

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LY210053-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Oberrichter Dr. M. Sarbach sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. D. Tolic Hamming

Urteil vom 29. Juni 2022

in Sachen

A. _____,

Beklagter und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Klägerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____

sowie

C. _____,

Verfahrensbeteiligter

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Z. _____

betreffend **Ehescheidung (vorsorgliche Massnahmen)**

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes (8. Abteilung) des Bezirksgerichtes Zürich vom 22. November 2021; Proz. FE200692

Anträge der Klägerin im Massnahmeverfahren:

(act. 4/129 S. 2):

- "1. Es sei Dispositivziffer 3 bzw. Ziffer 3 der Trennungsvereinbarung des Urteils des Bezirksgerichts Meilen vom 1. Oktober 2020 aufzuheben und wie folgt neu zu regeln:

Es sei die Klägerin zu verpflichten, dem Beklagten an die Kosten des Barbedarfs des Sohnes C. _____ rückwirkend per 1. Mai 2021 bis und mit 31. Juli 2021 einen Unterhaltsbeitrag in Höhe von CHF 1'150.00 zzgl. Kinder- bzw. Familienzulagen zu bezahlen, zahlbar jeweils monatlich im Voraus auf den Ersten eines jeden Monats.

Es sei festzustellen, dass ab dem 1. August 2021 die Leistung eines Kinderunterhaltsbeitrags gegenseitig entfällt und demzufolge jeder Elternteil die bei ihm anfallenden Kosten des Barbedarfs für C. _____ selber trägt."

Anträge des Beklagten im Massnahmeverfahren:

(act. 4/182 S. 7, sinngemäss)

Die von der Klägerin an den Beklagten zu zahlenden Kinderunterhaltsbeiträge seien "zu seinen Gunsten anzupassen".

Verfügung des Bezirksgerichtes Zürich:

(act. 5)

1. Die Begehren beider Parteien um Abänderung der Unterhaltsbeiträge gemäss der mit Verfügung des Einzelgerichtes am Bezirksgericht Meilen vom 1. Oktober 2020 genehmigten Vereinbarung der Parteien vom 29. September 2020 im Rahmen vorsorglicher Massnahmen werden abgewiesen.
2. Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen wird im Endentscheid entschieden.

3./4. [Mitteilung / Rechtsmittelbelehrung.]

Berufungsanträge:

des Beklagten und Berufungsklägers (act. 2 S. 1, sinngemäss):

Die Höhe der von der Klägerin für die Dauer des Getrenntlebens der Parteien für den Sohn C._____ zu zahlenden monatlichen Unterhaltsbeiträge seien für den Zeitraum ab 1. August 2021 abzuändern und auf Fr. 4'330.– festzusetzen.

Erwägungen:

I.

1. Die Parteien sind seit dem tt. September 2016 verheiratet und sind Eltern des gemeinsamen Sohnes C._____, geb. tt.mm.2017 (act. 4/18). Sie stehen sich seit Oktober 2020 im Scheidungsverfahren vor dem Einzelgericht (8. Abteilung) des Bezirksgerichtes Zürich (fortan Vorinstanz) gegenüber (vgl. act. 4/1).

2.1 Dem Scheidungsprozess ging ein Eheschutzverfahren vor dem Bezirksgericht Meilen voraus (vgl. act. 4/10/1-70), in dessen Verlauf die Parteien am 29. September 2020 unter Mitwirkung des Gerichts – soweit für den vorliegenden Fall relevant – folgende Vereinbarung geschlossen haben (vgl. act. 4/10/47 und act. 4/10/67 S. 38):

"3. Kinderunterhalt

Die Mutter verpflichtet sich, während der Dauer des Getrenntlebens für den Sohn monatliche Unterhaltsbeiträge (zzgl. Familienzulagen) wie folgt zu bezahlen:

- ab 1. Oktober 2020 bis 31. Juli 2021: CHF 4'330.- (davon CHF 2'460.- als
Betreuungsunterhalt)

- ab 1. August 2021: CHF 1'620.- (ohne Betreuungsunterhalt)

Die Unterhaltsbeiträge und die Familienzulagen sind an den Vater zahlbar und zwar im Voraus auf den Ersten eines jeden Monats, erstmals auf den 1. Oktober 2020.

[...]

Die vorstehenden Regelungen gelten bis zur Volljährigkeit des Sohnes bzw. bis zum Abschluss einer angemessenen Erstausbildung auch über die Volljährigkeit hinaus.

[...]

5. Grundlagen der Unterhaltsberechnung

Dieser Vereinbarung liegen die folgenden finanziellen Verhältnisse zugrunde:

Einkommen netto pro Monat, inkl. Anteil 13. Monatslohn, Familienzulagen separat:

- Ehefrau: CHF 13'621.- (100% Pensum)
- Ehemann: CHF 0.- bis und mit 31. Juli 2021
CHF 8'300.- ab 1. August 2021 (50% Pensum)
- Sohn: CHF 0.-

Vermögen:

- Ehefrau: CHF 35'000.-
- Ehemann: CHF 2'660'000.-
- Sohn: CHF 0.-

familienrechtlicher Bedarf:

- Ehefrau: CHF 8'700.-
- Ehemann: CHF 4'000.- bis und mit 31. Juli 2021
CHF 4'500.- ab 1. August 2021
- Sohn: CHF 2'070.-"

2.2 Gemäss Trennungsvereinbarung vom 29. September 2020 verpflichtete sich die Klägerin, die eheliche Wohnung bis spätestens per 31. Oktober 2020 zu verlassen. Hinsichtlich des gemeinsamen Sohnes wurde die alternierende Obhut mit wechselnder Betreuung vereinbart, sobald die Klägerin "eine eigene Wohnung im Bezirk Meilen gefunden hat". Bis dahin vereinbarten die Parteien eine Betreuung durch die Klägerin jeden zweiten Samstag (vgl. act. 4/10/47 Ziff. 2 lit. c). Mit Urteil und Verfügung des Einzelgerichtes im summarischen Verfahren des Bezirksgerichtes Meilen vom 1. Oktober 2020 (Geschäfts-Nr. EE200042-G) wurde das Getrenntleben der Parteien vorgemerkt. Das Kind C._____ wurde für die Dauer des Getrenntlebens der Parteien unter der gemeinsamen elterlichen Sorge belassen und unter die alternierende Obhut der Parteien gestellt, mit vereinbarungsgemässer Regelung der Betreuung. Bezüglich der übrigen Belange wurde die Trennungsvereinbarung genehmigt (vgl. act. 4/10/54 = act. 4/3).

3. Die Parteien führten und führen diverse vorsorgliche Massnahmeverfahren, insbesondere betreffend Abänderung der vorerwähnten Eheschutzvereinbarung (vgl. act. 4/32 und act. 4/69; act. 4/81; act. 4/197). Drei Wochen nach deren Abschluss machte die Klägerin mit Eingabe vom 20. Oktober 2020 das Scheidungsverfahren nach Art. 114 ZGB bei der Vorinstanz anhängig und stellte zugleich ein Begehren um Erlass von vorsorglichen Massnahmen bzw. um (superprovisorische) Abänderung der im Eheschutzverfahren getroffenen Vereinbarung, indem sie u.A. die alleinige Obhut über C._____ beantragte (act. 4/1). Hierauf ersuchte der Beklagte seinerseits um Zuteilung der alleinigen Obhut über C._____ und beanstandete weiter das ihm in der eheschutzrechtlichen Vereinbarung ab 1. Juli 2021 für ein Pensum von 50% angerechnete Einkommen von Fr. 8'300.– (vgl. act. 4/32 S. 18 f.). Mit Verfügung vom 22. Dezember 2020 wies die Vorinstanz die Begehren beider Parteien um Abänderung der Obhuts- und Betreuungsregelung sowie um Abänderung der Unterhaltsbeiträge gemäss der mit vorerwähnter Verfügung vom 1. Oktober 2020 genehmigten Vereinbarung der Parteien im Rahmen vorsorglicher Massnahmen ab und ermahnte die Parteien, Auseinandersetzungen über C._____s Betreuung durch konstruktive Zusammenarbeit und Kooperation zu vermeiden (act. 4/32 S. 20 f.).

4. Nachdem die Klägerin eine eigene Wohnung in der Stadt Zürich und nicht wie vereinbart im Bezirk Meilen bezogen hatte, war zwischen den Parteien in der Folge strittig, ob trotzdem der von ihnen vereinbarte alternierende Obhuts- und Betreuungsrythmus gelte (so die Klägerin) oder die eingeschränkte Übergangsregelung (so der Beklagte). Auf erneuten Abänderungsantrag der Klägerin vom 31. Januar 2021 (act. 4/63) hat die Vorinstanz zunächst am 4. Februar 2021 superprovisorisch (act. 4/69) und hernach mit Verfügung vom 5. Juli 2021 die Übergangsregelung und den Passus "im Bezirk Meilen" aus der Trennungvereinbarung gestrichen und den Übergabeort den Aktualitäten angepasst (act. 4/138). Die von der Klägerin in anderen Punkten (zivilrechtlicher Wohnsitz und Reisepass von C._____) gegen diesen Entscheid erhobene Berufung wurde von der Kammer abgewiesen (act. 4/168).

5.1 In der Zwischenzeit ersuchte die Klägerin mit Eingabe vom 28. April 2021 (act. 4/103 S. 2) und ergänzender Begründung vom 17. Juni 2021 (act. 4/129 S. 2) im Rahmen vorsorglicher Massnahmen im Scheidungsverfahren erneut um Abänderung der im Eheschutzverfahren festgelegten Unterhaltsbeiträge und stellte die vorstehend wiedergegebenen Anträge (vgl. auch act. 4/169). Hierauf beantragte der Beklagte die Anpassung der von der Klägerin zu zahlenden Kinderunterhaltsbeiträge zu "seinen Gunsten" (act. 4/137, act. 4/156, act. 4/182 S. 7). Mit Verfügung vom 22. November 2021 wies die Vorinstanz die Begehren beider Parteien ab (act. 4/202 = act. 5).

5.2 Dagegen erhob der Beklagte mit Eingabe vom 6. Dezember 2021 (Poststempel) innert Frist Berufung bei der hiesigen Instanz mit dem vorstehend wiedergegebenen Antrag (act. 2; zur Rechtzeitigkeit vgl. act. 4/203/2). Der ihm mit Verfügung vom 20. Dezember 2021 auferlegte Kostenvorschuss in Höhe von Fr. 3'000.– wurde rechtzeitig geleistet (vgl. act. 6 - 8). Mit unaufgeforderter Eingabe vom 12. Januar 2022 äusserte sich der Beklagte zum Streitwert des Berufungsverfahrens (act. 9).

5.3 Die Akten des vorinstanzlichen Verfahrens wurden beigezogen (act. 4/1-203). Da sich die Berufung als offensichtlich unbegründet erweist, wurde auf das Einholen einer Berufungsantwort verzichtet (Art. 312 Abs. 1 ZPO). Das Verfahren ist spruchreif. Der Klägerin sowie der Kindesvertreterin sind mit dem vorliegenden Entscheid eine Kopie der Berufungsschrift (act. 2) sowie eine Kopie des beklaglichen Schreibens vom 12. Januar 2022 (act. 9) zuzustellen.

6. Der Beklagte liess sich im Scheidungsverfahren vor Vorinstanz neu von Rechtsanwalt lic. iur. X._____ vertreten (act. 4/251-252). Auf entsprechende Nachfrage teilte der Rechtsvertreter mit, den Beklagten auch im vorliegenden Verfahren zu vertreten (act. 16), worauf das Rubrum entsprechend angepasst wurde.

II.

1. Bereits im November 2020 beantragte der Beklagte bei der Vorinstanz die Abänderung des ihm in der Eheschutzvereinbarung ab 1. Juli 2021 für ein

Pensum von 50% angerechneten Einkommens von Fr. 8'300.–. Er machte geltend, dieses sei nicht mehr angemessen, da er – nach seinem Dafürhalten – den Grossteil der Betreuung des Sohnes übernehme (vgl. act. 4/32 S. 18 f.). Mit Verfügung vom 22. Dezember 2020 wies die Vorinstanz sein Begehren ab (vgl. vorstehend Ziff. I.3). Im vorliegenden Verfahren macht der Beklagte geltend, ein Einkommen von Fr. 8'300.– sei nicht realisierbar und ein Pensum vom 50% nicht zumutbar (vgl. nachstehend Ziff. III.1.2 und III.4.2). Sein (erneuter) diesbezüglicher Abänderungsantrag stützt sich nicht auf den völlig gleichen Sachverhalt, weshalb die Vorinstanz zu Recht nicht von einer *res iudicata* ausging.

2.1 Mit der Berufung kann die unrichtige Rechtsanwendung und die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Ebenfalls gerügt werden kann die (blosse) Unangemessenheit des vorinstanzlichen Entscheids (vgl. etwa Blickenstorfer, DIKE-Komm-ZPO, 2. A. 2016, Art. 310 N 10).

2.2 Neue Tatsachen und Beweismittel (Noven) werden im Berufungsverfahren nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Soweit jedoch das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen zu erforschen hat – wie bei Kinderbelangen in familienrechtlichen Angelegenheiten (Art. 296 Abs. 1 ZPO) –, können die Parteien im Berufungsverfahren Noven auch dann vorbringen, wenn die Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO nicht erfüllt sind (vgl. Urteil BGer 5A_770/2018 vom 6. März 2019, E. 3.2; BGE 144 III 349, E. 4.2.1).

2.3 Bei der Anordnung vorsorglicher Massnahmen während des Scheidungsverfahrens sind die (materiell- sowie verfahrensrechtlichen) Bestimmungen über die Massnahmen zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft sinngemäss anwendbar (Art. 276 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 271 ff. ZPO und Art. 172 ff. ZGB; Dolge, DIKE-Komm-ZPO, 2. A. 2016, Art. 276 N 15). Es gelangt das summarische Verfahren zur Anwendung (vgl. Art. 248 lit. d ZPO). Die entscheiderelevanten tatsächlichen Verhältnisse sind daher, bei freier Beweiswürdigung, nicht strikt zu beweisen, sondern lediglich glaubhaft zu machen; das Gericht darf weder blosse Be-

hauptungen genügen lassen noch einen stichhaltigen Beweis verlangen. Der Sachverhalt wird mithin nicht mit der gleichen Tiefe abgeklärt wie im ordentlichen Verfahren. Es geht in erster Linie darum, eine einstweilige Lösung für die Dauer des Scheidungsverfahrens zu finden (vgl. OGerZH LY190010 vom 3. April 2019, E. II.1). Es gilt die Dispositionsmaxime mit eingeschränktem Untersuchungsgrundsatz, bzw. soweit Kinderbelange betroffen sind, der Official- und uneingeschränkte Untersuchungsgrundsatz (Art. 296 Abs. 1 ZPO).

III.

1.1 Vor Vorinstanz waren die Grundlagen der Kinderunterhaltsberechnung strittig bzw. die Höhe der Einkommen der Parteien. Die Klägerin machte im Kern geltend, die Unterhaltsbeiträge gemäss Eheschutzvereinbarung würden auf falschen finanziellen Grundlagen basieren, weil ihr Einkommen von der damaligen Rechtsvertreterin falsch bzw. zu hoch beziffert worden sei. Auch habe diese es versäumt, dem monatlichen Einkommen des Beklagten einen Vermögensertrag anzurechnen. Aufgrund der fehlerhaften Bezifferung des monatlichen Nettoeinkommens der Parteien, sei die Klägerin zur Zahlung von zu hohen Unterhaltsbeiträgen verpflichtet worden (act. 4/103 S. 3 ff., act. 4/129 S. 3 ff., act. 4/169 S. 3).

1.2 Der Beklagte beantragte hierauf die Erhöhung des im Eheschutzverfahren vereinbarten, von der Klägerin zu zahlenden monatlichen Unterhaltsbeitrages für den Sohn C._____ mit Wirkung ab 1. August 2021. Er machte geltend, das Einzige, was sich seit Abschluss der Trennungsvereinbarung in damals nicht absehbarer Weise geändert habe und daher einzig zu einer Neufestsetzung der Unterhaltsbeiträge Anlass geben könne, sei der Umstand, dass er insbesondere unter Berücksichtigung des Wohlergehens von C._____ entgegen der Trennungsvereinbarung ab 1. August 2021 keine Erwerbstätigkeit aufnehmen könne, wofür der gerichtliche und aussergerichtliche "Totalangriff der Klägerin auf alle Lebensbereiche des Beklagten" verantwortlich sei. C._____ sei in der schwierigen Zeit darauf angewiesen, dass sein Vater umfassend für ihn da sei, was mit dem avisierten 50%-Pensum nicht vereinbar sei. Auch sei sein vereinbarungsgemäss festgesetztes Einkommen von Fr. 8'300.– ab 1. August 2021 zu hoch und lasse

sich nicht realisieren (act. 4/156 S. 2, 7 f. und S. 10; act. 4/182 S. 3 f.). Wegen nicht berücksichtigter bzw. verschwiegener Boni der Klägerin in der Trennungsvereinbarung (act. 4/137, act. 4/156 S. 9 und act. 4/182 S. 2 und 6) und nicht erzielter Einkünfte seinerseits seien die von der Klägerin an ihn zu zahlenden Kinderunterhaltsbeiträge zu "seinen Gunsten anzupassen" (act. 4/182 S. 7). Die diesen Abänderungsanträgen zugrunde liegenden Behauptungen wurden von der Klägerin bestritten (act. 4/169 S. 3-5).

2.1 Die Vorinstanz wies die von der Klägerin beantragte Abänderung der von den Parteien in der eheschutzrechtlichen Trennungsvereinbarung vom 29. September 2020 getroffenen Unterhaltsregelung ab (vgl. act. 5 S. 5-10; zum klägerischen Einkommen vgl. nachstehend Ziff. III.4.1).

2.2 Zum Antrag des Beklagten wurde erwogen, es sei ihm beizupflichten, dass sich die familiäre Situation der Parteien und insbesondere der Zustand C.____s seit Abschluss der Vereinbarung vom 29. September 2020 gelinde gesagt wenig erfreulich entwickelt habe. Die andauernden Streitigkeiten der Parteien um Arztbesuche, Übergabemodalitäten, Ausweise, C.____s Postadresse etc. stünden alles andere als im Wohle C.____s. Deshalb sei auch ein Erziehungsfähigkeitsgutachten in Auftrag gegeben worden. Diese Situation vermöge aber nichts daran zu ändern, dass es dem Beklagten nach der auch im vorliegenden Verfahren anwendbaren bundesgerichtlichen Rechtsprechung (unter Hinweis auf BGE 144 III 481 E. 4.7.6) zumutbar gewesen sei, auf 1. August 2021 eine Erwerbstätigkeit von 50% zu suchen. So werde selbst einem allein obhutsberechtigten Elternteil gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung eine Erwerbsarbeit von 50% ab Eintritt des jüngsten Kindes in den Kindergarten zugemutet. Dies gelte mit der von den Parteien getroffenen Betreuungsregelung, in der C.____ von beiden Elternteilen alternierend betreut werde, umso mehr (act. 5 S. 11 f.).

Im Rahmen der Unterhaltsregelung hätten die Parteien auf Seiten des Beklagten ein Einkommen von Fr. 8'300.– netto vereinbart. Indem der Beklagte dieses nun als zu hoch erachte, rolle er eine Frage wieder auf, welche die Parteien in der Vereinbarung vom 29. September 2020 einvernehmlich geregelt hätten. So habe der Beklagte selbst auf seine Angaben in der eheschutzrichterlichen Ver-

handlung vom 29. September 2020 verwiesen, wonach er bei seiner letzten Tätigkeit bei einer Investmentbank auf der Verkaufsseite als Quant (quantitativer Analyst) gearbeitet habe, eine solche Tätigkeit aber nicht mehr ausüben wolle und als Alternative eine Tätigkeit in der Vermögensverwaltung oder im Bereich der Kinderentwicklung und des Kinderunterrichts angeführt habe. Trotz dieser Ausführungen habe er sich im Rahmen der abgeschlossenen Vereinbarung mit der Anrechnung eines monatlichen Einkommens von Fr. 8'300.– netto, welches offensichtlich auf dem von ihm im Rohstoffderivatehandel zuletzt erzielten Bruttogehalt von

Fr. 250'000.– basiere, einverstanden erklärt. Vor diesem Hintergrund sei die von den Parteien getroffene Unterhaltsregelung auch bezüglich des dem Beklagten angerechneten Einkommens aus Erwerbstätigkeit nicht abzuändern (act. 5 S. 12).

3.1 Vorweg ist festzuhalten, dass die vorinstanzliche Verfügung vom 5. Juli 2021 (vgl. vorstehend Ziff. I.4), über die sich der Beklagte über weite Strecken in seiner Berufungsschrift äussert (act. 2 S. 2-4), nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist. Dass in vorerwähnter Verfügung die Voraussetzungen für die Abänderung der Eheschutzvereinbarung vom 29. September 2020 als gegeben erachtet und im vorliegenden Fall verneint wurden, ist entgegen der Ansicht des Beklagten (act. 2 S. 2) nicht per se widersprüchlich. Einerseits sind die zwischen den Parteien strittigen Themenbereiche des damaligen und heutigen Verfahrens nicht identisch. Andererseits prüft das Gericht in jedem Verfahren gestützt auf die Anträge und die Begründung der Parteien von Neuem, ob die Abänderungsvoraussetzungen gegeben sind.

3.2 Der Beklagte beanstandet in diesem Zusammenhang weiter, dass die Vorinstanz die Abänderungsbegehren des vorliegenden Verfahrens nicht zum Gegenstand der Verhandlung vom 2. Juni 2021 gemacht und somit darüber nicht schon im vorangegangenen Massnahmenentscheid (vgl. Ziff. I.4) entschieden habe. Auch äussert er allgemein Kritik an der vorinstanzlichen Prozessführung (act. 2 S. 2-4). Dass die diversen nacheinander gestellten Abänderungsanträge der Parteien zu verschiedenen Themenbereichen, teilweise mit Antrag um superprovisorische Anordnung, entsprechend gestaffelt beurteilt und die Fragen des vor-

liegenden Verfahrens nicht zum Gegenstand der Verhandlung vom 2. Juni 2021 gemacht wurden, in welcher es um die Betreuungsregelung ging (vgl. vorstehend Ziff. I.4), obliegt der Prozessführung des Gerichts und gibt nicht zu Beanstandungen Anlass. Wenn sich die Parteien stets mit neuen Abänderungsanträgen bzw. neuen Anträgen um Erlass von vorsorglichen Massnahmen an das Gericht wenden, ist die bemängelte Anzahl von Einzelentscheiden eine Konsequenz, die sie sich selbst zuzuschreiben haben.

4.1 Die Rüge des Beklagten, die Vorinstanz habe im angefochtenen Entscheid das Einkommen der Klägerin nicht festgestellt (act. 2 S. 5), ist unbegründet. Die Vorinstanz hat die von der Klägerin geltend gemachten Abänderungsgründe zu den finanziellen Grundlagen des Kinderunterhalts (irrtümlich zu hoch beziffertes Einkommen der Klägerin im Eheschutzverfahren, versäumte Berücksichtigung des Vermögensertrags auf Seiten des Beklagten, vgl. Ziff. III.1.1) geprüft und verneint. Zum Einkommen der Klägerin wurde erwogen, der in der gerichtlich genehmigten Vereinbarung der Parteien vom 29. September 2020 einvernehmlich festgelegte Unterhaltsbeitrag basiere auf dem von der Klägerin bzw. ihrer damaligen Rechtsvertreterin selbst angegebenen Einkommen von Fr. 13'621.– netto. Die Klägerin habe nicht glaubhaft darzutun vermocht, dass ihre eigenen Angaben über ihr Einkommen im Eheschutzverfahren fehlerhaft gewesen seien und die in jenem Verfahren geschlossene Vereinbarung damit auf falschen Grundlagen basiere. Vielmehr sei gestützt auf ihren Arbeitsvertrag von einem Bruttogehalt im Jahre 2020 von monatlich rund Fr. 15'500.– auszugehen, wobei die Klägerin im Jahre 2020 Bonuszahlungen von auf den Monat umgerechnet Fr. 2'670.– brutto erhalten habe, welche sie in ihrem Abänderungsbegehren gänzlich unerwähnt gelassen habe. Ob weitere im Arbeitsvertrag erwähnte "Discretionary Bonus" ausgerichtet worden seien, deren Zahlung im Ermessen der Arbeitgeberin lägen, sei nicht bekannt. Das eruierte Bruttoeinkommen lasse darauf deuten, dass das der Klägerin im Eheschutzverfahren angerechnete Nettoeinkommen ihren tatsächlichen Einkünften entsprechen dürfte (act. 5 S. 5-7). Vor diesem Hintergrund bestand keine Veranlassung, das Einkommen der Klägerin im vorinstanzlichen Massnahmenverfahren neu festzusetzen.

4.2 Zu den eigenen Einkommensverhältnissen moniert der Beklagte im Berufungsverfahren, ein Einkommen von Fr. 8'300.– sei nicht realisierbar und eine Anstellung mit einem Pensum von 50% sei weder zumutbar noch mit dem Kindeswohl vereinbar. Über weite Strecken zitiert er das von der Vorinstanz zum Schulstufenmodell erwähnte Urteil des Bundesgerichts 144 III 481 und macht geltend, bei der Zumutbarkeit einer 50%igen Erwerbstätigkeit sei die Vorinstanz von einem unrichtigen Sachverhalt ausgegangen und habe die Besonderheiten des vorliegenden Falls unberücksichtigt gelassen, so insbesondere seine zeitliche Belastung durch die von der Klägerin "mutwillig und treuwidrig erhobene und geführte Scheidungsklage", die Termine mit C.____s Beiständin, die zahlreichen Termine mit dem Erziehungsfähigkeitsgutachter, die "Sabotage" des Alltags durch die Klägerin, die keinen Zusammenhang mit dem Sohn hätten, und "allem Anschein nach strafbare Handlungen" der Klägerin. Auch würden C.____ keine finanziellen Nachteile drohen, wenn er (der Beklagte) erst dann eine Erwerbstätigkeit aufnehme, wenn die familiäre Situation geklärt sei, wie er das im Zeitpunkt der Vereinbarung vom 29. September 2020 kundgetan habe. Eine Erwerbstätigkeit zum jetzigen Zeitpunkt oder bereits ab 1. August 2021 würde den Interessen des Kindes zutiefst zuwider laufen. Dass es C.____ trotz des "unzweifelhaft extrem heftigen Konflikts der Eltern" insgesamt sehr gut gehe, sei dem Umstand zu verdanken, dass er (der Beklagte) auch nach dem Kindergarteneintritt C.____s umfassend für ihn da gewesen sei. Schulergänzende Drittbetreuungsangebote seien keine Option, da die Anmeldefrist am 20. Juni 2021 verstrichen sei, zu einem Zeitpunkt, als die Frage der Betreuung und des Wohnsitzes von C.____ noch nicht rechtskräftig entschieden gewesen sei (act. 2 S. 5 ff.). Die Vorinstanz habe auch übersehen, dass eine Erwerbstätigkeit realisierbar sein müsse. Eine Teilzeitbeschäftigung in seiner früheren Tätigkeit als Rohstoffderivatenhändler sei ausgeschlossen, in verwandten Bereichen sehr selten. Bei einem Nettoeinkommen von Fr. 8'300.– mit einem 50% Pensum handle es sich um anspruchsvolle Positionen, für die nur sehr leistungsfähige Personen in Frage kämen. Es sei lebensfremd, dass er sich in der Situation des vorliegenden Scheidungsprozesses mit zahlreichen Massnahmeverfahren um einen anspruchsvollen Job bewerbe (act. 2 S. 7 f.). Ein Minimum an geordneten familiären Verhältnissen müsse gege-

