

# ZH\_OBERGERICHT LQ100089 vom 16. November 2012

ZH Obergericht, 2012-11-16, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LQ100089](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LQ100089)

FR: ZH\_OBERGERICHT LQ100089 du 16 novembre 2012

IT: ZH\_OBERGERICHT LQ100089 del 16 novembre 2012

## Erwägungen

### E. 1

Die Parteien stehen seit dem Jahr 2005 vor dem Bezirksgericht Uster und heute vor dem Obergericht des Kantons Zürich in einem streitigen Scheidungsverfahren (Urk. 7/1). Da die Kinder der Parteien zwischenzeitlich volljährig geworden sind und auch ihre Ausbildung abschliessen konnten, sind nur noch die finanziellen Folgen der Scheidung umstritten. Uneinig sind sich die Parteien über die meisten Bedarfspositionen, in Bezug auf die Vermögenssituation des Gesuchstellers, Rekurrenten und Anschlussrekursgegners (nachfolgend Gesuchsteller) sowie bezüglich der möglichen und zumutbaren Arbeitsleistung der Gesuchstellerin, Rekursgegnerin und Anschlussrekurrentin (nachfolgend Gesuchstellerin). Die vorliegend angefochtene Verfügung und das zwischenzeitlich ergangene Scheidungsurteil geben über den bisherigen Verfahrensgang detailliert Auskunft. Auf diese kann zunächst verwiesen werden (Urk. 3 S. 2 ff. und Urk. 18 S. 3 ff. sowie S. 87).

### E. 2

(...) "

#### E. 2.1

Die Gesuchstellerin hält einer Abänderung zunächst grundsätzlich entgegen, dass der Gesuchsteller sich widersprüchlich verhalte. Er habe eine eherechtlich relevante Urkunde gefälscht, falsche Angaben über relevante Einkünfte und Beteiligungen gemacht sowie seine Auskunftspflicht verletzt (Urk. 9 Rz. 17 - 37). Sie verwies auf den unter Ziff. II. 7.3. hiervor erwähnten Entscheid des Obergerichtes in ZR 78 Nr. 125 (Urk. 9 Rz. 15 f.). Der Gesuchsteller könne daher in vorliegendem Verfahren nicht auf seine bisherigen Sachverhaltsdarstellungen zurückkommen und diese berichtigen. Er könne insbesondere nicht mit Vermögensverzehr aufgrund der bisherigen Massnahmenentscheide argumentieren (Urk. 9 Rz. 40 - 43).

- 13 -

#### E. 2.2

Auch wenn der Gesuchsteller sich tatsächlich treuwidrig verhalten haben sollte, verliert er deswegen nicht grundsätzlich das Recht, eine Abänderung zu verlangen. Die einzelnen Behauptungen müssen aber geprüft werden: Ist eine Behauptung tatsächlich treuwidrig, muss im Einzelnen – unter Berücksichtigung aller Umstände – entschieden werden, welche Konsequenzen dies zeitigt. Eine mögliche Konsequenz ist tatsächlich, dass es dem Gesuchsteller verwehrt wird, die Behauptung zu berichtigen. Es ist aber beispielsweise auch denkbar, dass allfälligem treuwidrigem Verhalten nur aber immerhin mit einer Kostenaufgabe begegnet wird.

### **E. 2.3**

Der Standpunkt der Gesuchstellerin, dass der Gesuchsteller sich grundsätzlich nicht auf Sachverhaltselemente berufen kann, welche sich vor dem

### **E. 2.4**

Es muss daher nachfolgend bei den einzelnen Behauptungen geprüft werden, ob diese allenfalls rechtsmissbräuchlich sein könnten.

- 14 -

### **E. 3**

(...) " Ein gegen diesen Entscheid erhobener Rekurs wurde nach einer Vergleichsverhandlung am Obergericht zurückgezogen (Urk. 7/223 S. 3 f.).

#### **E. 3.1**

Die aktuelle finanzielle Situation präsentiert sich folgendermassen: Grundbetrag 1'100.00 Hypozinsen 825.00 Nebenkosten 875.00 Telefon 180.00 Billag 19.00 Krankenkasse 927.00 Arzt/Zahnarzt 200.00 Transportkosten 200.00 Haftpflicht-/Mobilarvers. 95.00 Steuern 160.00 Prozesskosten 500.00 UB C.\_\_\_\_\_ 450.00 Total 5'531.00 Einkommen 5'767.20 Überschuss 236.20

#### **E. 3.2**

Die Gesuchstellerin macht geltend, der Gesuchsteller würde zusammen mit seiner Lebenspartnerin in einem qualifizierten Konkubinat leben. Es sei ihm daher nur der halbe Grundbetrag für ein Ehepaar anzurechnen, ausserdem seien weitere Bedarfspositionen zu kürzen (Urk. 9 S. 28 ff. Rz. 84 ff.). Das Rechtsinstitut des qualifizierten Konkubinats wurde von der höchstgerichtlichen Rechtsprechung im Zusammenhang mit der Kürzung von Unterhaltsrenten entwickelt. In den betreffenden Fällen war zu prüfen, ob einer unterhaltsberechtigten Partei, die in einer eheähnlichen Gemeinschaft lebt, die Unterhaltsrente zu kürzen sei. Vorliegend wird aber geltend gemacht, die unterhaltsverpflichtete Partei lebe in einem qualifizierten Konkubinat, weshalb die Unterhaltsrente zu erhöhen sei. Soweit aufgrund dieses Zusammenlebens die unterhaltsverpflichtete Person freiwillige Zuwendungen des neuen Lebenspartners erhält, sind diese nicht zur Verbesserung von Unterhaltsansprüchen gedacht. Sie führen daher nicht direkt dazu, dass dem Unterhaltspflichtigen eine höhere Leistungsfähigkeit zu attestieren ist. Eine allfällige Kostenersparnis kommt der unterhaltsberechtigten Partei aber dennoch zugute, indem bei der Bedarfsberechnung des Unterhaltsverpflichteten die

- 15 - Ersparnisse einer Lebensgemeinschaft (gemeinsame Miete, gemeinsamer Telefonanschluss etc.) anzurechnen sind (Spycher/Hausheer, Handbuch des Unterhaltsrechts, Bern 2010, S. 702, Rz. 10.47 f. m.w.H.). Da unbestritten blieb, dass der Gesuchsteller mit seiner Lebenspartnerin zusammenlebt, sind zwar nicht die Bedarfspositionen einer in einer Ehe lebenden Person anzuwenden aber doch immerhin jene einer Person, die in Hausgemeinschaft mit einer erwachsenen und erwerbstätigen Person lebt. Die Höhe des Grundbetrages von Fr. 1'100.– gemäss Ziff. II. 1.1. des Kreis-schreibens der Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich betreffend die Richtlinien für die Berechnung des betriebsrechtlichen Existenz-minimums vom 16. September 2009 (nachfolgend nur noch Kreisschreiben) gibt somit zu keinen weiteren Bemerkung Anlass.

### **E. 3.3**

Die Hypozinsen in der Höhe von Fr. 1'650.– sind ausgewiesen (Urk. 7/333/5). Diese sind dem Gesuchsteller aber nur anteilmässig anzurechnen, da er die Liegenschaft mit seiner Lebenspartnerin teilt. Vorliegend ist eine hälftige Anrechnung von Fr. 825.– angemessen.

### **E. 3.4**

Die Nebenkosten sind weitgehend ausgewiesen und anerkannt (Urk. 7/332 S. 35 in Verbindung mit Urk. 7/333/6/1-11; Urk. 9 S. 33 Rz. 103). Soweit sind auch diese dem Gesuchsteller hälftig anzurechnen. Zu den streitigen Positionen ist folgendes festzuhalten: a) Die Gesuchstellerin bringt zurecht vor, dass die Kosten von Fr. 160.– für eine Baubewilligung nicht als Nebenkosten zu qualifizieren sind (Urk. 7/33/6/4). b) Soweit die Gesuchstellerin einzig auf die Abrechnung für Elektrizität der EKZ vom 28. Sept. 2012 zur Berechnung der gesamten Stromkosten (Urk. 9 S. 33 Rz. 102) abstellt, ist ihr zu widersprechen und auf das gängige Verfahren der Rechnungstellung der EKZ hinzuweisen: In der Regel werden pro Jahr fünf Akontozahlungen verlangt und danach eine Abrechnung erstellt. Je nach Verbrauch wird dann eine Schlusszahlung gefordert oder ein Guthaben auf die nächste

- 16 - Akontozahlung angerechnet. Es wird angestrebt, dem Strombezüger sechs Mal im Jahr eine ungefähr gleich hohe Rechnung zu stellen, um dessen Budget gleichmässig zu belasten. Aus der Abrechnung ist ersichtlich, dass auch beim Gesuchsteller dieses Verfahren zur Anwendung gelangte. Ihm wurden demnach während eines Jahres fünf Mal Fr. 450.– akonto und einmal Fr. 826.95 verrechnet, insgesamt rund Fr. 3'000.– bzw. Fr. rund Fr. 250.– pro Monat (Urk. 7/333/6/8). Grundsätzlich ist die Elektrizität aus dem Grundbetrag zu bezahlen (mit Ausnahme von Heizenergie). Im Rahmen einer individuellen Unterhaltsberechnung kann aber auch die Elektrizität gesondert beachtet werden. Dabei gilt es – so gut als möglich – die Parteien gleich zu behandeln. Es ist daher angebracht, auch dem Gesuchsteller gleich wie der Gesuchstellerin Fr. 70.– im Monat zuzugestehen. Da auch die Nebenkosten dem Gesuchsteller nur hälftig anzurechnen sind, ist in der nachfolgenden Übersicht der doppelte Betrag einzusetzen, also Fr. 1'680.–. c) Insgesamt sind folgende Nebenkosten zu berücksichtigen: Heizöl 3'861.20 Wasser/Abwasser 11'763.45 Gebäudeversicherung 40.35 Kaminfeger 344.25 ... (Kanalisation) 968.40 Gärtner 1'835.00 Strom (vgl. Anmerkung gerade hiervoor) 1680.00 Reparaturkosten 210.85 Mitgliedschaft ... 55.00 Antennenanschluss 246.00 Total/Jahr 21'004.50 Total/Monat 1'750.40 50 % davon (gerundet) 875.00

### **E. 3.5**

hiervor zu verweisen.

