

BGE 147 III 308

Bundesgericht (BGE), 2021-02-02, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_147 III 308](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_147_III_308)

FR: ATF 147 III 308

IT: DTF 147 III 308

Regeste

Regeste Art. 125 und Art. 163 ZGB; Zumutbarkeit der (Wieder-)Aufnahme einer Erwerbsarbeit bei Trennung bzw. Scheidung; Aufgabe der sog. "45er-Regel"; Frage der Lebensprägung beim nachehelichen Unterhalt. Primat der Eigenversorgung (E. 5.2). Entwicklung der "45er-Regel" (E. 5.3). Bei der Trennung und verstärkt bei der Scheidung hat jeder Ehegatte die wirtschaftliche Eigenständigkeit anzustreben. Soweit sich die Aufnahme einer Erwerbsarbeit in tatsächlicher Hinsicht als möglich erweist, ist sie in rechtlicher Hinsicht grundsätzlich auch zumutbar. Gegebenenfalls sind angemessene Übergangsfristen einzuräumen, namentlich wenn sie zur Herstellung der Eigenversorgungskapazität nötig sind (E. 5.4). Die "45er-Regel" wird aufgegeben (E. 5.5). Massgeblich ist eine konkrete Prüfung anhand der üblichen Kriterien. Weiterentwicklung des Begriffes der lebensprägenden Ehe: Eine solche ist zu bejahen, wenn ein Ehegatte seine ökonomische Selbständigkeit zugunsten der Haushaltsbesorgung und Kinderbetreuung aufgegeben hat und es ihm deshalb nach langjähriger Ehe nicht mehr möglich ist, an seiner früheren beruflichen Stellung anzuknüpfen, während der andere Ehegatte sich angesichts der ehelichen Aufgabenteilung auf sein berufliches Fortkommen konzentrieren konnte (E. 5.6).

Erwägungen

E. 3

Das Amtsgericht hat für die Kinder die Prozentmethode angewandt und für den Kindesunterhalt insgesamt 35 % eines für die jüngere Zeit auf durchschnittlich Fr. 15'000.- bestimmten Einkommens ausgeschieden und diesen gleichmässig auf die drei Kinder verteilt, was Fr. 1'750.- pro Kind ergab. Für den nachehelichen Unterhalt ist es von der einstufigen Methode ausgegangen und hat den Berechnungen das Gesamteinkommen zugrunde gelegt, wie es beim Zusammenleben zuletzt bestand. Es hat dieses auf durchschnittlich Fr. 12'470.- berechnet und ist ferner von einer (in der Höhe ebenfalls umstrittenen) früheren Sparquote von Fr. 2'066.- ausgegangen, welche jedoch durch die scheidungsbedingten Mehrkosten von Fr. 2'385.- mehr als neutralisiert werde. Den gebührenden Verbrauchsunterhalt der Ehefrau hat es auf Fr. 5'008.- berechnet (Grundbetrag Fr. 1'350.-; Wohnkosten Fr. 1'150.-; Krankenkasse Fr. 384.-; Kommunikation/Versicherungen Fr. 100.-; Stellensuche/Berufungskosten Fr. 150.-; Steuern Fr. 1'000.-; Anteil von 1/3 am Überschuss Fr. 874.-, von welchem hypothetisch auch den Kindern ein Drittel zgedacht, aber nicht angerechnet wurde). In Modifikation der "10/16-Regel" hat es sodann der Ehefrau eine Erwerbstätigkeit von 30 % ab Oktober 2016 und von 60 % ab Januar 2019 zugemutet, zumal ihr seit der Trennung im Oktober 2010 habe bewusst sein müssen, dass eine Wiederaufnahme des ehelichen Zusammenlebens ausgeschlossen sei. Berufungsweise plädierte die Ehefrau für die zweistufige Methode,

hatte aber letztlich nichts gegen eine korrekte und konsequente Anwendung der einstufigen Methode einzuwenden, weshalb das Obergericht nach eigener Aussage seinem Entscheid ebenfalls diese BGE 147 III 308 S. 311 Methode zugrunde legte. Unbekümmert darum wies aber auch das Obergericht der Ehefrau einen Überschussanteil zu, den es allerdings auf Fr. 1'015.- erhöhte (1/3 von Fr. 3'046.-). Insgesamt ging es für die letzten Jahre des Zusammenlebens von einem der Familie zur Verfügung stehenden Gesamteinkommen von Fr. 11'962.- pro Monat aus und berechnete den gebührenden Verbrauchsunterhalt der Ehefrau auf Fr. 4'799.- (Grundbetrag Fr. 1'200.-; Wohnkosten Fr. 1'150.-; Krankenkasse Fr. 384.-; Kommunikation/Versicherungen Fr. 100.-; Stellensuche/Berufungskosten Fr. 150.-; Steuern Fr. 800.-; Überschussanteil 1'015.-). In Bezug auf die Kinder sah es, wie schon das Amtsgericht, davon ab, diese am Überschuss zu beteiligen. Anders als das Amtsgericht wandte es aber nicht die Prozentmethode an, sondern berücksichtigte pro Kind nebst einem Grundbetrag von Fr. 600.- je einen Betrag von Fr. 650.- für "Kinderkosten", einen Mietanteil von Fr. 134.- und Krankenkassenprämien von Fr. 300.- (C.) bzw. Fr. 100.- (D. und E.). Ferner setzte es einen Betreuungsunterhalt von Fr. 1'450.- fest, den es als Addition einer "Differenz Grundbetrag" von Fr. 150.- und eines Minderverdienstes von Fr. 1'300.- errechnete. Für die Zeit bis Juli 2018 verteilte es den Betreuungsunterhalt je zur Hälfte auf die beiden jüngeren Kinder. Für die Zeit von August 2018 bis Dezember 2019 beschränkte es ihn im Ergebnis auf Fr. 725.-, indem es dem jüngsten Kind weiterhin diesen Betrag zusprach und denjenigen für das mittlere Kind entfallen liess; dafür erhöhte es den nahehelichen Unterhalt um Fr. 750.-. Ab Januar 2020 verringerte es diesen wiederum um Fr. 500.-, weil es von einer zumutbaren Erweiterung der Eigenversorgungskapazität von 30 auf 60 % ausging. Für eine vierte Phase bis Dezember 2021 und eine fünfte Phase bis Dezember 2022 berücksichtigte es sodann auch beim mittleren und jüngsten Kind für die Krankenkasse einen Betrag von Fr. 300.-. Den Vorsorgeunterhalt berechnete das Obergericht auf der Basis des Verbrauchsunterhaltes von Fr. 4'799.- für die Zeit bis Dezember 2019 auf Fr. 564.85 und anschliessend auf Fr. 591.45. Verschiedene Aspekte stehen ausserhalb der tradierten Methoden der Unterhaltsberechnung (Zuweisung eines Überschusses im Rahmen der einstufigen Methode, obwohl dies gerade das Merkmal der zweistufigen Methode ist; Verkleinerung des Betreuungsunterhaltes, ohne dass das jüngste Kind eine relevante Altersstufe erreicht, indem der beim mittleren Kind wegfallende Anteil des Betreuungsunterhaltes in den nahehelichen Unterhalt statt zum jüngsten Kind BGE 147 III 308 S. 312 verschoben wird; Berücksichtigung eines Mietanteiles bei den Kindern, ohne dass dieser beim betreuenden Ehegatten abgezogen wird). Ohnehin aber hat das Bundesgericht zwischenzeitlich für alle Arten des Unterhaltes die zweistufige Methode als verbindlich erklärt und auch dargelegt, wie diese im Einzelnen anzuwenden ist (für den Kindesunterhalt vgl. BGE 147 III 265 E. 6.6 S. 278; für den nahehelichen Unterhalt vgl. BGE 147 III 293 E. 4.5 S. 299). Darauf wird zurückzukommen sein (vgl. nicht publ. E. 7.2).

