

# BGer 5A 839/2018 vom 1. Februar 2021

Bundesgericht, 2021-02-01, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_839\\_2018](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_839_2018)

FR: TF 5A 839/2018 du 1 février 2021

IT: TF 5A 839/2018 del 1 febbraio 2021

## Regeste

Eheschutz (Kindesunterhalt) | Familienrecht

## Erwägungen

### E. 1

Angefochten ist ein kantonales letztinstanzliches Eheschutzentscheid ( Art. 72 Abs. 1, Art. 75 Abs. 1 und Art. 90 BGG ), bei dem es sich um eine vorsorgliche Massnahme im Sinn von Art. 98 BGG handelt ( BGE 133 III 393 E. 5.1 S. 397; Urteile 5A\_381/2019 vom 10. Mai 2019 E. 1; 5A\_1037/2019 vom 22. April 2020 E. 1.3), so dass nur die Rüge der Verletzung verfassungsmässiger Rechte möglich ist.

### E. 2

Das Bezirksgericht ist noch von der sog. 10/16-Regel ausgegangen und hat die Möglichkeit der Ehefrau, einer Erwerbsarbeit nachzugehen, nicht näher geprüft. Das Obergericht hat erwogen, dass die Ehefrau auf die "10/16-Regel" und darauf verweise, dass die Fremdbetreuungskosten zu hoch wären. Zwar habe das Bundesgericht mit Urteil 5A\_98/2016 vom 25. Juni 2018 befunden, bei Konkurrenz von Unterhaltsansprüchen früherer Kinder mit einem weiteren Kind aus einer neuen Beziehung sei der Mutter nur in dessen erstem Lebensjahr keine Erwerbsarbeit zuzumuten. Daraus sei aber keineswegs ersichtlich, dass das Bundesgericht in Bezug auf eheliche Kinder der Parteien von der angestammten 10/16-Rechtsprechung abweichen werde, und entsprechend sei an der Regel festzuhalten. Mithin sei nicht zu beanstanden, dass das Bezirksgericht der Mutter kein hypothetisches Einkommen angerechnet habe. Ihr Existenzminimum betrage im Übrigen unstrittig Fr. 2'368.--, weshalb sich der rechnerische Betreuungsunterhalt auf Fr. 1'184.-- pro Kind belaufe. Was die Unterhaltungspflicht des Ehemannes für seine Kinder anbelange, gälten rechtsprechungsgemäss hohe Anforderungen. Zuzufolge einer Heckkollision habe er am 7. Dezember 2016 ein Schleudertrauma erlitten; gemäss ärztlichen Berichten leide er seither an einem HWS und die Reha habe keine grossen Verbesserungen gebracht. Allerdings habe die SUVA, nachdem sie während eines Jahres Taggelder geleistet habe, mit Verfügung vom 11. Dezember 2017 festgehalten, die bestehenden (organisch nicht hinreichend nachweisbaren) Beschwerden seien nicht unfallkausal. Gemäss den ärztlichen Attesten sei bis Februar 2018 eine Arbeitsunfähigkeit von 100 % und sodann bis Ende Mai 2018 eine solche von 80 % ausgewiesen; für die Folgezeit seien keine Atteste eingereicht worden. Insgesamt hätten die Atteste aber keinen hohen Beweiswert, da sie von Hausärztinnen ausgestellt worden seien und weder Diagnosen enthalten noch auf konkrete Tätigkeiten Bezug nehmen würden; insbesondere sei nicht nachvollziehbar, wie eine Allgemeinmedizinerin zum Schluss komme: "reduzierte Belastbarkeit, keine Lasten über 5 Kilo, kein über-Kopf-Arbeiten". Insgesamt gelinge es dem Ehemann nicht, die vom Bezirksgericht in Würdigung der gegebenen Beweislage als glaubhaft gemachte Erwartung

zu erschüttern, dass er seit April 2018 wieder zu 100 % arbeitsfähig sei. Schliesslich sei ihm erstinstanzlich für den Monat April eine Übergangsfrist für die Stellensuche eingeräumt und ab Mai 2018 wieder das frühere Erwerbseinkommen (hypothetisch) angerechnet worden.

### **E. 3**

Der Ehemann rügt eine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes insofern, als seine neue Partnerin angesichts der prekären Verhältnisse unmittelbar nach dem Mutterschaftsurlaub wieder gearbeitet habe, was gerichtlich von ihr auch verlangt werde, während eine Erwerbsarbeit bei seiner Ehefrau als unzumutbar erachtet werde, obwohl die beiden ehelichen Kinder viel älter seien und zufolge obligatorischer Beschulung auch bereits erheblich fremdbetreut würden. Sodann macht er geltend, dass es gegen das Willkürverbot verstosse, wenn das Obergericht für die Ehefrau eine Erwerbsarbeit als unzumutbar erachte, und zwar ohne konkrete Einzelfallprüfung, obwohl die Botschaft des Bundesrates zum Betreuungsunterhaltes eine solche in jedem Fall fordere. Die Kinder würden wie gesagt bereits in die Schule gehen und seien daher an den Vormittagen fremdbetreut; zudem habe er selbst einen Betreuungsanteil (zwei Nachmittage pro Woche) übernommen, so dass die Ehefrau ohne zusätzliche Fremdbetreuungskosten im Umfang von 70 % erwerbstätig sein und dabei als Raumpflegerin - als solche habe sie bereits während der Ehe gearbeitet - ein Einkommen von rund Fr. 2'238.45 erzielen und damit ihren eigenen Bedarf fast ganz decken könnte. Im Übrigen liege die im April 2016 erfolgte Trennung nunmehr schon länger zurück und die Ehefrau hätte sich längst auf die neue Situation einstellen können. Auf der anderen Seite sei seine eigene spezielle Situation (kein eigenes Einkommen, gesundheitliche Beeinträchtigung, knappe finanzielle Verhältnisse, drittes Kind aus neuer Beziehung) komplett ignoriert worden. Schliesslich sei nunmehr mit BGE 144 III 481 im Sinn einer Änderung der Rechtsprechung die 10/16-Regel verworfen und durch das Schulstufenmodell ersetzt worden. Mithin sei der Ehefrau jedenfalls im Sinn eines Eventualstandpunktes ein Erwerbspensum von 50 % zumutbar. Insgesamt sei das angefochtene Urteil äusserst stossend und trage es den tatsächlichen Gegebenheiten nicht Rechnung. Demgegenüber kommt die Ehefrau in ihrer Stellungnahme zum Schluss, dass keine verfassungsmässigen Rechte des Ehemannes verletzt worden seien. Das Obergericht habe eine Einzelfallprüfung vorgenommen und sei zum Schluss gekommen, dass sie kein Einkommen generieren könne, während dem Ehemann ein hypothetisches Einkommen in der Höhe des vor dem Unfall erzielten anzurechnen sei. Der Ehemann vergesse, dass sie keine Ausbildung und sich stets der Kinderbetreuung gewidmet habe, was auch sein Wunsch gewesen sei. Dennoch habe sie von sich aus per 1. Oktober 2018 eine Stelle als Reinigungskraft mit einem Pensum von zwei Stunden pro Tag angenommen; mehr könne von ihr nicht erwartet werden, weil sie die Kinder für die Schule vorbereiten, ihnen das Mittagessen kochen und dann mit ihnen die Hausaufgaben erledigen müsse, weshalb ein Pensum von 70 % völlig unrealistisch sei. Eine Fremdbetreuung und ein Mittagstisch würde sodann viel teurer zu stehen kommen als das Einkommen, das sie während dieser Zeit generieren könnte.

### **E. 4**

Die kantonalen Gerichte haben dem Beschwerdeführer - ausgehend vom Grundsatz, wonach im Zusammenhang mit der Bestreitung von Kindesunterhalt eine besondere Anstrengungspflicht gilt (vgl. hierzu das zur Publikation bestimmte Urteil 5A\_311/2019 vom 11. November 2020 E. 7.4 m.w.H.) - trotz offenbar nach wie vor bestehender gesundheitlicher Einschränkungen bei einer minimalen Übergangsfrist von einem Monat

