

## **BGer 5A\_95/2018 vom 29. August 2018**

Bundesgericht, 2018-08-29, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_95\\_2018](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_95_2018)

FR: TF 5A\_95/2018 du 29 août 2018

IT: TF 5A\_95/2018 del 29 agosto 2018

### **Erwägungen**

#### **E. 1.1**

Die Beschwerde richtet sich gegen den Endentscheid einer letzten kantonalen Instanz, die als oberes Gericht über vermögensrechtliche Nebenfolgen der Ehescheidung entschieden hat (Art. 72 Abs. 1, 75 Abs. 1 und 90 BGG). Der Streitwert übersteigt Fr. 30'000.-- (Art. 74 Abs. 1 Bst. b i.V.m. Art. 51 Abs. 4 BGG). Die Beschwerde in Zivilsachen ist damit grundsätzlich zulässig. Der Beschwerdeführer ist gemäss Art. 76 Abs. 1 BGG zur Beschwerde berechtigt und die Beschwerdefrist ist eingehalten ( Art. 100 Abs. 1 BGG ). Insofern kann auf die Beschwerde eingetreten werden.

#### **E. 1.2**

In rechtlicher Hinsicht sind alle Rügen gemäss Art. 95 f. BGG zulässig. Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an ( Art. 106 Abs. 1 BGG ) und prüft dessen Anwendung frei, allerdings unter Vorbehalt der allgemeinen Begründungsanforderungen ( Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG ) und grundsätzlich nur für die geltend gemachten Rügen, sofern die rechtlichen Mängel nicht geradezu offensichtlich sind ( BGE 142 III 364 E. 2.4). Hinsichtlich der Verletzung von Grundrechten - einschliesslich der Willkür bei der Sachverhaltsfeststellung - gilt eine qualifizierte Rügepflicht ( Art. 106 Abs. 2 BGG ). Eine Verfassungsrüge muss in der Beschwerde präzise vorgebracht und begründet werden ( BGE 134 I 83 E. 3.2). Dies bedeutet, dass anhand der Erwägungen des angefochtenen Entscheids klar und detailliert darzulegen ist, inwiefern verfassungsmässige Rechte verletzt worden sein sollen ( BGE 141 I 36 E. 1.3).

Im Übrigen legt das Bundesgericht seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat ( Art. 105 Abs. 1 BGG ). Die Beschwerdeführerin kann die Feststellung des Sachverhalts und damit die Beweiswürdigung nur rügen, wenn diese offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht und wenn die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann ( Art. 97 Abs. 1 BGG ). "Offensichtlich unrichtig" bedeutet dabei "willkürlich" ( BGE 140 III 264 E. 2.3). Auf rein appellatorische Kritik ist nicht einzutreten ( BGE 140 III 264 E. 2.3). Vorbringen zu einem Sachverhalt, der vom angefochtenen Entscheid abweicht, sind nicht zu berücksichtigen ( BGE 140 III 16 E. 1.3.1).

Die Sachverhaltsfeststellung bzw. 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 entscheidungswesentliches Beweismittel unberücksichtigt gelassen oder wenn es auf der Grundlage der festgestellten Tatsachen unhaltbare Schlussfolgerungen gezogen hat. Dass die vom Sachgericht gezogenen Schlüsse nicht mit der eigenen Darstellung des Beschwerdeführers übereinstimmen, belegt keine Willkür ( BGE 140 III 264 E. 2.3).

### **E. 1.3**

Neue Tatsachen und Beweismittel dürfen vor Bundesgericht nur so weit vorgebracht werden, als erst der Entscheid der Vorinstanz dazu Anlass gibt ( Art. 99 Abs. 1 BGG ). Hiervon erfasst sind unechte Noven, also neue Tatsachen, die im bisherigen Verfahren bereits hätten vorgebracht werden können, aber nicht vorgebracht wurden. Echte Noven, also Tatsachen, die erst nach dem angefochtenen Entscheid entstanden sind, sind im Verfahren vor dem Bundesgericht demgegenüber grundsätzlich unbeachtlich ( BGE 143 V 19 E. 1.2). In der Beschwerde ist darzutun, inwiefern die Voraussetzung für die nachträglichen Vorbringen erfüllt sein soll ( BGE 143 IV 19 E. 1.2).

