

## **BGer 5A\_559/2009 vom 21. Oktober 2009**

Bundesgericht, 2009-10-21, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_559\\_2009](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_559_2009)

FR: TF 5A\_559/2009 du 21 octobre 2009

IT: TF 5A\_559/2009 del 21 ottobre 2009

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

Entscheide gestützt auf Art. 137 ZGB stellen Zivilsachen im Sinn von Art. 72 Abs. 1 BGG dar. Der angefochtene Entscheid ist kantonal letztinstanzlich ( Art. 75 Abs. 1 BGG ) und er schliesst das Massnahmeverfahren als selbständiges Verfahren ab, weshalb er als Endentscheid im Sinn von Art. 90 BGG gilt ( BGE 134 III 426 E. 2.2 S. 431; mit ausführlicher Begründung Urteil 5A\_9/2007, E. 1.2). Angefochten ist einzig die Unterhaltsfrage, weshalb die Streitigkeit vermögensrechtlicher Natur ist; der gemäss Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG erforderliche Streitwert von Fr. 30'000.-- ist erreicht. Die Beschwerde in Zivilsachen ist somit gegeben.

Weil es sich bei den auf Art. 137 ZGB gestützten Entscheiden um vorsorgliche Massnahmen im Sinn von Art. 98 BGG handelt ( BGE 133 III 393 E. 5.1 S. 397), kann nur die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden. Hierfür gilt das strenge Rügeprinzip ( Art. 106 Abs. 2 BGG ). Das bedeutet, dass das Bundesgericht nur klar und detailliert erhobene und soweit möglich belegte Rügen prüft, während es auf ungenügend begründete Rügen und rein appellatorische Kritik am angefochtenen Entscheid nicht eintritt. Wird die Verletzung des Willkürverbots gerügt, reicht es sodann nicht aus, die Rechtslage aus Sicht des Beschwerdeführers darzulegen und den davon abweichenden angefochtenen Entscheid als willkürlich zu bezeichnen; vielmehr ist im Einzelnen darzulegen, inwiefern das kantonale Gericht willkürlich entschieden haben soll und der angefochtene Entscheid deshalb an einem qualifizierten und offensichtlichen Mangel leidet ( BGE 134 II 244 E. 2.2 S. 246).

#### **E. 2**

Nach den Sachverhaltsfeststellungen der kantonalen Gerichte betragen die Einkünfte der Ehefrau Fr. 2'245.-- (inkl. Kinderzulage und Prämienverbilligung) und ihre Auslagen Fr. 4'282.--. Das monatliche Nettoeinkommen des Ehemannes beträgt Fr. 7'369.-- (inkl. Anteil 13. Monatslohn und Spesenanteil) und sein Existenzminimum Fr. 3'590.--. Sodann erhält er am Ende des Geschäftsjahres - vom Amtsgericht als Bonus bezeichnete - Zahlungen (Gewinnbeteiligung, Dividenden und Verwaltungsratshonorare), die in den letzten Jahren Fr. 40'000.-- und mehr betragen. Diese Beträge seien jedoch zu hoch, als dass sie auf ein Monatsbetreffnis umgerechnet werden könnten; die damit verbundene Bevorschussung über das ganze Jahr hinweg komme nur beim 13. Monatslohn in Betracht; vielmehr sei der Ehemann zu verpflichten, nach Erhalt der Bonuszahlungen am Ende des Geschäftsjahres jeweils 2/3 davon an die Ehefrau weiterzuleiten.

#### **E. 3**

Wie bereits vor Obergericht macht die Ehefrau geltend, laut Vertrag besitze ihr Ehemann die Hälfte der Aktien der T. \_\_\_\_\_ AG und per Februar 2009 habe er sogar alle Aktien

übernehmen können, was er vermutlich auch getan habe; zudem sei er Verwaltungsrat der Firma. Er könne somit über die Jahresendzahlungen frei schalten und walten; im Übrigen müsse er angesichts der Beherrschungsverhältnisse ohnehin als Selbständigerwerbender angesehen werden.

### **E. 3.1**

Die Ehefrau rügt in diesem Zusammenhang zunächst eine Verletzung des rechtlichen Gehörs. Sie macht geltend, das Obergericht hätte von einem selbständigen Erwerb des Ehemannes ausgehen und das in den letzten Jahren erzielte Gesamteinkommen (inkl. Jahresendzahlungen) auf 12 Monatsbeträffnisse umrechnen müssen.

