

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LC110027-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, die Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und lic. iur. P. Hodel sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Wili

Urteil vom 22. November 2011

in Sachen

A. _____,

Kläger und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____,

gegen

B. _____,

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____,

betreffend **Abänderung des Scheidungsurteils**

Berufung gegen ein Urteil des Einzelrichters im ordentlichen Verfahren des Bezirkes Pfäffikon vom 3. Februar 2011; Proz. FP100006

Rechtsbegehren:

Es sei Dispo. Ziff. 2 lit. a) und b) des Ehescheidungsurteils des Bezirksgerichtes Hinwil vom 18. August 1987 ersatzlos aufzuheben, dies mit Wirkung ab 1. April 2010, alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beklagten.

(act. 1 S. 2)

Urteil des Einzelrichters im ordentlichen Verfahren des Bezirks Pfäffikon vom 3. Februar 2011:

1. Die Klage wird vollumfänglich abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 7'200.--.
3. Die Gerichtsgebühr wird dem Kläger auferlegt.
4. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten eine Prozessentschädigung von Fr. 7'000.-- zuzüglich 7,6 % MWST zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
6. Berufung innert 30 Tagen.

(act. 34 S. 20)

Berufungsanträge:

des Klägers und Berufungsklägers (act. 35 S. 2):

1. Es sei das Urteil der Vorinstanz vom 3. Februar 2011 aufzuheben.
2. Es sei Dispo Ziff. 2 lit. a) und b) des Ehescheidungsurteils des Bezirksgerichtes Hinwil vom 18. August 1987 ersatzlos aufzuheben und dies mit Wirkung ab 1. April 2010.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beklagten.

der Beklagten und Berufungsbeklagten (act. 44 S. 2):

Es sei die Berufung vollumfänglich abzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Klägers und Berufungsklägers.

Erwägungen:

I.

1. Mit Urteil des Bezirksgerichts Hinwil, 1. Abteilung, vom 18. August 1987 (act. 8) wurde die Ehe der Parteien geschieden und deren Vereinbarung über die scheidungs- und güterrechtlichen Nebenfolgen in Dispositivziffer 2 genehmigt und vorgemerkt (act. 8 S. 2). Lit. a dieser Vereinbarung lautet wie folgt:

Der Beklagte verpflichtet sich, der Klägerin je zur Hälfte im Sinne von Art. 151 und 152 ZGB monatliche, im voraus zahlbare Unterhaltsbeiträge von Fr. 2'700.-- zu bezahlen, zahlbar erstmals per 1. des auf die Rechtskraft des Scheidungsurteils folgenden Monats und lebenslanglich. Bei Eintritt der Klägerin ins AHV-Alter reduzieren sich die monatlichen Unterhaltsbeiträge um die dazumalige AHV-Rente der Klägerin.

Lit. b dieser Vereinbarung enthält eine Indexklausel für diese Unterhaltsbeiträge.

2.1 Mit Eingabe vom 23. März 2010 (act. 1) erhob der Berufungskläger bei der Vorinstanz Klage mit dem eingangs aufgeführten Rechtsbegehren auf Abänderung des Scheidungsurteils vom 18. August 1987. Am 4. Juni 2010 fand die Hauptverhandlung statt (Prot. I S. 3 ff.). Daran anschliessende aussergerichtliche Vergleichsbemühungen der Parteien blieben ohne Erfolg (act. 25, act. 27 - 30). Der Einzelrichter fällte daraufhin am 3. Februar 2011 das Urteil, mit welchem er die Klage abwies (Prot. S. 17 f., act. 31 = act. 34).

2.2 Mit Eingabe vom 20. April 2011 (act. 35) erhob der Kläger Berufung gegen dieses Urteil, wobei er die obgenannten Anträge stellt (act. 35 S. 2). Mit der Berufungsantwort vom 20. Juni 2011 (act. 44) beantragt die Beklagte, die Berufung abzuweisen. Die Berufungsantwort wurde dem Kläger am 22. Juni 2011 zugestellt (act. 46).

3. Die vorliegend zu beurteilende Klage wurde bei der Vorinstanz am 23. März 2010 anhängig gemacht (act. 1). Es galt somit für das erstinstanzliche Verfahren bis zum Abschluss mit dem Urteil vom 3. Februar 2011 gemäss

Art. 404 ZPO die zürcherische Zivilprozessordnung (ZPO/ZH) und das Gerichtsverfassungsgesetz (GVG) des Kantons Zürich (beide Erlasse vom 13. Juni 1976).

