

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr. LQ100089-O/U

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Dr. G. Pfister und
lic. iur. M. Spahn sowie der Gerichtsschreiber lic. iur. G. Kenny

Beschluss vom 16. November 2012

in Sachen

A. _____,

Gesuchsteller, Rekurrent und Anschlussrekursgegner

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Gesuchstellerin, Rekursgegnerin und Anschlussrekurrentin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **vorsorgliche Massnahmen (Abänderung Unterhaltsbeiträge)**

**Rekurs gegen eine Verfügung des Einzelrichters im ordentlichen Verfahren
am Bezirksgericht Uster vom 8. November 2010 (FE050039)**

Erwägungen:

I. Parteien und Prozessgeschichte

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

2. Mit Beschluss der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 6. Oktober 2006 wurden erstmalig vorsorglich Unterhaltsbeiträge für die Gesuchstellerin festgelegt. Der betreffende Auszug aus dem Dispositiv lautet wie folgt (Urk. 7/83 S. 37 f.):

" 1. In teilweiser Gutheissung des Rekurses des Gesuchstellers wird Dispositiv-Ziffer 1 der Verfügung der Einzelrichterin des Bezirkes Uster vom 30. März 2005 aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:

" 1. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, der Gesuchstellerin monatliche Unterhaltsbeiträge wie folgt zu bezahlen, zahlbar im Voraus, je auf den Ersten eines jeden Monats:

- | | |
|---|--------------|
| - Januar bis März 2005: | Fr. 4'740.– |
| - April und Mai 2005: | Fr. 4'170.– |
| - Juni bis August 2005: | Fr. 4'740.– |
| - ab September 2005 für die weitere Dauer des Scheidungsverfahrens: | Fr. 4'580.–. |

2. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, der Gesuchstellerin ab Juni 2005 für die Dauer von 20 Monaten einen monatlichen Prozesskostenvorschuss in der Höhe von Fr. 500.– zu bezahlen, zahlbar im Voraus, je auf den Ersten eines jeden Monats."

Im Übrigen wird der Rekurs des Gesuchstellers abgewiesen und die angefochtene Verfügung bestätigt."

2. (...) "

3. Ein erstes Abänderungsbegehren des Gesuchstellers entschied die Vorinstanz am 9. Juni 2008 wie folgt (Urk. 7/195 S. 24):

- " 1. In Abänderung des Beschlusses der I. Zivilkammer des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 6. Oktober 2006 wird dessen Dispositivziffer 1.1. folgendermassen ergänzt:

- " - ab November 2006 bis Januar 2008: Fr. 4'580.–
- im Februar 2008: Fr. 3'480.–
- ab März 2008 für die weitere Dauer des Scheidungsverfahrens: Fr. 2'380.–

2. Im Übrigen wird das Abänderungsbegehren des Gesuchstellers abgewiesen."

3. (...) "

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

4. Am 12. Juli 2010 beantragte der Gesuchsteller erneut eine Senkung seiner Unterhaltsverpflichtung (Prot. I S. 220). In ihrer Stellungnahme zum Abänderungsbegehren beantragte dann die Gesuchstellerin die Erhöhung der Unterhaltsverpflichtung (Urk. 7/347 S. 4). Mit Verfügung vom 8. November 2010 wies die Vorinstanz beide Abänderungsbegehren ab (Urk. 3 S. 25).

5.1. Gegen den abweisenden Entscheid erhob der Gesuchsteller mit Eingabe vom 22. November 2010 Rekurs an die Kammer und beantragte was folgt (Urk. 2 S. 2):

- " 1. In Aufhebung von Dispositiv Ziff. 1 der angefochtenen Verfügung (Verfügung vom 8. November 2010 des Einzelrichters im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Uster) sei Dispositiv Ziff. 1 der Verfügung vom 9. Juni 2008 des Bezirksgerichts Uster (act. 195) abzuändern und die monatlichen Unterhaltsbeiträge für die Rekursgegnerin rückwirkend ab

1. Juli 2010 für die weitere Dauer des Scheidungsverfahrens aufzuheben;
2. Eventualiter sei in Aufhebung von Dispositiv Ziff. 1 der angefochtenen Verfügung (Verfügung vom 8. November 2010 des Einzelrichters im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Uster) Dispositiv Ziff. 1 der Verfügung vom 9. Juni 2008 des Bezirksgerichts Uster (act. 195) abzuändern und die monatlichen Unterhaltsbeiträge für die Rekursgegnerin mit Wirkung ab 1. Juli 2010 bis 1. Dezember 2012 auf monatliche Unterhaltsbeiträge von CHF 150.00 zu reduzieren und für die weitere Dauer des Scheidungsverfahrens aufzuheben;
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Gesuchstellerin und Rekursgegnerin."

5.2. Die Gesuchstellerin erhob am 22. Dezember 2010 zusammen mit der Rekursantwort einen Anschlussrekurs und stellte folgendes Begehren (Urk. 9 S. 4):

- " 1. Es sei der Rekurs vollumfänglich abzuweisen.
2. Es sei in Gutheissung des Anschlussrekurses Dispositiv-Ziffer 1 der angefochtenen vorinstanzlichen Verfügung vom 8. November 2010 aufzuheben, soweit damit das Massnahmebegehren der Gesuchstellerin abgewiesen wird und es sei in Abänderung von Dispositivziffer 1 der Verfügung vom 9. Juni 2008 (act. 195) der Gesuchsteller zu verpflichten, der Gesuchstellerin rückwirkend ab 1. Dezember 2010 einen monatlichen, monatlich im Voraus auf den Ersten eines jeden Monats zahlbaren Unterhaltsbeitrag von CHF 5'000.– für die weitere Dauer des Scheidungsverfahrens zu bezahlen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MWST) zulasten des Gesuchstellers."

6. Am 28. Februar 2011 nahm der Gesuchsteller Stellung zur Rekursantwort und beantwortete den Anschlussrekurs. Dabei beantragte er diesen abzuweisen (Urk. 14 S. 2). Diese Eingabe wurde der Gesuchstellerin zugestellt. In der Folge bestritt sie die Ausführungen des Gesuchstellers und merkte an, dieser könne im jetzigen Verfahrensstadium keine Noven mehr vorbringen (Urk. 16 S. 1 f.).

II. Rechtliche Grundlagen

1. Am 1. Januar 2011 ist die neue Schweizerische Zivilprozessordnung in Kraft getreten. Gemäss Art. 404 Abs. 1 ZPO gilt jedoch für Verfahren, die bei Inkrafttreten dieses Gesetzes rechtshängig sind, das bisherige Verfahrensrecht bis

zum Abschluss vor der betroffenen Instanz. Damit sind für das vorliegende Verfahren weiterhin die Bestimmungen der kantonalzürcherischen Zivilprozessordnung (nachfolgend ZPO/ZH) und des Gerichtsverfassungsgesetzes (nachfolgend GVG/ZH) sowie die Verfahrensbestimmungen von Art. 135 - 149 sowie Art. 280 - 284 des Zivilgesetzbuches in der vor dem 1. Januar 2011 geltenden Fassung (nachfolgend aZGB) anzuwenden.

2. Vorliegend handelt es sich um ein Verfahren summarischer Natur, in welchem die tatsächlichen Verhältnisse nicht bis in alle Einzelheiten zu klären sind, sondern deren Glaubhaftmachung genügt. Das Gericht braucht nicht von der Richtigkeit der aufgestellten Behauptungen überzeugt zu sein. Vielmehr genügt es, dass aufgrund objektiver Anhaltspunkte eine gewisse Wahrscheinlichkeit für die fraglichen Tatsachen besteht. Insbesondere gilt ein Sachverhalt als glaubhaft gemacht, wenn die entsprechenden Behauptungen in sich selbst, aber auch untereinander nicht widersprüchlich sind, mit den verfügbaren Belegen in Einklang stehen und so ein stimmiges, lebensnahes und nachvollziehbares Gesamtbild entsteht. Nicht glaubhaft gemacht ist hingegen ein Sachverhalt, wenn bloss eine unbestimmte Möglichkeit besteht, dass dieser der Realität entspricht (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen ZPO, 3. Auflage, Zürich 1997, § 110 N 5).

3. Das Massnahmeverfahren dient der Regelung bzw. Änderung von bisherigen Regelungen, die nicht bis zum Endentscheid aufgeschoben werden können. Es gilt, einen "modus vivendi" zu finden. Da die Regelung nur während einer begrenzten Dauer gelten soll, können keine fein ziselierten und bis ins letzte Detail gehenden Regelungen getroffen werden. Definitive und ausdifferenzierte Lösungen sind im Hauptverfahren zu erarbeiten. Dabei ist zu vermeiden, dem in der Hauptsache erkennenden Gericht vorzugreifen. Dabei muss mit Schätzungen, Pauschalen und Annahmen gearbeitet werden; die dem Entscheid zu Grunde gelegten Tatsachen entsprechen nicht zwingend exakt der Realität.

4. Umstände, die sich aus Beilagen ergeben, können nicht durch einen generellen Verweis in den Prozess eingebracht werden. Es würde sowohl für die Gegenpartei als auch das Gericht zu einer unzumutbaren Belastung und Unsi-

cherheit führen, wenn sie die einzelnen Sachverhaltselemente selbst aus den Akten ermitteln müssten. Durch Verweis auf die eingelegten Akten können Sachverhaltselemente nur dann als genügend behauptet gelten, wenn der entsprechende Verweis in der Rechtsschrift spezifisch eine bestimmte Aktenstelle nennt und diese eine klare und substantiierte Behauptung enthält. Eine Partei darf nicht einfach auf weitere umfangreiche bisherige Eingaben oder gar auf solche aus einem anderen Verfahren verweisen. Insbesondere kann der Behauptungslast nicht durch Erklärung der gesamten bisherigen Ausführungen zum Bestandteil der aktuellen Rechtsschrift genügt werden. Es darf – nur schon aus Gründen der Unparteilichkeit – nicht Sache des Gerichts sein, die rechtserheblichen Behauptungen und Tatsachen aus den Akten zusammenzusuchen (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 4 zu § 113 ZPO).

5.1. Das Verfahren ist zwischenzeitlich sehr aufwändig geworden. Es musste eine Vielzahl von Zwischenentscheiden gefällt und Verhandlungen durchgeführt werden, es wurden mehrere Rechtsmittel ergriffen, ein Entscheid musste vom Bundesgericht behandelt werden (Urteil des Bundesgerichts 5P.472/2006 vom 15. Januar 2007) und hat in der Folge Eingang in die massgebliche Literatur gefunden (Hausheer/Spycher, Handbuch des Unterhaltsrechts, 2. Auflage, Bern 2010, Rz. 03.145). Die Akten sind umfangreich und inhaltlich unübersichtlich, der Sachverhalt präsentiert sich komplex, zahlreiche Einzelfragen waren bereits in verschiedenen vorangegangenen Verfahrensstadien umstritten, sind nach wie vor bzw. erneut umstritten, die Vorbringen der Parteien sind umfangreich und bisweilen gar widersprüchlich. Schliesslich musste eine Vorderrichterin der Staatsanwaltschaft mitteilen, dass in vorliegendem Verfahren der Verdacht bestehe, dem Gericht würden gefälschte Urkunden eingereicht, und um Abklärung der strafrechtlichen Relevanz des Vorganges ersuchen (Urk. 7/164 S. 2 f.).

5.2. Vor diesem Hintergrund erstaunt nicht, dass der Vorwurf das rechtliche Gehör sei verletzt worden, gehäuft erhoben wird. Grundsätzlich ist diesbezüglich festzuhalten, dass der Anspruch auf rechtliches Gehör das Gericht verpflichtet, sich ihm Rahmen seiner Zuständigkeit mit allen gehörigen, für die Entscheidfin-

dung relevanten und adäquat – im Sinne von hinreichend substantiiert – in den Prozess eingebrachten Vorbringen einer Partei auseinanderzusetzen.

Es muss aber nicht alles, was an das Gericht getragen wird, behandelt und kommentiert werden. So darf sich das Gericht nur mit entscheiderelevanten Vorbringen befassen; die Beantwortung von abstrakten Rechtsfragen ist unstatthaft. Die Behandlung von zutreffenden Rügen, welche aber das Ergebnis nicht beeinflussen ist unnötig. Ist beispielsweise in einem Forderungsprozess sowohl die Höhe der Forderung als auch die Passivlegitimation der beklagten Partei umstritten, braucht sich das Gericht, wenn es zum Schluss kommt, die Passivlegitimation sei nicht gegeben, nicht zur Höhe der Forderung zu äussern. Fällt das Gericht einen Entscheid und geht es in dessen Begründung nicht auf alle Vorbringen der Parteien ein, muss dies demnach nicht zwingend eine Verletzung des rechtlichen Gehörs bedeuten.