#### **E. 3.1.1**

Das von Art. 29 Abs. 2 BV garantierte rechtliche Gehör dient einerseits der Sachaufklärung, andererseits stellt es ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht beim Erlass eines Entscheides dar, welcher in die Rechtsstellung des Einzelnen eingreift. Dazu gehört insbesondere das Recht des Betroffenen, sich vor Erlass eines in seine Rechtsstellung eingreifenden Entscheides zur Sache zu äussern, erhebliche Beweise beizubringen, Einsicht in die Akten zu nehmen, mit erheblichen Beweisanträgen gehört zu werden und an der Erhebung wesentlicher Beweise entweder mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern, wenn dieses geeignet war, den Entscheid zu beeinflussen ( BGE 127 I 54 E. 2b S. 56; 132 II 485 E. 3.2 S. 494).

Ferner ist die Begründungspflicht ein Teilgehalt des rechtlichen Gehörs; es müssen kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf welche sich ihr Entscheid stützt, wobei sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte beschränken kann ( BGE 133 III 439 E. 3.3 S. 455 ; 134 I 83 E. 4.1 S. 88).

#### **E. 3.1.2**

Vorliegend vermag die Ehefrau weder die Verletzung des einen noch des anderen Aspektes des rechtlichen Gehörs aufzuzeigen. Sie hat ihre Behauptungen bereits vor Obergericht vorgebracht und dieses hat dazu umfassend Stellung bezogen mit der Erwägung, es gehe nicht an, dem Ehemann zu unterstellen, er werde sich in Abweichung zu den früheren Jahren am Jahresende keine Gewinnbeteiligung, Dividenden und Verwaltungsratshonorare mehr auszahlen lassen. Weiter hat das Obergericht befunden, diese Zahlungen, die in den letzten Jahren um die Fr. 40'000.-- betragen, seien im Unterschied zu einem 13. Monatslohn zu hoch, als dass sie anteilmässig auf den Monat umgerechnet und durch den Ehemann vorfinanziert werden könnten. Vielmehr habe er jeweils 2/3 an die Ehefrau zu überweisen, sobald er die entsprechenden Zahlungen erhalte.

Indem das Obergericht zu den Vorbringen der Ehefrau Stellung bezogen hat, konnte sie sich Gehör verschaffen und ist das Obergericht seiner Begründungspflicht nachgekommen.

#### **E. 3.1.3**

Das Vorbringen, der Ehemann müsse als Selbständigerwerbender behandelt werden, beschlägt nicht das rechtliche Gehör, sondern die Sachverhaltsfeststellung (soweit die Sachumstände betreffend) und die Rechtsanwendung (soweit die daraus zu folgernden Schlüsse betreffend). Gleiches gilt für die Behauptung, die Jahresendzahlungen hätten nicht dem Ermessen des Ehemannes überlassen werden dürfen, sondern in ihrer Höhe verbindlich festgelegt werden müssen. Darauf ist, soweit eine Gehörsverletzung gerügt wird, nicht einzutreten.

### **E. 3.2**

In ihrer weiteren Beschwerde rügt die Ehefrau denn auch eine willkürliche Sachverhaltsfeststellung und Willkür bei der Unterhaltsbemessung. Sie habe vor Obergericht bewiesen, dass der Ehemann die volle Aktienmehrheit besitze. Entsprechend hätte das Obergericht darauf abstellen müssen, dass er frei schalten und walten könne, und es hätten deshalb die in den letzten Jahren erfolgten Zahlungen am Ende des Geschäftsjahres (Fr. 40'000.-- im Jahr 2007, Fr. 47'000.-- im Jahr 2008) bei der Festsetzung der Leistungsfähigkeit des Ehemannes berücksichtigt werden müssen, zumal der Ehemann in der Vernehmlassung vor Amtsgericht ein Nettoeinkommen von Fr. 10'000.-- pro Monat zugestanden habe; darauf hätte ihn das Obergericht behaften müssen.

#### **E. 3.2.1**

Willkür liegt nicht schon vor, wenn eine andere Lösung ebenfalls vertretbar erscheint oder sogar vorzuziehen wäre. Willkür in der Rechtsanwendung erfordert vielmehr, dass ein Entscheid auf einem offensichtlichen Versehen beruht, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft. Dabei genügt es nicht, wenn der angefochtene Entscheid sich nur in der Begründung als unhaltbar erweist; eine Aufhebung rechtfertigt sich erst, wenn er auch im Ergebnis verfassungswidrig ist ( BGE 132 I 13 E. 5.1 S. 17 ; 133 I 149 E. 3.1 S. 153). Sodann ist Willkür in der Beweiswürdigung gegeben, wenn der Richter Sinn und Tragweite eines Beweismittels offensichtlich nicht erkennt, ohne vernünftigen Grund ein entscheidendes Beweismittel ausser Acht lässt oder aus den vorhandenen Beweismitteln einen unhaltbaren Schluss zieht ( BGE 129 I 8 E. 2.1 S. 9).

#### **E. 3.2.2**

Falsch ist zunächst die Behauptung der Ehefrau, sie habe bewiesen, dass ihr Ehemann die T.\_\_\_\_\_ AG vollständig beherrsche. Sie hat vor Obergericht den Beteiligungsvertrag mit T.\_\_\_\_\_ vom 1. März 2001 vorgelegt, wonach dieser dem Ehemann innerhalb von fünf Jahren pro Jahr 10% der Aktien verkauft und dieser überdies das Recht hat, mit dem erreichten 65. Altersjahr von T.\_\_\_\_\_ die restlichen 50% der Aktien zu erwerben. Damit lässt sich keine stringente Aussage über die tatsächlichen aktuellen Aktienverhältnisse an der Firma machen. Ohnehin hätte aber selbst die bewiesene Tatsache der Aktienmehrheit keinen entscheidenden Einfluss auf die Kernerwägung des Obergerichtes:

Das Obergericht hat entgegen dem unterschweligen Vorbringen der Beschwerdeführerin gerade nicht gesagt, die Leistungsfähigkeit des Ehemannes beschränke sich auf Fr. 7'369.-- pro Monat und allein auf dieser Basis seien die Alimente zu berechnen. Vielmehr ist es davon ausgegangen, dass er am Ende des Geschäftsjahres jeweils Gewinnbeteiligungen, Dividenden und Verwaltungsrats honorare in der Grössenordnung von Fr. 40'000.-- erhalten hat und keine Anhaltspunkte bestehen, dass dies in Zukunft anders wäre. Es hat jedoch befunden, angesichts des Umfangs der Zahlungen sei eine monatliche Vorfinanzierung durch Umrechnung auf Monatsbeträge nicht statthaft; vielmehr seien 2/3 des Gesamtbetrages im Zeitpunkt der Zahlung zu überweisen.

Diese Überlegungen zum Zahlungszeitpunkt tragen den tatsächlichen wirtschaftlichen Begebenheiten Rechnung, vermögen sich mithin auf sachliche Argumente zu stützen und sind insofern willkürfrei, auch wenn der Ehemann in der erstinstanzlichen Stellungnahme

vom 23. Januar 2009 auf S. 6 selbst so verfahren ist, wie sich die Ehefrau dies wünscht, indem er das gesamte Jahreseinkommen (inkl. Jahresendzahlungen) auf den Monat umgerechnet und sein Monatseinkommen auf Fr. 10'000.-- beziffert hat.

### **E. 3.2.3**

Immerhin fragt sich, ob es vor dem Willkürverbot standhält, wenn das Obergericht nur den Verteilschlüssel und den Zahlungszeitpunkt, nicht aber die Höhe der Jahresendzahlungen fixiert hat.

Dafür hätte gesprochen, dass in der Vergangenheit tatsächlich stets beträchtliche Summen ausbezahlt worden sind und der Ehemann in der erstinstanzlichen Stellungnahme selbst ein Gesamteinkommen in der von der Ehefrau erwähnten Höhe zugestanden hat. Auf der anderen Seite entspricht es wie erwähnt den wirtschaftlichen Verhältnissen, wenn die im Zusammenhang mit den Jahresendzahlungen stehende Unterhaltsschuld erst im Zeitpunkt der betreffenden Zahlung entsteht. Sodann liegt es entgegen der sinngemässen Behauptung der Ehefrau nicht im Belieben des Ehemannes, bei gleich bleibender Geschäftsentwicklung kurzerhand auf solche Zahlungen zu verzichten: Sollte sich ihre Befürchtung verwirklichen, könnte sie vielmehr mit erneutem Gesuch gemäss Art. 137 ZGB klagen und verlangen, dass dem Ehemann ein entsprechendes hypothetisches Einkommen angerechnet wird, soweit ein solches tatsächlich erzielbar ist.

Vor diesem Hintergrund lässt sich jedenfalls nicht sagen, dass das Obergericht mit seinem Entscheid geradezu in Willkür verfallen wäre, zumal die Ehefrau mit ihrem Erwerbseinkommen und den monatlich zu bezahlenden Alimenten das Existenzminimum decken kann und insofern der ihr zustehende Anteil an den Jahresendzahlungen der Finanzierung von Gütern dient, die nicht absolut lebensnotwendig sind.

### **E. 3.3**

Mit der bereits dargestellten Begründung rügt die Ehefrau auch mit Bezug auf die Tochter eine willkürliche Unterhaltsbemessung; unter Einbezug der Jahresendzahlungen müsse das Kinderaliment Fr. 1'500.-- statt Fr. 1'200.-- betragen.

Ausgehend von den vorstehenden Erwägungen gehen die Ausführungen der Ehefrau insofern an der Sache vorbei, als sie aufgrund der Obhut über S. \_\_\_\_\_ nicht nur 1/2, sondern 2/3 der Jahresendzahlungen erhält und deshalb auch die Tochter von den Jahresendzahlungen profitiert; die effektive Leistungsfähigkeit des Ehemannes ist mithin auch hinsichtlich des Kindesunterhaltes adäquat berücksichtigt.

### **E. 4**

Die Ehefrau rügt schliesslich eine willkürliche Anwendung von § 121 Abs. 2 lit. c ZPO /LU, indem die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens einseitig ihr auferlegt worden sind mit der Begründung, sie habe nicht mehr erhalten, als der Ehemann vorprozessual zugestanden habe. Es treffe zwar zu, dass der Ehemann ein solches Angebot gemacht habe, aber sie habe sich aufgrund seines weiteren Verhaltens nicht auf dieses Zugeständnis verlassen können, sondern sei auf einen Rechtsöffnungstitel angewiesen gewesen.

### **E. 4.1**

§ 121 ZPO /LU sieht in Abs. 1 vor, dass der Richter die Gerichts- und Parteikosten bei besonderen Umständen nach Ermessen verlegen kann. In Abs. 2 werden in lit. a-d vier Fallkonstellationen aufgelistet, bei denen von besonderen Umständen auszugehen ist.

Vorliegend relevant sind lit. b (eine Partei erhält durch das Urteil nicht wesentlich mehr, als ihr von der Gegenpartei für die gütliche Beilegung des Streits vor Klageeinreichung angeboten worden ist) und lit. c (Vorliegen einer personen-, familien-, oder erbrechtlichen Streitigkeit).

#### **E. 4.2**

Wie die Ehefrau selbst festhält, eröffnet § 121 ZPO /LU ein weites Ermessen bei der Kostenverteilung, so dass eine Ermessensüberschreitung oder ein Ermessensmissbrauch vorliegen müsste. Ersteres ist gegeben, wenn die Behörde den ihr zustehenden Ermessensrahmen überschreitet, Letzteres wenn die Behörde im Rahmen des ihr eingeräumten Ermessens bleibt, sich aber von unsachlichen, dem Zweck der massgebenden Vorschriften fremden Erwägungen leiten lässt oder allgemeine Rechtsprinzipien, wie das Verbot von Willkür und von rechtsungleicher Behandlung, das Gebot von Treu und Glauben sowie den Grundsatz der Verhältnismässigkeit verletzt ( BGE 123 V 150 E. 2 S. 152).

#### **E. 4.3**

Eine Ermessensüberschreitung oder ein Ermessensmissbrauch ist nicht dargetan, insbesondere auch nicht mit der Behauptung der Ehefrau, sie habe nicht auf die Zusagen des Ehemannes vertrauen dürfen, sondern über einen Rechtsöffnungstitel verfügen müssen: Die kantonalen Gerichte haben ihr nicht vorgeworfen, unnötig ein Gesuch eingereicht zu haben; vielmehr haben sie ihr angesichts des Angebotes der Gegenseite zu gütlicher Einigung eine Überklagung vorgehalten. Dabei handelt es sich um ein sachliches Argument, und es ist auch nicht unhaltbar, wenn die kantonalen Gerichte dieses Kriterium stärker gewichtet haben als die Tatsache, dass es sich um eine familienrechtliche Angelegenheit handelt, bei welcher die Kosten typischerweise halbiert bzw. wettgeschlagen werden.

#### **E. 5**

Zusammengefasst ergibt sich, dass die Beschwerde in Zivilsachen abzuweisen ist, soweit auf sie eingetreten werden kann. Die Gerichtskosten sind damit der Beschwerdeführerin aufzuerlegen ( Art. 66 Abs. 1 BGG ). Der Gegenpartei ist kein entschädigungspflichtiger Aufwand entstanden.

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