

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LY190003-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende,  
Oberrichterin Dr. D. Scherrer und Oberrichterin lic. iur. Ch. von Moos  
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Notz

## **Beschluss und Urteil vom 2. April 2019**

in Sachen

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

Kläger, Massnahmekläger und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_\_

gegen

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

Beklagte, Massnahmebeklagte und Berufungsbeklagte

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

betreffend **Ehescheidung (vorsorgliche Massnahmen)**

**Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen  
Verfahren am Bezirksgericht Affoltern vom 22. Januar 2019 (FE180056-A)**

### **Rechtsbegehren:**

#### **Rechtsbegehren des Massnahmenklägers (Urk. 7/1 S. 2):**

"Es sei der seit 1. Juni 2017 einvernehmlich zwischen [den] Parteien vereinbarte Unterhaltsbeitrag von Fr. 3'500.– pro Monat für die Dauer des Schei-

dungsverfahrens bis zur Rechtskraft des Scheidungsurteils spätestens aber bis zum 10. Mai 2019 zu befristen;

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten."

**Modifiziertes Rechtsbegehren des Massnahmenklägers (Urk. 7/22):**

"1. Es sei der seit 1. Juni 2017 einvernehmlich zwischen den Parteien vereinbarte Unterhaltsbeitrag von Fr. 3'500.– pro Monat für die Dauer des Scheidungsverfahrens, bis zur Rechtskraft des Scheidungsurteils, spätestens aber bis zum 31. Mai 2019 zu befristen;

eventualiter sei der mit Urteil vom 24. April 2014 ab 1. Oktober 2014 vereinbarte Unterhaltsbeitrag von monatlich Fr. 5'100.– ab 1. Juli 2018 auf Fr. 3'500.– zu reduzieren und bis zum 31. Mai 2019 zu befristen;

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Massnahmenbeklagten."

**Rechtsbegehren der Massnahmenbeklagten (Urk. 7/23):**

"1. Es seien die Anträge des Klägers vollständig abzuweisen.

2. Es sei der Kläger zu verpflichten, der Beklagten einen angemessenen monatlichen Unterhalt in Höhe von Fr. 5'050.00, zahlbar jeweils auf den ersten eines Monats ab Rechtskraft bis zum Erreichen des Rentenalters des Klägers, zu bezahlen.

3. Es sei der Kläger zu verpflichten, der Beklagten angemessene monatliche Unterhaltsbeiträge ab Erreichen des Rentenalters, zahlbar jeweils auf den ersten eines Monats, zu bezahlen.

4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. der gesetzlichen Mwst) zu Lasten des Klägers."

**Verfügung des Einzelgerichts am Bezirksgericht Affoltern  
vom 22. Januar 2019:**

1. Es werden die Eheschutzakten mit der Geschäfts-Nr. EE140002-A beigezogen.

2. In Abänderung von Dispositivziffer 4.2. des Urteils vom 24. April 2014 betreffend Eheschutz (Geschäfts-Nr. EE140002-A) wird der Kläger/Massnahmenkläger verpflichtet, der Beklagten/Massnahmenbeklagten für die Dauer des Scheidungsverfahrens persönliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 4'615.– zu be-

zahlen, zahlbar jeweils auf den Ersten eines jeden Monats, rückwirkend per 1. August 2018.

3. Das Rechtsbegehren des Massnahmenklägers um Befristung des Trennungsunterhalts bis 31. Mai 2019 wird abgewiesen.
  4. Die Gesuche der Parteien um unentgeltliche Rechtspflege sind als gegenstandslos abzuschreiben.
  5. Die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen des vorliegenden Massnahmenverfahrens bleibt dem Endentscheid vorbehalten.
- 6./7. (Schriftliche Mitteilung / Berufung).

#### **Berufungsanträge:**

##### des Massnahmenklägers und Berufungsklägers (Urk. 1):

- "1. Es sei festzustellen, dass die Parteien übereingekommen sind, mit Wirkung ab 1. Juni 2017 einen Unterhaltsbeitrag von Fr. 3'500.– festzulegen.
1. In Abänderung von Ziffer 2 der angefochtenen Verfügung der Vorinstanz sei in Abänderung von Dispositivziffer 4.2 des Urteils vom 24. April 2014 betreffend Eheschutz (Geschäfts-Nr. EE140002-A) der Berufungskläger / Massnahmenkläger zu verpflichten, der Berufungsbeklagten / Massnahmenbeklagten für die Dauer des Scheidungsverfahrens persönliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 4'056.– zu bezahlen, zahlbar jeweils auf den 1. jedes Monats, rückwirkend per 1. August 2018.
  2. In Abänderung von Ziffer 3 der angefochtenen Verfügung der Vorinstanz vom 22. Januar 2019 sei festzuhalten, dass die unter 2 genannten Unterhaltsbeiträge bis zum 31. Mai 2019 zu befristen sind.
  3. Eventualiter sei der Massnahmeentscheid der Vorinstanz aufzuheben und zur Neuurteilung bezüglich der Einkommensverhältnisse resp. der finanziellen Leistungsfähigkeit des Berufungsklägers ab 1. Juni 2019 an die Vorinstanz zurückzuweisen;
- alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten / Massnahmenbeklagten."

