

# **BGer 5A\_842/2015 vom 26. Mai 2016**

Bundesgericht, 2016-05-26, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_842\\_2015](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_842_2015)

FR: TF 5A\_842/2015 du 26 mai 2016

IT: TF 5A\_842/2015 del 26 maggio 2016

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

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). Strittig sind Ehegatten- und Kinderunterhaltsbeiträge. 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 lit. a und Abs. 4 sowie Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG ). Die Beschwerde in Zivilsachen ist somit grundsätzlich zulässig.

### **E. 1.2**

Geht es 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).

### **E. 2.1**

Die strittige Festlegung der Unterhaltsbeiträge für die Dauer des Scheidungsprozesses erfolgte nicht originär, sondern im Rahmen eines Abänderungsverfahrens. Sie bezieht sich auf eine Regelung im vorangegangenen Eheschutzverfahren, welche wiederum auf einer richterlich genehmigten Vereinbarung beruht (Eheschutz-Konvention und bezirksgerichtliches Urteil vom 26. November 2013).

### **E. 2.2**

Im Scheidungsverfahren trifft das Gericht die nötigen vorsorglichen Massnahmen; dabei sind die Bestimmungen über die Massnahmen zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft ( Art. 171 ff. ZGB ) sinngemäss anwendbar ( Art. 276 Abs. 1 ZPO ). Bestehende eheschutzrichterliche Regelungen (Art. 176 Abs. 1 Ziff. 1 und Abs. 3 in Verbindung mit Art. 163 ZGB ; zum Kindesunterhalt: Ivo Schwander, in: Basler Kommentar, ZGB I, 5. Aufl. 2014, N. 11 zu Art. 176 ZGB ) bleiben wirksam, bis sie allenfalls durch eine vorsorgliche Massnahme des Scheidungsgerichts geändert resp. ersetzt werden ( Art. 276 Abs. 2 ZPO ; BGE 137 III 614 E. 3.2.2 S. 616; Omblin de Poret Bortolaso, Le calcul des contributions d'entretien, in: SJ 2016 II S. 144; Siehr/Bähler, in: Basler Kommentar, ZPO, 2. Aufl. 2013, N. 10 zu Art. 276 ZPO ; Annette Spycher, in: Berner Kommentar, ZPO Bd. II, 2012, N. 19 zu Art. 271 ZPO ).

### **E. 2.3**

Vorsorgliche Massnahmen zur Regelung der ehelichen Rechte und Pflichten im Eheschutz- sowie während des Scheidungsverfahrens werden mit Ablauf der Rechtsmittelfrist formell rechtskräftig und damit grundsätzlich unwiderruflich (zum allgemeinen zivilprozessualen Grundsatz: BGE 141 III 43 E. 2.5.2 S. 46; LORENZ DROESE, Res iudicata ius facit, 2015, S. 150). Soweit ein neues Gesuch auf dem gleichen Sachverhalt beruht wie ein früheres Begehren, steht ihm insoweit der Einwand der

res iudicata entgegen ( BGE 141 III 376 E. 3.3.4 S. 381 mit Hinweisen; RAINER SCHUMACHER, Res iudicata: Wie kräftig wirkt die Rechtskraft der Endentscheide über vorsorgliche Massnahmen?, in: Anwaltsrevue 2016, S. 135 ff.).

