

# **BGer 5A 514/2017 vom 26. Juli 2017**

Bundesgericht, 2017-07-26, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_514\\_2017](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_514_2017)

FR: TF 5A 514/2017 du 26 juillet 2017

IT: TF 5A 514/2017 del 26 luglio 2017

## **Regeste**

Eheschutzmassnahmen | Familienrecht

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Angefochten ist ein kantonales letztinstanzliches Eheschutzentscheid; dagegen steht die Beschwerde in Zivilsachen offen ( Art. 72 Abs. 1, Art. 75 Abs. 2 und Art. 90 BGG ). Bei Eheschutzentscheiden handelt es sich um vorsorgliche Massnahmen im Sinn von Art. 98 BGG ( BGE 133 III 393 E. 5.1 S. 397; Urteile 5A\_705/2013 vom 29. Juli 2014 E. 1.2; 5A\_746/2014 vom 30. April 2015 E. 1.1), so dass nur die Rüge der Verletzung verfassungsmässiger Rechte möglich ist, wofür das strenge Rügeprinzip gemäss Art. 106 Abs. 2 BGG gilt.

### **E. 2**

Betreffend Zuweisung der ehelichen Liegenschaft macht die Beschwerdeführerin zwar formell eine willkürliche Sachverhaltsfeststellung und Rechtsanwendung geltend, sie begründet diese aber im weiteren Verlauf weitestgehend appellatorisch und somit nicht in der für Verfassungsfragen gebotenen Weise (dazu BGE 140 III 264 E. 2.3 S. 266; 141 IV 249 E. 1.3.1 S. 253). Unzutreffend ist zunächst der Vorwurf, das Obergericht habe die Verhandlungsmaxime gemäss Art. 55 ZPO nicht beachtet; für das Eheschutzverfahren gilt die Untersuchungsmaxime (vgl. Art. 272 ZPO ). An der Sache vorbei geht auch die Kritik, das Obergericht habe Art. 317 Abs. 1 ZPO übergangen; zum einen wurde mehrfach auf diese Norm hingewiesen (angefochtener Entscheid, S. 7, 13, 20), zum anderen nahm die Beschwerdeführerin im obergerichtlichen Verfahren zu allen Vorbringen des Beschwerdegegners Stellung, ohne jedoch vorgebracht zu haben, diese seien prozessual verspätet (vgl. angefochtener Entscheid, S. 9 f.; Gegenteiliges wird in der Beschwerde weder behauptet noch belegt). Eine willkürliche Handhabung der betreffenden Prozessnormen ist mithin nicht in der für Verfassungsfragen erforderlichen Weise substantiiert. Was die Zuteilung der ehelichen Wohnung in der Sache anbelangt, hat das Obergericht bei der Interessenabwägung zum Ausgangspunkt genommen, dass keine Kinder mehr zu betreuen sind und keine der Parteien invalid oder aus beruflichen Gründen auf das Haus angewiesen ist. Im Anschluss ist es aufgrund der unüblich heftigen Zerstrittenheit der Parteien von einer baldigen Scheidung ausgegangen und hat darauf abgestellt, dass die Liegenschaft im Alleineigentum des Beschwerdegegners steht, so dass eine jetzige Zuweisung an die Beschwerdeführerin ohnehin nur von vorübergehender Natur sein könnte. Damit hat das Obergericht auf sachliche Gründe (Eigentumsverhältnisse angesichts der Abwesenheit vorgehender Kriterien) abgestellt und es ist keine Willkür zu erkennen, denn sie liegt nicht schon vor, wenn eine andere Lösung ebenfalls vertretbar erscheint oder sogar vorzuziehen wäre (vgl. BGE 135 V 2 E. 1.3 S. 4; 136 III 552 E. 4.2 S.