##### der Massnahmenbeklagten und Berufungsbeklagten (Urk. 10):

- "1. Es seien die Anträge des Berufungsklägers vollumfänglich abzuweisen.
2. Es sei festzustellen, dass der Berufungskläger einseitig die Unterhaltsbeiträge mit Wirkung ab 1. Juni 2017 auf Fr. 3'500.– herabgesetzt hat und somit keine Einigung zwischen den Parteien zustande gekommen ist.
3. Es sei der angefochtene Entscheid der Vorinstanz vom 22. Januar 2019 vollumfänglich zu bestätigen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich der gesetzlichen Mehrwertsteuer) zu Lasten des Klägers."

### **Erwägungen:**

#### **I.**

1. Die Parteien sind seit 1992 verheiratet. Die Ehe blieb kinderlos. Seit 1. Oktober 2013 leben die Parteien getrennt. Mit Urteil vom 24. April 2014 erliess das Einzelgericht am Bezirksgericht Affoltern Eheschutzmassnahmen, welche auf einer von den Parteien am 22. April 2014 geschlossenen Trennungsvereinbarung basierten (Urk. 7/3/1).
2. Am 26. Juli 2018 machte der Kläger, Massnahmenkläger und Berufungskläger (fortan Kläger) bei der Vorinstanz eine Klage auf Scheidung anhängig. Gleichzeitig stellte er ein Gesuch um Anordnung vorsorglicher Massnahmen (Urk. 7/1). Die Einigungsverhandlung und die Verhandlung über die vorsorglichen Massnahmen fand am 12. Oktober 2018 statt (Prot. I S. 4 ff.). Mit Verfügung vom 22. Januar 2019 erliess die Vorinstanz den eingangs wiedergegebenen Entscheid (Urk. 2 S. 24).
3. Der Kläger erhob am 4. Februar 2019 Berufung und stellte die obgenannten Anträge (Urk. 1 S. 2). Die Berufungsantwort der Beklagten, Massnahmenbeklagten und Berufungsbeklagten (fortan Beklagte) datiert vom 25. Februar 2019 und

wurde mit Verfügung vom 4. März 2019 der Gegenpartei zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 10). Weitere Eingaben sind nicht erfolgt.

4. Nicht angefochten wurden die Dispositiv-Ziffern 4 (unentgeltliche Rechtspflege) und 5 (Kosten- und Entschädigungsregelung), weshalb diese in Rechtskraft erwachsen sind, was vorzumerken ist.

## II.

1. Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über eine umfassende Überprüfungsbefugnis der Streitsache, d.h. 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 Berufungsbeurteilung (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. Was nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, braucht die Rechtsmittelinstanz nicht zu überprüfen. Das gilt zumindest solange, als ein Mangel nicht geradezu ins Auge springt (BGE 142 III 413 E. 2.2.).

2. Im Berufungsverfahren können neue Tatsachen nur noch berücksichtigt werden, wenn diese ohne Verzug vorgebracht wurden und wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Wer sich auf neue Tatsachen beruft, hat zu substantiieren und zu beweisen, dass er die entsprechenden Noven unverzüglich nach ihrer Entdeckung vorgebracht hat und dass er sie trotz Anwendung zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorbringen können (Reetz/Hilber, in: Sutter-Somm et al., ZPO Komm., Art. 317 N 34).

3. Der Berufungsantrag Ziff. 1 des Klägers und der Berufungsantrag Ziff. 2 der Beklagten beinhalten ein Feststellungsbegehren. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung fehlt es in der Regel an einem Feststellungsinteresse, wenn eine

Leistungsklage zur Verfügung steht (BGE 135 III 378 E. 2.2). Dies ist vorliegend der Fall. Auf die genannten Berufungsanträge ist daher nicht einzutreten. Im Übrigen handelt es sich um neue, im Berufungsverfahren unzulässige Anträge (Art. 317 Abs. 1 ZPO).

4. Das Eheschutzverfahren EE140002, erledigt mit Verfügung vom 24. April 2014, basierte auf einer Vereinbarung der Parteien vom 22. April 2014, welcher die folgenden, monatlichen Einkommens- und Bedarfswahlen zugrunde lagen (Urk. 7/28/22 und 23):

Einkommen Kläger	Fr. 10'852.– netto (exkl. Bonus)
Einkommen Beklagte	Fr. ---
Bedarf Kläger	Fr. 5'500.– (inkl. Fr. 1'000.– für Steuern und Kreditschulden)
Bedarf Beklagte	Fr. 5'100.– (inkl. Fr. 556.– für Zahnarztkosten).

Der Kläger verpflichtete sich, der Beklagten ab 1. Mai 2014 bis 30. September 2014 einen Unterhaltsbeitrag von Fr. 5'800.– und ab 1. Oktober 2014 einen solchen von Fr. 5'100.– zu bezahlen.

5. Der Kläger wurde per 1. Februar 2017 arbeitslos. Er begründete das Abänderungsbegehren mit dem Umstand, dass die Parteien im Frühjahr 2017 mündlich überein gekommen seien, den Unterhaltsbeitrag auf Fr. 3'500.– zu reduzieren (Urk. 7/22 S. 3). Die Beklagte bestreitet die Vereinbarung (Urk. 7/23 S. 3).

