

# **BS\_APPELLATIONSGERICHT ZB.2015.2 vom 11. November 2014**

BS Appellationsgericht, 2014-11-11, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs\\_appellationsgericht\\_ZB.2015.2](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_ZB.2015.2)

FR: BS\_APPELLATIONSGERICHT ZB.2015.2 du 11 novembre 2014

IT: BS\_APPELLATIONSGERICHT ZB.2015.2 del 11 novembre 2014

## **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). Strittig sind die Regelung der Unterhaltspflicht gemäss Art. 176 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB sowie das von der Vorinstanz abgewiesene Gesuch gemäss Art. 169 Abs. 2 ZGB, die Berufungsklägerin zur Kündigung der ehelichen Wohnung zu ermächtigen. Dieser Entscheid 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 nach Art. 308 Abs. 2 ZPO, dass der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens CHF 10'000.■ beträgt. Die strittige Regelung der ehelichen Unterhaltspflicht stellt 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 ZPO, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2013, Art. 308 ZPO N 40). Aufgrund der Höhe der vor erster Instanz gegenseitig beantragten (Ehemann CHF 4■500.■, Ehefrau CHF 3■778.■) und der festgesetzten, vollumfänglich bestrittenen Unterhaltsbeiträge ist das Streitwerterfordernis hier klarerweise erfüllt.

Über vorsorgliche Massnahmen nach den Art. 172■179 ZGB und über das Begehren zur Kündigungsermächtigung nach Art. 169 Abs. 2 ZGB ist im summarischen Verfahren zu entscheiden (Art. 271 lit. a, c 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. Mit der Berufung können eine unrichtige Rechtsanwendung und eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO).

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.

1.3 Nach Art. 316 ZPO kann die Rechtsmittelinstanz eine Verhandlung durchführen oder aufgrund der Akten entscheiden. In Summarverfahren ist regelmässig von der

Durchführung einer mündlichen Berufungsverhandlung abzusehen (vgl. dazu Reetz/Hilber, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur ZPO, 2. Auflage 2013, Art. 314 ZPO N 13 und Art. 316 ZPO N 7). Davon ist vorliegend aber abzuweichen, da namentlich die Erwerbs- und Einkommenssituation der Ehegatten unklar und die Durchführung einer Parteiverhandlung zu ihrer Klärung angezeigt erscheint.

1.4 Für Eheschutzverfahren im Anwendungsbereich von Art. 271 ZGB gilt die eingeschränkte Untersuchungsmaxime (Art. 271 lit. a in Verbindung mit Art. 272 ZPO; Sutter-Somm/Vontobel, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur ZPO, 2. Auflage 2013, Art. 272 ZPO N 12).

1.5 Der besseren Verständlichkeit halber werden die Parteien nachfolgend (E. 2 ■ 4) grundsätzlich als Ehefrau (Berufungsklägerin) und Ehemann (Berufungskläger) bezeichnet.

## **E. 2**

Strittig ist unter den Ehegatten zunächst die Regelung der Unterhaltspflicht.

2.1 Auch nach der Aufhebung des gemeinsamen Haushalts findet in einem Eheschutzverfahren der Unterhaltsanspruch der Ehegatten seine Grundlage in der gesetzlichen Regelung der Wirkung der Ehe im Allgemeinen, geregelt in den Art. 163 ff. ZGB (BGE 130 III 537 E. 3.2 S. 541 mit Hinweisen; vgl. auch AGE ZB.2011.37 vom 12. April 2012 E. 2.4.2). Bei der Berechnung des Unterhalts hat der Richter grundsätzlich von der bisherigen Aufgabenteilung und vereinbarten Teilung der Lasten auszugehen und diese soweit abzuändern, als trennungsbedingte Mehrkosten angemessen zu verteilen sind (BGE 5A\_860/2011 vom 11. Juni 2012 E. 4.1.1). Es ist daher eine Lösung zu finden, die es den Ehegatten erlaubt, soweit als möglich ihren Lebensstandard beizubehalten. In der Praxis erfolgt diese Berechnung bei kinderlosen Ehegatten nach der zweistufigen Methode und unter Beachtung des Halbteilungsgrundsatzes (vgl. Lötscher/Wullschleger, Aus der Praxis des Einzelgerichts in Familiensachen Basel-Stadt, in: BJM 2008 S. 1 ff., 14 ff.; Vetterli, in: Schwenzer [Hrsg.] FamKomm Scheidung, 2. Auflage 2011, Art. 176 ZGB N 23 ff., N 27; Six, Eheschutz, 2. Auflage 2014, S. 103). Dabei wird der Grundbedarf der beiden Eheleute ermittelt und dem ehelichen Einkommen gegenübergestellt. Ein allfälliger Einkommensüberschuss wird entsprechend dem Gleichbehandlungsgrundsatz hälftig verteilt. Bei der Bedarfsberechnung ist vom betriebsrechtlichen Existenzminimum auszugehen; das familienrechtliche Existenzminimum eines jeden Ehegatten setzt sich aus seinem Grundbetrag sowie Zuschlägen für die Wohnkosten, Krankenkassenprämien und weitere Gesundheitskosten, sowie Berufsauslagen und ■ ausser in Mangelfällen ■ allfälligen weiteren Auslagen zusammen (vgl. AGE ZB.2011.36 vom 18. September 2012 E. 3.1 mit Hinweisen; ZB.2011.37 vom 12. April 2012 E. 2.4.2; sowie Lötscher/Wullschleger, a.a.O., S. 21 ff.; Six, a.a.O., S. 108). Diese auch von der Vorinstanz beachteten Grundsätze werden von den Parteien zu Recht nicht bestritten.

2.2 Strittig ist unter den Ehegatten insbesondere das Einkommen, welches der Ehefrau angerechnet werden kann.

2.2.1 Unbestritten ist, dass die Ehefrau bisher während der Dauer der Ehe einer Erwerbstätigkeit als Prostituierte nachgegangen ist und mit dem entsprechenden Einkommen den Unterhalt der Familie gedeckt hat. Ebenfalls unstrittig ist, dass die Ehefrau nun geltend macht, aus der Prostitution aussteigen zu wollen. Die Vorinstanz (Urteil E. 4.2.3) hat (unter Hinweis insbesondere auf Hürlimann, Prostitution ■ ihre Regelung im

schweizerischen Recht und die Frage der Sittenwidrigkeit, Diss., Basel 2004) dazu erwogen, in den unterschiedlichsten Rechtsgebieten bestehe heute mit wenigen Ausnahmen die Tendenz, die Tätigkeit der Prostituierten und ihr Erwerbseinkommen als normales Gewerbe zu behandeln. Es bestehe weitgehende Übereinstimmung, dass Prostitution rechtlich gesehen weder benachteiligt noch bevorzugt behandelt werden solle. Die nach herrschender Lehre noch immer geltende Qualifikation des Entgelts aus Sexarbeit als sittenwidrig im Sinne von Art. 20 Abs. 1 OR sei nicht mehr gerechtfertigt. Richtigerweise werde das Vertragsverhältnis zwischen einer Prostituierten und ihrem Freier als einfacher Auftrag qualifiziert, der weder per se unsittlich ist noch die Parteien übermässig bindet, da er nach Art. 404 Abs. 1 OR in Übereinstimmung mit Art. 27 ZGB jederzeit widerrufbar sei. Eine Verpflichtung der Ehefrau zur Leistung eines Unterhaltsbeitrages, welcher auf ihrem Einkommen als Sexarbeiterin basiert, sei vorliegend nicht persönlichkeitsverletzend. Die Ehefrau habe diese Tätigkeit in der Ehe während längerer Zeit freiwillig ausgeübt. Zudem werde auch das Widerrufsrecht gegenüber jedem einzelnen Freier nicht tangiert. Sie werde auch nicht tatsächlich gezwungen, der Sexarbeit weiterhin nachzugehen. Die Arbeitsverweigerung sei wie bei jeder Aufrechnung eines hypothetischen Einkommens ■immer eine Option, wenn auch mit der Folge der Verschuldung■. Es könne der Ehefrau daher nicht gefolgt werden, wenn sie mit der während der Ehe regelmässig und freiwillig ausgeübten Sexarbeit just im Zeitpunkt der Ehetrennung aufhören wolle. Die Ehegatten hätten das ungewöhnliche Rollenmodell gewählt und ausdrücklich oder stillschweigend eine Vereinbarung über Aufgabenteilung und Geldleistungen getroffen, welche der ehelichen Gemeinschaft über längere Zeit eine Struktur gegeben habe. Diese könne im Rahmen eines Eheschutzentscheides ■nicht sofort und komplett verändert werden■. Da die Ehefrau aber ihren Ausstieg aus dem Sexgewerbe schon seit Beginn der Ehe angekündigt habe, könne der Ehemann nicht erwarten, dass ihr das entsprechende Einkommen noch längere Zeit angerechnet werde. Auf der Grundlage dieser allgemeinen Erwägungen und den Angaben der Ehefrau zu ihrem bisherigen Verdienst von CHF 5■000.■ bis 6■000.■ hat ihr die Vorinstanz ein monatliches Einkommen von CHF 6■000.■ angerechnet.

2.2.2 Dieser Auffassung der Vorinstanz kann nicht gefolgt werden. Zutreffend ist zwar, dass der Ehefrau das bei der von ihr tatsächlich und freiwillig verrichteten Sexarbeit erzielte Einkommen zur Bestimmung ihrer Leistungsfähigkeit vollumfänglich angerechnet werden könnte. Diese Beurteilung erfolgt unabhängig von der Qualifikation des vertraglichen Verhältnisses der Prostituierten zu ihren Freiern (vgl. dazu BGer 6B\_188/2011 vom 26. Oktober 2011 E. 2.3). Es kann von der Ehefrau aufgrund ihres Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung ohne Eingriff in ihre Persönlichkeitsrechte aber nicht verlangt werden, sexuelle Dienstleistungen gegen ihren Willen überhaupt oder in einem grösseren Ausmass anzubieten, als sie dies wünscht. Wird ihr aber ein hypothetisches Einkommen aus der Prostitution in einer Höhe angerechnet, das sie aktuell gar nicht mehr zu erzielen bereit ist, so wird sie aufgrund der ansonsten drohenden Verschuldung genötigt, dieser Tätigkeit zur Leistung der daraus fliessenden Unterhaltspflicht auch gegen ihren Willen weiter nachzugehen. Die Arbeitsverweigerung kann ■entgegen der Auffassung der Vorinstanz ■ aufgrund der daraus folgenden drohenden Verschuldung keine der Ehefrau zumutbare Option sein. Wie sie zutreffend geltend macht, käme dies einem indirekten Zwang, sich zu prostituieren gleich. Dies gilt umso mehr, als die Nichterfüllung familienrechtlicher Unterhaltsbeiträge gemäss Art. 217 StGB unter Strafe steht. Auch wenn die Ehefrau bisher freiwillig und regelmässig als Prostituierte gearbeitet hat, so muss es ihr jederzeit freistehen, auf diese Tätigkeit ganz oder teilweise zu verzichten (ZB.2012.18 vom 30. August 2012 E.

3.3; BGer 6B\_730/2009 vom 24. November 2009 E. 1.3). Eine Bindung der Ehefrau an eine bisher gelebte Vereinbarung über die Aufgabenteilung und die Geldleistungen kann es hier für die Zukunft nicht geben. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz kann die Ehefrau diese Geschäftstätigkeit auch ■sofort und komplett■ verändern. Es kann keinen eherechtlichen Schutz des Vertrauens auf Unterhalt geben, der mit Einkommen aus Sexarbeit finanziert wird, die aktuell nicht respektive nicht freiwillig ausgeübt wird. Es kann auch auf Art. 195 StGB hingewiesen werden, welcher das sexuelle Selbstbestimmungsrecht der sich prostituierenden Person schützt und unter anderem das Festhalten in der Prostitution unter Strafe stellt.

2.2.3 Massgebend ist nun die Frage, ob die Behauptung der Ehefrau, ihre Tätigkeit als Prostituierte aufgeben oder reduzieren zu wollen, von ihrem wirklichen Willen getragen oder bloss zur Vermeidung einer Unterhaltspflicht vorgeschoben wird.

Wie der Ehemann in der vorinstanzlichen Verhandlung zugestanden hat, war zwischen den Ehegatten bereits ■am Anfang besprochen worden, dass sie aussteigen will■. Der Ehemann hat aber gleichzeitig geltend gemacht, dass die Ehefrau kein Interesse gezeigt habe, eine Alternative aufzubauen und sich stattdessen weiterhin ■auf ihre Tätigkeit als Prostituierte konzentriert■ habe (Protokoll der Hauptverhandlung vom 11. November 2014, S. 4). Dem hält die Ehefrau in der Berufung entgegen, dass der Ehemann seinerseits nur ein geringes Interesse an einer Firmengründung gezeigt habe, weshalb von ihr weiterhin die Fortsetzung ihrer Tätigkeit in der Prostitution erwartet worden sei. Mit ihrer Berufungsbeurteilung macht sie weiterhin geltend, aus der Prostitution aussteigen zu wollen.

Mit der Eingabe vom 2. Februar 2015 hat die Ehefrau festgehalten, nach Aufzehrung ihrer Ersparnisse nur noch so viele Kunden zu bedienen, um sich finanziell knapp über Wasser halten zu können. Am 16. April 2015 hat sie eine Aufstellung ihrer Einnahmen aus Prostitution für die Monate Januar bis und mit März eingereicht, welche sich auf durchschnittlich CHF 6■785.■ pro Monat belaufen (vgl. Beilage 5 zur Eingabe vom 16. April 2015); die monatlichen Ausgaben in Zusammenhang mit der Prostitution belaufen sich nach ihren Angaben auf rund CHF 1■900.■ (Salonmiete, Inserate, AHV-Beiträge, Fahrtspesen, vgl. Beilagen 3 zur Eingabe vom 16. April 2015). Sie ist an der Verhandlung vor Appellationsgericht befragt worden und hat im Rahmen einer Parteiaussage (Art. 192 ZPO) nach Hinweis auf die Verpflichtung zu wahrheitsgemässen Aussagen und die Straffolgen falscher Aussagen erklärt, dass sie die Arbeit im Rotlichtmilieu nicht mehr ausüben sondern nach Möglichkeit ganz aufhören wolle. Um sich nicht verschulden zu müssen und sich ihre Zukunft nicht zu verbauen, habe sie ■in den sauren Apfel■ gebissen und die Prostitution in dem geringst möglichen Umfang weitergeführt, so dass sie ihren finanziellen Verpflichtungen nachkommen, d.h. die im angefochtenen Entscheid verfügten Unterhaltszahlungen an den Ehemann leisten und ihren Lebensunterhalt und die berufsbedingten Auslagen bezahlen konnte. Es ist bei ihrer Befragung deutlich geworden, dass ihr die Arbeit als Prostituierte schwer fällt und sie sehr belastet. Sie habe die Tätigkeit so weit als möglich eingeschränkt und mache nicht mehr alles mit und akzeptiere nur noch Kunden, wo es nicht so schwer sei und sie nicht so viel machen müsse. Dass die Ehefrau die ernsthafte Absicht hat, aus der Prostitution auszusteigen zeigt sich auch darin, dass sie sich realistische Gedanken über ihre Aussichten auf dem Arbeitsmarkt gemacht hat und ihre Chancen als ungelernete Frau ohne Ausbildung am ehesten im Bereich Gastgewerbe oder Fabrik sieht. Sie hat sich auch über Angebote, die sie beim Ausstieg aus der Prostitution

unterstützen können, informiert. Arbeitsverweigerung ■ mit der Konsequenz möglicher Verschuldung ■ ist für sie allerdings ganz offensichtlich keine Option gewesen. Solange der finanzielle Druck, insbesondere auch durch die Unterhaltsverpflichtung von monatlich CHF 2■800.■, besteht, ist es, wie sie nachvollziehbar erklärt hat, für sie nicht möglich, den Ausstieg aus dem Rotlichtmilieu in Angriff zu nehmen. Die bereits vor Zivilgericht vorgebrachte Erklärung der Ehefrau, sie wolle aus der Prostitution aussteigen, ist von ihrem wahren Willen getragen und wird offensichtlich nicht zur Vermeidung einer Unterhaltspflicht vorgeschoben.

2.2.4 Die Ehefrau hat sich nach Eröffnung des angefochtenen Entscheids vom 11. November 2011 weiterhin in einem Ausmass prostituiert, welches ihr die Bestreitung des eigenen Lebensunterhalts und die Bezahlung der von der Vorinstanz verfüigten Unterhaltsbeiträge an den Ehemann erlaubt hat. Dieses tatsächlich erzielte Einkommen als Prostituierte kann ihr nach dem Gesagten allerdings nur angerechnet werden, soweit sie dieses freiwillig erzielt hat. Von Freiwilligkeit kann hier ■ jedenfalls soweit die Ehefrau sich über die Deckung ihres eigenen Lebensunterhalts hinaus prostituiert hat ■ nicht die Rede sein. Die Ehefrau kann und konnte nicht zu Unterhaltszahlungen verpflichtet werden, die ihr den erwünschten Ausstieg aus der Prostitution erschweren respektive gar verunmöglichen. Die Vorinstanz hat ihr zu Unrecht ein Einkommen von CHF 6■000.■, das sie als ungelernte 35-jährige Frau, welche seit Jahren im Rotlichtmilieu tätig ist, einzig mit Prostitution erzielen könnte, angerechnet. Zur Beurteilung ihrer allfälligen Unterhaltspflicht kann ihr vielmehr lediglich ein Einkommen als Mitarbeiterin in einem Gastronomiebetrieb von rund CHF 3■200.■ netto (vgl. etwa Salarium ■ individueller Lohnrechner [www.lohnrechner.bfs.admin.ch]) angerechnet werden, mit welchem sie gerade ihren eigenen Lebensbedarf decken kann. Der angefochtene Entscheid des Zivilgerichts ist insoweit aufzuheben und es ist ■ insoweit rückwirkend auf Dezember 2014 ■ festzustellen, dass die Ehegatten sich gegenseitig keine Unterhaltsbeiträge schulden.

Die Ehefrau kann somit die von ihr zu Unrecht bezahlten Unterhaltsbeiträge vom Ehemann zurückfordern. Es kann im vorliegenden Entscheid allerdings kein bezifferter Rückforderungsbetrag festgesetzt werden. Abgesehen davon, dass es an einem entsprechenden, konkret bezifferten Antrag fehlt, liegen dem Gericht die vollständigen Belege über die gesamten geleisteten Unterhaltszahlungen nicht vor.

### **E. 2.3**

Damit erübrigen sich Ausführungen zur Leistungsfähigkeit des Ehemannes.

### **E. 3**

3.1 Die Vorinstanz hat den Antrag der Ehefrau auf Ermächtigung zur Kündigung der bisherigen Familienwohnung ■ eine 4 1/2 ■ Zimmerwohnung zu einem monatlichen Mietzins von CHF 2■221.■ abgewiesen. Sie hat dazu erwogen (Urteil E. 3), dass der Ehemann dargelegt habe, er wolle dort eine Wohngemeinschaft gründen. Mit Mietzinsbeiträgen von weiteren Mitbewohnern sei die Wohnung für die Ehegatten wieder finanzierbar; ausserdem sei nicht klar, dass der Ehemann eine angemessene andere Wohnung beziehen könne, denn er mache geltend, er habe Beitreibungen und werde keine neue Wohnung finden. Die Ehefrau wurde allerdings berechtigt, Mietzinszahlungen unter Verrechnung mit den Unterhaltsbeiträgen direkt an den Vermieter zu bezahlen, sofern sie von diesem für die Mietzinse belangt werde und dem Ehemann solche Zahlungen sofort mitteile.

Die Ehefrau hält dagegen, die blosser Behauptung des Ehemannes, eine Wohngemeinschaft gründen zu wollen, ändere nichts an der fehlenden Finanzierbarkeit der Wohnung. Richtigerweise wäre der Ehemann zu verpflichten gewesen, sich eine günstigere Wohnung zu suchen, allenfalls mit Unterstützung der Sozialhilfe oder anderer spezialisierter Institutionen. Die Anordnung, welche sie ermächtigt, unter gewissen Voraussetzungen, Mietzinszahlungen unter Verrechnung mit den Unterhaltsbeiträgen direkt dem Vermieter zu bezahlen, sei zudem nicht geeignet, dem Haftungsrisiko für zukünftige Mietzinse zu begegnen.

3.2 Gemäss Art. 169 Abs. 2 ZGB kann das Gericht angerufen werden, wenn ein Ehegatte seine Zustimmung zur Kündigung der Wohnung der Familie ohne triftigen Grund verweigert. Dies ist etwa der Fall, wenn die Wohnung längerfristig nicht finanzierbar ist und wenn eine angemessene andere Wohnung zur Verfügung steht (Schwander, in Basler Kommentar zum Zivilgesetzbuch, Bd I, 5. Auflage 2014, Art. 169 N 9 ZGB).

### **E. 3.3**

3.3.1 Wenn die Ehefrau, wie oben (E. 2) dargelegt worden ist, nicht zur Leistung von Unterhalt an den Ehemann verpflichtet werden konnte, so ist und war die ehemals eheliche Wohnung ■ eine 4 ½-Zimmer Wohnung zu einem Mietzins von CHF 2■221.■ monatlich ■ offensichtlich nicht länger zu finanzieren. Der angebliche Plan des 50-jährigen Ehemannes, eine Wohngemeinschaft in der teuren Wohnung einzurichten, war an der Verhandlung vor erster Instanz im November 2014 äusserst vage und wurde durch keinerlei Belege ■ wie etwa entsprechende Inserate ■ gestützt. Es lag auf der Hand, dass die Wohnung nicht mehr länger finanzierbar und dementsprechend sofort zu kündigen war, um eine weitere Verschuldung des Ehemannes respektive eine Verschuldung auch der Ehefrau zu verhindern. Bezeichnenderweise bewohnt der Ehemann die teure, geräumige Wohnung nach wie vor alleine und kann ■ abgesehen von einer von ihm selber für einen Kollegen verfassten äusserst vagen Interessebekundung (■Hiermit bestätige ich mein Interesse an einer Wohngemeinschaft mit Ihnen Sobald ich einige Angelegenheit, wie z.B. mein bestehendes Mietverhältnis, geregelt habe melde ich mich wieder bei ihnen■) keine Belege für ernsthafte Interessenten oder wenigstens Suchbemühungen nach solchen vorlegen.

3.3.2 Der Ehemann hat vor Zivilgericht weiter behauptet, er habe Betreibungen und könne keine neue Wohnung finden. Weder vor erster Instanz noch im Berufungsverfahren hat er indes behauptet oder belegt respektive auch nur glaubhaft gemacht, sich tatsächlich vergebens um eine Wohnung beworben zu haben. Zweifellos ist es für Wohnungsbewerber mit Schulden und Einträgen im Betreibungsregister nicht einfach, eine neue Wohnung zu finden. Der Ehemann ist allerdings alleinstehend, offenbar nicht ortsgebunden und würde bei der Wohnungssuche bei der Sozialhilfe oder bei Institutionen wie der IG Wohnen Unterstützung finden. Es ist davon auszugehen, dass er ■ wie übrigens zahlreiche andere Bewerber mit Einträgen im Betreibungsregister ■ innert nützlicher Frist eine neue, angemessene Wohnung finden kann. Die Zustimmung zur Wohnungskündigung ist von ihm somit ohne triftigen Grund verweigert worden. Der angefochtene Entscheid ist auch insoweit aufzuheben und die Ehefrau ist zu ermächtigen, die Wohnung am [ ] zu kündigen. Nur auf diese Weise kann sie dem Haftungsrisiko für die Mietzinsen entgehen.

### **E. 4**

Daraus folgt, dass in Gutheissung der Berufung die Ziffern 2, 3, 4 und 5 des angefochtenen Entscheids des Zivilgerichts vom 11. November 2014 aufgehoben respektive geändert

werden. Namentlich wird die Ehefrau berechtigt, die eheliche Wohnung [ ], zu kündigen. Ausserdem wird ■ ex tunc per Dezember 2014 ■ festgestellt, dass sich die Ehegatten gegenseitig keinen Unterhalt schulden. Im Übrigen wird der Entscheid des Zivilgerichts bestätigt, wobei festzuhalten ist, dass Ziff. 6 des Dispositives obsolet wird.

## **E. 5**

5.1 Gemäss dem Verfahrensausgang hat der vollständig unterliegende Berufungsbeklagte die Prozesskosten zu tragen.

5.2 Zur Bestimmung der Gerichtskosten kann in Anwendung von § 11 Abs. 1 Ziff. 1 der Verordnung über die Gerichtsgebühren (GerGebV; SG 154.810) die Gebühr auf das Anderthalbfache der vorinstanzlichen Gebühr (CHF 600.■) und mithin auf den Betrag von CHF 900.■ festgesetzt werden. Eine Gebühr in dieser Höhe rechtfertigt sich vorliegend auch angesichts der Durchführung einer kurzen mündlichen Berufungsverhandlung. Diese Kosten gehen zufolge Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege zu Lasten der Staatskasse.

5.3 Infolge Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege für den Berufungsbeklagten ist auch seine Vertreterin aus der Gerichtskasse zu entschädigen. Sie macht für das zweitinstanzliche Verfahren ein Honorar (ohne Verhandlung) von CHF 650.10, entsprechend 3,25 Stunden zu einem Ansatz von CHF 200.■, geltend; dazu kommen 1,25 Stunden (zu einem Ansatz von CHF 200.■) für die Berufungsverhandlung. Ihr werden somit entsprechend ihrem Antrag ein Honorar von CHF 900.10 und Auslagen von CHF 21.25, sowie 8% Mehrwertsteuer von CHF 73.70, aus der Gerichtskasse ausgerichtet.

## **E. 5.4**

5.4.1 Der unterliegende Berufungsbeklagte hat trotz der ihm gewährten unentgeltlichen Rechtspflege der obsiegenden Berufungsklägerin grundsätzlich eine Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 118 Abs. 3 ZPO). Der Berufungsklägerin ist angesichts ihrer knappen finanziellen Verhältnisse ebenfalls die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren. Obsiegt die unentgeltlich prozessführende Partei und ist die Parteientschädigung bei der Gegenpartei nicht oder voraussichtlich nicht einbringlich, so wird die unentgeltliche Rechtsbeiständin vom Kanton angemessen entschädigt (Art. 122 Abs. 2 ZPO). Angesichts der finanziellen und persönlichen Situation des Berufungsbeklagten ist eine Parteientschädigung bei diesem mutmasslich nicht einbringlich. Somit ist der Vertreterin der Berufungsklägerin ein angemessenes Honorar aus der Gerichtskasse auszurichten.

5.4.2 Das Gericht spricht die Parteientschädigung nach den Tarifen zu; die Parteien können Kostennoten einreichen (Art. 105 Abs. 2 ZPO). Vorliegend hat die Vertreterin der Berufungsklägerin an der Verhandlung eine Honorarnote für ihre Bemühungen vom 28. Januar bis 29. April 2015 (ab Einreichung Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege bis Verhandlung) eingereicht und weitere Honorarnoten nachgereicht. Insoweit ist in einem nachträglichen Zirkulationsentscheid vom 3. Juli 2015 über die entsprechende Parteientschädigung befunden worden. Sie macht für ihre Bemühungen für das Berufungsverfahren ein Honorar von CHF 9■473.■, entsprechend einem Aufwand von 34 Stunden und 20 Minuten, bei einem Stundenansatz von CHF 280.■ geltend (vgl. Honorarnote Nr. 5969).

In familienrechtlichen Verfahren vermögensrechtlicher Natur sind sowohl der angemessene Aufwand wie auch die Höhe eines streitwertbezogenen Honorars zu beachten (vgl. AGE

ZB.2014.36/41 vom 19. Januar 2015 E. 4.2). Vorliegend ist von einem Streitwert des Berufungsverfahrens von rund CHF 23'000.00 auszugehen (monatlicher Unterhaltsbeitrag von CHF 2'800.00 ab Dezember 2015 bis circa Juli 2015 [vgl. Entscheid Zivilgericht Ziff. 6: der Ehemann hatte dem Gericht Belege über Arbeitsbemühungen bis Ende April 2015 vorzulegen, anschliessend war eine weitere Eheschutzverhandlung vorgesehen]). Daraus folgt ein Grundhonorar von rund CHF 2'600.00 (§ 4 Abs. 1 lit. a Honorarordnung für die Anwältinnen und Anwälte des Kantons Basel-Stadt, [HO; SG 291.400]). Dieses Honorar erhöht sich angesichts der Schriftlichkeit des Verfahrens bis um die Hälfte (§ 4 Abs. 2 HO) auf rund CHF 3'900.00. Im Rechtsmittelverfahren berechnet sich das Honorar nach den für das erstinstanzliche Verfahren aufgestellten Grundsätzen, wobei in der Regel ein Abzug von einem Drittel (CHF 1'300.00) vorzunehmen ist (§ 12 Abs. 1 HO). Das streitwertbezogene Honorar beläuft sich vorliegend somit auf rund CHF 2'600.00. Dies würde bei einem Stundenansatz von CHF 250.00 einem Aufwand von rund 10 ½ Stunden entsprechen, bei einem Ansatz von CHF 200.00 (Kostenerlass wurde beantragt) gar einem Aufwand von rund 13 Stunden, was der Angelegenheit angemessen erscheint. Dass dieser Aufwand mehr als doppelt so hoch ist wie der von der Vertreterin des Berufungsbeklagten geltend gemachte Aufwand rechtfertigt sich, da die Anfechtung des Zivilgerichtsentscheids zweifellos bedeutend mehr Aufwand mit sich gebracht hat als die Begründung des Antrag auf dessen Bestätigung. Der von der Vertreterin der Berufungsklägerin geltend gemachte Stundenaufwand von 34 Stunden für ein zweitinstanzliches Eheschutzverfahren, in dem es um zwei klar umgrenzte Fragen geht, ist demgegenüber angesichts des Streitwerts nicht mehr verhältnismässig und kann in diesem Umfang nicht entschädigt werden.

Dieses Honorar kommt gemäss § 17 Abs. 2 des Advokaturgesetzes (SG 291.100) auch bei der Bemessung des Honorars der Vertreterin der unentgeltlich prozessierenden Ehefrau, welches dieser aufgrund der offensichtlichen Uneinbringlichkeit der Parteientschädigung zuzusprechen ist, zur Anwendung.

Demgegenüber unterscheiden sich die Ansätze bei den Auslagen. Die mit der Honorarnote für den gesamten Vertretungszeitraum geltend gemachten Auslagen von CHF 259.50 sind insgesamt in Zusammenhang mit der Bemessung der Parteientschädigung nicht zu beanstanden. Demgegenüber ist dieser Betrag mit Bezug auf das Honorar für die unentgeltliche Rechtsbeiständin aus der Gerichtskasse zu kürzen, da diesbezüglich die 160 Fotokopien nicht zu CHF 1.00, sondern nur zu CHF 0.25 pro Stück entschädigt werden können. Die Auslagen betragen somit in diesem Zusammenhang CHF 139.50.

5.4.3 Nach dem Gesagten hat der Berufungsbeklagte der Berufungsklägerin eine Parteientschädigung, bestehend aus einem Honorar von CHF 2'600.00 und Auslagen von CHF 295.50, zuzüglich 8 % MWST von insgesamt CHF 228.75, zu bezahlen. Zuzüglich Uneinbringlichkeit dieser Parteientschädigung beim Berufungsbeklagten und Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für die Berufungsklägerin werden deren unentgeltlicher Rechtsbeiständin ein Honorar von CHF 2'600.00 und ein Auslagenersatz von CHF 139.50, zuzüglich 8 % MWST von insgesamt CHF 219.15, aus der Gerichtskasse zugesprochen.

Die Parteien werden darauf hingewiesen, dass die vom Staat aufgrund der Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege getragenen Leistungen von ihnen nachgezahlt werden müssen, sobald sie dazu in der Lage sind (Art. 123 Abs. 1 ZPO).

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