

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LY130006-O/U

Mitwirkend: Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Oberrichterin
Dr. M. Schaffitz und Ersatzoberrichter Dr. S. Mazan
sowie Gerichtsschreiber lic. iur. H. Dubach

Urteil und Beschluss vom 10. Juli 2013

in Sachen

A. _____,

Kläger und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X1. _____

substituiert durch Rechtsanwältin lic. iur. X2. _____

gegen

B. _____,

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **vorsorgliche Massnahmen (Unterhaltsbeträge)**

**Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen
Verfahren am Bezirksgericht Bülach vom 19. Februar 2013 (FE110405-C)**

Erwägungen:

I.

1. Die Parteien stehen vor Vorinstanz in einem Scheidungsverfahren. Dem Scheidungsverfahren ging ein Eheschutzverfahren voran. Mit Rekursentscheid vom 26. August 2005 (Geschäfts-Nr. LP050064) regelte die Kammer die Unterhaltspflicht des Klägers und Berufungsklägers (nachfolgend: Kläger) gegenüber der Beklagten und Berufungsbeklagten (nachfolgend: Beklagte) für die Dauer des Getrenntlebens. Demgemäss schuldet der Kläger der Beklagten ab August 2005 monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 2'750.–. Nachdem ein erstes Scheidungsurteil der Vorinstanz mit Beschluss der Kammer vom 23. April 2010 aufgehoben und die Sache an die Vorinstanz zurückgewiesen worden war (das Kassationsgericht hatte die dagegen gerichtete Beschwerde des Klägers mit Zirkulationsbeschluss vom 6. September 2011 im Wesentlichen abgewiesen), fand am 1. Juni 2012 vor Vorinstanz die Hauptverhandlung statt. Bereits mit Eingabe vom 4. April 2012 hatte der Kläger ein Begehren um Erlass vorsorglicher Massnahmen gestellt, mit welchem er die Aufhebung seiner Unterhaltsverpflichtung beantragte (Vi Urk. 11 S. 1). Die Beklagte beantragte demgegenüber anlässlich der Verhandlung die Erhöhung der Unterhaltsbeiträge auf Fr. 4'500.– pro Monat (Prot. I S. 16). Mit Verfügung vom 19. Februar 2013 entschied die Vorinstanz das Folgende (Vi Urk. 39 = Urk. 2):

- "1. ... (prozessleitende Anordnung)
2. ... (prozessleitende Anordnung)
3. In Abänderung von Ziffer 1 des Beschlusses des Obergerichts des Kantons Zürich vom 26. August 2005 (Prozess-Nr. LP050064) wird der Kläger verpflichtet, der Beklagten für die Dauer des Scheidungsprozesses ab 1. Juli 2012 monatlich im voraus einen Unterhaltsbeitrag von Fr. 3'500.- zu bezahlen. Im Übrigen werden die Abänderungsbegehren der Parteien abgewiesen.
4. ... (prozessleitende Anordnung)
5. ... (prozessleitende Anordnung)
6. ... (Mitteilungssatz)
7. ... (Rechtsmittel)"

2. Gegen den Entscheid der Vorinstanz erhob der Kläger am 11. März 2013 Berufung. Er beantragte in der Sache erneut die vollumfängliche Aufhebung seiner Unterhaltsverpflichtung gegenüber der Beklagten. Überdies stellte er verschiedene prozessuale Anträge (Urk. 1 S. 2 f.). Mit Präsidialverfügungen vom 21. März sowie vom 24. April 2013 wurde über die aufschiebende Wirkung des Rechtsmittels entschieden (Urk. 7 und 12). Die Berufungsantwort datiert vom 19. April 2013. Die Gesuchstellerin beantragte darin die vollumfängliche Abweisung der Berufung und stellte ebenfalls verschiedene prozessuale Anträge (Urk. 9 S. 2 f.). Es folgten weitere Eingaben der Parteien (Urk. 13A, 14 und 18).

3. Am 1. Januar 2011 ist die eidgenössische Zivilprozessordnung (ZPO) in Kraft getreten. Die Scheidungsklage wurde bereits im Jahre 2009 unter der Herrschaft der kantonalen Zivilprozessordnung anhängig gemacht. Das erstinstanzliche Verfahren folgte daher den Regeln der zürcherischen Zivilprozessordnung (ZPO/ZH; vgl. Art. 404 Abs. 1 ZPO), und zwar auch nach der Rückweisung der Sache an die erste Instanz (vgl. BGer 4A_471/2011 vom 17. Januar 2012 E. 3.3). Für die Rechtsmittel gilt hingegen das Recht, das bei der Eröffnung des Entscheides in Kraft ist (Art. 405 Abs. 1 ZPO). Wird der Entscheid ab dem 1. Januar 2011 eröffnet, kommt im Instanzenzug die neue Rechtsmittelordnung gemäss schweizerischer ZPO zur Anwendung. Dies gilt gemäss ZR 110 Nr. 32 auch für vorsorgliche Massnahmen. Damit ist für das vorliegende Rechtsmittelverfahren die Schweizerische Zivilprozessordnung anzuwenden.

II.

