

# **BGer 5A\_498/2011 vom 17. November 2011**

Bundesgericht, 2011-11-17, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_498\\_2011](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_498_2011)

FR: TF 5A\_498/2011 du 17 novembre 2011

IT: TF 5A\_498/2011 del 17 novembre 2011

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Angefochten ist ein kantonal letztinstanzlicher ( Art. 75 Abs. 1 BGG ), ausschliesslich finanzielle Aspekte der Trennung regelnder Eheschutzentscheid. Mithin handelt es sich um einen Endentscheid ( Art. 90 BGG ) in einer vermögensrechtlichen Zivilsache ( Art. 72 Abs. 1 BGG ). Der gemäss Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG erforderliche Streitwert übersteigt Fr. 30'000.--. Damit sind die Voraussetzungen für die Beschwerde in Zivilsachen erfüllt.

Eheschutzentscheide sind Entscheide über vorsorgliche Massnahmen ( BGE 133 III 393 E. 5 S. 396 f.). Nach Art. 98 BGG kann demnach nur die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden. Zur Anwendung gelangt das strenge Rügeprinzip ( Art. 106 Abs. 2 BGG ). Es muss klar und detailliert anhand der Erwägungen des angefochtenen Entscheides dargelegt werden, inwiefern verfassungsmässige Rechte verletzt worden sein sollen. Auf rein appellatorische Kritik am angefochtenen Entscheid tritt das Bundesgericht nicht ein ( BGE 133 II 396 E. 3.1 S. 399 f.; 133 III 589 E. 2 S. 591 f.). Wird eine Verletzung des Willkürverbots geltend gemacht, muss im Einzelnen aufgezeigt werden, in welcher Hinsicht der Entscheid an einem qualifizierten und offensichtlichen Mangel leidet. Es reicht nicht aus, die Sach- oder Rechtslage aus Sicht des Beschwerdeführers darzulegen und den davon abweichenden angefochtenen Entscheid als willkürlich zu bezeichnen ( BGE 130 I 258 E. 1.3 S. 261 f.; 134 II 244 E. 2.2 S. 246). Willkür in der Beweiswürdigung setzt voraus, dass der Richter den Sinn und die Tragweite eines Beweismittels offensichtlich nicht erkannt, ohne vernünftigen Grund ein entscheidendes Beweismittel ausser Acht gelassen oder aus den vorhandenen Beweismitteln einen unhaltbaren Schluss gezogen hat ( BGE 129 I 8 E. 2.1 S. 9).

### **E. 2**

In der Sache ging es vor der Vorinstanz ausschliesslich um die Festlegung eines Unterhaltsbeitrages zugunsten der Beschwerdegegnerin. Umstritten waren hauptsächlich die wirtschaftliche Berechtigung des Beschwerdeführers an der A. \_\_\_\_\_ GmbH, die Zurechnung von derselben getätigten Ausschüttungen und - damit verbunden - die Höhe des Einkommens des Beschwerdeführers.

Das Kantonsgericht hielt dafür, der Beschwerdeführer habe das Gesellschaftskapital für die Gründung der A. \_\_\_\_\_ GmbH eingebracht, weshalb er als wirtschaftlich Berechtigter zu betrachten sei. Zu diesem Schluss kam es, weil die beiden im Handelsregister eingetragenen Gesellschafter (B. \_\_\_\_\_, ein Cousin des Beschwerdeführers, mit Fr. 19'000.-- und C. \_\_\_\_\_ mit Fr. 1'000.--) der Aufforderung, die Einzahlung des Gesellschaftskapitals durch sie zu dokumentieren, nicht nachgekommen seien, obwohl dies leicht möglich gewesen wäre. Sodann erachtete das Kantonsgericht die Vorbringen des Beschwerdeführers, wonach er bei der A. \_\_\_\_\_ GmbH bei einem Arbeitspensum von