Für die Rechtsmittel gilt das Recht, das bei der Eröffnung des angefochtenen Entscheids in Kraft ist (Art. 405 Abs. 1 ZPO). Somit ist im Berufungsverfahren die am 1. Januar 2011 in Kraft getretene schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) anzuwenden.

II.

1.1 Der Berufungskläger verlangte im erstinstanzlichen Verfahren die Aufhebung der in der Scheidungsvereinbarung festgelegten Unterhaltsverpflichtung gegenüber der Berufungsbeklagten im Wesentlichen mit der Begründung, dass er trotz Vermögens nicht mehr leistungsfähig sei. Im Zeitpunkt der Ehescheidung habe sein Verdienst als selbständiger Bauhandwerker im Fenster- und Fassadenbau etwa Fr. 120'000.-- bis Fr. 180'000.-- betragen. Diese selbständige Erwerbstätigkeit habe er im Jahre 1999 im Alter von 65 Jahren aufgegeben. Seither beziehe er eine AHV-Rente und eine Rente der zweiten Säule. Er habe sich nach der Scheidung wieder verheiratet; aus dieser Ehe stamme der 1989 geborene Sohn C._____. Im Jahre 1999 hätten die Parteien vereinbart, dass er die Zahlung der Unterhaltsbeiträge einstellen könne. Er und seine Ehefrau erzielten zusammen aus AHV- und IV-Renten ein monatliches Netto-Einkommen von Fr. 5'142.--. Der Vermögensertrag sei praktisch vernachlässigbar. Ihr Existenzminimum betrage Fr. 7'089.-- bis Fr. 7'589.-- im Monat. Hinsichtlich seines Vermögens gab er an, dass er auf einem Bankkonto 1,38 Millionen Euro besitze und Eigentümer eines eingezonten und erschlossenen Grundstücks in D._____ sei, das er für Fr. 270'000.-- gekauft habe. Auch machte er geltend, im Jahr 1999 seien die Parteien übereingekommen, dass er die Unterhaltszahlungen an die Berufungsbeklagte einstellen könne (act. 19 S. 2 ff., Prot. I S. 14).

1.2 Die Berufungsbeklagte bestreitet, dass die Parteien vereinbart hätten, die Unterhaltszahlungen durch den Kläger einzustellen und dass der Kläger nicht

mehr leistungsfähig sei, da nicht nur das Einkommen sondern auch das Vermögen und dessen erheblichen Erträge zu berücksichtigen seien. Bei der Scheidung sei klar gewesen, dass sich das Einkommen des Berufungsklägers beim Eintritt ins Rentenalter reduzieren werde und er für die Bezahlung der Unterhaltsbeiträge auf das Vermögen zurückgreifen müsse. Zudem mache er ein zu hohes Existenzminimum geltend, da die Wohnungskosten von Fr. 3'229.-- übersetzt seien und er sich nicht auf ihre Kosten eine teure Krankenversicherung leisten könne. Überdies handle es sich bei der fraglichen Rente nicht um eine reine Unterhaltsrente sondern auch um einen Ersatz für vermögensrechtliche Beeinträchtigungen und Anwartschaften. Die Hälfte des Unterhaltsbeitrages betreffe damit eine Leistung, die gar nicht herabsetzbar sei (Prot. I S. 4 ff.).

2. Die Vorinstanz verneinte in ihrem Urteil eine einvernehmliche Aufhebung der Unterhaltspflicht des Berufungsklägers, da dieser auch nach der behaupteten Vereinbarung im Jahre 1999 weiterhin – teilweise in reduziertem Umfang – bis zur Einstellung im Jahre 2003 Unterhaltsbeiträge an die Berufungsbeklagte bezahlt habe. Allein aus der Tatsache, dass sich die Beklagte der Einstellung der Zahlungen im Jahr 2003 nicht zur Wehr gesetzt habe, könne noch keine Zustimmung zur Einstellung der Zahlungen abgeleitet werden.