E. 4

Die Beschwerdeführerin rügt vorab und primär eine Rechtsverletzung im Zusammenhang mit der Bejahung der Zumutbarkeit der Aufnahme einer Erwerbstätigkeit; die "45er-Regel" sei missachtet und damit Art. 125 ZGB nicht korrekt angewandt worden (dazu E. 5). Im Eventualstandpunkt zielt die Beschwerdeführerin auf die Sachverhaltsermittlung und Beweiswürdigung, indem sie rügt, dass ihr bei einer korrekten und willkürfreien Würdigung der Verhältnisse und der Gegebenheiten auf dem Arbeitsmarkt kein Einkommen hätte angerechnet werden dürfen (dazu E. 6). Sodann beanstandet sie verschiedene Punkte bei der Berechnung ihres Bedarfes und rügt in diesem Zusammenhang auch als

bundesrechtswidrig, dass die Töchter weder vor erster noch vor oberer Instanz angehört wurden (dazu nicht publ. E. 7). An sich wären die Vorbringen gerade in umgekehrter Reihenfolge zu prüfen, ist doch bei lebensprägenden Ehen für den nahehelichen Unterhalt in einem ersten Schritt der anhand des zuletzt gemeinsam gelebten Standards ermittelte gebührende Unterhalt, in einem zweiten Schritt die Eigenversorgungskapazität, d.h. die Zumutbarkeit und Möglichkeit zur Bestreitung des gebührenden Unterhalts aus eigener Kraft, und drittens der allenfalls durch den anderen Ehegatten geschuldete Unterhaltsbeitrag zu bestimmen (vgl. BGE 141 III 465 E. 3.1 S. 468 f.; BGE 137 III 102 E. 4.2 S. 106; BGE 134 III 145 E. 4 S. 146 f., BGE 134 III 577 E. 3 S. 578). Mithin hätte die Bedarfsbestimmung vorab zu erfolgen. Überdies ist bei der Ermittlung der Eigenversorgungskapazität in der Regel zuerst die Tatfrage der effektiven Möglichkeit einer Tätigkeit angesichts der konkreten Verhältnisse wie Ausbildung, Gesundheit, u.Ä.m. zu klären und erst in einem zweiten Teilschritt die rechtliche Frage der Zumutbarkeit einer als effektiv möglich erachteten Erwerbsarbeit zu prüfen (vgl. BGE 144 III 481 E. 4 S. 484; BGE 143 III 233 E. 3.2 S. 235; BGE 137 III 118 E. 2.3 S. 121), weil die Rechtsanwendung auf der Grundlage der ermittelten Tatsachen geschieht. Allerdings kann es sinnvoll sein, von dieser Reihenfolge BGE 147 III 308 S. 313 abzuweichen, wenn wie vorliegend die Zumutbarkeit der Wiederaufnahme einer Erwerbsarbeit sowie ferner die tatsächliche Möglichkeit hierzu im Vordergrund steht. Über diese Punkte ist im Rahmen des vorliegenden Urteils verbindlich zu entscheiden, während im Übrigen die Sache zurückzuweisen ist, wie sich noch zeigen wird. Die einzelnen Themen sind mithin in der Reihenfolge zu prüfen, wie sie in der Beschwerde vorgebracht werden.

E. 5

Nach dem Gesagten ist vorab die rechtliche Frage der Zumutbarkeit der Aufnahme einer Erwerbsarbeit zu prüfen.

E. 5.1

Diesbezüglich beruft sich die Beschwerdeführerin auf die "45er-Regel", welche vorliegend missachtet worden sei. Sie macht geltend, das Bundesgericht wende diese für Ehegatten, die während des ehelichen Zusammenlebens nicht erwerbstätig gewesen seien, bis in jüngste Zeit konsequent an. Die Regel könne zwar umgestossen werden, aber hierfür bestünden vorliegend gerade keine Anhaltspunkte: Bei der Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes im Oktober 2010, als sie 44½ Jahre alt gewesen sei, habe niemand die bisherige Aufgabenteilung in Frage gestellt und die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit sei schlicht kein Thema gewesen; angesichts des Alters der Kinder (jüngstes Kind damals erst knapp sieben Jahre alt) hätte dies von ihr denn auch nicht verlangt werden können. Ebenso wenig sei bei der Einleitung der Scheidung geltend gemacht worden, dass sie eine Erwerbstätigkeit aufnehmen müsse; der Ehemann habe dies erst im Gesuch um Abänderung der vorsorglichen Massnahmen vom 21. Januar 2015 (Herabsetzung der Unterhaltsbeiträge wegen erheblich geringerer Bonusleistungen) verlangt. Damit verschiebe sich der Zeitpunkt für die Beurteilung der Zumutbarkeit auf den betreffenden gerichtlichen Entscheid vom 7. Dezember 2015. Damals sei sie aber kurz vor dem 50. Geburtstag gestanden und im August 2016, als sie gemäss diesem Entscheid die Erwerbstätigkeit hätte aufnehmen sollen, sei sie bereits über 50 Jahre alt gewesen. Mithin hätte von ihr gemäss der "45er-Regel" keinesfalls die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit verlangt werden dürfen. Demgegenüber macht der Ehemann vernehmlassungsweise geltend, er habe der Beschwerdeführerin bereits vor der Trennung mitgeteilt, dass er die Scheidung wünsche. Sie habe folglich immer gewusst, dass