ben sein, bevor eine berufliche Tätigkeit wie zum Zeitpunkt der Vereinbarung anvisiert werden könne. Er habe die Eheschutzvereinbarung in der Notlage des un-erträglichen Zustandes des Mitaufenthalts der Klägerin in der Wohnung geschlossen. Sie habe sich jedoch nicht an die Vereinbarung gehalten und dieser damit die Voraussetzung entzogen. Infolge der durch das Verhalten der Klägerin herbeigeführten Eskalation verbiete es das Kindeswohlinteresse, dass er aktuell eine sehr anspruchsvolle berufliche Tätigkeit aufnehme. Die Mutter könne den geltenden Kinderunterhalt in Höhe von Fr. 4'330.– mit ihrem hohen Einkommen weiterhin bezahlen. Ein Vermögensverzehr seinerseits sei unter den gegebenen Umständen nicht zu rechtfertigen (act. 2 S. 9 f.).

5. Wie die Vorinstanz bereits zugreifend dargelegt hat (vgl. act. 5 S. 3 f.) sind die Möglichkeiten, eine auf Vereinbarung beruhende Eheschutzmassnahme oder vorsorgliche Massnahme im Scheidungsverfahren abzuändern, eingeschränkt. Es gelten die gleichen Restriktionen, wie sie die Rechtsprechung für die Scheidungskonvention umschrieben hat (BGE 142 III 518 E. 2.6 m.w.H. = BGer 5A_842/2015 vom 26. Mai 2016). Eine Anpassung ist nur möglich, wenn erhebliche tatsächliche Änderungen Teile des Sachverhalts betreffen, welche im Zeitpunkt der Vereinbarung als feststehend angesehen wurden. Keine Anpassung an wesentlich und dauernd veränderte Verhältnisse gibt es hingegen bezüglich Tatsachen, welche vergleichsweise definiert worden sind, um eine ungewisse Sachlage zu bewältigen (sog. *caput controversum*). Vorbehalten bleiben neue Tatsachen, die klarerweise ausserhalb des Spektrums der künftigen Entwicklungen liegen, welche aus Sicht der Vergleichsparteien möglich (wenn auch ungewiss) erschienen (BGE 142 III 518 E. 2.6.1). Im Bereich des *caput controversum* besteht zudem kein Raum für einen Irrtum, andernfalls gerade die Fragen wieder aufgerollt würden, derentwegen die Beteiligten den Vergleich – mit dem Ziel einer endgültigen Regelung – geschlossen haben (BGE 142 III 518 E. 2.6.2).

5.1 Der Beklagte führte anlässlich der Eheschutzverhandlung vom 29. September 2020 aus, seit 2017 nicht erwerbstätig zu sein und von seinem Vermögen zu leben (act. 4/10/67 S. 15-18). Im Zusammenhang mit den strittigen Kinderunterhaltsforderungen gegenüber der Klägerin (act. 4/10/43 S. 1;

act. 4/10/45 S. 10 und act. 4/10/67 S. 5) wurde sein Einkommen in Höhe von Fr. 8'300.– ab 1. August 2021 bei einem Arbeitspensum von 50% vergleichsweise vereinbart. Dies blieb im Berufungsverfahren unbestritten (act. 5 S. 12, act. 2). Es handelt sich in diesen Punkten um ein "caput controversum" der zugrundeliegenden Vereinbarung, so dass sie vor dem Hintergrund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung grundsätzlich nicht mehr abgeändert werden können.

5.2 Die Gründe, die der Beklagte in der Rechtsmittelschrift anführt, um darzulegen, dass er faktisch kein Einkommen von Fr. 8'300.– erzielen könne, betreffen Tatsachen, die ihm zum Zeitpunkt der Vereinbarung bekannt waren. So äusserte er im Eheschutzverfahren auf die Frage, welche Arbeit er anstrebe, dass er eine Tätigkeit wie zuvor bei einer Investmentbank auf der Verkaufsseite als Quant, wo sein letztes Bruttogehalt eigenen Angaben zufolge im Bereich des Rohstoffderivatenhandels jährlich Fr. 250'000.– betragen habe, nicht mehr ausüben wolle. Eine Möglichkeit wäre in der Vermögensverwaltung zu arbeiten. Da er sich die letzten drei Jahre mit C._____'s Erziehung beschäftigt habe, könne er sich auch vorstellen eine Tätigkeit im Bereich der Kinderentwicklung und des Kinderunterrichts auszuüben, wo es wohl realistischer wäre, ein Teilzeitpensum zu finden. Auf die Frage, welches Einkommen er bei einer solchen Tätigkeit im Teilzeitpensum erzielen könnte, antwortete er, im Bereich der Kinderbildung mit einem 50% Pensum sei das schwer abschätzbar (act. 4/10/67 S. 17). Dennoch wurde ab dem 1. August 2021 (Zeitpunkt des Eintritts von C._____ in den Kindergarten) ein Einkommen von Fr. 8'300.– bei einem Pensum von 50% vereinbart. Dessen Erzielung hielt der damals nicht erwerbstätige Beklagte (vgl. act. 4/10/67 S. 15 f.) offenbar für möglich und zumutbar. Dass er dieses Einkommen nun für nicht realisierbar hält, kann im Lichte der vorerwähnten bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht vorgebracht werden. Im Bereich des caput controversum besteht selbst im Falle eines Irrtums kein Abänderungsgrund. Soweit der Beklagte damals Kompromisse einging, hat er sich darauf behaften zu lassen. Andererseits beruft sich der Beklagte auf die erwartete, aber nicht eingetretene Klärung der familiären Verhältnisse, da sich die Klägerin nicht an die Vereinbarung halten wolle und diese mehrfach angefochten habe. Auch dieses Argument verfängt nach dem vorstehend zum caput controversum Ausgeführten nicht. Etwaige Voraus-

setzungen/Bedingungen im Zusammenhang mit der familiären Situation lassen sich der Eheschutzvereinbarung denn auch nicht entnehmen. Sodann liegt es in der Natur der Sache, dass Eheschutzmassnahmen angefochten bzw. unter Umständen abgeändert werden können. Dass sich die Klägerin nicht an die Eheschutzvereinbarung halten will und diese immer wieder abzuändern versucht, eröffnet dem Beklagten im Umkehrschluss keinen selbständigen Abänderungsgrund.

5.3 Der Vorinstanz ist beizupflichten, dass der Beklagte mit seinen Vorbringen, ein Salär von Fr. 8'300.– bei einem Pensum von 50% (vgl. nachstehend Ziff. III.6) ab 1. August 2021 sei nicht realisierbar, von vornherein nicht durchdringt. Er brachte im Rechtsmittelverfahren nichts vor, was eine andere Beurteilung nahe legen würde. Die Berufung ist in diesem Punkt folglich abzuweisen.

6. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung zum sog. Schulstufenmodell (BGE 144 III 481 = 5A_384/2018) ist dem hauptbetreuenden Elternteil im Normalfall ab der obligatorischen Einschulung des jüngsten Kindes (im Kanton Zürich mit dem Kindergarten) eine Erwerbstätigkeit von 50% (ab dem Eintritt des Kindes in die Sekundarstufe I eine solche von 80% und ab Vollendung von dessen 16. Lebensjahr eine solche von 100%) zuzumuten, je nach Konstellation unter Berücksichtigung einer Übergangsfrist. Dabei handelt es sich wie nach der bisherigen Rechtsprechung nicht um eine starre Regel, sondern um eine Richtlinie, von der je nach den Umständen des konkreten Einzelfalls nach pflichtgemässer richterlicher Ermessensausübung abgewichen werden kann, so z.B. im Falle erhöhter ausserschulischer Betreuungslast bei mehreren Kindern oder erhöhter Betreuungslast durch eine Behinderung des Kindes (vgl. BGE 144 III 481, E. 4.7.6 - 4.7.9).

6.1 C._____ besucht seit Sommer 2021 den Kindergarten. Der Vorinstanz ist beizupflichten, dass ab dann für den Beklagten die grundsätzliche Pflicht zur Aufnahme einer 50%igen Erwerbstätigkeit bestand. Dies deckt sich auch mit der im Eheschutzverfahren am 29. September 2020 vereinbarten 50%igen Erwerbstätigkeit des Beklagten ab 1. August 2021 (act. 4/10/47). Es ist notorisch, dass der Kindergartenunterricht im Kanton Zürich täglich von Montag bis Freitag zwischen

8 und 12 Uhr stattfindet. Im ersten Jahr sind die Kinder nur am Morgen dort (im zweiten Kindergartenjahr zusätzlich an zwei Nachmittagen). In dieser Zeit braucht C._____ keine Betreuung, zumal nicht geltend gemacht wurde, C._____ könne nicht in den Kindergarten gehen und könne nur durch den Beklagten adäquat betreut werden. Auch während der alternierenden Betreuungszeit durch die Klägerin (jede Woche von Montag 17 Uhr bis Mittwoch 12 Uhr und jedes zweite Wochenende von Freitag 11.45 Uhr bis Sonntag 18 Uhr, vgl. act. 4/138 S. 15) ist der Beklagte von der Betreuung C._____s entbunden. Dass das hochstrittige Scheidungsverfahren der Parteien zeitintensiv und aufwendig ist, mag allein mit Blick auf den bisherigen Aktenumfang des Scheidungsprozesses mit zahlreichen Massnahmenverfahren zutreffen. Die geltend gemachte zeitliche Belastung durch den Konflikt zwischen den Parteien macht eine Erwerbstätigkeit im Teilzeitpensum nebst der Betreuung eines kindergartenpflichtigen Kindes jedoch nicht gänzlich unzumutbar. Gesundheitliche Beeinträchtigungen, welche der Aufnahme der Erwerbstätigkeit entgegenstünden, oder eine erhöhte Betreuungslast C._____s, macht der Beklagte nicht geltend. Dass es ihm sodann ab Oktober 2020 bis Juli 2021 nicht möglich gewesen wäre, eine entsprechende Anstellung zu finden, wurde nicht glaubhaft dargetan, fehlt es doch bereits an Belegen für genügende Suchbemühungen und werden solche nicht einmal behauptet. Das Argument des Beklagten, dass C._____ keine Sozialhilfeabhängigkeit drohe, wenn er (der Beklagte) erst dann eine Erwerbstätigkeit suche und aufnehme, wenn die familiären Verhältnisse geklärt seien (vgl. act. 2 S. 6), verfängt insofern nicht, als die Eigenverantwortung des Beklagten nicht deshalb entfällt, weil die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Klägerin, welche nach seiner Darstellung auch nach dem 1. August 2021 den höheren Kinderunterhaltsbeitrag zu zahlen habe, gegeben wäre.

6.2 In Bezug auf die geltend gemachte Beeinträchtigung des Kindeswohls im Falle der Aufnahme einer 50%igen Erwerbstätigkeit macht der Beklagte geltend, dass es C._____ trotz des "extrem heftigen Konflikts" zwischen den Parteien sehr gut gehe, sei dem Umstand zu verdanken, dass er auch nach dem Kindergarteneintritt C._____s umfassend für ihn da sein könne. So sei er auch gemäss Verfügung der Vorinstanz vom 22. Dezember 2020 diejenige Bezugsperson

gewesen, welche C._____ stets Kontinuität und Verlässlichkeit geboten habe (act. 2 S. 6). Dass der Beklagte C._____ wegen der Ausgestaltung des Teilzeitpensums in der kindergartenfreien Zeit nicht mehr werde betreuen können, wurde allein schon vor dem Hintergrund der fehlenden Suchbemühungen zu Recht nicht behauptet. Dass bei einem Arbeitspensum von 50% und alternierender Betreuung durch Vater und Mutter unter Umständen auch eine kindergartenergänzende Betreuung, z.B. bei Randstunden, benötigt würde, hat der Beklagte schon bei Abschluss der Eheschutzvereinbarung im September 2020 wissen müssen. Sein Argument, die Anmeldefrist für ausserschulische Betreuung sei während des vorinstanzlichen Abänderungsverfahrens betreffend die Betreuungsregelung verstrichen (act. 2 S. 6 f.), ist daher nicht stichhaltig, zumal am 4. Februar 2021 superprovisorisch die alternierende und bis dahin gelebte Betreuung verfügt wurde und der Beklagte somit mit der Möglichkeit der Bestätigung dieser Anordnung hat rechnen müssen, wie sie denn auch mit Verfügung vom 5. Juli 2021 erfolgt ist (vgl. vorstehend Ziff. 1.4). Dass ein allfälliger Besuch von Tagesstrukturen (ob, wie oft und wie lange solche unter Umständen in Anspruch zu nehmen wären, kann mangels Arbeitssuchbemühungen des Beklagten und in Unkenntnis der Ausgestaltung der konkreten Erwerbstätigkeit nicht gesagt werden) dem Wohl von C._____ zuwiderlaufen würde, wurde nicht behauptet und es ist auch nicht ersichtlich, inwiefern C._____ nebst dem Kindergarten ausschliesslich auf den Beklagten angewiesen wäre. Dies kann jedenfalls nicht mit den anhaltenden Streitigkeiten der Parteien und der damit wie behauptet einhergehenden Belastung C._____s begründet werden. Dieser Konflikt findet auf der Erwachsenenenebene zwischen den Parteien statt und sollte nicht vor C._____ ausgetragen und auf ihn projiziert werden. Mit seinen Ausführungen vermochte der Beklagte jedenfalls die behauptete Beeinträchtigung des Kindeswohls im Falle einer 50%igen Erwerbstätigkeit gemäss dem Schulstufenmodell und der Eheschutzvereinbarung vom 29. September 2020 nicht glaubhaft darzutun und es sind auch keine Anhaltspunkte hiefür ersichtlich.

6.3 Nach dem Gesagten ist die Berufung des Beklagten auch hinsichtlich der von der Vorinstanz bejahten Zumutbarkeit seiner 50%igen Erwerbstätigkeit ab 1. August 2021 unbegründet und abzuweisen.

7. Im Ergebnis ist der Vorinstanz beizupflichten, dass die Voraussetzungen für eine Abänderung der mit Verfügung des Einzelrichters am Bezirksgericht Meilen vom 1. Oktober 2020 genehmigten Vereinbarung der Parteien vom 29. September 2020 bezüglich der Unterhaltsregelung für deren Sohn C. _____ nicht gegeben sind. Die Berufung erweist sich somit als unbegründet und ist abzuweisen.

IV.

1. Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen des Berufungsverfahrens ist nicht erst mit dem erstinstanzlichen Endentscheid in der Hauptsache (vgl. Art. 104 Abs. 3 ZPO), sondern bereits an dieser Stelle zu befinden.

2.1 Grundlagen der Gebührenfestsetzung im Zivilprozess bilden der Streitwert bzw. das tatsächliche Streitinteresse, der Zeitaufwand des Gerichts und die Schwierigkeit des Falls (§ 2 Abs. 1 GebV OG). Sind – wie vorliegend – in einem Verfahren betreffend vorsorgliche Massnahmen im Scheidungsprozess lediglich finanzielle Belange zwischen den Ehegatten strittig, so berechnet sich die mutmassliche Entscheidgebühr nach § 4 Abs. 1 und 3, § 8 Abs. 1 sowie § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG (vgl. OGerZH LY140004 vom 25. März 2014). Auf Basis der vom Beklagten beantragten Erhöhung der Unterhaltsleistung der Klägerin um Fr. 2'710.– monatlich (von Fr. 1'620.– auf Fr. 4'330.–) ab 1. August 2021 und ausgehend von einer angenommenen Dauer des hoch strittigen Scheidungsverfahrens bis Ende 2023, beträgt der Streitwert rund Fr. 78'590.– (29 x Fr. 2'710.–). In Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 4 Abs. 1 bis 3 sowie § 8 Abs. 1 GebV OG erscheint eine Entscheidgebühr von Fr. 2'000.– angemessen.

2.2 Parteientschädigungen für das Berufungsverfahren sind keine zuzusprechen: Dem Beklagten nicht, weil er vollständig unterliegt, der Klägerin nicht, weil ihr im Berufungsverfahren keine Umtriebe entstanden sind, die zu entschädigen wären.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen. Die Verfügung des Einzelgerichtes (8. Abteilung) des Bezirksgerichtes Zürich vom 22. November 2021 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'000.– festgesetzt und dem Berufungskläger auferlegt.

Für die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens wird der vom Berufungskläger geleistete Vorschuss von Fr. 3'000.– herangezogen; der Überschuss wird dem Berufungskläger zurückerstattet, unter Vorbehalt eines allfälligen Verrechnungsanspruchs.

3. Es werden keine Parteientschädigung zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerin sowie an Rechtsanwältin lic. iur. Z. _____ unter Beilage eines Doppels von act. 2 und act. 9, sowie an das Einzelgericht (8. Abteilung) des Bezirksgerichtes Zürich, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenütztem 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 Fr. 78'590.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. D. Tolic Hamming

versandt am: