

ZH_OBERGERICHT LE110045 vom 15. März 2013

ZH Obergericht, 2013-03-15, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LE110045

FR: ZH_OBERGERICHT LE110045 du 15 mars 2013

IT: ZH_OBERGERICHT LE110045 del 15 marzo 2013

Erwägungen

E. 1

Die Berufung hemmt die Rechtskraft und die Vollstreckbarkeit des angefochtenen Entscheides im Umfang der Anträge (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Nicht angefochten wurden Dispositiv-Ziffer 1 (Berechtigung zum Getrenntleben), Dispositiv-Ziffer 2 (Zuteilung eheliche Wohnung), Dispositiv-Ziffer 6 (Anordnung Gütertrennung), Dispositiv-Ziffer 7 (Nichteintreten auf Antrag der Klägerin betreffend Übernahme von Reparaturkosten), Dispositiv-Ziffer 9 (Abweisung des Antrages des Beklagten betreffend Feststellung der Rechtsunwirksamkeit der Vereinbarung über vorsorgliche Massnahmen) sowie die Dispositiv-Ziffern 10 (Nichteintreten auf Anträge des Beklagten betreffend Auflösung des Leasingvertrages) und 11 (Festsetzung Gerichtsgebühr). Ein förmlicher Berufungsantrag wurde schliesslich auch bezüglich der vorinstanzlichen Abweisung des klägerischen Prozesskostenvorschussbegehrens nicht gestellt (Dispositiv-Ziffer 8). Diesen Teil des vorinstanzlichen Urteilsspruchs erachtet die Klägerin gemäss ihren Ausführungen in der Berufungsbegründung als unrichtig. Sie macht geltend, die Voraussetzungen für die Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses seien zweifelsohne erfüllt gewesen (Urk. 63/41 S. 6 f.). Einen eigentlichen Antrag um diesbezügliche Korrektur des vorinstanzlichen Entscheides hat die Klägerin nicht deponiert mit dem Bemerkten, die nachträgliche Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses sei nicht mehr möglich, nachdem das erstinstanzliche Verfahren abgeschlossen worden sei (Urk. 41 S. 7). Zudem hat die Klägerin beantragt, dass die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens vollumfänglich dem Beklagten aufzuerlegen seien und dieser verpflichtet werden müsse, ihr eine den effektiv angefallenen Aufwand für die anwaltliche Vertretung deckende Prozessentschädigung zu bezahlen (Urk. 63/41 S. 2). Hätte die Klägerin unabhängig von der definitiven Verlegung der

- 8 - Kosten und Entschädigungen für das erstinstanzliche Verfahren verlangen wollen, dass der Beklagte sie bei dessen Finanzierung durch Ausrichtung eines Prozesskostenvorschusses beziehungsweise eines Prozesskostenbeitrages unterstützt, hätte sie einen entsprechenden (Eventual-)Antrag ausdrücklich stellen müssen. Das hat sie nicht getan, sodass auf die Frage der Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses im Berufungsverfahren nicht mehr zurückzukommen ist. Demnach hat auch Dispositiv-Ziffer 8 des vorinstanzlichen Urteils als nicht angefochten zu gelten. Zusammenfassend ist vorzumerken, dass das Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Uster vom 16. Juni 2011 bezüglich der Dispositiv-Ziffern 1 und 2 sowie 6 bis 11 in Rechtskraft erwachsen ist.

E. 2

Die Sache betrifft die Anordnung von Eheschutzmassnahmen im Sinne von Art. 172 ff. ZGB und dabei insbesondere die Festsetzung der Geldbeiträge, die der Beklagte der Klägerin während des Getrenntlebens schuldet. Was die Natur des anwendbaren

summarischen Verfahrens und deren Auswirkungen auf die Beweisstrenge anbelangt, ist zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen zunächst auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz zu verweisen (Urk. 38 S. 4 f.). Im Eheschutzverfahren stellt das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen fest (Art. 272 ZPO). Sind keine Kinderbelange zu regeln, ist die Untersuchungsmaxime als eine eingeschränkte ausgestaltet. Das Gericht hat den Sachverhalt nicht von Amtes wegen zu erforschen, sondern lediglich festzustellen (vgl. Schwander, in: Gehri/Kramer [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich 2010, N 3 ff. zu Art. 272 ZPO). Der Untersuchungsgrundsatz greift nur zum Ausgleich eines allfälligen Machtgefälles zwischen den Parteien, weshalb sich das Gericht bei zwei anwaltlich vertretenen Parteien bei der Sammlung des Prozessstoffs wie im ordentlichen Prozess zurückzuhalten hat (vgl. Sutter-Somm/Lazic, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, N 12 ff. zu Art. 272 ZPO). Die Festlegung der zwischen den Parteien persönlich geschuldeten Unterhaltsbeiträge unterliegt wie die übrigen Streitpunkte der Dispositionsmaxime. Dieser Verfahrensgrundsatz bedeutet, dass die Parteien über den

- 9 - Streitgegenstand verfügen können und das Gericht einer Partei nicht mehr und nichts anderes zusprechen darf, als sie verlangt, und nicht weniger, als die Gegenpartei anerkannt hat (Art. 58 Abs. 1 ZPO; vgl. Sutter-Somm/von Arx, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, N 6 ff. zu Art. 58 ZPO).

E. 2.1

Der Beklagte äussert wie schon im vorinstanzlichen Verfahren den Verdacht, die Klägerin habe in den letzten Jahren einen grossen Teil seines Einkommens auf ihm nicht bekannten Konti angespart beziehungsweise für ihm nicht bekannte ehefremde Zwecke verwendet (Urk. 23 S. 29 f.; Urk. 41 S. 25 f.). Wie bereits die Vorinstanz zutreffend festgestellt hat (Urk. 38 S. 7), werden diese Vermutungen durch die von der Klägerin aufforderungsgemäss eingereichten Kontoauszüge (vgl. Urk. 37/1-12) nicht erhärtet. Zu den Verwendungszwecken der vom Beklagten im Berufungsverfahren zum Beleg seiner Behauptungen genannten Transaktionsdetails (Urk. 41 S. 25 f.), hat sich die Klägerin bereits im vorinstanzlichen Verfahren erklärt (vgl. Urk. 36 S. 4 f.). Mit diesen Vorbringen

- 34 - setzt sich der Beklagte in der Berufungsschrift mehrheitlich nicht auseinander und er bestreitet beispielsweise nicht, dass einzelne Überweisungen an die beiden Söhne (vgl. Urk. 41 S. 26) der Finanzierung von Auslandsaufenthalten gedient haben (Urk. 36 S. 4). Diesbezüglich besteht von vornherein keine Notwendigkeit, um weitere Nachforschungen anzustellen. Den vom Beklagten zu diesem Zweck gestellten Editionsbegehren (Urk. 41 S. 26) ist nicht zu entsprechen. Dass die Klägerin über diverse Bankkonti verfügte, musste dem Beklagten bekannt sein, wurden diese doch in den gemeinsamen Steuererklärungen aufgeführt. Der Umstand, dass die Klägerin hin und wieder Gelder vom einen auf das andere Konto verschob, bildet für sich alleine ebenso wenig einen hinreichenden Anhaltspunkt für das vom Beklagten befürchtete unredliche Verhalten wie die vereinzelt anzutreffenden hohen Barbezüge. Das Gleiche gilt bezüglich eines auf den Namen von H. _____ lautenden Kontos bei der Bank I. _____ (Urk. 41 S. 25). Weshalb der Sohn der Parteien als Korrespondenzadresse geführt wurde und weshalb dieses Konto, obwohl die Klägerin nur Bevollmächtigte war, in das Wertschriftenverzeichnis der Parteien aufgenommen wurde, ist an sich unerheblich (vgl. Urk. 41 S. 26). Tatsache bleibt, dass

dieses Konto in der gemeinsamen Steuererklärung für das Jahr 2008 deklariert wurde (Urk. 15/16) und der Beklagte deshalb nicht glaubhaft machen kann, er habe von der Existenz des Kontos nicht gewusst und die Berechtigungsverhältnisse seien ihm nicht bekannt gewesen.

E. 2.2

Es entspricht einer Erfahrungstatsache, dass einzelne Familienmitglieder an der ehelichen Lebenshaltung in grösserem Ausmass teilhaben als andere. Daraus ableiten zu wollen, einen gemeinsam gepflegter Lebensstandard habe es gar nie gegeben, erweist sich als ebenso realitätsfremd wie die vom Beklagten dadurch implizit geäusserte Auffassung (vgl. Urk. 23 S. 29; Urk. 41 S. 25), von einem gemeinsam praktizierten Lebensstandard könne nur bei Vorliegen einer Verständigung über jede einzelne Ausgabe ausgegangen werden. An der Sache vorbei gehen daher auch die Vorbringen des Beklagten, wonach die Klägerin gemeinsame Gelder nicht für die Ehegemeinschaft, sondern für ihre persönliche Bedürfnisse verbraucht habe (Urk. 41 S. 24). Im Übrigen verhält sich der Beklagte bezüglich der von der Klägerin getätigten Auslagen widersprüchlich,

- 35 - wenn er einerseits glauben machen will, erst "vor Kurzem" beziehungsweise erst Anfang des Jahres 2011 von der Tatsache der fehlenden Ersparnisbildung und dem Ausgabeverhalten der Klägerin Kenntnis erhalten zu haben (Urk. 23 S. 28; Urk. 41 S. 23), andererseits aber vorbringen liess, er habe sich immer gegen das Ausgabeverhalten der Klägerin gewehrt, sich aber nicht durchsetzen können (Urk. 23 S. 28; Urk. 41 S. 25). Über die Vermögensentwicklung gaben zudem die jeweils der vom Beklagten mitunterzeichneten Steuererklärungen beigelegten Bankunterlagen Auskunft. Zuletzt beruft sich der Beklagte zur Untermauerung seiner Sachdarstellung auf je ein Schreiben der gemeinsamen Bekannten J._____ und K._____ (Urk. 24/31; Urk. 44/30). Dem Schreiben von J._____ lassen sich von vornherein keine Hinweise dahingehend entnehmen, dass die Klägerin Gelder "beiseite geschafft" habe (Urk. 24/31). Das zweite, von K._____ verfasste Schreiben trägt das Datum vom 4. April 2011 (Urk. 44/30) und kann im Berufungsverfahren als unzulässiges Novum nicht beachtet werden, da es bereits im vorinstanzlichen Verfahren hätte vorgelegt werden können und müssen. Zusammenfassend hat der Beklagte keine überzeugenden Gründe für die Nichtaufteilung des Freibetrages anführen können. 3. In rechtlicher Hinsicht darf als anerkannt gelten, dass der in der Ehe zuletzt gelebte Lebensstandard die Obergrenze des gebührenden Unterhalts bildet (vgl. BGE 135 III 160 E. 4.3; BGer vom 21. Dezember 2009, 5A_662/2009 E. 3.1). Durch die Aufteilung des Überschusses wird erreicht, dass beide Ehegatten die über ihren familienrechtlichen Bedarf hinausgehenden Bedürfnisse in einem angemessenen Umfang befriedigen können. Auch wenn der Beklagte dies im vorliegenden Eheschutzverfahren nicht ausdrücklich bestätigt hat, kann auch seinen Darlegungen entnommen werden, dass die Parteien einen hohen und zumindest den verfügbaren Einkünften entsprechenden Lebensstandard gepflegt haben. Insbesondere aus einem vom Beklagten eingereichten ärztlichen Zeugnis geht hervor, dass der Beklagte in der persönlichen Anamnese angegeben hat, die ganze Familie habe einen sehr aufwändigen Lebensstil gepflegt (Urk. 44/29). Damit überein stimmt die Tatsache der fehlenden Ersparnisbildung, die - wie gesehen (vgl. Erwägungen III./A.f.2.1-2.2 hiervor) - nicht auf angeblich unlautere Vermögensdispositionen der Klägerin zurückgeführt

- 36 - werden kann, sondern vielmehr als Folge davon angesehen werden muss, dass das verfügbare Einkommen im Wesentlichen für den Familienunterhalt verbraucht wurde. Es muss angesichts der nicht beglichenen Steuerrechnungen und den entsprechenden

Nachforderungen gar davon ausgegangen werden, dass die Parteien phasenweise über ihren Verhältnissen gelebt haben. Auch wenn die Parteien über die Höhe der effektiv getätigten Auslagen nicht einheitliche Darstellungen präsentiert haben, so ist doch unbestritten geblieben, dass die Lebensführung der Parteien zahlreiche weitere Aufwendungen beinhaltet hat (beispielsweise Ferien, Freizeit, Kultur), welche in der vorangegangenen Bedarfsrechnung keine Berücksichtigung gefunden haben, welche die Parteien aber weiterhin finanzieren können. Es ist schliesslich in Betracht zu ziehen, dass die Klägerin mit dem ihr angerechneten Einkommen ebenfalls zum Einkommensüberschuss beiträgt und im Rahmen ihrer eigenen Erwerbsarbeit zusätzliche Kosten anfallen werden, die in ihrem Bedarf nicht berücksichtigt wurden. Mit Blick auf die in den letzten Jahren des gemeinsamen Haushaltes gegebenen Lebensverhältnissen rechtfertigt es sich in der Gesamtwürdigung, der Klägerin einen Freibetragsanteil von Fr. 2'000.– (= 50 % des Gesamtüberschusses) zuzusprechen. Auch wenn nicht unbeachtet gelassen werden darf, dass auch die beiden inzwischen mündigen Söhne in die Lebenshaltung der Parteien einbezogen waren, muss nicht davon ausgegangen werden, dass ein Freibetrag in dieser Höhe die den ehelichen Lebensstandard ausmachenden und nicht bereits in den Bedarf einbezogenen Ausgaben übersteigen und der Klägerin nun einen früher nicht gelebten Luxus erlauben.

E. 3

Im Berufungsverfahren werden neue Tatsachen und Beweismittel grundsätzlich 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). Dies gilt auch für Verfahren mit Untersuchungsgrundsatz (Art. 272 ZPO). Eine analoge (sinngemässe) Anwendung von Art. 229 Abs. 3 ZPO, welcher das erstinstanzliche Verfahren betrifft, im Berufungsverfahren ist ausgeschlossen (BGE 138 III 626 f. E. 2.1 und 2.2; vgl. auch Reetz/Hilber, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, N 22 zu Art. 317 ZPO). Vielmehr regelt Art. 317 Abs. 1 ZPO die Möglichkeiten der Parteien, neue Tatsachen und Beweismittel vorzubringen, abschliessend.

E. 3.1

Zur Erläuterung der behaupteten Arbeitslast hat der Beklagte im vorinstanzlichen Verfahren eine aus mehreren Zwischenschritten bestehende Rechnung vorgestellt, wobei er einleitend darauf hinwies, dass er den grössten Teil des Geschäftsgewinns mit Eigenleistungen generiere und einen gewissen Anteil des Geschäftsgewinns auch mit Fremdleistungen erziele. Den von ihm mit durchschnittlich 15 % angegebenen Gewinnanteil der Fremdleistungen brachte der Beklagte vorab vom gemäss Jahresrechnung erzielten Betriebserfolg in Abzug. Alsdann nahm der Beklagte gestützt auf den Vergleich des Umsatzes mit dem Unternehmensgewinn an, dass eine Nettoarbeitsstunde rund 60 % einer Bruttoarbeitsstunde betrug, wobei im Durchschnitt pro Arbeitsstunde Fr. 102.– in Rechnung gestellt worden sein sollen. In der Folge dividierte der Beklagte den im vorgenannten Sinne bereinigte Jahresgewinn durch den Nettostundenansatz (Fr. 60.– [= rund 60 % von Fr. 102.–]) und gelangte so auf eine Anzahl Arbeitsstunden von 4'833 für das Jahr 2008 sowie von 4'933 für das Jahr 2009 (Urk. 23 S. 10 ff.; Prot. I S. 12). Die Vorinstanz hat diese Berechnung als wenig plausibel

- 19 - bezeichnet und dem Beklagten auseinandergesetzt, dass insbesondere die zentrale Behauptung, 15 % seines Einkommens würden mit Fremdleistungen erwirtschaftet, nicht weiter begründet und durch nichts untermauert werde. Der vom Beklagten geltend gemachte Gewinnanteil würde - so die Vorinstanz weiter - in den Jahren 2008 und 2009 je rund Fr. 50'000.- ausmachen, sodass die Gewinnmargen bei dem in den Erfolgsrechnungen ausgewiesenen Aufwand für Drittleistungen mit nahezu 600 % exorbitant hoch sein müssten. Werde hingegen auf den in der Erfolgsrechnung deklarierten Aufwand für Drittleistungen ausgegangen, resultiere aus der Berechnung des Beklagten andererseits ein unmögliches Arbeitspensum von rund 15 verrechenbaren Arbeitsstunden pro Kalendertag (Urk. 38 S. 20 f.). Im Berufungsverfahren wirft der Beklagte der Vorinstanz vor, sie habe zu hohe Anforderungen an die Glaubhaftmachung gestellt, indem sie seine Sachdarstellung als nicht überzeugend qualifiziert habe (Urk. 41 S. 8 ff.).

E. 3.2

Der Vorinstanz ist darin beizupflichten, dass die Vorbringen des Beklagten den im summarischen Verfahren erforderlichen Beweisgrad nicht erreichen. Die vom Beklagten angestellte Berechnung erweist sich in der Tat als nicht nachvollziehbar. Denn schon der Ausgangspunkt scheint falsch gewählt zu sein. Um ausgehend von den bekannten Umsatzzahlen einigermaßen zuverlässige Schlüsse auf die geleisteten Arbeitsstunden ziehen zu können, müsste der Umsatz anstatt mit einem - wie auch immer festzulegenden - Nettostundenansatz mit dem tatsächlich verrechneten Arbeitsaufwand in Relation gesetzt werden. Das vom Beklagten herangezogene Verhältnis zwischen dem Unternehmensgewinn und dem Umsatz lässt aufgrund des dabei berücksichtigten Betriebsaufwandes allenfalls Aussagen zur Wirtschaftlichkeit der Einzelunternehmung zu, sagt indessen nichts über die aufgewendeten Arbeitsstunden aus. Unbestritten ist sodann, dass neben der persönlichen Arbeitstätigkeit des Beklagten die von ihm in Auftrag gegebenen und an die Kunden weiterverrechneten Dienstleistungen und Materiallieferungen durch Dritte zum Geschäftsgewinn des Unternehmens beitragen. Wie bereits im vorinstanzlichen Verfahren macht der Beklagte geltend, der Anteil der Fremdleistungen am Gewinn mache durchschnittlich rund 15 % aus (Urk. 23

- 20 - S. 10 und S. 12; Urk. 41 S. 10 ff.). Für die Bestimmung der vom Beklagten geleisteten Arbeitsstunden wäre es sicherlich hilfreich zu wissen, inwiefern die Unternehmenserträge jeweils durch Fremdleistungen und damit ohne direkte Arbeitsleistung des Beklagten generiert worden sind. Die vom Beklagten dazu über Seiten hinweg vorgetragene Ausführungen (Urk. 41 S. 10 ff.) sind indessen nicht aussagekräftig. Gegenteils setzen sie in einer Art Zirkelschluss beim eigentlich erst zu ermittelnden Ergebnis an, indem von Beginn weg von einem Gewinnanteil der Fremdleistungen von Fr. 50'000.- (= rund 15 % der in den Jahren 2008 und 2009 erzielten Geschäftsgewinne) ausgegangen und durch den Vergleich mit den entsprechenden Aufwendungen eine "realistische" Gewinnmarge von durchschnittlich 64 % berechnet wird, um daraus schliesslich zu folgern, damit sei ein Gewinnanteil der Fremdleistungen von 15 % glaubhaft gemacht. Eine detaillierte Zusammenstellung zum Dienstleistungsertragskonto, anhand welcher sich der Umsatz auf die Erlöse aus den Arbeitsleistungen des Beklagten einerseits und auf diejenigen aus der Weiterverrechnung von Drittarbeiten andererseits aufschlüsseln liesse, wurde nicht vorgelegt. Die Behauptungen des Beklagten werden auch durch die selektive Auswahl einzelner Rechnungen (vgl. Urk. 23/13-15) nicht massgeblich unterstützt.

E. 3.3

Im Zusammenhang mit der Einkommensfestlegung wirft der Beklagte der Vorinstanz in verschiedener Hinsicht die Missachtung von Verfahrensvorschriften vor (Urk. 41 S. 10). Der Beklagte geht zutreffend davon aus, dass er dem Eheschutzgericht glaubhaft hätte machen müssen, in den vergangenen Jahren eine "übermenschliche" Anzahl Arbeitsstunden geleistet zu haben (Urk. 41 S. 10). Daher musste dem Beklagten auch bewusst sein, dass die Vorinstanz seine Behauptungen über die bewältigte Arbeitslast einer Plausibilitätsprüfung unterziehen würde. Es gehört zum allgemeinen Prozessrisiko einer jeden Partei, dass die eigene Darstellung letztlich als nicht überzeugend qualifiziert wird. Diese Ausgangslage scheint der Beklagte zu verkennen, wenn er vorbringt, er habe "unter keinen Umständen" damit rechnen müssen, dass die Vorinstanz die von ihm behaupteten Gewinnanteile der Eigenleistungen und der Fremdleistungen und als Folge davon den Arbeitsaufwand als solchen als nicht glaubhaft qualifizieren würde (vgl. Urk. 41 S. 10). Es steht im Belieben des

- 21 - Beklagten, diese Schlussfolgerungen zur Beweiswürdigung nicht zu teilen und das vorinstanzliche Urteil in diesem Punkt anzufechten. Es ist aber weder Sinn der richterlichen Frage- und Aufklärungspflicht noch der im Eheschutzverfahren anwendbaren Untersuchungsmaxime, eine rechtskundig vertretene Partei vorgängig auf allfällige prozessrelevante Schwachstellen in ihren Vorbringen hinzuweisen. Eine Verletzung der angesprochenen Prozessmaximen liegt demnach nicht vor. Ob diejenigen Argumente, mit welchen das Gericht eine Sachverhaltsschilderung letztlich als unglaubhaft zurückweist, bereits von der Gegenpartei vorgetragen wurden (vgl. Urk. 41 S. 10), ist irrelevant. Es trifft zu, dass die Klägerin in ihrer Eingabe vom 10. Mai 2011 darauf hingewiesen hat, auf der Basis des vom Beklagten geltend gemachten Gewinnanteils der Drittleistungen ergebe sich ein "unmögliches" Arbeitspensum des Beklagten (vgl. Urk. 36 S. 11). Diese Rechtsschrift wurde dem Beklagten erst zusammen mit dem Endentscheid zugestellt (Urk. 38 S. 33 Dispositiv-Ziffer 14). Ob darin bereits eine Verletzung des rechtlichen Gehörs gesehen werden muss, kann dahin gestellt bleiben. Eine solche wäre jedenfalls durch die Äusserungsmöglichkeit im Berufungsverfahren, von welcher der Beklagte ausführlich Gebrauch gemacht hat (vgl. Urk. 41 S. 10-15), geheilt (vgl. BGE 126 II 123 f. E. 6b/aa).

E. 3.4

Im Berufungsverfahren reichte der Beklagte schliesslich eine mit "Erläuternde Eingabe betreffend zumutbare Arbeitsstunden bzw. Arbeitspensum/anrechenbares Einkommen" überschriebene Rechtsschrift ein (Urk. 65B). Darin wird der Versuch unternommen, die Behauptungen zum geleisteten Arbeitspensum anhand einer direkten Schätzung der Jahresarbeitsstunden im Jahre 2009 zu plausibilisieren. Zusammen mit dieser Eingabe legte der Beklagte eine Vielzahl von Rechnungen und Zeitrapporten aus dem Jahre 2009 ein (Urk. 67/1-3). Dabei handelt es sich allesamt um (unechte) Noven, weshalb der Beklagte zu substantiieren und darzulegen hat, dass ihm deren Beibringung trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz möglich gewesen wäre. Wie bereits ausgeführt wurde (vgl. Erwägung II./3 hiervor), lässt sich die novenrechtliche Zulässigkeit dieser Eingabe entgegen der Auffassung des Beklagten (vgl. Urk. 65B S. 2) nicht mit der Anwendung der Untersuchungsmaxime begründen. Soweit der Beklagte weiter andeutet, erst die

- 22 - Begründung des vorinstanzlichen Urteils beziehungsweise gar diejenige des obergerichtlichen Massnahmeentscheides vom April 2012 habe diese Noven veranlasst (vgl. Urk. 65B S. 2), ist ihm nicht zu folgen. Seine Behauptungen über das Ausmass seiner Arbeitstätigkeit hatte der Beklagte bereits im ersten Vortrag im vorinstanzlichen Verfahren

erhoben (Urk. 23 S. 9 ff.), wobei seine Leistungsfähigkeit ein Hauptthema der damaligen Verhandlung darstellte. Dem Beklagten musste - wie gesagt - zudem bewusst sein, dass er diese Sachdarstellung in geeigneter Weise glaubhaft zu machen hat. Somit hatte er bereits im erstinstanzlichen Verfahren hinreichend Grund und Gelegenheit, die nun nachträglich eingereichten Belege zum tatsächlich bewältigten Arbeitspensum vorzubringen. Aus welchen anderen Gründen der Beklagte eine der in Art. 317 Abs. 1 ZPO geregelten Ausnahmen vom Novenausschluss für sich in Anspruch nehmen könnte, wird nicht aufgezeigt und ist auch nicht ersichtlich. Die mit Eingabe vom 16. April 2012 vorgebrachten neuen Behauptungen sind damit samt Beilagen als unzulässige Noven im Berufungsverfahren nicht zu berücksichtigen. Entgegen dem Antrag der Klägerin (Urk. 74 S. 2) besteht indessen kein Anlass, um die Rechtschrift formell aus dem Recht zu weisen. Von der eventualiter beantragten Aufforderung zur Stellungnahme (Urk. 74 S. 2) kann schliesslich abgesehen werden.

E. 3.5

Nach dem zuvor Dargelegten sind die Behauptungen des Beklagten, wonach er ab dem Jahre 2008 bis zum Jahre 2010 jeweils an mindestens 360 Tagen während 16 Stunden gearbeitet habe (Urk. 23 S. 9; Urk. 41 S. 15; Urk. 63/50: "250 %-Pensum"), nicht glaubhaft. Der Vorinstanz kann insofern nicht der Vorwurf gemacht werden, sie habe den Sachverhalt unrichtig festgestellt. Bereits vor Vorinstanz hat der Beklagte ausgeführt, er habe sein Arbeitspensum ab Beginn des Jahres 2011 auf das von ihm als zumutbar erachtete Mass reduziert (Urk. 23 S. 16). Im Berufungsverfahren hat er diese Behauptung mehrfach erneuert (Urk. 41 S. 18; Urk. 51 S. 1 ff.; Urk. 58 S. 2; Urk. 65B S. 6) und die für das Jahr 2011 errichteten Zwischenabschlüsse beziehungsweise Jahresabschlüsse des Einzelunternehmens eingereicht (Urk. 53/1; Urk. 60/1; Urk. 70/1). Die für das Jahr 2011 erstellte und als echtes Novum im Sinne von Art. 317 Abs. 1 ZPO zuzulassende Erfolgsrechnung weist einen Gewinn von

- 23 - Fr. 136'109.96 aus (Urk. 60/1 S. 5), was noch rund zwei Fünfteln desjenigen aus dem Vorjahr entspricht. Auffallend ist, dass die vom Beklagten für das Jahr 2011 behaupteten Gewinnzahlen sogar geringer sind als der im Jahre 2003 und damit noch in der Aufbauphase des Unternehmens erzielte Geschäftserfolg (Fr. 147'650.- [vgl. Urk. 23 S. 8]). Der geltend gemachte Jahresgewinn liegt mit rund Fr. 136'000.- ausserdem weit unter denjenigen der Jahre 2005 und 2006 von jeweils rund Fr. 180'000.- (vgl. Urk. 23 S. 8; Urk. 24/5+6), wobei der Beklagte für diesen Zeitraum weder einen übermässigen noch einen unzumutbaren Arbeitseinsatz behauptet hat. Andere substantielle Veränderungen der den Gewinn beeinflussenden Faktoren wurden nicht namhaft gemacht. Wie der Beklagte mit dem im Berufungsverfahren als massgeblich bezeichneten Einkommen die von der Vorinstanz zuerkannten Lebenshaltungskosten von Fr. 13'490.- oder gar den von ihm selber beanspruchten Bedarf von rund Fr. 17'870.- monatlich aufzubringen in der Lage sein sollte, bleibt schliesslich unerklärlich. Hinter den Jahresabschluss für das Jahr 2011 sind deshalb gewisse Fragezeichen zu setzen. Angesichts der bereits skizzierten Unklarheiten hinsichtlich der tatsächlichen Arbeitsbelastung und der Unzulänglichkeiten des vom Beklagten zu deren Glaubhaftmachung herangezogenen Berechnungsschemas vermag er mit dem Hinweis auf den Jahresabschluss 2011 nicht überzeugend darzutun, dass es sich bei den dokumentierten Einkünften um das unterhaltsrechtlich höchstens mögliche und zumutbare Erwerbseinkommen handelt (vgl. Urk. 51 S. 2).

E. 4

Der Unterhaltsanspruch der Klägerin entspricht abschliessend ihrem Bedarf zuzüglich des Freibetragsanteils abzüglich ihres Einkommens und berechnet sich wie folgt: Bedarf Klägerin Fr. 7'200.– Anteil Freibetrag Fr. 2'000.– ./.. Einkommen Klägerin Fr. 3'000.– Unterhaltsanspruch Fr. 6'200.–

- 37 - Dass die Unterhaltsbeiträge im Falle ihrer Zusprechung ab dem 10. Januar 2011 zu bezahlen sind, blieb im Berufungsverfahren unangefochten. Der Beklagte ist demnach in teilweiser Gutheissung seiner Erstberufung zu verpflichten, der Klägerin ab dem 10. Januar 2011 für die Dauer des Getrenntlebens einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von Fr. 6'200.– zu bezahlen, zahlbar im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats. Soweit die Anträge des Beklagten darüber hinausgehen, ist seine Berufung im Unterhaltspunkt ebenso abzuweisen wie die Zweitberufung der Klägerin. Von keiner Seite beanstandet wurde schliesslich, dass der Beklagte die gestützt auf die von den Parteien abgeschlossene Vereinbarung über vorsorgliche Massnahmen vom 27. Januar 2011 geleisteten persönlichen Unterhaltsbeiträge von der Unterhaltspflicht in Abzug bringen darf. B. Zuweisung Fahrzeug und Hausrat 1. Die Vorinstanz hat das Fahrzeug "BMW ..." mit der Chassis-Nr. ... für die Dauer des Getrenntlebens der Klägerin zur alleinigen Benützung zugewiesen, unter Verpflichtung der Klägerin zur Übernahme sämtlicher damit verbundenen Kosten (Urk. 38 S. 32 Dispositiv-Ziffer 3). Dagegen setzte sich der Beklagte mit seiner Berufung zur Wehr und verlangte die Zuweisung des Fahrzeuges an sich (Urk. 41 S. 2). Wie die Parteien im Berufungsverfahren übereinstimmend ausgeführt haben, hat die Klägerin das Fahrzeug dem Beklagten im September 2011 übergeben (Urk. 63/41 S. 3 f.; Urk. 63/50 S. 3 f.; Urk. 63/55 S. 3). Da es den Parteien diesbezüglich ohne Weiteres frei steht, über den Streitgegenstand zu verfügen, erübrigt sich ein gerichtlicher Entscheid über die Benützung des Fahrzeuges. Die Vorinstanz hat die Klägerin gleichzeitig zur Tragung sämtlicher Kosten der Fahrzeugbenützung verpflichtet. Zur Vermeidung allfälliger Unklarheiten ist an dieser Stelle festzuhalten, dass diese Verpflichtung mit der tatsächlichen Inbesitznahme durch den Beklagten entfällt. Die weiteren Ausführungen der Parteien zu allfälligen Schadenersatzansprüchen aus unsachgemässen Gebrauch des Fahrzeuges durch die Klägerin (Urk. 63/50 S. 3; Urk. 63/55 S. 3) oder zu den vermuteten Gründen der Klägerin für die Herausgabe des Fahrzeuges (Urk. 63/50 S. 4) sind für das vorliegende

- 38 - Eheschutzverfahren nicht von Interesse, sodass darauf nicht weiter einzugehen ist. Bezüglich der Zuweisung des umstrittenen Fahrzeuges ist das Berufungsverfahren gestützt auf Art. 242 ZPO als gegenstandslos geworden abzuschreiben. 2. Umstritten sind schliesslich die Zuweisung von diversen Hausratsgegenständen, welche der Beklagte im vorinstanzlichen Verfahren beantragt hatte (Urk. 23 S. 2). In einer Vereinbarung vom 27. Januar 2011 (Prot. I S. 9; Urk. 19 S. 2) einigten sich die Parteien über die Herausgabe einzelner Gegenstände (Modem/Router, blauer Schrank, DVD/Video-/HD-Rekorder). Soweit weitergehend, wies die Vorinstanz die Herausgabeanträge des Beklagten ab in der Erwägung, der Beklagte habe mit keinem Wort begründet, weshalb ihm die zusätzlichen Gegenstände besser dienen und deshalb ihm zuzuweisen seien (Urk. 38 S. 13). Der Beklagte musste im Berufungsverfahren einräumen, dass er die fraglichen Anträge im vorinstanzlichen Verfahren nicht begründet hatte (Urk. 41 S. 28). Die Vorbringen, wonach der Verweis auf die Liste der beanspruchten Hausratsgegenstände genügt habe und die Forderung nach einer weiteren Substantiierung einer "Überspannung" des Summarverfahrens gleich käme (Urk. 41 S. 28), gehen an der Sache vorbei. Die Vorinstanz hat die Anträge des Beklagten nicht wegen ungenügender Substantiierung abgewiesen,

sondern weil er nicht hinreichend dargetan hatte, weshalb ihm die einzelnen Gegenstände zwingend herauszugeben seien. Als Weiteres weist der Beklagte darauf hin, dass sich die Klägerin in keiner Weise zu den Herausgabeansprüchen geäußert habe (Urk. 41 S. 28). Anlässlich der Eheschutzverhandlung hat der Beklagte das hier umstrittene Rechtsbegehren gestellt und dabei auf eine bereits zuvor eingereichte Auflistung verwiesen (Urk. 23 S. 2; Urk. 17/13), welche der Klägerin zusammen mit weiteren Beilagen zugestellt wurde (Prot. I S. 17). Mit Verfügung vom 24. März 2011 hat die Vorinstanz der Klägerin Gelegenheit gegeben, um schriftlich Stellung zu nehmen zu den Ausführungen des Beklagten anlässlich der Eheschutzverhandlung (Urk. 30). In ihrer Eingabe vom 10. Mai 2011 führte die Klägerin einleitend aus, dass an den von ihr an der Eheschutzverhandlung gestellten Rechtsbegehren festgehalten werde (Urk. 36 S. 2). Damit wurde auch ihr Antrag angesprochen, dass ihr die eheliche Wohnung und der darin

- 39 - befindliche Hausrat zur Benutzung zuzuweisen sei (Urk. 21 S. 2; Hervorhebung durch das Gericht). Aus diesem Begehren ergab sich ohne Weiteres, dass die Klägerin nicht zur Herausgabe der vom Beklagten beanspruchten Gegenstände bereit war. Entgegen der Ansicht des Beklagten (vgl. Urk. 41 S. 28) war folglich nicht von einem unbestrittenen Anspruch auszugehen. Der Beklagte hätte damit darlegen müssen, weshalb er auf die Benützung der Gegenstände angewiesen sei. Dies hat er im vorinstanzlichen Verfahren und auch im Berufungsverfahren nicht getan, belies er es doch vor Obergericht bei der pauschalen Bemerkung, er sei Eigentümer der Gegenstände und die Zuweisung an ihn sei deshalb zweckmässig (Urk. 41 S. 28). Die Berufung des Beklagten erweist sich in dieser Hinsicht als unbegründet und ist abzuweisen. C. Kosten- und Entschädigungsfolgen des vorinstanzlichen Verfahrens 1. Beide Parteien verlangen primär aufgrund des von ihnen gewünschten Verfahrensausgangs die Neuverlegung von Kosten und Entschädigungen für das vorinstanzliche Verfahren (Urk. 41 S. 2; Urk. 63/41 S. 2). Die Klägerin beanstandet zudem die Höhe der vorinstanzlich zugesprochenen Prozessentschädigung und rügt in diesem Zusammenhang die Verletzung des rechtlichen Gehörs (Urk. 63/41 S. 2 und S. 7 f.). Trifft die Rechtsmittelinstanz eine neue Entscheidung, so entscheidet sie auch über die Prozesskosten des erstinstanzlichen Verfahrens (Art. 318 Abs. 3 ZPO). Diese sind nach dem Verhältnis des Obsiegens und Unterliegens der Parteien zu regeln (Art. 106 Abs. 2 ZPO). Dabei ist grundsätzlich von den vor Vorinstanz gestellten Parteianträgen und dem nun im Berufungsverfahren getroffenen Erkenntnis auszugehen (vgl. Reetz/Hilber, in: Sutter-Somm/Hasen-böhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, N 59 f. zu Art. 317 ZPO). Die Vorinstanz hat die Kosten ihres Verfahrens zu einem Drittel der Klägerin und zu zwei Dritteln dem Beklagten auferlegt und den Beklagten zur Bezahlung einer entsprechend reduzierten Parteientschädigung verpflichtet (Urk. 38 S. 33 Dispositiv-Ziffern 12 und 13). Sie hielt fest, dass die Klägerin hinsichtlich des Massnahmebegehrens des Beklagten sowie der Zuteilung des Fahrzeuges vollständig und hinsichtlich der

- 40 - Unterhaltsbeiträge zu rund zwei Dritteln obsiegt habe, während der Beklagte hinsichtlich des Prozesskostenvorschusses obsiegt habe. Insgesamt sei das Obsiegen der Klägerin daher mit zwei Dritteln und dasjenige des Beklagten mit einem Drittel zu gewichten (Urk. 38 S. 30). 2. Soweit die Parteien die vorinstanzliche Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen unabhängig vom Ausgang des Berufungsverfahrens anfechten, erweisen sich ihre Rügen als unbegründet. Der Beklagte macht geltend, die Vorinstanz habe ausser Acht gelassen, dass das von der Klägerin mit Eingabe vom 14. Januar 2011

deponierte vorsorgliche Massnahmebegehren vollumfänglich zu Ungunsten der Klägerin abgewiesen worden sei (Urk. 41 S. 29; vgl. auch Urk. 63/50 S. 9). Diese Vorbringen erweisen sich - wie die Klägerin mit Recht einwendet (Urk. 49 S. 10) - als aktenwidrig. Aus der vom Beklagten selber erwähnten Verfügung der Vorinstanz vom 27. Januar 2011 erhellt ohne Weiteres, dass das Massnahmeverfahren durch Vormerknahme einer von den Parteien geschlossenen Vereinbarung erledigt wurde (Urk. 19 S. 3 Dispositiv-Ziffer 2). Dass gleichzeitig die zuvor superprovisorisch angeordneten Massnahmen aufgehoben wurden, ist alleine die Konsequenz des nachmaligen Vergleichsabschlusses. Wie der Beklagte vor diesem und dem weiteren Hintergrund, dass dem Gesuch der Klägerin superprovisorisch entsprochen worden war (vgl. Urk. 6), davon sprechen kann, die Klägerin sei in diesem Massnahmeverfahren vollständig unterlegen, ist nicht nachvollziehbar. Es ist diesbezüglich weder von einem Obsiegen noch von einem Unterliegen der Parteien auszugehen. Andererseits kann die Klägerin gegen die Verteilung der Kosten und Entschädigungen für das vorinstanzliche Verfahren nicht einwenden, ihrem Antrag auf Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses sei zu Unrecht nicht stattgegeben worden (vgl. Urk. 63/41 S. 7 f.), ohne aber gleichzeitig den Entscheid der Vorinstanz in diesem Punkt anzugreifen. Unabhängig von der verwendeten Begrifflichkeit (Prozesskostenvorschuss beziehungsweise Prozesskostenbeitrag) steht aufgrund des insoweit unangefochtenen Urteils der Vorinstanz fest, dass der Beklagte die Klägerin bei der Finanzierung des erstinstanzlichen Verfahrens nicht zu unterstützen hat. Dass die Klägerin mit dem

- 41 - entsprechenden Antrag nicht durchgedrungen ist, kann nun bei der Bemessung des Obsiegens und des Unterliegens nicht einfach ignoriert werden. 3. Im vorinstanzlichen Verfahren haben die Parteien zur Regelung des Getrenntlebens zahlreiche divergierende Anträge gestellt. Übereinstimmende Begehren lagen einzig hinsichtlich der Bewilligung des Getrenntlebens, der Zuweisung der ehelichen Wohnung sowie der Anordnung der Gütertrennung vor. Die dadurch verursachten Kosten sind den Parteien je hälftig aufzuerlegen. Im Übrigen wurde das Verfahren strittig geführt. Diesbezüglich unterlag die Klägerin bezüglich des Antrages auf Verpflichtung des Beklagten zur Übernahme von Reparaturkosten sowie auf Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses vollumfänglich. Gemäss dem vorliegenden Berufungsentscheid hat der Beklagte an den Unterhalt der Klägerin einen monatlichen Beitrag von Fr. 6'200.- zu bezahlen. Ausgehend von den erstinstanzlichen Anträgen obsiegt die Klägerin in der Unterhaltsfrage zu rund 45 % und der Beklagte zu rund 55 %. Das Fahrzeug wurde dem Beklagten in der Zwischenzeit zurückgegeben (vgl. Erwägung III./B.1 hiervor), sodass sich dieser Streitpunkt bei der Beurteilung des Obsiegens nunmehr weder zugunsten noch zuungunsten einer Partei auswirkt. Bezüglich der Herausgabe diverser Gegenstände blieb die Berufung des Beklagten erfolglos, sodass er als unterliegende Partei anzusehen ist. Schliesslich mussten vor Vorinstanz zwei Verfahren betreffend Anordnung von vorsorglichen Massnahmen durchgeführt werden. Das erste vorsorgliche Massnahmebegehren konnte letztlich durch einen Vergleich erledigt werden, weshalb der dadurch verursachte Aufwand von den Parteien je zur Hälfte zu tragen ist (vgl. Erwägung III./C.2 hiervor). Dass der Beklagte demgegenüber für die Kosten des von ihm angestrebten Massnahmeverfahrens aufzukommen hat (Urk. 26; Urk. 30; Urk. 34), blieb unbestritten. Angesichts des durch die jeweiligen Streitpunkte verursachten Verfahrensaufwandes rechtfertigt es sich in der Gesamtbetrachtung, von einem je hälftigen Obsiegen der Parteien im vorinstanzlichen Verfahren auszugehen. In Abänderung der Dispositiv-Ziffern 12 und 13 des vorinstanzlichen Urteils sind die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens den Parteien je

zur Hälfte aufzuerlegen und sind für das erstinstanzliche Verfahren keine Parteientschädigungen zuzusprechen. Die Erstberufung des Beklagten erweist

- 42 - sich im Ergebnis auch bezüglich der vorinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen als begründet und ist teilweise gutzuheissen, wohingegen die Zweitberufung der Klägerin in dieser Hinsicht abgewiesen werden muss. Die von ihr aufgeworfenen Fragen nach der Angemessenheit der Parteientschädigung und nach allfälligen von der Vorinstanz bei deren Festsetzung begangenen Verfahrensfehlern kann offen bleiben. IV. 1. Beide Parteien haben im Zuge des Berufungsverfahrens die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege beantragt. Mit Beschluss vom 28. Juli 2011 wurde dem prozessualen Armenrechtsgesuch der Klägerin (Urk. 63/47 S. 5 Dispositiv-Ziffer 2) und mit Beschluss vom 30. März 2012 demjenigen des Beklagten nicht entsprochen (Urk. 64 S. 14 Dispositiv-Ziffer 3). Beide Entscheidungen blieben unangefochten. Mit Eingabe vom 19. April 2012 stellte der Beklagte das Begehren, es sei der ihn betreffende Entscheid zur unentgeltlichen Rechtspflege in Wiedererwägung zu ziehen. Eventualiter stellte er ein erneutes Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 68 S. 1). Mit Eingabe vom 22. Februar 2013 beantragte sodann die Klägerin, es sei ihr rückwirkend ab 1. Mai 2012 die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen (Urk. 77). Der Entscheid über die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ist prozessleitender Natur (Emmel, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, N 14 zu Art. 119 ZPO). Prozessleitende Entscheide erwachsen nicht in materielle Rechtskraft und können daher von Amtes wegen oder auf Wiedererwägungsgesuch hin abgeändert oder aufgehoben werden. Haben sich die Verhältnisse seit dem Zeitpunkt des ersten Entscheides geändert, so ist das Gericht verpflichtet, deren Tragweite zu würdigen und erneut darüber zu entscheiden. Sind die Verhältnisse hingegen gleich geblieben, liegt es ihm Ermessen des Gerichts, dem erneuten Gesuch zu entsprechen. Ein Anspruch der gesuchstellenden Person zur Behandlung des Gesuchs besteht nach ständiger Lehre und Praxis bei fehlenden Veränderungen der Verhältnisse nicht (vgl. zum

- 43 - Ganzen Bühler, in: Schweizerische Zivilprozessordnung, Berner Kommentar, Band I, Bern 2012, N 64 ff. zu Art. 119 ZPO). 2. Was zunächst die prozessualen Anträge des Beklagten betrifft, wird unter teilweisem Verweis auf die erste Gesuchsbegründung geltend gemacht, er verfüge für die Aufbringung der Prozesskosten nicht über ausreichende Einkünfte oder vorhandenes Vermögen (Urk. 68 S. 2 ff.). Der Beklagte reicht zwar aktualisierte Auszüge der Geschäfts- und Privatkonten ein, macht aber im Übrigen nicht geltend, dass sich die tatsächlichen Verhältnisse seit dem ersten Beschluss über den Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege verändert hätten. Dass seine Mutter ihm keine weiteren Darlehen gewähren könne (Urk. 68 S. 3), wurde bereits zuvor behauptet (vgl. Urk. 58 S. 6) und ebenso berücksichtigt wie der Umstand, dass der Beklagte der Klägerin während des Rechtsmittelverfahrens monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 8'740.– zu bezahlen hat (Urk. 68 S. 3). Insoweit besteht keine Veranlassung, um auf die Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege zurückzukommen und hat das neuerliche Gesuch des Beklagten genau gesehen ebenfalls nur den Charakter eines Wiedererwägungsgesuchs. Als nächstes macht der Beklagte geltend, es sei kein verwertbares Vermögen vorhanden, weil den in der Bilanz verbuchten flüssigen Mitteln von rund Fr. 66'000.– kurzfristiges Fremdkapital in der Höhe von Fr. 91'467.35 gegenüber gestanden sei (Urk. 68 S. 3). Die Kammer erwog in ihrem Beschluss vom 30. März 2012, dass die Einzelunternehmung am

Ende des Jahres 2011 rund Fr. 66'000.– an flüssigen Mitteln und Wertschriften aktiviert habe, womit der Beklagte über ausreichende Mittel für die Prozessfinanzierung verfüge (Urk. 64 S. 12). Wie aus der eingereichten Bilanz hervorgeht, belief sich das kurzfristige Fremdkapital per 31. Dezember 2011 tatsächlich auf die vom Beklagten genannte Summe (Urk. 60/1; Urk. 70/1). Wird indessen berücksichtigt, dass die Einzelunternehmung selbst nach den Angaben des Beklagten im Jahre 2011 einen Ertrag von rund Fr. 280'000.– sowie einen Reingewinn von rund Fr. 136'100.– erwirtschaftet hat (Urk. 60/1; Urk. 70/1), kann das Unternehmen auch dann nicht als gefährdet angesehen werden, wenn am Bilanzstichtag vorübergehend ein Teil der kurzfristigen Verbindlichkeiten nicht durch kurzfristig zur Verfügung stehendes Vermögen gedeckt ist. Dem Beklagten ist es demnach

- 44 - zumutbar, zur Finanzierung des vorliegenden Verfahrens auf die dem Geschäftsbereich zuzuordnenden Vermögenswerte zurückzugreifen. Die Mittellosigkeit des Beklagten muss folglich weiterhin verneint werden, weshalb ihm die unentgeltliche Rechtspflege nach wie vor nicht gewährt werden kann. Das Begehren des Beklagten vom 19. April 2012 um Wiedererwägung des Beschlusses vom 30. März 2012 betreffend unentgeltliche Rechtspflege beziehungsweise sein neuerliches Gesuch um Gewährung derselben sind abzuweisen. 3. Gleich verhält es sich mit dem von der Klägerin erneuert gestellten Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege. Die Kammer erwog in ihrem - ein erstes solches Begehren abweisenden - Entscheid vom 28. Juli 2011 im Wesentlichen, dass den verfügbaren monatlichen Einkünften in der Höhe von Fr. 11'000.– ein zivilprozessual massgeblicher Bedarf von rund Fr. 6'400.– gegenüber stehe, weshalb der Klägerin ein genügender Überschuss zur Finanzierung des Berufungsverfahrens verbleibe. Als Einkommen berücksichtigt wurden die vom Beklagten während der Dauer des Verfahrens zu leistenden Unterhaltsbeiträge von Fr. 8'000.– sowie das von der Vorinstanz aufgerechnete hypothetische Einkommen von Fr. 3'000.– (Urk. 63/47 S. 2 ff.). In der Begründung ihres zweiten Armenrechtsgesuchs führt die Klägerin aus, ihre finanziellen Verhältnisse hätten sich auf der Einkommenseite massiv zum Schlechten verändert. Die Situation stelle sich heute so dar, dass der Beklagte ihr lediglich noch Unterhaltsbeiträge von lediglich noch Fr. 2'000.– bezahle (Urk. 77 S. 3). Dass der Beklagte die vorsorglichen Unterhaltsbeiträge inzwischen reduziert hat, mag zutreffen und wird durch die eingereichte Korrespondenz zwischen den Parteivertretern belegt (Urk. 79/1). Indessen macht die Klägerin selbst geltend, der Beklagte habe den entrichteten Unterhaltsbeitrag ab Mai 2012 auf Fr. 5'126.– reduziert und bezahle erst seit Februar 2013 monatliche Unterhaltsbeiträge von lediglich noch Fr. 2'000.– (Urk. 77 S. 3 und S. 5). In Bezug auf das anrechenbare Einkommen von Fr. 3'000.– behauptet die Klägerin, ihre Arbeitssuchbemühungen seien ergebnislos verlaufen und sie sei zudem seit 1. Mai 2012 arbeitsunfähig (Urk. 77 S. 3/4). Diese Vorbringen blieben allesamt unbelegt, weshalb diesbezüglich nicht von einer wesentlichen Veränderung der wirtschaftlichen

- 45 - Verhältnisse ausgegangen werden kann. Unter Einbezug der vom Beklagten zumindest bis Ende Januar 2013 geleisteten Unterhaltsbeiträge (Fr. 5'126.–) ist von monatlichen Einnahmen der Klägerin in der Höhe von rund Fr. 8'100.– auszugehen. Nach der Gegenüberstellung mit dem bereits im Beschluss vom 28. Juli 2011 als massgeblich betrachteten Bedarf von Fr. 6'400.– verbleibt ein rechnerischer Überschuss von Fr. 1'700.– pro Monat. Die Klägerin hätte damit alleine nach der Abweisung des ersten Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege am 28. Juli 2011 bis Ende das Jahres 2012 mindestens rund Fr. 28'000.– (= 17 Monate [August 2011 bis und mit Dezember 2012] x Fr. 1'700.–) für die

Bestreitung des vorliegenden Berufungsverfahrens zur Verfügung gehabt. Weshalb es ihr nicht zumutbar gewesen wäre, sich während des Verfahrens einzuschränken und diese für die Tilgung der im Rechtsmittelverfahren anfallenden Gerichts- und Anwaltskosten bereits ausreichenden Rückstellungen zu tätigen, ist weder dargelegt noch ersichtlich. Demnach ist die Klägerin weiterhin nicht mittellos im vorausgesetzten Sinne und hat keinen Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege. Das entsprechende Begehren vom 22. Februar 2013 ist abzuweisen. V. Abschliessend sind die Kosten- und Entschädigungsfolgen für das Berufungsverfahren zu regeln (Art. 106 Abs. 2 ZPO), in welchem neben der Unterhaltspflicht auch die Zuweisung eines Fahrzeuges, die Herausgabe diverser Gegenstände sowie die Regelung der erstinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen umstritten waren. In Anbetracht des verursachten Aufwandes ist die Unterhaltsfrage bei der Bemessung von Obsiegen und Unterliegen deutlich stärker zu gewichten als die übrigen Streitpunkte. Mit seiner Erstberufung verlangte der Beklagte die gänzliche Befreiung von der Unterhaltspflicht, während die Klägerin mit ihrer Zweitberufung die Heraufsetzung des vorinstanzlichen Unterhaltsbeitrages um monatlich Fr. 995.50 beantragte. Mit dem vorliegend festgelegten Unterhaltsbeitrag von Fr. 6'200.– pro Monat hat der Beklagte rund 30 % der von ihm angestrebten Reduktion erreicht. Die Klägerin

- 46 - unterlag dagegen mit ihrem Unterhaltsheraufsetzungsbegehren vollumfänglich. Insgesamt ist der Beklagte in der Unterhaltsfrage zu rund 40 % als obsiegende Partei zu betrachten. Demgegenüber unterliegt der Beklagte mit dem Berufungsantrag auf Herausgabe diverser Gegenstände vollständig. In Bezug auf die Herausgabe des Fahrzeuges ist weder von einem Obsiegen noch von einem Unterliegen einer der Parteien auszugehen, nachdem die Klägerin dem Beklagten das Fahrzeug ausgehändigt hat und diesbezüglich von einer aussergerichtlichen Einigung ausgegangen werden kann. Sowohl Klägerin wie auch Beklagter haben im Berufungsverfahren beantragt, es sei die jeweils andere Partei mit den Kosten und Entschädigungen für das erstinstanzliche Verfahren zu belasten. Diesbezüglich obsiegen die Parteien im Berufungsverfahren je zur Hälfte. Jede Partei hat schliesslich für die Kosten des von ihr gestellten Massnahmebegehrens aufzukommen (Urk. 63/44 und Urk. 63/47; Urk. 58 und Urk. 64). Insgesamt rechtfertigt es sich, die Kosten des Berufungsverfahrens zu zwei Fünfteln von der Klägerin und zu drei Fünfteln vom Beklagten tragen zu lassen. Als Folge der Kostenverteilung hat der Beklagte die anwaltlich vertretene Klägerin im Umfang von einem Fünftel für deren Aufwendungen im Berufungsverfahren zu entschädigen. Bei der Festsetzung der Parteientschädigung ist zu berücksichtigen, dass seitens des Beklagten im Berufungsverfahren mehrere umfangreiche Rechtsschriften verfasst und eine beträchtliche Anzahl neuer Belegen zu den Akten gegeben wurde. Auch wenn die damit geltend gemachten Noven mehrheitlich unzulässig waren, ist nur schon aus Gründen der anwaltlichen Sorgfaltspflicht von einem überdurchschnittlichen Aufwand für den Rechtsvertreter der Klägerin auszugehen. In Anwendung der massgeblichen Bestimmungen (§ 6 Abs. 1 und Abs. 3 AnwGebV in Verbindung mit § 5 AnwGebV, § 11 Abs. 2 AnwGebV, § 13 AnwGebV sowie § 22 AnwGebV) ist die volle Parteientschädigung auf Fr. 7'000.– festzusetzen. Zusätzlich zur Parteientschädigung ist ein Mehrwertsteuerzusatz von 8,0 %, ausmachend Fr. 112.–, geschuldet.

- 47 - Es wird beschlossen:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.