

# **BGer 5A\_724/2016 vom 19. April 2017**

Bundesgericht, 2017-04-19, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_724\\_2016](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_724_2016)

FR: TF 5A\_724/2016 du 19 avril 2017

IT: TF 5A\_724/2016 del 19 aprile 2017

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Die Beschwerde richtet sich gegen einen verfahrensabschliessenden Entscheid ( Art. 90 BGG ) in Zivilsachen ( Art. 72 Abs. 1 BGG ) einer letzten kantonalen Instanz ( Art. 75 Abs. 1 BGG ) betreffend vorsorgliche Massnahmen im Scheidungsverfahren ( Art. 276 Abs. 1 ZPO ; BGE 134 III 426 E. 2.2 S. 431). Dieser ist in Abänderung eines Eheschutzentscheids (s. Sachverhalt Bst. A) ergangen. Strittig ist der Ehegattenunterhaltsbeitrag. Die Angelegenheit ist vermögensrechtlicher Natur (Urteil 5A\_705/2013 vom 29. Juli 2014 E. 1.1). Die gesetzliche Streitwertgrenze ist erreicht (Art. 51 Abs. 1 Bst. a und Abs. 4 sowie Art. 74 Abs. 1 Bst. b BGG). Die Beschwerdeführerin hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen und verfügt über ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids ( Art. 76 BGG ). Die rechtzeitig ( Art. 100 Abs. 1 BGG ) erhobene Beschwerde in Zivilsachen ist somit grundsätzlich zulässig.

### **E. 2**

Geht es - wie hier - um vorsorgliche Massnahmen, so kann vor Bundesgericht nur die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden ( Art. 98 BGG ; BGE 133 III 585 E. 4.1 S. 588). Es gilt das strenge Rügeprinzip ( Art. 106 Abs. 2 BGG ). Die rechtsuchende Partei muss anhand der Erwägungen des angefochtenen Entscheids genau angeben, welches verfassungsmässige Recht verletzt wurde, und im Einzelnen darlegen, worin die Verletzung besteht. Das Bundesgericht beurteilt nur klar und detailliert erhobene und, soweit möglich, belegte Rügen ( BGE 134 II 244 E. 2.2 S. 246; 133 II 396 E. 3.2 S. 399). Auf rein appellatorische Kritik am angefochtenen Entscheid tritt es nicht ein ( BGE 140 III 264 E. 2.3 mit Verweisen).

### **E. 3**

Umstritten ist, ob es verfassungsrechtlich zu beanstanden ist, dass die Vorinstanz der Beschwerdeführerin ein hypothetisches Einkommen von Fr. 900.-- bei einem unterstellten Beschäftigungsgrad von 25 % angerechnet hat.

#### **E. 3.1**

Die Vorinstanz erwog, dass es die Beschwerdeführerin im erstinstanzlichen Verfahren unterlassen habe, ihren aktuellen gesundheitlichen Zustand und die daraus angeblich resultierende Erwerbsunfähigkeit mit sachdienlichen Unterlagen glaubhaft darzulegen. Stattdessen habe sie lediglich ein Arztzeugnis ihres Hausarztes eingereicht, auf dem dieser ihr ohne jegliche weitere Begründung in pauschaler Weise für einen Zeitraum von über drei Jahren eine Arbeitsunfähigkeit von 100 % attestiert hatte. Es sei notorisch, dass Zeugnisse von Hausärzten kein entscheidendes Beweismittel betreffend Erwerbsfähigkeiten darstellen würden, da zwischen Hausarzt und Patient ein Vertrauensverhältnis bestehe und ersterer damit nicht neutral sei und auch nicht sein müsse. Der Bericht des Spitals A.\_\_\_\_\_ vom

2. Juni 2016 sei erst oberinstanzlich und damit prozessual verspätet eingereicht worden. Dass sich die Vorinstanz deshalb zur Beurteilung der Erwerbsfähigkeit der Beschwerdeführerin an den weiteren feststellbaren Faktoren orientiert habe (u.a. keine Klärung im IV-Verfahren, Auftritt der Berufungsklägerin vor Gericht, Schilderungen der Berufungsklägerin zum Tagesablauf, letztmaliger notfallmässiger Klinikaufenthalt), sei nicht zu beanstanden. Dies gelte umso mehr, als die Vorinstanz dem angeblich nach wie vor schlechten Gesundheitszustand der Beschwerdeführerin, obwohl nicht substantiiert belegt, grosse Beachtung geschenkt habe, indem sie das Arbeitspensum trotz Bejahung der Erwerbsfähigkeit (vorerst) nur auf 25 % festgesetzt habe.