560), sondern einzig, wenn diese auf einer schlechterdings unhaltbaren Beweiswürdigung beruht, in krassem Widerspruch zur tatsächlichen Situation steht oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft (vgl. BGE 140 III 167 E. 2.1 S. 168; 141 IV 305 E. 1.2 S. 308 f.). Vorliegend ergibt sich deshalb Willkür weder aus der Verwendung des betreffenden Wortes noch aus den letztlich in appellatorischer Weise vorgetragene Ausführungen der Beschwerdeführerin (der Beschwerdegegner habe bei der erstinstanzlichen Parteibefragung von einem Verkauf der Liegenschaft gesprochen; gerade weil das Eheschutzverfahren vorübergehender Natur sei, mache eine Zuteilung an sie Sinn; es sei nicht ausgeschlossen, dass sie im Rahmen der güterrechtlichen Auseinandersetzung die Liegenschaft übernehme). Die Beschwerdeführerin müsste vielmehr Gründe vorlegen, welche es als unhaltbar erscheinen lassen, wenn das Obergericht in der vorliegenden Situation auf die Eigentumsverhältnisse abgestellt hat. Betreffend Frist zum Auszug aus der ehelichen Wohnung hat das Obergericht festgehalten, dass die vom Beschwerdegegner angebotene Wohnung am D. \_\_\_\_\_ ring in V. \_\_\_\_\_ nach dessen Ausführungen immer noch frei stehe, wobei die Beschwerdeführerin selbstverständlich auch in eine andere Wohnung ziehen könne. Soweit die Beschwerdeführerin dem Obergericht eine vollkommen falsche Sachverhaltsfeststellung vorwirft, indem sie immer bestritten habe, dass die Wohnung frei sei, bzw. diese seit dem März 2017 effektiv wieder vermietet sei, zeigt sie entgegen ihrer für Willkür rügen geltenden Substanziierungspflicht nicht auf, an welcher Stelle sie die betreffenden Behauptungen im kantonalen Verfahren erhoben hat. Keine Willkür zu begründen vermögen sodann die allgemeinen Ausführungen, angesichts ihres Alters und des fehlenden Erwerbseinkommens sei es schwierig, eine Wohnung zu finden, und sie müsse zuerst Schulden (Anwaltskosten etc.) zahlen, bevor sie einen Mietzins entrichten könne.

### **E. 3**

Umstritten sind sodann verschiedene Modalitäten der Unterhaltsberechnung. Diesbezüglich ist vorweg zu bemerken, dass beide Parteien ähnliche Abstriche bei den von ihnen vertretenen Positionen bzw. Maximalansichten hinnehmen mussten und das Obergericht einen ausgewogenen, den konträren Interessen der ausserordentlich heftig zerstrittenen Parteien gerecht werdenden Entscheid gefällt hat. Nichts deutet darauf hin, dass die eine oder andere Seite insgesamt willkürlich behandelt worden wäre. Dennoch wird ausnahmslos in Bezug auf jeden einzelnen Streitpunkt eine Willkür rüge erhoben. Darauf ist nachfolgend in der gebotenen Kürze einzugehen. Soweit die Beschwerdeführerin im Zusammenhang mit der Unterhaltsbemessung wiederholt die Gültigkeit der Verhandlungsmaxime und eine Verletzung von Art. 317 Abs. 1 ZPO behauptet, ist auf das in E. 2 Gesagte zu verweisen. Als Folge gehen die Ausführungen im Zusammenhang mit dem der Beschwerdeführerin in E. 3.2.2.4 des angefochtenen Entscheides angerechneten Erwerbseinkommen von Fr. 400.-- an der Sache vorbei. Im Übrigen ist diesbezüglich umso weniger Willkür ersichtlich, als der Beschwerdegegner im gesamten kantonalen Verfahren mit Verweis darauf, dass die Beschwerdeführerin während der Ehe immer einer Erwerbstätigkeit nachging, die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens von Fr. 4'000.-- im Rahmen eines Pensums von 70 % gefordert hatte. Insofern geht auch die Behauptung der Verletzung der Dispositionsmaxime fehl. Was die Zumutbarkeit eines Pensums von 30 % ab der Zeit der Einstellung der Arbeitslosentaggelder anbelangt, hätte angesichts des fortgeschrittenen Alters der Beschwerdeführerin, was das Obergericht aber keineswegs übersehen hat, eine andere Lösung möglicherweise näher gelegen. Indes hält angesichts der unbestritten gebliebenen Tatsache, dass sie während der ganzen Ehe

erwerbstätig war, die Annahme eines hypothetischen Einkommens von 30 % vor dem Willkürverbot stand, zumal das Obergericht im Gegenzug die mit gesundheitlichen Beschwerden begründete (und effektiv erfolgte) Reduktion des Arbeitspensums des Beschwerdegegners auf 50 % nicht akzeptiert und ihm weiterhin ein Einkommen auf der Grundlage eines Pensums von 100 % angerechnet hat. Keine Willkür im Sinn der vorstehend festgehaltenen Definition ist gegeben, wenn das Obergericht für den Bonus 2016 auf die Angaben des Beschwerdegegners abgestellt und ihm für die Zukunft (vorläufig) keinen Bonus angerechnet hat mit der Begründung, ein solcher sei im Arbeitsvertrag nicht vorgesehen. Was sodann die Höhe des hypothetischen Einkommens anbelangt, erachtet die Beschwerdeführerin als willkürlich, dass das Obergericht nicht einfach auf das frühere Nettoeinkommen abgestellt, sondern das neue Einkommen auf der Basis einer Anstellung von 50 % verdoppelt hat. Indes kann bei freiwilliger Aufgabe der früheren Stellung in der Regel nur insoweit ein hypothetisches Einkommen angerechnet werden, als die Verminderung der Leistungskraft rückgängig gemacht werden kann ( BGE 128 III 4 E. 4 S. 5 f.; Urteile 5A\_326/2009 vom 24. Dezember 2009 E. 2.1; 5A\_894/2010 vom 15. April 2011 E. 3). Die wichtigste Ausnahme besteht für das Abänderungsverfahren (Änderung der Rechtsprechung mit Urteil 5A\_297/2016 vom 2. Mai 2017 E. 3, zur Publikation bestimmt). Die Beschwerdeführerin macht indes keinerlei Verweise auf die reichhaltige Rechtsprechung, sondern behauptet in abstrakter Weise Willkür, weshalb ihr Vorbringen bereits am Substanziierungserfordernis scheitert. Es ist aber auch von der Sache her keine Willkür ersichtlich, weil nicht behauptet wird, dass der Beschwerdegegner seine frühere Führungsfunktion wiedererlangen könnte; die Verdoppelung des heutigen Einkommens auf der Basis von 50 % steht somit nicht in unvereinbarem Widerspruch zur Beweislage oder Rechtsprechung. Was schliesslich die bislang von den Parteien gemeinsam besorgte Verwaltung der Liegenschaften von E. \_\_\_\_\_ anbelangt, was Einnahmen von Fr. 1'700.-- generiert hatte, hielt das Obergericht fest, es sei nicht unglaublich, dass der Beschwerdegegner diese Tätigkeit wie behauptet eingestellt habe; für den Fall, dass das Gegenteil zuträfe, wäre es aber stossend, ihm weiterhin ein betreffendes Einkommen anzurechnen, nachdem die Beschwerdeführerin diesbezüglich ihre Arbeitstätigkeit aus freien Stücken eingestellt habe und sie sich nur noch in Form von Unterhaltszahlungen am angeblich fortbestehenden Engagement des Beschwerdegegners beteiligen wolle. Ob es willkürlich war, wenn das Obergericht von der Glaubhaftigkeit der Behauptungen des Beschwerdeführers ausgegangen ist, kann insofern offen bleiben, als die Zweitbegründung vor dem Willkürverbot standhält; es scheint nicht unhaltbar, es bei der Aufrechnung eines hypothetischen Einkommens aus Haupterwerb auf der Basis von 100 % bewenden zu lassen und keinen früher gemeinsam verfolgten Nebenerwerb anzurechnen (immerhin wurde ungeachtet der Behauptung, auch diese Tätigkeit aufgegeben zu haben, weiterhin noch das Nebenerwerbseinkommen von Fr. 1'000.-- betreffend Korporation angerechnet), welche jedenfalls die Beschwerdeführerin nicht mehr weiterführt. Aus seiner Eigengutsliegenschaft mit vier Mietwohnungen erwirtschaftet der Beschwerdegegner nach Berücksichtigung der Hypothek einen Ertrag von monatlich Fr. 2'919.--. Angesichts der Tatsache, dass kürzlich die zwei Wohnungen des EG und 1. Stock renoviert worden sind, erachtete das Obergericht einen Rückstellungsbedarf für die Sanierung der Wohnungen im 2. und 3. Stock als glaubhaft, wobei es nicht von den geltend gemachten Fr. 4'000.--, sondern ermessensweise von Fr. 1'000.-- pro Monat ausging. Darin ist keine willkürliche Handhabung des weiten Ermessens in den betreffenden Fragen zu erkennen ( Art. 4 ZGB ; BGE 134 III 577 E. 4 S. 580; 135 III 59 E. 4.4 S. 64). Zukünftige, d.h. noch nicht angefallene Sanierungsarbeiten

können per definitionem nicht belegt werden, so dass der Vorhalt, der Beschwerdegegner habe die Kosten nicht nachgewiesen, an der Sache vorbei geht. Angesichts der vom Obergericht konkret genannten Gründe (vor kurzem erfolgte Sanierung der beiden unteren Wohnungen, noch nicht erfolgte Sanierung der oberen Wohnungen) ist es nicht willkürlich im Sinn der genannten Definition, wenn das Obergericht einen gewissen Rückstellungsbedarf als glaubhaft angesehen und hierfür ermessensweise Fr. 1'000.-- berücksichtigt hat. Keine willkürliche Ermessensausübung liegt vor, wenn das Obergericht der Beschwerdeführerin für die zu suchende eigene Wohnung Fr. 1'200.-- zugestanden hat, auch wenn beim Beschwerdegegner Wohnkosten von Fr. 1'300.-- anfallen. Das Obergericht hat erwogen, dass es der Beschwerdeführerin frei stehe, in die am D. \_\_\_\_\_ ring freigehaltene Wohnung oder aber in eine von ihr selbst zu suchende Wohnung einzuziehen, wobei diesfalls für eine im Kanton Nidwalden wohnhafte alleinstehende Person ohne Besuchs- und Ferienrechtsausübungsberechtigung Fr. 1'200.-- angemessen erschienen. Mit dieser Begründung setzt sich die Beschwerdeführerin nicht auseinander, weshalb ihre Willkür rüge unsubstanziert bleibt (vgl. BGE 140 III 86 E. 2 S. 88 f.; 140 III 115 E. 2 S. 116). Ohnehin wäre, selbst wenn sie sich zur obergerichtlichen Begründung sachbezogen äussern würde, keine Willkür ersichtlich. Dass den Parteien nicht die gleichen Autokosten angerechnet worden sind, hat das Obergericht damit begründet, dass der Beschwerdegegner beruflich darauf angewiesen sei und die Beschwerdeführerin ihr Auto einzig für die Freizeit nutze. Die Willkür rüge, es werde ausgeblendet, dass der Beschwerdegegner seine Arbeitszeit auf 50 % reduziert habe und sich bald werde pensionieren lassen, verfängt nicht. Es ist nicht ansatzweise willkürlich, wenn dem Beschwerdegegner nicht asymmetrisch zwar rechnerisch ein Vollzeitwerb, aber rechnerisch nicht die vollen Kosten angerechnet, mithin nicht die Einkommensseite hypothetisch und gleichzeitig die Ausgabenseite real betrachtet wurde. Sodann bildet gemäss Dispositiv des angefochtenen Entscheides das ordentliche Pensionierungsalter den Endtermin der Unterhaltspflicht. Dass anschliessend keine Kosten mehr anfallen, ist somit belanglos, und wenn eine freiwillige vorzeitige Pensionierung erfolgt, ist dies ebenfalls belanglos, weil die Unterhaltspflicht unverändert bis zum Zeitpunkt des ordentlichen Pensionierungsalters fort dauert. Auch insoweit lässt sich keine Willkür begründen. Analoges gilt für die Kosten der auswärtigen Verpflegung, welche die Beschwerdeführerin dem Beschwerdegegner mit der gleichen Argumentation nur zu 50 % bzw. gar nicht zugestehen will.

#### **E. 4**

Zusammenfassend ergibt sich, dass in keiner Hinsicht Willkür zu erkennen und die Beschwerde abzuweisen ist, soweit auf sie eingetreten werden kann. Bei diesem Verfahrensausgang wird die Beschwerdeführerin kostenpflichtig ( Art. 66 Abs. 1 BGG ). Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wurde nur subeventuell gestellt und kann deshalb - unabhängig von der Frage der (angesichts der das Existenzminimum deutlich übersteigenden Unterhaltspflicht wohl nicht gegebenen) Prozessarmut - nicht greifen, weil in Beachtung des Eventualbegehrens kein Kostenvorschuss einverlangt wurde. Es wurden keine Vernehmlassungen eingeholt und der Gegenseite ist somit kein entschädigungspflichtiger Aufwand entstanden.