Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer

Geschäfts-Nr.: LY110031-O/U.doc

damit vereinigt Geschäfts-Nr.: LY110033

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Dr. G. Pfister und die Oberrichterin Dr. D. Scherrer sowie der Gerichtsschreiber lic. iur. G. Kenny

Beschlüsse und Urteil vom 5. März 2013

in Sachen

A._____,

Beklagter, Erstberufungsbeklagter und Zweitberufungskläger

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X._____

gegen

B._____,

Klägerin, Erstberufungsklägerin und Zweitberufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____

betreffend **vorsorgliche Massnahmen (Kinder- und Ehegattenunterhaltsbeiträge)**

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Meilen vom 15. August 2011 (FE100149)

Rechtsbegehren der Klägerin, Erstberufungsbeklagten und Zweitberufungsklägerin (nachfolgend Klägerin; Urk. 5/3 S. 2 f. u. Urk. 5/17 S. 5):

"1. Es sei davon Vormerk zu nehmen, dass die Parteien seit dem 3. Januar 2007 ununterbrochen voneinander getrennt leben.

2. Es seien die gemeinsamen Kinder C._____, geb. tt.mm.1996 und D._____, geb. tt.mm.1998, weiterhin unter der Obhut der Klägerin zu belassen.

3. Es sei dem Beklagten ein praxisübliches Besuchs- und Ferienrecht für die Dauer des Scheidungsprozesses einzuräumen, und zwar in Anlehnung an die Reglung in der Trennungsvereinbarung vom 11. September 2007.

4. Es sei eine Besuchsbeistandschaft im Sinne von Art. 308 Abs. 2 ZGB für die Dauer des Scheidungsprozesses anzuordnen.

5. Es sei der Beklagte zu verpflichten, an den Unterhalt der Kinder C._____ und D._____, wie obgenannt, angemessene monatliche Unterhaltsbeiträge zu bezahlen, zahlbar jeweils am 1. eines jeden Monats im Voraus, im Minimum Fr. 3'600.– pro Kind und Monat und dies mit Wirkung ab 3. August 2010.

6. Es sei der Beklagte zu verpflichten, den der Klägerin gemäss Trennungsvereinbarung geschuldeten Anteil an die Schulkosten für C._____ für die Zeit von 2008 bis 2010, insgesamt Fr. 26'000.– zu bezahlen.

7. Es sei der Beklagte zu verpflichten, sämtliche Schulkosten, wie auch die Entschädigungen für Mittagessen und Schulbücher der Kinder C._____ und D._____, wie obgenannt, mit Wirkung ab 3. August 2010 direkt zu begleichen.

8. Es sei der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin für die Dauer des Scheidungsprozesses einen angemessenen Unterhalt zu entrichten, und dies mit Wirkung ab 3. August 2010.

9. Es sei der Beklagte zu verpflichten, die bereits erhaltenen Z._____-Zahlungen des Jahres 2010 mit entsprechenden Z._____-Auszahlungsbelegen und Bankgutschriften zu belegen, gleich wie die Z._____-Zahlungen, die noch im Jahre 2011 erfolgen werden, per Auszahlung zu schätzen.

10. Es sei der Beklagte zu verpflichten, Auskunft über sein derzeitiges Einkommen und Vermögen zu erteilen.

11. Es seien die Kosten- und Entschädigungsfolgen in der Hauptsache zu verlegen."

Urteil des Bezirksgerichtes Meilen, Einzelgericht im ordentlichen Verfahren vom 15. August 2011 (Urk. 2):

" 1. Das Massnahmebegehren des Beklagten vom 1. Juni 2011 wird zufolge Rückzugs als erledigt abgeschrieben.

2. Es wird vorgemerkt, dass die Gesuchsteller zum Getrenntleben berechtigt sind und bereits getrennt leben.

3. Die gemeinsamen Kinder C._____, geb. tt.mm.1996 und D._____, geb. tt.mm.1998, werden für die Dauer des Scheidungsverfahrens unter die Obhut der Klägerin gestellt.

4. Der Beklagte wird für die Dauer des Scheidungsverfahrens für berechtigt erklärt, die beiden Kinder C._____ und D._____ unter Berücksichtigung ihrer Interessen und Wünsche jedes zweite Wochenende auf eigene Kosten mit sich oder zu sich auf Besuch zu nehmen.

   Ferner wird der Beklagte für die Dauer des Scheidungsverfahrens für berechtigt erklärt, die Kinder C._____ und D._____ unter Berücksichtigung ihrer Interessen und Wünsche für vier Wochen pro Jahr auf eigene Kosten mit sich oder zu sich in die Ferien zu nehmen.

   Er wird verpflichtet, das Ferienbesuchsrecht mindestens zwei Monate im Voraus der Klägerin anzuzeigen bzw. mit ihr abzusprechen.

5. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für die Dauer des Scheidungsverfahrens folgende monatliche Unterhaltsbeiträge zu bezahlen, zahlbar jeweils im Voraus auf den Ersten eines jeden Monats:

   - CHF 9'597.– (davon je CHF 2'000.– pro Kind und CHF 5'597.– für die Klägerin persönlich), ab 3. August 2010 bis 31. März 2011;

   - CHF 9'460.– (davon je CHF 2'000.– pro Kind und CHF 5'460.– für die Klägerin persönlich), ab 1. April 2011.

6. Das klägerische Rechtsbegehren gemäss Ziff. 4 (Beistandschaft) wird abgewiesen.

7. Das klägerische Rechtsbegehren gemäss Ziff. 6 (Schulgelder 2008-2010) wird abgewiesen.

8. Die klägerischen Rechtsbegehren gemäss Ziff. 9 und Ziff. 10 (Auskunftspflicht) werden als gegenstandslos geworden erledigt abgeschrieben.

9. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, je gegen Empfangsschein.

10. Eine Berufung gegen diesen Entscheid kann innert 10 Tagen von der Zustellung an im Doppel und unter Beilage dieses Entscheids beim Obergericht des Kantons Zürich, Zivilkammer, Postfach 2401, 8021 Zürich, erklärt werden. In der Berufungsschrift sind die Anträge zu stellen und zu begründen. Allfällige Urkunden sind mit zweifachem Verzeichnis beizulegen.

    Die gesetzlichen Fristenstillstände gelten nicht (Art. 145 Abs. 2 ZPO)."

Berufungsanträge:

der Klägerin (Urk. 20/1 S. 2 ff.):

" 1. Es sei unter teilweiser Aufhebung und Abänderung, sowie Ergänzung von Ziff. 4 der Verfügung des Bezirksgerichtes Meilen, Einzelgericht im summarischen Verfahren, vom 15. August 2011 (Geschäfts-Nr.: FE100149-G/An-Bä/mj) eine Besuchsbeistandschaft nach Art. 308 Abs. 2 ZGB zu errichten und das ausgesprochene Besuchs- und Ferienrecht bis zur Errichtung der Besuchsbeistandschaft und bis zum Entscheid der Besuchsbeiständin zu sistieren.

2. Es sei in teilweiser Abänderung, Ergänzung und Erweiterung von Ziff. 5 der angefochtenen Verfügung, wie obgenannt, der Beklagte und Appellat zu verpflichten, an den Unterhalt der Klägerin und Appellantin sowie an den Unterhalt der Kinder C._____ und D._____ insgesamt monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 13'280.20 mit Wirkung ab 3. August 2010 für die Dauer des gesamten Scheidungsverfahrens zu bezahlen, davon Fr. 5'597.– für die Klägerin und Appellantin persönlich und Fr. 3'841.60 pro Kind und Monat (insgesamt Fr. 7'683.20 für beide Kinder).

    Zusätzlich sei der Beklagte und Appellat zu verpflichten, die laufenden Schulkosten mit Wirkung ab 3. August 2010 vollumfänglich zu bezahlen.

3. Es sei Ziff. 6 der angefochtenen Verfügung, wie obgenannt, ersatzlos aufzuheben und die Beistandschaft neu in Ziff. 4, wie obgenannt, zu regeln.

4. Alles unter Kosten-und Entschädigungsfolge für das Berufungsverfahren zu Lasten des Beklagten und Appellaten."

Prozessualer Antrag:

" Es sei der vorliegenden Berufung bzgl. Ziff. 1 der Berufungsanträge der Klägerin und Appellantin und Ziff. 4 der angefochtenen Verfügung die aufschiebende Wirkung zu erteilen."

des Beklagten (Urk. 1 S. 2 f.):

" 1. Es sei der Beklagte und Berufungsbeklagte (recte Berufungskläger) in Abänderung von Dispositiv-Ziffer 5 der angefochtenen Verfügung zu verpflichten, der Klägerin und Berufungsbeklagten für die Dauer des Scheidungsverfahrens folgende monatliche Unterhaltsbeiträge zu bezahlen, zahlbar jeweils im Voraus auf den Ersten eines jeden Monats:

   – CHF 6'500.00 (davon je CHF 2'000.00 pro Kind und CHF 2'500.00 an die Klägerin und Berufungsbeklagte persönlich inkl. Kostenbeteiligung an der Privatschule der Kinder), zahlbar ab 3. August 2010 für die weitere Dauer des Scheidungsverfahrens.

2. Es sei vorzumerken, dass der Beklagte und Berufungskläger seit August 2010 bis und mit Monat September 2011 bereits Unterhaltsbeiträge von insgesamt CHF 94'305.-- an die Berufungsbeklagte (für die Kinder C._____ und D._____ und die Berufungsbeklagte persönlich) bezahlt hat und diese Zahlungen an die in der angefochtenen Verfügung festgelegten Unterhaltsverpflichtungen anzurechnen sind.

3. Alles unter Kosten-und Entschädigungsfolgen zzgl. MWST zulasten der Klägerin und Berufungsbeklagten.

Prozessualer Antrag:

" Es sei der Berufung gegen die Verfügung des Einzelgerichts am Bezirksgericht Meilen vom 15. August 2011 bezüglich Dispositiv-Ziffer 5 die aufschiebende Wirkung zu erteilen;

unter Kosten-und Entschädigungsfolgen zzgl. MWST zulasten der Klägerin und Berufungsbeklagten."

Erwägungen:

I. Parteien, Streitgegenstand, Prozessgeschichte und Vereinigung

1. Den Akten, insbesondere dem Entscheid der Vorinstanz (Urk. 2 S. 3) sowie der Trennungsvereinbarung und Vorausscheidungskonvention (Urk. 5/18/1) kann entnommen werden, dass die Parteien Eheleute sind, seit Anfang 2007 getrennt leben und zur Zeit in einem Ehescheidungsverfahren gemäss Art. 114 ZGB stehen. Die Klägerin arbeitet bei einer Bank und bildet sich berufsbegleitend zur Betriebsökonomin aus, der Beklagte ist Jurist und betreibt zusammen mit einem Partner eine Unternehmung im Finanzbereich. Die Parteien haben zwei Töchter, C._____, geb. tt.mm.1996 und D._____, geb. tt.mm.1998.

2. In der Sache sind vorliegend die einstweilige Regelung der Unterhaltsbeiträge (Urk. 1 S. 2, Urk. 20/1 S. 2 f.) und die Errichtung einer Besuchsbeistandschaft bzw. damit zusammenhängend das Besuchsrecht (Urk. 20/1 S. 2 f.) umstritten.

Die weiteren von der Vorinstanz getroffenen Regelungen blieben unangefochten. Es kann deshalb vorgemerkt werden, dass die Dispositivziffern 1 - 3 sowie 7 und 8 des Urteils des Bezirksgerichts Meilen, Einzelgericht im ordentlichen Verfahren vom 15. August 2011 (Geschäfts-Nr.: FE100149) mit Ablauf der Berufungsfrist am 5. September 2011 in Rechtskraft erwachsen sind.

3.1. Am 2. August 2010 machte die Klägerin eine Scheidungsklage im Sinne von Art. 114 ZGB bei der Vorinstanz anhängig (Urk. 5/2). Im Rahmen dieses Verfahrens beantragte sie mit Eingabe vom 3. August 2010 den Erlass von vorsorglichen Massnahmen (Urk. 5/3). Am 15. August 2011 fällte die Vorinstanz den Massnahmenentscheid, dessen Dispositiv hiervor wiedergegeben wurde. Über

den detaillierten Verlauf des Verfahrens gibt der angefochtene Entscheid Auskunft (Urk. 2 S. 3 ff.).

3.2. Mit Eingaben vom 5. September 2011 erhoben beide Parteien eine Berufung und stellten die eingangs aufgeführten Rechtsbegehren (Urk. 1 und Urk. 20/1). Es wurden zwei Verfahren mit den Geschäftsnummern LY110031 und LY110033 angelegt.

Mit Verfügungen vom 14. September 2011 (Urk. 6 und 20/6) wurden die Begehren der Parteien um Erteilung der aufschiebenden Wirkung abgewiesen und Vorschüsse für die Kosten in der Höhe von je Fr. 3'000.– einverlangt. Die Vorschüsse wurden innert Frist bezahlt (Urk. 7 und Urk. 20/9). In der Folge erstatteten die Parteien die Berufungsantworten am 14. Oktober 2011 bzw. am 24. Oktober 2011 (Urk. 20/9 und Urk. 12) und nahmen danach am 15. Dezember 2011 und 17. November 2011 je zur Berufungsantwort der Gegenpartei Stellung (Urk. 20/17 und Urk. 14). Dabei wurden umfangreiche Beilagen eingereicht (insbesondere Urk. 11/1-20). Die Stellungnahmen wurden den Parteien je zur Kenntnis gebracht.

3.3. Am 1. Februar 2012 teilte die Klägerin verschiedene Änderungen bezüglich ihrer Arbeit und Ausbildung mit (Urk. 20/20). Am 16. März 2012 reichte die Klägerin Unterlagen ein, betreffend eine Reduktion des Arbeitspensums, die entsprechende Lohnsenkung, zweimaligen unbezahlten Urlaub, sowie Erhöhung der Schulkosten (Urk. 20/23 f.) Die Eingaben wurde dem Beklagten nebst Beilagen zur Kenntnis gebracht.

4. Beide Berufungen richten sich gegen denselben Entscheid der Vorinstanz und betreffen eng zusammenhängende Fragen die auf demselben Sachverhalt basieren. Die Verfahren sind daher in Anwendung von Art. 125 lit. c ZPO zu vereinigen und unter der vorliegenden Prozessnummer LY110031 weiterzuführen. Das Berufungsverfahren LY110033 ist als dadurch erledigt abzuschreiben und die Akten des Verfahrens LY110033 sind als Urk. 20/1-25 zu den Akten des vorliegenden Verfahrens zu nehmen.

II. Prozessuale Grundlagen

1. Gemäss Art. 405 Abs. 1 ZPO gilt für das Rechtsmittelverfahren das Recht, das bei der Eröffnung des angefochtenen Entscheides in Kraft ist. Der vorliegend angefochtene Entscheid datiert vom 15. August 2011 (Urk. 2), dementsprechend ist auf das vorliegende Verfahren die eidgenössische Zivilprozessordnung, die seit 1. Januar 2011 in Kraft ist, anzuwenden. Das Gleiche gilt auch für im Zuge der Einführung der eidgenössischen ZPO geänderte verfahrensrechtliche Bestimmungen in anderen Gesetzen.