### **E. 2.4**

Auf der andern Seite sind vorläufige Unterhaltsregelungen im Eheschutz- und Scheidungsverfahren eingeschränkt rechtsbeständig, da sie im summarischen Verfahren getroffen werden ( Art. 271 lit. a und Art. 276 Abs. 1 ZPO ; Isenring/Kessler, in: Basler Kommentar, ZGB I, 5. Aufl. 2014, N. 1 zu Art. 179 ZGB ). Mit Blick auf die für diese Verfahrensart vorgesehenen Vereinfachungen vorab der Verfahrensinstruktion (vgl. Art. 254 ff. ZPO ) ergänzen spezielle, weiter gefasste Abänderungsgründe die allgemeinen Revisionstatbestände (vgl. Art. 328 ff. ZPO ; Schumacher, a.a.O., S. 136). Die Rechtskraft der vorsorglichen Unterhaltsregelung kann demnach auch unter folgenden Voraussetzungen durchbrochen werden:

#### **E. 2.4.1**

Vorsorgliche Massnahmen können angepasst werden, wenn sich die massgebenden Verhältnisse wesentlich und dauernd verändert haben (Art. 276 Abs. 1 ZPO in Verbindung mit Art. 179 Abs. 1 ZGB ; Isenring/Kessler, a.a.O., N. 3 zu Art. 179 ZGB ). Eine Partei kann sich aber nicht auf eine veränderte Sachlage berufen, wenn sie diese durch eigenmächtiges, widerrechtliches Verhalten selber herbeigeführt hat. Das Gleiche gilt, wenn die angeführten Veränderungen im Zeitpunkt des früheren Entscheids vorhersehbar und bei der Festsetzung des Unterhaltsbeitrages berücksichtigt worden sind ( BGE 141 III 376 E. 3.3.1 S. 378).

#### **E. 2.4.2**

Des Weiteren können vorsorgliche Massnahmen aufgehoben oder abgeändert werden, wenn der frühere Entscheid auf unzutreffenden Voraussetzungen beruhte. Dies trifft namentlich zu, wenn sich die tatsächlichen Umstände, die dem Massnahmeentscheid zugrunde gelegt wurden, nachträglich als unrichtig erwiesen bzw. nicht wie prognostiziert verwirklicht haben, oder wenn sich der Entscheid im Ergebnis als nicht gerechtfertigt herausstellt, weil dem Massnahmegericht erhebliche Tatsachen nicht bekannt gewesen sind (vgl. Art. 268 Abs. 1 ZPO ; Urteil 5A\_22/2014 vom 13. Mai 2014 E. 3.1 mit Hinweisen; de Poret Bortolaso, a.a.O., S. 162; Isenring/Kessler, a.a.O., N. 4 zu Art. 179 ZGB ).

### **E. 2.5**

So wie über die Scheidungsfolgen eine genehmigungsbedürftige Konvention geschlossen werden kann ( Art. 279 ZPO ), können auch die Unterhaltsregelungen im Eheschutz- und Scheidungsverfahren ( Art. 176 ZGB und Art. 276 ZPO ) auf

Vereinbarung beruhen. Eine Übereinkunft ermöglicht es den Parteien, Ungewissheiten bezüglich der beurteilungsrelevanten Tatsachen oder deren rechtlicher Tragweite endgültig

zu bereinigen (vgl. Urteile 5A\_688/2013 vom 14. April 2014 E. 8.2 und 5A\_187/2013 vom 4. Oktober 2013 E. 7.1 [betreffend Vereinbarungen zu den Scheidungsfolgen]). Eine richterliche Beteiligung in Form eines Vergleichsvorschlages sowie der (erforderlichen) Genehmigung (vgl. Urteil 5A\_128/2012 vom 16. Juli 2012 E. 2.4; Sutter-Somm/Stanischewski, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2016, N. 4 zu Art. 276 ZPO sowie Sutter-Somm/Gut, a.a.O., N. 5 und 5a zu Art. 279 ZPO ; Siehr/Bähler, a.a.O., N. 7 zu Art. 271 ZPO und N. 1b zu Art. 279 ZPO ) ändert nichts daran, dass die Parteien dabei einen relativ weit gefassten Gestaltungsspielraum haben (vgl. Art. 279 Abs. 1 ZPO ). Soweit mit der gütlichen Einigung eine vollständige Beurteilung der Tatsachen und ihrer rechtlichen Tragweite vermieden werden sollte, bleiben die betreffenden Teile der Regelung unabänderlich (erwähntes Urteil 5A\_187/2013 E. 7.1).

