

# **BGer 5A 72/2012 vom 12. April 2012**

Bundesgericht, 2012-04-12, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_72\\_2012](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_72_2012)

FR: TF 5A 72/2012 du 12 avril 2012

IT: TF 5A 72/2012 del 12 aprile 2012

## **Regeste**

Eheschutz | Familienrecht

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Angefochten sind die Fr. 30'000.-- übersteigenden vermögensrechtlichen Belange in einer kantonal letztinstanzlich entschiedenen Zivilsache; auf die Beschwerde ist somit im Grundsatz einzutreten (Art. 51 Abs. 4, Art. 72 Abs. 1, Art. 74 Abs. 1 lit. b, Art. 75 Abs. 1 und Art. 90 BGG). Weil Eheschutzentscheide vorsorgliche Massnahmen im Sinn von Art. 98 BGG darstellen (BGE 133 III 393 E. 5.1 S. 397), kann einzig 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 Lage 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). Vorliegend wird eine Verletzung des Willkürverbotes und des rechtlichen Gehörs gerügt, wobei die Ausführungen in der Beschwerde die an Verfassungsrügen zu stellenden Begründungsanforderungen über weite Strecken nicht erfüllen; darauf wird im Sachzusammenhang zurückzukommen sein.

### **E. 2**

Die aargauischen Instanzen sind von der Methode der beidseitigen Existenzminimumberechnung und Überschussverteilung (60 % an Mutter mit Kind, 40 % an Vater) ausgegangen. Das Obergericht hat ein Existenzminimum der Ehefrau von Fr. 5'070.-- ab der Trennung, von Fr. 4'884.-- ab Oktober 2010, von Fr. 4'906.-- ab Januar 2011, von Fr. 4'872.-- ab April 2011 und von Fr. 4'494.-- ab August 2012 sowie ein Existenzminimum des Ehemannes von Fr. 4'095.-- ab Trennung, von Fr. 4'120.-- ab Januar 2011 und von Fr. 3'613.-- ab November 2011 festgestellt. Heftig umstritten war das Einkommen der Ehegatten, namentlich dasjenige des Ehemannes, der bis kurz vor der Trennung bei der B.\_\_\_\_\_ ein Nettoeinkommen von Fr. 13'000.-- erzielt hatte und sich im Anschluss an seine Entlassung ein eigenes Anwaltsbüro im Zentrum von Zürich aufbaute. Dabei machte er geltend, nur wenige und kleine Mandate zu haben; im Jahresabschluss 2010 sind Erträge von Fr. 99'529.-- und ein Aufwand von Fr. 82'105.-- verzeichnet, was rechnerisch einem Gewinn von Fr. 17'424.-- entspricht. Das Obergericht hat anerkannt, dass sich das Anwaltsbüro im Aufbau befindet, aber aufgrund zahlreicher

