

## **BGer 5A\_752/2011 vom 9. Februar 2012**

Bundesgericht, 2012-02-09, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_752\\_2011](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_752_2011)

FR: TF 5A\_752/2011 du 9 février 2012

IT: TF 5A\_752/2011 del 9 febbraio 2012

### **Erwägungen**

#### **E. 1.1**

Der vorinstanzliche Entscheid datiert vom 23. September 2011. Folglich unterstand das kantonale Rechtsmittelverfahren der Schweizerischen ZPO ( Art. 405 Abs. 1 ZPO ).

Da demgegenüber das erstinstanzliche Verfahren noch vor dem 1. Januar 2011 rechtshängig wurde, war auf dieses noch die Schwyzer ZPO anzuwenden.

Das vorliegende Verfahren weist die Besonderheit auf, dass Art. 137 aZGB, der im Rahmen des erstinstanzlichen Verfahrens anzuwenden war, per 1. Januar 2011 aufgehoben bzw. durch Art. 276 der Schweizerischen ZPO ersetzt wurde. Dies ändert allerdings nichts daran, dass im Rahmen des kantonalen Rechtsmittelverfahrens in der Sache nach wie vor Art. 137 aZGB zur Anwendung gelangte, denn das Rechtsmittelverfahren darf bei der Überprüfung eines Entscheides nicht von einer anderen in der Sache anwendbaren Rechtsgrundlage ausgehen als die Vorinstanz. Entsprechendes gilt auch für das nachfolgende bundesgerichtliche Beschwerdeverfahren.

#### **E. 1.2**

Angefochten ist ein kantonal letztinstanzlicher Entscheid in einer Zivilsache mit einem Fr. 30'000.-- übersteigenden Streitwert ( Art. 72 Abs. 1, Art. 74 Abs. 1 lit. a und Art. 75 Abs. 1 BGG ). Ein auf Art. 137 aZGB gestützter Entscheid schliesst das betreffende Massnahmeverfahren 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 vom 20. April 2007 E. 1.2). Die Beschwerde in Zivilsachen ist somit im Grundsatz gegeben.

#### **E. 1.3**

Da es sich bei einem gestützt auf Art. 137 aZGB ergangenen Entscheid um eine vorsorgliche Massnahme im Sinn von Art. 98 BGG handelt ( BGE 133 III 393 E. 5.1 S. 397), kann vorliegend nur die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden. Hierfür gilt das strenge Rügeprinzip gemäss Art. 106 Abs. 2 BGG . Dies 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).

Inwiefern diese Rügeanforderungen vorliegend erfüllt sind und demzufolge auf die einzelnen Streitpunkte bzw. Begehren eingetreten werden kann, wird im

Sachzusammenhang zu prüfen sein.

#### **E. 1.4**

Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat ( Art. 105 Abs. 1 BGG ). Es ist daher nicht Aufgabe des Bundesgerichts, Beweise abzunehmen und Tatsachen festzustellen, über die sich das kantonale Sachgericht nicht ausgesprochen hat ( BGE 136 III 209 E. 6.1 S. 214). Im Rahmen von Art. 98 BGG sind neue Tatsachen und Beweismittel vor Bundesgericht grundsätzlich unzulässig ( BGE 133 III 638 E. 2 S. 640 mit Hinweisen).

#### **E. 2**

Vor Bundesgericht strittig ist einzig das hypothetische Einkommen, das die Vorinstanz dem Beschwerdeführer angerechnet hat.

Soweit vorliegend relevant, legte die Vorinstanz ihrem Entscheid - teilweise auch unter Verweis auf die erstinstanzlichen Ausführungen - folgende Tatsachen zu Grunde:

Der Beschwerdeführer ist seit dem 1. Februar 2011 AHV-berechtigt. Sein nicht umstrittenes monatliches Einkommen beträgt (gerundet) Fr. 2'040.-- (bestehend aus einer AHV-Rente von Fr. 824.--, einer BVG-Rente von Fr. 555.15 sowie aus einer deutschen Altersrente von Fr. 660.--).

Dem Beschwerdeführer gehören wirtschaftlich die beiden Gesellschaften S. \_\_\_\_\_ AG mit Sitz in A. \_\_\_\_\_ sowie die T. \_\_\_\_\_ GmbH mit Sitz in B. \_\_\_\_\_ (Deutschland), der die untergeordnete Funktion einer Zulieferfirma zukommt. Gleichzeitig ist der Beschwerdeführer einziger Lohnbezüger und Verwaltungsorgan dieser Gesellschaften.

Die Vorinstanzen stützten sich bei ihrer Beurteilung namentlich auf die Jahresrechnungen der Jahre 2006 bis 2009 (S. \_\_\_\_\_ AG) sowie 2006 bis 2008 (T. \_\_\_\_\_ GmbH).

Beide Gesellschaften weisen seit 2006 Jahresverluste in unterschiedlichen Höhen auf. Mit Blick darauf hielt die Vorinstanz (wie bereits die erste Instanz) fest, beide Gesellschaften seien "de facto und de jure konkursreif".

