

# **BL\_GERICHTE 400 20 293 vom 25. März 2021**

BL Gerichte, 2021-03-25, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bl\\_gerichte\\_400\\_20\\_293](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bl_gerichte_400_20_293)

FR: BL\_GERICHTE 400 20 293 du 25 mars 2021

IT: BL\_GERICHTE 400 20 293 del 25 marzo 2021

## **Regeste**

Eheschutz

## **Erwägungen**

### **E. 2**

Nach Art. 317 Abs. 1 ZPO können im Berufungsverfahren neue Tatsachen und Beweismittel nur noch berücksichtigt werden, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden (lit. a) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (lit. b). Diese Einschränkung gilt nach überzeugender bundesgerichtlicher Rechtsprechung allerdings nicht, wenn - wie hier - die uneingeschränkte Untersuchungsmaxime zur Anwendung gelangt (Art. 296 Abs. 1 ZPO; dazu BGE 144 III 349 E. 4.2.1; KGE BL 400 19 18 vom 14. Mai 2019 E. 2.2; 400 18 204 vom 2. April 2019 E. 1.3). Im vorliegenden Berufungsverfahren können daher die von den Parteien bis zur Urteilsberatung vorgebrachten Noven zugelassen werden. Anders verhält es sich in einem allfälligen Beschwerdeverfahren vor Bundesgericht, in welchem eine Novenbeschränkung gilt (Art. 99 Abs. 1 BGG; BGer 5A\_190/2017 vom 7. März 2018 E. 2.3). Ist der Eheschutzentscheid einmal rechtskräftig, kann eine Abänderung des Entscheids entgegen den Ausführungen der Berufungsbeklagten nicht bereits nach jedem Monatslohn, der sich vom vorangehenden Monatslohn unterscheidet, sondern nach Art. 179 Abs. 1 ZGB erst bei Vorliegen von wesentlichen und dauerhaften Veränderungen der Verhältnisse erfolgreich beantragt werden (dazu KGE BL 400 19 178 vom 24. September 2019 E. 6; BSK ZGB-Isenring/Kessler, 6. Aufl., 2018, Art. 179 N 3 f. m.w.H.; KUKO ZGB- Fankhauser, 2. Aufl., 2018, Art. 179 N 3 ff. m.w.H.). 3.1 Die Vorinstanz verzichtete darauf, der Berufungsbeklagten ein hypothetisches Einkommen anzurechnen mit der Begründung, dass grundsätzlich auf das tatsächlich erzielte Einkommen abzustellen sei. Die Berufungsbeklagte habe seit August 2019 ein monatliches Einkommen von CHF 700.00 als Beraterin für Kindermode und von CHF 100.00 für ihre Tätigkeit im Schulrat erwirtschaftet. Der Berufungsbeklagten sei im Moment noch kein hypothetisches Einkommen anzurechnen, jedoch sei sie zu verpflichten, sich um eine Ausdehnung der Erwerbstätigkeit nach Massgabe des sog. Schulstufenmodells zu bemühen. Demgegenüber beantragt der Berufungskläger, dass der Berufungsbeklagten ab 1. Juli 2020, also ab dem Monat der Anhängigmachung des Eheschutzverfahrens am 3. Juli 2020, ein hypothetisches Nettoeinkommen von mindestens CHF 2'000.00 angerechnet werde. Sie habe bereits seit einem Jahr, allerspätestens seit Anfang Juli 2020, gewusst, dass von ihr gemäss dem Schulstufenmodell ein Arbeitspensum von 50% erwartet werde. An der Eheschutzverhandlung sei nicht umstritten gewesen, dass sie damit mindestens CHF 2'000.00 verdienen könne. Die beiden gemeinsamen Töchter seien neun und sechseinhalb Jahre alt und würden im Vergleich zu anderen Kindern gleichen Alters keiner besonderen

Betreuung bedürfen. Die Berufungsbeklagte hält dem entgegen, dass die Betreuung ihrer drei Kinder, d.h. einschliesslich der nicht gemeinsamen elfjährigen Tochter E.\_\_\_\_, eine Abweichung vom Schulstufenmodell beziehungsweise eine längere Übergangsfrist zur Erhöhung der Arbeitstätigkeit rechtfertige. Aufgrund der Corona Pandemie verfüge sie zudem auf dem Arbeitsmarkt über keine Chancen, zumal sie seit der Geburt ihrer Tochter E.\_\_\_\_ nicht mehr in einem wesentlichen Umfang erwerbstätig gewesen sei. Der vorinstanzliche Entscheid sei daher nicht zu beanstanden.