1. Die Vorinstanz ging davon aus, dass sich das Einkommen und der Bedarf des Klägers seit der Festsetzung der Unterhaltsbeiträge im Eheschutzverfahren erhöht hätten. Auf Seiten der Beklagten sei demgegenüber von einem geringeren Einkommen und einem reduzierten Bedarf auszugehen. Es würden – so die Vorinstanz – wesentliche und dauerhafte Änderungen der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit "bzw. der Notbedarfe" der Parteien vorliegen, welche eine Neufestsetzung des Unterhaltsbeitrags erforderten. Ob dem so ist, gilt es nachfolgend zu prüfen. Der Kläger hält daran fest, dass er der Beklagten keinen Unterhalt mehr

schulde. Die Beklagte beantragt, die von der Vorinstanz vorgenommene Erhöhung des Unterhaltsbeitrags zu bestätigen.

2. a) Strittig ist zunächst, ob die Beklagte mit C._____ in einem qualifizierten Konkubinat lebt, so dass die Unterhaltspflicht des Klägers ihr gegenüber entfallen würde. Unter einem gefestigten Konkubinat versteht die Rechtsprechung eine auf längere Zeit, wenn nicht auf Dauer angelegte umfassende Lebensgemeinschaft zweier Personen unterschiedlichen Geschlechts mit grundsätzlich Ausschliesslichkeitscharakter, die sowohl eine geistig-seelische, als auch eine wirtschaftliche Komponente aufweist. Verkürzt wird diese etwa auch als Wohn-, Tisch-, und Bettgemeinschaft bezeichnet. Das Gericht hat diesbezüglich eine Würdigung sämtlicher massgebender Faktoren vorzunehmen, wobei für die Beurteilung der Qualität einer Lebensgemeinschaft die gesamten Umstände des Zusammenlebens von Bedeutung sind. Der Unterhaltsanspruch fällt weg, wenn der Ehegatte in einer festen Beziehung lebt, die ihm ähnliche Vorteile bietet wie eine Ehe. Entscheidend ist dabei nicht (mehr) das Kriterium des Rechtsmissbrauchs, sondern vielmehr, ob der Unterhaltsberechtigte mit seinem neuen Partner eine so enge Lebensgemeinschaft bildet, dass dieser bereit ist, ihm Beistand und Unterstützung zu leisten, wie es Art. 159 Abs. 3 ZGB von Ehegatten fordert. Ob der Partner über die dazu notwendigen finanziellen Mittel überhaupt verfügt, ist unerheblich (BGE 138 III 100 f. E. 2.3.3).

b) Mit C._____ führt die Beklagte seit Ende 2005 eine Beziehung. Im Frühjahr 2009 trennte sie sich vorübergehend von ihm. Im Oktober 2011 nahm sie ihn erneut bei sich auf. Der Kläger macht geltend, die beiden bildeten eine eheähnliche Gemeinschaft. Die Beklagte führte demgegenüber vor Vorinstanz aus, dass es sich bei dieser Freundschaft keineswegs um eine gefestigte und stabile, sondern um eine lose Beziehung handle. Hauptgrund für die Trennung im April 2009 sei der schlimmer gewordene Alkoholismus von C._____ gewesen. Die Beziehung an sich hätten sie nach einer gewissen Pause lose wieder aufgenommen. Im Herbst 2011 habe C._____ aufgrund des Alkoholkonsums seine Wohngelegenheit verloren. Sie habe ihn deshalb vorübergehend wieder bei sich aufgenommen, in erster Linie aus Mitleid. Er habe bisher an die Wohnkosten und den

Lebensunterhalt nichts bezahlt und könne dies wohl auch nicht tun. Bereits in der Zeit vor der Trennung sei sie verschiedene Male zu ihrer Mutter geflüchtet, wenn die Alkoholexzesse wieder einmal unerträglich geworden seien. Seit Herbst 2011 sei dies bereits wieder drei Mal geschehen. C._____ habe damals versprochen, er werde bestrebt sein, baldmöglichst etwas anderes zu finden und wieder wegzuziehen (Vi Urk. 20 S. 18 f.). Im Berufungsverfahren erklärte die Beklagte, C._____ habe seit dem 1. März 2013 wieder anderweitig Unterschlupf gefunden, nachdem er ihre Geduld überstrapaziert habe (Urk. 9 S. 7). Seitens des Klägers wurde der Auszug C._____s bestritten (Urk. 18 S. 12). Es kann allerdings offen bleiben, ob C._____ tatsächlich anderweitig Unterschlupf gefunden hat, denn die Ausführungen der Beklagten zur Natur der Beziehung sind jedenfalls glaubhaft und plausibel. Der Kläger vermag diese durch seine nackten Behauptungen nicht zu entkräften. Selbst wenn man also unterstellte, dass C._____ noch bei der Beklagten lebte, fehlte es an den nötigen, eindeutigen Hinweisen, namentlich betreffend eine wirtschaftliche und bzw. oder geistige Verflechtung der Partner, die auf die Eheähnlichkeit der Beziehung schliessen liessen. Ein gemeinsames Postfach reicht dafür jedenfalls nicht aus (vgl. die entsprechende Behauptung des Klägers, Urk. 18 S. 11). Ein qualifiziertes Konkubinat ist daher zu verneinen.