6.1 Die Vorinstanz prüfte erstens, ob eine mündlich geschlossene Vereinbarung in einem Eheschutz- bzw. Massnahmenverfahren zulässig sei und bejahte dies. Sie verwies zunächst auf die Norm von Art. 284 Abs. 2 ZPO betreffend die Abänderung von Scheidungsfolgen, welche für nicht streitige Abänderungen die einfache Schriftlichkeit vorsieht (Kinderbelange vorbehalten). Sie folgerte, dass es in den Bestimmungen zum Eheschutz gemäss Art. 271 ff. ZPO und Art. 172 ZGB keine analoge Norm von Art. 284 Abs. 2 ZPO gebe, was für eine formlose Abänderung von Eheschutzmassnahmen spreche (Urk. 2 S. 9).

6.2 Zweitens hielt die Vorinstanz fest, dass der Kläger die Beweislast für die geltend gemachte einvernehmliche Abänderung des Eheschutzurteils trage (Urk. 2 S. 9). Im Wesentlichen erwog sie Folgendes (Urk. 2 S. 9 ff.):

Aufgrund der Aussagen der Beteiligten sei es zu einem Treffen gekommen, nachdem der Kläger seine Stelle bei der Firma C. \_\_\_\_\_ L.P. verloren habe. Weder aus den Parteivorträgen noch aus den Parteiaussagen gehe hervor, dass sich die Parteien auf eine dauerhafte Reduktion der Unterhaltbeiträge von Fr. 5'100.– auf Fr. 3'500.– geeinigt hätten. Entgegen der Auffassung des Klägers liege es nicht an der Beklagten nachzuweisen, dass sie gegen den reduzierten Unterhaltsbeitrag protestiert habe. Der Kläger selbst bringe lediglich vor, dass die Parteien mündlich übereingekommen seien, dass er ab Juni 2017 nur noch Fr. 3'500.– pro Monat zahlen müsse und die erste Zahlung des einvernehmlich reduzierten Unterhaltsbeitrags am 2. Juni 2017 erfolgt sei. Dabei verweise er auf eine von ihm erstellte Auflistung mit den erfolgten Zahlungen ab Dezember 2016 bis Juli 2018. Den Bankbeleg, gemäss welchem der Kläger angeblich die Überweisung von Fr. 3'500.– mit dem Vermerk "gemäss Übereinkunft vom" versehen haben soll, reiche er jedoch nicht ins Recht, und dieser werde insofern bestritten, als die Beklagte vorbringe, der Vermerk sei erstmals anlässlich einer Überweisung von Mai 2018 angebracht worden.

Die Beklagte mache geltend, sich nicht explizit mit der Reduktion einverstanden erklärt zu haben, sie habe keine erkennbare Reaktion gezeigt. Die Beklagte scheine davon ausgegangen zu sein, so die Vorinstanz, dass die Reduktion nur vorübergehend sein werde. Daraus könne aber keine (implizite) Einwilligung zur definitiven und dauerhaften Reduktion der Unterhaltsbeiträge abgeleitet werden. Auch der Umstand, dass sich die Beklagte in der Folge nicht gegen die reduzierten Unterhaltsbeiträge zur Wehr gesetzt, den Kläger nicht betrieben habe, lasse nicht auf Einvernehmlichkeit schliessen. Dasselbe gelte für den Umstand, dass die Beklagte in der Steuererklärung 2017 den reduzierten Unterhaltsbeitrag versteuert habe. Es sei ihre Pflicht, ihr Einkommen gegenüber den Steuerbehörden wahrheitsgemäss zu deklarieren. Schliesslich spreche auch der Betrag von

Fr. 3'500.–, mit dem die Beklagte ihren Bedarf von Fr. 5'100.– bei Weitem nicht zu decken vermöge, gegen eine Einwilligung zur Reduktion des Unterhalts.

6.3 Der Kläger kritisiert in der Berufung, die Tatsache, dass die Beklagte nicht gegen die Reduzierung des Betrags ab Juni 2017 opponiert und den reduzierten Unterhaltsbeitrag in der Steuererklärung aufgeführt habe, spreche sehr wohl dafür, dass der Kläger habe glaubhaft machen können, dass eine einvernehmliche Reduktion der Unterhaltsbeiträge vereinbart worden sei (Urk. 1 S. 5). Mit diesen Ausführungen wiederholt der Kläger seine Sicht der Dinge, ohne sich mit den diesbezüglichen vorinstanzlichen Erwägungen substantiiert auseinander zu setzen. Insbesondere ficht er die Erwägung der Vorinstanz nicht an, wonach der Bankbeleg, gemäss welchem der Kläger angeblich die Überweisung von Fr. 3'500.– mit dem Vermerk "gemäss Übereinkunft vom" versehen haben soll, nicht ins Recht gereicht wurde. Auch mit dem Hinweis auf eine Email der Beklagten vom 22. Mai 2018 betreffend den Bonus (Urk. 1 S. 6) ist die vereinbarte Reduktion nicht glaubhaft gemacht, abgesehen davon, zeigt der Kläger nicht auf, wo vor Vorinstanz er diese Behauptung bereits aufgestellt hat.

