

BS_APPELLATIONSGERICHT ZB.2014.48 vom 10. Februar 2015

BS Appellationsgericht, 2015-02-10, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_ZB.2014.48

FR: BS_APPELLATIONSGERICHT ZB.2014.48 du 10 février 2015

IT: BS_APPELLATIONSGERICHT ZB.2014.48 del 10 febbraio 2015

Erwägungen

E. 1

1.1 Gegenstand des angefochtenen Entscheids ist die Regelung des Getrenntlebens mit Bezug auf die Höhe des ehelichen Unterhalts und mithin eine vorsorgliche Massnahme im Sinne von Art. 176 Abs. 1 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB, SR 210). Dieser ist gemäss Art. 308 Abs. 1 der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO, SR 272) mit Berufung anfechtbar. Voraussetzung für die Anfechtbarkeit erstinstanzlicher Entscheide in vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist dafür nach Art. 308 Abs. 2 ZPO, dass der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens CHF 10'000.■ beträgt. Die Abänderung der Regelung des Getrenntlebens hinsichtlich der darin festgesetzten Unterhaltsbeiträge für die Ehefrau und gemeinsame Kinder stellt, soweit sie den alleinigen Streitgegenstand des Verfahrens bildet, eine vermögensrechtliche Angelegenheit dar (Rudin, in Basler Kommentar Bundesgerichtsgesetz, 2. Auflage, Basel 2011, Art. 51 BGG N 13). Massgebend für die Bestimmung des Streitwerts im Sinne von Art. 308 Abs. 2 ZPO sind die bis zur Eröffnung des erstinstanzlichen Entscheids vorgebrachten Erklärungen der Parteien und nicht der erstinstanzliche Entscheid selbst oder die Rechtsmittelanträge (Reetz/Theiler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2013, Art. 308 ZPO N 40). Betrachtet man die mit der Einleitung des Abänderungsverfahrens vom Berufungskläger eingereichte Berechnungstabelle, so hat er damit im Ergebnis die gänzliche Aufhebung seiner Unterhaltspflicht verlangt. Daraus folgt, dass die im Streit stehenden Unterhaltsbeiträge an die Ehefrau und die gemeinsame Tochter der Parteien den massgebenden Streitwert klarerweise erfüllen.

Über vorsorgliche Massnahmen nach den Artikeln 172■179 ZGB ist im summarischen Verfahren zu entscheiden (Art. 271 lit. a ZPO). Die vorliegende Berufung ist unter Einhaltung der Anforderungen gemäss Art. 311 ZPO rechtzeitig innert der Frist von zehn Tagen gemäss Art. 314 Abs. 1 ZPO eingereicht worden. Auf die frist- und formgerecht eingereichte Berufung ist demnach einzutreten.

1.2 Zum Entscheid über die Berufung ist gemäss § 10 Abs. 2 des Gesetzes über die Einführung der Schweizerischen Zivilprozessordnung (EG ZPO; SG 221.100) der Ausschuss des Appellationsgerichts zuständig, weil in der ersten Instanz die Einzelrichterin entschieden hat.

E. 2

2.1 Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist die Abänderung der nach Art. 176 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB gerichtlich festgesetzten ehelichen Unterhaltsbeiträge. Diese sind nach Art. 179 Abs. 1 ZGB bei einer Veränderung der Verhältnisse anzupassen. Nach der Rechtsprechung

setzt eine Abänderung von Eheschutzmassnahmen dabei voraus, dass seit der Rechtskraft des Urteils eine wesentliche und dauerhafte Veränderung eingetreten ist oder die tatsächlichen Feststellungen, die dem Massnahmeentscheid zugrunde lagen, sich nachträglich als unrichtig erweisen oder nicht wie vorhergesehen verwirklichen respektive dass dem Massnahmegesicht wesentliche Tatsachen nicht bekannt waren (BGer 5A_136/2014 vom 5. November 2014 E. 3.2; 5A_245/2013 vom 24. September 2013 E. 3.1; 5A_555/2013 vom 29. Oktober 2013 E. 3.1, je mit Hinweisen; Löttscher/Wullschleger, Aus der Praxis des Einzelgerichts in Familiensachen, BJM 2008 S. 30 f.). Die Anforderungen an die Erheblichkeit sind dabei abhängig von den jeweiligen finanziellen Verhältnissen der Ehegatten und dementsprechend bei geringer finanzieller Leistungskraft tiefer anzusetzen (Hausherr/Reusser/Geiser, in: Berner Kommentar, Band II/1.2, Bern 1999, Art. 179 ZGB N 10; Vetterli, in: Schwenzer [Hrsg.] FamKomm Scheidung, 2. Auflage, Bern 2011, Art. 129 N 2; Gloor/Wullschleger, Abänderung von Unterhaltsrenten, in: Schwenzer/Büchler, Dritte Schweizer Familienrechtstage, Bern 2006, S. 161). Sind diese Voraussetzungen erfüllt, so setzt das Gericht den Unterhaltsbeitrag in pflichtgemässer Ausübung seines Ermessens neu fest. Dabei sind auch die übrigen Berechnungselemente, die dem abzuändernden Entscheid zugrunde lagen, der aktuellen Situation anzupassen, ohne dass diesbezüglich wesentliche Veränderungen der Verhältnisse vorliegen müssten (zit. BGer 5A_136/2014 E. 3.2 mit Hinweis auf BGE 138 III 289 E. 11.1.1 S. 292).

Wie die Vorinstanz zutreffend ausgeführt hat, ist eine Anpassung aber grundsätzlich ausgeschlossen, wenn die geänderte Sachlage durch ein eigenmächtiges, widerrechtliches und mithin missbräuchliches Verhalten herbeigeführt worden ist (BGer 5A_555/2013 vom 29. Oktober 2013 E. 3.1).

2.2 Auf dieser Grundlage hat die Vorinstanz erwogen, die vom Berufungskläger geltend gemachten Veränderungen im Zusammenhang mit seinem Umzug von Bern nach Zürich seien zwar erheblich. Sie qualifizierte diesen Umzug aber als freiwillig. Zwar mache der Berufungskläger geltend, dass ihm der Arbeitgeber auf einen unbestimmten Zeitpunkt hin eine Verlagerung des Arbeitsortes nach Zürich in Aussicht gestellt habe. Es fehle diesbezüglich aber eine entsprechende Bestätigung des Arbeitgebers. Soweit er auf ein besseres Stellenangebot in Zürich verweise, sei nicht ersichtlich, weshalb er überhaupt eine neue Stelle suchen solle. Der Umzug nach Zürich sei daher berufsbedingt nicht erforderlich. Auch sei nicht nachvollziehbar, weshalb er sein Besuchsrecht in Basel von Zürich aus besser als bisher von Bern aus wahrnehmen können. Insgesamt seien keine überzeugenden Gründe ersichtlich, weshalb es sich beim Umzug nach Zürich nicht um eine freiwillig übernommene Mehrverpflichtung handeln sollte. Gleichwohl komme dem Ehegatten, dem die Obhut über ein gemeinsames Kind nicht zusteht, aber nach Art. 24 Abs. 1 BV und contrariogemäss Art. 301a ZGB das Recht zu, seinen Wohnort frei zu wählen. Da aber ein Wohnortwechsel mit Mehrverpflichtungen etwa aufgrund längerer Pendlerwege, höherer Mieten, Steuerbelastung oder Krankenkassenprämien verbunden sein könne, müsse eine Anpassung der Unterhaltsbeiträge möglich sein, auch wenn der Umzug freiwillig erfolge. Ansonsten wäre ein Wohnortwechsel unter Umständen nur mit einem Einschnitt ins Existenzminimum möglich. Nicht jeder freiwillige Wohnortwechsel, der zu Mehrkosten führe, sei daher ein eigenmächtiges, widerrechtliches und mithin missbräuchliches Verhalten. Die Vorinstanz hat daher im Einzelnen geprüft, inwieweit die geltend gemachten Mehrkosten des Berufungsklägers aufgrund seiner neuen Wohnsituation in Zürich nach den Grundsätzen der eherechtlichen Bedarfsberechnung angerechnet werden

könnten.

Dabei hat sie erwogen, dass nur Wohnkosten angerechnet werden könnten, die angemessen sind und die von Grösse und Anzahl Zimmer der Wohnung her dem eigentlichen Wohnzweck dienen. Der nicht obhutsberechtigte Ehegatte habe dabei Anspruch auf Wohnkosten für eine Wohnung mit Gästezimmer für die Ausübung seines Besuchs- und Ferienrechts (Six, Eheschutz ■ Ein Handbuch für die Praxis, 2. Auflage, Zürich 2014, N 2.95 und 99). Demnach benötige der Berufungskläger für sich und die Beherbergung seiner vierjährigen Tochter an 3 Wochenenden pro Monat und während 2 bis 3 Ferienwochen eine 2- bis 3-Zimmer-Wohnung, welche sich gemäss einer aktuellen Abfrage bei www.comparis.ch in Zürich im Preissegment der bisher angerechneten Wohnkosten von CHF 1■490.■ finden lasse. Sie rechnete ihm daher für Wohnkosten bloss CHF 1■500.■ statt den tatsächlichen Wohnkosten des Berufungsklägers für seine 3½ -Zimmer-Wohnung in Zürich von CHF 2■210.■, inklusive Nebenkosten, an.

In Bezug auf die Verkehrskosten des Berufungsklägers hat die Vorinstanz lediglich die effektiven Auslagen für die Benützung des öffentlichen Verkehrs berücksichtigt, da sie dem vom Berufungskläger benützten Privatfahrzeug den Kompetenzcharakter abspricht. Der gegenüber der Benützung des eigenen Autos um rund eine halbe Stunde (pro Weg zwischen Zürich und Bern) längere Arbeitsweg sei zumutbar. Sie rechnete dem Berufungskläger daher statt der bisher unter Berücksichtigung der Ausübung des Besuchsrechts angerechneten Reisekosten von CHF 200.■ die monatlichen Kosten für ein Generalabonnement von CHF 300.■ an.

Schliesslich hat die Vorinstanz für auswärtige Verpflegung neu CHF 200.■ statt CHF 90.■ angerechnet. Im Übrigen hat sie festgestellt, dass sich die Bedarfsmomente des Berufungsklägers nicht verändert hätten.

2.3 Mit seiner Berufung macht der Berufungskläger in Bezug auf seine Wohn- und Mobilitätskosten eine unrichtige Sachverhaltsfeststellung und eine dadurch bewirkte Verweigerung des rechtlichen Gehörs geltend.

In der Sache hält er an seiner Behauptung fest, dass er die Chance ergriffen habe, eine der auf dem Land seiner Arbeitsgeberin, der [] AG, in Zürich neu gebauten Wohnungen zu mieten, da diese in unmittelbarer Nähe zu seinem zukünftigen Arbeitsort liege. Er habe in Zürich ein grösseres soziales Umfeld und finde ein grösseres Stellenangebot. Angesichts der in Zürich herrschenden Wohnungsnot habe er die Gelegenheit der Miete dieser Wohnung à CHF 2■210.■ nutzen müssen, werde dies doch in Zukunft zu einer deutlichen Kostenreduktion führen. Die angerechneten Wohnungskosten von CHF 1■500.■ seien viel zu gering. Eine 3½-Zimmer-Wohnung in Zürich-Seebach koste zwischen CHF 1■830.■ und CHF 6■950.■; entsprechend würde in der Zürcher Gerichtspraxis für eine 3- bis 3½-Zimmer-Wohnung ein monatlicher Mietzins von mindestens CHF 1■800.■ angerechnet. Er habe aufgrund seines Umzugs keinen längeren Arbeitsweg, entsprächen doch die Fahrzeiten zwischen Bern und Zürich staubereinigt jenen zwischen Bern und Basel. Die Fahrzeiterparnis bei der Benützung des eigenen Automobils zwischen Bern und Zürich betrage pro Tag 1 Stunde und 40 Minuten. Insgesamt führe dies zu täglichen Abwesenheiten von zu Hause von 14 Stunden. Die Annahme der Zumutbarkeit solcher Abwesenheiten sei willkürlich. Die Benützung des öffentlichen Verkehrs führe dazu, dass er beim Abholen seiner Tochter erst um 22.26 Uhr nach Zürich zurückkehre.

Gestützt auf diese Überlegungen macht der Berufungskläger anrechenbare Wohnungskosten von mindestens CHF 1'800.■, Kosten für auswärtige Verpflegung von CHF 210.■ und Auslagen für die Benützung seines Automobils von CHF 600.■ geltend; neben den Benzinkosten von CHF 500.■ für die Fahrten zwischen Wohn- und Arbeitsort seien auch die Fahrzeugsteuer und Versicherungen zu berücksichtigen. Ein solcher Betrag werde üblicherweise auch für viel kürzere Strecken zugebilligt. Soweit er mit dem öffentlichen Verkehr pendeln müsse, sei für auswärtige Verpflegung ein Betrag von CHF 420.■ einzusetzen.

2.4 Die Argumentation der Vorinstanz wie auch des Berufungsklägers beruht auf der Grundannahme, dass die Veränderung des Bedarfs des Berufungsklägers aufgrund seines Umzugs von Bern nach Zürich eine massgebende Veränderung der Verhältnisse im Sinne von Art. 179 Abs. 1 ZGB bildet. Dieser Auffassung kann indes bereits im Grundsatz nicht gefolgt werden.

Unterhaltspflichtige Personen müssen gerade bei engen wirtschaftlichen Verhältnissen ihre finanzielle Leistungsfähigkeit bestmöglich nutzen. Sie müssen sich in beruflicher und unter Umständen auch in örtlicher Hinsicht beispielsweise so ausrichten, dass sie ihre Arbeitskapazität bestmöglich ausschöpfen können. Dies bewirkt etwa, dass ein im Rahmen der jeweiligen Niederlassungsfreiheit an sich zulässiger Wegzug ins Ausland unbeachtlich bleiben muss, wenn eine weitere Arbeitstätigkeit mit besseren Erwerbsmöglichkeiten in der Schweiz besteht. Einem ■unterhaltspflichtigen Elternteil steht es insofern nicht frei, nach Belieben ganz oder teilweise auf ein bei zumutbarer Anstrengung erzielbares Einkommen zu verzichten, nur weil er persönliche Wünsche verwirklichen will■ (BGer 5A_513/2012 vom 17. Oktober 2012 E. 4; Breitschmid, in: Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I, 5. Auflage, Basel 2014, Art. 285 N 12). Unterhaltspflichtige können ihre Verhältnisse nicht frei ändern, wenn diese einen Einfluss auf ihre Möglichkeiten haben, Unterhalt zu leisten (BGer 5A_120/2014 vom 2. September 2014 E. 4.1). Darin liegt keine Verletzung verfassungsmässiger Rechte, solange die Erzielung eines entsprechenden Einkommens aufgrund der gesamten Situation als zumutbar erscheint (zit. BGer 5A_513/2012 E. 4). Verändert eine unterhaltspflichtige Person ihre Lebensverhältnisse freiwillig, mit der Folge eines tieferen Einkommens, so ist es zulässig, von hypothetischen Verhältnissen auszugehen, wenn die Veränderung massgeblich erscheint und sich diese mit zumutbarer Anstrengung erreichen lassen (zit. BGer 5A_120/2014 E. 4.1). Diese zur Anrechnung eines hypothetischen Einkommens entwickelten Grundsätze lassen sich auch bei der Beurteilung von Veränderungen des Bedarfs einer Person berücksichtigen.

Diese zur Unterhaltspflicht gegenüber unmündigen Kindern nach Art. 285 Abs. 1 ZGB entwickelten Prinzipien gelten im Grundsatz auch für den ehelichen Unterhalt nach Art. 163 in Verbindung mit Art. 176 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB. Dies gilt besonders dann, wenn es sich wie vorliegend um Betreuungsunterhalt handelt. Ändert ein Unterhaltsschuldner seinen Bedarf ohne hinreichenden Grund, so hat er diese freiwillige Disposition mit seinem Überschussanteil zu finanzieren. Ist dies aufgrund einer Mangelsituation nicht möglich, so geht die Unterhaltspflicht der Verwirklichung entsprechender Wünsche vor.

2.5 Vor diesem Hintergrund ist mit der Vorinstanz festzustellen, dass der Umzug des Berufungsklägers nach Zürich freiwillig und ohne nachgewiesene berufliche Notwendigkeit erfolgt ist. Gemäss dem Arbeitsvertrag des Berufungsklägers mit der Firma [] AG vom 20. Juni 2013 befindet sich der Arbeitsort in Bern. Während sich der Berufungskläger mit Bezug auf seine Behauptung, beruflich auf ein Auto angewiesen zu sein, auf ein Schreiben

seiner Arbeitgeberin vom 23. September 2014 (Beilage Berufung 4) bezieht, reicht er für den von ihm geltend gemachten, angeblich bevorstehenden Wechsel seines Arbeitsorts keinerlei Belege ein. Es bleibt bei seiner reinen und vagen Parteibehauptung (vgl. Schreiben vom 30. Juli 2014: ■Ich plane zu prüfen ob ich in Zukunft für die [] in Zürich [] arbeiten kann■), die zudem in Widerspruch zu anderen eigenen Äusserungen steht (vgl. Schreiben vom 23. September 2014: ■Mein Arbeitsplatz wird tatsächlich nicht in Kürze nach Zürich verlegt, doch habe ich dies nie behauptet bzw. geschrieben ■). Zwar sind die behaupteten Tatsachen im summarischen Eheschutzverfahren bloss glaubhaft zu machen (BGer 5A_555/2013 vom 29. Oktober 2013 E. 3.1; 5A_661/2011 vom 10. Februar 2012 E. 2.3 mit Hinweis auf BGE 127 III 474 E. 2b/bb S. 478; s. auch BGE 118 II 376 E. 3 S. 377). Auch daran fehlt es aber vorliegend. Wenn der Berufungskläger schliesslich ausführt, langes Pendeln mache krank und führe zum Verlust der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit, so ist er daran zu erinnern, dass er von seinem bisherigen Wohnort in Bern gerade nicht an seinen Arbeitsort ■ ebenfalls in Bern ■ hat pendeln müssen, weshalb sein Vorhalt der Sache vorbei geht.

Daraus folgt, dass der Umzug von Bern nach Zürich freiwillig und die dadurch bedingte Erhöhung des Bedarfs des Berufungsklägers nicht notwendig erscheint. Aus der Tatsache, dass der Berufungsbeklagte innert kurzer Frist in Bern zweimal eine 2½-Zimmer-Wohnung zu monatlichen Bruttomietkosten unter CHF 1■500.■ gefunden hat (vgl. die Mietverträge bezüglich Wohnungen [] und [], kann gefolgert werden, dass es weiterhin möglich ist, eine entsprechende Wohnung in Bern zu finden. Insgesamt liegt daher keine relevante Veränderung der Verhältnisse im Sinne von Art. 176 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB vor.

2.6Schliesslich kann auch nicht gesagt werden, dass eine 2½-Zimmer-Wohnung für die Ausübung des Besuchsrechts der heute knapp fünfjährigen Tochter ungenügend wäre. Einerseits ist nicht ersichtlich, inwiefern sich die Verhältnisse diesbezüglich seit der letztmaligen Festsetzung der Unterhaltsbeträge mit Entscheid vom 14. Januar 2014 in rechtserheblicher Weise verändert hätten. Andererseits sind auch keine Umstände ersichtlich und releviert worden, die das Gericht bei seinem damaligen Entscheid diesbezüglich zu Unrecht nicht berücksichtigt hat. Schliesslich ist zu beachten, dass trotz eines geringen Überschusses insgesamt ziemlich enge finanzielle Verhältnisse vorliegen und dass die Tochter noch klein ist, was entsprechend engere räumliche Verhältnisse eher zumutbar erscheinen lässt.

2.7Daraus folgt, dass den Berufungsanträgen des Berufungsklägers zum vornherein die Grundlage fehlt. Nachdem die Berufungsbeklagte darauf verzichtet hat, selber gegen das angefochtene Urteil Berufung zu erklären und einereformatio in peiusim Zivilprozess ausserhalb des Geltungsbereichs der Oficialmaxime (vgl. Art. 58 Abs. 2 ZPO) und damit auch in Verfahren um ehelichen Unterhalt nicht möglich ist, ist das vorinstanzliche Urteil, mit dem der bisherige Unterhalt entgegen den obigen Erwägungen abgeändert worden ist, zu bestätigen.

E. 3

Weiter rügt der Berufungskläger die vorinstanzliche Verteilung der Gerichtskosten. Er verlangt anstelle ihrer Verteilung im Verhältnis von drei Vierteln (CHF 450.■) zu Lasten des Berufungsklägers und einem Viertel (CHF 150.■) zu Lasten der Berufungsbeklagten deren Verlegung zu zwei Dritteln (CHF 400.■) auf ihn und zu einem Drittel (CHF 200.■) auf die Berufungsbeklagte. Hätte aber das Abänderungsbegehren nach dem Gesagten

insgesamt abgewiesen werden müssen, so fehlt diesem Antrag zum vornherein die Grundlage.

E. 4

Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat der Berufungskläger die Kosten des Verfahrens mit einer Gebühr von CHF 800.■ sowie einer Parteientschädigung an die Berufungsbeklagte zu tragen. Diese hat darauf verzichtet, dem Gericht eine Honorarnote ihrer Vertreterin einzureichen und lediglich deren Edition auf entsprechende Aufforderung durch das Gericht hin offeriert. Gemäss Art. 105 Abs. 2 ZPO sprechen die Gerichte Parteientschädigungen nach den Tarifen zu, wobei die Parteien Kostennoten einreichen können (vgl. auch BGE 140 III 444 E. 3.2.2 S. 447 ff.). Es ist daher nicht Sache des Gerichts, bloss offerierte Honorarnoten einzufordern. Vielmehr ist das angemessene Honorar vom Gericht festzusetzen. Dabei ist in familienrechtlichen Verfahren vermögensrechtlicher Natur, wozu auch der Abänderungsprozess zählt (vgl. AGE ZB.2012.18 vom 2. Dezember 2013 E. 3.2 mit Hinweis auf BGer 5A_855/2012 vom 13. Februar 2013 E. 1) sowohl der angemessene Aufwand wie auch die Höhe eines streitwertbezogenen Honorars zu beachten. Vorliegend ist der Streitwert des Berufungsverfahrens unbestimmt, ist doch die weitere Dauer der getrennten Ehe ungewiss. Ausgehend von einer monatlichen beantragten Reduktion des Unterhalts um CHF 359.■ und einer ■ in Berücksichtigung der bisher offenbar wenig erfolgreichen Bemühungen um eine einverständliche Regelung allfälliger Scheidungsfolgen ■ geschätzten Fortdauer der Ehe von zwei Jahren ab jetzt ist von einem Streitwert von rund CHF 10■000.-- (30 Monate [September 2014 bis Februar 2017] x CHF 359.■ = CHF 10■770.■) auszugehen. In Anwendung der §§ 4 Abs. 1 lit. a Ziff. 7, 4 Abs. 2 sowie 12 Abs. 1 und 3 der Honorarordnung (HO, SG.291.400) resultiert ein Honorar von rund CHF 1■300.■. Dies entspricht in Anwendung des gewöhnlichen Stundenansatzes im Rahmen des Überwälzungstarifs nach § 14 Abs. 1 HO von CHF 250.■ einem Aufwand von gut fünf Stunden, was der Sache insgesamt nicht unangemessen erscheint. Mit den notwendigen Auslagen von geschätzten CHF 100.■ und der Mehrwertsteuer von 8 % resultiert eine Parteientschädigung von insgesamt CHF 1■512.■.

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