

# **BGer 5A 649/2012 vom 17. Dezember 2012**

Bundesgericht, 2012-12-17, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_649\\_2012](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_649_2012)

FR: TF 5A 649/2012 du 17 décembre 2012

IT: TF 5A 649/2012 del 17 dicembre 2012

## **Regeste**

Eheschutz | Familienrecht

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Die binnen Frist eingereichte Beschwerde richtet sich gegen den Endentscheid einer letzten kantonalen Instanz ( Art. 75, 90, 100 Abs. 1 BGG ). Die Parteien streiten um den Unterhalt für ihre Kinder. Das ist eine Zivilsache ( Art. 72 Abs. 1 BGG ) vermögensrechtlicher Natur. Der angefochtene Entscheid ist auf einen Rückweisungsentscheid des Bundesgerichts hin ergangen (s. Sachverhalt Bst. B.c und C). Die Beschwerde in Zivilsachen bleibt daher zulässig, unabhängig davon, ob die nach dem Rückweisungsentscheid noch streitigen Beträge für sich allein die gesetzliche Streitwertgrenze ( Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG ) erreichen (Urteil 4A\_225/2011 vom 15. Juli 2011 E. 1).

### **E. 2**

Vor Bundesgericht unzulässig ist der Antrag der Beschwerdeführerin, den Beschwerdegegner zur Finanzierung ihrer Gerichts- und Anwaltskosten im bundesgerichtlichen Beschwerdeverfahren zur Bezahlung eines Kostenvorschusses zu verurteilen. Der Anspruch auf Bevorschussung von Prozesskosten ist im materiellen Zivilrecht begründet und daher vor demjenigen Gericht geltend zu machen, das für den Erlass vorsorglicher Massnahmen zuständig ist (Urteil 5A\_793/2008 vom 8. Mai 2009 E. 6.2).

### **E. 3**

Weil Eheschutzentscheide der in Art. 98 BGG enthaltenen Vorschrift unterstehen ( BGE 133 III 393 E. 5.1 und 5.2 S. 397 f.), kann einzig die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden. Hierfür gilt das strenge Rügeprinzip ( Art. 106 Abs. 2 BGG ). 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 demnach nicht aus, wenn die Beschwerdeführerin die Sach- oder Rechtslage aus ihrer Sicht darlegt und den davon abweichenden angefochtenen Entscheid als willkürlich bezeichnet. 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). Das Bundesgericht hebt einen Entscheid jedoch nur dann als willkürlich auf, wenn er nicht bloss in der Begründung, sondern auch im Ergebnis unhaltbar ist; dass eine andere Lösung ebenfalls als vertretbar oder zutreffender scheint oder sogar vorzuziehen wäre, genügt nicht ( BGE 134 II 124 E. 4.1 S. 133).

#### **E. 4**

Streitig ist vor Bundesgericht der Zeitpunkt, von dem an der Beschwerdegegner die monatlichen Unterhaltsbeiträge von je Fr. 550.-- bezahlen müssen soll.

##### **E. 4.1**

In tatsächlicher Hinsicht kommt das Obergericht im Berichtigungsentscheid vom 16. August 2012 zum Schluss, der Beschwerdegegner weise erst ab 1. Januar 2011 einen Einkommensüberschuss auf. Wie sich dem Entscheid vom 9. August 2012 entnehmen lässt, beträgt der Überschuss Fr. 1'367.-- pro Monat (Monatseinkommen von Fr. 4'056.-- abzüglich des monatlichen Bedarfs von Fr. 2'689.--). Das Obergericht führt aus, gemäss den Erwägungen des Berufungsentscheids vom 29. August 2011 (s. Sachverhalt Bst. B.b) sei der Überschuss im Verhältnis von 80 % zu 20 % zu verteilen, was für die beiden Kinder einen monatlichen Unterhaltsbeitrag "von je rund Fr. 550.--" ergebe. Für die Zeit vor Januar 2011 stellt das Obergericht hingegen ein monatliches Manko von Fr. 813.-- fest. Daraus folgert es, der Beschwerdeführer könne erst ab dem 1. Januar 2011 Kinderunterhaltsbeiträge leisten.

##### **E. 4.2**

Die Beschwerdeführerin rügt, das Obergericht halte "ohne nähere Begründung" und damit in Verletzung von Art. 9 BV fest, dass die ermittelten, tatsächlichen Einkünfte für den jeweiligen Zeitraum massgebend seien. Dass es der angefochtenen Unterhaltsregelung schlechthin an einer Begründung fehlen würde, kann jedoch nicht gesagt werden. Offensichtlich stützt sich das Obergericht auf die in Ziffer III/2 des Entscheids vom 9. August 2012 enthaltenen Ausführungen, wonach hypothetische Einkünfte nicht rückwirkend, sondern erst für die Zukunft angenommen werden dürften, da eine rückwirkende Einkommenssteigerung "rein faktisch ausser Betracht" falle.

##### **E. 4.3**

Willkür erblickt die Beschwerdeführerin auch darin, dass die Vorinstanz dem Beschwerdegegner für die Zeit vor Januar 2011 kein hypothetisches Einkommen anrechne, obwohl es ihm in diesem Zeitraum "nachweisbar zumutbar gewesen wäre, ein höheres Einkommen zu erzielen, als er tatsächlich erzielt hat". Es sei erstellt, dass der Beschwerdegegner bei seinem Bruder ohne Entgelt gearbeitet und damit freiwillig auf ein Einkommen verzichtet habe, obwohl "es ihm in dieser Zeit zumutbar gewesen wäre, einer entgeltlichen Tätigkeit nachzugehen". Hinzu komme, dass der Beschwerdeführer im besten Alter und gesund sei sowie einen Studienabschluss besitze, so dass es ihm "ohne weiteres zumutbar gewesen wäre", eine weitere Anstellung zu finden und monatlich netto total Fr. 4'000.-- zu verdienen. Diese Umstände lasse das Obergericht ausser Acht, was sich sachlich in keiner Weise rechtfertigen lasse. Indem das Obergericht keine konkreten Gründe aufführe, warum einzig auf die tatsächlichen Einkünfte des Beschwerdegegners abzustellen sei, ver falle es in Willkür. Nach der Rechtsprechung, die das Bundesgericht für alle Matrimonialsachen entwickelt hat, darf vom tatsächlichen Leistungsvermögen des Unterhaltsschuldners nur dann abgewichen und von einem hypothetischen Einkommen ausgegangen werden, wenn zwei kumulative Voraussetzungen erfüllt sind: Erstens muss es dem Pflichtigen zumutbar sein, ein hypothetisches Einkommen in der angenommenen Höhe zu erzielen, und zweitens muss die Erzielung dieses Einkommens tatsächlich möglich sein ( BGE 137 III 118 E. 2.3 S. 120 f.; 128 III 4 E. 4a S. 5). Dies hält auch das Obergericht fest. Die Beschwerdeführerin äussert sich nur zur ersten Voraussetzung: zur Zumutbarkeit, ein

höheres Einkommen zu erzielen, einer entgeltlichen Tätigkeit nachzugehen, eine Anstellung zu finden und monatlich Fr. 4'000.-- zu verdienen. Dass es dem Beschwerdegegner im fraglichen Zeitraum vor dem 1. Januar 2011 auch tatsächlich möglich gewesen wäre, all dies zu tun, behauptet sie hingegen nicht. Ebenso wenig macht sie geltend, das Obergericht habe diese zweite Voraussetzung zu Unrecht als nicht erfüllt erachtet. Daher sind ihre Vorbringen von vornherein untauglich, den angefochtenen Entscheid, wonach der Beschwerdegegner erst ab Januar 2011 Unterhalt zahlen muss, als im Ergebnis willkürlich auszuweisen.

#### **E. 4.4**

Der weiteren Rüge, es liege gar keine eigentliche Rückwirkung vor, welche die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens ausschliesse, ist nach dem Gesagten der Boden entzogen. Denn selbst wenn dem Beschwerdegegner - unter dem Gesichtspunkt der Rückwirkung - für den Zeitraum vor Januar 2011 ein hypothetisches Einkommen angerechnet werden dürfte, würde auch dies voraussetzen, dass der Beschwerdegegner im fraglichen Zeitraum die tatsächliche Möglichkeit gehabt hätte, das von der Beschwerdeführerin behauptete Einkommen von Fr. 4'000.-- zu erzielen. Das aber behauptet die Beschwerdeführerin gerade nicht.

#### **E. 5**

Im Ergebnis erweist sich die Beschwerde als unbegründet. Sie ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Die Beschwerdeführerin hat für die Gerichtskosten aufzukommen ( Art. 66 Abs. 1 BGG ). Dem Beschwerdegegner ist kein entschädigungspflichtiger Aufwand entstanden. Wie aus den vorstehenden Erwägungen hervorgeht, müssen die vor Bundesgericht gestellten Rechtsbegehren als von Anfang an aussichtslos bezeichnet werden. Damit fehlt es an einer materiellen Voraussetzung für die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege ( Art. 64 Abs. 1 BGG ). Das entsprechende Gesuch ist abzuweisen.

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