

BL_GERICHTE 2018-03-06-zr-1 vom 6. März 2018

BL Gerichte, 2018-03-06, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bl_gerichte_2018-03-06-zr-1

FR: BL_GERICHTE 2018-03-06-zr-1 du 6 mars 2018

IT: BL_GERICHTE 2018-03-06-zr-1 del 6 marzo 2018

Regeste

Eheschutz: Hypothetisches Einkommen / rückwirkende Anrechnung ab dem Tag der Einkommensverminderung oder des Einkommensverzichts

Erwägungen

E. 1

Gegen Eheschutzentscheide, welche in Anwendung des summarischen Verfahrens ergehen (vgl. Art. 271 lit. a ZPO), kann gemäss Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO Berufung erhoben werden, sofern der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens CHF 10'000.00 beträgt. Die Berufung ist schriftlich und begründet innert zehn Tagen seit Zustellung des begründeten Entscheides bzw. seit der nachträglichen Zustellung der Entscheidungsbegründung bei der Rechtsmittelinstanz einzureichen (Art. 314 Abs. 1 i.V.m. Art. 311 Abs. 1 ZPO). Im vorliegenden Fall wurde das schriftlich begründete Urteil des Zivilkreisgerichtspräsidenten Basel-Landschaft Ost vom 19. September 2017 der Ehefrau bzw. ihrem Rechtsvertreter am 20. Oktober 2017 zugestellt. Die Berufungseingabe vom 30. Oktober 2017 wurde gleichentags der Schweizerischen Post übergeben und damit rechtzeitig eingereicht. Im vorinstanzlichen Verfahren hat die Berufungsklägerin ab 1. Dezember 2016 monatliche Kinderunterhaltsbeiträge von insgesamt CHF 2'000.00 und einen monatlichen Ehegattenunterhalt von CHF 500.00 beantragt, so dass der erforderliche Streitwert gemäss Art. 308 Abs. 2 ZPO bei Weitem erreicht ist (vgl. Art. 92 Abs. 2 ZPO). Auch die weiteren formellen Voraussetzungen sind in casu klarerweise erfüllt. Auf die vorliegende Berufung ist somit einzutreten. Gemäss § 5 Abs. 1 lit. a EG ZPO ist das Präsidium der Abteilung Zivilrecht des Kantonsgerichts für die Beurteilung von Berufungen gegen Entscheide der Präsidien der Zivilkreisgerichte, die im summarischen Verfahren ergangen sind, sachlich zuständig. 2.1 In materieller Hinsicht strittig und zu prüfen ist vorab die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens des Berufungsbeklagten. Die Leistungsfähigkeit ist das wirtschaftliche Potenzial, welches nach Deckung des notwendigen Eigenbedarfs übrig bleibt. Es wird dabei auf die gegenwärtigen und voraussehbaren künftigen Verhältnisse abgestellt. In erster Linie ist von den Einkünften, dem Arbeitserwerb, Gewinnanteilen, Erwerbsersatzeinkommen etc. auszugehen. Grundsätzlich ist vom tatsächlich erzielten Einkommen auszugehen. Soweit dieses Einkommen allerdings nicht ausreicht, um den ausgewiesenen Bedarf zu decken, kann ein hypothetisches Einkommen angerechnet werden. Die Anrechnung eines hypothetischen, höheren Einkommens hat keinen pönalen Charakter. Es geht vielmehr darum, dass der Unterhaltspflichtige das Einkommen zu erzielen hat, welches ihm zur Erfüllung seiner Pflichten tatsächlich möglich und zumutbar ist. Hierzu bedarf es zweier Voraussetzungen, die kumulativ erfüllt sein müssen. Damit ein Einkommen überhaupt oder 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 als zumutbar erscheint. Tatfrage bildet hingegen, ob die als zumutbar erkannte Tätigkeit möglich und das angenommene Einkommen effektiv erzielbar ist (BGE 137 III 118 E. 2.3; BGE 126 III