2. Die Vorinstanz hat die rechtlichen Grundlagen des Massnahmeverfahrens und insbesondere die prozessualen Grundlagen des summarischen Verfahrens zutreffend dargelegt. An diesen Grundlagen ändert die eidgenössische Zivilprozessordnung nichts, auf die entsprechenden Erwägungen ist zu verweisen (Urk. 2 S. 5 f.). Ergänzungen werden soweit notwendig im Sachzusammenhang angebracht.

3.1.1. Für das Massnahmeverfahren gilt gemäss Art. 276 Abs. 1 ZPO in Verbindung mit Art. 272 ZPO grundsätzlich der Untersuchungsgrundsatz. Dieser grundsätzlich geltende Untersuchungsgrundsatz geht aber weniger weit als beispielsweise der Untersuchungsgrundsatz gemäss Art. 296 Abs. 1 ZPO in Bezug auf Kinderbelange. Es wird daher auch vom "eingeschränkten Untersuchungsgrundsatz" gesprochen. Diese Differenzierung fliesst aus einer unterschiedlichen Gewichtung der Ziele, die in den verschiedenen Verfahren durch den Untersuchungsgrundsatz verfolgt werden. Während bei Kinderbelangen die Ermittlung der materiellen Wahrheit im Vordergrund steht, um die bestmögliche Lösung für das Kind zu treffen, zielt im Massnahmeverfahren der Untersuchungsgrundsatz eher darauf ab, unbeholfene oder unerfahrene Parteien zu unterstützen und zu schützen. Dementsprechend wird auch die Bezeichnung "sozialer Untersuchungsgrundsatz" verwendet (Staehelin/Staehelin/Grolimund, Zivilprozessrecht, Zürich 2008, S. 121 Rz. 27 m. H. auf BGE 125 III 238). Die Tragweite des eingeschränk-

ten Untersuchungsgrundsatzes gemäss Art. 272 ZPO wird durch den Umstand, dass – mit Ausnahme bezüglich Kinderbelange – das Massnahmeverfahren vom Dispositionsgrundsatz beherrscht ist, begrenzt (Art. 57 ZPO): Der Verfahrensgegenstand wird von den Parteien bestimmt. In diesem Rahmen muss das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen feststellen; darüber hinaus ist es weder verpflichtet, noch berechtigt, den Sachverhalt abzuklären. Mit anderen Worten bestimmt die Parteidisposition die Tragweite des Untersuchungsgrundsatzes.

3.1.2. Konkret bedeutet der soziale Untersuchungsgrundsatz, dass das Gericht den Parteien bei der Sammlung des Prozessstoffes durch Befragung und Aktenstudium behilflich ist; es ist aber nach wie vor Sache der Parteien, die entscheidrelevanten Tatsachen in das Verfahren einzubringen. Das Gericht erforscht den Sachverhalt in diesem Sinne nicht, sondern stellt ihn fest (vgl. zum Ganzen Sutter-Somm/Lazic, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 272 N 6 ff. insbesondere N 12 - 14; Staehelin/Staehelin/Grolimund, a.a.O. S. 121 Rz. 26). Sind die Parteien anwaltlich vertreten, muss das Gericht dabei aber aufgrund der Zielsetzung des sozialen Untersuchungsgrundsatzes Zurückhaltung üben. Demgemäss müssen die Parteien im Rechtsmittelverfahren – auch im summarischen Verfahren – grundsätzlich ihre Behauptungen bestimmt und vollständig aufstellen und sich mit den Entscheidgründen des angefochtenen Entscheids auseinandersetzen (vgl. auch BGE 138 III 213 E. 2.3; Urteil des Bundesgerichts 4A_659/2011 vom 7. Dezember 2011 E. 3; Reetz/Teiler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 311 N 36; Ivo W. Hungerbühler, DIKE-Komm-ZPO, Art. 311 N 10 ff.). Das Begründungserfordernis schliesst insbesondere aus, dass ohne weitere Präzisierung auf die Akten des erstinstanzlichen Verfahrens, weitere Rechtschriften oder gar Akten eines anderen Verfahrens verwiesen wird (Urteil des Bundesgerichts 4A_659/2011 vom 7. Dezember 2011 E. 3 mit Hinweis auf die zu Art. 42 BGG ergangene Rechtsprechung [BGE 131 III 384 E. 2.3 S. 387 f., 126 III 198 E. 1d S. 201]).

3.2. Im Berufungsverfahren können neue Tatsachen grundsätzlich 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 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 abzuklären ist, also in den Verfahren, die der Untersuchungsmaxime unterstehen, neue Tatsachen und Beweismittel in analoger Anwendung von Art. 229 Abs. 3 ZPO bis zur Urteilberatung vorgebracht werden können.

Dies ist in der Literatur umstritten. Das Bundesgericht hat eine analoge Anwendung von Art. 229 Abs. 3 ZPO abgelehnt und festgehalten, dass im Berufungsverfahren einzig Art. 317 Abs. 1 ZPO massgeblich sei (BGE 138 III 625 E. 2.2). Auch in den Verfahren, die der Untersuchungsmaxime unterstehen, ist deshalb Art. 317 Abs. 1 ZPO zu beachten.

Allerdings können die Parteien vorbringen, in der ersten Instanz sei die Untersuchungsmaxime verletzt worden, indem die Vorinstanz gewisse Fakten unberücksichtigt liess. Falls dies zutrifft, sind die entsprechenden Vorbringen zu berücksichtigen (F. Hohl, Procédure civile, Tome II, Deuxième Edition, Rz. 2414).

Dies gilt auch bei Verfahren in Kinderbelangen, in denen gemäss Art. 296 Abs. 1 ZPO der Sachverhalt von Amtes wegen zu erforschen ist. Auch hier können mit Vorbringen, wonach die Untersuchungsmaxime im erstinstanzlichen Verfahren verletzt worden sei, bisher unberücksichtigte Behauptungen vorgebracht werden (F. Hohl, a.a.O., Rz 2415).

Im Ergebnis bedeutet dies, dass sowohl echte als auch unechte Noven vorgebracht werden können; allerdings sind die unechten Noven im Sinne von Art. 317 Abs. 1 lit. a ZPO ohne Verzug, d.h. mit der Berufungsbegründung bzw. mit der Berufungsantwort vorzubringen.

Dies gilt sowohl für die eigentlichen Kinderbelange, nämlich die Regelung der elterliche Sorge, die Festlegung des Besuchsrecht und die Anordnung einer Beistandschaft, als auch für die Regelung der Unterhaltsbeiträge für die Kinder.

Nach Berufungsbegründung und Berufungsantwort können nur noch echte Noven vorgebracht werden. Sodann können nach Abschluss der Parteivorträge auch in den Verfahren, die der Untersuchungsmaxime unterstehen, keine neuen Vorbringen mehr geltend gemacht werden (Zur Publikation vorgesehenes Urteil des Bundesgerichts 5A_452/2012 vom 30. Oktober 2012 E 4.2; F. Hohl, a.a.O., Rz 1172).

3.3. Der vorliegend zu beurteilende Entscheid erging noch unter Geltung der Zürcher ZPO, gemäss welcher im summarischen Verfahren die Untersuchungsmaxime nicht grundsätzlich galt. Dementsprechend kann im Rechtsmittelverfahren, das von der neuen, eidgenössischen ZPO bestimmt wird, nicht geltend gemacht werden, die Vorinstanz hätte Bestimmungen der eidgenössischen ZPO verletzt. In Bezug auf Kinderbelange zeitigt dieser Umstand aber keine Folgen, da sich inhaltlich an den einschlägigen Normen nichts geändert hat, mithin bereits vor Einführung der eidgenössischen ZPO aufgrund des Bundesrechts für Kinderbelange die Untersuchungsmaxime galt. Die Vorinstanz berechnete die Leistungsfähigkeit und den Bedarf der Parteien insgesamt und legte auf dieser Grundlage die Unterhaltsbeiträge fest. Nachfolgend wird aufgezeigt, dass dieses Vorgehen korrekt ist. Da somit die Leistungsfähigkeit und der Bedarf insgesamt direkte Auswirkungen auf die Kinderunterhaltsbeiträge hat, wird auch die Untersuchung dieser Grössen von der gleichen Untersuchungsmaxime wie die eigentlichen Kinderunterhaltsbelange beherrscht. Dementsprechend muss auf die eingangs erwähnte Problematik in vorliegendem Verfahren nicht weiter eingegangen werden.

3.4. Das Novenrecht betrifft nur Tatsachenbehauptungen. Neue rechtliche und normative Ausführungen sind stets zulässig, da das Gericht das Recht von Amtes wegen korrekt anwenden muss.

III. Unterhaltsbeiträge

1. Rechtliche Grundlagen

1.1. Zur Festlegung von Unterhaltsbeiträgen im summarischen Massnahmeverfahren ist gesetzlich einzig geregelt, dass das Gericht die Geldbeträge, die

der eine Ehegatte dem anderen schuldet, festsetzt (Art. 276 Abs. 1 ZPO in Verbindung mit Art. 176 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB). Dem positiven Recht kann keine Anleitung entnommen werden, wie Unterhaltsbeiträge konkret zu berechnen sind (Hausheer/Spycher, Handbuch des Unterhaltsrechts, S. 43, Rz. 02.02 mit Verweis auf BGE 128 III 411 ff.). Es gibt kein starres und universell anzuwendendes System, vielmehr muss eine Lösung getroffen werden, die insgesamt angemessen bzw. "recht und billig" und vernünftig ist. Die von der Lehre und Rechtsprechung hierzu erarbeiteten Systeme und Vorgehensweisen bieten dem Gericht eine Struktur. Sie helfen, nachvollziehbare, rechtsgleiche und angemessene Entscheide zu treffen; sie sind aber nie Selbstzweck. Sie bewirken immer eine Schematisierung. Dies führt im Ergebnis zum Einen dazu, dass nicht allen tatsächlichen Umständen, insbesondere individuellen Anliegen und Bedürfnissen der Parteien vollends Rechnung getragen werden kann. Zum anderen kann ein wie auch immer geartetes System der Billigkeit und der Praktikabilität wegen so gut wie nie mit der letzten Konsequenz angewendet werden; immer müssen gewisse Systemwidrigkeiten in Kauf genommen werden.

Unterhaltsfragen können demnach – insbesondere in einem derart vielschichtigen Fall wie dem vorliegenden – nicht mit einem einfachen "Wenn-dann-vorgehen" gelöst werden. Dem Ermessen des Gerichts kommt daher grosses Gewicht zu. Dieses ist, wenn es pflichtgemäss ausgeübt wurde, zu akzeptieren, obwohl es – der Natur eines Ermessensentscheides entsprechend – nicht in letzter Konsequenz begründet werden kann.

1.2. Vorliegend besteht zwischen den Parteien keine Einigkeit über das methodische Vorgehen zur korrekten Berechnung der Unterhaltsbeiträge. So wird denn auch die Vorinstanz dafür kritisiert, dass sie die sogenannte zweistufige Berechnungsmethode angewendet hat (Urk. 1 S. 17 Ziff. 5.1.; vgl. zu den verschiedenen Bemessungsmethoden grundlegend: Hausheer/Spycher, Handbuch des Unterhaltsrechts, S. 43 ff., insbesondere S. 52 ff.).

1.3. Im Massnahmeverfahren wird grundsätzlich im Rahmen des Möglichen versucht, den zuletzt gemeinsam gelebten (materiellen) Standard weiterhin zu gewährleisten. Dieser stellt aber auch die obere Grenze für Unterhaltszahlungen

dar. In der Praxis wird die *Faustregel* angewendet, dass bei überdurchschnittlich guten wirtschaftlichen Verhältnissen nicht die zweistufige Methode zur Anwendung gelangt, sondern – mit gewissen Pauschalisierungen – der konkrete Bedarf der Parteien zu berechnen ist. Dies, da vermutet wird, dass Parteien in guten wirtschaftlichen Verhältnissen nicht ihr ganzes Einkommen ausgeben, sondern etwas sparen. In diesem Fall kann der gemeinsam gelebte Standard nicht anhand des Einkommens sondern nur anhand der Ausgaben bestimmt werden. Insbesondere würde in diesem Fall, wenn der unterhaltsberechtigten Partei die Hälfte des den Familienbedarfes übersteigenden Betrages zugesprochen würde, die Möglichkeit eröffnet, den gemeinsamen Standard weiterzuleben und zusätzlich aus den Beiträgen der unterhaltsverpflichteten Partei Ersparnisse zu äufnen. Es würde mit anderen Worten zu einer Vermögensbildung bzw. -verschiebung kommen, die im Massnahmeverfahren zu vermeiden ist, da diese Gegenstand der güterrechtlichen Auseinandersetzung im Scheidungsverfahren ist.

Kritisch zur obengenannten Faustregel ist zunächst darauf hinzuweisen, dass die Praxis gezeigt hat, dass auch in sehr guten Verhältnissen (Familieneinkommen von mehr als Fr. 20'000.–) nicht selten keine nennenswerte – insbesondere im Verhältnis zum Einkommen keine nennenswerte – Sparquote vorhanden ist oder gar Schulden (insbesondere Steuerschulden) bestehen (vgl. auch Hausheer/Spycher, Handbuch des Unterhaltsrechts, S. 74, Rz. 02.61c m.w.H.). Weiter folgt aus den obigen Ausführungen, dass weniger die Höhe der verfügbaren Mittel die Anwendbarkeit der zweistufigen Methode beeinflussen muss, als vielmehr eine allfällige Sparquote. Nun darf aber nicht geschlossen werden, dass wenn eine Sparquote besteht, stets die einstufige Methode anzuwenden ist. Der Sparquote kann auch begegnet werden, indem sie von einem allfälligen Überschuss abgezogen wird, bevor dieser geteilt wird oder durch einen angepassten Verteilschlüssel für den Überschuss. Es darf dabei nie aus den Augen gelassen werden, dass im Massnahmeverfahren nur einstweilige Regelungen zu treffen sind, die aufgrund der Verfahrensart nicht mit letzter Präzision bestimmt werden können. Definitive und differenzierte Lösungen sind hernach im Scheidungsverfahren zu erarbeiten. Dabei bieten abstrakte Berechnungsmethoden den grossen Vorteil, dass

nicht jede einzelne Bedarfsposition erforscht werden muss und dennoch eine nachvollziehbare und objektivierte Unterhaltsberechnung erfolgen kann.

1.4. Vorliegend gilt es die Besonderheit zu berücksichtigten, dass der Beklagte während des Zusammenlebens zeitweise ausserordentlich hohe Einkünfte hatte (Beträge von über einer Million; Urk. 5/18/1 S. 22 Ziff. 4.12.1), er aber nun selbstständig bzw. bei einer Unternehmung angestellt ist, an der er massgeblich beteiligt ist und behauptet, ein wesentlich tieferes, bzw. gar nur ein hypothetisches Einkommen zu haben (Urk. 1 S. 6 f.). Da im Massnahmeverfahren grundsätzlich auf die aktuellen Umstände abzustellen ist und sowohl die Höhe des Einkommens als auch der Bedarf der Parteien Grundlage der Methodenwahl und der darauf folgenden Unterhaltsberechnung ist, müssen zunächst diese Grössen ermittelt werden.

