

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr. LQ110009-O/U

Mitwirkend: Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Oberrichterin
Dr. M. Schaffitz und Oberrichter lic. iur. M. Spahn sowie
Gerichtsschreiberin lic. iur. B. Demuth

Beschluss vom 27. April 2012

in Sachen

A. _____,

Gesuchsteller und Rekurrent

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Gesuchstellerin und Rekursgegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. _____

betreffend **vorsorgliche Massnahmen (Abänderung Unterhaltsbeiträge)**

**Rekurs gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren
am Bezirksgericht Andelfingen vom 7. Oktober 2010 (FE100009)**

Erwägungen:

I.

1. Mit Verfügung des Eheschutzrichters vom 5. Februar 2008 wurde das Getrenntleben der Parteien geregelt. Dabei wurden die vier gemeinsamen Kinder C._____, geb. tt.mm.1994, D._____, geb. tt.mm.1995, E._____, geb. tt.mm.1997 und F._____, geb. tt.mm.1999, unter die Obhut der Gesuchstellerin und Rekursgegnerin (fortan Gesuchstellerin) gestellt. Die von den Parteien im Rahmen des Eheschutzverfahrens getroffene Vereinbarung wurde betreffend die Kinderbelange genehmigt und im Übrigen wurde von ihr Vormerk genommen. Der Gesuchsteller verpflichtete sich gemäss dieser Vereinbarung, der Gesuchstellerin monatliche Unterhaltsbeiträge von insgesamt Fr. 3'500.– zu bezahlen, nämlich für jedes Kind sowie für sie persönlich je Fr. 700.– (Urk. 7/5/16).

Am 12. Februar 2010 liess der Gesuchsteller mittels Einreichung der Weisung des Friedensrichteramtes G._____ vom 10. Februar 2010 beim Bezirksgericht Andelfingen die Scheidungsklage anhängig machen (Urk. 7/1 und 7/2). Anlässlich der Hauptverhandlung vom 25. Mai 2010 erklärte die Gesuchstellerin ihr Einverständnis zu einer Scheidung auf gemeinsames Begehren (Prot. I S. 3). Mit Eingabe vom 3. Juni 2010 ersuchte der Gesuchsteller im Rahmen von vorsorglichen Massnahmen um Abänderung des Eheschutzentscheides vom 5. Februar 2008, namentlich um Herabsetzung der Unterhaltsbeiträge (Urk. 7/12 S. 2). Am 24. September 2010 fand unter anderem die Verhandlung betreffend die vorsorglichen Massnahmen statt (Prot. I S. 35 f.).

Mit Verfügung vom 7. Oktober 2010 wies der Einzelrichter im ordentlichen Verfahren des Bezirkes Andelfingen das Begehren um Erlass vorsorglicher Massnahmen für die Dauer des Scheidungsverfahrens ab (Urk. 7/37).

2. Dagegen erhob der Gesuchsteller mit Eingabe vom 21. März 2011 rechtzeitig (Urk. 7/50/1, Urk. 1) Rekurs, wobei er folgende Anträge stellte (Urk. 1 S. 2):

- " 1. Dispositiv Ziff. 1 der angefochtenen Verfügung sei aufzuheben, und es sei der Massnahmekläger in Gutheissung des Rekurses in Abänderung von Dispositiv Ziff. 4 Abs. 1 der Verfügung des Einzelrichters im summarischen Verfahren des Bezirks Andelfingen vom 5. Februar 2008 zu verpflichten, der Massnahmebeklagten ab 1. Juni 2010 für die Dauer des Scheidungsverfahrens monatlich im Voraus zahlbare Unterhaltsbeiträge von insgesamt CHF 200.– zu bezahlen, die als Beiträge an die Kosten des Unterhalts und der Erziehung der Kinder gelten. Mangels Leistungsfähigkeit seien dem Massnahmekläger keine weiteren Unterhaltsleistungen an die Massnahmebeklagte und die Kinder zuzumuten.
2. *Eventualiter* sei Dispositiv Ziff. 1 der angefochtenen Verfügung aufzuheben und der Massnahmekläger sei zu verpflichten, der Massnahmebeklagten an die Kosten des Unterhalts und der Erziehung der vier Kinder monatliche Unterhaltsbeiträge von insgesamt CHF 800.– zu entrichten, zahlbar monatlich im Voraus ab 1. Juni 2010 für die Dauer des Scheidungsverfahrens.
3. *Subeventualiter* sei Dispositiv Ziff. 1 der angefochtenen Verfügung aufzuheben und die Angelegenheit zur Neufestsetzung von Unterhaltsbeiträgen, die vom Massnahmekläger mit Wirkung ab 1. Juni 2010 an die Massnahmebeklagte und die Kinder zu leisten sind, an die Vorinstanz zurückzuweisen.
4. Die Kosten des Rekursverfahrens seien der Massnahmebeklagten aufzuerlegen, und sie sei zu einer angemessenen Prozessentschädigung an den Massnahmekläger zu verpflichten."

Rechtzeitig innert erstreckter Frist (Urk. 8, Urk. 9) überbrachte die Gesuchstellerin in der Folge ihre Rekursantwort vom 10. Mai 2010, worin sie auf vollumfängliche Abweisung des Rekurses unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu lasten des Gesuchstellers schloss (Urk. 10 S. 2). Mit Präsidialverfügung vom 19. Mai 2011 wurde die Rekursantwort dem Gesuchsteller zur Stellungnahme zugestellt (Urk. 11). Mit Eingabe vom 14. Juni 2011 nahm der Gesuchsteller fristwährend (Urk. 12) Stellung (Urk. 13) und reichte diverse Beilagen ein, welche Eingabe samt Beilagen mit Präsidialverfügung vom 23. Juni 2011 der Gesuchstellerin zur Kenntnis gebracht wurde (Urk. 16). Seither wurden keine weiteren Unterlagen eingereicht, weshalb weiterhin von den in den Akten ausgewiesenen Verhältnissen auszugehen ist.

Unterm 30. März 2011 verzichtete der Vorderrichter auf Vernehmlassung (Urk. 6).

II.

1. Vorbemerkungen

1. Am 1. Januar 2011 ist die Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) in Kraft getreten. Gemäss Art. 405 Abs. 1 ZPO gilt für Rechtsmittel das Recht, das bei der Eröffnung des Entscheides in Kraft ist. Der Entscheid des Eheschutzrichters wurde den Parteien – in der unbegründeten Version – am 11. Oktober 2010 (Datum Postaufgabe) eröffnet (Urk. 7/37 S. 2, Urk. 38/1 und 38/2). Damit sind für das Verfahren vor Obergericht weiterhin die Bestimmungen der kantonalzürcherischen Zivilprozessordnung (ZPO/ZH) und des Gerichtsverfassungsgesetzes (GVG/ZH) sowie die Verfahrensbestimmungen von Art. 135 bis 149 sowie Art. 280-284 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches in der vor dem 1. Januar 2011 geltenden Fassung (nachfolgend aZGB) anzuwenden.

2. Ein formell rechtskräftiger Entscheid eines Eheschutzgerichtes behält grundsätzlich auch während eines allfälligen Scheidungsverfahrens seine Gültigkeit und die Anordnungen bleiben in Kraft, bis sie durch einen Entscheid des Massnahmerichters abgeändert (oder aufgehoben) werden. Die Abänderung solcher Anordnungen kann verlangt werden, wenn sich die tatsächlichen Verhältnisse, die dem früheren Entscheid zugrunde liegen, verändert haben. Erforderlich ist eine erhebliche und dauernde Veränderung der Entscheidungsgrundlagen. Zudem ist eine Neuregelung zulässig, wenn der Eheschutzrichter von unrichtigen tatsächlichen Voraussetzungen ausgegangen ist (Hausheer/Reusser/Geiser, Berner Kommentar, Art. 179 N 8; Bühler/Spühler, Berner Kommentar, N 32 + 437 ff. zu Art. 145 aZGB; ZR 80/1981 Nr. 52). Dagegen ist die Wiedererwägung einer eheschutzrichterlichen Anordnung bloss aufgrund abweichender Würdigung des Prozessstoffes ausgeschlossen; dass eine frühere Entscheidung heute unbillig oder unzweckmässig erscheint, vermag eine Änderung nicht zu rechtfertigen (ZR 78/1979 Nr. 125).

3. Die Vorinstanz wies das Abänderungsbegehren des Gesuchstellers mangels Vorliegens eines Abänderungsgrundes ab. Zwar weise die Steuererklä-

rung 2009 mit Fr. 36'166.– aus selbständiger Erwerbstätigkeit und Fr. 416.– Wert-
 schriftenertrag deutlich geringere Einkünfte aus als diejenige von 2006, indes ha-
 be sich das Einkommen des Gesuchstellers unter Betrachtung der Gesamtum-
 stände nicht vermindert, weshalb eine Reduktion der Unterhaltsbeiträge nicht an-
 gebracht sei. Der Gesuchsteller argumentiere, dass er die Amortisationszahlun-
 gen von jährlich Fr. 13'000.– für den Investitionskredit wieder leisten müsse,
 wodurch sich sein Einkommen um diesen Betrag verringere. Dem sei jedoch nicht
 zu folgen, da der Gesuchsteller mittels eines neuen Gesuches eine weitere Sistie-
 rung der Amortisationszahlungen hätte erwirken können, wie dies bereits für die
 Jahre 2008 und 2009 beantragt und auch bewilligt worden sei, wenn auch unter
 der Voraussetzung, dass sich die Ratenzahlungen in den Folgejahren erhöht hät-
 ten. Die Vorinstanz erachtete es sodann als nicht belegt, dass der Gesuchsteller
 die Amortisationsrate von Fr. 13'000.– für das Jahr 2010 tatsächlich bezahlt habe,
 weshalb dieser Betrag weiterhin seinem Einkommen anzurechnen sei (Urk. 2
 S. 6). Der Gesuchsteller habe im Jahr 2009 sodann um rund Fr. 8'000.– höhere
 Abschreibungen gemacht, wobei er die Abschreibungsquoten einzelner Konten
 ohne ersichtlichen Grund massiv erhöht habe. Wenn man die Abschreibungen für
 das Jahr 2009 mit den selben Quoten wie im Jahr 2006 vornehme, ergäbe sich
 ein Betrag von Fr. 25'008.–. Die Differenz zum Total der für das Jahr 2009 vorge-
 nommenen Abschreibungen von Fr. 48'499.– betrage Fr. 23'491.–, welcher Be-
 trag dem Einkommen des Gesuchstellers ebenfalls anzurechnen sei. Die vom
 Gesuchsteller im Vergleich mit dem Jahresabschluss 2006 neu geltend gemach-
 ten Kosten für die Betriebsangestellte seien sodann nicht gerechtfertigt; der auf
 dem Betrieb anfallende Arbeitsaufwand habe sich seit dem Jahr 2006 nicht derart
 vergrössert, dass eine Erhöhung des Aufwandes für die Betriebsangestellte im
 geltend gemachten Umfang angemessen sei. Die Aushilfen für die Stallvertretung
 und die Pflege der Reben seien zusätzlich zur Entlastung des Gesuchstellers ein-
 gestellt worden, was nicht zulasten der familienrechtlichen Unterhaltsverpflichtung
 gehen dürfe. Verglichen mit dem Jahr 2006 - wo für die Haushaltshilfe jährlich
 Fr. 9'600.– veranschlagt worden seien - habe sich im Jahr 2009 eine Kostenstei-
 gerung von Fr. 22'586.– ergeben, welche nicht zu rechtfertigen und deshalb zum
 Einkommen des Gesuchstellers hinzuzurechnen sei. Insgesamt ergebe sich so

ein Einkommen des Gesuchstellers für das Jahr 2009 von Fr. 82'659.-, was dem Einkommen des Jahres 2006 von Fr. 82'044.- entspreche, das dem Eheschutzentscheid vom 5. Februar 2008 zugrunde gelegt worden und gestützt auf welches die Unterhaltsbeiträge an die Gesuchstellerin und die Kinder berechnet worden seien. Selbst bei Berücksichtigung gewisser zusätzlicher Betriebskosten würde sich das Einkommen des Gesuchstellers nicht in einem zu einer Reduktion der Unterhaltsbeiträge berechtigenden Ausmass verringern und wenn bei den berechtigten Abschreibungen für das Jahr 2009 noch wie im Eheschutzentscheid vom 5. Februar 2008 eine Quote von 24% als nicht notwendige Abschreibungen berücksichtigt würde, wäre das Einkommen des Gesuchstellers sogar höher als im Jahr 2006 (Urk. 2 S. 9 f.).

4. Vorliegend stehen sowohl die Unterhaltsbeiträge an die Kinder als auch diejenigen an die Gesuchstellerin persönlich im Streit. Soweit Kinderbelange zu regeln sind, gilt zum Schutze der Kindesinteressen die uneingeschränkte Offizial- und Untersuchungsmaxime (Bräm/Hasenböhler, Zürcher Kommentar, Art. 169-180 ZGB, 3. Aufl., Zürich 1998, Art. 176 N 17 und N 117; Hausheer/Reusser/Geiser, Berner Kommentar, 2. Auflage, Bern 1999, Art. 176 N 41; Bühler/Spühler, Berner Kommentar, 4. Auflage, Bern 1980, Art. 145 aZGB N 252 f. und N 418). Bei der Beurteilung des persönlichen Ehegattenunterhalts kommt jedoch grundsätzlich die Dispositionsmaxime zur Anwendung. Dies steht insofern im Gegensatz zur Offizialmaxime, als die Parteien dort nicht alleine über den Streitgegenstand verfügen können und dementsprechend die Sammlung des Prozessstoffes auch dem Gericht obliegt (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur Zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, N 24 zu § 54 ZPO/ZH). Unterhaltsbeiträge, die sowohl dem Ehegatten als auch den Kindern geschuldet sind, bilden in Bezug auf die Leistungsfähigkeit des Gesuchstellers indes ein Ganzes, dessen einzelne Teile nicht unabhängig voneinander festgesetzt werden können, weshalb die bundesrechtlich statuierte Untersuchungsmaxime umfassend gilt (vgl. Pra 2003 Nr. 5 S. 29/30). Das bedeutet, dass neue Tatsachenbehauptungen oder -bestreitungen sowie die Bezeichnung und Beibringung neuer Beweis- (bzw. Glaubhaftmachung-)mittel im Rekursverfahren zulässig und beachtlich sind (§ 278 i.V.m. § 276 i.V.m. § 138 und § 115 Ziff. 4 ZPO/ZH). Offi-

zial- und Untersuchungsmaxime ändern jedoch nichts am summarischen Charakter des Verfahrens (vgl. Breitschmid, in: Das neue Scheidungsrecht, Zürich 1999, Stiftung für juristische Weiterbildung Zürich [Hrsg.], Kind und Scheidung der Elternehe, S. 107). Das bedeutet insbesondere, dass auch bei Kinderbelangen die Parteien grundsätzlich dem Gericht den wesentlichen Sachverhalt substantiiert darlegen und glaubhaft machen müssen (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., § 54 ZPO/ZH N 35). Das Gericht kann auch bei Kinderbelangen auf ihm plausibel erscheinende Aussagen einer Partei abstellen, ohne weitere Beweismittel beizuziehen (ZR 79 Nr. 64; Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 1979, S. 323 Anm. 27).

2. Einkommen Gesuchsteller

Der Gesuchsteller ist selbständiger Landwirt in H. _____. Im Eheschutzverfahren wurde von einem jährlichen Einkommen von Fr. 82'044.– bzw. monatlich Fr. 6'837.– ausgegangen. Dieses setzte sich zusammen aus Fr. 57'802.– (steuerbares Einkommen gemäss Steuererklärung 2006), Fr. 1'444.– (Wertschriftenertrag 2006), Fr. 13'000.– (dem Einkommen angerechnete Amortisationszahlung für einen Investitionskredit) und Fr. 9'798.– (nicht notwendige Abschreibungen) (vgl. Urk. 7/5/18). Zur Begründung seines Begehrens um vorsorgliche Massnahmen im zwischen den Parteien hängigen Scheidungsverfahren liess der Gesuchsteller vorbringen, sein steuerbares Einkommen habe im Jahr 2009 nur noch Fr. 48'350.– betragen und es seien die jährlichen Amortisationszahlungen von Fr. 13'000.– wieder zu leisten sowie betriebsnotwendige Abschreibungen zwingend vorzunehmen. Sein Einkommen sei deshalb auf nur noch Fr. 3'000.– monatlich festzusetzen (Urk. 7/12 S. 3 f.).