Der Beschwerdeführer reicht neu eine Geburtsurkunde ein, die zeigen soll, dass er zum zweiten (richtig: dritten) Mal Vater geworden ist und zwar von einem Sohn, der nach Abschluss des vorinstanzlichen Schriftenwechsels, aber vor dem angefochtenen Entscheid geboren wurde. Er will, dass diese neue Tatsache im bundesgerichtlichen Verfahren Beachtung findet, begründet aber nicht näher, weshalb sie novenrechtlich zu berücksichtigen wäre. Das neue Vorbringen ist daher unbeachtlich. Dasselbe gilt für die neu eingereichte Fotografie, auf der sein zweiter (richtig: dritter) Sohn sichtbar sein soll. Ausgangspunkt für die Rügen des Beschwerdeführers bleibt damit der vorinstanzlich festgestellte Sachverhalt.

### **E. 2**

Angefochten ist der nacheheliche Unterhalt, den der Beschwerdeführer der Beschwerdegegnerin gemäss Art. 125 Abs. 1 ZGB zu bezahlen hat. Streitig ist, ob der Beschwerdegegnerin ein hypothetisches Einkommen anzurechnen ist und ob ihr Unterhaltsanspruch am 1. Mai 2018 (Volljährigkeit des gemeinsamen Sohnes) oder nach ihrer Pensionierung endet.

#### **E. 2.1**

Vorweg ist zu prüfen, ob der Beschwerdegegnerin ein hypothetisches Einkommen anzurechnen ist.

##### **E. 2.1.1**

Bei der Bemessung des Unterhaltsbeitrages ist grundsätzlich vom tatsächlich erzielten Einkommen des Unterhaltspflichtigen auszugehen. Soweit dieses Einkommen allerdings nicht ausreicht, um den ausgewiesenen Bedarf zu decken, kann ein hypothetisches Einkommen angerechnet werden, sofern dieses zu erreichen zumutbar und möglich ist ( BGE 137 III 118 E. 2.3). Dabei handelt es sich um zwei Voraussetzungen, die kumulativ erfüllt sein müssen. Damit ein Einkommen überhaupt oder höheres Einkommen angerechnet werden kann, als das tatsächlich erzielte, genügt es nicht, dass der betroffenen Partei weitere Anstrengungen zugemutet werden können. Vielmehr muss es auch möglich sein, aufgrund dieser Anstrengungen ein höheres Einkommen zu erzielen. Mit Bezug auf das hypothetische Einkommen ist Rechtsfrage, welche Tätigkeit aufzunehmen als zumutbar erscheint. Tatfrage bildet hingegen, ob die als zumutbar erkannte Tätigkeit möglich und das angenommene Einkommen effektiv erzielbar ist ( BGE 143 III 233 E. 2.3).

##### **E. 2.1.2**

Die Vorinstanz stellte fest und erwog, dass die Beschwerdegegnerin im Urteilszeitpunkt 56 Jahre alt sei und ursprünglich eine kaufmännische Ausbildung habe. Bei der Trennung sei sie bereits 50 Jahre alt gewesen und bei der Einreichung der Scheidungsklage 52 Jahre.

Spätestens nach der Klageeinreichung habe sie sich der Endgültigkeit der Trennung bewusst sein müssen. Die letzte Teilzeitarbeit habe damals noch nicht weit zurück gelegen, doch habe sie Arbeitslosengelder bezogen bzw. sei ausgesteuert gewesen. Personen über 50 Jahre seien überdurchschnittlich oft von Langzeitarbeitslosigkeit betroffen und hätten grössere Schwierigkeiten, sich wieder in den Arbeitsmarkt zu integrieren. Die Aussteuerung der Beschwerdegegnerin per Mitte 2012 zeige, dass dies auch auf sie zutrefte. Zwar habe sie sich während der Taggeldzahlungen ausreichend um Stellen bemüht, doch seien ihre Bewerbungsnachweise für die Zeit seit der Aussteuerung ungenügend. Das gereiche ihr aber nicht zum Nachteil, weil es ihr tatsächlich nicht möglich sei, eine neue Stelle zu finden. Seit rund fünf Jahren sei sie keiner Erwerbsarbeit nachgegangen. Ihr fortgeschrittenes Alter lasse die Chancen auf eine erfolgreiche Stellensuche als gering erscheinen. Während des Zusammenlebens sei sie lediglich knapp drei Jahre und nach der Trennung ein halbes Jahr im Büro, ihrem angestammten Beruf, tätig gewesen. Zu einem guten Teil habe sie in berufsfremden Gebieten gearbeitet. Damit sei ihre Erfahrung im angestammten kaufmännischen Beruf bescheiden. Dasselbe gelte für die berufsfremden, einfachen und unqualifizierten Tätigkeiten wie beispielsweise den Verkauf, Service oder Reinigungsdienst. In diesen Bereichen gebe es mehr als genug Arbeitssuchende auf dem Markt, deren Profil besser geeignet sei. Zudem seien die Arbeitszeiten der Beschwerdegegnerin eingeschränkt wegen der Betreuung des bei ihr wohnenden Sohnes, die in den Ferien noch intensiver sei. Wenn der Sohn nach Beendigung der HPS eine Anlehre mache oder in eine geschützte Werkstatt eintrete, verändere sich die Situation etwas; er werde aber weiterhin bei der Mutter wohnen und von dort aus zur Arbeit gehen. Insgesamt erwiesen sich sämtliche Faktoren für eine erfolgreiche Stellensuche der Beschwerdegegnerin als negativ: Sie sei über 50 Jahre alt, ausgesteuert, habe wenig Berufserfahrung auf dem angestammten Beruf, erfülle das Anforderungsprofil für unqualifizierte Arbeiten nur ungenügend und sei mindestens bis Mitte 2018 in ihrer Flexibilität eingeschränkt. Es sei ihr deshalb nicht möglich, eine Arbeitsstelle zu finden.

### **E. 2.1.3**

Der Beschwerdeführer rügt, die Vorinstanz habe die Möglichkeit der Beschwerdegegnerin, nach der Scheidung ein Einkommen zu erzielen, und die Zumutbarkeit dieses Erwerbs zu Unrecht verneint. Das beruhe auf einer willkürlichen Beweiswürdigung bzw. auf einer falschen Anwendung von Bundesrecht.

Der Beschwerdegegnerin sei es durchaus möglich, ein Einkommen zu erzielen. Sie habe während des Zusammenlebens knapp drei Jahre und nach der Trennung ein halbes Jahr im Büro gearbeitet und damit auf ihrem angestammten Beruf. Es sei daher falsch und aktenwidrig, wenn die Vorinstanz ihre Erfahrung im angestammten Beruf als bescheiden bezeichne. Ausserdem erforderten einfache und unqualifizierte Tätigkeiten ja gerade keine Berufserfahrung. Aber auch in solchen berufsfremden Gebieten habe sie Erfahrung. So habe sie von Ende 2007 bis Mitte 2010 als Verkäuferin gearbeitet. Sie sei demnach während eines guten Teils der Ehe in berufsfremden Gebieten tätig gewesen. Dass ihr auch da die Erfahrung fehle, sei falsch und aktenwidrig.

Hinzu komme, dass die Bemühungen der Beschwerdegegnerin zur Stellensuche nach ihrer Aussteuerung im Jahr 2012 klar ungenügend gewesen seien. Dies sei ihr anzulasten und dürfe ihm nicht zum Nachteil gereichen.

Für die Möglichkeit und Zumutbarkeit eines Arbeitserwerbs sei im Übrigen der Zeitpunkt der Trennung massgeblich, nicht der Urteilszeitpunkt. Die Vorinstanz verletze Bundesrecht, wenn sie auf den Urteilszeitpunkt abstelle. Massgebend seien daher die Verhältnisse der Beschwerdegegnerin im Alter von 50 Jahren. Bis dahin habe sie stets und ohne Unterbruch einen Arbeitserwerb gehabt. Es gehe demnach nicht um die Aufnahme, sondern um die Ausdehnung der Erwerbstätigkeit. Deren Möglichkeit und Zumutbarkeit sei hier zu prüfen. Miteinem 80%-Pensum ab 1. Mai 2018 (Volljährigkeit des Sohnes C.A. \_\_\_\_\_) könne ein monatliches Einkommen von Fr. 2'720.-- erzielen, bei einem Pensum von 50% ein solches von Fr. 1'700.--. Daran ändere die Betreuung des gesundheitlich beeinträchtigten Sohnes nichts, denn sie sei deswegen nicht eingeschränkt. Die diesbezüglichen Übertreibungen der Beschwerdegegnerin ergäben sich aus den vorinstanzlichen Tonbandaufnahmen, die zu edieren seien. Zudem werde C.A. \_\_\_\_\_ nach Beendigung der HPS nicht bei seiner Mutter wohnen und in der Lage sein, selbständig zur Arbeit zu gehen.

#### **E. 2.1.4**

Entgegen den Behauptungen des Beschwerdeführers hat die Vorinstanz die Erwerbsmöglichkeiten der Beschwerdegegnerin nicht ausschliesslich auf den Urteilszeitpunkt geprüft, sondern auch auf die Trennung und die Einreichung der Scheidungsklage abgestellt. Dass dies Recht verletze, behauptet der Beschwerdeführer nicht. Damit erübrigt sich eine nähere Prüfung des massgeblichen Zeitpunkts.

Entgegen den Ausführungen des Beschwerdeführers liegt auch keine Aktenwidrigkeit vor, wenn die Vorinstanz die Berufserfahrung der Beschwerdegegnerin im angestammten Beruf als bescheiden bezeichnet. Die Vorinstanz basiert auf den gleichen Grundlagen wie der Beschwerdeführer, zieht daraus aber andere Schlüsse. Was der Beschwerdeführer dem gegenüberstellt, ist nicht mehr als appellatorische Kritik, auf die nicht einzutreten ist (vorne E. 1.2).

Wie weit es bei unqualifizierten Tätigkeiten auf die Berufserfahrung ankommt, kann dahin gestellt bleiben, nachdem die Vorinstanz die Chancen der Beschwerdegegnerin auf eine solche Stelle auch verneinte, weil die Konkurrenten auf dem Arbeitsmarkt besser geeignet seien, und der Beschwerdeführer dies nicht bestreitet. Dasselbe gilt für die Bemühungen der Beschwerdegegnerin für die Stellensuche, die ungenügend sein sollen.

Offen bleiben kann auch, ob die Beschwerdegegnerin - wie der Beschwerdeführer behauptet - die Einschränkungen, die sich aus der Betreuung ihres Sohnes ergeben, übertreibt. Der Beschwerdeführer verweist hierzu auf die Tonaufnahmen der vorinstanzlichen Verhandlung, doch ist es nicht Sache des Bundesgerichts, diese zu konsultieren, um seine Behauptungen zu prüfen. Darüber hinaus legt der Beschwerdeführer nicht dem Rügeprinzip entsprechend (vorne E. 1.2) dar, dass seine Behauptungen für das Ergebnis (Verneinung der tatsächlichen Erwerbsmöglichkeiten) relevant wären. Dasselbe gilt für die Wohnsituation des Sohnes nach Abschluss der HPS.

Im Ergebnis hat die Vorinstanz willkürfrei festgestellt, dass die Beschwerdegegnerin tatsächlich keine Möglichkeit hat, eine Stelle zu finden. Ausführungen zur Zumutbarkeit eines solchen Erwerbs erübrigen sich. Indem die Vorinstanz der Beschwerdegegnerin kein hypothetisches Einkommen aufrechnete, verletzte sie Bundesrecht nicht.

#### **E. 2.2**

Zu prüfen ist sodann, ob der Unterhaltsanspruch der Beschwerdegegnerin am 1. Mai 2018 (Volljährigkeit des gemeinsamen Sohnes) oder spätestens mit ihrer Pensionierung endet.

### **E. 2.2.1**

Die Vorinstanz erwog, dass der Beschwerdegegnerin lediglich die monatliche Hilflosenentschädigung von Fr. 1'170.-- für den Sohn C.A. \_\_\_\_\_ als Einkommen anzurechnen sei, hingegen kein hypothetisches Arbeitseinkommen.

Über die finanziellen Mittel, die der Beschwerdegegnerin beim Eintritt ins Pensionsalter zur Verfügung stehen werden, lägen keine gesicherten Informationen vor. Angesichts der AHV-Minimalrente von aktuell Fr. 1'175.-- und der zu erwartenden äusserst bescheidenen BVG-Rente stehe immerhin fest, dass sich ihr Einkommen nicht reduzieren werde. Mangels Parteibehauptungen hierzu sei darauf nicht weiter einzugehen. Bei der Ehefrau sei daher durchgehend von monatlichen Einkommen von Fr. 1'170.-- aus der Hilflosenentschädigung für ihren Sohn auszugehen. Dem Beschwerdeführer stehe es offen, die Abänderung des Scheidungsurteils zu verlangen, wenn sich die Einkommenssituation der Beschwerdegegnerin verbessere.

### **E. 2.2.2**

Der Beschwerdeführer macht geltend, dass die Beschwerdegegnerin ab 1. Mai 2018 (Volljährigkeit des gemeinsamen Sohnes) ein hypothetisches Einkommen von monatlich Fr. 2'720.-- anzurechnen sei. Damit sei ihr Bedarf gedeckt und entfalle der Unterhaltsanspruch. Eventuell sei sie für die erwähnte Zeit zur Hälfte an seinem Überschuss, ausmachend Fr. 500.--, zu beteiligen. Spätestens mit Eintritt der Beschwerdegegnerin ins Pensionsalter entfalle ihr Unterhaltsanspruch, weil ihr Bedarf dann durch die AHV-Rente und die BVG-Rente gedeckt sei. Die Vorinstanz habe ihr aber für diese Zeit nur die Hilflosenentschädigung von Fr. 1'170.-- für C.A. \_\_\_\_\_ angerechnet, keine AHV- oder BVG-Rente. Das sei offensichtlich falsch und willkürlich.

### **E. 2.2.3**

Ein Wegfall des nahehelichen Unterhalts ab 1. Mai 2018 wegen eines hypothetischen Einkommens der Beschwerdegegnerin steht ausser Frage, nachdem ihr kein solches anzurechnen ist (vorne E. 2.1.4). In Frage steht einzig, ob der naheheliche Unterhalt mit der Pensionierung der Beschwerdegegnerin wegfällt.

Der Beschwerdeführer bestreitet nicht, dass Parteibehauptungen zur finanziellen Situation der Beschwerdegegnerin nach deren Pensionierung fehlen. Solche Behauptungen wären aber erforderlich, denn für den nahehelichen Unterhalt gilt der Verhandlungsgrundsatz ( Art. 277 Abs. 1 ZPO ). Danach haben die Parteien dem Gericht die Tatsachen, auf die sie ihre Begehren stützen, darzulegen und die Beweismittel anzugeben ( Art. 55 Abs. 1 ZPO ). Dafür trifft sie die Behauptungslast (so etwa: Urteil 5A\_465/2016 vom 19. Januar 2017 E. 6.2 f.).

Mangels Parteibehauptungen war die finanzielle Situation der Beschwerdegegnerin nach der Pensionierung nicht streitig und auch nicht Beweisgegenstand ( Art. 150 Abs. 2 ZPO ). Die Vorinstanz durfte darüber nicht von Amtes wegen Beweis führen (Umkehrschluss aus Art. 55 Abs. 2 ZPO und Art. 153 ZPO ). Der Beschwerdeführer legt nicht dar, weshalb es falsch und willkürlich sein soll, dass die Vorinstanz unter diesen Umständen kein Renteneinkommen der Beschwerdegegnerin berücksichtigt und auf eine spätere Abänderung des Scheidungsurteils verwiesen hat (vorne E. 1.2). Darauf ist nicht

einzutreten.

Sind keine Gründe ersichtlich, den Unterhaltsanspruch der Beschwerdegegnerin am 1. Mai 2018 (Volljährigkeit Sohn) oder mit ihrer Pensionierung enden zu lassen, dann bleibt es bei der vorinstanzlich festgelegten Staffellung des nahehelichen Unterhalts.

### **E. 3**

Angefochten ist ferner der güterrechtliche Ausgleich von Fr. 12'561.50, den die Vorinstanz der Beschwerdegegnerin zugesprochen hat. Er basiert auf der Hinzurechnung von Zuwendungen des Beschwerdeführers an seine Verwandten in Nigeria während fünf Jahren vor der Auflösung des Güterstandes. Umstritten ist, ob die Beschwerdegegnerin den Zuwendungen zugestimmt hat.

#### **E. 3.1**

Gemäss Art. 208 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB sind die unentgeltlichen Zuwendungen, die ein Ehegatte während der letzten fünf Jahre vor Auflösung des Güterstandes ohne Zustimmung des andern Ehegatten gemacht hat, seiner Errungenschaft hinzuzurechnen; davon ausgenommen sind die üblichen Gelegenheitsgeschenke. Hinzuzurechnen sind ferner Vermögensentäusserungen, die ein Ehegatte während der (ganzen) Dauer des Güterstandes vorgenommen hat, um den Beteiligungsanspruch des andern zu schmälern ( Art. 208 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB ).

#### **E. 3.2**

Die Vorinstanz stellte fest und erwog, dass der Güterstand am 1. Oktober 2006 aufgelöst worden sei. Damals seien keine Errungenschaften vorhanden gewesen. Die Beschwerdegegnerin mache jedoch geltend, dass der Errungenschaft des Beschwerdeführers seine finanziellen Zuwendungen an die Verwandten in Nigeria aufzurechnen sei. Der für die Hinzurechnung relevante Zeitraum gehe vom 1. Oktober 2006 bis 30. September 2011. Die Beschwerdegegnerin habe zu beweisen, dass dem Beschwerdeführer zu einem bestimmten Zeitpunkt entsprechende Vermögenswerte gehört hätten, was mit diesen geschehen sei und dass sie hierfür die Zustimmung nicht erteilt habe. Anschliessend meint die Vorinstanz jedoch, dass dem Beschwerdeführer der Beweis obliege für die Zustimmung. An anderer Stelle wiederholt sie, dass der Beschwerdeführer, wenn die Beschwerdegegnerin nicht ausdrücklich zugestimmt habe, beweisen müsse, dass eine konkludente Zustimmung bzw. eine Genehmigung der Zuwendungen vorliege.

In der Folge würdigte die Vorinstanz die Beweise bezüglich der Zustimmung jedoch, ohne die Folgen der Beweislosigkeit einer Partei zuzuweisen. Zunächst stellte sie fest, dass der Beschwerdeführer die erstinstanzlich festgestellten Überweisungen von monatlich rund Fr. 100.-- an seine Verwandten in Nigeria nicht bestreite. Weiter gehende Überweisungen aus Barbezügen ab dem Bankkonto seien nicht bewiesen. Hingegen habe der Beschwerdeführer Darlehen aufgenommen, die in der Steuererklärung erwähnt seien. Er räume ein, die Darlehen primär für die Verwandten verwendet zu haben. Da er sie bis Ende Mai 2011 aus Errungenschaft zurückbezahlt habe, könne für die fragliche Periode auf unentgeltliche Zuwendungen an die Verwandten in Nigeria von Fr. 25'123.-- geschlossen werden. Diesen Zuwendungen habe die Beschwerdeführerin weder ausdrücklich zugestimmt noch konkludent oder stillschweigend. Die Ehegatten hätten je eine separate Kasse geführt. Die Beschwerdegegnerin habe aus ihrem Lohn und dem Geerbten den täglichen Lebensunterhalt (z.B. für Nahrungsmittel und Kleider) bezahlt und der Beschwerdeführer

aus seinem Einkommen die Rechnungen (z.B. für Miete, Krankenkasse, Steuern). Das lasse nicht den Schluss zu, dass die Beschwerdegegnerin die finanzielle Situation der Familie überblickt habe. Auf den ersten Blick mute es sonderbar an, dass sie zwar die Steuererklärung erstellt und von den Darlehen ihres Mannes gewusst haben wolle, nicht jedoch vom Verbleib seines Einkommens und der Darlehen. Mit Blick auf die getrennte Kontoführung und die Separierung der ehelichen Finanzen habe sie jedoch glaubhaft dargelegt, dass sie über die einzelnen Ausgaben ihres Mannes bzw. über die Verwendung der Darlehen nicht im Bild gewesen sei. Das belegten auch ihre erstinstanzlichen Aussagen. Schon die Höhe der Zuwendungen von Fr. 25'123.-- spreche gegen blosse Gelegenheitsgeschenke. Solche lägen aber im Umfang von monatlich Fr. 100.-- vor. Es sei nämlich allgemein bekannt, dass Leute, die in der Schweiz leben, aber aus einem Land mit wesentlich tieferem Lebensstandard stammen, in gewissem Umfang ihre Familie in der Heimat unterstützen. Die Beschwerdegegnerin habe deshalb davon ausgehen müssen, dass der Beschwerdeführer dieser Gepflogenheit nachkomme. Die Errungenschaft sei daher in diesem Umfang nicht aufzurechnen, nur für die Darlehensverwendung von Fr. 25'123.--. Dieser Betrag sei der Vorschlag des Beschwerdeführers ( Art. 210 Abs. 1 ZGB ), an dem die Beschwerdegegnerin einen hälftigen Ausgleichsanspruch ( Art. 215 Abs. 1 ZGB ) von Fr. 12'561.50 habe.

### **E. 3.3**

Der Beschwerdeführer rügt, die Vorinstanz habe die Beweislast für das Fehlen der Zustimmung der Beschwerdegegnerin zu den Zuwendungen, die hinzugerechnet werden sollen, falsch verteilt. Sowohl nach den allgemeinen Regeln gemäss Art. 8 ZGB als auch nach Art. 208 ZGB trage die Beschwerdegegnerin hierfür die Beweislast, nicht er. Die Vorinstanz habe die Beweislast aber ihm auferlegt; darin liege eine unzulässige Beweislastumkehr. Mit Blick auf Art. 201 Abs. 1 ZGB , der dem Ehegatten die Verwaltung des eigenen Vermögens und Einkommens ohne Zustimmung des anderen Ehegatten ermögliche, sei dessen Zustimmung für Zuwendungen gemäss Art. 208 ZGB sogar zu vermuten. Eine Hinzurechnung habe nur zu erfolgen, wenn der betroffene Ehegatte gegen die Einkommensverwendung des anderen Ehegatten protestiert habe. Bei Zuwendungen, deren Wert die üblichen Gelegenheitsgeschenke überstiegen oder in Schädigungsabsicht vorgenommen worden seien ( Art. 208 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB ), sei dieser Protest zu vermuten.

Ferner macht der Beschwerdeführer geltend, die Vorinstanz habe die Beweise bezüglich der Zustimmung für seine Zuwendungen an seine Verwandten in Nigeria willkürlich gewürdigt und dabei das falsche Beweismass des Glaubhaftmachens angewendet.

Wie die Vorinstanz zutreffend ausführe, habe die Beschwerdegegnerin Kenntnis gehabt, dass er Verwandte in Nigeria finanziell unterstütze. Aus dem Aufsuchen der Budgetberatung im Jahr 2010 könne nicht abgeleitet werden, dass sie dagegen rückwirkend protestiert oder sogar geltend gemacht habe, es liege eine Schädigungsabsicht vor. Ausserdem habe die Beschwerdegegnerin weder von ihm Auskunft verlangt über die Verwendung der Darlehen noch ihr Auskunftsrecht gemäss Art. 170 ZGB gerichtlich eingefordert. Wer es unterlasse, zur Auskunft anzuhalten, erteile konkludent die Zustimmung zur Verwendung der Darlehen. Die Vorinstanz leite aus der getrennten Kontoführung der Ehegatten implizit ab, dass die Beschwerdegegnerin keine Detailkenntnisse über die Verwendung der Darlehen gehabt und daher auch nicht konkludent die Zustimmung hierfür erteilt habe. Das sei widersprüchlich. Die Beschwerdegegnerin habe nämlich seit der Eheschliessung damit rechnen müssen, dass er

seine Verwandten in Nigeria unterstütze. Zudem habe die Beschwerdegegnerin, die eine kaufmännische Ausbildung im Treuhandbereich aufweise, die Steuererklärung ausgefüllt und sei daher im Bild gewesen über die Darlehen und deren Stand. Wie die Vorinstanz selber ausführe, mute es sonderbar an, dass die Beschwerdegegnerin keine klaren Informationen über den Verbleib der Darlehen haben wolle, nachdem sie die Steuererklärung mit den Darlehen ausgefüllt habe. Ihr Verhalten sei mindestens als stillschweigende Zustimmungen zu den Zahlungen nach Nigeria zu qualifizieren.

#### **E. 3.4**

Was der Beschwerdeführer zur Beweislastverteilung bezüglich der unentgeltlichen Zuwendungen, die gemäss Art. 208 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB hinzugerechnet werden sollen, ausführt, ist ohne Belang. Die Vorinstanz hat die Zustimmung der Beschwerdegegnerin zu den Zuwendungen nach durchgeführter Beweiswürdigung verneint, jedenfalls in Bezug auf Zuwendungen, die Gelegenheitsgeschenke übersteigen. Das ist ein feststehendes Beweisergebnis. Ist das Beweisergebnis, wie hier, nicht offen, dann ist die Beweislastverteilung gegenstandslos ( BGE 138 III 193 E. 6.1) und die Berufung des Beschwerdeführers auf Art. 8 ZGB stösst ins Leere (Urteile 5A\_770/2017 vom 24. Mai 2018 E. 3.5 und 4A\_544/2017 vom 30. April 2018 E. 4, je mit Verweis auf Urteil 4A\_462/2017 vom 12. März 2018 E. 6.2.1).

Indem der Beschwerdeführer ausführt, die Beschwerdegegnerin habe die fehlende Zustimmung zu seinen Zuwendungen bloss glaubhaft gemacht, nicht bewiesen, macht er sinngemäss geltend, die Vorinstanz habe das falsche Beweismass angewendet. Das begründet er jedoch nicht. In diesem Punkt scheitert die Beschwerde schon an den allgemeinen Begründungsanforderungen ( Art. 42 Abs. 2 BGG ; BGE 140 III 86 E. 2; 121 III 397 E. 2a), so dass darauf nicht einzutreten ist ( BGE 133 III 350 E. 1.3).

Schliesslich bezeichnet der Beschwerdeführer die Beweiswürdigung der Vorinstanz betreffend die Zustimmung zwar als willkürlich, stellt ihr aber mehrheitlich eine eigene Würdigung gegenüber. Damit übt er lediglich appellatorische Kritik, auf die nicht einzutreten ist (vorne E. 1.2). Konkret legt der Beschwerdeführer nicht dar, dass das Gericht Sinn und Tragweite eines Beweismittels verkannt oder ein entscheidwesentliches Beweismittel unberücksichtigt gelassen hat (vorne E. 1.2). Seine Kritik an den vorinstanzlichen Schlussfolgerungen aus den festgestellten Tatsachen verkennt den Begriff der Willkür. Diese liegt nicht schon vor, wenn eine andere Lösung ebenfalls in Betracht zu ziehen oder gar vorzuziehen wäre, sondern nur, 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. Der angefochtene Entscheid muss im Ergebnis, nicht nur in der Begründung verfassungswidrig sein ( BGE 141 III 564 E. 4.1; 140 III 16 E. 2.1). Das ist vorliegend nicht der Fall. Die Verneinung der Zustimmung der Beschwerdegegnerin zu den Zuwendungen des Beschwerdeführers steht nicht in klarem Widerspruch zur tatsächlichen Situation und sie ist im Ergebnis auch nicht offensichtlich unhaltbar. Die Beweiswürdigung ist somit jedenfalls nicht geradezu willkürlich.

#### **E. 4**

Aus den dargelegten Gründen muss die Beschwerde abgewiesen werden, soweit darauf einzutreten ist. Bei diesem Verfahrensausgang hat der Beschwerdeführer für die Gerichtskosten aufzukommen ( Art. 66 Abs. 1 BGG ). Die Voraussetzungen für die

Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Verbeiständung sind gegeben. Das entsprechende Gesuch des Beschwerdeführers ist gutzuheissen und es ist ihm Rechtsanwalt Schorno beizuordnen ( Art. 64 Abs. 1 und 2 BGG ). Die Gerichtskosten werden vorläufig auf die Gerichtskasse genommen und Rechtsanwalt Schorno ist aus derselben angemessen zu entschädigen. Der Beschwerdeführer wird jedoch ausdrücklich auf Art. 64 Abs. 4 BGG aufmerksam gemacht, wonach die begünstigte Partei der Gerichtskasse Ersatz zu leisten hat, wenn sie später dazu in der Lage ist. Da die Beschwerdegegnerin mit ihrem Antrag betreffend aufschiebende Wirkung zumindest teilweise unterlag und in der Sache keine Vernehmlassung eingeholt wurde, schuldet ihr der Beschwerdeführer keine Parteientschädigung ( Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG ).

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