

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LY180030-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende,  
Oberrichterin Dr. D. Scherrer und Oberrichter lic. iur. M. Spahn  
sowie Gerichtsschreiber lic. iur. F. Rieke

## **Beschluss und Urteil vom 16. Juli 2018**

in Sachen

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

Beklagte und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. \_\_\_\_\_,

gegen

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

Kläger und Berufungsbeklagter

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

betreffend **Ehescheidung (vorsorgliche Massnahmen)**

**Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Meilen vom 12. Juni 2018 (FE170040-G)**

### **Urteil des Bezirksgerichts Meilen vom 12. Juni 2018:**

1. In Gutheissung des klägerischen Antrags wird die Verpflichtung des Klägers zur Unterhaltszahlung an die Beklagte gemäss Ziff. 3 Lemma 3 der Vereinbarung der Parteien betreffend das Getrenntleben, vorgemerkt mit Verfügung vom 19. April 2007 des Bezirksgerichts Horgen (Geschäfts-Nr.

- EE060114), ab dem 5. März 2018 für die weitere Dauer des Scheidungsverfahrens aufgehoben.
2. Die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen wird dem Endentscheid vorbehalten.
  3. [Schriftliche Mitteilung]
  4. [Rechtsmittelbelehrung: Berufung, Frist 10 Tage, ohne Stillstand]

### **Berufungsanträge:**

- "1. Ziff. 1 der Verfügung des Bezirksgerichtes Meilen vom 12. Juni 2018 (Geschäfts-Nr. FE170040) sei aufzuheben.
2. Das Gesuch des Berufungsbeklagten um Erlass von vorsorglichen Massnahmen sei abzuweisen und es sei festzustellen, dass die mit Verfügung des Bezirksgerichtes Horgen vom 19. April 2007 in Ziff. 3 Lemma 3 festgesetzten Unterhaltsbeiträge auch für die weitere Dauer des Scheidungsverfahrens Geltung haben.
3. Eventualiter seien die Unterhaltsbeiträge ab 5. März 2018 für die weitere Dauer des Scheidungsverfahrens auf monatlich CHF 576.50 herabzusetzen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuz. 7.7% MwSt zu Lasten des Berufungsbeklagten."

### **Erwägungen:**

1. a) Die Parteien sind seit tt. Februar 1993 verheiratet; sie haben keine gemeinsamen Kinder (Vi-Urk. 2). Mit Verfügung des Bezirksgerichts Horgen (Eheschutz) vom 19. April 2007 wurde das Getrenntleben der Parteien und deren Vereinbarung über die Nebenfolgen des Getrenntlebens vorgemerkt; in Ziffer 3 Lemma 2 dieser Vereinbarung hatte sich der (heutige) Kläger verpflichtet, der (heutigen) Beklagten ab 1. Oktober 2007 für die weitere Dauer des Getrenntlebens Unterhaltsbeiträge von Fr. 1'150.-- pro Monat zu bezahlen (Vi-Urk. 10/21). Am 2. März 2017 reichte der Kläger beim Bezirksgericht Meilen (Vorinstanz) die Scheidungsklage ein (Vi-Urk. 1). Nach zwischenzeitlicher Sistierung des Scheidungsverfahrens zwecks Vergleichsgesprächen (Vi-Urk. 45-50) reichte der Kläger

am 5. März 2018 die Klagebegründung und ein Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen (Aufhebung der Unterhaltsbeiträge) ein (Vi-Urk. 54). Nach Durchführung der Massnahmeverhandlung vom 25. April 2018 hiess die Vorinstanz das Massnahmegesuch mit Verfügung vom 12. Juni 2018 gut (Vi-Urk. 74 = Urk. 2; Entscheiddispositiv eingangs wiedergegeben).

b) Hiergegen hat die Beklagte am 25. Juni 2018 fristgerecht (Urk. 77/1) Berufung erhoben und mit dieser die eingangs aufgeführten Berufungsanträge gestellt (Urk. 1. S. 2).

c) Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen. Da sich die Berufung sogleich als unbegründet erweist, kann auf die Einholung einer Berufungsantwort der Gegenpartei verzichtet werden (vgl. Art. 312 Abs. 1 ZPO).

2. a) Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufung ist begründet einzureichen (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Zu dieser Begründungsanforderung gehört, dass in der Berufungsschrift dargelegt werden muss, weshalb der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten unrichtig sein soll; die Berufung muss sich dementsprechend mit den Entscheidungsgründen der Vorinstanz im Einzelnen auseinandersetzen. Das Obergericht hat sodann die geltend gemachten Punkte frei und unbeschränkt zu überprüfen; es muss dagegen den angefochtenen Entscheid nicht von sich aus auf weitere Mängel untersuchen, es sei denn, der Sachverhalt sei geradezu willkürlich festgestellt oder das Recht sei geradezu willkürlich angewandt worden und diese Fehlerhaftigkeiten würden klar zutage treten (Reetz/Theiler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm., Art. 311 N 36).

b) Die Vorinstanz erwog im Wesentlichen, der Kläger erziele infolge einer unverschuldeten Reduktion des Arbeitspensums ein geringeres Einkommen von noch Fr. 4'035.50 pro Monat (netto, inkl. 13. Monatslohn); es sei glaubhaft, dass es ihm weder möglich noch zumutbar sei, ein höheres Einkommen zu erzielen. Im Vergleich zum Einkommen im Eheschutzverfahren von Fr. 4'843.90 entspreche dies einer Reduktion um rund 17 % (Urk. 2 S. 11 f.). Der aktuelle Bedarf des Klä-

gers von Fr. 3'761.50 pro Monat entspreche gegenüber demjenigen gemäss Eheschutzverfahren von Fr. 2'950.-- einer Zunahme von rund 28 % (Urk. 2 S. 12-14). Der Beklagten sei im Eheschutzverfahren ein hypothetisches Einkommen von Fr. 1'500.-- angerechnet worden, was wohl einem Pensum von 50 % entspreche. Sie habe nach eigenen Angaben jedoch seither nie gearbeitet. Die Parteien würden bereits seit über elf Jahren getrennt leben. Es erscheine fraglich, ob sie während der Ehe eine ökonomische Gemeinschaft gehabt hätten, und es sei nicht erkennbar, dass bei der Beklagten eine ehebedingte Einschränkung der Erwerbstätigkeit vorliege. Damit seien die Kriterien für die Bemessung des Scheidungsunterhaltes analog heranzuziehen und es dürfe der wirtschaftlichen Selbständigkeit eine gewisse Bedeutung zugemessen werden. Nachdem die Beklagte keine Kinderbetreuung zu leisten habe, sie seit über zehn Jahren einer Erwerbstätigkeit nachgehen müsste, sie nicht glaubhaft gemacht habe, dass sie weder arbeitsfähig noch vermittelbar wäre, und für sie keine Vertrauensbasis bestand oder bestehe, ihren Unterhalt nicht zunehmend selbst bestreiten zu müssen, sei ihr ein hypothetisches Einkommen auf der Basis einer Vollzeittätigkeit, d.h. (angelehnt an das Eheschutzverfahren) von Fr. 3'000.-- pro Monat anzurechnen (Urk. 2 S. 14-17). Aktuell sei bei der Beklagten ein an ihre Vollzeittätigkeit angepasster Bedarf von Fr. 2'684.25 pro Monat zu berücksichtigen (Urk. 2 S. 17 f.). Zusammenfassend sei durch die wesentlichen und dauernden Veränderungen bei Einkommen und Bedarf des Klägers ein Abänderungsgrund gegeben. Aktuell seien beide Parteien knapp in der Lage, ihren eigenen Bedarf zu decken; beiden verbleibe ein Überschuss von rund Fr. 300.-- monatlich. Damit seien für die restliche Dauer des Scheidungsverfahrens keine Ehegattenunterhaltsbeiträge mehr zuzusprechen (Urk. 2 S. 19).

c) In Bezug auf das *Einkommen des Klägers* macht die Beklagte in ihrer Berufung geltend, die Vorinstanz habe zu Unrecht dessen aktuelles Einkommen von Fr. 4'035.50 mit demjenigen des Jahres 2016 von Fr. 4'843.90 verglichen. Im Eheschutzverfahren sei von einem Einkommen des Klägers von Fr. 4'360.-- ausgegangen worden, womit eine Verringerung von lediglich 7.4 % (statt rund 17 %) resultiere. Die Veränderung sei damit derart gering, dass eine Abänderung nicht

zulässig sei. Der Beklagte habe auch nicht glaubhaft gemacht, dass er nur noch zu 80 % arbeiten könne (Urk. 1 S. 4-6).

Korrekt ist, dass im Abänderungsverfahren das aktuelle (und künftig zu erwartende) Einkommen mit demjenigen gemäss dem abzuändernden Entscheid zu vergleichen ist. Ob dabei ein Einkommensunterschied von 7.4 % eine wesentliche Veränderung der Verhältnisse darstellt, ist anhand des Einzelfalls zu werten (eine Differenz von rund Fr. 300.-- kann bei engen wirtschaftlichen Verhältnissen durchaus wesentlich sein). Relevant ist aber ohnehin die Veränderung in den gesamten finanziellen Verhältnissen, d.h. von Einkommen und Bedarf zusammen. Wie noch zu zeigen sein wird (unten Erwägung 2.d), liegt unter Berücksichtigung des Bedarfs des Klägers ohne weiteres ein Abänderungsgrund vor.

Zur Möglichkeit der Einkommenssteigerung hat die Vorinstanz sodann erwogen, die Reduktion des Arbeitspensums auf 80 % sei vom Arbeitgeber aus gekommen und es sei nicht davon auszugehen, dass der Kläger angesichts seines Alters von 58 Jahren sowie seines mehrjährigen Drogenkonsums und der daraus resultierenden gesundheitlichen Probleme andernorts eine Anstellung als Koch im Vollzeitpensum finden könnte; die Erzielung eines höheren Einkommens (als des tatsächlichen) sei dem Kläger daher nicht möglich (Urk. 2 S. 11). Das Alter des Klägers und dessen mehrjähriger Drogenkonsum werden in der Berufung nicht beanstandet. Nachdem der Heroinkonsum im Übrigen auch schon im Eheschutzverfahren berücksichtigt wurde (vgl. Urk. 10/20 S. 1 Fussnote 11), erscheinen daraus resultierende gesundheitliche Probleme ohne weiteres als glaubhaft. Damit bleibt es beim vorinstanzlich angerechneten Einkommen des Klägers.

d) In Bezug auf den *Bedarf des Klägers* macht die Beklagte in ihrer Berufung geltend, sie anerkenne einen solchen von Fr. 3'459.-- (statt des vorinstanzlich berücksichtigten von Fr. 3'761.50). Die Mietkosten von Fr. 1'495.-- seien zu hoch. Auch wenn der Kläger Mühe habe, eine günstigere Wohnung zu finden (Gründe dafür seien nicht dargelegt worden), habe er es sich selber anzurechnen, wenn er eine zu teure Wohnung anmiete. Zu berücksichtigen seien lediglich von ihr anerkannte Wohnkosten von Fr. 1'200.--. Damit sei von einer Erhöhung des Bedarfs um lediglich Fr. 509.-- bzw. 17 % auszugehen (Urk. 1 S. 6).

Die Vorinstanz hat erwogen, dass der Kläger aufgrund seiner vielen Betreibungen Mühe haben dürfte, überhaupt eine neue Wohnung zu bekommen, und er habe dargelegt, dass er für den Erhalt seiner jetzigen Wohnung die Vorlage eines Betreibungsregisterauszugs auf umständliche Weise habe umgehen können (vgl. Vi-Prot. S. 39); darüber hinaus würde die ihm zu gewährende Übergangsfrist zur Suche einer günstigeren Wohnung die Dauer des Massnahmeverfahrens voraussichtlich überdauern (Urk. 2 S. 13). Diese für die Berücksichtigung der (an sich zu hohen) Wohnkosten relevanten Erwägungen werden in der Berufung nicht konkret beanstandet, weshalb es dabei und bei den von der Vorinstanz im Bedarf des Klägers berücksichtigten Wohnkosten bleibt.

e) In Bezug auf das *Einkommen der Beklagten* wird in der Berufung geltend gemacht, bei einer Abänderung seien die Wertungen beizubehalten, welche dem abzuändernden Entscheid zugrunde gelegen hätten; dieser dürfe nicht in Wiedererwägung gezogen werden. Im Eheschutzverfahren sei davon ausgegangen worden, dass der Beklagten kein Einkommen angerechnet werden könne. Diese Wertung sei beizubehalten. Auf Seiten der Beklagten habe sich rein gar nichts geändert; auch heute noch gehe sie keiner Erwerbstätigkeit nach und sei auf Sozialhilfeleistungen angewiesen (Urk. 1 S. 7).

Dass der Beklagten im Eheschutzverfahren 2007 kein Einkommen angerechnet worden sei, ist aktenwidrig, Wie bereits die Vorinstanz zutreffend dargelegt hat (Urk. 2 S. 14 f.), wurde ihr im Eheschutzverfahren ein hypothetisches Einkommen von Fr. 1'500.-- angerechnet (Urk. 10/20 S. 2), wobei aufgrund der Höhe dieses Einkommens und der hälftigen Berufsauslagen (Urk. 10/20 S. 1) mit der Vorinstanz davon auszugehen ist, dass dies einem Pensum von etwa 50 % entsprach. Sodann ist zwar korrekt, dass der Abänderungsentscheid die Wertungen des abzuändernden beizubehalten hat, jedoch sind stets die konkreten Verhältnisse im Einzelfall massgebend und diese können nach längerer Zeit – vorliegend rund elf Jahre – sehr wohl andere Wertungen erheischen. Die vorinstanzlichen Erwägungen, dass und wieso der Beklagten nunmehr ein hypothetisches Einkommen auf der Basis einer Vollzeittätigkeit anzurechnen sei (keine Kinderbetreuungspflichten, seit über zehn Jahren Obliegenheit zur Aufnahme einer Er-

werbstätigkeit, keine Glaubhaftmachung einer Arbeitsunfähigkeit oder Unvermittelbarkeit, keine Vertrauensbasis, den Unterhalt nicht zunehmend selbst bestreiten zu müssen; Urk. 2 S. 17), werden in der Berufung schliesslich nicht konkret beanstandet, womit es bei diesen und damit beim vorinstanzlich angerechneten hypothetischen Einkommen der Beklagten bleibt.

f) Weitere Beanstandungen der vorinstanzlichen Erwägungen enthält die Berufung nicht. Nach dem Gesagten erweist sich die Berufung damit als unbegründet. Demgemäss ist die Berufung abzuweisen und der angefochtene Entscheid zu bestätigen (Art. 318 Abs. 1 lit. a ZPO).

3. a) Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist in Anwendung von § 6 Abs. 1, § 8 Abs. 1 und § 12 GebV OG auf Fr. 2'000.-- festzusetzen.

b) Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens sind ausgangsgemäss der Beklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

c) Die Beklagte hat ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege gestellt (Urk. 1 S. 2, S. 7 f.). Ein Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege setzt neben der Mittellosigkeit zusätzlich voraus, dass die Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheinen (Art. 117 lit. b ZPO). Die Berufung ist jedoch als aussichtslos anzusehen (vgl. vorstehende Erwägungen), weshalb das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege abzuweisen ist.

d) Für das Berufungsverfahren sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen, der Beklagten zufolge ihres Unterliegens, dem Kläger mangels relevanter Umtriebe (Art. 95 Abs. 3, Art. 106 Abs. 1 ZPO).

### **Es wird beschlossen:**

1. Das Gesuch der Beklagten um unentgeltliche Rechtspflege für das Berufungsverfahren wird abgewiesen.

2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung erfolgen mit dem nachstehenden Erkenntnis.

**Es wird erkannt:**

1. Die Berufung wird abgewiesen und die Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Meilen vom 12. Juni 2018 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'000.-- festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens werden der Beklagten auferlegt.
4. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Kläger unter Beilage des Doppels von Urk. 1, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Die vorinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

6. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG und ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt mehr als Fr. 30'000.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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



Zürich, 16. Juli 2018

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. F. Rieke

versandt am:  
am