

ZH_OBERGERICHT LY140049 vom 5. Juni 2015

ZH Obergericht, 2015-06-05, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LY140049

FR: ZH_OBERGERICHT LY140049 du 5 juin 2015

IT: ZH_OBERGERICHT LY140049 del 5 giugno 2015

Erwägungen

E. 1

Die Parteien heirateten am tt. August 1996. Sie haben einen Sohn, C._____, geboren am tt.mm.1996. Am 26. Mai 2010 klagte die Klägerin und Berufungsbe- klagte (fortan Klägerin) beim Bezirksgericht Uster auf Scheidung der Ehe und be- antragte gleichzeitig die Anordnung von vorsorglichen Massnahmen. Dem Schei- dungsprozess war ein Eheschutzverfahren vor dem nämlichen Gericht vorausge- gangen. Das Bezirksgericht Uster fällte am 10. Dezember 2010 seinen Mass- nahmenentscheid, gegen den beide Parteien bei der I. Zivilkammer des Oberge- richts des Kantons Zürich rekurrerten. Die urteilende Kammer fällte ihren Be- schluss am 20. Dezember 2012. Auf eine vom Beklagten und Berufungskläger (fortan Beklagter) dagegen erhobene Beschwerde trat das Bundesgericht mit Ur- teil vom 28. März 2013 nicht ein. Am 13. Mai 2013 reichte der Beklagte vor Vor- instanz ein Gesuch um Abänderung der vorsorglichen Massnahmen betreffend den Unterhaltsbeitrag ein, das er später im Rahmen der Duplik begründete und gleichzeitig um die Aufhebung der Besuchsrechtsbeistandschaft für C._____ er- gänzte. Ferner stellte er am 5. Juli 2013 ein Gesuch um Anordnung der Güter- trennung. Die Klägerin ihrerseits stellte die eingangs wiedergegebenen Begehren mit Eingabe vom 17. Januar 2014, anlässlich der Hauptverhandlung vom 21. März 2014 und sodann mit Eingabe vom 5. Mai 2014. Der weitere Prozessverlauf kann dem angefochtenen Entscheid entnommen werden (Urk. 2 S. 9 ff.). Mit Ver- fügung vom 30. Oktober 2014 fällte die Vorinstanz das erwähnte Urteil (Urk. 2 S. 23 f).

- 5 -

E. 1.1

Der Klägerin wurde kein Erwerbseinkommen angerechnet, in erster Linie aus gesundheitlichen Gründen (VI Urk. 56 S. 61 ff.). Angerechnet wurden Liegen- schaftserträge von rund Fr. 3'000.– pro Monat, basierend auf dem Durchschnitts- wert der Jahre 2007 bis 2010 für eine im Alleineigentum der Klägerin stehende Liegenschaft (VI Urk. 56 S. 69). Der Bedarf für die Klägerin und C._____ wurde mit Fr. 10'000.– beziffert (VI Urk. 56 S. 51).

E. 1.2

Beim Beklagten wurde aus seiner Tätigkeit als Geschäfts- bzw. Bauführer der D._____ AG gestützt auf die Lohnausweise der Jahre 2007 bis 2009 ein mo- natliches Nettoeinkommen einschliesslich Spesen von rund Fr. 8'750.– ermittelt

- 7 - (inkl. Kinderzulagen) bzw. ein Nettoeinkommen von Fr. 8'500.–. Auf den am 1. September 2010 mit der D._____ AG unterzeichneten Anstellungsvertrag über monatlich Fr. 7'500.– brutto wurde nicht abgestellt, da davon auszugehen sei, dass der Beklagte ungeachtet des neuen Anstellungsvertrages zumindest das in den früheren Jahren erreichte

Durchschnittseinkommen erzielen würde (VI Urk. 56 S. 72, 74). Ergänzend wurden bei der Leistungsfähigkeit des Beklagten, vormaliger Verwaltungsrat der D._____ AG und Besitzer der Hälfte der Aktien, Privatbezüge berücksichtigt. Abgestellt wurde dabei auf die Bezüge über das Kontokorrent bei der D._____ AG. Da die Kontokorrentschuld in der Gesellschaft im Jahr 2008 und 2009 um insgesamt Fr. 206'342.– angewachsen war, wurden Fr. 8'600.– pro Monat als Privatbezüge veranschlagt (VI Urk. 56 S. 74, 76). Verworfen wurde insbesondere das Argument des Beklagten, die Beträge seien ihm als Darlehen zugegangen sowie auch dasjenige, wonach die Kontokorrentschuld per 23. Dezember 2010 saldiert sei bzw. die daraus geltend gemachte Folgerung, dass die Kontokorrentbeziehung beendet sei und der Beklagte keinen Zugang mehr zu den finanziellen Mitteln der Gesellschaft habe. Insbesondere seien die Unterhaltsbeiträge für die Klägerin zwischen Februar und Juni 2012 von einem Kontokorrent der D._____ AG überwiesen worden (VI Urk. 56 S. 77). Weiter wurde erwogen, dass der Beklagte im Jahr 2010 seinen hälftigen Anteil an der genannten Gesellschaft zwar für Fr. 750'000.– verkauft habe und er vom Amt als Verwaltungsratspräsident zurückgetreten sei. Gleichzeitig habe er auch seinen Anteil an einer weiteren Gesellschaft, der E._____ AG, für Fr. 1'000'000.– verkauft. Gemäss den Zahlungsmodalitäten seien Fr. 250'000.– (D._____ AG) beziehungsweise Fr. 300'000.– (E._____ AG) innerhalb von 30 Tagen nach Abschluss des Kaufvertrags zahlbar. Der restliche Kaufpreis solle in zehn jährlichen Zahlungen von Fr. 50'000.– (D._____ AG) beziehungsweise Fr. 70'000.– (E._____ AG) bezahlt werden. Dem Beklagten flössen damit in den nächsten zehn Jahren und damit weit über den zeitlichen Horizont des vorsorglichen Massnahmeverfahrens hinaus aus der Abzahlung des Kaufpreises monatliche Mittel von Fr. 10'000.– zu. Es erscheine als nicht unwahrscheinlich, dass die Vorgänge

- 8 - (Verkauf des Aktienanteils an den beiden Gesellschaften) im Zusammenhang mit dem Scheidungsverfahren stünden. Unter diesen Umständen könne deshalb die Verminderung der Leistungsfähigkeit (Wegfall der Privatbezüge von Fr. 8'600.– pro Monat) nicht berücksichtigt werden und es seien dem Beklagten Einnahmen von rund Fr. 17'000.– pro Monat (Fr. 8'500.– + Fr. 8'600.–) anzurechnen. Es sei ihm zumindest für die begrenzte Dauer des Scheidungsverfahrens zumutbar, einen allfälligen Fehlbetrag zur Leistung der Unterhaltsbeiträge an seine Ehefrau und seinen Sohn aus seinem Vermögen zu entnehmen (VI Urk. 56 S. 78 ff.). Der Bedarf des Beklagten wurde offen gelassen, da der Beklagte bei anrechenbaren Einnahmen von Fr. 17'000.– für den ungedeckten Bedarf der Klägerin von Fr. 7'000.– leistungsfähig sei, zumal der Beklagte seinen eigenen Bedarf ohne Begründung auf Fr. 4'036.– veranschlagt habe (VI Urk. 56 S. 81).

E. 2

Am 11. November 2014 erhob der Beklagte Berufung mit den zitierten Anträgen (Urk. 1). Die Berufungsantwort datiert vom 18. Dezember 2014 (Urk. 10). Am 19. Dezember 2014 reichte die Klägerin eine Noveneingabe ein (Urk. 13). Am 21. Januar 2015 erstattete der Beklagte die Stellungnahme zur Berufungsantwort bzw. Noveneingabe (Urk. 17) und reichte seinerseits diverse neue Unterlagen ein (Urk. 19/1-8). Die Klägerin machte mit Eingabe vom 23. Februar 2015 von ihrem Replikrecht Gebrauch (Urk. 24), welche am 26. Februar 2015 der Gegenseite zur Kenntnisnahme zugestellt wurde (Prot. S. 8). Der Beklagte seinerseits liess sich am 11. März 2015 vernehmen, was der Gegenpartei am 12. März bzw. am 20. März 2015 mitgeteilt wurde (Urk. 26-30).

E. 2.1

Zum Abänderungsbegehren erwog die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung, dass in formaler Hinsicht der Beklagte sein Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen nicht mit Verweis auf die Duplik begründen könne, sondern dass es Sache des Beklagten sei, die Voraussetzungen für die ersuchte Abänderung substantiiert und glaubhaft darzutun.

Grundlage des Abänderungsprozesses könnten sodann – im Unterschied zum Rechtsmittel der Revision – nur echte Noven sein, d.h. Tatsachen und Beweismittel, die erst nach dem Zeitpunkt eingetreten oder verfügbar geworden seien, in dem im früheren, durch rechtskräftiges Urteil abgeschlossenen Verfahren letztmals neue Angriffs- und Verteidigungsmittel vorgebracht werden konnten. Die Praxis anerkenne als «echte» Noven auch Tatsachen, die zwar im früheren Verfahren bereits bestanden hätten und der sich darauf berufenden Partei bekannt gewesen seien, von dieser aber damals zufolge fehlender Möglichkeit des Beweises nicht geltend gemacht worden seien (BGer 5A_721/2007 vom 29. Mai 2008, E. 3.2; BGer 5C.84/2005 vom 21. Juni 2005, E. 2.1). Dementsprechend könne sich der Beklagte nicht mit Kritik an den vom Obergericht festgelegten Bedarfspositionen begnügen, sondern es sei von ihm substantiiert darzutun, warum die angefochtene Unterhaltsfestsetzung unzutreffend – in Verkennung der tatsächlichen Verhältnisse – vorgenommen worden sei. Dementsprechend sei im Rahmen des vorliegenden Abänderungsprozesses nicht

- 9 - weiter auf die Kritik an den vom Obergericht in Ausübung seines Ermessens eingesetzten Positionen einzugehen (Urk. 2 S. 6 ff.).

E. 2.2

In materieller Hinsicht hielt die Erstinstanz fest, dass in Bezug auf den Bedarf der Klägerin kein Abänderungsgrund glaubhaft gemacht sei: einerseits sei die geltend gemachte Veränderung nicht erheblich, andererseits komme der Beklagte seiner Substantiierungspflicht nicht nach (Urk. 2 S. 9). Das Gleiche treffe für die Frage der Leistungsfähigkeit der Klägerin zu. Der Beklagte habe keine echten Noven (gemeint «echt», vgl. Urk. 2 S. 8 E. 3.2.3.) dargelegt (Urk. 2 S. 9).

E. 2.3

Zur Leistungsfähigkeit des Beklagten erwog die Vorinstanz, der Beklagte setze sich mit den Ausführungen des Obergerichts zum angerechneten Monatseinkommen von Fr. 8'500.– netto nicht auseinander. Er führe auch nicht aus, weshalb es ihm nicht möglich gewesen sein soll, vor Obergericht sein tatsächliches Einkommen von Fr. 7'400.– netto nachzuweisen. Das Vorbringen, die Spesen deckten nur arbeitsbedingte Auslagen ab, sei nicht substantiiert. Gegenteil habe der Beklagte seinerzeit selber den Spesenanteil zu seinem eigenen Einkommen hinzugerechnet. Eine seither eingetretene Veränderung lege der Beklagte nicht dar (Urk. 2 S. 10). Weiter hielt die Vorinstanz fest, der Beklagte sehe eine Veränderung der Verhältnisse darin, dass die Zugriffsmöglichkeit auf das Kontokorrent seiner ehemaligen Firma entfallen sei. Diesbezüglich sei jedoch zu beachten, dass der Beklagte bereits im Rekursverfahren geltend gemacht habe, die Kontokorrentschuld bei der D._____ AG sei getilgt worden. Zu den vom Obergericht in diesem Zusammenhang aufgeworfenen Unstimmigkeiten nehme der Beklagte nur in pauschaler Art und Weise Stellung, was nicht genüge. Insbesondere gehe der Beklagte nicht darauf ein, warum die Kaufverträge rückwirkend per 1. Januar 2010 geschlossen worden seien und weshalb auch noch im Jahr 2012 Unterhaltszahlungen an die Klägerin von einem Konto der D._____ AG erfolgt seien. Dass seit 2010 keine Privatbezüge mehr getätigt

werden könnten, erscheine daher nicht glaubhaft. Das treffe auch zu für den geltend gemachten Krankheitszustand (Urk. 2 S. 11). Soweit der Beklagte einwende, dass selbst ein gestaffelt ausbezahlter Kaufpreis intaktes Vermögen des Beklagten sei, sei festzuhalten, dass eine Notwendigkeit

- 10 - zum Verkauf der Aktien seitens des Beklagten nicht glaubhaft gemacht worden sei, sondern es nicht unwahrscheinlich erscheine, dass die Veräusserungsgeschäfte mit dem vorliegenden Scheidungsverfahren im Zusammenhang stünden. Sodann habe der Beklagte mit einer "Noven"eingabe vom 9. Juni 2014 nochmals pauschal darauf hingewiesen, dass die Unmöglichkeit des Zugriffs auf allfällige Kontokorrentkonten seiner Arbeitgeberin vom Obergericht verkannt worden sei, jedoch seien keine echten Noven vorgebracht worden, weshalb auf diese Eingabe nicht weiter einzugehen sei (Urk. 2 S. 12).

E. 2.4

Zusammenfassend sei festzuhalten, dass der Beklagte nach wie vor keine Klarheit über die tatsächlichen Verhältnisse bei der D._____ AG und der E._____ AG und dem Verkauf der Aktien dieser Gesellschaften schaffe. Aufgrund der in diesem Zusammenhang nach wie vor bestehenden Unklarheiten und teilweiser unsubstantiiertes pauschaler Behauptungen könne sodann nicht beurteilt werden, ob auf der Einkommens- und Vermögensseite des Beklagten veränderte Verhältnisse und ein unterdessen unzumutbarer Eingriff ins Vermögen des Beklagten vorliegen würden. Damit habe der Beklagte keinen Abänderungsgrund dargetan, weshalb sein Gesuch um Abänderung der Unterhaltsbeiträge abzuweisen sei (Urk. 2 S. 12).

E. 3

Mit Beschluss vom 17. Februar 2015 nahm die Kammer auf Antrag des Beklagten Vormerk, dass die Dispositiv-Ziffern 3 (Aufhebung Besuchsrechtsbeistandschaft), 4 (Anordnung Gütertrennung), 5 (Prozesskostenvorschuss Mietgerichtsverfahren), 6 (Prozesskostenvorschuss Scheidungsverfahren), 7 (Abweisung unentgeltliche Rechtspflege), 8 (Prozesskostenvorschuss Forderungsprozess), 9 (Editionsbegehren), und 10 (Kosten- und Entschädigungsfolgen) in Rechtskraft erwachsen waren (Urk. 22).

E. 3.1

In der Berufung macht der Beklagte geltend, er mache "die unrichtige Feststellung der Tatsache geltend, dass er durch Zugriff auf Konten seiner ehemaligen Firmen oder anderen zum Einkommen aufzurechnender Privatbezügen ohne weiteres in der Lage sei, die ihm auferlegten Unterhaltsbeiträge ohne unverhältnismässigen Vermögensverzehr leisten zu können". Indem dies heute nicht mehr zutrefte, sei der für die Bezahlung der Unterhaltsbeiträge ersatzweise notwendige Eingriff in sein Privatvermögen mittlerweile krass rechtswidrig geworden, was zwingend eine Abänderung der Unterhaltspflicht auf den Augenblick verlange, in dem dieser Rückgriff auf Vermögen unzumutbar geworden sei (Urk. 1 S. 2). Es sei unbestritten und aktenkundig, dass er, der Beklagte, seine Aktien an den beiden Firmen (D._____ AG und E._____ AG) verkauft habe. Es sei weiter unbestritten, dass er im Frühjahr 2006 an einem Burnout erkrankt sei und sich die Persönlichkeitsveränderung in den Jahren 2006 bis 2010 offensichtlich und deklariert

- 11 - für die Ehe irreversibel zerrüttend und für das berufliche Wirken radikal verändert und ausgewirkt habe. Dem entspreche auch schlüssig in sachlich prägnanter Art das Protokoll der Geschäftsleitungssitzung vom 10. Februar 2010, in welcher der Verkauf beschlossen worden sei. Bei dieser zwischenmenschlich wie professionell stichhaltig

übereinstimmenden Lage seien die bewiesenen Fakten für das erforderliche Glaubhaftmachen im summarischen Verfahren auf dem Tisch. Es würden mithin genauso klare Verhältnisse vorliegen, wie sie bei der angeblichen Arbeitsunfähigkeit der Klägerin als glaubhaft anerkannt würden (Urk. 1 S. 2 f.). Mit dem Verkauf seiner Firmenanteile habe er, der Beklagte, jeden Zugriff auf irgendwelche Konten seiner ehemaligen Firmen verloren. Auch der entsprechende Arbeitsvertrag liege im Recht. Er habe in diesem Zusammenhang alle Steuererklärungen aus den relevanten Jahren 2007 bis 2013 vorgelegt. Auch wenn das nur Deklarationen seien, würden diese doch in ihrer Konstanz und Kontinuität ganz offensichtlich die finanziellen Verhältnisse substantiieren. Darin seien im Übrigen auch die Darlehen seiner Eltern enthalten, welche geschlossen das Bild abrunden würden, dass der komfortable mittelständige Lebensstandard der Parteien nur mit finanzieller Unterstützung der Eltern des Beklagten habe finanziert werden können. Mit Blick auf den Finanzhaushalt seien es gerade diese elterlichen Darlehen, welche das vom Obergericht evaluierte Manko an Einkommen für den ermittelten mittelständigen Lebensstandard der Eheleute AB._____ praktisch exakt kompensierten - und nicht irgendwelche vermuteten Zugriffe auf Privat- und Firmenkontokorrentkonten. Diese Schulden seien nach Erhalt der ersten Tranche des Verkaufspreises der Firmen zurückbezahlt worden. Dass der Verkauf der Firmenanteile an seinen ehemaligen Partner auf den 1. Januar 2010 festgelegt worden sei, ergebe sich klar aus dem GL-Beschluss vom 10. Februar 2010. Und dass der Vertrag aus betriebsorganisatorischen Gründen mit Wirkung auf den 01.01. des Jahres festgelegt worden sei, sei sachlich überzeugend und öffne keinen Raum für irgendwelche Vorbehalte. Und "last but not least" lasse sich auch aus der Tatsache, dass die vom Bezirksgericht Uster festgelegten Unterhaltsbeiträge von Fr. 4'705.- durch den Arbeitgeber vom Lohn des Beklagten abgezogen würden, nichts Verfängliches ableiten (Urk. 1 S. 4 ff.).

- 12 -

E. 3.2

Die Klägerin führt in der Berufungsantwort aus, die Vorinstanz habe den Entscheid im Wesentlichen damit begründet, dass keine echten Noven vorgebracht worden seien und der Beklagte bloss unsubstantiierte Kritik des obergerichtlichen Entscheides vom 20. Dezember 2012 betreibe. Massgebend sei, ob der Beklagte nach Fällung des obergerichtlichen Entscheides bereits bestandene Tatsachen oder Beweismittel entdeckt habe, welche den Entscheid für ihn günstiger gestaltet hätten und die er bei der Anwendung der erforderlichen Sorgfalt nicht rechtzeitig habe beibringen können. Dies sei jedoch weder bezüglich des behaupteten, aber bestrittenen unmöglichen Zugriffs des Beklagten auf allfällige Kontokorrentkonten seiner Arbeitgeberin, noch in Bezug auf den behaupteten, aber bestrittenen Vermögensverzehr des Beklagten zutreffend (Urk. 10 S. 2 f.).

E. 4

Das Berufungsverfahren richtet sich nach der schweizerischen Zivilprozessordnung (Art. 405 Abs. 1 ZPO). Demgegenüber stand das erstinstanzliche Verfahren noch unter der Herrschaft des zürcherischen Prozessrechts.

E. 4.1

Die erstinstanzliche Verfügung des Massnahmegerichts vom 20. Dezember 2010 (Geschäfts-Nr. FE100157) wurde seinerzeit von beiden Parteien mit Rekurs angefochten.

Der Entscheid der Rekursinstanz vom 20. Dezember 2012 ist an die Stelle des erstinstanzlichen getreten. Er allein bildet daher Ausgangspunkt des Abänderungsprozesses. Den in diesem Zeitpunkt gegebenen wirtschaftlichen Verhältnissen hat das Abänderungsgericht die aktuellen gegenüberzustellen und zu prüfen, ob und in welchem Umfang sich diese erheblich und dauernd verändert haben. Wie die soeben zusammengefassten Vorbringen zeigen, nimmt der Beklagte wiederholt Bezug auf Sachverhaltsfeststellungen des erstinstanzlichen Massnahmegerichts und er übt in erster Linie Kritik am obergerichtlichen Rekursentscheid. Insofern sind seine Vorbringen von vornherein unbehelflich, da sie auf eine Wiedererwägung jenes Entscheides zielen. Denn die Wiedererwägung einer früheren Eheschutzrichterlichen oder im Massnahmeverfahren getroffenen Anordnung im Rahmen eines Abänderungsverfahrens bloss aufgrund abweichender Würdigung des Prozessstoffes ist ausgeschlossen; dass eine frühere Entscheidung unbillig oder unzweckmässig erscheint, vermag eine Änderung grundsätzlich nicht zu rechtfertigen (ZR 78 [1979] Nr. 125). Massnahmen zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft bzw. vorsorgliche Massnahmen für die Dauer des Scheidungsverfahrens können abgeändert werden, wenn nach Eintritt der Rechtskraft des Urteils eine wesentliche und dauernde Än-

- 13 - derung eingetreten ist oder die tatsächlichen Umstände, die dem Massnahmeentscheid zu Grunde lagen, sich nachträglich als unrichtig erwiesen haben. Eine Änderung ist ferner angebracht, wenn sich der Entscheid nachträglich im Ergebnis als nicht gerechtfertigt herausstellt, weil dem Massnahmegericht die Tatsachen nicht zuverlässig bekannt waren. Andernfalls steht die formelle Rechtskraft des Eheschutz- bzw. des Präliminarentscheides einer Abänderung entgegen. Eine Abänderung ist ferner ausgeschlossen, wenn die Sachlage durch eigenmächtiges, widerrechtliches, mithin rechtsmissbräuchliches Verhalten herbeigeführt worden ist (BGer 5P.473/2006 vom 19. Dezember 2006 mit Hinweisen).

E. 4.2

Der Beklagte setzt sich mit den Erwägungen im angefochtenen Entscheid, wonach er seine Kritik nicht in rechtsgenügender Weise mit «echten» Noven vorbringe und auch keine Belege zum geltend gemachten Krankheitszustand eingereicht habe, nicht substantiiert auseinander. Soweit der Beklagte ausführt, der kritisierte Verkauf der Firmenanteile auf den 1. Januar 2010 ergebe sich klar aus dem wiederholt zitierten Geschäftsleitungsbeschluss vom 10. Februar 2014 (recte 2010) und dass der Kaufvertrag aus betriebsorganisatorischen Gründen mit Wirkung auf 01.01. des Jahres festgelegt worden sei, sei sachlich überzeugend, kann auf diese Vorbringen aus novenrechtlichen Gründen nicht mehr eingetreten werden (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Der Beklagte behauptet nicht, dass er solches bereits vor Vorinstanz eingebracht und letztere das Vorbringen zu Unrecht nicht geprüft hätte. Doch selbst wenn darauf einzutreten wäre, ergibt sich die Rückdatierung nicht aus dem Protokoll. Daraus lässt sich einzig ablesen, dass die Parteien übereingekommen sind, die Revisionsstelle zu beauftragen und die Beteiligungen zu bewerten, und zwar auf der Grundlage der Geschäftsabschlüsse per 31. Dezember 2009 (VI Urk. 18/18).

E. 4.3

Weiter trägt der Beklagte vor, die vom Obergericht evaluierten Privatbezüge habe es nicht gegeben und gäbe es effektiv nicht. Dies habe dazu geführt, dass er gezwungen gewesen sei, diese [Ausgaben] über sein Vermögen zu kompensieren. Die Auswirkungen des

Beschlusses des Obergerichts hätten aber damals nicht erfolgsversprechend unter dem Titel Verletzung verfassungsmässiger Rechte am Bundesgericht gerügt werden können. Einerseits, weil die Unterhaltsbeiträge

- 14 - ge erst mit der Zeit als dauerhaft unangemessen erkennbar geworden seien, andererseits deshalb, weil der Rückgriff auf das Privatvermögen zur Bezahlung der Unterhaltsbeiträge mit Rücksicht auf den beschränkten Zeithorizont in einem vorsorglichen Massnahmeverfahren für die Dauer der Scheidung grundsätzlich zulässig sei, sofern er sich in einem zurückhaltenden Ausmass bewege. Daher, so der Beklagte, sei die Rechtmässigkeit der richterlichen Verpflichtung zum Vermögensverzehr relevant von der Höhe des notwendigen Zugriffs aufs Privatvermögen wie auch von der absehbaren Dauer des Scheidungsverfahrens. Beides sei nach dem Beschluss des Obergerichts beweisrechtlich auch auf Stufe Glaubhaftmachung in der Schwebe geblieben. Einerseits sei das Ausmass der Privatbezüge offen geblieben, andererseits die Dauer des Scheidungsprozesses. Allein die Ansetzung der Fortsetzung der Hauptverhandlung mit Replik/Duplik vor erster Instanz habe sich durch angebliche Verhandlungsunfähigkeit der Klägerin um ein Jahr verzögert. Bis heute seien seit Einleitung des Scheidungsprozesses bereits 4 ½ Jahre vergangen. Aufgrund des bisher unversöhnlichen Prozessverhaltens beider Parteien sei zudem stichhaltig davon auszugehen, dass von einer minimalen weiteren Dauer des Scheidungsprozesses von über 5 Jahren auszugehen sei (Urk. 1 S. 7f.). Aufgrund des Beschlusses des Obergerichts sei er, der Beklagte, gezwungen gewesen, für die Unterhaltsbeiträge von monatlich Fr. 7'000.– ab 6. Mai 2009 praktisch sein vollständiges Salär für die Bezahlung der Unterhaltsbeiträge einzusetzen, sofern er keine Privatbezüge zu generieren vermocht habe. Mit der Auspfändung des Vermögens des Beklagten im Betrag von Fr. 229'004.85 sei die Glaubhaftmachung des völlig überrissenen und damit rechtswidrig gewordenen Vermögensverzehrs für die Bezahlung der Unterhaltsbeiträge der eigentliche Tatbeweis. Es sei klar geworden, dass sich die Umstände seit dem Erlass der obergerichtlichen Entscheidung erheblich und dauerhaft verändert hätten. Damit sei der geltend gemachte Abänderungsgrund praktisch bewiesen, auf jeden Fall glaubhaft gemacht (Urk. 1 S. 8).

E. 4.4

Die Rüge, die vom Obergericht evaluierten Privatbezüge habe es nicht gegeben, ist aktenwidrig. Der Beklagte verweist für die Begründung des Abänderungsbegehrens

- 15 - betreffend seine Leistungsfähigkeit auf die Klagebegründung (VI Urk. 142 S. 32). Dazu führt er aus, dass das Obergericht die Höhe der Bezüge aus Kontokorrent völlig einseitig evaluiert habe und sich diese selbstermessungsweise für die Referenzjahre 2006 und 2007 lediglich auf Fr. 2'140.– belaufen würden (Urk. VI 142 S. 20). Der Beklagte anerkennt somit selbst, dass es in der Vergangenheit Privatbezüge gab, und übt einmal mehr unzulässige Kritik an abändernden Entscheidungen. Im Übrigen hat die Evaluierung der Privatbezüge vor Bundesgericht standgehalten (LQ100103 Urk. 74 E. 7.3.2). Zum Argument, der Beklagte habe die Auswirkungen des Beschlusses der Rekursinstanz vor Bundesgericht nicht rügen können (Urk. 1 S. 7), ist festzuhalten, dass er mehr oder weniger umgehend nach Erhalt der Entscheidung des Bundesgerichts vom 28. März 2013, bei der Kammer am 17. April 2013 eingegangen (LQ100103 Urk. 74), am 13. Mai 2013 ein Gesuch um Abänderung stellte (Urk. 82). Gemäss Rechtsprechung sind die massgeblichen Umstände mit den gegenwärtigen Verhältnissen zu vergleichen, die bei Stellung des Änderungsbegehrens vorliegen (vgl. BGE 120 II 285 E. 4b; BGer 5C.78/2001

vom 24. August 2001 E. 2a). Zwischen der Beschwerde ans Bundesgericht vom 4. Februar 2013 und der Stellung des Begehrens um Abänderung lagen somit nur knapp vier Monate bzw. zwischen dem Rekursentscheid des Obergerichts und dem Abänderungsbegehren fünf Monate, innert der sich in Bezug auf die Dauer des Scheidungsverfahrens keine wesentlichen Änderungen ergaben. Sind die Umstände im Zeitpunkt der Stellung des Abänderungsbegehrens massgebend, kann auch die Ansetzung der Fortsetzung der Hauptverhandlung vor erster Instanz, welche sich in der Folge verzögerte, nicht entscheidend sein. Der Aussage, die Rechtmässigkeit der richterlichen Verpflichtung zum Vermögensverzehr sei von der Höhe des notwendigen Zugriffs auf Privatvermögen abhängig, was nach dem Beschluss des Obergerichts in der Schwebe geblieben sei, ist entgegenzuhalten, dass der Beklagte vor Bundesgericht sehr wohl den Vermögensverzehr gerügt hat und insbesondere die Auffassung vertreten hat, bereits Fr. 3'000.– seien offensichtlich unzulässig (LQ100103 Urk. 71 S. 11). Das Bundesgericht prüfte den Vermögensverzehr nicht, da es auf die entsprechende Rüge nicht eingetreten ist (LQ100103 Urk. 74 E. 7.3.2)

- 16 -

E. 4.5

Die Abänderung des Unterhaltsbeitrages setzt voraus, dass sich die finanziellen Verhältnisse einer der Parteien gestützt auf wesentliche und dauerhafte Tatsachen geändert haben und eine neue Regelung verlangen. Die Abänderungsklage bezweckt die Anpassung an die veränderten Verhältnisse. Ein Umstand ist dann neu, wenn er für die Festsetzung des Unterhaltsbeitrages im [Scheidungs-] Urteil nicht berücksichtigt wurde. Es ist deshalb nicht entscheidend, ob er zu jenem Zeitpunkt unvorhersehbar war (Pra 2012 Nr. 119 E. 11.1.1.). Im Rekursentscheid wurde dem allfälligen Wegfall der angerechneten Privatbezüge im Sinne einer Eventualbegründung insofern Rechnung getragen, als festgehalten wurde, dass dem Beklagten aus dem behaupteten Verkauf der Firmenanteile jährlich je Fr. 50'000.– für die Anteile D. _____ AG und je Fr. 70'000.– für die Anteile E. _____ AG zufließen würden (VI Urk. 56 S. 80). Damit aber sind keine neuen Tatsachen geltend gemacht.

E. 4.6

Der Beklagte rügt den "völlig überrissenen und damit rechtswidrig gewordenen Vermögensverzehr für die Bezahlung der Unterhaltsbeiträge". Damit zielt der Beklagte auf die sinngemässe Eventualbegründung im Rekursentscheid. Gegen die Hauptbegründung aber, wonach nicht nachvollziehbar sei, aus welchen zwingenden Gründen der Beklagte seine Aktien an den beiden Gesellschaften und den darin verkörperten Anteilen der Vermögenssubstanz veräussere, zumal weder die gesundheitlichen Probleme belegt, noch die Umstände um die Rückdatierung der Verträge verständlich seien, weshalb im Ergebnis die resultierende Verminderung der Leistungsfähigkeit nicht berücksichtigt werden könne (VI Urk. 56 S. 79 f.), bringt der Beklagte keine Tatsachen vor, die dem Massnahmegericht nicht zuverlässig bekannt waren und die den Entscheid vom 20. Dezember 2012 als nicht gerechtfertigt erscheinen lassen, worauf auch die Vorinstanz verwiesen hat (Urk. 2 S. 11).

E. 4.7

Betreffend den unzumutbaren Eingriff trägt der Beklagte vor, mit dem Wegbruch der Option von Privatbezügen sei der Rückgriff auf das Privatvermögen zur Bezahlung von Unterhaltspflichten notwendig geworden (Urk. 1 S. 7). Vorinstanz machte er geltend,

gemäss Steuererklärung 2010 habe sein Vermögen Fr. 601'098.– betragen, heute belaufe es sich gemäss aktueller Steuererklärung

- 17 - 2013 noch auf Fr. 275'501.– (Urk. 142 S. 22). Per Ende 2014 beziffert der Beklagte sein Vermögen auf Fr. 50'000.– (Urk. 17 S. 2). Das Argument, der Beklagte habe mit der Vermögensdifferenz die Unterhaltsbeiträge an die Klägerin bezahlt, lässt offensichtlich ausser Betracht, dass dem Beklagten aus dem Verkauf der Firmenanteile neben Fr. 550'000.–, welche innert 30 Tagen nach Unterzeichnung der im Oktober 2010 unterzeichneten Kaufverträge zu überweisen waren, je zehn jährliche Zahlungen à Fr. 50'000.– (D. _____ AG) und à Fr. 70'000.– (E. _____ AG) zufließen. Diese jährlichen Summen lassen sich mit dem geltend gemachten Vermögensverzehr nicht vereinbaren. Stellt man im weiteren auf die vom Beklagten in der gleichen Rechtschrift genannten Zahlen ab (Nettoeinkommen Fr. 7'400.–, Bedarf Fr. 5'000.– [Urk. 142 S. 18, S. 22]), würde zur Bezahlung der Unterhaltsbeiträge ein Vermögensverzehr von Fr. 4'600.– [Fr. 7'000.– ./ Fr. 2'400.–] pro Monat bzw. von Fr. 55'200.– pro Jahr benötigt. Auf drei Jahre umgerechnet ergeben sich gerundet Fr. 166'000.–. Vergleicht man diesen Betrag mit dem geltend gemachten Vermögensverzehr für drei Jahre von gerundet Fr. 326'000.– (Fr. 601'098.– -./ Fr. 275'501.–), lässt sich der Verbrauch nicht erklären, zumal in der gleichen Zeit auch die erwähnten jährlichen Beträge von je Fr. 120'000.– aus den Firmenverkäufen zugeflossen sein müssen. Das Gleiche gilt für den im Jahr 2014 behaupteten Vermögensverbrauch von Fr. 225'000.– (Fr. 275'000.– ./ Fr. 50'000.–). Und ebenso ergibt sich das gleiche Bild mit den Angaben im Berufungsverfahren: der Beklagte reklamiert einen eigenen Bedarf von Fr. 4'000.– und geht von einem Freibetrag von Fr. 3'000.– aus (Urk. 1 S. 9 f.). Bei diesem Sachverhalt müsste der Beklagte nach seinen Angaben Fr. 4'000.– pro Monat bzw. Fr. 48'000.– pro Jahr zur Begleichung der Unterhaltsbeiträge vom Vermögen nehmen. Damit lässt sich der Vermögensverbrauch von über Fr. 200'000.– im Jahr 2014 in keiner Weise erklären, zumal weitere Fr. 120'000.– zugeflossen sein müssen. Der behauptete unzumutbare Eingriff ins Vermögen ist deshalb nicht nachvollziehbar.

- 18 - 5. Mit der Vorinstanz ist daher festzuhalten, dass die finanziellen Verhältnisse weiterhin unklar sind, weshalb auch kein Abänderungsgrund in Bezug auf die Leistungsfähigkeit des Beklagten dargetan ist.

E. 5

Gemäss Art. 311 Abs. 1 ZPO muss die Berufung eine Begründung enthalten. Dies bedeutet, dass sich der Berufungskläger substantiiert mit den angefochtenen Urteilsabwägungen auseinandersetzt und im Einzelnen aufzeigt, worin eine unrichtige Rechtsanwendung oder eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts (Art. 310 ZPO) liegt. Es genügt nicht, wenn der Berufungskläger bloss den vor Vorinstanz eingenommenen Rechtsstandpunkt wiederholt oder gar lediglich auf die Rechtschriften in den Vorakten verweist. Vielmehr muss er die als fehlerhaft erachteten Erwägungen der Vorinstanz zum Ausgangspunkt seiner Kritik machen. Die Berufungsinstanz ist nicht verpflichtet, den angefochtenen Entscheid von sich aus auf alle denkbaren Mängel zu untersuchen, es sei denn, diese träten offen zu Tage (vgl. – je mit weiteren Hinweisen – Seiler, Die Berufung nach ZPO, Ba-

- 6 - sel 2013, N 893 ff., insb., N 896; Hohl, Procédure civil, Tome II, Bern 2010, N 2405 f.; Reetz/Theiler, in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm., N 36 zu Art. 311 ZPO; ZPO-Rechtsmittel-Kunz, N 92 zu Art. 311 ZPO; CPC- Jeandin, N 3 zu Art. 311

CPC).

E. 6

Leistungsfähigkeit der Klägerin Die Vorinstanz erwog, der Beklagte bringe keine echten Noven (gemeint «echt», vgl. Urk. 2 S. 8 E. 3.2.3.) vor mit Bezug auf die Leistungsfähigkeit der Klägerin (Urk. 2 S. 9). Der Beklagte macht in der Berufungsbegründung geltend, die Klä- rin erhalte neben den Mieteinnahmen von Fr. 3'000.– auch monatlich eine IV- Rente von Fr. 1'000.– (Urk. 1 S. 9). Die Klägerin bestreitet die IV-Rente und wer- tet das Vorbringen als neue, unzulässige Behauptung (Urk. 10 S. 7). Vor Vo- rinstanz hatte der Beklagte mit Eingabe vom 25. Mai 2014 die Edition der IV- Akten verlangt, worauf die Vorinstanz nicht eingetreten ist (Urk. 2 S. 22, S. 23). Dies blieb unangefochten. In seiner Eingabe vom 12. September 2014 an die Vo- rinstanz hat der Beklagte sodann nicht substantiiert die Abrechnungen für die IV- Rente herausverlangt, viel mehr hat er gemutmasst, dass "heute wohl auch be- reits schon die IV-Beträge hinzugekommen sind" (VI Urk. 181 S. 2). Dies wurde von der Klägerin bestritten (VI Urk. 189). Die Vorinstanz hat die betreffende Ein- gabe als unsubstantiiert gewürdigt (Urk. 2 S. 12), was im Berufungsverfahren nicht konkret gerügt wird. Wenn der Beklagte nun im Berufungsverfahren die An- rechnung der IV-Rente im exakten Betrag von Fr. 1'000.– verlangt, erhebt er da- mit eine neue und novenrechtlich unzulässige Behauptung (Art. 317 Abs. 1 ZPO).

E. 7

Im Beschluss der Kammer vom 17. Februar 2015 betreffend Rechtskraftbe- scheinigung der nicht angefochtenen Dispositivziffern wurde erwogen, dass sich aus dem eingangs zitierten Berufungsantrag ergäbe, dass der Beklagte im Er- gebnis nicht nur Dispositiv-Ziffer 1, sondern auch Dispositiv-Ziffer 2 der Verfügung anfechte. Allerdings hat der Beklagte den sinngemäss gestellten Antrag, er sei zu verpflichten, den Unterhaltsbeitrag für den Sohn C.____ ab dessen Volljährigkeit diesem direkt zu überweisen, nicht begründet, weshalb darauf nicht näher einzu- gehen ist.

- 19 -

E. 8

Nach dem Gesagten erweisen sich die Vorbringen in der Berufung als un- begründet, weshalb diese abzuweisen ist, soweit darauf einzutreten ist. III. Ausgangsgemäss wird der Beklagte kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Parteientschädigung ist gestützt auf § 13 Abs. 1 und 2 Anw- GebV festzusetzen (zuzüglich 8 % Mehrwertsteuer). Es wird erkannt: 1. Die Berufung wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird, und Disposi- tiv-Ziffer 1 und 2 der Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Uster vom 30. Oktober 2014 werden bestätigt. 2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'000.– festgesetzt. 3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Beklag- ten auferlegt und mit seinem Kostenvorschuss verrechnet. 4. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine Parteientschädigung von Fr. 2'592.– zu bezahlen. 5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein. Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück. 6. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Be- schwerde richten sich nach Art. 72 ff.

(Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

- 20 - Dies ist ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert übersteigt Fr. 30'000.–. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG. Zürich, 5. Juni 2015 Obergericht des Kantons Zürich I. Zivilkammer Die Gerichtsschreiberin: lic. iur. S. Notz versandt am: mc

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