- 26 - 7.2.5. Die Kosten für die Krankenkasse von Fr. 410.– und die Hausratversicherung von Fr. 46.– sind nicht mehr bestritten (Urk. 2 S. 17) und entsprechend anzurechnen. 7.2.6. Die Vorinstanz gewährte der Gesuchstellerin Autobetriebskosten in der Höhe von Fr. 500.– pro Monat, da die Gesuchstellerin stets ein Auto gehabt habe und dieses daher zum Lebensstandard während der Ehe gehört habe (Urk. 3 S. 21 lit. c). Diese Argumentation ist grundsätzlich zutreffend. Das Einkommen der Parteien – insbesondere jenes des Gesuchstellers – ist aber seit der Trennung offensichtlich gesunken. Der Gesuchsteller wurde pensioniert und zwischenzeitlich geht keine der Parteien mehr von Mieterträgen aus den Liegenschaften an der H.\_\_\_\_-Strasse (ehemals rund Fr. 4'000.– pro Monat) aus. Die entsprechend notwendige Einschränkung des Lebensstandards ist gleichmässig auf die

Parteien zu verteilen. Nachdem dem Gesuchsteller nun auch nur noch Fr. 200.– für die Mobilität angerechnet werden (Ziff. III. 3.8. hiervor), ist dieser Betrag auch bei der Gesuchstellerin zu veranschlagen. 7.2.7. Gleich wie beim Gesuchsteller ist auch in Bezug auf die Steuerlast der Gesuchstellerin soweit als möglich auf vorhandene Belege abzustellen. Der Gesuchsteller bestreitet die der Gesuchstellerin angerechnete Steuerlast von Fr. 500.– pro Monat, da diese nicht ausgewiesen sei (Urk. 2 Ziff. 4.2.3. S. 19). Die Gesuchstellerin hält dem entgegen, dass sie im Jahr 2009 Fr. 8'510.90 Steuern habe bezahlen müssen, was eine monatliche Steuerlast von Fr. 709.– ergäbe (Urk. 9 S. 50 Rz. 158 ff.). Diese Zahlen sind durch die Schlussrechnung Staats- und Gemeindesteuern 2009 der Gemeinde D.\_\_\_\_\_ und durch die Veranlagungsverfügung 2009 für die direkte Bundessteuer belegt (Urk. 7/348/16 f.). In Hinblick auf das Einkommen der Gesuchstellerin und da sie die Unterhaltsbeiträge des Gesuchstellers als Einkommen versteuern muss, erscheint diese Steuerlast realistisch. Der Gesuchstellerin ist daher ein Betrag von Fr. 709.– pro Monat für die Steuern anzurechnen. 7.2.8. Die Vorinstanz rechnete der Gesuchstellerin einen Betrag von Fr. 500.– im Monat für die Prozesskosten an. Der Gesuchsteller bestreitet diesen

- 27 - Betrag. Dabei verweist er auf die Ausführungen im Beschluss des Obergerichts vom 6. Oktober 2006 (Urk. 2 S. 19 Ziff. 4.2.4 mit Verweis auf Urk. 83 S. Ziff. 25.1 ff S. 25 ff.). In dieser Entscheidung wird die Rechtslage betreffend Prozesskostenvorschüsse zutreffend erläutert. Diese Erläuterungen können nach wie vor uneingeschränkte Geltung beanspruchen, weshalb zunächst auf sie zu verweisen ist (§ 161 GVG; Urk. 83 Ziff. 25.1 ff S. 25 ff.). Zusammenfassend ist hier festzuhalten, dass die Prozesskosten zwar eine zu berücksichtigende Bedarfsposition sind. Die Kosten dürfen aber im Fall, dass eine Partei ihren Bedarf nicht aus eigener Kraft decken kann, nicht bei Berechnung der Unterhaltsbeiträge berücksichtigt werden, sondern sind durch einen Prozesskostenvorschuss zu decken. Dieser ist hernach – neben einer allfälligen Parteientschädigung – bei der güterrechtlichen Auseinandersetzung zu berücksichtigen. Zwar fehlen seitens beider Parteien substantiierte Behauptungen und Belege zu den Prozesskosten, da jedoch beide Parteien Fr. 500.– pro Monat geltend machen, rechtfertigt es sich, von Kosten in mindestens dieser Höhe auszugehen (vgl. Ziff. III. 3.12. hiervor). Bei der Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses sind die für die Gewährung des prozessualen Armenrechts entwickelten Grundsätze analog anzuwenden. Wenn die Gesuchstellerin aufgrund ihrer finanziellen Verhältnisse in der Lage ist, die bereits aufgelaufenen und die künftig zu erwartenden Gerichts- und Anwaltskosten zu bezahlen, besteht kein Anlass, ihr einen Prozesskostenvorschuss zu gewähren (ZR 90 Nr. 57; ZR 98 Nr. 35). Bei der Prüfung der Mittellosigkeit im Rahmen der Beurteilung eines Prozesskostenvorschusses bzw. der unentgeltlichen Prozessführung nach § 84 ZPO einerseits und bei der Berechnung der Unterhaltsbeiträge im Rahmen vorsorglicher Massnahmen andererseits ist nicht ein und derselbe Notbedarf zu bestimmen, da sich die beiden Institute von ihrer Natur her grundlegend unterscheiden. Insbesondere ist die Gesuchstellerin verpflichtet zur Prozessfinanzierung allfälliges Vermögen anzugreifen. Aufgrund ihres Alters und ihrer Einkommenssituation ist ihr dabei sicher ein beachtlicher "Notgroschen" zugestehen, den sie nicht anzugreifen braucht. Die Gesuchstellerin verfügt über ein Vermögen von mehr als Fr. 250'000.– (Urk. 7/278/8

- 28 - 1. Seite). Dieses übersteigt die Summe, die noch als Notgroschen qualifiziert werden kann bei weitem. Der Gesuchsteller ist daher bereits unter diesem Gesichtspunkt nicht zu

verpflichten, einen Prozesskostenvorschuss zu entrichten. Auf die weitere Behandlung dieser Thematik kann deshalb verzichtet werden. 7.3.1. Die Vorinstanz ging davon aus, dass die Gesuchstellerin einstweilen noch ein Einkommen von rund Fr. 3'400.– pro Monat aus ihrer Teilzeittätigkeit und der Arbeitslosenversicherung erhalten würde und grundsätzlich im Stande sein sollte, bei einem Pensum von 100 % ein Einkommen von Fr. 4'000.– (Netto) im Monat zu erwirtschaften (Urk. 3 S. 17 Ziff. 5.1 a) ff.). Zum Einkommen der Gesuchstellerin vertritt der Gesuchsteller demgegenüber zunächst den Standpunkt, die Gesuchstellerin wolle nicht arbeiten, weshalb sie immer nur dann eine Arbeit annähme, wenn dies aus prozesstaktischen Gründen geboten scheine. Sobald die Gefahr, dass sie keine Unterhaltsbeiträge mehr erhalte, gebannt scheine, gäbe sie ihre Arbeitstätigkeit wieder auf (Urk. 7/332 S. 41 ff. Ziff. 6 ff., Urk. 2 S. 16 ff. Ziff. 4.1. ff.). Weiter tönte er an, dass die Gesuchstellerin sich habe krankschreiben lassen, damit die Kündigungsfrist der Gesuchstellerin sich bis nach ihrem 60. Geburtstag verlängere und sie hernach von der verlängerten Rahmenfrist profitieren und Arbeitslosenunterstützung bis zu ihrer Pensionierung beziehen könne. Sie habe so beabsichtigt, sich, ohne selber arbeiten zu müssen, aus der Arbeitslosenkasse und den Unterhaltsbeiträgen bis zur Pensionierung zu finanzieren (Urk. 7/332 S. 43 Ziff. 6.2.). In der Folge nahm der Gesuchsteller den Eventualstandpunkt ein, die Gesuchstellerin habe sich absichtlich und böswillig einen Tag zu früh (einen Tag vor ihrem 60. Geburtstag, vgl. Art. 27 Abs. 2 und Abs. 3 Ziff. 1 AVIG) bei der Arbeitslosenversicherung gemeldet, um eine kürzere Rahmenfrist zu erhalten und so den Gesuchsteller zu schädigen (Urk. 7/357 S. 27 Ziff. 10.3., Urk. 14 S. 16 Ziff. 24 ff.). Überdies müsse der Gesuchstellerin der Ertrag ihres Vermögens als Einkommen angerechnet werden (Urk. 2 S. 16 f. Ziff. 4.1.). Die Gesuchstellerin ihrerseits verwies auf den Entscheid des Obergerichts vom 6. Oktober 2006 und führte aus, das Obergericht habe festgehalten, ihr dürfe kein hypothetisches Einkommen angerechnet werden. Ihr dürfe daher kein höhe-

- 29 - res Einkommen als das tatsächlich belegte angerechnet werden. Da sie von der Arbeitslosenkasse ausgesteuert worden sei, habe sie nun nur noch ein Einkommen von rund Fr. 650.– im Monat, das sie mit einem Pensum von ca. 10 % bei E. \_\_\_\_\_ erwirtschaftete. Auch sei der Gesuchstellerin kein Vermögensertrag anzurechnen, da dieser von ihrem Vorsorgekapital herrühre. Entsprechend müsse dieser Ertrag zur weiteren Äufnung des Vorsorgekapitals dienen (Urk. 9 S. 41 Rz. 131). 7.3.2. Im Entscheid des Obergerichtes vom 6. Oktober 2006 sind die Kriterien zur Anrechnung und Bemessung eines hypothetischen Einkommens zutreffend dargelegt. Auf diese Erwägungen ist zunächst zu verweisen, auf Detailfragen ist soweit notwendig im Sachzusammenhang einzugehen (Urk. 7/83 S. 20 ff. Ziff. 18.1 ff.). Entgegen der Vorbringen der Gesuchstellerin wurde im Entscheid des Obergerichtes vom 6. Oktober 2006 nicht festgehalten, dass ihr grundsätzlich kein hypothetisches Einkommen angerechnet werden dürfe. Im Zeitpunkt des Entscheids arbeitete die Gesuchstellerin 60 %. Da das Obergericht aufgrund der Aufgabenteilung während des Zusammenlebens der Parteien, des Umfangs der Arbeitstätigkeit der Gesuchstellerin in der darauffolgenden Zeit, der Arbeitsmarktbedingungen und des Alters der Gesuchstellerin zum Schluss kam, ihr sei im Rahmen des Eheschutzverfahrens kein Pensum von mehr als 50 % zuzumuten, hielt es fest, dass sich die Prüfung der Anrechnung eines Einkommens erübrige (Urk. 7/83 S. 20 f. Ziff. 18.1). Die soeben dargelegten Erwägungen sind nach wie vor zutreffend, auf diese ist daher zunächst zu verweisen (Urk. 7/83 S. 20 f. Ziff. 18.1). Zu ergänzen ist, dass sich der Arbeitsmarkt seither seitwärts bewegt hat, die Gesuchstellerin zwar einige Jahre älter geworden ist, aber

zwischenzeitlich auch mit einem Pensum von 80 % bei der F.\_\_\_\_\_ AG als Sekretärin gearbeitet hat (Urk. 7/347 S. 29 Rz. 102 ff.). Insgesamt ist es auch heute noch angemessen, ihr ein Arbeitspensum von 50 % zuzumuten.

- 30 - Soweit der Gesuchsteller geltend macht, die Gesuchstellerin habe ihre Arbeit bei der F.\_\_\_\_\_ AG böswillig aufgegeben, stützt er sich dabei einzig auf die zeitliche Nähe (sog. Koinzidenz) zwischen der Festlegung von Unterhaltsbeiträgen durch die Vorinstanz am 9. Juni 2008 und der Kündigung durch die F.\_\_\_\_\_ AG am 23. Juli 2008 (Urk. 2 S. 16 Ziff. 4.1. mit Verweis auf Urk. 7/357 Ziff. 10 S. 23 - 29 [wohl S. 26 - 29 da die Ziff. 10 zweimal existiert] mit Verweis auf Urk. 7/332 Ziff. 6). Aufgrund der Koinzidenz von Ereignissen kann nicht zwingend geschlossen werden, dass diese einander ursächlich bedingen. Ein solcher Schluss ist nach den Regeln der Logik nicht zulässig. Ein Indiziencharakter kann der Koinzidenz dennoch nicht abgesprochen werden. Das Scheidungsverfahren war aber bereits im damaligen Zeitpunkt äusserst strittig und sowohl die Rechts- als auch die Sachlage unklar. Es musste der anwaltlich beratenen Gesuchstellerin klar sein, dass sie sich nicht darauf verlassen konnte, die Unterhaltsbeiträge regelmässig zu erhalten. Aus den Abrechnung der Arbeitslosenkasse AVIZO vom 1. Dezember 2010 geht zunächst hervor, dass die Gesuchstellerin sich einen Tag vor ihrem 60. Geburtstag, am tt. Dez. 2008 bei der Arbeitslosenversicherung anmeldete. Weiter ist aus der Abrechnung ersichtlich, dass die Rahmenfrist der Gesuchstellerin am tt. November 2010 endete, obwohl sie noch einen Restanspruch von 42,1 Taggelder hatte (Urk. 11/7). Vor diesem Hintergrund und der belegten notfallmässigen Rückenoperation (Urk. 7/348/7 ff.) erweisen sich Mutmassungen darüber, dass sich die Gesuchstellerin böswillig hätte krankschreiben lassen, um sich die Arbeitslosenversicherung bis zur Pension zu sichern, als unglaublich. Vor dem Hintergrund des soeben Ausgeführten wirkt sodann die Behauptung, die Gesuchstellerin habe sich in Schädigungsabsicht einen Tag zu früh bei der Arbeitslosenkasse angemeldet, als gesucht, mithin nicht glaubhaft. In Abwägung aller dieser Umstände, vermag die Koinzidenz nicht glaubhaft zu machen, die Gesuchstellerin habe böswillig – in der Absicht den Gesuchsteller zu schädigen bzw. sich ohne selber arbeiten zu müssen zu finanzieren – ihre Arbeit aufgegeben. Der Gesuchstellerin ist daher das bei der F.\_\_\_\_\_ AG erwirtschaftete Einkommen nicht als hypothetisches Einkommen anzurechnen.

- 31 - Der Gesuchsteller führt weiter an, dass die Kündigung der Gesuchstellerin nicht rechtens gewesen sei. Vom ehemaligen Arbeitgeber hätten daher klageweise sechs Monatslöhne als Abfindung erhältlich gemacht werden müssen (Urk. 2 S. 16 Ziff. 4.1. mit Verweis auf Urk. 7/357 S. 26 [zweite] Ziff. 10). Die betreffenden Vorbringen sind aber sehr allgemein gehalten. Da eine exakte Prognose eines Prozessverlaufes bzw. eines Prozessausganges sogar auf weitgehend gesicherter Sachlage schwierig ist, ist es alleine aufgrund der allgemeinen Behauptungen des Gesuchstellers unmöglich, abzuklären, ob ein Prozess erfolgversprechend gewesen wäre. Dementsprechend führt auch diese Argumentation ins Leere. Die erwähnten sechs Monatslöhne sind der Gesuchstellerin daher nicht anzurechnen. Ergänzend zu den Ausführungen im Entscheid des Obergerichts vom 6. Oktober 2006 ist in Bezug auf die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens Folgendes festzuhalten: Das Rechtsinstitut des hypothetischen Einkommens wurde durch höchstrichterliche Praxis begründet, eine positivrechtliche Regelung besteht nicht (vgl. statt vieler BGE 128 II 6 E. 4a). Es gilt in sämtlichen Familiensachen zu prüfen, ob den Parteien ein hypothetisches Einkommen anzurechnen ist, sei es um ihren eigenen Bedarf zu decken und so die unterhaltsverpflichtete Partei zu entlasten oder, um den Bedarf einer

unterhaltsberechtigten Partei sicherzustellen. Es wird nur aber immerhin erwartet, das Einkommen zu erzielen, das mit zumutbarem Aufwand und gutem Willen tatsächlich erzielt werden kann. Mit der Anrechnung eines hypothetischen Einkommens wird kein Strafzweck verfolgt, vielmehr geht es darum, die wirtschaftliche Existenz aller Beteiligten sicherzustellen. Dabei ist unbeachtlich, dass das wirtschaftliche Überleben in der Schweiz stets durch die Fürsorgepflicht des Staates sichergestellt ist, denn familiäre Unterhaltsansprüche gehen der Sozialhilfe vor. Diese ist daher bei der Berechnung der Unterhaltsverpflichtung grundsätzlich nicht zu berücksichtigen. Nachdem der Gesuchstellerin grundsätzlich ein Arbeitspensum von 50 % zuzumuten ist (vgl. S. 28 hiavor), muss abgeklärt werden, ob eine entsprechende Arbeitsmöglichkeit besteht. Dabei ist auf Tatsachenfeststellungen oder auf die all-gemeine Lebenserfahrung abzustellen (BGE 128 III 4 E. 4a ff.). Insbesondere sind dabei die individuellen Umstände wie Alter, Ausbildung, bisherige Berufser-

- 32 - fahrung aber auch die aktuelle Wirtschafts- und Arbeitsmarktlage zu berücksichtigen. Von Bedeutung ist vorliegend, dass die Gesuchstellerin nicht schlecht qualifiziert ist: Sie verfügt über eine kaufmännische Ausbildung und Erfahrung in verschiedenen Branchen. Als ehemalige Direktionsassistentin eines bekannten alt Nationalrates und erfolgreichen Wirtschaftsführers (alt NR G. \_\_\_\_\_ [Urk. 66 S. 12 lit. b]) hat sie auch einen gewissen Leistungsausweis. Ausserdem beherrscht sie als gebürtige Schweizerin die deutsche Sprache zweifelsfrei, zudem verfügt sie über einen ungetrübten Leumund. So konnte sie im letzten Jahrzehnt denn auch verschiedene Tätigkeiten ausüben (Urk. 83 S. 19 Ziff. 17.1. ff. [Reinigung, Kinderbetreuung, Haushaltshilfe, Shopmitarbeiterin bei einer Tankstelle etc.]). Die Gesuchstellerin ist aber nicht eine gesuchte und seltene Spezialistin, sie muss bei der Arbeitssuche mit jüngeren, unter Umständen besser ausgebildeten Arbeitnehmern konkurrieren. Diese wiederum verfügen aber nicht über die (Lebens-)Erfahrung der Gesuchstellerin. Auch hatte die Gesuchstellerin eine lange Familienpause und steht nahezu im Pensionsalter. Es ist gerichtsnotorisch, dass Arbeitnehmer, bei denen die Pensionierung in absehbarer Nähe steht, es nicht leicht haben, eine Stelle zu finden. In die gleiche Richtung deuten auch die Unterlagen betreffend Nachweis der persönlichen Arbeitsbemühungen der Arbeitslosenversicherung (Urk. 11/13). Diesen kann aber aus nachfolgenden Gründen nicht mehr als Indiziencharakter attestiert werden: Gemäss der höchstrichterlichen Praxis können bei der Bestimmung eines hypothetischen Einkommens die Voraussetzungen zum Erhalt von Arbeitslosenunterstützung nicht unbesehen übernommen werden (BGE 137 III 118 Regeste und E. 3.1). Diese Praxis wird verständlich, wenn man sich vergegenwärtigt, dass es sich beim Verfahren vor der Arbeitslosenversicherung um ein anderes, ein verwaltungsrechtliches Verfahren handelt: Die Voraussetzungen sind anders definiert, die Prüfdichte ist verschieden und die Entscheidungen werden zunächst von Verwaltungsbehörden und nicht von Gerichten getroffen. Häufig müssen zur Prüfung, ob genügende Arbeitsbemühungen unternommen wurden, anstelle der eigentlich aussagekräftigeren qualitativen Kriterien aufgrund der hohen Arbeitslast eher quantitative Krite-

- 33 - rien angewandt werden. Im familienrechtlichen Verfahren vor dem Zivilgericht hingegen steht der einzelne, individuell-konkrete Fall im Mittelpunkt. Das Zivilgericht muss – neben quantitativen Kriterien – vor allem qualitative Kriterien berücksichtigen. Dass die Arbeitslosenunterstützung ausgerichtet wurde, kann daher im familienrechtlichen Verfahren nur als Indiz, dass Arbeitsanstrengungen unternommen wurden, gewertet

werden. Dass die Arbeitsbemühungen im familien- rechtlichen Sinn genügend waren, kann aufgrund der ausgerichteten Arbeitslo- senunterstützung nicht geschlossen werden. Da die Gesuchstellerin keine Bewerbungsschreiben und insbesondere auch keine Absageschreiben einreichte, kann nicht überprüft werden, ob sie angemessene Arbeitsbemühungen unternommen hat, bzw. ob ihr tatsächlich keine Arbeit angeboten wurde. Insgesamt ist es der Gesuchstellerin daher nicht geglückt, glaubhaft zu machen, dass sie keine Arbeitsmöglichkeiten hat. In Abwägung aller soeben dargelegten Umstände ist der Standpunkt der Gesuchstellerin, es sei ihr nicht möglich, ihre Arbeitstätigkeit auf 50 % auszuwei- ten, nicht glaubhaft. Die Vorinstanz hat aufgrund des Verdienstes der Gesuchstellerin bei E.\_\_\_\_\_ errechnet, dass die Gesuchstellerin bei einem Vollpensum Fr. 4'000.– monatlich verdienen kann (Urk. 3 S. 19 Ziff. 5.3; Urk. 7/348/12). Dabei ist zu be- rücksichtigen, dass die Gesuchstellerin nur zu einem kleinen Pensum von 10 % beim betreffenden Arbeitgeber angestellt ist (Urk. 11/12). Pensen von diesem Umfang können nicht unbesehen auf 100 % hochgerechnet werden. Erfahrungsgemäss resultieren bei solchen Berechnungen zu hohe Löhne. Auch muss be- rücksichtigt werden, dass die Gesuchstellerin evtl. mehrere Stellen annehmen muss, um einen adäquaten Beschäftigungsgrad zu erreichen. Dem Lohnbuch kann entnommen werden, dass beispielsweise der Mediannettolohn einer kauf- männischen Angestellten im Detailhandel in der Grossregion Zürich rund Fr. 3'625.30 pro Monat beträgt, mithin etwas tiefer ist, als jener, den die Vo- rinstanz errechnete (Mülhauser P., Das Lohnbuch 2012, Mindestlöhne sowie orts- und berufsübliche Löhne in der Schweiz, Zürich 2012, S. 229). Dies deckt sich auch mit den Erfahrungen der Kammer. Löhne in ähnlicher Höhe können auch bei

- 34 - den grossen Detailhändlern Coop und Migros sowohl im Verkauf als auch in der Verwaltung erzielt werden (Mülhauser P., a.a.O., S. 224 ff.) Grundsätzlich ist die Höhe eines hypothetischen Einkommens zurückhaltend und vorsichtig festzulegen, um so den jeder Voraussage und Schätzung inne- wohnenden Unabwägbarkeiten gerecht zu werden. Das hypothetische Einkom- men ist daher am unteren Rand der Bandbreite der möglichen Einkommen zu verorten. So wird eine Sicherheitsreserve geschaffen, dass das hypothetische Einkommen tatsächlich erzielt, bzw. Unerwartetes kompensiert werden kann. Unter Berücksichtigung aller dieser Umstände ist der Gesuchstellerin er- messensweise ein teilhypothetisches Einkommen von Fr. 1'800.– netto (inkl.