die Wiederaufnahme eines gemeinsamen Haushaltes ausser Frage stehen würde. Es treffe auch nicht zu, dass von der Aufnahme einer Erwerbsarbeit offiziell erst im Gesuch vom 21. Januar 2015 die Rede gewesen sei; vielmehr habe er bereits in der Scheidungsklage BGE 147 III 308 S. 314 vom 4. März 2013 die Rechtsbegehren gestellt, es sei bis Ende 2016 ein nachehelicher Unterhalt von Fr. 2'500.- und sodann bis Ende 2019 ein solcher von Fr. 1'500.- zuzusprechen. Aus dieser Befristung ergebe sich klar, dass er davon ausgegangen sei, dass die Beschwerdeführerin schrittweise selbst für ihren Unterhalt aufkommen müsse. Entsprechend habe er in der begründeten Scheidungsklage vom 23. September 2013 auch explizit den beruflichen Wiedereinstieg gefordert. Sodann habe er ihr bei den Vergleichsgesprächen im Herbst 2014 eine Stelle als Telefonistin angeboten, wobei sie dezidiert mitgeteilt habe, dass eine Erwerbsarbeit für sie nicht in Frage komme. Schliesslich habe sie den Massnahmeentscheid vom 7. Dezember 2015, mit welchem ihr ein Pensum von 30 % zugemutet worden sei, nicht angefochten und sich folglich mit der Notwendigkeit der Erwerbsaufnahme abgefunden. Insofern gehe es heute bzw. für die Zeit, ab welcher die Ehefrau in der vorliegenden Beschwerde höheren nachehelichen Unterhalt fordere, gar nicht mehr um die Aufnahme, sondern vielmehr um die Ausdehnung einer Erwerbsarbeit, denn gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung falle auch die Aufstockung eines hypothetischen Pensums unter die Erweiterung einer bereits bestehenden Erwerbsarbeit.

E. 5.2

Für den nachehelichen Unterhalt gilt aufgrund des klaren Wortlautes von Art. 125 Abs. 1 ZGB das Primat der Eigenversorgung und damit eine Obliegenheit zur (Wieder-)Eingliederung in den Erwerbsprozess bzw. zur Ausdehnung einer bestehenden Tätigkeit. Der Zuspruch eines Unterhaltsbeitrages ist subsidiär zur Eigenversorgung und nur geschuldet, soweit der gebührende Unterhalt bei zumutbarer Anstrengung nicht oder nicht vollständig durch Eigenleistung gedeckt werden kann (BGE 147 III 249 E. 3.4.4 S. 258; BGE 141 III 465 E. 3.1 S. 468 f.; BGE 134 III 145 E. 4 S. 146 f.). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung aktualisiert sich der Grundsatz der Eigenversorgung ab dem Zeitpunkt der Scheidung in besonderer Weise; eine betreffende Pflicht besteht allerdings bereits ab dem Trennungszeitpunkt, wenn keine vernünftige Aussicht auf Wiederaufnahme des Ehelebens mehr besteht (BGE 147 III 249 E. 3.4.4 S. 258; BGE 138 III 97 E. 2.2 S. 99; BGE 137 III 385 E. 3.1 S. 386 f.; BGE 130 III 537 E. 3.2 S. 542). Diese Verpflichtung zur Aufnahme einer Erwerbsarbeit erfährt bzw. erfuh nach der bisherigen Rechtsprechung in zweierlei Hinsicht eine Einschränkung: Zum ersten kann ein Ehegatte aufgrund von Kinderbetreuung an einer Erwerbsarbeit verhindert sein. Diesbezüglich galt früher die sog. "10/16-Regel", welche mit BGE 144 III 481 durch BGE 147 III 308 S. 315 das Schulstufenmodell abgelöst wurde; danach wird im Regelfall dem hauptbetreuenden Elternteil ab der obligatorischen Schulpflicht des jüngsten Kindes eine Erwerbsarbeit von 50 %, ab dessen Übertritt in die Sekundarstufe I eine solche von 80 % und ab dessen Vollendung des 16. Lebensjahres ein Vollzeiterwerb zugemutet (BGE 144 III 481 E. 4.7.6 S. 497). Zum anderen galt bei lebensprägenden Ehen gemäss langjähriger bundesgerichtlicher Rechtsprechung die Vermutung, dass einem vollständig ausserhalb des Erwerbslebens stehenden Ehegatten nach Erreichen des 45. Altersjahres eine (Wieder-)Eingliederung ins Berufsleben nicht mehr zumutbar sei und er sich diesfalls seinen gebührenden Unterhalt auch nachehelich durch den anderen Ehegatten finanzieren lassen könne. Zwar hat das Bundesgericht in jüngerer Zeit kantonale Urteile, mit welchen im Zuge der Trennung bzw. Scheidung auch älteren Ehegatten die Wiederaufnahme zugemutet wurde, meist geschützt (z.B. Urteile 5A_76/2009 vom 4. Mai 2009 E. 6.2.5;

