

# **BGer 5A 719/2018 vom 12. April 2019**

Bundesgericht, 2019-04-12, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_719\\_2018](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_719_2018)

FR: TF 5A 719/2018 du 12 avril 2019

IT: TF 5A 719/2018 del 12 aprile 2019

## **Regeste**

Ehescheidung (nachehelicher Unterhalt) | Familienrecht

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Die Beschwerde richtet sich gegen den Endentscheid einer letzten kantonalen Instanz, der die vermögensrechtlichen Folgen einer Ehescheidung, also eine Zivilsache zum Gegenstand hat ( Art. 72 Abs. 1, Art. 75 Abs. 1 und Art. 90 BGG ). Der Streitwert übersteigt Fr. 30'000.-- (Art. 74 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 51 Abs. 1 lit. a und Abs. 4 BGG ). Die Beschwerde in Zivilsachen ist damit grundsätzlich zulässig. Der Beschwerdeführer ist gemäss Art. 76 Abs. 1 BGG zur Beschwerde berechtigt und die Beschwerdefrist wurde eingehalten (Art. 100 Abs. 1 i.V.m. Art. 46 Abs. 1 lit. b BGG ). Insofern kann auf die Beschwerde eingetreten werden.

### **E. 1.2**

Zulässig sind rechtliche Vorbringen im Sinn von Art. 95 f. BGG. Hingegen ist die obergerichtliche Sachverhaltsfeststellung für das Bundesgericht grundsätzlich verbindlich ( Art. 105 Abs. 1 BGG ).

### **E. 1.3**

Neue Tatsachen und Beweismittel dürfen vor Bundesgericht nur so weit vorgebracht werden, als erst der Entscheid der Vorinstanz dazu Anlass gibt ( Art. 99 Abs. 1 BGG ).

### **E. 1.4**

Vor Bundesgericht umstritten ist der nacheheliche Unterhalt. Beim Entscheid über diese Frage ist das Sachgericht verschiedentlich auf sein Ermessen verwiesen, von dem zugeschnitten auf den konkreten Einzelfall sachgemässer Gebrauch zu machen ist. Insofern als das Gericht seine Entscheidung nach Recht und Billigkeit zu treffen hat ( Art. 4 ZGB ), lassen sich auch keine starren Regeln aufstellen ( BGE 135 III 59 E. 4.4 in fine ; 134 III 577 E. 4). Bei der Überprüfung von Ermessensentscheiden auferlegt sich das Bundesgericht Zurückhaltung. Es schreitet nur ein, wenn die kantonale Instanz grundlos von in Lehre und Rechtsprechung anerkannten Grundsätzen abgewichen ist, wenn sie Gesichtspunkte berücksichtigt hat, die keine Rolle hätten spielen dürfen, oder wenn sie umgekehrt rechtserhebliche Umstände ausser Acht gelassen hat. Aufzuheben und zu korrigieren sind ausserdem Ermessensentscheide, die sich als im Ergebnis offensichtlich unbillig oder als in stossender Weise ungerecht erweisen ( BGE 142 III 617 E. 3.2.5; 141 III 97 E. 11.2; je mit Hinweis).

### **E. 2**

Zunächst macht der Beschwerdeführer geltend, die Beschwerdegegnerin könne anstelle des vom Kantonsgericht zugemuteten 80 %-Pensums zu 100 % erwerbstätig sein.

### **E. 2.1**

Dazu erwog das Kantonsgericht, im Zeitpunkt der Trennung sei die Beschwerdegegnerin 50.5 Jahre alt gewesen und im Zeitpunkt des kantonsgerichtlichen Urteils 55 Jahre alt. Betreuungspflichten bestünden keine mehr und die von der Beschwerdegegnerin vorgebrachten Beschwerden seien nicht belegt. Sie arbeite in einem 60 %-Pensum als Hilfsköchin täglich über den Mittag. Diese Arbeit sei anstrengend und werde vornehmlich stehend verrichtet. Auch wenn im vorliegenden Fall keine gehobenen finanziellen Verhältnisse vorlägen, erschiene es unangemessen, wenn die Beschwerdegegnerin unter diesen erschwerten Bedingungen in einem 100 %-Pensum arbeiten müsste, zumal sie erst mit gut 50 Jahren überhaupt wieder ins Erwerbsleben eingestiegen sei. Es erscheine ihr zumutbar, ihr Pensum auf 80 % auszudehnen. Den Wiedereinstieg ins Berufsleben habe die Beschwerdegegnerin offensichtlich gut geschafft und mit ihrer mittlerweile mehrjährigen Erfahrung in der Gastronomie sollte es ihr möglich sein, ihr Pensum entsprechend aufstocken zu können, zumal die Lage auf dem Arbeitsmarkt nach wie vor gut sei und sie mangels Betreuungspflichten auch die notwendige Flexibilität aufbringen könne. Unter Bezugnahme auf die statistischen Angaben des Bundesamtes für Statistik und die Kriterien Gastronomie, Hilfskraft, ohne abgeschlossene Berufsbildung, vier Jahre Berufserfahrung hat das Kantonsgericht für das als zumutbar erachtete 80 %-Pensum und unter Berücksichtigung eines Abzuges von 14 % für Sozialversicherungen ein monatliches Nettoeinkommen von Fr. 2'570.-- ermittelt.

### **E. 2.2**

Der Beschwerdeführer wendet ein, die Beschwerdegegnerin müsse ihre volle Eigenversorgungskapazität ausschöpfen. Sie habe den Einstieg in das Berufsleben ohne Weiteres geschafft. Die Wiederaufnahme der Erwerbstätigkeit sei demnach zumutbar und nicht problematisch. Aufgrund dessen sei es nicht zulässig, bei der Berechnung des hypothetischen Einkommens ohne weitere Begründung lediglich auf ein Pensum von 80 % abzustellen. Warum die Beschwerdegegnerin nicht fähig sein solle, in einem 100 %-Pensum zu arbeiten, sei nie festgestellt worden. Dabei würde es der auf Unterhalt klagenden Partei obliegen, die Voraussetzungen der fehlenden Eigenversorgungskapazität zu beweisen. Dass die Arbeit beschwerlich sei und stehend verrichtet werde, könne kein Grund für ein tieferes Pensum sein, zumal die vorgebrachten gesundheitlichen Beschwerden nicht belegt seien und vom Kantonsgericht nicht beachtet werden dürften. Bei einer ausgewiesenen Arbeitsunfähigkeit wäre es zudem Aufgabe der Sozialversicherungen und nicht des Beschwerdeführers, die Einkommenseinbusse auszugleichen. Somit kämen vor einer Unterhaltszahlung des Beschwerdeführers vorab die volle Ausschöpfung der Eigenversorgungskapazität oder alternativ die Sozialversicherungen infrage. Solange keine gesundheitlichen Beeinträchtigungen vorgebracht würden, welche gegen eine 100%ige Tätigkeit sprechen, wäre die Beschwerdegegnerin in der jetzigen Tätigkeit fähig, ein monatliches Nettoeinkommen von mindestens Fr. 3'212.50 zu erzielen.

### **E. 2.3**

Nach der Rechtsprechung, die das Bundesgericht für alle Matrimonialsachen entwickelt hat, darf der Richter bei der Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen von einem hypothetischen Einkommen ausgehen, soweit der unterhaltsberechtigten wie auch der unterhaltspflichtigen

Ehegatte bei ihm zuzumutender Anstrengung mehr verdienen könnte, als er effektiv verdient. Wo die reale Möglichkeit einer Einkommenssteigerung fehlt, muss sie aber ausser Betracht bleiben ( BGE 128 III 4 E. 4a mit Hinweisen). Die Zumutbarkeit und die Möglichkeit, ein Einkommen zu erzielen, sind zwei Voraussetzungen, die kumulativ erfüllt sein müssen. Welche Tätigkeit aufzunehmen als zumutbar erscheint, ist eine Rechtsfrage. Die Zumutbarkeit hängt namentlich von den beruflichen Qualifikationen, vom Alter und vom Gesundheitszustand der Person ab, der ein hypothetisches Einkommen angerechnet werden soll; massgebend ist auch die Arbeitsmarktlage ( BGE 137 III 102 E. 4.2.2.2). Ob die als zumutbar erkannte Tätigkeit möglich und das angenommene Einkommen effektiv erzielbar ist, bildet hingegen eine Tatfrage, die durch entsprechende Feststellungen oder durch die allgemeine Lebenserfahrung beantwortet wird. Auch im letzteren Fall müssen aber die Tatsachen als vorhanden festgestellt sein, die eine Anwendung von Erfahrungssätzen überhaupt erst ermöglichen ( BGE 128 III 4 E. 4c/bb mit Hinweisen). Hier steht nicht der Wiedereinstieg ins Erwerbsleben zur Diskussion, sondern (bloss) die Ausdehnung einer bereits ausgeübten teilzeitlichen Erwerbstätigkeit. Daher war nicht von vornherein ausgeschlossen, dass der Beschwerdegegnerin mit Blick auf ihre naheheliche Eigenversorgungskapazität ein Arbeitspensum von 100 % angerechnet werden könnte. Im Gegensatz zur Auffassung des Beschwerdeführers durfte das Kantonsgericht das Alter der Beschwerdegegnerin und ihre konkrete Tätigkeit als Hilfsköchin für die Beurteilung des zumutbaren Arbeitspensums berücksichtigen. Dass die Tätigkeit anstrengend ist und vornehmlich stehend verrichtet wird, bestreitet der Beschwerdeführer nicht. Damit hat das Kantonsgericht sein Ermessen nicht bundesrechtswidrig ausübt, wenn es der Beschwerdegegnerin kein Vollzeitpensum anrechnet hat.

### **E. 3.1**

Sodann vertritt der Beschwerdeführer die Auffassung, das Kantonsgericht habe das hypothetische Einkommen insofern falsch ermittelt, als es keine Trinkgelder berücksichtigt habe. Dass Trinkgelder im Gastgewerbe üblich seien und einen wesentlichen Lohnbestandteil ausmachen, sei nicht nur notorisch, sondern durch Bundesrecht explizit vorgesehen, namentlich in Art. 5 Abs. 2 AHVG und Art. 7 lit. e AHVV . Ausserdem habe das Bundesgericht mehrfach bestätigt, dass Trinkgelder zum Lohn hinzuzurechnen seien. Die Lehre rechne im Gastgewerbe 5 % bis 15 % des gesamten Umsatzes als Trinkgelder zu den ausgewiesenen Einkünften hinzu. Im vorliegenden Fall würde das bedeuten, dass die Beschwerdegegnerin bei einem Einkommen von Fr. 3'180.-- im Gastgewerbe monatlich zwischen Fr. 159.-- und Fr. 477.-- an Trinkgeldern erhalte. Das Nichtberücksichtigen von Trinkgeldern bei der Ermittlung des relevanten Einkommens sei eine fehlerhafte Feststellung des Sachverhalts. Die Erhöhung des anrechenbaren Einkommens um Fr. 477.-- sei entscheidend für die Beurteilung, ob und in welcher Höhe ein nahehelicher Unterhalt geschuldet ist.

### **E. 3.2**

Wie der Beschwerdeführer zutreffend ausführt, geht es bei der Frage der Höhe des Einkommens letztlich auch um eine Sachverhaltsfeststellung. Der Beschwerdeführer ist der Meinung, es sei notorisch, dass Trinkgelder im Gastgewerbe üblich seien und einen wesentlichen Lohnbestandteil ausmachen.

#### **E. 3.2.1**

Notorisch - genauer: offenkundig - sind Tatsachen, die allgemein, jedenfalls aber am Ort des Gerichts verbreitet bekannt sind. Nicht erforderlich ist, dass die Allgemeinheit die offenkundige Tatsache unmittelbar kennt; es genügt, wenn sie sich aus allgemein zugänglichen Quellen erschliessen lässt ( BGE 143 IV 380 E. 1.1.1; Urteil 5A\_606/2018 vom 13. Dezember 2018 E. 6.1.2). Offenkundige Tatsachen müssen weder behauptet noch bewiesen werden ( Art. 151 ZPO ; BGE 135 III 88 E. 4.1; 134 III 224 E. 5.2). Selbst das Bundesgericht darf diese von Amtes wegen berücksichtigen ( BGE 128 III 4 E. 4c/bb); insofern entziehen sich die offenkundigen Tatsachen dem Novenverbot (E. 1.3).

### **E. 3.2.2**

Unstreitig stellen Trinkgelder einen Lohnbestandteil dar. Indes irrt der Beschwerdeführer, wenn er meint, es sei allgemein bekannt, dass Hilfsköchinnen an Trinkgeldern teilhaben. Erst recht nicht offenkundig ist der Anteil, den die Trinkgelder von der Lohnsumme ausmachen.

