

ZH_OBERGERICHT LY110020 vom 14. Oktober 2011

ZH Obergericht, 2011-10-14, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LY110020

FR: ZH_OBERGERICHT LY110020 du 14 octobre 2011

IT: ZH_OBERGERICHT LY110020 del 14 ottobre 2011

Erwägungen

E. 1

Februar 2011 bis 28. Februar 2016), derjenige der Berufung der Beklagten CHF 129'600.-- (strittige Unterhaltsbeiträge bezogen auf eine angenommene Dauer des Scheidungsverfahrens von drei Jahren; vgl. Diggelmann, Dike-ZPO- Kommentar, Art. 92 N 109). Somit beläuft sich der Streitwert des vereinigten Berufungsverfahrens auf CHF 218'800.--. Die Parteien haben ihre Berufungsschrift-

- 5 - ten rechtzeitig, schriftlich und begründet eingereicht (vgl. Art. 311 Abs. 1 ZPO). Die Eintretensvoraussetzungen sind damit erfüllt.

E. 1.1

Die Parteien stehen seit dem 20. Januar 2011 im Scheidungsprozess vor dem Bezirksgericht Zürich (act. 5/1). Bereits am 28. November 2008 erwirkten sie in erster Instanz einen eheschutzrichterlichen Entscheid, wonach der am tt.mm.1994 geborene Sohn der Parteien, C._____, unter die elterliche Obhut des Klägers gestellt wurde und der Ehemann und heutige Kläger (nachfolgend Kläger) verpflichtet wurde, der Ehefrau und heutigen Beklagten (nachfolgend Beklagte) bis Ende Dezember 2009 persönlich monatliche Unterhaltsbeiträge von CHF 6'100.-- sowie ab Januar 2010 von CHF 5'000.-- für die weitere Dauer der Trennung zu bezahlen (act. 5/3/3). Den dagegen gerichteten Rekurs der Beklagten hiess die I. Zivilkammer des Obergerichts am 3. Juni 2010 teilweise gut (act. 5/3/4). Das Obergericht verpflichtete den Kläger zur Bezahlung monatlicher Unterhaltsbeiträge von CHF 5'300.-- für die Dauer des Getrenntlebens; im Übrigen bestätigte es die angefochtene Verfügung (act. 5/3/4 Dispositivziffer 4).

E. 1.2

Nach Einreichung der Scheidungsklage verlangte der Kläger am 21. Januar 2011 die Herabsetzung der vorsorglichen Unterhaltsbeiträge auf CHF 2'000.-- ab

E. 1.3

Beide Parteien führen dagegen selbständig Berufung. Die gleichzeitig ergangene Verfügung der Einzelrichterin, womit die Anträge der Beklagten auf Prozesskostenvorschuss bzw. Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege abgewiesen wurden (act. 6 S. 19), blieb unangefochten (nach der korrekten Rechtsmittelbelehrung wäre gegen die Verfügung das Rechtsmittel der Beschwerde gegeben gewesen; vgl. Art. 121 ZPO). Zur Behandlung der Berufung des Klägers wurde das vorliegende Verfahren mit der Geschäfts-Nr. LY110020 angelegt. Der Kläger hält mit seiner Berufung vom 27. Juli 2011 an seinen Anträgen auf Herabsetzung der Unterhaltsbeiträge in leicht modifizierter Form fest, nämlich auf CHF 2'000.-- ab 1. Februar 2011, auf CHF 1'500.-- ab 1. April 2012, auf CHF 1'000.-- ab 1. Juli 2012 sowie auf CHF 500.-- ab 1. Januar 2013 bis

28. Februar 2016 (act. 2 S. 2). Am 28. Juli 2011 erhob die Beklagte ebenfalls rechtzeitig Berufung gegen das Urteil vom 14. Juli 2011 und beantragte dabei, der Kläger sei in Aufhebung des angefochtenen Entscheides und in Abänderung des Entscheids des Obergerichts vom 3. Juni 2010 zu verpflichten, der Beklagten persönliche Unterhaltsbeiträge für die Dauer des Scheidungsverfahrens von CHF 7'900.-- pro Monat zu bezahlen (act. 2A S. 2). Diese zweite Berufung wurde unter der Geschäfts-Nr. LY110021 angelegt.

E. 1.4

Mit dem 1. Januar 2011 ist die Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) in Kraft getreten. Das am 20. Januar 2011 anhängig gemachte Scheidungsverfahren und die mit dem angefochtenen Urteil angeordneten vorsorglichen Massnahmen unterstehen dem neuen Zivilprozessrecht (vgl. Art. 404 Abs. 1 ZPO e contrario); entsprechend richtet sich auch das vorliegende Rechtsmittelverfahren ausschliesslich nach den Regeln der ZPO (vgl. Art. 405 Abs. 1 ZPO) samt dem Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess vom 10. Mai 2010 (GOG) und den kantonalen Erlassen zu den Gebühren (GebV OG und AnwGebV vom 8. September 2010).

E. 1.5

Gegen erstinstanzliche Entscheide betreffend vorsorgliche Massnahmen ist die Berufung zulässig (Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO). Gemäss Art. 125 lit. c ZPO kann das Gericht zur Vereinfachung der Verfahren selbständig eingereichte Klagen bzw. Berufungen vereinigen. Die Vereinigung ist aus Gründen der Pro-

- 4 - zessökonomie dann angezeigt, wenn die Klagen einen sachlichen Zusammenhang aufweisen. Gegenstand der beiden Rechtsmittelverfahren ist derselbe Entscheid, weshalb der enge Sachzusammenhang zwischen den beiden Verfahren gegeben ist. Im Berufungsverfahren LY110020 wurde der Beklagten mit Verfügung vom 9. September 2011 Frist zur Berufungsantwort angesetzt. Das von ihr mit Ablauf der zehntätigen Frist (Art. 314 Abs. 1 ZPO) gestellte Fristerstreckungsgesuch wurde am 26. September 2011 unter Hinweis auf Art. 144 Abs. 1 ZPO abgewiesen (act. 15). Am 4. Oktober 2011 reichte der Kläger eine Noveneingabe ein (act. 17). Auf das Einholen einer Berufungsantwort zur Berufung der Beklagten (Geschäfts-Nr. LY110020) wurde verzichtet (Art. 312 Abs. 1 ZPO). Beide Berufungsverfahren sind spruchreif und befinden sich somit im gleichen Stadium. Das Berufungsverfahren LY110021 ist daher mit dem Berufungsverfahren LY110020 zu vereinigen und unter der letzteren Verfahrensnummer weiterzuführen. Das Verfahren Nr. LY110021 ist als dadurch erledigt abzuschreiben.

E. 1.6

Gegenstand der beiden Berufungen ist ausschliesslich die Unterhaltspflicht des Klägers für die Beklagte während der Dauer des Scheidungsverfahrens. Damit liegt eine vermögensrechtliche Streitigkeit vor (vgl. 133 III 393 E. 2, S. 395; BGer 5A_740/2009, E. 1). Bei der Vereinigung verschiedener Verfahren ist der Streitwert im Sinne von Art. 93 Abs. 1 ZPO zusammenzurechnen, sofern sich die Ansprüche nicht gegenseitig ausschliessen (vgl. ZK ZPO-Stein/Wigger, Art. 93 N 14; BGer 4C.313/2005 E. 1.1). Die Anträge des Klägers auf Herabsetzung der Unterhaltsbeiträge und die Anträge der Beklagten auf Erhöhung derselben schliessen sich gegenseitig aus, da die Gutheissung des einen Begehrens notwendigerweise die Abweisung des anderen zur Folge hat. Die Rechtsmittelstreitwerte der beiden Berufungen sind daher nicht zusammenzurechnen. Es

gilt der höhere Streitwert (vgl. Art. 94 Abs. 1 ZPO). Der Streitwert der Berufung des Klägers beträgt CHF 218'800.-- (strittige Unterhaltsbeiträge für die Zeit vom

E. 2

Abänderungsbegehren / Grundsätzliches / Noven

E. 2.1

Das vorliegende Massnahmeverfahren betrifft die Abänderung einer gerichtlichen Entscheidung über vorsorgliche Massnahmen, die im dem Scheidungsverfahren vorangegangenen Eheschutzverfahren getroffen wurde. Mit der Anhebung eines Scheidungsverfahrens geht die Kompetenz vom Eheschutz auf das Scheidungsgericht über (Art. 276 Abs. 2 ZPO), wobei die Voraussetzungen für die Änderung einer Eheschutzmassnahme durch das Scheidungsgericht mit denjenigen für die Änderung vorsorglicher Massnahmen während des Scheidungsverfahrens identisch sind. Vorsorgliche Massnahmen gemäss Art. 137 Abs. 2 aZGB (dessen Inhalt, soweit er hier wesentlich ist, unverändert in Art. 276 ZPO eingefügt wurde) können abgeändert werden, wenn eine wesentliche und dauernde Änderung der tatsächlichen Verhältnisse eingetreten ist oder wenn das Gericht beim Erlass der ursprünglichen Regelung von tatsächlichen Voraussetzungen ausging, die sich nachträglich als unrichtig erwiesen haben. Andernfalls steht die formelle Rechtskraft des Eheschutz- bzw. Präliminarentscheidens einer Abänderung entgegen. Eine Abänderung ist ferner ausgeschlossen, wenn die Sachlage durch eigenmächtiges, mithin rechtsmissbräuchliches Verhalten herbeigeführt worden ist (BGer 5A_618/2009 vom 14. Dezember 2009, E. 2; BGer 5A_560/2010 vom 21. September 2010, E. 3.1; BGer 5P.473/2006 vom 6. Dezember 2009, E. 3; ZK ZPO-Kobel, Art. 276 N 33 ff.; FamKomm Scheidung-Vetterli, Art. 179 N 3).

E. 2.2

Gelangt das Gericht zum Schluss, dass ein Abänderungsgrund vorhanden ist, führt es die gesamte Unterhaltsberechnung für beide Ehegatten neu durch, da bei einer Änderung verschiedener Faktoren nicht von vornherein fest steht, ob sich die verschiedenen Änderungen gegenseitig aufheben (Bachmann, Die Regelung des Getrenntlebens nach Art. 176 und Art. 179 ZGB sowie nach zürcherischem Verfahrensrecht, Diss. St. Gallen 1995, S. 227 mit weiteren Hinweisen). Die Neuberechnung hat sich indes an den Wertungen zu orientieren, die dem ursprünglichen Entscheid zugrunde lagen. Andernfalls würde die Abänderung zu einer Wiedererwägung des formell rechtskräftigen Entscheids führen, was nicht an-

- 6 - gehen kann (vgl. BGer 5A_618/2009 vom 14. Dezember 2009, E. 2 und 3; BGer 5P.473/2006 vom 6. Dezember 2009, E. 3.1 und 3.2; FamKomm Scheidung-Vetterli, Art. 179 N 3).

E. 2.3

Die Abänderung vorsorglicher Massnahmen im Scheidungsverfahren untersteht wie deren Anordnung dem summarischen Verfahren (vgl. Art. 276 ZPO; Art. 248 lit. d ZPO). Die tatsächlichen Verhältnisse sind demzufolge nicht bis in alle Einzelheiten zu klären; es genügt deren Glaubhaftmachung (FamKomm Scheidung-Leuenberger, Art. 276 ZPO N 1, 17). Dies bedeutet, dass der Richter nicht von der Richtigkeit der aufgestellten tatsächlichen Behauptungen überzeugt zu sein braucht. Glaubhaftmachung ist jedoch nicht gleichzusetzen mit nachdrücklichem Behaupten. Glaubhaftmachen heisst vielmehr, dass

aufgrund objektiver Anhaltspunkte eine gewisse Wahrscheinlichkeit für die behaupteten Tatsachen spricht. Plausibilität reicht dafür ebenso wenig wie unbestimmte oder entfernte Möglichkeit (vgl. BGE vom 5. März 2010, FamPra 2010, S. 705 ff.; Beschluss des Kassationsgerichts Zürich vom 9. September 2004, Geschäfts-Nr. AA040051, E. 2.1). Analog zur freien richterlichen Beweiswürdigung bleibt es dem Gericht überlassen, den "Beweiswert" eines Glaubhaftmachungsmittels nach freier Überzeugung zu bestimmen. Insbesondere kann das Gericht auch im Rahmen der blossen Glaubhaftmachung von behaupteten Tatsachen die Einreichung von sachdienlichen Unterlagen verlangen, wenn dies ohne Weiteres möglich ist, wie z.B. eine Steuererklärung oder Kontoauszüge (Beschluss des Kassationsgerichts, Geschäfts-Nr. AA100016, vom 21. März 2011, E. 2.5; Maier, Prozessuale Fragestellungen im Familienrecht anhand der Praxis der erst- und zweitinstanzlichen Gerichte des Kantons Zürich, AJP 2008, S. 579).