Seite 5

<http://www.bl.ch/kantonsgericht> 10 E. 2b S. 13 oben; BGE 128 III 4 E. 4c/bb S. 7; Urteil 5A_388/2010 vom 29. September 2010 E. 1). Geht die Einkommensverminderung auf eine freiwillige und einseitige Entscheidung des Unterhaltspflichtigen zurück, obschon er wusste oder wissen musste, dass ihn eine Unterhaltspflicht trifft, so ist eine solche Verschlechterung in der Regel unbeachtlich; der Unterhaltsschulder soll die Folgen seines einseitig getroffenen Entscheides selber tragen und nicht auf den Unterhaltsgläubiger abwälzen. Die Konsequenz aus diesem Grundsatz besteht insbesondere darin, von der bisherigen höheren Leistungsfähigkeit des Unterhaltsverpflichteten auszugehen und ihm dementsprechend rückwirkend ab dem Tag der Einkommensverminderung oder des Einkommensverzichts ein hypothetisches Einkommen anzurechnen (BGE 5A_372/2016 vom 18. November 2016 E. 3.1). Davon ist allerdings ausnahmsweise abzugehen, wenn die vom Unterhaltsverpflichteten gutgläubig getroffenen Dispositionen nicht mehr rückgängig gemacht werden können; in diesem Fall hat die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens zu unterbleiben (BGE 128 III 4 E. 4). Vermindert der Unterhaltspflichtige sein Einkommen jedoch in Schädigungsabsicht, so ist auch dann ein hypothetisches Einkommen anrechenbar, wenn die Einkommensverminderung nicht mehr rückgängig gemacht werden kann (BGE 143 III 233 E. 3.4). Aus welchem Grund ein Unterhaltspflichtiger auf das ihm angerechnete höhere Einkommen verzichtet, ist im Prinzip unerheblich (BGE 128 III 4 E. 4.a, BGE 5A_170/2007 E. 3.1 und 5A_290/2010 E. 3.1). Ferner ist zu beachten, dass im Verhältnis zum unmündigen Kind besonders hohe Anforderungen an die Ausnutzung der Erwerbskraft zu stellen sind, besonders bei engen wirtschaftlichen Verhältnissen. Das heisst, dass sich die Eltern in beruflicher und unter Umständen auch in örtlicher Hinsicht entsprechend ausrichten müssen, um ihre Arbeitskapazität maximal auszuschöpfen; insbesondere kann der (an sich zulässige) Wegzug ins Ausland unbeachtlich bleiben, wenn eine weitere Arbeitstätigkeit in der Schweiz als zumutbar zu erachten ist. Dem unterhaltspflichtigen Elternteil steht es insofern nicht frei, nach Belieben ganz oder teilweise auf ein bei zumutbarer Anstrengung erzielbares Einkommen zu verzichten, um persönliche Wünsche und Pläne zu verwirklichen. Dass diese der Unterhaltspflicht hintenanzustehen haben, ergibt sich aus dem Wesen des sog. hypothetischen Einkommens zwangsläufig. Dessen Anrechnung bedeutet in der Regel auch keine Verletzung verfassungsmässiger Rechte. Indessen muss die Erzielung eines entsprechenden Einkommens nebst der tatsächlichen Möglichkeit, die sich anhand von Faktoren wie Alter, Gesundheit, Ausbildung, Berufserfahrung, Arbeitsmarktlage, Erziehungspflichten etc. bestimmt, nach der eingangs zitierten Rechtsprechung auch zumutbar sein (BGE 5A_513/2012 vom 17. Oktober 2012 E. 4 mit weiteren Hinweisen). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung werden Unterhaltsbeiträge auch dann nicht reduziert, wenn der Verpflichtete nach einer fristlosen Kündigung freiwillig ins Ausland zieht und dort weniger Einkommen erzielt, obwohl es für ihn zumutbar und möglich gewesen wäre, in der Schweiz weiterhin das bisherige