5.3. Im Verlauf des Verfahrens musste bereits einmal die Frage einer Gehörsverletzung beurteilt werden. So verlangte der Gesuchsteller in einer staatsrechtlichen Beschwerde gegen den Entscheid der Kammer vom 6. Oktober 2006, es sei die Sache zur Neubeurteilung an die erste Instanz zurück zu weisen, da im Rechtsmittelverfahren eine Gehörsverletzung nicht mehr geheilt werden könne. Diesbezüglich hielt das Bundesgericht fest, dass der gesuchstellerische Standpunkt nicht zutreffend sei, sondern, dass im Rekursverfahren eine allfällige Gehörsverletzung der ersten Instanz geheilt werden könne (Urk. 7/83 S. 31 Ziff. 27.5, Urteil des Bundesgerichts 5P.472/2006 vom 15. Januar 2007 E. 2.1 ff.). Sollte die Vorinstanz also, so wie es ihr von den Parteien vorgeworfen wird (Urk. 2 S. 4 f. und Urk. 9 S. 5 f.) tatsächlich den Parteien das rechtliche Gehör verweigert haben, wird dieser Mangel durch die Möglichkeit, sich in vorliegendem Verfahren vollumfänglich zu äussern, geheilt. Dementsprechend verlangt denn auch keine Partei eine Rückweisung (Urk. 2 S. 2 und Urk. 9 S. 4).

6. Bei der Festlegung von Unterhaltsbeiträgen im summarischen Verfahren muss grosses Ermessen ausgeübt werden. Gesetzlich festgehalten ist einzig, dass das Gericht die Geldbeträge, die der eine Ehegatte dem anderen schuldet, festsetzt (Art. 176 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB). Dem positiven Recht kann keine Anleitung

entnommen werden, wie die Unterhaltsbeiträge konkret zu berechnen sind. Es gibt kein starres und universell anzuwendendes System, vielmehr muss eine Lösung getroffen werden, die insgesamt angemessen bzw. "recht und billig" ist. Die von der Lehre und Rechtsprechung hierzu erarbeiteten Systeme und Vorgehensweisen helfen, nachvollziehbare, rechtsgleiche und angemessene Entscheide zu treffen. Diese Systeme sind jedoch nie Selbstzweck. Sie helfen zwar die Kontingenz der Wirklichkeit zu bewältigen, indem sie diese soweit reduzieren, dass es überhaupt möglich wird, einen nachvollziehbaren Entscheid zu treffen. Sie bewirken aber immer eine Schematisierung. Dies führt im Ergebnis zum Einen stets dazu, dass nicht allen tatsächlichen Umständen, insbesondere individuellen Anliegen und Bedürfnissen der Parteien vollends Rechnung getragen werden kann. Zum anderen kann ein wie auch immer geartetes System der Billigkeit und der Praktikabilität wegen praktisch nie mit der letzten Konsequenz angewendet werden; immer müssen gewisse Systemwidrigkeiten in Kauf genommen werden. Unterhaltsfragen können demnach – insbesondere in einem derart vielschichtigen Fall wie dem vorliegenden – nicht mit einem einfachen "Wenn-dann-vorgehen" gelöst werden. Dem Ermessen des Gerichts kommt daher sehr grosses Gewicht zu. Dieses ist, wenn es pflichtgemäss ausgeübt wurde, zu akzeptieren, obwohl es – der Natur eines Ermessensentscheides entsprechend – nicht in letzter Konsequenz begründet werden kann.

Bei der Überprüfung des betreffenden Entscheides ist daher stets der gesamte Entscheid im Auge zu behalten. Es kann nicht anhand einzelner, allenfalls systemwidrig bemessener Positionen geschlossen werden, der Entscheid insgesamt sei fehlerhaft. Auch muss dabei berücksichtigt werden, dass die einzelnen Positionen nicht isoliert geändert werden dürfen, ohne die entsprechenden Auswirkungen auf den ganzen Entscheid zu prüfen.

7.1. Sowohl die bisherigen Entscheide (Urk. 195 S. 6 ff. und Urk. 3 S. 10) als auch die Rechtschriften der Parteien (Urk. 2 S. 5 ff., Urk. 9 S. 19 ff.) enthalten Ausführungen zu den Voraussetzungen zur Abänderung von vorsorglichen Massnahmen betreffend Unterhaltspflichten. Im Rahmen des summarischen Verfah-

rens muss sich die Kammer darauf beschränken, die relevanten Voraussetzungen darzulegen und hernach anzuwenden.

7.2. Gemäss Art. 179 Abs. 1 ZGB i.V.m. Art. 137 Abs. 2 aZGB können vorsorgliche Massnahmen für die Dauer des Scheidungsverfahrens abgeändert werden, wenn eine wesentliche und dauernde Änderung der tatsächlichen Verhältnisse eingetreten ist oder sich diese nachträglich als unrichtig erwiesen haben. Andernfalls steht die Rechtskraft einer Abänderung entgegen. Eine Abänderung ist ferner ausgeschlossen, wenn die Sachlage durch eigenmächtiges, widerrechtliches, mithin rechtsmissbräuchliches Verhalten herbeigeführt worden ist (Urteil des Bundesgerichts 5P.473/2006 vom 19. Dezember 2006, E. 3, publiziert in FamPra.ch 2007 S. 373 mit Hinweisen auf Hausheer et al., Berner Kommentar, N. 8, 8a und 10 zu Art. 179 ZGB; Hasenböhler/Opel, Basler Kommentar, ZGB I, 3. Aufl. 2006, N. 3 und 4 zu Art. 179 ZGB; Leuenberger, in: FamKommentar Scheidung, Bern 2005, N. 15-17 zu Art. 137 ZGB; Bachmann, Die Regelung des Getrenntlebens nach Art. 176 und 179 ZGB sowie nach zürcherischem Verfahrensrecht, Diss. Zürich 1995, S. 229, 4.1.8 am Anfang sowie Urteil des Bundesgerichts 5A_560/2010 vom 21.09.10 E. 3.1).

Nicht jede Veränderung rechtfertigt ein Abänderungsverfahren. Vielmehr muss bezüglich Dauer und Umfang der Veränderung eine gewisse Erheblichkeit vorliegen. Allerdings sind – angesichts des provisorischen Charakters des Massnahmeverfahrens – die Anforderungen geringer als für die Abänderung nacheheleicher Unterhaltsbeiträge.

7.3. Ausserdem ist eine Neuregelung auch dann zulässig, wenn das ersturteilende Gericht von unrichtigen tatsächlichen Voraussetzungen ausgegangen ist (Bühler/Spühler, Kommentar zum Eherecht, 3. A., Bern 1980, N 439f. zu Art. 145 aZGB; BK-Hausheer/Reusser/Geiser, N 8 zu Art. 179 ZGB; ZK-Bräm/Hasenböhler, N 8 zu Art. 179 ZGB; ZR 80 Nr. 52). Auch diesfalls ist aber eine Neuregelung nur vorzunehmen, wenn von erheblich unzutreffenden Grundlagen ausgegangen wurde. Eine solche Neuregelung ist sogar zulässig, wenn der korrekte Sachverhalt bei Anwendung der nötigen Sorgfalt auch im ursprünglichen Entscheidungszeitpunkt in das Verfahren hätte eingebracht werden können (Fam-

Komm Scheidung/Vetterli Art. 179 ZGB N 3). Begrenzt wird aber auch diese Abänderungsmöglichkeit durch das Verbot des widersprüchlichen Verhaltens bzw. des Rechtsmissbrauchs (ZR 78 Nr. 125).

7.4. Ist ein Abänderungsgrund gegeben, muss die gesamte Unterhaltsberechnung für beide Ehegatten durchgeführt werden, wobei die aktuellen Einkommen und Notbedarfspositionen einzusetzen sind. Dies, da bei einer Änderung verschiedener Faktoren nicht von vorneherein 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 m.w.H.).

7.5. Aufgrund des dem Gericht eingeräumten weiten Ermessens kann derselbe Prozessstoff unter Umständen von einem anderen Gericht unterschiedlich gewürdigt werden. Aus Gründen der Rechtssicherheit und des Rechtsfriedens muss verhindert werden, dass Abänderungsgesuche nur zur Erstreitung einer anderen und für die streitbereite Partei vorteilhafteren Würdigung angehoben werden, zumal vorsorgliche Massnahmen grundsätzlich nur für einen begrenzten Zeitraum wirken. Deshalb ist im Rahmen eines Abänderungsverfahrens die Wiedererwägung einer eheschutzrichterlichen oder im Massnahmeverfahren getroffenen Anordnung bloss aufgrund abweichender Würdigung des Prozessstoffes ausgeschlossen. Dass eine frühere Entscheidung unbillig oder unzweckmässig erscheint, vermag – krasse Ausnahmefälle vorbehalten – eine Abänderung nicht zu rechtfertigen (ZR 78 Nr. 125; vgl. auch Bachmann, Die Regelung des Getrenntlebens nach Art. 176 und 179 ZGB sowie nach zürcherischem Verfahrensrecht, St. Gallen 1995, S. 230). Die Neuberechnung hat sich daher an den im abzuändernden Entscheid vorgenommenen Wertungen zu orientieren. In erster Linie sind die der betreffenden Wertung zu Grunde liegenden tatsächlichen Umstände zu prüfen und ggf. zu aktualisieren.

Von einer einmal vorgenommenen Wertung ist erst abzuweichen, wenn sich die tatsächlichen Grundlagen der Unterhaltsberechnung so stark verändert haben, dass die betreffenden Wertungsentscheide nicht mehr haltbar sind. Dabei

handelt es sich um seltene Fälle; Wertungsentscheide sind grundsätzlich nur zurückhaltend zu ändern.

7.6. Ein Abänderungsverfahren kann nie als Ersatz für ein Rechtsmittel dienen. Während laufender Rechtsmittelfrist ist daher ein solches anzustrengen. Eine rückwirkende Änderung des streitigen Entscheides ist im Abänderungsverfahren nicht möglich (vgl. auch BSK ZGB I-Isenring/Kessler, Art. 179 N 4 m.w.H.). Das Abänderungsverfahren ist stets und nur zukunftsorientiert. Ein Massnahmenentscheid hat demnach nicht die gleiche Rechtsbeständigkeit, wie ein ordentlicher Endentscheid, sieht doch das Gesetz ausdrücklich vor, dass der Massnahmenentscheid geändert werden kann (Art. 179 ZGB i.V.m. Art. 138 aZGB). In einem Massnahmenentscheid geprüfte und beurteilte Umstände sind daher nur für die Zeit bis zur Einleitung eines Abänderungsverfahrens eine abgeurteilte Sache, über die nicht mehr zu entscheiden ist. In die Zukunft reicht die Wirkung der *res iudicata* nicht. Dabei gilt aber selbstverständlich – wie in sämtlichen Prozessen – das Verbot des Rechtsmissbrauchs (ZR 78 Nr. 125).

8. Das Gericht hat den familienrechtlichen Bedarf in Ausübung richterlichen Ermessens nach Massgabe der bisherigen Lebenshaltung, der durchschnittlich laufenden ordentlichen Ausgaben, der wirtschaftlichen Verhältnisse und der diesen Verhältnissen angemessenen Bedürfnisse der Ehegatten zu bestimmen (ZR 99 Nr. 25, E. 2.6.2; ZR 90 Nr. 95). Diese Bestimmung hat das Gericht unabhängig davon vorzunehmen, ob die zu bestimmenden Unterhaltsleistungen unter Anwendung der Dispositions- (Ehegattenunterhalt) oder Offizialmaxime (Kinderunterhalt) stehen. Dies, da die Frage, welche Einkünfte und Ausgaben der Ehegatten im Rahmen der Berechnung des Unterhaltsbeitrags im Sinne von Art. 176 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB zu berücksichtigen sind, nicht tatsächlicher, sondern materiellrechtlicher Natur ist (vgl. Entscheid des Kassationsgerichts des Kantons Zürich vom 13. Juli 2006, Kass-Nr. AA050192, E. II./1.2). Der Entscheid, ob bzw. in welchem Umfang Auslagen einer Partei, die von der Gegenseite anerkannt wurden, in die Berechnung des Unterhaltsbeitrags einzusetzen sind, ist daher eine Frage der Rechtsanwendung, und diese erfolgt von Amtes wegen (§ 57 ZPO/ZH). Dies gilt noch viel stärker für die Wahl der Methoden und Berechnungsarten.