## **E. 2.6**

Vor diesem Hintergrund sind die Möglichkeiten, eine

auf Vereinbarung beruhende Eheschutzmassnahme oder vorsorgliche Massnahme im Scheidungsverfahren abzuändern, eingeschränkt. Es gelten die gleichen Restriktionen, wie sie die Rechtsprechung für die Scheidungskonventionen umschrieben hat (vgl. erwähnte Urteile 5A\_688/2013 und 5A\_187/2013, je a.a.O.) :

### **E. 2.6.1**

Eine Anpassung kann nur verlangt werden, wenn erhebliche tatsächliche Änderungen Teile des Sachverhalts betreffen, welche im Zeitpunkt der Vereinbarung als feststehend angesehen wurden. Keine Anpassung an wesentlich und dauernd veränderte Verhältnisse gibt es hingegen bezüglich Tatsachen, welche vergleichsweise definiert worden sind, um eine ungewisse Sachlage zu bewältigen (sog.

caput controversum ), zumal hier eine Referenzgrösse fehlt, an welcher die Erheblichkeit einer allfälligen Veränderung gemessen werden könnte. Vorbehalten bleiben neue Tatsachen, die klarerweise ausserhalb des Spektrums der künftigen Entwicklungen liegen, welche aus Sicht der Vergleichsparteien möglich (wenn auch ungewiss) erschienen.

### **E. 2.6.2**

Auch die Berichtigung einer vorsorglichen Massnahme wegen originär unzutreffender Entscheidungsgrundlagen ist eingeschränkt, soweit die Unterhaltsregelung auf einer Vereinbarung fusst, mit welcher die Parteien eine Rechtsstreitigkeit definitiv beenden wollten. Eine Änderung kommt generell nur im Falle eines rechtserheblichen Willensmangels, das heisst bei Irrtum ( Art. 23 ff. OR ), Täuschung ( Art. 28 OR ) oder Drohung (Art. 29 f. OR), in Frage. Ein Irrtum ist erheblich, wenn beide Parteien beim Abschluss der Vereinbarung einen bestimmten Sachverhalt als gegeben vorausgesetzt haben, dieser sich nachträglich jedoch als unrichtig erwiesen hat, oder wenn eine Partei irrtümlich von einer Tatsache ausgegangen ist, ohne die sie die Vereinbarung (für die andere Partei ersichtlich) so nicht abgeschlossen hätte. Die weiter gefassten Möglichkeiten der Berichtigung eines auf unzutreffenden Voraussetzungen beruhenden Entscheids (oben E. 2.4.2) kommen nicht zum Tragen. Im Bereich des

caput controversum besteht ohnehin kein Raum für einen Irrtum; andernfalls würden gerade die Fragen wieder aufgerollt, derentwegen die Beteiligten den Vergleich - mit dem Ziel einer endgültigen Regelung - geschlossen haben ( BGE 130 III 49 E. 1.2 S. 52).

### **E. 3**

Der Beschwerdeführer bringt vor, der angefochtene Entscheid beruhe in verschiedenen Punkten auf offensichtlichem Versehen. Die Annahmen der Vorinstanz führten zu einem Resultat, das in einem klaren Widerspruch zur tatsächlichen Situation stehe; damit verletzen sie das Willkürverbot ( Art. 9 BV ). Die Rügen sind anhand der in E. 2.4 bis 2.6 umrissenen Vorgaben zu beurteilen.