Bei der Überprüfung der heutigen Leistungsfähigkeit des Berufungsklägers ging die Vorinstanz von einem unbestrittenen Einkommen des Berufungsklägers und dessen Ehefrau von Fr. 5'142.-- netto pro Monat und einem Vermögen von Fr. 1'725'621.-- mit einem erzielbaren Ertrag von 2,442 % bzw. Fr. 3'511.60 pro Monat aus. Demzufolge bezifferte sie das massgebliche Monatseinkommen des Berufungsklägers mit Fr. 8'653.60 (act. 34 S. 10). Sie hielt sodann fest, dass zwar eine Lohnreduktion gegenüber dem Lohn von mindestens Fr. 10'000.-- pro Monat im Scheidungszeitpunkt gegeben sei. Ein blosser Lohnvergleich könne aber für die Bemessung der Leistungsfähigkeit nur bei gleich bleibendem Bedarf aussagekräftig sein. Da dem Scheidungsurteil nicht zu entnehmen sei, auf Grund welcher finanzieller Verhältnisse die Unterhaltsbeiträge festgesetzt worden seien und auch der Kläger keine Angaben zur Höhe seines Bedarfs im Zeitpunkt der Scheidung geliefert habe, konnte die Vorinstanz in ihrem Urteil keine konkrete Gegenüber-

stellung der heutigen Lebenssituation des Berufungsklägers zu derjenigen im Scheidungszeitpunkt vornehmen. Sie prüfte daher ersatzweise nur, ob die weitere Bezahlung der Unterhaltsbeiträge angesichts der heutigen finanziellen Verhältnisses des Klägers weiterhin als angemessen erscheine.

Die Vorinstanz berechnete den massgeblichen monatlichen Bedarf des Berufungsklägers und seiner Ehefrau mit Fr. 6'400.-- (act. 34 S. 12 ff.). Diesen stellte sie dem monatlichen Einkommen des Berufungsklägers und seiner Ehefrau von insgesamt Fr. 8'653.60 gegenüber, woraus sich ein monatlicher Überschuss von Fr. 2'253.60 ergab. Die Vorinstanz kam dann zum Schluss, dass unter diesen Umständen die weitere Leistung des Unterhaltsbeitrags von monatlich Fr. 1'750.-- (indexierter Betrag von Fr. 3'500.-- abzüglich Fr. 1'750.-- AHV-Rente) an die Berufungsbeklagte nicht unangemessen und weiterhin zumutbar sei (act. 34 S. 16). Sie stellte demzufolge fest, dass der Abänderungsgrund der Verschlechterung der finanziellen Verhältnisse des Pflichtigen nicht gegeben sei und der Berufungskläger seiner Unterhaltspflicht gemäss Ziffer 2 lit. a und b des Scheidungsurteils des Bezirksgerichts Hinwil vom 18. August 1987 weiterhin in vollem Umfang nachzukommen habe (act. 34 S. 18). Diese Erwägungen führten zur Abweisung der Klage.

III.

1. Der Berufungskläger ficht das vorinstanzliche Urteil in zwei Punkten an. Einerseits sei von der Vorinstanz das Vermögen des Klägers falsch eingeschätzt worden, was bedeute, dass der Vermögensertrag wesentlich tiefer ausfalle als angenommen worden sei. Andererseits sei die neue Situation eingetreten, dass er nun auf Grund des Eheschutzentscheides des Einzelrichters am Bezirksgericht Pfäffikon vom 6. Oktober 2010 getrennt lebe. Beide Noven seien zuzulassen, da sie nicht früher hätten geltend gemacht werden können und auch sofort belegt werden könnten (act. 35 S. 3 Ziff. 1).

2. Bezüglich Noven (neuer Tatsachen und neuer Beweismittel) bestimmt Art. 317 Abs. 1 ZPO das Folgende: Sie werden nur noch berücksichtigt, wenn sie (a) ohne Verzug vorgebracht werden, und (b) trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten.

Nova – ob echt oder unecht – müssen ohne Verzug vorgebracht werden, also regelmässig in der Berufungsschrift bzw. in der Berufungsantwort (Gasser/Rickli, ZPO Kurzkommentar, N 2 zu Art. 317).

3.1 Der Berufungskläger trägt die neuen Behauptungen (mit den entsprechenden Beweismitteln) in der Berufungsschrift vor, somit rechtzeitig, d.h. ohne Verzug.

Zu prüfen ist des Weiteren, ob diese Noven bei Anwendung von zumutbarer Sorgfalt nicht schon im Verfahren vor dem erstinstanzlichen Richter hätten vorgebracht werden können.