E. 2.4

Mit Bezug auf das Abänderungsbegehren des Klägers hat die Einzelrichterin das Vorliegen einer wesentlichen und dauernden Veränderung der Verhältnisse bejaht. Sie erkannte dem Kläger einen (leicht) höheren Bedarf zu und rechnete der Beklagten ab April 2012 ein höheres Einkommen an. Für die Neuberechnung der Unterhaltsbeiträge legte sie im Übrigen die im zweitinstanzlichen Eheschutzentscheid vom 3. Juni 2010 getroffenen Wertungen zugrunde (act. 6 S. 6 ff., 17 f.).

- 7 -

E. 2.5

Streitig und im Folgenden (unten Ziffern 3.-5.) zu diskutieren ist die Festsetzung der familienrechtlichen Existenzminima (Notbedarf) der Parteien und der beidseitigen Einkommen im angefochtenen Urteil, welche die Grundlage für die von der Einzelrichterin vorgenommene Überschussaufteilung bzw. Unterhaltsberechnung bilden (dazu unten Ziffer 6.). Vorweg kann für die Vorbringen der Parteien im erstinstanzlichen Verfahren auf die betreffenden Ausführungen im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (act. 6 S. 6 ff., S. 15 f.).

E. 2.6

Der Kläger reichte mit Noveneingabe vom 4. Oktober 2011 (act. 17) neue Beilagen bzw. Beweismittel zu den von ihm geltend gemachten Nachzahlungsverpflichtungen für Steuern und AHV-Beiträge ein: zwei Einschätzungsvorschläge bezüglich der Staats-/Gemeindesteuern sowie der Bundessteuern des Jahres 2008 mit Akzept vom 9./27. September 2011 (act. 18/1-2) sowie eine Nachtragsverfügung der Z. _____ (Ausgleichskasse) bezüglich zu entrichtender Beiträge für das Jahr 2008 (act. 18/3). Auch die Beklagte trägt mit der Berufung neue Tatsachen vor – sie stellt fest, dass ihre Ausführungen in der Berufungsschrift von den Ausführungen anlässlich der Verhandlung über die vorsorglichen Massnahmen teilweise abwichen. Das begründet sie damit, dass ein Teil der aufgrund der Aufteilung der klägerischen Liegenschaft zu Stockwerkeigentum vom Kläger einge-reichte Beilagen (act. 19/1-15) der Rechtsvertreterin der Beklagten weder vor der Verhandlung über die vorsorglichen Massnahmen zugestellt worden seien noch anlässlich dieser Verhandlung von ihr hätten eingesehen werden können. Die Beklagte rügt in diesem Zusammenhang eine Verletzung ihres rechtlichen Gehörs und leitet daraus ab, dass ihr aus der Abweichung, respektive aus der Aufstellung der – nunmehr in vollständiger Aktenkenntnis aufgestellten – (neuen) Behauptungen im Berufungsverfahren

kein Nachteil erwachsen dürfe (act. 2A S. 9 f.).

E. 2.7

Im Berufungsverfahren richtet sich die Zulässigkeit von Noven grundsätzlich nach Art. 317 Abs. 1 ZPO. Danach werden neue Tatsachen und Beweismittel nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden (lit. a) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten

- 8 - (lit. b). Die engen Voraussetzungen von Art. 317 ZPO kommen allerdings nur zum Tragen, wenn für das Verfahren die Verhandlungsmaxime (vgl. Art. 55 Abs. 1 ZPO) gilt. Gemäss Art. 276 Abs. 1 ZPO sind für das Massnahmeverfahren die Bestimmungen über die Massnahmen zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft sinngemäss anwendbar. Die Frage, ob sich dieser Verweis auch auf Art. 272 ZPO bezieht, wonach das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen hat (was ein unbeschränktes Novenrecht zur Folge hätte), ist umstritten, wird in der Literatur allerdings mehrheitlich bejaht (Dolge, DIKE-ZPO-Komm, Art. 276 N 131; ZK ZPO-Kobel, Art. 276 N 41 f.; Staehelin/Staehelin/Grolimund, Zivilprozessrecht, Zürich et. al. 2008, § 10 N 31; KuKo ZPO-van de Graaf, Art. 276 N 3; verneinend Schwander, Gehri/Kramer-ZPO, Art. 276 N 13).

E. 2.8

Die Frage kann vorliegend offen bleiben. Bezüglich der vom Kläger neu eingereichten Beweismittel sind die Voraussetzungen von Art. 317 ZPO erfüllt, datieren die eingereichten Schreiben der Behörden doch vom 9./27. September und 3. Oktober 2011 (act. 18/1-3) und beziehen sich daher auf einen Sachverhalt, der nach dem Zeitpunkt der angefochtenen Verfügung eingetreten ist. Damit sind act. 17 und 18/1-3 jedenfalls als Noven zuzulassen. Der Beklagten wurde anlässlich der Verhandlung über die vorsorglichen Massnahmen Gelegenheit gegeben, die vom Kläger anlässlich der Verhandlung (act. 35/1-23) sowie die mit Eingabe vom 26. April 2011 (act. 27) eingereichten Beilagen (act. 28/1-15) einzusehen und sich dazu zu äussern (Prot. I S. 11 f.). Aus dem erstinstanzlichen Protokoll geht nicht hervor, dass der Beklagten auch die weiteren, vom Kläger eingereichten Beilagen (namentlich act. 19/1-15) zur Verfügung gestellt wurden. Laut Protokoll hielt die Rechtsvertreterin der Beklagten vor der mündlichen Erstattung der Klageantwort zu den beantragten vorsorglichen Massnahmen fest, sie habe in den Akten nicht alle vom Kläger genannten Beilagen gefunden, beantrage aber trotzdem keine Unterbrechung der Verhandlung, sondern die nachträgliche Gewährung des rechtlichen Gehörs, sollte das Gericht zum Schluss kommen, die neuen Unterlagen und Vorbringen seien relevant. Sie erstattete daraufhin die Klageantwort und äusserte sich dabei auch zu den Noven bzw. Liegenschaftskosten des Klägers (Prot. I S. 11 ff.). Ob insoweit eine Verlet-

- 9 - zung des Rechts auf Akteneinsicht bzw. des rechtlichen Gehörs der Beklagten zu bejahen ist, ist fraglich. Unter den gegebenen Umständen rechtfertigt es sich aber, insbesondere im Zusammenhang mit den Wohn- bzw. Liegenschaftskosten des Klägers (unten Ziff. 3.4) auf die neuen Vorbringen der Beklagten im Berufungsverfahren abzustellen. Damit kann eine allfällige Verletzung des rechtlichen Gehörs jedenfalls als geheilt gelten, zumal die Berufungsinstanz über volle Kognition verfügt (Art. 310 ZPO; vgl. BGE 126 V 130 E. 2b, S. 132).

E. 3

(Not-)bedarf der Parteien

E. 3.1

Grundbeträge / Krankenkasse und Mietzins der Beklagten

E. 3.1.1

Hinsichtlich der von der Beklagten geltend gemachten Bedarfsänderungen – insbesondere der Grundbeträge (vgl. 5/36 S. 14) – gelangte die Einzelrichterin zur Auffassung, die Vorbringen der Beklagten im Abänderungsverfahren seien weder neu noch anders zu beurteilen als im obergerichtlichen Rekursverfahren. Im Eheschutzverfahren sei der Sohn C._____ unter die elterliche Obhut des Klägers gestellt und die Ausgestaltung des Besuchsrechts den Parteien und dem Sohn C._____ überlassen worden. Auch im Rekursverfahren habe die Klägerin vorgebracht, nach der Obhutszuteilung an den Beklagten werde sich C._____ voraussichtlich weiterhin oft in ihrem Haushalt aufhalten und mit ihr in die Ferien reisen. Die Rekursinstanz habe diese Vorbringen als nicht stichhaltig erachtet und insbesondere darauf hingewiesen, dass sich die vom Vater für den Sohn zu erbringenden Fixauslagen dadurch nicht reduzieren würden. Die Einzelrichterin verweist auf die diesbezüglichen Erwägungen im zweitinstanzlichen Eheschutzentscheid und geht insgesamt von einem unveränderten Bedarf der Beklagten von CHF 4'800.-- pro Monat aus (act. 6 S. 15 f.).

E. 3.1.2

Die Beklagte beanstandet mit ihrer Berufung, die Einzelrichterin habe ausser Acht gelassen, dass ihre Krankenkassenprämien CHF 451.50 anstelle der im Eheschutzverfahren angerechneten CHF 428.-- betragen und dass die Wohnung der Beklagten CHF 2'400.-- pro Monat koste, im Eheschutzverfahren dagegen vor der Anmietung der konkreten Wohnung ein Mietzins von CHF 2'200.-- pro Monat in ihren Bedarf eingesetzt worden sei. Nicht berücksichtigt habe die Einzelrichterin

- 10 - ferner, dass der Sohn C._____ sich während mindestens der Hälfte der Zeit bei der Beklagten aufhalte und dort die entsprechenden Kosten verursache, was zu einem entsprechend höheren Grundbedarf führe. Diese tatsächliche Lebenswirklichkeit gelte es zu berücksichtigen. Bei den Ansprüchen, die der Sohn aufgrund des seit jeher gehobenen Lebensstandards stelle, könne von einem Grundbetrag der Beklagten von CHF 1'350.-- und der Hälfte des Grundbetrages von C._____ von CHF 300.-- ausgegangen werden, was CHF 450.-- mehr ausmache im Vergleich zum obergerichtlichen Rekursentscheid, in welchem der gesamte Bedarf von C._____ dem Kläger zugerechnet worden sei. Indem die Einzelrichterin die Bedarfserhöhung nicht berücksichtigt und eine Abklärung der tatsächlichen Verhältnisse betreffend einvernehmlich geteilte Obhut unterlassen habe, habe sie das rechtliche Gehör der Beklagten und die Untersuchungsmaxime verletzt (act. 2A S. 3 f.).

E. 3.1.3

Zu diesen Einwänden der Beklagten ist Folgendes relevant:

E. 3.1.3.1

Zwar hat die Beklagte der Einzelrichterin eine Rechnung der D._____ vom 11. Dezember 2011 über Krankenkassenprämien für zwei Monate im Betrag von CHF 903.10 (CHF 513.30 KVG + CHF 389.80 VVG) eingereicht, was CHF 451.50 pro Monat ergibt (act.

5/38/19; vgl. act. 5/36 S. 14); sie machte zu diesem Punkt jedoch keine Ausführungen und begründete insbesondere nicht, inwiefern und weshalb sich gegenüber dem zweitinstanzlichen Eheschutzentscheid vom 3. Juni 2010 hinsichtlich ihrer Krankenkassenprämien eine erhebliche und dauerhafte Änderung ergeben habe. Abgesehen davon, dass eine Erhöhung der im Bedarf der Beklagten berücksichtigten Krankenkassenprämien von CHF 428.-- um CHF 23.50 pro Monat das Erfordernis der Erheblichkeit nicht erfüllt, ist weder aufgrund der Vorbringen der Beklagten noch aufgrund der Akten nachvollziehbar, dass und welche Versicherungsprämien (KVG und/oder VVG) im Einzelnen angestiegen sein sollen, was eine Berücksichtigung des höheren Betrages ausschliesst.

E. 3.1.3.2

Zu den Mietkosten der Beklagten wurde im erstinstanzlichen Eheschutzentscheid festgehalten, um insbesondere auch dem Anliegen des Sohnes gerecht zu werden, mit beiden Eltern häufigen und regelmässigen Kontakt pflegen

- 11 - zu können, sei der Klägerin die Miete einer Wohnung im gleichen Quartier zu ermöglichen und daher in ihrem Bedarf ein eher hoher Mietzins von CHF 2'200.-- einzusetzen (act. 5/3/3 S. 13). Die Beklagte kritisierte den erstinstanzlichen Eheschutzentscheid diesbezüglich nicht (act. 5/3/4 S. 33 f.), und das Obergericht hielt die erstinstanzlich festgesetzten Bedarfswerte für angemessen, weshalb – mit Ausnahme der aufgrund der einschlägigen Richtlinien angehobenen Grundbeträge – auch im Rekursverfahren darauf abgestellt werden könne (act. 5/3/4 S. 34). Der Beklagten war vor dem Abschluss des Mietvertrages mit einem Mietzins von CHF 2'200.-- zuzüglich CHF 200.-- Nebenkosten bewusst, dass die Wohnkosten in ihrem Bedarf bereits hoch angesetzt waren. Im Übrigen enthält die bei den Akten liegende Kopie des Mietvertrages mit Mietbeginn ab 1. Oktober 2010 lediglich die erste Seite ohne Datum; auch Unterschriften und Berechnungsgrundlagen fehlen (act. 4/38/18). Die bestrittene (vgl. Prot. I S. 23) Behauptung der Beklagten, dass sie keine billigere Wohnung finden können (act. 5/36 S. 14), wird von ihr in keiner Weise dokumentiert, obschon entsprechende Belege einfach beizubringen wären. Zur Frage welche anderen Mietobjekte zu welchen Konditionen ausgeschrieben waren, äussert sich die Beklagte nicht. Den eingangs dargelegten Massstäben der Glaubhaftmachung wird damit nicht Genüge getan. Wenn aber eine Partei im Gerichtsverfahren absichtlich ihre Kosten erhöht und einfach vollendete Tatsachen schafft, sind die erhöhten Kosten praxisgemäss nicht anzurechnen (vgl. Maier, Aspekte bei der Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen im Familienrecht, AJP 2007, S. 1232). Die Frage der Erheblichkeit der um CHF 200.-- höheren Mietzinsen (inkl. Nebenkosten) kann damit offen bleiben.

E. 3.1.3.3

Was ferner die Erhöhung ihres Grundbetrages angeht, brachte die Beklagte – wie die Einzelrichterin zutreffend festhält – bereits im Rekursverfahren vor Obergericht vor, dass sich C._____ auch nach einer Obhutszuteilung an den Kläger weiterhin oft in ihrem Haushalt aufhalten werde (act. 5/3/4 S. 36 f.). Das Obergericht hat diese Tatsache nicht für stichhaltig erachtet. Es erwog, zum einen habe die Beklagte eine hinreichende Substantiierung der ihr in diesem Zusammenhang entstehenden Kosten unterlassen, zum anderen reduzierten sich die vom Kläger aufzubringenden Fixauslagen für C._____ nicht, wenn dieser sich auch bei der Beklagten aufhalte, und schliesslich dürfe von der Beklagten

erwar-

- 12 - tet werden, dass sie sich nötigenfalls in ihrer sonstigen Lebenshaltung einschrän- ke (act. 5/3/4 S. 37). Diese Erwägungen behalten nach wie vor ihre Gültigkeit; das Thema birgt keine neuen Aspekte. Aus dem Umstand, dass der Kläger vor der Einzelrichterin anerkannt hat, dass sich C._____ auch bei der Beklagten aufhalte und mehr als zwei Wochenenden bei ihr sei (Prot. I S. 18), kann die Beklagte kei- ne Abänderung der Bedarfsrechnung herleiten. Sie macht insbesondere nicht gel- tend, C._____ halte sich – anders als früher – mehr bei ihr als beim Kläger auf. Vielmehr ist der Grundbetrag für C._____ nach wie vor gänzlich dem Kläger zuzu- rechnen, weil C._____ unter der alleinigen elterlichen Obhut des Klägers steht. Dass die Ausgestaltung des Besuchsrechts den Parteien und von diesen C._____ selber überlassen wurde, ändert daran nichts. Da die tatsächlich gelebten Betreu- ungsverhältnisse unbestritten sind, ist der Rüge einer Verletzung der Untersu- chungsmaxime wie des rechtlichen Gehörs die Grundlage entzogen.

E. 3.1.4

Die Einzelrichterin geht zu Recht davon aus, dass sich gegenüber den bei Fällung des obergerichtlichen Rekursentscheidens vom 3. Juni 2010 geltenden und der Entscheidfällung zugrundeliegenden Verhältnissen keine relevante Verände- rung ergeben hat. Der Notbedarf der Beklagten beträgt demnach CHF 4'800.-- pro Monat.

E. 3.2

Wohnkosten des Klägers / Amortisation

E. 3.2.1

Was die Wohnkosten des Klägers angeht, berücksichtigte die Einzelrichte- rin eine Änderung aufgrund der Aufteilung der Liegenschaft E._____ zu Stock- werkeigentum. Während im erstinstanzlichen Eheschutzentscheid im Bedarf des Klägers Mietkosten von CHF 1'600.-- pro Monat (inkl. Nebenkosten) und weitere CHF 3'025.05 für Hypothekarzinsen, Amortisation etc. einberechnet wurden (act. 5/3/3 S. 14; act. 5/3/4 S. 34), berücksichtigt das angefochtene Urteil unter diesem Titel CHF 1'603.35 (Hypothekarzinsen und weitere Kosten) sowie CHF 1'667.-- für die Amortisation der Hypothek auf der Liegenschaft; damit ergab sich in dieser Hinsicht eine Reduktion des klägerischen Bedarfs im Betrag von CHF 1'358.-- (für Wohn-/Liegenschaftskosten insgesamt von rund CHF 1'355.--) gegenüber dem zweitinstanzlichen Eheschutzentscheid (act. 6 S. 15, 17).

- 13 -

E. 3.2.2

Die Beklagte stellt sich demgegenüber im Berufungsverfahren auf den Standpunkt, die Wohnkosten des Klägers betrügen aktuell lediglich CHF 1'453.-- bzw. CHF 1'359.-- ab 2013. Nach der Aufteilung der klägerischen Liegenschaft zu Stockwerkeigentum bestünden die Wohnkosten des Klägers noch aus der Hälfte der Hypothekarzinsen gemäss dem bestehenden Kreditvertrag von CHF 30'000.-- (2.5% von CHF 1'200'000.--) bzw. ab 2013 von 27'750.-- (2.5% von CHF 1'100'000.--), d.h. monatlich CHF 1'250.-- bzw. 1'156.-- ab 2013 gemäss act. 19/8-9. Aus dem "Budget 2011" des Klägers (act. 19/10) seien weiter Kosten für Heizung, Warmwasser, Cablecom, Verwaltungshonorar und Versicherung zu übernehmen, total CHF 2'430.-- bzw. CHF 202.50 pro Monat. Hingegen fielen die Zahlungen an den Reservefonds aufgrund der Gütertrennung ausser Betracht; die Posten

Kehricht und Gartenunterhalt gehörten zu den Auslagen, die auch bei der Beklagten aus dem Grundbetrag gedeckt würden (act. 2A S. 5).

E. 3.2.3

Den berufungsweise vorgetragene Ausführungen der Beklagten kann nicht beigepflichtet werden. Aus rechtlicher Sicht decken die Unterhalts- und Finanzierungskosten einer selbstgenutzten, im Eigentum eines Ehegatten stehenden Liegenschaft ein eigentliches Unterhaltsbedürfnis ab und sind daher – sofern es die finanziellen Verhältnisse zulassen – im Bedarf zu berücksichtigen (vgl. Hausheer/Spycher, Handbuch des Unterhaltsrechts, Bern 2010, N 03.123). Der Kläger bezifferte die Wohnkosten seit Aufteilung der Liegenschaft E. _____ zu Stockwerkeigentum vom 3. März 2011 (vgl. act. 5/17/2) anlässlich der Verhandlung über die vorsorglichen Massnahmen mit genau CHF 1'603.35, bestehend aus Hypothekarzinsen, Zahlungen an den Erneuerungsfonds und Zahlungen an die Kosten der Stockwerkeigentümergeinschaft (Prot. I S. 8). Die Beklagte anerkennt in der Berufung zunächst die hälftigen Hypothekarzinsen, welche CHF 15'000.-- pro Jahr bzw. CHF 1'250.-- pro Monat betragen (act. 19/8). Hinzu kommen die weiteren Kosten, wobei die Beklagten die Kostenaufstellung "Budget 2011" des Klägers (act. 19/10) in tatsächlicher Hinsicht nicht bestreitet. Sie anerkennt davon Kosten für Heizung/Warmwasser, Cablecom, Verwaltungshonorar und Versicherung von insgesamt CHF 2'430 bzw. CHF 202.50 monatlich. Im Gegensatz zur Rechtsauffassung der Beklagten gehören indes auch die Kosten für Versorgung/Entsorgung (Strom, Abwasser, Kehricht) von CHF 900.-- pro Jahr

- 14 - bzw. CHF 75.-- pro Monat und die regelmässigen Beiträge an den Reservefonds von CHF 1980.-- pro Jahr bzw. 165.-- pro Monat zu den anrechenbaren Unterhaltskosten einer eigenen, selbstbewohnten Liegenschaft. Die im Eheschutzverfahren per 27. August 2008 angeordnete Gütertrennung (act. 5/3/3 S. 17; act. 5/3/4 S. 46) hat damit nichts zu tun, geht es doch nicht um Schaffung eines Mehrwerts, d.h. Vermögensbildung, sondern um werterhaltende Investitionen. Begründet sind demnach Liegenschaftskosten von rund CHF 1'690.-- pro Monat, ergo ist der vom Kläger mit CHF 1'603.25 angegebene Betrag in seinen Bedarf einzusetzen. Was die im angefochtenen Entscheid weiter berücksichtigten Kosten für die Amortisation der auf der Liegenschaft lastenden Hypothek anbelangt, anerkennt die Beklagte, dass jährlich CHF 20'000.-- für die direkte Amortisation zu leisten seien, d.h. CHF 1'667.-- pro Monat (vgl. act. 19/8). Lassen es die finanziellen Verhältnisse zu, können Amortisationszahlungen, obschon es sich dabei wirtschaftlich betrachtet um Vermögensbildung handelt, bedarfsseitig Berücksichtigung finden, wenn der Schuldner zu den Amortisationsleistungen gesetzlich oder vertraglich verpflichtet ist (ZK-Bräm, Art. 163 N 118A Ziff. 2.1. c; Maier, op. cit., AJP 2007, S. 1233). Weshalb die vom Kläger effektiv zu leistende Amortisation der Hypothek im Gegensatz zum Eheschutzverfahren in seinem Bedarf keine Berücksichtigung mehr finden soll, zeigt die Beklagte nicht auf. Im Eheschutzverfahren wurde die Amortisation bedarfsseitig mit der Erwägung berücksichtigt, der selbständigerwerbende Kläger sei unbestritten keiner beruflichen Vorsorge ausgeschlossen und habe glaubhaft dargelegt, dass die Liegenschaft als Ersatzgedient habe (act. 5/3/3 S. 14). Das Obergericht hielt die erstinstanzlich eingesetzten Bedarfswerte wie erwähnt für angemessen (act. 5/3/4 S. 34, 39). Die Einzelrichterin geht daher zutreffend davon aus, dass eine Nichtberücksichtigung der Amortisationskosten dem Grundsatz der Beibehaltung der im Eheschutzverfahren vorgenommenen, unbeanstandet gebliebenen Wertung zuwiderlaufen würde. Im Einklang mit dem

angefochtenen Urteil sind Liegenschaftskosten von CHF 1'603.35 pro Monat sowie CHF 1'667.-- Amortisationskosten im Bedarf des Klägers zu berücksichtigen.

E. 3.3

(Übrige) Schulkosten / ZVV-Abonnement C. _____

- 15 -

E. 3.3.1

Zur Begründung seines Abänderungsbegehrens führte der Kläger bedarfsseitig neu ein Schulgeld für die Privatschule F. _____ von monatlich CHF 1'666.70 sowie "übrige Schulkosten" von monatlich insgesamt CHF 300.-- auf, für "Kosten ZVV C. _____" setzte er zudem CHF 42.75 pro Monat ein (act. 5/5 S. 4; act. 5/33 S. 5).

E. 3.3.2

Dazu wird in der angefochtenen Verfügung erwogen, mit dem eingereichten Schulungsvertrag zwischen der F. _____ und dem Sohn der Parteien, unterzeichnet im Dezember 2010, sei vereinbart worden, dass C. _____ per 7. Februar 2011 in das 2. Semester der F. _____ zwecks Vorbereitung auf die Schweizerische Maturität eintrete (act. 5/3/5). Das Schulgeld pro Semester betrage CHF 9'900.-- und sei monatlich zu bezahlen. Die monatlichen Kosten für die F. _____ beliefen sich mit dem Zuschlag für Ratenzahlung von CHF 200.-- gemäss den eingereichten Rechnungsbelegen auf CHF 2'020.-- (act. 5/3/38, act. 5/19/3). Der Kläger mache die Kosten ohne Ratenzuschlag von jährlich CHF 20'000.-- geltend, was (gerundet) dem Semestergeld von zweimal CHF 9'900.-- entspreche. Das geltend gemachte Schulgeld sei somit ausgewiesen. Da nunmehr unbestrittenermassen feststehe, dass die Schulkosten für die F. _____ noch längere Zeit, nämlich voraussichtlich bis mindestens Sommer 2013 anfielen, sei das Vorliegen einer dauernden Veränderung zu bejahen. Dass nebst den hohen Schulkosten weitere Kosten für Lehrmittel (Bücher) anfielen, habe der Kläger indessen nicht belegt. Auch sei nicht ersichtlich, weshalb der Besuch der Schule Telefonkosten verursachen sollte. Die Kosten für das Essen in der Schule fielen entsprechend zu Hause nicht an und würden dadurch beim Grundbetrag eingespart. Auch die 'Schulkosten' für den Fussball seien nicht ausgewiesen (act. 6 S. 6 ff.).

E. 3.3.3

Der Kläger hält berufsweise an seinem Standpunkt fest. Er habe für die übrigen Schulkosten zwar tatsächlich keine Belege eingereicht, jedoch auf die Gerichtsnotorietät dafür verwiesen, dass ein Gymnasiast monatliche Kosten für Schulmaterial, Bücher, Telefon, auswärtige Verpflegung und Schulausflüge habe. Zu Unrecht nicht berücksichtigt worden seien sodann die Kosten für den öffentlichen Verkehr von C. _____, d.h. für ein ZVV-Abonnement von CHF 42.75 pro Monat (act. 2 S. 4).

- 16 -

E. 3.3.4

Richtig ist, dass Belege nicht generell notwendig sind, wo – wie vorliegend – kein strikter Beweis verlangt wird, sondern die Tatsachen vom Ansprecher lediglich glaubhaft gemacht werden müssen (vgl. oben Ziff. 2.3.). Das gilt indes nur, wenn entsprechende Auslagen ohne Weiteres einleuchten, sie aufgrund allgemeiner Lebenserfahrung beziffert werden können und ein Nachweis mittels Belegen mit grossen Schwierigkeiten oder Aufwand

verbunden wäre (Maier, op. cit., AJP 2008, S. 579). Die vom Kläger geltend gemachten, bestrittenen (act. 5/36 S. 6) "übrigen Schulkosten" leuchten nicht ohne Weiteres ein. Wie die Einzelrichterin bemerkt (act. 6 S. 8), ist nicht ersichtlich, weshalb der Besuch der Schule (zusätzliche) Telefonkosten verursachen sollte. Telefonkosten für das Natel können aus dem Grundbetrag von C._____ bestritten werden; das Nämliche gilt für Fussballkosten. Ferner gilt, dass die Kosten für das Essen in der Schule zu Hause nicht anfallen und daher – mindestens teilweise – beim Grundbetrag eingespart werden. Welche Kosten für Schulbücher, Telefon und Fussball im Einzelnen anfallen, sagt der Kläger zudem nicht genau. Der zusätzlich zu den Schulkosten von monatlich rund CHF 1'667.-- geltend gemachte Betrag von CHF 300.-- bleibt somit weitgehend unsubstantiiert und erscheint damit weder hinreichend begründet noch ausgewiesen, obwohl dies ohne grossen Aufwand möglich wäre. Wenn der Kläger in diesem Zusammenhang ferner kritisiert, die Einzelrichterin habe die Kosten für das ZVV-Abonnement von C._____ im Betrag von CHF 42.75 zu Unrecht nicht in seinem Bedarf berücksichtigt, ist ihm entgegenzuhalten, dass sein im Eheschutzverfahren festgesetzter Bedarf diese Kosten ebenso wenig enthielt (vgl. act. 5/3/3 S. 12 f.; act. 5/3/4 S. 35) und diesbezüglich keine Änderung der Verhältnisse eingetreten ist. Vor Einzelrichterin brachte der Kläger zu diesem Punkt nichts vor. Wenn der Kläger in der Berufung beiläufig erwähnt, die Schule werde "ab 2012" von G._____ nach H._____ verlegt, ist das nicht nur äusserst unbestimmt, sondern liefert vor allem keinen Grund dafür, den (aktuellen) Bedarf des Klägers – wie er es verlangt – um die Abonnementkosten für das Stadtnetz G._____ zu erhöhen. Die vom Kläger geltend gemachten übrigen (Schul-)Kosten haben daher unberücksichtigt zu bleiben.

- 17 -

E. 3.4

Abzahlungsverpflichtungen des Klägers (Steuern / AHV)

E. 3.4.1

Der Kläger begründete sein Abänderungsbegehren erstinstanzlich weiter mit bestehenden Nachzahlungsverpflichtungen für Steuern und AHV-Beiträge. Die Einzelrichterin erwog dazu, anlässlich der eheschutzrichterlichen Hauptverhandlung vom 27. August 2008 habe der Kläger bei der Berechnung seines Bedarfs die Berücksichtigung von insgesamt CHF 7'000.-- für ausstehende Steuern 2006, 2007 und 2008 und AHV-Nachzahlung 2006/2007 sowie von CHF 2'309.20 für Kreditverpflichtungen verlangt. Insgesamt habe der Kläger unter den Titeln Steuern, AHV-Nachzahlung und Kreditabzahlungen somit rund CHF 9'300.-- geltend gemacht. Dieser Betrag liege höher als der nunmehr im Abänderungsverfahren geltend gemachte Betrag für Abzahlungen und laufende Steuern von insgesamt CHF 8'250.--. Betragsmässig habe sich somit keine Veränderung zum Nachteil des Klägers ergeben, was dieser auf entsprechenden Vorhalt denn auch bestätigt habe. Im erstinstanzlichen Eheschutzentscheid vom 28. November 2008 seien die laufende Steuerlast und die Schuldverpflichtungen einschliesslich AHV-Nachzahlung bei der Aufteilung des Freibetrages zu drei Vierteln an den Kläger berücksichtigt worden, ohne dies zahlenmässig näher aufzuschlüsseln. Gegen diesen Entscheid habe der Kläger nicht rekuriert. Die Rekursinstanz habe die Freibetragsaufteilung geringfügig zum Vorteil der Beklagten korrigiert, ohne aber hinsichtlich der Belastung des Klägers mit Steuern und Schuldverpflichtungen anders zu entscheiden. Im vorliegenden Abänderungsverfahren könne das ursprüngliche Urteil nicht einfach korrigiert werden. Der Kläger hätte seine

heutigen Anliegen im Rekursverfahren einbringen können und müssen. Der Vollständigkeit halber erwähnt die Einzelrichterin, dass der Kläger mit dem im Rekursentscheid erwähnten Erbvorbezug eigenen Angaben zufolge Steuer- und AHV-Schulden aus den Jahren 2004 und 2005 bezahlt habe. Diese Schulden seien in beiden Verfahren nicht Thema gewesen und deren möglich gewordene Tilgung habe daher auch nicht ursächlich sein können für den Verzicht des Klägers auf die Erhebung eines Rechtsmittels. Dies werde denn auch vorliegend nicht behauptet (act. 6 S. 8 f.).

- 18 -

E. 3.4.2

Der Kläger lässt das in der Berufung nicht gelten. Er rügt eine unrichtige Tatsachenfeststellung und Rechtsanwendung durch die Einzelrichterin. Aus den Eheschutzakten sei aktenkundig, dass die heute geltend gemachten Steuern und AHV-Nachzahlungen im Zeitpunkt des Eheschutzverfahrens noch nicht veranlagt gewesen seien. Damit seien sie auch nicht fällig gewesen und deshalb auch nicht berücksichtigt worden. Der Kläger habe diese zukünftigen Forderungen zwar im Eheschutzverfahren in dem Sinne geltend gemacht, dass ihm Beträge dafür für Rückstellungen im Bedarf zu berücksichtigen seien. Es sei aber bei der Nichtberücksichtigung geblieben, weil diese Forderungen noch gar nicht bestanden hätten. Soweit die gerichtlichen Instanzen im Eheschutzverfahren auf den Freibetrag verwiesen hätten, habe sich das nur auf die Berücksichtigung im Rahmen von Rückstellungen beziehen können. Heute würden aber fällige Forderungen geltend gemacht. Das sei nicht das Gleiche. Die nun vorliegende, zahlenmässige Berechnung zeige, dass der Freibetrag nicht ausreiche, um heute all diese Forderungen, nun wo sie fällig gestellt seien, zu bezahlen und noch einen Freibetrag an die Beklagte zu verteilen. Im Eheschutzverfahren sei dies noch anders gewesen. Nachdem verschiedene vom Kläger auch noch geltend gemachte Beträge als nicht zu berücksichtigend beurteilt worden seien, sei ein Freibetrag übrig geblieben. So sei insbesondere der vom Kläger angeführte Mündigenunterhalt für die drei studierenden Töchter durch das Obergericht gestrichen worden, weshalb der Kläger seinen Töchtern in der Folge auch nichts mehr habe bezahlen können. Die Einzelrichterin verkenne den unterschiedlichen Charakter der damals und heute diesbezüglich geltend gemachten Forderungen. Der Kläger habe keine Veranlassung gehabt, die damalige Rechtsanwendung mit einem eigenen Rekurs anzufechten, denn die Nichtberücksichtigung von nicht fälligen Forderungen als Rückstellungen im Bedarf, habe der geltenden Rechtslage entsprochen. Ein diesbezüglicher Rekurs wäre daher damals aussichtslos gewesen. Heute aber stelle sich die Situation so dar, dass derart hohe fällige Schulden bestünden, dass diese den Freibetrag vor der Aufteilung fast vollständig aufbrauchen würden, weshalb eine Berücksichtigung über den Verteilschlüssel des Freibetrages gar nicht mehr möglich sei. Für den Fall, dass die Beträge für die Steuerschulden und die AHV nicht in seinem Bedarf berücksichtigt würden, beantragt der Kläger einen Betrag

- 19 - für AHV-Nachzahlungen von CHF 942.-- pro Monat als Aufwand zu verbuchen, welcher vom bisher angenommenen Einkommen in Abzug zu bringen sei, da es sich bei den AHV-Beträgen um Gestehungskosten handle. Eventualiter macht der Kläger in der Berufung zudem geltend, es seien die noch nicht veranlagten und nicht fälligen Steuern 2009/2010, für welche er vor der Einzelrichterin ebenfalls monatliche Raten geltend gemacht habe, im Bedarf zu berücksichtigen (act. 2 S. 7 ff., 17 ff.).

E. 3.4.3

Dem Kläger kann auch in dieser Hinsicht nicht gefolgt werden.

E. 3.4.3.1

Zuzustimmen ist dem Kläger darin, dass die im Eheschutzverfahren als Rückstellungen geltend gemachten Forderungen für Steuern und AHV einerseits und die im Abänderungsverfahren thematisierten, fälligen Nachzahlungsforderungen andererseits rechtlich verschieden zu qualifizieren sind. Der Kläger legt mit den im erstinstanzlichen Verfahren eingereichten Veranlagungsentscheiden der Steuerbehörden und den damit gewährten Ratenzahlungen (act. 5/3/28-37) sowie mit den mit Noveneingabe vom 4. Oktober 2011 (act. 17) neu ins Recht gelegten Belegen bezüglich der Steuern und AHV-Beiträge für das Jahr 2008 (act. 18/1-3) glaubhaft dar, dass die Steuern für die Jahre 2006 und 2007 erst im Jahr 2010, jene für das Jahr 2008 gar erst kürzlich definitiv veranlagt und somit fällig geworden sind. Nur: Wie der Kläger konzidiert, betreffen die im Eheschutzverfahren geltend gemachten Zahlungsverpflichtungen sowie die im Abänderungsverfahren als fällige Forderungen angeführten Nachzahlungsverpflichtungen die gleiche Zeitspanne nämlich jeweils die Jahre 2006, 2007 und 2008 (vgl. act. 2 S. 11 f.; act. 5/22/11 S. 21 f.). Wenn der Kläger in der Berufung daraufhin verweist, es habe sich zur Zeit des Eheschutzverfahrens im Jahr 2008 um einen zukünftigen Sachverhalt gehandelt, während es sich nun im Jahr 2011 um einen mittels staatlicher Rechtsakte Realität gewordenen Sachverhalt handle, übergeht er den springenden Punkt. Die damals und heute geltend gemachten Forderungen sind nach Gläubiger, Schuldner und Rechtsgrund identisch. Ferner waren die im Eheschutzverfahren geltend gemachten Beträge ungefähr gleich bzw. gar höher als die nun verlangten Beträge. Anlässlich der persönlichen Befragung hat der Kläger

- 20 - das auf entsprechende Frage bestätigt – zahlenmässig, so der Kläger, sei es dasselbe (Prot. I S. 10).

E. 3.4.3.2

Es trifft sodann nicht zu, dass die im Eheschutzverfahren als Rückstellungen geltend gemachten offenen Steuern 2006, 2007 und 2008 samt AHV-Nachzahlungen (act. 5/22/11 S. 21 f., 25 f.) nicht berücksichtigt worden sind, weil der Kläger sie nicht beziffern und belegen konnte. Der Kläger übersieht bei diesem Einwand, dass weder die erste Instanz noch das Obergericht die Steuer-schulden und AHV-Nachzahlungen des Klägers als nicht ausgewiesen zurück-wiesen. Im erstinstanzlichen Eheschutzentscheid vom 28. November 2008 wurde dazu ausgeführt, die vom Kläger (damaliger Beklagter) geltend gemachten Schuldenverpflichtungen, die AHV-Nachzahlungsverpflichtung und die Unterstützungsverpflichtung gegenüber den drei volljährigen nichtehelichen Töchtern seien – wie die beidseitig nur schätzbare Steuerlast – nicht bei der Bedarfsberechnung, sondern bei der Aufteilung des Freibetrages zu berücksichtigen (act. 5/3/3 S. 14). Bei der Bemessung der Anteile am Freibetrag wurde entsprechend mitberücksichtigt, dass der Beklagte ehebedingte Kreditschulden alleine abbezahle, beträchtliche Steuerschulden zu tilgen habe und aktuell eine höhere Steuerlast als die Klägerin trage (act. 5/3/3 S. 15). Auf Rekurs der Beklagten hin korrigierte das Obergericht am 3. Juni 2010 die Freibetragsaufteilung zum Vorteil der Beklagten. Entgegen der Meinung des Klägers lässt sich aus den Erwägungen im Rekursentscheid hingegen nicht der Schluss ziehen, dass die Berücksichtigung der vom Kläger erstinstanzlich geltend gemachten Abzahlungsverpflichtungen für das Obergericht

überhaupt nicht zur Diskussion standen. Vielmehr ging die I. Zivilkammer darauf ausdrücklich ein. Im Rekursentscheid wird zunächst ausgeführt, die Beklagte (damalige Klägerin) mache geltend, die von der Einzelrichterin angeführten Steuer- und Kreditschulden der Parteien dürften bei der Aufteilung des Überschusses keine Beachtung mehr finden, nachdem der Kläger diese dank eines Erbvorbezuges im Betrag von CHF 100'000.-- habe begleichen können. Der (damals) Beklagte habe den erhaltenen Erbvorbezug ebenso anerkannt, wie die Tatsache, dass er damit ausstehende Steuern und andere Schulden getilgt sowie AHV-Nachzahlungen getätigt habe. Da die Unterhaltsbeiträge keinen finanziellen Ausgleich unter den Ehegatten bezweckten, seien die vom Beklagten erbrachten Zah-

- 21 - lungen bei der streitigen Überschussaufteilung nunmehr irrelevant (act. 5/3/4 S. 37). Weiter hielt das Obergericht fest, dass die laufenden Steuern nicht in die Bedarfsberechnung einbezogen worden seien und bei der Überschussaufteilung zu beachten seien. Es stehe ausser Frage, dass die Steuerlast des Klägers selbst nach Abzug der von ihm zu erfüllenden Unterhaltspflichten erheblich höher sei als diejenige der Beklagten. Sollten beide Parteien gleichmässig vom gemeinsam erarbeiteten Freibetrag profitieren können, müsse der Anteil der Beklagten schon rein rechnerisch weniger als ein Drittel betragen (act. 5/3/4 S. 38). Wenn der Kläger im Rahmen der persönlichen Befragung auf Nachfrage der Einzelrichterin hin erklärte, er habe mit dem vom Obergericht erwähnten Erbvorbezug Steuerschulden der Jahre 2004 und 2005 bezahlt (Prot. I S. 8), ändert das nichts daran, dass die Steuer- und AHV-Schulden der Jahre 2006-2008 bereits im Eheschutzverfahren Thema waren und der Urteilsfindung als Tatsache zugrundegelegt wurden. Dass sich der Kläger nach dem erstinstanzlichen Eheschutzentscheid anders als heute hätte sagen müssen, ein entsprechendes Rechtsmittel würde ohnehin keinen Erfolg haben, leuchtet schon deshalb nicht ein, weil die betreffenden Steuer- und AHV-Nachforderungen im Eheschutzverfahren thematisiert wurden, hingegen nicht die damals noch fehlende Fälligkeit dieser Schulden. Das berufungsweise vorgetragene Argument, die Beibehaltung der im Eheschutzverfahren angewandten Methode, alle Verpflichtungen bei der Verteilung des Freibetrages zu berücksichtigen, zwinge den Kläger effektiv dazu, ständig neue Schulden zu machen, da der ihm zugewiesene Anteil am Freibetrag zur monatlichen Abzahlung der diversen Schulden nicht ausreiche (act. 2 S. 14, 18), wäre bereits im Eheschutzverfahren einschlägig gewesen. Die tatsächlichen Grundlagen bzw. Umstände, die dem Massnahmeentscheid zugrunde lagen, mithin die im Eheschutzverfahren absehbaren und im Rahmen der Freibetragsaufteilung berücksichtigten öffentlich-rechtlichen Forderungen haben sich nicht als nachträglich unrichtig erwiesen, sondern wurden im Gegenteil durch die Entscheide der Steuerbehörden resp. der Z._____ des Kantons Zürich bestätigt. Auch die Erwägung des Obergerichts im zweitinstanzlichen Eheschutzentscheid, dass die Unterhaltsverpflichtung des Klägers gegenüber der Beklagten dem Mündigenunterhalt für seine drei Töchter vorangehe, ist nach wie vor beachtlich, d.h. entsprechende Ausgaben bleiben gestri-

- 22 - chen. Die weitere Argumentation des Klägers, heute bestünden derart hohe fällige Schulden, dass diese den Freibetrag vor dessen Aufteilung vollständig aufbrauchen würden, weshalb eine Berücksichtigung über den Verteilschlüssel des Freibetrages gar nicht mehr möglich sei, setzt voraus, was zu begründen wäre, nämlich, dass die Abzahlungsverpflichtungen im Bedarf des Klägers zu berücksichtigen sind. Unerfindlich bleibt damit, wieso nach Ansicht des Klägers im Eheschutzverfahren ein Freibetrag

bestanden haben soll, heute dagegen nicht mehr. Die mit dem Rekursentscheid bestätigte Wertung der Vorinstanz im Eheschutzverfahren, die Abzahlungsverpflichtungen des Klägers für Steuern und AHV der Jahre 2006-2008 nicht in seinem Bedarf zu berücksichtigen, ist daher vorliegend zu beachten.

E. 3.4.3.3

Das steht im Übrigen im Einklang mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, wonach Schuldverpflichtungen eines Ehegatten in der Bedarfsrechnung des Unterhaltsschuldners nur zurückhaltend zu berücksichtigen sind, andernfalls dessen nach Deckung des eigenen Grundbedarfs verbleibende finanzielle Leistungskraft derart gemindert würde, dass sie gegebenenfalls nicht mehr ausreichte, die familienrechtlichen Unterhaltspflichten zumindest teilweise zu erfüllen (vgl. BGE 127 III 289 E. 2, S. 292). Insofern muss auch das Interesse der Beklagten als Unterhaltsgläubigerin gegenüber jenem des Klägers an einer Schuldentilgung gegenüber dem Gemeinwesen gewichtet und als überwiegend beurteilt werden.

E. 3.4.3.4

Wenn der Kläger in diesem Zusammenhang eventualiter AHV-Nachzahlungen von CHF 942.-- pro Monat als Aufwand von seinem Einkommen in Abzug bringen will, ist er darauf hinzuweisen, dass nur die laufenden AHV-Beiträge berufliche Nebenkosten bzw. Gestehungskosten darstellen, nicht aber Schulden gegenüber der AHV. Was die vom Kläger geltend gemachten Steuern für die Zeit nach der Trennung – die Jahre 2009/2010 – betrifft (act. 2 S. 19 f.), gilt schliesslich, dass persönliche, nur einen der Ehegatten betreffende Schulden gegenüber Dritten – auch gegenüber dem Fiskus – der familienrechtlichen Unterhaltspflicht von vornherein nachgehen und nicht zum Existenzminimum gehören (vgl. BGE 127 III 289 E. 2a/bb, S. 292 mit Hinweisen; Dolder/Diethelm, Eheschutz - 23 - [Art. 175 ff. ZGB] - ein aktueller Überblick, AJP 2003 S. 655 ff., S. 662). Die vom Kläger für die Periode 2009/2010, d.h. für die Zeit nach der Trennung der Ehegatten geschuldeten Steuern sind daher für die Bedarfsberechnung – ob fällig oder nicht – irrelevant.

E. 3.4.4

Aus all den vorstehenden Gründen können die Abzahlungsverpflichtungen des Klägers gegenüber dem Fiskus und der AHV nicht (neu) in seinem Bedarf berücksichtigt werden.

E. 4

Einkommen des Klägers

E. 4.1

Der Kläger machte im erstinstanzlichen Verfahren geltend, sein (Durchschnitts-)Einkommen sei gestützt auf die Jahresgewinne der letzten drei Jahre 2008-2010 auf CHF 16'237.-- pro Monat gesunken (act. 5/5 S. 10, act. 5/33 S. 1). Die Beklagte behauptete gegenteilig, das Einkommen des Klägers betrage aufgrund der neuen Kostenstruktur des Büros des Klägers seit der Begründung von Stockwerkeigentum rund CHF 3'000.-- mehr und liege somit bei CHF 20'000.-- (act. 5/36 S. 13).

E. 4.2

Die Einzelrichterin hielt die Vorbringen beider Parteien in diesem Punkt für unbegründet. Sie führte aus, das im Eheschutzverfahren errechnete monatliche Nettoeinkommen des

Klägers von CHF 17'000.-- habe auf den Zahlen der Jahre 2006 (Jahreseinkommen rund CHF 211'000.--) und 2007 (Jahreseinkommen rund CHF 240'000.--) unter Zugrundelegung eines vollzeitlichen Pensums basiert. Weshalb für das Jahr 2010 bei einem Umsatz von CHF 400'000.-- lediglich ein Gewinn von CHF 200'000.-- resultieren solle, sei nicht einsichtig und sei vom Kläger auch nicht näher dargelegt worden. Nähme man unbesehen die Zahlen der letzten fünf Jahre (2006 bis 2010), so resultiere ein durchschnittliches Einkommen von rund CHF 17'300.-- monatlich. Anders gerechnet müsse der Kläger für die Erwirtschaftung eines monatlichen Einkommens von CHF 17'000.-- jährlich einen Gewinn von rund CHF 204'000.-- erzielen, was ihm mit einer einzigen Ausnahme im Jahre 2009 in den letzten Jahren gelungen sei. Selbst wenn man – wie im Eheschutzverfahren – lediglich die Zahlen der letzten drei Jahre heranziehen wollte, würde es sich rechtfertigen, die deutlich abweichenden Zahlen des "schwa-

- 24 - chen" Jahres 2009 auszuklammern, was zu einem durchschnittlichen Einkommen von CHF 17'750.-- führen würde. So oder anders sei kein tieferes Einkommen des Klägers zu berücksichtigen. Aber auch die Vorbringen der Beklagten zum Einkommen des Klägers hielt die Einzelrichterin nicht für stichhaltig: Unklar sei, ob die Beklagte mit ihrer Behauptung, der Kläger verdiene seit April rund CHF 3'000.-- mehr, auch ihr eigenes Abänderungsbegehren begründen wolle. Da bereits die Dauerhaftigkeit einer derartigen Einkommensänderung bei Berücksichtigung mehrerer durchschnittlicher Jahreseinkommen nicht zu bejahen wäre, sei darauf nicht weiter einzugehen (act. 6 S. 10 f.).

E. 4.3

Der Kläger findet sich – unter dem Vorbehalt der Berücksichtigung von Abzügen für seine Altersvorsorge (Amortisation) – mit dem ihm angerechneten Einkommen von CHF 17'000.-- pro Monat ab (act. 2 S. 3, 7, 20). Da die Amortisationsleistungen des Klägers im Einklang mit der Vorinstanz in seinen Bedarf einberechnet wurden, ist auf die Ausführungen des Klägers zur Altersvorsorge (Pensionskassenersatz) nicht weiter einzugehen.

E. 4.4

Die Beklagte bekräftigt mit der Berufung ihre Behauptung, der Kläger verdiene seit der Aufteilung der Liegenschaft E. _____ zu Stockwerkeigentum rund CHF 3'100.-- monatlich mehr als noch anlässlich des obergerichtlichen Eheschutzentscheides. Denn der Kläger unterhalte sein Büro in der Liegenschaft in der Parterrewohnung, welche die gleiche Finanzierung und Kostenstruktur aufweise. Damit sei auch für die Parterrewohnung von Kosten von ungefähr CHF 1'500.-- auszugehen, d.h. CHF 3'100.-- weniger als anlässlich des obergerichtlichen Eheschutzentscheides. Diese Kostensenkung wirke sich beim Kläger direkt aufwandmindernd aus, so dass der Gewinn und mithin das Einkommen des Klägers rund CHF 3'100.-- mehr im Monat betragen (act. 2A S. 6).

E. 4.5

Die Argumentation der Beklagten greift ins Leere. Eine – insgesamt rund CHF 1'355.-- betragende – Reduktion der Liegenschaftskosten des Klägers inkl. Amortisation – bedingt durch die Änderung der Finanzierung der Liegenschaft nach Begründung von Stockwerkeigentum im März 2011 (vorstehend Ziff. 3.4) – liegt vor. Blosser Spekulation ist aber, dass sich dadurch der Ge-

- 25 - schäftsaufwand des Klägers im gleichen Verhältnis reduziere; solches ergibt sich weder aus den bei den Akten liegenden Kreditverträgen (act. 5/19/8-9) noch aus Kostenaufstellung (Budget) für das Jahr 2011 (act. 5/19/10). Umso weniger lässt sich von einer angenommenen Aufwandminderung auf eine eingetretene, dauerhafte Änderung des dem Kläger anzurechnenden Einkommens schliessen. Eine allfällige Änderung betreffe frühestens den Gewinnausweis des Jahres 2011. Die Berechnung des klägerischen Einkommens stellt hingegen auf die in der Vergangenheit erzielten Durchschnittswerte ab. Diese von der Einzelrichterin angewandte Methode der Einkommensbemessung aus dem Durchschnittswert mehrerer – in der Regel der letzten drei – Jahre wird von der Beklagten zu Recht nicht in Zweifel gezogen. Sie dient dazu, bei Einkommensschwankungen, vor allem bei Selbständigerwerbenden, durch Festsetzung einer genügend langen, repräsentativen Vergleichsperiode, welche lediglich ausserordentliche Spitzen ausklammert, zu einem einigermaßen zuverlässigen, mithin vertretbaren Resultat zu gelangen (Schwenzer, FamKomm Scheidung, Art. 125 N 17; Hausheer/Spycher, op. cit., N 01.34 und 05.72; ZK-Bräm, N 73 ff. zu Art. 163 ZGB). Im angefochtenen Entscheid werden (im Hinblick auf die vom Kläger geltend gemachte Reduktion seines Einkommens) die Durchschnittswerte der letzten drei Jahre (unter Ausklammerung des deutlich schwächeren Jahres 2009) bzw. der letzten fünf Jahre (unter Einbezug des Jahres 2009) als Vergleichsperiode zugrunde gelegt (act. 6 S. 10). Die Einzelrichterin hat damit methodisch korrekt dargelegt, dass sich mit Bezug auf das dem Kläger im zweitinstanzlichen Eheschutzentscheid vom 3. Juni 2010 angerechnete Durchschnittseinkommen von CHF 17'000.-- pro Monat keine relevante Veränderung ergeben hat.

E. 5

Einkommen der Beklagten

E. 5.1

Die Einzelrichterin rechnet der Beklagten ab April 2012 ein hypothetisches Einkommen von CHF 2'800.-- netto pro Monat an. Sie hält der Beklagten in diesem Zusammenhang vor, die einzigen Bemühungen hinsichtlich einer Hilfstätigkeit im Bereich Yoga erschöpften sich in einer Anfrage bei zwei ihrer bekannten Yoga-Lehrern. Die Beklagte hätte diese beiden Anfragen und auch weitere Erkundigungen zudem sogleich nach Erhalt des Eheschutzentscheides vom 28. Novem-

- 26 - ber 2008 tätigen und im von ihr eingeleiteten Rekursverfahren einbringen können und müssen. Das Abänderungsverfahren trete nicht an die Stelle des Rechtsmittelverfahrens. Die behaupteten Bemühungen der Beklagten, in einem anderen Tätigkeitsbereich als Yoga eine Erwerbsmöglichkeit zu finden, seien nicht dokumentiert. Insbesondere habe die Beklagte die in Aussicht gestellte Bestätigung des Leiters der ... Gemeinschaft trotz Aufforderung nicht eingereicht. Eine veränderte Sachlage in dem Sinne, dass die Beklagte in keiner Art und Weise ein Einkommen generieren könne, sei damit nicht glaubhaft gemacht. Weiter führte die Einzelrichterin aus, die Beklagte beabsichtige, in zwei Jahren nach I. _____ zu ziehen und dort zu arbeiten. Sie habe einen Businessplan betreffend ein Café in I. _____ eingereicht (act. 5/38/17). Darin werde die Geschäftsidee eines coffee-shops formuliert, welcher der Beklagten gehören und von ihr gemanagt werden solle; es werde ein jährliches Einkommen der Eigentümerin von USD 60'000.-- und ein Geschäftsgewinn von USD 69'000.-- prognostiziert. Diese Geschäftsidee scheine dem zu entsprechen, was die Beklagte an Kenntnis und Erfahrung einbringen könne. Damit zeige

die Beklagte selbst eine von ihr als realistisch beurteilte Erwerbsmöglichkeit auf. Es könne indessen nicht angehen, dass sie bis zur Verwirklichung dieses Projektes erst in zwei Jahren keine ernsthaften und vergleichbaren Bemühungen in der Schweiz unternahme. Entweder habe sie das Projekt in I. _____ so schnell als möglich umzusetzen oder aber sich auf ein ähnliches Projekt in der Schweiz zu konzentrieren. Die Parteien lebten seit April 2008 getrennt, und mit einer Wiederaufnahme des gemeinsamen Haushaltes sei nicht erst seit Einreichen der Scheidungsklage nicht mehr ernsthaft zu rechnen. Bei der Frage der Wiederaufnahme und Ausdehnung der Erwerbstätigkeit eines Ehegatten seien daher die für den nahehelichen Unterhalt geltenden Kriterien mit einzubeziehen. Im eheschutzrichterlichen Entscheid vom 28. November 2008 sei den vorliegend besonderen Umständen (Alter der Beklagten, Lebensstellung und gelebter Standard, fehlende Deutschkenntnisse) Rechnung getragen worden, indem der Beklagten erst nach einer langen Übergangsphase von rund einem Jahr, resp. ab Januar 2010 ein lediglich minimales Einkommen von monatlich CHF 1'500.-- angerechnet worden sei. Dabei sei angenommen worden, dass die grundsätzlich voll erwerbsfähige Beklagte zumindest vorerst nur eine - 27 - (Aushilfs-)Arbeit auf Stundenbasis werden finden können. Das zwischenzeitlich eingeleitete Scheidungsverfahren werde strittig geführt und erfahrungsgemäss viele Monate oder gar einige Jahre dauern. Es gehe nicht an, dass die Beklagte bis zum Abschluss des Verfahrens keine Einkommenssteigerung erwirke und lediglich zuwarte. Ein Einkommen von CHF 2'800.-- pro Monat sei im Niedriglohnbereich notorischerweise realisierbar. Sollte die Beklagte tatsächlich in zwei Jahren nach I. _____ übersiedeln, so dürften dannzumal möglicherweise auf beiden Seiten veränderte Verhältnisse zu beurteilen sein. Diese Beurteilung könne heute nicht erfolgen (act. 6 S. 13 f.).

E. 5.2

Stellte sich die Beklagte im erstinstanzlichen Verfahren noch auf den Standpunkt, ihr könne kein (Erwerbs-)einkommen angerechnet werden (act. 5/36 S. 11 f.), geht sie in der Berufung davon aus, es sei ihr dasjenige Einkommen von CHF 800.--, welches sie mit dem Verkauf von Waren auf dem Flohmarkt erziele, anzurechnen. Wie sie bereits der Einzelrichterin vorgetragen hat, argumentiert sie berufsungsweise ferner, dass die im Eheschutzverfahren aufgestellte Prognose des erwerbssichernden Einstieges der Beklagten in die Yogabranche sich nicht erfüllen können. Weiter macht die Beklagte geltend, sie habe der Einzelrichterin ihre Erwerbsbemühungen glaubhaft und dokumentiert dargelegt. Dennoch habe ihr die Einzelrichterin ab April 2012 eine Vollzeittätigkeit im Niedriglohnbereich angerechnet und dabei offen gelassen, was die Beklagte arbeiten solle. In Frage komme aufgrund der fehlenden Ausbildung der Beklagten und der fehlenden sprachlichen Integration allenfalls die Tätigkeit als Putzfrau oder als Kassiererin am Kiosk. Das aber sei ihr nicht zumutbar, zumal sie eine solche Tätigkeit auch vor der Ehe nie ausgeübt habe (act. 2A S. 6 f.).

E. 5.3

Der Kläger behaftet die Beklagte demgegenüber mit seiner Berufung darauf, dass sie nach I. _____ zurückzugehen beabsichtige. Er vertritt die Auffassung, die Beklagte könne spätestens in einem Jahr, d.h. ab dem 21. Juni 2012 nach I. _____ zurückkehren und dort, wie sie selber ausführe und mit dem von ihr eingereichten Businessplan belegt habe, ein Café eröffnen und damit ein monatliches Einkommen von USD 5'000.-- bzw. ab 2014 USD 8'450.-- verdienen. Unter Berücksichtigung der Differenz der Lebenshaltungskosten

zwischen der Schweiz

- 28 - und I. _____ ergebe dies ein Einkommen von CHF 7'140.-- und ab 1. Januar 2014 von CHF 12'000.-- pro Monat. Dieses Einkommen sei ihr ungeachtet des tatsächlichen Wegzugstermins als hypothetisches Einkommen anzurechnen, denn das von der Beklagten genannte, potentielle Wegzugsdatum des Abschlusses der Mittelschule von C. _____, welches zudem nicht sicher feststehe, sei als Kriterium irrelevant (act. 2 S. 5 f.).

E. 5.4

Zu den Einwänden des Klägers:

E. 5.4.1

Es trifft zu, dass die Beklagte vor der Einzelrichterin die Absicht kundgetan hat, nach I. _____ zurückzugehen. Ziel sei es, zum Studienbeginn von C. _____ in zwei Jahren nach I. _____ zurückzukehren und sich bis dahin dort eine Existenz aufzubauen (act. 5/36 S. 11 f.). Im Rahmen der persönlichen Befragung hat die Beklagte dies bestätigt und ebenso, dass sie cirka drei Mal im Jahr nach I. _____ reise (Prot. I S. 24 f.). Die Frage, ob sie konkrete Pläne für die nächsten zwei Jahre bis zum Wegzug habe, verneinte sie, und sie fügte an, sie halte Ausschau, ob sich etwas ergebe (Prot. I S. 17). Wie im angefochtenen Urteil sodann unbeanstandet festgehalten wird (act. 6 S. 13 f.), beruht der von der Beklagten eingereichte, detaillierte Businessplan für den Aufbau eines coffee-shops mit Ausstellungsraum unter der Bezeichnung "Living Room" in I. _____ (act. 5/38/17) auf den beruflichen Kenntnissen und der Geschäftserfahrung der Beklagten und wird von ihr als realistisch beurteilt. Die Aufbauphase wird mit sechs Monaten angegeben; von Beginn an wird mit einem Einkommen der Eigentümerin ("owner salary") von USD 60'000.-- pro Jahr bzw. USD 5'000.-- pro Monat (heute etwa CHF 4'600.--) gerechnet und darüber hinaus ein Geschäftsgewinn von USD 69'000.-- (gerundet CHF 63'700.--) pro Jahr prognostiziert, wobei der Gewinn in den ersten 15 Monaten zur Rückzahlung der Investitionen verwendet werden müsse. Anders als der Kläger im erstinstanzlichen Verfahren noch bestritt (Prot. I S. 20), sind die Pläne der Beklagten für den Wegzug somit durchaus ernsthaft. Allerdings steht – wie der Kläger einräumt (act. 2 S. 6) – der von der Beklagten genannte Wegzugstermin nicht fest – das Datum des Studienbeginns von C. _____ könnte sich noch hinausschieben.

- 29 -

E. 5.4.2

Das von der Beklagten der Einzelrichterin vorgetragene Argument, der Wegzug in zwei Jahren sei absehbar und die dazuzumaligen Unterhaltsbeiträge Gegenstand des Hauptverfahrens ist so gesehen nicht von der Hand zu weisen. Die Einschätzung der längerfristigen Erwerbsfähigkeit der Beklagten wird – mit Blick auf die Eigenversorgungskapazität nach Art. 125 ZGB – abschliessend im Hauptverfahren zu thematisieren sein. Im Massnahmeverfahren ist grundsätzlich eine kurzfristigere Perspektive einzunehmen, da Regelungen nur für eine begrenzte Zeit zu treffen sind. Anders als es der Kläger gerne möchte, kann der Wegzug der Beklagten nach I. _____ und die Umsetzung des von der Beklagten vorgelegten Businessplanes im Rahmen der zur Beurteilung stehenden, vorläufigen Unterhaltsregelung nicht vorverschoben bzw. vorzeitig erzwungen werden, indem der Beklagten das gemäss Businessplan veranschlagte Salär plus Gewinnanteil (welches der Kläger überdies auf die Lebenshaltungskosten in I. _____ umrechnen will; vgl. act. 2 S. 5 f.) ab Juni 2012 als hypothetisches Einkommen

angerechnet wird. Daran vermag der Hinweis des Klägers, C._____ werde bereits am tt. April 2012 mündig und die elterliche Obhut liege bis dahin bei ihm (act. 2 S. 6), nichts zu ändern. Die Einzelrichterin hat im Rahmen der vorzunehmenden vorläufigen Betrachtung zutreffend erwogen, dass die aufgrund eines Wegzuges der Beklagten nach I._____ anzunehmenden, veränderten Verhältnisse nicht heute zu beurteilen seien.

E. 5.5

Damit aber ist der Punkt noch nicht entschieden. Der Einzelrichterin ist handkehrum auch darin beizupflichten, dass die Beklagte nicht im Hinblick auf die Verwirklichung des Projektes in I._____ bzw. bis zum Abschluss des voraussichtlich noch Jahre dauernden Scheidungsverfahrens zuwarten und keine ernsthaften und vergleichbaren Erwerbsbemühungen in der Schweiz unternehmen kann. Knüpft die Beklagte die Inangriffnahme des vorgelegten Projekts in I._____ zeitlich an den Studienbeginn von C._____ – was ihr nach dem Gesagten freisteht – hat sie sich dennoch vor diesem Zeitpunkt ein ihren Erwerbsmöglichkeiten in der Schweiz entsprechendes Einkommen anrechnen zu lassen. Bei der Frage, welches Einkommen der Beklagten anzurechnen ist, kann es mit anderen Worten nicht in erster Linie um die momentan gelebte Realität gehen, sondern ist entscheidend zu berücksichtigen, welches Einkommen die Beklagte bei der – nach - 30 - drei Jahren der Trennung – geforderten Ausschöpfung ihrer Arbeitsmöglichkeiten in G._____ erzielen könnte.

E. 5.5.1

Aus rechtlicher Sicht spielt dabei eine Rolle, dass die Verantwortung der Ehegatten füreinander nach einer auf Dauer angelegten Trennung entsprechend geringer ist als in der Zeit des Zusammenlebens. Ist eine Wiederherstellung des gemeinsamen Haushalts nicht mehr zu erwarten, so gewinnt das Ziel der wirtschaftlichen Selbstständigkeit an Bedeutung, was bei der Beurteilung der Gesamtsituation zu beachten ist. Ein Ehegatte, der mit der späteren Scheidung rechnen muss, hat sich schon auf die veränderte Lage einzustellen, soweit ihm das zumutbar ist, und es darf in stärkerem Ausmass als im Eheschutzverfahren auf die bundesgerichtlichen Richtlinien zum Scheidungsunterhalt abgestellt werden (BGE 130 III 537 E. 3.2, S. 542; BGE 128 III 65 E. 4, S. 68; BGer 5A_167/2007 vom 1. Oktober 2007, E. 4). Insbesondere kommt die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens – im Sinne einer Ausnahme – auch im Rahmen vorsorglicher Massnahmen in Frage (BGE 119 II 314 E. 4a, S. 316 f.; vgl. auch BGE 128 III 65 E. 4, S. 68 ff.; BGer 5A_736/2007 vom 20. März 2008, E. 2.2.3). Beschliesst ein Ehegatte, seine tatsächlich gegebene Erwerbsfähigkeit nicht voll auszuschöpfen, hat er die Folgen dieser Entscheidung selbst zu tragen und ist vom erzielbaren, hypothetischen Einkommen auszugehen (Hausheer/Spycher, op. cit., N 01.61). So hat das Bundesgericht im Rahmen von vorsorglichen Massnahmen im Scheidungsverfahren entschieden, die einseitige, ohne Zustimmung des Ehepartners erfolgte Aufgabe der Erwerbstätigkeit sei dadurch zu sanktionieren, dass der Änderung bei der Unterhaltsregelung nicht Rechnung getragen und von der bisherigen, höheren Leistungskraft ausgegangen werde, sofern diese wieder erreicht werden könne (BGE 119 II 314 E. 4a, S. 316 f.). Auch im Rahmen eines Eheschutzverfahrens hat das Bundesgericht die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens geschützt, wo ein Ehegatte nach Deutschland ausgewandert war und dort eine Stelle mit deutlich geringerem Lohn angenommen hatte, ohne dass sich die Lohnperspektiven für ihn in der Schweiz verschlechtert hätten (BGer 5A_736/2007 vom

20. März 2008, E. 2.2.3). Das Bundesgericht befand zudem als willkürlich, einer 41-jährigen, gesunden und von jeglicher Kinderbetreuung befreiten Ehefrau, die bis anhin zu 20% erwerbstä-

- 31 - tig gewesen sei, im Rahmen eines Eheschutzverfahrens bei relativ knappen Verhältnissen nicht zuzumuten, ihre Erwerbstätigkeit während der voraussichtlich mehrjährigen Trennungszeit bis auf 100% auszudehnen, sofern dies aufgrund der Arbeitsmarktlage möglich sei (BGE 128 III 65 E. 4, S. 68 ff.).

E. 5.5.2

Vorliegend gilt es zu beachten, dass der Beklagten bereits mit dem erstinstanzlichen, vom Obergericht in dieser Hinsicht bestätigten Eheschutzentscheid das Ziel und ein Weg, um die wirtschaftliche Selbständigkeit zu erreichen, aufgegeben wurde (act. 5/3/3 S. 12; 5/3/4 S. 34 f.). Im Hinblick auf einen gewissermaßen gestaffelten Wiedereinstieg ins Berufsleben nach der Trennung der Parteien im April 2008 wurde der Beklagten im erstinstanzlichen Eheschutzentscheid vom 28. November 2008 eine vorerst nur teilzeitlich, auf Stundenbasis ausgeübte Tätigkeit als Yogalehrerin zugemutet und ihr gestützt darauf ein Einkommen von CHF 1'500.-- angerechnet. Dieses Einkommen wurde mit dem obergerichtlichen Rekursentscheid vom 3. Juni 2010 bestätigt, nachdem die Beklagte diesbezüglich keine Einwände vorgebracht hatte (act. 5/3/4 S. 34 f.). Schon deshalb kann dem Begehren der Beklagten, ihr lediglich das von ihr behauptete Einkommen von CHF 800.-- pro Monat anzurechnen, welches sie mit dem Verkauf von Waren auf dem Flohmarkt heute effektiv verdiene, nicht stattgegeben werden.

E. 5.5.3

Hervorzuheben ist im Weiteren, dass die Beklagte für ihre Erwerbsmöglichkeiten keineswegs auf die Yogabranche eingeschränkt ist. Die Beklagte sieht sich als Geschäftsfrau. Während der ungetrennten Ehe im Jahr 2001 zog sie mit Hilfe des Klägers die J. _____ GmbH in G. _____ für Inneneinrichtung auf (Prot. I S. 13). Der Einzelrichter trug die Beklagte dazu vor, der Kläger habe der Beklagten mit der J. _____ GmbH eine Plattform geben wollen, um sich in ihrer angestammten Tätigkeit als Designerin zu betätigen. Die Beklagte habe die Firmenidentität erarbeitet und die Produkte kreiert, und sie habe schon bald Erfolge verzeichnen können, wie die Aufnahme ihrer Artikel im exklusivsten Einrichtungsgeschäft in Paris; nur sei der start up der Firma an ihrer im Jahr 2003 ausgebrochenen Krebserkrankung gescheitert; die Firma sei seit dem Jahr 2004 nicht mehr aktiv (act. 5/36 S. 3; Prot. I S. 13). Auf die Frage der Einzelrichterin, warum die Firma dennoch nicht im Handelsregister gelöscht sei, antwortete die Beklagte, sie habe die Firma - 32 - behalten, weil sie gedacht habe, sie könne den Namen weiter benützen, wenn sie einmal eine Geschäftsidee haben würde (Prot. I S. 17). Angesichts dieser Ausführungen der Beklagten wirkt wenig überzeugend, wenn sie an anderer Stelle ausführen lässt, dass die Parteien mit der J. _____ GmbH keinen Zusatzverdienst oder die Integration der Beklagten in die Arbeitswelt verfolgt hätten, sondern die Vermarktung exklusiver Innendekoration durch die Beklagte lediglich standesgemässen Prestige und Lifestyle entsprochen habe (act. 5/36 S. 9). Wie dem auch sei: Die nachfolgenden, anlässlich der persönlichen Befragung von der Beklagten behaupteten Tätigkeiten und Suchbemühungen erhellen, dass der berufliche Wiedereinstieg der Beklagten nach ihrer eigenen Vorstellung nicht als Yogalehrerin erfolgen muss, sondern die Beklagte andere, nicht verwandte Bereiche ins Auge fasst. Dabei spricht die Beklagte von sich heute als einer jugendlichen

und sportlichen Frau (act. 5/36 S. 4); und sie bestreitet gar nicht, dass es ihr möglich und zumutbar wäre, zu 100% erwerbstätig zu sein.

E. 5.5.4

Zur Frage, was die Beklagte unternommen habe, um das ihr bis dato ange-rechnete Einkommen von CHF 1'500.-- pro Monat zu verdienen, erklärte sie, sie habe – neben dem erfolglosen Versuch, etwas im Bereich Yoga auf die Beine zu stellen – Schmuck aus I._____ sowie Produkte aus dem toten Meer in die Schweiz importiert, die sie habe verkaufen wollen, jedoch ohne Erfolg – die Wa- ren habe sie auf dem Flohmarkt verkaufen müssen. Im Oktober 2010 habe sie begonnen Deutsch zu lernen, sie sei dann jedoch aus der (ehelichen) Wohnung an der E._____ ausgewiesen worden und habe den Kurs daher nicht beenden können. Sie habe ein Inserat geschaltet, Kinderhütendienste angeboten und auf Spielplätzen den Kontakt mit Eltern gesucht. Auch hier bestehe keine Nachfrage; es könne sein, dass die Mütter sparten. Schliesslich habe sie sich an die ... Ge- meinde gewendet und Unterstützung bei der Arbeitssuche gebeten. Ferner er- wähnt die Beklagte die webpage <http://www.ronorp.net>, wo immer wieder Kellne- rinnen gesucht würden, die Englisch sprächen, aber dort seien Diplome nötig (Prot. I S. 14 f.). Diesen Ausführungen der Beklagten kann entnommen werden, dass sie sich inzwischen im Wesentlichen eine Tätigkeit in den Bereichen Ver- kauf, Service oder Kinderbetreuung vorstellen kann.

- 33 -

E. 5.5.5

Vorhalten lassen muss sich die Beklagte nun aber, dass die von ihr darge- legten Suchbemühungen nicht als intensiv bezeichnet werden können, sich viel- mehr auf wenige Anfragen beschränken, und zudem überaus unsystematisch er- scheinen. Wie wenig ernsthaft die Beklagte ein Auskommen in G._____ sucht, zeigt auch, dass sie – nur wenig später – die Frage der Einzelrichterin, ob sie konkrete Pläne habe, bis sie nach I._____ gehe, verneinte. Die Beklagte fügte an, sie halte Ausschau, ob sich etwas ergäbe; sie habe immer wieder Leute ange- fragt, ob sie eine Geschäftsidee hätten; erschwerend komme hinzu, dass die Ge- schäftsmieten in G._____ sehr hoch seien (Prot. I S. 17). Wie die Einzelrichterin zu Recht bemängelt, hat die Beklagte sodann keine der von ihr behaupteten Be- mühungen, in einem Tätigkeitsbereich ausser Yoga eine Erwerbsmöglichkeit zu finden, dokumentiert. Auf die Frage der Einzelrichterin, ob sie Dokumente habe, die ihre Bemühungen belegen könnten, antwortete sie, sie habe auf der Website für Yogalehrer etwas ausgedruckt und habe einen Brief von einem Yogalehrer in L._____. Eine Bestätigung über die sonstigen Bemühungen habe sie nicht, sie könne aber bei der ... Gemeinde um eine solche bitten. Vom Deutschkurs bei der K._____ habe sie eine Bestätigung, dass sie den Kurs bezahlt habe (Prot. I S. 15). Im angefochtenen Urteil wird zutreffend bemerkt, die Beklagte habe die in Aussicht gestellte Bestätigung des Leiters der ... Gemeinschaft trotz Aufforderung nicht eingereicht (act. 6 S. 13; Prot. I S. 26). Belege über die Suchbemühungen der Beklagten werden auch mit der Berufung nicht nachgereicht, obschon solche leicht verfügbar wären. Den abgebrochenen Deutschkurs hat die Beklagte dem Vernehmen nach nicht nochmals aufgenommen und auch eine sonstige (Weiter-)Ausbildung steht nach ihren Ausführungen nicht im Raum.

E. 5.5.6

Fehlt es damit aber an konkreten Plänen der Beklagten in der Schweiz zur Wiedererlangung der wirtschaftlichen Selbständigkeit – vorab zu einer sprachli- chen Integration – einerseits

und an Dokumenten über die angeblichen (erfolglo- sen) Bemühungen, eine Anstellung zu finden andererseits, rechtfertigt es sich, der Beklagten nach dreieinhalb Jahren der Trennung ein hypothetisches Einkommen anzurechnen, welches auf der Aufnahme einer vollzeitlichen Erwerbstätigkeit oh- ne besondere, berufsspezifische Ausbildung basiert.

- 34 -

E. 5.5.7

Dabei ist entscheidend, dass die Beklagte mit der Berufung nicht in Frage stellt, dass in G._____ im Niedriglohnbereich ein Einkommen von CHF 2'800.-- netto erzielbar ist. Wenn die Beklagte eine entsprechende Tätigkeit – in Frage komme nach ihrer Auffassung eine Beschäftigung als Putzfrau oder als Kassiere- rin am Kiosk – für sich als unzumutbar beurteilt, ist ihr entgegenzuhalten, dass sie regelmässig Waren auf dem Flohmarkt verkauft und den damit behaupteten Ver- dienst derweil sich auch anrechnen zu lassen bereit ist (act. 2A S. 7). Nicht er- sichtlich ist aber, weshalb es der Beklagten nicht zugemutet werden kann, als Verkäuferin bzw. KassiererIn am Kiosk Waren zu verkaufen, wohl aber auf dem Flohmarkt.

E. 5.6

Die Erwägungen der Einzelrichterin zum Einkommen der Beklagten sind insgesamt begründet. Die gewährte Umstellungsfrist von einem dreiviertel Jahr ist angemessen. Die Einzelrichterin hat zutreffend mit einem hypothetischen Ein- kommen der Beklagten von CHF 2'800.-- pro Monat ab April 2012 gerechnet.

E. 6

Berechnung Unterhaltsbeitrag / Ergebnis

E. 6.1

Im Hinblick auf die Neuberechnung der Unterhaltsbeiträge ging die Einzel- richterin davon aus, dass der Anteil der Beklagten am Freibetrag im eheschutz- rechtlichen Rekursentscheid auf CHF 2'000.-- festgelegt worden sei (act. 5/3/4 S. 39), mithin auf weniger als ein 1/3 (= CHF 2'200.--) und mehr als ein 1/4 (= CHF 1'650.--) des damaligen Freibetrages von CHF 6'600.--. Bei analoger Be- rücksichtigung dieser Vorgaben – so die Erwägungen der Einzelrichterin weiter – wäre der Anteil der Beklagten am aktuellen Freibetrag von CHF 6'300.-- auf CHF 1'900.-- festzulegen, was weniger als 1/3 (= CHF 2'100.--) und mehr als 1/4 (= CHF 1'575.--) entspreche. Die damit resultierende Korrektur des Unterhaltsbei- trages um lediglich CHF 100.-- erfülle das Erfordernis der Erheblichkeit nicht. Hin- gegen resultiere ab April 2012 bei einem neuen Gesamteinkommen von CHF 19'800.-- (CHF 17'000.-- + CHF 2'800.--) und einem Gesamtbedarf von CHF 12'200.-- ein Freibetrag von CHF 7'600.--. Der Anteil der Beklagten sei auf CHF 2'300.-- festzusetzen (1/3 = CHF 2'533.--; 1/4 = CHF 1'900.--). Der Unter- haltsanspruch der Beklagten betrage damit CHF 4'300.-- (Bedarf der Beklagten von CHF 4'800.-- + Anteil Freibetrag von CHF 2'300.-- ./ Einkommen von

- 35 - CHF 2'800.--). Diese Änderung erweise sich als erheblich und dauerhaft, weshalb der Unterhaltsbeitrag des Klägers an die Beklagte ab 1. April 2012 auf CHF 4'300.-- festzulegen sei (act. 6 S. 17 f.).

E. 6.2

Diese im angefochtenen Urteil unter Zugrundelegung des im Eheschutz- rechtlichen Rekursentscheid zu Gunsten der Beklagten korrigierten Verteilschlüs- sels neu vorgenommene Unterhaltsberechnung wird mit Grund von keiner Seite beanstandet. Die Beklagte zeigt sich mit der Aufteilung des Freibetrages, d.h. mit dem ihr angerechneten Anteil von 30.3%, ausdrücklich einverstanden (act. 2A S. 8). Der Kläger äussert wohl in allgemeiner Weise, das befassende Gericht sei, wenn die Voraussetzungen für eine Abänderung gegeben seien, nicht an die im Eheschutzverfahren angewendete Berechnungsmethode der Unterhaltsbeiträge bzw. Freibetragsaufteilung gebunden, er leitet daraus für den vorliegenden Fall aber nichts Konkretes ab. Vielmehr macht er einzig geltend, dass nach der Be- rücksichtigung der Steuer- und AHV-Nachzahlungen von vornherein kein Über- schuss bzw. Freibetrag verbleibe und führt den (nach ihm hypothetischen) Anteil der Beklagten am Freibetrag in seiner Berechnung gar mit einem Drittel (33.3%) auf (act. 2 S. 18, 21 f.). Umstände, die eine Änderung des im Eheschutzverfahren angewendeten Verteilschlüssels gebieten würden, sind damit von den Parteien nicht vorgetragen worden.

E. 6.3

Solche sind überdies nicht ersichtlich. Gegenteils ist anzumerken, dass die Erwägungen des Obergerichts im Rekursentscheid vom 3. Juni 2010 hinsichtlich des angewandten Verteilschlüssels von 30.3% nach wie vor Geltung beanspru- chen. So besteht einerseits weiterhin eine höhere Steuer- und Schuldenlast des Klägers, muss aber andererseits wie bisher ausser Betracht fallen, dass der Klä- ger keine Unterhaltsbeiträge für C._____ von der Beklagten verlangt, ist nach wie vor irrelevant, dass der Kläger im Rahmen der Erstausbildung an sich auch für seine erwachsenen vorehelichen Töchter unterhaltspflichtig wäre, und gilt weiter, dass im Bedarf der Beklagten diverse Aufwendungen nicht einberechnet wurden, obwohl sie unstreitig ihren Lebensstandard während des Getrenntlebens aus- machten und die Beklagte diese Kosten somit aus ihrem Freibetrag zu bestreiten hat. Schliesslich bleibt es auch dabei, dass dem Kläger bedarfseitig Amortisatio- - 36 - nen für die auf der Liegenschaft E._____ lastende private Hypothek anzurechnen sind und gilt (gar mehr als bisher), dass die Klägerin mit dem eigenen Erwerbs- einkommen zum Freibetrag beiträgt (vgl. act. 5/3/4 S. 37 ff.).

E. 6.4

Beträgt der Anteil der Beklagten am Freibetrag unverändert 30.3%, bleibt es, wie die Einzelrichterin in den vorstehend zitierten Erwägungen dargelegt hat, bis 31. März 2012 beim Unterhaltsbeitrag des Klägers an die Beklagte von CHF 5'300.-- pro Monat; ab 1. April 2012 und für die weitere Dauer des Verfah- rens sind monatlich CHF 4'300.-- geschuldet. Die Berufungen beider Parteien er- weisen sich damit als unbegründet, und das angefochtene Urteil ist zu bestätigen.

E. 7

Kosten / Entschädigung

E. 7.1

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

E. 7.2

Beide Parteien unterliegen mit ihren Berufungsanträgen. In Anwendung von Art. 106 Abs. 1 ZPO rechtfertigt es sich daher, die Gerichtskosten für das Berufungsverfahren den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen, und die hälftigen Anteile mit den geleisteten Vorschüssen zu verrechnen. Bezogen auf den Streitwert des vereinigten Berufungsverfahrens von CHF 218'800.-- ist die Entscheidgebühr gestützt auf § 4 und § 8 Abs. 1 sowie § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG auf CHF 6'000.-- festzusetzen. Parteientschädigungen sind mangels Erstattung von Klageantworten und damit verbundener, erheblicher Umtriebe nicht zuzusprechen. Es wird beschlossen:

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