#### **E. 3.1.1**

Das Obergericht rechnete dem Beschwerdeführer ein Nettoeinkommen von insgesamt Fr. 6'130.-- an. Dieses besteht zum grösseren Teil aus dem Entgelt für eine Tätigkeit als Instruktor im Ausbildungszentrum E. .... . Dafür setzte die Vorinstanz statt des aktuellen Lohnes von Fr. 4'000.-- ein früher erzielttes Gehalt in Höhe von Fr. 4'600.-- ein; es liege eine freiwillige Einkommensreduktion vor, welche nicht berücksichtigt werden dürfe. Der Beschwerdeführer macht geltend, eine auf den 1. Juli 2014 wirksam gewordene Änderung des Arbeitsvertrages sei nicht mit einem Einkommensverzicht verbunden gewesen. Vielmehr sei er vorher nur mit einem garantierten Pensum von 40-50 % im Stundenlohn angestellt gewesen, danach indessen mit einem festen Pensum zu 60 %. Die faktische Reduktion des Einkommens beruhe darauf, dass im Eheschutzentscheid vom 26. November 2013 auf die Einkünfte der Jahre 2011 und 2012 abgestellt worden sei. Damals habe er infolge von personellen Engpässen Mehrstunden leisten müssen, welche zu Pensum von rund 65 % (2011) resp. über 75 % (2012) geführt hätten. Mit einer solchen Aufstockung sei für die Folgezeit nicht mehr zu rechnen gewesen, weshalb kein höheres als ein 60-prozentiges Pensum erreichbar gewesen sei. Ihm bei diesem Stand der Dinge vorzuhalten, er habe sein Einkommen freiwillig reduziert, sei willkürlich. Das Einkommen aus der Instruktorrentätigkeit sei daher auf Fr. 4'000.-- festzusetzen.

#### **E. 3.1.2**

Das Vorgehen des Obergerichts, ein Einkommen aus der Tätigkeit als Instruktor anzurechnen, welches über dem tatsächlich erzielten liegt, ist nicht schlichtweg unhaltbar. Der Beschwerdeführer legt nicht dar, weshalb im Zeitpunkt des Eheschutzentscheides vom 26. November 2013 noch nicht absehbar gewesen sein sollte, dass die zugrunde gelegten (hohen) Einkünfte der Jahre 2011 und 2012 in den Folgejahren nicht mehr erzielt werden dürften. Über die Lohnperspektiven wurde eine Prognose getroffen und im Entscheid berücksichtigt. Somit entfällt die Möglichkeit, den Eheschutzentscheid veränderten tatsächlichen Verhältnissen anzupassen, dies schon unabhängig davon, dass er auf Vereinbarung beruht (oben E. 2.4.1). Sollte dieser Punkt zum caput controversum der zugrundeliegenden Vereinbarung gehört haben, könnte eine erhebliche tatsächliche Veränderung ohnehin nicht geltend gemacht werden (E. 2.6.1). Ebenso scheidet die Möglichkeit aus, die Unterhaltsregelung wegen eines Irrtums abzuändern. Da der Eheschutzentscheid auf einer Parteivereinbarung beruht, gilt ausserhalb des

caput controversum das Erfordernis eines Willensmangels nach Art. 23 ff. OR . Ein wesentlicher Irrtum wird weder geltend gemacht noch ist ein solcher ersichtlich. Wird hingegen die Vergleichsgrundlage in Zweifel gezogen, so fällt die Irrtumsanfechtung von vornherein ausser Betracht (E. 2.6.2).

#### **E. 3.1.3**

Die Festlegung des Einkommens aus der Instruktorrentätigkeit ist nach dem Gesagten rechtsbeständig. Hier (noch) nicht relevant ist die vom Beschwerdeführer als unhaltbar bezeichnete Schlussfolgerung der Vorinstanz, es sei ein Lohnverzicht gegeben, welcher die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens rechtfertige (vgl. BGE 128 III 4 E. 4a S. 6). Da formell rechtskräftigen vorsorglichen Massnahmen im Scheidungsverfahren nicht die gleiche Rechtswirkung zukommt wie einem im ordentlichen (Klage-) Verfahren ergangenen Urteil (vgl. oben E. 2.3 und E. 2.4), präjudiziert die Bestimmung des massgebenden Lohns die Nebenfolge des Scheidungsurteils nicht ( BGE 141 III 376 E. 3.4 S. 381; Schumacher, a.a.O., S. 136; Siehr/Bähler, a.a.O., N. 2 zu Art. 276 ZPO ).

