

# ZH\_OBERGERICHT LY120035 vom 25. Juni 2013

ZH Obergericht, 2013-06-25, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LY120035](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LY120035)

FR: ZH\_OBERGERICHT LY120035 du 25 juin 2013

IT: ZH\_OBERGERICHT LY120035 del 25 giugno 2013

## Erwägungen

### E. 1

Die Parteien heirateten am tt. Dezember 1999. Sie haben zwei gemein- same Kinder: C.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2002, und D.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2003. Seit Oktober 2011 stehen die Parteien vor Vorinstanz im Schei- dungsverfahren. Im Rahmen dieses Prozesses wurden mit Urteil vom 20. August 2012 vorsorgliche Massnahmen erlassen. Mitunter wurde der Gesuchsteller und Berufungskläger (fortan Gesuchsteller) verpflichtet, der Gesuchstellerin und Beru- fungsbeklagten (fortan Gesuchstellerin) ab 1. Juni 2011 für die weitere Dauer des Scheidungsverfahrens einen monatlichen Unterhaltsbeitrag für die beiden Kinder von je Fr. 4'000.– und für sich persönlich von Fr. 22'855.– zu bezahlen, dies zu- züglich zu den vom Gesuchsteller anerkannten Direktzahlungen für die Hypothe- karzinsen sowie die Prämien für die Hausrat- und Mobiliarversicherung im Zu- sammenhang mit der vormals ehelichen Liegenschaft in E.\_\_\_\_\_ und die Lea- - 6 - singzinsen, Versicherungsprämien und Abgabegebühren für die Fahrzeuge Por- sche Cayenne und Smart Coupé (Urk. 2 S. 72f. Dispositivziffer 3 und 4). Die Di- rektzahlungen belaufen sich gemäss Urteil auf total (rund) Fr. 7'955.– (Urk. 2 S. 28). Damit wurde der Gesuchsteller zu Unterhaltsleistungen von gesamthaft Fr. 38'810.– verpflichtet.

### E. 2

Gegen das Urteil vom 20. August 2012 haben beide Parteien eine Beru- fung erhoben. Die von der Gesuchstellerin erhobene Berufung wurde von der Kammer mit Beschluss und Urteil vom 29. Oktober 2012 abgewiesen, soweit da- rauf eingetreten werden konnte (vgl. Verfahren LY120036). Das Urteil und der Beschluss vom 29. Oktober 2012 sind in Rechtskraft erwachsen. Der Gesuchstel- ler stellt in der von ihm angehobenen, vorliegend noch zu behandelnden Berufung die vorab angeführten Anträge. Das Gesuch des Gesuchstellers um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wurde mit Präsidialverfügung vom 6. September 2012 abgewiesen (Urk. 1 S. 2; Urk. 5 S. 3 Dispositivziffer 1). Nach Eingang des Kos- tenvorschusses von Fr. 8'500.– (Urk. 7) erstattete die Gesuchstellerin die Beru- fungsantwort (Urk. 10). Mit Schreiben vom 29. November 2012 wurde die Ge- suchstellerin darum ersucht, die Berufsbeilage 2 (USB-Stick) in ausgedruckter Version einzureichen (Urk. 13). Dieser Aufforderung kam sie mit Eingabe vom 18. Dezember 2012 nach, wobei sie darauf hinwies, dass die in den Beilagen "mit grüner Farbe dargestellten Änderungen oder Präzisierungen" vorgenommen wor- den seien (Urk. 15). Mit Verfügung vom 10. Januar 2013 wurde dem Gesuchstel- ler Frist angesetzt, um zu den von der Gesuchstellerin neu eingereichten Unterla- gen und den damit erhobenen Behauptungen sowie den gestellten prozessualen Anträgen Stellung zu nehmen (Urk. 18). Die Stellungnahme samt Beilagen wurde am 25. Februar 2013 eingereicht (Urk. 21; Urk. 23/10-27).

## **E. 2.1**

Die Vorinstanz erwog im Wesentlichen, es sei unter den Parteien unstrittig geblieben, dass das Einkommen des Gesuchstellers während des Zusammenlebens zur Deckung des tatsächlichen Bedarfs der Familie ausgereicht habe. Aus diesem Grund sei davon auszugehen, dass die Parteien angesichts des hohen Lebensstandards während der Ehe in sehr guten finanziellen Verhältnissen gelebt hätten. Eine nachhaltige bzw. langfristige Einkommensenkung, wie sie der Gesuchsteller behauptete, könne von diesem nicht glaubhaft gemacht werden. Der Gesuchsteller habe gemäss eigenen Angaben im Jahr 2008 Fr. 1.6 Mio. netto (rund Fr. 130'000.– pro Monat), im Jahr 2009 Fr. 520'000.– (rund Fr. 43'500.– pro Monat) und im Jahr 2010 Fr. 570'000.– (Fr. 47'500.– pro Monat) verdient. Exakte Zahlen für das Jahr 2011 lägen noch nicht vor. Als CEO und Verwaltungsrat diverser Gesellschaften sei der Gesuchsteller massgeblich an den Entscheidungen betreffend Entschädigung des Kaders beteiligt. Mit anderen Worten könne er sein Einkommen bis zu einem gewissen Mass selber beeinflussen. Es dürfe denn auch als gerichtsnotorisch bezeichnet werden, dass das Einkommen eines Unterhaltspflichtigen sinke, sobald Unterhaltspflichten bestünden. Doch selbst wenn sich das Einkommen des Gesuchstellers tatsächlich längerfristig verändere, so habe dies vorliegend keinen Einfluss auf den zu zahlenden Unterhaltsbeitrag.