2. Einkommen der Parteien

2.1. Unbestritten ist, dass der Beklagte zusammen mit einem Partner eine Unternehmung, die E._____ AG (nachfolgend E._____), betreibt. Bei dieser ist er als geschäftsführender Partner tätig. Dem Arbeitsvertrag ist zu entnehmen, dass er ein Gehalt von Fr. 200'400.– brutto pro Jahr erhält, wenn die E._____ Gewinn erwirtschaftet (Urk. 5/82/3 und Urk. 11/1).

2.2.1. Der Beklagte vertritt den Standpunkt, es rechtfertige sich, ihm das Einkommen gemäss seines Arbeitsvertrags (ca. Fr. 175'000.– netto p.A.) anzurechnen, unabhängig davon, ob dieses ausbezahlt werde oder nicht. Er widerspricht aber der Anrechnung weiterer Einkünfte, insbesondere von Vermögensertrag. Dies, da das Einkommen bei der E._____ zur Zeit nur hypothetisch sei und er zur Deckung seiner Unterhaltsverpflichtungen auf sein Vermögen und dessen Erträge zurückgreifen müsse. Es sei stossend, wenn er bereits seinem Vermögen ein hypothetisches Einkommen entnehmen müsse und hernach noch die tatsächlichen Vermögenserträge berücksichtigt würden (Urk. 1 S. 6 Ziff. I. ff.).

2.2.2. Die Klägerin argumentiert, dass die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens nur zulässig sei, wenn die unterhaltsverpflichtete Partei es mit

Absicht oder aus bösem Willen unterlasse, ein adäquates Einkommen zu erzielen. Indem der Beklagte selber ausführe, es sei ihm ein adäquates Einkommen anzurechnen, gäbe er zu, absichtlich oder aus bösem Willen kein adäquates Einkommen zu erwirtschaften. Da der Beklagte in der Vergangenheit sehr viel mehr verdient habe, bzw. von Jahr zu Jahr sein Einkommen stets habe steigern können und dieses zudem intransparent sei – er habe einen Zusammenarbeitsvertrag sowie den "Fluss" von F._____ Aktien mit einem "inneren Wert" von über Fr. 11'000.– verschwiegen – sei aufgrund des bisherigen Verdienstes des Beklagten auch in Zukunft von einem Einkommen von mehr als einer Million auszugehen. Zudem habe der Beklagte aus einer im Jahr 2010 erworbenen Liegenschaft ein Nettoeinkommen von Fr. 60'000.–. Insgesamt sei es völlig sachfremd und entspreche nicht der Aktenlage, wenn dem Beklagten bloss ein Einkommen von Fr. 18'822.– angerechnet werde (Urk. 20/1 S. 16 Ziff. 9 - S. 20 Ziff. 14).

Im weiteren bringt die Klägerin allgemeine Argumente und Ausführungen vor, sie substantiiert aber nicht, wie der Beklagte ein Einkommen von mehr als einer Million im Jahr erwirtschaften soll. Diesbezüglich muss ganz grundsätzlich festgehalten werden, dass Löhne in dieser Höhe die Ausnahme darstellen und nur in ganz speziellen Situationen erwirtschaftet werden können. Derartige Einkünfte können daher nicht durch allgemeine Ausführungen, statistische Vergleiche oder aufgrund der allgemeinen Lebenserfahrung und dem gewöhnlichen Lauf der Dinge glaubhaft gemacht werden.

2.2.3. Das Rechtsinstitut des hypothetischen Einkommens wurde durch höchstrichterliche Praxis begründet (vgl. statt vieler BGE 128 II 6 E. 4a). Bestehen familiäre Unterhaltsverpflichtungen, muss der Unterhaltsverpflichtete das ihm Zumutbare unternehmen, um seinen Unterhaltspflichten nachzukommen. Dem Verpflichteten wird dabei auferlegt, dasjenige Einkommen zu erzielen, welches mit zumutbarem Aufwand und gutem Willen tatsächlich erzielt werden kann. Mit der Anrechnung eines hypothetischen Einkommens wird kein Strafzweck verfolgt, vielmehr geht es darum, die gehörige wirtschaftliche Existenz der Unterhaltsberechtigten sicherzustellen. Dass der Unterhaltsverpflichtete absichtlich oder gar böswillig nicht genug verdient, ist somit nicht Voraussetzung zur Anrechnung ei-

nes hypothetischen Einkommens. Entscheidend ist vielmehr die Höhe der Unterhaltsverpflichtung und das mit zumutbarem Aufwand und gutem Willen erzielbare Einkommen. Bereits der Ausgangspunkt der Argumentation der Klägerin erweist sich somit als nicht zutreffend, es besteht kein Anlass *nur* aufgrund der bisherigen Einkommenshöhe auf das aktuelle und zukünftige Einkommen zu schliessen.

2.2.4. Der Klägerin ist grundsätzlich zuzustimmen, dass im Banken- und Finanzsektor sehr viel Geld verdient werden kann. Selbstverständlich besteht aber auch in dieser Branche keine Erfolgsgarantie; der Schritt in die Selbstständigkeit ist auch für den Beklagten mit Risiken behaftet. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass er trotz seiner zweifelsfrei grossen Erfahrung und Kompetenz im Finanzsektor keinen geschäftlichen Erfolg erzielt, zumal sich die Finanzindustrie zur Zeit in einer ernsthaften, strukturellen Krise befindet, deren weitere Dauer und Ausgang ungewiss ist.

Bezüglich der Argumentation, dass der Lebensstil des Beklagten darauf hindeute, dass er ein wesentlich höheres Einkommen habe, als er behauptet (Urk. 9 S. 7 f. Ziff. 1.4.), muss angemerkt werden, dass der Beklagte – wie auch die Klägerin – unbestrittenermassen vermögend ist. Beide Parteien verfügen über eigenes Vermögen von je nach Bemessungsweise 1 bis 2,5 Mio. Franken (Urk. 5/82/1 S. 4, Urk. 5/18/1 S. 22 f. Ziff. 4.12.1 f. und Urk. 5/81/7 S. 4). Aufgrund allfälliger grosser und luxuriöser Ausgaben und Anschaffungen kann daher nicht auf die Einkommenssituation geschlossen werden, weshalb es sich erübrigt, die behaupteten Vorgänge näher zu untersuchen.

Zur Höhe des Gehaltes von Fr. 200'400.– brutto pro Jahr kann zunächst angemerkt werden, dass es sich dabei um ein marktübliches Grundgehalt für höhere/höchste Kadermitarbeiter handelt. Selbst bei Banken haben ranghohe Kadermitarbeiter selten ein sehr viel höheres Grundgehalt. Die zum Teil sehr viel höheren Bezüge bestehen fast immer aus variablen Einkommensanteilen (Boni und Beteiligungen). Insofern ist die Höhe des im Arbeitsvertrag ausgewiesenen Gehalts nicht zu beanstanden. Dabei ist auch zu beachten, dass sich dem umfassendsten statistischen Nachschlagewerk für Löhne in der Schweiz für den Bereich Finanzdienstleistungen keine höheren Löhne entnehmen lassen. So wird bei-

spielsweise der Medianlohn eines Chief Financial Officers einer Grossbank mit mehr als 15 Jahren Erfahrung mit rund Fr. 180'000.– brutto pro Jahr angegeben (zum Unterschied zwischen Median- und Durchschnittslohn vgl. NZZ vom 3. November 2012 "Starke Schweizer Kaufkraft", abzurufen unter www.nzz.ch; Mülhauser P., Das Lohnbuch 2012, Mindestlöhne sowie orts- und berufsübliche Löhne in der Schweiz, Zürich 2012, S. 266).

Die E._____ ist ein junges Unternehmen, in welchem die Eigentümer selbst arbeiten. Dass in der Gründungszeit bzw. in den Jahren gerade nach Gründung keine Boni ausbezahlt werden, ist nichts als vernünftig, insbesondere da ja die Firmeneigentümer auch nicht durch hohe Boni zum Verbleib in der eigenen Unternehmung motiviert werden müssen.

Andererseits muss aufgrund der Ausbildung als Jurist und der langjährigen Erfahrung und erfolgreichen Tätigkeit im höheren Kader von renommierten Finanzdienstleistern vom Beklagten auch erwartet werden, dass er ein Gehalt in dieser Grössenordnung erzielt. Es ist ihm zwar zuzustimmen, dass es in seinem Alter nicht einfach ist, nach einem unfreiwilligen Stellenverlust eine neue Stelle zu finden. Andererseits darf auch nicht unberücksichtigt bleiben, dass ehemalige Mitarbeiter der F._____ nach wie vor gefragte Spezialisten sind (vgl. den vom Beklagten eingereichten Artikel, Urk. 20/14/16). Zieht man sodann noch in Betracht, dass der Beklagte nach dem Verlust seiner Stelle während neun Monaten freigestellt war und somit über die nötige Zeit verfügte eine neue Stelle zu suchen (Prot. I. S. 100), ist es nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz dem Beklagten grundsätzlich – unabhängig von der tatsächlichen Auszahlung – das vertraglich vereinbarte Gehalt anrechnete.

Dabei kam es aber wie vom Beklagten zurecht gerügt zu einem offensichtlichen Versehen: Die Vorinstanz berechnete zunächst ein Nettogehalt von Fr. 14'583.– pro Monat, legte ihren weiteren Erwägungen aber dann ein solches von Fr. 14'883.– zu Grunde (Urk. 2 S. 20). Ein Bruttogehalt in der Höhe von Fr. 200'400.– entspricht einem Nettogehalt von rund Fr. 175'000.– pro Jahr bzw. rund Fr. 14'583.– pro Monat. Dementsprechend ist von diesem Betrag auszugehen (Urk. 1 S. 6 f. Ziff. 1.2).

2.2.5. Wie soeben unter Ziff. III. 2.2.4. hiervor dargelegt, rechtfertigt es sich, dem Beklagten unabhängig von der tatsächlichen Auszahlung des Lohnes ein Einkommen aus Arbeitstätigkeit anzurechnen, da von ihm erwartet werden muss, dass er grundsätzlich im Stande, ist ein Einkommen in dieser Grössenordnung durch Arbeitstätigkeit zu erzielen.

Da sich die finanzielle Leistungsfähigkeit aufgrund aller Mittelzuflüsse berechnet, also Erwerbseinkommen, Renteneinkommen, Vermögensertrag etc., ist es nur konsequent, dass zusätzlich zum (teil-)hypothetischen Erwerbseinkommen auch der Vermögensertrag berücksichtigt wird.

Dessen Höhe, Fr. 3'964.– pro Monat, hat der Beklagte zunächst nicht bestritten (Urk. 1 S. 12 Ziff. 2.3) in der Folge brachte er dann jedoch vor, der Mietertrag würde nur rund 1'540.– betragen und nicht so wie von der Vorinstanz berechnet Fr. 2'260.–. (Urk. 20/12 S. 35). Als Beleg reichte der Beklagte ein Budget ein (Urk. 14/9). Einem vom Kläger erstellten Budget ohne weitere Belege kommt grundsätzlich nur ein beschränkter Beweiswert zu. Unabhängig davon enthält das Budget aber nicht nur Posten, die zum normalen Unterhalt gehören, sondern beachtliche Kosten, die langfristigen Investitionen gleichkommen, bzw. die sicher nicht jährlich anfallen. So das Streichen der Balkone für Fr. 6'000.–, das Ersetzen der Wärmezähler für Fr. 6'000.– sowie die hälftigen Kosten für eine neue Heizung von Fr. 19'000.–, mithin Unterhaltskosten von rund Fr. 2'580.– pro Monat. Es rechtfertigt sich sicher, einen gewissen Abzug von den Mieterträgen vorzunehmen, um derartige Investitionen tätigen zu können. Ebenso sicher ist es aber nicht angebracht, alle Kosten direkt vom Ertrag abzuziehen. Es ist dem Beklagten damit nicht gelungen, glaubhaft zu machen, die Erträge seien geringer als zunächst anerkannt und in der Steuererklärung deklariert (Urk. 5/82/1). Die von der Klägerin verlangte Edition eines Mieterspiegels ist nicht geeignet, den Ertrag aus einer Liegenschaft zu belegen, gilt es doch auch die Ausgabenseite zu berücksichtigen. Im Rahmen des summarischen Massnahmeverfahrens kann jedoch darauf verzichtet werden, vertiefte Abklärungen vorzunehmen, da eine Steuererklärung, an der zu zweifeln zumindest kein offensichtlicher Grund besteht, vorliegt. Soweit die Klägerin den Mietertrag als zu tief bestreitet, da die Vorinstanz nur mit dem Ertrag

für ein halbes Jahr gerechnet habe (Urk. 20/1 S. 20 Ziff. 14.), ist darauf hinzuweisen, dass die Vorinstanz dementsprechend den Ertrag nicht durch 12 sondern nur durch 6 teilte, entsprechend ist die Argumentation der Klägerin nicht stichhaltig.

Der weitere Vermögensertrag von Fr. 1'704.– pro Monat ist nicht bestritten.

2.2.6. Im Ergebnis erweist sich die vorinstanzliche Berechnung des Einkommens des Beklagten als weitgehend zutreffend. Einzig das Versehen der Vorinstanz (vgl. Ziff. 2.2.4. am Ende hiervor) ist zu korrigieren.

Den nachfolgenden Erwägungen ist daher ein teilhypothetisches Einkommen des Beklagten in der Höhe von gerundet **Fr. 18'500.–** pro Monat zu Grunde zu legen.

2.3.1. Der Beklagte macht geltend, das Einkommen der Klägerin sei höher als von der Vorinstanz errechnet:

a) Der Bonusanteil der Klägerin betrage Fr. 860.– pro Monat und nicht nur Fr. 704.– (Urk. 1 S. 8 Ziff. 1.2).

b) Auch habe die Vorinstanz der Klägerin die Dividenden für das Jahr 2010 aus Z._____-Aktien in der Höhe von Fr. 19'454.–, die der Beklagte der Klägerin überwiesen habe, nicht als Vermögensertrag berücksichtigt. Da die Dividenden vom Beklagten versteuert worden seien, seien sie in der Steuererklärung der Klägerin nicht aufgeführt worden. Da die Vorinstanz das Einkommen der Klägerin aufgrund ihrer Steuererklärung berechnet habe, seien die Dividenden nicht berücksichtigt worden. Der Klägerin seien daher Fr. 1'621.– (= Fr. 19'454.–/12) pro Monat als zusätzliches Einkommen anzurechnen (Urk. 1 S. 9 Ziff. 1.3).

c) Ausserdem seien der Klägerin weitere Fr. 15'642.– an Vermögensertrag anzurechnen. Dieser lasse sich der Buchhaltung der Klägerin entnehmen. Da es sich dabei um steuerfreie Kapitalerträge handle, seien diese nicht in der Steuererklärung ersichtlich gewesen und entsprechend nicht von der Vorinstanz berücksichtigt worden (Urk. 1 S. 10 Ziff. 1.6).