6.4 Weiter moniert der Kläger, aus der Aussage der Beklagten an der Verhandlung, wonach sie davon ausgegangen sei, dass die Reduktion nur vorübergehend sei, sei abzuleiten, dass sie mit einer zeitweiligen Reduktion der Unterhaltsbeiträge einverstanden gewesen sei (Urk. 1 S. 6). Vor Vorinstanz brachte der Kläger vor, die Parteien seien übereingekommen, wegen der Arbeitslosigkeit den Unterhaltsbeitrag auf Fr. 3'500.– zu reduzieren (Urk. 7/22 S. 3). Diese Aussage kann nach Treu und Glauben nur so verstanden werden, dass der Unterhaltsbeitrag auf Dauer abgeändert sein soll. Von einer Befristung oder davon, dass die Reduktion nur "auf Zusehen hin" erfolgen soll, war nicht die Rede. Selbst wenn von einer zeitweiligen Reduktion auszugehen wäre, behauptet der Kläger jedoch keinen Konsens in Bezug auf die für eine Befristung wesentlichen Vertragspunkte wie beispielsweise die Anzahl der Monate.

6.5 Was das passive Verhalten der Beklagten angeht, kann die fehlende umgehende Reaktion der Beklagten auf die Zahlungsreduktion nicht als stillschweigende Zustimmung zur Abänderung der Unterhaltsvereinbarung aufgefasst werden.



Ein solches stillschweigendes Akzept kommt nur in besonderen Fällen in Betracht (vgl. BGer 5A\_372/2014 vom 23. Oktober 2014, E. 2.6 mit Hinweis auf Art. 6 OR). Art. 6 OR regelt die stillschweigende Annahme: Ist wegen der besonderen Natur des Geschäftes oder nach den Umständen eine ausdrückliche Annahme nicht zu erwarten, so gilt der Vertrag als abgeschlossen, wenn der Antrag nicht binnen angemessener Frist abgelehnt wird. Der Kläger macht nicht geltend, dass ein Anwendungsfall von Art. 6 OR vorliegt. Vielmehr spricht das in Art. 284 Abs. 2 ZPO geforderte Erfordernis der Schriftlichkeit bei der einvernehmlichen Abänderung von Scheidungsurteilen bezüglich vermögensrechtlicher Belange, das der Klarheit und dem Schutz vor Übereilung dient (Botschaft ZPO, S. 7363), für eine restriktive Interpretation, was gegen die Annahme einer konkludenten Zustimmung spricht.

6.6 Nach dem Gesagten ist mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass keine Vereinbarung in Bezug auf die dauerhafte Reduktion der Unterhaltsbeiträge zustande gekommen ist.

7. Als Drittes bejahte die Vorinstanz den Abänderungsgrund zufolge der eingetretenen Arbeitslosigkeit des Klägers (Urk. 2 S. 12). Sie ging von einem Erwerbseinkommen von Fr. 7'981.– aus. Die Beklagte erzielt weiterhin kein Einkommen (Urk. 2 S. 12). Dies ist unangefochten geblieben. Unangefochten blieb auch die Erwägung, dass ein Abänderungsgrund vorliege.

7.1 Bei der Aktualisierung der Berechnungselemente bezifferte die Vorinstanz den aktuellen Bedarf des Klägers auf Fr. 3'334.– (Urk. 2 S. 13). Der Kläger erhebt dagegen keine Einwendungen (Urk. 1 S. 6). Die Beklagte hält dafür, nur beim Kläger seien Steuern einberechnet worden. Sie habe vor Vorinstanz keinen Betrag geltend gemacht, da sie von einem Mankofall ausgegangen sei. Da indessen keine Anschlussberufung möglich sei, bleibe es, so die Beklagte, bei Fr. 3'334.– (Urk. 10 S. 13). Es erübrigen sich daher weitere Ausführungen.

7.2 Den Bedarf der Beklagten setzte die Vorinstanz auf Fr. 4'583.– fest (Urk. 2 S. 13). Der Kläger bestreitet die von der Vorinstanz veranschlagten Wohnkosten von Fr. 2'600.– (Urk. 1 S. 6).