Dennoch rechnete die Vorinstanz dem Beschwerdeführer ein hypothetisches Einkommen von monatlich Fr. 4'500.-- an. Dies begründete sie im Wesentlichen wie folgt: Der Beschwerdeführer habe - ohne Rücksicht auf den bereits seit 2006 vorliegenden Verlust - von der S. \_\_\_\_\_ AG im Zeitraum von 2006 bis 2010 Lohnzahlungen von durchschnittlich Fr. 4'500.-- pro Monat bezogen. Ausserdem sei davon auszugehen, dass er weiterhin für die S. \_\_\_\_\_ AG tätig sein werde. Solange dies der Fall sei, müsse er sich ein Einkommen im entsprechenden Umfang anrechnen lassen, da ein Dritter auch nicht unentgeltlich für die Gesellschaften tätig wäre.

#### **E. 3.1**

Der Beschwerdeführer rügt im Wesentlichen, es sei willkürlich einerseits festzustellen, seine Gesellschaften seien "de facto und de jure konkursreif", ihm aber andererseits ein hypothetisches Einkommen von monatlich Fr. 4'500.-- anzurechnen. Es sei schlichtweg keine Substanz mehr vorhanden für weitere Lohnbezüge. Bereits ab November 2010 habe er denn auch keinen Lohn mehr bezogen; zudem entspreche der Jahresverlust in etwa dem Personalaufwand.

### **E. 3.2**

Um die finanzielle Leistungsfähigkeit eines Ehegatten zu bestimmen, ist in der Regel vom tatsächlichen Einkommen auszugehen. Bei der Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen darf vom tatsächlichen Leistungsvermögen des Unterhaltsverpflichteten abgewichen und stattdessen von einem hypothetischen Einkommen ausgegangen werden, sofern dieses zu erreichen zumutbar und möglich ist.

Dabei handelt es sich um zwei Voraussetzungen, die kumulativ erfüllt sein müssen. Damit ein Einkommen überhaupt oder ein höheres Einkommen als das tatsächlich erzielte angerechnet werden kann, genügt es nicht, dass der betroffenen Partei weitere Anstrengungen zugemutet werden können. Vielmehr muss es auch möglich sein, aufgrund dieser Anstrengungen ein höheres Einkommen zu erzielen. Mit Bezug auf das hypothetische Einkommen ist Rechtsfrage, welche Tätigkeit aufzunehmen oder auszudehnen als zumutbar erscheint. Ob die als zumutbar erkannte Tätigkeit möglich und das angenommene Einkommen effektiv erzielbar ist, bildet hingegen Tatfrage, die durch entsprechende Feststellungen oder durch die allgemeine Lebenserfahrung beantwortet wird. Auch im letzteren Fall müssen aber jene Tatsachen als vorhanden festgestellt sein, die eine Anwendung von Erfahrungssätzen überhaupt erst ermöglichen (vgl. zum Ganzen: BGE 137 III 118 E. 2.3 S. 121; 137 III 102 E. 4.2.2.2 S. 108; 128 III 4 E. 4c/bb S. 7).

### **E. 3.3**

Die Einwendungen des Beschwerdeführers zielen an der Sache vorbei. Ein Blick in die dem angefochtenen Urteil zugrunde liegenden Jahresabschlüsse zeigt, dass er trotz gegebener Überschuldungssituation mit seinen Unternehmen effektive Umsätze getätigt (im Jahr 2009 mit der S. \_\_\_\_\_ AG mehr als Fr. 220'000.--) und positive Bruttoergebnisse generiert hat (im Jahr 2009 mit der S. \_\_\_\_\_ AG knapp Fr. 100'000.--). Entgegen seinen Behauptungen hat er seinen Lohn mithin nicht der Substanz entnommen, sondern aus liquiden Mitteln ausgeschüttet, die seine Unternehmen aus ihrer Geschäftstätigkeit effektiv eingenommen haben. Dass er in der Lage ist, im bisherigen Rahmen Umsätze und positive Betriebsergebnisse zu tätigen, hat die Vorinstanz willkürfrei bejaht.

Daran ändert auch der Umstand nichts, dass die beiden Unternehmen rechnungslegungsrechtlich betrachtet überschuldet sind. Insbesondere behauptet der Beschwerdeführer nicht, den Verpflichtungen gegenüber Drittgläubigern nicht nachgekommen zu sein bzw. nicht nachkommen zu können. Beteiligungen o.ä. werden jedenfalls weder behauptet noch ausgewiesen. Die beiden Unternehmen sind folglich nicht unmittelbar vom Konkurs bedroht. Im Übrigen ist der Beschwerdeführer selbst der grösste Gläubiger und könnte mittels Rangrücktritt oder Forderungsverzicht auf einen Schlag die Überschuldungssituation beider Unternehmen bereinigen. Damit hat der Beschwerdeführer die Zukunft seiner beiden Unternehmen selber in der Hand. Unter Willkürgesichtspunkten ist deshalb nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz zum Schluss kommt, dass dem Beschwerdeführer die Erzielung eines Einkommens im bisherigen Rahmen möglich und zumutbar ist und ihm ein hypothetisches Einkommen von Fr. 4'500.-- angerechnet hat. Die Beschwerde ist abzuweisen.

### **E. 4**

Bei diesem Verfahrensausgang wird der Beschwerdeführer kosten- und entschädigungspflicht ( Art. 66 Abs. 1 und Art. 68 Abs. 2 BGG ).

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