### **E. 3.2.3**

Dass die Beschwerdegegnerin als Hilfsköchin arbeitet und wie viel sie dabei verdient, war bereits Gegenstand des oberinstanzlichen Verfahrens. Dort hat der Beschwerdeführer die Höhe des Lohnes, den die Beschwerdegegnerin als Hilfsköchin erhält, nicht bestritten und schon gar nicht behauptet, sie komme in den Genuss von Trinkgeldern. Wenn der Beschwerdeführer nun vor Bundesgericht ausführt, die Beschwerdegegnerin erhalte auch Trinkgelder, trägt er neue Tatsachen vor, was nur zulässig ist, wenn erst der Entscheid der Vorinstanz dazu Anlass gibt (E. 1.3). Wieso diese Voraussetzung im vorliegenden Fall erfüllt sein soll, legt der Beschwerdeführer nicht dar. Darauf kann daher nicht eingetreten werden.

## **E. 4**

Schliesslich ist der Beschwerdeführer der Auffassung, die Beschwerdegegnerin könne eine Erwerbstätigkeit als Detailhandelsangestellte, in welchem Bereich sie ihre Berufsausbildung abgeschlossen habe, aufnehmen und dabei ein Einkommen von Fr. 4'470.-- erzielen.

### **E. 4.1**

In diesem Zusammenhang erwog das Kantonsgericht, der Hinweis des Beschwerdeführers, dass das Einkommen der Beschwerdegegnerin aufgrund einer Anstellung im Detailhandel festzulegen sei, erscheine abwegig. Die Beschwerdegegnerin habe seit knapp 30 Jahren nicht mehr in ihrem erlernten Beruf gearbeitet, womit ein Wechsel in diesen Bereich unrealistisch sei.

### **E. 4.2**

Dem entgegnet der Beschwerdeführer, weshalb eine Rückkehr aufgrund der 30-jährigen Abwesenheit nicht möglich sein soll, werde weder durch das Kantonsgericht noch die Beschwerdegegnerin belegt; weder seien abgewiesene Bewerbungen im Detailhandel beigebracht noch eine schlechte Lage auf dem Arbeitsmarkt belegt worden. Die Beschwerdegegnerin nehme eine Einbusse im Erwerbseinkommen freiwillig in Kauf und schöpfe damit ihre Eigenversorgungskapazität nicht voll aus.

### **E. 4.3**

Mit dieser Entgegnung vermag der Beschwerdeführer den Ermessensentscheid des Kantonsgerichts nicht als bundesrechtswidrig auszuweisen. Dieses bezieht sich offensichtlich auf die allgemeine Lebenserfahrung, wonach eine Person, die während 30 Jahren nicht in dem Beruf gearbeitet hat, in welchem sie ursprünglich ausgebildet wurde, dort nicht ohne Weiteres wieder Fuss fassen kann. Im vorliegenden Fall nahm die Beschwerdegegnerin nach 30 Jahren Abwesenheit vom Berufsleben eine Tätigkeit als Hilfsköchin auf. Im Zeitpunkt des angefochtenen Entscheids hatte sie diese bereits während vier Jahren ausgeübt. Wenn das Kantonsgericht der Beschwerdegegnerin unter diesem Gesichtspunkt keinen Berufs- bzw. Branchenwechsel zumutet, hat es von seinem Ermessen keinen unsachgemässen Gebrauch gemacht.

#### **E. 5**

Nach dem Ausgeführten erweist sich die Beschwerde als unbegründet; sie ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Wie die vorstehenden Erwägungen zeigen, war die Beschwerde von Anfang an aussichtslos. Das Gesuch des Beschwerdeführers um unentgeltliche Rechtspflege ist demnach abzuweisen ( Art. 64 Abs. 1 BGG ). Bei diesem Verfahrensausgang wird der Beschwerdeführer kostenpflichtig ( Art. 66 Abs. 1 BGG ). Er hat die Beschwerdegegnerin für den ihr durch die Stellungnahme zum Gesuch um aufschiebende Wirkung entstandenen Aufwand zu entschädigen ( Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG ). Indes ist nicht anzunehmen, dass die Beschwerdegegnerin die Parteientschädigung beim Beschwerdeführer wird erhältlich machen können. In Gutheissung ihres Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege wird deshalb Rechtsanwalt Marco Bivetti als ihr unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt und direkt aus der Bundesgerichtskasse entschädigt ( Art. 64 Abs. 1 und 2 BGG ).

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