2.1. Amortisationszahlungen

Der Gesuchsteller argumentierte im Abänderungsverfahren, man habe im Eheschutzverfahren sein Einkommen nach Möglichkeit zu verbessern versucht, indem die Amortisationszahlungen für die Jahre 2008 und 2009 sistiert und nicht alle Abschreibungen berücksichtigt worden seien. Damit habe man erreichen wollen, dass er der Gesuchstellerin und den Kindern wenigstens vorübergehend einen ausreichenden Unterhaltsbeitrag leisten könne (Prot. I S. 41, S. 42 f.). Zu die-

ser Kompromisslösung sei man gekommen, weil sich schon im Eheschutzverfahren abgezeichnet habe, dass es zu keiner Wiedervereinigung der Parteien kommen würde und die Scheidung bereits damals absehbar gewesen sei. Die Regelung des Eheschutzverfahrens sei im Hinblick auf eine baldige Scheidung getroffen worden und vor dem Hintergrund, dass die damals festgesetzten Unterhaltsbeiträge lediglich für einen begrenzten Zeitraum zu bezahlen sein würden. Nun stehe aber fest, dass die Regelung des Eheschutzrichters noch viel länger dauern werde als angenommen, weshalb auf die tatsächlichen Verhältnisse abzustellen sei (Prot. I S. 43). Diese bestünden darin, dass die Verpflichtung des Gesuchstellers zur Leistung der Amortisationszahlungen wieder aufgelebt sei und die betriebsnotwendigen Abschreibungen zur Erhaltung der familienrechtlichen Existenzgrundlage zwingend vorzunehmen und zu berücksichtigen seien (Prot. I S. 43). Die Gesuchstellerin liess dagegen vorbringen, die Verpflichtung des Gesuchstellers zur Leistung der Amortisationszahlungen habe im Jahr 2007 bereits bestanden und sei im Eheschutzverfahren berücksichtigt worden (Prot. I S. 37). Dass die Amortisationszahlungen bereits im Eheschutzverfahren ein Thema waren, wurde sodann vom Gesuchsteller nicht bestritten (Prot. I S. 40). Der Eheschutzrichter hat die Amortisationszahlung von Fr. 13'000.– zum Einkommen des Gesuchstellers hinzugerechnet in der Annahme, dass der Gesuchsteller diese Zahlung für zwei Jahre wird sistieren können (vgl. Urk. 7/5/18, Urk. 7/9/1), was auch der Fall war. In den Jahren 2008 und 2009 musste der Gesuchsteller die Amortisationszahlungen nicht leisten.

Das Argument, dass der Gesuchsteller die Amortisationszahlungen von Fr. 13'000.– für das Jahr 2010 wieder leisten müsse, was zu einer Reduktion seines Einkommens führe, liess der Vorderrichter nicht gelten. Das eingereichte Schreiben der I. _____ [Kreditgeberin] vom 5. November 2008 (Urk. 7/9/1), mit welchem dem Gesuchsteller die Sistierung der Amortisationsraten für die Jahre 2008 und 2009 bestätigt und er darüber informiert wurde, dass für weitere Sistierungen ein neues Gesuch gestellt werden müsste, was eine Erhöhung der Raten für die nächsten Jahre zur Folge hätte, sei dahingehend zu verstehen, dass eine erneute Sistierung grundsätzlich möglich wäre. Der Gesuchsteller habe es jedoch unterlassen, ein solches Gesuch zu stellen, obwohl es ihm zuzumuten gewesen

wäre. Hiergegen bringt der Gesuchsteller vor, eine weitere Sistierung wäre schon aufgrund der bundesrechtlichen Vorschriften nicht möglich gewesen, da die Verordnung über die Strukturverbesserung in der Landwirtschaft (SVV, SR 913.1) in Art. 48 Abs. 2 lit. a statuiert, dass die Rückzahlung von Investitionskrediten innerhalb der Maximalfristen um höchstens zwei Jahre aufgeschoben werden könne. Die Rückzahlungsfrist werde durch die Sistierung nicht verlängert, sodass die Raten in den Folgejahren erhöht werden müssten, damit die Rückzahlung innerhalb der Maximalfrist möglich sei (Urk. 1 S. 7 f.). Die Vorinstanz erwägt in ihrem Entscheid weiter, der Gesuchsteller habe keinen Beleg darüber eingereicht, dass er die Amortisationsrate für das Jahr 2010 tatsächlich bezahlt habe. Daher sei nicht belegt, dass sich sein Einkommen tatsächlich um Fr. 13'000.– reduziert habe, weshalb dieser Betrag dem Einkommen des Gesuchstellers weiterhin anzurechnen sei (Urk. 2 S. 6). Im Rekursverfahren reicht der Gesuchsteller nunmehr eine Rechnung der I. _____ vom 30. September 2010 über Fr. 13'000.–, zahlbar per 1. November 2010, sowie einen Beleg über die Zahlung des genannten Betrages per 22. November 2010 ein (Urk. 4/5). Entgegen der Ansicht der Gesuchstellerin (vgl. Urk. 10 S. 7) handelt es sich hierbei nicht um ein unzulässiges Novum, war der Gesuchsteller doch im Zeitpunkt der Verhandlung über vorsorgliche Massnahmen, welche am 24. September 2010 stattfand, noch nicht im Besitze der erwähnten Rechnung (Urk. 13 S. 12 f.).

Die Amortisationszahlung von Fr. 13'000.– für den Investitionskredit wurde vom Gesuchsteller im Jahr 2010 belegtermassen wieder geleistet und sein Einkommen hat sich damit nachweislich um Fr. 13'000.– reduziert.

Grundsätzlich muss die Rückzahlung von Schulden vor familienrechtlichen Verpflichtungen zurückstehen. Lässt sich der gebührende Familienunterhalt mit den vorhandenen Einkünften nicht decken, so kann der Unterhaltsschuldner deshalb aufgrund der Beistandspflicht auch gehalten sein, für die Bestreitung des Unterhaltes der Familie sein Vermögen anzugreifen (Bräm/Hasenböhler, Zürcher Kommentar, 163 N 65 und N 104; Hausheer/Spycher, Handbuch des Unterhaltsrechts, Bern 1997, S. 158 f.). Im Verfahren betreffend vorsorgliche Massnahmen für die Dauer eines Scheidungsverfahrens gilt dies umso mehr, als dort noch nicht

definitiv über die naheheliche Unterhaltsverpflichtung entschieden wird, sondern lediglich die Deckung des Bedarfs bis auf Weiteres sichergestellt werden soll. Der Gesuchsteller musste im Jahr 2010 die Amortisationszahlung für den Investitionskredit wieder leisten, und die Rückzahlung wird bei gleich bleibenden Raten voraussichtlich noch bis ins Jahr 2018 andauern (Urk. 4/4, Anhang 3). Der Gesuchsteller als Unterhaltsverpflichteter ist gehalten, seine wirtschaftliche Existenz, welche letztlich die Grundlage für sein Einkommen und damit für die an die Gesuchstellerin und die Kinder zu zahlenden Unterhaltsbeiträge bildet, zu sichern und aufrecht zu erhalten. Insofern ist die Rückzahlung des Investitionskredites Teil des betrieblichen Aufwandes und deshalb beachtlich. Angesichts der Höhe der Erbschaft des Gesuchstellers (Fr. 357'500.-; Urk. 13 S. 15) sowie der Tatsache, dass die Gesuchstellerin und die Kinder auf Unterhaltsbeiträge angewiesen sind, ist es dem Gesuchsteller jedoch zuzumuten, die jährlich anfallenden Amortisationszahlungen aus dem Vermögen zu leisten. Das geltend gemachte Versprechen gegenüber seiner verstorbenen Tante in Bezug auf die Verwendung der Erbschaft (vgl. Urk. 13 S. 15) vermag den Gesuchsteller nicht von seiner Unterhaltspflicht zu befreien. Überdies dauert das Scheidungsverfahren der Parteien schon geraume Zeit, die noch einzuholenden Gutachten liegen mittlerweile jedoch vor und es kann davon ausgegangen werden, dass es in absehbarer Zeit erledigt wird.