Im Ergebnis bedeutet dies, dass der Umfang der Begrenzungswirkung der Dispositionsmaxime durch die Anträge bestimmt wird. Es darf einer Partei im *Ergebnis* nicht mehr zugesprochen werden, als sie beantragt hat. Wie sich dieser Betrag zusammensetzt ist aber nicht von der Parteidisposition abhängig, sondern vom Gesetz oder der bewährten Rechtsprechung und Lehre vorgegeben.

III. Rechtsmittelgründe

1. In ihrem Entscheid vom 9. Juni 2008, dessen Abänderung vorliegend zu prüfen ist, ging die Vorinstanz von folgendem Bedarf und Einkommen des Gesuchstellers aus (Urk. 7/195 Ziff. 4 S. 16 ff.):

Grundbetrag	1'000.00
Hypoziinsen	1'997.00
Nebenkosten	370.00
TV/Telefon	180.00
Krankenkasse	726.00
Arzt/Zahnarzt	150.00
Rechtsschutz	13.30
Haftpflicht-/Mobiliarvers.	145.15
Lebensversicherung	22.00
Alimente C. _____	3'500.00
Steuern	1'000.00
Prozesskosten	500.00
Total	9'600.00
Einkommen	11'000.00

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

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

2.3. Der Standpunkt der Gesuchstellerin, dass der Gesuchsteller sich grundsätzlich nicht auf Sachverhaltselemente berufen kann, welche sich vor dem 9. Juni 2008 verwirklicht haben (Urk. 9 Rz. 40), ist vor diesem Hintergrund und in dieser Absolutheit nicht zutreffend.

Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass sich diese Argumentation nur auf Sachverhaltsfragen bezieht. Bei der Überprüfung von Rechts- und Ermessensfragen, also im Bereich der normativen Tätigkeit, ist die Kammer stets frei. Sie ist verpflichtet, ihr Ermessen pflichtgemäss auszuüben unabhängig von den bisherigen Behauptungen und vom Verhalten der Parteien, gleich wie sie das Recht von Amtes wegen richtig anwenden muss.

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

3.1. Die aktuelle finanzielle Situation präsentiert sich folgendermassen:

Grundbetrag	1'100.00
Hypoziinsen	825.00
Nebenkosten	875.00
Telefon	180.00
Billag	19.00
Krankenkasse	927.00
Arzt/Zahnarzt	200.00
Transportkosten	200.00
Haftpflcht-/Mobilarvers.	95.00
Steuern	160.00
Prozesskosten	500.00
UB C._____	450.00
Total	5'531.00
Einkommen	5'767.20
Überschuss	236.20

3.2. Die Gesuchstellerin macht geltend, der Gesuchsteller würde zusammen mit seiner Lebenspartnerin in einem qualifizierten Konkubinat leben. Es sei ihm daher nur der halbe Grundbetrag für ein Ehepaar anzurechnen, ausserdem seien weitere Bedarfspositionen zu kürzen (Urk. 9 S. 28 ff. Rz. 84 ff.).

Das Rechtsinstitut des qualifizierten Konkubinats wurde von der höchstgerichtlichen Rechtsprechung im Zusammenhang mit der Kürzung von Unterhaltsrenten entwickelt. In den betreffenden Fällen war zu prüfen, ob einer unterhaltsberechtigten Partei, die in einer eheähnlichen Gemeinschaft lebt, die Unterhaltsrente zu kürzen sei.

Vorliegend wird aber geltend gemacht, die unterhaltsverpflichtete Partei lebe in einem qualifizierten Konkubinat, weshalb die Unterhaltsrente zu erhöhen sei. Soweit aufgrund dieses Zusammenlebens die unterhaltsverpflichtete Person freiwillige Zuwendungen des neuen Lebenspartners erhält, sind diese nicht zur Aufbesserung von Unterhaltsansprüchen gedacht. Sie führen daher nicht direkt dazu, dass dem Unterhaltspflichtigen eine höhere Leistungsfähigkeit zu attestieren ist. Eine allfällige Kostenersparnis kommt der unterhaltsberechtigten Partei aber dennoch zugute, indem bei der Bedarfsberechnung des Unterhaltsverpflichteten die

Ersparnisse einer Lebensgemeinschaft (gemeinsame Miete, gemeinsamer Telefonanschluss etc.) anzurechnen sind (Spycher/Hausheer, Handbuch des Unterhaltsrechts, Bern 2010, S. 702, Rz. 10.47 f. m.w.H.).

Da unbestritten blieb, dass der Gesuchsteller mit seiner Lebenspartnerin zusammenlebt, sind zwar nicht die Bedarfspositionen einer in einer Ehe lebenden Person anzuwenden aber doch immerhin jene einer Person, die in Hausgemeinschaft mit einer erwachsenen und erwerbstätigen Person lebt.

Die Höhe des Grundbetrages von Fr. 1'100.– gemäss Ziff. II. 1.1. des Kreisschreibens der Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich betreffend die Richtlinien für die Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums vom 16. September 2009 (nachfolgend nur noch Kreisschreiben) gibt somit zu keinen weiteren Bemerkung Anlass.

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

3.4. Die Nebenkosten sind weitgehend ausgewiesen und anerkannt (Urk. 7/332 S. 35 in Verbindung mit Urk. 7/333/6/1-11; Urk. 9 S. 33 Rz. 103). Soweit sind auch diese dem Gesuchsteller hälftig anzurechnen. Zu den streitigen Positionen ist folgendes festzuhalten:

a) Die Gesuchstellerin bringt zurecht vor, dass die Kosten von Fr. 160.– für eine Baubewilligung nicht als Nebenkosten zu qualifizieren sind (Urk. 7/333/6/4).

b) Soweit die Gesuchstellerin einzig auf die Abrechnung für Elektrizität der EKZ vom 28. Sept. 2012 zur Berechnung der gesamten Stromkosten (Urk. 9 S. 33 Rz. 102) abstellt, ist ihr zu widersprechen und auf das gängige Verfahren der Rechnungstellung der EKZ hinzuweisen: In der Regel werden pro Jahr fünf Akontozahlung verlangt und danach eine Abrechnung erstellt. Je nach Verbrauch wird dann eine Schlusszahlung gefordert oder ein Guthaben auf die nächste

Akontozahlung angerechnet. Es wird angestrebt, dem Strombezüger sechs Mal im Jahr eine ungefähr gleich hohe Rechnung zu stellen, um dessen Budget gleichmässig zu belasten. Aus der Abrechnung ist ersichtlich, dass auch beim Gesuchsteller dieses Verfahren zur Anwendung gelangte. Ihm wurden demnach während eines Jahres fünf Mal Fr. 450.– akonto und einmal Fr. 826.95 verrechnet, insgesamt rund Fr. 3'000.– bzw. Fr. rund Fr. 250.– pro Monat (Urk. 7/333/6/8).

Grundsätzlich ist die Elektrizität aus dem Grundbetrag zu bezahlen (mit Ausnahme von Heizenergie). Im Rahmen einer individuellen Unterhaltsberechnung kann aber auch die Elektrizität gesondert beachtet werden. Dabei gilt es – so gut als möglich – die Parteien gleich zu behandeln. Es ist daher angebracht, auch dem Gesuchsteller gleich wie der Gesuchstellerin Fr. 70.– im Monat zuzugestehen. Da auch die Nebenkosten dem Gesuchsteller nur hälftig anzurechnen sind, ist in der nachfolgenden Übersicht der doppelte Betrag einzusetzen, also Fr. 1'680.–.

c) Insgesamt sind folgende Nebenkosten zu berücksichtigen:

Heizöl	3'861.20
Wasser/Abwasser	11'763.45
Gebäudeversicherung	40.35
Kaminfeger	344.25
... (Kanalisation)	968.40
Gärtner	1'835.00
Strom (vgl. Anmerkung gerade hiervor)	1680.00
Reparaturkosten	210.85
Mitgliedschaft ...	55.00
Antennenanschluss	246.00
Total/Jahr	21'004.50
Total/Monat	1'750.40
50 % davon (gerundet)	875.00

3.5. Die Kosten von TV/Telefon sind umstritten (Urk. 9 S. 35 Rz. 110 f., Urk. 7/332 S. 38 Ziff. 5.8, Urk. 2 S. 13 Ziff. 3.2.1.). Belege werden keine genannt, substantiierte und nachvollziehbare Behauptungen fehlen, die Parteien argumentieren mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung.

Da es notorisch ist, dass Kosten für TV/Telefon (inkl. Mobiltelefonie und Internet) anfallen, ist eine ermessensweise Festlegung angebracht. Dabei sind die Parteien nach Massgabe ihrer Gleichheit gleich, bzw. nach Massgabe ihrer Ungleichheit ungleich zu behandeln. Der Gesuchsteller kann sich die Grundgebühr für den Festnetzanschluss und wohl auch den Internetanschluss sowie die Billag mit seiner Lebenspartnerin teilen. Die Kosten für mobile Kommunikation muss er aber selber bezahlen. Die Gesuchstellerin kann die Grundgebühren mit niemandem teilen. Die bisherige Lösung, dem Gesuchsteller Fr. 180.– und der Gesuchstellerin Fr. 200.– anzurechnen scheint daher nach wie vor angemessen; sie ist nicht abzuändern (Urk. 7/195 S. 16 Ziff. 4 sowie S. 20 Ziff. 6). Die Kosten von Fr. 38.– pro Monat für die Billag sind notorisch und daher bei beiden Parteien zu berücksichtigen. Aufgrund der Lebensgemeinschaft des Gesuchsteller ist ihm aber nur der hälftige Betrag von Fr. 19.– anzurechnen.

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

3.7. Die durchschnittlichen Gesundheitskosten, die der Gesuchsteller selber bezahlen muss, betragen gemäss seinen eigenen Belegen rund Fr. 200.– im Monat (Urk. 7/333/8). Aussagekräftige Belege über weitere Kosten für die Gesundheit (Optiker, Zahnarzt) wurden nicht eingereicht. So geht aus den eingereichten Arzt- bzw. Klinikrechnungen nicht hervor, ob diese von der Krankenkasse übernommen werden, zumindest wird auf den Rechnungen darauf hingewiesen, dass auch dem Krankenversicherer separate Rechnungen gestellt werden (Urk. 7/333/9). Aus der Kreditkartenabrechnung vom 8. April 2009 wird nicht ersichtlich, was der Gesuchsteller bei einem Optiker gekauft hat. Alleine aufgrund eines Beleges, dass bei einem Optiker für eine hohe Summe eingekauft wurde, lässt sich kein Schluss auf eine medizinische bzw. gesundheitliche Notwendigkeit der Ausgabe ziehen, es steht nicht einmal fest, dass etwas für den Gesuchsteller selbst eingekauft wurde (7/333/9 9. Blatt). Soweit der Gesuchsteller Kosten für den

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

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

3.9. Die Kosten für eine kombinierte Privathaftpflicht-, Hausrat-, und Gebäudeversicherung in der Höhe von Fr. 2'279.20 pro Jahr sind ausgewiesen (Urk. 7/333/10). Der genaue Versicherungsumfang, sowie die begünstigten Personen sind nicht ersichtlich. Da der Gesuchsteller und seine Lebenspartnerin die versicherte Liegenschaft gemeinsam bewohnen, rechtfertigt es sich, auch diese Kosten dem Gesuchsteller zur Hälfte im Betrag von Fr. 95.– pro Monat anzurechnen. Dies scheint auch in Hinblick, dass der Gesuchstellerin nur Fr. 46.– pro Monat zugestanden werden angemessen (Ziff. III. 7.2.5. hiernach).

3.10.1. Der Gesuchsteller reichte Teile seiner Steuererklärung der Jahre 2008 (Urk. 7/280/1) und 2007 (Urk. 7/333/3) ein.

Gemäss der Steuererklärung 2007 ist nur die Personalsteuer in der Höhe von Fr. 24.– geschuldet. Diese wurde offenbar durch einen Verrechnungsteueranspruch getilgt (Urk. 7/333/3 1. Seite). Zur Glaubhaftmachung einer substantiellen Steuerbelastung des Gesuchstellers ist dieser Beleg grundsätzlich nicht geeignet.