hypothetisch das vor dem Autounfall generierte Einkommen aus einer Vollzeitstelle angerechnet. Dies wird nicht oder jedenfalls nicht explizit als willkürlich angefochten. Hingegen wird im Rahmen einer Willkürklage beanstandet, dass das Obergericht in Bezug auf die Zumutbarkeit einer Erwerbsarbeit bei den Ehegatten mit gänzlich anderen Massstäben und der Ehefrau angesichts der Schulpflichtigkeit der Kinder und der zum Teil auch von ihm übernommenen Betreuung eine teilzeitige Erwerbsarbeit möglich und zumutbar wäre. Die Beschwerdeführerin hat sich während des ehelichen Zusammenlebens der Erziehung der beiden Kinder mit Jahrgängen 2010 und 2011 gewidmet und diese stehen seit der Trennung unter ihrer alleinigen Obhut. Mit BGE 144 III 481 hat das Bundesgericht im Zusammenhang mit der Frage der Zumutbarkeit der (Wieder-)aufnahme einer Erwerbstätigkeit für den Elternteil, der sich bislang ausschliesslich der Kinderbetreuung gewidmet hat, die frühere 10/16-Regel durch das Schulstufenmodell ersetzt. Dieser Grundsatzentscheid erging am 21. September 2018, mithin kurz nach dem angefochtenen Urteil und konnte dem Obergericht folglich noch nicht bekannt sein. Dennoch erweisen sich dessen Erwägungen als willkürlich: Nicht erst das neue Schulstufenmodell, sondern bereits die 10/16-Regel hatte blossen Richtliniencharakter (vgl. BGE 144 III 481 E. 4.7.7 E. 499) und entband somit nicht von einer Prüfung der konkreten Situation. Vorliegend springt ins Auge, dass das dem Ehemann hypothetisch angerechnete Einkommen zur Finanzierung von zwei Haushalten nicht ausreicht; entsprechend hat das Obergericht denn auch gemäss Art. 301a lit. c ZPO die fehlenden Summen zur vollständigen Deckung des Kindesunterhaltes im Dispositiv festgehalten, nämlich Fr. 663.50 pro Kind ab 17. August 2017 bis Dezember 2017 und Fr. 693.-- pro Kind ab Mai 2018, wobei für den Zeitraum von Januar bis April 2018 sogar der ganze Kindesunterhalt ungedeckt bleibt. Dazu kommt, dass die Kinder offenbar bereits zum damaligen Zeitpunkt eingeschult waren und überdies auch der Ehemann unter der Woche einen Betreuungsanteil wahrnimmt. Vor diesem Hintergrund erweist es sich als willkürlich, wenn das Obergericht abstrakt auf die 10/16-Regel verwiesen hat. Der sich anschliessende Satz, "selbst bei einer Verschiebung der für die Erwerbsaufnahme relevanten Altersgrenze der Kinder nach unten" wäre "aktuell noch keine Erwerbstätigkeit zuzumuten", weil es um zwei Kinder gehe, stellt jedenfalls ebenso wenig eine konkrete Prüfung dar, sondern beinhaltet wiederum eine abstrakte Aussage. Überdies trifft der Vorwurf an die kantonalen Gerichte zu, angesichts der konkreten Verhältnisse bei den Ehegatten in Bezug auf die Zumutbarkeit der (Wieder-)aufnahme einer Erwerbsarbeit nicht den gleichen Massstab verwendet zu haben, indem sie bei der Ehefrau abstrakt von einer Unzumutbarkeit jeglicher Erwerbsarbeit ausgegangen sind, während sie bei ihm (letztlich auch abstrakt) festgehalten haben, dass er unbekümmert um entgegenstehende ärztliche Atteste zu 100 % arbeitsfähig sei. Ob damit formell eine Verletzung des verfassungsmässigen Gebotes der Rechtsgleichheit geltend gemacht wird - explizit wird dieses letztlich nur im Kontext zwischen den Kindern aus der Ehe und seinem weiteren Sohn sowie zwischen der Ehefrau und der neuen Partnerin angerufen, indem dieser eine Erwerbstätigkeit zugemutet werde, welche nicht gleichermassen von der Ehefrau gefordert werde -, kann offen bleiben, da bereits das Willkürverbot verletzt ist.

## **E. 5**

Der angefochtene Entscheid ist mithin aufzuheben und zur Tatsachenfeststellung und neuen Entscheidung an das Obergericht zurückzuweisen. Im Rahmen der für Kinderbelange zum Tragen kommenden Offizialmaxime wird das Obergericht nicht die damaligen, sondern die heutigen Verhältnisse abzuklären haben (vgl. Urteil 5A\_397/2018 vom 16. August 2018 E. 4.3.3) und in rechtlicher Hinsicht wird es für die Frage der Zumutbarkeit dem in BGE 144

III 481 dargelegte Schulstufenmodell folgen.

#### **E. 6**

Bei Aufhebung des angefochtenen Entscheides und Rückweisung zur neuen Beurteilung wird der Beschwerdeführer nach ständiger Praxis als obsiegend betrachtet, weshalb die Beschwerdegegnerin für das bundesgerichtliche Verfahren kosten- und entschädigungspflichtig wird ( Art. 66 Abs. 1 und Art. 68 Abs. 2 BGG ). Beide Parteien haben ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege gestellt und sind augenfällig prozessarm, weshalb die Gesuche gutzuheissen und beide Seiten je zu verbeiständen sind ( Art. 64 Abs. 1 und 2 BGG ). Die unentgeltliche Rechtspflege gilt nur für die eigenen Parteikosten; das bedeutet, dass die der Ehefrau erteilte unentgeltliche Rechtspflege die der Gegenseite geschuldete Entschädigung nicht umfasst. Indes steht angesichts der Fürsorgeabhängigkeit der Ehefrau von vornherein fest, dass das Inkasso für die Entschädigung scheitern wird, weshalb es sich rechtfertigt, die betreffenden Kosten im Rahmen der dem Ehemann gewährten unentgeltlichen Rechtspflege ebenfalls ab initio aus der Bundesgerichtskasse zu zahlen.

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