20% monatlich Fr. 723.-- verdiene, als unglaublich, denn er übe die Funktion des Geschäftsführers aus, was sich nicht mit einem 20%-Pensum in Einklang bringen lasse. Deshalb rechnete es ihm einen Teil der Beträge an, welche die Gesellschaft in den Jahren 2007 und 2008 an B. \_\_\_\_\_ überwiesen hat. Weil dieser nur vier bis fünfmal im Jahr für ein bis zwei Wochen in der Schweiz weile, seien Entschädigungen von Fr. 116'000.-- im Jahr 2007 und von Fr. 121'400.-- im Jahr 2008 undenkbar. Ebenso wenig könne es sich um eine Gewinnausschüttung für die angebliche Beteiligung des Cousins handeln, denn die fraglichen Beträge seien nicht unter einem Konto "Gewinnverwendung" oder "Dividenden" verbucht, sondern der Buchhaltungsposition "4400 Fremdarbeiten allgemein" belastet worden. Es sei daher davon auszugehen, dass es sich bei den an A. \_\_\_\_\_ ausbezahlten Beträgen grösstenteils um verdecktes Einkommen des Beschwerdeführers handle. Als Konsequenz daraus rechnete das Kantonsgericht dem Beschwerdeführer Fr. 80'000.-- (bzw. monatlich Fr. 6'500.--) als Einkommen auf. Insgesamt ging es von einem Einkommen von monatlich Fr. 11'883.-- (März 2007 bis September 2008) bzw. Fr. 12'055.25 (ab 1. Oktober 2008) aus, rechnete allerdings letztlich auf der Basis eines Einkommens von Fr. 8'000.-- ab.

### **E. 3**

Die Kritik des Beschwerdeführers zielt zunächst auf das Renteneinkommen. Er habe bereits im Rekursverfahren beanstandet, dass eine Zusatzrente von monatlich Fr. 310.-- (bzw. von Fr. 324.-- ab 1. Januar 2007) für die Zeitspanne vom 1. März 2007 bis zum 30. September 2008 zu Unrecht zu seinem Gesamtrenteneinkommen hinzugerechnet wurde, während diese Rente in Tat und Wahrheit aber direkt an die Beschwerdegegnerin geflossen sei. Das Kantonsgericht habe diesen Berechnungsfehler zwar anerkannt, dennoch aber keine Korrektur am Gesamtunterhaltsbeitrag vorgenommen. Dies sei willkürlich.

Im erst- wie auch im zweitinstanzlichen Urteil ist einzig von Fr. 310.--, nicht jedoch von Fr. 324.-- die Rede, weshalb nachfolgend - im Lichte von Art. 105 Abs. 1 BGG - ausschliesslich von diesem Betrag auszugehen ist.

Dem Beschwerdeführer ist insofern beizupflichten, als die Vorinstanz zunächst festhielt, es sei "nicht streitig, dass die Ehegattenzusatzrente der IV von Fr. 310.-- für die Periode vom 1. März bis zum 30. September 2008 dem Einkommen des Beklagten nicht hinzugerechnet werden darf", da sie bis zum 31. Dezember 2007 an die Beschwerdegegnerin direkt ausbezahlt wurde bzw. ab 1. Januar 2008 ganz entfiel. Dennoch beliess die Vorinstanz das veranschlagte monatliche Gesamteinkommen unverändert bei Fr. 8'000.-- und begründete dies damit, dass sich auf Grund der Schätzung der diversen verdeckten Einkommensbestandteile eine Plafonierung des anzurechnenden monatlichen Einkommens auf Fr. 8'000.-- rechtfertige.

Die Kritik des Beschwerdeführers verkennt allerdings den Kontext der vorgenannten Schätzung. Die erste Instanz veranschlagte das monatliche Gesamteinkommen von Fr. 8'000.--, nachdem sie zunächst ein erheblich höheres monatliches Gesamteinkommen ermittelt hatte, nämlich im Betrage von Fr. 11'833.-- bzw. ab 1. Oktober 2008 von Fr. 12'055.25 (jeweils bestehend aus fixen sowie aus geschätzten Einzelpositionen, wobei eine der fixen Positionen auch die nun streitige IV-Zusatzrente von Fr. 310.-- beinhaltete; eine andere geschätzte Position wurde um Fr. 166.-- abgerundet). Die vorerwähnten beiden monatlichen Gesamteinkommensbeträge (Fr. 11'833.-- sowie Fr. 12'055.25) reduzierte die erste Instanz - im Zuge einer vorsichtigen Mindestbetragsschätzung in einem zweiten Schritt - zu Gunsten des Beschwerdeführers (um rund Fr. 4'000.--) auf Fr. 8'000.--. Dass die

Vorinstanz bei dieser erheblichen Minus-Korrektur zu Gunsten des Beschwerdeführers den erwähnten Fr. 310.-- (die man überdies - unter Ausserachtlassung der vorerwähnten Abrundung im Betrage von Fr. 166.-- - willkürfrei auf Fr. 144.-- reduzieren kann) nicht eigens Rechnung trug und die erstinstanzliche Beurteilung unverändert bestätigte, erweist sich nicht als willkürlich.

Der Beschwerdeführer rügt überdies, die Vorinstanz habe mit dem vorerwähnten Vorgehen ihre Begründungspflicht verletzt. Soweit er damit die pauschale Reduktion des ermittelten Einkommens von knapp Fr. 12'000.-- auf Fr. 8'000.-- meint, legt der Beschwerdeführer nicht dar, inwiefern er dadurch - bezogen auf die Begründungspflicht - beschwert sein soll.

#### **E. 4**

Der Beschwerdeführer wendet sich sodann gegen die "Einkommensaufrechnung wegen Wohnkostenbeteiligung". Er verweist darauf, dass er schon vor der Vorinstanz gerügt habe, dass ihm erstinstanzlich einerseits Wohnkosten von monatlich Fr. 1'200.-- (von totalen Fr. 1'900.-- Wohnungsmiete) angerechnet wurden, während andererseits die von seinem (meist abwesenden) Mitbewohner B. \_\_\_\_\_ jeweils bezahlte Wohnkostenbeteiligung von monatlich Fr. 700.-- seinem Einkommen zugeschlagen wurde. Der Beschwerdeführer weist darauf hin, dass die Vorinstanz dieser Kritik zustimmte, daraus aber keine Konsequenzen zog bzw. die Frage offen liess, und zwar mit der Begründung, dass "der Vorderrichter das dem Beklagten anzurechnende Einkommen schlussendlich auf Fr. 8'000.-- netto festgelegt hatte". Dies sei willkürlich.

Vorliegend steht fest, dass der Beschwerdeführer in einer Wohnung wohnt, die monatlich insgesamt Fr. 1'900.-- kostet. Genutzt wird diese Wohnung auch von B. \_\_\_\_\_, dem Cousin des Beschwerdeführers, allerdings nur "4-5 Mal pro Jahr oder sogar nur 1-2 Mal für eine oder zwei Wochen". Weiter steht gemäss erst- bzw. vorinstanzlichem Entscheid fest, dass als Ausgleich dafür jedenfalls nicht der Beschwerdeführer (wobei die Identität des Bezahlenden offen bleiben kann) einen monatlichen Mietkostenanteil von Fr. 700.-- an den Vermieter bezahlt.

Die vorinstanzlichen Erwägungen sind unter Willkür Gesichtspunkten nicht zu beanstanden. Zudem entsprechen die beim Bedarf angerechneten Wohnkosten dem für alleinstehende Schuldner massgebenden Betrag gemäss den Richtlinien für die Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums vom 7. Dezember 2009 des Kantongerichtes Schwyz. Aufgrund der minimalen Nutzung durch seinen Cousin verfügt der Beschwerdeführer faktisch über die gesamte Wohnung, und erhält gleichwohl den Betrag von monatlich Fr. 700.-- von einem aussen stehenden Dritten zuhanden des Vermieters bezahlt. Mit Blick auf diese Sachlage erweist es sich jedenfalls im Ergebnis nicht als willkürlich, dem Beschwerdeführer einerseits Fr. 1'200.-- als Wohnkosten, andererseits Fr. 700.-- als zusätzliches Einkommen anzurechnen.

#### **E. 5**

Des weiteren kritisiert der Beschwerdeführer, die erste Instanz habe nicht beantragte Beweismittel abgenommen, "vor allem act. D/3, D/9, D/15, D/16 und D/19". Soweit der Beschwerdeführer mit dem Wort "vor allem" andeuten will, seine Aufzählung sei nicht abschliessend, bleibt dies im Lichte von Art. 106 Abs. 2 BGG unbeachtlich. Bei den fraglichen Beweismitteln handelt es sich um edierte Urkunden.

Der Beschwerdeführer macht geltend, er habe die erstinstanzliche Abnahme nicht beantragter Beweismittel bereits im Rekursverfahren beanstandet. Die Vorinstanz habe dieser Kritik in willkürlicher Weise keine Rechnung getragen, als sie festhielt, seine diesbezüglichen Beweiseinwendungen seien verspätet, da sie jeweils vor Beginn der Beweisabnahme hätten vorgebracht werden müssen, jedenfalls sofern es sich nicht um Beweismittel handle, deren Abnahme per se unzulässig wäre (d.h. also nicht bloss infolge fehlenden Beweisantrags).

Zu Gunsten der vorinstanzlichen Auslegung lässt sich anführen, dass es einer Partei, die geltend machen will, eine Beweisabnahme habe mangels Beweisantrags zu unterbleiben, durchaus zuzumuten ist, diese Kritik vor Durchführung der Beweisabnahme zu äussern, so dass die entsprechende Beweisabnahme gegebenenfalls noch unterbleiben kann und das summarische Verfahren dadurch weiter beschleunigt wird. Vor diesem Hintergrund erweist sich die vorinstanzliche Haltung jedenfalls nicht als willkürlich. Der Beschwerdeführer führt im Übrigen auch keinerlei Schwyzer Präjudizien ins Feld, aus denen etwas anderes hervorginge.

Gleichzeitig bringt der Beschwerdeführer vor, die Edition sämtlicher Buchhaltungsunterlagen (Kontoblätter und Belege) habe nicht bewilligt werden dürfen, da sie erst im Rahmen des zweiten Rekursverfahrens beantragt wurde, während die Beschwerdegegnerin von den zu Grunde liegenden Fakten aber schon im ersten Rekursverfahren Kenntnis gehabt habe. Eine Edition habe infolgedessen im Lichte der anwendbaren Schwyzer Novenregelung (§ 210 i.V.m. § 198 i.V.m. § 104 Ziff. 2-5 ZPO /SZ) nicht bewilligt werden dürfen. Darin liege eine Verletzung des Grundsatzes der Eventualmaxime.

Nach Durchführung der erwähnten Editionen setzte die erste Instanz mit Verfügung vom 19. Januar 2011 dem Beschwerdeführer Frist an, um zum Beweisergebnis (im Sinne von § 123 ZPO /SZ) Stellung zu nehmen. In seiner darauf folgenden Eingabe vom 12. Februar 2010 kritisierte der Beschwerdeführer die Zulässigkeit der fraglichen Editionen mit keinem Wort. Vor diesem Hintergrund ist es unter Willkürgesichtspunkten nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz der erstmals im nachfolgenden Rekursverfahren geäusserten einschlägigen Kritik des Beschwerdeführers keine Rechnung trug (vgl. Urteil 5D\_104/2011 vom 8. August 2011 E. 3.2; BGE 105 Ia 307 E. 4 S. 313 f.).

## **E. 6**

Der Beschwerdeführer rügt weiter, die Vorinstanz habe durch die Nichteinvernahme des Zeugen B.\_\_\_\_\_ sein rechtliches Gehör verletzt bzw. eine unzulässige antizipierte und willkürliche Beweiswürdigung vorgenommen.

Die Vorinstanz wies unter anderem darauf hin, dass der Beschwerdeführer nicht konkret dartat, weshalb auf die Aussagen von B.\_\_\_\_\_ nicht hätte verzichtet werden dürfen, obwohl dieser im Geschäft so selten zugegen sei. Der Beschwerdeführer will diese Ausführungen nun vor Bundesgericht nachholen. Mangels Ausschöpfung des Instanzenzugs sind seine einschlägigen neuen Vorbringen indessen unbeachtlich.

## **E. 7**

Der Beschwerdeführer ist ferner der Auffassung, die Beschwerdegegnerin trage die Beweislast für die Behauptung, dass er das Stammkapital finanziert habe. Die erst- bzw. vorinstanzliche Schlussfolgerung, das Geld stamme vom Beschwerdeführer, weil die

Gesellschafter den Geldfluss nicht urkundlich nachgewiesen haben, sei offensichtlich unhaltbar und willkürlich, zumal der einvernommene Gesellschafter (C.\_\_\_\_\_) unter Strafandrohung ausgesagt habe, dass das Gründungskapital von ihm und B.\_\_\_\_\_ stamme. Die Vorinstanz sei dadurch einer einseitigen, die Beweislast verkennenden Willkür verfallen.

Dass ein Zeuge unter Strafandrohung ausgesagt hat, bietet für sich allein selbstverständlich keine Gewähr für die Richtigkeit seiner Aussage, ansonsten der Grundsatz der freien Beweiswürdigung entbehrlich wäre. Entscheidend ist sodann nicht die Frage, mit wessen Mitteln das Kapital einbezahlt wurde, sondern wer der tatsächliche Inhaber der A.\_\_\_\_\_ GmbH ist. Dass ein mutmasslicher Strohmann das Kapital mit eigenen Mitteln einbezahlt hat, steht seiner Qualifikation als Strohmann nicht entgegen, zumal sich eine bloss tatsächliche Inhaberschaft auch aus rein verwandtschaftlichen Beziehungen ergeben kann, wie sie vorliegend zwischen Beschwerdeführer und Gesellschafter B.\_\_\_\_\_ bestehen (vgl. zum Ganzen: Urteil 5P.127/2003 vom 4. Juli 2003 E. 2.2, in: Fampra.ch 2003 S. 909, mit Hinweisen). Auf die Inhaberschaft des Beschwerdeführers schloss die erste Instanz denn auch aus einer differenzierten Würdigung der Aussagen des Zeugen C.\_\_\_\_\_ sowie der gesamten Umstände und nicht allein aus dem fehlenden Nachweis des erwähnten Geldflusses (so ausdrücklich: erstinstanzlicher Entscheid, S. 5 ganz unten). Vor diesem Hintergrund zielt die Rüge des Beschwerdeführers ins Leere.

#### **E. 8**

Der Beschwerdeführer erachtet es ausserdem als offensichtlich unhaltbar, dass die Vorinstanz und die erste Instanz aus der Art seiner Tätigkeit bei der A.\_\_\_\_\_ GmbH ableiten, er könne dort unmöglich nur einem 20%-Pensum nachgehen. Wie viel Prozent der Beschwerdeführer tatsächlich arbeitet, ist letztlich ohnehin nicht ausschlaggebend. Entscheidend ist, wer wahrer Inhaber ist. Dass nur der Beschwerdeführer als wahrer Inhaber in Frage kommt, schloss die erste Instanz sowie die Vorinstanz namentlich aus einer eingehenden Würdigung der Zeugenaussagen des Gesellschafters C.\_\_\_\_\_ sowie der gesamten Umstände. Die beiden Gesellschafter zeichnen sich im Wesentlichen dadurch aus, dass beide nicht vom Fach sind, wobei der eine (C.\_\_\_\_\_) einer anderweitigen 100%-Tätigkeit nachgeht, über keine kaufmännische Ausbildung verfügt und nur ab und zu stundenweise bei der A.\_\_\_\_\_ GmbH arbeitet, während der andere (B.\_\_\_\_\_) - Cousin des Beschwerdeführers - in Südtalien wohnt, kein Wort Deutsch spricht und nur selten in die Schweiz kommt. Dennoch verfügt die Firma über drei Vollzeitarbeiter sowie eine Teilzeitsekretärin und erwirtschaftet einen Umsatz von jährlich Fr. 811'078.05 (2007) bzw. Fr. 764'533.95 (2008). Dass der Beschwerdeführer Arbeit leistet, die qualitativ derjenigen eines Geschäftsführers entspricht, steht auf Grund des erst- bzw. vorinstanzlich festgestellten Sachverhaltes fest (vgl. Art. 105 Abs. 1 BGG). Die Gründung der A.\_\_\_\_\_ GmbH erfolgte überdies am 23. Juni 2006, also rund einen Monat vor dem ersten erstinstanzlichen Eheschutzentscheid vom 27. Juli 2006. Im Lichte all dieser Umstände durfte die Vorinstanz willkürfrei auf eine Strohmann-Gesellschaft schliessen, deren wahrer Inhaber der Beschwerdeführer ist (vgl. auch das in vorstehender Erwägung zitierte Urteil).

#### **E. 9**

Der Beschwerdeführer bezeichnet es schliesslich als "Willkür in Reinkultur", dass die an seinen Cousin (B.\_\_\_\_\_) getätigten Gewinnausschüttungen (d.h. Fr. 116'000.-- im Jahr

2007 sowie Fr. 114'000.-- im Jahr 2008) teilweise, d.h. im monatlichen Umfang von Fr. 6'500.--, ihm angerechnet wurden. Da dem Beschwerdeführer aber, wie dargelegt, die tatsächliche Inhaberschaft zukommt, kann darin keine Willkür erblickt werden.

#### **E. 10**

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Der Beschwerdeführer unterliegt und wird kostenpflichtig ( Art. 66 Abs. 1 BGG ). Hingegen ist keine Parteientschädigung geschuldet, da der Beschwerdegegnerin kein entschädigungspflichtiger Aufwand entstanden ist ( Art. 68 Abs. 1 BGG ).

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