

# ZH\_OBERGERICHT LQ090072 vom 2. November 2012

ZH Obergericht, 2012-11-02, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LQ090072](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LQ090072)

FR: ZH\_OBERGERICHT LQ090072 du 2 novembre 2012

IT: ZH\_OBERGERICHT LQ090072 del 2 novembre 2012

## Erwägungen

### E. 1

Dezember 2003 beläuft sich die Unterhaltsschuld des Gesuchstellers gegen- über der Gesuchstellerin persönlich auf jeweils Fr. 7'500.– pro Monat (Vi Urk. 59/33 S. 6 Dispositiv-Ziffern 1 und 2). Am 8. Juni 2004 hatte der Gesuchstel- ler beim Bezirksgericht Dielsdorf eine Scheidungsklage eingereicht (Vi Urk. 1 und Vi Urk. 3). Die Gesuchstellerin verlangte am 9. September 2004 widerklageweise ebenfalls die Scheidung der Ehe (Vi Urk. 13), weshalb der Prozess nach den Bestimmungen über die Scheidung auf gemeinsames Begehren geführt wurde.

- 3 - Im Verlauf des Scheidungsverfahrens verlangte der Gesuchsteller mit Eingabe vom 29. September 2006 noch vor Ergehen des obergerichtlichen Beschlusses vom 25. Juli 2007 im Sinne einer vorsorglichen Massnahme die Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen. Er beantragte, er sei mit Wirkung ab 1. Oktober 2006 zu ver- pflichten, an den Unterhalt der noch nicht mündigen Kinder einen monatlichen Beitrag von je Fr. 800.– zuzüglich Kinderzulagen sowie an denjenigen der Ge- suchstellerin persönlich monatliche Beiträge von höchstens Fr. 2'000.– zu bezah- len (Vi Urk. 37 S. 2). Die Parteien erklärten sich in der Folge mit der einstweiligen Sistierung des vorsorglichen Massnahmeverfahrens bis zum Vorliegen eines rechtskräftigen Eheschutzentscheides einverstanden (Prot. I S. 23). Nach dem Abschluss des Eheschutzverfahrens fand am 22. November 2007 die Verhand- lung über vorsorgliche Massnahmen statt (Prot. I S. 25 ff.). Anlässlich dieser Ver- handlung haben die Parteien einer vorsorglichen Beweisabnahme im Rahmen der vorsorglichen Massnahmen zugestimmt und sich dazu verpflichtet, schriftliche Beweisanträge betreffend Einkommen und Bedarf des Gesuchstellers einzu- reichen (Prot. I S. 31). Nachdem die Parteien mit Eingabe vom 26. Februar 2008 beziehungsweise vom 13. März 2008 ihre Beweisanträge gestellt hatten (Vi Urk. 74 und Vi Urk. 76), ordnete die Vorinstanz die Edition diverser Unterlagen an (Vi Urk. 77 und Vi Urk. 108) und vernahm mehrere Zeugen (Prot. I S. 43-108). Zum Beweisergebnis nahmen der Gesuchsteller mit Eingabe vom 1. Dezember 2008 und die Gesuchstellerin mit Eingabe vom 8. Dezember 2008 Stellung (Vi Urk. 123 und Vi Urk. 125). Mit persönlicher Eingabe vom 27. Februar 2009 äus- serte sich der Gesuchsteller zu den von der Gesuchstellerin in ihrer Stellungnah- me zum Beweisergebnis vorgebrachten Noven (Vi Urk. 133/1+2). Mit Verfügung vom 12. August 2009 wies die Einzelrichterin im ordentlichen Verfahren am Be- zirksgericht Dielsdorf die Anträge des Gesuchstellers auf Reduktion seiner Unter- haltspflichten ab (Vi Urk. 135 [= Urk. 3] S. 30 Dispositiv-Ziffer 1).

### E. 2

Es seien die Abänderungsanträge Ziff. 1 und Ziff. 2 des Gesuchstellers, Massnahme- klägers und Rekurrenten, gutzuheissen.

## E. 2.1

Gegenstand des vorliegenden Rekursverfahrens bildet die Unterhaltspflicht des Gesuchstellers gegenüber der Gesuchstellerin und den gemeinsamen Kindern. Die Vorinstanz hat das mit veränderten Verhältnissen der finanziellen Situation begründete Unterhaltsfestsetzungsbegehren des Gesuchstellers als Begehren um Abänderung der eheschutzrichterlich festgesetzten Unterhaltsbeiträge behandelt. Als das Scheidungsverfahren zwischen den Parteien im Juni 2004 eingeleitet wurde, war das vorangegangene Eheschutzverfahren in zweiter Instanz vor Obergericht hängig. Bis zum Eintritt der Rechtshängigkeit des Scheidungsprozesses bleibt das Eheschutzgericht zum Erlass von Eheschutzmassnahmen sachlich zuständig. Ein Rekurs gegen einen solchen Entscheid ist durch das Obergericht als Rechtsmittelinstanz anhand zu nehmen und materiell zu beurteilen (ZR 101 [2002] Nr. 25). Sobald eine Klage oder ein Begehren auf Scheidung rechtshängig ist, können Eheschutzmassnahmen nicht mehr angeordnet

- 6 - werden. Dann ist für alle Massnahmen, welche die Zukunft betreffen, nur noch das Scheidungsgericht zuständig. Hat der summarische Eheschutzrichter vor Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens Eheschutzmassnahmen rechtskräftig angeordnet, bleiben diese unter Vorbehalt der Abänderung grundsätzlich auch während des Scheidungsverfahrens in Kraft (vgl. zum Ganzen BGE 129 III 60 ff.; FamKomm Scheidung-Vetterli, N 20 der Vorbemerkungen zu Art. 175-179 ZGB; BSK ZGB I-Hasenböhler/Opel, N 15 zu Art. 179 ZGB). Als der vorliegende Ehescheidungsprozess im Juni 2004 beim Bezirksgericht Dielsdorf rechtshängig gemacht wurde, lag ein erstinstanzlicher Unterhaltsentscheid des Einzelrichters im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Bülach vom 8. April 2003 vor. Diese Verfügung hat der Gesuchsteller beim Obergericht des Kantons Zürich mit Rekurs angefochten.

## E. 2.2

Im Rekursverfahren merkte das Obergericht des Kantons Zürich mit Beschluss vom 16. Juli 2003 aufgrund der gestellten Rechtsmittelanträge vor, dass die Verpflichtung des Gesuchstellers zur Zahlung von Unterhaltsbeiträgen an die Gesuchstellerin für sie persönlich sowie für die drei Kinder ab Juli 2003 im Umfang von monatlich Fr. 6'750.– zuzüglich Kinderzulagen in Rechtskraft erwachsen sei (Vi Urk. 58/26 S. 5 Dispositiv-Ziffer 1). Damit stand fest, dass der Gesuchsteller während der Dauer des Getrenntlebens bis zu einer allfälligen Abänderung der erstinstanzlichen Eheschutzverfügung mindestens in dieser Höhe Unterhaltsbeiträge zu entrichten haben würde. Daran haben die Aufhebung des nachmaligen Rekursentscheides vom 9. Juni 2005 durch das Kassationsgericht des Kantons Zürich und die neuerliche Befassung des Obergerichts des Kantons Zürich nichts geändert. Wollte der Gesuchsteller mit Wirkung ab 1. Oktober 2006 eine Reduktion der Unterhaltsbeitragspflicht angeordnet haben, handelte es sich beim entsprechenden Begehren durchaus um ein Abänderungsbegehren im Sinne von Art. 179 Abs. 1 ZGB, mit welchem eine gerichtliche Anpassung der teilweise rechtskräftigen Verfügung des Einzelrichters im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Bülach vom 8. April 2003 beziehungsweise des späteren Rekursentscheides des Obergerichts des Kantons Zürich vom 25. Juli 2007 verlangt wurde. Das von der Vorinstanz aufgrund des Antrags des Gesuchstellers auf Festsetzung der ab 1. Oktober 2006 zu bezahlenden Unterhaltsbeiträge eröffnete vor-

- 7 - sorgliche Massnahmeverfahren stellte demnach in der Sache ein Abänderungsverfahren dar, welches von der Vorinstanz mit Recht nach Massgabe der in Art. 179 Abs. 1

ZGB verankerten Voraussetzungen beurteilt wurde. 3. Neben dem persönlichen Unterhalt für die Gesuchstellerin ist auch der Unterhalt für die im Zeitpunkt der Anhängigmachung des Abänderungsbegehrens noch unmündigen Töchter D.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ umstritten. Soweit in einem ehe- rechtlichen Verfahren Kinderbelange zu regeln sind, gilt zum Schutz der Kindesin- teressen die uneingeschränkte Official- und Untersuchungsmaxime (Bräm/Hasenböhler, Zürcher Kommentar, Art. 169-180 ZGB, 3. Aufl., Zürich 1997, N 17 und N 117 zu Art. 176 ZGB; Hausheer/Reusser/Geiser, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. II, 1. Abt., 2. Teilbd., 2. Aufl., Bern 1999, N 41 zu Art. 176 ZGB; BGE 119 II 203; BGE 120 II 231; BGE 128 III 411 = Pra 2003 Nr. 5). Die Officialmaxime ändert jedoch nichts am summarischen Charakter des Verfahrens (vgl. Breitschmid, Kind und Scheidung der Elternehe, in: Stiftung für juristische Weiterbildung Zürich [Hrsg.], Das neue Scheidungsrecht, Zürich 1999, S. 107). Das bedeutet insbesondere, dass auch bei Kinderbelangen die Parteien dem Gericht grundsätzlich den wesentlichen Sachverhalt substantiiert darlegen und glaubhaft machen müssen (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcheri- schen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 1997, N 35 zu § 54 ZPO/ZH). Das Ge- richt kann auch bei Kinderbelangen auf die ihm plausibel erscheinenden Aussa- gen einer Partei abstellen, ohne weitere Beweismittel beizuziehen (Habscheid, Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, 2. Aufl., Basel 1990, N 620; Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 1979, S. 323 Anm. 27; ZR 79 [1980] Nr. 64). Aufgrund der bei der Gestaltung von Kin- derbelangen geltenden Officialmaxime entfällt der Ausschluss von Noven (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 10 zu § 267 ZPO/ZH). Dies hat zur Folge, dass auf die Vorbringen der Parteien, die im unmittelbaren Zusammenhang mit der Gestaltung der Eltern- und Kindesrechte stehen, grundsätzlich auch dann einzu- treten ist, wenn diese erst im Rahmen des Rekursverfahrens präsentiert werden.

### **E. 3**

Es seien mithin die monatlichen Unterhaltsbeiträge für die Kinder, mit Wirkung ab 1. Oktober 2006, auf Fr. 800.– pro Kind und Monat, bis zu deren Mündigkeit herabzu- setzen und es seien die Frauenunterhaltsbeiträge mit Wirkung ab 1. Oktober 2006 auf Fr. 2'000.– zu reduzieren.

#### **E. 3.1**

Im Rekursverfahren hält der Gesuchsteller an der mangelnden Leistungs- fähigkeit zur Bezahlung der im Eheschutzverfahren bestimmten Unterhaltsbeiträ- ge fest. Der Vorinstanz wirft er vor, verschiedene wesentliche Veränderungen in den tatsächlichen Verhältnissen nicht oder zumindest nicht gebührend berück- sichtigt zu haben. Die Auseinandersetzung drehte sich im vorinstanzlichen Ver- fahren einmal um das Einkommen, welches der Gesuchsteller aus seiner Tätig- keit als Geschäftsführer der F.\_\_\_\_\_ AG erlangt. Diesbezüglich hat der Gesuch- steller eine Lohnreduktion von vormalig Fr. 14'000.– brutto pro Monat auf rund Fr. 7'400.– netto pro Monat ab 1. Oktober 2006 geltend gemacht und dazu vorge- bracht, diese Anpassung des bestehenden Arbeitsverhältnisses sei unumgänglich gewesen und die Mehrheitsaktionäre hätten ihm den Arbeitsvertrag gekündigt, so- fern er sich nicht freiwillig einer Anpassung unterzogen hätte. Im Weiteren hat der Gesuchsteller behauptet, dass ihm auch die vom Obergericht im Eheschutzent- scheid berücksichtigten zusätzlichen Lohnbestandteile nicht mehr angerechnet werden dürften. Er verdiene ab 1. Oktober 2006 rund Fr. 7'400.– pro Monat und "keinen Franken" mehr (Vi Urk. 63 S. 10 ff.). Diesen Vorbringen hat die Gesuch-

- 12 - stellerin zusammengefasst entgegengehalten, dass der Gesuchsteller im Wissen um seine familienrechtlichen Verpflichtungen freiwillig eine Reduktion seines Einkommens hingenommen habe. Überdies habe der Gesuchsteller auch im Jahre 2006 mehr Mittel aus der F. \_\_\_\_\_ AG gezogen als nur seinen Lohn (Vi Urk. 66 S. 7 ff.). Die Vorinstanz befand in der angefochtenen Verfügung, der Gesuchsteller habe schlüssig vorgetragen, aufgrund welcher Faktoren sich die Lage der F. \_\_\_\_\_ AG verschlechtert habe und welche Überlegungen und Entscheidungen zur Festlegung seines neuen Lohnes geführt hätten. Dass der Gesuchsteller auch effektiv das mit dem Arbeitsvertrag vom 4. September 2006 festgelegte Einkommen erziele und ausbezahlt erhalte, erschien der Vorinstanz aufgrund der eingereichten Unterlagen als erwiesen. Daher ging die Vorinstanz nicht von einer freiwilligen Hinnahme einer Lohnreduktion aus (Urk. 3 S. 16 und S. 21).

### **E. 3.2**

Bereits im vorinstanzlichen Verfahren hat der Gesuchsteller zum Beleg seiner Vorbringen eine Vielzahl von Belegen eingereicht. Bei den Akten findet sich zunächst ein Protokoll über die ausserordentliche Generalversammlung der F. \_\_\_\_\_ AG vom 1. September 2006. Darin wird in Ziffer 3 unter der Überschrift "Geschäftsführung" unter anderem festgehalten, dass das Salär des Gesuchstellers als Geschäftsführer infolge drastisch verminderter Einnahmen auf Fr. 8'000.– angepasst werden müsse, wobei diese Angelegenheit mit einem neuen Arbeitsvertrag geregelt werde (Vi Urk. 38/4 S. 2). Ebenso wurde eine Vereinbarung über die Auflösung des bestehenden Arbeitsverhältnisses sowie ein am 4. September 2006 unterzeichneter Arbeitsvertrag zwischen dem Gesuchsteller und der F. \_\_\_\_\_ AG beigebracht (Vi Urk. 38/5 und Vi Urk. 38/6). Darin wurde ein monatlicher Bruttolohn in der Höhe von Fr. 8'000.–, eine pauschale Spesenentschädigung von Fr. 500.– pro Monat sowie die Zurverfügungstellung eines auch zu privaten Zwecken zu nutzenden Firmenfahrzeuges vereinbart (Vi Urk. 38/6). Daneben liegen zahlreiche Lohnabrechnungen vor, welche für die hier interessierende Zeitperiode ein monatliches Nettosalär von Fr. 7'465.60 (Oktober 2006 bis Dezember 2006), von Fr. 7'453.80 (Januar 2007) und von Fr. 7'441.80 (ab Februar 2007 bis Oktober 2007) ausweisen (Vi Urk. 47/6; Vi Urk. 64/16). Gemäss Lohnausweis belief sich das Nettojahreseinkommen des Gesuchstellers im Jahre 2007 gesamthaft auf Fr. 96'094.–, wobei zusätzliche Spesenvergütungen von

- 13 - Fr. 7'800.– erfolgten (Vi Urk. 105/5). Nach den entsprechenden Lohnabrechnungen erzielte der Gesuchsteller von Januar 2008 bis und mit April 2009 jeweils ein Nettoeinkommen von Fr. 7'448.70 (Vi Urk. 105/4; Vi Urk. 144/1.1; vgl. Urk. 11/15) sowie ab Mai 2009 bis November 2009 jeweils ein solches von Fr. 7'340.80 (Vi Urk. 144/1.1; vgl. auch Urk. 15/11). Der Lohnausweis für das Jahr 2008 schliesslich weist ein Gesamthauseinkommen von Fr. 96'176.– und die Vergütung von Spesen in der Höhe von Fr. 7'800.– aus (Vi Urk. 144/1.1). In der Steuererklärung 2008 hat der Gesuchsteller Einkünfte aus unselbständiger Erwerbsarbeit von Fr. 96'176.– deklariert (Urk. 11/16). Diese Einkommensreduktion hat der Gesuchsteller als unumgänglich bezeichnet, da ihm die Mehrheitsaktionäre ansonsten den Arbeitsvertrag gekündigt hätten (Vi Urk. 63 S. 10). Im Rekursverfahren weist der Gesuchsteller in diesem Zusammenhang darauf hin, dass die F. \_\_\_\_\_ AG nach wie vor vom Mehrheitsaktionär H. \_\_\_\_\_ beherrscht werde (Urk. 9 S. 8; Urk. 19 S. 11).