Indizien befunden, dass das wahre Einkommen viel höher sein muss: Bei Einnahmen von rund Fr. 100'000.-- im Jahr 2010 wären nur gerade rund 400 Stunden verrechnet worden, was selbst für den Anfang weit unterdurchschnittlich wäre und in nicht geklärtem Gegensatz zu seinen Äusserungen stehe, dass er bereits sehr gut ausgelastet sei, dass er vor lauter Terminen und Tagesgeschäften gar nicht zur Aufarbeitung der Pendenzen komme und dass der Gang in die Selbständigkeit das Beste gewesen sei, was er je habe tun können. Diese nicht bestrittenen Äusserungen stünden in Einklang mit den Ausführungen in seiner E-Mail vom 27. Juni 2010 an eine Drittperson. Die Behauptung der Ehefrau, er habe rund 80 Mandate von der früheren Arbeitgeberin mitnehmen können, habe er nur unsubstanziert bestritten (es sei "keine solch hohe Anzahl von Fällen" gewesen; bei "zahlreichen Fällen" sei es nur um den Abschluss gegangen; nur "ein blosser Bruchteil" seien "substanzielle Fälle" gewesen; man habe davon "nicht auch annähernd ein volles Pensum" bestreiten können). Vor diesem Hintergrund sei der von der Ehefrau geäusserte Verdacht, der Ehemann verfüge über weitere Geschäftskonti oder erstelle bewusst keine Honorarrechnungen und verlange kaum Kostenvorschüsse, nachvollziehbar. Im Übrigen habe der Ehemann für die berufliche Vorsorge einen Verdienst von Fr. 150'000.-- versichert, was darauf schliessen lasse, dass jedenfalls in absehbarer Zeit ein solches Einkommen erwartet werde. Unter diesen Umständen könne nicht auf die - im Übrigen nicht unterzeichnete - Bilanz und Erfolgsrechnung für das Jahr 2010 bzw. die darin wiedergegebenen unglaubwürdigen Zahlen abgestellt werden. Es sei der Ehefrau zu folgen, welche für das Jahr 2010 ein vermutliches Einkommen von Fr. 7'500.-- akzeptiere und für die Jahre 2011 und 2012 ein solches von mindestens Fr. 9'000.-- bzw. Fr. 10'000.-- verlange, betrage doch der jährliche Gewinn eines selbständigen Anwaltes im Durchschnitt Fr. 150'000.-- und bei einer Unkostengemeinschaft Fr. 180'000.--, wobei die Werte für den Kanton Zürich sogar noch höher lägen. Die von der Ehefrau angegebenen Werte erschienen deshalb unter Berücksichtigung der Startphase einerseits und des Startvorteils der Mandatsmitnahme andererseits als realistisch. Schliesslich hat das Obergericht mit Bezug auf das Vorbringen des Ehemannes, vom Wertschriftenkonto (Vermögen) seien erheblich Transaktionen auf sein persönliches Postkonto gemacht worden (der Gesamtbetrag der Gutschriften zwischen 15. Juni 2010 bis 3. März 2011 betrage Fr. 179'900.--), befunden, die Behauptung der Frau, er habe sich damit den früheren Lebensstandard (Gesamteinkommen von Fr. 16'800.--) weiterfinanziert, sei nicht von der Hand zu weisen; im Übrigen könne dies bei Unterstellung einer vernünftigen Lebensweise nur dahin gedeutet werden, dass der Ehemann in Kürze wiederum ein solches Einkommen erwarte. Zu den vorgenannten Annahmen aus Erwerbseinkommen (Fr. 7'500.-- für 2010; Fr. 9'000.-- für 2011; Fr. 10'000.-- ab 2012) rechnete das Obergericht einen Betrag von Fr. 990.-- aus Mietzinseinnahmen hinzu: Zum einen mache die Ehefrau geltend, aus der Vermietung der ehelichen Liegenschaft, deren gleichberechtigte Eigentümer sie seien, entstehe den Parteien ein Einkommen von je Fr. 490.--, was der Ehemann nicht substanziert bestreite; zum anderen sei der von der Ehefrau auf Fr. 500.-- bezifferte Anteil am Mietertrag einer zusammen mit seinem Bruder geerbten Liegenschaft nicht bestritten, weshalb dieser ebenfalls anzurechnen sei. Mit Bezug auf die Ehefrau erwog das Obergericht, sie habe ihre Erwerbstätigkeit nach der Geburt der Tochter aufgegeben, aber seit Februar 2009 wieder zu arbeiten begonnen. Momentan betreue sie die noch nicht schulpflichtige gemeinsame Tochter und arbeite zu 40 % als Erwachsenenpsychiaterin am Kantonsspital C. \_\_\_\_\_, wo sie im Jahr 2010 einen monatlichen Nettolohn von Fr. 3'671.-- erzielt habe und danach einen solchen von Fr. 3'831.--. Bei erfolgreich abgeschlossener Facharztausbildung wolle

sie eine eigene Praxis eröffnen und weiterhin teilzeitlich arbeiten. Der Ehemann habe ausgeführt, es sei das Ziel bzw. zwischen den Parteien abgesprochen gewesen, dass sie ihr Einkommen ab 2011 mit selbständiger Erwerbstätigkeit erheblich steigern; nach Erlangung des FMH-Ausweises und Wegfall der Ausbildungszeit könne sie dies nunmehr auch tun (vor Bezirksgericht habe er bei 50 % und Honorar von Fr. 150.--/Std. ein Bruttoeinkommen von Fr. 8'400.-- geltend gemacht, vor Obergericht bei 40 % und Honorar von Fr. 120/Std. ein solches von Fr. 5'760.--). Indes sei zu berücksichtigen, dass sich die Situation nach der Trennung insofern anders präsentiere, als die Ehefrau nunmehr alleine für die Kinderbetreuung verantwortlich sei. Angesichts des Alters des Kindes von vier Jahren könne ihr deshalb kein höheres Pensum zugemutet werden. Ausgehend von den von der Ehefrau eingereichten Unterlagen (Schweizerische Ärztezeitung 2010, S. 484), wonach Psychiater mit freier Praxis ein durchschnittliches Einkommen von Fr. 118'150.-- erzielen würden, werde die Ehefrau auch bei selbständiger Erwerbstätigkeit kein höheres als das bisherige Einkommen generieren. Das Obergericht rechnete ihr in der Folge den beim Kantonsspital erzielten Verdienst sowie den Mietertrag von Fr. 490.-- als Einkommen an.

### **E. 3**

In der Beschwerde rügt der Ehemann mehrfach eine Verletzung des rechtlichen Gehörs.

#### **E. 3.1**

Soweit geltend gemacht wird, das Obergericht habe aktenwidrig festgestellt, dass er die Behauptung der Ehefrau, er sei bereits gut ausgelastet, nicht substantiiert bestritten habe, so betrifft dies nicht das rechtliche Gehör, sondern die Beweiswürdigung; im Übrigen wird aber auch nicht dargetan, inwiefern dies auf das Entscheidungsergebnis einen konkreten Einfluss gehabt haben soll. Soweit kritisiert wird, dass das Obergericht auf die Erhebung in der Schweizerischen Ärztezeitung 2010, S. 484, statt auf diejenige in der Schweizerischen Ärztezeitung 2011, S. 1364, abgestellt habe, zeigt der Ehemann nicht auf, dass und an welcher Stelle er die betreffenden Unterlagen bereits im kantonalen Verfahren eingereicht hätte, weshalb seine diesbezügliche Gehörsrüge ins Leere stösst; im Übrigen betrifft ohnehin auch dieses Vorbringen primär die Beweiswürdigung.

#### **E. 3.2**

Soweit im Zusammenhang mit der behaupteten Gehörsverletzung die Begründungspflicht als Teilgehalt des rechtlichen Gehörs angesprochen wird, ist die Rüge unbegründet: Die Begründung eines Entscheides muss so abgefasst sein, dass der Betroffene ihn gegebenenfalls sachgerecht anfechten kann. Dies ist nur möglich, wenn sowohl er wie auch die Rechtsmittelinstanz sich über die Tragweite des Entscheides ein Bild machen können. In diesem Sinn müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf welche sich ihr Entscheid stützt. Es ist jedoch nicht nötig, dass sich die Behörde mit jeder tatsächlichen Behauptung und mit jedem rechtlichen Einwand auseinandersetzt. Vielmehr kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte beschränken ( BGE 134 I 83 E. 4.1 S. 88 ; 136 I 229 E. 5.2 S. 236). Diesen Begründungsanforderungen hat das Obergericht in seinem 25-seitigen Urteil nachgelebt. Es hat nicht nur kurz die zentralen Punkte seiner Überlegungen genannt, sondern sich mit allen wesentlichen und prozesskonform eingebrachten Ausführungen des Ehemannes auseinandergesetzt. Dessen 40-seitige Beschwerde dokumentiert im Übrigen, dass er in jeder Hinsicht in der Lage war, den Entscheid sachgerecht anzufechten.

### **E. 4**

Mit Bezug auf die Festsetzung seines Einkommens erhebt der Ehemann in verschiedener Hinsicht Kritik.

#### **E. 4.1**

Soweit er geltend macht, das Obergericht habe Art. 317 ZPO verletzt, indem es die seitens der Ehefrau vorgebrachten Noven berücksichtigt habe, scheidet die Rüge bereits daran, dass nicht aufgezeigt wird, um welche Vorbringen es sich handelt und inwiefern sie für den Ausgang des Verfahrens von Bedeutung waren.

#### **E. 4.2**

Soweit der Beschwerdeführer sodann geltend macht, es dürfe ihm kein hypothetisches Einkommen angerechnet werden, ist festzuhalten, dass das Obergericht nicht ein hypothetisches Einkommen - d.h. ein Einkommen, wie es bei zumutbarer Anstrengung erzielbar wäre - angerechnet, sondern befunden hat, das tatsächliche Einkommen könne aufgrund zahlreicher Indizien unmöglich mit dem deklarierten übereinstimmen; das Obergericht hat folglich nicht ein hypothetisches, sondern ein tatsächliches Einkommen festgestellt bzw. geschätzt. Immerhin aber hätte das Obergericht angesichts des früheren Einkommens des Ehemannes aus unselbständiger Erwerbsarbeit von Fr. 13'000.-- willkürfrei auch befinden dürfen, es sei ihm als langjährig tätigem Rechtsanwalt mit einschlägiger Erfahrung zuzumuten, sich in seinem angestammten Betätigungsfeld wiederum um eine unselbständige Erwerbsarbeit zu bemühen. Vor diesem Hintergrund erweisen sich die dem Ehemann angerechneten Einkommen von Fr. 7'500.-- bzw. Fr. 9'000.-- bzw. Fr. 10'000.-- jedenfalls im Ergebnis nicht als willkürlich, womit den weiteren Rügen der Boden entzogen ist, weil ein Entscheid erst dann aufzuheben ist, wenn er sich nicht nur in der Begründung, sondern auch im Ergebnis als willkürlich erweist ( BGE 132 III 209 E. 2.1 S. 211 ; 133 I 149 E. 3.1 S. 153 ; 134 I 140 E. 5.4 S. 148). Dennoch sei in E. 4.3 auf die weiteren Willkürriegen in der gebotenen Kürze eingegangen.

#### **E. 4.3**

Mit Bezug auf das Vorbringen, es dürfe nicht ohne Begründung von den vorgelegten Jahresabschlüssen abgewichen werden, ist zu bemerken, dass das Obergericht sehr wohl und umfassend begründet hat, weshalb diese offensichtlich falsch seien. Willkür ist mithin nicht ersichtlich. Ebenso wenig hat das Obergericht ausser Acht gelassen, dass sich das Advokaturbüro des Ehemannes im Aufbau befindet; es ist deshalb weit unter die durchschnittlichen Einkommenszahlen bei selbständig erwerbenden Rechtsanwälten gegangen, hat aber den "Startvorteil" der mitgenommenen Mandate berücksichtigt. Dies ist nicht willkürlich. Keine Willkür ist sodann ersichtlich im Zusammenhang mit der Berücksichtigung der E-Mail vom 27. Juni 2010, in welcher der Ehemann gegenüber einem Dritten erklärt hatte, bereits gut ausgelastet zu sein. Das Obergericht hat befunden, die Mail sei vor der Trennung geschrieben worden und könne deshalb von der Ehefrau sehr wohl auf legalem Weg erlangt worden sein. Mit dem Verweis auf die Privatsphäre und der blossen Behauptung, man habe getrennte Computer gehabt, ist keine Willkür darzutun, zumal nicht die Geheimsphäre betroffen und auch nicht dargetan ist, dass die Ausblendung dieser Mail zu einem anderen Entscheidungsergebnis führen müsste. Das Obergericht hat ausführlich begründet, weshalb die Anwaltskanzlei offensichtlich bereits im Frühling 2009 gegründet wurde. Damit setzt sich der Ehemann entgegen seinen Rügepflichten nicht auseinander. Allein mit der Behauptung, er versteuere erst ab Beginn des Jahres 2010 ein Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit und führe erst ab diesem Zeitpunkt kaufmännisch Buch

darüber, ist keine Willkür darzutun, zumal er selbst festhält, dass der genaue Zeitpunkt nichts daran ändert, dass sich die Kanzlei noch in Aufbau befinde; genau dies hat das Obergericht aber durch Anrechnung eines moderaten Einkommens berücksichtigt. Ebenso wenig vermag der Ehemann mit Bezug auf die mitgenommenen Mandate Willkür oder eine Gehörsverletzung aufzuzeigen. Dem Obergericht ist nicht entgangen, dass er diese Mandate in Zahl und Gewicht zu verkleinern versuchte. Es hat dies ausdrücklich festgehalten, aber für unglaubwürdig befunden, dies angesichts der verschiedenen Indizien und Hinweise, welche das Gegenteil nahelegten. Die weiteren Vorbringen hierzu (z.B.: anhand von Rückfragen hätte man aus den erstinstanzlich eingereichten Unterlagen letztlich herauslesen können, dass es sich um 33 Fälle mit einem durchschnittlichen Honorar von gerundet Fr. 2'080.-- gehandelt habe) erschöpfen sich in einer eigenen Sachverhaltsdarstellung, welche appellatorischer Natur und somit zur Begründung von Willkürügen untauglich ist (vgl. E. 1). Appellatorisch ist sodann das Vorbringen, die noch nicht in Rechnung gestellten Arbeitsleistungen müssten unter "Debitoren" verbucht werden. Im Übrigen ist das Obergericht ohnehin davon ausgegangen, dass ein grosser Teil der Arbeit gar nicht erst verbucht wurde; Hinweise auf die Buchhaltung bzw. die dort ausgewiesenen Zahlen gehen mithin an der Sache vorbei. Wenn der Ehemann geltend macht, den versicherten Jahreslohn inzwischen von Fr. 150'000.-- auf Fr. 75'000.-- herabgesetzt zu haben, so handelt es sich dabei - abgesehen davon, dass dies ausschliesslich prozesstaktisch motiviert sein dürfte - um ein unbeachtliches Novum ( Art. 99 Abs. 1 BGG ). Die Erklärungen, weshalb er ursprünglich einen Lohn von Fr. 150'000.-- versichert habe (Absicherung der Familie, u.ä.), sind appellatorischer Natur; darauf ist im Zusammenhang mit Willkürügen nicht weiter einzugehen. Keine Willkür ist schliesslich ersichtlich im Zusammenhang mit den Erwägungen betreffend die Verschiebung von Fr. 180'000.-- auf das Privatkonto, wird doch nicht ausgeführt, inwiefern diese eher peripheren Ausführungen vor dem Hintergrund der vorstehenden, ein klares Bild ergebenden Umstände einen konkreten Einfluss auf das Entscheidergesultat gehabt haben sollen.

#### **E. 4.4**

Wie die vorstehenden Ausführungen zeigen, ist im Zusammenhang mit den Annahmen zum tatsächlichen Erwerbseinkommen des Ehemannes keine Willkür gegeben. Es bleiben die Rügen zum Einkommen der Ehefrau zu prüfen.

#### **E. 5**

Der Vorwurf des Ehemannes, gemäss dem gemeinsam entworfenen Lebensplan hätte die Ehefrau längst eine selbständige Erwerbsarbeit aufnehmen müssen, zumal der Praxis-Stopp per Januar 2012 aufgehoben worden sei, steht in keinem Zusammenhang mit einer Willkürüge. Sodann ist mit der Vorlage anderer Unterlagen zu den durchschnittlichen Ärztteeinkommen (Schweizerische Ärztezeitung 2011, S. 1364) keine Willkür darzutun, denn der Ehemann zeigt nicht auf, dass und an welcher Stelle er diese bereits im kantonalen Verfahren prozesskonform eingeführt hätte, weshalb sie unbeachtliche Noven darstellen ( Art. 99 Abs. 1 BGG ). Ohnehin geben die betreffenden Einkommenserhebungen lediglich Durchschnittswerte wieder und wurde beim Ehemann mit Blick auf die Aufbauphase ein deutlich unter dem Durchschnitt liegendes Einkommen angenommen, weshalb ein entsprechendes Vorgehen auch bei der Ehefrau sachgerecht wäre, wenn auf die vom Ehemann nunmehr vorgebrachte (etwas höhere Werte aufführende) statt auf die vom Obergericht verwendete Erhebung (siehe E. 2) abgestellt würde; von Willkür kann jedenfalls keine Rede sein. Im Übrigen zeigt sich darin, dass die über die ganze Beschwerde

wiederholte Behauptung, alle Elemente seien einseitig zu seinen Lasten und zu Gunsten der Ehefrau berücksichtigt worden, unzutreffend ist, weshalb auch im Ergebnis nicht von einem willkürlichen Entscheid gesprochen werden kann. Aus dem Gesagten ergibt sich, dass mit Bezug auf die Feststellungen und Erwägungen zum relevanten Erwerbseinkommen der Ehefrau ebenfalls keine Willkür auszumachen ist.

#### **E. 6**

Nach Auffassung des Ehemannes dürfte der Kinderunterhalt den im Kreisschreiben des Obergerichts für ein Kind im Alter von 1 bis 6 Jahren vorgesehenen Betrag von Fr. 1'306.-- keinesfalls übersteigen. Angesichts des Richtliniencharakters des Kreisschreibens, des weiten Ermessens des Sachgerichtes bei der Unterhaltsfestsetzung, der gehobenen Einkommenssituation und unter Berücksichtigung der Krippenkosten lässt sich beim Kinderunterhaltsbeitrag von Fr. 1'500.-- für die Zeit bis Juli 2012 nicht im Ansatz von Willkür sprechen, soll doch das Kind an der Lebenshaltung der Eltern partizipieren dürfen und wäre der Betrag für ein Einzelkind im Alter von 1 bis 6 Jahren beispielsweise nach den Zürcher Tabellen sogar deutlich höher.

#### **E. 7**

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerde in Zivilsachen abzuweisen ist, soweit darauf eingetreten werden kann. Die Gerichtskosten sind mithin dem Beschwerdeführer aufzuerlegen ( Art. 66 Abs. 1 BGG ) und er hat die Gegenseite für die Stellungnahme zum abgewiesenen Gesuch um aufschiebende Wirkung zu entschädigen ( Art. 68 Abs. 2 BGG ). In der Sache selbst ist der Gegenseite kein entschädigungspflichtiger Aufwand entstanden.

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