3. Der Kläger macht weiter geltend, die Beklagte habe nach neunjähriger Trennung keinen Anspruch mehr auf eine Beteiligung am Freibetrag (Urk. 1 S. 21 f.). Der blosse Zeitablauf rechtfertigt allerdings noch nicht die Abänderung einer Eheschutzmassnahme (vgl. BGer 5A_560/2010 vom 21. September 2010 E. 3). Die Parteien haben im Abänderungsverfahren vielmehr die nach Ablauf einer bestimmten Zeit eingetretene wesentliche Veränderung der ursprünglich angenommenen Tatsachen darzutun und glaubhaft zu machen. Art. 163 ZGB bleibt im Übrigen auch bei den für die Dauer des Scheidungsverfahrens erlassenen vorsorglichen Massnahmen Rechtsgrund der Unterhaltspflicht zwischen Ehegatten (BGE 137 III 385 = Pra 2012 Nr. 4, E. 3.1).

4. a) Umstritten sind sodann die finanziellen Verhältnisse der Parteien. Der Kläger ist Inhaber der Einzelunternehmung "A._____ ..." mit zehn Angestellten. Im Rekursentscheid der Kammer vom 26. August 2005 wurde das Einkommen

des Klägers auf Fr. 9'700.– pro Monat beziffert. Dabei wurde auf den Durchschnittsgewinn (nach Steuern) der Jahre 2001 und 2002 von Fr. 95'079.– pro Jahr bzw. Fr. 7'923.– pro Monat abgestellt. Hinzugerechnet wurden geschäftlich finanzierte Privataufwendungen von Fr. 1'786.– pro Monat (total, gerundet: Fr. 9'700.–). Der besonders schlechte Jahresabschluss 2003 blieb unberücksichtigt. Die Jahresrechnung 2004 lag noch nicht vor (vgl. Urk. 11/31 E. II/3). Der Vorinstanz im Abänderungsverfahren lagen die Abschlüsse der Geschäftsjahre 2009 bis 2011 (Vi Urk. 19/2-3 und 27/1) sowie ein Zwischenabschluss des ersten Halbjahres 2012 (Vi Urk. 27/2) vor. Den Zwischenabschluss berücksichtigte die Vorinstanz nicht, da dieser "keine verlässliche Aussage über den massgebenden Gewinn für das gesamte Geschäftsjahr" zulasse. Aufgrund der Jahresabschlüsse 2009 bis 2011 errechnete sie einen durchschnittlichen Gewinn (vor Steuern) von Fr. 11'884.50 pro Monat und rechnete dazu verdeckte Privatbezüge von Fr. 117.– pro Monat hinzu (total, gerundet: Fr. 12'000.–; vgl. Urk. 2 E. 4.2). Im Berufungsverfahren reichte der Kläger den (vollständigen) Jahresabschluss 2012 mit einem ausgewiesenen Gewinn (vor Steuern) von Fr. 99'196.66 nach (Urk. 4/10). Er erklärte dazu, dass sich seine Einkommens- und damit auch seine Vermögenssituation in den letzten Monaten weiter massiv verschlechtert habe. Er reichte eine Aufstellung zu seiner finanziellen Situation per 5. März 2013 (Urk. 4/8) ein, welche zeigen soll, dass er überschuldet und die Gefahr eines Privatkonkurses real sei (vgl. Urk. 1 S. 6 f.). Die Beklagte macht demgegenüber geltend, die Einkommensentwicklung auf Seiten des Klägers sei nicht glaubhaft. Immer dann, wenn ein eherechtliches Verfahren kurz bevorstanden habe oder in einer entscheidenden Phase gelaufen sei, habe der Kläger dramatische Entwicklungen geltend gemacht, die sich nachher wieder in Luft aufgelöst hätten (Urk. 9 S. 9).

b) Festzuhalten ist, dass der ausgewiesene Gewinnrückgang keineswegs dramatisch ist. Zunächst ist, um eine bessere Vergleichbarkeit mit den früheren Zahlen zu erreichen, auf den Gewinn *nach* Steuern abzustellen. Der für das Geschäftsjahr 2012 resultierende Nachsteuergewinn von Fr. 95'068.11 (Urk. 4/10) bewegt sich Rahmen der im Eheschutzverfahren berücksichtigten Abschlüsse 2001 und 2002. Im Vergleich zu den beiden Vorjahren (2010 und 2011) ist der Nachsteuergewinn 2012 zwar um gut 30 Prozent zurückgegangen; 2009 lag er

mit Fr. 99'019.43 (Vi Urk. 19/2) allerdings nur leicht höher. Starke Einkommensschwankungen sind bei Selbständigerwerbenden nichts Ungewöhnliches. Um ein einigermaßen zuverlässiges Resultat zu erreichen, wird daher praxisgemäss auf das Durchschnittsnettoeinkommen mehrerer – in der Regel der letzten drei – Jahre abgestellt. Auffällige, d.h. besonders gute oder besonders schlechte Abschlüsse können unter Umständen ausser Betracht bleiben. Der Kläger ist sodann unter Berücksichtigung des Anlagevermögens keineswegs überschuldet. Glaubhaft sind einzig gewisse Liquiditätsprobleme. In der Vergangenheit hat sich die Unternehmung des Klägers auch nach schlechten Geschäftsjahren stets wieder erholt, so beispielsweise nach dem Jahre 2008 mit einem Nachsteuergewinn von lediglich Fr. 17'566.– (Vi Urk. 3/14/3). Unter Berücksichtigung der letzten drei Geschäftsabschlüsse ist das massgebliche Durchschnittseinkommen des Klägers (nach Steuern) auf Fr. 10'267.– pro Monat zu beziffern (2010: Fr. 130'348.56, Vi Urk. 19/3; 2011: Fr. 144'206.93, Vi Urk. 27/1; 2012: Fr. 95'068.11, Urk. 4/10); hinzurechnen sind verdeckte Privatbezüge. Unbestritten ist zunächst, dass Fahrzeugkosten von Fr. 117.– pro Monat als Privatanteil des Klägers aufzurechnen sind. Die Beklagte verlangt, dass zusätzlich die "Vermögensentäusserungen", die der Kläger unter dem Titel "Lohn" an seine Lebenspartnerin, D._____, überweise, zum Einkommen des Klägers hinzugerechnet werden. Vor Vorinstanz erklärte der Kläger, dass seine Lebenspartnerin in einem 30- bis 40-Prozent-Pensum in seinem Betrieb arbeite (Prot. I S. 19). Gemäss Handelsregister ist D._____ gar einzelzeichnungsberechtigt. Entgegen der pauschalen Behauptung der Beklagten, gibt es keinerlei Anzeichen dafür, dass D._____ nicht im Betrieb des Klägers arbeitet. Es ist vielmehr glaubhaft, dass ihr Lohn geschäftlich begründeter Aufwand darstellt. Offen bleiben kann daher, ob die entsprechende Behauptung der Beklagten vor Vorinstanz verspätet vorgebracht wurde (vgl. Urk. 2 E. 4.2). Das massgebliche Monatseinkommen des Klägers (nach Steuern) beträgt somit Fr. 10'384.– (Fr. 10'267.– + Fr. 117.–). Dies entspricht einer Steigerung gegenüber dem im Eheschutzverfahren festgestellten Einkommen von Fr. 684.– oder rund sieben Prozent, was kaum eine wesentliche Veränderung darstellt. Kommt hinzu, dass diese – angesichts der Tatsache, dass das Einkommen des Klägers ohnehin stark schwankt und zuletzt wieder rückläufig war – auch nicht als nach-

haltig bezeichnet werden kann. Es fehlt diesbezüglich somit an einem Abänderungsgrund.

5. a) Die Beklagte erzielt heute nahezu kein Einkommen. Im Eheschutzentscheid wurde ihr ab August 2005 ein Einkommen von Fr. 3'740.– angerechnet. Dieses setzte sich aus den (geschätzten) Nettoeinnahmen von Fr. 3'240.– aus ihrer bisherigen Tätigkeit als Podologin sowie einem zusätzlichen Betrag von Fr. 500.– zusammen, der ihr als hypothetisches Einkommen angerechnet wurde. Letzteres wurde damit begründet, dass die Beklagte während des ehelichen Zusammenlebens mit der Leitung einer Spielgruppe einen Zusatzverdienst von Fr. 1'000.– erwirtschaftet, diese Tätigkeit aber aufgegeben habe. Die dadurch entstandene Einkommenseinbusse könne sie durch anderweitige Anstrengungen, insbesondere durch Ausdehnung der Fusspflegetätigkeit wettmachen. Im Herbst 2004 hatte die Klägerin einen Unfall erlitten. Die von ihr in diesem Zusammenhang im Eheschutzverfahren geltend gemachte, anhaltende Arbeitsunfähigkeit beurteilten jedoch sowohl die erste als auch die zweite Instanz als nicht glaubhaft (vgl. Urk. 11/31 E. II/2).

b) Heute bezeichnet sich die Beklagte als "ganz allgemein nicht zu mehr als 20 Prozent erwerbsfähig". Sie könne aus gesundheitlichen und arbeitsmarkttechnischen Gründen keinen relevanten Nettoerwerb mehr erzielen. Ihre angebliche Arbeitsunfähigkeit begründet sie mit Krankheiten, die zum Teil auf den im Jahre 2004 erlittenen Unfall zurückgeführt werden müssten, teilweise aber auch andere, zum Teil bis heute ungeklärte Ursachen haben müssten (Vi Urk. 20 S. 9 ff.). Die Swiss Life stellte ihre im Zusammenhang mit dem Unfall der Beklagten ausgerichteten Erwerbsunfähigkeitsleistungen per Ende 2008 ein. Eine Rente der Invalidenversicherung wurde der Beklagten verweigert. Das letzte Arztzeugnis, welches sich jedoch nicht konkret zum Grad der Erwerbsfähigkeit äussert, datiert vom 5. Juni 2009 (Vi Urk. 29/19). Als weiteren Beleg reichte die Beklagte vor Vorinstanz eine handschriftliche Notiz ihres Rheumatologen zu den Akten (Vi Urk. 29/2). Die Notiz vom 3. September 2012 wurde auf den Plädoyernotizen des beklagischen Rechtsvertreters angebracht und lautet: "Ich bestätige, dass Frau B._____ nur noch zu 20-30% arbeitsfähig ist [Unterschrift und Stempel des Arz-

tes]." Der Beweiswert dieses Dokuments ist als äusserst gering einzustufen. Es ist unklar, auf welchen Zeitraum sich die Aussage bezieht und ob der Einschätzung eine (zeitnahe) Konsultation voranging. Zudem wurde der Arzt offensichtlich aufgefordert, den Prozesstandpunkt der Beklagten zu bestätigen.

c) Die Vorinstanz hielt zwar eine gewisse Einschränkung der Arbeitsfähigkeit der Beklagten für glaubhaft, stellte aber letztlich nicht auf deren Ausführungen ab, sondern mutete ihr unter Berücksichtigung sämtlicher Gesichtspunkte eine Erwerbstätigkeit im Umfang von 70 Prozent zu. Infolge der langen Trennung und der zu erwartenden Scheidung – so die Vorinstanz – hätte die Beklagte bereits seit Jahren ihre wirtschaftliche Selbstständigkeit anstreben müssen. Ein hypothetisches Einkommen sei aber nur dann und nur insoweit zu berücksichtigen, als es tatsächlich erzielbar und zumutbar sei. Auch bei schuldhafter Vereitelung der Erwerbsfähigkeit bzw. der Chancen auf dem Arbeitsmarkt dürfe kein hypothetisches Einkommen angerechnet werden, wenn dieses auch bei grosser Anstrengung nicht (mehr) realisierbar sei. Im Ergebnis rechnete die Vorinstanz der Beklagten ein hypothetisches Einkommen von (nur noch) Fr. 2'330.– pro Monat an (vgl. Urk. 2 E. 7.5).

d) Die Vorinstanz übersieht, dass es sich vorliegend um ein Abänderungsverfahren handelt. Massnahmen zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft bzw. vorsorgliche Massnahmen für die Dauer des Scheidungsverfahrens können abgeändert werden, wenn nach Eintritt der Rechtskraft des Urteils eine wesentliche und dauernde Änderung eingetreten ist oder die tatsächlichen Umstände, die dem Massnahmeentscheid zu Grunde lagen, sich nachträglich als unrichtig erwiesen haben. Andernfalls steht die formelle Rechtskraft des Eheschutz- bzw. des Präliminarentscheidens einer Abänderung entgegen. Eine Abänderung ist ferner ausgeschlossen, wenn die Sachlage durch eigenmächtiges, widerrechtliches, mithin rechtsmissbräuchliches Verhalten herbeigeführt worden ist (BGer 5P.473/2006 vom 19. Dezember 2009 E. 3 mit Hinweisen, publiziert in FamPra.ch 2007 S. 373). Dabei muss das Verhalten eines Ehegatten nicht zwingend widerrechtlich sein, sondern auch ein bloss eigenmächtiges Handeln kann eine Abänderung ausschliessen. Geht beispielsweise eine Einkommensverminderung auf eine frei-

willige und einseitige Entscheidung eines Ehegatten zurück, so ist eine solche Verschlechterung in der Regel unbeachtlich; der Ehegatte soll die Folgen seines einseitig getroffenen Entscheides selber tragen und nicht auf den anderen abwälzen können (BGer 5C.163/2001 vom 18. Oktober 2001 E. 2.c; ebenso Bachmann, Die Regelung des Getrenntlebens nach Art. 176 und 179 ZGB sowie nach zürcherischem Verfahrensrecht, Diss. St. Gallen 1995, S. 231).

e) Die Beklagte hat ihre Erwerbstätigkeit nach der Trennung grösstenteils aufgegeben. Im Juni 2006 kaufte sie sich ein kleines Rustico in einem Seitental des Tessiner Maggiatals und lebt seither dort. Gemäss eigenen Angaben brauchte sie etwas Abstand. Vor Vorinstanz gab sie zudem zu Protokoll, dass sie in den Jahren 2011 und 2012 nicht auf Stellensuche gewesen sei (Prot. I S. 21). Ihre Italienischkenntnisse bezeichnete sie als schlecht (Prot. I S. 22). Dass sich die Chancen der Beklagten auf dem Arbeitsmarkt seit dem Eheschutzentscheid verschlechtert haben, dürfte unbestritten sein. Die Beklagte hat sich dies allerdings zu einem grossen Teil selbst zuzuschreiben. So hat sich einerseits der freiwillige Wegzug aus dem Kanton Zürich in eine abgelegene Gegend, deren Sprache die Beklagte noch nicht einmal beherrscht, negativ auf ihre Erwerbsmöglichkeiten ausgewirkt – die Beklagte erklärte beispielsweise, dass eine Tätigkeit als Spielgruppenleiterin an ihrem aktuellen Wohnort nicht möglich sei (Vi Urk. 20 S. 8; Prot. I S. 6). Andererseits scheint sich die Beklagte seit Jahren nicht mehr angemessen um Kundschaft für ihre Tätigkeit als Podologin resp. um eine Arbeitsstelle zu bemühen. In den letzten beiden Jahren verfasste die Beklagte keine einzige Bewerbung. Die anhaltende Erwerbslosigkeit führt mit zunehmender Dauer zu einer zusätzlichen Trübung ihrer Chancen auf dem Arbeitsmarkt. Die Arbeitsfähigkeit der Beklagten war zwar aufgrund des Unfalls im Jahre 2004 zeitweise eingeschränkt. Zumindest ab dem Jahre 2009 muss jedoch mangels stichhaltiger Belege von einer vollständigen Erwerbsfähigkeit der Beklagten ausgegangen werden. Die erhöhte Unterstützungsbedürftigkeit der Beklagten ist somit grösstenteils selbstverschuldet und kann daher kein Grund für eine Erhöhung der im Eheschutzverfahren festgesetzten Unterhaltsbeiträge darstellen.

f) Auf der anderen Seite gelang es dem Kläger auch nicht, zu begründen, weshalb der Beklagten ein höheres Einkommen angerechnet werden soll. Selbst der Kläger macht nicht geltend, dass sich die Erwerbssaussichten der Beklagten seit dem Eheschutzverfahren verbessert hätten. Den Umstand, dass die Beklagte im Handelsregister als Inhaberin der "... [Firma]" aufgeführt ist, konnte diese damit erklären, dass sie als Strohfrau für den gemeinsamen Sohn der Parteien gehandelt habe, da jener über keinen sauberen Betreibungsregisterauszug verfügt habe und auch noch anderweitig angestellt gewesen sei. Die Einzelunternehmung sei im Übrigen bereits nicht mehr aktiv (Urk. 9 S. 8).

6. a) Was den Bedarf der Parteien anbelangt, ist vorzuschicken, dass das Abänderungsverfahren keine Revision ist; es ermöglicht keine umfassende Neuurteilung der Rechtslage. Es dürfen nur gerade die veränderten Tatsachen und ihre voraussichtliche Weiterentwicklung, nicht aber die gerichtlichen Feststellungen und Wertungen des früheren Prozesses neu beurteilt werden (Hausheer/Spycher, Handbuch des Unterhaltsrechts, 2. Auflage, Bern 2010, Rz 09.14, mit Hinweisen auf die Rechtsprechung). Beide Parteien machen diverse neue Bedarfpositionen geltend (Unfall- und Krankentaggeldversicherung, Säule 3a und 3b, Kosten für auswärtige Verpflegung, Altersvorsorge und zusätzliche angemessene Vorsorge). Sie legen jedoch nicht dar, inwiefern diese Positionen mit einer Verhältnisänderung im Sinne von Art. 179 Abs. 1 ZGB zusammenhängen sollen. Eine nähere Auseinandersetzung damit erübrigt sich daher; alles andere würde auf eine unstatthafte Korrektur des Eheschutzentscheides hinauslaufen. Beide Parteien machen sodann höhere Krankenkassenprämien und höhere Gesundheitskosten geltend. Die laufende Erhöhung der Krankenkassenprämien stellt für sich allein keinen Abänderungsgrund dar, zumal beide Parteien in etwa im selben Ausmass betroffen sind und den zusätzlichen Prämienaufwand aus ihrem Überschuss finanzieren können. Für die Franchise und den Selbstbehalt wurde im Eheschutzverfahren bei beiden Parteien ein gerichtsüblicher Pauschalbetrag von Fr. 50.– pro Monat eingesetzt. Einerseits liegt darin eine gewisse Wertung, wonach nicht die effektiven Kosten, sondern eine Pauschale berücksichtigt werden soll. Andererseits versäumten es die Parteien, die damaligen, im Zeitpunkt der erstmaligen Festsetzung des Unterhaltsbeitrags bestehenden Umstände darzutun

und diese mit den gegenwärtigen Verhältnissen zu vergleichen. Auch damit lässt sich eine Abänderung nicht begründen.

b) Eine echte Verhältnisänderung ist einzig bei den Wohnkosten eingetreten. Der Kläger verblieb nach der Trennung der Parteien in der ehelichen Liegenschaft in G._____. Die Beklagte zog in eine Zweizimmerwohnung in H._____. Dem Kläger wurden im Eheschutzverfahren monatliche Wohnkosten von Fr. 2'745.– angerechnet, der Beklagten Fr. 1'320.– sowie Fr. 120.– für die Garagenmiete.

c) Heute lebt der Kläger mit seiner Lebenspartnerin, D._____, sowie deren Tochter in einem Einfamilienhaus in E._____. Das Haus gehört D._____; der Kläger beteiligt sich an den Wohnkosten mit Fr. 2'000.– monatlich. Zusätzlich übernimmt er die Hälfte der Nebenkosten (inkl. Versicherungskosten sowie Radio- und TV-Gebühren) von Fr. 359.– monatlich. Letzterer Betrag ist um die Kosten für Strom von Fr. 5.– pro Monat zu kürzen, da die Energiekosten (ohne Heizung) im Grundbetrag inbegriffen sind. Gegenüber der Situation im Eheschutzverfahren ergibt sich folgendes Bild:

Eheschutzverfahren:

Wohnkosten (inkl. Nebenkosten)	Fr.	2'745.–
Post/Telefon/TV/Radio	Fr.	140.–
Hausrat- und Haftpflichtversicherung	Fr.	58.–
Total	Fr.	2'943.–

Abänderungsverfahren:

Wohnkosten	Fr.	2'000.–
Nebenkosten (inkl. Versicherungskosten sowie Radio- und TV-Gebühren)	Fr.	354.–
Total	Fr.	2'354.–

Differenz: **Fr. 589.–**

d) Die Beklagte lebt in einem Rustico in F._____, welches sie im Juni 2006 kaufen konnte. Die Zinskosten für die beiden Hypotheken betragen Fr. 451.– pro Monat. Für Nebenkosten und Unterhalt macht die Beklagte insgesamt Fr. 422.– pro Monat geltend (Vi Urk. 20 S. 20; Vi Urk. 22/9-10). Dieser Betrag ist ebenfalls um die Kosten für Strom von Fr. 91.– pro Monat zu kürzen. Die monatlichen Kosten der Haushaltversicherung betragen Fr. 75.– (Vi Urk. 22/12). Ob C._____ noch

bei der Beklagten wohnt, kann auch an dieser Stelle offen bleiben, denn die Beklagte legte glaubhaft dar, dass sich C._____ nicht an den Kosten beteilige. Die Veränderung lässt sich somit wie folgt darstellen:

Eheschutzverfahren:

Wohnkosten (inkl. Nebenkosten)	Fr.	1'320.–
Garagenmiete	Fr.	120.–
Hausrat- und Haftpflichtversicherung	Fr.	34.–
Total	Fr.	1'474.–

Abänderungsverfahren:

Wohnkosten	Fr.	451.–
Nebenkosten/Unterhalt	Fr.	331.–
Haushaltversicherung	Fr.	75.–
Total	Fr.	857.–

Differenz: **Fr. 617.–**

e) Beide Parteien vermochten somit ihre Wohnkosten bzw. die damit zusammenhängenden Kosten merklich zu senken – der Kläger um Fr. 589.–, die Beklagte um Fr. 617.– pro Monat. Gesamthaft betrachtet heben sich diese Veränderungen allerdings nahezu auf. Eine Abänderung des Unterhaltsbeitrags rechtfertigt sich vor diesem Hintergrund nicht. Die Parteien werfen sich nun aber gegenseitig vor, ihre Wohnkosten seien zu hoch. Es geht dabei um die Aufteilung der Kosten innerhalb der Wohngemeinschaften. Der Kläger vereinbarte kurz vor Einleitung des Abänderungsverfahrens mit seiner Lebenspartnerin, dass er sich mit einem grösseren Beitrag an den Wohnkosten beteilige. Die Beklagte verlangte demgegenüber von C._____ gar keinen Beitrag an die Wohnkosten. Unklar ist, ob C._____ überhaupt noch bei der Beklagten lebt. Als erstellt gelten kann, dass der Kläger sich tatsächlich im geltend gemachten Umfang an den Wohnkosten seiner Partnerin beteiligt und die Beklagte von C._____ keinen Wohnkostenbeitrag erhält bzw. erhielt. Fraglich ist einzig die Angemessenheit dieser Regelungen. Weitere Ausführungen zur Thematik erübrigen sich allerdings, da bei beiden Parteien gute Argumente dafür vorliegen, noch tiefere Wohnkosten zu berücksichtigen. Gesamthaft betrachtet würden sich entsprechende Anpassungen wiederum neutrali-

sieren. Es bleibt dabei, dass sich auch angesichts der veränderten Wohnsituationen eine Abänderung nicht rechtfertigt.

7. Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass kein Grund für eine Abänderung des im Eheschutzverfahren festgesetzten Unterhaltsbeitrags besteht. Sowohl der Massnahmeantrag des Klägers (Aufhebung der Unterhaltspflicht) als auch derjenige der Beklagten (Erhöhung der Unterhaltspflicht) wären abzuweisen gewesen. Die Berufung des Klägers ist in diesem Sinne teilweise gutzuheissen. Der Beschluss der Kammer vom 26. August 2005 (Geschäfts-Nr. LP050064) bleibt als Folge davon unberührt; der Kläger ist weiterhin verpflichtet, der Beklagten monatlich im Voraus zahlbare Unterhaltsbeiträge von Fr. 2'750.– zu bezahlen.

III.

1. a) Der Kläger obsiegt im Berufungsverfahren zu rund einem Fünftel, die Beklagte zu rund vier Fünfteln. Die Prozesskosten sind ausgangsgemäss zu verteilen (Art. 106 Abs. 2 ZPO). Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit §§ 5 Abs. 1, 6 Abs. 1 und 8 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 5'500.– festzulegen und dem Kläger zu vier Fünfteln und der Beklagten zu einem Fünftel aufzuerlegen.

b) Der Kläger ist ferner zu verpflichten, der Beklagten für das Berufungsverfahren eine auf drei Fünftel reduzierte Parteientschädigung zu bezahlen. Die volle Parteientschädigung ist gestützt auf § 13 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit §§ 5 Abs. 1, 6 Abs. 1 und 9 AnwGebV auf Fr. 3'000.– zu veranschlagen. Der Kläger ist somit zu verpflichten, der Beklagten für das Berufungsverfahren eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 1'800.– zu bezahlen. Hinzu kommt antragsgemäss ein Mehrwertsteuerzuschlag von Fr. 144.–.

2. a) Beide Parteien verlangen die Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses für das Berufungsverfahren. Dies setzt voraus, dass der ansprechende Ehegatte für die Finanzierung des Prozesses auf den Beistand des anderen Teils angewiesen und der angesprochene Ehegatte zur Leistung eines solchen in der Lage ist. Die Beistandsbedürftigkeit ist gegeben, wenn die ansprechende Partei

ohne Beeinträchtigung des angemessenen Lebensunterhaltes nicht über eigene Mittel rechtlich oder tatsächlich und binnen nützlicher Frist verfügen kann, welche für die gehörige Prozessführung erforderlich sind. Die beschliessende Kammer folgt dabei in konstanter Praxis der Auffassung, dass die Pflicht zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses in der ehelichen Beistandspflicht gemäss Art. 159 Abs. 3 ZGB gründet.

b) Das massgebliche Monatseinkommen des Klägers (nach Steuern) beträgt Fr. 10'384.– (vgl. E. II/4.b vorstehend). Dieses kann der Kläger trotz eines aktuell allenfalls vorhandenen Gewinnrückgangs auch in Zukunft wieder erzielen. Der notwendige Lebensunterhalt des Klägers stellt sich gemäss seiner eigenen Darstellung wie folgt dar (Urk. 1 S. 12):

Grundbetrag	Fr.	1'100.–
Wohnkosten	Fr.	2'000.–
Nebenkosten (inkl. Versicherungskosten sowie Radio- und TV-Gebühren)	Fr.	359.–
Krankenkasse	Fr.	483.–
Unfall- und Krankentaggeldversicherung	Fr.	116.–
Gesundheitskosten	Fr.	111.–
3. Säule	Fr.	872.–
Auswärtige Verpflegung	Fr.	225.–
Unterhaltsbeitrag	Fr.	2'750.–
Total	Fr.	8'016.–

Es entsteht ein Überschuss zwischen dem zur Verfügung stehenden Einkommen des Klägers und seinem Bedarf von Fr. 2'368.– pro Monat. Mit dem ihm verbleibenden Überschuss ist der Kläger ohne Weiteres in der Lage, die Prozesskosten innerhalb eines Jahres zu begleichen. Zuzufolge fehlender Beistandsbedürftigkeit ist der Antrag des Klägers auf Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses daher abzuweisen. Sein Eventualgesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsbeistandung ist aus denselben Überlegungen ebenfalls abzuweisen.

c) Die Beklagte begründet ihre Bedürftigkeit damit, dass sie mit ihrem geringen Einkommen und den ihr zustehenden Unterhaltsbeiträgen ihren Lebensbedarf nicht decken könne. Die Beklagte weist aber in ihrer Steuererklärung per Ende 2011 Nettovermögenswerte von Fr. 112'668.– aus. Darunter befindet sich eine

Kapitalversicherung der Swiss Life mit einem Rückkaufswert von Fr. 38'152.– (Vi Urk. 37). Die Beklagte macht geltend, es sei ihr aufgrund ihrer fehlenden Altersvorsorge nicht zuzumuten, diese Versicherung auszulösen (Vi Urk. 20 S. 25). Dem ist entgegenzuhalten, dass die Beklagte selbst ihre güterrechtlichen Ansprüche auf mindestens Fr. 200'000.– beziffert (Vi Urk. 20 S. 24). Unter Berücksichtigung dieser Anwartschaft verfügt sie insgesamt über beträchtliche Rücklagen. Damit ist es ihr zuzumuten, zur Finanzierung des Berufungsprozesses auf ihre Ersparnisse zurückzugreifen. Der Antrag der Beklagten auf Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses ist daher mangels Bedürftigkeit abzuweisen, ihr Eventualgesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsverbeiständung ebenfalls.

Es wird beschlossen:

1. Der Antrag des Klägers auf Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses für das Berufungsverfahren wird abgewiesen.
2. Das Eventualgesuch des Klägers um unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsverbeiständung für das Berufungsverfahren wird abgewiesen.
3. Der Antrag der Beklagten auf Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses für das Berufungsverfahren wird abgewiesen.
4. Das Eventualgesuch der Beklagten um unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsverbeiständung für das Berufungsverfahren wird abgewiesen.
5. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit dem nachfolgenden Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Der Massnahmeantrag des Klägers (Aufhebung der Unterhaltspflicht gemäss Eheschutzentscheid) wird abgewiesen.
2. Der Massnahmeantrag der Beklagten (Erhöhung der Unterhaltspflicht gemäss Eheschutzentscheid) wird abgewiesen.

3. Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren wird auf Fr. 5'500.– festgesetzt.
4. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden dem Kläger zu vier Fünfteln und der Beklagten zu einem Fünftel auferlegt.
5. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 1'944.– zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Einzelgericht im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Bülach, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

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

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

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 10. Juli 2013

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. H. Dubach

versandt am:
mc