3.2 Im angefochtenen Entscheid fasst die Vorinstanz die Voraussetzungen für die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens zusammen. Danach darf das Gericht bei der Unterhaltsbemessung vom tatsächlich erzielten Einkommen des Unterhaltsberechtigten (wie auch des Unterhaltsverpflichteten) abweichen und stattdessen von einem hypothetischen Einkommen ausgehen, sofern es für den betroffenen Ehegatten zumutbar und möglich ist, ein höheres als das tatsächlich erzielte Einkommen zu erreichen (BGer 5A\_1005/2017 vom 23. August 2018 E. 3.1.2; BGE 128 III 4a). Die Zumutbarkeit als auch die Möglichkeit, ein Einkommen zu erzielen, müssen kumulativ erfüllt sein. Welche Tätigkeit aufzunehmen als zumutbar erscheint, ist eine Rechtsfrage. Tatfrage bildet hingegen, ob die als zumutbar erkannte Tätigkeit möglich und das angenommene Einkommen effektiv erzielbar ist (BGer 5A\_743/2017 vom 22. Mai 2019 E. 5.3.2). Bei der Prüfung der tatsächlichen Erwerbsmöglichkeit sind die üblichen Kriterien wie das Alter, die Gesundheit, die Ausbildung und weitere persönlichen Fähigkeiten des betroffenen Ehegatten sowie die Drittbetreuungsmöglichkeiten und die Arbeitsmarktlage zu berücksichtigen (BGE 144 III 481 E. 4.7.8; 128 III 4 E. 4a; BGer 5A\_201/2016 vom 22. März 2017 E. 8.1; KGE BL 400 19 240 vom 10. Dezember 2019 E. 8.2). Die Vorinstanz weist in ihren Erwägungen zudem auf das mit BGE 144 III 481 eingeführte sog. Schulstufenmodell hin. Anschliessend unterlässt sie es jedoch, diese soeben genannten Kriterien auf den zu beurteilenden Fall anzuwenden. Sie begnügt sich mit der Bemerkung, dass dem Grundsatz nach vom tatsächlich erzielten Einkommen der Berufungsbeklagten auszugehen sei. Die Vorinstanz hätte aber prüfen und begründen müssen, ob bzw. weshalb es der Berufungsbeklagten in der vorliegenden Konstellation unzumutbar sei, ihre Erwerbstätigkeit auszudehnen. Bei gegebener subjektiver Zumutbarkeit hätte sich die Vorinstanz des Weiteren darüber äussern müssen, ob bzw. weshalb es der Berufungsbeklagten objektiv unmöglich sei, ihre Erwerbstätigkeit auszudehnen und ein höheres Erwerbseinkommen zu erzielen. Mit dem Verzicht auf eine konkrete Prüfung der Anrechenbarkeit eines hypothetischen Einkommens bei der Berufungsbeklagten hat die Vorinstanz die aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör fliessende Begründungspflicht verletzt. Die Rüge des Berufungsklägers ist daher berechtigt. Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist formeller Natur, weshalb seine Verletzung ungeachtet der materiellen Begründetheit der Berufung zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids führt (BGer 4A\_453/2016 vom 16. Februar 2017 E. 2.4). Demzufolge sind einerseits die Dispositivziffern 12 und 13 des angefochtenen Entscheids vom 27. Oktober 2020, welche den Umfang der Erwerbstätigkeit bzw. das Einkommen der Berufungsbeklagten zum Gegenstand haben, aufzuheben. Andererseits müssen auch die Dispositivziffern 8 und 9 des Eheschutzentscheides vom 27. Oktober 2020, mit denen die Kinderunterhaltsbeiträge für die gemeinsamen Töchter C.\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_ festgelegt wurden, aufgehoben werden, da sich die Höhe des anzurechnenden Erwerbseinkommens der Berufungsbeklagten auf die Höhe der vom Berufungskläger zu leistenden Kinderunterhaltsbeiträge auswirkt.

3.3 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 Berufungsinstanz, ob sie einen neuen Entscheid in der Sache oder einen Rückweisungsentscheid fällt (KGE BL 400 16 300 vom 25. Oktober 2016 E. 3; Leuenberger/Uffer-Tobler, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl., 2016, Rz. 12.59). Nach Art. 318 Abs. 1 lit. c ZPO fällt eine Rückweisung in Betracht, wenn ein wesentlicher Teil der Klage nicht beurteilt wurde oder der Sachverhalt in wesentlichen Teilen zu vervollständigen ist. Eine Rückweisung des Falles an die Vorinstanz zur Neuurteilung kann indessen selbst bei schwerwiegenden Verletzungen des rechtlichen Gehörs unterbleiben und der formelle Mangel im Rechtsmittelverfahren «geheilt» werden, wenn das rechtliche Gehör im Rechtsmittelverfahren nachgeholt werden kann, die Rechtsmittelbehörde sowohl den Sachverhalt als auch die Rechtslage frei überprüfen kann und eine Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu einer unnötigen Verzögerung des Verfahrens führen würde, die mit dem der Anhörung gleichgestellten Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären (BGE 137 I 195 E. 2.3.2; 133 I 201 E. 2.2; KGE BL 400 19 142 vom 10. September 2019 E. 4.3 m.w.H.).

Nachfolgend ist zu prüfen, ob die Rechtsmittelinstanz, welche im vorliegenden Berufungsverfahren über eine freie Kognition in Sachverhalts- und Rechtsfragen verfügt, das rechtliche Gehör nachträglich gewähren und in der Sache urteilen kann, oder ob sie den Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen hat.

3.4 Bei der Prüfung der Zumutbarkeit zur Ausdehnung der Erwerbstätigkeit ist das vom Bundesgericht entwickelte Schulstufenmodell zur Anwendung zu bringen, nach welchem dem hauptbetreuenden Elternteil zuzumuten ist, ab der obligatorischen Einschulung des jüngsten Kindes grundsätzlich eine Erwerbsarbeit zu 50% auszuüben, ab dessen Eintritt in die Sekundarstufe zu 80% und ab seinem vollendeten 16. Lebensjahr zu 100%. Von diesem Grundsatz kann bei Vorliegen von besonderen Umständen aufgrund pflichtgemässer richterlicher Ermessensausübung abgewichen werden (BGE 144 III 481 E. 4.7.6 ff.; KGE BL 400 20 204 vom 29. Dezember 2020 E. 4.10). Beispielsweise können komfortable wirtschaftliche Familienverhältnisse sowie ein erhöhter Betreuungsaufwand bei mehreren zu betreuenden Kindern oder bei Kindern mit gesundheitlichen Beeinträchtigungen ein Abweichen von den soeben erörterten bundesgerichtlichen Richtlinien bzw. eine längere Übergangsfrist zur Aufnahme oder Erhöhung der Arbeitstätigkeit rechtfertigen (BGer 5A\_963/2018 vom 23. Mai 2019 E. 3.3.2; 5A\_978/2018 vom 15. April 2019 E. 4.1; 5A\_931/2017 vom 1. November 2018 E. 3.1.2). Im hier zu beurteilenden Fall bringt die Berufungsbeklagte als Grund für ein Abweichen vom Schulstufenmodell vor, dass sie drei Kinder zu betreuen habe. Eine Betreuung von drei Kindern im Alter von sechseinhalb, neun und elfeinhalb Jahren genügt für sich alleine jedoch noch nicht für das Vorliegen von besonderen Umständen, andernfalls das Gericht in allen Fällen mit mehr als zwei zu betreuenden Kindern stets vom Grundsatz des Schulstufenmodells abweichen müsste, was nicht angehen kann. Vielmehr bedarf es auch bei einer Betreuung von drei Kindern zusätzlicher Gründe, welche im Gesamtkontext ein Abweichen vom Schulstufenmodell rechtfertigen. Der von der Berufungsbeklagten vorgebrachte Grund, dass sie seit der Geburt ihrer elfjährigen vorehelichen Tochter E. \_\_\_\_\_ nicht mehr in einem wesentlichen Umfang erwerbstätig gewesen sei, schliesst die Zumutbarkeit zur Ausdehnung der Erwerbstätigkeit nicht aus. Die Berufungsbeklagte bringt sodann nicht vor und es ergibt sich auch nicht aus den Akten, dass die drei Kinder aus

gesundheitlichen oder anderen Gründen einen höheren als den üblichen Betreuungsbedarf aufweisen würden. Damit ist aufgrund der sich präsentierenden Sachlage grundsätzlich von der subjektiven Zumutbarkeit der Berufungsbeklagten zur Erwerbstätigkeit zu 50% auszugehen. Welches Arbeitspensum die Berufungsbeklagte mit ihren Tätigkeiten als Beraterin für Kindermode und im Schulrat derzeit bekleidet, ist allerdings unbekannt. Weder äusserten sich die Parteien dazu noch klärte die Vorinstanz das aktuelle Arbeitspensum der Berufungsbeklagten ab, wozu sie aufgrund ihrer gerichtlichen Untersuchungspflicht gemäss Art. 272 und 296 Abs. 1 ZPO verpflichtet wäre. Der Umfang der Erwerbstätigkeit der Berufungsbeklagten erschliesst sich auch nicht aus ihren aktenkundigen Lohnunterlagen. Folglich lässt sich nicht beurteilen, ob die Berufungsbeklagte aktuell einer Erwerbstätigkeit von 50% nachgeht. Unter den gegebenen Umständen bleibt mangels Spruchreife nichts Anderes übrig, als den Fall an die Vorinstanz zurückzuweisen mit der Anweisung, das derzeitige Arbeitspensum der Berufungsbeklagten zu ermitteln und anschliessend die subjektive Zumutbarkeit der Berufungsbeklagten zur Ausdehnung ihrer Erwerbstätigkeit zu prüfen. Im Weiteren ist gegebenenfalls die tatsächliche Möglichkeit zur Mehrarbeit und Erzielung eines höheren Verdienstes zu beurteilen. Hierbei sind namentlich die Gesundheit, das Alter und die Ausbildung der Berufungsbeklagten sowie die Drittbetreuungsmöglichkeiten und die Arbeitsmarktlage zu berücksichtigen. Die Ausschöpfung der Eigenversorgungskapazität der Berufungsbeklagten sollte letztlich zu einer spürbaren wirtschaftlichen Verbesserung führen (vgl. BGE 144 III 481 E. 4.7.7 f.). In diesem Zusammenhang ist zu erwähnen, dass der pauschale Hinweis der Berufungsbeklagten auf die Pandemiesituation nicht ausreichend ist, um die Chancenlosigkeit auf dem Arbeitsmarkt und die Unmöglichkeit zur Ausdehnung ihrer Erwerbstätigkeit bzw. zur Erhöhung ihres Arbeitserwerbs zu begründen, sondern es ist substantiiert darzulegen, wie sich die Pandemie nachteilig auf den konkreten Arbeitsmarkt auswirkt, zumal nicht alle Wirtschaftszweige von der Pandemie gleich stark betroffen sind (BGer 5A\_467/2020 vom 7. September 2020 E. 5.3; KGE BL 400 20 204 vom 29. Dezember 2020 E. 4.10). Bei gegebener Zumutbarkeit und Möglichkeit zur Ausdehnung der Erwerbstätigkeit ist der Berufungsbeklagten schliesslich eine angemessene Übergangsfrist zu gewähren.

4.1 Der Berufungskläger moniert im Weiteren, die Vorinstanz habe der Berufungsbeklagten einen Vermögensertrag von lediglich CHF 500.00 pro Monat angerechnet, was aufgrund ihrer Vermögensverhältnisse unhaltbar sei. Wie die Vorinstanz auf diesen Betrag komme, begründe sie mit keinem Wort, womit sie die ihr obliegende Begründungspflicht verletze und willkürlich handle. An der Eheschutzverhandlung vom 27. Oktober 2020 habe der Berufungskläger ausgeführt, dass die Berufungsbeklagte über ein Vermögen von CHF 4 Mio. verfüge. Beim Liegenschaftsverkauf habe sie einen Nettogewinn von CHF 2,6 Mio. erzielt und darüber hinaus habe sie Land im Wert von CHF 1,4 Mio. geschenkt erhalten. Die Berufungsbeklagte und ihr Rechtsvertreter hätten an der Eheschutzverhandlung das Vorhandensein dieses Vermögens nicht bestritten. Die Berufungsbeklagte sei verpflichtet, ihr Vermögen zu Unterhaltszwecken gewinnbringend bzw. gewinnbringender anzulegen, selbst wenn das Vermögen angeblich dem Bau eines neuen Hauses diene und deshalb nicht anlegbar sei. Unterlasse sie eine solche Vermögensanlage, sei ihr ein Verzichtseinkommen anzurechnen, welches sie mittels eines Vermögensverzehr erwirtschaften müsse. Ihr sei folglich ein Vermögensertrag von monatlich CHF 5'000.00 anzurechnen, was bei einem anlegbaren Vermögen von CHF 4 Mio. einer Rendite von lediglich 1,5% entspreche.

4.2 Die Berufungsbeklagte bestreitet hingegen, an der Eheschutzverhandlung vom 27. Oktober 2020 ein Vermögen von CHF 4

Mio. anerkannt oder eingeräumt zu haben. Die vom Berufungskläger vorgebrachten Zitate aus dem Verhandlungsprotokoll seien falsch oder aus dem Kontext gerissen. Vielmehr habe sie an der Verhandlung klargestellt, dass sie die Bauparzelle ihrer Tante aus dem Verkaufserlös der vormaligen Liegenschaft abgekauft und diese ihr einen Teil des Erwerbspreises als zinsloses Darlehen gewährt habe. Das sich zurzeit auf einem Privatkonto befindliche, liquide Vermögen der Berufungsbeklagten sei für die Erstellung einer Familienliegenschaft bestimmt. Ein Vermögensertrag könne nur angenommen werden, wenn er auch effektiv anfallen würde. Es sei jedoch notorisch, dass zurzeit kein Vermögensertrag mit Bargeld erzielt werden könne. Die Annahme eines Vermögensertrags von monatlich CHF 500.00 ohne ein diesbezügliches Indiz stelle eine falsche Sachverhaltsfeststellung durch die Vorinstanz dar. Diese wirke sich jedoch nicht zum Nachteil des Berufungsklägers in Form eines höheren Unterhaltsbeitrags aus, da die Berufungsbeklagte auf eine Anfechtung des Entscheids verzichtet habe. 4.3 Die Vorinstanz nahm aufgrund der Ausführungen der Parteien an der Eheschutzverhandlung vom 27. Oktober 2020 an, dass die Berufungsbeklagte trotz grösseren Investitionen in die neue Liegenschaft über ein substantielles Vermögen verfügen und darüber hinaus von ihren Eltern und ihrer Tante finanziell unterstützt würde. Eine weitere Konkretisierung des angenommenen Vermögens und der finanziellen Unterstützung durch die Eltern und Tante der Berufungsbeklagten blieb indessen aus, weshalb die Parameter, welche letztlich zur Anrechnung eines Vermögensertrags von monatlich CHF 500.00 führten, nicht bekannt sind. Die Vorinstanz kommt damit ihrer Begründungspflicht nicht hinreichend nach, was eine Verletzung des rechtlichen Gehörs darstellt und die Aufhebung des Entscheids über die Vermögensanrechnung auf Seiten der Berufungsbeklagten nach sich zieht. Fraglich ist, ob die Rechtsmittelinstanz in der Sache selbst entscheiden kann (vgl. dazu vorstehende E. 3.3). Die Berufungsbeklagte bestritt zwar an der Eheschutzverhandlung vom 27. Oktober 2020 die Behauptungen des Berufungsklägers zu ihrem Vermögen von CHF 4 Mio. nicht explizit. Allerdings erklärte sie gemäss dem für die Berufungsinstanz verbindlichen Verhandlungsprotokoll vom 27. Oktober 2020, dass ihr gesamtes Vermögen gebunden sei und es keinen Vermögensertrag geben würde. Die Baulandparzelle sei ihr von ihrer Tante geschenkt worden und auf diesem Bauland werde derzeit eine neue Liegenschaft erstellt, welche sie mit dem Erlös aus dem Verkauf der früheren Liegenschaft finanziere. Gemäss der im Berufungsverfahren eingereichten Steuererklärung 2019 der Berufungsbeklagten vom 9. September 2020 verfügte die Berufungsbeklagte per Ende 2019 über ein Reinvermögen von CHF 1'841'068.00 und der Kapitalertrag belief sich auf rund CHF 109.00, also CHF 12.00 pro Monat. Abgesehen davon, dass das liquide Vermögen der Berufungsbeklagten unstreitig in die sich im Bau befindliche Liegenschaft investiert und sich ihr Vermögensertrag damit zwangsläufig verringern wird, gilt es zu berücksichtigen, dass der Berufungsbeklagten rechtsprechungsgemäss erst dann im Rahmen der Unterhaltsberechnung einen Vermögensertrag im Sinne eines Vermögensverzehr angerechnet werden darf, wenn das eheliche Einkommen beider Parteien zur Deckung des Grundbedarfs der Familie nicht ausreicht und das fragliche Vermögen nicht oder mit einer ungenügenden Rendite angelegt worden ist, obwohl die Erzielung eines angemessenen Ertrags durchaus möglich wäre (BGer 5A\_1005/2017 vom 23. August 2018 E. 3.1.2 m.w.H.; KGE BL 100 06 389 vom 26. September 2006 E. 4.2.4). Demzufolge ist vorliegend die Anrechnung eines Vermögensertrags von der allfälligen Berücksichtigung eines hypothetischen Einkommens bei der Berufungsbeklagten abhängig. Bei einem zumutbaren hypothetischen Zusatzverdienst der Berufungsbeklagten von mehr als CHF

410.00 pro Monat würde das dann zur Verfügung stehende Einkommen den Grundbedarf der gesamten Familie von CHF 8'580.00 (vgl. dazu die Unterhaltsberechnung der Vorinstanz) vollständig decken, womit der Berufungsbeklagten kein Vermögensertrag im Sinne eines Vermögensverzehr mehr aufgerechnet werden dürfte, selbst wenn die Berufungsbeklagte die vorinstanzliche Vermögensanrechnung von monatlich CHF 500.00 nicht angefochten hat und demnach ein eigenes Einkommen von CHF 1'300.00 pro Monat akzeptiert. Eine allfällige Unterschreitung dieses Einkommens der Berufungsbeklagten von CHF 1'300.00 pro Monat wäre aufgrund der hier geltenden Offizial- und strengen Untersuchungsmaxime in Kinderbelangen zulässig. Infolgedessen ist die vorinstanzliche Vermögensanrechnung aufzuheben und die Sache zur erneuten Prüfung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

5.1 Die Vorinstanz rechnete dem Berufungskläger ab Juli 2020 ein Nettoeinkommen von monatlich CHF 6'910.00 (inklusive Provisionspauschale von CHF 2'400.00, ohne Fahrzeugspesen und Kinderzulagen) nach Massgabe der von ihm vorgelegten Urkunden an. Sie erwog, dass der Berufungskläger künftig mindestens die Pauschale von monatlich CHF 2'400.00 erreichen werde, da der Arbeitgeber sicherlich nur einen Mindestbetrag als Pauschalprovision ausbezahle. Der Berufungskläger widerspricht der Vorinstanz und er bringt im Rechtsmittelverfahren vor, an der Eheschutzverhandlung vom 27. Oktober 2020 habe er für die ersten drei Monate seiner neuen Anstellung (Juli, August und September 2020) ein Nettoeinkommen von CHF 6'800.00 anerkannt. In diesen drei Monaten seien ihm Pauschalprovisionen von monatlich CHF 2'400.00 ausbezahlt worden. Bei einer real errechneten Provision könne jedoch im ersten Jahr nur eine solche von CHF 1'500.00 pro Monat eingesetzt werden, was zu einem anrechenbaren Einkommen von CHF 6'400.00 netto pro Monat führe. Die Lohnabrechnung Oktober 2020 habe eine Provision von lediglich CHF 1'983.00 ausgewiesen und auch die im Berufungsverfahren eingereichte darauffolgende Novemberabrechnung weise eine Provision von lediglich CHF 1'480.00 aus. Aus Sicht der Berufungsbeklagten sei das dem Berufungskläger angerechnete Einkommen hingegen nicht zu beanstanden.

5.2 Gemäss dem ins Recht gelegten Handelsreisendenvertrag vom 11. Mai 2020 gewährt die Arbeitgeberin dem Berufungskläger nebst einem Basislohn von monatlich CHF 5'600.00 eine Provision gemäss separater Weisung. Letztere befindet sich zwar nicht in den Gerichtsakten, doch ist bekannt und unbestritten, dass dem Berufungskläger in den ersten drei Arbeitsmonaten Juli, August und September 2020 eine Provisionspauschale von jeweils CHF 2'400.00 ausbezahlt wurde. Im Oktober 2020 wurde ihm sodann eine Provision von CHF 1'983.80, im November 2020 eine solche von CHF 1'480.70 und mit dem Dezemberlohn 2020 eine Provision von CHF 3'735.50 ausbezahlt. Für das zweite Halbjahr 2020 sind dem Berufungskläger damit Provisionen von insgesamt CHF 14'400.00 brutto ausgerichtet worden, was einer monatlichen Provision von CHF 2'400.00 entspricht. Diese Provisionshöhe stimmt mit der eingereichten Zielsetzungsvereinbarung vom 8. Januar 2021 überein, welche für das Jahr 2021 gilt. In der Eingabe vom 9. Februar 2021 räumt der Berufungskläger ein, dass ihm die Arbeitgeberin die «fixe Ziel-Provision» von monatlich CHF 2'400.00 für Juli bis Dezember 2020 unabhängig von seinem Erfolg ausbezahlt habe. Bei schwankendem Einkommen ist praxisgemäss auf den Durchschnittswert einer genügend langen Vergleichsperiode abzustellen (BGer 5A\_671/2014 vom 5. Juni 2015 E. 3.3.1 m.w.H.; 5A\_384/2008 vom 21. Oktober 2008 E. 4.2.2; Six, Eheschutz, 2. Aufl., 2014, Rz. 2.136). Gestützt auf die Provisionsausgleichszahlung vom Dezember 2020 sowie die Zielsetzungsvereinbarung vom 8. Januar 2021 ist davon auszugehen, dass die Arbeitgeberin auch künftig bereit sein wird, dem Berufungskläger zusätzlich zum Basislohn

von CHF 5'600.00 eine Provision von durchschnittlich CHF 2'400.00 pro Monat auszurichten. Daran vermag auch die im Januar 2021 und Februar 2021 effektiv erreichte (geringere) Provision von CHF 1'827.70 und CHF 1'352.70 nichts zu ändern, zumal die Arbeitgeberin bereits die im Oktober 2020 und November 2020 erreichten Provisionen in ähnlicher Höhe (CHF 1'983.80 und CHF 1'1480.70) mit der bereits erwähnten Ausgleichszahlung vom Dezember 2020 nachträglich auf CHF 2'400.00 pro Monat anheb. Damit ist im Ergebnis das von der Vorinstanz ermittelte Monatseinkommen des Berufungsklägers von netto CHF 6'910.00, welches eine monatliche Provisionszahlung von brutto CHF 2'400.00 beinhaltet, zu bestätigen, zumal bei Unterhaltsverpflichtungen gegenüber unmündigen Kindern rechtsprechungsgemäss zu versuchen ist, die eigene Arbeitskraft maximal auszuschöpfen, besonders bei engen wirtschaftlichen Verhältnissen, wie sie sich hier präsentieren (BGE 137 III 118 E. 3.1; BGer 5A\_170/2011 vom 9. Juni 2011 E. 2.3). Die Fahrzeugspesen, welche dem Berufungskläger in Höhe von monatlich CHF 305.70 (Oktober und November 2020) bzw. CHF 1'500.00 (Juli 2020 sowie seit Dezember 2020) ausgerichtet wurden, sind darin nicht eingeschlossen und wirken sich somit nicht auf das festgestellte Monatseinkommen von CHF 6'910.00 netto aus.

#### **E. 6**

Gemäss einem vom Berufungskläger eingereichten Mietvertrag ist dieser per 1. März 2021 in eine 3,5-Zimmerwohnung mit rund 80 m<sup>2</sup> umgezogen. Seine Wohnkosten sind dadurch von monatlich CHF 1'180.00 auf nunmehr CHF 1'400.00 zuzüglich Nebenkosten von CHF 220.00 pro Monat angestiegen. Diese unterhaltsrelevante Änderung, welche bereits Thema an der vorinstanzlichen Eheschutzverhandlung vom 27. Oktober 2020 war (vgl. Protokoll S. 6), wird von der Vorinstanz im Rahmen der Neubeurteilung des Einkommens der Berufungsbeklagten und Neuberechnung der Kinderunterhaltsbeiträge zu berücksichtigen sein.

#### **E. 7**

In teilweiser Gutheissung des Antrags des Berufungsklägers verpflichtete die Vorinstanz die Berufungsbeklagte, dem Berufungskläger einen Prozesskostenvorschuss von CHF 3'000.00 in Anrechnung an das Güterrecht zu leisten. Der Berufungskläger beanstandet im Berufungsverfahren, ihm sei ohne güterrechtliche Anrechnung ein Prozesskostenvorschuss in Höhe von CHF 6'000.00 zugestehen. Ein Ehegatte hat auch in einem gegen den anderen Ehegatten gerichteten Prozess (Eheschutz- oder Scheidungsverfahren) Anspruch gegenüber diesem auf Ausrichtung eines Prozesskostenvorschusses, sofern er aufgrund seiner Bedürftigkeit für dessen Finanzierung auf den Beistand des anderen Ehegatten angewiesen und dieser in der Lage ist, den Vorschuss zu leisten (KGE BL 410 17 185 vom 8. August 2017 E. 4; 410 13 24 vom 7. März 2013 E. 3.1 m.w.H.). Mit dem Prozesskostenvorschuss sollen die zu erwarteten Gerichtsgebühren zu Lasten des bedürftigen Ehegatten sowie die mutmasslichen Aufwendungen seiner Rechtsvertretung im betreffenden Verfahren gedeckt werden. Der Berufungskläger äussert sich vorliegend nicht dazu, inwiefern der gewährte Prozesskostenvorschuss von CHF 3'000.00 seiner Ansicht nach ungenügend sein soll. Insbesondere legt er nicht dar, dass mit diesem Betrag sein Anteil an die erstinstanzlichen Gerichtskosten von CHF 800.00 und der Aufwand seines Anwaltes für das vorinstanzliche Verfahren nicht gedeckt werden können. Sein Hinweis auf die unterschiedliche Vermögenssituation der Parteien ist hierzu unbehelflich. Im Weiteren unterlässt es der Berufungskläger zu begründen, inwiefern der vorinstanzliche Entscheid, ihm den Prozesskostenvorschuss lediglich in Anrechnung an das Güterrecht zu gewähren,

eine falsche Anwendung des Rechts darstellen soll. Seine Rüge ist demnach mangels rechtsgenügender Substantiierung abzuweisen. Im Übrigen ist auch keine Rechtsverletzung ersichtlich: Beim Prozesskostenvorschuss handelt es sich, wie der Name bereits sagt, um eine vorläufige Leistung, welche in familienrechtlichen Prozessen die Waffengleichheit zwischen den Parteien garantieren soll. Daraus folgt, dass der Ehegatte, der den Vorschuss geleistet hat, je nach Ausgang des Verfahrens den Vorschuss grundsätzlich zurückfordern oder verlangen kann, dass das Geleistete an güterrechtliche und/oder zivilprozessuale Gegenforderungen des andern Teils angerechnet werde (BGE 146 III 203 E. 6.3 f.; BGer 5A\_170/2011 vom 9. Juni 2011 E. 4.3; Weingart, provisio ad litem - Der Prozesskostenvorschuss für eherechtliche Verfahren, in: Zivilprozess und Vollstreckung national und international - Schnittstellen und Vergleiche, Festschrift für Jolanta Kren Kostkiewicz, 2018, S. 680 f.; Maier, Die Finanzierung von familienrechtlichen Prozessen, in: FamPra.ch, 3/2019, S. 833). Eine Abweichung vom Grundsatz der Rückerstattung rechtfertigt sich nur dann, wenn der unterstützungsbedürftigen Person aufgrund der im Einzelfall gegebenen Umstände nicht zugemutet werden kann, den erhaltenen Prozesskostenvorschuss in vollem Umfang zurückzubezahlen (BGE 146 III 203 E. 6.3). Eine solche Unzumutbarkeit macht der Berufungskläger nicht geltend. Indem die Vorinstanz auf Antrag der Berufungsbeklagten den Prozesskostenvorschuss zugunsten des Berufungsklägers nur unter dem Vorbehalt eines güterrechtlichen Ausgleichsanspruchs gewährte, handelte sie im Einklang mit dem Recht.

## **E. 8**

Der Berufungskläger beantragt für das Rechtsmittelverfahren ausserdem die unentgeltliche Rechtspflege. In familienrechtlichen Verfahren kann einem Ehegatten die unentgeltliche Rechtspflege nur gewährt werden, wenn beide Ehegatten nicht in der Lage sind, die Prozesskosten des familienrechtlichen Verfahrens selber zu tragen. Denn es entspricht der Lehre und Rechtsprechung, dass Prozesskostenvorschusspflichten, welche auf familienrechtlichen Unterhalts- und Beistandspflichten gründen, dem Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege vorgehen (KGE BL 400 19 237 vom 3. Dezember 2019 E. 7; BSK ZPO- Rüeegg/Rüeegg, 3. Aufl., 2017, Art. 117 N 13). Der Berufungskläger hätte demnach primär einen Antrag auf Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses für das Rechtsmittelverfahren und allenfalls eventualiter die unentgeltliche Rechtspflege für sich beantragen müssen. Ein Prozesskostenvorschuss macht er für das Berufungsverfahren jedoch nicht geltend. Zudem behauptet er nicht, dass er und die Berufungsbeklagte die Prozesskosten des Berufungsverfahrens nicht tragen könnten, weshalb der Staat seinen Anteil an die Prozesskosten einstweilen zu übernehmen hätte. Im Gegenteil führt er aus, die Berufungsbeklagte sei im Gegensatz zu ihm vermögend. Aufgrund des Vorranges der familienrechtlichen Unterhalts- und Beistandspflichten gegenüber dem Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege ist das Gesuch des Berufungsklägers abzuweisen.

## **E. 9**

Zusammenfassend ergibt sich aus den vorstehenden Erwägungen, dass die gegen den Eheschutzentscheid vom 27. Oktober 2020 erhobene Berufung mit Bezug auf die Einkommensermittlung sowie Vermögensertragsanrechnung der Berufungsbeklagten gutzuheissen und die damit zusammenhängenden Dispositivziffern 8, 9, 12 und 13 des angefochtenen Entscheids aufzuheben sind. Der Fall ist sodann an das Zivilkreisgericht Basel-Landschaft West zur Neu beurteilung entsprechend den vorstehenden Erwägungen 3.1. ff., 4.1. ff. und 6 zurückzuweisen. Im Übrigen ist die Berufung abzuweisen.

## **E. 10**

Hebt die Rechtsmittelinstanz einen vorinstanzlichen Entscheid teilweise oder vollständig auf und weist sie diesen zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurück, so hat diese im Rahmen ihrer neuerlichen Beurteilung des Falles auch über die Verteilung und Liquidation der Prozesskosten neu zu befinden. Der Kostenentscheid der Vorinstanz, mithin die Dispositivziffer 15 des angefochtenen Entscheids vom 27. Oktober 2020, ist demnach ebenfalls aufzuheben.

## **E. 11**

Abschliessend ist über die Verlegung der Prozesskosten des Berufungsverfahrens zu befinden. Massgebend hierfür sind die Bestimmungen von Art. 104 ff. ZPO, die auch im Rechtsmittelverfahren gelten ( Botschaft ZPO, S. 7296 ). Nach Art. 104 Abs. 4 ZPO kann die Berufungsinstanz bei einem Rückweisungsentscheid die Verlegung der Prozesskosten des Rechtsmittelverfahrens der Vorinstanz überlassen, beispielsweise wenn die Beweisführung zu ergänzen ist oder noch nicht absehbar ist, welche Partei in welchem Umfang letztlich obsiegen wird (KGE BL 400 18 345 vom 2. April 2019 E. 13). In solchen Fällen kann die Berufungsinstanz die Kostenhöhe des Rechtsmittelverfahrens festsetzen und die konkrete Verteilung und Liquidation dieser Kosten der Vorinstanz überlassen ( Botschaft ZPO , S. 7296). Die Berufungsinstanz hat diesfalls die Vorinstanz anzuweisen, in ihrem Entscheid auch über die Verlegung der Kosten des Berufungsverfahrens zu befinden. Vorliegend sind die Dispositivziffern 8, 9, 12, 13, und 15 des Eheschutzentscheides vom 27. Oktober 2020 aufzuheben und die Sache ist zur erneuten Überprüfung an das Zivilkreisgericht Basel-Landschaft West zurückzuweisen. Der Ausgang des zivilkreisgerichtlichen Verfahrens ist im jetzigen Zeitpunkt nicht vorhersehbar, weshalb es sich für das Kantonsgericht, Abteilung Zivilrecht, verbietet, heute über die Verlegung der Prozesskosten des Berufungsverfahrens gemäss Art. 106 f. ZPO zu befinden. Folglich sind lediglich die Höhe der Gerichtsgebühr und der Parteientschädigungen für das vorliegende Berufungsverfahren festzulegen; deren konkrete Verteilung und Liquidation ist der Vorinstanz für den Endentscheid zu überlassen. In Anwendung von § 9 Abs. 1 i.V. mit § 8 Abs. 1 lit. h der Verordnung über die Gebühren der Gerichte (SGS 170.31) wird die Entscheidgebühr für das zweitinstanzliche Verfahren auf pauschal CHF 2'000.00 festgelegt. Bei fehlenden Honorarnoten beider Berufungsparteien sind die Kosten der berufsmässigen Vertretung gemäss §§ 2 Abs. 1 und 18 Abs. 1 der Tarifordnung für Anwältinnen und Anwälte (Tarifordnung; SGS 178.112) von Amtes wegen nach Zeitaufwand zu berechnen, wobei der konkrete Aufwand der Rechtsvertreter in Anbetracht der Schwierigkeit und Bedeutung der Sache sowie des Umfangs ihrer Rechtsmitteleingaben auf je acht Stunden à CHF 280.00 festzulegen ist, was ein Honorar von je CHF 2'240.00 ergibt. Ein spezifizierter Kostenersatz für Kopiaturen und andere Auslagen nach §§ 15 und 16 der Tarifordnung ist nicht ausgewiesen, weshalb praxisgemäss kein solcher geschuldet ist (KGE BL 400 19 196 vom 19. November 2019 E. 10.2). Die Mehrwertsteuer ist gemäss § 17 der Tarifordnung ebenfalls separat auszuweisen und aufgrund der Dispositionsmaxime nur bei einem ausdrücklichen Antrag zusätzlich zu vergüten (KGE BL 410 19 260 vom 28. Januar 2020 E. 8.3). Da der für Rechtsdienstleistungen geltende Mehrwertsteuersatz von 7,7% gesetzlich definiert ist (Art. 25 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Mehrwertsteuer), lässt es die Abteilung Zivilrecht des Kantonsgerichts bei Fehlen von Honorarnoten genügen, wenn die Mehrwertsteuerabgabe in den Rechtsbegehren ausdrücklich beantragt wird. Während ein diesbezüglicher Antrag des Berufungsklägers fehlt, verlangt die

Berufungsbeklagte mit Rechtsbegehren Ziffer 2 explizit die Ausrichtung der Mehrwertsteuer. Ihre Parteientschädigung für das Berufungsverfahren ist daher um die Mehrwertsteuer zu erweitern.

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