

Tribunal fédéral – 5A_849/2020, destiné à la publication

II^{ème} Cour de droit civil
Arrêt du 27 juin 2022 (d)

Mesures protectrices

Entretien, revenu hypothétique

Art. 125 et 163 CC

Entretien et revenu hypothétique – rappels. Quote-part d'épargne. Période d'adaptation plus généreuse en cas de situation financière favorable (consid. 4).

Entretien durant le mariage (art. 163 CC) vs entretien après le divorce (art. 125 CC). L'« entretien convenable » constitue le point de départ de tout calcul d'entretien et se mesure à l'aune du dernier train de vie commun des conjoint·e·s, tant s'agissant de l'entretien pendant le mariage (art. 163 CC) que de l'entretien après le divorce (art. 125 CC). L'entretien convenable se distingue du minimum vital et, en présence de moyens suffisants, n'est pas limité à celui-ci. Parmi les principes tirés de l'art. 125 CC, seule la primauté de l'autonomie financière (*Primat der Eigenversorgung*) – uniquement mentionnée expressément à l'al. 1 de cette disposition – peut déjà être appliquée par analogie à l'entretien matrimonial (art. 163 CC), lorsque, du point de vue des faits, on ne peut plus sérieusement compter sur une reprise de la vie commune. En revanche, contrairement à l'entretien post-divorce, l'entretien matrimonial ne connaît pas de limitation dans le temps des contributions. Tant que le lien matrimonial subsiste, le principe d'égalité de traitement issu de l'art. 163 CC s'applique, à savoir que les conjoint·e·s ont, dans les limites des moyens disponibles, droit au maintien du dernier train de vie commun dans la même mesure et indépendamment de critères comme le caractère *lebensprägend* du mariage ou sa durée. Seule une capacité contributive propre, réelle ou hypothétique, peut limiter le devoir d'entretien de l'art. 163 CC (consid. 5).

Besetzung

Bundesrichter Herrmann, Präsident,
Bundesrichter Marazzi, von Werdt,
Schöbi, Bovey,
Gerichtsschreiber Möckli.

Verfahrensbeteiligte

A.,
vertreten durch Rechtsanwältin
Ursula Engelberger-Koller,
Beschwerdeführerin,

gegen

B.,
vertreten durch Rechtsanwalt Adrian Schmid,
Beschwerdegegner.

Gegenstand

Eheschutzmassnahmen,

Beschwerde gegen den Entscheid des Obergerichts
des Kantons Nidwalden vom 23. Januar 2020 (ZA 19 18).

Sachverhalt:

A.

Die Parteien, deren Ehe kinderlos ist, haben per 1. Dezember 2017 den gemeinsamen Haushalt aufgelöst. Der Ehemann arbeitet vollzeitig und die Ehefrau war damals (und ist möglicherweise heute noch) mit einem Pensum von 60 % arbeitstätig.

B.

Mit Eheschutzentscheid vom 13. März 2019 stellte das Kantonsgericht Nidwalden das Getrenntleben fest, wies für die Zeit des Getrenntlebens die Liegenschaft in U. dem Ehemann und diejenige in V. der Ehefrau sowie ferner die Autos, Motorräder und das Boot zu, verpflichtete den Ehemann zur Unterhaltszahlung von Fr. 3'049.80 ab 6. April 2018 bis August 2019 und hielt fest, dass ab September 2019 kein Unterhalt mehr geschuldet sei.

Berufungsweise verlangte die Ehefrau Unterhalt von Fr. 3'902.30 ab Getrenntleben bis März 2020 und von Fr. 3'000.-- ab April 2020. Mit Berufungsurteil vom 23. Januar 2020 billigte das Obergericht des Kantons Nidwalden der Ehefrau Unterhaltsbeiträge von Fr. 3'397.40 ab 6. April 2018 bis Dezember 2019 zu und wies die Berufung im Übrigen ab.

C.