- 9 - Sollte das Einkommen des Gesuchstellers tatsächlich derart gesunken sein, dass es nicht mehr ausreiche, um den laufenden Bedarf der Familie zu decken, so sei es ihm, dem Gesuchsteller, für die Dauer des Verfahrens zumutbar, sein Vermögen von gemäss Steuererklärung 2010 mindestens Fr. 5'533'000.– anzuzehren. Aus diesem Grund rechtfertige es sich bei den vorliegend sehr guten finanziellen Verhältnissen der Parteien, dass die einstufige Berechnungsmethode zur Ermittlung des Unterhaltsbeitrages zur Anwendung komme (Urk. 2 S. 18ff.). Die Vorinstanz stellte bei der Festsetzung des massgebenden Bedarfs der Gesuchstellerin (inklusive der beiden Kinder) auf das Jahr 2011, damit auf das der im Verlauf des Jahres 2010 erfolgten Trennung folgende Jahr ab (Urk. 2 S. 23). Sie erachtete einen monatlichen Bedarf (inklusive der vom Gesuchsteller zu leistenden Direktzahlungen, welche mit dem derzeitigen Wert angegeben wurden) von Fr. 38'810.– als glaubhaft (Urk. 2 S. 27ff.). Entsprechend verpflichtete die Vorinstanz den Gesuchsteller rückwirkend ab dem 1. Juni 2011 zur Bezahlung eines monatlichen Unterhaltsbeitrages von gesamthaft Fr. 30'855.– (Fr. 38'810.– abzüglich Direktzahlungen von Fr. 7'955.–), mithin Fr. 4'000.– für jedes Kind und Fr. 22'855.– für die Gesuchstellerin persönlich (Urk. 2 S. 53f.).

## **E. 2.2**

Gemäss den Ausführungen des Gesuchstellers in der Berufung sind die Unterhaltsbeiträge mit der zweistufigen Methode zu berechnen, da seine laufenden Einkünfte von rund Fr. 45'000.– pro Monat im Jahr 2011 und rund Fr. 43'000.– im Jahr 2012 nicht ausreichten, um die Bedarfspositionen beider Parteien zu decken. Der Bedarf der Gesuchstellerin (inklusive Kinder) sei auf maximal Fr. 38'000.– festzusetzen. Ohne den Einbezug der Steuerbelastung betrage er Fr. 30'400.–. Seinen eigenen Bedarf beziffert der Gesuchsteller mit (gerundet) Fr. 29'500.–; dies ohne Einbezug der Steuern. Im Weiteren teilt der Gesuchsteller seine monatlichen Einkünfte von nunmehr Fr. 43'000.– im Verhältnis zu den Summen der Bedarfswerten der Parteien auf. Hieraus resultiert ein Anteil der Gesuchstellerin (inklusive Kinder) von Fr. 21'850.–. Abzüglich der Direktzahlungen von Fr. 8'000.–, so der Gesuchsteller weiter, habe er der Gesuchstellerin somit Fr. 13'850.–

Unterhalt pro Monat zu leisten. Bei Unterhaltsbeiträgen von je Fr. 4'000.– pro Kind sei der Unterhaltsbeitrag für die Gesuchstellerin auf

- 10 - Fr. 5'850.– festzusetzen. Die Steuern müssten beide Parteien aus dem Vermögen bezahlen (Urk. 1). Dem widersetzt sich die Gesuchstellerin (Urk. 10).

### **E. 3**

Im Berufungsverfahren können neue Tatsachen nur noch berücksichtigt werden, wenn diese ohne Verzug vorgebracht wurden und wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Da im Berufungsverfahren indes auch die Vorschriften über das erstinstanzliche Verfahren sinngemäss anzuwenden sind, stellt sich die Frage, ob in denjenigen Verfahren, in denen der Sachverhalt von Amtes wegen

- 7 - abzuklären ist, mithin in den Verfahren, die der Untersuchungsmaxime unterstehen, neue Tatsachen und Beweismittel in analoger Anwendung von Art. 229 Abs. 3 ZPO bis zur Urteilsberatung vorgebracht werden können. Dies ist in der Literatur umstritten. Das Bundesgericht hat eine solche analoge Anwendung abgelehnt und festgehalten, dass einzig Art. 317 Abs. 1 ZPO massgeblich sei (BGE 138 III 626 f. Erw. 2.2). Auch in den Verfahren, die der Untersuchungsmaxime unterstehen, ist deshalb Art. 317 Abs. 1 ZPO zu beachten. Dies gilt auch bei Verfahren in Kinderbelangen, in denen gemäss Art. 296 Abs. 1 ZPO der Sachverhalt von Amtes wegen zu erforschen ist. Unechte Noven können daher grundsätzlich nicht mehr vorgebracht werden, es sei denn, eine Partei rüge, die Vorinstanz habe eine bestimmte Tatsache in Verletzung der Untersuchungsmaxime nicht beachtet (F. Hohl, Procédure civile, Tome II, Deuxième Edition, Rz. 2414 f.). Solche unechten Noven sind im Sinne von Art. 317 Abs. 1 lit. a ZPO ohne Verzug, d.h. mit der Berufungsbegründung bzw. der Berufungsantwort vorzubringen. Nach Berufungsbegründung und -antwort können nur noch echte Noven vorgebracht werden (BGE 138 III 788 Erw. 4.2; F. Hohl, a.a.O., Rz 1172). Der Gesuchstellerin wurden am 10. September 2012, damit nach der Fällung des erstinstanzlichen Entscheids, zahlreiche die finanziellen Verhältnisse des Gesuchstellers betreffende Unterlagen, insbesondere Kreditkartenauszüge sowie Kontoauszüge der Aargauer und der Zürcher Kantonalbank, übergeben (Urk. 10 S. 3f.; Urk. 12/1). Diese Unterlagen sowie die darauf abgestützten, in der Berufungsantwort erhobenen neuen Behauptungen sind als echte Noven zuzulassen. In der Folge reichte die Gesuchstellerin, wie bereits erwähnt, mit Eingabe vom 18. Dezember 2012 Beilagen ein, bei welchen gegenüber den ursprünglich nur per USB-Stick eingereichten Unterlagen, "Änderungen und Präzisierungen" vorgenommen wurden. Da die Gesuchstellerin diesbezüglich jedoch keine neuen Behauptungen aufstellt (vgl. Urk. 15 S. 4), erübrigen sich Ausführungen dazu, ob die Vornahme dieser Korrekturen novenrechtlich zulässig war oder nicht. Bezüglich der im Weiteren aufgestellten Behauptungen und im Rahmen der Berufung eingereichten Unterlagen wird jeweils, sofern die Behauptungen oder Unterlagen für die Entscheidungsfindung von Relevanz sein werden, zu entscheiden sein, ob zulässige Noven vorliegen oder nicht.

- 8 -

#### **E. 3.1**

Der Gesuchsteller wendet auch im Berufungsverfahren ein, die Darstellung des von der Gesuchstellerin geltend gemachten Bedarfs dürfe aufgrund der "vielen täuschenden und falschen Verbuchungen" in der von ihr vor Vorinstanz eingereichten persönlichen

Buchhaltung nicht als glaubhaft angesehen werden (Urk. 1 S. 4). Zur Belegung der täuschenden und falschen Verbuchungen verweist der Gesuchsteller pauschal auf seine Eingabe an die Vorinstanz vom 19. Juni 2012 (Urk. 1 S. 4). Dies ist unbeachtlich. Der Gesuchsteller hat es unterlassen, sich detailliert mit den von der Vorinstanz hierzu angeführten Erwägungen, auf welche vollumfänglich verwiesen werden kann (Urk. 2 S. 26f., insbesondere Ziff. 2.3.4.), auseinanderzusetzen. Die Glaubhaftmachung der noch im Berufungsver- fahren umstrittenen Bedarfspositionen wird anhand der eingereichten Belege zu überprüfen sei.

### **E. 3.2**

Die Vorinstanz hielt sodann in ihrem Entscheid korrekt fest, das summarische Verfahren sei durch eine Beweisbeschränkung gekennzeichnet, was sich einerseits in einer Beweismittelbeschränkung äussere, wonach der Beweis grundsätzlich mit Urkunden zu erbringen sei, und andererseits in einer Beweis- massbeschränkung, wonach die Behauptungen beziehungsweise Bestreitungen nicht strikt nachzuweisen, sondern nur glaubhaft zu machen seien. Dies bedeute, dass das Gericht von der Wahrheit einer Behauptung nicht völlig überzeugt zu sein brauche. Vielmehr genüge es, wenn eine überwiegende Wahrscheinlichkeit für die fraglichen Tatsachen bestehe, auch wenn nicht alle Zweifel beseitigt seien (Urk. 2 S. 14f. mit Hinweisen). Die Beweismassbeschränkung des Glaubhaftma- chens ändert hingegen nichts an der Behauptungslast. Auch im summarischen Verfahren hat die behauptungsbelastete Partei substantzierte Behauptungen auf- zustellen. Tut sie dies, so liegt es an der Gegenpartei, diese wiederum substan- ziert zu bestreiten, ansonsten sie als anerkannt zu gelten haben. Die Frage, ob eine Tatsachenbehauptung glaubhaft ist oder nicht, stellt sich somit erst dann, wenn eine genügend substantzierte, bestrittene Behauptung vorliegt. Nur dann ist

- 11 - darüber ein Beweisverfahren durchzuführen und sind die anbotenen Beweise entsprechend zu würdigen.

### **E. 4**

Mit der vorliegenden Berufung nicht angefochten werden die Dispositivzif- fern 1, 2, 3, 5 und 7 des vorinstanzlichen Urteils. Die Rechtskraft dieser Disposi- tivziffern ist vorzumerken. Da es sich um vorsorgliche Massnahmen handelt, trat die Rechtskraft mit der Eröffnung des vorinstanzlichen Entscheids ein. II. 1. Der Gesuchsteller beantragt die Herabsetzung der von ihm an die Ge- suchstellerin persönlich zu zahlenden Unterhaltsbeiträge gemäss Dispositivzif- fer 4 des vorinstanzlichen Entscheides von Fr. 22'855.– auf Fr. 5'850.– pro Monat. Auf die Parteivorbringen ist im Folgenden nur insoweit einzugehen, als dies für die Rechtsfindung erforderlich ist.

