

# **BGer 5A 273/2018 vom 25. März 2019**

Bundesgericht, 2019-03-25, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_273\\_2018](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_273_2018)

FR: TF 5A 273/2018 du 25 mars 2019

IT: TF 5A 273/2018 del 25 marzo 2019

## **Regeste**

Vorsorgliche Massnahmen (Ehescheidung, Unterhalt) | Familienrecht

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Beide Beschwerdeführer fechten dasselbe Urteil an und befassen sich mit verschiedenen Teilaspekten desselben, weshalb es sich rechtfertigt, die Beschwerden zu vereinigen und in einem Urteil zu behandeln ( Art. 71 BGG i.V.m. Art. 24 BZP ).

### **E. 2.1**

Angefochten ist ein Endentscheid ( Art. 90 BGG ) einer letzten kantonalen Instanz, die als oberes Gericht ( Art. 75 BGG ) in Abänderung eines Eheschutzentscheids vorsorgliche Massnahmen ( Kindes- und Ehegattenunterhalt ) für die Dauer des Scheidungsverfahrens erlassen und damit über eine vermögensrechtliche Zivilsache nach Art. 72 Abs. 1 BGG geurteilt hat. Der Streitwert übersteigt Fr. 30'000.-- ( Art. 74 Abs. 1 Bst. b, Art. 51 Abs. 1 Bst. a und Abs. 4 BGG ). Die Beschwerde in Zivilsachen ist das zutreffende Rechtsmittel. Beide Beschwerdeführer sind nach Art. 76 Abs. 1 BGG zur Beschwerde berechtigt. Auf die auch fristgerecht ( Art. 100 Abs. 1 i.V.m. Art. 46 Abs. 2 BGG ) eingereichten Beschwerden ist grundsätzlich einzutreten.

### **E. 2.2**

Massnahmeentscheide, die gestützt auf Art. 276 ZPO ergehen, unterstehen Art. 98 BGG ( vgl. BGE 133 III 393 E. 5.1 und 5.2 ). Daher kann nur die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden. Auch eine Berichtigung oder Ergänzung der Sachverhaltsfeststellungen kommt nur infrage, wenn die kantonale Instanz verfassungsmässige Rechte verletzt hat ( BGE 133 III 585 E. 4.1 ). Es gilt das strenge Rügeprinzip nach Art. 106 Abs. 2 BGG . Die rechtsuchende Partei muss präzise angeben, welches verfassungsmässige Recht durch den angefochtenen Entscheid verletzt wurde, und im Einzelnen darlegen, worin die Verletzung besteht. Das Bundesgericht prüft nur klar und detailliert erhobene und soweit möglich belegte Rügen. Auf ungenügend begründete Rügen und rein appellatorische Kritik am angefochtenen Entscheid tritt es nicht ein ( BGE 141 I 36 E. 1.3; 140 III 264 E. 2.3; je mit Hinweisen ). Wird eine Verletzung des Willkürverbots nach Art. 9 BV geltend gemacht ( vgl. zu diesem BGE 142 II 433 E. 4.4; 140 III 167 E. 2.1 ), reicht es nicht aus, die Lage aus der eigenen Sicht darzulegen und den davon abweichenden angefochtenen Entscheid als willkürlich zu bezeichnen. Es ist im Einzelnen darzutun, inwiefern das kantonale Gericht willkürlich entschieden haben soll und der angefochtene Entscheid deshalb an einem qualifizierten und offensichtlichen Mangel leidet ( BGE 136 I 49 E. 1.4.1; 134 II 244 E. 2.2 ).

### **E. 3**

Der Beschwerdeführer bestreitet die Höhe des ihm angerechneten Einkommens. Die Beschwerde ist nach Art. 75 Abs. 1 BGG zulässig gegen Entscheide letzter kantonaler Instanzen. Der Begriff der Letztinstanzlichkeit bedeutet, dass der kantonale Instanzenzug nicht nur formell durchlaufen werden soll, sondern dass die Rügen, die dem Bundesgericht unterbreitet werden, soweit möglich schon vor Vorinstanz vorgebracht werden müssen ( BGE 143 III 290 E. 1.1 mit Hinweisen). Das Regionalgericht ist unter Hinweis auf das Eheschutzurteil vom 6. August 2014 von dem diesem zu Grunde gelegten monatlichen Nettoeinkommen von Fr. 10'833.-- ausgegangen. Diese Feststellung hat der Beschwerdeführer im Berufungsverfahren nicht beanstandet. Damit ist er mit seiner erstmals vor Bundesgericht vorgetragenen Kritik nicht zu hören.

### **E. 4**

Sodann erachtet der Beschwerdeführer die in seinem Bedarf berücksichtigten Steuern als zu tief.

#### **E. 4.1**

Das Obergericht stellte fest, dem Beschwerdeführer entstünden bei Annahme eines Beschäftigungsgrades von 70 % und unter Einbezug der entsprechenden Unterhaltspflichten zunächst laufende Steuern von (monatlich) Fr. 122.--; ab April 2018, d.h. ab Anrechnung eines Erwerbseinkommens der Beschwerdeführerin, erhöhten sich diese auf (monatlich) Fr. 293.--.

#### **E. 4.2**

Vorab macht der Beschwerdeführer eine Verletzung der Begründungspflicht geltend, zumal das Obergericht nicht erläutere, wie diese Zahlen zustande gekommen seien.

##### **E. 4.2.1**

Die Begründung eines Entscheides muss so abgefasst sein, dass der Betroffene ihn gegebenenfalls sachgerecht anfechten kann. Dies ist nur möglich, wenn sowohl er wie auch die Rechtsmittelinstanz sich über die Tragweite des Entscheids ein Bild machen können. In diesem Sinn müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf welche sich ihr Entscheid stützt. Es ist jedoch nicht nötig, dass sich die Behörde mit jeder tatsächlichen Behauptung und mit jedem rechtlichen Einwand auseinandersetzt. Vielmehr kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte beschränken ( BGE 141 V 557 E. 3.2.1 ; 134 I 83 E. 4.1; 133 III 439 E. 3.3; je mit Hinweisen).

##### **E. 4.2.2**

Wie dargetan hat das Obergericht ausgeführt, dass es vom angenommenen Einkommen abzüglich berücksichtigte Unterhaltspflichten ausgehe. Sowohl das Einkommen des Beschwerdeführers als auch die berücksichtigten Unterhaltspflichten (Barunterhaltsbeiträge, Betreuungsunterhaltsbeiträge, Ehegattenunterhalt) sind im angefochtenen Entscheid ausdrücklich genannte Grössen. Damit trifft der Vorwurf der Verletzung der Begründungspflicht nicht zu.

##### **E. 4.3.1**

Sodann wendet der Beschwerdeführer ein, wenn das Obergericht von einem Nettoeinkommen von monatlich Fr. 7'583.10 (ausmachend Fr. 90'997.20 netto pro Jahr)

ausgehe, sei die berücksichtigte Steuerbelastung offensichtlich zu tief. Selbst das Regionalgericht habe bei einem tieferen Nettoeinkommen von Fr. 6'698.-- eine Steuerlast von mindestens Fr. 322.-- bzw. Fr. 458.-- pro Monat berechnet. Bei einem Einkommen von Fr. 80'376.-- zzgl. Kinderzulagen, abzüglich Berufskosten, Versicherungen und Unterhaltsbeiträge sowie dem allgemeinen Sozialabzug sei eine Steuerlast von monatlich Fr. 450.-- bis Fr. 500.-- anzunehmen.

#### **E. 4.3.2**

Mit Bezug auf den Beschwerdeführer ging das Obergericht von einem Nettoeinkommen von Fr. 7'443.-- und einem Grundbedarf von Fr. 2'632.-- (inkl. Steuern von Fr. 122.--) aus. Sodann ermittelte es einen Barunterhaltsbeitrag von Fr. 818.-- für C. \_\_\_\_\_ und einen solchen von Fr. 693.-- für D. \_\_\_\_\_. Ferner sprach es einen Betreuungsunterhalt von Fr. 3'147 für C. \_\_\_\_\_ und einen solchen von Fr. 392.-- für D. \_\_\_\_\_. Zieht man die geschuldeten Unterhaltsbeiträge vom (angenommenen) Nettoeinkommen ab, verbleiben dem Beschwerdeführer monatlich Fr. 2'393.-- bzw. Fr. 28'716.-- pro Jahr. Diese Beträge sind indes nicht mit dem steuerbaren Einkommen gleichzusetzen. Unter den gegebenen Umständen müsste der Beschwerdeführer im Detail darlegen, weshalb die vom Obergericht ermittelten Beträge offensichtlich unrichtig sein sollen. Der blosser Hinweis auf die vom Regionalgericht berechnete Steuerlast und die nicht weiter belegte Rechnung genügt den aus der Rügepflicht fliessenden Begründungsanforderungen (E. 2.2) nicht. Darauf ist nicht einzutreten.

#### **E. 5**

Ausserdem sieht der Beschwerdeführer Willkür in der Höhe des im Einkommen der Beschwerdeführerin berücksichtigten Vermögensertrags.

#### **E. 5.1**

Das Obergericht hielt fest, die Beschwerdeführerin verfüge über ein Aktienportfolio im Wert von rund Fr. 500'000.--. Der Beschwerdeführer mache erstmals im Berufungsverfahren geltend, der Beschwerdeführerin sei ein Vermögensverzehr von jährlich Fr. 5'000.--, ausmachend Fr. 416.-- monatlich, zumutbar. Das Obergericht wies dieses Ansinnen implizit ab, hielt aber fest, mit Blick auf die Höhe des Vermögens erscheine es ohne Weiteres möglich, jährlich einen Ertrag von 1 % zu erzielen. Folglich sei der Beschwerdeführerin monatlich ein Vermögensertrag von Fr. 416.-- als Einkommen anzurechnen (E. 21.2.4 des angefochtenen Entscheids).

#### **E. 5.2**

Der Beschwerdeführer macht geltend, der angerechnete Vermögensertrag sei offensichtlich zu tief bemessen. Richtigerweise sei von einem Vermögensertrag von mindestens 2,5 % auszugehen, d.h. gerundet monatlich Fr. 1'100.--. Er bezieht sich dabei auf Unterlagen aus dem Scheidungsverfahren, anhand derer er den Vermögenszuwachs seit dem Jahr 2009 aufzeigt.

#### **E. 5.3**

Im Grunde genommen stellt sich vorab die Frage, ob der Beschwerdeführer in diesem Punkt über ein geschütztes Interesse verfügt, denn er hat im Berufungsverfahren die Anrechnung eines Betrages von monatlich Fr. 416.-- verlangt und das Obergericht hat - wohl mit einer anderen Begründung - genau diesen Betrag beim Einkommen der Beschwerdeführerin berücksichtigt. Diese Frage kann indes aus mehreren Gründen offen bleiben. So bezieht

sich der Beschwerdeführer auf Tatsachen, die das Obergericht nicht festgestellt hat. Er behauptet auch nicht, diese im vorinstanzlichen Verfahren vorgetragen zu haben, und dass das Obergericht diese zu Unrecht nicht festgestellt habe. Damit erweisen sich die behaupteten Tatsachen als neu und daher unbeachtlich ( Art. 99 Abs. 1 BGG ). Selbst wenn sie zu berücksichtigen wären, könnte der Beschwerdeführer daraus nichts zu seinen Gunsten ableiten, denn sie belegen lediglich in allgemeiner Weise einen Vermögenszuwachs. Wie sich dieser zusammensetzt, legt der Beschwerdeführer hingegen nicht dar. Die Anrechnung eines Vermögensertrags im beantragten Umfang käme von vornherein nur infrage, wenn der Vermögenszuwachs auf angesparte Erträge, d.h. Zinsen oder Dividenden, zurückzuführen wäre; Kapitalgewinne gelten nicht als Vermögensertrag. Damit vermag der Beschwerdeführer den Entscheid des Obergerichts, der Beschwerdeführerin einen Vermögensertrag von 1 % des Kapitals anzurechnen, nicht als willkürlich auszuweisen.

## **E. 6**

Schliesslich macht der Beschwerdeführer geltend, das Obergericht achte sein Existenzminimum nicht.

### **E. 6.1**

Das Obergericht erwog, die neue Lebensplanung mit der Reduktion des Arbeitspensums könne unter Umständen in finanzieller Hinsicht eine erhebliche Schädigung der Ursprungsfamilie bedeuten, was nicht ohne Weiteres hingenommen werden dürfe. Es gehe nicht in erster Linie, wie dies der Beschwerdeführer geltend mache, um die finanziellen Interessen der Ehefrau, sondern um die Bedürfnisse der beiden Kinder sowie den Gleichbehandlungsgrundsatz. Sodann sei hinsichtlich der Verteilung eines allfälligen Mankos insbesondere auch zu berücksichtigen, dass der Beschwerdeführer im Rahmen seiner Ehe Unterhaltspflichten eingegangen sei. Folglich hätten er und seine Lebenspartnerin sich bei der Wahl ihrer Lebensgestaltung den wirtschaftlichen Gegebenheiten anzupassen und die Leistungsfähigkeit sämtlicher Beteiligten zu berücksichtigen. Der Umstand, dass die Lebenspartnerin als Folge der Pensenreduktion des Beschwerdeführers eine Arbeitstätigkeit im Umfang von 30 % aufgenommen habe, ändere daran nichts, zumal sie ein geringeres Einkommen erziele. Massgebend sei vorab, dass der zwischen den Kindern geltende Gleichbehandlungsgrundsatz im Falle einer Mankosituation aufgrund der Reduktion des Arbeitspensums ohne jegliche Absprache mit der Ursprungsfamilie in nicht zu rechtfertigender Weise verletzt werde. Während der Beschwerdeführer seinen jüngeren Sohn an drei Halbtagen persönlich betreue und infolgedessen ein vermindertes Einkommen erziele, erhalte der ältere Sohn nicht einmal mehr den Grundbedarf gedeckt. Dies sei umso stossender, als der Beschwerdeführer eine Reduktion des Arbeitspensums zwecks Betreuung des älteren Sohnes in keiner Weise in Betracht gezogen zu haben scheine. Demnach könne die Pensenreduktion nur insoweit geschützt werden, als bei der Bedarfsberechnung kein Mangelfall entstehe. Reichten dagegen die Mittel nicht aus, um den Bedarf sämtlicher beteiligten Personen zu decken, sei der Ursprungsfamilie der Grundbedarf zu gewähren und dem Beschwerdeführer das vor Reduktion des Beschäftigungsgrades erzielte und hierzu notwendige Einkommen anzurechnen. Daran ändere nichts, dass die Einkommensverminderung nicht mehr rückgängig gemacht werden könne. Auch eine schädigende Absicht bzw. eine Rechtsmissbräuchlichkeit der Reduktion des Arbeitspensums sei entgegen den Erwägungen der Vorinstanz nicht notwendig (vgl. E. 21.1.2 des angefochtenen Entscheids).

## **E. 6.2**

Der Beschwerdeführer bemängelt, wohl rechne ihm das Obergericht nicht offiziell ein hypothetisches Einkommen an, de facto mache es aber nichts anderes, wenn es ihm für die Unterhaltszahlungen von Februar 2017 bis und mit März 2018 das gesamte Manko anlaste und damit unzulässigerweise in sein Existenzminimum eingreife. Die (indirekte) Anrechnung eines hypothetischen Einkommens sei rechtsprechungsgemäss nur dann zulässig, wenn die Verminderung der Leistungskraft des Unterhaltsschuldners wieder rückgängig gemacht werden könne (mit Hinweis auf BGE 128 III 4 E. 4a). Diese Einschränkung gelte nur dann nicht, wenn der Unterhaltspflichtige sein Einkommen in Schädigungsabsicht vermindere (mit Hinweis auf BGE 143 III 233 E. 3). Vorliegend gehe das Obergericht zu Recht davon aus, dass die Einkommensverminderung des Beschwerdeführers nicht mehr rückgängig gemacht werden könne. Sodann gehe das Obergericht zu Recht nicht von einer Schädigungsabsicht des Beschwerdeführers aus. Damit stehe die Defizitanrechnung im Widerspruch zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung. Ausserdem sei die Feststellung des Obergerichts, wonach er, der Beschwerdeführer, eine Reduktion des Arbeitspensums zwecks Betreuung des älteren Sohnes nicht in Betracht gezogen habe, offensichtlich unrichtig. In Tat und Wahrheit sei er ab Oktober 2009 bis Mitte 2012 nur teilzeitlich erwerbstätig gewesen. Im Übrigen habe er stets angeboten, auch den älteren Sohn während der 30 % persönlich zu betreuen. Damit könne von einer Verletzung des Gleichbehandlungsgebots keine Rede sein. Ferner widerspricht der Beschwerdeführer dem Obergericht, insofern dieses davon ausgeht, er und seine Lebenspartnerin müssten sich bei ihrer Lebensgestaltung den wirtschaftlichen Gegebenheiten anpassen. Im Zeitpunkt der Geburt des jüngeren Sohnes sei der Betreuungsunterhalt noch nicht gesetzlich geregelt gewesen. Daher habe seine Lebenspartnerin eine Teilzeitbeschäftigung aufnehmen müssen, um ihre persönlichen Kosten decken zu können, und sie sei während ihrer Absenz auf die Kinderbetreuung durch den Beschwerdeführer angewiesen gewesen und habe dies auch eingefordert. Sodann gälten Pflege, Erziehung und Geldzahlungen gleichermassen als Unterhaltsleistungen, und Unterhaltspflichten gegenüber minderjährigen Kindern seien gegenüber anderen familienrechtlichen Unterhaltspflichten privilegiert. Ein Vorrang ehelicher Kinder gegenüber nichtehelichen sei im Gesetz nicht vorgesehen. Die Forderung des Obergerichts, der Beschwerdeführer habe sich den wirtschaftlichen Gegebenheiten anzupassen und die Leistungsfähigkeit sämtlicher Beteiligten zu berücksichtigen, sei de facto gleichbedeutend mit der Forderung, die persönliche Pflege und Erziehung des zweiten Sohnes den wirtschaftlichen Interessen der Ehefrau auf einen bedarfsdeckenden oder sogar -überschreitenden Unterhalt und damit auf einen Schutz ihres Vermögens nachzuordnen. Diese Forderung widerspreche offensichtlich dem Ziel und Zweck von Art. 276 ff. ZGB .

## **E. 6.3**

Die Ausführungen des Beschwerdeführers zu den Voraussetzungen für die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens sind nicht zielführend, denn das Obergericht hat ihm kein hypothetisches Einkommen angerechnet. Vielmehr geht es hier um die Frage, ob das Obergericht dem Beschwerdeführer in willkürlicher Weise das gesamte Manko anlastete und damit unzulässigerweise in sein Existenzminimum eingriff. Dabei ist der Aspekt der einseitigen Anlastung eines Mankos (nachfolgend E. 6.3.1) von jenem des Eingriffs in das Existenzminimum zu unterscheiden (nachfolgend E. 6.3.2).

### **E. 6.3.1.1**

Die Eltern sorgen gemeinsam, ein jeder nach seinen Kräften, für den gebührenden Unterhalt des Kindes und tragen insbesondere die Kosten von Betreuung, Erziehung, Ausbildung und Kinderschutzmassnahmen ( Art. 276 Abs. 2 ZGB ). Grundsätzlich haben Kinder und Ehegatten Anspruch auf den gleichen Lebensstandard ( BGE 140 III 337 E. 4.2.1 in fine mit Hinweis). Eine Unterhaltsleistung in Geld setzt die entsprechende Leistungsfähigkeit jedes Elternteils voraus ("jeder nach seinen Kräften"; Art. 276 Abs. 2 ZGB ). Diese ist grundsätzlich in dem Umfang gegeben, als das eigene Einkommen den eigenen Bedarf übersteigt. Im Verhältnis zum unmündigen Kind sind besonders hohe Anforderungen an die Ausnutzung der Erwerbskraft zu stellen ( BGE 137 III 118 E. 3.1 mit Hinweis). In seinem zur Publikation vorgesehenen Grundsatzentscheid 5A\_384/2018 vom 21. September 2018 hat das Bundesgericht das revidierte Unterhaltsrecht (Änderung des Zivilgesetzbuches [Kindesunterhalt] vom 20. März 2015; AS 2015 4299 ff.) ausgelegt und zum Verhältnis zwischen dem Anspruch des Kindes auf persönliche Betreuung verbunden mit der dadurch eingeschränkten wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit und der Pflicht zur Aufnahme einer Erwerbstätigkeit folgende Grundsätze entwickelt: Ein elternautonom festgelegtes Betreuungskonzept soll im Trennungsfall vorerst für eine gewisse Zeit weitergeführt werden (Kontinuitätsprinzip; a.a.O., E. 4.5 und 4.7). Soweit nicht an eine gelebte Aufgabenteilung angeknüpft werden kann, ist vom Grundsatz der Gleichwertigkeit der Eigen- und Fremdbetreuung auszugehen (a.a.O., E. 4.4 und E. 4.6.3). Ein Elternteil kann damit nicht frei entscheiden, ob er bzw. sie das Kind persönlich betreuen will; ein einseitiges Wahlrecht besteht nicht (a.a.O., E. 4.7.1). Vielmehr bestimmt sich die Notwendigkeit einer persönlichen Betreuung durch die objektivierbaren Bedürfnisse des Kindes, und zwar durch die allgemeinen Bedürfnisse eines kleinen Kindes, ferner aber auch durch spezifische Bedürfnisse z.B. bei physischen oder psychischen Gebrechen (a.a.O., E. 4.7). Weil Kleinkinder in einer ersten Lebensphase empfindlich auf jeden Wechsel der Pflegeperson reagieren, insbesondere wenn damit auch ein Wechsel in der häuslichen Umgebung verbunden ist, sollte sichergestellt sein, dass eine geeignete und nicht wechselnde Person ganztägig zur persönlichen Betreuung zur Verfügung steht. Nach dem ersten Lebensjahr ist eine vollumfängliche persönliche Betreuung eines gesunden Kindes für dessen körperliche, geistige und soziale Entwicklung nicht unabdingbar (a.a.O., E. 4.7.4). Mit der obligatorischen Einschulung des Kindes werden die betreuenden Eltern in verbindlicher Weise während der betreffenden Zeit von der persönlichen Betreuung entbunden (a.a.O., E. 4.7.6). Schliesslich würde eine rein wirtschaftliche Betrachtungsweise dem Kindeswohlgedanken nicht gerecht. Indes steht es nicht im Widerspruch zum Anliegen der Unterhaltsrevision, die bestmögliche Betreuung des Kindes sicherzustellen, wenn auch wirtschaftliche Gedanken in die richterliche Entscheidungsfindung einfließen. Die Eltern haben gemeinsam alle Bedürfnisse des Kindes abzudecken (vgl. Art. 276 Abs. 1 ZGB ); dazu gehört nicht nur die Betreuung, sondern gleichwertig auch die Bereitstellung der nötigen finanziellen Mittel. Es liegt nicht im Interesse des Kindes, dauerhaft in Sozialhilfeabhängigkeit oder jedenfalls am Rand des Existenzminimums aufzuwachsen, wie dies selbst bei mittleren Verhältnissen droht, wenn mit einem einzigen Erwerbseinkommen zwei Haushalte finanziert werden müssen. Insofern liegt die allseitige Ausschöpfung der elterlichen Eigenversorgungskapazität, wo dies aufgrund greifbarer Drittbetreuungsangebote zu bewerkstelligen ist und im Ergebnis zu spürbaren wirtschaftlichen Vorteilen führt, im Kindeswohl. Vor dem Hintergrund des in beide Richtungen geltenden Gleichwertigkeitsgrundsatzes wird damit aber keine Vermutung zu Gunsten einer möglichst umfassenden Drittbetreuung des Kindes für den vor- sowie

ausserschulischen Bereich, sondern eine diesbezügliche richterliche Prüfungspflicht aufgestellt (a.a.O., E. 4.7.7).

#### **E. 6.3.1.2**

Fallbezogen haben die hiervor nicht abschliessend wiedergegebenen Grundsätze folgende Konsequenzen: Angesichts der vorbestehenden Unterhaltspflichten stand es von vornherein nicht im Belieben des Beschwerdeführers, infolge der Geburt des zweiten Sohnes sein Arbeitspensum zu reduzieren, damit er das Kind persönlich betreuen kann. Auf der Basis der für das Bundesgericht verbindlich festgestellten Einkommenssituation (E. 3 oben) führt die Pensenreduktion des Beschwerdeführers zu Gunsten seiner neuen Lebenspartnerin zu einem Mindereinkommen des neuen Haushalts. Es mag sein, dass die Lebenspartnerin das 30 %-Pensum vom Beschwerdeführer eingefordert hat, damit sie selber für ihren eigenen Unterhalt aufkommen kann. Dabei übergeht der Beschwerdeführer aber den von ihm selbst erwähnten Grundsatz des Vorrangs der Unterhaltspflicht gegenüber dem minderjährigen Kind vor anderen Unterhaltspflichten ( Art. 276a Abs. 1 ZGB ). In diesem Sinne durfte der Beschwerdeführer nicht zu Lasten seiner unterhaltsberechtigten Kinder auf Einkommen verzichten. Unter Vorbehalt des nachfolgend zu diskutierenden Schutzes des betriebsrechtlichen Existenzminimums des Unterhaltsschuldners ist es jedenfalls unter Willkür Gesichtspunkten nicht zu beanstanden, wenn das Obergericht den Beschwerdeführer die Folgen seiner freiwilligen Pensenreduktion tragen lässt.

#### **E. 6.3.2.1**

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist dem Unterhaltspflichtigen für alle familienrechtlichen Unterhaltskategorien und in Abweichung zum Gleichbehandlungsgrundsatz stets das betriebsrechtliche Existenzminimum zu belassen, mit der Folge, dass die Unterhaltsberechtigten ein allfälliges Manko alleine zu tragen haben ( BGE 140 III 337 E. 4.3 mit zahlreichen Hinweisen). Dieser Grundsatz gilt auch unter dem neuen Kindesunterhaltsrecht (Urteil 5A\_553/2018 vom 2. Oktober 2018 E. 6.5, zur Publikation vorgesehen). Daraus folgt aber auch, dass dem Unterhaltsschuldner nicht mehr zu belassen ist als das betriebsrechtliche Existenzminimum, solange die betriebsrechtlichen Existenzminima der unterhaltsberechtigten Personen nicht gedeckt sind. Wenn die Mittel sehr eingeschränkt sind, ist mithin zunächst das betriebsrechtliche Existenzminimum des Unterhaltsschuldners, in zweiter Linie dasjenige der Kinder - allenfalls inklusive Betreuungsunterhalt - und zuletzt dasjenige des unterhaltsberechtigten Ehegatten zu ermitteln und zu decken. Erst wenn das betriebsrechtliche Existenzminimum aller Betroffenen gedeckt ist, kann es darum gehen, einen allfälligen Überschuss in eine erweiterte Bedarfsrechnung aufzunehmen oder auf die Betroffenen zu verteilen (vgl. zum Ganzen: BGE 140 III 337 E. 4.3). Ein Abweichen von der konstanten bundesgerichtlichen Rechtsprechung, wonach es das betriebsrechtliche Existenzminimum des Unterhaltsschuldners zu wahren gilt, ist ohne Vorliegen sachlich haltbarer Gründe willkürlich (Urteil 5A\_779/2015 vom 12. Juli 2016 E. 4.2; s.a. BGE 117 III 76 E. 7c; 112 II 318 E. 2a; Urteil 5A\_890/2013 vom 22. Mai 2014 E. 4.5, nicht publ. in: BGE 140 III 337 ).

#### **E. 6.3.2.2**

Der familienrechtliche Grundbedarf und das betriebsrechtliche Existenzminimum unterscheiden sich in mehrfacher Hinsicht, namentlich mit Bezug auf die Höhe des Grundbedarfs sowie die Berücksichtigung von Telekommunikationskosten und effektiv

bezahlten Steuern (von Werdt/Kocher, Steuern und familienrechtlicher Grundbedarf, ZBJV 150/2014 S. 879 f.; vgl. auch Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 6. Aufl. 2018, Rz. 10.98). Das Obergericht hat seinen Berechnungen den familienrechtlichen Grundbedarf zu Grunde gelegt, was sich aus der Berücksichtigung eines gegenüber den Richtlinien für die Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums (Kreisschreiben Nr. B 1 des Obergerichts des Kantons Bern) erhöhten Grundbetrags (Fr. 950.-- anstelle von Fr. 850.--), von Telekommunikationskosten (Fr. 50.--) und laufenden Steuern (Fr. 122.--) ableiten lässt. Es trifft wohl zu, dass die Unterhaltsleistungen, welche der Beschwerdeführer ab Februar 2017 bis März 2018 zu erbringen verpflichtet wird, mit einem Betrag von Fr. 240.-- in dessen familienrechtlichen Grundbedarf eingreifen. Setzt man die nach Massgabe des Betriebsrechts relevanten Beträge in die Berechnung ein, reduziert sich der Bedarf aber um Fr. 272.-- (= Fr. 100.-- + Fr. 50.-- + Fr. 122.--). Damit bleibt das betriebsrechtliche Existenzminimum des Beschwerdeführers gedeckt; in dieser Hinsicht ist demzufolge keine Willkür festzustellen.

## **E. 7**

Die Beschwerdeführerin hält die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens für offensichtlich unhaltbar.

### **E. 7.1**

Unter Verweis auf die Erwägungen des Regionalgerichts schloss das Obergericht, der Beschwerdeführerin sei ab April 2018 ein Einkommen für eine 30 %-Tätigkeit anzurechnen. Soweit sie indes geltend mache, die nicht erfolgreichen Stellenbewerbungen belegten, dass es ihr nicht möglich sei, in der Schweiz eine Arbeitsstelle zu finden, überzeuge dies nicht, zumal sie in der Vergangenheit in der Schweiz bereits einmal einer Erwerbstätigkeit nachgegangen sei. Im Übrigen erscheine ihr Verhalten widersprüchlich, wenn sie argumentiere, ihr sei es nicht möglich, vor dem 10. Altersjahr des Sohnes eine Arbeit aufzunehmen, und weiter ausführe, eine Arbeitsstelle in Frankreich finden zu wollen (E. 21.2.2 des angefochtenen Entscheids). Als Universitätsabsolventin könne sie gestützt auf die Löhne der Schweizerischen Lohnstrukturerhebung (LSE) bei einem Beschäftigungsgrad von 30 % einen monatlichen Bruttolohn von Fr. 2'220.-- bzw. einen Nettolohn von Fr. 1'930.-- erzielen. Die Beschwerdeführerin beanstandete diese Berechnung nicht (E. 21.2.3 des angefochtenen Entscheids).

### **E. 7.2**

Die Beschwerdeführerin wendet ein, mit der Annahme, die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit von 30 % sei grundsätzlich bereits ab dem Kindergartenalter zumutbar, widerspreche das Obergericht der Rechtsprechung des Bundesgerichts. Danach werde dem betreuenden Elternteil die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit erst ab dem Alter von zehn Jahren zugemutet. Sodann seien die Sachverhaltsfeststellungen willkürlich. So habe sie nie geltend gemacht, es sei ihr nicht möglich, vor dem 10. Altersjahr des Sohnes eine Arbeit aufzunehmen; sie habe lediglich argumentiert, nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts sei sie nicht verpflichtet, vor dem 10. Altersjahr eine Arbeitsstelle anzutreten, weshalb ihr bis zu diesem Zeitpunkt auch kein hypothetisches Einkommen angerechnet werden könne. Sodann habe sie sich seit der Trennung intensiv um eine Arbeit bemüht. Trotzdem habe sie nachweislich während der ganzen Zeit keine Stelle gefunden und sei auch beim RAV angemeldet gewesen. Das Obergericht habe die diesbezüglichen Beweismittel als Noven

zugelassen, sich mit diesen aber nicht konkret auseinandergesetzt. In BGE 137 III 102 halte das Bundesgericht fest, dass "l'obtention d'un tel revenu doit donc être effectivement possible". Sie habe beweismässig den Nachweis erbracht, dass sie trotz intensiver Suche während Jahren keine solche Stelle gefunden habe. Ausserdem sei sie in der Schweiz bis Ende 2009 bei der E.\_\_\_\_\_ AG, der Arbeitgeberin des Beschwerdeführers, angestellt gewesen. Diese Stelle habe der Beschwerdeführer vermittelt. Der Lohn sei ausbezahlt worden, ohne dass damit eine entsprechende Arbeitsverpflichtung verbunden gewesen sei. Indem das Obergericht aus dem Umstand, dass sie bis zur Schwangerschaft bei der E.\_\_\_\_\_ AG angestellt gewesen war, ableite, es sei ihr ohne Weiteres möglich, in der Schweiz eine Stelle zu finden, sei es in Willkür verfallen.

### **E. 7.3.1**

Nach dem Konzept des revidierten Unterhaltsrechts ist einem betreuenden Elternteil die Aufnahme oder Fortführung einer Erwerbstätigkeit während der betreuungsfreien Zeit zumutbar (Urteil 5A\_384/2018 vom 21. September 2018 E. 4.5, zur Publikation vorgesehen). Liegen keine kindbezogenen Gründe (wie physische oder psychische Gebrechen) vor und besuchen die Kinder die obligatorische Schule, erscheint die Aufnahme bzw. Fortführung einer Erwerbstätigkeit grundsätzlich zumutbar, jedenfalls in dem Umfang, als der betreuende Elternteil zufolge Übernahme der Betreuungsaufgabe durch den Staat während der betreffenden Zeit von der persönlichen Betreuung entbunden ist. Mit Blick auf die Praxistauglichkeit und für den Normalfall ist einem Elternteil ab der obligatorischen Beschulung des jüngsten Kindes eine Erwerbsarbeit von 50 %, ab dessen Eintritt in die Sekundarstufe I eine solche von 80 % und ab Vollendung von dessen 16. Lebensjahr ein Vollzeiterwerb zuzumuten (a.a.O., E. 4.7.6). Von dieser Richtlinie kann je nach den Umständen im Einzelfall nach pflichtgemäsem richterlichem Ermessen abgewichen werden (a.a.O., E. 4.7.8 f.). So ist namentlich mit Bezug auf die erste Schulstufe zu prüfen, ob die konkreten Verhältnisse (Dauer der unterrichtsfreien Zeit pro Halbtage, Möglichkeit ausserschulischer Drittbetreuung, Distanz zum Arbeitsort, erhöhte Betreuungslast bei mehreren oder behinderten Kindern usw.) eine Erwerbstätigkeit von 50 % in vernünftigem Rahmen (d.h. mindestens halbtageweise) auch tatsächlich erlauben.

### **E. 7.3.2**

Am 1. April 2018 hat das Kind sein 9. Lebensjahr vollendet, und es wird obligatorisch beschult. Damit sind die Voraussetzungen für die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit der betreuenden Mutter im Umfang von 50 % grundsätzlich gegeben. Die Beschwerdeführerin macht keine Gründe geltend, weshalb im Einzelfall von dieser Vorgabe zwingend abgewichen werden müsste. Folglich ist das Obergericht nicht in Willkür verfallen, indem es die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit von 30 % ab 1. April 2018 als grundsätzlich für die Beschwerdeführerin zumutbar erachtet hat.

### **E. 7.4.1**

Im Verhältnis zum unmündigen Kind sind, wie bereits ausgeführt, besonders hohe Anforderungen an die Ausnutzung der Erwerbskraft zu stellen ( BGE 137 III 118 E. 3.1 mit Hinweis). Schöpft ein Elternteil seine Erwerbskraft nicht voll aus, so kann ihm ein hypothetisches Einkommen angerechnet werden, sofern dieses zu erreichen zumutbar und möglich ist. Welche Tätigkeit aufzunehmen als zumutbar erscheint, ist eine Rechtsfrage. Tatfrage bildet hingegen, ob die als zumutbar erkannte Tätigkeit möglich und das angenommene Einkommen effektiv erzielbar ist ( BGE 143 III 233 E. 3.2; 137 III 102 E.

4.2.2.2; 128 III 4 E. 4a; je mit Hinweisen).

#### **E. 7.4.2**

Der Schlussfolgerung des Obergerichts, die Absagen auf ihre Stellenbewerbungen vermöchten nicht zu belegen, dass es der Beschwerdeführerin nicht möglich sei, in der Schweiz eine Arbeitsstelle zu finden, widerspricht die Beschwerdeführerin mit der Behauptung, beweismässig den Nachweis erbracht haben, dass sie trotz intensiver Suche während Jahren keine solche Stelle gefunden habe. Hierbei handelt es sich um eine klassische appellatorische Kritik an einer Sachverhaltsfeststellung. Sie legt weder klar noch detailliert dar, inwiefern das Obergericht die eingereichten Beweismittel in offensichtlich unhaltbarer Weise gewürdigt haben soll. Darauf ist nicht einzutreten. Dasselbe gilt für ihre Ausführungen bezüglich der Anstellung bei der Arbeitgeberin des Beschwerdeführers.

#### **E. 8.1**

Zusammenfassend ist der angefochtene Entscheid unter Verfassungsgesichtspunkten nicht zu beanstanden. Die Beschwerden sind daher abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Gerichtskosten den Beschwerdeführern je anteilmässig aufzuerlegen. Angesichts des unterschiedlichen Aufwands, welchen die Beschwerden verursachten, ist es gerechtfertigt, dem Beschwerdeführer zwei Drittel der Gerichtskosten aufzuerlegen. Weil den Beschwerdeführern im Zusammenhang mit der Beschwerde des jeweils anderen kein entschädigungspflichtiger Aufwand entstanden ist, werden keine Parteientschädigungen gesprochen.

#### **E. 8.2**

Auf Grund des Stillschweigens des Beschwerdeführers (vgl. Sachverhalt Bst. C.d) ist sein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung als gegenstandslos abzuschreiben.

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