Zusammenfassend ist die Amortisationszahlung von Fr. 13'000.- zwar zu beachten, da sie sowohl nötig war, als auch im Jahr 2010 effektiv wieder geleistet wurde. Indes ist es dem Gesuchsteller zuzumuten, sie bis zum Abschluss des Scheidungsverfahrens aus dem Vermögen zu bestreiten.

2.2. Betriebsnotwendige Abschreibungen

Der Gesuchsteller brachte zur Begründung seines Begehrens um vorsorgliche Massnahmen unter anderem vor, es seien die betriebsnotwendigen Abschreibungen wieder zwingend vorzunehmen, was zu einer Reduktion seines Einkommens führe (Urk. 7/12 S. 4). Im Eheschutzverfahren sei man überein gekommen, dass von den Abschreibungen im Jahr 2006, welche insgesamt Fr. 40'806.- betragen, ein Teil in der Höhe von Fr. 9'798.-, was einer Quote von 24% entspreche, nicht notwendig gewesen sei, weshalb man diesen Betrag dem

Einkommen des Gesuchstellers angerechnet habe (vgl. Urk. 7/5/18, Urk. 1 S. 9 und Urk. 2 S. 6). Die Gesuchstellerin warf dem Gesuchsteller vor, die Abschreibungen seit dem Jahr 2006 tendenziell erhöht zu haben, räumte aber ein, dass die Schwankungen gering seien (Prot. I S. 38). Der Gesuchsteller führte dazu aus, es seien immer nur betriebsnotwendige und betrieblich zwingende Abschreibungen vorgenommen worden und diese seien auch weiterhin vorzunehmen. Im Eheschutzverfahren hätten sodann auch keine Hinweise darauf vorgelegen, der Gesuchsteller würde auf eine unzulässige oder unlautere Art und Weise Abschreibungen vornehmen. Vielmehr habe man aus denselben Überlegungen wie auch bei den Amortisationszahlungen – im Hinblick auf die Befristung der eheschutzrichterlichen Regelung und mit Betonung deren vorübergehenden Charakters – nicht die gesamten Abschreibungen berücksichtigt. Nun stehe aber fest, dass die eheschutzrichterliche Regelung bedeutend länger dauern würde als angenommen, weshalb auf die tatsächlichen Verhältnisse abzustellen sei, welche sich anders als im Eheschutzverfahren präsentierten (Prot. I S. 42 f.). Die betriebsnotwendigen Abschreibungen seien zur Erhaltung der familienrechtlichen Existenzgrundlage nötig. Wenn keine Abschreibungen gemacht würden, 'verlie-derliche' der Betrieb und es könnten keine Ersatzinvestitionen getätigt werden, dienten doch die Abschreibungen letztlich dazu, diese zu finanzieren und Schulden zu tilgen (Prot. I S. 48).

Die Vorinstanz führte im angefochtenen Entscheid hierzu aus, die Abschreibungen hätten im Jahr 2009 insgesamt Fr. 48'499.– betragen, seien also rund Fr. 8'000.– höher ausgefallen als im Jahr 2006, was auf zum Teil massive und ohne ersichtlichen Grund vorgenommene Erhöhungen der Abschreibungsquoten auf einzelnen Konti zurückzuführen sei. Wäre im Jahr 2009 mit denselben Quoten wie im Jahr 2006 abgeschrieben worden, hätten sich berechnete Abschreibungen in der Höhe von Fr. 25'008.– ergeben. Verglichen mit den tatsächlichen Abschreibungen des Jahres 2009 von Fr. 48'499.– ergebe sich lediglich aufgrund der höheren Quoten, mit denen im Jahr 2009 abgeschrieben worden sei, eine Differenz von Fr. 23'491.–. Diese Differenz sei dem Gesuchsteller als Einkommen anzurechnen (Urk. 2 S. 7).

Der Gesuchsteller beruft sich im Rekursverfahren darauf, dass insbesondere in den Jahren 2007 und 2008 die Abschreibungen mit Fr. 55'649.– und Fr. 56'678.– noch höher gewesen seien als im Jahr 2009. Auch in den Jahren vor 2006 hätten sie sich in diesem Rahmen bewegt und seien immer vorgenommen worden im Zusammenhang mit betriebswirtschaftlichen Entscheidungen, die in den Folgejahren umgesetzt worden seien (Urk. 1 S. 9). Seit Beginn seiner selbständigen Erwerbstätigkeit schreibe er mit derselben Methode ab und dies in enger Zusammenarbeit mit der J._____ AG (Urk. 1 S. 10). Im Einzelnen begründet der Gesuchsteller die von der Vorinstanz als nicht nötig und nicht genügend begründet erachteten Erhöhungen der Abschreibungsquoten auf den im angefochtenen Entscheid erwähnten Konti wie folgt (Urk. 1 S. 10 f., Urk. 7/13/2, 7/25/20):

- Konto 160, technische Einrichtungen: Im Mutterkuhstall müsse ein frostsicherer Technikraum eingebaut werden und die Baubewilligung liege bereits vor, weshalb die Abschreibungsquote auf 20% erhöht worden sei.
- Konto 161, Heizung 18: Der Heizkessel der Liegenschaft habe einen Riss und werde in nächster Zukunft ersetzt werden müssen, weshalb der Abschreibungssatz erhöht worden sei.
- Konto 164, Gebäude Nr. ...: Im Jahr 2006 sei dort nichts abgeschrieben worden, weil die Renovationsarbeiten damals noch gar nicht abgeschlossen gewesen seien.
- Konto 165, Wohnhaus mit Ökonomie: Eine Erhöhung der Abschreibungsquote von 1% auf 4% entspreche dem üblichen Vorgehen.
- Konto 166, Mutterkuhstall: Die Erhöhung der Abschreibungsquote sei auch bezüglich dieses Kontos normal.
- Konto 168, Liegenschaft 18: Bei diesem Konto bewege sich die Erhöhung der Abschreibungsquote ebenfalls im üblichen Rahmen.
- Konto 196, Jauchegrube: Eine Erhöhung der Abschreibungsquote von 5% auf 15% innerhalb von 3 Jahren sei nicht ungewöhnlich. Gerade im Bereich des

Gewässerschutz dränge sich ein höherer Abschreibungsbedarf auf. Dies umso mehr, als bei den bereits feststehenden Investitionen gemäss Finanzplanung (Urk. 4/4) zu berücksichtigen sei, dass neben der Drainage auch die Wasserversorgung erneuert und angepasst werden müsse.

Der Gesuchsteller lässt schliesslich vorbringen, die Abschreibungsquoten aus dem Jahr 2006 könnten nicht linear auf das Jahr 2009 übertragen werden, ohne dass die betriebswirtschaftlichen und betrieblichen Notwendigkeiten berücksichtigt würden; dies umso mehr, als einzelne Positionen im Jahr 2006 noch gar nicht hätten berücksichtigt werden können, da beispielsweise die Renovationsarbeiten am Gebäude Nr. ... (Konto 164) noch nicht abgeschlossen gewesen seien (Urk. 1 S. 10). Die Gesuchstellerin stellt sich auf den Standpunkt, dass unter familienrechtlichen Gesichtspunkten Abschreibungen generell nicht zu akzeptieren seien, wenngleich sie zwar steuerlich und betriebswirtschaftlich sinnvoll und zulässig seien sowie langfristig betrachtet einen ökonomischen Wert hätten und jeder Unternehmer abschreiben müsse, damit er wieder investieren könne (Prot. I S. 44, Urk. 10 S. 5). So habe der Gesuchsteller viele Möglichkeiten, den Ertrag seines Unternehmens und in diesem Zusammenhang auch die Abschreibungen zu beeinflussen, indem er die Abschreibungssätze von Fall zu Fall erhöhe oder grössere Investitionen zeitlich vorziehe resp. neue und leistungsfähigere Maschinen anschaffe. Der Gesuchsteller habe stets drei Traktoren gehabt, im Jahr 2009 oder 2010 habe er sich jedoch noch einen neuen John Deere Traktor gekauft, welcher mit einem sehr teuren Frontmäher ausgestattet sei (Urk. 10 S. 5). Abschreibungen dienen primär dazu, das faktische Einkommen zu schmälern und in diesem Umfang Rückstellungen zu machen, damit zu einem späteren Zeitpunkt neue Investitionen getätigt werden könnten. Da die Höhe dieser Abschreibungen gesteuert werden könne und es im Ermessen des Unternehmers liege, diese zu bestimmen, dürften die Abschreibungen nicht einkommensreduzierend berücksichtigt werden, zumal es vorliegend darum gehe, den Gesuchsteller lediglich für einen beschränkten Zeitraum zu Unterhaltsbeiträgen zu verpflichten. Schon mit den der Gesuchstellerin und den Kindern im Eheschutzverfahren zugesprochenen Unterhaltsbeiträgen von insgesamt Fr. 3'500.– hätten zur Deckung des Existenzminimums rund Fr. 1'500.– gefehlt. Wenn der Gesuchsteller nun die Berücksichti-