#### **E. 4.1**

Gemäss Gesuchsteller setzen sich seine Einkünfte aus Lohn, Entschä- digungen für Verwaltungsratsmandate und Vermögenserträgen zusammen. Er habe im Jahr 2008 rund Fr. 1,6 Mio. netto (rund Fr. 130'000.– pro Monat), im Jahr 2009 Fr. 520'000.– (rund Fr. 43'500.– pro Monat), im Jahr 2010 Fr. 570'000.– (rund Fr. 47'500.– pro Monat [Urk. 6/61 S. 29; Urk. 6/62/104]), im Jahr 2011 Fr. 540'000.– (rund Fr. 45'000.– pro Monat) und im Jahr 2012 Fr. 43'000.– pro Monat (damit rund Fr. 516'000.–) verdient (Urk. 1 S. 8). Seine Einkünfte seien schwankend. Es sei von den letzten drei Jahren auszugehen. Weitere Einkünfte könnten ihm, dem Gesuchsteller, nicht angerechnet werden. Die Gesuchstellerin macht aufgrund der ihr bis anhin zur Verfügung stehenden Unterlagen, welche ihr erst nach

Fällung des erstinstanzlichen Entscheids zukamen (Urk. 12/1), insbesondere der Kontoauszüge, ein durchschnittliches Jahreseinkommen des Gesuchstellers von rund drei Millionen Franken geltend (Urk. 10 S. 6). Seit Beginn der (ansatzweise) dokumentierten Verhältnisse, d.h. seit der Steuererklärung für das Jahr 2004, habe sich der Gesuchsteller in konstanter Praxis die wesentlichen Teile seiner Einkünfte nicht als Einkommen auszahlen lassen, sondern sie in den Unternehmen "parkiert". Dies habe er getan, um sich die Einkünfte je nach Bedarf zu einem späteren Zeitpunkt durch den Verkauf von Aktien oder anderer Rechte, Rückzahlungen von Darlehen oder anderer vertraglicher Ansprüche nicht als Einkommen, sondern unter anderen Rechtstiteln, beispielsweise als Kapitalgewinne oder Darlehensrückzahlungen, auszahlen zu lassen (Urk. 10 S. 21). Konkret bezeichnet die Gesuchstellerin insbesondere den vom Gesuchsteller ab dem Jahr 2006 aus dem Verkauf seiner Aktien der H.\_\_\_\_ AG (später I.\_\_\_\_ [Schweiz] AG {fortan II.\_\_\_\_ Schweiz AG}, heute J.\_\_\_\_ AG) erzielten Erlös als Einkommen.

#### **E. 4.2**

Der Gesuchsteller ist heute CEO und Delegierter des Verwaltungsrates der J.\_\_\_\_ AG Schweiz, einer Tochterfirma der in ganz Europa präsenten J.\_\_\_\_-Gruppe mit Hauptsitz in K.\_\_\_\_. Die J.\_\_\_\_ AG ist ein Beratungsunternehmen für Corporate Finance Transaktionen (M&A, Fusionen, Re-

- 12 - strukturierungen). Sodann ist der Gesuchsteller Präsident des Verwaltungsrates der L.\_\_\_\_ Gruppe, welche im Apparatebau tätig ist und aus der M.\_\_\_\_ AG, der L1.\_\_\_\_ AG sowie der L2.\_\_\_\_ AG besteht. An der L.\_\_\_\_ Gruppe ist der Gesuchsteller gemäss eigenen Angaben zu zirka einem Drittel beteiligt. Neu wurde im August 2012 die L.\_\_\_\_ Immobilien AG gegründet, welche gemäss den Angaben des Gesuchstellers zu 100 % im Besitz der L.\_\_\_\_ Management AG, der Holdinggesellschaft, sei (Urk. 21 S. 9). Im Weiteren ist der Gesuchsteller Verwaltungsrat der N.\_\_\_\_ AG. Bis Ende April 2012 war er auch noch Abgesandter in der Tochtergesellschaft N1.\_\_\_\_ AG. An der N.\_\_\_\_ AG ist der Gesuchsteller gemäss eigenen Angaben zu zirka 2 % beteiligt. Daneben ist der Gesuchsteller noch Verwaltungsrat in zwei Start-Up Gesellschaften, der O.\_\_\_\_ AG und der P.\_\_\_\_ Holding AG. An diesen Gesellschaften ist er auch beteiligt (Urk. 6/61 S. 3f.; Urk. 1 S. 6f.), wobei der Umfang der Beteiligung nicht bekannt ist. Die Gesuchstellerin beruft sich noch auf weitere (angebliche) Verwaltungsratsmandate und Beteiligungen des Gesuchstellers. Nähere Substanziierungen diesbezüglich fehlen hingegen weitgehend (Urk. 6/53/3; Urk. 6/66 S. 5 und 39; Urk. 10 S. 19). Aufgrund der nachfolgenden Ausführungen erübrigt es sich, vorliegend darauf weiter einzugehen.

4.3.1. Zuvor war der Gesuchsteller bis Ende 2005 als Investmentbanker bei der Q.\_\_\_\_ AG im Bereich Corporate Finance tätig. Am 14. Oktober 2005 vereinbarten die Poolmitglieder der Abteilung Corporate Finance mit Q.\_\_\_\_ den geschlossenen Übertritt der Abteilung zu einer neu zu gründenden Tochtergesellschaft der I2.\_\_\_\_ KGaA, ..., (fortan I3.\_\_\_\_ KGaA). Im Hinblick auf diesen Wechsel hatten die Poolmitglieder bereits am 29. September 2005 mit eigenen Mitteln die H.\_\_\_\_ AG gegründet. Der Gesuchsteller zeichnete dabei 25'000 der 100'000 Aktien à nominell Fr. 1.–. Die H.\_\_\_\_ AG übernahm am 1. Dezember 2005 die laufenden Geschäfte der früheren Q.\_\_\_\_ Abteilung und wurde am 7. Dezember 2005 in II.\_\_\_\_ Schweiz AG umfirmiert. Am 3. Januar 2006 verkauften die Poolmitglieder 51 % ihrer II.\_\_\_\_ Schweiz AG Aktien an die I3.\_\_\_\_ KGaA. Der Gesuchsteller erzielte dabei für 12'750 verkaufte Aktien einen Erlös von Fr. 3'836'250.–, wobei bei Vertragsabschluss Fr. 1'023'750.– zu bezahlen waren. Der restliche Kaufpreis war vereinbarungsgemäss in

tranchenweisen Zahlun-

- 13 - gen per anfang 2007, 2008 und 2009 zu bezahlen (Urk. 6/53/3 S. 6ff.; Urk. 6/61 S. 29; Urk. 6/66 S. 43; 6/67/42b S. 2). Aus den nunmehr von der Gesuchstellerin eingereichten Kontoauszügen respektive entsprechenden tabellarischen Zusammenstellungen wird glaubhaft, dass in den Folgejahren die ausstehenden Fr. 2'812'500.– an den Gesuchsteller ausbezahlt wurden (Urk. 11/3; Fr. 937'500.– je für die Jahre 2007, 2008 und 2009). Entgegen der Ansicht des Gesuchstellers ist der in diesem Zusammenhang von der Gesuchstellerin gemachte Verweis auf eine von ihr eingereichte Tabelle, in welcher sie gestützt auf die Kontounterlagen die Eingänge auf die ihr nunmehr bekannten Konten des Gesuchstellers zusammenstellt (Urk. 10 S. 5; Urk. 11/3), durchaus zulässig (Urk. 21 S. 3). Für das Gericht ist klar ersichtlich, dass die Gesuchstellerin mit den in der Beilage Urk. 11/3 im Detail angeführten Eingängen das jährliche Einkommen von behaupteten durchschnittlich rund drei Millionen Franken errechnet. Die Tabellen mussten nicht noch in die Berufungsantwort hineinkopiert werden. Sie sind zu beachten. Die Gesuchstellerin rechnet nun diese tranchenweisen Zahlungen (scheidungsrechtlich) den Einkünften des Gesuchstellers zu. Mit den Steuerbehörden liegen die Parteien nach wie vor darüber im Streit, ob es sich dabei, wie vom Gesuchsteller geltend gemacht, um steuerfreie Kapitalgewinne oder steuerpflichtige Einkünfte handelt. Das Steuerrekursgericht des Kantons Zürich kam mit Entscheid vom 12. Juli 2011 zum Schluss, das Entgelt, welches der Gesuchsteller für die Abgabe seiner 12'750 Aktien erhalten habe, gelte seine erfolgsbezogenen Arbeitsleistungen für die I.\_\_\_\_\_ Gruppe ab und habe damit Salärcharakter. Die dem Gesuchsteller per 2006 ausbezahlte Kaufpreiszahlung (1. Tranche) im Betrag von Fr. 1'023'750.– sei daher zu Recht als steuerbares Einkommen qualifiziert worden (Urk. 6/67/14b S. 12). Mit Urteil vom 6. Juni 2012 hat das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich eine von den Parteien hiergegen erhobene Beschwerde gutgeheissen und die Sache zur weiteren Untersuchung und zum Neubescheid im Sinne der Erwägungen an das Steuerrekursgericht zurückgewiesen (Urk. 6/67/14 S. 11). Unbestritten ist in diesem Zusammenhang, dass die Einnahmen auch in den folgenden Jahren jeweils in den Steuererklärungen als Kapitalgewinne und nicht als Einkommen angeführt wurden. Die entsprechenden Verfahren sind (wenn auch nicht formell) bis zum Entscheid über die Steuern 2006 sistiert (Urk. 10 S. 22; Urk. 21).