2.3.2. Die Klägerin macht sinngemäss geltend, ihr Bonus für das Jahr 2009 sei im Jahr 2010 ausbezahlt worden und habe Fr. 6'576.50 betragen. Jener für das Jahr 2010 sei im Jahr 2011 ausbezahlt worden und sei ausnahmsweise hoch gewesen, werde aber inskünftig garantiert nicht mehr so hoch ausfallen. Die Höhe der Boni bestritt sie nicht (Urk. 9 S. 18 Ziff. 8.4.).

Dem vom Beklagten zitierten Aktenstück, auf welches auch die Vorinstanz verweist (Urk. 5/85/1), kann entnommen werden, dass der Bonus im Jahr 2010 tatsächlich Fr. 10'322.50 netto betrug, mithin rund Fr. 860.– pro Monat.

Der Bonus schwankt naturgemäss von Jahr zu Jahr. Es muss daher der Klägerin zugestimmt werden, dass nicht einfach auf den letzten und zugleich höchsten Bonus abgestellt werden darf. Insbesondere im vorliegenden summarischen Verfahren kann und muss diesem Umstand durch die Berechnung von Durchschnittswerten begegnet werden. Dies ist auch insofern angebracht, als dass der Bonus der Klägerin nicht sehr stark schwankt (die Klägerin erhielt nicht im einen Jahr einen sechsstelligen Bonus und im nächsten Jahr gar nichts mehr). Die Boni bewegten sich vielmehr in ähnlicher Grössenordnung. Für das Jahr 2009 betrug der Bonus Fr. 6'576.50 also rund Fr. 548.05 pro Monat, für das Jahr 2010 rund Fr. 860.– pro Monat. Es ist daher mit der Vorinstanz auf den abgerundeten Durchschnittswert der betreffenden zwei Jahre in der Höhe von **Fr. 704.00** abzustellen.

2.3.3. Beim Betrag von Fr. 19'454.– handelt es sich wohl um den Bruttoertrag aus 9727 F._____-Aktien. Der Nettoertrag nach Abzug der Verrechnungssteuer betrug Fr. 12'645.–. Dieser Betrag wurde dem Beklagten am 7. Mai 2010 gutgeschrieben. Diese Umstände blieben unbestritten.

Die Klägerin bringt vor, zwar ein Anrecht auf die Dividenden aus den betreffenden Aktien zu haben, der Beklagte habe ihr diese aber nicht vollumfänglich überwiesen, sondern nur Fr. 5'836.–. Sie sei in der Folge gar über den Betrag von Fr. 6'809.– betrieben worden (Urk. S. 13 Ziff. 4 f.). Auch die Aktien – auf die sie wohl gemäss der Vereinbarung über das Güterrecht Anspruch hat (Urk. 5/18/1

S. 7 und insbesondere S. 12 ff.) – seien ihr erst am 6. April 2011 übergeben worden. Es seien aber nur 6123 Aktien übertragen worden.

Aus den Eingaben des Beklagten geht hervor, dass tatsächlich 6123 Aktien übertragen wurden. Er stellt sich sodann zumindest sinngemäss auf den Standpunkt, die vorliegend strittigen Fr. 19'454.– seien der Klägerin vollumfänglich zu Gute gekommen, indem die nicht überwiesene Verrechnungsteuer von einer Steuerforderung gegen die Klägerin abgezogen worden sei. Auch sei der betreffende Betrag von der Vorinstanz von seinem Einkommen abgezogen worden. Zudem wandte er ein, diese Fragen würden nicht das Massnahmebegehren betreffen (Urk. 1 S. 9 Ziff. 1.3 in Verbindung mit Urk. 4/2 S. 2; Urk. 14 S. 9).

Die Parteien machen keine näheren Ausführungen zur Erklärung des Z._____. Der Kammer ist aus anderen Verfahren bekannt, dass es sich dabei um ein Mitarbeiterbeteiligungsprogramm handelt, aus dem die Berechtigten Aktien erhalten. Details, insbesondere die Kriterien, anhand welcher die Menge und der Zeitpunkt der Aktienzuteilung bestimmt werden, weitere Leistungen und die (direkte) Belastung mit Steuer- und Sozialabgaben sind der Kammer nicht bekannt. Aufgrund dieses Wissens und der Ausführungen der Parteien ist nachfolgend davon auszugehen, dass es sich beim streitigen Betrag um Dividenden aus Aktien, die im Rahmen des betreffenden Beteiligungsprogramm zugeteilt wurden, handelt.

Bei den Vermögensverschiebungen in Zusammenhang mit den Aktien geht es um die Abwicklung der güterrechtlichen Auseinandersetzung (vgl. Urk. 5/18/1 S. 7 und insbesondere S. 12 ff.). Diese ist grundsätzlich nicht Gegenstand des vorliegenden Massnahmeverfahrens. Aufgrund der Vorbringen beider Parteien steht fest, dass die Klägerin grundsätzlich Anspruch auf gewisse Aktien und entsprechend auf deren Erträge hat. Inwiefern der Beklagten zurecht gewisse Beträge zurückbehielt, bzw. verrechnete wird im Scheidungsverfahren zu klären sein. Danach kann auch gesagt werden, welcher Ertrag aus den Aktien tatsächlich verwendet und entsprechend als Einkommen angerechnet werden kann. Dies insbesondere vor dem Hintergrund, dass Ertrag, welcher direkt zur Steuertilgung

aufgewendet wird, nicht zur Verfügung steht und entsprechend im Massnahmeverfahren nicht als Einkommen zu berücksichtigen ist.

Vor diesem Hintergrund und da feststeht, dass die Klägerin einen Teil der Aktien erhalten hat und zumindest im vorliegenden Verfahren nicht endgültig abgeklärt werden kann, wie sich die Ansprüche der Klägerin aus Güterrecht zusammensetzen (insbesondere deren steuerliche Belastung) rechtfertigt es sich auch im Hinblick auf zukünftige Ausschüttungen, ihr nur die Dividenden der ihr tatsächlich übertragenen 6123 Aktien und nicht jene der ursprünglich zugeteilten 9727 Aktien als Einkommen anzurechnen. Beträgt die Dividende von 9727 Aktien Fr. 19'454.– ist von einer Dividende von Fr. 12'246.– von 6123 Aktien auszugehen. Dieser Betrag ist der Klägerin demnach als zusätzliches Einkommen anzurechnen. Dieses ist daher um Fr. 12'246.– / 12 = 1'020.50 bzw. gerundet **Fr. 1'000.–** pro Monat zu erhöhen.

2.3.4. Die Klägerin bestreitet, dass ihr ein weiterer Vermögensertrag von Fr. 15'642.– anzurechnen sei. Sie führt aus, ihr Einkommen sei belegt und anderslautende Behauptungen seien bestritten; einen Schwerpunkt ihrer Kritik setzte sie auf einen weitgehend offensichtlichen Verschreiber ("unversteuerfreier") des Klägers (Urk. 9 S. 19 Ziff. 10). Weitere substantiierte Bestreitungen bringt sie nicht vor. Insbesondere erklärt sie nicht, wie das von ihr eingereichte "Kontoblatt … Kapitalertrag" anders als Dokumentation eines Kapitalertrags verstanden werden kann (Urk. 4/3 = Urk. 5/18/10).

Dem Entscheid der Vorinstanz kann entnommen werden, dass diese auf die Steuererklärung der Klägerin abstellte, um deren Einkommen zu berechnen (Urk. 2 S. 17). Aus der betreffenden Steuererklärung geht der streitige Kapitalertrag nicht hervor (Urk. 5/81/7). Dem von der Klägerin bei der Vorinstanz eingereichten "Kontoblatt … Kapitalertrag" kann entnommen werden, dass die Klägerin mit Optionen gehandelt hat und dabei einen Ertrag von Fr. 15'642.– erwirtschaften konnte (Urk. 4/3 = Urk. 5/18/10). Die Qualifikation dieses Ertrags als Kapitalgewinn, der für Privatpersonen steuerfrei ist, erscheint naheliegend. Dies erklärt, warum er keinen Eingang in die Steuererklärung der Klägerin gefunden hat. Wieso dieser Ertrag beim familienrechtlich relevanten Einkommen der Klägerin nicht berück-

sichtigt werden soll, ist weder ersichtlich, noch werden entsprechend Behauptungen klägerischerseits aufgestellt. Es gilt nun zu berücksichtigen, dass ein gewisser Kostenaufwand beim Handel mit Wertschriften entsteht (Courtagen etc.) und der Ertrag des Wertschriftenhandels naturgemäss schwankt. Zusätzlich ist zu beachten, dass die Klägerin schon länger bei einer renommierten Bank arbeitet, mithin beruflich eine Nähe zum Wertschriftenhandel und zum Anlagegeschäft hat. Unter Berücksichtigung dieser Umstände sowie des grossen Vermögens der Klägerin kann nicht darauf verzichtet werden, ihr einen Zusatzverdienst aus dem Wertschriftenhandel anzurechnen. Den soeben dargelegten Unabwägbarkeiten ist dadurch zu begegnen, dass ihr nicht einfach der Jahresdurchschnitt von ca. Fr. 1'303.50 p. M. angerechnet wird, sondern eine gewisse Sicherheitsmarge veranschlagt wird. Insgesamt ist der Zusatzverdienst aus Wertschriftenhandel ermessenweise im Betrag von **Fr. 1'000.–** pro Monat anzurechnen.

2.3.5. Die Klägerin macht geltend, sie erleide eine Lohneinbusse, da sie für ihre Ausbildung zur Betriebsökonomin FH ihr Arbeitspensum reduzieren müsse. Sie habe im August 2011 die Zwischenprüfungen bestanden und müsse bis Februar 2012 eine Thesis verfassen, wofür etwa 300 Stunden Arbeit anfielen. Danach wolle sie – nach Erlangung des Bachelors – ihr Studium vertiefen und das Masterstudium angehen. Dies um ihre finanzielle Abhängigkeit vom Beklagten zu reduzieren (Urk. 9 S. 9 f. Ziff. 2.1.).

Mit Eingaben vom 1. Februar 2012 und 16. März 2012 machte die Klägerin geltend, sie arbeite seit 1. Januar 2012 definitiv nur noch 40% und erhalte überdies zwei Mal unbezahlten Urlaub für die Vorbereitung ihrer Prüfungen. Ihr Monatssalär habe sich auf Fr. 4'088.– reduziert, sie werde dieses neun Mal erhalten und so ein Einkommen von rund Fr. 38'000.– im Jahr 2012 erzielen können (Urk. 20 und 23 f.).

Inwiefern die Ausbildung notwendig zur Sicherung des Arbeitsplatzes und des Einkommens der Klägerin ist, wird nicht weiter behandelt. Bekannt ist, dass der Arbeitgeber die Vorfinanzierung übernimmt. Die Klägerin muss aber im Fall, dass sie die Prüfungen nicht besteht oder ihren Arbeitsgeber vorzeitig verlässt, die Kosten zurückzahlen (Urk. 9 S. 9 Ziff. 2.1.).

Dem Lebenslauf der Klägerin kann entnommen werden, dass sie eine Kaufmännische Lehre absolviert hat und zusätzlich Personalfachfrau mit eidgenössischem Fachausweis sowie Dipl. Betriebswirtschafterin HF ist. Zudem verfügt sie über ein Cambridge Business English Certificate Vantage und ein Certificat de Français (Urk. 5/18/3). Die Klägerin hat mithin bereits eine solide Grundausbildung und beachtliche Zusatzausbildungen.

Weiter fällt eine gewisse Widersprüchlichkeit in der Argumentation der Klägerin auf, als dass sie zunächst vorbringt, ihre Thesis bis Februar 2012 mit beachtlichem Arbeitsaufwand erstellen zu müssen, was eine Arbeitsreduktion im Jahr 2011 indiziert, sie aber ihr Arbeitspensum für das ganze Jahr 2012 auf 40 % reduziert.

Vor diesem Hintergrund ist es der Klägerin nicht gelungen, glaubhaft zu machen, ihre Weiterbildung und die damit einhergehende Reduktion des Arbeitspensums sei zwingend notwendig und nicht durch ihren Willen beeinflussbar. Es rechtfertigt sich somit nicht, den Lohnausfall für die Ausbildung zu berücksichtigen und vom Beklagten mittragen zu lassen. Dies insbesondere vor dem Hintergrund, dass auch dem Beklagten die Pflicht auferlegt wird, ein beachtliches Einkommen zu generieren. Die Klägerin muss daher für den Lohnausfall auf ihr Vermögen zurückgreifen bzw. Einschränkungen im Lebensstandard hinnehmen.

Vor diesem Hintergrund kann in Bezug auf die Eingaben der Klägerin vom 1. Februar 2012 und 16. März 2012 darauf verzichtet werden, abzuklären, ob diese im unter Ziff. II. 3.1.2. hiervor erläuterten Sinne verspätet sind.

2.3.6. Im Ergebnis ist rechnerisch von folgendem monatlichen Einkommen der Klägerin pro Monat auszugehen:

- bis 31. März 2011: Nettoerwerbseinkommen Fr. 5'627.– zuzüglich Bonus von durchschnittlich Fr. 704.– zuzüglich Wertschriftenertrag von Fr. 3'920.– (von der Vorinstanz berücksichtigter Vermögensertrag Fr. 1'920.–, Dividende Z._____ rund Fr. 1'000.– und steuerfreier Kapitalertrag rund Fr. 1'000.–), total Fr. 10'251.– und

- ab 1. April 2011: Nettoerwerbseinkommen Fr. 5'902.– zuzüglich Bonus von durchschnittlich Fr. 704.– zuzüglich Wertschriftenertrag von Fr. 3'920.– (von der Vorinstanz berücksichtigter Vermögensertrag Fr. 1'920.–, Dividende Z._____ rund Fr. 1'000.– und steuerfreier Kapitalertrag rund Fr. 1'000.–), total Fr. 10'526.–.

Unter Berücksichtigung der Höhe des Einkommens, des Umstandes das ein beachtlicher Teil des Einkommens aus Vermögenserträgen besteht, welche naturgemäss Schwankungen unterliegen und der geringen Höhe der Abstufung von Fr. 275.– rechtfertigt sich eine Periodenbildung nicht. Es ist vielmehr von einem durchschnittlichen monatlichen Einkommen von rund **Fr. 10'380.–** auszugehen.

3. Bedarf der Parteien und der Kinder

3.1.1. Die Vorinstanz ging von folgendem Bedarf der Parteien aus:

Klägerin		**Beklagter**
1'350.–	Grundbetrag	1'200.–
1'200.–	Kinderzuschlag	–
2'383.–	Hypothekarzinsen	878.–
1'235.–	Nebenkosten	905.–
107.–	… (Alarmanlage)	–
637.–	Krankenkasse	
	KVG	181.–
	VVG	242.–
70.–	Hausrat, Haftpflicht	55.–
33.–	Unfallversicherung	–
–	Rechtsschutzversicherung	25.–
–	Reiseversicherung	13.–
200.–	Auswärtige Verpflegung	320.–
250.–	Telefon, Radio, TV	200.–
	Autokosten	
145.–	Versicherung	202.–
500.–	sonstige Kosten	500.–
115.–	Arbeitsweg (öV)	170.–
4'166.–	Schulkosten	–
1'600.–	Steuern	476.–
13'991.–	**Total**	**5'367.–**

3.1.2. Der Beklagte rügt, seine Wohnnebenkosten seien aufgrund seiner substantiierten Behauptungen korrekt und konkret auf Fr. 878.– pro Monat bemessen worden. Da die Klägerin ihre Nebenkosten nicht substantiiert vorgebracht habe, habe die Vorinstanz diese schätzen müssen. Sie sei davon ausgegangen,

dass die Nebenkosten ungefähr 1% des Verkehrswertes der Liegenschaft betragen, mithin Fr. 1'235.–. Würden seine Nebenkosten auf die gleiche Weise geschätzt, würden solche von Fr. 945.– pro Monat resultieren, also Fr. 67.– mehr. Es sei nun stossend, dass er gegenüber der Klägerin benachteiligt sei, da er seiner prozessualen Obliegenheit zu substantiieren, nachgekommen sei (Urk. 1. S. 13 Ziff. 3.1 f.).

Diese Argumentation ist grundsätzlich zutreffend, bis auf den Umstand, dass die Vorinstanz dem Beklagten für Wohnnebenkosten Fr. 905.– und nicht Fr. 878.– pro Monat angerechnet hat (Urk. 2 S. 25 Ziff. 7.4.4.). Es sind dem Beklagten deswegen aber nicht Nebenkosten anzurechnen, welche ihm gar nicht entstehen.

Nebenkosten fallen mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit an. Wenn die betreffende Partei diese nicht substantiiert behauptet und belegt, müssen sie ggf. geschätzt werden. Dabei muss unter Umständen auf die doch eher grobmaschige soeben erwähnte Faustregel abgestellt werden, obwohl sie in vielen Fällen unzutreffende Ergebnisse zeitigt. Vorliegend sind aber die Nebenkosten der Wohnung des Beklagten bekannt. Diese Wohnung liegt in einer vergleichbaren Gegend und ist von ähnlicher Grösse und Standard wie diejenige der Klägerin. Die Annahme, dass sich die Nebenkosten beider Wohnungen in einer ähnlichen Grössenordnung bewegen, würde sich daher rechtfertigen. Entsprechend wären der Klägerin die gleichen Nebenkosten in der Höhe von rund Fr. 900.– wie dem Beklagten anzurechnen, zumal dies auch unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung der Parteien angebracht wäre. Nachdem aber der Beklagte aufgrund der Unterlagen der Klägerin die Nebenkosten selber auf **Fr. 1'060.–** beziffert, kann auf eine Schätzung verzichtet werden. Der Klägerin sind vielmehr die zugestandenen Nebenkosten anzurechnen (Urk. 14 S. 11 unten mit Verweis auf Urk. 11/12.2).

Zum Vorbringen des Beklagten, die Kosten für die Hypotheken der Klägerin seien um Fr. 41.– pro Monat zu hoch bemessen worden, ist anzumerken, dass dieses Vorbringen im unter Ziff. II. 3.1.2. hiervor dargelegten Sinn wohl verspätet ist. Aber selbst wenn darauf noch einzugehen wäre, ist zu beachten, dass zur Finanzierung des Wohneigentums der Klägerin unter anderem Hypotheken mit va-

riablen Zinssätzen, bzw. mit ändernden Zinssätzen für ein Fremdkapital von insgesamt rund Fr. 1.2 Mio. eingesetzt wurden und eine Schwankung von Fr. 41.– pro Monat somit absolut im Bereich des Normalen und zu Erwartenden liegt (Urk. 11/12.2 f.).

3.1.3. Der Beklagte rügt, dass der von der Vorinstanz veranschlagte Betrag von Fr. 476.– pro Monat für die Steuern zu tief sei. Für die Einkommensteuern seien ihm Fr. 2'015.– pro Monat und für die Vermögensteuern Fr. 501.– pro Monat, also insgesamt Fr. 2'516.– anzurechnen (Urk. 1 S. 14 Ziff. 3.5 ff.). Dem hält die Klägerin entgegen, die Steuerbelastung sei nicht belegt und werde daher bestritten (Urk. 9 S. 23 f.).

Zunächst ist festzuhalten, dass im summarischen Verfahren, insbesondere wenn die finanzielle Situation der Parteien so komplex wie vorliegend ist, die Steuerbelastung nur relativ grob geschätzt werden kann, da diese von vielen sich laufend ändernden Umständen abhängig ist. Gleich wirkt sich der Umstand aus, dass das Steuergesetz dem zuständigen Kommissär beachtliches Ermessen bei der Veranlagung einräumt. Weiter stellt sich die Frage der Doppelbesteuerung, da gewisse Vermögenserträge, an denen die Klägerin wohl partizipiert, bereits beim Beklagten besteuert werden (vgl. beispielsweise Ziff. III. 2.3.3. hiervor). Im vorliegenden Verfahren kann nicht abgeschätzt werden, ob diese nicht auch bei der Klägerin ein weiteres Mal besteuert werden. Auch zu beachten ist, dass die Steuerlast stark von der Höhe der Unterhaltsbeiträge abhängt. Wenn wie hier aufgrund eines hohen Familieneinkommens entsprechend hohe Unterhaltsbeiträge festzulegen sind, wirken sich diese noch stärker aus, da die Steuertarife progressiv ausgestaltet sind. Trotzdem muss gerade in so guten wirtschaftlichen Verhältnissen die Steuerlast berücksichtigt werden, macht diese doch einen grossen Budgetposten aus. Wird sie falsch eingeschätzt oder gar nicht berücksichtigt, entsteht ein stark verzerrtes Bild der finanziellen Situation der Parteien.

Aufgrund der nachfolgend weiter erläuterten Unterhaltsberechnung und der hiervor dargelegten Einkommensberechnung ist die Steuerlast anhand der folgenden Parameter zu schätzen:

Für die Steuerlast der Klägerin ist von einem Nettojahreseinkommen von Fr. 124'560.– (vgl. Ziff. III. 2.3.6. hiervor) auszugehen, hinzuzurechnen sind die Unterhaltsbeiträge von Fr. 105'360.– (vgl. Ziff. III. 4.3. hiernach), also von einem Gesamtnettoeinkommen von Fr. 229'920.–. Unter Berücksichtigung der verschiedenen Abzugsmöglichkeiten ist der Schätzung ein steuerbares Einkommen von rund Fr. 200'000.– zu Grunde zu legen. Dazu kommt ein steuerbares Vermögen von rund Fr. 1.05 Mio. (Urk. 5/81/7 S. 4). Sodann ist die Klägerin Römisch-Katholisch, lebt in G._____ und wird nach dem Verheiratetentarif besteuert, da sie die Obhut über die Kinder hat. Gemäss dem Onlinesteuerrechner des Kantons Zürich (www.steueramt.zh.ch, Menupunkt "Steuerberechnung") beträgt die Staats- und Gemeindesteuer Fr. 27'209.50 und die direkte Bundessteuer Fr. 12'060.00. Insgesamt ergibt sich eine Steuerlast von Fr. 39'269.50 p.A., bzw. rund **Fr. 3'300.–** p.M.

Für die Steuerlast des Beklagten ist von einem Nettojahreseinkommen von Fr. 222'000.– (vgl. Ziff. III. 2.2.6. hiervor) auszugehen, abzuziehen sind die Unterhaltsbeiträge von Fr. 105'360.–, also von einem Gesamtnettoeinkommen von rund Fr. 116'640.–. Unter Berücksichtigung der verschiedenen Abzugsmöglichkeiten ist schätzungsweise von einem steuerbaren Einkommen von rund Fr. 100'000.– auszugehen. Dazu kommt ein steuerbares Vermögen von rund Fr. 2.5 Mio. (Urk. 21). Sodann ist der Beklagte reformiert, lebt in K._____ und muss nach dem Grundtarif besteuert werden, da er nicht obhutsberechtigt ist. Gemäss dem erwähnten Steuerrechner ergibt sich für die Staats- und Gemeindesteuer Fr. 19'773.70, für die direkte Bundessteuer Fr. 2'874.–, total Fr. 22'647.70, bzw. pro Monat rund **Fr. 1'900.–.**

3.2.1. Während in Bezug auf die Ehegattenunterhaltsbeiträge ein wichtiger Orientierungspunkt der (materielle) Standard während des Zusammenlebens ist, sind für Kinderunterhaltsbeiträge gemäss Art. 285 Abs. 1 ZGB weitere und zum Teil andere Parameter zu berücksichtigen. Massgebend sind in erster Linie die im Sinne des Kindeswohl richtig verstandenen Bedürfnisse der Kinder. Diese umfassen zunächst den eigentlichen Lebensunterhalt bzw. die tatsächlich anfallenden Kosten (Nahrung, Kleidung, Wohnung, Gesundheitspflege, Krankenkas-

senbeiträge, Versicherungsprämien) aber auch die Erziehung, die Ausbildung und die persönliche Fürsorge. Diese Positionen sind sodann in Beziehung zur Lebensstellung und Leistungsfähigkeit der Eltern zu setzen und so zu bemessen, dass ein vernünftiges Verhältnis besteht. Können die Eltern sich eine hohe Lebenshaltung gestatten, so darf auch den Kindern zugestanden werden, ihre Bedürfnisse höher zu veranschlagen und ihre Wünsche aufwendiger zu befriedigen. Dabei soll aber nicht unbegrenzter Konsum ermöglicht werden, erscheint dieser doch dem Kindeswohl, bzw. der Persönlichkeitsentwicklung, nicht zuträglich. Aus erzieherischen Gründen kann es sich (insbesondere in sehr guten wirtschaftlichen Verhältnissen) durchaus ergeben, dass den Kindern eine materiell einfachere Lebensstellung zukommen soll, als den Eltern (vgl. insgesamt auch BGE 120 II 291 f. und BGE 116 II 110). Es ist mit anderen Worten nicht der maximal mögliche Kinderunterhaltsbeitrag festzusetzen, sondern derjenige, welcher bei vernünftigem Mitteleinsatz das Kindeswohl sicher wahrt.

3.2.2. Die Vorinstanz ging von folgendem Bedarf der Kinder aus: Kinderzugschlag gemäss Ziff. II. 4. des Kreisschreibens der Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich betreffend die Richtlinien für die Berechnung des betreibungsrechtlichen Existenzminimums vom 16. September 2009 (nachfolgenden nur noch Kreisschreiben) von Fr. 1'200.–, Krankenkasse Fr. 210.60 und Schulkosten von Fr. 4'166.–, insgesamt Fr. 5'576.60. Weiter ist zu beachten, dass bei der Klägerin Fr. 250.– für Telefon, Radio, TV berücksichtigt wurden, während dem Beklagten nur Fr. 200.– zugestanden wurden. Dies um den zusätzlichen Kosten der Kinder gerecht zu werden (Urk. 2 S. 25 f.).

3.2.3. Dieser Bedarfsberechnung hält die Klägerin zunächst entgegen, die Vorinstanz verletze Bundes- und Verfassungsrecht, da sie zur Berechnung dieses Bedarfs im Wesentlichen auf Parteibehauptungen abstelle.

Sodann sei ausschlaggebend, dass der Bedarf der Kinder sehr hoch sei, da auch die Parteien einen sehr hohen Lebensstandard geführt hätten. So hätten sie bereits im September 2007 in Ziff. 2.4. ihrer Trennungs- und Vorausscheidungskonvention vom 11. September 2007 (Urk. 5/18/1 S. 5) vereinbart, dass der Beklagte pro Kind Fr. 6'000.– im Monat bezahle, wobei in diesem Betrag die Schul-

kosten inbegriffen gewesen seien. Ab Januar 2009 habe der Beklagte sogar Fr. 6'623.– pro Kind und Monat bezahlt, erst seit Anhebung des Massnahmebegehrens habe er dann den Unterhaltsbeitrag auf Fr. 2'000.– pro Kind und Monat gesenkt. Aus der Trennungsvereinbarung gehe hervor, dass der Beklagte jedem Kind einen Bedarf von Fr. 3'841.60 (exkl. Schulkosten) zugebilligt habe. Dieser Bedarf sei nun höher, da es notorisch sei, dass Kinder mit zunehmendem Alter teurer würden. Jedes Kind benötige demzufolge Fr. 3'841.60 zzgl. Schulgeld (Urk. 20/1 S. 13 ff.).

3.2.4. Der Beklagte stellte sich auf den Standpunkt, die Vorinstanz habe den Bedarf der Kinder korrekt berechnet. Die daran vorgetragene Kritik sei sowohl in rechtlicher als auch tatsächlicher Hinsicht nicht zutreffend. Insbesondere bezeichnete er die Vorbringen der Klägerin als unzureichend substantiiert und wies darauf hin, dass die Vorinstanz die Unterhaltsbeiträge originär festlegen musste, da die Trennungsvereinbarung vom 11. September 2007 (Urk. 5/18/1) keine präjudizierende Wirkung für das Scheidungsverfahren habe.

3.2.5. In der Trennungsvereinbarung vom 11. September 2007 (Urk. 5/18/1) ist weder der Bedarf der Parteien noch jener der Kinder explizit festgehalten. Da es sich um eine frei ausgehandelte Vereinbarung handelt, kann nicht geschlossen werden, dass die festgelegten Unterhaltszahlungen exakt dem Bedarf der Unterhaltsberechtigten entsprechen. So ist durchaus möglich, dass im Verlauf der Verhandlungen Zugeständnisse gemacht werden, dass nicht genau gerechnet wird oder, dass den Verhandlungen ein anderer Bedarfsbegriff als der vorliegend massgebliche, rechtliche zu Grunde gelegt wurde.

Weiter basiert die Vereinbarung auf einem "Durchschnitts-Netto-Einkommen 2005/2006" des Beklagten von rund Fr. 1 Mio. pro Jahr (Urk. 5/18/1 S. 22 [evtl. bezieht sich das Einkommen auch auf die Jahre 2005/200**7**, wird es doch anhand des "Durchschnitts-Brutto-Einkommen 2005/200**7**" berechnet. Für die vorliegende Problematik kann aber auf die weitere Untersuchung der Problematik verzichtet werden]). Wie unter Ziff. III. 2.2.6. hiervor aufgezeigt wurde, ist nun von einem zwar immer noch sehr hohen Einkommen des Beklagten (und der Klägerin) aus-

zugehen, dieses ist aber wesentlich tiefer als die erwähnte Million; es liegen mithin *deutlich* veränderte Verhältnisse vor.

Die Vorinstanz hat vor diesem Hintergrund vollkommen zu Recht auf die aktuellen Verhältnisse abgestellt und den Bedarf und die Unterhaltsbeiträge originär festgelegt.

3.2.6. Dass die Vorinstanz schwergewichtig auf die Behauptungen der Parteien abgestellt hat, ist im Rahmen des summarischen Verfahrens nicht zu beanstanden (vgl. die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz; Urk. 2 S. 6 Ziff. 2.3.).

3.2.7. Der Vorinstanz ist sodann zuzustimmen, dass die Behauptungen der Klägerin nicht substantiiert sind. Soweit die Klägerin der Vorinstanz vorwirft, sie hätte sich ungeachtet der Substantiiertheit vertieft mit ihren Beilagen (Urk. 5/18/16 f.) befassen müssen, gilt es zunächst zu erwidern, dass die Vorinstanz die Akten durchaus prüfte, aber als nicht aussagekräftig qualifizierte (Urk. 2 S. 24).

Bei der Urk. 5/18/16 handelt es sich um eine Zusammenstellung von Kosten für die Betreuung der Kinder sowie für die Reinigung (wohl der Kinderzimmer). Weder die Notwendigkeit noch der tatsächliche Anfall dieser aussergewöhnlich hohen Kosten (Fr. 10'000.– für die Reinigung p.A. bzw. fast Fr. 200.– pro Woche) ist durch diese Zusammenstellung belegt. Bei den Urk. 5/18/17/1-14 handelt es sich um eine Kostenzusammenstellung mit dem Titel "Berechnung Teuerungsausgleich Alimente …" sowie verschiedenste Belege (Hypothek, Steuerrechnungen, Prämienrechnungen für die Krankenkasse etc.). Aus diesen erschliessen sich die Kosten für die Kinder und deren Notwendigkeit nicht, zumindest nicht ohne substantiierte Erläuterungen.

Dass die Vorinstanz die Vorbringen der Klägerin als nicht substantiiert und ihre Beilagen als nicht aussagekräftig qualifizierte ist daher nicht zu beanstanden.

3.2.8. Grundsätzlich ist es zulässig den Bedarf von Kindern abstrakt zu berechnen und zur Ermittlung der Bedürfnisse des Kindes auf vorgegebene Be-

darfszahlen abzustellen (z. B. auf die sog. Zürcher Tabellen). Dabei sind aber die tatsächlichen Verhältnisse zu berücksichtigen und die entsprechenden Zahlen anzupassen (Urteil des Bundesgerichts 5C.106/2004 vom 5. Juli 2004 E.2.; J. Six, Eheschutz, Ein Handbuch für die Praxis, Bern 2008, Ziff. 2.44).

3.2.9. Die Vorinstanz hat die tatsächlichen Verhältnisse in Bezug auf die Schulkosten und die Kosten für die Krankenkasse berücksichtigt. Die zusätzlichen Kosten für Telekommunikation schätzte sie auf Fr. 50.–. Unabhängig der Vorbringen der Parteien und ihrer umstrittenen Einkommenszahlen, ist davon auszugehen, dass die Familie in sehr guten wirtschaftlichen Verhältnissen lebt. Die zusätzlichen Telekommunikationskosten für zwei Teenager scheinen vor diesem Hintergrund doch etwas knapp geschätzt, zumal die Kinder auch je ein Natel haben (Prot. I. S. 122 unten f.). Wie nachfolgend aufgezeigt wird, kann aber auf die Berücksichtigung dieses Umstandes verzichtet werden, da diesbezüglich auf eine Pauschale abzustellen sein wird, welche allfällige Mehrkosten deckt.

Bezüglich des Grundbedarfes stellte die Vorinstanz auf das erwähnte Kreisschreiben zur Berechnung des betreibungsrechtlichen Existenzminimums ab (Urk. 2 S. 25 f.). Dieses Vorgehen ist methodisch insofern konsequent, als dass die Vorinstanz zunächst das betreibungsrechtliche Existenzminimum der Klägerin berechnete und dieses hernach um gewisse Positionen (z. B. Alarmanlage) erweiterte, bzw. eher hohe Wohnkosten anrechnete, um den guten wirtschaftlichen Verhältnissen gerecht zu werden. Da die Parteien aber keine substantiierten Behauptungen zu den konkreten Kosten der Kinder vorbrachten, erweiterte die Vorinstanz die Berechnung des Existenzminimums nicht um entsprechende, vergleichbare Positionen (Hobbies, Sportarten, spezielle Ernährung etc.) für die Kinder. Im Ergebnis wurde daher für die Kinder neben den Schulkosten nur das Existenzminimum berücksichtigt. Dieses Ergebnis entspricht den guten wirtschaftlichen Verhältnisse der Parteien nicht.

3.2.10. Der vorliegenden Situation kann begegnet werden, indem nicht auf die Richtlinien zur Berechnung des Existenzminimums abgestellt wird, sondern auf die Zürcher Tabellen (abzurufen unter www.ajb.zh.ch/unterhalt). Vorliegend ist der Barbedarf der Kinder zu berechnen, die Pflege- und Wohnkosten sind

daher nicht einzubeziehen. Weiter ist darauf hinzuweisen, dass die Zürcher Tabellen zwar gemäss ihrer Herausgeberschaft den Bedarf von Kindern in durchschnittlichen Verhältnissen abbilden, die Praxis aber gezeigt hat, dass dieser Bedarf nur in guten bis sehr guten wirtschaftlichen Verhältnissen überhaupt finanzierbar ist. Die Zürcher Tabellen sind daher für den vorliegenden Fall ein durchaus geeigneter Ausgangspunkt.

Den Tabellen kann entnommen werden, dass bei zwei Kindern im Alter von 13 bis 18 Jahren pro Kind und Monat Kosten von Fr. 355.– für Ernährung, Fr. 120.– für Bekleidung und weitere Kosten von Fr. 810.– zu veranschlagen sind, im Total also Fr. Fr. 1'285.– pro Kind bzw. für beide Kinder Fr. 2'570.–.

Zusätzlich sind sodann die Schulkosten von Fr. 4'166.– pro Monat einzurechnen. Insgesamt resultiert damit ein Barbedarf für die Kinder von Fr. 6'736.–. Soweit die Klägerin geltend macht, die Schulkosten seien um 2.5 % gestiegen gilt es darauf hinzuweisen, dass die Vorinstanz die Schulkosten nur annähernd genau berechnete und im Ergebnis eine eigentliche Pauschale einsetzte. Diese enthält nicht nur die reinen Schulkosten, sondern auch Positionen wie Aufgabenhilfe, Essenskosten und ähnliches (Urk. 2 S. 27 Ziff. 15). Diese Pauschale erscheint auch wenn die eigentlichen Schulgebühren steigen nach wie vor zutreffend. Die Position "Schulkosten" ist daher nicht zu erhöhen.

3.2.11. Diese Art der Berechnung trägt den guten wirtschaftlichen Verhältnissen der Parteien Rechnung indem Pauschalbeträge für die Kinder, die nicht nur das Existenzminimum sichern, sondern den guten Verhältnissen angemessen sind, berücksichtigt werden. Auf die individuellen Anliegen der Kinder wird sodann Rücksicht genommen, indem die beachtlichen Schulkosten sowie die Kosten für die Krankenkasse gesondert berücksichtigt werden und der Klägerin ein erhöhter Betrag für die Telekommunikation zugestanden wird. Den folgenden Erwägungen ist daher ein Barbedarf für die beiden Kinder von insgesamt **Fr. 6'736.–** zu Grunde zu legen.

Dass die Klägerin Familienzulagen in der Höhe von Fr. 650.– pro Monat erhält blieb unbestritten und steht mit den Akten in Einklang (Prot. I S. 82). Gemäss

höchstrichterlicher Rechtsprechung sind diese nicht dem Einkommen hinzuzurechnen, sondern vom Bedarf der Kinder vorweg in Abzug zu bringen (Art. 285 Abs. 2 ZGB; BGE 137 III 59 E. 4.2.3 S. 64; BGE 128 III 305 E. 4b S. 309 f.).

3.3.1. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass das Gericht den familienrechtlichen Notbedarf in Ausübung richterlichen Ermessens nach Massgabe der bisherigen Lebenshaltung, der durchschnittlich laufenden ordentlichen Ausgaben, der wirtschaftlichen Verhältnisse und der diesen angemessenen Bedürfnisse der Ehegatten bestimmen muss (ZR 99 Nr. 25, E. 2.6.2; ZR 90 Nr. 95). Diese Bestimmung hat das Gericht unabhängig davon vorzunehmen, ob die Unterhaltsleistungen unter Anwendung der Dispositions- (Ehegattenunterhalt) oder Offizialmaxime (Kinderunterhalt) stehen. Dies, da die Frage, welche Tatsachen im Rahmen der Berechnung des Unterhaltsbeitrags im Sinne von Art. 176 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB zu berücksichtigen sind, nicht tatsächlicher, sondern materiellrechtlicher Natur ist (vgl. Entscheid des Kassationsgerichts des Kantons Zürich vom 13. Juli 2006, Kass-Nr. AA050192, E. II./1.2). Der Entscheid, welche Position in welchem Umfang berücksichtigt wird, ist eine Frage der Rechtsanwendung, und diese erfolgt von Amtes wegen, unbeeinflusst davon, was die Parteien anerkannt und bestritten haben (Art. 57 ZPO).

3.3.2. Insgesamt präsentiert sich der Bedarf der Parteien folgendermassen:

Klägerin [Fr.]		**Beklagter [Fr.]**
1'350.00	Grundbetrag	1'200.00
1'920.00	Kinderzuschlag (Familien und Kinderzulagen von Fr. 650.– schon abgezogen.)	0.00
2'383.00	Hypothekarzinsen	878.00
1'060.00	Nebenkosten	905.00
107.00	… (Alarmanlage)	0.00
637.00	Krankenkasse (KVG und VVG)	423.00
70.00	Hausrat, Haftpflicht	55.00
33.00	Unfallversicherung	0.00
0.00	Rechtsschutzversicherung	25.00
0.00	Reiseversicherung	13.00
200.00	Auswärtige Verpflegung	320.00

250.00	Telefon, Radio, TV	200.00
145.00	Autoversicherung	202.00
500.00	Sonstige Kosten für das Auto	500.00
115.00	Arbeitsweg (öV)	170.00
4'166.00	Schulkosten	0.00
3'300.00	Steuern	1'900.00
16'236.00	Total	**6'791.00**

4. Methodenwahl und Berechnung der Unterhaltsbeiträge

4.1. Dem Familienbedarf von ca. Fr. 23'027.– steht ein Familieneinkommen von ca. Fr.28'880.– gegenüber, woraus ein Überschuss von ca. Fr. 5'853.– resultiert. Es liegen damit sehr gute finanzielle Verhältnisse vor. Diese sind aber dennoch nicht vergleichbar mit Verhältnissen, wenn Einkünfte im höheren sechs- oder gar im siebenstelligen Bereich vorhanden sind und zudem nur ein Haushalt finanziert werden muss. Die Verhältnisse haben sich demnach tiefgreifend verändert. Der Lebensstandard während der Zeit mit sehr hohen Einkünften ist daher als Orientierungspunkt zur aktuellen Unterhaltsberechnung nicht mehr geeignet.

Dass die Vorinstanz vor diesem Hintergrund eine einstufige Unterhaltsberechnung als nicht zielführend erachtete und stattdessen eine zweistufige Unterhaltsberechnung vornahm, ist nicht zu beanstanden.

4.2. Bei der Unterhaltsberechnung werden die Kosten für die Kinder grosszügig bemessen, und es wird ein überdurchschnittlich hoher Kinderunterhaltsbeitrag festgelegt. Sodann werden der Klägerin, bei der die Kinder wohnen, ungefähr doppelt so hohe Wohnkosten wie dem Beklagten zugestanden. Der Bedarf der Parteien wurde zwar erweitert, für sie persönlich wurden aber nur in beschränkten Umfang Erweiterungen vorgenommen. So wurde für Freizeit- und Feriengestaltung, Sport, aufwändigere Garderobe und Körperpflege oder ähnliches keine konkreten Positionen veranschlagt.

Es rechtfertigt sich daher insgesamt, den Überschuss mit der Vorinstanz hälftig aufzuteilen.

4.3. Aus den vorangehenden Erwägungen geht hervor, dass im Rahmen der Einkommensberechnung verschiedentlich mit Schätzungen und Prognosen gearbeitet werden musste, bei der Bedarfsberechnung kamen verschiedene Pauschalen zur Anwendung. Auch die beachtliche Steuerlast musste relativ grob geschätzt werden. Weiter sind vorliegend nicht knappe, nur gerade das Existenzminimum deckende, sondern deutlich überdurchschnittliche hohe Unterhaltsbeiträge festzusetzen. Vor diesem Hintergrund sind die Unterhaltsbeiträge zu runden, ansonsten nur eine Scheingenauigkeit vorgespiegelt würde. Im Ergebnis sind die Unterhaltsbeiträge daher auf **Fr. 8'780**.– festzulegen (Fr. 16'263.– Bedarf Klägerin ./. eigenes Einkommen von Fr. 10'380.–, zuzüglich ½ Freibetrag von Fr. 2'926.–).

Da die Klägerin die Obhut über die Kinder hat und zumindest zur Zeit praktisch die gesamte Kinderbetreuung übernimmt, ist es angebracht, die finanziellen Lasten, dem Beklagten aufzuerlegen. Die Unterhaltsbeiträge sind somit folgendermassen aufzuteilen: **Fr. 3'420.– pro Kind und Monat und Fr. 1'940.– pro Monat für die Klägerin persönlich.** Dadurch ist der Barbedarf der Kinder gesichert und jede der Parteien hat über ihren erweiterten Notbedarf hinaus einen Betrag in der Grössenordnung von Fr. 3'000.– zur freien Verfügung. Dies ist in Anbetracht der beruflichen und gesellschaftlichen Stellung, der finanziellen Verhältnisse insgesamt und der finanziellen Möglichkeiten während des Zusammenlebens angemessen.

5.1. Der Beklagte beantragt, es sei vorzumerken, dass er für die Zeitspanne von August 2010 bis und mit Monat September 2011 bereits Fr. 94'305.– an den Unterhalt der Kinder und der Klägerin persönlich bezahlt habe (Urk. 1 S. 19). Dabei verwies er auf Bankauszüge, die die Zahlungen belegen (Urk. 4/5). Die Klägerin bestreitet dies und hält an der eigenen Sachverhaltsdarstellung fest, sie erklärte, dass eine Zahlung über Fr. 15'150.– Schulkosten für einen früheren Zeitabschnitt betreffen würden und entsprechend nicht auf die Unterhaltsbeiträge angerechnet werden dürfe, weiter seien die behaupteten Zahlungen nicht belegt, es sei einzig eine Zahlung mit Valuta vom 27. September 2011 über Fr. 38'611.– geleistet worden (Urk. 9 S. 11 f. Ziff. 2 und S. 26 Ziff. 18).

5.2.1. Einleitend kann angemerkt werden, dass eine Zahlung über Fr. 38'611.– vom Beklagten vorliegend nicht behauptet wurde und entsprechend nicht Gegenstand des vorliegenden Urteils ist.

5.2.2. Die Klägerin führt nicht aus, weshalb sich die vom Beklagten eingereichten Bankbelege über verschiedene Beträge mit dem jeweiligen Betreff "Provisorischer Unterhaltsbeitrag" nicht als Belege eignen sollen. Diese sind vorliegend durchaus geeignet die Zahlung von Unterhaltsbeiträgen zu belegen. So kann es aufgrund der Bankbelege als erstellt gelten, dass der Beklagte im betreffenden Zeitraum Fr. 65'117.– an Unterhaltsbeiträgen bezahlt hat. Dabei ist darauf hinzuweisen, dass der betreffenden Tabelle des Beklagten zu entnehmen ist, er habe auch für den Februar 2011 Fr. 5'000.– bezahlt, aber diesbezüglich nur ein Bankbeleg vorliegt, der eine Zahlung von Fr. 2'500.– belegt (Urk. 4/5 insbesondere ab 2. Blatt).

5.2.3. Dem Bankbeleg bezüglich der Zahlung von Fr. 15'150.– kann entnommen werden, dass eine Forderung der Klägerin betreffend H._____ / I._____ (…) beglichen werden soll (Urk. 4/5 6. Seite). Weiter ist der vom Kläger eingereichten Rechnung des I._____ vom 6. September 2010 zu entnehmen, dass auch die jüngere Tochter D._____ ab 16. August 2010 das I._____ und nicht mehr die Schule H._____ besucht. Vor diesem Hintergrund scheint der Einwand der Klägerin, die betreffende Zahlung beziehe sich auf eine andere, vor August 2010 liegende Periode, als glaubhaft. Entsprechend kann dieser Betrag nicht an die Unterhaltsverpflichtung angerechnet werden.

5.2.4. Der Beklagte macht keine substantiierten Ausführungen, wie sich der verrechnete Betrag zusammensetzt. Aus der von ihm eingereichten Tabelle kann entnommen werden, das er auch eine doppelt bezahlte Vergütung der Krankenkasse im Umfang von Fr. 1'040.– zur Verrechnung bringt (Urk. 4/5). Der Tabelle kann aber entnommen werden, dass er durch die Verrechnung dieser Summe, die gerade hiervor behandelten Schulkosten tilgte. Dementsprechend kann die Summe von Fr. 1'040.– nicht ein weiteres Mal bei der Tilgung der vorliegend zu beurteilenden Unterhaltsverpflichtung berücksichtigt werden.

5.2.5. Der Tabelle des Beklagten kann weiter entnommen werden, dass er für den August und September 2010 eine teilweise Tilgung seiner Unterhaltsverpflichtung durch Verrechnung mit bereits zuvor bezahlten zu hohen Unterhaltszahlung geltend macht (Urk. 4/5). Belege für die betreffenden bereits geleisteten Unterhaltszahlungen sowie substantiierte Ausführungen, in welchem Umfang, wann und wieso zu hohe Unterhaltszahlungen geleistet wurden, fehlen aber. Dementsprechend können im vorliegenden Verfahren die Voraussetzung zu einer gültigen Verrechnung nicht als glaubhaft gemacht gelten.

5.2.6. Im Ergebnis kann nur - aber immerhin - vorgemerkt werden, dass der Beklagte im Zeitraum von August 2010 bis zum Monat September 2011 bereits zumindest **Fr. 65'117.–** an den Unterhalt der Klägerin persönlich und der Kinder geleistet hat.

IV. Besuchsrecht und Beistandschaft

1.1. Die Klägerin rügt, die Vorinstanz habe zu Unrecht ihren Antrag auf Errichtung einer Besuchsbeistandschaft im Sinne von Art. 308 Abs. 2 ZGB abgewiesen. Sie macht sinngemäss geltend, dass die Parteien derzeit nicht mehr miteinander kommunizieren können. Sie, die Klägerin, vertraue dem Beklagten nicht mehr, da er sie angelogen habe und intransparent sei. Da das Vertrauen die Basis für ein konstruktives Gespräch auf Elternebene sei, könne ein solches nun nicht mehr geführt werden. Die Kinder seien mit dem gleichen Problem konfrontiert. Es bedürfe daher einer Fachperson, um den Kindern und dem Beklagten zu helfen, wieder normalen Kontakt aufzubauen. Der Gesetzgeber sähe für diesen Fall die Errichtung einer Besuchsbeistandschaft vor. Dabei müsse eine speziell ausgebildete Person in Gesprächen mit den Kindern und dem Beklagten das Besuchsrecht langsam wieder aufbauen. Bis zu diesem Zeitpunkt müsse aber das Besuchsrecht sistiert werden, der Beistand müsste dann darauf hinwirken, dass das Besuchsrecht wieder normal durchgeführt werden könne (Urk. 2/1 S. 11 f.).

1.2. Der Beklagte hält dem sinngemäss entgegen, die Errichtung einer Besuchsbeistandschaft sei im vorliegenden Fall nicht zielführend, die Vorinstanz habe daher den betreffenden Antrag zu Recht abgewiesen (Urk 20/12 S. 12 f.).

1.3. Die Vorinstanz wies den Antrag der Klägerin auf Errichtung einer Besuchsbeistandschaft ab, da sie davon ausging, dass die Problematik der Weigerung der Kinder, den Beklagten zu besuchen, so nicht gelöst werden könne (Urk. 2 S. 15).

2.1. Vorliegend finden keine Besuche der Kinder beim Beklagten mehr statt; sie äusserten sich klar, dass sie zur Zeit den Vater nicht besuchen wollen (Prot. I. S. 117, S. 119, S. 122 f.).

2.2. Weder aus den Akten noch der Kinderanhörung gehen Anzeichen hervor, dass der Beklagte die Kinder schlecht behandelt oder sie mit deren Umgang und Erziehung überfordert habe. Zum Grund ihrer Kontaktverweigerung führen die Kinder hauptsächlich ein belastetes Verhältnis zur neuen Lebenspartnerin des Beklagten an und das Gefühl, dem Beklagten sei seine neue Partnerin wichtiger als sie (Prot. I. S. 118). In persönlicher Hinsicht werfen sie dem Beklagten vor, er könne sich nicht entschuldigen bzw. nicht zugeben, wenn er nicht recht habe (Prot. I. S. 114). Konkret deponierten die Kinder beispielsweise, sie müssten der neuen Partnerin des Beklagten immer die IKEA-Taschen tragen und das Licht einschalten (Prot. I. S. 114, 123). Auch sei es zu einer Meinungsverschiedenheit zwischen C._____ einerseits und dem Beklagten und seiner Partnerin andererseits über die Angebrachtheit einer Louis-Vuitton-Handtasche gekommen (Prot. I. S. 115). Sodann wird von Streitigkeiten anlässlich eines Kartenspieles und Ähnlichem berichtet. Weiter führten die Kinder beispielsweise an, dass sie früher in den Ferien mit dem Vater bis ca. 01.00 Uhr hätten aufbleiben dürfen, während der Beklagte in den gemeinsamen Ferien mit der neuen Partnerin jeweils schon um 23.00 Uhr zu Bett gegangen sei und die Kinder die Zeit danach in ihren eigenen Zimmern hätten verbringen müssen (Prot. I. S. 115). Wiederholt kritisierten die Kinder, dass der Beklagte sich nach dem Kontaktabbruch geweigert habe, gemeinsam mit ihnen und der Klägerin anlässlich eines Essens die Problematik zu

besprechen und auf dem Beizug einer neutralen Drittperson, bzw. einer Psychologin bestanden habe (Prot. I. S. 116 ff.).

2.3.1. Es liegt offensichtlich keine Situation vor, in der ein Beistand bestellt werden muss, um das Besuchsrecht zu organisieren oder gar zu beaufsichtigen. Auch in Hinblick auf das Alter der Kinder kann diesen und den Parteien ohne weiteres zugemutet werden, sich ohne Hilfe eines Beistandes über Besuche und allfällige Ferien zu verständigen.

Die Gründe, welche die Kinder für die Kontaktverweigerung zum Kläger anführen erscheinen als "normale" Konflikte, wie sie – insbesondere zwischen Eltern und Teenagern – auch in Familien, die nicht in Scheidung stehen, häufig vorkommen. Das Familienleben und die Erziehung von Kindern ist naturgemäss mit Konflikten und Auseinandersetzungen behaftet. Auch muss man sich dabei vergegenwärtigen, dass es den idealen, fehlerfreien und charakterlich perfekten Elternteil wohl in Realität nicht gibt. Ebenso kann häufig beobachtet werden, dass es zu Konflikten kommt, wenn ein Elternteil einen neuen Partner hat.

Der Grund, dass diese "normalen" Konflikte zur Kontaktverweigerung und Verunmöglichung des Besuchsrechtes geführt haben, ist wie einleitend gezeigt weder "technisch-organisatorischer" Natur noch in einem schwerwiegenden Fehlverhalten der Eltern gegenüber den Kindern zu erblicken. Dass diese Konflikte nicht konstruktiv angegangen und überwunden werden können, muss vielmehr im stark zerrütteten Verhältnis der Eltern und ihrer negativen gegenseitigen Gefühle verortet werden. Diese Zerrüttung zeigt sich beispielsweise darin, dass die Klägerin nicht mehr mit dem Beklagten kommuniziert. Zwar führten die Kinder aus, sie würden nicht in den Scheidungsprozess miteinbezogen, die schwerwiegenden Differenzen zwischen ihren Eltern sind ihnen aber sicher bewusst, ebenso der Kommunikationsabbruch zwischen den Eltern (Prot. I. S. 113). Ausserdem muss davon ausgegangen werden, dass sie die Spannungen zwischen den Eltern auch emotional wahrnehmen und mit einer entsprechenden Loyalitätsproblematik konfrontiert sind.

2.3.2. Dieser Problematik sind sich die Parteien bewusst. Dementsprechend beantragte die Klägerin nicht, der Beistand sei zu beauftragen, die Durchführung des Besuchsrechtes zu überwachen und ggf. die Kinder gar zu übergeben. Vielmehr solle ein fachkundiger Beistand gezielt das Gespräch mit dem Beklagten und den Kindern suchen und so diese einander wieder näher bringen (vgl. Ziff. IV. 1.1. hiervor). Inhaltlich ähnlich erscheinen auch die Absichten des Beklagten, so erachtet er ein "Coaching" aller Beteiligten als zielführend (Urk. 20/12 S. 12).

2.3.3. In der Sache stimmen die Parteien also weitgehend überein, dass der Besuchsrechtsproblematik bzw. den Beziehungsschwierigkeiten zwischen dem Beklagten und den Kindern auf der persönlichen Ebene im Gespräch begegnet werden muss.

3.1.1. Erfordern es die Verhältnisse, so kann dem Kind ein Beistand beigegeben werden, der die Eltern in ihrer Sorge um das Kind mit Rat und Tat unterstützt (Art. 308 Abs. 1 ZGB). Dem Beistand können dabei besondere Befugnisse und Aufgaben übertragen werden (Art. 308 Abs. 2 ZGB). Das Gericht, das für die Ehescheidung zuständig ist, muss auch über eine Beistandschaft entscheiden (Art. 315a Abs. 1 ZGB).

3.1.2. Die Beistandschaft ist eine hoheitliche Kindesschutzmassnahme. Sie zielt auf aktives, autoritatives und kontinuierliches Einwirken auf die Erziehungsarbeit der Eltern und das Verhalten der Kinder ab (BSK ZGB I-Breitschmied, Art. 308 N 2). Sie greift in die elterliche Sorge ein und schränkt diese entsprechend ein.

Typische Aufgaben eines Kinderbeistandes sind beispielsweise die Vertretung des Kindes im Scheidungsprozess, der Abschluss eines Unterhaltsvertrages, die Stellung eines Strafantrages wegen Vernachlässigung von Unterhaltspflichten im Sinne von Art. 217 Abs. 1 StGB aber auch die Organisation und die Überwachung bzw. ggf. die Begleitung des Besuchsrechts. Selbstverständlich kann ein Kinderbeistand seine Aufgaben nur optimal bewältigen, wenn es ihm gelingt, die Beteiligten von der Sinnhaftigkeit seines Tuns zu überzeugen und so das autorita-

tive Handeln in den Hintergrund rückt; hierzu muss er beraten, erklären und das Vertrauen aller Beteiligten gewinnen. Trotzdem sind diese Aufgaben nicht therapeutischer Natur, sein Handeln ist grundsätzlich hoheitlich. Eine Beistandschaft erscheint daher nur bedingt geeignet, die notwendigen Gespräche bzw. das "Coaching" durchzuführen.

3.2. Vorliegend steht fest, dass die Kommunikation zwischen den Parteien stark erschwert ist. Ein gewisses Minimum an Kommunikation ist aber notwendig, um gemeinsame Gespräche zu organisieren und den Beizug einer geeigneten Fachperson zu veranlassen. Um dieser Problematik beizukommen ist eine Beistandschaft gemäss Art. 308 Abs. 2 ZGB aber geeignet. Die anspruchsvolle Aufgabe des Beistandes wird darin liegen, bei den Parteien und den Kindern abzuklären, in welchem Rahmen die Problematik der Kontaktverweigerung angegangen werden kann und hernach die Parteien bei der Organisation und Durchführung geeigneter Vorkehren, wie beispielsweise einer Gesprächstherapie, zu unterstützen, bzw. alle Beteiligten zu motivieren, einverständlich mitzuwirken. Da die zu ernennende Beiständin bzw. der zu ernennende Beistand, zwischen den stark zerstrittenen Parteien zu vermitteln haben wird und überdies die Kinder motivieren muss, sich der Beziehungsproblematik mit ihrem Vater zu stellen und sich mit dieser auseinanderzusetzen, können keine detaillierteren Vorgaben gemacht werden. Dies, da zu befürchten ist, dass solche den Handlungsspielraum der Beiständin bzw. des Beistandes zu stark einschränken. Es kann nur darauf hingewiesen werden, dass alle Beteiligten eine grosse Flexibilität und beachtliche Anstrengungen aufbringen müssen, damit der sowohl für die Kinder aber auch für die Parteien selber zweifelsohne sehr wichtige Kontakt zwischen dem Beklagten und den Kindern wieder stattfinden kann (vgl. auch BSK ZGB I-Breitschmied, Art. 308 N 14 - 16).

3.3. Im Ergebnis ist den Kindern daher ein Beistand im Sinne von Art. 308 Abs. 2 ZGB zu bestellen. Dieser ist zu beauftragen, zuerst zusammen mit den Parteien und den Kindern geeignete Massnahmen zur Normalisierung des Kontaktes zwischen den Kindern und Beklagten abzuklären und danach alle Beteilig-

ten bei der Durchführung dieser Massnahmen insbesondere in organisatorischer Hinsicht zu unterstützen.

4.1.1. Die Klägerin beantragte, das Besuchsrecht so lange zu sistieren, bis das Verhältnis zwischen den Kindern und dem Beklagten sich wieder normalisiert hat (Urk. 20/1 S. 2). Diesbezüglich merkt der Beklagte an, dass die Regelung des Besuchs- und Ferienrechts als solche nicht angefochten wurde, sondern nur die Sistierung beantragt wurde (Urk. 20/12 S. 7).

4.1.2. Für Kinderbelange gilt die uneingeschränkte Offizial- und Untersuchungsmaxime (Hausheer/Reusser/Geiser, Berner Kommentar, Art. 159-180 ZGB, 2. Aufl., Bern 1999, Art. 176 N 41). Das Gericht ist einerseits nicht an die Anträge der Parteien gebunden, andererseits ist den Parteien die Verfügung über den Prozessgegenstand entzogen. Nachdem das Besuchsrecht durch den Sistierungsantrag und die Anfechtung der betreffenden Dispositivziffer des vorinstanzlichen Urteils zum Gegenstand des vorliegenden Verfahrens geworden ist, muss die Kammer dieses prüfen.

4.2. Gemäss höchstrichterlicher Rechtsprechung ist der Wille eines in Bezug auf die Frage des Besuchsrecht urteilsfähigen Kindes das massgebliche Kriterium, zur Entscheidung ob und ggf. wie das Besuchsrecht auszugestalten sei. Wenn ein urteilsfähiges Kind den Kontakt entschieden und klar ablehnt, sich also einen festen Willen gebildet hat und nicht aus einer momentanen Stimmung heraus den Kontakt ablehnt, muss dieser Wille berücksichtigt werden. Dies, da wenn gegen diesen Willen ein Besuchsrecht aufgezwungen würde, zu befürchten ist, dass dem eigentlichen Zweck des Besuchsrechtes, nämlich die gute persönliche Entwicklung des Kindes zu unterstützen, entgegen gewirkt wird. Überdies ist ein derartiger Eingriff in das Persönlichkeitsrecht des Kindes nur schwer zu rechtfertigen (Urteil des Bundesgerichts 5C.250/2005 vom 3. Januar 2006 E. 3.2.1., bestätigt in Urteil 5A_160/2011 vom 29. März 2001 E. 4, je mit weiteren Hinweisen). Diese Rechtsprechung steht in Einklang mit Studien, die belegen, dass der erzwungene Besuchskontakt sowohl der Beziehung des Kindes zur obhutsberechtigten Person, als auch zur besuchsberechtigten Person abträglich ist (Dettenborn

H., Kindeswohl und Kindeswille, 3. A., München/Basel 2010, S. 96 ff. insbesondere S. 98, m.w.H.).

4.3. Es erscheint vor dem Hintergrund dieser Erwägungen, der gerade hiervor zusammengefassten klaren Äusserungen und des Alters der Kinder als vertieft prüfenswert, ob die Festsetzung eines Besuchsrechts nach wie vor angebracht ist.

Zu berücksichtigen ist, dass auch wenn ein Besuchsrecht gerichtlich festgelegt wurde, dessen Vollstreckung gegen den Willen der Kinder – insbesondere wenn die Kinder bereits im Teenageralter stehen – praktisch unmöglich ist. Von gewisser Bedeutung kann die Signalwirkung des gerichtlich festgelegten Besuchsrecht dennoch sein. Diese kann aber auch kontraproduktiv wirken, wenn die Kinder dies als Missachtung ihres Willens bzw. ihrer Bedürfnisse verstehen. Vorliegend wird durch die Verbeiständung klar angezeigt, wie wichtig der Kontakt zum Vater ist, zumal diesbezüglich auch Einigkeit zwischen den Parteien besteht. Die allfällige positive Signalwirkung eines gerichtlich festgelegten Besuchsrechts rückt daher stark in den Hintergrund.

4.4. Im Ergebnis rechtfertigt sich die Festlegung eines Besuchsrechtes nicht mehr, es ist daher von einer solchen abzusehen.

V. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Die Vorinstanz hat den Entscheid über die Kosten- und Entschädigungsfolgen in Anwendung von § 71 ZPO/ZH dem Endentscheid vorbehalten (Urk. 2 S. 32). Dieses Vorgehen wird auch in Art. 104 Abs. 1 ff. ZPO vorgesehen. Es ist vorliegend nicht zu beanstanden, weshalb sich eine Regelung der Kosten für das vorinstanzliche Verfahren erübrigt. Die entsprechende Rüge der Klägerin ist somit unbegründet, zumal sie die vorliegend zu bestätigende Kostenregelung zunächst selbst beantragt hatte (Urk. 20/1 S. 6 Ziff. 6; Prot. I S. 2 Ziff. 11).

2.1. Grundsätzlich werden die Kosten gemäss Art. 106 Abs. 1 ZPO nach Obsiegen und Unterliegen verlegt. Gemäss bisheriger Rechtsprechung des Obergerichtes waren aber die Kosten des Verfahrens in Bezug auf Kinderbelange unabhängig vom Ausgang den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen, wenn die Parteien unter dem Gesichtspunkt des Kindesinteresses achtenswerte Gründe zur Antragstellung hatten. Diesfalls wurden auch keine Prozessentschädigungen ausgerichtet (ZR 84 Nr. 41).

Diese Rechtsprechung ist auch unter dem eidgenössischen Zivilprozessrecht sachgerecht. Dies insbesondere, da Art. 107 Abs. 1 lit. b und c ZPO ausdrücklich vorsieht, dass das Gericht in Fällen, in denen eine Partei in guten Treuen zur Prozessführung veranlasst war, sowie in familienrechtlichen Verfahren von den üblichen Verteilungsgrundsätzen abweichen und die Prozesskosten nach Ermessen verteilen kann (vgl. auch Beschluss und Urteil vom 25. Januar 2012, Obergericht des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, Geschäft Nr. LE110049, abzurufen unter http://www.gerichte-zh.ch/entscheide/entscheide-suchen.html). Dabei ist unter Kinderbelangen die elterliche Sorge (früher elterliche Gewalt), die Obhut, das Besuchsrecht und eine allfällige Beistandschaft zu verstehen. Obwohl Entscheidungen in diesen Punkten sehr häufig die Entscheidung in anderen Punkten beeinflussen (insbesondere die Kinderunterhaltsbeiträge), gilt die Praxis der hälftigen Kostenauflage für weitere Streitpunkte zumindest dann nicht, wenn diesen eigenständige Bedeutung zukommt.

2.2. Wenn wie vorliegend sowohl Kinderbelange (Verbeiständung der Kinder und Besuchsrecht) als auch andere Belange (Ehegatten- und Kinderunterhalt) zu regeln sind, muss abgeschätzt werden, in welchem Umfang die Kosten auf die Kinderbelange und die restlichen Belange entfallen. Gegebenenfalls sind die Kosten betreffend Kinderbelange hälftig aufzuerlegen, die weiteren Kosten aber gemäss Obsiegen und Unterliegen zu verteilen.

3.1. Daran zu zweifeln, dass die Anträge betreffend die Verbeiständung und das Besuchsrecht nicht in guten Treuen erfolgten ist in vorliegendem Verfahren kein Grund ersichtlich. Die Kosten bezüglich der Kinderbelange sind den Parteien daher hälftig aufzuerlegen. Der Anteil der Kinderbelange an den Gesamtkosten des vorliegenden Verfahrens ist dabei auf 1/3 zu bemessen. Dementsprechend ist dieser Kostenanteil den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen.

3.2. Der verbleibende Teil der Kosten ist nach Obsiegen und Unterliegen zu verteilen.

Die Klägerin beantragte, die Unterhaltsbeiträge seien für die Zeit vom 3. August 2010 bis 31. März 2011 um Fr. 3'683.– und ab 1. April 2011 um Fr. 3'820.– auf Fr. 13'280.– pro Monat zuzüglich der Schulkosten zu erhöhen. Für die vorliegend zu klärende Frage ist von Schulkosten in der Höhe von Fr. 4'166.– auszugehen. Die Klägerin fordert also im Ergebnis für die Zeit vom 3. August 2010 bis 31. März 2011 eine Erhöhung der Unterhaltsbeiträge um Fr. 7'849.– und für die Zeit ab 1. April 2011 eine Erhöhung um Fr. 7'986.–.

Der Beklagte verlangte dementgegen, die Unterhaltsbeiträge für die Zeit vom 3. August 2010 bis 31. März 2011 um Fr. 3'097.– pro Monat und für die Zeit ab dem 1. April 2011 um Fr. 2'960.– auf Fr. 6'500.– zu senken.

Im Ergebnis werden die Unterhaltsbeiträge ohne zeitliche Staffelung auf Fr. 8'780.– pro Monat festgelegt, es erfolgt mithin eine Senkung für die erste Periode um Fr. 817.– und für die zweite Periode um Fr. 680.–. Die Klägerin unterliegt mit ihren Anträgen vollumfänglich, der Gesuchsteller für die erste Periode zu rund

73 % und für die zweite Periode zu rund 77 %, insgesamt ist daher von einem unterliegen von 3/4 auszugehen.

Zu beachten ist, dass der Betrag der Erhöhung, den die Klägerin fordert, mehr als doppelt so hoch ist, wie jener der Senkung, die der Beklagte geltend macht. Das vollumfängliche Unterliegen der Klägerin ist daher doppelt zu gewichten. Insgesamt sind die betreffenden Kosten der Klägerin somit zu 3/4 und zu 1/4 dem Beklagten aufzuerlegen.

4. Im Ergebnis – in gesamthafter Betrachtung aller Umstände – sind die Kosten somit der Klägerin zu 2/3 aufzuerlegen und dem Beklagten zu 1/3. Dementsprechend ist die Klägerin in Anwendung von Art. 106 Abs. 2 ZPO zu verpflichten, dem Beklagten für das vorliegende Verfahren eine auf 1/3 reduzierte Prozessentschädigung zu bezahlen.

5.1. Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren ist in Anwendung von § 2 Abs. 1 der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2009 (GebV OG [LS 211.11]) sowie § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG, § 5 Abs. 1 GebV OG und § 8 Abs. 1 GebV OG zu bemessen. Unter Berücksichtigung der zahlreichen strittigen Punkte und den damit verbundenen tatsächlichen und rechtlichen Fragestellungen, des beachtlichen Umfanges der zum Teil neu eingereichten Akten sowie des Umstandes, dass vorliegend zwei Verfahren entschieden werden, ist die Entscheidgebühr auf Fr. 6'000.– festzusetzen.

5.2. Gemäss Art. 105 Abs. 2 ZPO spricht das Gericht nach den Tarifen im Sinne von Art. 96 ZPO eine Parteientschädigung zu und verlegt diese in Anwendung von Art. 106 Abs. 2 ZPO. Gemäss §1 Abs. 2 der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 (AnwGebV; LS 215.3) i.V.m. § 11 AnwGebV setzt sich die Entschädigung aus einer Grundgebühr und allfälligen Zuschlägen sowie den nötigen Auslagen zusammen. Im summarischen Verfahren beträgt die Grundgebühr gemäss § 6 Abs. 1 - 3 AnwGebV i.V.m. § 5 Abs. 1 AnwGebV und § 9 AnwGebV rund Fr. 280.– bis Fr. 16'000.–. In diesem Rahmen ist sie unter Berücksichtigung der Verantwortung, der Schwierigkeit des Falls und des Zeitaufwandes im Sinne von § 5 Abs. 1 AnwGebV festzulegen. Für das

Rechtsmittelverfahren ist gemäss § 13 Abs. 1 AnwGebV nur noch darauf abzustellen, was vor der Rechtsmittelinstanz noch streitig war.

5.3. Vorliegend waren noch die Unterhaltsbeiträge für die Klägerin und die Kinder, die Beistandschaft und das Besuchsrecht streitig. Die Anwälte trugen im vorliegenden Verfahren, da Kinderbelange zu entscheiden waren, doch eine beachtliche Verantwortung. Unterhaltsrechtliche Fragen und Fragen im Zusammenhang mit Kinderbelangen weisen zwar durchaus eine gewisse Komplexität auf, müssen aber sehr häufig entschieden werden. Es kann daher nicht von einer besonderen Schwierigkeit ausgegangen werden. Andererseits präsentierte sich die finanzielle Situation der Parteien komplex, ausserdem liegt ein beachtlicher Aktenumfang vor, was einen erhöhten Zeitaufwand nach sich zieht. Zudem muss berücksichtigt werden, dass beide Parteien je eine Berufung erhoben hatten und die Rechtsvertreter daher sowohl je eine Berufungsschrift als auch eine Berufungsantwort sowie die entsprechenden Stellungnahmen verfassen mussten, was den Zeitaufwand deutlich erhöht. Dem ist mit einem Zuschlag gemäss § 2 Abs. 2 AnwGebV zu begegnen.

5.4. Insgesamt ist von einer vollen Parteientschädigung von Fr. 9'000.– zuzüglich Mehrwertsteuer auszugehen. Die auf einen Drittel reduzierte Parteientschädigung ist daher auf total Fr. 3'240.– festzusetzen.

Es wird zunächst beschlossen:

1. Es wird vorgemerkt, dass die Dispositiv-Ziffern 1 - 3 sowie 7 und 8 des Urteils des Bezirksgerichts Meilen, Einzelgericht im ordentlichen Verfahren vom 15. August 2011 (Geschäfts-Nr.: FE100149) am 5. September 2011 in Rechtskraft erwachsen sind.

2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird sodann beschlossen:

1. Das Berufungsverfahren LY110033 wird mit dem vorliegenden Verfahren vereinigt, unter der Geschäftsnummer LY110031 weitergeführt und als dadurch erledigt abgeschrieben.

2. Schriftliche Mitteilungen mit nachfolgendem Erkenntnis an die Parteien je gegen Empfangsschein.

Es wird erkannt:

1. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für die Dauer des Scheidungsverfahrens monatliche Unterhaltsbeiträge in der Höhe von Fr. 8'780.– (davon je Fr. 3'420.– pro Kind und Fr. 1'940.– für die Klägerin persönlich) rückwirkend ab 3. August 2010 zu bezahlen, zahlbar jeweils im Voraus auf den Ersten eines jeden Monats.

2. Es wird davon vorgemerkt, dass der Beklagte seit dem 3. August 2010 bereits Fr. 65'117.– an den Unterhalt der Klägerin und der Kinder bezahlt hat.

3. Für die Töchter C._____ (geb. tt.mm.1996) und D._____ (geb. tt.mm.1998) wird eine Beistandschaft im Sinne von Art. 308 Abs. 2 ZGB angeordnet, und es wird die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde J._____ ersucht, die Person der Beiständin oder der Beistandes zu ernennen.

   Aufgabe des Beistandes bzw. der Beiständin ist es, im Sinne der Erwägungen den regelmässigen persönlichen Kontakt zwischen dem Beklagten und C._____ und D._____ wieder zu ermöglichen und bei Streitigkeiten zwischen den Parteien zu vermitteln.

   Insbesondere muss sie oder er abklären, in welchem Rahmen alle Beteiligte unter Beizug einer Fachperson wieder miteinander kommunizieren können

und hernach bei der Organisation und Durchführung dieser Gespräche den Parteien mit Rat und Tat zur Seite stehen.

4. Für C._____ und D._____ wird kein Besuchs- und Ferienrecht festgelegt.

5. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 6'000.– festgesetzt.

6. Die Kosten werden der Klägerin zu 2/3 und dem Beklagten zu 1/3 auferlegt.

   Die Gerichtskosten werden mit dem im vorliegenden Verfahren geleisteten Kostenvorschuss sowie mit dem im Verfahren LY110033 geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.

   Die Klägerin wird demgemäss verpflichtet, dem Beklagten den geleisteten Vorschuss anteilig in der Höhe von Fr. 1'000.– zu ersetzen.

7. Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten eine reduzierte Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 3'240.– zu bezahlen.

8. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und an das Bezirksgericht Meilen, Einzelgericht im ordentlichen Verfahren (Geschäfts-Nr.: FE100149), ferner in Disp. Ziff. 3 und 4 sowie in Erwägung Ziff. IV. an die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Bezirk Meilen, … [Adresse], je gegen Empfangsschein.

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

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

    Dies ist ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.
    Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.
    Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 5. März 2013

OBERGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. G. Kenny

versandt am:
js