### **E. 3.3**

Die Gesuchstellerin hat der Darstellung des Gesuchstellers in verschiedener Hinsicht widersprochen und insbesondere die Authentizität des vom Gesuchsteller genannten Generalversammlungsbeschlusses sowie die Abhängigkeit von einem oder mehreren Mehrheitsaktionären angezweifelt (Vi Urk. 66 S. 10 ff.; Urk. 15 S. 7 ff.). Seit der Statutenänderung vom 16. Dezember 2002 ist das Aktienkapital der F.\_\_\_\_\_ AG von Fr. 100'000.– eingeteilt in 88 Namenaktien zu Fr. 1'000.– sowie in 120 Stimmrechtsaktien zu Fr. 100.– (vgl. Vi Urk. 213 Beilage 20). Aus einer vor Vorinstanz eingereichten Zusammenstellung über die Aktionärsbeteiligung geht hervor, dass der Gesuchsteller am 14. Oktober 2003 18 Namenaktien und 120 Stimmrechtsaktien an I.\_\_\_\_\_ verkauft hat sowie weitere 68 Namenaktien bei H.\_\_\_\_\_ als Pfand hinterlegt waren (Vi Urk. 64/8; vgl. auch Vi Urk. 47/6). Im Rekursverfahren hat der Gesuchsteller wiederum eine Auflistung der Zusammensetzung des Aktionariats eingereicht, gemäss welcher I.\_\_\_\_\_ am 14. Oktober 2003 17 Namenaktien und 120 Stimmrechtsaktien an H.\_\_\_\_\_ verkauft haben soll (Urk. 11/14). Entgegen der Ansicht der Gesuchstellerin (vgl. Urk. 15 S. 7) handelt es sich dabei nicht um eine neu eingereichte Unterlage, wurde eine identische Version dieser Zusammenstellung doch bereits im vorinstanzlichen Verfahren mehrfach eingereicht (vgl. Vi Urk. 105/6 und Vi

- 14 - Urk. 144/1.12). Auch die vorinstanzliche Feststellung, wonach lediglich der Verkauf von Aktien an I.\_\_\_\_\_ aktienkundig sei (Urk. 3 S. 17 f.), trifft demnach in dieser Form nicht zu. Einzuräumen ist allerdings, dass die vom Gesuchsteller vorgelegten Zusammenstellungen inhaltlich nicht deckungsgleich sind, wurde doch die Aktienübertragung von I.\_\_\_\_\_ an H.\_\_\_\_\_ zunächst nicht aufgeführt. Fraglich ist auch, weshalb der Gesuchsteller rund um diese Aktienverkäufe von "Investoren" spricht, obschon keine neue Aktien ausgegeben wurden, sondern die neuen Aktionäre lediglich den jeweiligen Verkäufern den Kaufpreis erstattet haben. Dass I.\_\_\_\_\_ zusätzliche Mittel in die Gesellschaft eingebracht hätte, ist weder ersichtlich noch dargetan. H.\_\_\_\_\_ hat ausgesagt, er habe viel Geld in die F.\_\_\_\_\_ AG investiert (Prot. I S. 59). Im Einzelnen wurde in diesem Zusammenhang der Kauf von ... für Fr. 2'500'000.– sowie ein Darlehen über Fr. 300'000.– erwähnt, welches der F.\_\_\_\_\_ AG gewährt worden sein soll (Prot. I S. 59 und S. 60). Beide Sachverhalte stehen indessen nicht mit dem Aktienerwerb von H.\_\_\_\_\_ im Zusammenhang und können nicht als eigentliche Investition in das Unternehmen F.\_\_\_\_\_ AG betrachtet werden. Die Fahrzeuge wurden nicht von der F.\_\_\_\_\_ AG, sondern von der sie verleasenden Gesellschaft erworben und anschliessend wiederum an die F.\_\_\_\_\_ AG vermietet (Vi Urk. 213 S. 52). Das genannte Darlehen gelangte schliesslich nicht an die F.\_\_\_\_\_ AG, sondern an den Gesuchsteller persönlich, um damit seine Schuld aus dem Aktionärskontokorrent zu amortisieren (vgl. Vi Urk. 213 Beilage 23).

### **E. 3.4**

Unklar ist in Bezug auf die Aktienverhältnisse an der F.\_\_\_\_\_ AG als weiteres, weshalb der Gesuchsteller noch in der Steuererklärung 2008 insgesamt 79 Aktien der F.\_\_\_\_\_ AG zu einem Gesamtsteuerwert von Fr. 79'000.– (entsprechend dem Nominalwert) angegeben hat (Urk. 11/16), obwohl sich gemäss dem nachträglich vorgelegten "Aktienbuch" bereits seit dem Jahre 2004 nur noch 68 Namenaktien in seinem Eigentum befunden haben sollen. Diese Aktienmenge wurde denn auch im Wertschriften- und Guthabenverzeichnis der Steuererklärung 2006 deklariert (vgl. Vi Urk. 64/7 S. 11). Anlässlich seiner Befragung als Zeuge hat H.\_\_\_\_\_ bestätigt, dass er seit Oktober 2004 die Aktienmehrheit an der F.\_\_\_\_\_ AG besitze (Prot. I S. 58, S. 66 und S. 67). Diese Aussage korrespondiert mit den

Angaben in den vom Gesuchsteller im späteren Verlauf des vo-

- 15 - rinstanzlichen Verfahrens sowie im Rekursverfahren eingereichten Zusammenstellungen über das Aktionariat. Das darin verzeichnete Datum der Aktienübertragung konnte von I. \_\_\_\_\_ hingegen nicht bestätigt werden, gab dieser bei seiner Zeugenbefragung im August 2008 doch an, seine Aktien ungefähr vor zwei Jahren an H. \_\_\_\_\_ verkauft zu haben (Prot. I S. 53). Bei den Akten liegt einzig ein am 14. Oktober 2003 unterzeichneter Kaufvertrag zwischen dem Gesuchsteller und I. \_\_\_\_\_ über 18 Namenaktien zu nominal Fr. 1'000.- und über 120 Namenstimmrechtsaktien zu nominal Fr. 100.- (vgl. Vi Urk. 144/1.9). Unterlagen zum Aktienverkauf an H. \_\_\_\_\_ durch I. \_\_\_\_\_ liegen demgegenüber nicht vor. Gestützt auf die Aussagen von H. \_\_\_\_\_ und I. \_\_\_\_\_ ist entgegen den Vorbringen der Gesuchstellerin (vgl. Vi Urk. 66 S. 11) gleichwohl davon auszugehen, dass H. \_\_\_\_\_ jedenfalls im hier relevanten Jahr 2006 über die Aktienmehrheit an der F. \_\_\_\_\_ AG verfügt hat. Dem Gesuchsteller gehörten damals noch 68 Namenaktien, die ihm auch entsprechende Stimmrechte verschafften. Wie die Gesuchstellerin schon im vorinstanzlichen Verfahren zu Recht eingewendet hat (vgl. Vi Urk. 66 S. 10), wurden durch die vom Gesuchsteller vorgebrachte Verpfändung von 67 Namenaktien weder die Aktionärseigenschaft des Gesuchstellers noch dessen Stimmrechte tangiert. Der Pfandvertrag hält denn auch ausdrücklich fest, dass der Gesuchsteller Aktionär und an der Generalversammlung stimmberechtigt bleibe (Vi Urk. 144/1.9). Die für die Sachdarstellung des Gesuchstellers wesentliche Behauptung, bei Nichteinwilligung mit einer Lohnreduktion wäre mit einer Kündigung des Arbeitsvertrages zu rechnen gewesen (Vi Urk. 63 S. 10), wird jedoch durch den Hinweis auf die Aktienbeteiligungen anderer Personen ohnehin nicht wesentlich gestützt. Neben den nicht abschliessend geklärten Umverteilungen des Aktienbesitzes an der F. \_\_\_\_\_ AG ergeben sich weitere Vorbehalte gegenüber der Sachdarstellung des Gesuchstellers.

### **E. 3.5**

Gemäss dem vom Gesuchsteller eingereichten Protokoll über die ausserordentliche Generalversammlung der F. \_\_\_\_\_ AG vom 1. September 2006 sollen damals neben dem Gesuchsteller auch der "Aktionär" I. \_\_\_\_\_ sowie das "VR-Mitglied" H. \_\_\_\_\_ anwesend gewesen sein. Das Protokoll wurde von allen diesen drei Personen unterzeichnet (Vi Urk. 38/4). I. \_\_\_\_\_ hat anlässlich seiner Zeugeneinvernahme indessen erklärt, dass er bei der F. \_\_\_\_\_ AG nie Mitwirkungsrechte

- 16 - wahrgenommen habe (Prot. I S. 52). Ausdrücklich verneint hat er sodann die Frage, ob er je an einer Generalversammlung der F. \_\_\_\_\_ AG teilgenommen habe (Prot. I S. 55). Der damalige Verwaltungsrat H. \_\_\_\_\_ gab als Zeuge vor Vorinstanz an, dass der Gesuchsteller, J. \_\_\_\_\_ (Revisionsstelle) und er selber jeweils an der Generalversammlung teilgenommen hätten. Weitere Personen seien nie dabei gewesen (Prot. I S. 64; vgl. auch Prot. I S. 67). Angesprochen auf den Widerspruch zwischen dieser Aussage und den Unterschriften auf dem Protokoll der fraglichen Generalversammlung meinte H. \_\_\_\_\_, dass er sich nicht an alle Sitzungen erinnern könne. Die anschliessende Frage, ob I. \_\_\_\_\_ an dieser Generalversammlung teilgenommen habe oder nicht, konnte er nicht mit Bestimmtheit beantworten. Er denke aber, dass I. \_\_\_\_\_ nicht anwesend gewesen sei (Prot. I S. 68). Der Revisor der F. \_\_\_\_\_ AG, J. \_\_\_\_\_, schliesslich gab an, dass an der ausserordentlichen Generalversammlung neben ihm noch der Gesuchsteller und H. \_\_\_\_\_ anwesend gewesen seien (Prot. I S. 75/76). Der Gesuchsteller bemerkte in seiner Stellungnahme zu den Zeugeneinvernahmen vor Vorinstanz, der Zeuge I. \_\_\_\_\_ habe sich

an vieles nicht mehr erinnern können (Vi Urk. 123 S. 6). Auch im Rekursverfahren führt er gegen die Zeugenaussagen allgemein gehaltene Erkenntnisse über deren Beweistauglichkeit ins Feld (Urk. 9 S. 13), ohne aber darzulegen, inwiefern der Inhalt der einzelnen Ausführungen nicht zuverlässig gewesen sein sollte. Weder I. \_\_\_\_\_ noch J. \_\_\_\_\_ haben auf ein eingeschränktes Erwerbungsvermögen hingewiesen. Angesichts der vom Gesuchsteller geschilderten einschneidenden Konsequenzen dieser Generalversammlung ist auch nicht leichthin anzunehmen, dass sich ein tatsächlicher Teilnehmer nicht mehr daran erinnern könnte, zumal es sich laut Aussagen des Gesuchstellers und von H. \_\_\_\_\_ damals um eine Krisensitzung gehandelt habe und es für die F. \_\_\_\_\_ AG um die "Wurst" beziehungsweise um "Kopf und Kragen" gegangen sein soll (vgl. Prot. I S. 67 und S. 96). Die festgestellten Ungereimtheiten lassen sich daher auch nicht mit der vom Gesuchsteller nachträglich aufgestellten Vermutung erklären, I. \_\_\_\_\_ habe möglicherweise über das Telefon an der Generalversammlung teilgenommen (vgl. Urk. 19 S. 10). Unbestritten geblieben ist schliesslich, dass die Gesuchstellerin als Aktionärin der F. \_\_\_\_\_ AG weder an dieser Generalversammlung - 17 - teilgenommen hat noch überhaupt dazu eingeladen wurde (vgl. Vi Urk. 50 S. 3 f.).

### **E. 3.6**

Die wirtschaftliche Notwendigkeit der Lohnkürzung hat die Vorinstanz unabhängig von den Umständen des Zustandekommens als glaubhaft beurteilt. Hintergrund der vom Gesuchsteller behaupteten Gehaltsänderung soll der starke Umsatzeinbruch bei der F. \_\_\_\_\_ AG gewesen sein. Vorab ist an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass im Rahmen des Scheidungsverfahrens mit Verfügung vom 14. März 2010 unter anderem ein Gutachten zur Frage nach dem Einkommen des Gesuchstellers bei der F. \_\_\_\_\_ AG in Auftrag gegeben wurde (Vi Urk. 159; Urk. 27/1). Am 26. September 2011 erstattete Dr. C1. \_\_\_\_\_ ein betriebswirtschaftliches Gutachten zur F. \_\_\_\_\_ AG (Vi Urk. 213). Mit Verfügung vom 30. September 2011 stellte die Vorinstanz dieses Gutachten zu (Urk. 33). Ebenso reichten beide Parteien die im vorinstanzlichen Scheidungsprozess erstatteten Stellungnahmen zum Ergebnis der Begutachtung ein (Urk. 35; Urk. 38/4; vgl. auch Vi Urk. 218 und Vi Urk. 221). Dadurch wurde der Inhalt des betriebswirtschaftlichen Gutachtens auch Teil des Prozessstoffes im Rekursverfahren und kann insofern als Grundlage zur materiellen Streitentscheidung herangezogen werden. Das Gutachten gelangte zum Ergebnis, dass das heutige Einkommen des Gesuchstellers als Geschäftsführer der F. \_\_\_\_\_ AG einem marktgängigen Einkommen für diese Tätigkeit entspreche (Vi Urk. 213 S. 95). Um die Angemessenheit des Lohnes des Gesuchstellers zu beurteilen, hat der Gutachter als Vergleichsgrösse Angaben des Bundesamtes für Statistik herangezogen, um daraus abzuleiten, dass der Gesuchsteller im Vergleich zum Branchendurchschnitt ein marktgängiges beziehungsweise ein hohes Einkommen erziele (Vi Urk. 213 S. 71 ff. und S. 100). Für die Beurteilung der betrieblichen Notwendigkeit der vom Gesuchsteller behaupteten Einkommensreduktion ist damit indessen nicht viel gewonnen, steht doch dabei die einzelne Unternehmung als solche im Vordergrund. Diesbezüglich ist festzuhalten, dass das Einkommen des Gesuchstellers seiner eigenen Darstellung nach in früheren Jahren ein Vielfaches der vom Gutachter verwendeten Referenzwerte betrug (beispielsweise im Jahre 2002 zwischen Fr. 15'000.- und Fr. 20'000.- pro Monat [vgl. "Lohnvergleich A. \_\_\_\_\_" (Vi Urk. 64/66) gegenüber dem Vergleichslohn von rund Fr. 6'700.- (Vi Urk. 213

- 18 - S. 73)]). Selbst unter Annahme eines im Branchenvergleich höheren Gesamtaufwandes lässt sich nicht feststellen, dass und inwiefern das Gehalt des Geschäftsführers in einer bestimmten Korrelation zum generierten Umsatz stünde. So sank der Umsatz der F.\_\_\_\_\_ AG im Jahre 2005 unter den Branchendurchschnitt (vgl. Vi Urk. 213 S. 69), während das Einkommen des Gesuchstellers rund das Doppelte des in vergleichbar klassifizierten Stellungen erzielten Durchschnittslohnes (vgl. Vi Urk. 213 S. 73) ausmachte. Im vom Gesuchsteller als besonders schlecht bezeichneten Geschäftsjahr 2006 lag der von der F.\_\_\_\_\_ AG erwirtschaftete Umsatz sodann rund Fr. 700'000.– über dem Branchendurchschnitt (Vi Urk. 213 S. 68 f.).

### **E. 3.7**

Über die von der F.\_\_\_\_\_ AG im Einzelnen generierten Umsätze geben die zahlreichen Jahresrechnungen seit dem Jahre 2002 Aufschluss. Im Geschäftsjahr 2004 wurde ein Bruttobetriebsertrag von Fr. 9'888'566.– und im Jahre 2005 ein solcher von Fr. 6'483'052.– erzielt (Vi Urk. 64/5; Vi Urk. 64/6a; Vi Urk. 131/1). Per 31. Dezember 2005 hat die K.\_\_\_\_\_ der F.\_\_\_\_\_ AG den Vertrag über die Verteilung der ...-Produkte gekündigt (Vi Urk. 64/20). Bei der Neuausschreibung des Auftrages wurde ein anderes Unternehmen berücksichtigt. Per 30. September 2006 wurde der F.\_\_\_\_\_ AG von K.\_\_\_\_\_ auch der Vertrag über die Verteilung von ... gekündigt (Vi Urk. 64/21). Im Jahre 2006 reduzierten sich schliesslich die Betriebserträge auf Fr. 4'520'192.– (Vi Urk. 64/6b; Vi Urk. 131/2). Gemäss Jahresrechnung 2007 belief sich der Jahresumsatz aus Betriebsertrag noch auf Fr. 3'694'045.– (Vi Urk. 131/3). Im vorliegenden summarischen Verfahren kann grundsätzlich auf diese Jahresabschlüsse abgestellt werden, sofern sie nicht anhand konkreter Umstände als nicht glaubhaft oder als nicht schlüssig qualifiziert werden müssen. Die im Rahmen des Scheidungsverfahrens vorgenommene fachspezifische Überprüfung der Jahresrechnungen ergab - von hier nicht interessierenden Ausnahmen abgesehen - keine Anhaltspunkte auf eine nicht ordnungsgemässe Erstellung der Erfolgsrechnungen (vgl. Vi Urk. 213 S. 47 und S. 108 f.). Dass die Jahresrechnungen der F.\_\_\_\_\_ AG in Verletzung von Rechnungslegungsgrundsätzen tatsächlich von der Unternehmung realisierte Erträge nicht ausweisen würden, ist weder geltend gemacht noch ersichtlich. Die erwähnten Jahresabschlüsse belegen, dass die F.\_\_\_\_\_ AG in den

- 19 - und 2007 einen markanten Umsatzeinbruch von annähernd drei Millionen Franken zu verzeichnen hatte.

### **E. 3.8**

Der Rückgang des Umsatzes lässt sich in nachvollziehbarer Weise auf den Verlust zweier wichtiger Aufträge zurückführen. In dieser Entwicklung haben sich nach Einschätzung des betriebswirtschaftlichen Gutachters die Veränderungen in der ...-Branche niedergeschlagen. Insbesondere soll ein Verdrängungskampf in der ...-Branche geherrscht haben, in welchen die mittleren und kleineren Unternehmen von den Grossunternehmen zunehmend vom Markt verdrängt worden seien (Vi Urk. 213 S. 98). Angesichts der gekündigten Aufträge ist auch erklärbar, dass die F.\_\_\_\_\_ AG zum Abbau der vorübergehend bestehenden Überkapazitäten den Fahrzeugbestand reduziert hat (vgl. die - von der Gesuchstellerin allerdings bestrittene - Übersicht des Gesuchstellers [Vi Urk. 213 Beilage 35]). Diese Massnahme lässt sich im Übrigen mit den Geschäftszahlen für das Jahr 2007 vereinbaren, ging doch der Aufwand für die ...-Fahrzeuge ("Treibstoffe, Unterhalt +

Reparaturen", "Leasing- + Mietaufwand ...") um rund einen Drittel zurück. Dass sich der Aufwand nicht im gleichen Verhältnis wie der Umsatz verringert hat, ist nicht aussergewöhnlich. Der von der Gesuchstellerin mitunter geäusserte Verdacht, die F. \_\_\_\_\_ AG habe ...-Aufträge über Drittfirmen abgewickelt (vgl. Vi Urk. 39 S. 28), wird dadurch jedenfalls nicht erhärtet. Einerseits reduzieren sich Fixkosten erfahrungsgemäss mit einer gewissen zeitlichen Verzögerung zum Umsatzrückgang. Andererseits lässt sich der Rückgang des Aufwandes für ...-Leistungen Dritter angesichts des geringeren Auftragsvolumens mit dem vorrangigen Einsatz der bei der F. \_\_\_\_\_ AG beschäftigten Fahrer erklären. Nicht ausgeschlossen werden kann auch, dass die für die verbleibenden Fahrzeuge anfallenden variablen Kosten (beispielsweise Treibstoffe, Unterhalt und Reparaturen) insgesamt höher waren.

