

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LY190027-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. A. Katzenstein und Oberrichter Dr. M. Sarbach sowie
Gerichtsschreiberin MLaw A. Ochsner

Beschluss und Urteil vom 2. September 2019

in Sachen

A. _____,

Beklagte und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Kläger und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. _____

betreffend **Ehescheidung (vorsorgliche Massnahmen)**

**Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes
Bülach vom 21. Mai 2019; Proz. FE170318**

Rechtsbegehren:

(act. 5/41)

- "1. Dispositiv-Ziffer 3 des Eheschutzurteils vom 22. Juni 2017 des Bezirksgerichts Bülach (EE160154) sei ab Antragstellung insofern abzuändern, als dass der Kläger zu verpflichten sei, der Beklagten für die Kinder monatliche Unterhaltsbeiträge von je Fr. 427.– (Barunterhalt) zu bezahlen, zahlbar monatlich im Voraus, jeweils auf den Ersten eines jeden Monats, für die weitere Dauer des Verfahrens.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Beklagten, zuzüglich MWST."

Entscheid des Bezirksgerichtes Bülach:

(act. 5/78; begründete Fassung = act. 5/84 = act. 4/2 = act. 6)

1. Das Begehren um Abänderung vorsorglicher Massnahmen wird teilweise gutgeheissen.
2. Die Verpflichtung des Klägers zur Leistung von Kindesunterhaltsbeiträgen gemäss Ziffer 3 der mit Urteil des Bezirksgerichtes Bülach vom 22. Juni 2017 genehmigten Vereinbarung der Parteien vom 15./19. Juni 2017 (Geschäfts-Nr. EE160154) wird mit Wirkung vom 1. September 2018 herabgesetzt und der Kläger verpflichtet, der Beklagten für die Söhne C._____ und D._____ monatliche, im Voraus auf den ersten des Monats zahlbare, Kinderunterhaltsbeiträge von je Fr. 800.– (davon Fr. 0.– Betreuungsunterhalt) zuzüglich allfällige Kinder- bzw. Ausbildungszulagen zu bezahlen.
3. Im Übrigen wird das Begehren um Abänderung vorsorglicher Massnahmen abgewiesen.
4. Kosten- und Entschädigungsfolgen
- 5./6. Mitteilung / Rechtsmittel

Berufungsanträge:

(act. 2)

der Berufungsklägerin:

Prozessual

1. Es sei der Berufung (Reduktion Unterhaltsbeitrag) die aufschiebende Wirkung zu erteilen.
2. Es sei von der Einholung eines Prozesskostenvorschusses bei der Berufungsklägerin abzusehen.

Materielles

1. Die Verfügung Bezirksgericht Bülach vom 12. Mai 2019 (Geschäfts-Nr. FE170318-C) sei aufzuheben. Der Antrag auf Abänderung der mit Urteil des Bezirksgerichtes Bülach vom 22. Juni 2017 (Geschäfts-Nr. EE160154-C) festgelegten Unterhaltsbeiträge sei abzuweisen und die darin festgelegten Unterhaltsbeiträge für die Kinder C._____ und D._____ seien zu bestätigen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen – zuzüglich Mehrwertsteuer – zu Lasten des Berufungsbeklagten.

Erwägungen:

I.

Sachverhalt und Prozessgeschichte

1. Die Parteien haben am tt. August 2004 geheiratet. Aus der Ehe gingen die Kinder C._____, geboren am tt.mm.2005, und D._____, geboren am tt.mm.2007, hervor (act. 5/3). Seit dem 15. Oktober 2015 leben die Parteien getrennt. Die Folgen der Trennung haben sie im Rahmen eines Eheschutzverfahrens durch eine Vereinbarung geregelt, die sodann mit Urteil vom 22. Juni 2017 des Bezirksgerichts Bülach vorgemerkt bzw. in Bezug auf die Kinderbelange genehmigt wurde (act. 5/7/52).

2. Am 16. Oktober 2017 machte der Kläger und Berufungsbeklagte (nachfolgend Berufungsbeklagter) das Scheidungsverfahren am Bezirksgericht Bülach (nachfolgend Vorinstanz) rechtshängig (act. 5/1). Mit Eingabe vom 30. August 2018 (Datum Poststempel) verlangte er die Anordnung vorsorglicher Massnahmen mit obgenannten Begehren (act. 5/41). Nachdem die Berufungsklägerin zum Abänderungsgesuch Stellung genommen hatte (act. 5/61) und eine Verhandlung durchgeführt worden war (Prot. Vi. S. 26 ff.), entschied die Vorinstanz mit Verfügung vom 21. Mai 2019 über dieses Gesuch im oben wiedergegebenen Sinne (act. 5/78; begründete Fassung = act. 5/84 = act. 4/2 = act. 6).

3. Am 1. Juli 2019 (Datum Poststempel) erhob die Berufungsklägerin rechtzeitig (act. 5/85 und act. 2) Berufung gegen die von der Vorinstanz erlassenen vorsorglichen Massnahmen. In prozessualer Hinsicht stellte sie den Antrag, es sei der Berufung die aufschiebende Wirkung zu erteilen und es sei kein Kostenvorschuss von der Berufungsklägerin einzuverlangen. Die Kammer erteilte der Berufung in Bezug auf Dispositiv-Ziffer 2 des Entscheides der Vorinstanz vom 21. Mai 2019 für die rückwirkend zwischen dem 1. September 2018 und 21. Mai 2019 geschuldeten Unterhaltsbeiträge superprovisorisch die aufschiebende Wirkung und wies das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung im Übrigen ab. Zudem wurde einstweilen davon abgesehen, einen Kostenvorschuss von der Berufungsklägerin einzuholen. Dem Berufungsbeklagten wurde gleichzeitig Frist angesetzt, um sich zur aufschiebenden Wirkung zu äussern sowie um die Berufungsantwort einzureichen. Es wurde festgehalten, es werde neu über die aufschiebende Wirkung entschieden, falls sich der Berufungsbeklagte dazu äussere. Bis zu einem solchen Entscheid, oder falls er sich nicht äussere, bleibe die bestehende Anordnung in Kraft (act. 7). Im Rahmen der fristgerecht (act. 8) eingereichten Berufungsantwort (act. 9 und act. 10/1-3) äusserte sich der Berufungsbeklagte zustimmend zum Entscheid betreffend die aufschiebende Wirkung (act. 9 S. 1), womit es bei der ursprünglichen Anordnung blieb.

4. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 5/1-85). Das Verfahren erweist sich als spruchreif. Auf die Vorbringen der Parteien ist – soweit für die

Entscheidfindung erforderlich – im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen einzugehen.

II. Prozessuale Vorbemerkungen

1. Gegen erstinstanzliche Entscheide betreffend vorsorgliche Massnahmen ist die Berufung zulässig (Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO). Gegenstand des vorliegenden Berufungsverfahrens betreffend vorsorgliche Massnahmen ist die Abänderung der Unterhaltspflicht des Berufungsbeklagten gegenüber den minderjährigen Kindern C._____ und D._____. Damit liegt eine vermögensrechtliche Streitigkeit vor (vgl. BGE 133 III 393 E. 2, BGer 5A_740/2009 vom 2. Februar 2010 E. 1). Die Kinderunterhaltsbeiträge wurden von der Vorinstanz von insgesamt Fr. 3'114.– auf Fr. 1'600.– reduziert. Die Berufungsklägerin verlangt die Aufhebung dieses Entscheides und die Bestätigung der ursprünglich gemäss Eheschutzentscheid geschuldeten Unterhaltsbeiträge. Da das Hauptverfahren bereits fortgeschritten ist – die Hauptverhandlung wurde bereits durchgeführt (Prot. VI S. 26 ff.) –, ist von einer weiteren Verfahrensdauer des Scheidungsverfahrens von einem Jahr auszugehen (gerechnet ab Eingang der Berufung). Thema sind somit strittige Kinderunterhaltsbeiträge von Fr. 1'514.– [Fr. 3'114.– ./ Fr. 1'600.–] seit September 2018 [= Zeitpunkt, ab dem die Beiträge reduziert wurden] für die weitere Dauer von einem Jahr ab Eingang der hier zu beurteilenden Berufung, mithin für die Dauer von 22 Monaten (September 2018 bis Juni 2020). Das Streitwerterfordernis der Berufung gemäss Art. 308 Abs. 2 ZPO von Fr. 10'000.– ist somit ohne Weiteres erfüllt.