3.2 Der Berufungskläger macht geltend, anlässlich der erstinstanzlichen Hauptverhandlung hätten betreffend seines Vermögens keine genauen Zahlen vorgelegen, da nur die Steuererklärung 2007 zur Verfügung gestanden habe. Damals habe man noch die Liegenschaft in E._____ aufgerechnet, die später verkauft worden sei und man habe nicht gewusst, wie die neu erworbene Landparzelle in D._____ gerechnet werden sollte. Darauf entstehe nun ein Haus. Aus der Steuererklärung, die er im Herbst 2010 bei seinem Wegzug aus der Schweiz habe einreichen müssen, ergebe sich ein Vermögen von Fr. 932'000.--. Dabei sei zu berücksichtigen, dass dazu ein älteres Haus in F._____ (G._____) gehöre, welches seine Ehefrau und er zum Preis von Fr. 380'000.- gekauft hätten und das je zur Hälfte in ihrem Miteigentum stehe. Da er dieses Haus alleine bewohne, habe er den Miteigentumsanteil seiner Ehefrau zu verzinsen und sein eigener Miteigentumsanteil werfe keinen Ertrag ab, so dass das hier massgebende Vermögen auf Fr. 552'000.-- absinke. Rechne man wie die Vorinstanz mit einem Ertrag von 2,44%, so resultiere ein jährlicher Vermögensertrag von Fr. 13'648.-- bzw. von Fr. 1'122.30 pro Monat (act. 35 S. 3 f.).

Der Berufungskläger hat zusammen mit seiner Ehefrau das fragliche Grundstück am 5. Februar 2010 gekauft (act. 36/4) und die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung vom 16. März 2010 (act. 36/5) mit dem Vergleich mit der Verkäuferschaft (act. 36/8) zurückgezogen. Nach seinen Angaben erwarben sie dieses Haus im Sommer 2010 (act. 36/2 S. 5) und er zog dort am 1. November 2010 ein (act. 36/11). Die Steuererklärung, auf welche sich der Berufungskläger zur Berechnung seines Vermögens beruft, datiert vom 4. November 2010 (act. 36/3). Die Vorinstanz fällte ihr Urteil am 3. Februar 2011, mithin also mehrere Monate nach dem Bekanntwerden dieser Umstände bzw. des Vorliegens der fraglichen Urkunde. Der Berufungskläger hätte somit diese Behauptungen bezüglich seines Vermögens noch im erstinstanzlichen Verfahren einbringen können, und zwar gestützt auf § 115 Ziff. 2 und 3 ZPO/ZH auch nach der Hauptverhandlung vom 4. Juni 2010 (Prot. I S. 3 ff.). Weshalb ihm dies nicht möglich gewesen sein sollte, tut er nicht dar. Somit sind diese Vorbringen, womit er geltend macht, im angefochtenen Urteil sei das Vermögen zu hoch eingeschätzt worden und damit ein zu hoher Vermögensertrag angenommen worden, sowie die dafür angerufenen Beweismittel (Urkunden, act. 36/3-8, und Zeuge H._____) unzulässige Noven und können demzufolge im Berufungsverfahren nicht mehr berücksichtigt werden.

3.3 Der Berufungskläger beruft sich zur Begründung seiner Berufung sodann auf den neu eingetretenen Umstand, dass er nun eheschutzrichterlich getrennt lebe, womit sich seine Einkommens- und Bedarfssituation geändert habe, was von der Vorinstanz in ihrem Entscheid nicht habe berücksichtigt werden können (act. 35 S. 3).

Der Entscheid der Einzelrichterin im summarischen Verfahren des Bezirks Pfäffikon datiert vom 6. Oktober 2010 (act. 36/16). Damit wurde den Eheleuten A1.____ das Getrenntleben auf unbestimmte Zeit bewilligt. Zwar hat er diese Verfügung mit einem Rekurs angefochten, doch richtete sich dieser nur gegen die Unterhaltsregelung (act. 36/2 S. 2). Der Entscheid über das Getrenntleben war somit sofort rechtskräftig (§ 275 Abs. 1 ZPO/ZH). Nach der Feststellung in der anlässlich der Hauptverhandlung im Eheschutzverfahren geschlossenen Vereinbarung lebten die Parteien seit dem 15. Juli 2010 getrennt (act. 36/16 S. 2). Der Be-

berufungskläger bezog die Liegenschaft in G._____ – wie erwähnt – am 1. November 2010. Er hätte somit die veränderten Verhältnisse bezüglich seines Einkommens – Aufteilung der Rentenzahlungen – und seines Notbedarfs (neuer Grundbetrag, Zins und Nebenkosten für die Liegenschaft, Krankenkasse) bereits im erstinstanzlichen Verfahren geltend machen können. Auch in dieser Hinsicht legt er nicht dar, weshalb ihm dies verwehrt gewesen wäre. Daran ändert nichts, dass der Entscheid der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich über seinen Rekurs gegen die Eheschutzverfügung vom 6. Oktober 2010 erst am 3. März 2011, mithin nach dem mit der Berufung angefochtenen Urteil vom 3. Februar 2011, erging. Zwar stand damit erst in jenem Zeitpunkt der genaue Betrag, welchen er für den Unterhalt seiner Ehefrau zu leisten hat, fest. Doch spielt dies für das vorliegende Verfahren keine Rolle, begründet er doch seine nunmehr fehlende Leistungsfähigkeit nicht mit den an seine Ehefrau zu leistenden Unterhaltsbeiträgen von Fr. 850.-- monatlich, sondern einzig mit der Gegenüberstellung seiner Einnahmen (Renten und Vermögensertrag) und seines Existenzminimums, wonach ihm nur noch ein Überschuss von maximal Fr. 66.30 verbleibe (act. 35 S. 6). Daher sind für eine allfällige Neuurteilung der hier im Streit liegenden Aufhebung der Unterhaltspflicht gegenüber der Berufungsbeklagten die gesamten veränderten Einkommens- und Bedarfsverhältnisse auf Grund der Trennung von seiner Ehefrau massgebend. Diese Umstände waren – wie ausgeführt – dem Berufungskläger jedoch bereits im Herbst 2010 bekannt. Dies geht denn auch aus der Begründung seines erwähnten Rekurses vom 28. Oktober 2010 hervor, wo er seine Wohnkosten in der neuen Liegenschaft in F._____ im Einzelnen darstellte, seine AHV- und BVG-Renten und den erzielbaren Vermögensertrag von 1% auf einem Vermögen von Fr. 907'000.-- (statt wie heute von 2,44% auf einem Vermögen von Fr. 552'000.--, act. 35 S. 4) aufführte und eine neue Einkommens- und Bedarfsrechnung seiner Ehefrau erstellte (vgl. act. 36/2 S. 2 und S. 5). Diese Angaben hätte er somit auch im erstinstanzlichen Verfahren gestützt auf § 115 Ziff. 2 und 3 ZPO/ZH einbringen können.

4. Zusammenfassend ergibt sich aus diesen Erwägungen, dass die vom Berufungskläger mit der Berufungsbegründung vorgebrachten neuen Tatsachen und Beweismittel gemäss Art. 317 Abs. 1 lit. a ZPO unzulässig sind und somit nicht

berücksichtigt werden können. Da der Berufungskläger seine Berufung einzig mit diesen Noven begründet und den vorinstanzlichen Entscheid anderweitig nicht beanstandet, ist die Berufung ohne weiteres abzuweisen und der angefochtene Entscheid zu bestätigen (Art. 318 Abs. 1 lit. a ZPO).

IV.

1. In Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2, § 6 Abs. 1, § 5 Abs. 2 und § 4 Abs. 1 Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 ist die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren auf Fr. 8'000.-- festzusetzen.

Der Berufungskläger unterliegt mit seiner Berufung. Gestützt auf Art. 105 Abs. 1 ZPO und Art. 106 Abs. 1 ZPO sind ihm daher die Kosten des Berufungsverfahrens aufzuerlegen. Die Gerichtskosten sind mit dem geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen (Art. 111 Abs. 1 ZPO).

2. Der Berufungsbeklagten ist eine durch den Berufungskläger zu leistende Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 105 Abs. 2 ZPO, Art. 106 Abs. 1 ZPO, Art. 111 Abs. 2 ZPO).

Diese Parteientschädigung ist mit Fr. 7'000.-- zu bemessen (§ 13 Abs. 1 und 2, § 6 Abs. 1, § 5 Abs. 2 und § 4 Abs. 1 Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010). Ein Mehrwertsteuer-Zuschlag wurde nicht beantragt.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Einzelrichters im ordentlichen Verfahren des Bezirkes Pfäffikon vom 3. Februar 2011 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 8'000.--.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Berufungskläger auferlegt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
4. Der Berufungskläger wird verpflichtet, der Berufungsbeklagten eine Parteientschädigung von Fr. 7'000.-- zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, sowie an das Einzelgericht des Bezirksgerichts Pfäffikon, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

6. Eine zivilrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 30 Tagen von der Zustellung an beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 152'153.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer
Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Wili

versandt am: