

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LY120014-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider und Oberrichter lic. iur. P. Hodel sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Wili.

## Urteil vom 22. Juni 2012

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Gesuchsteller und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. et lic. oec. X. \_\_\_\_\_

gegen

**B.** \_\_\_\_\_,

Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y1. \_\_\_\_\_

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y2. \_\_\_\_\_

betreffend **Ehescheidung (vorsorgliche Massnahmen)**

**Berufung gegen eine Verfügung der 4. Abteilung des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 13. April 2012; Proz. FE110354**

## Erwägungen:

### I.

1. Die Parteien haben nach Angaben der Gesuchstellerin und Berufungsbeklagten (nachfolgend Berufungsbeklagte) am tt.mm.1984 in Z. \_\_\_\_\_ [Land in Europa] geheiratet. Aus dieser Ehe ging eine volljährige Tochter hervor (act. 6/4/2-3 und act. 6/5 und act. 6/7). Mit Klage vom 18. April 2011 machte die Berufungsbeklagte beim Einzelgericht des Bezirksgerichtes Zürich das Scheidungsverfahren anhängig (act. 6/1). Am 18. August 2011 stellte die Berufungsbeklagte ein Begehren um Anordnung vorsorglicher Massnahmen (act. 6/14 S. 4 f.), unter anderem mit dem Antrag, es sei der Beklagte und Berufungskläger (nachfolgend Berufungskläger) zu verpflichten, der Berufungsbeklagten für die Dauer des Verfahrens einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von Fr. 18'000.-- zu bezahlen. Der Berufungskläger beantragte anlässlich der Verhandlung betreffend vorsorgliche Massnahmen vom 3. Oktober 2011 die Abweisung dieses Antrages (act. 6/23). Für die ausführliche Darstellung der vorinstanzlichen Prozessgeschichte wird auf die Ausführungen im angefochtenen Entscheid verwiesen (act. 6/58 = act. 5, S. 2 f.). Mit Verfügung vom 13. April 2012 verpflichtete das zuständige Einzelgericht den Berufungskläger rückwirkend ab 1. September 2010 und für die Dauer des Scheidungsverfahrens, der Berufungsbeklagten monatliche, jeweils im Voraus zahlbare Unterhaltsbeiträge von Fr. 5'000.-- zu entrichten (act. 5).

2. Hiegegen richtet sich die vom Berufungskläger am 25. April 2012 rechtzeitig erhobene Berufung (act. 2). Er beantragte, es sei der angefochtene Entscheid aufzuheben und festzustellen, dass während des Scheidungsverfahrens keine Unterhaltsbeiträge geschuldet seien. In prozessualer Hinsicht beantragte der Berufungskläger zudem, es sei die Vollstreckbarkeit der angefochtenen Verfügung aufzuschieben.

3. Mit Verfügung vom 7. Mai 2012 wurde der Berufung betreffend die rückwirkend ab 1. September 2011 bis 30. April 2012 zu bezahlenden Unterhaltsbeiträge die aufschiebende Wirkung erteilt. Im Übrigen wurde das Gesuch des Berufungsklägers um Aufschiebung der Vollstreckbarkeit abgewiesen. Gleichzeitig wurde dem Berufungskläger Frist angesetzt um für das Berufungsverfahren einen Kostenvorschuss zu leisten (act. 7). Dieser wurde innert Frist geleistet (act. 9). Auf das Einholen einer Berufungsantwort wurde verzichtet (Art. 312 Abs. 1 ZPO). Die Sache erweist sich als spruchreif.

## II.

1. Gemäss Art. 276 Abs. 1 ZPO sind für vorsorgliche Massnahmen während des Scheidungsverfahrens die Bestimmungen über die Massnahmen zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft sinngemäss anwendbar. In Bezug auf die entsprechenden rechtlichen Grundlagen kann – um unnötige Wiederholungen zu vermeiden – auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (vgl. act. 5 S. 3 f. und S. 6 f.).

### 2. (Zukünftige) Unterhaltsbeiträge ab 1. September 2012

#### 2.1 *Hypothetisches Einkommen des Berufungsklägers*

2.1.1 Der Vorderrichter rechnete dem seit April 2010 erwerbslosen Berufungskläger gestützt auf seine dokumentierten und belegten früheren Jahres Nettoeinkünfte (act. 5 S. 11, act. 6/16/22 und act. 6/16/24-28) und in der Erwägung, dass er zumindest in den letzten zehn Jahren vor der Erwerbslosigkeit als Unternehmer tätig und er in der Vergangenheit stets in der Lage gewesen sei, nach wirtschaftlichen Niederlagen eine neue Geschäftstätigkeit zu entwickeln, dass er dadurch ein ansehnliches Erwerbseinkommen zu erzielen vermochte, dass er weiterhin als selbständiger Unternehmer sein Einkommen werde generieren müssen, dass eine Übergangszeit von rund zwei Jahren angemessen sei, und dass die behaupteten Akquisitionsbemühungen etwas dürftig und verspätet erfolg scheinen würden, ein hypothetisches Einkommen in Höhe von Fr. 15'000.-- ab 1. September 2012 an (act. 5 S. 9 ff., S. 14 f.).

2.1.2 Der Berufungskläger macht diesbezüglich geltend, die Höhe des ihm angerechneten hypothetischen Einkommens sei illusorisch. Selbst sein durchschnittliches Einkommen in den letzten zehn Jahren habe nur Fr. 127'800.-- (monatlich Fr. 10'650.--) betragen. Zu beachten sei auch, dass er nach dem Konkurs der C. \_\_\_\_\_ AG im Jahr 2002 erst nach fünf Jahren wieder ein Einkommen erzielt habe, welches ihm ermöglicht hätte, Unterhalt in Höhe von Fr. 5'000.-- zu bezahlen. Nun werde das von ihm bereits nach 2.5 Jahren erwartet. Das sei wegen der fehlenden Eigenmittel und der schwierigen wirtschaftlichen Zeiten nicht möglich (act. 2 S. 13). Analog zur Lage nach dem Konkurs der C. \_\_\_\_\_ AG, könne ihm entsprechend dem damaligen Einkommen unter Berücksichtigung der Teuerung maximal ein Einkommen von Fr. 7'500.-- monatlich angerechnet werden. Damit könne er nicht einmal seinen eigenen Bedarf von Fr. 9'463.-- bezahlen. Es könne ihm frühestens ab Frühjahr 2013 ein Einkommen angerechnet werden, welches ebenfalls entsprechend dem damaligen Einkommen nach fünf Jahren jährlich Fr. 125'000.-- (monatlich Fr. 10'400.--) betrage. Da der Bedarf der Parteien und das Einkommen der Gesuchstellerin im Frühjahr 2013 aber noch nicht bekannt seien, seien deshalb zum jetzigen Zeitpunkt keine Unterhaltsbeiträge zuzusprechen (act. 2 S. 14 f.).

2.1.3 Es ist notorisch, dass ein Einkommen im Laufe der Zeit und mit der dadurch zunehmenden Arbeitserfahrung eine steigende Tendenz aufweist. Auch wachsen und verbreitern sich mit der Tätigkeit die geschäftlichen Kontakte. Damit ändern sich wesentliche Faktoren, die einen Einfluss auf eine allfällige neue Betätigung des Berufungsklägers und sein Einkommen haben. Vor diesem Hintergrund erscheint es deshalb nicht gerechtfertigt, vorliegend auf die vergangenen Konstellationen um den Konkurs der C. \_\_\_\_\_ AG abzustellen, wie es der Berufungskläger fordert. Es ist daher auch nicht einzusehen, inwiefern es angemessen wäre, hier von den damals generierten Einkommen auszugehen, hatte sich doch in der Zwischenzeit auch das Einkommen tatsächlich und wesentlich gesteigert und betrug im Jahr 2007 Fr. 262'944.-- netto zuzügl. Spesen von Fr. 24'000.--, im Jahr 2008 Fr. 277'508.-- netto zuzügl. Spesen von Fr. 55'000.-- und im Jahr 2009 Fr. 326'966.-- netto zuzügl. Spesen von Fr. 65'000.-- (act. 6/16/22; act. 6/16/24-26). Vielmehr sind die konkreten Umstände heranzuziehen.

2.1.4 Vom Konkurs der C.\_\_\_\_\_ AG (2002) bis zu der letzten Tätigkeit des Berufungsklägers bei der D.\_\_\_\_\_ AG (2010) liegen rund acht Jahre, in welchen der Berufungskläger weitere Erfahrungen sammeln und Geschäftskontakte knüpfen konnte, weshalb die von der Vorinstanz gewährten 2.5 Jahre bis zum 1. September 2012 (act. 5 S. 15) als Übergangszeit, um eine neue Tätigkeit zu finden, angemessen erscheinen. Daran vermag auch das Argument der bestehenden Wirtschaftskrise nichts zu ändern. Wie die Vorinstanz bereits zutreffend erwog (act. 5 S. 14 f.), konzentriert sich die Tätigkeit des Berufungsklägers auf die weiter entwicklungsfähigen Nationen, die von der Wirtschaftskrise nicht oder zumindest nicht in der gleichen Weise betroffen sind. Der Berufungskläger lässt bis heute nicht erkennen, in welcher Branche er bisher genau tätig war. Er behauptet auch nicht, dass er sich damit in einem Tätigkeitsfeld befinden würde, auf welches das Festgestellte nicht zutreffen würde. Das Argument, es fehle an genügend Eigenmitteln, zielt ebenfalls ins Leere. Bereits in der Vergangenheit arbeitete der Berufungskläger mit Investoren. Beispielsweise wurde die D.\_\_\_\_\_ AG nach Angaben des Berufungsklägers (unter anderem) von E.\_\_\_\_\_ finanziert (vgl. Prot. I. S. 41). Warum nicht auch jetzt eine Fremdfinanzierung möglich sein sollte, ist nicht zu erkennen. Er legte ferner nicht glaubhaft dar, dass er in der Vergangenheit ernsthafte, angemessene Bemühungen machte, die bis heute erfolglos gewesen wären. Der Berufungskläger vermag somit gegen die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens ab 1. September 2012 und auch gegen die (im Gegensatz zum bei der letzten Tätigkeit bei der D.\_\_\_\_\_ AG generierten Einkommen massiv reduzierten) Höhe von monatlich Fr. 15'000.-- nichts vorzubringen. Der vorinstanzliche Entscheid erscheint gerechtfertigt.

## 2.2 *Hypothetisches Einkommen der Berufungsbeklagten*

2.2.1 Bei der Unterhaltsberechnung berücksichtigte die Vorinstanz seitens der Berufungsbeklagten kein Erwerbseinkommen, weil sie es als glaubhaft erachtete, dass die Berufungsbeklagte aus ihrer GmbH keine regelmässigen Einkünfte erziele (act. 5 S. 10). Das ist hier soweit unbestritten. Der Berufungskläger führt in der Berufungsschrift aber aus, es sei der Berufungsbeklagten ein hypothetisches Einkommen aus einer Erwerbstätigkeit anzurechnen. Er fügt an, die Berufungsbe-

klagte behauptete selber, dass sie als Privatsekretärin für den Berufungskläger Leistungen im Wert von monatlich Fr. 6'000.-- erbracht habe. Unabhängig davon, ob das stimme, gehe sie aber offensichtlich von dieser Möglichkeit aus, weshalb darauf abzustellen sei. Es sei ihr angesichts der ihr attestierten Fremdsprachenkenntnisse möglich, kurzfristig in der Industrie oder im Dienstleistungssektor eine Arbeitsstelle zu finden. Zusammen mit dem ihr anzurechnenden Vermögensertrag könne die Berufungsbeklagte somit ihren eigenen Bedarf decken und bedürfe keiner Unterhaltsbeiträge (act. 2 S. 15).

2.2.2 Die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens setzt voraus, dass einem Ehegatten die Erzielung eines solchen Einkommens tatsächlich möglich und zumutbar wäre (ZK ZPO-KOBEL, Art. 276 N 12; FamKomm Scheidung/VETTERLI, 2. Aufl. 2011, Art. 176 N 32; BGE 128 III 4, E. 4a m.w.H.). Dabei gilt die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit für einen Ehegatten, der während einer längeren Zeit nicht erwerbstätig war, nicht ohne Weiteres und in der Regel erst dann als zumutbar, wenn das Erwerbseinkommen des (unterhaltsverpflichteten) Ehegatten nicht ausreicht, um den Grundbedarf beider Ehegatten zu decken (ZK ZPO-KOBEL, Art. 276 N 13; BSK ZGB I-SCHWANDER, 4. Aufl. 2010, Art. 176 N 2 f.). Unterhaltsverpflichtet ist derjenige, der während der Ehe für den Bedarf der Familie aufkam. Handelte es sich um eine Hausgattenehe, so besteht eine 100-prozentige Geldleistungspflicht des Erwerbstätigen (BSK ZGB I-ISENRING/KESSLER, Art. 173 N 5-7).

2.2.3 Wie die Vorinstanz zutreffend ausführte, war die 52-jährige Berufungsbeklagte während ihrer 27-jährigen Ehedauer nie erwerbstätig (act. 5 S. 10). Die F.\_\_\_\_\_ AG wurde von der Berufungsbeklagten erst am 14. Dezember 2010 gegründet, wobei daraus ohnehin keine regelmässigen Einkünfte erzielt werden (vgl. vorstehend E. 2.2.1). Ob die Berufungsbeklagte während der Ehedauer allenfalls für den Ehemann tätig war, bleibt überdies irrelevant, weil eine solche Tätigkeit innerhalb der Ehe nicht mit einer (Geld generierenden) Erwerbstätigkeit im obigen Sinne gleichgestellt werden kann. Während der Ehe sorgte somit der Berufungskläger in finanzieller Hinsicht für den Unterhalt der Familie. Die Parteien lebten daher in einer typischen Hausgattenehe und der Berufungskläger ist unter-

haltsverpflichtet. Er vermag mit seinem (hypothetischen) Einkommen den Grundbedarf beider Ehegatten zu decken; es liegt kein Mankofall vor (vgl. act. 5 S. 30). Daraus erhellt, dass der Berufungsbeklagten entsprechend der bisherigen Rollenverteilung im Rahmen von vorsorglichen Massnahmen im Scheidungsverfahren die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit grundsätzlich nicht zugemutet werden kann. Es sind keine Umstände ersichtlich, die eine Abweichung davon rechtfertigen würden. Dementsprechend ist der Berufungsbeklagten kein hypothetisches Einkommen für eine Erwerbstätigkeit anzurechnen; unabhängig davon, ob eine solche tatsächlich möglich wäre.

### *2.3 Bedarf der Berufungsbeklagten*

2.3.1 Den Bedarf der Berufungsbeklagten bezifferte die Vorinstanz insgesamt mit Fr. 6'522.--. Sie berücksichtigte dabei einen verdoppelten Grundbetrag in Höhe von Fr. 1'100.--, Wohnkosten in Höhe von Fr. 1'300.--, Krankenkassenbeiträge in Höhe von Fr. 677.--, Gesundheitskosten in Höhe von Fr. 200.--, Versicherungen in Höhe von Fr. 231.--, Fahrtkosten in Höhe von Fr. 400.--, Telefon und Billag in Höhe von Fr. 238.--, Kosten für eine Raumpflegerin in Höhe von Fr. 300.-- und Steuern in Höhe von Fr. 976.-- (act. 5 S. 23 ff.). Auf die einzelnen Positionen wird nachfolgend nur insoweit eingegangen, wie sie angefochten wurden.

2.3.2 Der Berufungskläger stellt sich auf den Standpunkt, der Bedarf der Berufungsbeklagten sei zu korrigieren. Er betrage lediglich Fr. 4'727.-- oder maximal Fr. 5'052.--. Die Berufungsbeklagte lebe mit ihrer Tochter in einer Lebensgemeinschaft zusammen, wobei beide über ein eigenes Einkommen verfügen würden. Es sei bei der Berufungsbeklagten deshalb nur ein hälftiger Ehegatten-Grundbetrag (Fr. 850.--) verdoppelt anzurechnen. Die Wohnkosten würden sich zudem ungerundet auf Fr. 1'262.-- belaufen (act. 2 S. 16). Die der Berufungsbeklagten angerechneten Versicherungskosten von monatlich Fr. 231.-- seien auch nicht zu berücksichtigen, weil sie diese nicht belegt habe. Die eingereichten Dokumente seien lediglich Versicherungsanträge. Darüber hinaus laute die Haftpflichtversicherung auf die GmbH der Berufungsbeklagten und sei deshalb in ihrem Bedarf nicht zu berücksichtigen. Werde dennoch davon ausgegangen, dass die übrigen Versicherungen (Rechtsschutzversicherung, Haushaltversicherung

und Reiseversicherung) tatsächlich abgeschlossen worden seien, so habe sich die Tochter an der Hälfte der Prämien zu beteiligen, weshalb bei der Berufungsbeklagten maximal monatlich Fr. 100.-- zu berücksichtigen seien (act. 2 S. 16 f.). Die Kosten von Fr. 300.-- für die Raumpflegerin seien mangels Vorlage eines Arbeitsvertrages ebenfalls nicht zu berücksichtigen. Sollte ihr dieser Luxus dennoch zugestanden werden, so würden die Kosten bei wöchentlich 3.5 Stunden während 48 Wochen pro Jahr, 5.15 % AHV, einer Unfallversicherung von notorisch Fr. 100.-- pro Jahr und der hälftigen Beteiligung der Tochter lediglich Fr. 225.-- betragen. Im Falle, dass keine Unterhaltsbeiträge geschuldet seien, reduziere sich zudem der monatliche Steuerbetrag auf Fr. 250.-- (act. 2 S. 17).

