp. gegen den Eheschutzentscheid rekurrieren müssen. Abgesehen davon fragt sich die Beklagte zu Recht, weshalb der Kläger sich in erheblichem Ausmass weiter verschulden musste, obwohl er der festgelegten Unterhaltsregelung nur ungenügend nachkam (act. 8 S. 9; act. 5/3 S. 2 f.; Prot. I S. 10). Bestehen damit aber gewichtige Indizien dafür, dass der Kläger es mit dem Sparen und der Schuldentilgung nicht wirklich ernst nahm, kann die Lohnpfändung im Lichte der vorstehenden Erwägungen nicht zu einer Aufhebung der Unterhaltbeiträge führen. Die Unterhaltsbeiträge gelten daher ab Februar 2012 in der vorgenannten Höhe weiter.

V.

(Kosten / Entschädigung)

1. Über die Kosten- und Entschädigungsfolge des Berufungsverfahrens ist nicht erst mit dem erstinstanzlichen Endentscheid in der Hauptsache (vgl. Art. 104 Abs. 1 ZPO), sondern bereits an dieser Stelle zu befinden.

2. Keine Partei dringt mit ihren Berufungsanträgen vollständig durch. Bezogen auf den Rechtsmittelstreitwert von rund CHF 112'000.-- (vgl. act. 6 S. 4) obsiegt der Kläger im Umfang von CHF 18'000.--. Die Beklagte obsiegt entsprechend zu CHF 94'000.--. Das verhältnismässige Obsiegen des Klägers beträgt somit in etwa 15% bzw. 3/20. Das führt zu einer entsprechenden Kostenverteilung und zur Verpflichtung des Klägers zur Leistung einer auf 14/20 reduzierten Parteientschädigung für das Berufungsverfahren. Der Kostenanteil des Klägers wird zufolge Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.

3. Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren ist gestützt auf § 4 Abs. 1 und 3 und § 8 Abs. 1 sowie § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG auf CHF 4'100.-- festzusetzen. Analog ist die Parteientschädigung gestützt auf § 4 Abs. 1 und 3 und § 9 sowie § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV auf Fr. 2'300.-- zu bemessen, wovon der Kläger der Beklagten 14/20, d.h. CHF 1'600.-- schuldet. Ersatz der Mehrwertsteuer hat die Beklagte nicht verlangt (vgl. ZR 104/2005 Nr. 76; Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts vom 17. Mai 2006).

Es wird erkannt::

1. In teilweiser Gutheissung der Berufung wird Dispositiv-Ziffer 1 der Verfügung des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Meilen vom 23. Mai 2012 aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:

"1. In Abänderung der Verfügung der Einzelrichterin im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Meilen vom 18. November 2008 (Ge-

schäfts-Nr. EE080065, Parteivereinbarung Ziffern 2 und 3) wird der Kläger ab 21. Juni 2011 und während der weiteren Dauer des Scheidungsverfahrens verpflichtet, der Beklagten an die Kosten des Unterhalts der Kinder C._____ und D._____ monatliche Beiträge von je CHF 1'100.-- zuzüglich allfälliger gesetzlicher oder vertraglicher Kinderzulagen und für sich persönlich einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von CHF 1'000.– zu bezahlen. Im Übrigen gilt die genannte Verfügung vom 18. November 2008 unverändert weiter."

Im Übrigen wird die Berufung abgewiesen.

2. Die zweitinstanzliche Entscheidunggebühr wird auf CHF 4'100.– festgesetzt. Sie wird im Betrag von CHF 3'485.– dem Kläger und im Betrag von CHF 615.– der Beklagten auferlegt. Der Anteil des Klägers wird zufolge Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
3. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten für das Rechtsmittelverfahren eine reduzierte Parteientschädigung von CHF 1'600.– zu bezahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an das Einzelgericht des Bezirksgerichts Meilen, je gegen Empfangsschein.
5. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt rund CHF 112'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. V. Seiler

versandt am: