

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LY250006-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach und Oberrichterin lic. iur.
R. Bantli Keller sowie Gerichtsschreiber MLaw S. Widmer

Urteil vom 28. Mai 2025

in Sachen

A. _____,

Beklagter, Gesuchsteller und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt ass. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Klägerin, Gesuchsgegnerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwältin Y. _____

betreffend **Ehescheidung auf Klage (vorsorgliche Massnahmen)**

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes im ordentlichen Verfahren des Bezirksgerichtes Dielsdorf vom 16. Januar 2025; Proz. FE230074

**Rechtsbegehren des Berufungsklägers auf Erlass vorsorglicher
Massnahmen:**
(act. 6/40)

1. Für die Dauer des Verfahrens sei die Verpflichtung des Beklagten zur Zahlung des im Eheschutzurteil des Bezirksgerichts Dielsdorf vom 5. Juni 2019, Geschäftsnummer EE180084, festgelegten persönlichen Unterhalts aufzuheben.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. Auslagen und Mehrwertsteuer zulasten der Klägerin.

Verfügung des Einzelgerichtes:
(act. 3/1 = act. 5 [Aktenexemplar] = act. 6/59)

1. Das vorsorgliche Massnahmebegehren des Beklagten wird abgewiesen.
2. Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen wird im Endentscheid befunden.
3. [Schriftliche Mitteilung]
4. [Rechtsmittel: Berufung, 10 Tage, kein Fristenstillstand]

Berufungsanträge:

des Berufungsklägers (act. 2):

1. Unter Aufhebung der Verfügung des Bezirksgerichts Dielsdorf vom 16. Januar 2025 sei die Verpflichtung des Berufungsklägers zur Zahlung des im Eheschutzurteil des Bezirksgerichts Dielsdorf vom 5. Juni 2019, Geschäftsnummer EE180084, festgelegten persönlichen Unterhalts aufzuheben.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. Auslagen und Mehrwertsteuer zulasten der Berufungsbeklagten.

Erwägungen:

1.

1.1. Der Berufungskläger (geb. 1964) und die Berufungsbeklagte (geb. 1965) heirateten am tt. Januar 1985 in Portugal (act. 4/1). Sie sind Eltern von zwei seit längerem volljährigen Kindern (vgl. act. 6/7 Prot. S. 7).

1.2. Mit Eheschutzurteil vom 5. Juni 2019 stellte das Einzelgericht im summarischen Verfahren des Bezirksgerichts Dielsdorf die Berechtigung der Parteien zum Getrenntleben fest und verpflichtete den Berufungskläger, der Berufungsbeklagten ab dem 1. Februar 2019 monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 1'000.– zu bezahlen (act. 6/7/15 Dispositiv-Ziff. 1 und 2).

1.3.

1.3.1. Am 2. Juni 2023 reichte die Berufungsbeklagte beim Einzelgericht im ordentlichen Verfahren des Bezirksgerichts Dielsdorf (fortan: Vorinstanz) die Scheidungsklage ein (act. 6/1). Nach zweifacher Verschiebung aufgrund von urlaubsbedingten Abwesenheiten des Rechtsvertreters des Berufungsklägers (act. 6/9 ff., 6/14, 6/17, 6/22 f.) fand am 28. Mai 2024 die Einigungsverhandlung statt (Prot. Vi. S. 5-13).

1.3.2. Im Anschluss an die Einigungsverhandlung stellte die Vorinstanz den Parteien mit Kurzbriefen vom 30. Mai 2024 einen Vorschlag für eine Teilvereinbarung betreffend den Scheidungspunkt, den nachehelichen Unterhalt und den Vorsorgeausgleich zu (act. 6/32/1+2). Der Vorschlag sieht vor, dass sich beide Parteien mit der Scheidung einverstanden erklären, gegenseitig auf nacheheliche Unterhaltsbeiträge verzichten und die Vorsorgeguthaben hälftig geteilt werden (act. 6/33). Die Vorinstanz bat die Parteien, den Vorschlag zu prüfen, und, falls sie damit einverstanden seien, unterzeichnet zurückzusenden (act. 6/32/1+2). Beide Parteien stimmten der Teilvereinbarung zu und sendeten der Vorinstanz von ihnen unterzeichnete Exemplare der Teilvereinbarung zurück, die Berufungsbeklagte mit Begleitschreiben vom 1. Juli 2024 (act. 6/42 f.) und der Berufungskläger mit Begleitschreiben vom 5. September 2024 (act. 6/46 f.).