Mit Beschwerde vom 13. Oktober 2020 verlangt die Ehefrau die Verpflichtung des Ehemannes zu Unterhaltsbeiträgen von Fr. 3'397.30 ab 6. April 2018 bis März 2020 (aufgrund des Kontextes und der Beschwerdebegründung offensichtlich gemeint: bis Dezember 2019) und von Fr. 2'404.10 ab Januar 2020. Mit Vernehmlassung vom 15. April 2021 verlangt der Ehemann die Abweisung der Beschwerde.

Erwägungen:

1.

Bei Eheschutzsachen handelt es sich um vorsorgliche Massnahmen im Sinn von **Art. 98 BGG (BGE 133 III 393 E. 5.1; zuletzt Urteil 5A_372/2022 vom 24. Mai 2022 E. 1)**, so dass nur die Rüge der Verletzung verfassungsmässiger Rechte möglich ist. Es gilt somit das strenge Rügeprinzip im Sinn von **Art. 106 Abs. 2 BGG** und das Bundesgericht prüft in diesem Fall nur klar und detailliert erhobene Rügen, während es auf appellatorische Kritik nicht eintritt (**BGE 134 II 244 E. 2.2; 142 III 364 E. 2.4**).

2.

Das Obergericht hat tatsächliche Nettoeinkommen von Fr. 2'596.80 (Ehefrau) und Fr. 9'681.30 (Ehemann) sowie für die entsprechende Phase 1 Existenzminima von Fr. 3'348.80 (Ehefrau) und Fr. 3'638.70 (Ehemann) festgestellt und explizit festgehalten, dass Sparquoten weder behauptet noch belegt seien. Sodann hat es der Ehefrau in Bestätigung des erstinstanzlichen Entscheides, aber in Verlängerung der Übergangsfrist per Januar 2020 eine Aufstockung des aktuellen Arbeitspensums von 60 % auf Vollzeit zugemutet und ihr im Bereich Verkauf ein hypothetisches Nettoeinkommen von Fr. 4'550.-- angerechnet und ab dieser Phase 2 Existenzminima von Fr. 3'588.80 (Ehefrau) und Fr. 3'638.70 (Ehemann) festgestellt. Es hat die gesundheitlichen Vorbringen der Ehefrau und das fortgeschrittene Alter von damals 53 Jahren als die Erwerbsfähigkeit nicht einschränkend betrachtet und im Übrigen erwogen, dass sie zwar seit längerem nicht mehr im Verkauf tätig sei und ihr damaliges Arbeitspensum bei Coop nur 20 % betragen habe, dass sie aber insgesamt über 20 Jahre Arbeitserfahrung in diesem Bereich verfüge. Ausgehend von diesen Feststellungen und in Anwendung der zweistufigen Methode mit Überschussteilung hat das Obergericht erwogen, dass in der Phase 1 der gemeinsame Überschuss Fr. 5'290.60 (Überschuss Ehemann Fr. 6'042.60 abzüglich Unterdeckung Ehefrau Fr. 752.--) betrage und hälftig zu teilen sei, was zu einem Unterhaltsbeitrag von Fr. 3'307.30 an die Ehefrau führe. Für die Phase 2 ab Januar 2020 könne sie jedoch mit ihrem hypothetischen Einkommen von Fr. 4'550.-- ihr Existenzminimum selbst decken und sei deshalb auf keinen Unterhalt mehr angewiesen, weshalb die erstinstanzliche Unterhaltsbefristung auf die Phase 1 zu schützen sei.

3.

Die Ehefrau akzeptiert im bundesgerichtlichen Verfahren die Zumutbarkeit eines Vollzeitberufes ab der Phase 2. Hingegen rügt sie für diese eine willkürliche Verletzung der klaren bundesgerichtlichen Rechtsprechung im Zusammenhang mit dem Gleichbehandlungsgebot und eine willkürliche Ermessensverletzung. Sie habe im Rahmen von **Art. 163 ZGB** Anspruch auf Teilhabe am ehelichen Standard; diesen und nicht das Existenzminimum müsste sie mit dem ihr angerechneten hypothetischen Einkommen erreichen können. Während der Zeit des Zusammenlebens habe das gemeinsame Existenzminimum Fr. 5'547.50 und somit ausgehend vom damaligen Gesamteinkommen von Fr. 12'278.10 der gemeinsame Überschuss Fr. 6'730.60 betragen. Die Hälfte dieses Überschusses addiert mit ihrem akuten Existenzminimum ergebe ihren gebührenden Unterhalt und die Differenz zu ihrem hypothetischen Einkommen bilde den Unterhaltsanspruch.

4.

In seiner Beschwerdeantwort behauptet der Ehemann eine sich aus Überweisungen auf das Sparkonto, Einzahlungen für die Säule 3a, Amortisation des Hauses und "einmalige teure Reisen" zusammensetzende monatliche Sparquote von Fr. 3'494.-- während des ehelichen Zusammenlebens. In rechtlicher Hinsicht verweist er auf **Art. 125 ZGB** und die diesbezügliche bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach (bloss) ein *angemessener* Unterhaltsbeitrag geschuldet und dieser zeitlich zu limitieren sei.

Vor Bundesgericht ist zwar eine Anschlussbeschwerde nicht statthaft (**BGE 134 III 332 E. 2.5**), doch kann ein Beschwerdegegner in seiner Antwort auf die Beschwerde alle Beschwerdegründe geltend machen, um allfällige Fehler der kantonalen Entscheidung zu rügen, die ihm im Falle einer abweichenden Beurteilung der Sache durch das Bundesgericht nachteilig sein könnten (**BGE 134 III 332 E. 2.3**; **135 IV 56 E. 4.2**; **136 III 502 E. 6.2**; **140 III 456 E. 2.2.2**; **142 IV 129 E. 4.1**). Freilich unterliegt er dabei aber den gleichen Begründungs- bzw. Rügeanforderungen wie die beschwerdeführende Partei, weshalb vorliegend Verfassungsrügen zu substantiieren sind, soweit er sich gegen Sachverhaltsfeststellungen oder rechtliche Überlegungen im angefochtenen Entscheid wendet (vgl. E. 1).

Die Behauptungen und Vorbringen des Beschwerdegegners bleiben rein appellatorisch. Dies gilt für die Behauptung einer abweichenden ehelichen Lebenshaltung und insbesondere einer Sparquote während des ehelichen Zusammenlebens von fast Fr. 3'500.-- pro Monat, womit er sich gegen die grundsätzlich verbindliche Sachverhaltsfeststellung des Obergerichtes (angefochtener Entscheid E. 6.8.3 S. 22) wendet, es sei keine Sparquote nachgewiesen worden; ausserdem hat das Obergericht festgehalten, dass gar nie eine Sparquote behauptet worden sei, weshalb das Vorbringen ohnehin auch neu und damit unzulässig ist (**Art. 99 Abs. 1 BGG**).

Die rechtlichen Ausführungen gehen an der Sache vorbei, weil die vom Ehemann angeführte bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Lebensprägung und zur zeitlichen Limitierung den nahehelichen Unterhalt gemäss Art. 125 ZGB betrifft, während es vorliegend um ehelichen Unterhalt im Sinn von Art. 163 ZGB geht. Bei diesem ist nicht die Frage der Lebensprägung entscheidend, sondern steht vielmehr der Gleichbehandlungsgedanke im Vordergrund (Urteil 5A_112/2020 vom 28. März 2022 E. 6.2; vgl. sodann E. 5). Der weitere Einwand, im Rahmen der Unterhaltsfestsetzung dürfe nicht die güterrechtliche Auseinandersetzung vorweggenommen werden, betrifft die Behandlung einer Sparquote beim ehelichen Unterhalt (vgl. Urteil 5A_112/2020 vom 28. März 2022 E. 6.2), welche vorliegend gerade nicht dargetan ist. Appellatorisch ist schliesslich die allgemein bleibende - und sowieso an der Rechtsprechung, wonach bei guten finanziellen Verhältnissen die Übergangsfristen grosszügig zu bemessen seien (BGE 144 III 481 E. 4.6; 147 III 308 E. 5.4; Urteile 5A_875/2017 vom 6. November 2018 E. 4.2.3; 5A_373/2018 vom 8. April 2019 E. 3.1; 5A_171/2019 vom 17. April 2019 E. 3.2.2; 5A_727/2018 vom 22. August 2019 E. 3.2; 5A_507/2020 vom 2. März 2021 E. 5.3.1 und E. 5.3.3; 5A_112/2020 vom 28. März 2022 E. 5.5), vorbeigehende - Kritik, die Ehefrau müsse ihr Arbeitspensum schneller aufstocken, als das Obergericht es von ihr verlangt habe.

5.

Nachdem die Einwände des Ehemannes entweder mangels prozesskonformer Ausführungen nicht zu hören sind oder aber an der Sache vorbeigehen, ist auf die in E. 3 wiedergegebenen Willkürriegen der Ehefrau zurückzukommen. Dabei geht es um die Frage, ob sich die obergerichtliche Auffassung, der Unterhaltsanspruch der Ehefrau sei zu befristen, weil sie in der Phase 2 ihr Existenzminimum selbst erwirtschaften könne, vor dem Willkürverbot standhält.

Das Kantonsgericht hat die zeitliche Befristung des Unterhaltsbeitrages überhaupt nicht oder jedenfalls nur sinngemäss mit dem Satz begründet, ab dem Zeitpunkt der Anrechnung eines Vollzeitberufes könne die Ehefrau ihr Existenzminimum selbst decken. Das Obergericht hat ebenfalls auf eine eigentliche Begründung verzichtet und - ohne auf die Beanstandungen der Ehefrau in der Berufung einzugehen - einfach die Aussage wiederholt, sie vermöge mit dem hypothetischen Einkommen in der Phase 2 ihren Unterhalt zu decken, und dem angefügt, es liege somit kein Verzicht auf eine Überschussverteilung, sondern eine Befristung der Unterhaltspflicht vor.

Ausgangspunkt einer jeden Unterhaltsberechnung bildet der sog. gebührende Unterhalt, der sich im ehelichen wie auch im nahehelichen Verhältnis anhand des zuletzt gemeinsam gelebten Standards bemisst (zuletzt BGE 147 III 293 E. 4.4; aus der früheren publizierten Rechtsprechung BGE 132 III 593 E. 3.2; 134 III 145 E. 4; 137 III 102 E. 4.2.1.1; 141 III 465 E. 3.1). Der gebührende Unterhalt ist mithin, was die Gerichte beider Instanzen des Kantons Nidwalden jedenfalls im Ergebnis übersehen, vom Existenzminimum zu unterscheiden und bleibt bei günstigen Verhältnissen nicht auf dieses beschränkt. Vielmehr haben nach der konstanten bundesgerichtlichen Rechtsprechung und der sich daran ausrichtenden Praxis aller 25 anderen Kantone beide Ehegatten im Rahmen der verfügbaren Mittel bis zur Höhe des ermittelten früheren gemeinsamen Standards einen Anspruch auf dessen Fortsetzung, solange die Ehe besteht (zuletzt BGE 147 III 293 E. 4.4 S. 296 und 299; Urteil 5A_112/2020 vom 28. März 2022 E. 6.2).

Angesichts der fehlenden Begründung wird nicht ganz klar, ob das Obergericht diese Grundsätze bewusst übergangen hat oder ob es (wie der Ehemann in seiner Beschwerdeantwort) den Grundsatz, wonach der *naheliche* Unterhalt grundsätzlich zeitlich zu limitieren ist, weil das Wort "angemessen" in Art. 125 Abs. 1 ZGB sich insbesondere auf die zeitliche Dimension bezieht (BGE 147 III 249 E. 3.4.5), unbesehen auf den *ehelichen* Unterhalt gemäss Art. 163 ZGB übertragen hat. Sinngemässe Anwendung auf den ehelichen Unterhalt in bestimmten Konstellationen findet einzig der aus dem Scheidungsunterhalt stammende Grundsatz, wonach beide Ehegatten den gebührenden Unterhalt nach Möglichkeit aus eigener Anstrengung erwirtschaften sollen (sog. Primat der Eigenversorgung); vom Gesetzgeber wird dieser nur in Art. 125 Abs. 1 ZGB direkt ausgedrückt, aber nach konstanter Rechtsprechung ist bereits im ehelichen Verhältnis die Möglichkeit und Zumutbarkeit der Wiederaufnahme oder Ausdehnung einer Erwerbstätigkeit zu prüfen, wenn in tatsächlicher Hinsicht erstellt ist, dass mit einer Wiederaufnahme des gemeinsamen Haushaltes nicht mehr ernsthaft gerechnet werden kann (BGE 130 III 537 E. 3.2; 137 III 385 E. 3.1; 138 III 97 E. 2.2; 147 III 301 E. 6.2). Hingegen ist dem ehelichen Unterhaltsrecht eine zeitliche Limitierung des zur Erreichung des gebührenden Unterhaltes notwendigen Unterhaltsbeitrages fremd; solange das Eheband besteht - und damit insbesondere im Eheschutzverfahren -, kommt der Art. 163 ZGB zugrunde liegende Gleichbehandlungsgedanke zum Tragen (Urteil 5A_112/2020 vom 28. März 2022 E. 6.2), gemäss welchem wie gesagt beide Ehegatten in gleicher Weise und grundsätzlich unabhängig von Kriterien wie Lebensprägung und Ehedauer im Rahmen der verfügbaren Mittel Anspruch auf Fortsetzung des gemeinsam gelebten Standards haben; unterhaltsbegrenzend wirkt hier einzig eine tatsächliche oder hypothetische Eigenversorgung, wie dies auch vorliegend der Fall ist.

Indem das Obergericht des Kantons Nidwalden entgegen diesen klaren Grundsätzen entschieden hat, ist es nach den zutreffenden Rügen der Ehefrau in Willkür verfallen. Diese hat auch in der Phase 2 Anspruch auf Fortführung der ehelichen Lebenshaltung und ihre rechnerische Vorgehensweise ist im Rahmen der anwendbaren zweistufigen Methode korrekt, wenn sie zur Berechnung des seinerzeitigen gemeinsamen Existenzminimums und sich daraus ergebenden Überschusses die

Kosten der damals gemeinsam bewohnten Liegenschaft sowie den Grundbetrag für ein Ehepaar von Fr. 1'700.-- einsetzt. In der Nachtrennungs-Phase 1 wird der gemeinsam gepflegte Lebensstandard und damit der gebührende Unterhalt durch die scheidungsbedingten Mehrkosten etwas geschmälert, aber in der Phase 2 wird er zufolge der erhöhten gesamthaften Leistungsfähigkeit wieder erreicht. Darauf, d.h. auf den vollständigen gebührenden Unterhalt hat die Ehefrau Anspruch, aber auch nicht auf mehr; es ist deshalb folgerichtig, wenn dem Ehemann in der Phase 2 - weil die addierten Nettoeinkommen über den addierten gebührenden Unterhalten liegen - nach Bestreitung des Unterhaltsbeitrages ein grösserer Überschuss verbleibt als der Ehefrau.

6.

Zufolge Gutheissung der Beschwerde wird der Beschwerdegegner kosten- und entschädigungspflichtig (**Art. 66 Abs. 1 und Art. 68 Abs. 2 BGG**). Die Verteilung der kantonalen Gerichts- und Parteikosten entsprechend dem neuen Ausgang des Verfahrens wird der Vorinstanz übertragen (**Art. 68 Abs. 5 BGG**).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

In Gutheissung der Beschwerde und Aufhebung des Urteils des Obergerichts des Kantons Nidwalden vom 13. März 2019 wird der Beschwerdegegner verpflichtet, der Beschwerdeführerin monatlich im Voraus zahlbare und bei Verfall mit 5 % verzinsliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 3'397.30 ab 6. April 2018 bis Dezember 2019 und von Fr. 2'404.10 ab Januar 2020 zu bezahlen.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 4'000.-- werden dem Beschwerdegegner auferlegt.

3.

Der Beschwerdegegner hat die Beschwerdeführerin für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 6'000.-- zu entschädigen.

4.

Die Neuverteilung der kantonalen Kosten wird dem Obergericht des Kantons Nidwalden übertragen.

5.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Nidwalden mitgeteilt.

Lausanne, 27. Juni 2022

Im Namen der II. zivilrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Herrmann

Der Gerichtsschreiber: Möckli