Einkommen zu erzielen (BGer 5A_662/2013 vom 24. Juni 2014 E. 3.3). 2.2 Der Berufungsbeklagte hat sich vorliegend gemäss Auskunft der Gemeinde X.____ ins Ausland abgesetzt und wurde mittels Verfügung per 28. Juli 2017 nach Unbekannt abgemeldet. Gemäss den Ausführungen der Berufungsklägerin ist er in sein Heimatland Sri Lanka weggezogen, wobei sein genauer Aufenthaltsort innerhalb des Landes nicht bekannt ist. Die Tatsache, dass sich die Ehegatten per 1. Dezember 2016 getrennt haben und der Berufungsbeklagte nun zumindest seit Ende Juli 2017 trotz der beiden gemeinsamen unmündigen Kinder in der

Seite 6

<http://www.bl.ch/kantonsgericht> Schweiz ins Ausland gezogen ist, deutet auf eine Umgehung der Trennungsfolgen und mithin auch der Unterhaltsverpflichtung des Berufungsbeklagten hin. Da das Bundesgericht bereits bei einer fristlosen Kündigung durch den Arbeitgeber und einem darauffolgenden Wegzug ins Ausland des Unterhaltspflichtigen die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens bejaht, so muss dies jedenfalls auch dann gelten, wenn der Unterhaltspflichtige selbst freiwillig seine Arbeitsstelle gekündigt hat. Aufgrund der Annahme, dass der Berufungsbeklagte in Schädigungsabsicht auf sein Einkommen in der Schweiz verzichtet, kann offen bleiben, ob die zumutbare Erwerbstätigkeit als Reinigungskraft in der Schweiz realisierbar im Sinne der Rückgängigmachung der getroffenen Dispositionen ist. Selbst wenn der Berufungsbeklagte in seinem Heimatland Sri Lanka kein Einkommen erzielen können, welches es ihm ermöglichen würde, mehr als seinen eigenen Bedarf zu decken, stellt dies keinen Ausschlussgrund für die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens dar. Auch die Argumentation der Vorinstanz, eine solche Anrechnung könne nicht rückwirkend in Frage kommen, widerspricht der eingangs zitierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung (BGer 5A_372/2016 vom 18. November 2016), wonach im Falle einer einseitigen und freiwilligen Entscheidung zur Verminderung des Einkommens die Anrechnung des hypothetischen Einkommens rückwirkend ab dem Tage der Verminderung zu erfolgen hat. Die Einräumung einer Übergangsfrist erübrigt sich in einer solchen Konstellation ebenfalls, da eine solche nur pro futuro angeordnet werden kann und bei einer rückwirkenden Anrechnung eines hypothetischen Einkommens hinfällig wird.

E. 3

Es gilt weiter zu berücksichtigen, dass die Verteilung der Barunterhaltsbeitragspflicht unter den Eltern nach Massgabe der beiderseitigen Leistungsfähigkeit festzusetzen ist. Soweit bei einem alleinig betreuenden Elternteil eine eigene Leistungsfähigkeit besteht, die nicht allein aus Vermögensertrag resultiert, ist den mit der Doppelbelastung durch die Kinderbetreuung und die Erwerbstätigkeit regelmässig verbundenen Einschränkungen in der eigenen Lebensführung angemessen Rechnung zu tragen. Daran ändert die Einführung des Betreuungsunterhalts (soweit ein solcher überhaupt geschuldet ist) nichts, da der alleinig betreuende Elternteil daneben weiterhin Naturalunterhalt erbringt, welcher nicht durch Betreuungsunterhalt abgegolten wird und der bei der Verteilung der Barunterhaltskosten zu berücksichtigen ist (SCHWEIGHAUSER, FamKomm Scheidung, 3. Aufl. 2017, Art. 285 N 42 ff.). Vor diesem Hintergrund ist die Berechnung der Vorinstanz in Frage zu stellen, welche die Unterdeckung des Barbedarfs der beiden Kinder C.____ und D.____ von je CHF 100.00 gemäss Urteilsbegründung lediglich mit Blick auf das Erwerbseinkommen der alleinig betreuenden Kindsmutter ermittelt und in Ziff. 4 des Dispositivs den Ehemann von jeglicher Unterhaltspflicht entbindet. Die blosser Feststellung einer Unterdeckung des

Barbedarfs der minderjährigen Kinder unter alleiniger Berücksichtigung des Erwerbseinkommens des betreuenden Elternteils, ohne Festsetzung eines geschuldeten Barunterhalts durch den nichtbetreuenden Elternteil, kann nicht im Sinne des Gesetzgebers sein. 4.1 Die vorstehenden Ausführungen haben aufgezeigt, dass sich die Berufung als begründet herausstellt. Wird der angefochtene Entscheid nicht vollumfänglich bestätigt, so hat die Berufungsinstanz gemäss Art. 318 Abs. 1 ZPO im Umfange der Gutheissung der Berufung neu zu entscheiden oder die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen. Art. 318 Abs. 1 ZPO ist als Kann-Vorschrift formuliert. Stellt sich die Berufung als begründet heraus und liegt ein Rückweisungsgrund gemäss Art. 318 Abs. 1 lit. c ZPO vor, liegt es im pflichtgemässen Ermessen der

Seite 7

<http://www.bl.ch/kantonsgericht> Berufungsinstanz, ob sie einen neuen Entscheid in der Sache oder einen Rückweisungsentscheid fällt (vgl. LEUENBERGER / UFFER-TOBLER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 2016, Rz. 12.59). Art. 318 Abs. 1 lit. c ZPO nennt zwei alternative Fälle, in welchen die Rechtsmittelinstanz zur Rückweisung der Sache an die erste Instanz berechtigt ist. So ist gemäss Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 1 ZPO eine Rückweisung zulässig, wenn ein wesentlicher Teil der Klage nicht beurteilt wurde. Ist der Sachverhalt in wesentlichen Teilen zu vervollständigen, so kann die Berufungsinstanz das vorinstanzliche Urteil aufheben und die Vorinstanz in Anwendung von Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 2 ZPO anweisen, weitere Fragen abzuklären, um sodann ein neues Urteil zu fällen. Dies kann insbesondere dann der Fall sein, wenn die erste Instanz überhaupt kein oder kein vollständiges Beweisverfahren durchgeführt hat bzw. wenn noch verschiedene Beweismittel abzunehmen sind. Es ist grundsätzlich nicht Aufgabe der Berufungsinstanz, den Sachverhalt anstelle der ersten Instanz zu erstellen (REETZ/HILBER, Basler Kommentar ZPO, 3. Aufl. 2017, Art. 318 N 34). 4.2 Im Eheschutzverfahren hat das Gericht gemäss Art. 272 ZPO den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen. Dies bedeutet, dass im Eheschutzverfahren ungeachtet der Frage, welcher Regelungsbereich zur Diskussion steht, die sog. beschränkte Untersuchungsmaxime zur Anwendung gelangt. Sind im Rahmen eines Eheschutzverfahrens auch Kinderbelange zu entscheiden, so geht Art. 296 Abs. 1 ZPO vor, weshalb insofern die uneingeschränkte Untersuchungsmaxime gilt (ANNETTE SPYCHER, in: H. Hausheer / H.P. Walter [Hrsg.], Berner Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Band II, Bern 2012, Art. 272 N 3 f., S. 2607 f.). Einige Äusserungen der Berufungsklägerin im Rahmen des vorinstanzlichen Verfahrens zu ihrem eigenen Bedarf und sämtliche ihrer Verlautbarungen zur bisherigen beruflichen Tätigkeit des Berufungsbeklagten und seinem entsprechenden monatlichen Einkommen sind nicht belegt, womit der Sachverhalt nicht genügend erstellt ist. Es sind somit alle zur Anrechnung eines hypothetischen Einkommens und zur Unterhaltsberechnung relevanten Beweise einzuholen. Dies stellt einen wesentlichen Teil der Sachverhaltsermittlung dar und ist nicht Aufgabe der Berufungsinstanz. Nach dem Gesagten ist die Berufung gutzuheissen. Das Urteil des Zivilkreisgerichts Basel-Landschaft Ost vom 19. September 2017 wird aufgehoben und an die Vorinstanz zur Neubeurteilung zurückgewiesen.