### **E. 3.2**

Die Beschwerdeführerin rügt, dass sich die Vorinstanz nicht mit dem Zeugnis ihres Arztes auseinandergesetzt habe. Ihrem Arzt komme eine besondere Stellung zu. Er sei nicht nur ihr Hausarzt, sondern auch der Koordinator ihrer sonstigen Ärzte und Therapeuten. Sie suche ihren Hausarzt regelmässig auf, unter anderem auch um die verschiedenen Medikamente aufeinander abzustimmen. Er habe entsprechend eine zentrale Rolle und wisse bestens über ihren Gesundheitszustand Bescheid.

Es komme hinzu, dass im vorliegenden Verfahren kein stringenter Beweis zu führen sei, sondern das Beweismass des Glaubhaftmachens genüge. Mit einem Arztzeugnis, selbst von einem Hausarzt ausgestellt, werde eine Krankheitssituation glaubhaft gemacht. Wolle man darauf nicht abstellen, so habe man dies zumindest konkret zu begründen. Die Vorinstanz verletze den Anspruch auf rechtliches Gehör (Begründungspflicht, Recht auf Beweisanträge), indem sie dem Arztzeugnis ohne Begründung den Beweiswert abspreche. Zudem ver falle die Vorinstanz in Willkür, indem sie einen für die Arbeitsunfähigkeit erheblichen Beweis übersehe bzw. ausser Acht lasse. Dieses Vorgehen führe zu einem Ergebnis, welches der tatsächlichen Situation widerspreche. Das Urteil leide daher an einem qualifizierten Mangel. Es sei unhaltbar, dass die Vorinstanz einerseits festhalte, dass keine gesicherten Informationen und Befunde zu ihrem Gesundheitszustand vorliegen würden, und gleichzeitig den einzig vorhandenen Beleg nicht als Beweismittel anerkannt habe. Ihr, der Beschwerdeführerin, könne nicht vorgeworfen werden, sie hätte sich nicht um die Dokumentation ihres Gesundheitszustandes bemüht, wenn ein Arztzeugnis vorliegt, welchem jedoch kein Beweiswert zugemessen werde. Die Vorinstanz verstosse damit gegen Art. 9 und Art. 29 Abs. 2 BV .

### **E. 3.3.1**

Gemäss Art. 29 Abs. 2 BV haben die Parteien Anspruch auf rechtliches Gehör und dabei insbesondere Anspruch auf Äusserung zur Sache vor Fällung des Entscheids, auf Abnahme ihrer erheblichen, rechtzeitig und formrichtig angebotenen Beweise und auf Mitwirkung an der Erhebung von Beweisen oder zumindest auf Stellungnahme zum Beweisergebnis (Urteil 5A\_299/2016 vom 17. Januar 2017 E. 3.2 zur Publikation vorgesehen; BGE 141 V 557 E. 3.1 S. 564 ; 140 I 99 E. 3.4 S. 102). Der Anspruch auf rechtliches Gehör verlangt zudem, dass die Behörde die Vorbringen der vom Entscheid in ihrer Rechtsstellung betroffenen Person auch tatsächlich hört, prüft und in der Entscheidfindung berücksichtigt. Daraus folgt die Verpflichtung der Behörde, ihren Entscheid zu begründen. Dabei ist es nicht erforderlich, dass sie sich mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt. Vielmehr kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Punkte beschränken. Die Begründung muss so abgefasst sein,

dass sich die betroffene Person über die Tragweite des Entscheids Rechenschaft geben und ihn in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weiterziehen kann. In diesem Sinne müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sich ihr Entscheid stützt ( Art. 29 Abs. 2 BV ; Urteil 5A\_299/2016 vom 17. Januar 2017 E. 5.2 zur Publikation vorgesehen; 141 III 28 E. 3.2.4 S. 41; 141 V 557 E. 3.2.1 S. 564 f.; BGE 134 I 83 E. 4.1 S. 88).

### **E. 3.3.2**

Die Beweiswürdigung erweist sich als willkürlich ( Art. 9 BV ), wenn das Gericht Sinn und Tragweite eines Beweismittels offensichtlich verkannt hat, wenn es ohne sachlichen Grund ein wichtiges und entscheidwesentliches Beweismittel unberücksichtigt gelassen oder wenn es auf der Grundlage der festgestellten Tatsachen unhaltbare Schlussfolgerungen gezogen hat. Dass die von Sachgerichten gezogenen Schlüsse nicht mit der eigenen Darstellung der betroffenen Person übereinstimmen, belegt keine Willkür ( BGE 140 III 264 E. 2.3 S. 266; 137 III 226 E. 4.2 S. 234; BGE 136 III 552 E. 4.2 S. 560).

### **E. 3.4**

Ausgehend von den geschilderten Grundsätzen ist der angefochtene Entscheid nicht zu beanstanden. Das angefochtene Urteil lässt klar erkennen, weshalb die Vorinstanz der Beschwerdeführerin ein Arbeitspensum von 25 % und ausgehend davon ein hypothetisches Einkommen von Fr. 900.-- angerechnet hat. Auch die Würdigung der erhobenen Beweise seitens der Vorinstanz gibt zu keiner Kritik Anlass. Das Gericht entscheidet nach freier Würdigung der Beweise ( Art. 157 ZPO ). Dazu zählt auch das Zeugnis, das vom behandelnden Arzt stammt, dessen primäre Aufgabe allerdings nicht darin besteht, in einem Streitfall zum Grad der Arbeitsunfähigkeit Stellung zu nehmen ( BGE 125 V 351 E. 3b/cc S. 353; Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts U 58/06 vom 2. August 2006 E. 2.2; Urteil 9C\_203/2015 vom 14. April 2015 E. 3.2). Vor diesem Hintergrund ist es nicht zu beanstanden und schon gar nicht willkürlich, wenn die Vorinstanz das Zeugnis des Hausarztes abgewogen hat namentlich gegen den persönlichen Eindruck, den die Beschwerdeführerin vor dem Regionalgericht hinterlassen hatte. Daran ändert auch nichts, dass die Beschwerdeführerin ihre Arbeitsunfähigkeit nicht nachweisen, sondern bloss glaubhaft machen musste.

### **E. 4**

Umstritten ist ferner, ob die Vorinstanz die Höhe des Grundbedarfs in verfassungswidriger Weise festgesetzt hat.

#### **E. 4.1.1**

Das Regionalgericht erwog, dass die Freundin des Beschwerdegegners über eine eigene Wohnung verfügt und nicht regelmässig etwas an den Mietzins des Beschwerdegegners zahlt, sondern höchstens mal das Essen. Aus der Beziehung resultiere für den Beschwerdegegner folglich kein finanzieller Vorteil. Wie oft die Freundin beim Beschwerdegegner übernachtete, interessiere das Gericht nicht, solange sie über eine eigene Wohnung verfüge. Aus diesem Grund komme dem Bericht der Detektei B. \_\_\_\_\_, der sich zur Häufigkeit der Besuche äussere, keine Bedeutung zu. Ausserdem seien die entsprechenden Beobachtungen im Bericht im September 2014 gemacht worden und würden keine Auskunft über die aktuelle Situation geben. Gestützt auf dieses Beweisergebnis berücksichtigte das Regionalgericht den vollen Grundbedarf von Fr. 1'200.--.

#### **E. 4.1.2**

Die Vorinstanz kam zum Schluss, dass es nicht offensichtlich unsachlich oder unangemessen sei, basierend auf den Ausführungen des Beschwerdegegners und seiner Freundin ein Konkubinat zu verneinen. Der Beschwerdeführerin sei aber insofern zuzustimmen, wenn sie einige Fragezeichen dahinter setze, dass die Freundin des Beschwerdegegners in U. \_\_\_\_\_ tatsächlich über eine Wohnung resp. ein Zimmer in einer Wohngemeinschaft verfüge, in der sie zeitweise wohne und für deren Kosten sie (zumindest teilweise) aufkomme. Dieser Frage werde im Rahmen des Scheidungsverfahrens bei der Festsetzung eines allfälligen nachehelichen Unterhalts gegebenenfalls weiter nachzugehen sein.

#### **E. 4.2**

Die Beschwerdeführerin wirft der Vorinstanz vor, bei ihrer Entscheidung nicht auf den Bericht der Detektei B. \_\_\_\_\_ vom 13. Oktober 2014 eingegangen zu sein. Dieser Bericht sei bereits vor erster Instanz eingereicht und mit der Begründung nicht berücksichtigt worden, dass er keine Auskunft über die aktuelle Situation geben würde. In der Berufungsschrift sei dargelegt worden, dass der Bericht zu einer Zeit entstanden sei, als das Konkubinat bereits bestritten wurde. Gelange man aufgrund des Berichts zum Schluss, dass damals ein Konkubinat bestanden habe, müsse dies auch für die heutige Situation gelten. Die Vorinstanz sei auf diese Rüge nicht eingegangen. Es sei zudem zu bemerken, dass der Bericht nicht bloss aufzeige, wie oft die Freundin des Beschwerdegegners bei ihm übernachtete, sondern eben dort auch wohne (Schlüssel, Briefkasten, Nachbarin, Katzen, persönliche Gegenstände). Die Vorinstanz habe damit ein erhebliches Beweismittel übersehen oder willkürlich ausser Acht gelassen. Zudem verletze die Vorinstanz die Begründungspflicht, indem sie den Detektivbericht ohne Begründung nicht berücksichtige. Insbesondere in Anbetracht dessen, dass die Vorinstanz offenbar selbst Zweifel hege an der Darstellung des Beschwerdegegners und seiner Freundin, wäre es angezeigt gewesen, den Bericht der Detektei zu berücksichtigen und zu würdigen. Die darin enthaltenen Informationen liessen ein Konkubinat als glaubhaft erscheinen. Damit stehe der Entscheidung der Vorinstanz klar im Widerspruch zur tatsächlichen Situation. Die Vorinstanz habe mit diesem Vorgehen gegen Art. 9 und Art. 29 Abs. 2 BV verstossen.

#### **E. 4.3**

Die Beschwerde erweist sich auch in diesem Punkt als unbegründet, wobei für die Rechtslage auf E. 3.3 verwiesen werden kann. Zwar trifft es zu, dass sich die Vorinstanz mit dem Bericht der Detektei B. \_\_\_\_\_ nicht weiter auseinandergesetzt hat. Dies bedeutet nun aber nicht, dass sie diesen übersehen und nicht gewürdigt hätte. Vielmehr ist davon auszugehen, dass die Vorinstanz mit dem Regionalgericht der Meinung war, dass die Freundin bisher keine regelmässigen Zahlungen an den Haushalt des Beschwerdegegners geleistet hatte und deshalb von keinem Konkubinat gesprochen werden könne, das die Berücksichtigung eines tieferen Grundbetrags rechtfertigen würde. Die Beschwerdeführerin verpasst es, sich mit diesem Argument auseinanderzusetzen. Auch begründet sie nicht, dass die Berücksichtigung des vollen Grundbetrags zu einem Unterhaltsbeitrag führt, der auch im Ergebnis verfassungswidrig wäre. Allein die Tatsache, dass bei einer (einfachen) Wohn- und Lebensgemeinschaft die damit verbundenen Kosteneinsparungen rechtsprechungsgemäss auch dann zu berücksichtigen sind, wenn sie nicht effektiv realisiert werden ( BGE 138 III 97 E. 2.3.2 S. 100), lässt den vorinstanzlichen Entscheidung noch nicht als willkürlich erscheinen. Ebenso wenig lässt sich der Willkürvorwurf darauf stützen, dass

die Vorinstanz selber gewisse Zweifel an der Einschätzung der Sach- und Rechtslage seitens des Regionalgerichts äussert.

#### **E. 5**

Im Ergebnis erweist sich der angefochtene Entscheid damit weder als willkürlich noch als in anderer Weise verfassungswidrig. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens der Beschwerdeführerin aufzuerlegen ( Art. 66 Abs. 1 BGG ). Dem Beschwerdegegner, der nicht zur Vernehmung eingeladen wurde, sind keine entschädigungspflichtigen Kosten entstanden.

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