1.3.3. Mit Eingabe vom 28. Juni 2024 stellte der Berufungskläger ein Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen und beantragte die Aufhebung des im Eheschutzurteil festgelegten ehelichen Unterhalts (act. 6/40). Mit Stellungnahme vom 22. Juli 2024 beantragte die Berufungsbeklagte die Abweisung des Massnahmebegehrens (act. 6/45). Nach Eingang einer weiteren Stellungnahme des Berufungsklägers (act. 6/56), wies die Vorinstanz das Massnahmebegehren mit Verfügung vom 16. Januar 2025 ab (act. 3/1 = act. 5 [Aktenexemplar] = act. 6/59).

1.4. Dagegen erhob der Berufungskläger mit elektronischer Eingabe vom 31. Januar 2025 (Datum Abgabequittung) Berufung beim Obergericht des Kantons Zürich (act. 2; vgl. auch act. 4/1-3).

1.5. Die vorinstanzlichen Akten (act. 6/1-61) wurden von Amtes wegen beigezogen. Mit Verfügung vom 18. Februar 2025 wurde dem Berufungskläger Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses von Fr. 1'500.– angesetzt (act. 7). Der Berufungskläger leistete den Kostenvorschuss fristgerecht (act. 8 f.). Weiterungen erübrigen sich. Auf die Einholung einer Berufungsantwort ist zu verzichten (vgl. Art. 312 Abs. 1 ZPO). Das Verfahren erweist sich als spruchreif. Der Berufungsbeklagten ist mit dem vorliegenden Entscheid eine Kopie der Berufungsschrift zuzustellen.

2.

2.1. Erstinstanzliche Entscheide über vorsorgliche Massnahmen in vermögensrechtlichen Angelegenheiten sind mit Berufung anfechtbar, wenn der Streitwert der zuletzt aufrecht erhaltenen Rechtsbegehren mindestens Fr. 10'000.– beträgt (Art. 308 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 ZPO). Liegt der Streitwert darunter, steht als Rechtsmittel die Beschwerde nach den Art. 319 ff. ZPO zur Verfügung (Art. 319 lit. a ZPO). Die Parteien streiten sich über die eheliche Unterhaltspflicht des Berufungsklägers. Der Berufungskläger beantragte sowohl vor Vorinstanz als auch im Berufungsverfahren die (vorsorgliche) Aufhebung seiner im Eheschutzverfahren festgelegten Verpflichtung, der Berufungsbeklagten monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 1'000.– zu bezahlen. Damit liegt eine vermögensrechtliche Streitigkeit vor (vgl. anstelle vieler BGE 133 III 393 E. 2). Mangels anderslautender Ausführungen des Berufungsklägers ist davon auszugehen, dass er die Aufhebung seiner

ehelichen Unterhaltspflicht ab dem Zeitpunkt der Einreichung seines Massnahmebegehrens verlangt, also ab Juli 2024. Das Scheidungsverfahren dauert bis zum rechtskräftigen Abschluss schätzungsweise noch rund eineinhalb Jahre. Der Streitwert des Verfahrens betreffend vorsorgliche Massnahmen beträgt somit Fr. 30'000.– (30 Monate x Fr. 1'000.–). So viel würde der Berufungskläger einsparen, wenn sein Massnahmebegehren gutgeheissen würde. Folglich ist als Rechtsmittel die Berufung gegeben. Der Berufungskläger reichte seine Berufung am 31. Januar 2025 und somit innert der 30-tägigen Rechtsmittelfrist ab Zustellung des angefochtenen Entscheids am 21. Januar 2025 ein (act. 6/61; Art. 314 Abs. 2 i.V.m. Art. 248 lit. d, Art. 276 und 271 sowie Art. 405 Abs. 1 ZPO). Die Berufung enthält Anträge sowie eine Begründung. Der Berufungskläger ist durch den angefochtenen Entscheid beschwert und zur Berufung legitimiert. Auf die Berufung ist daher einzutreten.

2.2. Gegenstand des vorliegenden Berufungsverfahrens bilden vorsorgliche Massnahmen während des Scheidungsverfahrens. 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. Aufl. 2016, Art. 276 N 15). Es soll in einem raschen Verfahren eine vorläufige Friedensordnung hergestellt werden. Es gelangt das summarische Verfahren zur Anwendung (vgl. Art. 248 lit. d ZPO); die entscheiderelevanten Tatsachen sind nicht strikte zu beweisen, sondern nur glaubhaft zu machen. Folglich genügt es, wenn aufgrund objektiver Anhaltspunkte eine gewisse Wahrscheinlichkeit für das Bestehen der fraglichen Tatsachen spricht (vgl. BGer 5A_813/2013 vom 12. Mai 2014 E. 4.3; OGer ZH LY130038 vom 18. März 2014 E. 3.2). Es gilt der eingeschränkte Untersuchungsgrundsatz (Art. 272 ZPO) und es besteht keine Beweismittelbeschränkung (Art. 254 Abs. 2 lit. c ZPO).

2.3. Mit der Berufung können die unrichtige Rechtsanwendung und die unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Den Berufungskläger trifft dabei eine Begründungspflicht (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Er hat

sich sachbezogen mit dem Entscheid der Vorinstanz auseinanderzusetzen und unter Bezugnahme auf die erstinstanzlichen Erwägungen im Einzelnen darzulegen, warum dieser in den angefochtenen Punkten fehlerhaft sein soll. Neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel (sog. Noven) sind dabei nur noch insoweit zulässig, als sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Das gilt auch im Anwendungsbereich des eingeschränkten Untersuchungsgrundsatzes. Nicht unter das Novenrecht fallen neue Vorbringen rechtlicher Art. Solche sind (im Rahmen des ordentlichen Ganges des Berufungsverfahrens) jederzeit und voraussetzungslos zulässig. Dies ergibt sich aus dem Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen (Art. 57 ZPO; vgl. HILBER/REETZ, in: Sutter-Somm/Lötscher/Leuenberger/Seiler, ZPO Komm., 4. Aufl. 2025, Art. 317 N 31 und 33).

3.

3.1. Strittig ist die Pflicht des Berufungsklägers zur Leistung von Ehegattenunterhalt.

3.2. Im Eheschutzurteil vom 5. Juni 2019 wurde der Berufungsbeklagten ein monatliches Nettoeinkommen von Fr. 3'000.– angerechnet. Dieses Einkommen bestand aus ihren damaligen Einkünften als Reinigungskraft für Unternehmen und Privathaushalte in Höhe von Fr. 2'300.– und aus Einnahmen aus der beabsichtigten Untervermietung der von ihr bewohnten 4-Zimmer-Wohnung in Höhe von Fr. 700.– (act. 6/7/15 E. V.3). Für die Einkünfte als Reinigungskraft wendete die Berufungsbeklagte rund 20 Stunden pro Woche auf, was ungefähr einem 50%-Arbeitspensum entspricht (act. 6/7 Prot. S. 9 f.). Mit ihrem Einkommen konnte sie ihren damaligen Bedarf von Fr. 3'571.– (u.a. Wohnkosten von Fr. 1'786.–) nicht decken (act. 6/7/15 E. V.2). Dem Berufungskläger wurde im Eheschutzurteil ein monatliches Nettoeinkommen von Fr. 4'191.– angerechnet (act. 6/7/15 E. V.3). Er arbeitete zu 100% in einer Sägerei der C._____ AG (act. 6/7 Prot. S. 16; act. 6/7/12/2). Sein Bedarf betrug Fr. 2'410.– (act. 6/7/15 E. V.2). Auf dieser Grundlage errechnete das Eheschutzgericht einen monatlichen Unterhaltsanspruch der Berufungsbeklagten von Fr. 1'176.– (Manko Fr. 571.–; hälftiger Über-

schussanteil Fr. 605.–) und sprach ihr, da sie nicht mehr beantragt hatte, Unterhaltsbeiträge im Betrag von Fr. 1'000.– zu (act. 6/7/15 E. V.6).

3.3. Der Berufungskläger begründete sein Massnahmebegehren vom 28. Juni 2024 im Wesentlichen damit, dass es der Berufungsbeklagten mittlerweile, d.h. sechs Jahre nach der Trennung, zuzumuten sei, in einem Vollzeitpensum zu arbeiten. In der Reinigungsbranche würden laufend Arbeitskräfte gesucht. Die Berufungsbeklagte sei bei bester Gesundheit. Sie arbeite allein deswegen nicht in grösserem Umfang, weil sie es nicht wolle. Bei einer Vollzeiterwerbstätigkeit könne die Berufungsbeklagte ein monatliches Nettoeinkommen von Fr. 3'685.– erzielen. Mindestens dieser Betrag sei ihr als hypothetisches Einkommen anzurechnen. Bei einer vermehrten Tätigkeit für Privathaushalte sei kurzfristig sogar ein Einkommen über Fr. 4'000.– möglich. Die Berufungsbeklagte sei daher in der Lage, ihren Bedarf zu decken und für sich selbst zu sorgen. Es sei ihm nicht zuzumuten, weiter Unterhalt zu zahlen, den er später zurückfordern könne, insbesondere da mit einer streitigen Scheidung zu rechnen sei (act. 6/40).

3.4. Die Vorinstanz erwog, eine Abänderung von Eheschutzmassnahmen setze eine wesentliche und dauernde Veränderung der Verhältnisse voraus (act. 5 E. II.1.4). Sie gab die Einkommens- und Bedarfswahlen gemäss Eheschutzurteil wieder und prüfte anschliessend, wie sich die Einkommenszahlen der Parteien aktuell präsentieren. Dabei gelangte sie zum Ergebnis, dass die Berufungsbeklagte aus ihren Anstellungen bei der D. _____ AG (Fr. 770.–), bei der E. _____ AG (Fr. 670.–), bei F. _____ (Fr. 310.–) und bei G. _____ (Fr. 229.–) aktuell ein monatliches Einkommen von insgesamt knapp Fr. 2'000.– erziele, was eine Verringerung im Vergleich zum Zeitpunkt des Eheschutzurteiles darstelle. Der Berufungskläger verdiene mit seiner Anstellung bei der C. _____ AG inkl. 13. Monatslohn aktuell rund Fr. 4'450.– pro Monat, was einer leichten Erhöhung seines Einkommens gleichkomme. Daraus schloss die Vorinstanz, dass keine wesentliche Änderung der Einkommensverhältnisse vorliege. Ob die Berufungsbeklagte theoretisch ein höheres Einkommen erzielen könnte, liess die Vorinstanz offen. Sie führte aus, der Berufungsbeklagten sei im Eheschutzurteil kein hypothetisches Einkommen angerechnet worden. Man sei damals also nicht davon ausgegangen,

dass der Berufungsbeklagten während der Trennung die Erzielung eines höheren Einkommens zugemutet werden könne. Inwiefern sich die damalige Einschätzung des Gerichts zum heutigen Zeitpunkt geändert haben solle, vermöge der Berufungskläger nicht darzulegen. Der Zeitablauf von rund sechs Jahren begründe für sich allein keine wesentliche Veränderung der Verhältnisse. Andere Abänderungsgründe seien nicht dargetan und auch nicht ersichtlich. Damit sei das Massnahmebegehren abzuweisen (act. 5 E. III. 2 f.).

3.5. Dagegen wendet der Berufungskläger ein, gemäss Art. 163 Abs. 1 ZGB hätten die Ehegatten gemeinsam, jeder nach seinen Kräften, zum gebührenden Unterhalt beizutragen. Was zum gebührenden Unterhalt gehöre, richte sich einerseits nach den konkreten wirtschaftlichen Verhältnissen und andererseits nach der Lebenshaltung, auf welche sich die Ehegatten geeinigt hätten. Wer in der Ehe welche Beiträge leiste, ändere sich im Laufe der Zeit mit der Lebenssituation der Ehepartner. Die Verständigung über den Beitrag, den jeder Ehegatte leiste, sei daher nicht eine einmalige Einigung, sondern eine fortwährende Verhandlung über Rechte und Pflichten in der ehelichen Gemeinschaft. Diesem Umstand trage Art. 172 ZGB Rechnung: Erzielten die Ehepartner keine Einigung, könnten sie das Gericht anrufen, welches zu vermitteln versuche und erforderlichenfalls entscheide. Während ihres Zusammenlebens habe er es, auch als die Kinder schon erwachsen gewesen seien, akzeptiert, dass die Berufungsbeklagte nur Teilzeit gearbeitet habe. Vor diesem Hintergrund sei es nachvollziehbar, dass das Eheschutzgericht diese Verhältnisse zunächst fortgeschrieben habe. Die Feststellung der Vorinstanz, das Eheschutzgericht sei nicht davon ausgegangen, dass der Berufungsbeklagten während der Trennung die Erzielung eines höheren Einkommens zugemutet werden könne, sei jedoch falsch. Das Eheschutzgericht habe sich mit dieser Frage überhaupt nicht befusst, weshalb nun das Scheidungsgericht darüber befinden müsse. Wenn der Ehemann während des Zusammenlebens mit dem Beitrag seiner Ehefrau nicht mehr einverstanden sei und keine neue Einigung erzielt werden könne, könne er das Gericht anrufen. Es sei nicht einzusehen, warum ihm dies nach der Trennung verwehrt bleiben solle, wenn doch die Bestimmungen zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft gemäss Art. 276 ZPO sinngemäss anzuwenden seien. Seit Beginn seiner Zahlungspflicht

per 1. Februar 2019 seien 6 Jahre vergangen. Die Ehescheidung sei über anderthalb Jahre hängig und die Berufungsbeklagte sei noch nicht einmal zur Klagebegründung aufgefordert worden. Das bedeute, das Verfahren werde sich voraussichtlich noch Jahre hinziehen. Es sei ständige Rechtsprechung des Bundesgerichts, dass die Verpflichtung der Ehefrau, für sich selbst zu sorgen, und die Zumutbarkeit, in Vollzeit zu arbeiten, mit der Zeit zunehme. Wenn die Vorinstanz bei der Bewertung, ob sich die Verhältnisse geändert hätten, einzig auf Einkommen und Bedarf abstelle, greife das zu kurz. Geändert hätten sich die Pflichten der Berufungsbeklagten. Sie hätte sich längst um Arbeit bemühen müssen. Er sei mit der für ihn nachteiligen Aufteilung der Lasten nicht mehr einverstanden. Im Übrigen sei offensichtlich, dass kein nachehelicher Unterhalt an die Berufungsbeklagte geschuldet sei. Es sei missbräuchlich, wenn sich die Berufungsbeklagte über Jahre zu seinen Lasten weigere, ausreichend zu arbeiten (act. 2 Rz. 8-19).

4.

4.1. Ändern sich die Verhältnisse, so passt das Scheidungsgericht auf Begehren eines Ehegatten die Eheschutzmassnahmen an oder hebt sie auf, wenn ihr Grund weggefallen ist (Art. 276 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 179 Abs. 1 ZGB). Eine Abänderung setzt voraus, dass seit der Rechtskraft des Urteils eine wesentliche und dauerhafte Veränderung der Verhältnisse eingetreten ist. Ein Abänderungsgrund liegt auch dann vor, wenn die tatsächlichen Feststellungen, die dem Eheschutzentscheid zugrunde lagen, sich nachträglich als unrichtig erweisen oder sich nicht wie vorhergesehen verwirklichen. Schliesslich kann ein Ehegatte die Änderung verlangen, wenn sich der ursprüngliche Entscheid als nicht gerechtfertigt erweist, weil dem Eheschutzgericht wesentliche Tatsachen nicht bekannt waren. Andernfalls steht die formelle Rechtskraft des Eheschutzentscheides einer Abänderung entgegen (BGE 143 III 617 E. 3.1; BGE 141 III 376 E. 3.3.1). Verlangt der unterhaltspflichtige Ehegatte die Herabsetzung oder Aufhebung seiner ehelichen Unterhaltspflicht, trägt er die Beweislast für das Vorliegen eines Abänderungsgrundes (Art. 8 ZGB; BSK ZGB I-ISENRING/KESSLER, 7. Aufl. 2022, Art. 179 N 5).

4.2. Für eine Abänderung kommen sämtliche Umstände in Betracht, die für die Berechnung des Unterhaltsbeitrags von Bedeutung sind (BGer 5A_424/2022 vom

23. Januar 2023 E. 2.2.1; BGer 5A_874/2019 vom 22. Juni 2020 E. 3.2). Angesprochen sind damit in erster Linie tatsächliche Änderungen namentlich in der Erwerbstätigkeit oder der Wohnsituation eines Ehegatten (BGer 5A_120/2021 vom 11. Februar 2022 E. 5.3.1).

4.3. Wie der Berufungsbeklagte zutreffend ausführt, bildet Art. 163 ZGB die Grundlage des Unterhaltsanspruchs zwischen den Ehegatten. Gemäss dieser Bestimmung sorgen die Ehegatten gemeinsam, ein jeder nach seinen Kräften, für den gebührenden Unterhalt der Familie (Art. 163 Abs. 1 ZGB). Hat das Gericht die Unterhaltsbeiträge nach der Aufhebung des gemeinsamen Haushalts zu regeln, ist in einer ersten Phase von der bisher gelebten Aufgabenteilung der Eheleute auszugehen. Ausgangspunkt für die Ermittlung des Beitrages an den Unterhalt des fordernden Ehegatten ist der während des gemeinsamen Haushaltes zuletzt gelebte Standard, auf dessen Fortführung bei genügenden Mitteln beide Teile Anspruch haben. Reichen die vorhandenen Mittel nicht aus, um diesen Standard aufrecht zu erhalten, haben die Ehegatten Anspruch auf den gleichen Lebensstandard (BGE 140 III 337 E. 4.2.1; BGE 137 III 102 E. 4.2). Steht allerdings fest, dass mit einer Wiederaufnahme des gemeinsamen Haushalts nicht mehr gerechnet werden kann, hat das Eheschutzgericht im Rahmen von Art. 163 ZGB die für den nachehelichen Unterhalt geltenden Kriterien (Art. 125 Abs. 1 und 2 ZGB) miteinzubeziehen. Es ist zu prüfen, ob und in welchem Umfang vom Ehegatten, der bisher den gemeinsamen Haushalt geführt hat, davon aber nach dessen Aufhebung entlastet ist, erwartet werden kann, dass er seine Arbeitskraft anderweitig einsetze und eine Erwerbstätigkeit aufnehme oder ausdehne. Das gilt noch verstärkt, wenn nicht erst Eheschutzmassnahmen beantragt sind, sondern bereits das Scheidungsverfahren hängig ist und in dessen Rahmen vorsorgliche Massnahmen verlangt werden. Diesfalls besteht die Obliegenheit zur (Wieder-)Eingliederung in den Arbeitsprozess bzw. zur Ausdehnung einer bestehenden Tätigkeit bereits ab dem Trennungszeitpunkt (BGE 148 III 358 E. 5, BGE 147 III 308 E. 5.2; BGE 147 III 301 E. 6.2; BGE 138 III 97 E. 2.2; BGer 5A_933/2022 vom 25. Oktober 2023 E. 5.1). Keine Anwendung findet beim ehelichen Unterhalt demgegenüber die zeitliche Begrenzung von Art. 125 Abs. 2 ZGB. Im Unterschied zum nachehelichen Unterhalt ist der eheliche Unterhalt nicht zeitlich begrenzt,

sondern bis zum Zeitpunkt der Scheidung geschuldet, soweit der andere Ehegatte den gebührenden Unterhalt nicht mit seinem eigenen Einkommen zu decken vermag (BGE 148 III 358 E. 5; BGer 5A_144/2023 vom 26. Mai 2023 E. 5.2; OGer ZH LE190049 vom 6. Januar 2020 E. D.5.1.1; vgl. zum Ganzen auch: MAIER/VETTERLI: in FamKomm Scheidung, Band 1, 4. Aufl. 2022, Art. 176 N 25-28).

4.4 Bei der Beurteilung der Eigenversorgungskapazität ist grundsätzlich vom tatsächlich erzielten Einkommen auszugehen. Das Gericht kann einem Ehegatten jedoch ein höheres hypothetisches Einkommen anrechnen, wenn die Aufnahme oder die Ausdehnung einer bestehenden Erwerbstätigkeit zumutbar und die Erzielung des hypothetischen Einkommens tatsächlich möglich ist (BGE 147 III 249 E. 3.4.4; BGE 143 III 233 E. 3.2; BGE 137 III 118 E. 2.3). Soweit der betreffende Elternteil keine gemeinsamen Kinder zu betreuen hat, gilt grundsätzlich der Vollzeiterwerb als zumutbar (BGer 5A_933/2022 vom 25. Oktober 2023 E. 5.1). Bei den tatsächlichen Verhältnissen ist auf das Alter, die körperliche Gesundheit, die sprachlichen Kenntnisse, die bisherigen Tätigkeiten, die bisherigen und die für den Wiedereinstieg zumutbaren Aus- und Weiterbildungen, die persönliche Flexibilität, die Lage auf dem Arbeitsmarkt u.Ä.m., mithin generell auf die konkreten Chancen abzustellen, in einem bestimmten Bereich, welcher nicht zwingend dem früheren Tätigkeitsfeld entsprechen muss, einer Erwerbstätigkeit nachzugehen (BGE 147 III 249 E. 3.4.4).

5.

5.1. Mit Blick auf das Gesagte ist vorweg festzuhalten, dass die Frage, ob der Berufungskläger dereinst nachehelichen Unterhalt zu bezahlen haben wird oder nicht, für das vorliegende Verfahren betreffend vorsorgliche Massnahmen im Scheidungsverfahren ohne Relevanz ist. Anders als der nacheheliche Unterhalt kennt der eheliche Unterhalt keine zeitliche Begrenzung. Der Berufungskläger hätte zudem bereits vor Jahren die Möglichkeit gehabt, selbst eine Scheidungsklage einzureichen. Dass nach wie vor über ehelichen Unterhalt gestritten wird, hat er zumindest mitzuverantworten. Ebenfalls ins Leere läuft der Vorwurf des Berufungsklägers, die Berufungsbeklagte verhalte sich missbräuchlich, da sie sich auf seine Kosten weigere, ausreichend zu arbeiten. Die Berufungsbeklagte führte

in ihrer Scheidungsklage zur Begründung ihres Gesuchs betreffend Prozesskostenvorschuss und unentgeltliche Rechtspflege aus, der Berufungskläger habe bis anhin noch keine einzige Unterhaltszahlung geleistet und sie nach Einleitung einer Betreuung mit dem Leben bedroht (act. 6/1 Rz. 11; act. 6/45 Rz. 8). Diese Ausführungen blieben vom Berufungskläger unwidersprochen (vgl. act. 6/40; act. 6/56). In den vom Berufungskläger eingereichten Kontoauszügen lassen sich denn auch keine Unterhaltszahlungen an die Berufungsbeklagte ausfindig machen. Zwar hat der Berufungskläger mehrfach Bargeldbezüge in Höhe von Fr. 1'000.– getätigt. Dabei soll es sich nach seinen Angaben aber um Zahlungen an seine neue Partnerin für die Wohnkosten handeln (vgl. act. 6/26/7). Auch in der Steuererklärung für das Jahr 2023 hat der Berufungskläger keine Unterhaltsbeiträge an die Berufungsbeklagte deklariert (act. 6/26/9). Es ist deshalb davon auszugehen, dass der Berufungskläger der Berufungsbeklagten bisher tatsächlich keine Unterhaltszahlungen geleistet hat. Vor diesem Hintergrund erscheint es geradezu befremdlich, wenn der Berufungskläger der Berufungsbeklagten vorwirft, sie würde sich auf seine Kosten weigern, mehr zu arbeiten. Von einem rechtsmissbräuchlichen Verhalten der Berufungsbeklagten kann jedenfalls keine Rede sein.

5.2. Es trifft zu, dass entgegen der vorinstanzlichen Erwägungen das Eheschutzgericht sich mit der Frage, ob es der Berufungsbeklagten während der Dauer der Trennung zumutbar und möglich wäre, ein höheres Erwerbseinkommen zu erzielen, nicht auseinandergesetzt hat (act. 5 E. III. 2.2). Jedenfalls findet sich in der Entscheidungsbegründung nichts, was darauf hindeuten würde. Das Eheschutzgericht berücksichtigte das tatsächliche Einkommen der Berufungsbeklagten als Reiningungskraft und rechnete ihr im Hinblick auf die beabsichtigte Untervermietung der Wohnung ein zusätzliches hypothetisches Einkommen von Fr. 700.– an. Weitere Ausführungen zum Einkommen der Berufungsbeklagten finden sich im Eheschutzurteil nicht (act. 6/7/15 E. V.3.1).

5.3. Der Berufungskläger irrt sich aber, wenn er aus diesem Umstand schliesst, das Scheidungsgericht habe sich mit der Frage eines hypothetischen Erwerbseinkommens der Berufungsbeklagten zu befassen. Die Parteien lebten bei Erlass

des Eheschutzurteils bereits seit fast einem Jahr getrennt. Der Berufungskläger führte im damaligen Verfahren anlässlich der Hauptverhandlung sechs Monate nach der Trennung aus, dass er sich eine Wiederaufnahme des gemeinsamen Haushalts unter keinen Umständen vorstellen könne ("Nein. Niemals." [act. 6/7 Prot. S. 6]). Beide Parteien äusserten sich klar dahingehend, dass sie die Scheidung wollten. Es herrschte diesbezüglich nur insofern Uneinigkeit, als der Berufungskläger aus Kostengründen eine Scheidung in Portugal wünschte, während die Berufungsbeklagte eine Scheidung in der Schweiz vorzog (act. 6/7 Prot. S. 3, 5, 6 und 17). Es konnte also bereits bei Erlass des Eheschutzurteils augenfällig nicht mehr ernsthaft mit einer Wiederaufnahme des gemeinsamen Haushalts gerechnet werden. Das Eheschutzgericht hätte deshalb prüfen müssen, ob es der Berufungsbeklagten zumutbar und möglich ist, ihre Erwerbstätigkeit auszudehnen. Die früher vom Bundesgericht beachtete Altersgrenze von 45 Jahren galt nur für den beruflichen (Wieder)Einstieg, während die Ausdehnung einer bereits bestehenden Erwerbstätigkeit auch bei über 45-jährigen Ehegatten seit je als zumutbar erachtet worden war (BGE 147 III 308 E. 5.2; BGer 5A_319/2016 vom 27. Januar 2017 E. 4.2; BGer 5A_21/2012 vom 3. Mai 2012 E. 3.3; BGer 5A_332/2011 vom 10. April 2012 E. 3.3.1; BGer 5A_206/2010 vom 21. Juni 2010 E. 5.3.4). Die Obliegenheit der damals 53-jährigen Berufungsbeklagten, ihre Erwerbstätigkeit nach Möglichkeit und Zumutbarkeit auszudehnen, um selbst für ihren gebührenden Bedarf aufzukommen, bestand also bereits im Zeitpunkt des Eheschutzurteils (vgl. E. 4.3). Sie mag nunmehr im Scheidungsverfahren noch etwas verstärkt gelten. Eine wesentliche Veränderung der Pflichten der Berufungsbeklagten liegt entgegen der Auffassung des Berufungsklägers jedoch nicht vor. Das Abänderungsverfahren und die vorsorglichen Massnahmen im Scheidungsverfahren bezwecken nicht, das Eheschutzurteil zu korrigieren, sondern es an veränderte Umstände anzupassen (BGer 5A_1005/2017 vom 23. August 2018 E. 3.1.1; vorstehende E. 4.1). Der Berufungskläger hätte seine im vorliegenden Berufungsverfahren vorgetragenen Einwendungen mit einem Rechtsmittel gegen den Eheschutzentscheid geltend machen müssen. Im Abänderungsverfahren ist er damit nicht mehr zu hören (vgl. BGE 143 III 42 E. 5.3, wonach neue Vorbringen im Abänderungsverfahren nicht zu berücksichtigen seien, wenn und soweit sie gestützt auf

Art. 317 Abs. 1 ZPO bereits mit Berufung gegen den Eheschutzentscheid hätten vorgebracht werden können).

5.4. Zusammenfassend ist die Berufung abzuweisen und der angefochtene Entscheid im Ergebnis zu bestätigen.

6. Der Vollständigkeit halber ist festzuhalten, dass es dem Berufungskläger mit seinen Vorbringen im erstinstanzlichen und zweitinstanzlichen Massnahmeverfahren auch nicht gelingen würde, glaubhaft zu machen, dass die Berufungsbeklagte ein höheres als das im Eheschutzverfahren angenommenen Einkommen von Fr. 2'300.– erzielen kann. Er bringt dazu bloss vor, es bestehe eine grosse Nachfrage nach Reinigungskräften, und schliesst daraus, die Berufungsbeklagte könne ihr Arbeitspensum auf 100% erhöhen. Anschliessend errechnet er auf Basis des GAV für die Reinigungsbranche und des NAV Hauswirtschaft den mutmasslichen Lohn der Berufungsbeklagten bei einem 100%-Arbeitspensum (act. 6/40 N 3-10). Die Berufungsbeklagte ist 59 Jahre alt. Sie ist der deutschen Sprache nur beschränkt mächtig und brauchte für die Gerichtsverhandlungen eine Übersetzung (vgl. Prot. Vi. S. 5; act. 6/1 N 15; act. 6/7 Prot. S. 3). Von der E._____ AG und der D._____ AG wird sie zum (Minimal-)Stundenlohn der Kategorie Unterhaltsreinigerin I gemäss GAV entschädigt, woraus zu schliessen ist, dass sie über keine besondere Ausbildung oder Weiterbildung im Bereich Reinigung verfügt (vgl. act. 6/4/3, 6/41, 6/53/18/1+2). Könnte sie ihr Pensum bei der E._____ AG und der D._____ AG ohne Weiteres beliebig erhöhen, wäre nicht einzusehen, weshalb sie sich die Mühe machen würde, daneben auch noch in zwei Privathaushalten tätig zu sein. Aufgrund ihrer Tätigkeit für insgesamt vier Arbeitgeber muss die Berufungsbeklagte bereits aktuell an mehreren Tagen an verschiedene Arbeitsorte gelangen, ohne dass ihr die Reisezeit entschädigt werden würde (vgl. Prot. Vi. S. 6 und 7; act. 6/4/3, 6/4/4, 6/4/5 und 6/52/18/1-4). Mit jedem zusätzlichen Job in einem Privathaushalt käme ein weiterer Arbeitsweg hinzu. Die Berufungsbeklagte ist somit darauf angewiesen, dass sich ihre verschiedenen Arbeitsorte in einer gewissen geographischen Nähe befinden und kann nicht jede beliebige ausgeschriebene Stelle annehmen. Gemäss den unangefochtenen Feststellungen der Vorinstanz erzielt die Berufungsbeklagte mit ihren vier Anstellungen aktuell knapp

Fr. 2'000.– (act. 5 E. III.2.2). Sie müsste eine zusätzliche Anstellung in einem Privathaushalt finden, um nur schon auf das ihr im Eheschutzverfahren angerechnete Einkommen von Fr. 2'300.– zu kommen. Sie war bereits in der Vergangenheit veranlasst, ihre Arbeitskapazität voll auszuschöpfen, hat der Berufungskläger ihr bisher doch keine Unterhaltsbeiträge bezahlt (vgl. E. 5.1). Es ist nicht anzunehmen, dass sie freiwillig auf erzielbares Einkommen verzichtet. Unter den vorliegenden Umständen erscheint es wahrscheinlicher, dass es ihr gegenwärtig effektiv nicht möglich ist, ein höheres als das ihr im Eheschutzverfahren angerechnete Einkommen zu erzielen. Ist es der Berufungsbeklagten nicht möglich, ein höheres Einkommen zu erzielen, kann ihr kein hypothetisches Einkommen angerechnet werden (vgl. E. 4.4). Das Massnahmebegehren und die Berufung wären auch aus diesem Grund abzuweisen.

7. Ausgangsgemäss wird der Berufungskläger kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Entscheidgebühr ist auf Fr. 1'500.– festzusetzen (§§ 2, 4, 5, 6, 8 und 12 GebV OG; vgl. zum Streitwert E. 2.1) und mit dem vom Berufungskläger geleisteten Kostenvorschuss in gleicher Höhe zu verrechnen (Art. 111 Abs. 1 ZPO). Parteientschädigungen für das Berufungsverfahren sind keine zuzusprechen: Dem Berufungskläger nicht, weil er unterliegt, der Berufungsbeklagten nicht, weil ihr keine entschädigungspflichtigen Umtriebe entstanden sind.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen. Die Verfügung des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Dielsdorf vom 16. Januar 2025 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'500.– festgesetzt, dem Berufungskläger auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Berufungsbeklagte unter Beilage einer Kopie von act. 2, sowie an das Bezirksgericht Dielsdorf, 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. 30'000.—.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

MLaw S. Widmer

versandt am: