



Fall-Nr.: FS.2020.37-EZE2
Stelle: Kantonsgericht
Rubrik: Zivilkammern (inkl. Einzelrichter)
Publikationsdatum: 05.07.2022
Entscheiddatum: 21.02.2022

Entscheid Kantonsgericht, 21.02.2022

Art. 276 Abs. 1 ZPO, Art. 179 Abs. 1 i.V.m. Art. 129 Abs. 1 und Art. 286 Abs. 2 ZGB, Art. 23 Abs. 4 HonO: Die Änderung der Rechtsprechung vom 10/16-Modell zum Schulstufenmodell stellt für sich keinen Abänderungsgrund dar; ebenso wenig liegt in der Regel ein Grundlagenirrtum oder ein Fall der "clausula rebus sic stantibus" vor (E. III/3.b). Verwendet ein Gesellschafter und Geschäftsführer, der die Unternehmung wirtschaftlich beherrscht, Gesellschaftsvermögen zur Finanzierung der Lebenshaltung der Ehegatten, so ist dieser Entscheid grundsätzlich und jedenfalls für die Dauer des Eheschutzes bei der Festsetzung der Unterhaltsansprüche zu respektieren, es sei denn, es kann nachgewiesen werden, dass der Vermögensverzehr nicht mehr zumutbar ist (E. III/4.c). Ist ein Honorar zu kürzen, lässt sich eine Kürzung aber mangels substantiierter Auflistung des Aufwands in der Honorarnote nicht vornehmen, so ist es pauschal festzusetzen (E. IV/3). (Kantonsgericht, Einzelrichter im Familienrecht, 21. Februar 2022, FS. 2020.37-EZE2).

Aus den Erwägungen:

III.

1. [Gegenstand des Berufungsverfahrens]

2.a) Im Scheidungsverfahren trifft das Gericht die nötigen vorsorglichen Massnahmen, wobei die Vorschriften über die Massnahmen zum Schutz der ehelichen



Gemeinschaft sinngemäss anwendbar sind (Art. 276 Abs. 1 ZPO). Massnahmen, die das Eheschutzgericht angeordnet hat, dauern weiter (Art. 276 Abs. 2 Satz 1 ZPO), bis sie durch eine Massnahmeverfügung des Scheidungsgerichts abgeändert oder durch ein Scheidungsurteil definitiv abgelöst werden (vgl. Art. 268 Abs. 2 ZPO; BGE 138 III 646 E. 3.3.2 = Pra 2013 Nr. 34; BSK ZPO-Bähler, 3. Aufl., Art. 276 N 10; KUKO ZPO-Stalder/van de Graaf, 3. Aufl., Art. 276 N 6; FamKomm Scheidung/Vetterli, 3. Aufl., Vorbem. zu Art. 175-179 ZGB N 8). Eine Abänderung des Eheschutzentscheids durch vorsorgliche Massnahmen setzt eine wesentliche und dauernde Veränderung der Verhältnisse voraus (vgl. Art. 276 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 179 Abs. 1 i.V.m. Art. 129 Abs. 1 und Art. 286 Abs. 2 ZGB). Veränderungen, die im Zeitpunkt des Eheschutzentscheids voraussehbar waren und auch schon mitberücksichtigt wurden, bilden keinen Abänderungsgrund (vgl. BGE 141 III 376 E. 3.3.1; FamKomm Scheidung/Vetterli, Art. 179 ZGB N 2; KUKO ZGB-Fankhauser, 2. Aufl., Art. 179 N 5; KUKO ZGB-Michel/Ludwig, Art. 286 N 6).

Unterhaltsregelungen im Eheschutz- und Scheidungsverfahren können auf Vereinbarung beruhen. Darin können sich die Parteien zur Bewältigung von Unsicherheiten vergleichsweise auf den Sachverhalt oder seine rechtliche Tragweite verständigen, mit der Absicht, diese Unsicherheiten endgültig zu regeln (sog. *caput controversum*). Laut Bundesgericht ist in einem solchen Fall in Bezug auf die betreffenden Punkte jegliche Abänderung des Unterhaltsentscheids ausgeschlossen, da gerade eine vollständige Beurteilung vermieden werden sollte und es überdies an einer Referenzgrösse fehle, an der die Erheblichkeit einer allfälligen Veränderung der Verhältnisse gemessen werden könne. Der Abänderung zugänglich seien insofern nur Teile des Sachverhalts, welche im Zeitpunkt der Vereinbarung als feststehend angesehen bzw. welche nicht ursprünglich aufgrund einer ungewissen Sachlage vergleichsweise festgesetzt worden seien. Vorbehalten blieben auch neue Tatsachen, die klarerweise ausserhalb des Spektrums der künftigen Entwicklungen lägen, die aus Sicht der Vergleichsparteien möglich (wenn auch ungewiss) erschienen. Im Übrigen besteht im Bereich des *caput controversum* praxisgemäss auch kein Raum für einen Irrtum (Art. 23 ff. OR), da ansonsten gerade diejenigen Fragen wieder aufgerollt würden, derentwegen die Beteiligten den Vergleich – mit dem Ziel einer endgültigen



Regelung – geschlossen hätten (zum Ganzen BGE 142 III 518 E. 2.5 f.). Es ist fraglich, ob diese Praxis mit Blick auf das Kriterium der mangelnden Voraussehbarkeit einer Veränderung hinsichtlich der Abänderung von Unterhaltsbeiträgen in Eheschutzverfahren oder vorsorglichen Massnahmeverfahren eine eigenständige Bedeutung aufweist (vgl. Spycher, Das «caput controversum» im Zusammenhang mit in Eheschutzverfahren vereinbarten Unterhaltsbeiträgen – «handle with care», in: Emmenegger et al., Brücken bauen, Festschrift für Thomas Koller, 2018, 919 ff.), inhaltlich ist an ihr jedoch – wenn auch nur konkretisierend – die Möglichkeit einer Abänderung von Unterhaltsregelungen zu beurteilen.

b) [...]

3.a) Der Ehemann trägt gegen den vorinstanzlichen Entscheid [...] zunächst vor, die Vorinstanz habe es zu Unrecht unterlassen – wie von ihm geltend gemacht – die Leistungsfähigkeit bzw. ein hypothetisches Erwerbseinkommen auf Seiten der Ehefrau zu berücksichtigen, und damit Bundesrecht verletzt [...]. Zur Zeit des Abschlusses der Eheschutzvereinbarung am 4. Juli 2018 seien die Kinder A. und B. knapp 7- bzw. 4-jährig, und es sei das 10/16-Modell massgebend gewesen, wonach vor dem zehnten Altersjahr des jüngsten Kindes dem betreuenden Elternteil keine Erwerbsaufnahme zugemutet worden sei. Diese Rechtsprechung, die auch der Eheschutzvereinbarung zu Grunde gelegen habe, sei mit Medienmitteilung des Bundesgerichts vom 28. September 2018 [recte: mit BGE 144 II 481] in wesentlicher und nicht voraussehbarer Weise geändert worden, indem das 10/16-Modell zu Gunsten des Schulstufenmodells fallen gelassen worden sei. Aufgrund der neuen Rechtslage müsse sich die Ehefrau nun einen Job suchen, worauf diese von ihrer Anwältin sollte aufmerksam gemacht worden sein und was von ihm, dem Ehemann, mit Eheschutzeingabe vom 27. Februar 2019 per 1. August 2019 verlangt worden sei. Die unvorhersehbare Änderung der Rechtsprechung sei – wie bei allen anderen Eheschutz- und Massnahmeentscheiden – auch im vorliegenden Verfahren als Abänderungsgrund zu berücksichtigen. Es gehe nicht an zu argumentieren, die Parteien seien weiterhin an



eine abgeschlossene Vereinbarung gebunden [...], selbst dann, wenn sich die Verhältnisse nach Abschluss der Vereinbarung im Sinne von Art. 179 ZGB geändert hätten. Im Übrigen komme abgeschlossenen Vereinbarungen auch in materieller Hinsicht keine ewige, materielle Rechtskraft zu. Vielmehr seien Vereinbarungen unverbindlich, wenn eine Partei (oder hier gar beide Parteien) sich in einer notwendigen Grundlage des Vertrages geirrt (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR) oder wenn sich die Verhältnisse in einer erheblichen und nicht vorhersehbaren Weise geändert hätten (clausula rebus sic stantibus). Anlässlich der Eheschutzverhandlung vom 4. Juli 2018 hätten die Parteien offensichtlich eine Vereinbarung in Kenntnis des damals geltenden 10/16-Modells abgeschlossen, welches knapp drei Monate später vom Bundesgericht fallen gelassen worden sei. Diese Änderung der Rechtsprechung sei unvorhersehbar gewesen und betreffe einen Kernaspekt des Unterhaltsrechts. Er, der Ehemann, könne sich daher nicht nur auf Art. 179 ZGB, sondern auch auf Art. 23 Abs. 1 Ziff. 4 OR [recte: Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR] sowie die Regel "clausula rebus sic stantibus" stützen [...].

b) Als "Veränderung der Verhältnisse", die zu einer Abänderung von Unterhaltsbeiträgen im Sinne von Art. 179 i.V.m. Art. 129 und Art. 286 Abs. 2 ZGB berechtigt, kommen primär tatsächliche, typischerweise wirtschaftliche bzw. finanzielle Gründe auf Seiten der Parteien in Betracht (vgl. BSK ZGB I-Gloor/Spycher, 6. Aufl., Art. 129 N 6; KUKO ZGB-Fankhauser, Art. 179 N 3; BSK ZGB I-Fountoulakis/Breitschmid, 6. Aufl., Art. 286 N 13 f.; BSK ZGB I-Isenring/Kessler, 6. Aufl., Art. 179 N 3; CHK ZGB-Roelli, 3. Aufl., Art. 286 N 5). Wie auch im Rahmen von Art. 129 ZGB berechtigen andere Gründe grundsätzlich nicht zu einer Änderung von Unterhaltsbeiträgen nach Art. 179 ZGB bzw. Art. 286 Abs. 2 ZGB, namentlich Änderungen im Gesetz oder in der bundesgerichtlichen Praxis nicht. Eine Praxisänderung gilt nur für zukünftige Fälle und kann damit in Bezug auf rechtskräftige Entscheide oder in der Vergangenheit abgeschlossene Vereinbarungen keinen Abänderungsgrund darstellen. Anders zu entscheiden hiesse, dass einer Praxisänderung höheres Gewicht zukäme als einer neuen Gesetzesbestimmung ohne übergangsrechtliche Regelung (OGer BE ZK 19 525 vom 27. Dezember 2019 E. 7.3; in Bezug auf Art. 129 ZGB siehe FamKomm Scheidung/Schwenzer/Büchler, 3. Aufl., Art. 129 ZGB N 27 m.V. auf die Praxis; a.M. ZK ZGB-Bräm, 3. Aufl., Art. 179 N 8, mit



der Begründung, dass eheschutzrechtliche Entscheide nicht in materielle Rechtskraft erwachsen würden; offenbar zustimmend BK ZGB-Hausheer/Reusser/Geiser, 2. Aufl., Art. 179 N 8; vgl. zur Frage der Rechtskraft aber Göksu, in: AJP 2007, 1169 ff., 1171 f.). Ausnahmsweise kann eine Gesetzesänderung einen Abänderungsgrund darstellen, wenn sie sich auf den Bedarf oder die Leistungsfähigkeit der Ehegatten auswirkt, mithin eine wirtschaftliche Veränderung mit sich bringt (z.B. Änderung der Steuergesetzgebung; vgl. Spycher/Hausheer, in: Hausheer/Spycher, Handbuch des Unterhaltsrechts, 2010, N 09.93; vgl. auch FamKomm Scheidung/Schwenzer/Büchler, Art. 129 ZGB N 27). Eine solche Konstellation liegt vorliegend aber nicht vor, zumal es nicht um eine Gesetzesänderung, sondern um eine Änderung der Rechtsprechung geht. Diesbezüglich kann sich der Ehemann – wie dargelegt – nicht auf Art. 179 ZGB stützen, weshalb die Vorinstanz kein Bundesrecht verletzt, indem sie der Ehefrau kein hypothetisches Arbeitseinkommen anrechnete.

Hinzu kommt, dass – wie die Vorinstanz richtig erwog – die Ehegatten "in Kenntnis des Alters ihrer beiden Kinder im Sommer 2018 sowie im Wissen darum, dass noch keine bundesgerichtliche Rechtsprechung zum neuen Unterhaltsrecht bestand", die Eheschutzvereinbarung abgeschlossen und darin unter anderem abgemacht haben, dass die getroffene Regelung "bis zum Abschluss des Scheidungsverfahrens" gelten soll, was "unmissverständlich und grundsätzlich zu respektieren" ist [...]. Tatsächlich ist aufgrund des Wortlauts der Vereinbarung davon auszugehen, dass sich die Parteien einig darüber waren, dass die Ehefrau "bis zum Abschluss des Scheidungsverfahrens" (faktisch) keiner Arbeit nachgehen wird. Dabei sollte den anwaltlich vertretenen Parteien die Möglichkeit, dass sich mit der Einführung des neuen (Kindes-)Unterhaltsrechts etwas an der geltenden 10/16-Regel ändert, bewusst gewesen sein. Bereits die Botschaft zum neuen Kindesunterhaltsrecht hielt fest, dass die Einführung des Betreuungsunterhalts Anlass sein könnte, die sog. 10/16-Regel zu überdenken (BBI 2014 529 ff., 577 f.), und entsprechend stark fiel das Echo in der diesbezüglich massgebenden Literatur aus. Zusammenfassend ist zu sagen, dass eine Änderung der Rechtsprechung alleine keine Abänderung von Unterhaltspflichten rechtfertigen kann. Überdies war die fragliche Änderung keinesfalls überraschend.



Der Ehemann kann sich auch nicht auf die Irrtumsregeln bzw. auf die "clausula rebus sic stantibus" berufen (vgl. auch Ziff. 2.a vorstehend). Die Berufung auf Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR kommt deshalb nicht in Betracht, weil bei zukünftigen Sachverhalten – soweit solche überhaupt vom Grundlagenirrtum erfasst sind und nicht einzig in den Anwendungsbereich der "clausula rebus sic stantibus" fallen (vgl. Gauch/Schluep/Schmid, OR AT, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, 11. Aufl., N 795 ff., insb. N 801 f. und 804 f.) – "sich der Irrtum auf eine bestimmte künftige Tatsache beziehen muss, die im Zeitpunkt des Vertragsschlusses objektiv betrachtet als sicher angesehen werden konnte und die Gegenpartei nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr hätte erkennen müssen, dass sich die Sicherheit des Eintritts des zukünftigen Ereignisses für den Irrenden Vertragsvoraussetzung war" (BSK OR I-Schwenzer/Fountoulakis, 7. Aufl., Art. 24 N 18 m.w.N.). Die Möglichkeit, sich auf einen Grundlagenirrtum über einen zukünftigen Sachverhalt zu berufen, darf "nicht zu einer Aushöhlung des Prinzips führen, wonach jeder Vertragspartner das Risiko unerwarteter künftiger Entwicklungen grundsätzlich selbst zu tragen hat" (BGer 4C.34/2000 E. 3c/bb). Weder konnte es nach dem Gesagten als sicher angesehen werden, dass die Praxis zur 10/16-Regel unverändert fortbesteht, noch musste die Ehefrau aufgrund des klaren Wortlauts der Vereinbarung nach Treu und Glauben erkennen, dass dies Vertragsvoraussetzung für den Ehemann war.

Auch die Anwendbarkeit der "clausula rebus sic stantibus" verlangt, dass eine Entwicklung unvorhersehbar war, was bei Praxisänderungen grundsätzlich zu verneinen ist, es sei denn, mit der Praxisänderung hätte unter keinen Umständen gerechnet werden müssen (BK OR-Müller, 2018, Art. 18 N 674, vgl. auch BSK OR I-Wiegand, 7. Aufl., Art. 18 N 103). Letzteres ist vorliegend offensichtlich nicht der Fall. Die Berufung auf die "clausula rebus sic stantibus" scheitert vorliegend überdies auch daran, dass nach der Praxis des Bundesgerichts eine richterliche Vertragsanpassung nur bejaht wird, wenn sich die Verhältnisse seit dem Vertragsschluss derart geändert haben, dass das Beharren einer Partei auf dem unveränderten Vertrag als offenbar rechtsmissbräuchlich erschiene (vgl. BGE 138 V 366 E. 5.1). Davon kann vorliegend nicht die Rede sein, zumal der Unterhalt nur vorübergehend, bis zur Rechtskraft des Scheidungsurteils, durch den vorinstanzlichen Entscheid geregelt und anschliessend



durch die neu durch das Scheidungsurteil festgesetzten Unterhaltsbeiträge abgelöst wird.

4.a) Weiter rügt der Ehemann, die Vorinstanz sei von falschen Annahmen hinsichtlich seiner Leistungsfähigkeit ausgegangen [...]. Bei der Festsetzung des Unterhalts sei immer vom tatsächlichen Einkommen auszugehen und ein hypothetisches Einkommen dürfe einem Erwerbstätigen nur aufgerechnet werden, wenn er kumulativ (i) seine Leistungsfähigkeit rechtsmissbräuchlich in Schädigungsabsicht beeinträchtigt habe und (ii) die Verminderung seiner Leistungsfähigkeit rückgängig machen könne [...]. Vorliegend sei dem angefochtenen Entscheid nicht das tatsächliche Einkommen von ihm, dem Ehemann, zu Grunde gelegt worden, sondern mit gleich mehrfach unzutreffenden Begründungen die Summe der früher von der Ehefrau von der CA. AG bezogenen Löhne und der früher von ihm von der CB. AG bezogenen Löhne. So verdiene er seit Jahrzehnten und während der ganzen Ehedauer den gleichen Lohn von rund Fr. 10'000.00 brutto monatlich. Er habe seine Leistungsfähigkeit nicht vermindert, sondern trotz erheblicher Widerstände halten können: Wie er im Abänderungsgesuch vom 27. Februar 2019 ausgeführt und dokumentiert habe [...], sei die damalige Einkommensquelle der CB. AG per 1. März 2019 weggebrochen (Einstellung Zahlungen per 1. Dezember 2018, einmalige Abfindung von einem Viertel des jährlichen Beraterhonorars). Wenn die Vorinstanz diesbezüglich in E. 13 ausführe, die Parteien hätten die Eheschutzvereinbarung vom 4. Juli 2018 im Wissen um den Wegfall des Beraterhonorars abgeschlossen, gehe die Argumentation sowohl sachlich als auch rechtlich ins Leere. In sachlicher Hinsicht verkenne die Vorinstanz zunächst, dass Quelle für die Lohnfortzahlung an die Ehefrau die CA. AG gewesen sei und der Wegfall des Beraterhonorars die CB. AG betreffe. Der Wegfall des Beraterhonorars habe überhaupt nichts mit den für die Lohnfortzahlung an die Ehefrau verwendeten und verbrauchten Mitteln der CA. AG zu tun. Weiter sei die Darstellung der Vorinstanz, er, der Ehemann, sei Alleinaktionär der CA. AG, aktenwidrig. Aktionärin sei die C. Holding GmbH, welche zu 15 % der Ehefrau und zu 85 % dem Ehemann gehöre. Die Schlussfolgerung der Vorinstanz in E. 11, die als Lohn ausgewiesenen Zahlungen der CA. AG seien dem Ehemann als Einkommen aufzurechnen, sei daher bereits in tatsächlicher Hinsicht nicht haltbar. Erst recht verkenne die Vorinstanz in ihrer



Argumentation aber in rechtlicher Hinsicht, dass die Aufrechnung von hypothetischem Einkommen eine rechtsmissbräuchliche Verminderung der Leistungsfähigkeit voraussetze, was von der Vorinstanz (zu Recht) aber nicht behauptet werde. Die Annahme von hypothetischem Erwerbseinkommen sei daher sowohl tatsachen- als auch bundesrechtswidrig, was zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids führen müsse [...].

Ferner trägt der Ehemann gegen den vorinstanzlichen Entscheid vor, es sei zutreffend, dass sich die Parteien am 4. Juli 2018 dafür entschieden hätten, für den Lebensunterhalt der Ehefrau Vermögen anzuzehren. Der daraus gezogene Schluss, er, der Ehemann, könne und müsse dies nun halt aus anderen Quellen weiterhin tun, sei sowohl in sachlicher wie auch in rechtlicher Hinsicht nicht haltbar: In sachlicher Hinsicht verkenne die Vorinstanz, dass sich die Parteien nicht dafür entschieden hätten, "irgendein" Vermögen anzuzehren, sondern explizit die Substanz der CA. AG. Er, der Ehemann, habe keinem Verzehr von etwaigem anderen Vermögen, erst recht nicht von Eigengut, zugestimmt. Die Argumentation in E. 11 des vorinstanzlichen Entscheids, er sei gehalten, die Zahlungen aus anderen Quellen zu leisten, sei daher ebenso sachverhalts- wie bundesrechtswidrig. In rechtlicher Hinsicht verkenne die Vorinstanz, dass die am 4. Juli 2018 getroffene Vereinbarung auf dem damals noch geltenden 10/16-Modell gefusst habe und beide Parteien damals nicht von einer Erwerbspflicht der Ehefrau ausgegangen seien. Diese Geschäftsgrundlage habe sich mit der per Medienmitteilung des Bundesgerichtes vom 28. September 2018 publizierten Praxisänderung wesentlich und nicht voraussehbar geändert. Wie bereits ausgeführt worden sei, müsste die Vertreterin der Ehefrau diese darauf aufmerksam gemacht haben, dass sie, die Ehefrau, nun einen Job suchen müsse, und er, der Ehemann, habe dies mit Eingabe vom 27. Februar 2019 auch explizit gefordert. Die Ehefrau habe sich darum – Stand heute über zwei Jahre lang – focht und das Betreuungsangebot von ihm zurückgewiesen. Sie verdiene keinerlei Vertrauensschutz auf eine unter anderen Prämissen abgeschlossene Vereinbarung. Der angefochtene Entscheid sei auch aus diesem Grund aufzuheben [...].



b) Auf das Vorbringen des Ehemannes, die zwischen ihm und der Ehefrau getroffene Vereinbarung habe noch auf der 10/16-Regel gefusst, wurde bereits in E. 3 eingegangen. Es ist im Nachfolgenden nicht weiter zu thematisieren. Zu beurteilen gilt es hingegen die Fragen, ob die Vorinstanz dem Ehemann die in der Vereinbarung als "Lohn" ausgewiesenen Zahlungen zu Recht als "Einkommen aufrechnete" und davon ausgehen durfte, die Ehegatten hätten sich gemeinsam dafür entschieden, für den Lebensunterhalt der Ehefrau Vermögen anzuzehren, wovon der Ehemann nun nicht einseitig abweichen könne, wobei unerheblich sei, aus welchem Vermögen die Zahlungen nunmehr geleistet würden ([...]; vgl. lit. c hernach). Ferner bedürfen auch die vorinstanzlichen Erwägungen, wonach der Wegfall des Beraterhonorars auf Seiten des Ehemannes keinen Abänderungsgrund darstelle [...], entsprechend den Vorbringen des Ehemannes der Überprüfung (vgl. lit. d hernach).

c/aa) Die Leistungsfähigkeit der unterhaltsverpflichteten Partei ist ein entscheidendes Kriterium der Unterhaltsbemessung (vgl. Hausheer/Spycher, in: Hausheer/Spycher, Handbuch des Unterhaltsrechts, 2. Aufl., N 01.15) und ergibt sich primär aus dem laufenden Einkommen (Erträge aus Arbeit und Vermögen). Nur ausnahmsweise ist auf die Substanz des Vermögens der unterhaltsverpflichteten Partei zurückzugreifen (BGer 5A_582/2018 E. 6.1.1; BSK ZGB I-Fountoulakis, 6. Aufl., Art. 285 N 13 ff.; BSK ZGB I-Kessler/Isenring, Art. 163 N 22 ff.). Auszugehen ist dabei vom tatsächlich erzielten (Netto-)Einkommen. Reicht dieses Einkommen jedoch nicht aus, um den ausgewiesenen Bedarf zu decken, oder verzichtet die unterhaltsverpflichtete Partei ohne zureichenden Grund auf die Geltendmachung ihr zustehender Ansprüche, so hat sie sich im Sinne eines hypothetischen Einkommens anrechnen zu lassen, was sie früher verdiente bzw. was sie verdienen könnte (vgl. BGE 137 III 118 E. 2.3; BGer 5A_239/2017 E. 2.1; BSK ZGB I-Fountoulakis, Art. 285 N 18; BSK ZGB I-Kessler/Isenring, Art. 163 N 24). In Anwendung dieser Grundsätze ist eine unterhaltsverpflichtete Partei, die eine oder mehrere Gesellschaften beherrscht, so dass sie als eine wirtschaftliche Einheit erscheinen, praxisgemäss als wirtschaftliche Inhaberin ihrer Gesellschaften und somit wie eine selbständig erwerbstätige Person zu behandeln. Dies bedeutet, dass sich die tatsächliche Leistungsfähigkeit nach den Bezügen richtet, welche die pflichtige Partei für den Bedarf der Familie tätigte und auch



weiterhin tätigen kann (OGer ZH LY170017 vom 27. September 2017 E. III/3.4; OGer ZH vom 25. Juni 1991 E. IV.1.a = ZR 1991, 167 ff.; vgl. BGer 5P.127/2003 E. 2.2; ZK ZGB-Bräm, Art. 163 N 78). Die beherrschende Stellung kann dabei auf Aktienbesitz beruhen, ferner etwa aber auch auf vertraglichen Bindungen oder familiären, verwandtschaftlichen und freundschaftlichen Beziehungen (BGer 5P.127/2003 E. 2.2; OGer ZH LY170017 vom 27. September 2017 E. III/3.4). In Bezug auf den Aktienbesitz ist es nicht notwendig, dass die beherrschende Person Alleinaktionärin ist; sie kann auch lediglich Hauptaktionärin sein (vgl. ZK ZGB-Bräm, Art. 163 N 78).

Was den Vermögensverzehr betrifft, so hat dieser – wie erwähnt – zur Festlegung der Leistungsfähigkeit grundsätzlich die Ausnahme zu bleiben und ist praxismässig nur dann möglich, wenn es die besonderen Verhältnisse des Einzelfalles rechtfertigen (BGE 147 III 265 E. 7.1 m.w.N.). Ob und in welchem Umfang es als zumutbar erscheint, Vermögen für den laufenden Unterhalt einzusetzen, ist laut Rechtsprechung anhand sämtlicher Umstände des konkreten Einzelfalles zu beurteilen, namentlich die Bedeutung des anzugreifenden Vermögens, die Funktion und Zusammensetzung desselben sowie das Ausmass des Vermögensverzehrs, und zwar sowohl hinsichtlich des Umfangs als auch der Dauer. Dabei spiele es grundsätzlich keine Rolle, ob es sich um Eigenguts- oder Errungenschaftsvermögen handelt (BGer 5A_582/2018 E. 6.1.2 f. m.w.N.; vgl. BGer 5A_981/2016 E. 3.4). Klassischerweise gilt ein Vermögensverzehr als zumutbar, wenn die Ehegatten ihre – gegebenenfalls grosszügige – Lebenshaltung ganz oder teilweise aus ihrem Vermögen finanziert haben (BGer 5A_582/2018 E. 6.1.5 m.w.N.). Dieser gemeinsame Entscheid ist grundsätzlich bei der Festsetzung der Unterhaltsansprüche zu respektieren, jedenfalls regelmässig für die beschränkte Dauer des Eheschutzes (Geiser, Unterhaltsrecht: Die Tücken des hypothetischen Einkommens, in: plädoyer 4/2018, 42 ff., 42 f.).

bb) Die Vorinstanz ging davon aus, der Ehemann sei Alleinaktionär der CA. AG, weshalb ihm die als "Lohn" ausgewiesenen, tatsächlich Unterhalt darstellenden Zahlungen an die Ehefrau als Einkommen aufzurechnen seien. Ob und in welchem



Umfang er allenfalls für diese Zahlungen auf die Substanz der Firma zurückgreifen haben müssen, sei sekundär [...]. Entgegen der Ansicht des Ehemannes [...] legte sich die Vorinstanz, auch wenn die Erwägungen anfangs etwas anderes vermuten lassen, somit nicht fest, ob er die vereinbarten Alimente oder Teile davon schliesslich mit Einkünften oder mittels Vermögensverzehr leistete bzw. zu leisten habe. Sie nahm lediglich an, dass seine Leistungsfähigkeit tatsächlich, nämlich um Fr. 5'344.00, höher liege als das in der Eheschutzvereinbarung festgehaltene Nettoeinkommen von Fr. 8'700.00 (Ziff. 10 der Vereinbarung). Lediglich in diesem Sinne bzw. im Sinne vorstehender rechtlicher Ausführungen argumentierte die Vorinstanz denn auch (grundsätzlich zu Recht) mit der Aufrechnung eines hypothetischen Einkommens. Unzutreffend ist dabei freilich die Feststellung, der Ehemann sei Alleinaktionär der CA. AG. Gemäss Akten und von der Ehefrau im Übrigen unbestritten ist vielmehr die C. Holding GmbH die Alleinaktionärin [...], an welcher gemäss Handelsregister wiederum zu 85 % der Ehemann, als Gesellschafter und Geschäftsführer mit Einzelunterschrift, und zu 15 % die Ehefrau, als Gesellschafterin ohne Zeichnungsberechtigung, beteiligt sind. Diese Beteiligungsverhältnisse dürften letztlich aber nichts daran ändern, dass der Ehemann als wirtschaftlicher Inhaber der CA. AG zu betrachten ist. Als Hauptaktionär mit 85 % Aktienanteil an der C. Holding GmbH übt dieser nämlich jedenfalls indirekt einen wesentlichen Einfluss auf die Geschicke der CA. AG aus. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Beteiligungsverhältnisse an der C. Holding GmbH offensichtlich massgeblich durch die familiären Beziehungen zwischen dem Ehemann und der Ehefrau zustande kamen. Hinzu kommt schliesslich, dass der Ehemann einziger Verwaltungsrat mit Einzelunterschrift der CA. AG ist, womit insgesamt angenommen werden kann, die CA. AG werde durch ihn wirtschaftlich beherrscht.

Weiter gesteht der Ehemann in der Berufungsschrift nunmehr zu, dass es sich bei den als "Lohn" deklarierten Zahlungen tatsächlich um Unterhalt gehandelt habe bzw. sich die Parteien am 4. Juli 2018 dafür entschieden hätten, für den "Lebensunterhalt der Ehefrau" Vermögen anzuzehren [...]. Diesbezüglich kann zwar entsprechend den Vorbringen des Ehemannes angenommen werden, dass sich die Parteien – wenn überhaupt – (gemeinsam) nicht dafür entschieden hatten, irgendein Vermögen anzuzehren, sondern ausdrücklich die Substanz der CA. AG; der Ehemann trägt aber



nicht substantiiert vor, weshalb dies nicht mehr möglich sein soll. Dies, obschon es in einem Abänderungsprozess an der Person, die eine Veränderung der Verhältnisse behauptet, liegt, die Umstände zu beweisen, aus denen sich Umfang, Dauer und Unvorhersehbarkeit der Veränderung der Verhältnisse ergeben (vgl. Summermatter, Zur Abänderung von Kinderalimenten, in: FamPra.ch 2012, 38 ff., 49; [...]). Dieser Behauptungslast, Beweisführungslast bzw. Beweislast kommt der Ehemann nicht ansatzweise nach. Soweit als Grund für die Einstellung der "Lohnzahlungen" angeführt wird, die Revisionsstelle der CA. AG habe dem Ehemann mit E-Mail vom 12. November 2018 mitgeteilt, dass die "Lohnzahlungen" an die Ehefrau nicht mehr geschäftsmässig begründet seien, was sich ohnehin nicht direkt aus der Berufungsschrift ergibt [...], erklärt der Ehemann insbesondere nicht, weshalb er nicht anderweitig Geld aus der CA. AG entnehmen kann, beispielsweise durch das Ausschütten von Gewinnen oder die Auflösung der unbestritten nicht mehr aktiven Gesellschaft. Gemäss Unternehmensbilanz verfügte die CA. AG per Ende Juni 2019 noch über Eigenkapital von Fr. 149'858.00 [...]. Aktuellere, aussagekräftige Unterlagen der CA. AG liegen nicht vor, weshalb seitens des Ehemannes nicht nur nicht substantiiert behauptet, sondern auch nicht bewiesen wurde, dass ein fortdauernder Vermögensverzehr nicht mehr zumutbar wäre.

Der gemäss Ehemann bewusste Entscheid, für die Lebenshaltung bzw. für den Lebensunterhalt der Ehefrau und der Kinder Vermögen anzuzehren, ist nach dem Gesagten jedenfalls für die Dauer des Eheschutzes, d.h. bis zum Abschluss des Scheidungsverfahrens, zu schützen und der vorinstanzliche Entscheid demzufolge diesbezüglich nicht zu beanstanden. Damit kann auch offenbleiben, ob sich die Parteien tatsächlich dafür entschieden haben, Vermögen anzuzehren, oder ob die Einkünfte des Ehemannes effektiv höher waren – entsprechend den Vorbringen der Ehefrau [...]. Soweit mit der Eheschutzvereinbarung jedenfalls bewusst darauf verzichtet wurde, diesen Punkt abschliessend zu klären, wäre einem Abänderungsverfahren diesbezüglich ohnehin kein Erfolg beschieden (vgl. Ziff. 2.a vorstehend). In diesem Zusammenhang gilt es auch anzumerken, dass ein Abänderungsverfahren nicht dazu da ist, allfällige Fehler eines früheren



(abgeschlossenen) Verfahrens – vorliegend des ersten Eheschutzverfahrens [...] – zu korrigieren.

d) [Wegfall des Beraterhonorars]

e) Zusammenfassend hat sich die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Ehemannes im Vergleich zur Situation zum Zeitpunkt des Abschlusses der Eheschutzvereinbarung nicht oder nicht in erheblicher und dauerhafter, nicht voraussehbarer Weise geändert. Dies konnte der Ehemann jedenfalls nicht substantiiert nachweisen, obschon er diesbezüglich beweispflichtig wäre. Zu seinem gemäss Eheschutzvereinbarung deklarierten Einkommen von Fr. 8'700.00 (Ziff. 8 der Vereinbarung) sind mithin weiterhin (mindestens) Fr. 5'344.00 (Entnahme von Mitteln aus der CA. AG) hinzuzurechnen, so dass von einer wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit von ungefähr Fr. 14'000.00 ausgegangen werden kann. Der vorinstanzliche Entscheid ist in Bezug auf die Leistungsfähigkeit des Ehemannes demzufolge nicht zu beanstanden.

5.a) Schliesslich macht der Ehemann eine Verletzung seines Existenzminimumschutzes geltend: Familienrechtliche Unterhaltsansprüche berechneten sich grundsätzlich sowohl gläubiger- als auch schuldnerseitig aufgrund des tatsächlich erzielten Einkommens. Reiche es zur Deckung des Lebensbedarfs nicht aus, sei dem Schuldner bei der Festsetzung des Unterhalts das Existenzminimum zu belassen. Mit dem angefochtenen Entscheid werde bei einem Einkommen von ihm, dem Ehemann, von Fr. 9'466.80 durch die Zusprechung von Unterhaltsbeiträgen von insgesamt Fr. 8'440.00 offensichtlich massiv und in nicht zu rechtfertigender Weise in sein Existenzminimum eingegriffen. Die von ihm im Massnahmeverfahren eingereichten Unterhaltsberechnungen [...] zeigten, dass er mit den an den Barunterhalt der Kinder geleisteten Zahlungen bereits in seine wirtschaftliche Leistungsfähigkeit eingreife. Weitere Unterhaltszahlungen, sei es für Betreuungsunterhalt oder persönlichen



Unterhalt der Ehefrau, seien ihm nicht möglich. Der angefochtene Entscheid sei daher auch wegen Verletzung des Existenzminimumschutzes aufzuheben [...]

b) Wurde festgestellt, dass die Leistungsfähigkeit des Ehemannes mit ungefähr Fr. 14'000.00 tatsächlich höher ist als Fr. 9'466.80, so kann – unter Rückgriff auf die im Massnahmeverfahren eingereichten Unterhaltsberechnungen [...] – auch nicht von einer Verletzung des Grundsatzes der Garantie des Existenzminimums die Rede sein, zumal den erwähnten Unterhaltsberechnungen das familienrechtliche Existenzminimum zu Grunde liegt, die Garantie des Existenzminimums aber lediglich das betriebsrechtliche Existenzminimum betrifft (vgl. BGE 137 III 59 E. 4.2.1).

6. [Zusammenfassung]

IV.

1.-2. [Verlegung nach dem Erfolgsprinzip; Tragung der Gerichtskosten]

3.a) Sodann hat der Ehemann die Ehefrau für deren Parteikosten zu entschädigen (Art. 111 Abs. 2 ZPO). In Familiensachen kann das Honorar der Rechtsvertretung entweder als Pauschale (Art. 20 HonO) oder nach Zeitaufwand (Art. 23 Abs. 2 HonO) bemessen werden. Das pauschale Honorar ist Ausdruck des üblicherweise und durchschnittlich anfallenden Aufwandes eines Falles der entsprechenden Stufe (vgl. KGer SG AK.2015.50 vom 24. März 2015 E. II.3.b). Es beträgt in Verfahren betreffend vorsorgliche Massnahmen sowie deren Abänderung Fr. 1'000.00 bis Fr. 7'500.00 (Art. 20 Abs. 1 lit. c HonO), in aussergewöhnlich aufwendigen Fällen kann es um höchstens 50 % erhöht werden (Art. 20 Abs. 2 HonO). Im Rechtsmittelverfahren ist diese Pauschale im schriftlichen Verfahren auf 20 bis 50 % zu kürzen (Art. 26 Abs. 1 lit.



a HonO). Innerhalb des Pauschalrahmens wird das Honorar insbesondere nach der Art und dem Umfang der notwendigen Bemühungen sowie der Schwierigkeit des Falles festgelegt (Art. 19 HonO).

Wird das Honorar nicht als Pauschale, sondern gemäss Art. 23 Abs. 2 HonO nach dem Zeitaufwand bemessen, so beträgt das mittlere Honorar Fr. 250.00 je Stunde, es kann aber zur Berücksichtigung besonderer Umstände bis zu 25 % unter- oder um bis zu 50 % überschritten werden (Art. 24 HonO). Es obliegt der Rechtsvertretung, bei einer Honorarbemessung nach Zeitaufwand Art und Umfang ihrer Bemühungen im Einzelnen auszuweisen (Art. 4 Abs. 2 HonO). Sie hat ihren Entschädigungsanspruch mithin nicht nur zu beziffern, sondern auch zu substantiieren (vgl. GVP 1992 Nr. 1, E. 1; BSK ZPO-Rüegg/Rüegg, 3. Aufl., Art. 105 N 2; Urwyler/Grütter, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl., Art. 105 N 8). Dies erfolgt in der Praxis in der Regel durch das Einreichen einer Honorar- bzw. Kostennote (vgl. BSK ZPO-Rüegg/Rüegg, Art. 105 N 2; KUKO ZPO-Schmid/Jent-Sørensen, 3. Aufl., Art. 105 N 4; BK ZPO-Sterchi, 2012, Art. 105 N 7). Reicht die Rechtsvertretung keine Honorarnote ein, so wird die Entschädigung nach Ermessen als Pauschalhonorar festgesetzt (vgl. Art. 6 HonO; Urwyler/Grütter, DIKE-Komm-ZPO, Art. 105 N 6).

b) Rechtsanwältin X. reichte am 23. August 2021 eine Honorarnote ein und teilte einen Zeitaufwand von 22.75 Stunden à Fr. 280.00 (total Fr. 6'370.00) und Barauslagen von Fr. 127.40 (entsprechend 2 % der Honorarsumme) mit, wodurch sich zuzüglich Mehrwertsteuer von 7.7 % bzw. Fr. 500.30 ein Gesamthonorar von Fr. 6'997.70 ergebe [...]. Dieses Honorar erweist sich aus mehreren Gründen als übersetzt. Zunächst lässt sich feststellen, dass es deutlich über demjenigen Honorar liegt, das sich ergäbe, wenn nach Pauschale abgerechnet würde. Diese beliefe sich vorliegend auf höchstens Fr. 3'750.00, zumal nicht dargelegt wird und auch nicht ersichtlich ist, inwiefern ein aussergewöhnlich aufwendiger Fall im Sinne von Art. 20 Abs. 2 HonO vorliegen sollte. Zu der Überschreitung der Pauschale trägt bei, dass ein Stundenansatz von Fr. 280.00 geltend gemacht wird, das mittlere Honorar gemäss Art. 24 Abs. 1 HonO aber



Fr. 250.00 je Stunde beträgt; besondere Umstände im Sinne von Art. 24 Abs. 2 HonO, die eine Überschreitung des mittleren Honorars um bis zu 50 % erlauben würden, werden nicht dargelegt. Schliesslich finden sich auf der eingereichten Honorarnote Positionen, die offensichtlich nicht im Rahmen des vorliegenden vorsorglichen Massnahmeverfahrens geltend zu machen sind (vgl. "20.10.2020 Betreibungsbegehren", "03.12.2020 Rechtsöffnungsverfahren").

c) Wird nach Zeitaufwand abgerechnet und erweist sich ein Honorar insbesondere infolge unnötigen Aufwandes als übersetzt, so ist es prinzipiell angemessen zu kürzen (vgl. Art. 23 Abs. 3 HonO; KGer SG AK.2015.50 vom 24. März 2015 E. II.3.d). Im vorliegenden Fall lässt sich eine Kürzung derweil nicht vornehmen, da der eingereichten Honorarnote nicht zu entnehmen ist, für welche Tätigkeiten wieviel Zeit aufgewendet wurde. Es obliegt aber, wie erwähnt, der ansprechenden Partei, ihren Anspruch zu substantiieren (vgl. lit. a vorstehend). Nur so lassen sich der geltend gemachte Aufwand denn auch auf seine Angemessenheit überprüfen und Abweichungen von der Kostennote, namentlich eine Kürzung, durch das Gericht zumindest summarisch begründen (vgl. Art. 5 Abs. 2 HonO; GVP 1992 Nr. 58, E. 1; BK ZPO-Sterchi, Art. 105 N 9; KUKO ZPO-Schmid/Jent-Sørensen, Art. 105 N 6a). Im Säumnisfall muss es dem Gericht somit möglich sein, das Honorar nach Pauschale zu bemessen, wie wenn keine Honorarnote eingereicht worden wäre. Eine gerichtliche Pflicht, eine verbesserte Honorarnote einzufordern, besteht ebenso wenig wie die Pflicht, die Parteien überhaupt zur Einreichung einer Kostennote aufzufordern (vgl. BSK ZPO-Rüegg/Rüegg, Art. 105 N 2; Urwyler/Grütter, DIKE-Komm-ZPO, Art. 105 N 7). Angemessen erscheint im vorliegenden Fall aufgrund des Umstandes, dass die Rechtsvertreterin der Beklagten mehrere Eingaben machen musste, eine Honorarpauschale von Fr. 3'000.00. Hinzuzurechnen sind die Barauslagen von 4 % bzw. Fr. 120.00 (Art. 28^{bis} HonO). Zwar macht die Rechtsvertreterin der Beklagten selbst lediglich Barauslagen von 2 % der Honorarsumme geltend (Dispositionsmaxime, vgl. Art. 58 Abs. 1 ZPO); in Anbetracht dessen, dass das geltend gemachte Honorar vorliegend aber gekürzt wurde, die Barauslagen jedoch nur unwesentlich von den geltend gemachten Fr. 127.40 abweichen dürften, rechtfertigt es sich, entsprechend Art. 28^{bis} HonO von Barauslagen von 4 % des Honorars auszugehen. Zuzüglich



Mehrwertsteuer von 7.7 % bzw. Fr. 240.25 (Art. 29 HonO) hat der Ehemann die Ehefrau somit für Parteikosten des Berufungsverfahrens mit total Fr. 3'360.25 zu entschädigen.