a) Die Vorinstanz führte aus, dass die von der Beklagten geltend gemachten Wohnkosten von Fr. 2'910.– sowohl angesichts der finanziellen Verhältnisse als auch mit Blick auf die Gleichberechtigung der Parteien als zu hoch angesehen werden müssten. Im Eheschutzurteil vom 24. April 2014 sei der Bedarf der Beklagten per 1. Oktober 2014 auf Fr. 5'100.– reduziert worden, da beide Parteien ab diesem Zeitpunkt von um Fr. 700.– reduzierten Wohnkosten ausgegangen seien. Bei Abschluss der Vereinbarung habe die Miete Fr. 3'300.– inkl. Nebenkosten betragen. Die Beklagte mache geltend, aus gesundheitlichen bzw. psychischen Gründen keinen Wohnungswechsel vorgenommen zu haben. Die von ihr dazu eingereichte Bestätigung datiere vom 16. April 2014, weshalb damit kein aktueller psychischer Zustand glaubhaft gemacht werden könne. Mit dieser Bestätigung lasse sich nicht ein über Oktober 2014 weitergehender Verbleib in der Wohnung mit einem Mietzins von - nunmehr - Fr. 2'910.– rechtfertigen. Die Vorinstanz schloss sodann fälschlicherweise, dass die Beklagte innerhalb der Liegenschaft von einer 4 ½ in eine 3 ½ Zimmerwohnung umgezogen sei (Urk. 2 S. 15). Dies verneinen beide Parteien übereinstimmend (Urk. 1 S. 4; Urk. 10 S. 13). Im Ergebnis hielt die Vorinstanz indessen fest, dass der Beklagten Fr. 2'600.– anzurechnen seien. Dieser Betrag entspreche der vereinbarten Regelung, welche dem Urteil vom 24. April 2014 zugrundeliege (Urk. 2 S. 15 f.). Schliesslich weist die Vorinstanz die Beklagte darauf hin, dass sie die aktuellen Wohnkosten insbesondere im Hinblick auf die bevorstehende Pensionierung des Klägers zu reduzieren habe (Urk. 2 S. 16).

b) Der Kläger beanstandet, die Beklagte habe vier Jahre Zeit gehabt, eine günstigere Wohnung zu finden. Es sei daher völlig willkürlich, wenn ihr für das Massnahmenverfahren weiterhin Wohnkosten von Fr. 2'600.– zugebilligt würden, während der Kläger seine 3-Zimmer-Wohnung teile und ihm für die Position Wohnen nur gerade Fr. 1'038.– angerechnet worden seien. Es seien der Beklagten daher für das Massnahmenverfahren Fr. 1'500.– anzurechnen. Dies entspreche den Kosten für eine 3-Zimmer-Wohnung in D.\_\_\_\_\_. Ein Mietzins für das Massnahmenverfahren von Fr. 1'500.– sei angesichts der Tatsache, dass die Beklagte keinerlei Eigenversorgungsleistungen erbringe, angemessen (Urk. 1 S. 7 mit Hinweis auf homegate-Inserate).

c) Die Beklagte entgegnet, die Parteien hätten sich betreffend die Wohnkosten ab Oktober 2014 vergleichsweise auf den Betrag von Fr. 2'600.– geeinigt, und sie verweist auf die von der Vorinstanz zitierte Rechtsprechung zum sog. "caput controversum", wonach Tatsachen, welche vergleichsweise definiert worden sind, um eine ungewisse Sachlage zu bewältigen, grundsätzlich nicht abgeändert werden könnten (Urk. 10 S. 14). Im Weiteren handle es sich bei den im Berufungsverfahren eingereichten Inseraten von homegate um unzulässige Noven (Urk. 10 S. 14).

d) Im vorliegenden Verfahren werden die Unterhaltsbeiträge nicht originär festgesetzt, sondern es geht, wie erwähnt, um die Abänderung des Eheschutzurteils vom 24. April 2014. Die Neuberechnung hat sich an den Wertungen zu orientieren, die dem ursprünglichen Entscheid zugrunde lagen. Andernfalls würde die Abänderung zu einer Wiedererwägung des formell rechtskräftigen Entscheids führen. Es ist unbestritten, dass die eheliche Wohnung zur Zeit des Eheschutzurteils im April 2014 Fr. 3'300.– gekostet hatte (Urk. 7/28/4/12/1). Beide Parteien führten sodann übereinstimmend aus, dass die Staffelung des Unterhaltsbeitrags auf der Überlegung beruhte, dass sich die Beklagte ab Oktober 2014 eine günstigere Wohnung nehme (Prot. I S. 17, 21). Mit der Vorinstanz ist zu schliessen, dass die Parteien eine Miete von Fr. 2'600.– als angemessen erachtet hatten. Der schon damals anwaltlich vertretene Kläger hatte der Vereinbarung zugestimmt und der bereits damals nicht erwerbstätigen Beklagten somit einen gewissen Standard zugestanden. Es gibt in der Vereinbarung keine weiteren Hinweise, dass die Beklagte die Mietkosten noch weiter zu reduzieren hätte bzw. dass sie ein Einkommen erzielen müsste. Entsprechend kann von ihr im Rahmen des vorliegenden Abänderungsverfahrens nicht verlangt werden, sie habe die Mietkosten auf Fr. 1'500.– zu senken.

e) Zusammenfassend ist die Miete mit Fr. 2'600.– zu bestätigen. Zu wiederholen ist der Hinweis der Vorinstanz, dass die Beklagte die Wohnkosten im Hinblick auf die bevorstehende Pensionierung bzw. den Eintritt ins Rentenalter des Klägers zu reduzieren hat.

7.3 Gegen die weiteren Bedarfspositionen werden keine konkreten Rügen erhoben. Der Bedarf der Beklagten ist daher mit Fr. 4'583.– zu bestätigen.

8. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung gilt in sämtlichen Bereichen des Familienrechts der Grundsatz, dass bei der Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen der zahlungspflichtigen Partei in jedem Fall das Existenzminimum zu belassen ist (BGE 133 III 57 E. 3 m.H.). Bei einem anrechenbaren Arbeitslosengeld von Fr. 7'981.– und einem eigenen Bedarf von Fr. 3'334.– verbleiben dem Kläger Fr. 4'647.–. Er ist daher in der Lage, den vorinstanzlich festgelegten Unterhaltsbeitrag von Fr. 4'615.– zu bezahlen. Die Berufung des Klägers gegen Dispositiv-Ziffer 2 des angefochtenen Entscheids ist daher abzuweisen.

9.1 Der Kläger beantragte im vorinstanzlichen Verfahren, die Unterhaltsbeiträge seien bis zur Rechtskraft des Scheidungsurteils, spätestens aber bis zum 31. Mai 2019 zu befristen (Urk. 7/22). Er führte aus, er werde im nächsten Mai 65 Jahre alt, weshalb die Arbeitslosentaggelder ab 31. Mai 2019 wegfallen würden. Der Kläger habe ab 1. Juni 2019 keinen Anspruch auf eine BVG-Rente in der Schweiz. Die BVG-Gelder seien auf einem Freizügigkeitskonto und würden geteilt werden (Prot. I S. 6). Bei nur gerade 10 Beitragsjahren in der Schweiz werde er eine sicher nicht existenzsichernde, reduzierte AHV-Rente erhalten (Urk. 7/22 S. 3 f.; Prot. I S. 6).

9.2 Die Vorinstanz wies den Antrag ab (Urk. 2 S. 25 Dispo-Ziff. 3). Sie erwog unter Hinweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung, massgebender Zeitpunkt zur Beurteilung der Frage, ob sich die Verhältnisse geändert hätten, sei das Datum der Einreichung des Abänderungsgesuchs. Aufgrund unsicherer, bloss hypothetischer zukünftiger Sachumstände könne noch keine Abänderung verlangt werden (Urk. 2 S. 22 m.H.). Die Pensionierung des Klägers sei absehbar. Im Zeitpunkt der Einreichung des Abänderungsgesuchs am 27. Juli 2018 sei dieser vermeintliche Abänderungsgrund jedoch noch nicht eingetreten gewesen. Hinzu komme, dass im Eheschutzurteil vom 24. April 2014 keine Befristung des Trennungsunterhalts vorgesehen sei, weshalb es nicht angehe, diesen nun in einen befristeten Unterhalt abzuändern. Schliesslich sei auch unklar, wie sich insbesondere die finanzielle Situation (Einkommen und Bedarf) präsentieren werde. Es lasse sich mithin keine zuverlässige Unterhaltsberechnung per 10. Mai 2019 vornehmen. Die Beistands- und Unterhaltspflicht ende bei den nach wie vor verheira-

teten Parteien grundsätzlich nicht mit der Pensionierung der einen Partei (Urk. 2 S. 23).

9.3 Der Kläger hält dem entgegen, im Zeitpunkt der Trennung im Jahr 2014 sei noch nicht absehbar gewesen, dass er vor seiner Pensionierung arbeitslos werden würde. Es sei auch nicht voraussehbar, wie sich die finanziellen Verhältnisse mit Eintritt ins AHV-Alter darstellen würden. Die Aufhebung der Unterhaltspflicht auf einen späteren Zeitpunkt müsse möglich sein, da billigerweise ab Mai 2019 vom dannzumal einkommenslosen mittellosen Kläger nicht verlangt werden könne, dass er Unterhaltsbeiträge zuerst schulde und dann wieder zurückverlangen müsse (Urk. 1 S. 8).

9.4 Der Kläger reicht im Berufungsverfahren diverse Urkunden ein, wie beispielsweise das Reglement und den Auszug betreffend die Stiftung Auffangeinrichtung BVG sowie eine prognostische Rentenberechnung der AHV (Urk. 5/4-9). Er legt dabei nicht dar, weshalb es nicht möglich war, diese Unterlagen bereits im erstinstanzlichen Verfahren einzureichen. Sie sind daher prozessual verspätet und unbeachtlich (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Das Berufungsverfahren dient nicht dazu, dass die Parteien Versäumtes nachholen bzw. nachbessern können. Alles, was relevant ist, ist rechtzeitig in das erstinstanzliche Verfahren einfließen zu lassen (Reetz/Hilber, a.a.O., Art. 317 N 63 m.H.). Auch der Einwand, im Zeitpunkt der Trennung im Jahr 2014 sei noch nicht absehbar gewesen, dass er vor seiner Pensionierung arbeitslos werden würde, ist unbeachtlich, zumal der Kläger nicht darlegt, wo vor Vorinstanz er diese Behauptung aufgestellt hat. Zudem lag es nicht an der Vorinstanz, den rechtskundig vertretenen Kläger aufzufordern, Unterlagen zu seiner Leistungsfähigkeit einzureichen, wie er beanstandet (Urk. 1 S. 10); das Verfahren unterliegt der Verhandlungsmaxime.

