

# BGer 5A 600/2023 vom 1. Mai 2024

Bundesgericht, 2024-05-01, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_600\\_2023](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_600_2023)

FR: TF 5A 600/2023 du 1 mai 2024

IT: TF 5A 600/2023 del 1 maggio 2024

## Regeste

Eheschutz | Familienrecht

## Erwägungen

### E. 1.1

Angefochten ist der Endentscheid ( Art. 90 BGG ) einer letzten kantonalen Instanz, die als oberes Gericht auf Rechtsmittel hin ( Art. 75 BGG ) über Eheschutzmassnahmen ( Art. 176 ZGB ) befunden hat. Streitig sind sowohl vermögensrechtliche als auch nicht vermögensrechtliche Belange, sodass diese Zivilsache ( Art. 72 Abs. 1 BGG ) insgesamt keinem Streitwerterfordernis unterliegt ( BGE 137 III 380 E. 1.1). Der Beschwerdeführer ist grundsätzlich zur Beschwerde legitimiert ( Art. 76 Abs. 1 BGG ) und hat diese innert Frist erhoben (Art. 100 Abs. 1 i.V.m. Art. 46 Abs. 2 lit. a und Art. 45 Abs. 1 BGG ). Unter Vorbehalt der nachfolgenden Ausführungen ist die Beschwerde in Zivilsachen ( Art. 72 ff. BGG ) grundsätzlich zulässig.

### E. 1.2

Die Abänderung der Eheschutzmassnahmen im Rahmen vorsorglicher Massnahmen für die Dauer des hängigen Scheidungsverfahrens (vgl. vorne Sachverhalt lit. D.c) lässt die Beschwerde hinsichtlich der Obhutsregelung nicht gegenstandslos werden, zumal deren Abänderung nur eine Anpassung an die neuen Verhältnisse zum Gegenstand haben kann, nicht aber eine Neuurteilung ( BGE 127 III 474 E. 2b/aa; Urteil 5A\_516/2013 vom 2. April 2014 E. 3.3).

### E. 1.3.1

Hinsichtlich der Unterhaltsbeiträge lautet das Hauptbegehren auf Rückweisung an die Vorinstanz. Grundsätzlich ist mit der Beschwerde an das Bundesgericht ein Antrag in der Sache zu stellen (vgl. Art. 107 Abs. 2 BGG ). Das fragliche Rückweisungsbegehren ist ausnahmsweise zulässig, zumal der Beschwerdeführer nebst anderem geltend macht, die Vorinstanz hätte von Amtes wegen das Vorliegen einer Sparquote abklären müssen. Sollte das Bundesgericht seinem Standpunkt folgen, so müsste es in der Tat einen Rückweisungsentscheid fällen (vgl. BGE 134 III 379 E. 1.3 mit Hinweis; Urteil 5A\_238/2023 vom 18. März 2024 E. 1.2).

### E. 1.3.2

Eventualiter stellt der Beschwerdeführer zwei Feststellungsbegehren. Solche sind im bundesgerichtlichen Verfahren nur zulässig, sofern an der Feststellung ein schutzwürdiges Interesse besteht und dieses nicht ebenso gut mit einem Leistungs- oder Gestaltungsbegehren gewahrt werden kann ( Art. 76 Abs. 1 BGG ; BGE 148 II 392 E. 1.4.2 in fine ; 148 I 160 E. 1.6; 141 III 68 E. 2.3; je mit Hinweisen). Aus der

Beschwerdebegründung ergibt sich, dass die fraglichen Eventualanträge als Leistungsbegehren zu verstehen sind, sodass sie als solche entgegengenommen werden (vgl. BGE 136 V 131 E. 1.2).

### **E. 1.3.3**

Ebenfalls eventualiter verlangt der Beschwerdeführer, zur Leistung von Ehegattenunterhalt in der Höhe von monatlich Fr. 5'573.-- ab 1. August 2023 bzw. von Fr. 3'975.-- ab 1. Oktober 2023 verpflichtet zu werden. Diese Beiträge übersteigen die von der Vorinstanz gesprochenen Alimente. Ein rechtlich geschütztes Interesse an einer Änderung des angefochtenen Entscheids zu seinem Nachteil ist weder dargetan noch ersichtlich, sodass insofern mangels Beschwerdelegitimation auf die Beschwerde nicht einzutreten ist ( Art. 76 Abs. 1 lit. b BGG ).

### **E. 2.1**

Eheschutzentscheide unterstehen Art. 98 BGG (Urteil 5A\_294/2021 vom 7. Dezember 2021 E. 2, nicht publ. in: BGE 148 III 95 ; vgl. BGE 133 III 393 E. 5.1 und 5.2). Demnach kann vorliegend nur die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden. Auch eine Berichtigung oder Ergänzung der Sachverhaltsfeststellungen kommt nur infrage, wenn die kantonale Instanz verfassungsmässige Rechte verletzt hat ( BGE 133 III 585 E. 4.1). Die Verletzung von verfassungsmässigen Rechten prüft das Bundesgericht nur insofern, als eine solche Rüge in der Beschwerde vorgebracht und begründet worden ist ( Art. 106 Abs. 2 BGG ; Rügeprinzip). In der Beschwerde ist klar und detailliert anhand der Erwägungen des angefochtenen Entscheids darzulegen, inwiefern die angerufenen Rechte verletzt worden sein sollen ( BGE 145 I 121 E. 2.1 in fine mit Hinweis). Wird eine solche Rüge nicht vorgebracht, kann das Bundesgericht eine Beschwerde selbst dann nicht gutheissen, wenn eine Verletzung von verfassungsmässigen Rechten tatsächlich vorliegt ( BGE 142 II 369 E. 2.1 in fine ; 142 I 99 E. 1.7.2 mit Hinweisen ; 141 I 36 E. 1.3 in fine mit Hinweis). Soweit der Beschwerdeführer der Vorinstanz betreffend die Unterhaltsbeiträge Rechnungsfehler im Zusammenhang mit den Steuerlasten vorhält, rügt er keine Verletzung verfassungsmässiger Rechte. Das Bundesgericht kann den angefochtenen Entscheid ohne entsprechende Rüge in dieser Hinsicht nicht überprüfen. Dasselbe gilt, wo der Beschwerdeführer, ohne Willkür geltend zu machen, implizit eine Verletzung der Dispositionsmaxime rügt und der Berechnung des Ehegattenunterhalts für die Zeit ab 1. August 2023 Bedarfszahlen zugrunde legt, welche von jenen im angefochtenen Entscheid abweichen.

### **E. 2.2**

Neue Tatsachen und Beweismittel dürfen nur so weit vorgebracht werden, als erst der Entscheid der Vorinstanz dazu Anlass gibt ( Art. 99 Abs. 1 BGG ). Neu im Sinne dieser Bestimmung sind Tatsachen und Beweismittel, die weder im vorangegangenen Verfahren vorgebracht noch von der Vorinstanz festgestellt worden sind ( BGE 136 V 362 E. 3.3.1 mit Hinweis). Echte Noven, d.h. Tatsachen, die nach dem Zeitpunkt eingetreten sind, in welchem zuletzt Noven vor der Vorinstanz vorgebracht werden konnten, sind unzulässig, zumal sie nicht durch den angefochtenen Entscheid veranlasst worden sein können (vgl. BGE 149 III 465 E. 5.5.1; 148 V 174 E. 2.1; je mit Hinweisen; zum Ganzen: Urteil 5A\_361/2023 vom 24. November 2023 E. 2.4). Die Beilage 4 zur Beschwerde ist auf den 10. Juli 2023 datiert und somit zu einem Zeitpunkt entstanden, als vor Vorinstanz keine Noven mehr eingebracht werden konnten, zumal die Phase der Urteilsberatung bereits begonnen hatte. Die Beilage 5 trägt mit dem 8. August 2023 ein nach Erlass des

angefochtenen Entscheids eingetretenes Datum. Mithin sind die Beilagen als echte Noven von vornherein unzulässig, sodass auf die darauf gestützten Ausführungen zum Unterhaltsbeitrag für die Beschwerdeführerin ab 1. August 2023 nicht einzugehen ist. Ohnehin würde hierfür jegliche Verfassungsgründe fehlen.

### **E. 3**

In der Hauptsache möchte der Beschwerdeführer erreichen, dass ihm die alleinige Obhut über die beiden Söhne der Parteien zugeteilt wird.

#### **E. 3.1.1**

Die Vorinstanz reformierte das erstinstanzliche Urteil, welches noch der Beschwerdegegnerin die alleinige Obhut über die Kinder zugeteilt hatte, und ordnete eine alternierende Obhut mit überwiegendem Betreuungsanteil des Beschwerdeführers an. Den Betreuungsanteil der Beschwerdegegnerin regelte sie dabei wie folgt: wöchentlich jeweils am Mittwoch ab Schulschluss bis Schulbeginn am Donnerstag, ferner am Freitag ab Schulschluss bis Schulbeginn am Montag (in den geraden Kalenderwochen) bzw. bis Samstag (in den ungeraden Kalenderwochen) um 16.30 Uhr (in der Hochsaison: 1. März bis 30. September) bzw. 12.30 Uhr (ausserhalb der Hochsaison).

#### **E. 3.1.2**

Dabei stützte sie sich namentlich auf die Feststellung, für die Zeit vor der Trennung sei zwar von einer überwiegenden Betreuung durch die Beschwerdegegnerin auszugehen, allerdings hätten auch der Beschwerdeführer und die Grossfamilie väterlicherseits - Letztere mindestens an einem Tag pro Woche - Betreuungsverantwortung übernommen. Sie erwog, die getroffene Lösung scheine dem Kindeswohl am besten gerecht zu werden. Damit werde gewährleistet, dass die Kontinuität der Hauptbetreuungsperson nicht abrupt ende und sich ihre Betreuung einerseits mit der gewohnten Betreuung durch den Beschwerdeführer und die Grossfamilie väterlicherseits vereinbaren lasse, andererseits mit der fortbestehenden, aussergewöhnlich tiefen Verwurzelung der Kinder in U.\_\_\_\_\_ und deren übereinstimmendem Wunsch, dorthin zurückzukehren.

#### **E. 3.1.3**

Wegen der Distanz der Wohnorte von gut einer Autofahrtstunde seien die einzelnen Betreuungsperioden so festzulegen, dass die Hin- und Rückwege in einem vernünftigen Verhältnis zur Betreuungszeit vor Ort stünden. Es biete sich an, dass anstelle der Grossfamilie väterlicherseits die Beschwerdegegnerin die Kinder jeweils am Freitag nach Schulschluss bis samstags um 12.30 Uhr (bzw. in der Hochsaison bis 16.30 Uhr) betreue. Zusätzlich sei ihr die Betreuungsverantwortung an jedem zweiten Wochenende von Freitag ab Schulschluss bis Schulbeginn am Montag sowie jeden Mittwoch ab Schulschluss bis Schulbeginn am Donnerstag zu übertragen. Unter Berücksichtigung der flexiblen Arbeitszeiten des Beschwerdeführers und um die Arbeitszeiten der Parteien durch die Abhol- und Bringverpflichtungen möglichst wenig einzuschränken, seien diese wie folgt auszugestalten: Der Beschwerdeführer bringe die Kinder am Mittwoch zur Beschwerdegegnerin und hole sie am Donnerstag- und Montagmorgen bei ihr ab. Die Beschwerdegegnerin wiederum hole die Kinder am Freitag von der Schule ab und bringe sie am Samstag zum Beschwerdeführer.

### **E. 3.2**

Diese Regelung hält der Beschwerdeführer für willkürlich. Willkür in der Rechtsanwendung liegt vor, wenn der angefochtene Entscheid offensichtlich unhaltbar ist, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft. Sodann verfällt ein Gericht in Willkür, wenn es von einer konstanten bundesgerichtlichen Rechtsprechung abweicht, ohne dass hierfür sachlich haltbare Gründe vorliegen. Der Entscheid muss nicht nur in der Begründung, sondern auch im Ergebnis willkürlich sein. Dass eine andere Lösung ebenfalls als vertretbar oder gar als zutreffender erscheinen mag, genügt nicht (zum Ganzen: BGE 148 III 95 E. 4.1 mit Hinweisen).

### **E. 3.3**

Der Beschwerdeführer moniert, die vielen Wechsel der Kinder bedeuteten unnötig viel Stress für alle Involvierten, seien kontraproduktiv und stünden insofern dem Kindeswohl entgegen. Besonders die Wechsel am Mittwoch und Donnerstag seien abzulehnen. Die Vorinstanz verkenne, dass der Mittwochnachmittag der wichtigste schulfreie Nachmittag der Kinder sei, an dem sie ihre Kontakte zu Freunden pflegten. Wenn ausgerechnet an diesem Tag ein Besuchsrecht bei der Beschwerdegegnerin eingeführt werde, würden die Kinder in ihrem Umfeld zu Aussenseitern degradiert. Auch über die Wochenenden erscheine ein gerichtsübliches Besuchsrecht alle vierzehn Tage sinnvoll und angemessen, denn es sollten beide Eltern die Möglichkeit haben, mit den Kindern über die Wochenenden etwas zu unternehmen. Die Kinder sollten nicht, nur damit beiden Eltern ein möglichst hoher Anteil an Obhut zugeschanzt werden könne, die Hälfte ihrer Freizeit im Auto verbringen müssen. Ferner stelle sich die Frage, ob die Beschwerdegegnerin überhaupt willens und in der Lage wäre, die Kinder während der Hälfte der Schulferien zu betreuen, zumal sie nunmehr eine Stelle angenommen habe.

### **E. 3.4**

Eines der beim Entscheid über die alternierende Obhut zu berücksichtigenden Kriterien ist die geografische Situation, namentlich die Distanz zwischen den Wohnungen beider Eltern (BGE 142 III 617 E. 3.2.3, E. 612 E. 4.3). Die Kritik des Beschwerdeführers beschlägt einzig diesen Punkt. Es mag sein, dass eine alleinige Obhutszuteilung an ihn mit weniger Ortswechseln für die Söhne verbunden gewesen wäre und insbesondere eine einstündige Autofahrt vor Schulbeginn am Donnerstagmorgen für diese nicht ideal ist. Indessen ist vorliegend nicht ausschlaggebend, ob die getroffene Obhutsregelung dem Kindeswohl am besten entspricht (vgl. vorne E. 3.2), sondern ob sie sich unter dem Gesichtspunkt des Kindeswohls als geradezu unhaltbar erweist. Die Vorinstanz begründete den Betreuungsanteil der Beschwerdegegnerin damit, dass diese vor der Trennung (und bis zur Änderung der Obhutsregelung mit dem angefochtenen Entscheid) die Hauptbetreuungsperson der Kinder gewesen sei und eine alternierende Obhut sicherstelle, dass Letzteren kein allzu abrupter Wechsel in der Betreuung zugemutet werde. Der Beschwerdeführer trägt nichts vor, was dieses Anliegen und die gestützt darauf getroffene Lösung im Ergebnis als offensichtlich verfehlt ausweisen würde. Aus dem angefochtenen Entscheid ergibt sich nichts, was darauf hinweisen würde, dass die längeren Autofahrten den Söhnen aufgrund spezifischer Befindlichkeiten nicht zumutbar sein sollten. Ferner ist dem Beschwerdeführer zwar grundsätzlich beizupflichten, dass die Kinder mit beiden Elternteilen an den Wochenenden Zeit verbringen können sollen. Indessen stellt er nicht in Abrede, dass er samstags jeweils arbeitet, sodass nicht nachvollziehbar ist, inwiefern er

durch die von der Vorinstanz gewählte Regelung, welche seinen Arbeitszeiten am Wochenende Rechnung trägt, benachteiligt sein sollte. Schliesslich ist auch die Ferienregelung nicht willkürlich angesichts dessen, dass bei einem durch die geografischen Verhältnisse bedingten Wechsel von alternierender zu alleiniger Obhut ein grosszügiges Ferienrecht des nicht mehr obhutsberechtigten Elternteils wünschenswert ist (vgl. Urteil 5A\_514/2023 vom 12. Januar 2024 E. 4). Hier präsentiert sich die Situation zwar gerade umgekehrt, doch die Überlegung, dass das (mehrheitliche) Wegfallen eines bis anhin bedeutenden Anteils an Betreuung über das Ferienrecht etwas abgeschwächt werden soll, beansprucht auch vorliegend seine Geltung. Dass die Beschwerdegegnerin die Söhne während eines Teils der Ferien allenfalls fremdbetreuen lassen müssen, steht dem nicht entgegen. Im Übrigen spricht der Beschwerdeführer der Beschwerdegegnerin die Erziehungsfähigkeit, welche unabdingbare Voraussetzung für die Anordnung einer alternierenden Obhut ist (vgl. BGE 142 III 617 E. 3.2.3, 612 E. 4.3) und deren Vorliegen die Vorinstanz bei beiden Elternteilen bejahte, nicht ab, sodass sich auch damit keine Willkür begründen lässt. Mit Bezug auf die Obhut erweisen sich die Rügen des Beschwerdeführers demnach als unbegründet.

#### **E. 4**

Anlass zur Beschwerde geben ferner die gesprochenen Unterhaltsbeiträge.

##### **E. 4.1**

Soweit in diesem Zusammenhang überhaupt auf die Vorbringen des Beschwerdeführers eingegangen werden kann (vgl. vorne E. 2.1), macht dieser geltend, die Vorinstanz sei in Willkür verfallen, indem sie bei der Unterhaltsberechnung keine höhere Sparquote berücksichtigt habe.

##### **E. 4.2**

Die Vorinstanz erwog, für die Berechnung einer allfälligen Sparquote sei auf das letzte Jahr des Zusammenlebens abzustellen. Der Beschwerdeführer versuche, den Verbrauch der Familie vor Getrenntleben konkret darzulegen: Die Familie habe einen vergleichsweise bescheidenen Lebensstil geführt und über Jahre hinweg mit einem Haushaltsgeld von Fr. 4'000.-- gelebt, wobei die Steuern, Ferien, besondere Kosten für ärztliche Behandlungen, Abklärungen der Kinder und das Auto separat bezahlt worden seien. Indem der Beschwerdeführer diese zusätzlichen Ausgaben nicht beziffere, substantiiere er den Verbrauch der Familie ungenügend. Zudem gehe bereits aus den eingereichten Kontoauszügen hervor, dass die Familie im letzten Jahr vor Getrenntleben durchschnittlich mehr als Fr. 4'000.--, nämlich rund Fr. 5'650.--, monatlich bezogen habe. Es gelinge dem Beschwerdeführer nicht, den Verbrauch konkret nachzuweisen. Berücksichtigt werden könne somit lediglich eine Sparquote im Umfang des Erwerbseinkommens der Beschwerdegegnerin von Fr. 2'132.--. Der Beschwerdeführer habe bereits im erstinstanzlichen Verfahren ausgeführt, dass das Einkommen der Beschwerdegegnerin nicht für den Bedarf verwendet worden sei, was diese nicht bestritten habe.

##### **E. 4.3**

Der Unterhaltsschuldner, der eine Sparquote behauptet, trägt hierfür die Behauptungs- und Beweislast ( BGE 147 III 293 E. 4.4; 140 III 485 E. 3.3). Soweit der Beschwerdeführer seine Willkürüge damit begründet, die Vorinstanz hätte gestützt auf die Officialmaxime [ recte : Untersuchungsmaxime] von Amtes wegen die nötigen Belege einzufordern gehabt, namentlich entsprechende Steuerbelege und allenfalls Geschäftsabschlüsse, kann ihm nicht

gefolgt werden. Der Untersuchungsgrundsatz enthebt den Unterhaltsschuldner zwar von der subjektiven Beweislast oder Beweisführungslast, ändert aber nichts an seiner Mitwirkungspflicht, aufgrund derer die Sparquote behauptet, beziffert und soweit möglich belegt werden muss ( BGE 140 III 485 E. 3.3). Weshalb die Vorinstanz in Willkür verfallen sein soll, wenn sie es unterliess, Belege beim Beschwerdeführer zu edieren, welche dieser selbst hätte ins Recht legen können, erschliesst sich unter diesen Umständen nicht. Sodann argumentiert der Beschwerdeführer widersprüchlich, wenn er einerseits bekräftigt, er habe die Sparquote nicht genau beziffern können, andererseits aber von der Vorinstanz verlangt, dass sie genau dies an seiner Stelle hätte tun sollen. Er zeigt nicht auf, weshalb es ihm nicht möglich gewesen sein soll, eine Sparquote auszuweisen. Entgegen seiner Auffassung ist auch keine Willkür darin zu erkennen, dass die Vorinstanz keine (erweiterte) Sparquote aus dem Umstand ableitete, dass die Beschwerdegegnerin im Berufungsverfahren die Bestätigung der erstinstanzlich gesprochenen Unterhaltsbeiträge verlangte, zumal ihr die Anschlussberufung nicht offenstand (Art. 314 Abs. 2 i.V.m. Art. 271 lit. a ZPO ; vgl. BGE 149 III 172 E. 3.4.1 mit Hinweis). Willkür in der Sachverhaltsfeststellung ist mithin nicht dargetan. Bei diesem Ergebnis verliert der Einwand an Bedeutung, die Vorinstanz sei zu Unrecht davon ausgegangen, dass für die Sparquote nur das Jahr vor der Trennung relevant sei. Die Beschwerde erweist sich hinsichtlich der Unterhaltsbeiträge ebenfalls als erfolglos.

#### **E. 5**

Die vorinstanzliche Kostenregelung ficht der Beschwerdeführer nicht unabhängig vom hiesigen Verfahrensausgang an, denn auch seinen diesbezüglichen Eventualantrag begründet er für den Fall der Guttheissung seiner Beschwerde. Damit erübrigen sich Ausführungen hierzu.

#### **E. 6**

Im Ergebnis ist die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Der Beschwerdeführer wird kosten- ( Art. 66 Abs. 1 BGG ), nicht aber entschädigungspflichtig ( Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG ), zumal die Beschwerdegegnerin einzig zur Stellungnahme zum Gesuch um aufschiebende Wirkung aufgefordert wurde und diesbezüglich unterlag.

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