### **E. 3.6**

Die Höhe der Krankenkassenprämie ist ausgewiesen (Urk/7/333/7). Al- leine aus dem Umstand, dass die Lebenspartnerin des Gesuchstellers für die Prämie mithaftet, kann nicht geschlossen werden, dass sie diese anteilmässig schuldet und bezahlt. Dem Gesuchsteller ist daher die ganze, auf ihn entfallende Prämie anzurechnen, mithin Fr. 927.–.

### **E. 3.7**

Die durchschnittlichen Gesundheitskosten, die der Gesuchsteller selber bezahlen muss, betragen gemäss seinen eigenen Belegen rund Fr. 200.– im Mo- nat (Urk. 7/333/8). Aussagekräftige Belege über weitere Kosten für die Gesund- heit (Optiker, Zahnarzt) wurden nicht eingereicht. So geht aus den eingereichten Arzt- bzw. Klinikrechnungen nicht hervor, ob diese von der Krankenkasse über- nommen werden, zumindest wird auf den Rechnungen darauf hingewiesen, dass auch dem Krankenversicherer separate Rechnungen gestellt werden (Urk. 7/333/9). Aus der Kreditkartenabrechnung vom 8. April 2009 wird nicht ersichtlich, was der Gesuchsteller bei einem Optiker gekauft hat. Alleine aufgrund

eines Beleges, dass bei einem Optiker für eine hohe Summe eingekauft wurde, lässt sich kein Schluss auf eine medizinische bzw. gesundheitliche Notwendigkeit der Ausgabe ziehen, es steht nicht einmal fest, dass etwas für den Gesuchsteller selbst eingekauft wurde (7/333/9 9. Blatt). Soweit der Gesuchsteller Kosten für den

- 18 - Zahnarzt geltend macht, können diese wegen der mangelnden Substantiierung, da nicht bekannt ist, ob die Krankenversicherung Beiträge an den Zahnarzt leistet und da auch der Gesuchstellerin keine Kosten für den Zahnarzt einberechnet werden, nicht berücksichtigt werden.

### **E. 3.8**

Die Transportkosten in der Höhe von Fr. 200.– sind nicht mehr bestritten und scheinen realistisch (Urk. 9 S. 38 Rz. 123). Für höhere Kosten wird kein Beleg angeführt, entsprechend sind dem Gesuchsteller nur Fr. 200.– anzurechnen.

### **E. 3.9**

Die Kosten für eine kombinierte Privathaftpflicht-, Hausrat-, und Gebäudeversicherung in der Höhe von Fr. 2'279.20 pro Jahr sind ausgewiesen (Urk. 7/333/10). Der genaue Versicherungsumfang, sowie die begünstigten Personen sind nicht ersichtlich. Da der Gesuchsteller und seine Lebenspartnerin die versicherte Liegenschaft gemeinsam bewohnen, rechtfertigt es sich, auch diese Kosten dem Gesuchsteller zur Hälfte im Betrag von Fr. 95.– pro Monat anzurechnen. Dies scheint auch in Hinblick, dass der Gesuchstellerin nur Fr. 46.– pro Monat zugestanden werden angemessen (Ziff. III. 7.2.5. hiernach). 3.10.1. Der Gesuchsteller reichte Teile seiner Steuererklärung der Jahre 2008 (Urk. 7/280/1) und 2007 (Urk. 7/333/3) ein. Gemäss der Steuererklärung 2007 ist nur die Personalsteuer in der Höhe von Fr. 24.– geschuldet. Diese wurde offenbar durch einen Verrechnungsteueranspruch getilgt (Urk. 7/333/3 1. Seite). Zur Glaubhaftmachung einer substantiellen Steuerbelastung des Gesuchstellers ist dieser Beleg grundsätzlich nicht geeignet. Aus der Steuerklärung 2008 nebst der Steuerberechnung geht eine Steuerbelastung in der Höhe von rund Fr. 1'900.– hervor (Urk. 7/280/1 S. 20). Diese Steuerbelastung erscheint in Anbetracht der finanziellen Lage des Gesuchstellers, insbesondere aufgrund seines geringen Einkommens (das vorliegend umstrittene rechnerische Einkommen aus den Mitteln der zweiten Säule ist, da das Vorsorgekapital schon ausbezahlt wurde, nicht steuerwirksam) als realistisch. Es rechtfertigt sich daher, dem Gesuchsteller eine monatliche Steuerbelastung in der Höhe von Fr. 160.– anzurechnen. 3.10.2. Die Vorinstanz rechnete dem Gesuchsteller eine Steuerbelastung in der Höhe von Fr. 500.– pro Monat an. Die Vorinstanz berechnete aus dem Vorsorgekapital eine hypothetische Rente. Sie zog dabei vom zu Grunde gelegten Kapital die bei Auszahlung fällig gewordenen Steuern nicht ab. Dieser Steuerlast begegnete sie bei der Schätzung der laufenden Steuern und kam so auf den genannten Betrag von Fr. 500.– pro Monat. Wie die Vorinstanz auf diesen Betrag kommt, lässt sich den bis jetzt gefällten Entscheiden im Detail nicht entnehmen (Urk. 3 S. 13 sowie S. 17 lit. 1). Wie nachfolgend im Rahmen der Einkommensberechnung des Gesuchstellers aufgezeigt werden wird, ist im Eheschutzverfahren, bzw. im Rahmen von vorsorglichen Massnahmen soweit als möglich auf die tatsächlichen Umstände und liquid Belegtes abzustellen. Erst wenn dies nicht möglich ist, muss geprüft werden, ob eine Position berücksichtigt werden soll und diese gegebenenfalls zu schätzen ist (z. B. anhand einer Berechnung). Es rechtfertigt sich daher, dem Gesuchsteller im Bedarf nur die erwähnten Fr. 160.– zuzurechnen.

Der steuerlichen Belastung seines Vorsorgekapitals ist im Massnahme- verfahren – ohne jegliche Präjudizierung für das Scheidungsverfahren – bei der Einkommensberechnung zu begegnen, indem der Rentenberechnung das bereits um die Steuern belastete Vorsorgekapital zu Grunde gelegt wird (vgl. im Detail Ziff. III. 4.1. hiernach).

### **E. 3.11**

Der Gesuchstellerin ist wohl grundsätzlich zuzustimmen, dass die Kos- ten für die Unterhaltszahlung an die erste Frau des Gesuchstellers unter systema- tischen Gesichtspunkten eher bei den Bedarfspositionen zu berücksichtigen wä- ren (Urk. 9 S. 26 Rz. 76 ff.). Da diese Ausgabe weitgehend unabhängig vom Be- darf des Gesuchstellers und in direkter Abhängigkeit vom Einkommen des Ge- suchstellers berechnet wird, wobei kein Spielraum für eine ermessensweise An- passung besteht, rechtfertigt es sich dennoch, diese Kosten im Rahmen der Ein- kommensberechnung zu ermitteln (vgl. Ziff. III. 5. hiernach). Am Ergebnis ändert sich dabei aber nichts.

- 20 -

### **E. 3.12**

Von keiner Partei wurden monatliche Prozesskosten von Fr. 500.– als zu hoch bestritten. Die Kosten sind daher anzurechnen.

### **E. 3.13**

Aus den Akten geht hervor, dass die für die Lebensversicherung gel- tend gemachten Kosten nicht mehr anfallen (Ablauf der Versicherung 2008; Urk. 7/24/2 letzte Seite). Entsprechend sind diese nicht mehr zu berücksichtigen. Die positive Wirkung eines Hundes auf die Gesundheit und Lebensqualität sind notorisch. Dass aber eine medizinische Notwendigkeit für dessen Anschaf- fung gegeben ist, lässt sich aus den Akten nicht belegen (Urk. 2 S. 15 Ziff. 3.2.4.). Da ein Hund aus medizinischen Gründen nur in seltenen Fällen notwendig ist, genügt alleine die entsprechende Behauptung nicht, eine solche Notwendigkeit glaubhaft zu machen. Da die Kosten bis anhin nicht berücksichtigt wurden und auch der Gesuchstellerin keine vergleichbaren Kosten zugestanden werden, sind sie aus dem Grundbetrag zu bezahlen. Der Gesuchsteller macht pauschal einen Betrag in der Höhe von Fr. 500.– für die Haushaltspflege geltend (Urk. 2 S. 15 Ziff. 3.2.5). Zur genauen Zusam- mensetzung dieses Betrages behauptet der Gesuchsteller nichts. Auch werden keine Belege genannt. Der Betrag kann dem Gesuchsteller daher nicht angerech- net werden.

## **E. 4**

Am 12. Juli 2010 beantragte der Gesuchsteller erneut eine Senkung seiner Unterhaltsverpflichtung (Prot. I S. 220). In ihrer Stellungnahme zum Abän- derungsbegehren beantragte dann die Gesuchstellerin die Erhöhung der Unter- haltsverpflichtung (Urk. 7/347 S. 4). Mit Verfügung vom 8. November 2010 wies die Vorinstanz beide Abänderungsbegehren ab (Urk. 3 S. 25). 5.1. Gegen den abweisenden Entscheid erhob der Gesuchsteller mit Ein- gabe vom 22. November 2010 Rekurs an die Kammer und beantragte was folgt (Urk. 2 S. 2): " 1. In Aufhebung von Dispositiv Ziff. 1 der angefochtenen Verfügung (Ver- fügung vom 8. November 2010 des Einzelrichters im ordentlichen Ver- fahren am Bezirksgericht Uster) sei Dispositiv Ziff. 1 der Verfügung vom

### **E. 4.1**

Das Einkommen des Gesuchstellers war und ist umstritten; im jetzigen Zeitpunkt ist vor allem noch strittig, welche Rente dem Gesuchsteller aus seinem Vorsorgeguthaben anzurechnen ist (Urk. 2 S. 12 Ziff. 3.1. ff. und Urk. 9 S. 25 Rz. 71 ff.). Während die Vorinstanz in Ihrer Entscheid vom 9. Juni 2008 noch von einem Einkommen in der Höhe von Fr. 11'000.– pro Monat (netto) ausgehen konnte (Urk. 7/195 S. 15 lit. e), geht zwischenzeitlich selbst die Gesuchstellerin nur noch von einem maximalen Einkommen von Fr. 6'620.– pro Monat aus. Dabei merkte sie an, dass es ihr aufgrund des Verhaltens des Gesuchstellers – er verweigere die genügende Auskunft über seine Vermögenssituation – nicht möglich sei, weitere Einkünfte substantiiert zu behaupten (Urk. 9 Rz. 73 ff.). Der Gesuchsteller selber behauptet ein Einkommen von Fr. 5'697.20 bis Fr. 5'934.– (Urk. 2 S. 12 Ziff. 3.1.1. mit Verweis auf Urk. 7/332 Ziff. 1.18 - 4. S. 20 -31).

- 21 - Die Gesuchstellerin macht diesbezüglich geltend, die Höhe der Rente bzw. die Nichtberücksichtigung der entsprechenden Steuern sei bereits Gegenstand des Entscheides der Vorinstanz vom 9. Juni 2008 gewesen und könne daher nicht mehr überprüft werden (Urk. 9 Rz. 67 und Rz. 120). Dem ist aber entgegenzuhalten, dass es sich bei der Frage, welche Rente dem Gesuchsteller aufgrund der Auszahlung des Vorsorgekapitals anzurechnen ist, nicht um eine Tatsachenfrage handelt. Diese Frage wird durch das Gericht aufgrund normativer Überlegungen beantwortet. Entsprechend muss sie vorliegend mit Blick in die Zukunft überprüft werden.

#### **E. 4.2**

Unbestritten und belegt ist, dass der Gesuchsteller sich im Februar 2008 Vorsorgeguthaben in der Höhe von insgesamt Fr. 1'134'513.85 auszahlen liess (Urk. 7/175/9). Dem Gesuchsteller wurde in der Folge eine Steuerforderung von Fr. 155'218.25 für die Staats- und Gemeindesteuern und Fr. 26'093.50 für die direkte Bundessteuer, insgesamt Fr. 181'311.75 (ohne die Verzugszinsen in der Höhe von Fr. 661.– gem. Urk. 7/264/1) in Rechnung gestellt (Urk. 7/348/1, Urk. 7/229/36; Urk. 7/264/1). Bezüglich der Aufteilung dieser Steuerlast haben die Parteien wohl eine individuelle Vereinbarung getroffen (Urk. 7/175/2), deren Umsetzung offenbar zu weiterem Streit Anlass gibt (vgl. Urk. 7/249 S. 18 Rz. 68 ff., Urk. 7/332 S. 20 ff. Ziff. 1.18.1.). Die Wirkung dieser Vereinbarung ist nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens. Insbesondere die Frage, welche Partei schliesslich wie viel Steuern bezahlen muss, ist allenfalls im Rahmen der güterrechtlichen Auseinandersetzung oder gar in einem separaten Prozess zu klären. Für den hier zu treffenden Entscheid von Bedeutung ist, dass durch eine Vereinbarung zwischen Privaten die Steuerpflicht normalerweise – Sonderfälle vorbehalten – nicht beeinflusst werden kann: Die Steuerpflicht des Gesuchstellers für sein Vorsorgekapital kann durch eine Privatvereinbarung in der Regel nicht teilweise und progressionswirksam auf eine andere Privatperson überwältzt werden. Es kann aber nicht ausgeschlossen werden, dass die Steuerbehörden aufgrund der wirtschaftlichen Zusammenhänge, doch zum Schluss kommen, dass der Gesuchstellerin ausbezahlte Teil des Vorsorgevermögens sei bei ihr zu besteuern mit den entsprechenden Folgen für die Progression. Dabei ist aber den Steuerbehörden nicht vorzugreifen, zumal zum weiteren Verlauf bzw. zum allfälligen Ausgang des

- 22 - Steuerverfahrens keine hinlänglich substantiierten Behauptungen aufgestellt und auch keine aussagkräftigen Belege eingereicht wurden. Zwar werfen die Parteien einander gegenseitig vor, unsorgfältig bzw. unrichtig vorgegangen zu sein, weshalb es zu einer zu hohen Steuerbelastung gekommen sei. Alleine aufgrund dieser sehr allgemein gehaltenen

gegenseitigen Vorwürfe kann nichts geschlossen werden. Es ist aufgrund der Parteivorbringen nicht möglich abzuschätzen, wie steuerrechtlich hätte vorgegangen werden müssen, um die zweifellos beachtliche Steuerbelastung zu senken (vgl. Urk. 7/249 S. 18 Rz. 68 ff., Urk. 7/332 S. 20). Es muss daher einstweilen davon ausgegangen werden, dass die gesamten in Rechnung gestellten Steuern (Urk. 7/348/1; Urk. 7/229/36; Urk. 7/264/1) an den Staat aus dem erhaltenen Vorsorgekapital entrichtet werden müssen und entsprechend nicht mehr über dieses Geld verfügt werden darf bzw. kann. Dabei ist auch von Bedeutung, dass der Gesuchsteller durch das Vorsorgekapital und seine Liegenschaft genug Vermögen hat, in welches die Steuerforderung im Falle der Nichtbezahlung ohne weiteres vollstreckt werden kann. Im jetzigen Zeitpunkt muss daher davon ausgegangen werden, dass der vorliegend streitige Steuerbetrag den Parteien nicht mehr zur Verfügung steht. Im Rahmen des summarischen Verfahrens ist es daher angebracht, mit dem um den Steuerbetrag reduzierten Kapital zu rechnen. Aufgrund der Ausführungen der Gesuchstellerin scheint es glaubhaft, dass sie von dieser Steuerlast zumindest Fr. 36'346.– übernehmen werden muss bzw. allenfalls schon übernommen hat (Urk. 7/249 S. 18).

#### **E. 4.3**

Bei der Berechnung, welche Rente sich der Gesuchsteller aus seinem Vorsorgekapital anrechnen lassen muss, ist daher von einem Kapital in der Höhe von Fr. 615'386.25 (= Fr. 760'352.00 / Fr. 155'218.25 [Staatssteuer] / Fr. 26'093.50 [dir. Bundessteuer] + Fr. 36'346.– [Beitrag Gesuchstellerin]) auszugehen. Bei einem unbestritten gebliebenen Umwandlungssatz von 6.8 % resultiert eine Rente von rund Fr. 41'846.25 pro Jahr bzw. rund Fr. 3'487.20 pro Monat.

#### **E. 4.4**

Die Höhe der AHV-Rente des Gesuchstellers beträgt im Jahr 2010 Fr. 2'280.– pro Monat.

- 23 -

#### **E. 4.5**

Insgesamt muss sich der Gesuchsteller daher ein Einkommen von Fr. 3'487.20 + Fr. 2'280.– = Fr. 5'767.20 pro Monat anrechnen lassen. 5. Die von der Vorinstanz für die Berechnung der Unterhaltsverpflichtung gegenüber der ersten Frau des Gesuchstellers angewandte Methode scheint grundsätzlich zutreffend und blieb unbestritten. Im Rahmen des summarischen Verfahrens kann diese Methode daher ohne weiteres auch weiterhin angewendet werden (Urk. 3 S. 13 Ziff. 3). Auf Basis der oben dargelegten Zahlen berechnet sich der Unterhaltsbeitrag folgendermassen: Fr. 2'280.– (AHV Rente C.\_\_\_\_\_) + Fr. 807.– (BVG Rente C.\_\_\_\_ [Urk. 7/217/1-2]) + Fr. 2'280.– (AHV Rente Gesuchsteller) + Fr. 3'487.20 (Hypothetische BVG-Rente Gesuchsteller) = Fr. 8'854.20. Davon erhält C.\_\_\_\_\_ 40 %, also rund Fr. 3'541.70. Vom vorgenannten Betrag abzuziehen sind ihre eigenen Renteneinkommen von Fr. 3'087.–, es verbleibt dann ein Betrag von rund Fr. 450.–, den der Gesuchsteller an C.\_\_\_\_\_ monatlich bezahlen muss. 6. Als Zwischenergebnis kann festgehalten werden, dass der Gesuchsteller seinen eigenen gebührenden Bedarf sowie die Unterhaltszahlungen an seine erste Frau aus eigenen Mitteln bestreiten kann. Danach verbleibt ein Betrag von rund Fr. 230.–.

- 24 - 7.1. In ihrem Entscheid vom 9. Juni 2008 ging die Vorinstanz von folgender finanziellen Situation der Gesuchstellerin aus (Urk. 7/195 Ziff. 4 S. 16 ff.): Grundbetrag 1'100.00 Miete inkl. Nebenkosten 1'810.00 Garage 150.00 Elektrisch 70.00 Krankenkasse

410.00 Hausratversicherung 46.00 Telefon (Festnetz und Handy) 200.00 Billag 38.00  
Autoleasingrate 324.00 Autobetriebskosten 500.00 Pferd 1'000.00 Steuern 411.00 Betrag  
zur freien Verfügung 800.00 Total (gerundet) 6'860.00 7.2.1. Die aktuelle finanzielle  
Situation präsentiert sich folgendermas- sen: Grundbetrag 1'200.00 Miete (inkl.  
Nebenkosten) 1'810.00 Garage 150.00 Elektrisch 70.00 Krankenkasse 410.00  
Hausratversicherung 46.00 Telefon (Festnetz und Handy) 200.00 Billag 38.00  
Autobetriebskosten 200.00 Steuern 709.00 Total 4'833.00 Einkommen 2'000.00 7.2.2. Die  
Höhe des Grundbetrages von Fr. 1'200.– gemäss Ziff. II. 1.2. des Kreisschreibens gibt zu  
keinen weiteren Bemerkung Anlass. 7.2.3. Der Gesuchsteller führt an, dass die  
Gesuchstellerin sich gewei- gert habe, Bankunterlagen zu edieren, welche die regelmässige  
Bezahlung der Miete an ihre Mutter belegten. Dieses Verhalten sei dahingehend zu  
würdigen, dass die Gesuchstellerin die Miete tatsächlich nicht bezahle (Urk. 2 S. 18 Ziff.  
4.2.1.).

- 25 - Im obergerichtlichen Entscheid vom 6. Oktober 2006 wurde festgehalten, dass der  
Gesuchstellerin aus Gründen der Gleichbehandlung der im produzierten Mietvertrag  
festgehaltene Mietzins zuzugestehen sei, so wie die Vorinstanz es in ihrem Entscheid vom  
30. März 2006 getan habe (Urk. 7/83 S. 23 Ziff. 23). Diese Argumentation stellt nicht auf  
den tatsächlich bezahlten Mietzins ab, entspre- chend bestand keine Notwendigkeit die  
tatsächliche Bezahlung des Mietzinses zu überprüfen. Der Verzicht auf diesbezügliche  
Weiterungen stellt daher auch keine Gehörsverletzung dar. Da sich die Wohnungskosten  
der beiden Parteien immer noch in der gleichen Grössenordnung (insbesondere, wenn dem  
Gesuchsteller die Nebenkosten nur hälftig angerechnet werden) bewegen, besteht kein  
Grund an dieser Position etwas zu ändern. Weiter ist auch zu beachten, dass eine  
Vermieterin grundsätzlich den An- spruch hat, vom Mieter ihrer Wohnung einen  
marktkonformen Mietzins zu erhal- ten. Dies unabhängig davon, ob die Mieterin ihre  
Tochter ist. Ein solcher ist auch aus dem produzierten Mietvertrag ersichtlich (Urk. 7/8/13  
f.). Es ist zwar davon auszugehen, dass die Mutter ihre Tochter nicht aus der Wohnung  
weist, selbst wenn die Mietzinszahlung zeitweise ausbleibt. Nicht geschlossen werden kann  
aber, dass sie ihrer Tochter dauerhaft eine Wohnung unentgeltlich zur Verfügung stellen  
kann und will. Der Mutter der Gesuchstellerin wäre eine derartige Ver-  
wandtenunterstützung nur unter besonderen Umständen zuzumuten, welche we- der  
behauptet noch aus den Akten ersichtlich sind. Unter diesen beiden Gesichtspunkten sind  
die Bedarfsposition Miete und Garage nicht zu beanstanden und unverändert von der  
Vorinstanz zu überneh- men. 7.2.4. Gleich wie dem Gesuchsteller ist auch der  
Gesuchstellerin für Strom der Betrag von Fr. 70.– anzurechnen. Dieser Betrag ist überdies  
nicht mehr bestritten (Urk. 2 S. 17). Zur Billag und Kosten für das Telefon ist auf die Ziff.  
III.

## **E. 9**

Juni 2008 verwirklicht haben (Urk. 9 Rz. 40), ist vor diesem Hintergrund und in dieser  
Absolutheit nicht zutreffend. Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass sich diese  
Argumentation nur auf Sachverhaltsfragen bezieht. Bei der Überprüfung von Rechts- und  
Ermessensfra- gen, also im Bereich der normativen Tätigkeit, ist die Kammer stets frei. Sie  
ist verpflichtet, ihr Ermessen pflichtgemäss auszuüben unabhängig von den bisheri- gen  
Behauptungen und vom Verhalten der Parteien, gleich wie sie das Recht von Amtes wegen  
richtig anwenden muss.

## **E. 13**

Monatslohn) pro Monat anzurechnen. 7.3.3. Der Gesuchsteller macht weiter geltend, die Gesuchstellerin habe aufgrund der Unterhaltszahlungen für das Pferd (... bzw. ...) Fr. 23'000.–, für das Leasing Fr. 13'302.90 und für die Miete Fr. 129'360.– Vermögen in der Höhe von Fr. 142'685.– bilden können (Urk. 2 S. 10). Es scheint dabei aber ein Rechnungsfehler vorzuliegen, ergibt doch die Addition der einzelnen Positionen die Summe von Fr. 165'662.–. Die Differenz entspricht exakt den Fr. 23'000.– für das Pferd. Wie nachfolgend aufgezeigt werden wird, beeinflusst diese Unstimmigkeit das Endergebnis nicht, es kann daher auf vertiefte Behandlung verzichtet werden. Das Pferd ... war ein Fehlkauf. Da es offenbar zum beabsichtigten Zweck nicht taugte, wurde es in der Folge verschenkt (Urk. 11/3 vgl. auch Urk. 7/333/16). Die für den Kauf aufgewendeten Fr. 24'000.– mussten als Verlust abgeschrieben werden. Selbst wenn die Gesuchstellerin aufgrund zu hoher Unterhaltszahlungen für das Pferd Vermögen in der Höhe von Fr. 23'000.– hätte bilden können, wäre dieses durch die Anschaffung des neuen Pferdes wieder aufgebraucht und in der Folge durch die Schenkung vernichtet worden. Die Gesuchstellerin hat anerkannt, dass sie für ihr Fahrzeug keine Leasing-raten mehr bezahlen muss (Urk. 9 S. 22 Rz. 57 f.). Bezüglich der behaupteten Vermögensbildung in der Höhe von Fr. 13'302.90 wird aber

- 35 - talbedarf für den Kauf des Fahrzeugs nach Ablauf des Leasingvertrages in der Grössenordnung von Fr. 11'000.– nicht berücksichtigt (Urk. 11/4). Soweit sich der Gesuchsteller den Wert als unrichtig bezeichnet, kann darauf hingewiesen werden, dass dieser realistisch und marktüblich erscheint, weshalb sich diesbezügliche Weiterungen erübrigen. Bezüglich der Miete der Gesuchstellerin kann auf das unter Ziff. III. 7.2.3. hiervor ausgeführte verwiesen werden. Auch eine Vermögensbildung aufgrund fehlender Mietausgaben ist somit nicht glaubhaft. Im Ergebnis ist es dem Gesuchsteller nicht geglückt glaubhaft zu machen, dass die Gesuchstellerin über ein zusätzliches, anzehrbares und verzinsbares Vermögen in der Höhe von Fr. 142'685.– verfügt. Der Gesuchsteller macht weiter unter Verweis auf Urk. 7/278/5 (wahrscheinlich meint er die letzte Seite der Steuererklärung 2008) geltend, die Gesuchstellerin habe im Jahr 2008 einen Vermögensertrag in der Höhe von Fr. 9'298.00 erwirtschaften können (Urk. 2 S. 16 f.). Gemäss der Urk. 7/278/5 letzte Seite betrug der Vermögensertrag aber Fr. 138.–. Auf diese Unstimmigkeit wies die Gesuchstellerin in ihrer Rekursantwort bzw. ihrem Anschlussrekurs hin (Urk. 9 S. 45 Rz. 139). In der darauf folgenden Stellungnahme erwiderte der Gesuchsteller diesbezüglich nichts substantiiertes (Urk. 14 S. 19 Ziff. 31.). Es ist daher davon auszugehen, dass die Gesuchstellerin im Jahr 2008 nur Fr. 138.– aus ihrem Vermögen erhielt. Dieser Betrag ist vorliegend vernachlässigbar. Unbestritten blieb und auch mit den Akten in Einklang steht, dass die Gesuchstellerin im Jahr 2009 einen Vermögensertrag in der Höhe von Fr. 8'277.00 erzielen konnte. Auch glaubhaft und weitgehend unbestritten ist, dass das betreffende Vermögen zu einem grossen Teil aus dem vom Gesuchsteller erhaltenen Vorsorgekapital stammt (Urk. 2 S. 16. Ziff. 4.1., Urk. 9 S. 45 Rz. 140, Urk. 7/278/8 letzte Seite). Die Gesuchstellerin stellt sich auf den Standpunkt, dass dieses Kapital ihrer Vorsorge dienen soll und sie ihre Vorsorge weiter aufbauen können müsse. Die Erträge müssten entsprechend zum Kapital geschlagen werden und dürften nicht zum Unterhalt verzehrt werden (Urk. 9 S. 45 Rz. 140).

- 36 - Ausbezahltes Vorsorgekapital sollte zwar grundsätzlich der Vorsorge dienen und nicht schon während der Aktivzeit aufgebraucht werden. Vorliegend ist die spezielle Situation gegeben, dass nicht wie normalerweise das Vorsorgekapital von einer

Vorsorgeeinrichtung auf eine andere übertragen wurde und daher gar nicht verfügbar ist, sondern dass dieses bar ausbezahlt wurde und den Parteien als freies Vermögen zur Verfügung steht, obwohl bei der Gesuchstellerin der Vorsorgefall noch nicht eingetreten ist. An dieser Tatsache ändert nichts, dass das Geld eigentlich der Vorsorge dienen sollte: Es ist nun frei verfügbar und kann zum Lebensunterhalt herangezogen werden. Als Vergleich kann die Situation eines Selbstständigerwerbenden, der keine zweite Säule, dafür aber Ersparnisse in Hinblick auf die Pensionierung geäuft hat. Auch wenn seine Ersparnisse grundsätzlich der Vorsorge dienen, kann und muss er unter Umständen über diese disponieren und sie ggf. auch zur Deckung des Unterhaltes einsetzen. Der eigentlichen Widmung des Vermögens ist dabei insofern Rechnung zu tragen, als dass in dieses nur zurückhaltend eingegriffen werden darf. Im Rahmen von vorsorglichen Massnahmen wird wegen der provisorischen Natur und der begrenzten Wirkdauer des Entscheides nicht über den Vorsorgeunterhalt befunden. Den soeben hiervoor erwähnten Umständen ist aber dennoch dadurch Rechnung zu tragen, dass der Gesuchstellerin nur derjenige Vermögensertrag als Einkommen angerechnet wird, welcher bei einer dem Vorsorgekapital angemessenen vorsichtigen und risikoarmen Anlagestrategie zu erwarten ist. Es ist somit lediglich von einer Rendite von 1 % auszugehen. Die Gesuchstellerin gab in der Steuererklärung 2009 ein Vermögen von Fr. 252'000.– an (Urk. 7/278/8 1. Seite). Substantiierte und glaubhafte Behauptungen zu weiterem Vermögen wurden nicht aufgestellt, insbesondere muss das Guthaben der Säule 3a ausser Betracht bleiben, da dieses gebunden ist (Urk. 2 S. 17). Der Gesuchstellerin ist daher ein Vermögensertrag in der Höhe von Fr. 2'520.– bzw. im Jahr oder rund Fr. 200.– im Monat anzurechnen. Nur der Vollständigkeit halber kann an dieser Stelle angemerkt werden, dass alleine aufgrund des Umstandes, dass die Gesuchstellerin eine Säule 3a öffnen konnte, nicht geschlossen werden kann, sie hätte auch Einnahmen in der ent-

- 37 - sprechenden Höhe gehabt (Urk. 2 S. 17). So erscheint es insbesondere aufgrund des grossen beweglichen Vermögens aus der Auszahlung des Vorsorgeguthabens des Gesuchstellers, der Erwerbssituation und des Alters der Gesuchstellerin als durchaus sinnvoll, den Maximalbetrag, welcher bei der Berechnung des steuerbaren Einkommens abgezogen werden kann, aus dem beweglichen Vermögen in eine Säule 3a zu transferieren und so Steuern zu sparen. 7.3.4. Insgesamt ist der Gesuchstellerin somit ein teilhypothetisches Einkommen in der Höhe von insgesamt Fr. 2'000.– im Monat anzurechnen. 7.4. Als weiteres Zwischenergebnis kann festgehalten werden, dass die Gesuchstellerin ihren gebührenden Bedarf im Umfang von Fr. 2'833.– nicht aus ihrem eigenen Einkommen decken kann. 8.1. Zusammenfassend steht fest, dass bei korrekter und zurückhaltender Berechnung nach der bislang angewandten Methode, dem Gesuchsteller nach Deckung seines gebührenden Bedarfes ein Überschuss von rund Fr. 230.– verbleibt, während die Gesuchstellerin zusätzlich zu ihrem Einkommen rund Fr. 2'830.– benötigt, um ihren gebührenden Bedarf zu decken. Um den gebührenden Bedarf beider Parteien aus dem laufenden Einkommen decken zu können, fehlen somit rund Fr. 2'600.–. 8.2. Da die Parteien über beachtliche Vermögenswerte verfügen, ist zunächst zu prüfen, ob das Vermögen angegriffen werden muss. Der diesbezügliche Standpunkt des Gesuchstellers, die Kammer habe in ihrem Beschluss vom 6. Oktober 2006 festgehalten, dass der Gesuchsteller während des Scheidungsverfahrens nicht mehr als Fr. 144'000.– aus seinem Vermögen für den Unterhalt der Gesuchstellerin verwenden müsse, trifft nicht zu. Die Kammer hatte nicht apodiktisch festgehalten, das Vermögen des Gesuchstellers dürfe maximal im Umfang von Fr. 144'000.– angegriffen werden. Vielmehr wurde festgehalten,

dass dem Gesuchsteller ein Vermögensverzehr in der Höhe von Fr. 144'000.– zuzumuten sei. Eine Maximalgrenze wurde weder thematisiert noch formuliert (Urk. 2 S. 7; Urk. 7/83 S. 34).

- 38 - 8.3. Gemäss herrschender Lehre und Rechtsprechung bemisst sich die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Unterhaltsschuldners in erster Linie nach dessen Erwerbseinkommen und Vermögenserträgen (Hausheer/Spycher, Hand- buch des Unterhaltsrechts, 2. Auflage, Bern 2010, Rz. 03.138 ff.). Erst in zweiter Linie muss auch das Vermögen herangezogen werden. Diese Frage wurde weder durch die Lehre noch die Rechtsprechung erschöpfend behandelt. Gesichert ist jedoch, dass gleich wie die Rentenbemessung im Ermessen des Gerichts liegt, auch der Beizug des Vermögens im gerichtlichen Ermessen liegt (Urteil des Bundesgerichts 5P.343/2005 vom 16. März 2006 E. 3.3.4.). Grundsätzlich darf das Vermögen eines Unterhaltsschuldners nur restriktiv angezehrt werden. Beispielsweise wenn das Einkommen nicht ausreicht, um den Grundbedarf auf tiefem Niveau zu decken, zur Überbrückung temporärer finanzi- eller Engpässe oder wenn das Vermögen Teil der angemessenen Vorsorge bildet und ein Vorsorgefall eingetreten ist (so grundlegend Hausheer/Spycher, a.a.O., Rz. 03.142 m.w.H.). Muss in die Substanz des Eigengutes eingegriffen werden, ist zusätzliche Zurückhaltung angebracht. Ein derartiger Rückgriff wird aber ins- besondere bei älteren Ehegatten im Pensionsalter und einer drohenden Mangelsi- tuation für den unterhaltsberechtigten Ehegatten bejaht. Das Eigengut ist also nicht gänzlich unantastbar, es gilt bei dessen Anzehrung aber sämtliche Umstän- de sorgfältig abzuwägen. 8.4.1. Die Gesuchstellerin verfügt gemäss ihrer Steuererklärung 2009 über ein bewegliches Vermögen von rund Fr. 252'000.– (Urk. 7/278/8 1. Seite). Weiteres Vermögen konnte nicht glaubhaft gemacht werden und wird auch durch die Aktenlage nicht angezeigt (vgl. auch Ziff. III. 7.3.3. hiervor). Erb- und sonstige Anwartschaften werden im Massnahmeverfahren nicht berücksichtigt. Die Mög- lichkeit der Frühpensionierung und die daraus entstehenden Ansprüche wurden weder substantiiert behauptet noch belegt. Insbesondere zur Problematik der Frühpensionierung der Gesuchstellerin während der Teilarbeitslosigkeit fehlen konkrete Behauptungen (Urk. 14 S. 17 Ziff. 26 ff.). Den nachfolgenden Erwägun- gen ist daher ein Vermögen der Gesuchstellerin in der Höhe von Fr. 252'000.– zu Grunde zu legen.

- 39 - 8.4.2. Der Umfang des Vermögens des Gesuchstellers ist umstritten. Zum einem grossen Teil sind die diesbezüglichen Behauptungen der Parteien grenzwertig substantiiert oder eignen sich grundsätzlich nicht, einen hinlänglich bestimmten, liquiden und anzehrbaren Vermögensstand glaubhaft zu machen: So ist beispielsweise der gesuchstellerische Verweis auf 26 Seiten einer Urkunde, auf denen zwar Ausführungen zum Vermögen sowie weitere Verweise gemacht werden, jedoch auch andere Themen diskutiert werden (Voraussetzungen Abän- derung, Gesundheitszustand des Gesuchstellers, etc.), ungenügend substantiiert, um von der Gesuchstellerin einzeln geltend gemachte Positionen hinreichend zu bestreiten. Es ist weder der Gegenpartei noch dem Gericht zumutbar, derart um- fassenden Verweisen und "Weiterverweisen" geradezu detektivistisch nachzufor- schen und den einzeln behaupteten Vermögensposition die geeignete gegenteili- ge Sachdarstellung zuzuordnen (vgl. Urk. 9 S. 47 Rz. 147 f.; Urk. 14 S. 19 Ziff. 32 mit Verweis auf Urk. 7/332 Ziff. 1 S. 3 bis 29 und Verweis auf Urk. 7/357 Ziff. 4 S.

## **E. 18**

20 und Ziff. 9 S. 22 - 26). Andererseits merkt auch die Gesuchstellerin selbst an, dass den von ihr behaupteten Vermögenspositionen durchaus gewisse Passi- ven gegenüber stünden,

macht dabei aber keine konkreten Zahlen geltend (Urk. 9 S. 47 Rz. 148). Zu den von der Gesuchstellerin behaupteten Vermögenspositionen im ein- zeln (Urk. 9 S. 47 Rz. 147): a) Auf die Liegenschaft I.\_\_\_\_\_ wird nachfolgend unter Ziff. III. 8.4.3 ein- gegangen. b) Die Liegenschaft an der H.\_\_\_\_\_ -Strasse ... konnte wohl tatsächlich zu einem namhaften Betrag verkauft werden. Die Gesuchstellerin verweist diesbezüglich auf den Entscheid der Vorinstanz vom 9. Juni 2008 (Urk. 9 S. 47 Rz. 147; Urk. 7/195 S. 12 f.). Dem Entscheid kann aber nicht entnommen werden, welcher Betrag aus dem Verkauf beim Gesuch- steller tatsächlich als Vermögen angefallen ist. Die Vorinstanz musste diese Frage nicht beantworten, da sie aufgrund der unklaren Aussagen des Gesuchsteller diesem weiterhin den Mietertrag der verkauften Lie- genschaft anrechnet. Sicher kann aber dem Entscheid entnommen

- 40 - werden, dass ein beachtlicher Teil des Verkaufserlöses zur Schulden- tilgung aufgewendet wurde. Es kann dem Gesuchsteller daher auf- grund dieser Behauptung im vorliegenden summarischen Verfahren kein konkretes und anzehrbares Vermögen angerechnet werden. c) Die Liegenschaft an der H.\_\_\_\_\_ -Strasse ... wurde in den Steuererklä- rungen des Gesuchstellers mit einem Wert von Fr. 225'000.- aufge- führt (Urk. 333/1 f.). Dem von der Gesuchstellerin zuvor zitierten Ent- scheid kann aber entnommen werden, dass nicht klar sei, welcher Er- lös aus dem Verkauf dieser Liegenschaft resultiert habe (Urk. 7/195 S. 14). Es kann dem Gesuchsteller daher aufgrund dieser Behauptung im vorliegenden summarischen Verfahren kein konkretes und anzehrba- res Vermögen angerechnet werden. d) Bezüglich des Verkaufserlöses aus Stimmrechtaktien der J.\_\_\_\_\_ AG für Fr. 190'705.- führt die Gesuchstellerin selber aus, dieser sei zumin- dest teilweise reinvestiert worden (Urk. 9 Rz. 29 f.). Zur Wertentwick- lung bzw. Weiterverwendung des nicht investierten Teils liegen keine verlässlichen Angaben vor. Es kann dem Gesuchsteller daher aufgrund dieser Behauptung im vorliegenden summarischen Verfahren kein konkretes Vermögen angerechnet werden; der Gesuchsteller bestreitet sodann auch einen Vermögenszuwachs (Urk. 14 S. 5 Ziff. 6.). Es erüb- rigt vor diesem Hintergrund, weiter abzuklären, ob die Vorbringen des Gesuchstellers in Zusammenhang mit dem Verkauf der Stimmrechtak- tien der J.\_\_\_\_\_ AG rechtsmissbräuchlich sind. e) Zur weiteren Beteiligung an der J.\_\_\_\_\_ AG im Wert von Fr. 2'266'680.- führte die Gesuchstellerin aus, dass es ihr aufgrund der mangelnden Auskunftserteilung durch den Gesuchsteller nicht bekannt sei, ob die Beteiligung durch Verkauf realisiert worden sei oder sich nach wie vor im Besitz des Gesuchstellers befinde; dies sei vorliegend nicht relevant, da der Gesuchsteller so oder anders über hohe Vermö- genswerte verfüge (Urk. 9 S. 14 erstes Lemma). Diesen Vorbringen vermochte der Gesuchsteller keine konkreten und substantiierten Be-

- 41 - hauptungen entgegenzusetzen. Es gilt dabei aber zu beachten, dass auch seitens der Gesuchstellerin nichts zum aktuellen Wert der Beteili- gung dargetan worden war und sich ihren Ausführungen insbesondere nichts über die Liquidität des betreffenden Vermögenswertes entneh- men lässt. Es kann dem Gesuchsteller daher aufgrund dieser Behaup- tung im vorliegenden summarischen Verfahren kein konkretes und rea- lisierbares Vermögen, dass zu Unterhaltsleistungen herangezogen werden könnte, angerechnet werden. f) Bezüglich des Verkaufs des Anteils K.\_\_\_\_\_ AG für Fr. 200'000 bis Fr. 650'000.- führt die Gesuchstellerin selber aus, dieses Geschäft sei Gegenstand eines Prozesses. Anteile an Unternehmungen, die im Rechtsstreit stehen, sind sehr schwierig zu bewerten und zu realisie- ren, so nennt auch die Gesuchstellerin keine konkrete Zahl (Urk. 9 Rz. 35). Es kann dem Gesuchsteller daher aufgrund dieser Behauptung im vorliegenden

summarischen Verfahren kein konkretes Vermögen anzurechnen werden. g) Dass der Gesuchsteller über zwei Lebensversicherungen mit einem Rückkaufswert von insgesamt Fr. 133'490.– verfügte, ist grundsätzlich unbestritten und belegt (Urk. 7/239 S. 4; Urk 7/229/28 f.). Umstritten ist, ob allfällige latente Steuern in der Höhe von Fr. 6'235.20 zu berücksichtigen sind (Urk. 7/239 S. 9 f.). Die Frage kann aber vorliegend offen gelassen werden, da sogleich aufgezeigt werden wird, dass diese Differenz für die vorliegend zu beantwortenden Fragen zu klein ist, als dass sie relevant wäre. Der Gesuchsteller argumentiert weiter, dass es sich bei den Versicherungen um Errungenschaft handle, weshalb diese nicht angezehrt werden dürfe (Urk. 7/357 S. 19 drittes Lemma). Dieser Einwand ist nicht zutreffend; dem allfälligen Verzehr ist im Rahmen der güterrechtlichen Auseinandersetzung zu begegnen, bei der Festlegung von vorsorglichen Unterhaltsbeiträgen, ist die Massenzuordnung nicht weiter von Bedeutung (BK-Hausheer/Reusser/Geiser, ZGB 207 N 20 und ZGB 214 N 9).

- 42 - h) Zur Höhe des Vorsorgekapitals vgl. Ziff. III. 4.2. f. hiervor sowie sogleich Ziff. III. 8.4.3. 8.4.3. Fest steht, dass der Gesuchsteller eine Eigengutsliegenschaft von hohem Wert besitzt. Diese wurde im Hauptverfahren begutachtet. Der Gutachter schätzte den Wert der Liegenschaft auf Fr. 2'865'000.– (Urk. 7/341 S. 10). Im Rahmen eines summarischen Verfahrens genügt dieses Gutachten, um den Wert der Liegenschaft glaubhaft zu machen. Überdies wurde auch dem Gesuchsteller ein Vorsorgeguthaben von mehr als Fr. 615'000.– nach Steuern ausbezahlt (Urk. 7/183/2 f., Ziff. III.4.2. f. hiervor). Von den Fr. 615'000.– wurden Fr. 400'000.– zur Ablösung einer Hypothek verwendet (Urk. 7/183/2). Es verbleibt eine hypothekarische Belastung von Fr. 760'000.–. Der Nettowert der Liegenschaft beträgt rund Fr. 2'105'000.–. 8.4.4. Insgesamt verfügt der Gesuchsteller somit – zurückhaltend geschätzt – über ein Vermögen von mindestens Fr. 2'450'000.–. 8.5.1. Es gilt nun abzuwägen, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang in die Vermögen der Parteien eingegriffen werden darf. Hiervor wurde nicht ein enger Notbedarf, bzw. das absolute Existenzminimum der Parteien berechnet, sondern zwar zurückhaltend aber dennoch ein gebührender und den aktuellen Einkommensverhältnissen entsprechender Bedarf. Dies spricht eher gegen die Anzehrung des Vermögens zur Deckung des Unterhalts, gilt es doch nicht nur das blosse wirtschaftliche Überleben zu sichern. Das Alter der Parteien – beim Gesuchsteller ist der Vorsorgefall schon eingetreten, die Gesuchstellerin steht kurz vor der Pensionierung – und die Grösse des Vermögens lassen einen Eingriff in das Vermögen demgegenüber als gerechtfertigt erscheinen. Der Wert der Liegenschaft kann nicht leicht und vor allem nicht kurzfristig (nur durch Vermietung oder Verkauf) realisiert werden. Eine weitere hypothekarische Belastung aufgrund der Einkommensverhältnisse des Gesuchstellers und der bereits bestehenden Belastung ist wahrscheinlich nicht möglich. Dabei ist zu

- 43 - berücksichtigen, dass im Massnahmeverfahren dem Endentscheid nicht vorgegriffen werden soll. Lösungen, die den nur schwer rückgängig zu machenden Verkauf oder die Vermietung der Liegenschaft voraussetzen, sind wenn möglich zu vermeiden, zumal es sich um eine Eigengutsliegenschaft handelt. Dies spricht eher gegen die Anzehrung des Vermögens des Gesuchstellers. Der Gesuchsteller verwendete aber nicht seine ganze Freizügigkeitsleistung zur Ablösung der Hypothek, ihm verblieben nach Steuern Fr. 215'000.– an beweglichem Vermögen (vgl. Ziff. III. 4.2 f. hiervor). Allfällige Unterhaltszahlungen können daher aus diesem Teil des Vermögens erbracht werden. Im weiteren kann auch aus dem Ertrag der unter Ziff. III. 8.4.3. lit. g hiervor erwähnten

Lebensversicherungen Unterhalt geleistet werden. Der Wert der Liegenschaft kann daher zumindest rechnerisch berücksichtigt werden, die schwere Realisierbarkeit der Liegenschaft steht damit einer Anzehrung des gesuchstellerischen Vermögens nicht entgegen. Beim beweglichen Vermögen der Parteien handelt es sich nicht um Ersparnisse zur Aufbesserung einer gesicherten Grundvorsorge, sondern um die eigentliche Vorsorge selbst, stammt doch das Geld aus der zweiten Säule des Gesuchstellers. Dabei darf insbesondere nicht ausser Acht gelassen werden, dass das bewegliche Vermögen des Gesuchstellers insofern bereits belastet ist, als das aus diesem seine hypothetische Rente zu entnehmen ist und weitere Vermögensentnahmen einen negativen Einfluss auf die Realisierbarkeit dieser Rente haben können. Das Urteil des Bezirksgerichts Uster, Einzelrichter im ordentlichen Verfahren, vom 9. Mai 2011 ist zwischenzeitlich bezüglich des Scheidungspunktes teilweise rechtskräftig geworden (Dispositiv-Ziff. 3 des Beschlusses der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 23. Februar 2012 im Verfahren LC110038). Die Parteien sind somit seit dem 4. Oktober 2011 rechtskräftig geschieden, was die eheliche Beistandspflicht im Sinne von Art. 159 Abs. 3 ZGB relativiert. Diese Umstände sprechen gegen einen weiteren und erst recht gegen einen erhöhten Vermögensverzehr zur gegenseitigen Unterstützung. Das Verfahren dauert zwar zweitinstanzlich schon sehr lange, ist aber auch sehr weit fortgeschritten. So ist das erstinstanzliche Urteil bereits in zweiter In-

- 44 - stanz angefochten worden; mit einem Abschluss des zweitinstanzlichen Verfahrens ist daher in absehbarer Zeit, d.h. in den ersten Monaten 2013, zu rechnen. Dies wiederum lässt eine weitere Anzehrung des Vermögens eher als gerechtfertigt erscheinen. Nicht ausser Acht gelassen werden darf schliesslich, dass das Vermögen des Gesuchstellers fast um den Faktor 10 grösser ist, als jenes der Gesuchstellerin. 8.5.2. Um die Unterhaltszahlungen in der Höhe von Fr. 2'380.– pro Monat aufzubringen, muss der Gesuchsteller – da sein Überschuss rund Fr. 230.– beträgt – seinem Vermögen Fr. 2'150.– entnehmen. Pro Jahr verringert sich sein Vermögen damit um Fr. 25'800.– bzw. um rund 1.05 %. Die Gesuchstellerin muss zur Deckung ihres gebührenden Bedarfes von Fr. 4'833.– (bei einem teilhypothetischen Einkommen von Fr. 2'000.–) Fr. 453.– pro Monat ihrem Vermögen entnehmen. Dieses verringert sich somit um rund 2.2 % pro Jahr. 8.5.3. Bei gesamthafter Würdigung aller soeben dargelegten Umstände, insbesondere da die Parteien nun geschieden sind, der Scheidungsprozess aber nach wie vor andauert, ist ein stärkerer Eingriff in das Vermögen des Gesuchstellers nicht angebracht; die Anzehrung seines Vermögens für die restliche Dauer des Verfahrens im bisherigen Umfang ist aber nach wie vor zumutbar. Zieht man noch als Vergleich hinzu, dass, bevor Ergänzungsleistungen durch die AHV/IV ausgerichtet werden, vom Versicherten verlangt wird, jährlich bis zu 10 % eines eine bestimmte Freigrenze überschreitenden Vermögens zu verbrauchen, muss den Parteien für die restliche Verfahrensdauer ein jährlicher Vermögensverbrauch von rund 1.05 % bzw. rund 2.2 % zugemutet werden (vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 5P.472/2006 vom 15. Januar 2007 E. 3.2). 9. Im Ergebnis ist daher sowohl der Rekurs als auch der Anschlussrekurs abzuweisen.

- 45 - IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen 1. Die Vorinstanz hat den Entscheid über die Kosten- und Entschädigungsfolgen dem Endentscheid vorbehalten, weshalb sich eine Regelung für das vorinstanzliche Verfahren erübrigt (vgl. § 71 ZPO/ZH; Urk. 3 S. 25 Dispositiv-Ziff. 2). 2. Die Gerichtsgebühr ist in Anwendung der Verordnung des Obergerichts über die Gerichtsgebühren vom 4. April 2007 zu bestimmen (GerGebV; vgl. §

23 der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 sowie Ziff. II. 1. hiervor). Konkret sind § 5 Abs. 1 GerGebV, § 7 GerGebV sowie § 4 Abs. 3 GerGebV zu beachten. Unter Berücksichtigung der vorliegend zu beurteilenden zahlreichen strittigen Punkte und den damit verbundenen tatsächlichen, der rechtlichen Fragestellungen sowie des beachtlichen Aktenumfanges ist die Gebühr auf Fr. 6'000.– festzusetzen. 3. Die Kosten des Rekursverfahrens sind gemäss Obsiegen und Unterliegen zu verteilen (§§ 64 Abs. 2 und 68 Abs. 1 ZPO/ZH). Der Gesuchsteller verlangte eine Aufhebung seiner Unterhaltspflicht von bis anhin Fr. 2'380.– im Monat (Urk. 2 S. 2 Ziff. 1), während die Gesuchstellerin in ihrem Anschlussrekurs eine Erhöhung der Unterhaltszahlung um Fr. 2'620.– auf Fr. 5'000.– pro Monat anbeehrte (Urk. 9 S. 4). Im Ergebnis werden beide Begehren abgewiesen. Das Ergebnis weicht um Fr. 2'380.– vom Antrag des Gesuchstellers und um Fr. 2'620.– vom Antrag der Gesuchstellerin ab. Bei diesem Verfahrensausgang rechtfertigt es sich, von je hälftigem Obsiegen der Parteien auszugehen. Die Kosten sind daher hälftig aufzuerlegen. 4. Auf die Festsetzung einer Parteientschädigung ist aufgrund des hälftigen Obsiegens beider Parteien zu verzichten.

- 46 - Es wird beschlossen:

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