

## **BGE 143 III 617**

Bundesgericht (BGE), 2017-11-08, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_BGE\\_143\\_III\\_617](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_BGE_143_III_617)

FR: ATF 143 III 617

IT: DTF 143 III 617

### **Regeste**

Regeste Art. 9 BV; Art. 179 ZGB; Abänderung des Unterhaltsbeitrages an den Ehegatten für die Dauer des Scheidungsverfahrens; Prozesskostenvorschusspflicht.

Abänderungsvoraussetzungen (E. 3.1). Glaubhaftmachen der dauerhaften Veränderung des Einkommens in einem Fall, wo ein unselbstständig erwerbstätiger Ehegatte während des Getrenntlebens seine Stelle verliert und eine selbstständige Erwerbstätigkeit aufnimmt (E. 5). Verhältnis des Anspruchs auf unentgeltliche Rechtspflege im Beschwerdeverfahren zum materiell-rechtlichen Anspruch auf Leistung eines Prozesskostenvorschusses durch Ehegatten (E. 7).

Regeste Art. 9 Cst.; art. 179 CC; modification de la contribution d'entretien due au conjoint pour la durée de la procédure en divorce; devoir d'avancer les frais judiciaires. Conditions de la modification (consid. 3.1). Vraisemblance du changement durable du revenu dans un cas où un époux travaillant en tant que salarié perd sa place de travail pendant la vie séparée et débute une activité lucrative en tant qu'indépendant (consid. 5). Rapport entre le droit à l'assistance judiciaire dans la procédure de recours et le droit matériel au versement d'une avance de frais par le conjoint (consid. 7).

Regesto Art. 9 Cost.; art. 179 CC; modifica del contributo di mantenimento dovuto al coniuge per la durata della procedura di divorzio; obbligo di versare un anticipo spese. Presupposti della modifica (consid. 3.1). Verosimiglianza del cambiamento durevole del reddito in un caso in cui un coniuge esercitante un'attività lucrativa dipendente perde il suo impiego durante la vita separata ed avvia un'attività lucrativa indipendente (consid. 5). Relazione tra il diritto all'assistenza giudiziaria nella procedura di ricorso e la pretesa, di diritto materiale, al versamento di un anticipo spese da parte del coniuge (consid. 7).

### **Erwägungen**

#### **E. 3.1**

Ändern sich die Verhältnisse, so passt das Gericht auf Begehren eines Ehegatten die Massnahmen an oder hebt sie auf, wenn ihr Grund weggefallen ist. Die Bestimmungen über die Änderung der Verhältnisse bei Scheidung gelten sinngemäss ( Art. 179 Abs. 1 ZGB i.V.m. Art. 276 ZPO ). Eine Abänderung von Eheschutzmassnahmen setzt voraus, dass seit der Rechtskraft des Urteils eine wesentliche und dauerhafte Veränderung eingetreten ist. Ein Abänderungsgrund liegt auch dann vor, wenn die tatsächlichen Feststellungen, die dem Massnahmeentscheid zugrunde lagen, sich nachträglich als unrichtig erweisen oder nicht wie vorhergesehen verwirklichen. Schliesslich kann ein Ehegatte die Änderung verlangen, wenn sich der ursprüngliche Entscheid als nicht gerechtfertigt erweist, weil dem Massnahmengericht wesentliche Tatsachen nicht bekannt waren (Urteil 5A\_136/2014 vom 5. November 2014 E. 3.2; vgl. BGE 141 III 376 E. 3.3.1; Urteil 5A\_235/2016 vom 15.

August 2016 E. 3.1). (...)

## **E. 5**

Sodann hält der Beschwerdeführer die vorinstanzliche Feststellung für willkürlich, in Bezug auf die mit dem Jahresabschluss 2015 BGE 143 III 617 S. 620 untermauerte Einkommenseinbusse fehle es an der Dauerhaftigkeit der Veränderung.