Aus der Steuerklärung 2008 nebst der Steuerberechnung geht eine Steuerbelastung in der Höhe von rund Fr. 1'900.– hervor (Urk. 7/280/1 S. 20). Diese Steuerbelastung erscheint in Anbetracht der finanziellen Lage des Gesuchstellers, insbesondere aufgrund seines geringen Einkommens (das vorliegend umstrittene rechnerische Einkommen aus den Mitteln der zweiten Säule ist, da das Vorsorgekapital schon ausbezahlt wurde, nicht steuerwirksam) als realistisch. Es rechtfertigt

tigt sich daher, dem Gesuchsteller eine monatliche Steuerbelastung in der Höhe von Fr. 160.– anzurechnen.

3.10.2. Die Vorinstanz rechnete dem Gesuchsteller eine Steuerbelastung in der Höhe von Fr. 500.– pro Monat an. Die Vorinstanz berechnete aus dem Vorsorgekapital eine hypothetische Rente. Sie zog dabei vom zu Grunde gelegten Kapital die bei Auszahlung fällig gewordenen Steuern nicht ab. Dieser Steuerlast begegnete sie bei der Schätzung der laufenden Steuern und kam so auf den genannten Betrag von Fr. 500.– pro Monat. Wie die Vorinstanz auf diesen Betrag kommt, lässt sich den bis jetzt gefällten Entscheiden im Detail nicht entnehmen (Urk. 3 S. 13 sowie S. 17 lit. I). Wie nachfolgend im Rahmen der Einkommensberechnung des Gesuchstellers aufgezeigt werden wird, ist im Eheschutzverfahren, bzw. im Rahmen von vorsorglichen Massnahmen soweit als möglich auf die tatsächlichen Umstände und liquid Belegtes abzustellen. Erst wenn dies nicht möglich ist, muss geprüft werden, ob eine Position berücksichtigt werden soll und diese gegebenenfalls zu schätzen ist (z. B. anhand einer Berechnung). Es rechtfertigt sich daher, dem Gesuchsteller im Bedarf nur die erwähnten Fr. 160.– zuzugestehen. Der steuerlichen Belastung seines Vorsorgekapitals ist im Massnahmeverfahren – ohne jegliche Präjudizierung für das Scheidungsverfahren – bei der Einkommensberechnung zu begegnen, indem der Rentenberechnung das bereits um die Steuern belastete Vorsorgekapital zu Grunde gelegt wird (vgl. im Detail Ziff. III. 4.1. hiernach).

3.11. Der Gesuchstellerin ist wohl grundsätzlich zuzustimmen, dass die Kosten für die Unterhaltszahlung an die erste Frau des Gesuchstellers unter systematischen Gesichtspunkten eher bei den Bedarfspositionen zu berücksichtigen wären (Urk. 9 S. 26 Rz. 76 ff.). Da diese Ausgabe weitgehend unabhängig vom Bedarf des Gesuchstellers und in direkter Abhängigkeit vom Einkommen des Gesuchstellers berechnet wird, wobei kein Spielraum für eine ermessensweise Anpassung besteht, rechtfertigt es sich dennoch, diese Kosten im Rahmen der Einkommensberechnung zu ermitteln (vgl. Ziff. III. 5. hiernach). Am Ergebnis ändert sich dabei aber nichts.

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

3.13. Aus den Akten geht hervor, dass die für die Lebensversicherung geltend gemachten Kosten nicht mehr anfallen (Ablauf der Versicherung 2008; Urk. 7/24/2 letzte Seite). Entsprechend sind diese nicht mehr zu berücksichtigen.

Die positive Wirkung eines Hundes auf die Gesundheit und Lebensqualität sind notorisch. Dass aber eine medizinische Notwendigkeit für dessen Anschaffung gegeben ist, lässt sich aus den Akten nicht belegen (Urk. 2 S. 15 Ziff. 3.2.4.). Da ein Hund aus medizinischen Gründen nur in seltenen Fällen notwendig ist, genügt alleine die entsprechende Behauptung nicht, eine solche Notwendigkeit glaubhaft zu machen. Da die Kosten bis anhin nicht berücksichtigt wurden und auch der Gesuchstellerin keine vergleichbaren Kosten zugestanden werden, sind sie aus dem Grundbetrag zu bezahlen.

Der Gesuchsteller macht pauschal einen Betrag in der Höhe von Fr. 500.– für die Haushaltspflege geltend (Urk. 2 S. 15 Ziff. 3.2.5). Zur genauen Zusammensetzung dieses Betrages behauptet der Gesuchsteller nichts. Auch werden keine Belege genannt. Der Betrag kann dem Gesuchsteller daher nicht angerechnet werden.

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

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

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

Steuerverfahrens keine hinlänglich substantiierten Behauptungen aufgestellt und auch keine aussagkräftigen Belege eingereicht wurden. Zwar werfen die Parteien einander gegenseitig vor, unsorgfältig bzw. unrichtig vorgegangen zu sein, weshalb es zu einer zu hohen Steuerbelastung gekommen sei. Alleine aufgrund dieser sehr allgemein gehaltenen gegenseitigen Vorwürfe kann nichts geschlossen werden. Es ist aufgrund der Parteivorbringen nicht möglich abzuschätzen, wie steuerrechtlich hätte vorgegangen werden müssen, um die zweifellos beachtliche Steuerbelastung zu senken (vgl. Urk. 7/249 S. 18 Rz. 68 ff., Urk. 7/332 S. 20). Es muss daher einstweilen davon ausgegangen werden, dass die gesamten in Rechnung gestellten Steuern (Urk. 7/348/1; Urk. 7/229/36; Urk. 7/264/1) an den Staat aus dem erhaltenen Vorsorgekapital entrichtet werden müssen und entsprechend nicht mehr über dieses Geld verfügt werden darf bzw. kann. Dabei ist auch von Bedeutung, dass der Gesuchsteller durch das Vorsorgekapital und seine Liegenschaft genug Vermögen hat, in welches die Steuerforderung im Falle der Nichtbezahlung ohne weiteres vollstreckt werden kann. Im jetzigen Zeitpunkt muss daher davon ausgegangen werden, dass der vorliegend streitige Steuerbetrag den Parteien nicht mehr zur Verfügung steht. Im Rahmen des summarischen Verfahrens ist es daher angebracht, mit dem um den Steuerbetrag reduzierten Kapital zu rechnen.

Aufgrund der Ausführungen der Gesuchstellerin scheint es glaubhaft, dass sie von dieser Steuerlast zumindest Fr. 36'346.– übernehmen werden muss bzw. allenfalls schon übernommen hat (Urk. 7/249 S. 18).

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

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

4.5. Insgesamt muss sich der Gesuchsteller daher ein Einkommen von Fr. 3'487.20 + Fr. 2'280.– = Fr. 5'767.20 pro Monat anrechnen lassen.

5. Die von der Vorinstanz für die Berechnung der Unterhaltsverpflichtung gegenüber der ersten Frau des Gesuchstellers angewandte Methode scheint grundsätzlich zutreffend und blieb unbestritten. Im Rahmen des summarischen Verfahrens kann diese Methode daher ohne weiteres auch weiterhin angewendet werden (Urk. 3 S. 13 Ziff. 3). Auf Basis der oben dargelegten Zahlen berechnet sich der Unterhaltsbeitrag folgendermassen: Fr. 2'280.– (AHV Rente C._____) + Fr. 807.– (BVG Rente C.____ [Urk. 7/217/1-2]) + Fr. 2'280.– (AHV Rente Gesuchsteller) + Fr. 3'487.20 (Hypothetische BVG-Rente Gesuchsteller) = Fr. 8'854.20. Davon erhält C.____ 40 %, also rund Fr. 3'541.70. Vom vorgenannten Betrag abzuziehen sind ihre eigenen Renteneinkommen von Fr. 3'087.–, es verbleibt dann ein Betrag von rund Fr. 450.–, den der Gesuchsteller an C.____ monatlich bezahlen muss.

6. Als Zwischenergebnis kann festgehalten werden, dass der Gesuchsteller seinen eigenen gebührenden Bedarf sowie die Unterhaltszahlungen an seine erste Frau aus eigenen Mitteln bestreiten kann. Danach verbleibt ein Betrag von rund Fr. 230.–.

7.1. In ihrem Entscheid vom 9. Juni 2008 ging die Vorinstanz von folgender finanziellen Situation der Gesuchstellerin aus (Urk. 7/195 Ziff. 4 S. 16 ff.):

Grundbetrag	1'100.00
Miete inkl. Nebenkosten	1'810.00
Garage	150.00
Elektrisch	70.00
Krankenkasse	410.00
Hausratversicherung	46.00
Telefon (Festnetz und Handy)	200.00
Billag	38.00
Autoleasingrate	324.00
Autobetriebskosten	500.00
Pferd	1'000.00
Steuern	411.00
Betrag zur freien Verfügung	800.00
Total (gerundet)	6'860.00

7.2.1. Die aktuelle finanzielle Situation präsentiert sich folgendermassen:

Grundbetrag	1'200.00
Miete (inkl. Nebenkosten)	1'810.00
Garage	150.00
Elektrisch	70.00
Krankenkasse	410.00
Hausratversicherung	46.00
Telefon (Festnetz und Handy)	200.00
Billag	38.00
Autobetriebskosten	200.00
Steuern	709.00
Total	4'833.00
Einkommen	2'000.00

7.2.2. Die Höhe des Grundbetrages von Fr. 1'200.– gemäss Ziff. II. 1.2. des Kreisschreibens gibt zu keinen weiteren Bemerkung Anlass.

7.2.3. Der Gesuchsteller führt an, dass die Gesuchstellerin sich geweigert habe, Bankunterlagen zu edieren, welche die regelmässige Bezahlung der Miete an ihre Mutter belegten. Dieses Verhalten sei dahingehend zu würdigen, dass die Gesuchstellerin die Miete tatsächlich nicht bezahle (Urk. 2 S. 18 Ziff. 4.2.1.).

Im obergerichtlichen Entscheid vom 6. Oktober 2006 wurde festgehalten, dass der Gesuchstellerin aus Gründen der Gleichbehandlung der im produzierten Mietvertrag festgehaltene Mietzins zuzugestehen sei, so wie die Vorinstanz es in ihrem Entscheid vom 30. März 2006 getan habe (Urk. 7/83 S. 23 Ziff. 23). Diese Argumentation stellt nicht auf den tatsächlich bezahlten Mietzins ab, entsprechend bestand keine Notwendigkeit die tatsächliche Bezahlung des Mietzinses zu überprüfen. Der Verzicht auf diesbezügliche Weiterungen stellt daher auch keine Gehörsverletzung dar. Da sich die Wohnungskosten der beiden Parteien immer noch in der gleichen Grössenordnung (insbesondere, wenn dem Gesuchsteller die Nebenkosten nur hälftig angerechnet werden) bewegen, besteht kein Grund an dieser Position etwas zu ändern.

Weiter ist auch zu beachten, dass eine Vermieterin grundsätzlich den Anspruch hat, vom Mieter ihrer Wohnung einen marktkonformen Mietzins zu erhalten. Dies unabhängig davon, ob die Mieterin ihre Tochter ist. Ein solcher ist auch aus dem produzierten Mietvertrag ersichtlich (Urk. 7/8/13 f.). Es ist zwar davon auszugehen, dass die Mutter ihre Tochter nicht aus der Wohnung weist, selbst wenn die Mietzinszahlung zeitweise ausbleibt. Nicht geschlossen werden kann aber, dass sie ihrer Tochter dauerhaft eine Wohnung unentgeltlich zur Verfügung stellen kann und will. Der Mutter der Gesuchstellerin wäre eine derartige Verwandtenunterstützung nur unter besonderen Umständen zuzumuten, welche weder behauptet noch aus den Akten ersichtlich sind.

Unter diesen beiden Gesichtspunkten sind die Bedarfsposition Miete und Garage nicht zu beanstanden und unverändert von der Vorinstanz zu übernehmen.

7.2.4. Gleich wie dem Gesuchsteller ist auch der Gesuchstellerin für Strom der Betrag von Fr. 70.– anzurechnen. Dieser Betrag ist überdies nicht mehr bestritten (Urk. 2 S. 17). Zur Billag und Kosten für das Telefon ist auf die Ziff. III. 3.5. hiervor zu verweisen.

7.2.5. Die Kosten für die Krankenkasse von Fr. 410.– und die Hausratversicherung von Fr. 46.– sind nicht mehr bestritten (Urk. 2 S. 17) und entsprechend anzurechnen.

7.2.6. Die Vorinstanz gewährte der Gesuchstellerin Autobetriebskosten in der Höhe von Fr. 500.– pro Monat, da die Gesuchstellerin stets ein Auto gehabt habe und dieses daher zum Lebensstandard während der Ehe gehört habe (Urk. 3 S. 21 lit. c). Diese Argumentation ist grundsätzlich zutreffend.

Das Einkommen der Parteien – insbesondere jenes des Gesuchstellers – ist aber seit der Trennung offensichtlich gesunken. Der Gesuchsteller wurde pensioniert und zwischenzeitlich geht keine der Parteien mehr von Mieterträgen aus den Liegenschaften an der H.____-Strasse (ehemals rund Fr. 4'000.– pro Monat) aus. Die entsprechend notwendige Einschränkung des Lebensstandards ist gleichmässig auf die Parteien zu verteilen. Nachdem dem Gesuchsteller nun auch nur noch Fr. 200.– für die Mobilität angerechnet werden (Ziff. III. 3.8. hiavor), ist dieser Betrag auch bei der Gesuchstellerin zu veranschlagen.

7.2.7. Gleich wie beim Gesuchsteller ist auch in Bezug auf die Steuerlast der Gesuchstellerin soweit als möglich auf vorhandene Belege abzustellen. Der Gesuchsteller bestreitet die der Gesuchstellerin angerechnete Steuerlast von Fr. 500.– pro Monat, da diese nicht ausgewiesen sei (Urk. 2 Ziff. 4.2.3. S. 19). Die Gesuchstellerin hält dem entgegen, dass sie im Jahr 2009 Fr. 8'510.90 Steuern habe bezahlen müssen, was eine monatliche Steuerlast von Fr. 709.– ergäbe (Urk. 9 S. 50 Rz. 158 ff.). Diese Zahlen sind durch die Schlussrechnung Staats- und Gemeindesteuern 2009 der Gemeinde D.____ und durch die Veranlagungsverfügung 2009 für die direkte Bundessteuer belegt (Urk. 7/348/16 f.). In Hinblick auf das Einkommen der Gesuchstellerin und da sie die Unterhaltsbeiträge des Gesuchstellers als Einkommen versteuern muss, erscheint diese Steuerlast realistisch. Der Gesuchstellerin ist daher ein Betrag von Fr. 709.– pro Monat für die Steuern anzurechnen.

7.2.8. Die Vorinstanz rechnete der Gesuchstellerin einen Betrag von Fr. 500.– im Monat für die Prozesskosten an. Der Gesuchsteller bestreitet diesen

Betrag. Dabei verweist er auf die Ausführungen im Beschluss des Obergerichts vom 6. Oktober 2006 (Urk. 2 S. 19 Ziff. 4.2.4 mit Verweis auf Urk. 83 S. Ziff. 25.1 ff S. 25 ff.). In dieser Entscheidung wird die Rechtslage betreffend Prozesskostenvorschüsse zutreffend erläutert. Diese Erläuterungen können nach wie vor uneingeschränkte Geltung beanspruchen, weshalb zunächst auf sie zu verweisen ist (§ 161 GVG; Urk. 83 Ziff. 25.1 ff S. 25 ff.). Zusammenfassend ist hier festzuhalten, dass die Prozesskosten zwar eine zu berücksichtigende Bedarfsposition sind. Die Kosten dürfen aber im Fall, dass eine Partei ihren Bedarf nicht aus eigener Kraft decken kann, nicht bei Berechnung der Unterhaltsbeiträge berücksichtigt werden, sondern sind durch einen Prozesskostenvorschuss zu decken. Dieser ist hernach – neben einer allfälligen Parteientschädigung – bei der güterrechtlichen Auseinandersetzung zu berücksichtigen.

Zwar fehlen seitens beider Parteien substantiierte Behauptungen und Belege zu den Prozesskosten, da jedoch beide Parteien Fr. 500.– pro Monat geltend machen, rechtfertigt es sich, von Kosten in mindestens dieser Höhe auszugehen (vgl. Ziff. III. 3.12. hiervor).

Bei der Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses sind die für die Gewährung des prozessualen Armenrechts entwickelten Grundsätze analog anzuwenden. Wenn die Gesuchstellerin aufgrund ihrer finanziellen Verhältnisse in der Lage ist, die bereits aufgelaufenen und die künftig zu erwartenden Gerichts- und Anwaltskosten zu bezahlen, besteht kein Anlass, ihr einen Prozesskostenvorschuss zu gewähren (ZR 90 Nr. 57; ZR 98 Nr. 35). Bei der Prüfung der Mittellosigkeit im Rahmen der Beurteilung eines Prozesskostenvorschusses bzw. der unentgeltlichen Prozessführung nach § 84 ZPO einerseits und bei der Berechnung der Unterhaltsbeiträge im Rahmen vorsorglicher Massnahmen andererseits ist nicht ein und derselbe Notbedarf zu bestimmen, da sich die beiden Institute von ihrer Natur her grundlegend unterscheiden. Insbesondere ist die Gesuchstellerin verpflichtet zur Prozessfinanzierung allfälliges Vermögen anzugreifen. Aufgrund ihres Alters und ihrer Einkommenssituation ist ihr dabei sicher ein beachtlicher "Notgroschen" zuzugestehen, den sie nicht anzugreifen braucht. Die Gesuchstellerin verfügt aber über ein Vermögen von mehr als Fr. 250'000.– (Urk. 7/278/8

1. Seite). Dieses übersteigt die Summe, die noch als Notgroschen qualifiziert werden kann bei weitem. Der Gesuchsteller ist daher bereits unter diesem Gesichtspunkt nicht zu verpflichten, einen Prozesskostenvorschuss zu entrichten. Auf die weitere Behandlung dieser Thematik kann deshalb verzichtet werden.

7.3.1. Die Vorinstanz ging davon aus, dass die Gesuchstellerin einstweilen noch ein Einkommen von rund Fr. 3'400.– pro Monat aus ihrer Teilzeittätigkeit und der Arbeitslosenversicherung erhalten würde und grundsätzlich im Stande sein sollte, bei einem Pensum von 100 % ein Einkommen von Fr. 4'000.– (Netto) im Monat zu erwirtschaften (Urk. 3 S. 17 Ziff. 5.1 a) ff.).

Zum Einkommen der Gesuchstellerin vertritt der Gesuchsteller demgegenüber zunächst den Standpunkt, die Gesuchstellerin wolle nicht arbeiten, weshalb sie immer nur dann eine Arbeit annähme, wenn dies aus prozesstaktischen Gründen geboten scheine. Sobald die Gefahr, dass sie keine Unterhaltsbeiträge mehr erhalte, gebannt scheine, gäbe sie ihre Arbeitstätigkeit wieder auf (Urk. 7/332 S. 41 ff. Ziff. 6 ff., Urk. 2 S. 16 ff. Ziff. 4.1. ff.). Weiter tönte er an, dass die Gesuchstellerin sich habe krankschreiben lassen, damit die Kündigungsfrist der Gesuchstellerin sich bis nach ihrem 60. Geburtstag verlängere und sie hernach von der verlängerten Rahmenfrist profitieren und Arbeitslosenunterstützung bis zu ihrer Pensionierung beziehen könne. Sie habe so beabsichtigt, sich, ohne selber arbeiten zu müssen, aus der Arbeitslosenkasse und den Unterhaltsbeiträgen bis zur Pensionierung zu finanzieren (Urk. 7/332 S. 43 Ziff. 6.2.). In der Folge nahm der Gesuchsteller den Eventualstandpunkt ein, die Gesuchstellerin habe sich absichtlich und böswillig einen Tag zu früh (einen Tag vor ihrem 60. Geburtstag, vgl. Art. 27 Abs. 2 und Abs. 3 Ziff. 1 AVIG) bei der Arbeitslosenversicherung gemeldet, um eine kürzere Rahmenfrist zu erhalten und so den Gesuchsteller zu schädigen (Urk. 7/357 S. 27 Ziff. 10.3., Urk. 14 S. 16 Ziff. 24 ff.). Überdies müsse der Gesuchstellerin der Ertrag ihres Vermögens als Einkommen angerechnet werden (Urk. 2 S. 16 f. Ziff. 4.1.).

Die Gesuchstellerin ihrerseits verwies auf den Entscheid des Obergerichts vom 6. Oktober 2006 und führte aus, das Obergericht habe festgehalten, ihr dürfe kein hypothetisches Einkommen angerechnet werden. Ihr dürfe daher kein höhe-

res Einkommen als das tatsächlich belegte angerechnet werden. Da sie von der Arbeitslosenkasse ausgesteuert worden sei, habe sie nun nur noch ein Einkommen von rund Fr. 650.– im Monat, das sie mit einem Pensum von ca. 10 % bei E._____ erwirtschaftete. Auch sei der Gesuchstellerin kein Vermögensertrag anzurechnen, da dieser von ihrem Vorsorgekapital herrühre. Entsprechend müsse dieser Ertrag zur weiteren Äufnung des Vorsorgekapitals dienen (Urk. 9 S. 41 Rz. 131).

7.3.2. Im Entscheid des Obergerichtes vom 6. Oktober 2006 sind die Kriterien zur Anrechnung und Bemessung eines hypothetischen Einkommens zutreffend dargelegt. Auf diese Erwägungen ist zunächst zu verweisen, auf Detailfragen ist soweit notwendig im Sachzusammenhang einzugehen (Urk. 7/83 S. 20 ff. Ziff. 18.1 ff.).

Entgegen der Vorbringen der Gesuchstellerin wurde im Entscheid des Obergerichtes vom 6. Oktober 2006 nicht festgehalten, dass ihr grundsätzlich kein hypothetisches Einkommen angerechnet werden dürfe. Im Zeitpunkt des Entscheids arbeitete die Gesuchstellerin 60 %. Da das Obergericht aufgrund der Aufgabenteilung während des Zusammenlebens der Parteien, des Umfanges der Arbeitstätigkeit der Gesuchstellerin in der darauffolgenden Zeit, der Arbeitsmarktbedingungen und des Alters der Gesuchstellerin zum Schluss kam, ihr sei im Rahmen des Eheschutzverfahrens kein Pensum von mehr als 50 % zuzumuten, hielt es fest, dass sich die Prüfung der Anrechnung eines Einkommens erübrige (Urk. 7/83 S. 20 f. Ziff. 18.1).

Die soeben dargelegten Erwägungen sind nach wie vor zutreffend, auf diese ist daher zunächst zu verweisen (Urk. 7/83 S. 20 f. Ziff. 18.1). Zu ergänzen ist, dass sich der Arbeitsmarkt seither seitwärts bewegt hat, die Gesuchstellerin zwar einige Jahre älter geworden ist, aber zwischenzeitlich auch mit einem Pensum von 80 % bei der F._____ AG als Sekretärin gearbeitet hat (Urk. 7/347 S. 29 Rz. 102 ff.). Insgesamt ist es auch heute noch angemessen, ihr ein Arbeitspensum von 50 % zuzumuten.

Soweit der Gesuchsteller geltend macht, die Gesuchstellerin habe ihre Arbeit bei der F. _____ AG böswillig aufgegeben, stützt er sich dabei einzig auf die zeitliche Nähe (sog. Koinzidenz) zwischen der Festlegung von Unterhaltsbeiträgen durch die Vorinstanz am 9. Juni 2008 und der Kündigung durch die F. _____ AG am 23. Juli 2008 (Urk. 2 S. 16 Ziff. 4.1. mit Verweis auf Urk. 7/357 Ziff. 10 S. 23 - 29 [wohl S. 26 - 29 da die Ziff. 10 zweimal existiert] mit Verweis auf Urk. 7/332 Ziff. 6).

Aufgrund der Koinzidenz von Ereignissen kann nicht zwingend geschlossen werden, dass diese einander ursächlich bedingen. Ein solcher Schluss ist nach den Regeln der Logik nicht zulässig. Ein Indiziencharakter kann der Koinzidenz dennoch nicht abgesprochen werden. Das Scheidungsverfahren war aber bereits im damaligen Zeitpunkt äusserst strittig und sowohl die Rechts- als auch die Sachlage unklar. Es musste der anwaltlich beratenen Gesuchstellerin klar sein, dass sie sich nicht darauf verlassen konnte, die Unterhaltsbeiträge regelmässig zu erhalten. Aus den Abrechnung der Arbeitslosenkasse AVIZO vom 1. Dezember 2010 geht zunächst hervor, dass die Gesuchstellerin sich einen Tag vor ihrem 60. Geburtstag, am tt. Dez. 2008 bei der Arbeitslosenversicherung anmeldete. Weiter ist aus der Abrechnung ersichtlich, dass die Rahmenfrist der Gesuchstellerin am tt. November 2010 endete, obwohl sie noch einen Restanspruch von 42,1 Taggelder hatte (Urk. 11/7). Vor diesem Hintergrund und der belegten notfallmässigen Rückenoperation (Urk. 7/348/7 ff.) erweisen sich Mutmassungen darüber, dass sich die Gesuchstellerin böswillig hätte krankschreiben lassen, um sich die Arbeitslosenversicherung bis zur Pension zu sichern, als unglaublich. Vor dem Hintergrund des soeben Ausgeführten wirkt sodann die Behauptung, die Gesuchstellerin habe sich in Schädigungsabsicht einen Tag zu früh bei der Arbeitslosenkasse angemeldet, als gesucht, mithin nicht glaubhaft. In Abwägung aller dieser Umstände, vermag die Koinzidenz nicht glaubhaft zu machen, die Gesuchstellerin habe böswillig – in der Absicht den Gesuchsteller zu schädigen bzw. sich ohne selber arbeiten zu müssen zu finanzieren – ihre Arbeit aufgegeben. Der Gesuchstellerin ist daher das bei der F. _____ AG erwirtschaftete Einkommen nicht als hypothetisches Einkommen anzurechnen.

Der Gesuchsteller führt weiter an, dass die Kündigung der Gesuchstellerin nicht rechtens gewesen sei. Vom ehemaligen Arbeitgeber hätten daher klageweise sechs Monatslöhne als Abfindung erhältlich gemacht werden müssen (Urk. 2 S. 16 Ziff. 4.1. mit Verweis auf Urk. 7/357 S. 26 [zweite] Ziff. 10). Die betreffenden Vorbringen sind aber sehr allgemein gehalten. Da eine exakte Prognose eines Prozessverlaufes bzw. eines Prozessausganges sogar auf weitgehend gesicherter Sachlage schwierig ist, ist es alleine aufgrund der allgemeinen Behauptungen des Gesuchstellers unmöglich, abzuklären, ob ein Prozess erfolgversprechend gewesen wäre. Dementsprechend führt auch diese Argumentation ins Leere. Die erwähnten sechs Monatslöhne sind der Gesuchstellerin daher nicht anzurechnen.

Ergänzend zu den Ausführungen im Entscheid des Obergerichts vom 6. Oktober 2006 ist in Bezug auf die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens Folgendes festzuhalten: Das Rechtsinstitut des hypothetischen Einkommens wurde durch höchstrichterliche Praxis begründet, eine positivrechtliche Regelung besteht nicht (vgl. statt vieler BGE 128 II 6 E. 4a). Es gilt in sämtlichen Familiensachen zu prüfen, ob den Parteien ein hypothetisches Einkommen anzurechnen ist, sei es um ihren eigenen Bedarf zu decken und so die unterhaltsverpflichtete Partei zu entlasten oder, um den Bedarf einer unterhaltsberechtigten Partei sicherzustellen. Es wird nur aber immerhin erwartet, das Einkommen zu erzielen, das mit zumutbarem Aufwand und gutem Willen tatsächlich erzielt werden kann. Mit der Anrechnung eines hypothetischen Einkommens wird kein Strafzweck verfolgt, vielmehr geht es darum, die wirtschaftliche Existenz aller Beteiligten sicherzustellen. Dabei ist unbeachtlich, dass das wirtschaftliche Überleben in der Schweiz stets durch die Fürsorgepflicht des Staates sichergestellt ist, denn familiäre Unterhaltsansprüche gehen der Sozialhilfe vor. Diese ist daher bei der Berechnung der Unterhaltsverpflichtung grundsätzlich nicht zu berücksichtigen.

Nachdem der Gesuchstellerin grundsätzlich ein Arbeitspensum von 50 % zuzumuten ist (vgl. S. 28 hiavor), muss abgeklärt werden, ob eine entsprechende Arbeitsmöglichkeit besteht. Dabei ist auf Tatsachenfeststellungen oder auf die allgemeine Lebenserfahrung abzustellen (BGE 128 III 4 E. 4a ff.). Insbesondere sind dabei die individuellen Umstände wie Alter, Ausbildung, bisherige Berufser-

fahrung aber auch die aktuelle Wirtschafts- und Arbeitsmarktlage zu berücksichtigen.

Von Bedeutung ist vorliegend, dass die Gesuchstellerin nicht schlecht qualifiziert ist: Sie verfügt über eine kaufmännische Ausbildung und Erfahrung in verschiedenen Branchen. Als ehemalige Direktionsassistentin eines bekannten alt Nationalrates und erfolgreichen Wirtschaftsführers (alt NR G._____ [Urk. 66 S. 12 lit. b]) hat sie auch einen gewissen Leistungsausweis. Ausserdem beherrscht sie als gebürtige Schweizerin die deutsche Sprache zweifelsfrei, zudem verfügt sie über einen ungetrübten Leumund. So konnte sie im letzten Jahrzehnt denn auch verschiedene Tätigkeiten ausüben (Urk. 83 S. 19 Ziff. 17.1. ff. [Reinigung, Kinderbetreuung, Haushaltshilfe, Shopmitarbeiterin bei einer Tankstelle etc.]).

Die Gesuchstellerin ist aber nicht eine gesuchte und seltene Spezialistin, sie muss bei der Arbeitssuche mit jüngeren, unter Umständen besser ausgebildeten Arbeitnehmern konkurrieren. Diese wiederum verfügen aber nicht über die (Lebens-)Erfahrung der Gesuchstellerin. Auch hatte die Gesuchstellerin eine lange Familienpause und steht nahezu im Pensionsalter. Es ist gerichtsnotorisch, dass Arbeitnehmer, bei denen die Pensionierung in absehbarer Nähe steht, es nicht leicht haben, eine Stelle zu finden. In die gleiche Richtung deuten auch die Unterlagen betreffend Nachweis der persönlichen Arbeitsbemühungen der Arbeitslosenversicherung (Urk. 11/13). Diesen kann aber aus nachfolgenden Gründen nicht mehr als Indiziencharakter attestiert werden: Gemäss der höchstrichterlichen Praxis können bei der Bestimmung eines hypothetischen Einkommens die Voraussetzungen zum Erhalt von Arbeitslosenunterstützung nicht unbesehen übernommen werden (BGE 137 III 118 Regeste und E. 3.1). Diese Praxis wird verständlich, wenn man sich vergegenwärtigt, dass es sich beim Verfahren vor der Arbeitslosenversicherung um ein anderes, ein verwaltungsrechtliches Verfahren handelt: Die Voraussetzungen sind anders definiert, die Prüfdichte ist verschieden und die Entscheidungen werden zunächst von Verwaltungsbehörden und nicht von Gerichten getroffen. Häufig müssen zur Prüfung, ob genügende Arbeitsbemühungen unternommen wurden, anstelle der eigentlich aussagekräftigeren qualitativen Kriterien aufgrund der hohen Arbeitslast eher quantitative Krite-

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

Da die Gesuchstellerin keine Bewerbungsschreiben und insbesondere auch keine Absageschreiben einreichte, kann nicht überprüft werden, ob sie angemessene Arbeitsbemühungen unternommen hat, bzw. ob ihr tatsächlich keine Arbeit angeboten wurde. Insgesamt ist es der Gesuchstellerin daher nicht geglückt, glaubhaft zu machen, dass sie keine Arbeitsmöglichkeiten hat.

In Abwägung aller soeben dargelegten Umstände ist der Standpunkt der Gesuchstellerin, es sei ihr nicht möglich, ihre Arbeitstätigkeit auf 50 % auszuweiten, nicht glaubhaft.

Die Vorinstanz hat aufgrund des Verdienstes der Gesuchstellerin bei E._____ errechnet, dass die Gesuchstellerin bei einem Vollpensum Fr. 4'000.– monatlich verdienen kann (Urk. 3 S. 19 Ziff. 5.3; Urk. 7/348/12). Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Gesuchstellerin nur zu einem kleinen Pensum von 10 % beim betreffenden Arbeitgeber angestellt ist (Urk. 11/12). Pensum von diesem Umfang können nicht unbesehen auf 100 % hochgerechnet werden. Erfahrungsgemäss resultieren bei solchen Berechnungen zu hohe Löhne. Auch muss berücksichtigt werden, dass die Gesuchstellerin evtl. mehrere Stellen annehmen muss, um einen adäquaten Beschäftigungsgrad zu erreichen. Dem Lohnbuch kann entnommen werden, dass beispielsweise der Mediannettohohn einer kaufmännischen Angestellten im Detailhandel in der Grossregion Zürich rund Fr. 3'625.30 pro Monat beträgt, mithin etwas tiefer ist, als jener, den die Vorinstanz errechnete (Mülhauser P., Das Lohnbuch 2012, Mindestlöhne sowie orts- und berufsübliche Löhne in der Schweiz, Zürich 2012, S. 229). Dies deckt sich auch mit den Erfahrungen der Kammer. Löhne in ähnlicher Höhe können auch bei

den grossen Detailhändlern Coop und Migros sowohl im Verkauf als auch in der Verwaltung erzielt werden (Mülhauser P., a.a.O., S. 224 ff.)

Grundsätzlich ist die Höhe eines hypothetischen Einkommens zurückhaltend und vorsichtig festzulegen, um so den jeder Voraussage und Schätzung inwohnenden Unabwägbarkeiten gerecht zu werden. Das hypothetische Einkommen ist daher am unteren Rand der Bandbreite der möglichen Einkommen zu verorten. So wird eine Sicherheitsreserve geschaffen, dass das hypothetische Einkommen tatsächlich erzielt, bzw. Unerwartetes kompensiert werden kann.

Unter Berücksichtigung aller dieser Umstände ist der Gesuchstellerin ermessensweise ein teilhypothetisches Einkommen von Fr. 1'800.– netto (inkl. 13. Monatslohn) pro Monat anzurechnen.

7.3.3. Der Gesuchsteller macht weiter geltend, die Gesuchstellerin habe aufgrund der Unterhaltszahlungen für das Pferd (... bzw. ...) Fr. 23'000.–, für das Leasing Fr. 13'302.90 und für die Miete Fr. 129'360.– Vermögen in der Höhe von Fr. 142'685.– bilden können (Urk. 2 S. 10). Es scheint dabei aber ein Rechnungsfehler vorzuliegen, ergibt doch die Addition der einzelnen Positionen die Summe von Fr. 165'662.–. Die Differenz entspricht exakt den Fr. 23'000.– für das Pferd. Wie nachfolgend aufgezeigt werden wird, beeinflusst diese Unstimmigkeit das Endergebnis nicht, es kann daher auf vertiefte Behandlung verzichtet werden.

Das Pferd ... war ein Fehlkauf. Da es offenbar zum beabsichtigten Zweck nicht taugte, wurde es in der Folge verschenkt (Urk. 11/3 vgl. auch Urk. 7/333/16). Die für den Kauf aufgewendeten Fr. 24'000.– mussten als Verlust abgeschrieben werden. Selbst wenn die Gesuchstellerin aufgrund zu hoher Unterhaltszahlungen für das Pferd Vermögen in der Höhe von Fr. 23'000.– hätte bilden können, wäre dieses durch die Anschaffung des neuen Pferdes wieder aufgebraucht und in der Folge durch die Schenkung vernichtet worden.

Die Gesuchstellerin hat anerkannt, dass sie für ihr Fahrzeug keine Leasingraten mehr bezahlen muss (Urk. 9 S. 22 Rz. 57 f.). Bezüglich der behaupteten Vermögensbildung in der Höhe von Fr. 13'302.90 wird aber wiederum der Kapi-

talbedarf für den Kauf des Fahrzeugs nach Ablauf des Leasingvertrages in der Grössenordnung von Fr. 11'000.– nicht berücksichtigt (Urk. 11/4). Soweit sich der Gesuchsteller den Wert als unrichtig bezeichnet, kann darauf hingewiesen werden, dass dieser realistisch und marktüblich erscheint, weshalb sich diesbezügliche Weiterungen erübrigen.

Bezüglich der Miete der Gesuchstellerin kann auf das unter Ziff. III. 7.2.3. hiervor ausgeführte verwiesen werden. Auch eine Vermögensbildung aufgrund fehlender Mietausgaben ist somit nicht glaubhaft.

Im Ergebnis ist es dem Gesuchsteller nicht geglückt glaubhaft zu machen, dass die Gesuchstellerin über ein zusätzliches, anzehrbares und verzinsbares Vermögen in der Höhe von Fr. 142'685.– verfügt.

Der Gesuchsteller macht weiter unter Verweis auf Urk. 7/278/5 (wahrscheinlich meint er die letzte Seite der Steuererklärung 2008) geltend, die Gesuchstellerin habe im Jahr 2008 einen Vermögensertrag in der Höhe von Fr. 9'298.00 erwirtschaften können (Urk. 2 S. 16 f.). Gemäss der Urk. 7/278/5 letzte Seite betrug der Vermögensertrag aber Fr. 138.–. Auf diese Unstimmigkeit wies die Gesuchstellerin in ihrer Rekursantwort bzw. ihrem Anschlussrekurs hin (Urk. 9 S. 45 Rz. 139). In der darauf folgenden Stellungnahme erwiderte der Gesuchsteller diesbezüglich nichts substantiiertes (Urk. 14 S. 19 Ziff. 31.). Es ist daher davon auszugehen, dass die Gesuchstellerin im Jahr 2008 nur Fr. 138.– aus ihrem Vermögen erhielt. Dieser Betrag ist vorliegend vernachlässigbar.

Unbestritten blieb und auch mit den Akten in Einklang steht, dass die Gesuchstellerin im Jahr 2009 einen Vermögensertrag in der Höhe von Fr. 8'277.00 erzielen konnte. Auch glaubhaft und weitgehend unbestritten ist, dass das betreffende Vermögen zu einem grossen Teil aus dem vom Gesuchsteller erhaltenen Vorsorgekapital stammt (Urk. 2 S. 16. Ziff. 4.1., Urk. 9 S. 45 Rz. 140, Urk. 7/278/8 letzte Seite). Die Gesuchstellerin stellt sich auf den Standpunkt, dass dieses Kapital ihrer Vorsorge dienen soll und sie ihre Vorsorge weiter äufnen können müsse. Die Erträge müssten entsprechend zum Kapital geschlagen werden und dürften nicht zum Unterhalt verzehrt werden (Urk. 9 S. 45 Rz. 140).

Ausbezahltes Vorsorgekapital sollte zwar grundsätzlich der Vorsorge dienen und nicht schon während der Aktivzeit aufgebraucht werden. Vorliegend ist die spezielle Situation gegeben, dass nicht wie normalerweise das Vorsorgekapital von einer Vorsorgeeinrichtung auf eine andere übertragen wurde und daher gar nicht verfügbar ist, sondern dass dieses bar ausbezahlt wurde und den Parteien als freies Vermögen zur Verfügung steht, obwohl bei der Gesuchstellerin der Vorsorgefall noch nicht eingetreten ist. An dieser Tatsache ändert nichts, dass das Geld eigentlich der Vorsorge dienen sollte: Es ist nun frei verfügbar und kann zum Lebensunterhalt herangezogen werden. Als Vergleich kann die Situation eines Selbstständigerwerbenden, der keine zweite Säule, dafür aber Ersparnisse in Hinblick auf die Pensionierung geäufnet hat. Auch wenn seine Ersparnisse grundsätzlich der Vorsorge dienen, kann und muss er unter Umständen über diese disponieren und sie ggf. auch zur Deckung des Unterhaltes einsetzen. Der eigentlichen Widmung des Vermögens ist dabei insofern Rechnung zu tragen, als das in dieses nur zurückhaltend eingegriffen werden darf.

Im Rahmen von vorsorglichen Massnahmen wird wegen der provisorischen Natur und der begrenzten Wirkdauer des Entscheides nicht über den Vorsorgeunterhalt befunden. Den soeben hiervoor erwähnten Umständen ist aber dennoch dadurch Rechnung zu tragen, dass der Gesuchstellerin nur derjenige Vermögensertrag als Einkommen angerechnet wird, welcher bei einer dem Vorsorgekapital angemessenen vorsichtigen und risikoarmen Anlagestrategie zu erwarten ist. Es ist somit lediglich von einer Rendite von 1 % auszugehen. Die Gesuchstellerin gab in der Steuererklärung 2009 ein Vermögen von Fr. 252'000.– an (Urk. 7/278/8 1. Seite). Substantiierte und glaubhafte Behauptungen zu weiterem Vermögen wurden nicht aufgestellt, insbesondere muss das Guthaben der Säule 3a ausser Betracht bleiben, da dieses gebunden ist (Urk. 2 S. 17). Der Gesuchstellerin ist daher ein Vermögensertrag in der Höhe von Fr. 2'520.– bzw. im Jahr oder rund Fr. 200.– im Monat anzurechnen.

Nur der Vollständigkeit halber kann an dieser Stelle angemerkt werden, dass alleine aufgrund des Umstandes, dass die Gesuchstellerin eine Säule 3a äufnen konnte, nicht geschlossen werden kann, sie hätte auch Einnahmen in der ent-

sprechenden Höhe gehabt (Urk. 2 S. 17). So erscheint es insbesondere aufgrund des grossen beweglichen Vermögens aus der Auszahlung des Vorsorgeguthabens des Gesuchstellers, der Erwerbssituation und des Alters der Gesuchstellerin als durchaus sinnvoll, den Maximalbetrag, welcher bei der Berechnung des steuerbaren Einkommens abgezogen werden kann, aus dem beweglichen Vermögen in eine Säule 3a zu transferieren und so Steuern zu sparen.

7.3.4. Insgesamt ist der Gesuchstellerin somit ein teilhypothetisches Einkommen in der Höhe von insgesamt Fr. 2'000.– im Monat anzurechnen.

7.4. Als weiteres Zwischenergebnis kann festgehalten werden, dass die Gesuchstellerin ihren gebührenden Bedarf im Umfang von Fr. 2'833.– nicht aus ihrem eigenen Einkommen decken kann.

8.1. Zusammenfassend steht fest, dass bei korrekter und zurückhaltender Berechnung nach der bislang angewandten Methode, dem Gesuchsteller nach Deckung seines gebührenden Bedarfes ein Überschuss von rund Fr. 230.– verbleibt, während die Gesuchstellerin zusätzlich zu ihrem Einkommen rund Fr. 2'830.– benötigt, um ihren gebührenden Bedarf zu decken. Um den gebührenden Bedarf beider Parteien aus dem laufenden Einkommen decken zu können, fehlen somit rund Fr. 2'600.–.

8.2. Da die Parteien über beachtliche Vermögenswerte verfügen, ist zunächst zu prüfen, ob das Vermögen angegriffen werden muss.

Der diesbezügliche Standpunkt des Gesuchstellers, die Kammer habe in ihrem Beschluss vom 6. Oktober 2006 festgehalten, dass der Gesuchsteller während des Scheidungsverfahrens nicht mehr als Fr. 144'000.– aus seinem Vermögen für den Unterhalt der Gesuchstellerin verwenden müsse, trifft nicht zu. Die Kammer hatte nicht apodiktisch festgehalten, das Vermögen des Gesuchstellers dürfe maximal im Umfang von Fr. 144'000.– angegriffen werden. Vielmehr wurde festgehalten, dass dem Gesuchsteller ein Vermögensverzehr in der Höhe von Fr. 144'000.– zuzumuten sei. Eine Maximalgrenze wurde weder thematisiert noch formuliert (Urk. 2 S. 7; Urk. 7/83 S. 34).

8.3. Gemäss herrschender Lehre und Rechtsprechung bemisst sich die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Unterhaltsschuldners in erster Linie nach dessen Erwerbseinkommen und Vermögenserträgen (Hausheer/Spycher, Handbuch des Unterhaltsrechts, 2. Auflage, Bern 2010, Rz. 03.138 ff.). Erst in zweiter Linie muss auch das Vermögen herangezogen werden. Diese Frage wurde weder durch die Lehre noch die Rechtsprechung erschöpfend behandelt. Gesichert ist jedoch, dass gleich wie die Rentenbemessung im Ermessen des Gerichts liegt, auch der Beizug des Vermögens im gerichtlichen Ermessen liegt (Urteil des Bundesgerichts 5P.343/2005 vom 16. März 2006 E. 3.3.4.).

Grundsätzlich darf das Vermögen eines Unterhaltsschuldners nur restriktiv angezehrt werden. Beispielsweise wenn das Einkommen nicht ausreicht, um den Grundbedarf auf tiefem Niveau zu decken, zur Überbrückung temporärer finanzieller Engpässe oder wenn das Vermögen Teil der angemessenen Vorsorge bildet und ein Vorsorgefall eingetreten ist (so grundlegend Hausheer/Spycher, a.a.O., Rz. 03.142 m.w.H.). Muss in die Substanz des Eigengutes eingegriffen werden, ist zusätzliche Zurückhaltung angebracht. Ein derartiger Rückgriff wird aber insbesondere bei älteren Ehegatten im Pensionsalter und einer drohenden Mangelsituation für den unterhaltsberechtigten Ehegatten bejaht. Das Eigengut ist also nicht gänzlich unantastbar, es gilt bei dessen Anzehung aber sämtliche Umstände sorgfältig abzuwägen.

8.4.1. Die Gesuchstellerin verfügt gemäss ihrer Steuererklärung 2009 über ein bewegliches Vermögen von rund Fr. 252'000.– (Urk. 7/278/8 1. Seite). Weiteres Vermögen konnte nicht glaubhaft gemacht werden und wird auch durch die Aktenlage nicht angezeigt (vgl. auch Ziff. III. 7.3.3. hienvor). Erb- und sonstige Anwartschaften werden im Massnahmeverfahren nicht berücksichtigt. Die Möglichkeit der Frühpensionierung und die daraus entstehenden Ansprüche wurden weder substantiiert behauptet noch belegt. Insbesondere zur Problematik der Frühpensionierung der Gesuchstellerin während der Teilarbeitslosigkeit fehlen konkrete Behauptungen (Urk. 14 S. 17 Ziff. 26 ff.). Den nachfolgenden Erwägungen ist daher ein Vermögen der Gesuchstellerin in der Höhe von Fr. 252'000.– zu Grunde zu legen.

8.4.2. Der Umfang des Vermögens des Gesuchstellers ist umstritten. Zum einem grossen Teil sind die diesbezüglichen Behauptungen der Parteien grenzwertig substantiiert oder eignen sich grundsätzlich nicht, einen hinlänglich bestimmten, liquiden und anzehrbaren Vermögensstand glaubhaft zu machen: So ist beispielsweise der gesuchstellerische Verweis auf 26 Seiten einer Urkunde, auf denen zwar Ausführungen zum Vermögen sowie weitere Verweise gemacht werden, jedoch auch andere Themen diskutiert werden (Voraussetzungen Abänderung, Gesundheitszustand des Gesuchstellers, etc.), ungenügend substantiiert, um von der Gesuchstellerin einzeln geltend gemachte Positionen hinreichend zu bestreiten. Es ist weder der Gegenpartei noch dem Gericht zumutbar, derart umfassenden Verweisen und "Weiterverweisen" geradezu detektivistisch nachzuforschen und den einzeln behaupteten Vermögensposition die geeignete gegenteilige Sachdarstellung zuzuordnen (vgl. Urk. 9 S. 47 Rz. 147 f.; Urk. 14 S. 19 Ziff. 32 mit Verweis auf Urk. 7/332 Ziff. 1 S. 3 bis 29 und Verweis auf Urk. 7/357 Ziff. 4 S. 18 - 20 und Ziff. 9 S. 22 - 26). Andererseits merkt auch die Gesuchstellerin selbst an, dass den von ihr behaupteten Vermögenspositionen durchaus gewisse Passiven gegenüber stünden, macht dabei aber keine konkreten Zahlen geltend (Urk. 9 S. 47 Rz. 148).

Zu den von der Gesuchstellerin behaupteten Vermögenspositionen im einzelnen (Urk. 9 S. 47 Rz. 147):

- a) Auf die Liegenschaft I._____ wird nachfolgend unter Ziff. III. 8.4.3 eingegangen.
- b) Die Liegenschaft an der H._____ -Strasse ... konnte wohl tatsächlich zu einem namhaften Betrag verkauft werden. Die Gesuchstellerin verweist diesbezüglich auf den Entscheid der Vorinstanz vom 9. Juni 2008 (Urk. 9 S. 47 Rz. 147; Urk. 7/195 S. 12 f.). Dem Entscheid kann aber nicht entnommen werden, welcher Betrag aus dem Verkauf beim Gesuchsteller tatsächlich als Vermögen angefallen ist. Die Vorinstanz musste diese Frage nicht beantworten, da sie aufgrund der unklaren Aussagen des Gesuchstellers diesem weiterhin den Mietertrag der verkauften Liegenschaft anrechnete. Sicher kann aber dem Entscheid entnommen

werden, dass ein beachtlicher Teil des Verkaufserlöses zur Schuldentilgung aufgewendet wurde. Es kann dem Gesuchsteller daher aufgrund dieser Behauptung im vorliegenden summarischen Verfahren kein konkretes und anzehrbares Vermögen angerechnet werden.

- c) Die Liegenschaft an der H.____-Strasse ... wurde in den Steuererklärungen des Gesuchstellers mit einem Wert von Fr. 225'000.– aufgeführt (Urk. 333/1 f.). Dem von der Gesuchstellerin zuvor zitierten Entscheid kann aber entnommen werden, dass nicht klar sei, welcher Erlös aus dem Verkauf dieser Liegenschaft resultiert habe (Urk. 7/195 S. 14). Es kann dem Gesuchsteller daher aufgrund dieser Behauptung im vorliegenden summarischen Verfahren kein konkretes und anzehrbares Vermögen angerechnet werden.
- d) Bezüglich des Verkaufserlöses aus Stimmrechtaktien der J.____ AG für Fr. 190'705.– führt die Gesuchstellerin selber aus, dieser sei zumindest teilweise reinvestiert worden (Urk. 9 Rz. 29 f.). Zur Wertentwicklung bzw. Weiterverwendung des nicht investierten Teils liegen keine verlässlichen Angaben vor. Es kann dem Gesuchsteller daher aufgrund dieser Behauptung im vorliegenden summarischen Verfahren kein konkretes Vermögen angerechnet werden; der Gesuchsteller bestreitet sodann auch einen Vermögenszuwachs (Urk. 14 S. 5 Ziff. 6.). Es erübrigt vor diesem Hintergrund, weiter abzuklären, ob die Vorbringen des Gesuchstellers in Zusammenhang mit dem Verkauf der Stimmrechtaktien der J.____ AG rechtsmissbräuchlich sind.
- e) Zur weiteren Beteiligung an der J.____ AG im Wert von Fr. 2'266'680.– führte die Gesuchstellerin aus, dass es ihr aufgrund der mangelnden Auskunftserteilung durch den Gesuchsteller nicht bekannt sei, ob die Beteiligung durch Verkauf realisiert worden sei oder sich nach wie vor im Besitz des Gesuchstellers befinde; dies sei vorliegend nicht relevant, da der Gesuchsteller so oder anders über hohe Vermögenswerte verfüge (Urk. 9 S. 14 erstes Lemma). Diesen Vorbringen vermochte der Gesuchsteller keine konkreten und substantiierten Be-

hauptungen entgegenzusetzen. Es gilt dabei aber zu beachten, dass auch seitens der Gesuchstellerin nichts zum aktuellen Wert der Beteiligung dargetan worden war und sich ihren Ausführungen insbesondere nichts über die Liquidität des betreffenden Vermögenswertes entnehmen lässt. Es kann dem Gesuchsteller daher aufgrund dieser Behauptung im vorliegenden summarischen Verfahren kein konkretes und realisierbares Vermögen, dass zu Unterhaltsleistungen herangezogen werden könnte, angerechnet werden.

- f) Bezüglich des Verkaufs des Anteils K._____ AG für Fr. 200'000 bis Fr. 650'000.– führt die Gesuchstellerin selber aus, dieses Geschäft sei Gegenstand eines Prozesses. Anteile an Unternehmungen, die im Rechtsstreit stehen, sind sehr schwierig zu bewerten und zu realisieren, so nennt auch die Gesuchstellerin keine konkrete Zahl (Urk. 9 Rz. 35). Es kann dem Gesuchsteller daher aufgrund dieser Behauptung im vorliegenden summarischen Verfahren kein konkretes Vermögen angerechnet werden.

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

- h) Zur Höhe des Vorsorgekapitals vgl. Ziff. III. 4.2. f. hiervor sowie so-
gleich Ziff. III. 8.4.3.

8.4.3. Fest steht, dass der Gesuchsteller eine Eigengutsliegenschaft von hohem Wert besitzt. Diese wurde im Hauptverfahren begutachtet. Der Gutachter schätzte den Wert der Liegenschaft auf Fr. 2'865'000.– (Urk. 7/341 S. 10). Im Rahmen eines summarischen Verfahrens genügt dieses Gutachten, um den Wert der Liegenschaft glaubhaft zu machen. Überdies wurde auch dem Gesuchsteller ein Vorsorgeguthaben von mehr als Fr. 615'000.– nach Steuern ausbezahlt (Urk. 7/183/2 f., Ziff. III.4.2. f.hiervor). Von den Fr. 615'000.– wurden Fr. 400'000.– zur Ablösung einer Hypothek verwendet (Urk. 7/183/2). Es verbleibt eine hypothekarische Belastung von Fr. 760'000.–. Der Nettowert der Liegenschaft beträgt rund Fr. 2'105'000.–.

8.4.4. Insgesamt verfügt der Gesuchsteller somit – zurückhaltend geschätzt – über ein Vermögen von mindestens Fr. 2'450'000.–.

8.5.1. Es gilt nun abzuwägen, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang in die Vermögen der Parteien eingegriffen werden darf.

Hiervor wurde nicht ein enger Notbedarf, bzw. das absolute Existenzminimum der Parteien berechnet, sondern zwar zurückhaltend aber dennoch ein gebührender und den aktuellen Einkommensverhältnissen entsprechender Bedarf. Dies spricht eher gegen die Anzehrung des Vermögens zur Deckung des Unterhalts, gilt es doch nicht nur das blosse wirtschaftliche Überleben zu sichern.

Das Alter der Parteien – beim Gesuchsteller ist der Vorsorgefall schon eingetreten, die Gesuchstellerin steht kurz vor der Pensionierung – und die Grösse des Vermögens lassen einen Eingriff in das Vermögen demgegenüber als gerechtfertigt erscheinen.

Der Wert der Liegenschaft kann nicht leicht und vor allem nicht kurzfristig (nur durch Vermietung oder Verkauf) realisiert werden. Eine weitere hypothekarische Belastung aufgrund der Einkommensverhältnisse des Gesuchstellers und der bereits bestehenden Belastung ist wahrscheinlich nicht möglich. Dabei ist zu

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

Beim beweglichen Vermögen der Parteien handelt es sich nicht um Ersparnisse zur Aufbesserung einer gesicherten Grundvorsorge, sondern um die eigentliche Vorsorge selbst, stammt doch das Geld aus der zweiten Säule des Gesuchstellers. Dabei darf insbesondere nicht ausser Acht gelassen werden, dass das bewegliche Vermögen des Gesuchstellers insofern bereits belastet ist, als das aus diesem seine hypothetische Rente zu entnehmen ist und weitere Vermögensentnahmen einen negativen Einfluss auf die Realisierbarkeit dieser Rente haben können.

Das Urteil des Bezirksgerichts Uster, Einzelrichter im ordentlichen Verfahren, vom 9. Mai 2011 ist zwischenzeitlich bezüglich des Scheidungspunktes teilrechtskräftig geworden (Dispositiv-Ziff. 3 des Beschlusses der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 23. Februar 2012 im Verfahren LC110038). Die Parteien sind somit seit dem 4. Oktober 2011 rechtskräftig geschieden, was die eheliche Beistandspflicht im Sinne von Art. 159 Abs. 3 ZGB relativiert. Diese Umstände sprechen gegen einen weiteren und erst recht gegen einen erhöhten Vermögensverzehr zur gegenseitigen Unterstützung.

Das Verfahren dauert zwar zweitinstanzlich schon sehr lange, ist aber auch sehr weit fortgeschritten. So ist das erstinstanzliche Urteil bereits in zweiter In-

stanz angefochten worden; mit einem Abschluss des zweitinstanzlichen Verfahrens ist daher in absehbarer Zeit, d.h. in den ersten Monaten 2013, zu rechnen. Dies wiederum lässt eine weitere Anzehrung des Vermögens eher als gerechtfertigt erscheinen.

Nicht ausser Acht gelassen werden darf schliesslich, dass das Vermögen des Gesuchstellers fast um den Faktor 10 grösser ist, als jenes der Gesuchstellerin.

8.5.2. Um die Unterhaltszahlungen in der Höhe von Fr. 2'380.– pro Monat aufzubringen, muss der Gesuchsteller – da sein Überschuss rund Fr. 230.– beträgt – seinem Vermögen Fr. 2'150.– entnehmen. Pro Jahr verringert sich sein Vermögen damit um Fr. 25'800.– bzw. um rund 1.05 %. Die Gesuchstellerin muss zur Deckung ihres gebührenden Bedarfes von Fr. 4'833.– (bei einem teilhypothetischen Einkommen von Fr. 2'000.–) Fr. 453.– pro Monat ihrem Vermögen entnehmen. Dieses verringert sich somit um rund 2.2 % pro Jahr.

8.5.3. Bei gesamthafter Würdigung aller soeben dargelegten Umstände, insbesondere da die Parteien nun geschieden sind, der Scheidungsprozess aber nach wie vor andauert, ist ein stärkerer Eingriff in das Vermögen des Gesuchstellers nicht angebracht; die Anzehrung seines Vermögens für die restliche Dauer des Verfahrens im bisherigen Umfang ist aber nach wie vor zumutbar.

Zieht man noch als Vergleich hinzu, dass, bevor Ergänzungsleistungen durch die AHV/IV ausgerichtet werden, vom Versicherten verlangt wird, jährlich bis zu 10 % eines eine bestimmte Freigrenze überschreitenden Vermögens zu verbrauchen, muss den Parteien für die restliche Verfahrensdauer ein jährlicher Vermögensverbrauch von rund 1.05 % bzw. rund 2.2 % zugemutet werden (vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 5P.472/2006 vom 15. Januar 2007 E. 3.2).

9. Im Ergebnis ist daher sowohl der Rekurs als auch der Anschlussrekurs abzuweisen.

IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Die Vorinstanz hat den Entscheid über die Kosten- und Entschädigungsfolgen dem Endentscheid vorbehalten, weshalb sich eine Regelung für das vorinstanzliche Verfahren erübrigt (vgl. § 71 ZPO/ZH; Urk. 3 S. 25 Dispositiv-Ziff. 2).

2. Die Gerichtsgebühr ist in Anwendung der Verordnung des Obergerichts über die Gerichtsgebühren vom 4. April 2007 zu bestimmen (GerGebV; vgl. § 23 der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 sowie Ziff. II. 1. hiervor). Konkret sind § 5 Abs. 1 GerGebV, § 7 GerGebV sowie § 4 Abs. 3 GerGebV zu beachten. Unter Berücksichtigung der vorliegend zu beurteilenden zahlreichen strittigen Punkte und den damit verbundenen tatsächlichen, der rechtlichen Fragestellungen sowie des beachtlichen Aktenumfangs ist die Gebühr auf Fr. 6'000.– festzusetzen.

3. Die Kosten des Rekursverfahrens sind gemäss Obsiegen und Unterliegen zu verteilen (§§ 64 Abs. 2 und 68 Abs. 1 ZPO/ZH).

Der Gesuchsteller verlangte eine Aufhebung seiner Unterhaltspflicht von bis anhin Fr. 2'380.– im Monat (Urk. 2 S. 2 Ziff. 1), während die Gesuchstellerin in ihrem Anschlussrekurs eine Erhöhung der Unterhaltszahlung um Fr. 2'620.– auf Fr. 5'000.– pro Monat anbegehrte (Urk. 9 S. 4). Im Ergebnis werden beide Begehren abgewiesen. Das Ergebnis weicht um Fr. 2'380.– vom Antrag des Gesuchstellers und um Fr. 2'620.– vom Antrag der Gesuchstellerin ab.

Bei diesem Verfahrensausgang rechtfertigt es sich, von je hälftigem Obsiegen der Parteien auszugehen. Die Kosten sind daher hälftig aufzuerlegen.

4. Auf die Festsetzung einer Parteientschädigung ist aufgrund des hälftigen Obsiegens beider Parteien zu verzichten.

Es wird beschlossen:

1. Der Rekurs des Gesuchstellers und der Anschlussrekurs der Gesuchstellerin werden abgewiesen.

Die Verfügung des Bezirksgerichts Uster, Einzelrichter im ordentlichen Verfahren, vom 8. November 2010 wird bestätigt.

2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 6'000.–.
3. Die Kosten des Rekursverfahrens werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt.
4. Es wird keine Prozessentschädigung zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Uster, Einzelrichter im ordentlichen Verfahren, je gegen Empfangsschein, ferner zu den Akten des Verfahrens Nr. LC110038 der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich unter Beilage der erstinstanzlichen Akten.
6. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen 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 Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt mehr als Fr. 30'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Zürich, 16. November 2012

OBERGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. G. Kenny

versandt am:

SS