### **E. 3.2**

Neben seiner Instruktorrentätigkeit bewirtschaftet der Beschwerdeführer einen landwirtschaftlichen Betrieb. Dazu hielt die Vorinstanz fest, der Ehemann habe weder dargetan, dass das im Eheschutzverfahren anerkannte (hypothetische) Einkommen aus dem Betrieb von monatlich Fr. 1'533.-- auf unrichtigen tatsächlichen Voraussetzungen beruhe, noch dass sich die Verhältnisse danach unvorhersehbar und dauerhaft geändert hätten. Es bleibe daher beim in der Eheschutzvereinbarung eingesetzten Betrag.

#### **E. 3.2.1**

Zum unterstellten Einkommen aus der Bewirtschaftung des eigenen landwirtschaftlichen Betriebs bringt der Beschwerdeführer vor, die Vorinstanz verkenne, dass die vor dem Eheschutzrichter getroffene Vereinbarung nicht auf ausgewiesene Einkünfte abstelle, sondern auf die Annahme, dass der Ehemann zu 60 % als Instruktor sowie zu 20 % im Nebenerwerb arbeite und im eigenen Landwirtschaftsbetrieb einen Ertrag generiere, der 20 % des Instruktorereinkommens entspreche. Der Ertragsverlauf der Jahre 2010 bis 2013 zeige, dass diese Annahme in einem klaren Widerspruch zu den tatsächlichen Verhältnissen stehe. In willkürlicher Weise übergangen habe die Vorinstanz auch, dass die Ehefrau im Frühjahr 2014 die Verträge betreffend die auf dem Hof befindlichen Pensionspferde vorzeitig aufgelöst und "alle aus der Manneserrungenschaft angeschafften Pferde samt Pferdeausstattungen" bei ihrem Auszug mitgenommen habe. Damit könne er den Pferde- und Pensionsbetrieb nicht mehr gleich wie zuvor weiterführen; eine Betriebsumstellung sei notwendig. Ohne Nutztiere, das heisst nur mit Acker- und Futterbau sowie Spezialkulturen, werfe der Betrieb monatlich nur 500 Franken ab.

#### **E. 3.2.2**

Die Heranziehung des Instruktorlohnansatzes als Berechnungsgrundlage in der eheschutzrichterlich genehmigten Vereinbarung hat keinen Bezug zur Notwendigkeit, den Hof umzustrukturieren. Soweit die angerufenen Umstände nicht zu den Grundlagen der (prinzipiell rechtsbeständigen) ursprünglichen Festlegung gehören, bilden selbst unerwartete Entwicklungen keinen Titel, um die Unterhaltsbeiträge gestützt auf Art. 276 Abs. 1 ZPO in Verbindung mit Art. 179 Abs. 1 ZGB abzuändern. Was sodann die gewählte Berechnungsgrundlage als solche anbetrifft, macht der Beschwerdeführer zwar zutreffend geltend, dass es sachlich kaum gerechtfertigt ist, statt des betrieblichen Ertrages den Ansatz für den Instruktorlohn heranzuziehen. Insofern beruht die gerichtliche Eheschutzvereinbarung durchaus auf einer fehlerhaften Annahme. Dies begründet aber keine Willkür des angefochtenen Urteils: Der für die Instruktorrentätigkeit massgebende Lohnansatz wurde im Rahmen der Vereinbarung behelfsmässig herangezogen, offenkundig weil die effektiven betrieblichen Einkünfte ungewiss waren. Gehört die Frage zum

caput controversum der Vereinbarung, so besteht selbst im Falle eines Irrtums kein Abänderungsgrund (oben E. 2.6.2). Ohnehin wäre ein Irrtum nicht ersichtlich, so dass eine im Ergebnis unhaltbare vorinstanzliche Feststellung über den Ertrag aus dem landwirtschaftlichen Gewerbe auch dann ausscheidet, wenn man davon ausgehen wollte, dass die Parteien das betreffende Teileinkommen zu den als feststehend angenommenen Tatsachen zählten.

### **E. 3.3.1**

Hinsichtlich seines Lebensbedarfs macht der Beschwerdeführer geltend, das Obergericht habe bei der Position "Wohnkosten, Zinsendienst" im klaren Widerspruch zur tatsächlichen Situation - mithin willkürlich - unberücksichtigt gelassen, dass die Hypothekarzinsen monatlich mit Fr. 750.-- (nicht bloss mit Fr. 683.--) zu Buche schlugen und dass er aufgrund gesetzlicher Vorgaben zur Amortisation verpflichtet sei. Seine Wohnkosten seien auf Fr. 1'200.-- festzusetzen.

### **E. 3.3.2**

Das Obergericht erwog, die Amortisation von Grundpfandschulden (Hypothekendarlehen) stelle Vermögensbildung dar (dazu Urteil 5P.498/2006 vom 18. Juni 2007 E. 4.4.2); sie sei deshalb bei der Berechnung der Unterhaltsbeiträge nur zu berücksichtigen, wenn der Schuldner gesetzlich oder vertraglich zur Tilgung verpflichtet sei und die finanziellen Verhältnisse es zuliesse. Die Parteien hätten die Amortisationszahlungen im Eheschutzverfahren zu rund einem Drittel berücksichtigt. Für eine vollumfängliche Berücksichtigung bleibe wegen der engen finanziellen Verhältnisse der Parteien kein Raum. Seit dem Eheschutzverfahren hätten sich die Wohnkosten zudem nicht wesentlich verändert; daher sei wie in der Eheschutzvereinbarung von Wohnkosten über Fr. 860.-- auszugehen. Der Beschwerdeführer führt nicht aus, weshalb das vorinstanzliche Erkenntnis in diesem Punkt unhaltbar sei (Art. 98 und 106 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 42 BGG). Diesbezüglich kann das Rechtsmittel somit nicht an die Hand genommen werden.

### **E. 4**

Insgesamt ist der Beschwerde kein Erfolg beschieden. Das angefochtene Urteil ist in den gerügten Punkten weder willkürlich noch verletzt es in anderer Hinsicht verfassungsmässige Rechte (E. 1.2).

### **E. 5**

Bei diesem Verfahrensausgang sind die Gerichtskosten dem Beschwerdeführer aufzuerlegen ( Art. 66 Abs. 1 BGG ). Indessen ist das Gesuch des Beschwerdeführers um unentgeltliche Rechtspflege gutzuheissen, da die Prozessarmut offensichtlich und die Beschwerdeführung nicht aussichtslos ist ( Art. 64 Abs. 1 BGG ). Der Beschwerdeführer ist durch den ihn vertretenden Rechtsanwalt zu verbeistanden ( Art. 64 Abs. 2 BGG ). Der Beschwerdegegnerin ist in der Sache selber kein entschädigungspflichtiger Vertretungsaufwand entstanden, da keine Vernehmlassung eingeholt wurde ( Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG ). Ihr Begehren, das Gesuch des Beschwerdeführers um aufschiebende Wirkung sei (vollumfänglich) abzuweisen (Eingabe vom 4. November 2015), war aussichtslos ( Art. 64 Abs. 1 und 2 BGG ); es entspricht nicht der ständigen Praxis des Bundesgerichts (vgl. Verfügung vom 6. November 2015). Das Gesuch der Beschwerdegegnerin um unentgeltliche Rechtspflege ist damit abzuweisen, soweit es nicht gegenstandslos geworden ist.

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