9.5 Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum nahehelichen Unterhalt trägt dem Grundsatz, dass bei der lebensprägenden Ehe beide Ehegatten Anspruch auf eine vergleichbare Lebenshaltung haben, insoweit Rechnung, als das Ende der Unterhaltspflicht an das Erreichen des AHV-Alters des Unterhaltspflichtigen geknüpft wird (BGE 141 III 465 E. 3.2; 132 III 593 E. 7.2). Sobald der Leistungspflichtige das Rentenalter erreicht, verringern sich die verfügbaren Mittel häufig.

Damit sinkt auch der gebührende Unterhalt, weil der während der Aktivitätsphase gepflegte Lebensstandard auch bei weitergeführter Ehe nicht uneingeschränkt fortgesetzt werden könnte ( BGE 141 III 465 E. 3.2.1). Die Vorinstanz hat jedoch darauf hingewiesen, dass die Parteien noch verheiratet sind, so dass sich diese Praxis nicht ohne weiteres auf die vorliegenden Verhältnisse übertragen lässt. Die Unterhaltspflicht gründet auf Art. 159/163 ZGB und nicht auf Art. 125 ZGB. Gegen die Befristung spricht - wie die Vorinstanz erwogen hat - zum einen die Tatsache, dass im ursprünglichen Eheschutzentscheid von 2014 keine Befristung vorgenommen wurde. Zum anderen sind die Einkommensverhältnisse nach Erreichen des Rentenalters nicht liquid. Bei den Angaben des Klägers handelt es sich um Mutmassungen bzw. lediglich um prognostizierte Werte, was auch für die Behauptung gilt, er habe ab Eintritt in das Schweizer Rentensystem nur eine AHV-Rente von voraussichtlich Fr. 648.– zur Verfügung, abgesehen davon, dass auch dieses Berechnungsblatt nicht prozesskonform eingereicht wurde (vgl. oben Ziff. 2, Ziff. 9.4). Vor Vorinstanz liess der Kläger ausführen, es würden noch gewisse Rentenansprüche aus der Zeit in England und allenfalls aus der Zeit in Deutschland bestehen. Aus den Unterlagen gehe hervor, dass auch diese allfälligen Rentenansprüche nicht dazu führen würden, dass das Existenzminimum des Klägers erreicht oder überschritten werde (Prot. I S. 6). Konkrete Beträge wurden keine genannt. Mit der Vorinstanz ist festzuhalten, dass sich im jetzigen Zeitpunkt keine zuverlässige Unterhaltsberechnung per 10. Mai 2019 vornehmen lässt. Somit liegt weder eine unrichtige Sachverhaltsfeststellung noch eine unrichtige Rechtsanwendung vor. Berufungsantrag Ziff. 2 (recte 3) ist ebenfalls abzuweisen.

10. Der Kläger beantragt, eventualiter sei der Massnahmenentscheid der Vorinstanz aufzuheben und zur Neuurteilung bezüglich der Einkommensverhältnisse resp. der finanziellen Leistungsfähigkeit des Klägers ab 1. Juni 2019 an die Vorinstanz zurückzuweisen (Urk. 1 S. 2). Die Vorinstanz habe ohne weitere Abklärung resp. Befragung des Klägers angenommen, dass er gestützt auf die eheliche Beistandspflicht zu verpflichten sei, weiterhin Unterhaltsbeiträge an die Beklagte zu leisten. Er habe glaubhaft dargelegt, dass er voraussichtlich ab Juni 2019 aus AHV und BVG-Renten nicht einmal sein eigenes Existenzminimum werde decken können (Urk. 1 S. 11). Wie ausgeführt, untersteht das Verfahren

der Verhandlungsmaxime. Das bedeutet, dass die Parteien dem Gericht die Tatsachen, auf die sie ihre Begehren stützen, darzulegen und die Beweismittel anzugeben haben (Art. 55 Abs. 1 ZPO). Möglicherweise beruft sich der Kläger auf die Bestimmung von Art. 277 Abs. 2 ZPO. Diese Norm lautet wie folgt: Stellt das Gericht fest, dass für die Beurteilung von vermögensrechtlichen Scheidungsfolgen notwendige Urkunden fehlen, so fordert es die Parteien auf, diese nachzureichen. Erstens geht es nicht um die Scheidungsfolgen, sondern es sind im Massnahmenverfahren die Bestimmungen über den Schutz der ehelichen Gemeinschaft sinngemäss anwendbar (Art. 276 Abs. 1 ZPO). Zweitens ist die Einschränkung des Verhandlungsgrundsatzes gemäss Art. 277 Abs. 2 ZPO restriktiv zu verstehen (BSK ZPO-Bähler, Art. 277 N 2a). Und drittens entbindet Art. 277 Abs. 2 ZPO die Partei nicht von der Substantiierungspflicht der Tatsachenbehauptungen (BGer 5A\_751/2014 vom 28. Mai 2015, E. 2.3). Wie unter Ziff. 9 erwogen, hat der Kläger betreffend das Renteneinkommen (und seinen dannzumaligen Bedarf) im erstinstanzlichen Verfahren keine genügend substantiierten Behauptungen aufgestellt. Entsprechend besteht auch kein Anlass, das Verfahren an die Vorinstanz zurückzuweisen. Der Eventualantrag ist ebenfalls abzuweisen.