### E. 3.9

Ob und inwieweit die Lohnanpassung des Gesuchstellers eine betriebswirtschaftlich erforderliche Massnahme nach dem Einbruch des Umsatzes darstellte, lässt sich nicht schlüssig beurteilen. Festzuhalten ist einmal, dass die umstrittene Einkommenskürzung nur eine von mehreren Vorkehrungen gewesen sein soll, um die Unternehmung auf die veränderten Rahmenbedingungen einzu-

- 20 - stellen. So ist im Protokoll über die ausserordentliche Generalversammlung der F. \_\_\_\_\_ AG vom 1. September 2006 auch von einer drastischen Reduktion des Personalbestandes die Rede. Von den ehemals 30 Angestellten sollen per 1. Oktober 2006 noch deren fünf (vier ... sowie der Gesuchsteller als Geschäftsführer) bei der F. \_\_\_\_\_ AG verblieben sein (vgl. Vi Urk. 38/4 S. 4). Angesichts der dadurch bewirkten Kosteneinsparungen erscheint wohl selbst unter Berücksichtigung der zurückgegangenen Erträge nicht von vornherein einsichtig, weshalb weitere Gehaltskürzungen unumgänglich gewesen sein sollten. Die näheren Parameter zur Festlegung des vom Gesuchsteller behaupteten Geschäftsführerlohnes sind nicht im Detail bekannt. Im Schreiben des Treuhänders J. \_\_\_\_\_ vom 25. August 2006 an den Verwaltungsrat H. \_\_\_\_\_ wird darauf hingewiesen, dass das Gehalt des Geschäftsführers halbiert werden sollte (Vi Urk. 64/11). Auf welchen Überlegungen dieser Vorschlag konkret beruht hat, wird nicht erläutert. Bei seiner Befragung als Zeuge hat J. \_\_\_\_\_ allgemein die Jahresrechnung, die Umsatzzahlen sowie die zu disponierenden Fahrzeuge als Kriterien für die Lohnfestsetzung genannt (Prot. I S. 72 f.). H. \_\_\_\_\_ gab als Zeuge vor Vorinstanz an, der Lohn des Gesuchstellers sei nach der Arbeitszeit festgelegt worden (Prot. I S. 60). Dem vorerwähnten Schreiben von J. \_\_\_\_\_ lässt sich sodann entnehmen, dass bei seiner Empfehlung zum Salär des Gesuchstellers von einem Jahresumsatz in der Grössenordnung von Fr. 900'000.- ausgegangen wurde. Im Protokoll über die ausserordentliche Generalversammlung vom 1. September 2006 wird als Grund für die Lohnkürzung ebenfalls darauf hingewiesen, dass sich die Einnahmen auf Fr. 960'000.- ungefähr vermindert hätten (Vi Urk. 38/4 S. 4). Die Erfolgsrechnung 2006 weist hingegen nur schon als Betriebsertrag Jahreseinnahmen von mehr als vier Millionen Franken auf (Vi Urk. 131/2). Die offenbar als Basis für die Gehaltsreduktion dienenden Zahlen lagen demnach weit unter den im Jahre 2006 oder einem beliebigen anderen Geschäftsjahr erzielten Umsätzen. Es fällt schliesslich auf, dass der Verwaltungsrat H. \_\_\_\_\_ noch anlässlich seiner Zeugeneinvernahme im August 2008 ebenfalls von einem Umsatz von ungefähr Fr. 900'000.- gesprochen hat (vgl. Prot. I S. 66), was in keiner Weise mit den durch die Erfolgsrechnungen dokumentierten Ertragszahlen übereinstimmte.

#### **E. 4**

Im Bereich des persönlichen Unterhalts gilt dagegen die Dispositions- und Verhandlungsmaxime (Bachmann, Die Regelung des Getrenntlebens nach

- 8 - Art. 176 und Art. 179 ZGB sowie nach zürcherischem Verfahrensrecht, Diss. St. Gallen 1995, S. 202; Hausheer/Reusser/Geiser, a.a.O., N 19 zu (a)Art. 180 ZGB). Somit ist es Sache der Parteien, dem Gericht das Tatsächliche des Rechtsstreites darzulegen und die dafür erforderlichen Beweismittel zu bezeichnen. Die Parteien haben ihre Behauptungen bestimmt und vollständig aufzustellen, und das Gericht darf seinem Verfahren nur behauptete Tatsachen zugrunde legen (§ 54 Abs. 1 ZPO/ZH und § 113 ZPO/ZH). Gemäss § 278 ZPO/ZH in Verbindung mit § 267 ZPO/ZH und § 115 ZPO/ZH sind Noven, die nicht im Zusammenhang mit der Gestaltung der Eltern- und Kindesrechte stehen, im Rekursverfahren nur bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen zulässig. Im summarischen Verfahren ist dies namentlich der Fall, wenn neue Behauptungen durch neu eingereichte Unterlagen sofort glaubhaft gemacht werden können (RB 1996 Nr. 104). Es genügt damit bereits, wenn das Gericht aufgrund der neu eingereichten Unterlagen den Eindruck erhält, es bestehe eine überwiegende Wahrscheinlichkeit für die Richtigkeit der damit untermauerten neuen Behauptung (Entscheid des Kassationsgerichts des Kantons Zürich vom 24. Dezember 2000, Kass.-Nr. 2000/316 S. 12).

#### **E. 4.1**

Nach den vorstehenden Erwägungen erscheint nicht hinreichend erwahrt, dass und vor allem in welchem Umfang im Oktober 2006 aus betriebsökonomischen Gründen die Notwendigkeit zu einer Lohnreduktion bestanden hat. Die vom Gesuchsteller auch im Rekursverfahren bemühten Vergleiche mit lange zurückliegenden Verhältnissen "zu Beginn der [ehelichen] Auseinandersetzungen" (vgl. Urk. 9 S. 7 f.; Urk. 19 S. 5) sind unbehelflich. Aus der Redimensionierung des Unternehmens alleine muss nicht zwangsläufig auf ein im Gleichschritt abnehmen des Einkommen geschlossen werden. Der Gesuchsteller verschliesst sich damit auch der Einsicht, dass vorliegend nicht das in den Spitzenjahren erreichte, sondern das deutlich geringere Einkommen zur Debatte steht, welches der abzuändernden Unterhaltsregelung zugrunde lag. Im Übrigen hatte die F. \_\_\_\_\_ AG bereits im Jahre 2002 einen hohen Verlust zu verkraften, ohne dass Einsparungen bei den Gehältern beschlossen wurden. Des Weiteren besteht zwischen der Umsatzentwicklung eines Unternehmens und dessen wirtschaftlichem Erfolg nicht per se ein empirischer Zusammenhang. Zur finanziellen Lage der F. \_\_\_\_\_ AG ist denn auch darauf hinzuweisen, dass selbst am Ende des verlustreichen Geschäftsjahres 2006 ein aus Gewinnen früherer Jahre stammender Bilanzgewinn (Fr. 313'911.-) ausgewiesen werden konnte (vgl. Vi Urk. 64/66) und sich der Gang der Geschäfte jedenfalls bereits ab dem Frühjahr 2007 wieder positiver entwickelte. Laut Schilderung des Gesuchstellers selber konnten nach und nach wieder Aufträge akquiriert werden. Ebenso nahmen sowohl der Fahrzeugpark als auch der Personalbestand wieder zu (vgl. Vi Urk. 213 S. 58 und S. 103). Entsprechend konnte bereits im Jahre 2007 bei einem Ertrag von Fr. 3'701'917.- (Fr. 3'694'045.- Betriebsertrag + Fr. 7'872.- übriger Ertrag) sowie einem Geschäftsaufwand von Fr. 3'696'370.- (Fr. 1'922'321.- direkter Aufwand + Fr. 1'764'733.- Betriebsaufwand + Fr. 9'316.- ausserordentlicher Aufwand) wieder ein Gewinn von Fr. 5'548.- erwirtschaftet werden (Vi Urk. 131/3; Vi Urk. 213 Beilage 32). Im Geschäftsjahr 2008 wurde ein

Betriebsertrag von Fr. 5'806'628.– erzielt, was bei einem angefallenen Aufwand von Fr. 5'663'457.– (Fr. 3'374'122.– direkter Aufwand + Fr. 2'230'615.– Betriebsaufwand + Fr. 22'420.– übriger Aufwand + Fr. 36'300.– ausserordentlicher Aufwand) zu einem Gewinn von Fr. 143'171.– geführt hat (Urk. 21/2 S. 2; Vi Urk. 213 Beilage 32).

- 22 -

#### **E. 4.2**

Der F.\_\_\_\_\_ AG ging es sodann offenbar bereits nach wenigen Monaten wirtschaftlich wieder so gut, dass mit L.\_\_\_\_\_ eine neben dem Gesuchsteller als Geschäftsführer im administrativen Bereich tätige Mitarbeiterin eingestellt werden konnte. Das Monatsgehalt von L.\_\_\_\_\_ wurde auf Fr. 7'000.– festgelegt. Ihr Tätigkeitsfeld sollte gemäss Arbeitsvertrag das Betriebscontrolling, die Administration, die Akquisition und den Aussendienst umfassen (Arbeitsvertrag vom 27./28. Mai 2007 [Vi Urk. 213 Beilage 44]). Auffallend ist zunächst, dass das Einkommen von L.\_\_\_\_\_ lediglich rund Tausend Franken unter demjenigen lag, das in dem im September 2006 abgeschlossenen Arbeitsvertrag für den Gesuchsteller bestimmt wurde. Hinzu kommt, dass L.\_\_\_\_\_ im Jahre 2007 (zwischen Juni und Dezember) gemäss Lohnausweis einen Bruttoverdienst von Fr. 62'000.– erzielte und Spesen von Fr. 3'640.– ausbezahlt erhielt (Vi Urk. 213 Beilage 46). Das tatsächlich vergütete Salär war demnach erheblich höher als das vertraglich vorgesehene. Auf ein ganzes Jahr hochgerechnet, hätte das Gehalt von L.\_\_\_\_\_ annähernd dasjenige des Gesuchstellers erreicht. Das Verhältnis zwischen dem Einkommen des Gesuchstellers und dem Einkommen von L.\_\_\_\_\_ erschien auch dem betriebswirtschaftlichen Gutachter erläuterungsbedürftig. Im Gutachten wird dazu unter anderem ausgeführt, in Anbetracht der Tatsache, dass der Gesuchsteller nicht nur das gesamte unternehmerische Risiko trage, sondern auch ein deutlich höheres Arbeitspensum als L.\_\_\_\_\_ aufweise, erscheine das Gehalt von L.\_\_\_\_\_ unüblich hoch (Vi Urk. 213 S. 76). Nach Auffassung des Gesuchstellers handelt es sich bei der vom Gutachter geäußerten Einschätzung um eine subjektive Wertung. Der Gesuchsteller macht geltend, der wirkliche Wert eines Mitarbeiters widerspiegeln sich nur im operativen Tagesgeschäft und darüber könne der Gutachter nichts sagen. Erst die sehr guten Kenntnisse der ...-Branche und die intensive Kundenpflege durch L.\_\_\_\_\_ hätten die Gewinnung neuer Kunden ermöglicht (Urk. 35 S. 9 f.). Die Höhe des Salärs von L.\_\_\_\_\_ hat der Gesuchsteller im Verlauf des Scheidungsverfahrens zudem nebst anderem gerechtfertigt mit Behauptungen der Art, der entsprechende Aufwand habe sich sicherlich gelohnt (Prot. I S. 96) oder ihre Anstellung habe sich für die F.\_\_\_\_\_ AG ausbezahlt (Prot. I S. 101).

- 23 -

#### **E. 4.3**

Als der Gesuchsteller vor Vorinstanz konkret auf die von L.\_\_\_\_\_ akquirierten Aufträge angesprochen wurde, gab er nur ausweichend Auskunft und sprach von einigen Aufträgen beziehungsweise von nicht näher umschriebenen Sammelaufträgen (Prot. I S. 43 und S. 100). L.\_\_\_\_\_ ihrerseits hat auf die Frage nach neu akquirierten Kunden die M.\_\_\_\_\_, "N.\_\_\_\_\_" und O.\_\_\_\_\_ genannt (Prot. I S. 84). Der Gesuchsteller hat daraufhin jedoch erklärt, dass die F.\_\_\_\_\_ AG bereits seit dem Jahre 2005 Aufträge für die M.\_\_\_\_\_ erledige und auch von der N.\_\_\_\_\_ bereits vorher Aufträge erhalten habe (Prot. I S. 96). Es kommt hinzu, dass im bereits mehrfach erwähnten Protokoll über die ausserordentliche Generalversammlung vom 1. Oktober 2006 festgehalten wurde, dank den Verbindungen zur

M.\_\_\_\_-Logistik sei es möglich, den verbleibenden vier ... mit den verbleibenden vier Fahrzeugen eine 100 %-ige Auslastung zu gewährleisten (Vi Urk. 38/4 S. 4). Auch wenn der Gesuchsteller ergänzt hat, durch die Bemühungen von L.\_\_\_\_ seien gute Aufträge hinzugekommen, bleibt unklar, in welchem Ausmass die namentlich ab dem Jahre 2008 zu verzeichnende Umsatzsteigerung konkret auf die Bemühungen von L.\_\_\_\_ zurückgeführt werden müssen. Es ist nicht ersichtlich, dass L.\_\_\_\_ über besondere Erfahrungen im ...-Wesen verfü- gen würde. Über vorbestehende und für die F.\_\_\_\_ AG nutzbare Geschäftsbe- ziehungen konnte auch der Gesuchsteller letztlich nur Mutmassungen anstellen (vgl. Prot. I S. 100: "Ich hatte keine speziellen Beziehungen zur M.\_\_\_\_ und Frau L.\_\_\_\_ hatte anscheinend solche. Die guten Kontakte zur N.\_\_\_\_ hatte Frau L.\_\_\_\_ wahrscheinlich aus ihrer Zeit in der ...-Branche [Hervorhebungen durch das Gericht]). Demgegenüber kann der Gesuchsteller selber auf eine lang- jährige Berufstätigkeit in der Branche zurückblicken. Der Verwaltungsrat H.\_\_\_\_ hat vor Vorinstanz ebenfalls von sehr guten Verbindungen im ...-Wesen gespro- chen, die er nach wie vor habe (Prot. I S. 62; vgl. auch Prot. I S. 98). Unter diesen Umständen ist nicht ohne Weiteres einzusehen, weshalb die F.\_\_\_\_ AG für die zur Umsatzsteigerung erforderliche Akquirierung von Neukunden auf die Tätigkeit einer im einschlägigen Geschäftsbereich nicht versierten Angestell- ten angewie- sen gewesen sein sollte. Auf diese auf der Hand liegende Frage hat der Gesuch- steller im vorinstanzlichen Verfahren denn auch nur widersprüchlich geantwortet. Einerseits gab er an, Akquisitionen würden nicht unbedingt zu seinem Metier ge-

- 24 - hören. Zudem würde ihm die Zeit fehlen, um sich darum zu kümmern (Prot. I S. 96). Andernorts wies er erneut darauf hin, dass ihm für die Akquisitionen die Zeit fehlen würde. Er müsse schauen, dass die Transporte funktionieren würden. Weiter gab der Gesuchsteller an, dass er früher die Akquisitionen noch selber ha- be vornehmen können (Prot. I S. 100). Als er von der Rechtsvertreterin der Ge- suchstellerin daraufhin mit der geringen Anzahl von vier zu disponierenden Fahr- zeugen konfrontiert wurde, erklärte der Gesuchsteller schliesslich, dass er in die- ser Zeit viele Administrativarbeiten zu erledigen gehabt habe (Prot. I S. 102). An- gesichts dieser uneinheitlichen Aussagen erscheint auch die weitere Behauptung des Gesuchstellers nicht überzeugend, dass die Arbeitslast einschliesslich der er- forderlichen Akquisitionsbemühungen nur unter Mithilfe von L.\_\_\_\_ zu bewälti- gen gewesen sei (vgl. Urk. 35 S. 10).