E. 5

Abschliessend ist noch über die Verlegung der Prozesskosten, bestehend aus den Gerichtskosten sowie der Parteientschädigung (Art. 95 Abs. 1 ZPO), zu befinden. Massgebend für die Regelung der Kostenfolgen sind die Bestimmungen der Art. 104 ff. ZPO, die auch

im Berufungsverfahren gelten (BOTSCHAFT ZPO, S. 7296). Gemäss Art. 106 Abs. 1 ZPO werden die Prozesskosten der unterliegenden Partei auferlegt. Weist die Berufungsinstanz die Sache vollumfänglich an die Vorinstanz zurück, so wird in der Regel nur über die zweitinstanzlichen Kosten entschieden. In Anwendung von § 9 Abs. 1 i.V. mit § 8 Abs. 1 lit. a der Verordnung vom 15. November 2010 über die Gebühren der Gerichte (SGS 170.31; Gebührentarif) wird die Entschädigung für das zweitinstanzliche Verfahren auf pauschal CHF 2'000.00 festgelegt und geht infolge Obsiegens der Berufungsklägerin zu Lasten des Berufungsbeklagten. Überdies hat der Berufungsbeklagte der Berufungsklägerin eine Parteientschädigung zu bezahlen. Da der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin den im kantonsgerichtlichen Verfahren getätigten Bemühungsaufwand nicht ausgewiesen hat, ist die Parteientschädigung nach Ermessen festzu-

Seite 8

<http://www.bl.ch/kantonsgericht> setzen (vgl. § 18 Abs. 1 TO). Die Kosten der berufsmässigen Vertretung sind nach Zeitaufwand zu einem Ansatz von CHF 250.00 zu berechnen. Der entsprechende Aufwand ist in Anbetracht der Schwierigkeit und Bedeutung der Sache auf fünf Stunden zuzüglich einer Pauschale für die Auslagen von CHF 20.00 und der Mehrwertsteuer von 8% zu bestimmen. Nach Art. 122 Abs. 2 ZPO wird die unentgeltliche Rechtsbeiständin oder der unentgeltliche Rechtsbeistand vom Kanton angemessen entschädigt, wenn die unentgeltlich prozessführende Partei obsiegt und die Parteientschädigung bei der Gegenpartei nicht oder voraussichtlich nicht einbringlich ist. Der aktuelle Aufenthaltsort des Berufungsbeklagten ist nicht bekannt und von einer baldigen Rückreise seinerseits in die Schweiz ist nicht auszugehen, weshalb er voraussichtlich auch nicht mit Erfolg belangt werden kann. Folglich ist in Anwendung der vorgenannten Bestimmung die Rechtsvertreterin der Berufungsklägerin gestützt auf Art. 122 Abs. 2 ZPO aus der Gerichtskasse zu entschädigen. Es besteht lediglich Anspruch auf eine „angemessene“ Entschädigung im Sinne von Art. 122 Abs. 1 lit. a ZPO. Es handelt sich dabei um eine Art Ausfallhaftung des Kantons, welche auf dem besonderen öffentlich-rechtlichen Charakter der unentgeltlichen Rechtspflege basiert (GASSER/RICKLI, Kurzkomentar ZPO, 2. Aufl. 2014, N 5 zu Art. 122 ZPO). Anwendbar ist mithin der Ansatz bei unentgeltlicher Verbeiständung gemäss § 3 Abs. 2 TO (SGS 178.112) in der Höhe von CHF 200.00. Dies ergibt bei einem Aufwand von fünf Stunden eine Entschädigung von insgesamt CHF 1'101.60, bestehend aus einem Honorar von CHF 1'000.00, zzgl. Auslagen von pauschal CHF 20.00 und Mehrwertsteuer von CHF 81.60 und ist dem Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin aus der Gerichtskasse zu entrichten. Mit der Zahlung der Entschädigung von CHF 1'101.60 an den Rechtsvertreter der Berufungsklägerin aus der Gerichtskasse geht der Anspruch in gleicher Höhe gegenüber dem Berufungsbeklagten auf den Kanton über.

Seite 9

<http://www.bl.ch/kantonsgericht>

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