11. Zusammenfassend ist die Berufung, soweit darauf eingetreten werden kann, abzuweisen und die Verfügung betreffend die angefochtenen Dispositiv-Ziffern 2 und 3 zu bestätigen.

### III.

1. Bei diesem Ausgang wird der Kläger kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Entscheidunggebühr ist Anwendung von § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 1 und § 8 Abs. 1 sowie § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG auf Fr. 3'000.– festzusetzen, die Parteientschädigung in Anwendung von § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 1, § 9, § 11 Abs. 1 und § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV auf Fr. 1'800.– zuzüglich 7.7 % MwSt.

2. Die Vorinstanz bewilligte beiden Parteien im Hauptverfahren mit Verfügung vom 21. Januar 2019 die unentgeltliche Rechtspflege (Urk. 26). Im Rechtsmittel-

verfahren ist die unentgeltliche Rechtspflege neu zu beantragen (Art. 119 Abs. 5 ZPO). Beide Parteien stellen für das zweitinstanzliche Verfahren ein entsprechendes Gesuch (Urk. 1 S. 3 und Urk. 10 S. 3).

2.1 Nach Art. 117 ZPO hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt (lit. a) und ihr Rechtsbehagen nicht aussichtslos erscheint (lit. b). Sofern es zur Wahrung der Rechte notwendig ist, besteht darüber hinaus ein Anspruch auf einen unentgeltlichen Rechtsbeistand (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO).

2.2 An der engen finanziellen Situation des Klägers hat sich seit der Fällung des vorinstanzlichen Entscheids nichts geändert. Er ist somit nach wie vor mittellos im Sinne von Art. 117 lit. a ZPO. Seine Rechtsmittelanträge sind nicht als aussichtslos im Sinne von Art. 117 lit. b ZPO zu betrachten (dazu BGE 138 III 217 Erw. 2.2.4 S. 218), und eine anwaltliche Verbeiständung des rechtsunkundigen Klägers erscheint zur Wahrung seiner Rechte notwendig, zumal auch die Beklagte anwaltlich vertreten ist (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). Dem Kläger ist deshalb auch für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen.

2.3 Der Beklagten werden für das Berufungsverfahren keine Kosten auferlegt, weshalb das Gesuch gegenstandslos ist, soweit es sich auf die Befreiung von den Gerichtskosten (Art. 118 Abs. 1 lit. b ZPO) bezieht. Demgegenüber ist angesichts der fehlenden Solvenz des Klägers bzw. der zu erwartenden Uneinbringlichkeit der vom Kläger zu leistenden Parteientschädigung über das Gesuch um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO) zu entscheiden (vgl. BGer 5A\_407/2014 vom 7. Juli 2014, E. 2.2). Auch die finanziellen Verhältnisse auf Seiten der Beklagten haben sich nicht geändert, weshalb sie als mittellos gilt (Urk. 10 S. 20). Der in der Berufungsantwort vertretene Rechtsstandpunkt war nicht aussichtslos, und die rechtsunkundige Beklagte war für die sachgerechte Wahrung ihrer Rechte auf anwaltlichen Beistand angewiesen. Damit sind die Voraussetzungen für eine unentgeltliche Rechtsverbeiständung erfüllt, und der Beklagten ist für das Berufungsverfahren in der Person ihrer Rechtsver-



treterin, Rechtsanwältin lic. iur. Y.\_\_\_\_\_, eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen.

2.4 Demzufolge sind die Kosten einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.

2.5 Da die Parteientschädigung voraussichtlich uneinbringlich ist, ist die unentgeltliche Rechtsvertretung der Beklagten vom Kanton angemessen zu entschädigen (Art. 122 Abs. 2 ZPO). Die angemessene Entschädigung ist auf Fr. 1'800.– zuzüglich 7.7 % MwSt. zu bemessen. Der Anspruch der Beklagten auf Parteientschädigung geht mit Zahlung der Entschädigung an den Kanton über (Art. 122 Abs. 2 ZPO).

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

1. Es wird vorgemerkt, dass die Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren des Bezirksgerichts Affoltern vom 22. Januar 2019 betreffend die Dispositivziffern 4 und 5 in Rechtskraft erwachsen ist.
2. Dem Kläger wird für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung bewilligt und in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt.
3. Der Beklagten wird für das Berufungsverfahren in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. Y.\_\_\_\_ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt. Im Übrigen wird das Gesuch der Beklagten um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege abgeschrieben.
4. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis.

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

1. Die Berufung wird - soweit darauf eingetreten werden kann - abgewiesen und die Dispositiv-Ziffern 2 und 3 der Verfügung des Einzelgerichts im

ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Affoltern vom 22. Januar 2019 werden bestätigt.

2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Kläger auferlegt, jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen.  
Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
4. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 1'938.60 zu bezahlen. Diese Entschädigung wird Rechtsanwältin lic. iur. Y. \_\_\_\_\_ direkt aus der Gerichtskasse entrichtet. Der Anspruch der Beklagten auf Parteientschädigung geht mit Zahlung der Entschädigung an den Kanton über.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

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

6. 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 über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 90 BGG und Art. 98 BGG.

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

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 2. April 2019

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer  
Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. S. Notz

versandt am:  
sf