gung der vollen Abschreibungen gemäss Geschäftsabschluss 2009 sowie der Amortisationszahlungen von Fr. 13'000.– jährlich verlange, sei dies umso stossender, als der Gesuchsteller wohl wisse, dass die Gesuchstellerin ohne diese Unterhaltsbeiträge zu einem Sozialfall würde. Die Abschreibungen des Gesuchstellers seien deshalb in dem Masse nicht zulässig, als dadurch reduzierte Unterhaltsbeiträge oder im Extremfall gar keine Unterhaltsbeiträge die Gesuchstellerin zum Gang zum Sozialamt zwingen würden (Urk. 10 S. 6). Es gäbe keinen plausiblen Grund für die massive Erhöhung einzelner Abschreibungsquoten im Vergleich der Jahre 2006 bis 2009 und daran ändere auch nichts, dass diese von den Behörden als angemessen betrachtet worden seien, spiele doch die steuerliche oder betriebswirtschaftliche Angemessenheit keine Rolle. Entscheidend sei allein, ob die Abschreibungen unter familienrechtlichen Gesichtspunkten gerechtfertigt seien oder nicht (Urk. 10 S. 7).

Mit Abschreibungen werden im betrieblichen Rechnungswesen planmässige oder ausserplanmässige Wertminderungen von Vermögensgegenständen erfasst. Gemäss Art. 28 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die direkte Bundessteuer (DBG, SR 642.11) sind geschäftsmässig begründete Abschreibungen von Aktiven zulässig, soweit sie buchmässig ausgewiesen sind. Grundsätzlich ist im Rahmen des summarischen Verfahrens von der Richtigkeit der Buchhaltung auszugehen. Ob die Wertberichtigungen zu Recht erfolgt sind oder nicht, kann im vorliegenden summarischen Massnahmeverfahren nicht abschliessend beurteilt werden. Unter Hinweis auf Bräm/Hasenböhler, Zürcher Kommentar zum ZGB, Zürich 1993, Art. 163 N 67 ist festzuhalten, dass bei der Berechnung des Einkommens an den im Steuerrecht hauptsächlich gebräuchlichen Einkommensbegriff anzulehnen ist. Demnach sind Abschreibungen und Rückstellungen, welche aus steuerrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden sind, grundsätzlich auch im Familienrecht zu beachten. Abschreibungen und Rückstellungen sind im Rahmen des Angemessenen betriebswirtschaftlich notwendig. Es handelt sich dabei – auch wenn sie nicht in der Berechnungsperiode bezahlt werden müssen – doch um Kosten, die tatsächlich anfallen werden, weil etwa an Wert verlierende Investitionsgegenstände irgendwann ersetzt werden müssen, und Risiken, für welche Rückstellungen ge-

macht werden, sich nach den Gesetzen der Wahrscheinlichkeit früher oder später auch verwirklichen können.

Der Gesuchsteller macht in seiner Rekursbegründung weder geltend, dass sich die tatsächlichen Verhältnisse massgeblich geändert hätten, noch legt er glaubhaft dar, dass die Erwägungen des Eheschutzrichters im Entscheid vom 5. Februar 2008 (Urk. 7/5/16), auf welche sich auch der angefochtene Entscheid der Vorinstanz vom 7. Oktober 2010 stützt (Urk. 2), unrichtig wären. Die Erhöhung der Abschreibungssätze auf einzelnen Konti seit dem Jahr 2006 mag somit unter Umständen zwar betriebswirtschaftlich zulässig und sinnvoll sein, aber im Rahmen der Abänderung einer Eheschutzverfügung darf nicht in das Ermessen des Eheschutzrichters eingegriffen und eine neue Einschätzung vorgenommen werden, wenn sich die tatsächlichen Verhältnisse nicht so verändert haben, dass ein Abänderungsgrund vorliegt. Ausserdem ist im Rahmen von vorsorglichen Massnahmen von einer beschränkten Zeitdauer auszugehen, während welcher die Abschreibungen in diesem – aus betriebswirtschaftlicher Sicht durchaus tiefen – Umfang zu berücksichtigen sind. Sollten sich in Zukunft höhere Abschreibungsquoten damit rechtfertigen lassen, dass beispielsweise bislang lediglich anstehende oder geplante Investitionen tatsächlich vorgenommen wurden, wären diese aufgrund der dannzumal ausgewiesenen tatsächlich angefallenen Kosten zu berücksichtigen. Damit sind die Abschreibungen im vorliegenden Verfahren aber zu denselben Sätzen zu berücksichtigen, wie sie dem Entscheid des Eheschutzrichters vom 5. Februar 2008 zugrunde lagen. Neu zu berücksichtigen sind allerdings die Abschreibungen auf dem Konto Nr. 164, Gebäude Nr. ... im Umfang von Fr. 168.– (Urk. 7/25/20 S. 8 f.). Auf diesem Konto wurden im Jahr 2006 noch keine Abschreibungen gemacht, da die Renovationsarbeiten damals noch nicht beendet waren. Insgesamt resultieren damit zu berücksichtigende Abschreibungen von Fr. 25'178.–. In der Höhe von Fr. 23'321.– (Abschreibungen insgesamt von Fr. 48'499.– abzüglich der zu berücksichtigenden Abschreibungen von Fr. 25'178.–) sind die Abschreibungen jedoch nicht zu berücksichtigen und dem Gesuchsteller deshalb als Einkommen anzurechnen.

2.3. Barlöhne

Im Verfahren vor Vorinstanz begründete der Gesuchsteller die Positionen 560 und 562 in der Jahresrechnung 2009, welche mit 'Barlöhne' und 'Kost und Logis' bezeichnet und worin Kosten von Fr. 25'256.– und Fr. 6'930.– verzeichnet sind (Urk. 7/9/2, 7/13/2, 7/25/20) damit, dass es sich bei der Position 'Barlöhne' um die Kosten für seine Angestellte handle, die er seit dem 1. Juni 2009 beschäftige. Ein Teil der Beschäftigung sei Haushaltshilfe, der andere Mithilfe im landwirtschaftlichen Betrieb. Dort habe sich seit 2006 insofern eine Änderung ergeben, als er 22 Aren mehr Reben bearbeite, was mit einem hohen Arbeitsbedarf verbunden sei, weshalb er zusätzliche Hilfskräfte benötigt habe. Der Gesuchsteller habe sodann keine Landdienstmitarbeiter mehr, zudem hätten früher die Kinder ab und zu auf dem Hof gearbeitet und er selber habe immer zu viel gearbeitet und sei chronisch überlastet gewesen. Um eine Entlastung zu erreichen, habe er jemanden angestellt (Prot. I S. 47). Sodann seien laut Arbeitsvertrag der Angestellten Fr. 990.– des Bruttolohnes von Fr. 3'110.– für Kost und Logis vorgesehen. Die Angestellte wohne bei ihm auf dem Hof (Prot. I S. 47).