### **E. 5.1**

Als Einkommen aus selbstständiger Erwerbstätigkeit gilt der Reingewinn, der entweder als Vermögensstandsgewinn (Differenz zwischen dem Eigenkapital am Ende des laufenden und am Ende des vorangegangenen Geschäftsjahres) oder als Gewinn in einer ordnungsgemässen Gewinn- und Verlustrechnung ausgewiesen wird. Weil bei selbstständiger Erwerbstätigkeit die finanzielle Verflechtung zwischen Unternehmerhaushalt und Unternehmung gross und intensiv ist und weil der Gewinnausweis sich relativ leicht beeinflussen lässt, kann sich die Bestimmung der Leistungskraft eines Selbstständigerwerbenden als äusserst schwierig erweisen. Um ein einigermaßen zuverlässiges Resultat zu erreichen und namentlich um Einkommensschwankungen Rechnung zu tragen, sollte auf das Durchschnittsnettoeinkommen mehrerer - in der Regel der letzten drei - Jahre abgestellt werden. Auffällige, d.h. besonders gute oder besonders schlechte Abschlüsse können unter Umständen ausser Betracht bleiben. Nur bei stetig sinkenden oder steigenden Erträgen gilt der Gewinn des letzten Jahres als massgebendes Einkommen, korrigiert insbesondere durch Aufrechnungen von ausserordentlichen Abschreibungen, unbegründeten Rückstellungen und Privatbezügen (Urteil 5P.342/2001 vom 20. Dezember 2001 E. 3a; seither z.B. Urteile 5D\_167/2008 vom 13. Januar 2009 E. 2, in: FamPra.ch 2009 S. 464; 5A\_246/2009 vom 22. März 2010 E. 3.1, in: FamPra.ch 2010 S. 678; 5A\_544/2014 vom 17. September 2014 E. 4.1; 5A\_127/2016 vom 18. Mai 2016 E. 5.2; 5A\_937/2016 vom 5. Oktober 2017 E. 3.2.2). Eine dauerhafte Veränderung der Einkommensverhältnisse, die eine Abänderung von Eheschutzmassnahmen rechtfertigt (E. 3.1 oben), kann der selbstständig erwerbstätige Ehegatte in der Regel auch nur durch mehrere Jahresabschlüsse belegen, die stetig sinkende Erträge ausweisen (z.B. Urteil 5P.330/2006 vom 12. März 2007 E. 3.3). Ein einzelner besonders guter oder schlechter Jahresabschluss begründet keine dauerhafte Veränderung (z.B. Urteil 5A\_617/2017 vom 28. September 2017 E. 3.2: "Or, au vu des principes énoncés, le premier juge pouvait de toute manière considérer que les comptes de la société portant sur une seule année, soit 2016, n'étaient pas susceptibles de démontrer une évolution défavorable durable de la société, voire du bénéfice réalisé."). BGE 143 III 617 S. 621

### **E. 5.2**

Als "dauerhaft" im Sinne der Abänderungsvoraussetzungen (E. 3.1 oben) kann im Einzelfall eine mehr als vier Monate dauernde Arbeitslosigkeit gelten (Urteile 5A\_138/2015 vom 1. April 2015 E. 4.1.1; 5A\_972/2015 vom 22. März 2016 E. 5.2; für die Abänderung von Scheidungsurteilen: Urteile 5A\_78/2014 vom 25. Juni 2014 E. 4.2, in: SJ 2014 I S. 460; 5A\_352/2010 vom 29. Oktober 2010 E. 4.3, in: FamPra.ch 2011 S. 230 und Praxis 2011 Nr. 104 S. 744). Die Rechtsprechung stützt sich auf Bestimmungen im Arbeitslosenversicherungsgesetz (AVIG; Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung; SR 837.0) und in der Arbeitslosenversicherungsverordnung (AVIV; Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung; SR 837.02). Danach ist

vorgesehen, dass Arbeitslosenentschädigung nur erhält, wer ganz oder teilweise arbeitslos ist ( Art. 8 Abs. 1 lit. a und Art. 10 AVIG ), und zwar unverschuldet arbeitslos ist, ansonsten der Versicherte in seiner Anspruchsberechtigung eingestellt werden kann ( Art. 30 Abs. 1 lit. a AVIG ), und dass der fortdauernde Bezug von Arbeitslosenentschädigung insbesondere voraussetzt, dass der Versicherte den von der Arbeitsstelle monatlich überprüften Nachweis persönlicher Arbeitsbemühungen erbringt ( Art. 17 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 26 AVIV ), ansonsten er in seiner Anspruchsberechtigung eingestellt werden kann ( Art. 30 Abs. 1 lit. c AVIG ). Auch wenn das Massnahmengericht im Abänderungsverfahren nicht an Entscheide der Verwaltungsbehörden gebunden ist, darf es die Tatsachen, dass staatliche Arbeitslosenentschädigung zugesprochen wurde und während Monaten fortlaufend ausgerichtet wird, zumindest als Indizien dafür würdigen, dass der Betroffene tatsächlich und unfreiwillig arbeitslos ist und sich persönlich um Arbeit bemüht. Der Bezug von Arbeitslosenentschädigung während mehreren, in der Regel mindestens vier Monaten kann im Einzelfall als dauerhafte Veränderung der Einkommensverhältnisse anerkannt werden (Urteil 5P.445/2004 vom 9. März 2005 E. 2.3).

### **E. 5.3**

Eine ähnlich günstige Indizienlage besteht nicht, wo ein Ehegatte während des Getrenntlebens tatsächlich und unfreiwillig seine Arbeitsstelle verliert, dann aber eine selbstständige Erwerbstätigkeit aufnimmt, anstatt staatliche Arbeitslosenentschädigung zu beziehen. Mit Rücksicht auf die Vergleichbarkeit der Sachverhalte stellt sich die Frage, ob dem betreffenden Ehegatten - im Gegensatz zu einem Arbeitslosenentschädigung beziehenden Ehegatten - zuzumuten ist, BGE 143 III 617 S. 622 mehrere Jahre zu warten, bis das Massnahmengericht die Dauerhaftigkeit der Veränderung beurteilen zu können meint, weil sich die Leistungskraft eines Selbstständigerwerbenden in der Regel anhand der drei letzten Jahresabschlüsse bestimmt (E. 5.1 oben). Die Frage einfach zu bejahen, hiesse, Eigeninitiative zu bestrafen und Gleiches nicht nach Massgabe seiner Gleichheit gleich zu behandeln. Wo ein Ehegatte während des Getrenntlebens seine Arbeitsstelle unfreiwillig verliert und eine selbstständige Erwerbstätigkeit aufnimmt, darf deshalb im Abänderungsverfahren nicht schematisch vorausgesetzt werden, dass die Veränderung der Einkommensverhältnisse erst dann glaubhaft gemacht ist, wenn sie sich auf mehrere Jahresabschlüsse stützen lässt. Darüber ist vielmehr aufgrund sämtlicher Umstände des konkreten Einzelfalls zu entscheiden.

### **E. 5.4**

Wesentlich sind folgende Gesichtspunkte:

#### **E. 5.4.1**

Vorweg stellt sich die Frage, ob der Ehegatte seine bisherige Arbeitsstelle, allenfalls trotz Vorliegens eines förmlichen Kündigungsschreibens, freiwillig oder gar in Schädigungsabsicht aufgegeben hat (vgl. BGE 143 III 233 E. 3). Selbst wenn ein unfreiwilliger Verlust der Arbeitsstelle anzunehmen ist, muss weiter geprüft werden, ob der Ehegatte alles unternommen hat, eine der bisherigen einkommensmässig gleichwertige Arbeit zu finden (vgl. Urteile 5A\_782/2016 vom 31. Mai 2017 E. 5.3; 5A\_299/2012 vom 21. Juni 2012 E. 3.5). Die Beschwerdegegnerin hat diese Fragen im kantonalen Verfahren aufgeworfen und im Sinne der zitierten Entscheide verlangt, dem Beschwerdeführer sei ungeachtet der Aufnahme einer selbstständigen Erwerbstätigkeit das bisher erzielte Einkommen anzurechnen und das Abänderungsgesuch abzuweisen. Das Obergericht hat die

Fragen ausdrücklich offengelassen.

#### **E. 5.4.2**

Sodann sind die Belege über das Einkommen aus der neu aufgenommenen selbstständigen Erwerbstätigkeit zu würdigen. Vorgelegt werden muss zumindest eine Zwischenbilanz, die einen Zeitraum von mehreren Monaten abdeckt. In der Würdigung stellen sich namentlich die Fragen, ob Abschreibungen oder Rückstellungen aufzurechnen sind, die tatsächlich zu Ersparnissen bzw. versteckten Gewinnen führen (vgl. Urteile 5P.307/2006 vom 25. August 2006 E. 2.3; 5A\_280/2015 vom 27. November 2015 E. 4.2.3, in: FamPra.ch 2016 S. 462), oder ob gar Indizien dafür bestehen, dass das ausgewiesene nicht mit dem tatsächlichen Einkommen übereinstimmt und das Einkommen deshalb nicht auf der Grundlage der BGE 143 III 617 S. 623 Zwischenbilanz, sondern beispielsweise anhand der Privatbezüge zu ermitteln ist (vgl. Urteile 5A\_246/2009 vom 22. März 2010 E. 3, in: FamPra.ch 2010 S. 678; 5A\_72/2012 vom 12. April 2012 E. 4.2, in: FamPra.ch 2012 S. 1110). Gegebenenfalls kann die Schlüssigkeit der Zwischenbilanz aufgrund amtlicher Lohnstrukturerhebungen geprüft werden ( BGE 128 III 4 E. 4c/bb-cc). Die Beschwerdegegnerin hat diese Fragen im kantonalen Verfahren aufgeworfen und vorab geltend gemacht, in der vom Beschwerdeführer eingereichten Bilanz ausgewiesene "überzogene" Positionen seien aufzurechnen. Das Obergericht hat die Fragen ausdrücklich offengelassen.

#### **E. 5.4.3**

Schliesslich ist zu berücksichtigen, dass nach dem Schritt in die Selbstständigkeit erfahrungsgemäss mit zwei bis drei Jahren zu rechnen ist, bis ein volles Erwerbseinkommen erzielt werden kann (vgl. Urteil 5A\_75/2007 vom 25. Mai 2007 E. 3.2, in: FamPra.ch 2007 S. 886). Diese Erfahrungstatsache widerlegt nicht die Dauerhaftigkeit einer Einkommensveränderung, sondern lediglich deren Ausmass. Es kann ihr mit einer Klausel Rechnung getragen werden, wie sie das Bezirksgericht angebracht hat. Wiederherstellungs- oder Wiedererhöhungsklauseln in Abänderungsurteilen sind zulässig (Urteil 5C.84/2005 vom 21. Juni 2005 E. 2.3, in: FamPra.ch 2005 S. 915, betreffend Abänderung eines Scheidungsurteils). Allfälligen Versuchen des unterhaltspflichtigen Ehegatten, die Verbesserung seiner Leistungsfähigkeit buchhalterisch zu verschleiern und die vorbehaltenen Wiedererhöhung zu unterlaufen, bleibt der berechnete Ehegatte zudem nicht schutzlos ausgeliefert. Unterhaltsbeiträge im Eheschutz- und im Massnahmenverfahren können auf Abänderungsgesuch hin ohne Beschränkungen, wie sie für den nahehelichen Unterhalt gelten ( Art. 129 Abs. 3 ZGB ), nachträglich auch erhöht werden ( BGE 138 III 97 E. 2.3.1).

#### **E. 5.5**

Mit den vorstehend beispielhaft aufgezählten Gesichtspunkten hat sich das Obergericht nicht befasst. Es hat das Abänderungsgesuch des Beschwerdeführers ausschliesslich deshalb abgewiesen, weil ihm allein gestützt auf einen einzigen Jahresabschluss eine dauerhafte Veränderung der Einkommensverhältnisse nicht als glaubhaft gemacht erschien. Das Obergericht ist damit zwar den für Ehegatten geltenden Grundsätzen gefolgt, die bereits vor Aufnahme und auch während des Getrenntlebens selbstständig erwerbstätig waren (E. 5.1 oben), hat aber dem besonderen Fall, dass ein Ehegatte wie der Beschwerdeführer erst während des Getrenntlebens seine Arbeitsstelle verloren und eine selbstständige Erwerbstätigkeit aufgenommen hat, keine Rechnung getragen. Darin ist eine Rechtsverweigerung zu BGE 143 III 617 S. 624 erblicken, so dass die Abweisung des Abänderungsgesuchs mit der gegebenen Begründung der Willkürprüfung nicht standhält.

(...)

#### **E. 7**

Die Beschwerdegegnerin unterliegt im bundesgerichtlichen Beschwerdeverfahren und wird kosten- und entschädigungspflichtig ( Art. 66 Abs. 1 und Art. 68 Abs. 1 BGG ). Sie beantragt, den Beschwerdeführer zur Leistung eines angemessenen Prozesskostenvorschusses von mindestens Fr. 5'000.- zu verpflichten, eventuell ihr die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen. Der Anspruch auf Bevorschussung der Gerichts- und Anwaltskosten ist im materiellen Zivilrecht begründet und hätte vor dem zuständigen Sachgericht im kantonalen Verfahren geltend gemacht werden müssen. Ein entsprechendes Gesuch kann auch nicht als Antrag auf Erlass einer vorsorglichen Massnahme gemäss Art. 104 BGG gestellt werden und ist im bundesgerichtlichen Verfahren vielmehr unzulässig (Urteile 5A\_382/2010 vom 22. September 2010 E. 1.4; 5A\_97/2017 vom 23. August 2017 E. 12.1; 5A\_362/2017 vom 24. Oktober 2017 E. 4). Der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege ist gegenüber dem materiell-rechtlichen Anspruch auf Bevorschussung der Prozesskosten subsidiär ( BGE 142 III 36 E. 2.3). Da die Beschwerdegegnerin nicht dartut, dass ihr Gesuch um Bevorschussung der Prozesskosten für das bundesgerichtliche Verfahren durch den Beschwerdeführer erfolglos geblieben wäre, kann ihrem Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege nicht entsprochen werden ( Art. 64 Abs. 1 BGG ; Urteil 5A\_508/2007 vom 3. Juni 2008 E. 5; zit. Urteil 5A\_362/2017 E. 6; vgl. dazu NICOLAS VON WERDT, Die Beschwerde in Zivilsachen, 2010, S. 128 Rz. 567).

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