5A_750/2011 vom 5. Dezember 2011 E. 5, in: FamPra.ch 2012 S. 431; anders aufgrund der spezifischen Umstände das Urteil 5A_97/2017 vom 23. August 2017 E. 7.2), und auch in der Lehre wird verschiedentlich angezweifelt, ob die "45er-Regel" angesichts der heutigen Realitäten noch aktuell sein könne, zumal das Bundesgericht selbst davon ausgehe, dass die Grenze in der kantonalen Rechtsprechung heute eher bei 50 Jahren liege (VETTERLI/CANTIENI, in: ZGB Kurzkommentar, 2. Aufl. 2018, N. 6 zu Art. 125 ZGB ; BÜCHLER/CLAUSEN, Die Eigenversorgungskapazität im Recht des nachehelichen Unterhalts, Theorie und Rechtsprechung, FamPra.ch 2015 S. 24 und 27; DIEZI, Nachlebensgemeinschaftlicher Unterhalt, 2014, Rz. 780; HAEFELI, Nachehelicher Unterhalt als Auslaufmodell, SJZ 112/2016 S. 420; kritisch gegenüber einer Abschwächung der Regel hingegen FANKHAUSER, Steht das Ende der 45-Jahr-Regel bevor?, FamPra.ch 2014 S. 153 ff.). Dennoch hat aber das Bundesgericht die "45er-Regel" bis heute als Grundsatz immer wieder erwähnt (vgl. BGE 137 III 102 E. 4.2.2.2 S. 109; aus letzter Zeit: Urteile 5A_181/2017 vom 27. September 2017 E. 4.4; 5A_1043/2017 vom 31. Mai 2018 E. 3.2; 5A_267/2018 vom 5. Juli 2018 E. 5.1.2; 5A_101/2018 vom 9. August 2018 E. 3.3; 5A_24/2018 vom 21. September 2018 E. 5.1.2; 5A_745/2019 vom 2. April 2020 E. 3.2.1; 5A_801/2019 vom 26. Mai 2020 E. 3.3.2). Dabei ging es stets um den beruflichen (Wieder-)Einstieg, während die Ausdehnung einer bereits bestehenden Erwerbstätigkeit auch bei über 45-jährigen Ehegatten seit je als zumutbar erachtet wurde (vgl. BGE 147 III 308 S. 316 statt vieler: Urteile 5A_206/2010 vom 21. Juni 2010 E. 5.3.4, in: FamPra.ch 2010 S. 909; 5A_332/2011 vom 10. April 2012 E. 3.3.1; 5A_21/2012 vom 3. Mai 2012 E. 3.3; 5A_319/2016 vom 27. Januar 2017 E. 4.2, in: FamPra.ch 2017 S. 551; 5A_201/2016 vom 22. März 2017 E. 8.1; 5A_187/2016 vom 30. Mai 2017 E. 2.2.2; 5A_97/2017 vom 23. August 2017 E. 7.1.2.1; 5A_801/2019 vom 26. Mai 2020 E. 3.3.2); ebenfalls als zumutbar erachtet wurde die Wiederaufnahme des Lehrerberufes mit 57 Jahren nach einem nur kurzen Unterbruch von zwei Jahren (Urteil 5A_750/2011 vom 5. Dezember 2011 E. 5, in: FamPra.ch 2012 S. 431).

E. 5.3

Im Lauf der Zeit und namentlich im Zug der per 1. Januar 2000 in Kraft getretenen Scheidungsrechtsrevision (AS 1999 1118) hat die "45er-Regel" eine Wandlung durchgemacht: Nach dem Eherecht von 1907/1912 oblag der Ehefrau von Gesetzes wegen die Haushaltsführung (aArt. 161 Abs. 3 ZGB), während der Ehemann als Gegenleistung "für den Unterhalt von Weib und Kind in gebührender Weise Sorge zu tragen" hatte (aArt. 160 Abs. 2 ZGB). Bei der Scheidung hatte eine schuldlose Ehefrau im Rahmen von aArt. 151 ZGB grundsätzlich Anspruch auf Fortsetzung der verlustig gegangenen ehelichen Versorgung durch den Ehemann. Allerdings wurde dieser Grundsatz sukzessiv eingeschränkt. So wurde mit der Zeit ein zu ersetzender "Scheidungsschaden" verneint, wenn der Unterhaltsverlust durch eine Erwerbsaufnahme "zufolge Befreiung von den ehelichen Pflichten" ausgeglichen werden konnte (verrechnungsweise erfolgende sog. Vorteilsausgleichung, so bereits BGE 60 II 391 E. 3 S. 396, sodann z.B. BGE 84 II 415 E. 2 S. 416). Später rückte zunehmend die Frage ins Zentrum, inwiefern die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit auch einer an sich erwerbsunwilligen Person zumutbar sei; dies war insbesondere ab der per 1. Januar 198 in Kraft getretenen Revision des fünften Titels (Wirkungen der Ehe im allgemeinen) der Fall, weil die Ehefrau - wie es das Bundesgericht ausdrückte - keinen gesetzlichen Anspruch mehr hat, ihren Beitrag durch die Führung des Haushalts zu leisten und von einer Erwerbstätigkeit grundsätzlich befreit zu sein, sondern es gemäss Art. 163 ZGB ausdrücklich den Ehegatten überlassen ist, sich über die

Rollenverteilung sowie über Art und Umfang ihrer Beiträge an den gemeinsamen Unterhalt zu einigen (vgl. BGE 114 II 13 E. 3 S. 16 sowie für die Konsequenzen beim nahehelichen Unterhalt E. 4 S. 16), wobei für die Frage der Zumutbarkeit der Aufnahme BGE 147 III 308 S. 317 einer Erwerbstätigkeit auch weiterhin die Schwere des Scheidungsverschuldens erheblich ins Gewicht fallen sollte (BGE 115 II 6 E. 5 S. 11). Im Zusammenhang mit der Zumutbarkeit wurde die Altersschwelle von 45 Jahren erstmals mit BGE 114 II 9 E. 7b S. 11 und BGE 115 II 6 E. 5a S. 11 in publizierten Urteilen erwähnt. Allerdings lag noch weniger eine generalisierende Vermutung im Fokus, sondern ging es primär um eine Gesamtwürdigung der konkreten Umstände. So wurden in BGE 114 II 9 im Zusammenhang mit einer Bedürftigkeitsrente gemäss aArt. 152 ZGB die konkreten Elemente gegeneinander abgewogen (E. 7b S. 11 f.), und in BGE 115 II 6 wurde festgehalten, eine Anwendung der allgemeinen Grundsätze auf den konkreten Fall ergebe, dass (bei einer Ehe mit zwei Kindern, wobei das jüngere noch persönliche Betreuung brauchte, vgl. E. 3c S. 10) die lange Ehedauer von rund 20 Jahren und das Alter der Klägerin von 45 Jahren bei Eintritt der Rechtskraft des Scheidungsurteils grundsätzlich für eine zeitlich unbefristete Unterhaltersatzrente spreche (E. 6 S. 13). In sich anschliessenden Urteilen wurde unter Bezugnahme auf BGE 115 II 6 die Altersgrenze von 45 Jahren jedoch immer mehr zu einer von einer Gesamtwürdigung losgelösten generalisierenden Vermutung bzw. einer Richtlinie für oder gegen die Zumutbarkeit einer Erwerbsaufnahme (vgl. BGE 137 III 102 E. 4.2.2.2 S. 108 f.; BGE 119 II 361 E. 5b S. 367; Urteile 5C.188/1993 vom 28. Januar 1994 E. 3c/bb; 5C.54/1995 vom 13. Juni 1995 E. 2a; 5C.74/1996 vom 4. Juni 1996 E. 4; 5C.278/2000 vom 4. April 2001 E. 3d; Fortsetzung dieser Rechtsprechung bis in die jüngste Zeit, vgl. oben E. 5.2). Die vorstehenden Ausführungen zeigen, dass die "45er-Regel" ursprünglich die ausnahmsweise Begrenzung der an sich zeitlich unbefristet geschuldeten Unterhaltersatzrente gemäss aArt. 151 ZGB zum Ausgangspunkt hatte und dass sie im neuen Scheidungsrecht - welches vom Verschuldensprinzip abkehrte (Botschaft vom 15. November 1995 über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [Scheidungsrechtsrevision], BBl 1996 I 27 ff., 67 und 114), das Primat der Eigenversorgung verankerte (dazu oben), und als Regel eine zeitliche Befristung des subsidiären Unterhaltsanspruches vorsieht (Art. 125 Abs. 1 und 2 ZGB ; BGE 147 III 249 E. 3.4.5 S. 259 m.w.H.) - wiederum zur Begründung einer Ausnahme diente, freilich in umgekehrter Richtung, indem bei unzumutbarer Eigenversorgung nahehelicher Unterhalt geschuldet sein soll. BGE 147 III 308 S. 318

E. 5.4

Die "45er-Regel" ist mit anderen Worten keine vom Gesetzgeber aufgestellte oder angedachte Vermutung und sie lässt sich insbesondere nicht aus dem Kriterienkatalog von Art. 125 Abs. 2 ZGB ableiten, (jedenfalls direkt) auch nicht aus der dortigen Ziff. 4, sondern sie beruht auf Rechtsprechung, wobei diese wie aufgezeigt einen Bedeutungswandel durchgemacht und in der letzten Zeit auch viel von ihrem Richtliniencharakter verloren hat, indem die kantonale Rechtsprechung oft von höheren Altersschwellen ausgeht, soweit sie solche überhaupt anwendet. Es stellt sich in grundsätzlicher Weise die Frage, ob eine an ein bestimmtes Lebensalter geknüpfte Vermutung für oder gegen die Zumutbarkeit zur Aufnahme einer Erwerbsarbeit überhaupt noch zeitgemäss sein kann oder ob es nicht vorzuziehen ist, allein auf die tatsächliche Möglichkeit abzustellen, wie sie in Art. 125 Abs. 2 Ziff. 7 ZGB als Kriterium für den nahehelichen Unterhalt aufgeführt ist. Ausgangspunkt bildet der sich aus Art. 125 Abs. 1 ZGB ergebende Grundsatz, wonach im nahehelichen Verhältnis ein jeder Ehegatte die

wirtschaftliche Eigenständigkeit anzustreben hat; damit ist grundsätzlich eine Obliegenheit zur Ausschöpfung einer in tatsächlicher Hinsicht bestehenden Eigenversorgungskapazität verbunden (vgl. dazu BGE 147 III 249 E. 3.4.4 S. 258 m.w.H.). Zwar ist beim nahehelichen Unterhalt die Aufgabenteilung während der Ehe als Kriterium miteinzubeziehen (Art. 125 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB); damit ist das Kontinuitätsprinzip angesprochen. Allerdings tritt mit der Scheidung (bzw. an sich schon mit der Trennung) insofern eine Zäsur ein, als die Besorgung des gemeinsamen Haushaltes und damit die entsprechende Unterhaltsleistung an die Gemeinschaft wegfällt und insofern der Ehegatte, welcher diese bisher erbracht hat, im betreffenden Umfang frei wird und somit (bei gegebener tatsächlicher Möglichkeit) für seinen eigenen Unterhalt sorgen kann. Diese Beobachtung erfolgte in der bundesgerichtlichen Rechtssprechung bereits recht früh (vgl. oben E. 5.3); aber auch in der jüngeren Rechtsprechung wurde immer wieder erwähnt, dass mit der Scheidung (bzw. bereits mit der Trennung) die tatsächlichen Lebensverhältnisse ändern und sich ein Ehegatte nicht einfach auf eine frühere Rollenteilung berufen und daraus ableiten kann, dass er zu gar keiner eigenen Erwerbstätigkeit verpflichtet sei, obwohl seine Beiträge an die Gemeinschaft wegfallen und es ihm dadurch an sich möglich wird, seinen Lebensunterhalt durch eigene Erwerbstätigkeit zu bestreiten (z.B. BGE 147 III 249 E. 2.4.5 S. 259 m.w.H.; Urteile 5A_122/2011 vom 9. Juni BGE 147 III 308 S. 319 2011 E. 4; 5A_319/2016 vom 27. Januar 2017 E. 4.2, in: FamPra.ch 2017 S. 551). Naturalleistungen zugunsten der (an sich nicht mehr bestehenden) Gemeinschaft werden freilich dort weiterhin erbracht, wo gemeinsame Kinder zu betreuen sind, denn die Betreuungsaufgabe stellt sich auch nach der Auflösung des gemeinsamen Haushaltes und wird deshalb in Art. 125 Abs. 2 Ziff. 6 ZGB speziell erwähnt. Dennoch wird selbst hier nach einer den Verhältnissen des konkreten Falles angepassten Übergangsfrist vom obhutsberechtigten Ehegatten erwartet, dass er sich trotz der Erbringung von Naturalleistungen abgestuft nach dem Alter der gemeinsamen Kinder sukzessive wieder in den Erwerbsprozess eingliedert. Diesbezüglich hat das Bundesgericht in einem Leiturteil neulich in Abkehr zur früheren "10/16-Regel" im Sinn einer Richtlinie das Schulstufenmodell für verbindlich erklärt (BGE 144 III 481 E. 4.7.6 S. 497), welches vom betreuenden Elternteil eine schnellere und umfassendere Wiedereingliederung auf dem Arbeitsmarkt erwartet als dies nach der früheren Regel der Fall gewesen war. Das Bundesgericht hat dabei namentlich auch auf die veränderten gesellschaftlichen Verhältnisse und die Tatsache hingewiesen, dass heute in getrennt wie in gemeinsam geführten Haushalten überwiegend beide Elternteile zumindest teilweise erwerbstätig sind (BGE 144 III 481 E. 4.7.7 S. 498). Wird im Rahmen des Schulstufenmodelles nach einer bestimmten Übergangsfrist die Wiederaufnahme einer Erwerbsarbeit unbekümmert um die seinerzeit von den Ehegatten getroffene Aufgabenteilung zugemutet, ist wenig einsichtig, wieso eine bestimmte Altersschwelle eine generelle - mithin vom Einzelfall und namentlich auch von der Frage der Kinderbetreuung losgelöste, d.h. selbst bei kinderlosen Haushalten greifende - Unzumutbarkeit begründen soll. Im Vordergrund muss vielmehr die Frage nach angemessenen Übergangsfristen stehen, wie das Bundesgericht dies bereits in seinem Leiturteil zum Schulstufenmodell betont hat, dort freilich nicht nur in Zusammenhang mit dem Kontinuitätsprinzip als solchem - welches nicht auf eine Perpetuierung einer zufolge aufgelöster Gemeinschaft gar nicht mehr gelebten Aufgabenteilung hinauslaufen darf (BGE 144 III 481 E. 4.6 S. 491) -, sondern auch aus Kindeswohlüberlegungen heraus, weil bei der Trennung der Eltern das Leben der Kinder nicht im gleichen Augenblick noch weitere Änderungen erfahren soll wie beispielsweise einen Wechsel von Eigen- zu Fremdbetreuung; deshalb kann die zwischen

den Eltern vereinbarte BGE 147 III 308 S. 320 Betreuungsform nach der Trennung vorerst "für eine gewisse Zeit" weitergeführt werden (BGE 144 III 481 E. 4.5 und 4.6 S. 490 f.). Was nun spezifisch den beruflichen Wiedereinstieg anbelangt, soll die Übergangsfrist der Herstellung der diesbezüglichen Voraussetzungen dienen. Vorab nimmt die innere Neufindung wie auch der Bewerbungsprozess auf dem Arbeitsmarkt eine gewisse Zeit in Anspruch. Vielleicht erweist sich aber auch eine Weiterbildung für das Ziel einer adäquaten und Erfolg versprechenden Wiedereingliederung in das Erwerbsleben als sinnvoll, denn je höher die Eigenversorgungskapazität des potentiell Unterhaltsberechtigten wird, desto stärker ist anschliessend der Unterhaltsverpflichtete entlastet, so dass auch er am entsprechenden Ziel interessiert sein muss. In BGE 147 III 249 E. 3.4.4 S. 258 wurde festgehalten, dass das Aus-, Um- und Weiterbildungsangebot in der Schweiz gross und vielfältig (geworden) ist; eine permanente Weiterbildung zur Optimierung der persönlichen Möglichkeiten auf dem Arbeitsmarkt ist denn auch ein Zeichen der Zeit. Insofern kann sogar eine kurze Unterbrechung einer bisherigen Tätigkeit für eine Zusatzausbildung zur Erlangung einer besseren Eigenversorgungskapazität angezeigt sein (vgl. GLOOR/SPYCHER, in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch, Bd. I, 6. Aufl. 2018, N. 32 zu Art. 125 ZGB). Vor diesem Hintergrund sind je nach konkreter Ausgangslage unter Umständen auch längere Übergangsfristen angezeigt, jedenfalls wenn sie im Zusammenhang mit einer deutlichen Erhöhung der Eigenversorgungskapazität stehen, denn es ist dem Gedanken der nahehelichen Solidarität, auf welchem der Scheidungsunterhalt beruht, gerade inhärent, dass der Unterhaltsverpflichtete den Berechtigten bei der Herstellung der Voraussetzungen, um das naheheliche Leben aus eigener Kraft zu bestreiten, unterstützt. Indes muss es sich selbst in diesem Fall um eine Übergangsfrist handeln; umso mehr gilt dies ausgehend vom Primat der Eigenversorgung, wenn keine Weiterbildung ansteht, weil mit der Auflösung des gemeinsamen Haushaltes wie gesagt eine Zäsur eintritt und die vereinbarte Aufgabenteilung zwangsläufig hinfällig geworden ist.

E. 5.5

Vor dem Hintergrund des Gesagten drängt es sich auf, die "45er-Regel" formell aufzugeben. Insbesondere würde eine blosser Anhebung der Altersgrenze, etwa auf 50 Jahre, wenig Sinn machen, da unabhängig von einer bestimmten Limite eine generalisierende Vermutung dem Einzelfall zu wenig gerecht wird. Wie in BGE 147 III 249 E. 3.4.4 S. 258 ausgeführt wurde, hängt es stark vom Berufsfeld BGE 147 III 308 S. 321 und der Ausbildung ab, ob und wie schnell ein (Wieder-)Einstieg ins Erwerbsleben gelingen kann.

E. 5.6

Massgeblich ist mithin eine konkrete Prüfung anhand der in jenem Urteil genannten Kriterien (Alter, Gesundheit, sprachliche Kenntnisse, bisherige und künftige Aus- und Weiterbildungen, bisherige Tätigkeiten, persönliche und geographische Flexibilität, Lage auf dem Arbeitsmarkt, u.Ä.m.). Dass das Lebensalter oft ein entscheidender Faktor bei der Beurteilung der tatsächlichen Möglichkeit ist, einer Erwerbsarbeit nachzugehen, entspricht einer Tatsache. Indes kommt dem Alter zufolge Aufgabe der "45er-Regel" nicht (mehr) eine von allen übrigen Faktoren losgelöste abstrakte Bedeutung im Sinn einer Vermutung für oder gegen die Zumutbarkeit einer Erwerbsarbeit zu. Dem sind zwei Klarstellungen anzufügen: "Konkrete Prüfung" meint nicht, dass es ausschliesslich um die Feststellung von Tatsachen geht. Vielmehr ist auf der Basis der erhobenen Tatsachen weiterhin die Rechtsfrage zu prüfen, ob insgesamt und in welchem Umfang die Aufnahme einer Erwerbsarbeit zumutbar ist (zur Unterscheidung und der divergierenden Kognition im

bundesgerichtlichen Verfahren vgl. die in E. 4 angeführte Rechtsprechung). Soweit in tatsächlicher Hinsicht die Aufnahme einer Erwerbsarbeit möglich ist, besteht der Grundsatz, dass diese auch zumutbar und unter dem Titel der Eigenversorgung ein entsprechendes (hypothetisches) Einkommen an den gebührenden Unterhalt anzurechnen ist (dazu E. 5.4). Von diesem Grundsatz kann aber in begründeten Einzelfällen ausnahmsweise abgewichen werden, beispielsweise bei einem nahe am Pensionsalter stehenden Ehegatten. Eine Unzumutbarkeit - insbesondere zur Aufnahme nicht "standesgemässer" Erwerbsarbeiten - lässt sich auch dort begründen, wo die Ehe aufgrund verschiedener Faktoren das Leben eines Ehegatten in entscheidender Weise geprägt hat, indem er auf die (Weiter-)Verfolgung einer eigenen Karriere verzichtet, sich stattdessen aufgrund eines gemeinsamen Entschlusses dem Haushalt und der Erziehung der Kinder gewidmet und dem anderen Ehegatten während Jahrzehnten den Rücken freigehalten hat, so dass dieser sich ungeteilt dem beruflichen Fortkommen und der damit verbundenen Steigerung seines Einkommens widmen konnte und sich mit diesem ohne Weiteres auch zwei Haushalte finanzieren lassen; eine "Lebensprägung" im Sinn der bisherigen Rechtsprechung reicht für ein Abweichen vom Grundsatz allerdings nicht. BGE 147 III 308 S. 322

E. 5.7

Für den vorliegenden Fall ergibt sich aus dem Gesagten, dass die kantonalen Instanzen zu Recht die konkrete Möglichkeit des beruflichen Wiedereinstieges der Beschwerdeführerin geprüft haben. Aktenkundig ist im Übrigen, dass der Ehemann diesen bereits in der Antwort zur Scheidungsklage gefordert hat, und der Ehefrau folglich bewusst sein musste, dass sie sich mit der entsprechenden Thematik auseinandersetzen habe. Dass ihr auch die eigene Anwältin von Beginn weg zur Suche nach einer Arbeitsstelle geraten hat, wird von den kantonalen Instanzen wie auch dem Ehemann angeführt, aber von der Ehefrau als Unterstellung bezeichnet; die Frage, ob eine willkürliche Sachverhaltsfeststellung und eine genügende dahingehende Rüge vorliegen, kann offenbleiben, weil unabhängig davon für die Beschwerdeführerin jedenfalls Anlass bestanden hätte, sich angesichts der damaligen Ausgangslage mit dem Thema des beruflichen Einstieges auseinanderzusetzen. Daran vermag auch die Aussage nichts zu ändern, die Hinweise des erstinstanzlichen Richters zur Wiedereingliederung in den Erwerbsprozess würden im angefochtenen Entscheid nicht präzise spezifiziert und ein solcher Hinweis könnte frühestens anlässlich der Instruktionsverhandlung im Juli 2015 erfolgt sein, wo sie, allerdings ausserhalb einer formellen Parteibefragung, zu ihren Bemühungen betreffend Stellensuche befragt worden sei. Vor dem geschilderten Hintergrund erübrigt sich auch eine nähere Erörterung des Vorbringens des Ehemannes, mangels Einlegung einer eigenen Berufung habe die Ehefrau mit dem erstinstanzlichen Entscheid akzeptiert, dass sie wieder einem Teilzeiterwerb nachgehen müsse, weshalb es vorliegend gar nicht mehr um einen beruflichen Wiedereinstieg gehe, sondern nur noch um die Frage der Ausdehnung einer Erwerbstätigkeit.

E. 6

Zu prüfen ist - im Rahmen entsprechend substantiiertes Rügen - weiter, inwiefern es für die Beschwerdeführerin tatsächlich möglich war, auf dem Arbeitsmarkt eine als zumutbar erachtete Anstellung zu finden. Dabei ist die effektive Erzielbarkeit (angesichts des Alters, der Gesundheit, der Ausbildung und persönlichen Fähigkeiten, der Arbeitsmarktlage, etc.) eine Tatfrage, hingegen eine Rechtsfrage, ob die Erzielung angesichts der

Tatsachenfeststellungen als zumutbar erscheint (vgl. BGE 143 III 233 E. 3.2 S. 235; BGE 137 III 102 E. 4.2.2.2 S. 108, BGE 137 III 118 E. 2.3 S. 121; BGE 128 III 4 E. 4c/bb S. 7; BGE 126 III 10 E. 2b S. 13 oben).

E. 6.1

Nach den (nicht umstrittenen) Feststellungen hat die Ehefrau bis 1998 im Bereich der Informatik studiert und gearbeitet, sich aber BGE 147 III 308 S. 323 mit der anfangs 1999 erfolgten Heirat und Geburt der ersten Tochter fortan um den Haushalt und die Erziehung der Töchter gekümmert. Vor diesem Hintergrund erachteten die kantonalen Instanzen das im Bereich der Informatik erworbene Know-how als schlicht nicht mehr verwertbar; ein beruflicher Wiedereinstieg als Informatikkauffrau würde zu viel an vorgängiger Weiterbildung voraussetzen. Das Obergericht stellte (wie bereits die Erstinstanz) weiter fest, dass aber beispielsweise eine Tätigkeit im Gastgewerbe oder im Detailhandel in Frage komme und insbesondere auch eine Anstellung im Pflegebereich nach einer viermonatigen SRK-Ausbildung realistisch sei, da in diesem Bereich Bewerberinnen sehr gesucht seien. Die Feststellungen im angefochtenen Entscheid gehen weiter dahin, dass die Ehefrau sich jedoch unter Verweis auf die Betreuungspflichten zuerst gar nicht und schliesslich nur sporadisch (gemäss den Unterlagen im Berufungsverfahren während einer Zeitspanne von fünf Monaten telefonische Meldung auf 13 Zeitungsinserate und 4 schriftliche Bewerbungen) auf offene Stellen bewarb. Ausgehend von diesen Feststellungen gelangte auch das Obergericht zur Überzeugung, dass sich die Ehefrau intensiver um eine Erwerbstätigkeit hätte bemühen müssen, zumal klar gewesen sei, dass die Wiederaufnahme der Ehe nicht in Frage komme; ihre Passivität sei unverständlich, zumal weder von ihr noch von den Töchtern irgendwelche gesundheitlichen Beeinträchtigungen bekannt seien. Sodann stellte das Obergericht fest, dass die Ehefrau als Pflegehilfskraft bei einem Vollpensum ein Nettoeinkommen von Fr. 4'300.- erzielen könnte, und es erwog, ab dem Jahr 2014, als das jüngste Kind 10 Jahre alt geworden sei, müsse in Übereinstimmung mit dem erstinstanzlichen Entscheid ein hypothetisches Einkommen Fr. 1'300.- entsprechend einem Pensum von 30 % angerechnet werden und ab dem Jahr 2020, wenn dieses 16 Jahre alt geworden sei, ein Betrag von Fr. 2'600.- entsprechend einem Pensum von 60 %.

E. 6.2

Die Beschwerdeführerin macht geltend, der Vorwurf ungenügender Bemühungen sei aktenwidrig. Sie habe ab Sommer 2015 zahlreiche Bewerbungen geschrieben und auch Abklärungen unternommen, wie ein Einstieg ins Erwerbsleben gelingen könnte. Dabei habe sie sich verständlicherweise auf Stellen beschränkt, bei welchen sie sich Chancen versprochen habe und die mit der Kinderbetreuung kompatibel gewesen seien; im Berufungsverfahren habe sie schliesslich eine Liste mit telefonischen Anfragen und vier schriftlichen BGE 147 III 308 S. 324 Bewerbungen vorgelegt. Angesichts ihres Alters habe sie keine reale Möglichkeit, ein Erwerbseinkommen zu erzielen, und in diesem Punkt werde die Situation im angefochtenen Entscheid willkürlich gewürdigt. Namentlich werde übersehen, dass sie keinen Pflegekurs absolviert und sich auch nicht um Stellen im Gesundheitsbereich beworben habe, weil sie überhaupt erst durch den erstinstanzlichen Richter auf dieses Tätigkeitsfeld hingewiesen worden sei. Ansonsten habe sie sich aber in allen Branchen auf Anstellungen als ungelernte Hilfskraft im Teilzeitpensum beworben. Trotz ihrer zielgerichteten Bemühungen sei sie nie zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen worden. Demgegenüber hält der Ehemann fest, dass die Beschwerdeführerin einen mangelnden Willen habe, eine wirtschaftliche Selbständigkeit anzustreben. Das zeige

sich auch darin, dass sie sich trotz ihres diesbezüglichen Anspruches nie beim RAV gemeldet und um Arbeitslosengeld oder Unterstützung bei der Stellensuche bemüht habe. Sie habe lediglich, nachdem sie vom erstinstanzlichen Richter auf ihre Erwerbspflichten aufmerksam gemacht worden sei, im Jahr 2015 einige wenige Bewerbungen versandt, dies weder zielgerichtet noch in einem Umfang, wie das RAV es verlangen würde.

E. 6.3

Aktenwidrigkeiten sind nicht zu erkennen; das Obergericht hat die Suchbemühungen, wie sie im Berufungsverfahren vorgetragen und belegt wurden, in seinen Erwägungen dargestellt. Sodann hat es in rechtlicher Hinsicht sein Ermessen nicht überschritten, wenn es diese als (zu) wenig intensiv angesehen hat, zumal es sich primär um eine einzelne Phase handelt, sich die Beschwerdeführerin nie beim RAV gemeldet oder anderweitig hat unterstützen lassen und sie selbst nicht geltend macht, dass sie eine Kurzausbildung, z.B. im Pflegebereich, auch nur angedacht hätte. Im Übrigen trifft zu, dass die Beschwerdeführerin lange vom Arbeitsmarkt fern war, indem sie sich um die Erziehung der gemeinsamen Kinder gekümmert hat. Dies beschlägt aber in erster Linie die Tatsache, dass der berufliche Wiedereinstieg typischerweise nicht im Bereich der Informatik erfolgen konnte; dies haben die kantonalen Instanzen zutreffend festgehalten. Indes kann vor dem Hintergrund des Gesagten die Würdigung nicht willkürlich sein, dass es der Beschwerdeführerin bei entsprechenden Bemühungen möglich sein muss, in einem geeigneten Berufsfeld auf dem Arbeitsmarkt Fuss zu fassen, beispielsweise nach einer viermonatigen SRK-Ausbildung BGE 147 III 308 S. 325 im Pflegebereich, wo nach den (unbestrittenen) Feststellungen im angefochtenen Entscheid ein Mangel an Arbeitskräften herrscht. Gesundheitliche Beeinträchtigungen werden im Übrigen nicht geltend gemacht, und es bestehen auch keine weiteren Hindernisse wie fehlende sprachliche Fähigkeiten u.Ä.m. Insgesamt ist weder Willkür im Zusammenhang mit den Tatsachenfeststellungen noch in rechtlicher Hinsicht eine falsche Ermessensausübung ersichtlich, zumal der Beschwerdeführerin eine sehr moderate Erwerbstätigkeit zugemutet wurde (Pensum von 30 %, wenn das jüngste Kind 10-jährig ist, und Pensum von 60 %, wenn es 16-jährig ist), die hinter dem zurückbleibt, was nach dem neuen Schulstufenmodell als Richtlinie gilt (Pensum von 50 % ab Eintritt des jüngsten Kindes in die obligatorische Schule, ein Pensum von 80 % ab dessen Übertritt in die Sekundarstufe und ein Pensum von 100 %, wenn es 16-jährig wird) und bereits nach der früheren "10/16-Regel" gegolten hätte (Pensum von 50 %, wenn das jüngste Kind 10-jährig ist, und Pensum von 100 %, wenn es 16-jährig ist).

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