Die Vorinstanz führte im angefochtenen Entscheid aus, die zusätzliche Arbeitsbelastung des Gesuchstellers sei im Eheschutzverfahren bereits berücksichtigt worden, indem man im Bedarf Fr. 800.– monatlich für eine Haushaltshilfe eingesetzt habe. Eine wesentliche Veränderung auf dem Betrieb des Gesuchstellers respektive eine relevante Vergrösserung desselben – insbesondere die zusätzliche Bewirtschaftung der 22 Aren Reben –, welche den geltend gemachten Aufwand für eine Betriebsangestellte rechtfertigen würde, sei weder belegt noch glaubhaft dargetan. Schliesslich weist die Vorinstanz darauf hin, dass das Eheschutzverfahren mit Verfügung vom 5. Februar 2008 abgeschlossen worden sei, zu welchem Zeitpunkt die 22 Aren Reben bereits zum Betrieb des Gesuchstellers gehört hätten (Urk. 2 S. 8). Dass der Gesuchsteller nach der Trennung aus rechtlichen Gründen keine Landdienst-Arbeitskräfte mehr beschäftigen könne, sei keine unvorhersehbare Tatsache und der Gesuchsteller habe keine Gründe vorgebracht, warum er nicht mehr in demselben Ausmass arbeiten könne wie zum Zeitpunkt des Eheschutzverfahrens. Die Einstellung der Aushilfen und insbesondere der Betriebsmitarbeiterin sei deshalb einzig zur Entlastung des Gesuchstellers erfolgt, was zwar legitim sei, sich aber nicht auf die Unterhaltsverpflich-

tung gegenüber der Gesuchstellerin und der Kinder auswirken dürfe. Die Vorinstanz hat schliesslich die Kosten für 'Barlöhne' (Konto 560) von Fr. 25'643.– und für 'Kost und Logis' (Konto 562) von Fr. 6'930.–, insgesamt Fr. 32'186.– (vgl. Urk. 7/25/20) den im Eheschutzverfahren im Bedarf des Gesuchstellers berücksichtigten Kosten für die Haushalthilfe von Fr. 9'600.– gegenübergestellt und die Differenz von Fr. 22'586.– dem Einkommen des Gesuchstellers angerechnet mit der Begründung, dass eine Kostensteigerung für Aushilfsarbeiten und eine Betriebsmitarbeiterin in diesem Ausmass nicht gerechtfertigt sei (Urk. 2 S. 9).

Im Rekursverfahren lässt der Gesuchsteller ausführen, dass der Ertrag aus der Bewirtschaftung der Reben um durchschnittlich Fr. 9'054.– habe erhöht werden können, sei bei den sinkenden Preisen für Traubengut einzig auf die Vergrösserung der bewirtschafteten Fläche zurück zu führen. Der Eheschutzrichter habe der Berechnung des Einkommens des Gesuchstellers die Jahresrechnung 2006 zugrunde gelegt, zu welchem Zeitpunkt die Reben noch von der Tante des Gesuchstellers bewirtschaftet worden seien (Urk. 1 S. 14). Weiter bringt der Gesuchsteller vor, die 'Strukturkosten Arbeit' der Jahre 2009 und 2006 könnten nicht miteinander verglichen werden. Im Jahr 2006 hätten die Parteien noch zusammengewohnt und ihm hätten für die Bewirtschaftung seines Betriebes Landdienstkräfte zu Verfügung gestanden, welche – im Unterschied zu einer regulären Angestellten – die Betriebsrechnung nicht in einem spürbaren Umfang belasteten. Nach dem Auszug der Gesuchstellerin und der Kinder sei – schon im Eheschutzverfahren – klar gewesen, dass dem Gesuchsteller ohne die Mithilfe der Familie und der Landdienstkräfte Arbeitsstrukturkosten anfallen würden (Urk. 1 S. 12, Prot. I S. 12 f.). So hätten sich die 'Strukturkosten Arbeit' im Jahr 2008 nämlich bereits auf Fr. 14'387.– erhöht (vgl. Urk. 1 S. 13, Urk. 7/9/2, Urk. 7/25/20). Einen weiteren Grund für die Erhöhung der Arbeitsstrukturkosten sieht der Gesuchsteller darin, dass er nach seiner Knieoperation im Jahr 2009 vorübergehend arbeitsunfähig gewesen sei (Urk. 1 S. 13). Offenkundig sei sodann, dass der Betrieb des Gesuchstellers, welcher einen Arbeitsaufwand von über 1.9 SAK (Standardarbeitskräfte) erfordere, was rund 5'414 Arbeitsstunden pro Jahr entspreche, nicht ohne zusätzliches Personal bewirtschaftet werden könne. Der Gesuchsteller habe stets zu viel gearbeitet und sei chronisch überlastet gewesen, weswegen er auch

seit Längerem bei Frau Dr. med K._____, Fachärztin FMH für Psychiatrie und Psychotherapie in Behandlung stehe. Eine weitere Entlastung sei aktuell noch immer dringend geboten (Urk. 1 S. 13, Urk. 15/6).

Die Gesuchstellerin bestreitet die Darstellung des Gesuchstellers, was seine chronische Überlastung sowie seine reduzierte Arbeits- und Leistungsfähigkeit betrifft (Urk. 10 S. 4). Bereits im Zeitpunkt der Trennung der Parteien habe für den Betrieb des Gesuchstellers von 1.9 Standardarbeitskräften respektive 5'320 Arbeitsstunden ausgegangen werden müssen. Wenn der Gesuchsteller nun geltend mache, dass im Jahr 2010 auf seinem Betrieb 1.9335 Standardarbeitskräfte respektive 5'414 Arbeitsstunden nötig gewesen seien, handle es sich dabei genau wie schon in den vorangehenden Jahren um theoretische Normgrössen und nicht um effektiv geleistete Arbeitsstunden. Ein grosser Teil dieser Arbeitsstunden stelle reine Präsenzzeit und nicht effektiv produktive Arbeit dar, da diese zum Teil auch Zeiten der Verpflegung, der Fleischlieferung an Kunden oder reine Aufräum- und Reinigungsarbeiten auf dem Hof beinhalteten (Urk. 10 S. 3). Sodann bestreitet die Gesuchstellerin, dass vor der Trennung Landdienstkräfte zu Verfügung gestanden seien, welche die Betriebsrechnung lediglich in einem nicht spürbaren Umfang belastet hätten. Bei den Landdienstkräften handle es sich um Jugendliche, welche während den Schulferien kurze Einsätze auf einem Landwirtschaftsbetrieb leisteten. Auf einem hoch mechanisierten und technisierten Betrieb würden sie keine wesentliche Entlastung bringen, da sie aufgrund ihres jugendlichen Alters nicht ans Steuer eines Traktors gesetzt werden könnten und ausserdem in der Regel nicht über die nötigen Kenntnisse und Erfahrungen in der Landwirtschaft verfügten, weshalb sie bloss als Hilfskräfte für einfache Arbeiten eingesetzt werden könnten. Die Gesuchstellerin habe vor der Trennung neben der Führung des Haushaltes und der Erziehung der Kinder wenig Kapazität gehabt, um dem Gesuchsteller auf dem Betrieb aktiv mitzuhelfen. Sie habe in der Regel den Direktverkauf des Fleisches übernommen (Urk. 10 S. 4). Jetzt habe der Gesuchsteller jedoch eine Partnerin, die ihn sowohl im Haushalt als auch auf dem Betrieb massgeblich und spürbar entlasten könne. Der Gesuchsteller habe also vor der Trennung auf dem Hof nicht mehr Hilfe gehabt als danach (Urk. 10 S. 4). Der Gesuchsteller wiederum führt aus, dass es sich bei den Landdienstkräften um hoch

motivierte junge Leute gehandelt habe, welche unter seiner kundigen Anleitung ganz erheblich zur Entlastung beigetragen hätten. Sie hätten in der Regel über eine sehr gute Vorbildung verfügt und innert kürzester Zeit die betrieblichen Zusammenhänge verstanden und seien vielfach in der Lage gewesen, Arbeiten rasch selbständig auszuführen (Urk. 13 S. 5). Der Gesuchsteller reicht dazu diverse Lohnquittungen und Arbeitsbescheinigungen ein (Urk. 15/1-3). Hätten diese Arbeiten durch einen externen Mitarbeiter zu einem Stundenlohn von mindestens Fr. 27.50 ausgeführt werden müssen, wären um ein Vielfaches höhere Kosten angefallen (Urk. 13 S. 6). Zu seiner reduzierten Arbeits- und Leistungsfähigkeit aufgrund der Knieoperation bringt der Gesuchsteller vor, er habe zwar nur für die Zeit vom 20. Dezember 2008 bis zum 1. März 2009 Taggelder bezogen, sei jedoch bedeutend länger nur teilweise arbeitsfähig gewesen. Die Taggeldversicherung zahle erst ab einer Arbeitsunfähigkeit von 50%, welche ab 1. März 2009 zwar nicht mehr in dieser Höhe vorgelegen habe, aber der Gesuchsteller sei dennoch während längerer Zeit nur teilweise arbeitsfähig gewesen (Urk. 13 S. 7).

Die Vorinstanz hat zu Recht argumentiert, dass die zusätzliche Arbeitsbelastung des Gesuchstellers nach der Trennung respektive nach dem Auszug der Gesuchstellerin bereits im Eheschutzverfahren berücksichtigt wurde, indem ihm für eine Haushaltshilfe Fr. 800.– monatlich in den Bedarf eingerechnet wurden (Urk. 7/5/18). Dass der Gesuchsteller nach seiner Knieoperation vorübergehend arbeitsunfähig war, wurde von der Gesuchstellerin nicht bestritten. Der Gesuchsteller hat für den Lohnausfall in dieser Zeit jedoch Taggelder erhalten. Eine weitergehende Arbeitsunfähigkeit ist nicht glaubhaft dargetan. Das eingereichte Arztzeugnis von Dr. K._____, Fachärztin für Psychiatrie und Psychotherapie, vom 31. Mai 2011 attestiert dem Gesuchsteller zwar eine reduzierte Arbeits- und Leistungsfähigkeit, allerdings ist der Umfang dieser Reduktion daraus nicht ersichtlich und es ist mit diesem Zeugnis auch nicht genügend glaubhaft dargetan, dass der Gesuchsteller aufgrund eines körperlichen Leidens respektive Nachwirkungen der Knieoperation in seiner Arbeitsfähigkeit eingeschränkt wäre. Es ist deshalb – mangels glaubhafter Ausführungen und Belege – davon auszugehen, dass der Gesuchsteller körperlich wieder voll arbeitsfähig ist. Ausserdem ist der Gesuchsteller schon seit Oktober 2007 bei Dr. K._____ in Behandlung, was im Ehe-

schutzverfahren bereits bekannt war und für den Fall, dass der Gesuchsteller seine Arbeitsunfähigkeit auf psychische Ursachen zurückführen sollte, vorliegend unbeachtlich wäre (Urk. 15/6). Ebenfalls schon im Eheschutzverfahren bekannt war die Tatsache, dass der Gesuchsteller aufgrund der Grösse des Betriebes sehr viel gearbeitet hat. Seinen Aussagen zufolge wollte er den Betrieb sogar ausbauen (Urk. 7/5/10 S. 5, Protokoll Eheschutzverhandlung EE070024 S. 12 f.). Dass die Bearbeitung der 22 Aren Reben früher oder später dazukommen würde, war sodann insofern absehbar, als sie schon zur Zeit des Eheschutzverfahrens zum Betrieb des Gesuchstellers gehörten, und stellt somit auch keine beachtenswerte neue Tatsache dar (Protokoll Eheschutzverhandlung EE070024 S. 12). Die unter dem Titel 'Barlöhne' und 'Kost und Logis' geltend gemachten Kosten sind deshalb im von der Vorinstanz errechneten Umfang von Fr. 9'600.– zu berücksichtigen. Darüber hinausgehende Kosten sind dem Gesuchsteller indes an sein Einkommen anzurechnen.

2.4. Vermögensertrag

Die Gesuchstellerin lässt in der Rekursantwort vom 10. Mai 2011 vorbringen, der Gesuchsteller habe von seiner Tante einen beträchtlichen Betrag geerbt, welcher schätzungsweise einen jährlichen Vermögensertrag von ca. Fr. 15'000.– abwerfe. Die Amortisationszahlungen für den Investitionskredit seien deshalb aus diesem Vermögen zu bestreiten (Urk. 10 S. 8). Der Gesuchsteller lässt hierzu vorbringen, die Erbschaft habe zum Zeitpunkt der Verhandlung über vorsorgliche Massnahmen Fr. 715'000.– betragen, welcher Betrag hälftig zwischen ihm und seiner Schwester aufgeteilt worden sei (Urk. 13 S. 15, Urk. 15/13). Ein aus seiner Hälfte (Fr. 357'500.–) resultierender Vermögensertrag bewege sich höchstens im Rahmen von Fr. 1'810.– pro Jahr und sei deshalb zu vernachlässigen (Urk. 13 S. 16). Die Höhe des Ertrages, den der Gesuchsteller aus dem geerbten Vermögen erzielen kann, ist nach richterlichem Ermessen und der allgemeinen Lebenserfahrung zu schätzen. Die Vermögenswerte sind in Aktien und sonstige Wertschriften angelegt (Urk. 15/13), bei welchen von einem durchschnittlichen Ertrag von mindestens 1.5% ausgegangen werden kann. Unter Berücksichtigung der vom Gesuchsteller für die Erbschaft von Fr. 357'500.– zu entrichtenden Erb-

schaftssteuer von 22% – was Fr. 78'650.– entspricht – verbleiben ihm Fr. 278'850.–. Unter weiterer Berücksichtigung einer voraussichtlichen Dauer von vier Jahren, während denen der Gesuchsteller auch die Amortisationszahlungen für den Investitionskredit aus dem geerbten Vermögen wird bestreiten müssen (Fr. 278'850.– abzüglich 4 x Fr. 13'000.–) verbleiben Fr. 226'850.–, die mit 1.5% verzinst einen Ertrag von rund Fr. 3'400.– pro Jahr abwerfen können, was dem Gesuchsteller an sein Einkommen anzurechnen ist.

2.5. Zusammenfassung

Die Vorinstanz hat in ihrem Entscheid betreffend vorsorgliche Massnahmen vom 7. Oktober 2010 dem Einkommen des Gesuchstellers für das Jahr 2009 dasjenige des Jahres 2006 gegenübergestellt und kam zwar zum Schluss, dass insbesondere die Einkünfte aus selbständiger Erwerbstätigkeit und der Wertschriftenertrag im Jahr 2009 deutlich geringer ausgefallen seien als im Jahr 2006 (Urk. 2 S. 5, Urk. 7/25/15). Dennoch habe sich das Einkommen des Gesuchstellers in der Höhe insgesamt nicht verändert (Urk. 2 S. 9).

Gestützt auf die vorstehenden Ausführungen setzt sich das Einkommen des Gesuchstellers wie folgt zusammen: Fr. 36'166.– aus selbständiger Erwerbstätigkeit, Fr. 416.– Wertschriftenertrag gemäss Steuererklärung 2009 (Urk. 7/25/15 S. 2), Fr. 3'400.– geschätzter Vermögensertrag aus der Erbschaft, Fr. 23'321.– nicht zu berücksichtigende Abschreibungen sowie Fr. 22'586.– nicht gerechtfertigte Kosten für Aushilfsmitarbeiter und die Haushalthilfe, was Fr. 85'889.– oder monatlich rund Fr. 7'157.– ergibt.

3. Bedarf Gesuchsteller

Im Eheschutzverfahren wurde von einem erweiterten Notbedarf des Gesuchstellers von Fr. 3'309.– ausgegangen (Urk. 7/5/18).

In der Begründung seines Begehrens um Anordnung vorsorglicher Massnahmen vom 3. Juni 2010 liess der Gesuchsteller einen Bedarf von rund Fr. 2'800.– geltend machen mit der Begründung, dieser habe sich im Vergleich zum im Scheidungsverfahren geltend gemachten Betrag von Fr. 3'709.– um

Fr. 900.– reduziert, was auf den tieferen Grundbetrag von neu Fr. 1'100.– anstatt Fr. 1'200.– und auf die Berücksichtigung der Kosten der Haushaltshilfe von Fr. 800.– in der Betriebsrechnung zurückzuführen sei (Urk. 7/12 S. 4).

Die Vorinstanz hat in ihrem Entscheid vom 7. Oktober 2010 zum Bedarf des Gesuchstellers ausgeführt, sein Grundbetrag reduziere sich zwar um Fr. 100.–, was indes keine ausschlaggebende Veränderung darstelle, da dem Eheschutzentscheid vom 5. Februar 2008 ohnehin der dem alten Kreisschreiben entsprechende Grundbetrag von Fr. 1'100.– zugrunde gelegen habe. Insgesamt habe sich der Bedarf des Gesuchstellers jedoch um ca. Fr. 150.– erhöht aufgrund der höheren Krankenkassenkosten (Urk. 2 S. 7).

Der Gesuchsteller verweist im Rekursverfahren bezüglich seines Bedarfs schliesslich auf die anlässlich der Hauptverhandlung im Scheidungsverfahren vorgenommene Berechnung (Urk. 7/8 S. 13) von Fr. 3'709.– und bringt vor, der Grundbetrag sei neu mit Fr. 1'100.– zu beziffern und die Kosten für die Haushaltshilfe seien auf Fr. 400.– zu reduzieren, womit sein Bedarf ohne Berücksichtigung der Steuern neu rund Fr. 3'200.– betrage. (Urk. 1 S. 15 f.). Belege reicht er dazu allerdings keine ein.

Die Gesuchstellerin lässt sich im Rekursverfahren zum Bedarf des Gesuchstellers nicht vernehmen.

Die Kosten der Haushaltshilfe haben in die Betriebsrechnung 2009 Eingang gefunden (vgl. Ziff. 2.3. vorstehend) und sind deshalb im Bedarf nicht mehr zu berücksichtigen. Der Bedarf des Gesuchstellers setzt sich somit wie folgt zusammen (Urk. 1 S. 15 f. mit Verweis auf Urk. 7/8 S. 13):

Grundbetrag	Fr.	1'100.–
Wohnkosten (Privatanteil gemäss Jahresabschluss 2009)	Fr.	710.–
Liegenschaftenaufwand (Privatanteil gemäss Jahresabschluss)	Fr.	330.–
Krankenkasse	Fr.	326.–
Haftpflichtversicherung	Fr.	10.–
Motorfahrzeug (Privatanteil gemäss Jahresabschluss)	Fr.	<u>333.–</u>
TOTAL (gerundet, ohne Steuern)	Fr.	2'810.–

4. Bedarf Gesuchstellerin und Kinder

Der Bedarf der Gesuchstellerin und der Kinder wurde im Eheschutzverfahren mit Fr. 5'810.– beziffert (Urk. 7/5/18).

In Bezug auf den Bedarf der Gesuchstellerin und der Kinder wurden im Massnahmeverfahren von keiner Seite Veränderungen geltend gemacht. Es ist deshalb weiterhin davon auszugehen, dass die Gesuchstellerin und die Kinder zur Deckung ihres Bedarfs auf Unterhaltsbeiträge des Gesuchstellers angewiesen sind.

5. Unterhaltsberechnung

5.1. Das monatliche Einkommen des Gesuchstellers beträgt nach den vorstehenden Ausführungen rund Fr. 7'157.–, womit ihm nach Abzug seines Bedarfs von Fr. 2'810.– noch Fr. 4'347.– verbleiben. Daraus erhellt, dass der Gesuchsteller in der Lage ist, die im Eheschutzverfahren festgelegten Unterhaltsbeiträge an die Gesuchstellerin und die Kinder von insgesamt Fr. 3'500.– (Fr. 700.– für jedes Kind und Fr. 700.– für die Gesuchstellerin persönlich) für die Dauer des Scheidungsverfahrens weiterhin zu bezahlen.

5.2. Selbst wenn – wie die Vorinstanz bereits im Entscheid vom 7. Oktober 2010 ausgeführt hat – im Bedarf des Gesuchstellers gewisse zusätzliche Kosten für Hilfsarbeiten auf dem Betrieb berücksichtigt würden, liesse sein Einkommen

nach Abzug des Notbedarfs die Zahlung der vereinbarten Unterhaltsbeiträge weiterhin zu. Der Rekurs des Gesuchstellers ist somit abzuweisen und Dispositivziffer 1 der angefochtenen Verfügung zu bestätigen.

III.

1.1. Nach Massgabe von Obsiegen und Unterliegen sind schliesslich die Kosten- und Entschädigungsfolgen für das Rekursverfahren zu regeln (§ 64 Abs. 2 und § 68 Abs. 1 ZPO/ZH). Angesichts der Schwierigkeit des Falls und unter Berücksichtigung des Aufwandes rechtfertigt sich in Anwendung von § 4, § 7 und § 13 der Verordnung des Obergerichts über die Gerichtsgebühren vom 4. April 2007 (GerGebV) eine Gerichtsgebühr für das Rekursverfahren von Fr. 3'000.–. Der Gesuchsteller unterliegt mit seinem Begehren vollumfänglich, weshalb ihm die Gerichtskosten aufzuerlegen sind. Der Gesuchsteller ist überdies zu verpflichten, der Gesuchstellerin eine angemessene Prozessentschädigung zu bezahlen. Die Prozessentschädigung wird vom Gericht nach Ermessen festgesetzt (§ 69 ZPO/ZH), im Rahmen der Verordnung des Obergerichts über die Anwaltsgebühren (AnwGebV, LS 211.11). Im vorliegenden Fall ist auf die AnwGebV vom 21. Juni 2006 abzustellen. In Anwendung von § 2 Abs. 1 und 2, § 4 Abs. 1, § 3 Abs. 5, § 7, § 12 Abs. 2 und 5 sowie § 6 Abs. 2 lit. c AnwGebV ist die Prozessentschädigung auf Fr. 4'000.– festzusetzen.

1.2. Die Gesuchstellerin lässt für das Rekursverfahren ein Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung stellen und ersucht um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters in der Person von Rechtsanwalt Dr. Y. _____ (Urk. 10 S. 2).

Das Gesuch um unentgeltliche Prozessführung wird mit der Kostenaufgabe an den Gesuchsteller gegenstandslos. Im Eheschutzverfahren wurde der Gesuchstellerin Rechtsanwalt Dr. Y. _____ als unentgeltlicher Rechtsvertreter bestellt (Urk. 7/5/16). Die Mittellosigkeit der Gesuchstellerin ist auch im Rekursverfahren genügend glaubhaft dargetan. Das Verfahren war überdies nicht aussichtslos und angesichts der Komplexität war die Gesuchstellerin auf rechtlichen Beistand an-

gewiesen. Für das Rekursverfahren ist der Gesuchstellerin deshalb Rechtsanwalt Dr. Y. _____ als unentgeltlicher Rechtsvertreter zu bestellen (§ 84 i.V.m. § 87 ZPO/ZH). Die Prozessentschädigung ist dem unentgeltlichen Rechtsvertreter der Gesuchstellerin, Rechtsanwalt Dr. Y. _____, zuzusprechen (§ 89 Abs. 1 ZPO/ZH).

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch der Gesuchstellerin um Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung wird zufolge Gegenstandslosigkeit abgeschrieben.
2. Der Gesuchstellerin wird für das Rekursverfahren Rechtsanwalt Dr. Y. _____ als unentgeltlicher Rechtsvertreter bestellt.
3. Der Rekurs des Gesuchstellers wird abgewiesen und Dispositiv-Ziffer 1 der Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Andelfingen vom 7. Oktober 2010 wird bestätigt.
4. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 3'000.–.
5. Die Kosten des Rekursverfahrens werden dem Gesuchsteller auferlegt.
6. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, dem unentgeltlichen Rechtsvertreter der Gesuchstellerin, Rechtsanwalt Dr. Y. _____, für das Rekursverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 4'000.– zu bezahlen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Andelfingen, je gegen Empfangsschein.

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

8. 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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 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, 27. April 2012

OBERGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. B. Demuth

versandt am:

ss