2.1 Mit der Berufung können die unrichtige Rechtsanwendung und die unrichtige Sachverhaltsfeststellung gerügt werden (Art. 310 ZPO). Ebenfalls gerügt werden kann die (blosse) Unangemessenheit eines Entscheides, da es sich bei der Berufung um ein vollkommenes Rechtsmittel handelt. Bei der Angemessenheitskontrolle hat sich die Rechtsmittelinstanz allerdings eine gewisse Zurückhaltung aufzuerlegen (BLICKENSTORFER, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016 Art. 310 N 10).

2.2 Die Berufung ist gemäss Art. 311 ZPO schriftlich und begründet einzureichen. Die Berufung führende Partei muss sich sachbezogen mit den Entscheidungsgründen des erstinstanzlichen Entscheides auseinandersetzen. Sie muss darlegen, inwiefern die Vorinstanz das Recht falsch angewendet hat bzw. welcher Sachverhalt unrichtig festgestellt worden sein soll. Danach muss sie den vorinstanzlichen Erwägungen die aus ihrer Sicht korrekte Rechtsanwendung bzw. den korrekten Sachverhalt gegenüberstellen und darlegen, zu welchem abweichenden Ergebnis dies führen soll.

3. Gemäss Art. 272 ZPO gilt in eherechtlichen Summarverfahren der eingeschränkte Untersuchungsgrundsatz, wonach das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen feststellt. Dies bedeutet, dass es die Tatsachen unabhängig von etwaigen Parteivorbringen und Beweismitteln zu ermitteln und zu berücksichtigen hat. Soweit jedoch Kinderbelange betroffen sind, findet der sogenannte uneingeschränkte Untersuchungsgrundsatz Anwendung, wonach das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen erforscht (vgl. Art. 296 Abs. 1 ZPO). Danach hat das Gericht alle Tatsachen, die für Anordnungen über die Kinder von Bedeutung sind, von Amtes wegen zu erforschen. Der eingeschränkte wie auch der uneingeschränkte Untersuchungsgrundsatz werden indes durch die von den Parteien begründet vorzutragenden Beanstandungen in ihrem sachlichen Umfang beschränkt (vgl. BGer 5A_141/2014 vom 28. April 2014, E. 3.4; 5D_65/2014 vom 9. September 2014, E. 5.1). Die Parteien sind somit von der Mitwirkung nicht gänzlich entbunden. Denn in aller Regel sind sie über die massgebenden Verhältnisse selber am besten informiert und dokumentiert. Wo sie ihrer Obliegenheit zur Mitwirkung nicht oder nur ungenügend nachkommen und wo die so erstellten Grundlagen eines Entscheids nicht offenkundig unrichtig sind, darf das Gericht zulasten der nachlässigen Partei darauf abstellen und auf weitere eigene Abklärungen verzichten (vgl. OGer ZH LY160050 vom 18. April 2017, E. II./3.2; LC130019 vom 8. Mai 2013, E. 3.1).

4. Neue Tatsachen und Beweismittel (Noven) werden im Berufungsverfahren nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Dies

gilt in Verfahren, in welchen der Verhandlungs- oder der eingeschränkte Untersuchungsgrundsatz gilt (vgl. BGE 138 III 625 ff., E. 2.2 = Pra 102 [2013] Nr. 26; 142 III 413 ff., E. 2.2.2). Hingegen sind in Kinderbelangen aufgrund des uneingeschränkten Untersuchungsgrundsatzes nach der Praxis der Kammer Noven – in Abweichung von Art. 317 Abs. 1 ZPO – auch noch im Berufungsverfahren unbeschränkt bis zum Beginn der Urteilsberatung zuzulassen (vgl. etwa OGer ZH LY160035 vom 14. Dezember 2016, E. 2.3; LY160050 vom 18. April 2017, E. II./3.2; LY150026 vom 4. März 2016, E. II./4; LC130019 vom 8. Mai 2013, E. 3.1). Mit anderen Worten können die Parteien im Berufungsverfahren Noven auch dann vorbringen, wenn die Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO nicht erfüllt sind, wenn (oder zumindest soweit) das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen erforscht, d.h. der uneingeschränkte Untersuchungsgrundsatz gilt (vgl. BGE 144 III 349 ff., E. 4.2.1).

Beim Entscheid über Kinderbelange kann die Kammer ohne Bindung an die Parteianträge entscheiden (sogenannte *Offizialmaxime*, Art. 296 Abs. 3 ZPO).

III. Zur Berufung im Einzelnen

1. Grundlagen des Eheschutzentscheides, zusammengefasste Erwägungen der Vorinstanz und zusammengefasste Parteistandpunkte

1.1 Mit dem auf der Vereinbarung vom 15./19. Juni 2017 basierenden Eheschutzentscheid vom 22. Juni 2017 wurde der Berufungsbeklagte verpflichtet, für seine Tochter C. _____ monatlich Fr. 906.– (Barunterhalt) und für seinen Sohn D. _____ monatlich Fr. 2'208.– (davon Fr. 1'446.– Betreuungsunterhalt) zuzüglich allfällige von ihm bezogene Kinderzulagen an die Berufungsklägerin zu bezahlen. Diese Unterhaltsbeiträge basierten auf einem Einkommen des Berufungsbeklagten von Fr. 7'600.– (netto, inklusive 13. Monatslohn, ohne Kinderzulagen) und einem Bedarf von Fr. 4'414.–. Das Einkommen der Berufungsklägerin belief sich auf Fr. 2'400.– (netto, inklusive 13. Monatslohn, ohne Kinderzulagen) und ihr Bedarf auf Fr. 3'846.–. Der Bedarf von C. _____ wurde auf Fr. 1'156.– festgesetzt,

derjenige von D. _____ auf Fr. 962.–. Im Übrigen wurden Familienzulagen für C. _____ von Fr. 250.– und für D. _____ von Fr. 200.– berücksichtigt (act. 5/7/52).

1.2 Der Berufungsbeklagte sah vor Vorinstanz zusammengefasst sowohl einen Abänderungsgrund in seinem auf Fr. 6'000.– gesunkenen Einkommen (act. 5/41 S. 3 f.) als auch in seinem erhöhten Bedarf. Diesen bezifferte er ab September 2018 zunächst mit Fr. 5'016.– (act. 5/41 S. 8) und sodann mit Fr. 5'090.– (act. 5/65 S. 13). Die Berufungsklägerin bestritt vor Vorinstanz sowohl die Reduktion des Einkommens des Berufungsbeklagten als auch die Erhöhung seines Bedarfs (act. 5/61 und Prot. Vi. S. 29 ff.).

1.3 Die Vorinstanz erachtete das Einkommen des Berufungsbeklagten als dauerhaft gesunken und berechnete die Unterhaltsbeiträge neu gestützt auf ein Nettoeinkommen von Fr. 6'000.– (vgl. act. 6 E. 5.4). Die Bedarfspositionen legte die Vorinstanz ebenfalls neu fest. Beim Berufungsbeklagten ging sie im Vergleich zum Eheschutzverfahren von einem leicht reduzierten Bedarf von neu Fr. 4'400.– aus (Fr. 4'414.– gemäss Eheschutzurteil). Den Bedarf der Berufungsklägerin bezifferte sie mit Fr. 3'818.–, denjenigen von C. _____ mit Fr. 1'216.– (Fr. 1'316.– ab 1. September 2020) und denjenigen von D. _____ mit Fr. 1'217.– (Fr. 1'317.– ab 1. September 2020). In der Folge reduzierte sie die im Eheschutz festgesetzten Unterhaltsbeiträge von insgesamt Fr. 3'114.– auf total Fr. 1'600.– (je Fr. 800.– Barunterhalt für C. _____ und D. _____) rückwirkend seit September 2018. Ein Manko wurde nicht festgehalten (act. 6 S. 7 ff.).

1.4 Die Berufungsklägerin stellt sich in der Berufung zusammengefasst auf den Standpunkt, das Einkommen des Berufungsbeklagten habe sich nicht verändert. Auch im Rahmen des Abänderungsverfahrens seien – wie auch im Eheschutzverfahren – das durchschnittliche Einkommen des Berufungsbeklagten um die ihm ausbezahlten Spesen von Fr. 450.– und das von den Unternehmungen des Berufungsbeklagten ehemals an die Berufungsklägerin ausgerichtete Einkommen, das ab 1. Mai 2015 nicht mehr ihr ausbezahlt worden sei, zu erhöhen (act. 2 S. 6 ff.). Im Eventualstandpunkt rügt sie, die Vorinstanz habe die Bedarfspositionen nicht näher begründet und dadurch ihre Begründungspflicht und das rechtliche Gehör verletzt (act. 2 S. 9). Im Weiteren beanstandet sie die Höhe von gewissen von der

Vorinstanz im Bedarf des Berufungsbeklagten berücksichtigten Positionen (Mietzins und Nebenkosten; VVG-Prämien; Kommunikations- und Mediennutzungskosten; Arbeitswegkosten; auswärtige Verpflegung; Steuerbelastung) sowie von bei ihr und den Kindern zu tief veranschlagten Ausgaben (auswärtige Verpflegung; Fremdbetreuungskosten; act. 2 S. 9 ff.). Vor diesem Hintergrund verlangt die Berufungsklägerin die Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheides und die Bestätigung des Eheschutzentscheides (act. 2 S. 2).

1.5 Der Berufungsbeklagte hält dem zusammengefasst entgegen, er halte zwei Gesellschaften, die sich in einer schlechten wirtschaftlichen Lage befänden – die Umsätze sänken und die Unternehmungen erzielten Verluste –, weshalb er sich nicht mehr Lohn ausbezahlen könne (act. 9 S. 3 f.). Im Weiteren hält er fest, er habe im Umfang von Fr. 450.– (Spesenpauschale) tatsächlich geschäftliche Auslagen, weshalb dieser Betrag nicht zum Einkommen hinzuzurechnen sei (act. 9 S. 7). Zudem geht er weiterhin für sich von dem vor Vorinstanz bereits behaupteten höheren Bedarf aus (höherer Mietzins; höhere Mobilitätskosten; Gesundheitskosten; Prämien für eine Mietkautionsversicherung; höhere Steuern; act. 9 S. 12; act. 6 S. 7 f.). Nicht zuletzt rechnet er auch der Berufungsklägerin und den Kindern andere Lebenshaltungskosten an als die Vorinstanz dies getan hat (Krankenkassenprämien, Kommunikationskosten, Hausrat- und Haftpflichtversicherung, Mobilitätskosten, auswärtige Verpflegung; act. 9 S. 16; act. 6 S. 7 f.).

1.6 Auf die einzelnen Parteivorbringen und die weiteren Erwägungen der Vorinstanz wird hernach im Detail zurückzukommen sein.

Hinsichtlich der Parteivorträge im erstinstanzlichen Verfahren ist vorab das Folgende festzuhalten: Die Parteien reichten vor Vorinstanz je einen Schriftsatz ein (Abänderungsgesuch [act. 5/41] und Stellungnahme [act. 5/61]). Sodann lud die Vorinstanz direkt zur Hauptverhandlung (im Hauptverfahren) vor. Dass auch zu einer Verhandlung betreffend vorsorgliche Massnahmen vorgeladen worden wäre, geht aus der Vorladung nicht hervor (act. 5/63). Aus den Akten ergibt sich auch nicht, ob dem Berufungsbeklagten mit der Vorladung die Stellungnahme der Berufungsklägerin zu seinem Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen mitgeschickt worden ist, da in den Akten keine entsprechenden Empfangsscheine zu

finden sind (act. 5/61 ff.). Da der Berufungsbeklagte dies indessen nicht monierte, ist davon auszugehen, dass ihm diese Unterlagen rechtzeitig zugestellt worden sind. Im Verlaufsprotokoll der Hauptverhandlung werden sodann die Vorträge der Parteien als solche "zur Stellung und Begründung der Anträge" betitelt, wobei sowohl die Anträge des Hauptverfahrens als auch diejenigen um Erlass vorsorglicher Massnahmen diesen protokollierten Vorträgen vorangestellt sind (Prot. Vi. S. 22 ff.). Insgesamt betrachtet bleibt vor diesem Hintergrund unklar, in welchem Verfahren (Hauptverfahren / Verfahren betreffend vorsorgliche Massnahmen) die Parteien ihre Vorträge gehalten haben, denn es wurde wie gesehen nicht differenziert zwischen dem Vortrag betreffend vorsorgliche Massnahmen und jenem im Hauptverfahren. Die Vorinstanz scheint davon auszugehen, die im Rahmen der Verhandlung gehaltenen Vorträge gölten auch für das Verfahren betreffend vorsorgliche Massnahmen (act. 6 S. 3). Letzten Endes kann hier offen bleiben, unter welchem Titel die Parteivorträge gehalten worden sind, hatten die Parteien doch zumindest die Gelegenheit sich zu allfälligen Noven zu äussern und sind diese vom Gericht bei Geltung des (uneingeschränkten) Untersuchungsgrundsatzes – der vorliegend wie bereits erwähnt greift – ohnehin bis zur Urteilsberatung zu berücksichtigen (Art. 229 Abs. 3 ZPO). Damit waren von der Vorinstanz auch die im Rahmen der Hauptverhandlung gehaltenen Vorträge und eingereichten Beweismittel zu berücksichtigen, was ebenso für das Berufungsverfahren gilt.

2. Rechtliche Erwägungen

2.1 Bei der Abänderung von Eheschutzmassnahmen im Sinne vorsorglicher Massnahmen während des Scheidungsverfahrens sind die Bestimmungen über die Massnahmen zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft sinngemäss anwendbar (Art. 276 Abs. 1 und 2 ZPO i.V.m. Art. 271 ff. ZPO und Art. 172 ff. ZGB). Gemäss dem damit zur Anwendung gelangenden Art. 179 Abs. 1 ZGB passt das Gericht auf Begehren eines Ehegatten die Massnahmen an, wenn sich die Verhältnisse ändern. Die Bestimmungen über die Änderung der Verhältnisse bei Scheidung gelten dabei sinngemäss. Voraussetzung ist also eine *wesentliche* und *dauerhafte* Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse *seit der Anordnung der Massnahme* (BGer 5A_1018/2015 vom 8. Juli 2016 E. 4; BGer 5A_101/2013 vom

25. Juli 2013 E. 3.1; BSK ZGB I-ISENRING/KESSLER, 6. Aufl. 2018, Art. 179 N 3). Was als wesentlich zu gelten hat, muss im Einzelfall ermittelt werden. In Mankofällen liegt die Schwelle tiefer als bei günstigen Verhältnissen, wobei auch hier bloss unbedeutende Schwankungen in Einkommen und Bedarf, wie zum Beispiel Lohnerhöhungen um wenige Prozente, noch nicht als wesentlich zu betrachten sind (BGer 5C.43/2002 vom 28. Mai 2002 E. 2.4; FamKomm Scheidung-VETTERLI, 3. Aufl. 2017, Art. 179 ZGB N 3; vgl. auch KUKO ZGB-CANTIENI/VETTERLI, Art. 129 N 3).

2.2 Soll eine Eheschutzvereinbarung abgeändert werden, ist zusätzlich zu beachten, dass dies nur eingeschränkt möglich ist. So kann eine Anpassung nur verlangt werden, wenn die erheblichen Änderungen Teile des Sachverhalts betreffen, welche im Zeitpunkt der Vereinbarung als feststehend angesehen wurden. Tatsachen, welche vergleichsweise definiert worden sind, um eine ungewisse Sachlage zu bewältigen (sog. *caput controversum*), können hingegen grundsätzlich nicht abgeändert werden, zumal hier eine Referenzgrösse fehlt, an welcher die Erheblichkeit einer allfälligen Veränderung gemessen werden könnte. Auch die Berichtigung einer vorsorglichen Massnahme wegen originär unzutreffender Entscheidungsgrundlagen ist eingeschränkt, soweit die Unterhaltsregelung auf einer Vereinbarung fusst, mit welcher die Parteien eine Rechtsstreitigkeit definitiv beenden wollten. Eine Änderung kommt generell nur im Falle eines rechtserheblichen Willensmangels, das heisst bei Irrtum (Art. 23 ff. OR), Täuschung (Art. 28 OR) oder Drohung (Art. 29 f. OR) in Frage. Ein Irrtum ist erheblich, wenn beide Parteien beim Abschluss der Vereinbarung einen bestimmten Sachverhalt als gegeben vorausgesetzt haben, dieser sich nachträglich jedoch als unrichtig erwiesen hat, oder wenn eine Partei irrtümlich von einer Tatsache ausgegangen ist, ohne die sie die Vereinbarung (für die andere Partei ersichtlich) so nicht abgeschlossen hätte. Die weiter gefassten Möglichkeiten der Berichtigung eines auf unzutreffenden Voraussetzungen beruhenden Entscheids (vgl. Art. 268 Abs. 1 ZPO) kommen nicht zum Tragen. Im Bereich des *caput controversum* besteht ohnehin kein Raum für einen Irrtum; andernfalls würden gerade die Fragen wieder aufgerollt, derentwegen die Beteiligten den Vergleich – mit dem Ziel einer endgül-

tigen Regelung – geschlossen haben (BGE 142 III 518 E. 2.6.1 f. mit Hinweis auf BGE 130 III 49 E. 1.2; OGer ZH LY170003 vom 17. Mai 2017, E. II.1.2).

2.3 Stellt das Gericht fest, dass ein die Unterhaltsbeiträge betreffender Abänderungsgrund vorliegt, hat es diese neu zu berechnen. Dabei hat es von den Positionen, welche dem abzuändernden Entscheid zugrunde gelegt wurden, auszugehen. Diese sind den aktuellen Verhältnissen anzupassen, wobei dafür nicht vorausgesetzt ist, dass allfällige Veränderungen der einzelnen Positionen ebenfalls wesentlich und dauerhaft sind (BGE 138 III 289 E. 11.1.1; BGE 137 III 604 E. 4.1.2). Mit anderen Worten ist die gesamte Unterhaltsberechnung anhand der aktualisierten Einkommens- und Bedarfswahlen neu vorzunehmen, wobei sich diese allerdings an den im abzuändernden Entscheid vorgenommenen Wertungen zu orientieren hat (OGer ZH LY160007 vom 24. August 2016 E. 5.1; OGer ZH LY150047 vom 20. November 2015 E. 2.1).

3. Abänderungsgrund Reduktion des Einkommens des Berufungsbeklagten

3.1 Entscheid der Vorinstanz und Vorbringen der Parteien

3.1.1 Die Vorinstanz berechnete gestützt auf die Lohnausweise, der Berufungsbeklagte habe seit dem Jahr 2012 nie mehr einen Lohn von monatlich Fr. 7'600.– netto erzielt, wovon die Parteien noch im Eheschutzverfahren ausgegangen seien. Im Durchschnitt habe der Berufungsbeklagte seit 2012 lediglich Fr. 6'000.– netto pro Monat verdient, wovon im Verfahren betreffend vorsorgliche Massnahmen auszugehen sei. Diese Lohneinbusse stelle eine erhebliche und dauerhafte Einbusse dar (act. 6 S. 7).

3.1.2 Die Berufungsklägerin macht mit der von ihr erhobenen Berufung geltend, im Vergleich zum Entscheid des Eheschutzgerichtes habe sich die ausgewiesene Einkommenssituation des Berufungsbeklagten nicht wesentlich verändert. Vielmehr sei im Eheschutzverfahren festgehalten worden, das durchschnittliche Einkommen des Berufungsbeklagten sei einerseits um die ihm ausbezahlten Spesen zu erhöhen, sowie andererseits um das an die Ehefrau ausgerichtete Einkommen, welches ihr ab 1. Mai 2015 nicht mehr ausbezahlt worden sei (Be-

ginn Arbeitsstelle). Der entsprechende Wert habe ein durchschnittliches Einkommen von monatlich Fr. 7'800.– ergeben. Das Einkommen sei schliesslich auf Fr. 7'600.– festgesetzt worden (act. 2 S. 6).

3.1.3 Der Berufungsbeklagte hält dem zusammengefasst entgegen, er halte zwei Gesellschaften. Aus der E. _____ AG beziehe er seinen Lohn. Die zweite von ihm gehaltene Gesellschaft, die F. _____ AG, werde liquidiert. Die beiden Gesellschaften erlaubten kein höheres Einkommen (act. 9 S. 3). Die Umsätze in beiden Gesellschaften seien massiv gesunken. Allein seit 1. Januar 2016 bis Ende 2018 sei der Umsatz um Fr. 355'318.– gesunken. Dies belege, dass seine Gesellschaften mit massiven Schwierigkeiten zu kämpfen hätten. Hinsichtlich der Gründe dafür verweist er unter Nennung von verschiedenen Unternehmen auf die Konkurrenzsituation im Zürcher Markt. Sodann erklärt er mit Bezug auf die Jahreslohnezahlen seit 2012, sein Lohn habe stets ca. Fr. 6'000.– betragen und nur dies sei massgebend, da die Gesellschaften verlustbringend seien. Die Vorinstanz sei angesichts der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bei Selbständigerwerbenden zurecht von einem Durchschnittslohn ausgegangen (act. 9 S. 4). Da sich die finanzielle Lage der E. _____ AG seit 2016 erheblich verschlechtert habe, sei es ihm schlicht nicht möglich, das früher der Berufungsklägerin ausbezahlte Einkommen sich selber auszahlen zu können (act. 9 S. 6). Im Übrigen hält er fest, er habe im Umfang von Fr. 450.– geschäftliche Auslagen, die er mit dieser Pauschale abdecke. Der Abänderungsrichter sei zu Recht zum Schluss gekommen, diese Pauschale stelle nicht mehr Lohnbestandteil dar wie im ursprünglichen Eheschutzverfahren. Es sei nachvollziehbar, dass er mit diesem Betrag immer wieder kleinere geschäftliche Auslagen tätige, so habe er beispielsweise in den letzten Wochen mit dieser Spesenpauschale wieder Schutzhandschuhe kaufen müssen, neue Schutzkleidung und neue Gipsershosen, ausserdem koste ihn die tägliche Verpflegung auf den Baustellen weit mehr als die gerichtsübliche Auswärtsverpflegung von Fr. 220.– (act. 9 S. 7).

3.2 Würdigung

3.2.1 Die Vorinstanz hat zutreffend dargelegt, unter welchen Voraussetzungen Eheschutzmassnahmen abgeändert werden können (act. 6 E. 4). Bei der Be-

urteilung des konkreten Falles hält sie sich sodann aber nicht an die von ihr selbst festgehaltenen Voraussetzungen. Sie prüft nämlich die Frage, ob eine erhebliche und dauernde Veränderung der Verhältnisse stattgefunden hat, anhand der durchschnittlichen Einkommen des Berufungsbeklagten der Jahre 2012 bis 2018 und schlussfolgert, seit dem Jahr 2012 habe der Berufungsbeklagte nie mehr einen Lohn von Fr. 7'600.– verdient. Sie legt indessen nicht dar, inwiefern sich das Einkommen seit Erlass des Eheschutzurteils im Sommer 2017 verändert haben soll. Für die Beurteilung der veränderten Verhältnisse können allerdings denklogisch nur Veränderungen nach dem Erlass des Eheschutzurteiles relevant sein. Aus den Erwägungen des Entscheids der Vorinstanz erhellt stattdessen allerdings vielmehr, dass die Einkommensverhältnisse des Berufungsbeklagten seit Jahren ungefähr dieselben sind (act. 6 S. 6), wie sie sich im Übrigen auch im heutigen Zeitpunkt präsentieren, worauf zurückzukommen sein wird.

Im Eheschutzurteil wurden im Vergleich zum vorinstanzlichen Entscheid gewisse Positionen dem Einkommen des Berufungsbeklagten gemäss Lohnausweis aufgerechnet, was einem Schreiben der Ersatzrichterin im Eheschutzverfahren an die Parteien zu entnehmen ist (act. 5/7/34). Auf diesen Umstand geht die Vorinstanz mit keinem Wort ein, obwohl die Wertungen des abzuändernden Entscheides weiterhin zu berücksichtigen sind. Die Vorinstanz stützt sich allerdings alleine auf die in den Lohnausweisen ausgewiesenen Nettoeinkommen. Im Eheschutzverfahren wurde dem Einkommen gemäss Lohnausweis einerseits die Mittagsschädigung in der Höhe von Fr. 450.– hinzugerechnet und andererseits das Einkommen, das bis 2015 der Berufungsklägerin ausbezahlt wurde – ohne dass sie aber im Gegenzug entsprechende Arbeitsleistungen erbracht hätte. Der Grund hierfür liegt darin, dass im Eheschutzverfahren offenbar davon ausgegangen wurde, dass der Lohn, der der Berufungsklägerin nicht mehr ausbezahlt würde, neu dem Berufungsbeklagten ausbezahlt werden könne (siehe dazu auch act. 9 S. 6). Um das dem Berufungsbeklagten anrechenbare Einkommen festzusetzen, wurden somit diverse Zuschläge bzw. Aufrechnungen zu seinem Lohn gemäss Lohnausweis vorgenommen. Es handelte sich dabei letztlich um eine vergleichsweise Lösung, nachdem dieser Parameter zuvor im gesamten Verfah-

ren strittig gewesen waren (act. 5/7 passim, insbesondere act. 5/7/17 S. 13 f.; act. 5/7/31 S. 13; act. 5/7/34; Prot. EE-Verfahren S. 22 f., S. 58 f.).

Auch der Berufungsbeklagte geht im Übrigen von einem vergleichsweise festgelegten und auf diversen Aufrechnungen beruhenden Einkommen aus. Dies ergibt sich aus seinen Ausführungen, die *Erwartungen* der Parteien aus dem Eheschutzverfahren hätten sich nicht erfüllt (act. 5/41 S. 3). Auch er geht somit davon aus, es habe sich damals nicht um das ihm tatsächlich gemäss Lohnausweis ausbezahlte Einkommen gehandelt, sondern um ein aufgrund verschiedener Aufrechnungen festgelegtes Einkommen, dessen Erzielung die Parteien offenbar damals als möglich und zumutbar erachtet hatten.

3.2.2 Bei dem dem Berufungsbeklagten angerechneten Einkommen handelt es sich um einen Berechnungsfaktor, der im Eheschutzverfahren am 22. Juni 2017 wie bereits dargelegt vergleichsweise definiert wurde, um die Meinungsverschiedenheiten im Zusammenhang mit der Höhe des durch den Berufungsbeklagten erzielbaren Einkommens zu bewältigen und einen Abschluss des Eheschutzverfahrens herbeizuführen (siehe E. 3.2.1 vorstehend; vgl. act. 5/7/51 und act. 5/7/52; sog. *caput controversum*). Der Berufungsbeklagte dringt daher mit seinen Vorbringen zu seinen angeblich gesunkenen Einkünften mit Blick auf die zuvor wiedergegebene Rechtsprechung zum *caput controversum* nicht durch. Es würden nämlich ansonsten gerade diejenigen Fragen wieder aufgerollt, derentwegen die Beteiligten den Vergleich – mit dem Ziel einer endgültigen Regelung – geschlossen haben. Bereits aus diesem Grund ist somit festzuhalten, dass der Berufungsbeklagte sich hinsichtlich seines Einkommens nicht auf einen Abänderungsgrund berufen kann.

3.2.3.1 Wie nachfolgend aufzuzeigen sein wird, gelingt es dem Berufungsbeklagten darüber hinaus aber auch nicht, glaubhaft zu machen, er sei im heutigen Zeitpunkt nicht mehr in der Lage Fr. 7'600.– netto pro Monat zu verdienen bzw. er habe erfolglos alle zumutbaren Anstrengungen unternommen, um ein Einkommen in dieser Höhe zu erzielen.

3.2.3.2 Der Berufungsbeklagte bringt verschiedene Gründe für das seiner Ansicht nach gesunkene Einkommen vor. Auf die einzelnen Gründe wird im Folgenden einzugehen sein.

Zunächst führt der Berufungsbeklagte aus, die F._____ AG sei nicht mehr operativ tätig (act. 5/41 S. 4) bzw. werde liquidiert (act. 9 S. 3). Als Beweisofferten nannte er vor Vorinstanz die Jahresrechnungen der F._____ AG und der E._____ AG aus dem Jahr 2016 sowie "Bankbelege der Gesellschaften – Bei den Akten". Vorab ist darauf hinzuweisen, dass es nicht Sache des Gerichts ist, ohne entsprechende erläuternde Behauptungen seitens des Berufungsbeklagten, aus der Jahresrechnung der F._____ AG herauszulesen, dass diese nicht mehr operativ tätig ist – selbst bei Geltung des Untersuchungsgrundsatzes. Es ist zudem mit aller Deutlichkeit festzuhalten, dass die Urkunden, auf die zum Beweis verwiesen wird, genau zu umschreiben sind. Ein pauschaler Verweis auf Bankbelege ohne entsprechende Hinweise auf eine konkrete Beilage und Seitenzahl dieser Beilage genügt nicht. Da die Jahresrechnungen, auf die verwiesen wird, aus dem Jahr 2016 stammen, sind diese Belege für die vorliegend zu beurteilende Frage aber ohnehin irrelevant. Massgebend für die Beurteilung der veränderten Verhältnisse ist der Zeitraum ab Sommer 2017. Sollte sich aus den Jahresberichten aus dem Jahr 2016 tatsächlich ergeben, dass die F._____ AG nicht mehr operativ tätig gewesen ist, kann der Berufungsbeklagte daraus nichts zu seinen Gunsten ableiten, war dies somit doch bereits im Sommer 2017 bekannt und daher für die Frage des Vorliegens eines Abänderungsgrundes bedeutungslos.

3.2.3.3 Im Weiteren brachte der Berufungsbeklagte vor, die E._____ AG habe in den letzten Jahren Verluste von mehreren zehntausend Franken geschrieben, wobei er auf die Verluste in den Jahren 2015 und 2016 verweist (act. 5/41 S. 5). Auch im Berufungsverfahren beruft er sich darauf, die Gesellschaften seien verlustbringend (act. 9 S. 5). Er erklärte in diesem Zusammenhang aber ebenfalls, immerhin habe die E._____ AG ihren Verlust vom Jahr 2015 auf 2016 verringern können (act. 5/41 S. 5). Auch bei diesem angeblichen Grund für die Verschlechterung des Einkommens des Berufungsbeklagten ist darauf hinzuweisen, dass er aus Zeitperioden, die vorliegend irrelevant sind, etwas für sich abzuleiten ver-

sucht. Dem kann nicht gefolgt werden. Darüber hinaus legte der Berufungsbeklagte in seinen Ausführungen selbst sogar dar, seit dem Jahr 2015 seien Verbesserungen festzustellen (act. 5/41 S. 5), was offensichtlich gegen die von ihm geltend gemachte Reduktion seines Einkommens spricht. Darauf, dass die Gesellschaften im Jahr 2018 im Übrigen nicht bzw. nur geringfügig verlustbringend waren, ist sogleich zurückzukommen.

3.2.3.4 Ferner begründet der Berufungsbeklagte sein gesunkenes Einkommen damit, die Umsätze in den von ihm gehaltenen Unternehmungen hätten sich reduziert. Er führt dazu die Umsatzzahlen beider Unternehmungen seit dem Jahr 2011 auf (act. 5/65 S. 5 f.; act. 9 S. 3 f.).

Zunächst kann der Berufungsbeklagte aus allfälligen Umsatzrückgängen zwischen den Jahren 2011 bis 2016 (act. 5/66/5; act. 5/66/6; act. 5/66/11; act. 5/66/12) nichts für sich ableiten, da nur nach dem Sommer 2017 erfolgte Umsatzrückgänge – falls überhaupt – relevant sein können für den von ihm geltend gemachten Abänderungsgrund des gesunkenen Einkommens.

Aus den Jahresrechnungen 2017 und 2018 ergibt sich des Weiteren zweifelsohne, dass die Umsätze in der F. _____ AG und der E. _____ AG zurückgegangen sind (act. 5/66/3; act. 5/66/4; act. 5/66/9; act. 5/66/10.2). Es ist aber festzuhalten, dass es der E. _____ AG trotz der Umsatzrückgänge gelungen ist, die Verluste der Vorjahre (2015 und 2016) stark zu reduzieren. Im Zeitpunkt des Eheschutzverfahrens war die neueste vorliegende Jahresrechnung diejenige aus dem Jahr 2016. Während die Gesellschaft in diesem Jahr noch einen Verlust von Fr. 30'243.– zu verzeichnen hatte (act. 5/66/11), belief sich der Verlust im Jahr 2017 auf Fr. 20'500.– und im Jahr 2018 auf nur noch Fr. 913.– (act. 5/66/9 und act. 5/66/10). Entgegen den Behauptungen des Berufungsbeklagten steht bzw. stand die E. _____ AG somit im jetzigen Zeitpunkt bzw. im Zeitpunkt der Einreichung des Abänderungsbegehrens trotz der Umsatzrückgänge sehr viel besser dar als noch im Zeitpunkt, als die Eheschutzvereinbarung geschlossen wurde. Der Umsatzrückgang in den Jahren 2017 und 2018 bei der E. _____ AG kann vorliegend somit nicht als Begründung dazu dienen, die finanzielle Lage dieser Unternehmung hätte sich seit dem Eheschutzverfahren tatsächlich verschlechtert.

Die Verbesserung des Geschäftsergebnisses trotz Umsatzrückgang ist im Übrigen nicht auf Einsparungen beim Lohn des Berufungsbeklagten zurückzuführen, zahlte er sich doch in diesen Jahren ungefähr denselben bzw. sogar einen leicht höheren Lohn aus als in den Jahren zuvor, wie noch zu zeigen sein wird (vgl. dazu die nachfolgenden Ausführungen in E. 3.2.3.6).

Dasselbe gilt für die F. _____ AG. Zwar fiel der Jahresverlust 2017 relativ hoch aus (Fr. 71'193.-; act. 5/66/4). Die Gesellschaft verzeichnete aber auch bereits im Jahr 2016 einen Verlust (Fr. 24'275.-; act. 5/66/5). Im Jahr 2018 konnte sie sogar einen (wenn auch nur geringfügigen) Gewinn verzeichnen (act. 5/66/3). Auch hier ist demnach davon auszugehen, dass es der Unternehmung heute bzw. im Zeitpunkt der Einreichung des Abänderungsbegehrens wirtschaftlich – trotz Umsatzrückgang – zumindest nicht (dauerhaft) schlechter geht als im Zeitpunkt des Eheschutzverfahrens. Daran ändert auch der Hinweis des Berufungsbeklagten auf die Überschuldung der Gesellschaft nichts (act. 9 S. 8). Da die Gesellschaft bereits im Jahr 2016 kurz vor der Überschuldung (Aktiven in der Höhe von Fr. 110'633.- / Fremdkapital von Fr. 108'542.-; act. 66/5) stand, kann seither nicht von einer wesentlichen (dauerhaften) Verschlechterung der finanziellen Lage gesprochen werden.

Dem Berufungsbeklagten gelingt es somit nicht, aufgrund der Umsatzrückgänge in den von ihm gehaltenen Gesellschaften zu begründen, deren wirtschaftliche Situation hätte sich seit dem Eheschutzverfahren (wesentlich und dauerhaft) verschlechtert.

3.2.3.5 Nicht zuletzt kann aus den lediglich pauschal vor Vorinstanz und im Berufungsverfahren vorgebrachten, nicht substantiierten und im Übrigen bestrittenen (act. 61 S. 7) Behauptungen, die Konkurrenzsituation habe sich in den Jahren 2017 und 2018 verschärft, nichts abgeleitet werden. Es wurden dazu auch keinerlei Beweismittel offeriert. Der Berufungsbeklagte vermag damit insbesondere nicht glaubhaft zu machen, er habe die Preise senken müssen und einen Stammkunden verloren, was sich wiederum negativ auf sein Einkommen ausgewirkt habe (act. 5/41 S. 5; act. 9 S. 4).

3.2.3.6 Augenfällig ist demgegenüber, dass das Einkommen des Berufungsbeklagten gemäss Lohnausweis im Jahr 2018 Fr. 75'049.– bzw. 6'255.– netto monatlich betrug (act. 5/66/2). Es lag somit sogar höher als das durchschnittlich ausbezahlte Einkommen, das im Eheschutzverfahren als Grundlage für die weiteren Aufrechnungen (Mittagsentschädigung und Einkommen der Berufungsklägerin) und die hernach erfolgte Festlegung des Einkommens diente (act. 5/7/34).

3.2.3.7 Hinzu kommt das Folgende: Die gesetzliche Unterhaltspflicht hat zur Folge, dass der Pflichtige alles Zumutbare unternehmen muss, um das erforderliche Einkommen zu generieren. Gegenüber minderjährigen Kindern sind besonders hohe Anforderungen an die Ausnützung der Erwerbsfähigkeit durch den Unterhaltspflichtigen zu stellen (BGE 137 III 118 E. 3.1; OGer ZH LY110007 vom 4. April 2013, E. III./3.4; HAUSHEER/SPYCHER, Handbuch des Unterhaltsrechts, 2. Aufl., Rz. 09.43).

Der Berufungsbeklagte behauptete nur pauschal, er habe Anstrengungen unternommen, um mehr Produkte zu verkaufen. Hinsichtlich der Veränderung der Kostenstruktur hielt er fest, er habe die Produktion versetzt, die Aussendepots zentralisiert und die Logistik vereinfacht (act. 5/41 S. 5). Die von ihm konkret in die Wege geleiteten Massnahmen, insbesondere diejenigen zur Umsatzsteigerung, werden jedoch nicht erklärt und es werden keine Beweismittel dazu genannt. Es ist damit nicht glaubhaft gemacht, dass der Berufungsbeklagte konkrete Massnahmen zur Umsatzsteigerung oder Kostensenkung vorgenommen hat. Der Berufungsbeklagte verkennt denn auch, dass es nicht die Sache der Berufungsklägerin ist darzulegen, inwiefern ein höherer Umsatz bzw. Gewinn der Gesellschaften und damit ein höherer Lohn des Berufungsbeklagten generiert werden könnte (act. 9 S. 3). Es ist vielmehr die Sache des Berufungsbeklagten, der sich auf eine Reduktion seines Einkommens beruft, darzulegen, weshalb es ihm trotz aller zumutbarer Anstrengungen seiner Ansicht nach nicht (mehr) gelingt, den im Eheschutzverfahren festgelegten Lohn zu erzielen.

3.2.3.8 Im Weiteren kann der Berufungsbeklagte auch daraus, dass in den von ihm beherrschten Unternehmungen nicht mehr flüssige Mittel vorhanden sein sollen, um ihm ein höheres Einkommen auszubezahlen, nichts zu seinen Gunsten

ableiten (act. 5/41 S. 6). Zwar legt der Berufungsbeklagte als Beweismittel zwei entsprechende Bankauszüge der Kontokorrentkonti vor (act. 5/42/3 und act. 5/42/4). Auch wenn es sich aber dabei um die beiden einzigen Konti der Unternehmungen handeln sollte, würden dies lediglich zeigen, dass in den Zeiträumen, die diese Kontoauszüge abbilden, keine weiteren flüssigen Mittel vorhanden sind bzw. waren, aber nicht, dass der Berufungsbeklagte alles Zumutbare unternommen hat, damit er sich ein höheres Einkommen ausbezahlen kann. Letzteres ist hier aber ausschlaggebend.

Der Vollständigkeit halber ist mit Bezug auf die Liquidität der E. _____ AG darauf hinzuweisen, dass aus den Kontoauszügen erhellt, dass der (Plus-)Saldo des Kontokorrentkontos der E. _____ AG (DK11 1032 1; act. 5/42/3) teilweise mehrere zehntausend Franken betrug, die Guthaben jedoch jeweils fortlaufend auf ein weiteres Kontokorrentkonto der E. _____ AG übertragen wurden (Q870 8062 0; act. 5/42/7). Mit Letzterem ist der Betriebskredit der E. _____ AG verbunden (act. 10/2). Der Kreditrahmen für diese Betriebsfinanzierung betrug (zumindest bis im Dezember 2018) Fr. 125'000.– (act. 10/2) und musste im abgebildeten Zeitraum von Januar 2018 bis August 2018 nie vollständig, sondern lediglich einige wenige Male für wenige Tage bis maximal rund Fr. 113'000.– ausgeschöpft werden (act. 5/42/7). Es ist daher nicht davon auszugehen, die E. _____ AG habe ihre finanziellen Möglichkeiten vollständig ausreizen müssen.

3.2.3.9 Der Berufungsbeklagte behauptete auch nicht substantiiert, sich erfolglos um eine einträglichere Anstellung (bei einem anderen Arbeitgeber) bemüht zu haben. Mit Blick auf die zuvor wiedergegebene Rechtsprechung, dass der Berufungsbeklagte alles Zumutbare zu unternehmen hat, um seiner Unterhaltspflicht nachzukommen, kann es nicht genügen, Gespräche mit anderen Firmeninhabern zu führen, wie er im Rahmen der Einigungsverhandlung vorbrachte (Prot. Vi. S. 10; vgl. zur Einordnung dieser Aussage als Beweismittel die nachfolgenden Ausführungen in E. 3.2.3.11). Dies ersetzt denn auch nicht seriöse Bewerbungen auf ausgeschriebene Stellen. Genauso wenig kann sich der Berufungsbeklagte pauschal darauf berufen, als langjähriger Unternehmer (bzw. "Selbständiger") und in seinem Alter sei es nicht möglich, überhaupt eine Anstellung zu finden bzw. ei-

ne Anstellung zu finden, bei der ein höheres Einkommen erzielt werden kann (Prot. Vi. S. 10; act. 5/41 S. 7; act. 5/65 S. 8; act. 9 S. 9). Es wäre die Sache des Berufungsbeklagten gewesen, die entsprechenden Belege für ausreichende Suchbemühungen vorzulegen, wie z.B. Bewerbungsschreiben, Eingangsbestätigungen der potentiellen Arbeitgeber, abschlägige Antwortschreiben oder andere geeignete Beweismittel. Dies hat er nicht getan.

3.2.3.10 Insgesamt betrachtet gelingt es dem Berufungsbeklagten nicht, glaubhaft zu machen, dass die wirtschaftliche Lage der beiden von ihm gehaltenen Unternehmungen wesentlich und dauerhaft schlechter ist als dies im Zeitpunkt des Eheschutzurteils der Fall war. Damit muss es der Wertung des Eheschutzurteils entsprechend dem Berufungsbeklagten nach wie vor möglich sein, das Einkommen, das früher der Berufungsklägerin ausbezahlt worden ist – ohne dass sie wertschöpfend in den Unternehmen des Berufungsbeklagten tätig gewesen wäre – zu generieren und ihm selbst auszubezahlen. Es sind keine Gründe zu erkennen, weshalb das damalige Einkommen der Berufungsklägerin dem Einkommen dem Berufungsbeklagten anders als im Eheschutzverfahren nicht mehr hinzuge-rechnet werden sollte.

3.2.3.11 Die Spesen von Fr. 450.– monatlich, die im Eheschutzverfahren zum Einkommen gemäss Lohnausweis hinzugerechnet wurden, werden dem Berufungsbeklagten im Übrigen nach wie vor in dieser Höhe ausbezahlt (act. 5/66/2) und sind auch heute zu berücksichtigen. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern der Berufungsbeklagte mit dieser Spesenentschädigung im heutigen Zeitpunkt, anders als im Eheschutzverfahren, tatsächliche Auslagen zu decken hätte. Sein Argument, er habe damit Schutzhandschuhe, Schutzkleidung und Gipsershosen kaufen müssen (act. 9 S. 7), überzeugt nicht, wird diese Spesenpauschale doch explizit als Mittagsentschädigung auf den Lohnabrechnungen aufgeführt (act. 5/4/5 zu den Lohnabrechnungen 2017; aktuellere Lohnabrechnungen liegen nicht im Recht, die Entschädigung blieb aber gemäss Lohnausweis im Jahr 2018 gleich hoch [act. 5/66/2]). Dass der Berufungsbeklagte die Spesenentschädigung für Schutzkleidung oder ähnliches benötigt, ergibt sich entgegen seinen Darlegungen

in der Berufungsantwort zudem gerade nicht aus dem Protokoll der Einigungsverhandlung (Prot. Vi. S. 11).

An dieser Stelle ist zudem klarzustellen, dass die "Befragung" des Berufungsbeklagten im Rahmen der Einigungsverhandlung nicht als Parteibefragung im Sinne eines Beweismittels gemäss Art. 191 ZPO (wie vom Berufungsbeklagten behauptet, act. 9 S. 7) qualifiziert werden kann. Die Parteien müssen bei einer Parteibefragung im Sinne des Gesetzes vor der Befragung zur Wahrheit ermahnt und auf die im Gesetz genannten Strafdrohungen hingewiesen werden (Art. 191 Abs. 2 ZPO). Dies fand hier nicht statt (Prot. Vi. S. 11). Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass der Inhalt der Einigungsverhandlung grundsätzlich gar nicht zu protokollieren wäre (ZK ZPO-LEUENBERGER, 3. Aufl. 2016, Art. 235 N 10). Da in Kinderbelangen jedoch der Freibeweis gilt (Art. 168 Abs. 2 ZPO), sind die von den Parteien im Rahmen der Einigungsverhandlung zu Protokoll genommenen Ausführungen dennoch zu berücksichtigen, soweit sie entscheidrelevant sind.

Im Weiteren verfängt auch der Hinweis des Berufungsbeklagten auf die Berufsauslagen gemäss Steuererklärung bzw. -veranlagung nicht. Es ist nämlich nicht nachvollziehbar, was er damit belegen möchte, wenn er sich auf den Standpunkt stellt, die monatlich ausgerichtete Spesenzahlung von Fr. 450.– sei geschäftlich bedingt und damit nicht Lohnbestandteil (act. 5/65 S. 14; vgl. auch act. 5/66/20). Würden dem Berufungsbeklagten diese Spesen nämlich tatsächlich zur Deckung seiner Auslagen für Schutzkleidung etc. ausbezahlt, könnte er diese Auslagen nicht zusätzlich in der Steuererklärung als Berufsauslagen in Abzug bringen, da er sonst doppelt profitieren würde.

Nicht zuletzt ist es widersprüchlich, wenn der Berufungsbeklagte ausführt, er brauche diese Spesen auch für seine Verpflegung während der Arbeitszeit, Fr. 220.– würden für die Deckung dieser Kosten nicht genügen (act. 9 S. 7), er sich aber in der Folge selbst einen Betrag von Fr. 220.– für auswärtige Verpflegung im Bedarf anrechnet (act. 9 S. 12).

Die Spesenentschädigung in der Höhe von Fr. 450.– ist wie bereits im Eheschutzverfahren weiterhin als Einkommensbestandteil zu berücksichtigen.

3.2.4 Der Berufungsbeklagte hat die wesentliche und dauerhafte Veränderung seines Einkommens somit nicht dargetan. Folglich liegt mit Blick auf sein Einkommen kein Abänderungsgrund vor. Es ist nach wie vor von einem dem Berufungsbeklagten anrechenbaren Einkommen von Fr. 7'600.– auszugehen.

4. Geänderter Bedarf

4.1 Der Berufungsbeklagte machte vor Vorinstanz neben dem gesunkenen Einkommen einen gesteigerten Bedarf geltend (act. 5/41 S. 10 ff.). Die Vorinstanz berechnete den Bedarf der Parteien neu (act. 6 S. 7 f.). Der vorinstanzlichen Berechnung hält die Berufungsklägerin in ihrer Berufung entgegen, die Auslagen des Berufungsbeklagten seien in unzutreffender Weise berücksichtigt worden und von ihr geltend gemachte Positionen seien zu Unrecht nicht berücksichtigt worden (act. 2 S. 9). In der Berufungsantwort hält der Berufungsbeklagte daran fest, sein Bedarf habe sich erhöht. Auch in Bezug auf den Bedarf der Berufungsklägerin und der Kinder geht er von anderen Kosten als die Vorinstanz aus (act. 9 S. 12 und S. 16).

Das Abänderungsverfahren dient nicht dazu, allgemein ein bestehendes Eheschutzurteil bezüglich Bedarf an die geänderten Verhältnisse anzupassen. Zwar kann eine Neuberechnung des Bedarfs erforderlich werden, aber nur, wenn in einem ersten Schritt ein Abänderungsgrund festgestellt wird. Ein Abänderungsgrund kann grundsätzlich auch in einer Veränderung einer Bedarfsposition liegen, sofern die Veränderung wesentlich und dauerhaft ist. Ist dies zu bejahen, so ist der Bedarf (als Ganzes) neu zu berechnen.

Hinsichtlich des Wohnortswechsels (und den damit einhergehenden Veränderungen in den Auslagen des Berufungsbeklagten) könnte von einem Abänderungsgrund ausgegangen werden, handelt es sich dabei doch grundsätzlich um eine wesentliche und dauerhafte Veränderung, die die Lebensverhältnisse nachhaltig beeinflusst, was eine gesamthafte Neuberechnung des Bedarfs rechtfertigte. Allerdings wurde bereits im Eheschutzverfahren von einem Wechsel des Wohnortes des Berufungsbeklagten ausgegangen und dies bei der Berechnung des Bedarfs berücksichtigt. In einer dritten Phase wurden dem Berufungsbeklagten

nämlich weniger hohe Wohnkosten als in der ersten und zweiten Phase angerechnet (vgl. act. 5/7/52). Dass dies bereits im Eheschutzverfahren berücksichtigt wurde, hat zur Folge, dass selbst wenn sich die nun tatsächlich anfallenden Wohnkosten sowie die Kosten für die Mobilität und die auswärtige Verpflegung im heutigen Zeitpunkt anders präsentierten als im Eheschutzverfahren bzw. sogar tiefer (und nicht wie vom Berufungskläger behauptet höher) ausfallen würden als im Eheschutzverfahren prognostiziert und angerechnet wurde, dies dennoch nicht als Abänderungsgrund berücksichtigt werden kann. Dass andere Positionen des Bedarfs sich dauerhaft und in einem als wesentlich zu veranschlagenden Betrag geändert hätten, ist nicht ersichtlich.

Insgesamt betrachtet sind somit auch mit Blick auf den Bedarf keine dauerhaft wesentlich veränderten Verhältnisse festzustellen.

Immerhin bleibt daran zu erinnern, dass die Vorinstanz für die Festlegung der Unterhaltsbeiträge im Rahmen des Scheidungsurteils auf die aktuellen Verhältnisse wird abstellen müssen und gestützt auf die im Urteilszeitpunkt effektiv anfallenden Kosten die Unterhaltsbeiträge neu berechnen müssen.

4.2 Die Berufungsklägerin stellt sich in ihrem Eventualbegehren mit Blick auf den Bedarf zudem auf den Standpunkt, mit dem vorinstanzlichen Entscheidung würden die Begründungspflicht und das rechtliche Gehör verletzt, da die Vorinstanz die geänderten Bedarfspositionen nicht näher begründe (act. 2 S. 9).

Die Bedarfsberechnung der Vorinstanz beschränkt sich auf eine tabellarische Darstellung der Bedarfspositionen. Es wird weder in Bezug auf sämtliche Bedarfspositionen dargelegt, auf welche Unterlagen sich die angerechneten Beiträge stützen, noch wird in irgendeiner Form auf die in diesem Zusammenhang stark divergierenden Parteistandpunkte eingegangen. Nicht zuletzt wird auch nicht dargelegt, inwiefern diese Bedarfspositionen im Bedarf überhaupt zu berücksichtigen bzw. wieso die Positionen in der berücksichtigten Höhe im Bedarf aufzunehmen sind (act. 6 S. 7 f.).

Vor diesem Hintergrund ist mit der Berufungsklägerin zwar davon auszugehen, dass die Begründungsdichte des vorinstanzlichen Entscheides gerade in Bezug auf den Bedarf der Parteien sehr dünn ausfällt. Es liegen aber wie gesehen keine Abänderungsgründe vor, womit auch keine Neuberechnung des Bedarfs und der Unterhaltsbeiträge zu erfolgen hat. Da der vorinstanzliche Entscheid vor diesem Hintergrund ohnehin aufzuheben ist und es bei den Bedarfswerten gemäss Eheschutzurteil bleibt, erübrigt sich auch eine Beurteilung und Heilung einer allfälligen Gehörsverletzung der Vorinstanz durch die Kammer. Im Scheidungsurteil wird die Vorinstanz die Begründungsdichte in Bezug auf den Bedarf der Parteien deutlich erhöhen müssen.

5. Fazit

Es sind keine Abänderungsgründe gegeben. Die Berufung ist gutzuheissen und das vorinstanzliche Urteil aufzuheben. Damit gilt unverändert das Eheschutzurteil des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Bülach vom 22. Juni 2017.

IV.

Kosten- und Entschädigungsfolgen

1.1 Der Berufungsbeklagte ersucht im Berufungsverfahren um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (act. 9 S. 1 und S. 17).

Eine Partei hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn die erforderlichen Mittel zur Begleichung der Prozesskosten neben dem notwendigen Lebensunterhalt für sich und die Familie nicht aufgebracht werden können und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Für die Beurteilung der Bedürftigkeit ist die gesamte wirtschaftliche Situation der antragstellenden Partei zu würdigen, wobei nicht schematisch auf das betriebsrechtliche Existenzminimum abzustellen, sondern den individuellen Umständen Rechnung zu tragen ist. Es gilt der Untersuchungsgrundsatz, der durch das Antragsprinzip sowie die Offenlegungs- und Mitwirkungspflichten der Parteien eingeschränkt ist. Die antragstellende Partei hat ihre Einkommens- und Vermögensverhältnisse sowie ihre finanziellen Ver-

pflichtungen umfassend darzulegen (vgl. etwa BGE 141 III 369 E. 4.1 und KUKO ZPO-JENT-SØRENSEN, 2. Aufl., Art. 117 N 33 f., Art. 119 N 10).

1.2 Der Berufungsbeklagte legt in seinem Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege im Berufungsverfahren die regelmässigen monatlichen finanziellen Aufwendungen für Miete, Lebenshaltungskosten, Versicherungsbeiträge (Krankenkasse und Hausrat-/Haftpflichtversicherung), Kommunikationskosten sowie die Höhe seines Einkommens zwar nicht explizit dar (act. 9 S. 17), diese ergeben sich indessen aus seinen Ausführungen zum Materiellen (Unterhaltsbeiträge). Er belegt seine Ausgaben denn auch mit entsprechenden Unterlagen (act. 5/42 und act. 5/66). Hinsichtlich seines Vermögens ist festzuhalten, dass er im Berufungsverfahren einen aktuellen Kontoauszug seines UBS-Privatkontos einreichte, dessen Saldo per 30. Juni 2019 rund Fr. 6'000.– betrug (act. 10/1). Aus den Akten ergeben sich keinerlei Hinweise, dass er über wesentlich mehr Bar- oder ohne Weiteres verwertbares Wertschriftenvermögen verfügen würde (vgl. auch act. 5/66/22). Die Liegenschaft G._____-Strasse ..., H._____, steht im hälftigen Miteigentum des Berufungsbeklagten. Der Berufungsbeklagte hat seinen Anteil an einem allfälligen Verkaufserlös an dieser Liegenschaft im Umfang der ihm allenfalls aufzuerlegenden Gerichtskosten und der vom Gericht zu bezahlenden Kosten seiner Rechtsvertretung dem Kanton Zürich abgetreten (act. 5/21/1). Vor diesem Hintergrund kann die Mittellosigkeit des Berufungsbeklagten bejaht werden. Seine Rechtsposition im Rechtsmittelverfahren kann sodann nicht als aussichtslos bezeichnet werden, da sie vor Vorinstanz geschützt wurde und der angefochtene Entscheid nicht an einem offensichtlichen, krassen Verfahrensfehler leidet (vgl. BGE 139 III 475 E. 2.3.). Zudem ist der Berufungsbeklagte zur Wahrung seiner Rechte auf einen Rechtsbeistand angewiesen, zumal auch die Berufungsklägerin rechtskundig vertreten ist. Dem Berufungsbeklagten ist die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und in der Person von Rechtsanwalt Dr. Y.____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen. Der Berufungsbeklagte ist auf die gesetzliche Nachzahlungspflicht im Sinne von Art. 123 ZPO hinzuweisen.

2.1 Die Vorinstanz hat für ihr bisheriges Verfahren im angefochtenen Entscheid keine Prozesskosten festgesetzt, womit an der Kostenfolge des vorinstanzlichen Entscheides keine Anpassungen vorzunehmen sind. Die Vorinstanz wird allerdings bei der Auferlegung der Kosten im Rahmen des Hauptverfahrens den Ausgang des Verfahrens betreffend vorsorgliche Massnahmen zu berücksichtigen haben.

Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 8 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 2'000.– festzusetzen und ausgangsgemäss dem Berufungsbeklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 95 ZPO), jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Staatskasse zu nehmen.

2.2 Die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege befreit die unterliegende Partei nicht von der Bezahlung einer Parteientschädigung an die Gegenpartei (vgl. Art. 122 Abs. 1 lit. d ZPO). Der Berufungsbeklagte ist folglich antragsgemäss zu verpflichten, der Berufungsklägerin eine Parteientschädigung zu bezahlen (vgl. act. 6 S. 2). Die Parteientschädigung ist in Anwendung von § 13 in Verbindung mit § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 9 der AnwGebV auf Fr. 2'650.– zzgl. Mehrwertsteuer festzusetzen.

Es wird beschlossen:

1. Dem Berufungsbeklagten wird für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt und in der Person von Rechtsanwalt Dr. Y. _____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Berufung wird der Entscheid des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Bülach vom 21. Mai 2019 aufgehoben.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'000.– festgesetzt und dem Berufungsbeklagten auferlegt, jedoch infolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen.

Der Berufungsbeklagte wird auf die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO hingewiesen.
3. Der Berufungsbeklagte wird verpflichtet, der Berufungsklägerin für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 2'650.– zzgl. 7.7 % MwSt. zu zahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Berufungsklägerin unter Beilage der Berufungsantwort samt Beilagen (act. 9 und act. 10/1-3), sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

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

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 über Fr. 30'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw A. Ochsner

versandt am:
16. September 2019