- 14 - Bis September 2010 hielt der Gesuchsteller an der II.\_\_\_\_\_ Schweiz AG noch rund 12,5 %. Gemäss Gesuchsteller ging die I3.\_\_\_\_\_ KGaA, die Hauptaktionärin der II.\_\_\_\_\_ Schweiz AG, beinahe Konkurs und habe von der ... Bank gerettet werden müssen. Diese sei an einer Weiterführung der II.\_\_\_\_\_ Schweiz AG nicht interessiert gewesen. Es sei ihm erst im Mai 2011 gelungen, die Situation zu klären, indem die II.\_\_\_\_\_ Schweiz AG vollständig an einen neuen Aktionär (die ... Investmentbank J.\_\_\_\_\_) veräussert worden sei (Urk. 6/15 S. 8). Unbestritten ist, dass im Zusammenhang mit dem Verkauf der vom Gesuchsteller bis dahin noch gehaltenen 12,5 % an der II.\_\_\_\_\_ Schweiz AG an die I3.\_\_\_\_\_ KGaA, welcher gestützt auf einen im Jahre 2006 abgeschlossenen Aktionärsbindungsvertrag möglich war (Urk. 11/7), der Gesuchsteller weitere zirka 4,9 Millionen Franken realisieren konnte. Davon gingen Fr. 493'036.– am 26. Januar 2010 ein. Die Schlusszahlung am 20. Mai 2010 belief sich auf Fr. 2,968 Mio., weil gleichzeitig ein bei der I3.\_\_\_\_\_ KGaA bestehendes Darlehen von Fr. 1,5 Mio. getilgt wurde (Urk. 11/3 Jahr 2010; Urk. 21 S. 4). 4.3.2. Zwischen den Parteien ist umstritten, ob die im Rahmen des Verkaufs der Aktien der II.\_\_\_\_\_ Schweiz AG realisierten Zahlungen als Einkünfte des

Gesuchstellers zur Berechnung der Höhe seiner Unterhaltspflicht herangezogen werden dürfen. Die Parteien trennten sich im Jahre 2010. Der genaue Zeitpunkt ist umstritten. Die Vorinstanz erachtete einen Bedarf der Gesuchstellerin (inklusive der beiden gemeinsamen Töchter) im Jahre 2011, damit nach der Trennung, von rund Fr. 38'810.– als glaubhaft. Wie nachfolgend aufgezeigt wird, ist dieser Betrag zu bestätigen. Ob die Vorinstanz bei ihrer Berechnung, wie von der Gesuchstellerin geltend gemacht, fälschlicherweise auf den Bedarf im Jahre 2011 und damit nicht auf den zuletzt gemeinsam gelebten Lebensstandard zuzüglich der trennungsbedingten Mehrkosten abstellte, kann an dieser Stelle offen bleiben. Da die Gesuchstellerin mit den Kindern in der vormals ehelichen Liegenschaft verblieben ist und abgesehen von den Fr. 100.– für die Steuerberatung und zumindest anteilsweise den Steuern, welche mit Fr. 7'600.– eingesetzt wurden, glaubhaft erscheint, dass sich der während der Ehe von der Gesuchstellerin und den Kindern gelebte Standard nach der Trennung nicht massgeblich verändert hat, ist von einem Bedarf ihrerseits vor der Trennung von rund Fr. 31'110.– auszugehen.

- 15 - Der Gesuchsteller beziffert nun seinen Bedarf mit total Fr. 29'495.–, wobei die Steuerbelastung nicht einberechnet wurde (Urk. 1 S. 11; Urk. 6/61 S. 27). Als zuzugewandte Folge der Trennung zusätzlich angefallene Lebenshaltungskosten sind hiervon einzig Fr. 1'500.– für die Position "Wohnen R. \_\_\_\_\_" zu subtrahieren. Die restlichen Kosten, beispielsweise für die im Miteigentum der Parteien stehende Liegenschaft in G. \_\_\_\_\_, in welcher der Gesuchsteller nunmehr wohnt, oder die Ausgaben für die Unterstützung seiner früheren Ehefrau und der aus dieser Ehe hervorgegangenen gemeinsamen Kinder, fielen bereits vor der Trennung der Parteien an. Damit sind monatliche Lebenshaltungskosten der Parteien vor der Trennung von (mindestens) rund Fr. 60'000.– (Fr. 31'110.– plus Fr. 27'995.–) glaubhaft, wobei die Steuerbelastung noch nicht mitberücksichtigt wurde. Bereits gestützt auf diese Zahlen ist ersichtlich, dass die Parteien den von ihnen während der Ehe gelebten Standard nicht allein aus den vom Gesuchsteller nunmehr behaupteten Einkünften aus seinem Lohn, seinen Entschädigungen für Verwaltungsratsmandate und den Vermögenserträgen bestreiten konnten. Vielmehr erscheint es glaubhaft, dass sich die Parteien darauf eingestellt hatten, dass weitere Einkommensquellen zur Bestreitung der Kosten für den laufenden Lebensunterhalt vorhanden waren, so beispielsweise auch die Gelder aus dem Verkauf der II. \_\_\_\_\_ Aktien. Erscheint es nun hingegen, wie vorliegend, glaubhaft, dass die Parteien während des Zusammenlebens ihren Unterhalt auch aus solchen Einnahmen bestritten, so sind diese (zumindest) im Rahmen der vorsorglichen Massnahmen und damit für die Dauer des Scheidungsverfahrens, als Einkommen zu behandeln. Nicht anders wäre zu verfahren, wenn der Gesuchsteller regelmässig aus einer von ihm beherrschten Unternehmung Privatbezüge zur Bestreitung der Lebenshaltungskosten getätigt hätte. Diese Bezüge wären ihm im Rahmen der vorsorglichen Massnahmen als Einkünfte anzurechnen, da die Familie auch vor der Trennung ihren Lebensunterhalt davon bestritt. Daran ändert entgegen der Ansicht des Gesuchstellers nichts, dass die 4,9 Mio. Franken auf einmal ausbezahlt wurden und eine Wiederholung dieser Einkünfte nicht mehr möglich sei (Urk. 6/61 S. 29). Es behauptet denn keine der Parteien, falls keine Trennung erfolgt wäre, hätte der (gemeinsame) Lebensstandard in den der Auszahlung folgenden Jahren gesenkt werden müssen. Es erscheint daher glaubhaft, dass man gewillt war, auf dem bisherigen Niveau weiter zu leben. Zur Bestreitung der Lebenshal-

- 16 - tungskosten wäre, falls zusätzlich zum behaupteten Einkommen von ab dem Jahr 2009 durchschnittlich Fr. 45'000.– pro Monat keine weiteren als Einkommen an-

rechenbaren Einkünfte hätten erzielt werden können, wohl weiterhin auch auf den aus dem Verkauf der II. \_\_\_\_\_ Schweiz AG Aktien erzielten Erlös zurückgegriffen worden. Dies bis neue Gewinne erzielt worden wären, mit welchen man offensichtlich rechnete. Mit der Gesuchstellerin ist daher im Rahmen der vorsorglichen Massnahmen davon auszugehen, dass im Familienrecht der Begriff der Einkünfte weit auszulegen ist. Realisiert ein Unterhaltspflichtiger über Jahre namhafte Beiträge aus dem Verkauf von Aktien, aus Investitionen in Unternehmungen oder aus Dividendenzahlungen und werden diese Beträge zur Bestreitung der Lebenshaltungskosten der Familie herangezogen, so können diese Einkünfte nach der Trennung und der Scheidung nicht als "Kapitalgewinne" abgetan werden. Vielmehr ist davon auszugehen, dass sie einen Teil des Familieneinkommens bilden. Sie sind zur Finanzierung geschuldeter Unterhaltsbeiträge heranzuziehen. Da vorliegend offensichtlich erscheint, dass der Gesuchsteller schon allein aus dem aus dem Verkauf der I. \_\_\_\_\_ Aktien realisierten Erlös von rund 7,3 Mio. Franken und seinen weiteren (behaupteten) Einkünften den der Gesuchstellerin und den beiden Kindern zuerkannten und seinen eigenen Bedarf zumindest für die folgenden Jahre problemlos zu decken vermag, muss das Einkommen des Gesuchstellers im Rahmen der vorsorglichen Massnahmen nicht genau beziffert werden. Hingegen wird es an der Gesuchstellerin liegen, im Scheidungsverfahren zu behaupten und falls bestritten zu beweisen, dass der Gesuchsteller auch fortan einen massgeblichen Teil seiner Lebenshaltungskosten durch Geschäfte wie beispielsweise den Verkauf der II. \_\_\_\_\_ Schweiz AG Aktien bestreiten wird respektive mit hoher Wahrscheinlichkeit derartige Geschäfte tätigt und daraus Gewinne realisiert, welche er zur Bestreitung seines und des der Gesuchstellerin (und den gemeinsamen Kindern) zugesprochenen Lebensstandards benötigt. Der Gesuchsteller andererseits ist an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass er gegenüber der Gesuchstellerin eine Auskunftspflicht betreffend seine finanziellen Verhältnisse hat. Er hat seine während der Ehe erzielten Einkünfte und die getätigten Ausgaben offenzulegen. In diesem Zusammenhang ist unbestritten, dass der Gesuchsteller der Gesuchstellerin noch immer nicht alle Kontounterlagen ediert hat.

- 17 - Es fehlen zumindest die Konten der UBS, der Crédit Suisse sowie der Graubündner Kantonalbank (Urk. 10 S. 4). 5.1. Bei den vorliegenden sehr guten finanziellen Verhältnissen ist in Übereinstimmung mit der Vorinstanz (Urk. 2 S. 24) und der Gesuchstellerin die einstufige Berechnungsmethode anzuwenden (Urk. 10 S. 6 und 28). Entsprechend braucht auf die prozessualen Anträge der Gesuchstellerin nicht weiter eingegangen zu werden (Urk. 10 S. 2 und S. 15). Die Vorinstanz sah einen Bedarf der Gesuchstellerin (inklusive der beiden Kinder) von rund Fr. 38'810.– als glaubhaft an (Urk. 2 S. 28ff.). Der Gesuchsteller beantragt die Reduktion der Position "Kleidung, Schuhe" um Fr. 250.– (Urk. 1 S. 9) sowie die Reduktion der Position "Sport/Musik/Freizeitkurse Kinder" von Fr. 1'660.– auf Fr. 1'000.– (Urk. 1 S. 10), mithin eine Reduktion von gesamthaft Fr. 910.–. Zu beachten ist hingegen, dass ein Bedarf von maximal Fr. 38'000.– anerkannt wird und die Rechtsbegehren in der Berufung basierend auf diesem Bedarf beziffert wurden (Urk. 1 S. 9 und 12). 5.2. Der Gesuchsteller verlangt die Reduktion der Position "Kleidung, Schuhe" um Fr. 250.–. Bei der Position "... Fashion", Beleg 969 (Urk. 6/54/6.4.2.539), könne etwas nicht stimmen. Auf der obersten Zeile des Dokumentes werde ein Total von Fr. 6'874.– ausgewiesen und anschliessend werde für einen Mantel Fr. 3'200.– abgezogen. Als Resultat dieser Subtraktion werde Fr. 3'084.– angegeben, was nicht stimme. In der "Buchhaltung" der Gesuchstellerin (Urk. 6/54.6.4.60) werde dem Kleider-Konto gleichwohl der Gesamtbetrag von Fr. 6'874.– belastet. Dies stimme nicht. Der Kleiderbedarf der

Gesuchstellerin für das Jahr 2011 müsste zumindest noch um den Betrag von Fr. 3'200.–, mithin Fr. 265.– pro Monat gekürzt werden (Urk. 1 S. 9). Es kann offen bleiben, ob die Gesuchstellerin, wie von ihr geltend gemacht, das Geld für den Mantel sowie die ihr angeblich gewährten 20 % Rabatt nur in Form von Kleidergutschriften und nicht Bargeld zurückerhalten hat und dieses Geld folglich in der Zukunft wiederum in Kleider investierte (Urk. 10 S. 29f.). Denn die Gesuchstellerin führt - unter anderem auch in diesem Zusammenhang - zu Recht an, die Vorinstanz habe fälschlicherweise auf ihren Bedarf im Jahre 2011 abgestellt und die entsprechenden Belege zur Glaubhaftmachung herangezogen (Urk.

- 18 - 10 S. 9f. und S. 29f.). Korrekterweise wäre wohl auf das Jahr 2009 und die diesbezüglichen Belege abzustellen gewesen, da dies dasjenige Jahr war, in welchem die Parteien noch das ganze Jahr zusammenlebten und die Gesuchstellerin Zugriff auf Konten des Gesuchstellers hatte. Aufgrund der im Recht liegenden Belege erscheint glaubhaft, dass die Gesuchstellerin im Jahr 2009 rund Fr. 24'000.– für unter die Position "Kleidung/Schuhe" fallende Anschaffungen ausgegeben hat (Urk. 6/54/6.2.2.; Urk. 54/6.2.179ff. mit Verweis auf Urk. 6/54/6.2.108ff. und 6/54/6.2.13ff.9). Damit erscheinen die der Gesuchstellerin von der Vorinstanz unter der Position "Kleidung, Schuhe" zuerkannten Fr. 1'665.– nach wie vor als glaubhaft. 5.3. Weiter verlangt der Gesuchsteller die Reduktion der Position "Sport/Musik/Freizeitkurse Kinder" von Fr. 1'660.– auf Fr. 1'000.– (Urk. 1 S. 10). Die nunmehr vom Gesuchsteller in der Berufung konkret vorgebrachten Einwendungen betreffend doppelt aufgeführte Kosten für den Französischunterricht und die ... Group von C.\_\_\_\_\_ sowie zu viel eingerechnete Kosten für die Cellolektionen von D.\_\_\_\_\_ (Urk. 1 S. 9f.) sind verspätet. Die Einwendungen hätten allesamt schon vor Vorinstanz vorgebracht werden können und müssen. Entsprechende Bestreitungen oder Behauptungen fehlen hingegen (Urk. 6/61 S. 22). Die Einwendungen sind damit nicht weiter zu beachten. 5.4. Damit ist der Bedarf der Gesuchstellerin inklusive der beiden Kinder wie von der Vorinstanz festgesetzt auf Fr. 38'810.– pro Monat zu belassen.

## **E. 6**

Auf das Eventualbegehren (Urk. 1 S. 2 Anträge Ziffer 2 und S. 12f.) des Gesuchstellers braucht aufgrund der vorstehenden Erwägungen nicht weiter eingegangen zu werden. Insbesondere kann offenbleiben, ob der Antrag nicht verspätet gestellt wurde (vgl. hierzu BGer 5P.472/2006 Urteil vom 15. Januar 2007, Erw. 3.2.f.).

## **E. 7**

Damit resultiert ein Unterhaltsanspruch von gesamthaft Fr. 38'810.–. Die Festsetzung der Unterhaltsbeiträge für C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ auf je Fr. 4'000.– pro Monat ist unumstritten. Der Betrag erscheint sodann angemessen, belaufen sich doch schon die auf die Kinder spezifizierten Bedarfspositionen auf monatlich

- 19 - rund Fr. 4'000.– pro Kind (Urk. 2 S. 30ff.). Damit sind der Gesuchstellerin monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 22'855.– (Fr. 38'810.– minus Fr. 8'000.– Kinderunterhaltsbeiträge minus Fr. 7'955.– Direktzahlungen) zuzusprechen. Der Zeitpunkt des Beginns der Zahlungspflicht, 1. Juni 2011, blieb unangefochten. Weiter ist unbestritten, dass der Gesuchsteller der Gesuchstellerin zwischen dem 29. August 2011 und dem 31. Mai 2012 Zahlungen in der Höhe von total Fr. 282'740.– geleistet hat. Die Vorinstanz sprach dem Gesuchsteller das Recht zu, diese Zahlungen mit der laufenden

Unterhaltsverpflichtung im entsprechendem Umfang zu verrechnen (Urk. 2 S. 70 und Dispositivziffer 4). Dieses Vorgehen wurde nicht beanstandet. Es ist zu bestätigen. Die vorinstanzliche Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen ist ebenfalls zu bestätigen (vgl. Art. 318 Abs. 3 ZPO). III.

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