2.3.3 Die Berufungsbeklagte lebt mit der gemeinsamen Tochter in der Wohnung in G.\_\_\_\_\_ (Prot. I S. 59). Die Tochter der Parteien ist rund 27-jährig (Jahrgang 1985) und geht nach dem Besuch von Privatschulen und Universitäten nach Angaben des Berufungsklägers in Zürich einer regelmässigen Erwerbstätigkeit als Rechtsanwältin nach, wobei sie rund Fr. 14'000.-- monatlich verdiene (act. 2 S. 16; act. 5 S. 8 und S. 9; Prot. I S. 20 und S. 24). Es ist in Anbetracht des Alters und der Lebensumstände von einer selbständigen Lebensweise der Tochter und mithin lediglich von einer Wohngemeinschaft zwischen Mutter und Tochter auszugehen. Es rechtfertigt sich offensichtlich nicht, den Grundbetrag einzusetzen, welcher auf Ehegatten oder auf eine eingetragene Partnerschaft Anwendung findet, wie es der Berufungskläger verlangt. Im Gegenteil, die Vorinstanz setzte bei der Berufungsbeklagten gestützt auf die genannten Umstände zutreffend den Grundbetrag für eine in einer Haushaltgemeinschaft mit erwachsenen Personen lebende Person in Höhe von Fr. 1'100.-- ein. Die Verdoppelung dieses Grundbetrages rügt der Berufungskläger im Übrigen nicht.

2.3.4 Die monatlichen Kosten der Wohnung in G.\_\_\_\_\_ betragen gemäss Unterlagen für die Berufungsbeklagte anteilmässig Fr. 1'262.50 (act. 6/22/20-21). Der Berufungskläger geht von Fr. 1'262.-- aus. Die Vorinstanz legte den gerundeten Betrag von Fr. 1'300.-- zugrunde (act. 5 S. 26). Die vom Berufungskläger gerügte Rundungsdifferenz beträgt somit lediglich Fr. 38.-- oder effektiv Fr. 37.50. Das erscheint in Anbetracht der allgemeinen finanziellen Verhältnisse

der Parteien allerdings überspitzt, zumal in der Bedarfsrechnung ebenfalls geschätzte Positionen bestehen. Es kann daher nicht wesentlich auf diesen Betrag ankommen.

2.3.5 Das trifft mit dieser Begründung auch auf die Kosten für eine Haushaltshilfe zu. Von den Parteien unbestritten ist, dass es vor der Trennung eine Haushaltshilfe gab. Die Vorinstanz führte zutreffend aus, dass der Berufungsbeklagten unter Belassung des gebührenden Bedarfs (zuletzt gelebter eheliche Lebensstandard entsprechend der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Berufungsklägers reduziert; vgl. ZK ZPO-KOBEL, Art. 276 N 11) eine solche auch weiterhin zuzugestehen ist; es kann darauf verwiesen werden (act. 5 S. 25). Die Vorinstanz berücksichtigte für die Haushaltshilfe bei vier Stunden pro Woche und einem Stundenansatz von Fr. 30.-- netto abzüglich einer hälftigen Beteiligung der Tochter Fr. 300.-- monatlich (act. 5 S. 28), während der Berufungskläger unter denselben Umständen lediglich Fr. 225.-- zu akzeptieren bereit ist. Auch auf diese Differenz von Fr. 75.-- kann es vorliegend nicht ernsthaft ankommen. Im Übrigen ist dem Berufungskläger zu widersprechen, wenn er behauptet, es seien auf dem monatlichen Lohn lediglich Abgaben in Höhe von 5.15 % für AHV zu berücksichtigen. Wie die Vorinstanz mit dem Zusatz "etc." richtigerweise vermerkt, sind weitere Abgaben zu berücksichtigen, wie beispielsweise 1.1 % für die ALV (act. 5 S. 28). Zudem ist von einer 52-wöchigen Tätigkeit im Jahr auszugehen, weil der Lohn auch während den zu gewährenden Ferien zu entrichten ist (Art. 329d Abs. 1 OR).

2.3.6 Bei den Versicherungen anerkannte die Vorinstanz eine Rechtsschutzversicherung, eine Haftpflichtversicherung, eine Haushaltversicherung und eine Reiseversicherung mit monatlichen Prämien in Höhe von insgesamt Fr. 231.-- (act. 5 S. 27). In Bezug darauf ist klarzustellen, dass die Belege zwar mit "Antrag" bezeichnet sind, sie indes von den Vertragsparteien unterzeichnet sind (act. 6/36/11-14). Es erscheint daher glaubhaft, dass entsprechende Verträge mit den genannten Prämien zustande gekommen sind. Die Rechtsschutzversicherung mit einer Jahresprämie von Fr. 285.-- (act. 6/36/11), die kombinierte Privathaftpflicht-/Haushaltversicherung mit einer Jahresprämie von Fr. 1'954.25

(act. 6/36/13) als auch die Reiseversicherung mit einer Jahresprämie von Fr. 155.95 (act. 6/36/14) lauten auf die Berufungsbeklagte und umfassen eine Einzelperson. Es ist deshalb nicht einzusehen, weshalb sich die Tochter an diesen Kosten hälftig beteiligen soll. Demgegenüber lautet der eingereichte Nachweis für die Haftpflichtversicherung mit einer Jahresprämie von Fr. 376.-- (monatlich Fr. 31.--) nicht auf die Berufungsbeklagte, sondern auf die F.\_\_\_\_\_ GmbH (act. 6/36/12). Diese Prämie ist daher von der GmbH zu tragen und dementsprechend im Bedarf der Berufungsbeklagten nicht zu berücksichtigen. Für die obgenannten Versicherungen wäre in Abweichung zur Vorinstanz im Bedarf der Berufungsbeklagten somit lediglich ein Betrag von monatlich rund Fr. 200.-- einzusetzen.

2.3.7 Unabhängig des Ausgeführten gilt aber insgesamt das Folgende: Selbst wenn die Wohnkosten um Fr. 38.--, die Kosten für die Raumpflegerin um Fr. 75.-- und für Versicherungsprämien um Fr. 31.-- reduziert würden, so würde der Bedarf der Berufungsbeklagten immer noch Fr. 6'378.-- und der genaue rechnerische Unterhaltsbeitrag Fr. 4'907.50 betragen. Im Gegensatz zum von der Vorinstanz berücksichtigten Bedarf in Höhe von Fr. 6'522.-- und zum errechneten Unterhaltsbeitrag von "exakt" Fr. 4'979.50 (act. 5 S. 30) ergibt sich also bloss eine Abweichung von Fr. 144.-- im Bedarf bzw. Fr. 72.-- für den Unterhaltsbeitrag. Diese im Verhältnis minimale rechnerische Differenz von Fr. 72.-- zum ungerundeten (Fr. 92.50.-- zum gerundeten) Unterhaltsbeitrag gemäss angefochtenem Entscheid rechtfertigt insgesamt aber keine Korrektur. Denn der Entscheid über die Unterhaltsbeiträge bleibt letztlich immer ein Ermessensentscheid und es ist zu bedenken, dass die vordergründig genaue mathematische Berechnung angesichts der verschiedenen Pauschalbeträge im Bedarf sowie dem geschätzten hypothetischen Einkommen eine Scheingenaugigkeit darstellt. Der Berufungskläger vermag insgesamt nicht darzutun, dass der angefochtene Entscheid, den Unterhaltsbeitrag auf Fr. 5'000.-- monatlich festzusetzen, unangemessen wäre. Anzuführen bleibt, dass bei einem unveränderten Unterhaltsbeitrag von Fr. 5'000.-- monatlich, im Bedarf auch die berücksichtigten Steuern nicht zu verändern sind.

### 3. (Bisherige) Unterhaltsbeiträge bis zum 31. August 2012

3.1 Ferner rügt der Berufungskläger mit seiner Berufung die vorinstanzliche Anordnung, wonach er der Berufungsbeklagten Unterhaltsbeiträge in Höhe von Fr. 5'000.-- rückwirkend ab 1. September 2010 zu entrichten hat (act. 2 S. 6 ff.). Er macht zunächst geltend, die anwaltlich vertretene Berufungsbeklagte verlange mit ihrem klar gefassten Begehren keine rückwirkenden Unterhaltszahlungen, weshalb das Begehren auch nicht auszulegen und rückwirkende Unterhaltsbeiträge nicht zuzusprechen seien. Solche seien frühestens ab Einreichung der Klage am 18. August 2011 zuzusprechen (act. 2 S. 6 f.).

3.2 Wie die Vorinstanz zutreffend feststellt (act. 5 S. 7 f.), beantragte die Berufungsbeklagte vor Vorinstanz nur für das Scheidungsverfahren rückwirkende Unterhaltsbeiträge von Fr. 18'000.-- explizit (act. 6/14 S. 2). In den Anträgen für die vorsorgliche Massnahme, verlangte sie die Unterhaltszahlungen von ebenfalls Fr. 18'000.-- nicht rückwirkend (act. 6/14 S. 4). In der Begründung der vorsorglichen Massnahme verweist die Berufungsbeklagte allerdings auf die Begründung der Scheidungsklage (act. 6/14 S. 20 ff.; Prot. I S. 10), im Speziellen auch darauf, dass der Berufungskläger in der Vergangenheit seit April 2010 seinen finanziellen Verpflichtungen nicht nachgekommen sei (act. 6/14 S. 20).

3.3 Ein Rechtsbegehren muss so bestimmt sein, dass es bei Gutheissung der Klage zum Urteil erhoben werden kann (ZK ZPO-LEUENBERGER, Art. 221 N 28). Das Gericht seinerseits ist daran gebunden; es kann nach dem Dispositionsgrundsatz nicht mehr oder anderes zusprechen, als eingeklagt wurde (Art. 58 ZPO; ZK ZPO-LEUENBERGER, Art. 221 N 29). Allerdings zitiert die Vorinstanz zu Recht den Entscheid der Kammer vom 19. Mai 1981 (ZR 81 Nr. 48 mit Hinweis auf den damaligen Kommentar von STRÄULI/MESSMER zur zürcherischen Zivilprozessordnung; dies entspricht in der letzten Auflage von FRANK/STRÄULI/MESSMER, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 1997, § 54 N 16 und § 100 N 15), wonach ein Rechtsbegehren nicht nur nach Wortlaut, sondern auch nach seinem Sinn und nach dem Grundsatz von Treu und Glauben auszulegen ist. Auch nach neuem Prozessrecht ist zur Ermittlung des Inhalts des Rechtsbegehrens dieses unter Berücksichtigung der Klagebegründung nach den

allgemeinen Regeln auszulegen (ERIC PAHUD, DIKE-Komm-ZPO, Art. 221 N 7). In Ergänzung dazu lassen Leuenberger und Frei/Willisegger die Auslegung aber nur zu, wenn das Begehren unklar ist (ZK ZPO-LEUENBERGER, Art. 221 N 38; BSK ZPO-FREI/WILLISEGGER, Art. 221 N 9). Diese Formulierung ist missverständlich. Entgegen der Ansicht des Berufungsklägers bedeutet es nicht, dass ein Rechtsbegehren erst der genannten Auslegung zugänglich ist, wenn der Wortlaut an sich unklar, widersprüchlich, unvollständig oder unbestimmt ist. Ein Rechtsbegehren ist in diesem Sinne unklar, wenn sein Wortlaut einen anderen Sinn hat, als derjenige, der sich auf Grund der Umstände, namentlich der Begründung und weiteren Begehren, ergibt. Es ist dann nach den Auslegungsregeln unter Beizug der Klagebegründung der Inhalt des Rechtsbegehrens zu ermitteln und es ist in der Folge darauf abzustellen. Vor diesem Hintergrund ist der vorinstanzliche Entscheid, gestützt auf den expliziten Antrag in der Hauptsache und die Begründung des Massnahmebegehrens, auch im Massnahmeverfahren vom Antrag auf rückwirkende Zusprechung von Unterhaltsbeiträgen auszugehen, nicht zu beanstanden.

3.4 Die Vorinstanz führt im Weiteren aus, dass beide Parteien ihren laufenden Unterhalt seit August 2010 durch die Anzehrung ihres Vermögens zu finanzieren gehabt hätten. Die Berufungsbeklagte habe nebst ihren laufenden Unterhaltskosten verschiedene grössere, beide Parteien betreffende Ausgaben belegen können, weshalb der Gesuchsteller, der mit der Berufungsbeklagten eine klassische Rollenverteilung gelebt habe, über gutes Einkommen verfügte und grundsätzlich noch erwerbsfähig war und ist, rückwirkend Unterhaltsbeiträge zu entrichten habe. Angesichts seines Vermögenszuwachses in Höhe von Fr. 1.2 Mio. abzüglich der belegten Zahlungen in Höhe von Fr. 350'000.-- (Steuern und Darlehensrückzahlung; act. 5 S. 16 ff., S. 23) seien Fr. 5'000.-- pro Monat zumutbar. Das, auch wenn die Berufungsbeklagte über ein grösseres Vermögen verfüge, weil ihr dieses auch als Altersvorsorge werde dienen müssen (act. 5 S. 39 f.). Nicht relevant sei, über welche Vermögenswerte der Gesuchsteller heute verfüge, sondern dass er den behaupteten Vermögensschwund von rund Fr. 1 Mio. nicht glaubhaft habe erklären und belegen können (act. 5 S. 40).

3.5 Der Berufungskläger macht dagegen geltend, es seien rückwirkend keine Unterhaltsbeiträge geschuldet, weil diese aus dem Vermögen zu entrichten wären, er aber nur noch über ein bescheidenes Vermögen verfüge und es nicht angehen könne, dass er dieses hierfür mit Fr. 5'000.-- anzehren müsste, während die Berufungsbeklagte demgegenüber ein Vermögen von rund Fr. 2.145 Mio. habe, dieses äufnen könne und nur im Umfang von Fr. 2'100.-- anbrauchen müsse (act. 2 S. 9, S. 10 und S. 12). Zu seinem Vermögen führt der Berufungskläger aus, dass es zwar zutreffe, dass er die im Februar 2011 erhaltenen Fr. 1.2 Mio. zur Bestreitung seines eigenen Lebensunterhaltes angezehrt habe, was aber nichts daran ändere, dass dieser Vermögenswert der Mutter zuzuordnen sei und er im verbrauchten Umfang dieser gegenüber ersatzpflichtig sei (act. 2 S. 8 f.). Den Vermögensverzehr begründet er ferner erneut mit der Rückzahlung des Darlehens an Herrn H.\_\_\_\_\_ in Höhe von € 150'000.-- bzw. rund Fr. 195'000.-- im August/September 2011, sodann mit dem eigenen Verbrauch von Fr. 190'000.-- für die Monate ab August 2010, Ausgaben für die Wohnungseinrichtung, die vorübergehende Logis im Business-Apartment zu Fr. 5'000.-- und Auslagen im Zusammenhang mit der Krankheit der Mutter (act. 2 S. 11 f.).

3.6 Von Gesetzes wegen können auch im Massnahmeverfahren Unterhaltsbeiträge rückwirkend bis ein Jahr vor Einreichung des Scheidungsbegehrens verlangt werden (Art. 276 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 173 Abs. 3 ZGB; ZK ZPO-KOBEL, Art. 276 N 32). Im Rahmen der rückwirkenden Regelung von Unterhaltsbeiträgen kann allerdings nicht auf ein hypothetische Einkommen abgestellt werden. Das hat die Vorinstanz bereits zutreffend ausgeführt, weshalb darauf verwiesen werden kann (vgl. act. 5 S. 15 und S. 39). Reicht das Einkommen des Unterhaltsverpflichteten nicht aus und lässt sich dieses auch nicht steigern, so ist nach allgemeinen Grundsätzen einem Ehegatten die Anzehung seines Vermögens zu Unterhaltszwecken grundsätzlich zuzumuten, wobei sämtliche Umstände des konkreten Einzelfalls zu berücksichtigen sind. Von Bedeutung sind insbesondere der bisherige Lebensstandard, der allenfalls zusätzlich eingeschränkt werden kann und muss, die Grösse des Vermögens (Liquidität) und die Dauer, für die ein Rückgriff auf das Vermögen nötig sein wird. Das Bundesgericht bezeichnet Abstriche an der bisherigen Lebenshaltung und allenfalls Rückgriffe auf das Vermö-

gen im Rahmen von Eheschutzmassnahmen und im Verfahren nach Art. 137 aZGB mit Rücksicht auf den beschränkten Zeithorizont als grundsätzlich zumutbar (BGer 5A\_706/2007 vom 14. März 2008 E. 4.4; BGer 5P.472/2006 vom 15. Januar 2007 E. 3.2). Das ist auch unter der Geltung von Art. 276 ZPO nicht anders zu beurteilen.

3.7.1 Wie bereits festgestellt, trifft den Berufungskläger auf Grund der gelebten Rollenverteilung während der Ehe auch nach der Trennung die Pflicht die zur Deckung des Bedarfs der Parteien notwendigen finanziellen Mittel aufzubringen (vgl. E. 2.2.2 und 2.2.3 vorstehend). Da der Berufungskläger in der zu beurteilenden Zeit vom 1. September 2010 bis heute kein Erwerbseinkommen erzielte und bis zum 31. August 2012 erzielen wird (hypothetisches Einkommen erst ab 1. September 2012; vgl. E. 2.1 vorstehend) und er auch keine Ersatzleistungen erhielt oder erhalten wird, ist es ihm nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung grundsätzlich zumutbar, sein Vermögen für den Unterhalt heranzuziehen, zumal es sich um eine beschränkte Dauer von 24 Monaten handelt. Vorausgesetzt ist, dass es seine Vermögensverhältnisse zulassen. Dies ist im Folgenden zu überprüfen.

3.7.2 Unbestritten erhielt der Berufungskläger per Ende 2009 und im Verlaufe des Jahres 2010 aus der güterrechtlichen Auseinandersetzung und von Versicherungen insgesamt Fr. 374'776.50. Davon überwies er der Berufungsbeklagten Fr. 120'000.-- (act. 2 S. 8; vgl. act. 5 S. 17 und S. 21). Mit der Restanz von rund Fr. 250'000.-- konnte der Berufungskläger in dieser Zeit – d.h. bis Ende Januar 2011 – ohne Weiteres seinen eigenen Bedarf decken. Im Februar 2011 kam dem Berufungskläger eine weitere Summe von Fr. 1.2 Mio zu (act. 5 S. 21). Der Berufungskläger behauptet, es habe sich dabei um Erlös vom Verkauf von Bildern und Kunstgegenständen der Mutter gehandelt (act. 2 S. 8; vgl. act. 5 S. 22). Im Berufungsverfahren führt er zudem und erstmals aus, dass er dieses Geld wird zurückzahlen müssen (act. 2 S. 9).

3.7.3 Solche neue Behauptungen, wie auch neue Beweismittel oder eine Klageänderung, können im Berufungsverfahren grundsätzlich nur noch unter den eingeschränkten Voraussetzungen von Art. 317 ZPO vorgebracht werden. Um-

stritten ist aber, ob diese Novenbeschränkung auch in Verfahren mit Geltung des Untersuchungsgrundsatzes zur Anwendung gelangt (vgl. SJZ 107/ 2011 S. 171; ZK ZPO-REETZ/HILBER, Art. 317 N 13 ff.; PETER VOLKART, Dike-Komm-ZPO, Art. 317 N 24; ZR 110/2011 Nr. 112; a.M. ZR 110/2011 Nr. 96 und ZR 111/2012 Nr. 35). Zur Frage der Zulässigkeit dieser neu vorgebrachten Behauptung äussert sich der Berufungskläger nicht. Eine Auseinandersetzung mit dieser Problematik und die Prüfung der Zulässigkeit kann hier aber unterbleiben. Selbst wenn sie berücksichtigt würde, änderte sie ohnehin nichts, zumal der Berufungskläger bereits den Umstand, dass es sich um Geld der Mutter handle, und auch die Behauptung, dass er dieses Geld werde zurückzahlen müssen, weder zu belegen vermag noch glaubhaft substantiiert.

3.7.4 Die Vorinstanz erkannte sodann als Vermögensverzehr die Rückzahlung eines Darlehens an Herrn I.\_\_\_\_\_ (€ 100'000.-- = rund Fr. 120'000.--), die Tilgung von Steuerschulden (Fr. 250'000.--) sowie die Deckung des eigenen Bedarfs in Höhe von Fr. 15'000.-- bis Fr. 20'000.-- monatlich und ging unter Berücksichtigung von (nicht belegten) allfälligen weiteren Aufwendungen von einem restlichen Vermögen von rund Fr. 400'000.-- aus (act. 5 S. 22 f.). Das ist tolerant berechnet. Werden dem Berufungskläger monatliche Ausgaben von Fr. 20'000.-- zugestanden, so sind damit abzüglich des hier geltend gemachten Bedarfs in Höhe von monatlich Fr. 9'400.-- auch die nur teilweise belegten Ausgaben für Reisen nach ..., die vorübergehenden Kosten des Business-Appartements und eine neue Wohnungseinrichtung sowie allfällige Kosten im Zusammenhang mit der Krankheit der Mutter (act. 2 S. 11 f.), wie es der Berufungskläger vorbringt, ohne Weiteres gedeckt. Weiterungen betreffend den effektiven Bedarf des Berufungsklägers erübrigen sich daher. Ausgehend von Fr. 1.2 Mio. abzüglich der genannten Darlehensrückzahlung, der Tilgung der Steuerschulden und grosszügigen Ausgaben von monatlich Fr. 20'000.-- für die Zeit von 1. Februar 2011 bis 31. August 2012 (19 Monate), verbleibt dem Berufungskläger rechnerisch noch immer ein Betrag von Fr. 450'000.--.

3.7.5 Explizit nicht anerkannt hat die Vorinstanz im Übrigen die vom Berufungskläger behauptete Rückzahlung des Darlehens an Herrn H.\_\_\_\_\_ (act. 5

S. 22). Hierfür reicht der Berufungskläger im Berufungsverfahren neu ein Bestätigungsschreiben von Herrn H. \_\_\_\_\_ ein, wonach von einer Darlehensschuld in Höhe von € 340'000.-- am 10. August 2011 € 50'000.-- und am 14. September 2011 € 100'000.-- durch den Berufungskläger bezahlt worden sind (act. 4/8). Dass der Rest dieses Darlehens eingefordert würde, geht aus dem Schreiben nicht hervor und wird auch nicht behauptet. Dieses Schreiben datiert vom 17. April 2012, erging somit nach dem angefochtenen Urteil und ist daher als echtes Novum im Lichte von Art. 317 ZPO zu berücksichtigen, soweit in Verfahren mit Untersuchungsmaxime Noven nicht ohnehin unbeschränkt zuzulassen sind (E. 3.7.3 vorstehend). Aber auch die Berücksichtigung dieser Darlehensrückzahlung in Höhe von ungefähr Fr. 180'000.-- (€ 150'000.--) vermag am vorinstanzlichen Entscheid nichts zu ändern. Selbst abzüglich dieses Betrages verbleibt dem Berufungskläger ein Betrag von Fr. 270'000.--. Einen weiteren Verzehr vermag der Berufungskläger auch im Berufungsverfahren nicht darzutun, insbesondere ist das Einreichen von aktuellen Kontoauszügen (act. 4/2-6) dafür unbehelflich. Angesichts eines Vermögens von Fr. 270'000.-- und unter Berücksichtigung der Dauer von 24 Monaten (1. September 2010 bis 31. August 2012) erscheint es nicht unangemessen, dem Berufungskläger die Anzehrung dieses Vermögens zuzumuten.

3.8.1 Nach dem Gesagten hat aufgrund der Geldleistungspflicht des Berufungsbeklagten grundsätzlich alleine sein Vermögen die Auslagen der Ehegatten sowohl rückwirkend als auch bis zur Anrechnung des hypothetischen Einkommens ab dem 1. September 2012 (vgl. E. 2.1 vorstehend) zu decken. Entgegen der Meinung des Berufungsklägers ist also das Vermögen der Berufungsbeklagten grundsätzlich ohne Relevanz. Dennoch ging die Vorinstanz davon aus, dass es angesichts der Höhe ihres Vermögens auch der Berufungsbeklagten zumutbar sei, vorübergehend ihr Vermögen anzuzehren, allerdings nur in begrenztem Rahmen, weil der Berufungsbeklagten ihr Vermögen auch als Altersvorsorge wird dienen müssen (act. 5 S. 39).

3.8.2 Die Vorinstanz berücksichtigte den Vermögensverzehr der Berufungsbeklagten bei der Festlegung der Höhe der rückwirkend geschuldeten Unterhalts-

beiträge. Denn während der Berufungskläger ab April 2010 sämtliche regelmässig erfolgten Zahlungen und Rechnungsbegleichungen eingestellt hatte, hatte die Berufungsbeklagte danach weitere erhebliche Ausgaben für Rechnungen, die jeweils beide Parteien betrafen. Zwar überwies der Berufungskläger im letzten Quartal 2010 der Berufungsbeklagten Fr. 120'000.--, dieser Betrag deckte indes nur die Auslagen der Berufungsbeklagten bis zu jenem Zeitpunkt. Danach hatte die Berufungsbeklagte weitere Ausgaben für eigene und gemeinsame Rechnungen. Das blieb hier unangefochten, weshalb diesbezüglich auf die detaillierten Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden kann (act. 5 S. 30 ff.). Dennoch erkannte die Vorinstanz lediglich auf einen rückwirkenden Unterhaltsbeitrag, der demjenigen für die laufenden eigenen Auslagen der Berufungsbeklagten gleichkommt (vgl. E. 2.3 vorstehend). Das, obwohl beim laufenden Unterhaltsbeitrag bei der Berufungsbeklagten ein hypothetischer Vermögensertrag von Fr. 2'100.-- berücksichtigt wird (vgl. act. 5 S. 20 f.), was rückwirkend nicht zulässig wäre (vgl. E. 3.6 vorstehend), und die Berufungsklägerin nicht nur die eigenen, sondern auch Auslagen für den Berufungskläger zu decken hatte. Der in der Vergangenheit massgebende Bedarf und damit der Unterhaltsbeitrag wäre jedenfalls bereits deshalb deutlich grösser als Fr. 5'000.--. Der Fr. 5'000.-- übersteigende Betrag geht somit zulasten des Vermögens der Berufungsbeklagten.

3.9 In Bezug auf die Höhe des rückwirkend und bis zum 31. August 2012 geschuldeten Unterhaltsbeitrages und des zugrundeliegenden Bedarfs rügt der Berufungskläger sodann auch einzig, die Vorinstanz mache im Bedarf der Berufungsbeklagten keinen Unterschied in der Bedarfsrechnung für die Zeit vor dem Bezug der Eigentumswohnung in G.\_\_\_\_\_ (act. 2 S. 10).

3.10 Der Berufungskläger führt damit aber nicht aus, inwiefern sich der Wohnungswechsel nach seiner Ansicht auf den Bedarf der Berufungsbeklagten ausgewirkt habe, und in welchem Umfang der von der Vorinstanz festgesetzte Unterhaltsbeitrag deshalb zu reduzieren wäre. Soweit sein Vorbringen damit überhaupt den – auch in Verfahren mit Untersuchungsmaxime geltenden – Anforderungen an die Begründung gemäss Art. 311 ZPO genügt und darauf einzutreten ist (vgl. OGer ZH NQ110031 vom 9. August 2011 E. 2 m.w.H.), ist es unbe-

gründet. Es ist nicht ersichtlich, dass sich der Bedarf der Berufungsbeklagten mit dem Umzug in die Eigentumswohnung in G.\_\_\_\_\_ im Herbst 2011 wesentlich erhöht hätte. Im Gegenteil, der Mietzins der ehelichen Wohnung betrug vormals Fr. 9'300.-- monatlich (Prot. I S. 13). Es wurde zudem ausgeführt, dass die Berufungsbeklagte vor dem Umzug in die Wohnung in G.\_\_\_\_\_ zusammen mit der Tochter vorübergehend in einem Doppelzimmer in einer Pension wohnte, welche Fr. 230.-- pro Tag (Prot. I S. 16), also ungefähr Fr. 3'500.-- monatlich pro Person kostete. Für die Wohnung in G.\_\_\_\_\_ bezahlt die Berufungsbeklagte nun noch Fr. 1'300.-- (E. 2.3.4 vorstehend). Die Wohnkosten haben sich also stetig vermindert. Insgesamt erweist sich daher auch der Unterhaltsbeitrag in Höhe von Fr. 5'000.-- für die Zeit ab September 2010 nicht als unangemessen.

4. Die Berufung ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Ausgangsgemäss wird der Berufungskläger für das Berufungsverfahren kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Ausgehend vom Streitwert in Höhe von Fr. 240'000.-- (vgl. act. 7 E. 4) und in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 3, § 8 Abs. 1 und § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG ist die Entscheidgebühr auf Fr. 6'000.-- festzusetzen und dem Berufungskläger aufzuerlegen. Eine Parteientschädigung an die Berufungsbeklagte ist mangels Umtrieben nicht zuzusprechen.

**Es wird erkannt:**

1. Die Berufung wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird, und die Verfügung der Einzelgerichts, 4. Abteilung, des Bezirksgerichtes Zürich vom 13. April 2012 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 6'000.-- festgesetzt, dem Berufungskläger auferlegt und aus dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss bezogen.
3. Es wird keine Parteientschädigung an die Berufungsbeklagte zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Berufungsbeklagte unter Beilage eines Doppels von act. 2, sowie – unter Rücksendung der erstinstanzli-

chen Akten – an das Einzelgericht, 4. Abteilung, des Bezirksgerichtes Zürich, je gegen Empfangsschein.

5. 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 vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 240'000.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Wili

versandt am: