

# **BGer 5A 490/2012 vom 23. November 2012**

Bundesgericht, 2012-11-23, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_490\\_2012](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_490_2012)

FR: TF 5A 490/2012 du 23 novembre 2012

IT: TF 5A 490/2012 del 23 novembre 2012

## **Regeste**

Abänderung Scheidungsurteil | Familienrecht

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Angefochten ist ein kantonaler letztinstanzlicher Entscheid in einer vermögensrechtlichen Zivilsache. Der Streitwert übersteigt Fr. 30'000.--. Die Beschwerde in Zivilsachen ist somit im Grundsatz zulässig (Art. 52 Abs. 4 Satz 2, Art. 72 Abs. 1, Art. 74 Abs. 1 lit. b, Art. 75 Abs. 1 und Art. 90 BGG). Für die gleichzeitig erhobene subsidiäre Verfassungsbeschwerde bleibt kein Platz; darauf ist nicht einzutreten.

### **E. 1.2**

Der Beschwerdeführer hat zwei Eingaben eingereicht. Die eine datiert vom 28. Juni 2012, die andere vom 20. Juli 2012. Beide Eingaben sind innert der Frist von Art. 100 Abs. 1 BGG erfolgt und daher zu berücksichtigen.

### **E. 1.3**

Anträge auf Geldforderungen sind zu beziffern. Ist dies nicht der Fall, tritt das Bundesgericht auf entsprechende Begehren nicht ein, es sei denn, es ergibt sich aus der Beschwerdebegründung, allenfalls in Verbindung mit dem angefochtenen Entscheid "zweifelsfrei" bzw. "ohne weiteres", was der Beschwerdeführer in der Sache verlangt (zum Ganzen: BGE 134 III 225 E. 2 S. 236 f.). Der Beschwerdeführer hat eventualiter beantragt, er sei zu verpflichten, der Beschwerdegegnerin "einen angemessen reduzierten nahehelichen Unterhalt zu bezahlen". Im Lichte der vorerwähnten Rechtsprechung kann auf den gestellten Antrag nicht eingetreten werden.

### **E. 1.4**

In rechtlicher Hinsicht sind bei der Beschwerde in Zivilsachen alle Rügen gemäss Art. 95 f. BGG zulässig und das Bundesgericht wendet in diesem Bereich das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG). Es ist dabei weder an die in der Beschwerde vorgebrachten Argumente noch an die vorinstanzliche Begründung gebunden; es kann eine Beschwerde aus anderen Gründen gutheissen als gestützt auf die darin erhobenen Rügen, und es kann eine Beschwerde mit einer von der Vorinstanz abweichenden Argumentation abweisen (BGE 133 III 545 E. 2.2 S. 550 mit Hinweisen). Dagegen ist das Bundesgericht an den festgestellten Sachverhalt grundsätzlich gebunden (Art. 105 Abs. 1 BGG). Diesbezüglich kann einzig vorgebracht werden, er sei offensichtlich unrichtig festgestellt worden (Art. 97 Abs. 1 BGG), wobei "offensichtlich unrichtig" mit "willkürlich" gleichzusetzen ist (Botschaft, BBl 2001 IV 4338; BGE 133 II 249 E. 1.2.2 S. 252; 133 III 393 E. 7.1 S. 398), oder er beruhe auf einer anderen Rechtsverletzung im Sinn von Art. 95

BGG (z.B. Art. 29 Abs. 2 BV oder Art. 8 ZGB ). Ausserdem muss in der Beschwerde aufgezeigt werden, inwiefern die Behebung der vorerwähnten Mängel für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann ( Art. 97 Abs. 1 BGG ; BGE 135 I 19 E. 2.2.2 S. 22). Für all diese Elemente gilt das strenge Rügeprinzip ( Art. 106 Abs. 2 BGG ; BGE 133 II 249 E. 1.4.2 S. 255). Das bedeutet, dass das Bundesgericht nur klar und detailliert erhobene und soweit möglich belegte Rügen prüft, während es auf ungenügend begründete Rügen und rein appellatorische Kritik am angefochtenen Entscheid nicht eintritt. Wird die Verletzung des Willkürverbots gerügt, reicht es sodann nicht aus, die Lage aus Sicht des Beschwerdeführers darzulegen und den davon abweichenden angefochtenen Entscheid als willkürlich zu bezeichnen; vielmehr ist im Einzelnen darzulegen, inwiefern das kantonale Gericht willkürlich entschieden haben soll und der angefochtene Entscheid deshalb an einem qualifizierten und offensichtlichen Mangel leidet ( BGE 134 II 244 E. 2.2 S. 246).

### **E. 1.5**

Gemäss Art. 99 Abs. 1 BGG dürfen neue Tatsachen und Beweismittel nur so weit vorgebracht werden, als erst der Entscheid der Vorinstanz dazu Anlass gibt. Das Vorbringen von Tatsachen, die sich zwar auf das vorinstanzliche Prozessthema beziehen, jedoch erst nach dem Zeitpunkt eingetreten sind, in welchem sie im vorinstanzlichen Verfahren letztmals hätten berücksichtigt werden können (sog. "echte" Noven), gilt aber von vornherein nicht als durch das weitergezogene Urteil veranlasst und ist im bundesgerichtlichen Verfahren unzulässig; Gleiches gilt auch für Beweismittel, die erst nach dem angefochtenen Entscheid erstellt wurden ( BGE 135 I 221 E. 5.2.4 S. 229; 133 IV 342 E. 2.1 S. 343 f.). Der vom Beschwerdeführer mit Schreiben vom 3. September 2012 neu eingereichte Arztbericht vom 3. September 2012 ist daher unbeachtlich.

### **E. 2**

Im Rahmen des vorliegenden Abänderungsverfahrens ist strittig, in welchem Umfang dem Beschwerdeführer ein hypothetisches Einkommen anzurechnen ist.

#### **E. 2.1**

Bei der Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen darf vom tatsächlichen Leistungsvermögen des Unterhaltsverpflichteten abgewichen und stattdessen von einem hypothetischen Einkommen ausgegangen werden, sofern dieses zu erreichen zumutbar und möglich ist. Dabei handelt es sich um zwei Voraussetzungen, die kumulativ erfüllt sein müssen. Damit ein Einkommen überhaupt oder ein höheres Einkommen als das tatsächlich erzielte angerechnet werden kann, 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 oder auszudehnen als zumutbar erscheint. Ob die als zumutbar erkannte Tätigkeit möglich und das angenommene Einkommen effektiv erzielbar ist, bildet hingegen eine Tatfrage (vgl. zum Ganzen: BGE 137 III 118 E. 2.3 S. 121; 137 III 102 E. 4.2.2.2 S. 108; 128 III 4 E. 4c/bb S. 7).

#### **E. 2.2**

Die Vorinstanz ging, soweit vorliegend relevant, von folgenden rechtlichen und tatsächlichen Überlegungen aus: Zum Zeitpunkt der Scheidung betrug das Nettoeinkommen des Beschwerdeführers Fr. 12'000.--, im Zeitpunkt des ersten Abänderungsurteils Fr. 10'700.-- (inklusive Anteil am 13. Monatslohn, exklusive Kinderzulagen). Per 1. April 2009

wurde der Beschwerdeführer arbeitslos und bezog Arbeitslosentaggelder (durchschnittlich Fr. 7'700.-- pro Monat). Seit August 2010 hat er eine 80%-Anstellung bei der C. \_\_\_\_\_ AG in D. \_\_\_\_\_ inne. Der monatliche Nettolohn, von dem die Vorinstanz ausging, beträgt Fr. 5'376.40. Die Vorinstanz rechnete dieses tatsächliche Einkommen (exklusive Spesenentschädigung) auf 100% hoch, woraus ein hypothetisches Nettoeinkommen von (gerundet) Fr. 6'700.-- resultierte. Es begründete dies sinngemäss damit, es sei dem Beschwerdeführer als Informatiker mit Hochschulabschluss möglich und zumutbar, eine 100%-Stelle in seinem Fachgebiet zu finden; insbesondere verwarf es seinen Einwand, er könne aus gesundheitlichen Gründen nur zu 80% arbeiten.

### **E. 2.3**

Der Beschwerdeführer wirft dem Obergericht vor, nicht gewürdigt zu haben, dass er eine für ihn offensichtlich geeignete Stelle angetreten habe, dank der er der Arbeitslosigkeit und dem Risiko der Fürsorgeabhängigkeit entkommen sei. Die Anstellung sei ausserdem in seinem Spezialgebiet angesiedelt und dauere mittlerweile seit einem Jahr und gut elf Monaten an. 80%-Stellen seien heute "fast zahlreicher" als solche zu 100%. Zudem sei er verpflichtet gewesen, die 80%-Stelle anzunehmen, da die Rahmenfrist gemäss Arbeitslosenversicherungsgesetz zum damaligen Zeitpunkt nur noch kurz gedauert habe. Dass der Beschwerdeführer mit seinem Stellenantritt der Arbeitslosigkeit bzw. der potenziellen Fürsorgeabhängigkeit entkam, trifft zu; dies entbindet ihn aber nicht davon, eine entsprechende Vollzeitstelle zu suchen, wenn sich dies als möglich und zumutbar erweist. Selbst wenn 80%-Stellen, wie der Beschwerdeführer geltend macht, "fast zahlreicher" wären als 100%-Stellen, hätte der Beschwerdeführer mit Blick auf seine Unterhaltsverpflichtungen eine 100%-Stelle suchen müssen. Auch seine arbeitslosenversicherungsrechtliche Verpflichtung zur Annahme der 80%-Stelle (vgl. Art. 16 AVIG) ändert nichts daran, dass er unterhaltsrechtlich gleichzeitig gehalten war, nach Antritt der erwähnten Stelle eine 100%-Stelle zu suchen, zumal ihm dafür ein freier Tag pro Woche zur Verfügung stand. Entsprechende Suchbemühungen hat der Beschwerdeführer gänzlich unterlassen, so dass sich die Frage erübrigt, ob allfällige Suchbemühungen als ausreichend zu qualifizieren sind. Damit erweist sich der Vorwurf des Beschwerdeführers als unbegründet.

### **E. 2.4**

Sodann führt der Beschwerdeführer ins Feld, die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens sei "nur bei einem schuldhaften, tadelnswerten, gleichgültigen Verhalten zulässig" bzw. setze insofern ein "ausgesprochen pönales Vorgehen" voraus, was bei ihm nicht der Fall sei. Gemäss geltender Rechtsprechung muss sich ein hypothetisches Einkommen anrechnen lassen, wenn es möglich und zumutbar ist, ein solches zu erzielen (s. oben E. 2.1). Diese Voraussetzungen hat die Vorinstanz vorliegend als erfüllt erachtet. Die vorerwähnte Kritik des Beschwerdeführers geht an der Sache vorbei.

### **E. 2.5**

Der Beschwerdeführer macht überdies geltend, die Vorinstanz habe seine Behauptung, wonach er aus gesundheitlichen Gründen nur zu 80% arbeitsfähig sei, zu Unrecht für unsubstanziert und verspätet befunden. Es sei zwar richtig, dass er vor der ersten Instanz nur das Risiko eines Stellenverlustes zufolge Depressionen erwähnt habe; die vor erster Instanz aufgestellte Behauptung, ein seelisch Kranker riskiere den Verlust seiner 80%-Stelle, beinhalte aber auch, dass er voraussichtlich nicht in der Lage sei, eine

100%-Stelle im gleichen Berufsgebiet auszuüben. Diesem Argument kann nicht gefolgt werden, denn als drohende Ursache eines möglichen Stellenverlustes wurde vor erster Instanz die Depression ins Feld geführt, nicht aber beispielsweise eine Arbeitsüberlastung. Selbst wenn zu 100% arbeitende Depressive tatsächlich einem höheren Stellenverlustrisiko ausgesetzt wären als zu 80% arbeitende Depressive, bedeutet dies nicht, dass zu 80% arbeitende Depressive im Umfang von 20% arbeitsunfähig sind. Die Vorinstanz hat dieses Argument zu Recht verworfen. Dass sich die Krankheit von der ersten zur zweiten Instanz verstärkt habe, wie der Beschwerdeführer vor Bundesgericht behauptet, stellt eine unzulässige neue Tatsache dar (s. oben E. 1.5). Somit berief sich der Beschwerdeführer erstmals vor zweiter Instanz auf eine Teilarbeitsunfähigkeit zu 20%, was er mit der Einreichung eines entsprechenden Arztzeugnisses zu untermauern suchte. Dass die Vorinstanz unter diesen Umständen und mit Blick auf die gleichzeitige Behauptung des Beschwerdeführers, die Depression dauere schon seit 2010 an, beweismäßig feststellte, diese Vorbringen bzw. das Arztzeugnis seien "nachgeschoben" und damit unglaubwürdig, erweist sich weder als willkürlich bzw. aktenwidrig noch als Verletzung des rechtlichen Gehörs. Offen bleiben kann damit, inwiefern im vorliegenden Berufungsverfahren Noven überhaupt zulässig waren.

#### **E. 2.6**

Ferner wirft der Beschwerdeführer der Vorinstanz Aktenwidrigkeit vor, da diese zu Unrecht angenommen habe, der bei der Arbeitgeberin eingeholte Bericht beantworte die Frage nicht, warum die Stelle des Beschwerdeführers nicht auf 100% aufgestockt werden könne. In diesem Punkt zitiert der Beschwerdeführer die Vorinstanz unvollständig. Diese stellte nämlich insbesondere fest, die Arbeitgeberin habe sich nicht zur Frage geäußert, ob für den Beschwerdeführer in der Firma die Möglichkeit einer anderweitigen 100%-Anstellung bestehe. Damit setzt sich der Beschwerdeführer nicht auseinander. Der Vorwurf der Aktenwidrigkeit erweist sich als unberechtigt.

#### **E. 2.7**

Zudem beanstandet der Beschwerdeführer, die Vorinstanz habe sich nicht zu den von ihm gestellten Beweisanträgen geäußert, insbesondere betreffend amtsärztliche Untersuchung sowie Beizug eines Berichtes des behandelnden Arztes. Nachdem die Vorinstanz, wie dargelegt (s. oben E. 2.5), willkürfrei zum Schluss gelangte, die Behauptung der teilweisen Arbeitsunfähigkeit bzw. das diesbezügliche Arztzeugnis seien "nachgeschoben", durfte sie auf weitere Beweiserhebungen verzichten. Eine solche antizipierte Beweismäßigkeitsprüfung ist zulässig, sofern sich ihre vorinstanzliche Rechtfertigung im Ergebnis nicht als willkürlich erweist (vgl. BGE 122 III 219 E 3c S. 223 f.).

#### **E. 2.8**

Ausserdem weist der Beschwerdeführer darauf hin, er habe zu seiner Situation auf dem Arbeitsmarkt sowie zur Feststellung seiner Krankheit den CEO sowie den COO als Zeugen offeriert. Das Obergericht äussere sich dazu nicht. Dieser Vorwurf trifft nicht zu. Die Vorinstanz hielt diesbezüglich fest, es sei nicht ersichtlich, was der CEO oder der COO bezeugen soll. Der Beschwerdeführer zeigt indes nicht auf, dass er bereits vor der Vorinstanz darlegte, zum Beweis welcher Tatsachen er die besagten Zeugen anrufe. Darauf ist nicht einzutreten.

#### **E. 3**

In seiner Eingabe vom 28. Juni 2012 erhebt der Beschwerdeführer sinngemäss den Vorwurf, aufgrund der angeordneten Schuldneranweisungen (insgesamt Fr. 4'100.--, d.h. Fr. 1'300.-- für den Sohn B. \_\_\_\_\_, Fr. 1'700.-- für die Ex-Frau und Fr. 1'100.-- für die Tochter aus zweiter Ehe) verbleibe ihm bei einem effektiven Einkommen von Fr. 5'376.-- nur noch der Betrag von Fr. 1'276.--, womit unzulässigerweise in sein Existenzminimum von Fr. 2'400.-- eingegriffen werde. Das Obergericht ist vom hypothetisch ermittelten Einkommen von Fr. 6'700.-- ausgegangen und hat davon das vor Bundesgericht nicht strittige Existenzminimum des Beschwerdeführers von Fr. 2'400.-- abgezogen, so dass sich ein Überschuss von Fr. 4'300.-- ergab. Das Gericht hat bei der Schuldneranweisung die für das Betreibungsamt geltenden Normen betreffend das pfändbare Einkommen und den Schutz des Existenzminimums zu beachten ( BGE 110 II 9 E. 4 S.15 f.; vgl. auch die im Zusammenhang mit Art. 177 ZGB ergangenen Urteile 5P.85/2006 vom 5. April 2006 E. 2 und 5P.138/2004 vom 3. Mai 2004 E. 5.3). Genauso wie das Betreibungsamt kein hypothetisches Einkommen pfänden bzw. die pfändbare Quote nicht auf der Basis eines hypothetischen Einkommens ermitteln darf (AB BS, 2. April 2007, in: BLSchK 2007, S. 249 und AB BS, 3. Oktober 2001, in: BLSchK 2002, S. 145 f.; BSK-SchKG I VONDER MÜHLL, Art. 93 N 3 und N 16; s. auch Urteil 9C\_1015/2010 vom 12. April 2011 E. 3.4 und BGE 116 III 10 E. 4 S. 14 f.), geht es nicht an, bei der Anwendung von Art. 291 ZGB auf ein hypothetisches Einkommen des Schuldners abzustellen, wenn bei Zugrundelegung des effektiven Einkommens ein (unzulässiger) Eingriff in dessen Existenzminimum resultiert (a.M. RENÉ SUHNER, Anweisungen an die Schuldner, Diss., St. Gallen 1992, S. 61 und ROGER WEBER, Anweisungen an die Schuldner, Sicherstellung der Unterhaltsforderung und Verfügungsbeschränkung, AJP 2002, S. 239, wobei beide Autoren allerdings nicht begründen, warum ein Eingriff in das Existenzminimum des Unterhaltsschuldners gerechtfertigt sein soll). Daher hat die Vorinstanz Bundesrecht verletzt, indem sie im Rahmen der Schuldneranweisung auf ein hypothetisches Einkommen abstellte. Insofern ist die Beschwerde gutzuheissen und die Angelegenheit zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

#### **E. 4**

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde teilweise gutzuheissen. Da der Beschwerdeführer nur teilweise obsiegt, rechtfertigt es sich vorliegend, die Gerichtskosten vor Bundesgericht den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen und die Parteientschädigungen wettzuschlagen (Art. 66 Abs. 1 und Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG ). Die Gesuche beider Parteien um unentgeltliche Rechtspflege für das Verfahren vor Bundesgericht werden gutgeheissen. Die Voraussetzungen hierfür sind erfüllt ( Art. 64 BGG ). Die Parteien werden darauf hingewiesen, dass sie der Gerichtskasse Ersatz zu leisten haben, sofern sie später dazu in der Lage sein werden ( Art. 64 Abs. 4 BGG ). Über die Kosten und Entschädigungen des kantonalen Verfahrens wird die Vorinstanz neu zu befinden haben ( Art. 67 und Art. 68 Abs. 5 BGG ).

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