#### **E. 4.4**

Mit der vom Gesuchsteller als für die Ertragslage der F.\_\_\_\_ AG zentral bezeichneten Funktion von L.\_\_\_\_ lässt sich alsdann kaum der Umstand verein- baren, dass H.\_\_\_\_ als Verwaltungsrat und Mehrheitsaktionär auf die Frage nach dem Aufgabenbereich von L.\_\_\_\_ aussagte, sie mache Büroarbeiten, und nicht wusste, ob sie darüber hinaus auch für die Kundenakquisitionen zuständig sei (Prot. I S. 61). L.\_\_\_\_ hat bestätigt, dass sie sich mitunter auch mit einfache- ren Büroarbeiten befasse (Prot. I S. 83). Das vom Gesuchsteller eingereichte Pflichtenheft umfasst neben der Akquisition und der Pflege von Kundenbeziehun- gen auch mehrere eher untergeordnete Tätigkeiten (vgl. Vi Urk. 213 Beilage 45). Insgesamt vermag der Gesuchsteller die vom betriebswirtschaftlichen Gutachter zum Ausdruck gebrachten Bedenken hinsichtlich der Angemessenheit des Ge- halts von L.\_\_\_\_ nicht auszuräumen. Vielmehr blieb der Gesuchsteller eine plausible Erklärung für das im Quervergleich zu seinem eigenen Einkommen ho- he Salär von L.\_\_\_\_ schuldig. Der Gesuchsteller ist die verantwortliche operative Arbeitskraft der

F.\_\_\_\_\_ AG und absolviert nach eigenen Angaben ein Arbeitspensum von bis zu 70 Stunden in der Woche (vgl. Vi Urk. 213 S. 72). Seine Stellung und Bedeutung für den Unternehmenserfolg der F.\_\_\_\_\_ AG hat der Gesuchsteller selber prägnant umschrieben, indem er darauf hingewiesen hat, bei der F.\_\_\_\_\_ AG handle es sich um ein Kleinunternehmen, das "ganz stark" von der Leistungsfähigkeit und Leistungsbereitschaft seines Geschäftsführers abhän-

- 25 - ge (Urk. 35 S. 6). Bezüglich des von L.\_\_\_\_\_ für die F.\_\_\_\_\_ AG geleisteten Arbeitspensums hat die Vorinstanz zutreffend darauf hingewiesen, es sei doch schwer nachvollziehbar, wie L.\_\_\_\_\_ vor allem neben dem zeitintensiven Betrieb einer Pferdestallung (Ausreiten/Pflege/Fütterung/Stallreinigung usw.) in P.\_\_\_\_\_ vollzeitlich für die F.\_\_\_\_\_ AG tätig sein könne (Urk. 3 S. 19; vgl. Prot. I S. 84 f.). Wenn der Gesuchsteller überdies einräumt, L.\_\_\_\_\_ sei zu den von ihr verlangten Konditionen eingestellt worden (Prot. I S. 101), so widerspricht eine solche Vorgehensweise der Lebenserfahrung und für ein in Schieflage geratenes und angeblich vom Konkurs bedrohtes Unternehmen zudem vernünftigem Geschäftsverhalten. Zumindest fragwürdig erscheint schliesslich die Behauptung des Gesuchstellers, dass der Verwaltungsrat und die Stimmenmehrheit der Aktionäre das Einkommen von L.\_\_\_\_\_ für richtig befunden hätten (Urk. 35 S. 11; vgl. auch Prot. I S. 44). Aus den Aussagen des damit in erster Linie gemeinten H.\_\_\_\_\_ ergibt sich nicht, dass und inwiefern der Lohn von L.\_\_\_\_\_ je thematisiert worden wäre. Vielmehr gab er an, gar nicht zu wissen, was L.\_\_\_\_\_ verdiene. Als Verwaltungsrat sei er nicht immer dort. Wenn der Revisor sage, dass es funktioniere, prüfe er das nicht immer nach (Prot. I S. 61). Die Zeugenaussagen von H.\_\_\_\_\_ hat der Gesuchsteller nicht substantiiert als unrichtig zurückgewiesen (vgl. Urk. 9 S. 12 f.; Vi Urk. 123; Vi Urk. 124/2). Aus den Einlassungen von H.\_\_\_\_\_ kann kein anderer Schluss gezogen werden, als dass dieser als einziger Verwaltungsrat neben dem Gesuchsteller überhaupt nicht in die Festsetzung des Gehalts von L.\_\_\_\_\_ involviert war. Damit widerspricht H.\_\_\_\_\_ der Aussage des Gesuchstellers, wonach er lediglich die Einkommen der ... ohne Rücksprache festlege (Prot. I S. 103). I.\_\_\_\_\_ als weiterer Aktionär hat vor Vorinstanz - wie bereits erwähnt - ausgesagt, er habe nie Aktionärsrechte wahrgenommen (Prot. I S. 52). Der Arbeitsvertrag von L.\_\_\_\_\_ wurde auf Seiten der F.\_\_\_\_\_ AG schliesslich auch einzig vom Gesuchsteller unterzeichnet (Vi Urk. 213 Beilage 44).

## **E. 5**

Zwei der drei Töchter der Parteien waren bereits im Zeitpunkt des Erlasses der vorinstanzlichen Verfügung mündig. Die jüngste Tochter E.\_\_\_\_\_ erreichte die Volljährigkeit am tt. mm.2011 und damit während des hängigen Rekursverfahrens. Bis zur Mündigkeit des Kindes kann die Gesuchstellerin als Prozessbeiständin in ihrem Namen und anstelle des unmündigen Kindes die diesem geschuldeten Unterhaltsbeiträge auch im Rekursverfahren ohne Weiteres geltend machen. Der Gesuchsteller beantragt in seinem Rechtsmittelantrag, die Pflicht zur Bezahlung von Kinderunterhaltsbeiträgen sei bis zur Mündigkeit der Kinder zu begrenzen (Urk. 2 S. 2/3 Antrag Ziffer 3). In der Eheschutzvereinbarung haben die Parteien jedoch vorgesehen, dass die Beiträge an den Unterhalt der Kinder auch über die Mündigkeit hinaus zu leisten seien (Vi Urk. 59/32). In Anbetracht der gesetzlichen Bestimmungen zum Kindesunterhalt (vgl. Art. 277 ZGB) kann damit nur gemeint gewesen sein, dass die Unterhaltspflicht längstens bis zum Zeitpunkt dauern sollte, in dem die Kinder eine angemessene Ausbildung ordentlicherweise werden abschliessen können. Dass eine solche Regelung der

- 9 - gemeinsamen Absicht der Parteien beim Abschluss der seinerzeitigen Unterhaltsvereinbarung entsprochen hat, bestreitet der Gesuchsteller nicht. Wie lange die Unterhaltsbeiträge für die drei Kinder zu bezahlen waren beziehungsweise sind, muss auf der Grundlage der von den Parteien ursprünglich getroffenen Vereinbarung entschieden werden. Der Gesuchsteller stützt sein Abänderungsbegehren auf verringerte Einkünfte und beantragt entsprechend auch eine Herabsetzung der Kinderunterhaltsbeiträge. Dass und aus welchen Gründen indessen veränderte Verhältnisse zu einer abweichenden Beurteilung hinsichtlich der für den Mündigenunterhalt geltenden Voraussetzungen (vgl. Art. 277 Abs. 2 ZGB) führen müssten, zeigt der Gesuchsteller nicht auf. Damit fehlt dem Gesuchsteller ein rechtlich geschütztes Interesse, um die von den Parteien in ihrer Vereinbarung bereits beantwortete Frage nach der Dauer der Unterhaltspflicht gegenüber den Kindern erneut gerichtlich beurteilen zu lassen. Insofern kann auf seinen Rekurs nicht eingetreten werden. Ob die Mündigkeit der drei Töchter - wie vom Gesuchsteller behauptet - beachtliche Auswirkungen auf die massgeblichen Einkommens- und Bedarfsverhältnisse der Gesuchstellerin hat, wird im Sachzusammenhang zu erörtern sein.

### **E. 5.1**

Nach dem Ausgeführten lässt sich die Anstellung von L.\_\_\_\_\_ nur schwer mit den vom Gesuchsteller vorgetragenen Gründen für seine verringerte Leistungsfähigkeit vereinbaren. Es soll hier nicht so weit gegangen werden, die Einkünfte von L.\_\_\_\_\_ dem Gesuchsteller als Einkommen anzurechnen, wie dies die Gesuchstellerin vorbringen liess (vgl. Urk. 15 S. 9; Vi Urk. 125 S. 9 ff.). Hingegen

- 26 - muss zumindest die Dauerhaftigkeit des vom Gesuchsteller behaupteten prekären Standes der F.\_\_\_\_\_ AG angezweifelt werden, wenn die durch seine Einkommenseinbusse eingesparte Lohnsumme nur wenige Monate später für die Besoldung von L.\_\_\_\_\_ wieder eingesetzt werden konnte. Anders liesse sich auch nicht erklären, weshalb die übrigen Aktionäre und Verwaltungsräte gegenüber dem Gesuchsteller auf einer empfindlichen Salärreduktion beharrt haben sollen, bei der Lohnbestimmung von L.\_\_\_\_\_ dagegen nicht mitwirkten oder jedenfalls nicht dagegen opponierten. Die Tatsache, dass den Gesuchsteller und L.\_\_\_\_\_ eine jahrelange persönliche Beziehung verbindet und der Gesuchsteller nach den Aussagen von L.\_\_\_\_\_ sogar über eine Vollmacht auf einem ihrer Bankkonti verfügen soll (vgl. Prot. I S. 91), reiht sich ebenfalls ein in die bereits genannten Unstimmigkeiten betreffend die Tätigkeit von L.\_\_\_\_\_ bei der F.\_\_\_\_\_ AG. Abgesehen vom Geschäftsführerlohn des Gesuchstellers ist im vorliegenden Rekursverfahren vor allem auch strittig, ob dem Gesuchsteller nicht ohnehin weitere Mittelzuflüsse als unterhaltsrechtlich relevantes Einkommen aufgerechnet werden müssten. Der Gesuchsteller hat über das gesamte Verfahren hinweg behauptet, dass er seit Oktober 2006 neben dem Gehalt kein weiteres Einkommen erziele. Die Gesuchstellerin ihrerseits hat dem Gesuchsteller stets vorgeworfen, seine finanziellen Verhältnisse zu verschleiern und sein Einkommen nicht klar und überprüfbar offen zu legen. Ohne sich abschliessend dazu zu äussern, hat die Vorinstanz ausgeführt, die Jahresrechnungen 2005 und 2006 der F.\_\_\_\_\_ AG liessen die Vermutung aufkommen, dass weitere Mittel aus der Firma abgezogen worden seien und insbesondere nach den Zeugenbefragungen sei nur schwer denkbar, wer ausser dem Gesuchsteller hierfür verantwortlich sein sollte (Urk. 3 S. 17).

### **E. 5.2**

Bei der Berechnung der finanziellen Leistungsfähigkeit ist in erster Linie vom effektiven Nettoeinkommen auszugehen. Zum Nettoeinkommen gehören nicht nur feste Lohnbestandteile, sondern auch effektiv bezahlte Provisionen, Gratifikationen beziehungsweise Boni, Verwaltungsrats- oder Delegiertenhonorare, aber auch Spesenentschädigungen, soweit ihnen keine tatsächlichen Auslagen gegenüberstehen, sowie sämtliche geldwerten Leistungen, die vom Arbeitgeber bezogen werden (BGer vom 13. März 2007, 5C.261/2006 E. 2; Hausheer/Spy-

- 27 - cher, in: Hausheer/Spycher [Hrsg.], Handbuch des Unterhaltsrechts, 2. Aufl., Bern 2010, Rz. 01.31). Im Familienrecht gilt demnach ein weiter Einkommensbegriff, weshalb jeder Vermögenszuwachs während einer bestimmten Periode als Einkommen aufzufassen ist (Bräm/Hasenböhler, a.a.O., N 67 f. zu Art. 163 ZGB). Als Einnahmen anzurechnen sind insbesondere die vom Inhaber gesellschaftlicher Beteiligungsrechte aus der Unternehmung getätigten Privatbezüge. Es fallen diesbezüglich sämtliche Leistungen in Betracht, die nicht durch die Generalversammlung auf dem zivilrechtlich dafür vorgezeichneten Weg beschlossen worden sind. Solche Leistungen beruhen in der Regel nicht auf einem rechtlich verbindlichen Verpflichtungsgeschäft, sondern stellen rein tatsächliche Vornahmen dar. Die unterhaltsrechtlich relevanten Privatbezüge bestehen einerseits in Barentnahmen im Sinne der Verwendung liquider betrieblicher Mittel für private Zwecke. Andererseits können Privatentnahmen in der Nutzung von betrieblichen Einrichtungen oder der Inanspruchnahme betrieblicher Leistungen für ausserbetriebliche Zwecke (zum Beispiel die Nutzung eines betrieblichen Personenwagens zu privaten Zwecken) bestehen. Als sogenannte verdeckte Privatbezüge sind schliesslich die der Erfolgsrechnung belasteten geschäftlich nicht begründeten Aufwendungen (beispielsweise in den Aufwandkonti Repräsentationsauslagen oder Verwaltungskosten) anzurechnen.

### **E. 5.3**

Nach der Aktenlage steht ausser Zweifel, dass der Gesuchsteller über das Vermögen der F.\_\_\_\_ AG verfügt hat und dergestalt neben seinem Gehalt weitere finanzielle Mittel aus der F.\_\_\_\_ AG erlangt und für den Lebensunterhalt eingesetzt hat. Der Gesuchsteller stellt nicht in Abrede, dass er bei der F.\_\_\_\_ AG ein Kontokorrentkonto führt, welches buchhalterisch unter dem Konto ... mit der Bezeichnung "Aktionärsdarlehen A.\_\_\_\_\_" erfasst wird. Er hat selber wiederholt Auszüge aus dem entsprechenden Kontoblatt eingereicht und zudem in der persönlichen Befragung vor Vorinstanz ausgesagt, dass er über das Kontokorrent Geld von der F.\_\_\_\_ AG bezogen habe, weil seine Mittel nicht ausgereicht hätten. Ebenso bestätigt hat der Gesuchsteller, dass er mit diesen Geldern unter anderem Zahlungen an den ihn vertretenden Rechtsanwalt geleistet sowie Unterhaltsbeiträge entrichtet und Steuern bezahlt habe (vgl. nur Prot. I S. 99). Der Gesuchsteller scheint einwenden zu wollen, dass diese Bezüge ihm nicht als Ein-

- 28 - kommen angerechnet werden könnten, weil diese vielmehr den Zweck erfüllt hätten, sein Einkommen nicht zu schmälern (Urk. 19 S. 14). Was der Gesuchsteller damit genau meint, muss dahingestellt bleiben. Es sprechen jedenfalls mehrere Indizien dafür, dass es sich bei diesen als Darlehen titulierten Zahlungen von Anfang an um geldwerte Leistungen gehandelt hat. In erster Linie ist dabei auf den Verwendungszweck hinzuweisen. Es ist offensichtlich, dass Darlehensbeträge, die zur Bestreitung des privaten Lebensaufwandes dienen, nicht mehr zur Verfügung stehen, um die Darlehen zurückzubezahlen oder auch nur um die Darlehenszinsen zu begleichen. Des Weiteren fehlen ein schriftlicher Darlehensvertrag und Angaben über allfällige Abmachungen

betreffend die Rückzahlung der Darlehen. Der Gesuchsteller hat in den vorliegenden Steuererklärungen keine Schulden gegenüber der F.\_\_\_\_\_ AG deklariert (Vi Urk. 64/7; Urk. 11/16). Da die Rückzahlbarkeit der Darlehen - wie der Gesuchsteller selber wiederholt geltend gemacht hat - ungewiss erscheint und die entsprechenden Forderungen der Gesellschaft daher mangels Werthaltigkeit allenfalls abgeschrieben werden müssen, kann zuletzt auch nicht ausgeschlossen werden, dass diese Privatentnahmen von den Steuerbehörden nachträglich als verdeckte Lohnbezüge behandelt werden.

#### **E. 5.4**

Die vom Gesuchsteller im Einzelnen über das Geschäft abgewickelten Privatbezüge werden wie auch die getätigten Privateinlagen in der Bilanz der F.\_\_\_\_\_ AG über das Aktionärskontokorrent erfasst. Für das Jahr 2006 sind in der Bilanz der F.\_\_\_\_\_ AG auf dem Kontoblatt für das Konto 1460 "Aktionärsdarlehen A.\_\_\_\_\_" die folgenden Buchungen verzeichnet (Urk. 11/20 S. 2): ... Aktionärsdarlehen A.\_\_\_\_\_ Rückzahlung Festhypothek 15'000.- Hypozins Festhypoth. 626.90 Lic.iur. X.\_\_\_\_\_ 4'668.70 Lic.iur. X.\_\_\_\_\_ 5'380.00 Bezug A.\_\_\_\_\_ 3'000.00 Hypozins Festhypothek 472.70.- Rückzahlung Festhypothek 15'000.00 Einlage A.\_\_\_\_\_ 3'144.00 Rückzahlung Festhypothek 15'000.00 - 29 - Hypozinsen Festhypoth. 314.95 Rückzahlung Festhypothek 14'000.00 Zinsrg KK Aktionär 7'934.00 Total Soll 81'397.25 Total Haben 3'144.00 Für das Jahr 2007 zeigt das Kontoblatt für das Konto ... "Aktionärsdarlehen A.\_\_\_\_\_" sodann folgendes Bild (Urk. 11/20 S. 3): ... Aktionärsdarlehen A.\_\_\_\_\_ RB Reduktion Büromiete 15'000.- Vorauszahlung 2'086.00 Einlage A.\_\_\_\_\_ 6'856.00 Jugendsekretariat 2'000.00 Jugendsekretariat 2'000.00 Jugendsekretariat 2'000.00- Jugendsekretariat A.\_\_\_\_\_ 3'000.00 Jugendsekretariat A.\_\_\_\_\_ 3'000.00 Zahlung Jugendsekretariat für A.\_\_\_\_\_ 3'000.00 Total Soll 33'086.00 Total Haben 6'856.00 Werden im Jahre 2006 die in der Erfolgsrechnung als Ertrag behandelten Zinsgutschriften (vgl. Vi Urk. 213 S. 64) unberücksichtigt gelassen und die Einlage von Fr. 3'144.- in Abzug gebracht, ergibt sich für die privaten Bezüge die Gesamtsumme von rund Fr. 70'320.- (exakt Fr. 70'319.25). Im Jahre 2007 beliefen sich die Bezüge insgesamt auf Fr. 26'230.-. Es ergibt sich damit, dass der Gesuchsteller alleine in den Jahren 2006 und 2007 durchschnittlich Fr. 48'275.- pro Jahr aus der F.\_\_\_\_\_ AG bezogen hat. Zwischen den Jahren 2005 bis 2009 hat das Guthaben der F.\_\_\_\_\_ AG gegenüber dem Gesuchsteller sogar um insgesamt Fr. 250'786.- zugenommen (Anfangbestand am 1. Januar 2005 Fr. 76'670.- [Vi Urk. 64/5]; Schlussbestand am 31. Dezember 2009 Fr. 327'456.- [Vi Urk. 213 Beilage 32]).

- 30 -

#### **E. 5.5**

Im Rekursverfahren bringt der Gesuchsteller vor, dass er im März 2008 ein letztes "Aktionärsdarlehen" bezogen habe (Urk. 9 S. 10; Urk. 19 S. 12). Aus den zum Beleg eingereichten Kontoblättern geht hervor, dass im Jahre 2008 noch Fr. 9'791.80 (Urk. 21/11) und im Jahre 2009 überhaupt kein Geld aus der F.\_\_\_\_\_ AG (Urk. 21/12) bezogen worden sein soll. Diese Angaben stehen indessen mit anderen vom Gesuchsteller selber eingereichten Unterlagen im Widerspruch. Der Saldo des Kontos "Aktionärsdarlehen A.\_\_\_\_\_" belief sich per 28. März 2008 auf Fr. 280'927.10 (Urk. 21/11). Am Ende des Geschäftsjahres 2008 wurde indessen eine Kontokorrentforderung von insgesamt Fr. 314'861.- bilanziert (Urk. 21/2). Daraus muss geschlossen werden, dass der Gesuchsteller entgegen seiner am

## **E. 5.6**

Weil die Vorinstanz es zur restlosen Klärung der Einkommensverhältnisse des Gesuchstellers als notwendig erachtete, gab sie dem Gesuchsteller mit Verfügung vom 27. März 2008 auf, dem Gericht namentlich für diverse Konti bei der Q.\_\_\_\_\_ AG (Nr. ... und Nr. ... [lautend auf die F.\_\_\_\_\_ AG]; Nr. ..., Nr. ... und Nr. ... [lautend auf den Gesuchsteller]) vollständige Bankauszüge mit umfassendem Bewegungsnachweis inklusive Detailangaben ab dem 1. Januar 2003 einzureichen. Bei Säumnis wurde dem Gesuchsteller angedroht, sein Verhalten werde nach freier Überzeugung gewürdigt (Vi Urk. 77). Daraufhin reichte der Gesuchsteller Auszüge über alle genannten Konti ein (Vi Urk. 85/6-10). Der gerichtlichen

- 31 - Aufforderung kam der Gesuchsteller dadurch bezüglich der auf ihn lautenden Bankkonti nach, wobei zwei dieser Konti im Januar 2007 saldiert worden waren (Vi Urk. 85/8-10). Zu den beiden Geschäftskonten der F.\_\_\_\_\_ AG wurden dagegen nur unzureichende Bankauszüge eingereicht, da detaillierte Angaben zu den Kontobewegungen entweder ganz oder zumindest für einen gewissen Zeitraum fehlten (Vi Urk. 85/6+7). Mit Verfügung vom 5. August 2008 wurde der Gesuchsteller erneut zur Einreichung vollständiger Auszüge aufgefordert. Wiederum wurde dem Gesuchsteller angedroht, dass sein Verhalten nach freier Überzeugung gewürdigt werde, sollte er dieser Aufforderung nicht nachkommen (Vi Urk. 95; vgl. auch Vi Urk. 93 und Vi Urk. 94/1+2). Mit Eingabe vom 17. August 2008 teilte der Gesuchsteller der Vorinstanz mit, dass der Mehrheitsaktionär der F.\_\_\_\_\_ AG entschieden habe, keine weiteren Unterlagen zu den Geschäftskonten einzureichen (Vi Urk. 101). In der Folge ersuchte die Vorinstanz mit Verfügung vom 18. September 2008 schliesslich die Q.\_\_\_\_\_ AG, dem Gericht die benötigten Bankauszüge einzureichen (Vi Urk. 108), worauf die angesprochene Bank ihrerseits mehrere Kontoauszüge eingereicht hat (Vi Urk. 109; Vi Urk. 110 und Vi Urk. 111).

## **E. 5.7**

In der angefochtenen Verfügung hat die Vorinstanz dem Gesuchsteller entgegengehalten, dass er die vollständige Edition der verlangten Bankunterlagen verweigert habe. Die Vorinstanz erachtete es als sehr seltsam, dass ausgerechnet diejenigen Unterlagen, die einen entscheidenden Beitrag zur Festlegung des familienrechtlich relevanten Einkommens des Gesuchstellers leisten würden, nicht eingereicht worden seien (Urk. 3 S. 17). Der Gesuchsteller bestreitet zu Recht nicht, dass er die vorinstanzlichen Editionsauflagen nicht gänzlich erfüllt hat. Im Verlauf des Verfahrens hat er denn auch immer wieder unterschiedliche Gründe dafür angegeben, weshalb er entweder zur Nichteinreichung der Bankunterlagen berechtigt sei oder aber weshalb diese physisch gerade nicht greifbar seien (Prot. I S. 100 f.; Vi Urk. 102/1 S. 2 f.; Vi Urk. 130 S. 2; vgl. auch Vi Urk. 124/3 und Vi Urk. 153). Vergeblich wehrt sich der Gesuchsteller im Rekursverfahren gegen die vorinstanzliche Würdigung seines prozessualen Verhaltens mit dem Hinweis, dass die benötigten Bankauszüge direkt von der Q.\_\_\_\_\_ AG ediert worden seien (Urk. 9 S. 11; Urk. 11/3 S. 5). Denn die verlangten Informationen lassen sich auch

- 32 - diesen Belegen nur teilweise entnehmen. Zwar enthalten die von der Q.\_\_\_\_\_ AG eingereichten Bankauszüge betreffend ein Geschäftskonto der F.\_\_\_\_\_ AG (Nr. ...) nähere Angaben zu den einzelnen Kontobewegungen. Mit einigen wenigen Ausnahmen sind auf den Auszügen ab dem Jahre 2006 lediglich Mietzinseinnahmen als Gutschriften sowie Hypothekarzinszahlungen als Belastungen aufgeführt (Vi Urk. 110/25-56). Demgegenüber sind in den Kontoauszügen des anderen Geschäftskontos (Nr. ...) für die

vorliegend im Vordergrund stehenden Jahre 2006 (Vi Urk. 111/13-16) sowie 2007 (Vi Urk. 111/17-22) im Wesentlichen keine Detailangaben zu den einzelnen Kontobewegungen aufgeführt. Eindeutig als solche identifizierbar sind nur die Bargeldbezüge. Ansonsten beschränken sich die Angaben zu den Kontobelastungen auf Pauschalvermerke wie "Lastschrift", "E-Bankingsammelauftrag" oder "Dauerauftrag". Erst ab 1. Juli 2008 lassen sich den Kontoauszügen die Transaktionsdetails entnehmen (Vi Urk. 111/23). Die fehlende Dokumentierung der Kontobewegungen hat der Gesuchsteller auch nicht dadurch behoben, dass er nach Erlass der angefochtenen Verfügung bezüglich des Geschäftskontos Nr. ... detaillierte Kontoauszüge ab September 2008 eingereicht hat (vgl. Vi Urk. 144/2.2; Vi Urk. 154).

### **E. 5.8**

Mangels Offenlegung durch den Gesuchsteller lassen sich nicht alle auf den Kontoauszügen ersichtlichen Zahlungen zuordnen. Entgegen der Betrachtungsweise des Gesuchstellers (Urk. 9 S. 12; Urk. 11/3 S. 5) geht aus diesen Belegen daher keineswegs "zweifelsfrei" hervor, dass nebst den ausgewiesenen keine weiteren Bezüge getätigt worden sind. Da auch die den Zahlungsverkehr betreffenden Kontoblätter zur Bilanz der F.\_\_\_\_\_ AG nicht vollständig vorliegen, kann die Behauptung des Gesuchstellers nicht überprüft werden. Daran ändern auch die vom Gesuchsteller eingereichten Kontoblätter zum Konto ... "Kasse" nichts (vgl. Vi Urk. 124/3 und Vi Urk. 144/2.1). Damit lässt sich allenfalls die Verwendung der von den Geschäftskonten vorgenommenen Barbezüge nachvollziehen (vgl. auch Prot. I S. 49). In Bezug auf die zahlreichen unklaren und für die Ermittlung allfälliger Zahlungen an den Gesuchsteller oder an ihm nahestehende Dritte besonders interessierenden Banküberweisungen lassen sich dagegen weder der einzelne Zweck noch die Identität der jeweiligen Empfänger eruieren. Damit stösst auch der Vorwurf des Gesuchstellers ins Leere, die Vorinstanz hätte

- 33 - sich mit den von der Bank edierten Kontoauszügen auseinandersetzen müssen (Urk. 9 S. 11). Der Gesuchsteller konnte deshalb durch die Bankedition nicht von seiner Offenbarungspflicht betreffend seine Einkünfte entlastet werden. Diese Pflicht einer Partei, das Gericht aktiv über den Sachverhalt zu orientieren und ihm die verfügbaren Beweismittel einzureichen, drängt sich umso mehr auf, wenn diese als Schuldnerin eine Herabsetzung der von ihr geschuldeten Unterhaltsbeiträge erreichen will. Es hätte deshalb im Interesse des Gesuchstellers gelegen, alle ihm verfügbaren Unterlagen beizubringen, um seine Behauptungen seines Einkommensrückgangs und seines tatsächlichen Einkommens glaubhaft zu machen.

### **E. 6**

Auf die Parteivorbringen ist im Folgenden nur insoweit einzugehen, als es für die Rechtsfindung erforderlich ist. III. 1. Verändern sich die Verhältnisse, so passt das Gericht auf Begehren eines Ehegatten die Eheschutzmassnahmen an oder hebt sie auf, wenn ihr Grund weggefallen ist (Art. 179 Abs. 1 Satz 1 ZGB). Obwohl dies im Gesetzeswortlaut nicht zum Ausdruck gebracht wird, geht die Lehre davon aus, dass die nachträgliche Veränderung nicht nur erheblich beziehungsweise wesentlich, sondern auch dauerhaft sein muss (Bachmann, a.a.O., S. 226; Hausheer/Reusser/Geiser, a.a.O., N 10 zu Art. 179 ZGB; BSK ZGB I-Hasenböhler/Opel, N 3 zu Art. 179 ZGB). Die Abänderung ist auch möglich, wenn sich herausstellt, dass das Eheschutzgericht irrtümlich von falschen tatsächlichen Annahmen ausgegangen ist, sodass die er-

- 10 - lassenen Eheschutzmassnahmen bereits anfänglich ohne Rechtfertigung waren. Allerdings darf nicht einfach eine Wiedererwägung des ursprünglichen Entscheides erfolgen, denn die Abänderung einer Massnahme aufgrund einer abweichenden Würdigung des Prozessstoffes ist unzulässig, selbst wenn die frühere Entscheidung als unbillig oder unzweckmässig erscheint (Bachmann, a.a.O., S. 230; ZR 78 [1979] Nr. 125). Die Abänderung einer konventionsweise getroffenen Regelung wegen unzutreffender Würdigung der Verhältnisse beziehungsweise falscher tatsächlicher Annahmen fällt ausser Betracht, denn die Parteien haben diesfalls zugunsten einer raschen Erledigung des Streits auf eine restlose Abklärung der tatsächlichen Grundlagen verzichtet. Verlangt der Unterhaltsschuldner in einem Abänderungsprozess die Herabsetzung der Unterhaltsbeiträge, hat nicht die Unterhaltsgläubigerin die Anspruchsgrundlagen für eine Unterhaltsrente zu belegen, sondern es obliegt dem Unterhaltsschuldner, die tatbestandlichen Voraussetzungen glaubhaft zu machen, aus denen auf die Abänderbarkeit des rechtskräftigen Entscheides beziehungsweise auf den (teilweisen) Untergang des Unterhaltsanspruchs der Berechtigten geschlossen werden muss (BGer vom 5. März 2010, 5A\_117/2010 E. 3.4; BGer vom 21. Juni 2012, 5A\_299/2012 E. 3.1.2). 2. Das von den Parteien der Eheschutzvereinbarung zugrunde gelegte Einkommen des Gesuchstellers belief sich für den vorliegend massgeblichen Zeitraum auf Fr. 20'500.– pro Monat und setzte sich aus verschiedenen Bestandteilen zusammen (Zahlungen der F.\_\_\_\_\_ AG von Fr. 19'300.– und Mietzins Firma Fr. 1'200.–). Sein Unterhaltsherabsetzungsbegehren hat der Gesuchsteller vor Vorinstanz zur Hauptsache mit einer wesentlichen und dauerhaften Reduktion seiner Erwerbseinkünfte und daneben mit behaupteten Veränderungen in den Einkommens- und Bedarfsverhältnissen der Gesuchstellerin begründet. Der Gesuchsteller ist seit vielen Jahren Verwaltungsratspräsident und Geschäftsführer der in G.\_\_\_\_\_ domizilierten ...-Unternehmung F.\_\_\_\_\_ AG. Im Abänderungsverfahren machte der Gesuchsteller nun insbesondere geltend, sein monatliches Einkommen als Geschäftsführer habe aufgrund des schlechten Geschäftsgangs der F.\_\_\_\_\_ AG auf rund Fr. 7'500.– reduziert werden müssen. Darüber hinaus habe er keine weiteren Bezüge von der Gesellschaft tätigen können (Vi Urk. 37

- 11 - S. 4 ff.; Vi Urk. 63 S. 6 ff.). In der angefochtenen Verfügung hat sich die Vorinstanz einlässlich mit den vom Gesuchsteller angeführten Veränderungen der wirtschaftlichen Situation auseinandergesetzt. Mit Bezug auf das Einkommen des Gesuchstellers erwog die Vorinstanz zusammenfassend, dass sich das ausgewiesene Lohneinkommen des Gesuchstellers im Vergleich zu den dem obergerichtlichen Entscheid vom 25. Juli 2007 zugrunde liegenden Zahlen in wesentlichem Umfang verringert habe. Es sei jedoch - fuhr die Vorinstanz fort - in höchstem Masse anzuzweifeln, dass der Gesuchsteller lediglich sein Erwerbseinkommen gemäss Arbeitsvertrag beziehe. Dem Gesuchsteller seien grundsätzlich jegliche Verfügungen über Vermögen der F.\_\_\_\_\_ AG zu privaten Zwecken als Einkommen aus Erwerbstätigkeit anzurechnen. Eine substantiierte Darlegung der massgebenden Einkommensverhältnisse sei durch den Gesuchsteller gezielt verweigert worden, indem er wiederholt den gerichtlich verfüzten Editionspflichten nicht nachgekommen sei. Abschliessend gelangte die Vorinstanz zum Ergebnis, dass es dem Gesuchsteller nicht gelungen sei, eine wesentliche Veränderung seiner finanziellen Verhältnisse glaubhaft darzulegen (Urk. 3 S. 21 f.).

## **E. 6.1**

Die Vorinstanz stellte in ihrem Entscheid fest, dass die von der Gesuchstellerin im Laufe des Verfahrens immer wieder aufgebrachten Vermutungen über weitere Privatbezüge des Gesuchstellers durch die vorhandenen Unterlagen bekräftigt würden. Insbesondere führte die Vorinstanz aus, diverse Transaktionen legten an den Tag, dass der Gesuchsteller über die F.\_\_\_\_\_ AG private sachfremde Geschäfte tätige (Urk. 3 S. 21). Der Gesuchsteller bezeichnet diese Erwägungen als willkürlich (Urk. 9 S. 12). Im Einzelnen wies die Vorinstanz zunächst auf mehrere Rechnungen des von einem gewissen R.\_\_\_\_\_ geführten Stalles ... hin, welche aus der Zeit zwischen Februar 2007 und Juli 2007 stammen und an die bereits mehrfach erwähnte L.\_\_\_\_\_ adressiert waren. Aus den beigegeführten Zahlungseingangsanzeigen geht hervor, dass jeweils die Rechnungen vom 30. Juni 2007 und vom 31. Juli 2007 von der F.\_\_\_\_\_ AG bezahlt wurden (Vi Urk. 126/3). Nicht gefolgt werden kann der Vorinstanz, wenn sie dazu ausführt, diese Leistungen seien der F.\_\_\_\_\_ AG scheinbar nicht zurückerstattet worden (Urk. 3 S. 21). Beide der konkret genannten und von der F.\_\_\_\_\_ AG bezahlten Rechnungen (Rechnung vom 30. Juni 2007 über Fr. 5'757.- und Rechnung vom 31. Juli 2007 über Fr. 3'930.40 [Vi Urk. 126/3]) wurden L.\_\_\_\_\_ am 14. Januar 2008 in Rechnung gestellt und von ihr auch bezahlt (Rechnung ... der F.\_\_\_\_\_ AG vom 14. Januar 2008 und Bestätigung des Zahlungseingangs am 11. April 2008 [Vi Urk. 134/1 und Vi Urk. 134/3; vgl. auch Urk. 21/4 und Urk. 21/6+7]). Darüber hinaus hat der Gesuchsteller bestätigt, dass verschiedene für L.\_\_\_\_\_ tätige Stallhilfen bei der F.\_\_\_\_\_ AG angestellt und "ausgemietet" worden seien (Vi Urk. 133/2 S. 7 f.). Sowohl am 14. Januar 2008 als auch am 19. Januar 2009

- 34 - wurde L.\_\_\_\_\_ für ausgemietetes Personal (S1.\_\_\_\_\_, S2.\_\_\_\_\_, S3.\_\_\_\_\_) Rechnung gestellt (Vi Urk. 134/1+4; Urk. 21/4+5). L.\_\_\_\_\_ überwies die geschuldeten Beträge jeweils innert einiger Monate nach Rechnungsstellung auf das Konto der F.\_\_\_\_\_ AG (Vi Urk. 134/1+3; Vi Urk. 134/4+8; Vi Urk. 154 S. 42 der Bankauszüge ab 1. Januar 2009; Urk. 21/6+7).

## **E. 6.2**

Unabhängig von der zuletzt erfolgten Rückerstattung belegen die soeben thematisierten Geldleistungen von der F.\_\_\_\_\_ AG, dass der Gesuchsteller ohne Weiteres über das Unternehmensvermögen verfügen kann und offenkundig auch für nichtbetriebliche Zwecke darauf zurückgegriffen hat. Der Gesuchsteller selber hat bestätigt, dass ausschliesslich er über das nur unvollständig dokumentierte Geschäftskonto bei der F.\_\_\_\_\_ AG verfügen könne (Prot. I S. 49). Dass und inwiefern er dabei Rücksprache bei anderen Beteiligten genommen hätte, hat der Gesuchsteller nicht dargelegt (vgl. Urk. 11/3 S. 6). Es ist damit festzuhalten, dass der Gesuchsteller das operative Geschäft der F.\_\_\_\_\_ AG alleine führt und dabei ungeachtet der beispielsweise von H.\_\_\_\_\_ angesprochenen Aufsichtsfunktion (vgl. Prot. I S. 65) im Wesentlichen auch über die Verwendung der Unternehmenssubstanz bestimmt. Gerade der dargestellte betriebsfremde Einsatz von Mitarbeitern der F.\_\_\_\_\_ AG widerspricht sowohl der vom Gesuchsteller geltend gemachten ungünstigen Ertragslage als auch den Behauptungen der unsicheren Liquiditätssituation. Immerhin beliefen sich alleine die ohne eindeutige vertragliche Grundlage für L.\_\_\_\_\_ verwendeten Geldbeiträge auf mehrere Zehntausend Franken pro Jahr und war die Rückerstattung naturgemäss nicht von vornherein gewiss. Zudem beeinflussten die Lohnzahlungen an das für L.\_\_\_\_\_ tätige Personal als Aufwand den Geschäftserfolg der F.\_\_\_\_\_ AG. Die aktenkundigen Vergütungen für nicht betriebliche Zwecke und die generelle Verfügungsmacht des Gesuchstellers über die Bankguthaben der F.\_\_\_\_\_ AG rechtfertigen gesteigerte

Anforderungen an die Glaubhaftmachung hinsichtlich der bedeutsamen Frage nach weiteren lohnrelevanten Bezügen. Dass der Gesuchsteller verpflichtet ist, seine Einkommensverhältnisse offen zu legen und glaubhaft zu machen, musste ihm bekannt sein. Der im ordentlichen Verfahren geltende Grundsatz, dass die Weigerung zur Erteilung von Auskünften bei der Beweiswürdigung berücksichtigt werden kann, gilt sinngemäss auch im summarischen Abänderungsverfahren.

- 35 - Weigert sich ein Ehegatte, die nötigen Unterlagen vorzulegen, riskiert er, dass seine Sachdarstellung unglaubwürdig wird. Anhand der bei den Akten liegenden Unterlagen lassen sich nicht alle der von den Geschäftskonti ausgehenden Zahlungen schlüssig zuordnen. Es ist nicht einzusehen, weshalb beim gleichen Bankinstitut nur von einem von mehreren Bankkonti Detailübersichten vorhanden sein sollten (vgl. Urk. 19 S. 11; Urk. 21/1 S. 7). Ohnehin wäre es aber am Gesuchsteller gewesen, bezüglich der auslegungsbedürftigen Transaktionen - wie er es im Übrigen ganz vereinzelt auch getan hat (vgl. Vi Urk. 131/4) - nähere Angaben zu erteilen.

### **E. 6.3**

Die ungenügende Auskunftserteilung des Gesuchstellers durfte bei der Beweiswürdigung berücksichtigt werden. Der Gesuchsteller darf sich daher nicht darüber beschweren, dass die Vorinstanz zur Überzeugung gelangte, seine Vorbringen seien nicht glaubhaft beziehungsweise denjenigen der Gesuchstellerin sei eher zu glauben. Es kann überdies nicht davon ausgegangen werden, die allenfalls aufzurechnenden Privatbezüge seien in der Buchhaltung der F.\_\_\_\_\_ AG detailliert ausgewiesen. Diesbezüglich hat die Gesuchstellerin im vorinstanzlichen Verfahren zutreffend auf die unterschiedliche Buchungsmethode hingewiesen (Vi Urk. 39 S. 29 f.). Wie den Akten entnommen werden kann, wurden die buchungsbedürftigen Vorgänge zwischen dem Privatvermögen des Gesuchstellers und dem Geschäftsvermögen zumindest bis Ende des Jahres 2004 neben dem Aktivkonto ... "Aktionärsdarlehen A.\_\_\_\_\_" auch über das Passivenkonto ... "Kto.Krt. A.\_\_\_\_\_" erfasst. Ins Haben des letztgenannten Kontos wurden beispielsweise die Ausrichtung von Verwaltungsratshonoraren und Dividenden an den Gesuchsteller gebucht (vgl. Vi Urk. 19/3/1.12). Spätere Buchhaltungsabschlüsse enthalten dieses Konto nicht mehr, ohne dass die buchhalterischen Auswirkungen der Kontoauflösung oder die anschliessende Verbuchung der darin aufgeführten Tatsachen bekannt wären. Obwohl die Gesuchstellerin diesen Themenkreis bereits in der Beantwortung des Massnahmebegehrens angesprochen hatte, hat der Gesuchsteller sich bislang nicht dazu geäussert und auch keine sachdienlichen Unterlagen dazu eingereicht. Insgesamt bleibt festzuhalten, dass die vorhandenen Unterlagen keine zuverlässige Festlegung der vom Gesuchsteller tatsächlich aus der F.\_\_\_\_\_ AG gezogenen geldwerten Leistungen erlauben. Die hinsichtlich der

- 36 - weiteren geldwerten Bezüge des Gesuchstellers bestehende Beweislosigkeit wirkt sich zu seinem Nachteil aus, da er - wie gesagt (vgl. Erwägung III./1 hiervor) - das Vorliegen der Abänderungsvoraussetzungen glaubhaft zu machen hat. 7.1 Im Verlauf des vorinstanzlichen Verfahrens wurde seitens der Gesuchstellerin der Verdacht geäussert, der Gesuchsteller habe sich durch den Betrieb von Strohmänn-Gesellschaften zusätzliche Einkommensquellen erschlossen. Insbesondere wies die Gesuchstellerin auf die Gesellschaft T.\_\_\_\_\_ AG hin, welche ihr Geschäftsdomizil an der gleichen Adresse wie die F.\_\_\_\_\_ AG hatte. Sie vermutete, dass der Gesuchsteller als Geschäftsführer der T.\_\_\_\_\_ AG arbeite und mit dieser Tätigkeit weitere Einkünfte erziele (Vi Urk. 39 S. 31 und S. 35: "Die T.\_\_\_\_\_ AG gilt als 'A.\_\_\_\_\_-Firma.'"; vgl. auch Vi Urk. 66 S. 16 und Vi Urk. 125 S.

4). Die Vorinstanz befand in der angefochten Verfügung, dass die effektive Handhabung der Führungsaufgaben bei der T.\_\_\_\_\_ AG unklar und undurchsichtig sei. Über die Verbindung der T.\_\_\_\_\_ AG zur F.\_\_\_\_\_ AG habe - so die Vorinstanz weiter - keine der als Zeugen befragten Personen Aufschluss geben können. Nach Würdigung der Aussagen des Gesuchstellers und mehrerer Zeugen sowie unter Berücksichtigung zusätzlicher Indizien hielt die Vorinstanz dafür, dass die Vermutung der Gesuchstellerin, bei der T.\_\_\_\_\_ AG handle es sich um eine verdeckte "A.\_\_\_\_\_ -Firma" und I.\_\_\_\_\_ als deren Organ sei als Strohmännchen eingesetzt worden, nicht aus der Luft gegriffen sei. Als Folge dessen stufte die Vorinstanz die gegenteiligen Behauptungen des Gesuchstellers als nicht glaubwürdig ein (Urk. 3 S. 18 f.). Im Rekursverfahren hält der Gesuchsteller daran fest, persönlich nichts mit der T.\_\_\_\_\_ AG zu tun gehabt zu haben. Der Vorinstanz wirft er in diesem Zusammenhang eine willkürliche Würdigung der verschiedenen Zeugenaussagen vor (Urk. 9 S. 12 f.; Urk. 19 S. 8). 7.2 In der persönlichen Befragung vor Vorinstanz hat der Gesuchsteller angegeben, er habe nie für die T.\_\_\_\_\_ AG gearbeitet. Er habe von der Firma nie einen Lohn bezogen und auch sonst keinerlei Entschädigungen erhalten (Prot. I S. 97). Weiter erklärte der Gesuchsteller, dass die Mitarbeiter der F.\_\_\_\_\_ AG als sogenannte Vertragsfahrer für die T.\_\_\_\_\_ AG ...-Aufträge übernommen hätten. Wie oft dies der Fall gewesen sei, konnte der Gesuchsteller nicht sagen (Prot. I

- 37 - S. 98). Durch die von der Gesuchstellerin der Vorinstanz eingereichten Unterlagen lässt sich die Behauptung des Gesuchstellers vorderhand nicht widerlegen. Weder aus der Gründungsurkunde noch den Statuten der T.\_\_\_\_\_ AG oder dem sie betreffenden Handelsregistereintrag (vgl. Vi Urk. 40/11, Vi Urk. 40/16 und Vi Urk. 40/17) ergeben sich Hinweise auf eine - wie auch immer geartete - persönliche Verstrickung des Gesuchstellers zu dieser Gesellschaft. Die T.\_\_\_\_\_ AG wurde unter anderem von I.\_\_\_\_\_ und H.\_\_\_\_\_ gegründet, die beide auch Aktionäre der F.\_\_\_\_\_ AG sind. Als einziger Verwaltungsrat wurde I.\_\_\_\_\_ und zur Revisionsstelle die J.\_\_\_\_\_ gehörende U.\_\_\_\_\_ gewählt (Vi Urk. 40/11; Vi Urk. 40/16). I.\_\_\_\_\_ führte anlässlich seiner Zeugenbefragung aus, die T.\_\_\_\_\_ AG habe nicht mit der F.\_\_\_\_\_ AG zusammengearbeitet (Prot. I S. 54). H.\_\_\_\_\_ gab als Zeuge zu Protokoll, dass es schon gewisse Aufträge gegeben habe, welche die F.\_\_\_\_\_ AG für die T.\_\_\_\_\_ AG erledigt habe. Die F.\_\_\_\_\_ AG habe Vertragsfahrer gehabt, die gewisse Aufträge für die T.\_\_\_\_\_ AG erledigt hätten. Insofern sei auch der Gesuchsteller operativ beteiligt gewesen (Prot. I S. 64). J.\_\_\_\_\_, der Revisor der F.\_\_\_\_\_ AG, sagte betreffend die T.\_\_\_\_\_ AG aus, offiziell sei niemand als Geschäftsführer eingestellt gewesen. I.\_\_\_\_\_ und H.\_\_\_\_\_ hätten etwas gemacht. Zwischendurch habe auch der Gesuchsteller disponiert, wenn Aufträge vorhanden gewesen seien (Prot. I S. 73). 7.3 Der Gesuchsteller bezeichnet die Würdigung der wiedergegebenen Zeugenaussagen durch die Vorinstanz pauschal als "recht willkürlich", ohne sich indessen inhaltlich damit auseinanderzusetzen. Seine allgemeinen Ausführungen zur Beweistauglichkeit von Zeugenaussagen (Urk. 9 S. 13) alleine reichen selbstredend nicht aus, um die von der Vorinstanz angeführten Aussagen als unzuverlässig zu verwerfen. In welchen Bereichen die Zeugen Erinnerungslücken unterlegen wären oder ihre Aussagen nicht nachvollziehbar oder widersprüchlich wären, wird vom Gesuchsteller nicht dargelegt. In der Sache selbst ist es denn auch nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz aufgrund der Ergebnisse der Zeugenbefragungen gewisse Vorbehalte hinsichtlich der Glaubhaftigkeit der Vorbringen des Gesuchstellers angebracht hat. Aus den genannten Ausführungen ergibt sich nämlich einwandfrei, dass es mindestens eine Zusammenarbeit zwischen den beiden fraglichen Gesellschaften gegeben haben muss, indem die F.\_\_\_\_\_

AG

- 38 - vereinzelt ...-Aufträge für die T.\_\_\_\_\_ AG durchgeführt hat. Dies entspricht im Grunde auch der ausdrücklichen oder wenigstens sinngemässen Darstellung des Gesuchstellers. Dieser sprach in diesem Zusammenhang von einem "Unterakordantenverhältnis" und davon, dass man versucht habe, die ...-Kapazitäten optimal auszulasten (Prot. I S. 98). Daran anknüpfend, führte der Rechtsvertreter des Gesuchstellers aus, die Gesuchstellerin könne der F.\_\_\_\_\_ AG nicht verbieten, Synergien auszunutzen (Vi Urk. 63 S. 14). Andernorts wurde vorgebracht, die T.\_\_\_\_\_ AG arbeite nicht mehr mit dem Gesuchsteller zusammen (Prot. I S. 28; Hervorhebung durch das Gericht). Auffallend ist schliesslich, dass J.\_\_\_\_\_ anlässlich seiner Zeugenbefragung von der F.\_\_\_\_\_ AG und der T.\_\_\_\_\_ AG als "verschwägte Firmen" gesprochen hat (Prot. I S. 74). Auch wenn J.\_\_\_\_\_ diese Aussage bei der Befragung durch den Gutachter relativiert hat (vgl. Vi Urk. 213 Beilage 33 S. 2), indiziert der benutzte Ausdruck zumindest nach landläufigem Verständnis das Bestehen eines gewissen Näheverhältnisses. 7.4 Für sich genommen ist es nicht ungewöhnlich, dass die F.\_\_\_\_\_ AG geschäftliche Beziehungen mit anderen ...-Unternehmungen unterhielt und für geleistete Dienste entsprechend entschädigt wurde. Dass die T.\_\_\_\_\_ AG im Kontext mit dem Einkommen des Gesuchstellers dennoch einlässlich thematisiert wurde, liegt im Wesentlichen daran, dass die Wahrnehmung der Geschäftsführung unklar geblieben ist und dass offenkundig Zahlungen von der T.\_\_\_\_\_ AG auf das Konto des Gesuchstellers erfolgten. Wie bereits die Vorinstanz richtig bemerkt hat (vgl. Urk. 3 S. 18 f.), äusserten sich die einvernommenen beteiligten Personen uneinheitlich zur Ausübung der Führungsfunktionen bei der T.\_\_\_\_\_ AG. Gegründet wurde diese Aktiengesellschaft mit einem Aktienkapital von Fr. 100'000.- (eingeteilt in 100 Inhaberaktien zu Fr. 1'000.-) von I.\_\_\_\_\_ (75 Aktien), V.\_\_\_\_\_ (20 Aktien) und H.\_\_\_\_\_ (5 Aktien). Als einziger Verwaltungsrat der Gesellschaft wurde - wie bereits erwähnt - I.\_\_\_\_\_ gewählt (Vi Urk. 40/16 S. 3 und S. 4). Dieser führte anlässlich seiner Befragung als Zeuge aus, dass H.\_\_\_\_\_ die Geschäfte geführt habe (Prot. I S. 54). Über die Geschäftsabschlüsse und die finanziellen Vorgänge bei der T.\_\_\_\_\_ AG war I.\_\_\_\_\_ eigenen Angaben zufolge wenig informiert. Überdies konnte er nichts über das Geschäftsdomizil sagen und gab an, dass er nach der Gründungsversammlung nie mehr an einer Generalver-

- 39 - sammlung der Gesellschaft gewesen sei (Prot. I S. 55). Im Gegensatz zu den Aussagen von I.\_\_\_\_\_ erklärte H.\_\_\_\_\_, dass er dieser Gesellschaft nicht viel Beachtung geschenkt habe. Es habe von Anfang an nicht richtig funktioniert, und niemand habe die Geschäfte wirklich geführt (Prot. I S. 62). Die Vorinstanz hat es mit Recht als seltsam erachtet, dass namentlich I.\_\_\_\_\_, welcher den höchsten Kapitaleinsatz erbracht hat und als einziges Organ der Gesellschaft bestellt war, praktisch nichts über den Geschäftsgang wusste. So blieben auch die genauen Modalitäten der unbestrittenermassen von der F.\_\_\_\_\_ AG für die T.\_\_\_\_\_ AG übernommenen Fahraufträge ungeklärt. 7.5 Auf gerichtliches Ersuchen hin hat der Gesuchsteller die Bankauszüge seines Privatkontos bei der Q.\_\_\_\_\_ eingereicht (Vi Urk. 83; Vi Urk. 85/8-10). Daraus geht hervor, dass am 28. Dezember 2005 auf dem Privatkonto des Gesuchstellers eine Zahlung der T.\_\_\_\_\_ AG über Fr. 200'000.- einging (Vi Urk. 85/10 Kontoauszug 01.12.2005-31.12.2005 S. 2; vgl. auch Urk. 21/8+9). Am 30. Dezember 2005 tätigte der Gesuchsteller eine Einlage auf sein Kontokorrentkonto bei der F.\_\_\_\_\_ AG über Fr. 200'000.- und reduzierte dadurch seine Schuld bei der Gesellschaft in diesem Umfang (Urk. 11/20 S. 1; Vi Urk. 85/10 Kontoauszug

01.12.2005-31.12.2005 S. 2). Anlässlich ihrer Zeugeneinvernahmen erklärten sowohl I. \_\_\_\_\_ als auch H. \_\_\_\_\_, von dieser Überweisung nichts gewusst zu haben (Prot. I S. 55 und S. 63). Der Revisor der F. \_\_\_\_\_ AG, J. \_\_\_\_\_, sagte als Zeuge auf die Frage, für was das Darlehen der T. \_\_\_\_\_ AG gewesen sei, aus, dieses habe eigentlich am 5. Januar 2006 wieder zurückbezahlt sein müssen. Es handle sich dabei um Bilanzkosmetik, die unter "verschwägerten" Firmen durchaus üblich sei. Weiter gab der Zeuge an, dass das Geld sicher von der F. \_\_\_\_\_ AG zurückbezahlt worden sei (Prot. I S. 74). Die Ausführungen des Gesuchstellers zu dieser Transaktion sind zur Hauptsache nicht nachvollziehbar und für den Rest widersprüchlich. Mehrheitlich machte der Gesuchsteller unter Bezugnahme auf die Aussagen von J. \_\_\_\_\_ geltend, es sei damals darum gegangen, die F. \_\_\_\_\_ AG am Leben zu erhalten und einer drohenden Bilanzdeponierung auszuweichen (Urk. 11/3 S. 7 und S. 9; Urk. 19 S. 6 und S. 8; Urk. 21/1 S. 3).

- 40 - 7.6 Weshalb die fraglichen Transaktionen zur Verhinderung einer Bilanzdeponierung oder gar eines Konkurses hätten beitragen sollen, vermag nicht einzu-leuchten. Zum einen verbesserte sich der Vermögensstand der F. \_\_\_\_\_ AG dadurch nicht, weil der Mittelzugang auf der Aktivseite durch eine entsprechende Abnahme der Kontokorrentforderung gegenüber dem Gesuchsteller sogleich neutralisiert wurde. Da die Kontokorrentforderung überdies einen Vermögenswert und damit ein Aktivum der F. \_\_\_\_\_ AG darstellt, kommt es für die angesprochene Überschuldung der Gesellschaft nicht so sehr auf die Höhe dieser Forderung an. Für die finanzielle Lage der F. \_\_\_\_\_ AG ist vielmehr von Bedeutung, ob das Kontokorrentguthaben mangels Werthaltigkeit als Nonvaleur betrachtet werden müsste. Werthaltig ist diese Forderung jedoch nicht schon dann, wenn der Gesuchsteller die Schulden ausschliesslich mit Hilfe fremder Mittel tilgen kann. Abgesehen davon bleibt unerklärlich und wird vom Gesuchsteller auch nicht erklärt, weshalb zum Zwecke einer sogenannten Bilanzkosmetik unter "verschwägerten" Gesellschaften Zahlungen auf sein Privatkonto erfolgen sollten. Im Übrigen ist die Darstellung des Gesuchstellers einmal mehr widersprüchlich. Während er bezüglich der Zahlung der T. \_\_\_\_\_ AG und der anschliessenden Einlage - wie erwähnt - zunächst von einer bilanzkosmetischen Massnahme gesprochen hat (vgl. Urk. 11/3 S. 9), brachte er später vor, dass die fragliche Überweisung aufgrund eines von H. \_\_\_\_\_ erhaltenen Darlehens erfolgt sei (Urk. 19 S. 7). Obwohl dieses Darlehen angeblich dem Gesuchsteller persönlich gewährt worden sein soll (vgl. Urk. 19 S. 7), wurde nicht belegt und noch nicht einmal behauptet, dass der Gesuchsteller das Darlehen selber zurückerstattet hat. Selbst wenn - was insbesondere die Aussagen von J. \_\_\_\_\_ vermuten lassen (vgl. Prot. I S. 74) - die F. \_\_\_\_\_ AG für die Rückzahlung aufgekommen sein sollte, hätte mittelbar auch der Gesuchsteller davon profitiert, indem das behauptete Darlehen bei H. \_\_\_\_\_ amortisiert worden wäre und sich gleichzeitig die Kontokorrentschuld des Gesuchstellers bei der F. \_\_\_\_\_ AG reduziert hätte. Die Amortisation des Darlehens durch die F. \_\_\_\_\_ AG ergibt sich jedoch nicht aus den vorliegenden Bankunterlagen und wurde auch nicht anderweitig belegt. 7.7

Hintergrund und Verwendungszweck der von der T. \_\_\_\_\_ AG an den Gesuchsteller geflossenen beträchtlichen Mittel bleiben damit unklar. Der Umstand,

- 41 - dass diese Gelder letztlich nicht auf dem Konto des Gesuchstellers deponiert blieben, sondern auf ein Geschäftskonto der F. \_\_\_\_\_ AG transferiert wurden, schliesst die Annahme der Erlangung von geldwerten Vorteilen für den Gesuchsteller anbetrachts seiner bereits aufgezeigten Verfügungsmöglichkeiten über das Gesellschaftsvermögen nicht aus. Weitere Sachverhaltselemente weisen auf einen Zusammenhang zwischen der T. \_\_\_\_\_ AG und

persönlichen Interessen des Gesuchstellers hin. So wurde im Verlauf des Scheidungsverfahrens bekannt, dass die T.\_\_\_\_\_ AG im Oktober 2006 als Bauherrin ein Bauvorhaben (Neubau ...-Anlage mit Wohnhaus) auf einer Parzelle in ... öffentlich aufgelegt hat (Vi Urk. 67/4). Davon hatten gemäss eigenen Aussagen weder I.\_\_\_\_\_ noch H.\_\_\_\_\_ Kenntnis (Prot. I S. 56 und S. 63). H.\_\_\_\_\_ erklärte zunächst noch, dass I.\_\_\_\_\_ daran ein Interesse gehabt habe und er (H.\_\_\_\_\_ ) sich nicht eingemischt habe. Wer das Baugesuch eingereicht hatte, wusste H.\_\_\_\_\_ hingegen nicht (Prot. I S. 62 f.). Er hat jedoch darauf hingewiesen, dass sich auch L.\_\_\_\_\_ für das Bau- projekt interessiert habe und der Gesuchsteller in dem Haus habe wohnen wollen (Prot. I S. 63). L.\_\_\_\_\_ schliesslich hat auf entsprechende Frage eingeräumt, dass sie im Zusammenhang mit dem geplanten Bau einer ...-Anlage eine Zahlung der T.\_\_\_\_\_ AG erhalten habe (Prot. I S. 88). Weitere Einzelheiten zu diesen Vorgängen konnten nicht eruiert werden. Alle diese Ausführungen hat der Gesuchsteller nicht substantiiert bestritten. Insgesamt muss die finanzielle Verflechtung zwischen dem Gesuchsteller und der T.\_\_\_\_\_ AG als in hohem Masse erklärungsbedürftig bezeichnet werden. Auf die Beteuerungen des Gesuchstellers, weder er persönlich noch die F.\_\_\_\_\_ AG hätten mit der T.\_\_\_\_\_ AG zu tun, kann deshalb nicht unbesehen abgestellt werden. Dass sich die T.\_\_\_\_\_ AG unterdessen im Liquidationsstadium befindet (vgl. Urk. 11 S. 6 f.; Urk. 11/21), ändert daran nichts.

8.1 In den vorangegangenen eherechtlichen Verfahren zwischen den Parteien waren neben dem Geschäftsführereinkommen des Gesuchstellers auch dessen Verwaltungsrats honorare und Dividendenberechtigung umstritten. Im Abänderungsverfahren machte der Gesuchsteller geltend, zu seinem Einkommen könnten weder Verwaltungsratsentschädigungen noch Dividendeneinnahmen hinzuge-rechnet werden (Vi Urk. 63 S. 11; Prot. I S. 27). Aus dem jeweils den Geschäfts-

- 42 - abschlüssen angehängten Vorschlag des Verwaltungsrates ergibt sich, dass bei der F.\_\_\_\_\_ AG seit vielen Jahren unabhängig vom Betriebsergebnis der gesamte erzielte Gewinn auf die neue Jahresrechnung vorgetragen werden sollte. Die Rückbehaltung von Gewinnen (sogenannte Thesaurierung) wird von der Generalversammlung beschlossen, wenn sie die Jahresrechnung abnimmt und über die Gewinnverwendung entscheidet (vgl. Art. 698 Abs. 2 Ziff. 4 OR). Jeder Aktionär hat Anspruch auf einen verhältnismässigen Anteil am Bilanzgewinn, soweit dieser nach dem Gesetz oder den Statuten zur Verteilung unter den Aktionären bestimmt ist (Art. 660 Abs. 1 OR). Das Recht auf Dividende kann den Aktionären durch einen Beschluss der Generalversammlung rechtmässig entzogen werden, sofern dabei die aktienrechtlichen Grundprinzipien eingehalten werden. Insbesondere das Sachlichkeitsgebot (vgl. Art. 706 Abs. 2 Ziffer 2; BSK-OR II- Dubs/Truffer, N 12 ff. zu Art. 706 OR) besagt, dass Beschlüsse der Generalversammlung, die in die Rechte von Aktionären eingreifen, sachlich gerechtfertigt sein müssen. Massstab der sachlichen Rechtfertigung ist dabei das Gesellschaftsinteresse. Die Thesaurierung der Dividende bewirkt eine höhere Eigenkapitalbasis und liegt damit wohl immer im Interesse der Gesellschaft (vgl. BSK-OR II-Neuhaus/Ilg, N 17 zu Art. 660 OR). Das zur F.\_\_\_\_\_ AG erstellte betriebswirtschaftliche Gutachten hat sich auch zu den Fragen geäußert, ob die F.\_\_\_\_\_ AG in den hier zu betrachtenden Jahren Verwaltungsrats honorare ausbezahlen oder Dividenden ausschütten hätte können. Der Gutachter kam dabei zum Schluss, dass der Geschäftsgang in den letzten Jahren mit Ausnahme des Jahres 2006 die Auszahlung von Verwaltungsrats honoraren in einer Grössenordnung zwischen Fr. 5'000.- und Fr. 10'000.- zugelassen hätte (Vi Urk. 213 S. 109 f.). Auf der Grundlage des Geschäftserfolges und unter Hinweis auf Liquiditätsberechnungen hat der Gutachter schliesslich auch befunden, die finanziellen Verhältnisse der F.\_\_\_\_\_ AG hätten - wiederum mit Ausnahme des Jahres

2006 - die Ausrichtung einer Dividende erlaubt (Vi Urk. 213 S. 110 ff.). 8.2 Der Gesuchsteller räumt ausdrücklich ein, dass die Auszahlung sowohl eines Verwaltungsratshonorars als auch einer Dividende möglich gewesen wäre (Urk. 35 S. 7 und S. 12). Hingegen macht er geltend, dass die Liquidität der F. \_\_\_\_\_ AG durch die Ausschüttung von Verwaltungsratshonoraren und Dividen-

- 43 - den geschmälert worden wäre und sogar existenzgefährdend hätte sein können (Urk. 35 S. 11 f.). Eine Unternehmung ist dann genügend liquid, wenn sie die fälligen Schulden jederzeit begleichen kann. Dass dies in den Jahren 2005 bis 2009 stets der Fall war, ergibt sich aus den vom Gesuchsteller im Ergebnis nicht bestrittenen Erhebungen im betriebswirtschaftlichen Gutachten zur Liquiditätsslage der F. \_\_\_\_\_ AG. Es ist nicht ersichtlich, dass und inwiefern der Gesuchsteller seinen Anspruch auf Ausrichtung einer Dividende seit dem Jahre 2006 je geltend gemacht hätte. Selbst wenn davon auszugehen wäre, dass der Gesuchsteller über keine beherrschende Stellung an der F. \_\_\_\_\_ AG mehr verfügte und ihm folglich auch keine alleinige Entscheidungsbefugnis bezüglich der Verwendung des Geschäftsgewinnes zukam, wurde nicht belegt, dass die Generalversammlung der F. \_\_\_\_\_ AG tatsächlich Beschlüsse über die Gewinnverwendung gefasst hätte, denen sich der Gesuchsteller hätte fügen müssen. Angesichts der beträchtlichen Gewinnvorträge (Fr. 313'911.- im Jahre 2006 [Vi Urk. 131/2]; Fr. 319'458.- im Jahre 2007 [Vi Urk. 131/3]; Fr. 482'629.- im Jahre 2008 [Vi Urk. 213 Beilage 32] sowie Fr. 482'319.- im Jahre 2009 [Vi Urk. 213 Beilage 32]) kann denn auch nicht als erstellt gelten, dass die F. \_\_\_\_\_ AG über keinerlei finanziellen Ressourcen zur Ausrichtung von Verwaltungsratshonoraren oder Dividenden verfügt hätte. Auch in diesem Zusammenhang entsteht der Eindruck, der Gesuchsteller wolle die wirtschaftliche Situation der F. \_\_\_\_\_ AG negativer darstellen, als sie tatsächlich ist. In vergangenen Jahren hatte der Gesuchsteller Dividenden sowie Verwaltungsratshonorare von jeweils rund Fr. 30'000.- pro Jahr bezogen (Vi Urk. 12 S. 30; Vi Urk. 19/3/1.12). Die Behauptung des Gesuchstellers, die F. \_\_\_\_\_ AG sei seit ihrem Bestehen noch nie in der Lage gewesen, Gewinnausschüttungen vorzunehmen (Urk. 11/3 S. 3), erweist sich insoweit als aktenwidrig. Mangels abweichender Bestimmungen in den Statuten der F. \_\_\_\_\_ AG ist davon auszugehen, dass der Verwaltungsrat aufgrund der allgemeinen Kompetenzvermutung (Art. 716 Abs. 1 OR) die Entschädigung für seine Tätigkeit selbst festlegt. Der Verwaltungsrat der F. \_\_\_\_\_ AG bestand im massgeblichen Zeitpunkt aus dem Gesuchsteller als Präsidenten und H. \_\_\_\_\_ als weiterem Mitglied. Der Gesuchsteller könnte sich daher von vornherein nicht darauf berufen, dass er den Verzicht auf ein Honorar gegen seinen Willen hätte hinnehmen müssen. Auch

- 44 - wenn aufgrund des veränderten unternehmerischen Umfeldes der F. \_\_\_\_\_ AG nur noch ein Bruchteil früherer Vergütungen als realistisch erschiene, ist anzunehmen, dass der Gesuchsteller ab dem Jahre 2007 mindestens die entfallenen Mietzinserträge von Fr. 1'200.- pro Monat (vgl. Vi Urk. 63 S. 11; Urk. 9 S. 16) durch die Ausrichtung eines Verwaltungsratshonorars sowie einer bescheidenen Dividende hätte ausgleichen können. 9. Zusammenfassend ist bei der Beurteilung der Leistungsfähigkeit des Gesuchstellers nicht alleine auf sein behauptetes Einkommen als Geschäftsführer der F. \_\_\_\_\_ AG abzustellen. Der Gesuchsteller muss sich als Einkommen auch alle weiteren geldwerten Vorteile anrechnen lassen, die er aus Mitteln der F. \_\_\_\_\_ AG bezogen hat oder unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten hätte beziehen können. Wie hoch die für die Festlegung seines Einkommens massgeblichen Bezüge des Gesuchstellers tatsächlich waren, konnte

nicht zuletzt aufgrund der nicht vollständigen Dokumentation über die Geschäftskonti der F.\_\_\_\_\_ AG nicht abschliessend ermittelt werden. Die diversen Ungereimtheiten und Widersprüchlichkeiten in den Vorbringen des Geschuchstellers erwecken jedenfalls nicht zu unterdrückende Zweifel an seiner Sachdarstellung. Nichts zu seinen Gunsten ableiten kann der Geschuchsteller aus den zur Ausstellung von Verlustscheinen führenden Betreibungen durch das Jugendsekretariat W.\_\_\_\_\_ (vgl. Urk. 9 S. 9 f.). Dass offenbar sowohl die betreibende Gläubigerin als auch das zuständige Betreibungsamt auf das von ihm ausgewiesene Salär abgestellt haben, vermag die eigene Beurteilung der Einkommenslage des Geschuchstellers durch das Abänderungsgericht nicht zu ersetzen. Die Folgen der im beschriebenen Sinne misslungenen Glaubhaftmachung einer nicht nur vorübergehenden Einkommensreduktion trägt der Geschuchsteller. Entgegen der Ansicht des Geschuchstellers (vgl. Urk. 9 S. 20) muss sich das mit der Abänderung von Unterhaltsbeiträgen befasste Gericht nicht auf ein bestimmtes Einkommen festlegen. Im Abänderungsverfahren darf es sich vielmehr mit der Feststellung beschränken, die vom Abänderungskläger geltend gemachte Einkommenshöhe sei nicht glaubhaft gemacht und der Nachweis einer zur Abänderung berechtigenden Verhältnisänderung damit nicht erbracht. Die Rüge des Geschuchstellers, die Vorinstanz habe auf "irgendein unbe-

- 45 - stimmtes Einkommen" im "luftleeren Raum" abgestellt (Urk. 9 S. 20), geht daher an der Sache vorbei.

## **E. 10**

September 2009 vorgetragene Behauptung auch noch nach März 2008 unter Beanspruchung des Kontokorrents Geldmittel aus der F.\_\_\_\_\_ AG gezogen hat. Zu den im Jahre 2009 mindestens getätigten Bezügen enthält das vom Geschuchsteller eingereichte Kontoblatt einzig einen Saldo von Fr. 280'927.10, hingegen keinerlei Buchungen, obwohl es gemäss der Überschrift den Zeitraum von 1. Januar 2009 bis 31. Dezember 2009 umfassen sollte (Urk. 21/12). Demgegenüber wurde gemäss der im Rahmen der Gutachtenserstellung über die F.\_\_\_\_\_ AG vom Geschuchsteller vorgelegten Bilanz für das Jahr 2009 eine Kontokorrentforderung Aktionäre in der Höhe von Fr. 327'456.– aktiviert (Vi Urk. 213 Beilage 32). Anhand des ebenfalls anlässlich der Gutachtenserstellung eingereichten Kontoblattes ist ersichtlich, dass die Differenz aus dem Jahresschluss- und dem Jahresanfangsbestand auf die erst am 31. Dezember 2009 vorgenommene Verbuchung einer Zinsgutschrift zurückzuführen ist.

### **E. 10.1**

Sein Abänderungsbegehren hat der Geschuchsteller vor Vorinstanz auch mit höheren Einkünften der Geschuchstellerin begründet. Die geltende Unterhaltsregelung geht davon aus, dass die Geschuchstellerin kein eigenes Einkommen erzielt (vgl. Vi Urk. 59/32 Ziffer 1c). Vor Vorinstanz war der Geschuchsteller der Auffassung, dass der Geschuchstellerin ein hypothetisches Einkommen von Fr. 4'000.– pro Monat angerechnet werden müsse. Seit Beginn des im Jahre 2004 angehängenen Prozesses wisse die Geschuchstellerin, dass sie nicht ewig in der komfortablen Situation einer Ehefrau verharren könne. Wenn sie es unterlassen habe, ein angemessenes Einkommen zu erzielen, könne dies nicht ihm als Verschulden angelastet werden. Schliesslich wies der Geschuchsteller darauf hin, dass das jüngste Kind bereits 15-jährig geworden sei und die Geschuchstellerin deshalb die Kinderbetreuung nicht mehr "vorschieben" könne, um keiner Erwerbsarbeit mehr nachgehen zu müssen (Vi Urk. 63 S. 19 f.). Die Vorinstanz hat es nach Würdigung aller

Umstände als unsachgerecht betrachtet, auf Seiten der Gesuchstellerin ein hypothetisches Einkommen anzurechnen. In der Begründung führte sie in diesem Punkt aus, die Gesuchstellerin habe spätestens seit Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens gewusst, dass es nicht zu einer Wiederaufnahme des Ehelebens und einer Rückkehr zur vormals gelebten Aufgabenverteilung kommen würde. Weiter heisst es im angefochtenen Entscheid, dass eine Wiedereingliederung der Gesuchstellerin in das Erwerbsleben zumindest äusserst schwierig wäre. Neben dem Alter hat die Vorinstanz als weitere negative Aspekte bezüglich den Erwerbsaussichten der Gesuchstellerin die weit zurückliegende und heute nicht mehr verwertbare Ausbildung sowie die allgemeine Wirtschaftslage und die Konkurrenzsituation genannt. Aus diesen Gründen hat die Vorinstanz es auch als höchst zweifelhaft angesehen, ob der Gesuchstellerin selbst bei gehörigen Anstrengungen der Wiedereinstieg ins Berufsleben möglich gewesen wäre. Unter weiterer Berücksichtigung der Ehedauer und des nach wie vor anzunehmenden überdurchschnittlichen Einkommens des Gesuchstellers sah die Vorinstanz davon ab, der Gesuchstellerin ein hypothetisches Einkommen anzurechnen (Urk. 3 S. 23 f.).

- 46 -

### **E. 10.2**

Der Gesuchsteller wendet sich im Rekursverfahren auch gegen diese Beurteilung der Eigenversorgungskapazität der Gesuchstellerin. Weiterhin verlangt der Gesuchsteller die Anrechnung eines Einkommens von Fr. 3'000.– pro Monat. Den vorinstanzlichen Erwägungen hält er im Wesentlichen entgegen, dass die Gesuchstellerin mehr als acht Jahre erwiesenermassen nichts unternommen habe, um auch nur zu versuchen, sich irgendwie beruflich wieder zu integrieren. Selbst als die Kinder zunehmend selbständiger geworden seien und nicht mehr hätten betreut werden müssen, habe die Gesuchstellerin ihre Hände in den Schooss gelegt. Die Gesuchstellerin habe sich in den letzten Jahren nicht um eine einzige Arbeitsstelle wirklich seriös beworben, sondern habe die Zeit verstreichen lassen, um ein Alter zu erreichen, in welchem sie sich mit Verweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung auf die Unzumutbarkeit der Wiederaufnahme einer Erwerbstätigkeit berufen könne. Ein solches Verhalten sei - so die Schlussfolgerung des Gesuchstellers - krass rechtsmissbräuchlich. Alleine weil die verschiedenen Prozessabschnitte unterdessen rund acht Jahre gedauert hätten und die Gesuchstellerin diese Zeit nicht ansatzweise zur Ausschöpfung ihrer Eigenversorgungskapazität genutzt habe, dürfe sie nun nicht einfach nichts mehr tun (Urk. 9 S. 17 f.). Die Gesuchstellerin verweist auf die Ausführungen im angefochtenen Entscheid und trägt vor, hinsichtlich eines anrechenbaren Einkommens behaupte der Gesuchsteller keinen Abänderungsgrund und ein solcher könne auch nicht alleine im Zeitablauf liegen. Sodann weist die Gesuchstellerin darauf hin, dass die Töchter im Zeitpunkt der Trennung noch sehr jung gewesen seien und persönlich hätten betreut und erzogen werden müssen. Damals sei sie schliesslich bereits 48 Jahre alt gewesen (Urk. 15 S. 13 f.).

### **E. 10.3**

Gemäss Art. 163 Abs. 1 ZGB hat jeder Ehegatte nach seinen Kräften an den gebührenden Unterhalt der Familie beizutragen. Auch nach Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes in einem Scheidungs- oder Eheschutzverfahren behält der Unterhaltsanspruch seine Grundlage in dieser Gesetzesbestimmung (BGE 130 III 541 E. 3.2). Nach Art. 176 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB in Verbindung mit Art. 137 Abs. 2 aZGB setzt das Gericht die Geldbeiträge fest, die der

eine Ehegatte dem anderen schuldet. Die Unterhaltsbeiträge richten sich einerseits nach den konkreten wirtschaftlichen Verhältnissen, andererseits nach der Lebenshaltung, auf die sich die Ehegatten geeinigt haben (BGE 121 I 100 ff. E. 3b). Bei der Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen darf vom tatsächlichen Leistungsvermögen des Unterhaltsberechtigten abgewichen werden, falls und soweit dieser bei gutem Willen beziehungsweise bei zumutbarer Anstrengung mehr zu verdienen vermöchte, als er effektiv verdient. Eine Reduktion der Unterhaltszahlungen kann im Abänderungsverfahren daher auch mit der Begründung zu erreichen versucht werden, der unterhaltsberechtigten Ehegatte habe seine Eigenversorgungskapazität zu erhöhen. Von einem hypothetischen Einkommen kann indessen nur ausgegangen werden, sofern dieses zu erreichen zumutbar und möglich ist. Dabei handelt es sich um zwei Voraussetzungen, die kumulativ erfüllt sein müssen. Ist eine Wiederherstellung des gemeinsamen Haushaltes nicht mehr zu erwarten, sind bei der Bestimmung der Eigenversorgungskapazität die Grundsätze für die Bemessung des Scheidungsunterhalts gemäss Art. 125 ZGB analog heranzuziehen (BGE 130 III 537 ff.). Dies gilt namentlich in einem Verfahren um vorsorgliche Massnahmen für die Dauer des Scheidungsprozesses und bedeutet insbesondere, dass sich die Zumutbarkeit der Wiederaufnahme oder Ausdehnung einer Erwerbstätigkeit eines Ehegatten anhand der nicht abschliessenden Kriterien von Art. 125 Abs. 2 ZGB beurteilt (BGer vom 11. April 2011, 5A\_912/2010 E. 3.2; BGer vom 4. April 2011, 5A\_848 E. 2.3.1). Ob dem Ehegatten ein hypothetisches Einkommen zugemutet werden kann, ist Rechtsfrage. Tatfrage bildet hingegen, ob die als zumutbar erkannte Tätigkeit möglich und das angenommene Einkommen effektiv erzielbar ist (BGE 137 III 121 E. 2.3; BGer vom 27. September 2011, 5A\_579/2011 E. 2.1).

#### **E. 10.4**

Im summarischen Verfahren genügt es, die behaupteten Tatsachen glaubhaft zu machen. Art. 8 ZGB kommt daher in seinem eigentlichen Ausmass nicht zum Tragen (BGE 118 II 377 E. 3). Die Grundregel, wonach jene Partei das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen hat, die aus ihr Rechte ableitet, gilt indessen mutatis mutandis auch im Verfahren betreffend vorsorgliche Massnahmen, freilich mit der Abweichung, dass es nicht um einen eigentlichen Beweis, sondern um Glaubhaftmachung geht. Mit der den Gesuchsteller treffenden Glaubhaftmachungslast geht die Behauptungslast einher, weil ohne vorgängige Behauptung einer Tatsache kein Beweis darüber geführt werden kann (vgl.

- 48 - Göksu, in: Amstutz et. al. [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zürich 2007, N 9 zu Art. 8 ZGB). Einen Teilgehalt der Behauptungslast ist die Substantiierungslast, welche insbesondere besagt, wie genau eine Tatsache zu behaupten ist, für die eine Partei die Behauptungs- und Beweislast trägt (vgl. Spühler/Dolge/Gehri, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 9. Aufl., Bern 2010, Kap. 10 Rz. 55; BSK ZGB I-Schmid, N 33 zu Art. 8 ZGB; vgl. auch BGE 108 II 341 E. 3). Der Gesuchsteller hätte demnach konkret darlegen müssen, welcher Erwerbstätigkeit die Gesuchstellerin nachgehen könne und aufgrund welcher Gegebenheiten dabei ein bestimmtes Einkommen erzielbar wäre. Unter Hinweis auf eine vor langer Zeit abgeschlossene Berufsausbildung und entfallene Kinderbetreuungspflichten bloss zu behaupten, der Gesuchstellerin sei die Erzielung eines monatlichen Einkommens in der Höhe von Fr. 4'000.– beziehungsweise von Fr. 3'000.– möglich, genügt hingegen nicht, um die tatsächliche Realisierbarkeit eines Erwerbseinkommens aufzuzeigen. In diesem Sinne fehlt es dem Tatsachenvortrag des

Gesuchstellers an der nötigen Substanziierung. Mit seinen Re- kursvorbringen über die von der Gesuchstellerin seit der Auflösung des gemein- samen Haushaltes im Jahre 2001 unterlassenen Erwerbsbemühungen lässt der Gesuchsteller zudem ausser Acht, dass damals erst zwei der drei Kinder das zehnte Altersjahr zurückgelegt hatten, weshalb der betreuenden Gesuchstellerin eine ausserhäusliche Beschäftigung nach der bundesgerichtlichen Rechtspre- chung noch nicht zugemutet werden konnte. Im Eheschutzverfahren hatte der Gesuchsteller denn auch anerkannt, dass bei der Gesuchstellerin für die Festle- gung der ab Dezember 2001 geschuldeten Unterhaltsbeiträge kein Einkommen angerechnet wurde. Der Gesuchsteller verhält sich damit widersprüchlich, wenn er der Gesuchstellerin im Abänderungsverfahren nun unterstellt, ab ebendiesem Zeitpunkt keine genügenden Bemühungen zur Verbesserung der Eigenversor- gungskapazität unternommen zu haben. Die Gesuchstellerin hat in ihrer Beant- wortung des umstrittenen Massnahmegesuchs berichtet, dass sie vom August bis Oktober 2007 als Aushilfe für wenige Stunden und während einer Ferienabwe- senheit in einem Restaurant gearbeitet habe (Vi Urk. 66 S. 22; Vi Urk. 67/8). Dass es sich dabei nicht nur um eine vorübergehende Beschäftigung gehandelt habe, wurde von keiner Partei behauptet. Mangels Dauerhaftigkeit kann diese zwi-

- 49 - schenzeitliche Anstellung nicht zur Anrechnung eines Erwerbseinkommens füh- ren. Es bleibt demnach dabei, dass für die Gesuchstellerin kein hypothetisches Einkommen zu berücksichtigen ist. Ebenso wenig können der Gesuchstellerin Beiträge an Kost und Logis der mündigen Kinder als Einkommen angerechnet werden. Abgesehen davon, dass der Gesuchsteller dazu erst im Rekursverfahren bezifferte Ausführungen macht (vgl. Urk. 9 S. 15), hat er es unterlassen, wenigs- tens im Ansatz darzutun, dass und inwiefern die angesprochenen Töchter zur Entrichtung des als angemessen erachteten Beitrages überhaupt imstande wären (vgl. Vi Urk. 63 S. 19).

## **E. 11**

Was die Lebenshaltungskosten anbelangt, hat die Vorinstanz in der ange- fochtenen Verfügung festgehalten, dass beide Parteien im Lauf des Scheidungs- verfahrens ihre Bedarfsrechnungen gegenüber den dem obergerichtlichen Ent- scheid betreffend Eheschutz vom 25. Juli 2007 zugrunde liegenden Zahlen korri- giert hätten. Insgesamt sei aber festzustellen, dass sich bezüglich dem Bedarf der Parteien keine wesentliche Veränderungen ergeben hätten (Urk. 3 S. 25). Im Re- kursverfahren werden die beiderseitigen Bedarfsverhältnisse durch den Gesuch- steller in Bezug auf die Wohnkosten der Gesuchstellerin erneut aufgegriffen. Sei- ner Ansicht nach hat die Vorinstanz nämlich zu Unrecht nicht berücksichtigt, dass die Gesuchstellerin nach wie vor eine "Millionenvilla" bewohne, die sich die Par- teien schon längst nicht mehr leisten könnten. Er gesteht der Gesuchstellerin le- diglich noch Wohnauslagen in der Höhe von Fr. 1'800.– pro Monat zu (Urk. 9 S. 16 f.). Der Gesuchsteller hat zwar bereits im vorinstanzlichen Verfahren darauf hingewiesen, dass sich die Parteien die Liegenschaft eigentlich gar nicht mehr leisten könnten (vgl. Vi Urk. 63 S. 23). Aus dieser Feststellung hat der Gesuch- steller seinerzeit jedoch noch nicht auf die Unangemessenheit der Wohnverhält- nisse der Gesuchstellerin geschlossen. Vielmehr hat er ausdrücklich beantragt, es sei die Gesuchstellerin zu verpflichten, weiterhin den Hypothekarzins zu bezahlen und die Amortisationszahlungen zu erbringen (Vi Urk. 63 S. 3 Antrag Ziffer 3). In dieser Hinsicht hat die Vorinstanz sein Massnahmebegehren gutgeheissen (Urk. 3 S. 30 Dispositiv-Ziffer 2). Sofern der Gesuchsteller die Wohnauslagen der Gesuchstellerin nach unten hätte korrigiert haben

wollen, hätte er entsprechende Vorbringen bereits vor Vorinstanz deponieren müssen. Es ist weder ersichtlich

- 50 - noch dargetan, dass und weshalb erst seit Erlass der angefochtenen Verfügung eingetretene Verhältnisänderungen dazu Anlass gegeben hätten. Die Wohnkosten der Gesuchstellerin darf der Gesuchsteller deshalb im Rekursverfahren nicht mehr zur Diskussion stellen. Vor Obergericht blieb schliesslich unbestritten, dass die Parteien noch im Mai 2009 gemeinsam eine neue Hypothek auf der ehelichen Liegenschaft aufgenommen haben (Urk. 15 S. 12 f.; Urk. 16/2; Urk. 19 S. 19). Als unrichtig rügt die Gesuchstellerin die Annahme der Vorinstanz, der Gesuchsteller lebe alleine und nicht mehr im Konkubinatsverhältnis mit L.\_\_\_\_\_ (Urk. 15 S. 13). Konnte aufgrund seines Einkommens eine zur Leistung des geschuldeten Unterhalts nicht mehr ausreichende finanzielle Leistungsfähigkeit des Gesuchstellers nicht anerkannt werden, kann dahin gestellt bleiben, ob ihm allenfalls zusätzlich geringere Lebenshaltungskosten zuzubilligen wären.

## E. 12

August 2009 ist zu bestätigen. IV. 1. Für das vor Vorinstanz hängige Scheidungsverfahren wurde der Gesuchstellerin mit Verfügung vom 31. März 2008 die unentgeltliche Prozessführung gewährt sowie eine unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt (Vi Urk. 79). Die einmal gewährte Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege gilt gemäss § 90 Abs. 2 ZPO/ZH grundsätzlich nicht nur für den vor der angerufenen Instanz hängigen Prozess, sondern auch für ein in dessen Verlauf angestrebtes Rechtsmittelverfahren, ohne dass es hierfür eines besonderen Antrags oder Entscheids bedürfte (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 3 zu § 90 ZPO/ZH). Die Rechtsmittelbehörde

- 51 - kann für ihr Verfahren jedoch einen selbständigen Entscheid treffen (§ 90 Abs. 2 ZPO/ZH). Insbesondere kann die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege zurückgezogen werden, wenn deren Voraussetzungen im Laufe des Prozesses dahinfallen. Beim Entzug der unentgeltlichen Rechtspflege ist der Aspekt der Sicherstellung der Honorarforderung der Rechtsvertreterin zu beachten. Die Rechtsvertreterin darf - solange sie vom Gericht als unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt ist - von ihrer Mandantin keine Kostenvorschüsse verlangen. Die Sicherstellung muss deshalb bis zum Zeitpunkt, in welchem das Gericht über den Entzug entscheidet, in jedem Fall gewährleistet bleiben. Ein rückwirkender Entzug der unentgeltlichen Rechtsvertretung ist demnach nicht möglich (ZR 96 [1997] Nr. 50). Da die Gesuchstellerin als im Rekursverfahren obsiegende Partei mit keinen Gerichtskosten zu belasten sein wird (vgl. nachstehende Erwägung V.), stellt sich die Frage nach dem Entzug der unentgeltlichen Rechtspflege primär noch aufgrund der Vorschrift von § 89 Abs. 2 ZPO/ZH. 2. Die Gesuchstellerin ist hälftige Miteigentümerin der von ihr bewohnten Liegenschaft an der ...-Strasse ... in AA.\_\_\_\_\_ (vgl. Vi Urk. 20 S. 21). Nach einer von der Gesuchstellerin nicht bestrittenen Schätzung des Hauseigentümerverbandes Zürich beläuft sich der Verkehrswert der Liegenschaft auf Fr. 1'250'000.- (Vi Urk. 192). Auf der Liegenschaft lastet sodann eine Festhypothek im Betrag von Fr. 937'000.- (Urk. 16/2). Im hälftigen Miteigentumsanteil der Gesuchstellerin sind damit beträchtliche und für die Deckung der noch zu erwartenden Prozesskosten bei Weitem ausreichende Mittel gebunden. Die Gesuchstellerin hat nicht hinreichend substantiiert dargelegt, dass es ihr weder zumutbar noch möglich wäre, sich durch die zusätzliche Belehnung oder die Veräusserung ihres Miteigentumsanteils innert nützlicher Frist die für die Tilgung der noch entstehenden Rechtspflegekosten erforderlichen flüssigen Mittel zu beschaffen. Ohnehin dürfte die Aufbringung der noch in Frage stehenden Kosten des Rekursverfahrens

durch die vorübergehende Einschränkung in der gewohnten Lebensführung zu finanziellen sein. Folglich kann die Gesuchstellerin in Bezug auf das vorliegende Rechtsmittelverfahren nicht als prozessarm gelten. Da insofern eine der Grundvoraussetzungen für die Gewährung des prozessualen Armenrechts entfallen ist, muss der Gesuchstellerin für das Rekursverfahren die von der Vorinstanz erteilte un-

- 52 - entgeltliche Prozessführung und mit Wirkung ab heutigem Datum auch die unentgeltliche Rechtsverteidigung entzogen werden. V. Ausgangsgemäss hat der unterliegende Gesuchsteller die Kosten des Rekursverfahrens zu tragen (§ 64 Abs. 2 ZPO/ZH). Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wäre in Anwendung von § 13 Abs. 1 aGerGebV, § 5 Abs. 1 aGerGebV in Verbindung mit § 4 Abs. 3 aGerGebV auf Fr. 7'000.– festzusetzen. In dessen verletzte die selbst unter Berücksichtigung der Komplexität des Falles und des zu bearbeitenden Prozessstoffes überlange Verfahrensdauer den verfassungs- und konventionsrechtlich verbürgten Anspruch der Parteien auf Beurteilung innert angemessener Frist (Art. 29 Abs. 1 BV; Art. 6 Ziff. 1 EMRK). Es erscheint daher angezeigt, der überlangen Verfahrensdauer durch die Festsetzung einer auf Fr. 2'500.– reduzierten Gerichtsgebühr Rechnung zu tragen. Als Folge der Kostenaufgabe ist der Gesuchsteller zu verpflichten, der anwaltlich vertretenen Gesuchstellerin für deren Aufwendungen im Rekursverfahren eine angemessene Prozessentschädigung von Fr. 5'700.– (inklusive 7,6 % Mehrwertsteuer) zu bezahlen (§ 68 Abs. 1 ZPO/ZH). Es wird beschlossen:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.