

BS_APPELLATIONSGERICHT ZB.2020.11 vom 16. Januar 2020

BS Appellationsgericht, 2020-01-16, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_ZB.2020.11

FR: BS_APPELLATIONSGERICHT ZB.2020.11 du 16 janvier 2020

IT: BS_APPELLATIONSGERICHT ZB.2020.11 del 16 gennaio 2020

Erwägungen

E. 1

1.1 Gegenstand des angefochtenen Entscheids sind vorsorgliche Massnahmen zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft im Sinne von Art. 271 Abs. 1 Zivilprozessordnung (ZPO, SR 272). Solche Entscheide unterstehen gemäss Art. 308 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 ZPO der Berufung, wenn der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens CHF 10'000.■ beträgt. Der Streitwert ist aufgrund des im Streit liegenden monatlichen Unterhaltsbeitrags bzw. dessen Höhe ohne Weiteres erreicht (vgl. auch Art. 92 Abs. 2 ZPO).

1.2 Zuständig für die Beurteilung der Berufung ist ein Dreiergericht des Appellationsgerichts, nachdem in erster Instanz das Einzelgericht des Zivilgerichts entschieden hat (§ 92 Abs. 1 Ziff.

E. 6

Gerichtsorganisationsgesetz [GOG, SG 154.100]). Über vorsorgliche Massnahmen nach den Artikeln 172 ff. Zivilgesetzbuch (ZGB, SR 210) ist in Anwendung von Art. 271 lit. a ZPO im summarischen Verfahren zu entscheiden, weshalb die verkürzte Berufungsfrist von Art. 314 Abs. 1 ZPO zur Anwendung kommt. Auf die rechtzeitig und formgültig erhobenen Berufungen ist einzutreten.

1.3 Gemäss Art. 316 Abs. 1 ZPO kann die Rechtsmittelinstanz eine Verhandlung durchführen oder aufgrund der Akten entscheiden. Grundsätzlich liegt es im pflichtgemässen Ermessen der Berufungsinstanz, eine Berufungsverhandlung durchzuführen oder nicht (vgl. Reetz/Hilber, in: Sutter-Somm et al. [Hrsg.], Kommentar zur ZPO, 3. Auflage, Zürich 2016, Art. 316 N 17; Seiler, Die Berufung nach ZPO, Zürich 2013, N 1153). In summarischen Verfahren sieht das Appellationsgericht regelmässig von der Durchführung einer mündlichen Verhandlung ab (statt vieler AGE ZB.2019.27 vom 18. Mai 2020 E. 1.3; 2; Steininger, in: Brunner et al. [Hrsg.], ZPO Kommentar, 2. Auflage, Zürich 2016, Art. 316 N 8). Die Parteien haben vorliegend gegen die schriftliche Verfahrenserledigung, die ihnen durch die Verfügung der Instruktionsrichterin vom 11. Juni 2020 in Aussicht gestellt worden war, nichts eingewendet und damit auf einen allfälligen Anspruch auf eine mündliche öffentliche Verhandlung gemäss Art. 6 Ziff. 1 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK; SR 0.101) stillschweigend verzichtet (vgl. BGE 134 I 331 E. 2.3 S. 333; Reetz/Hilber, a.a.O., Art. 316 N 36). Daher kann der vorliegende Entscheid auf dem Zirkulationsweg ergehen.

1.4 Für Eheschutzverfahren im Anwendungsbereich von Art. 271 ZPO gelten bei der Festsetzung der Geldbeiträge, welche ein Ehegatte dem andern schuldet, die

Dispositionsmaxime (Art. 58 Abs. 1 ZPO) und die eingeschränkte respektive soziale Untersuchungsmaxime, wonach das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen feststellt (Art. 271 lit. a in Verbindung mit Art. 272 ZPO; vgl. zum Ganzen Vetterli, in: Schwenzer/Fankhauser [Hrsg.], FamKomm Scheidung, Band II, 3. Auflage, Bern 2017, Art. 272 ZPO N 1 ff.; Six, Eheschutz, Ein Handbuch für die Praxis, 2. Auflage, Bern 2014, Rz 2.62; Spycher, in: Berner Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung Band II, 2012, Art. 272 N 3; Sutter-Somm/Hostettler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage 2016, Art. 272 N 12; Bähler, in: Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Auflage 2017, Art. 272 N 1). Die Parteien sind indes auch bei Geltung dieses beschränkten Untersuchungsgrundsatzes namentlich nicht davon befreit, bei der Feststellung des entscheiderelevanten Sachverhaltes im Sinne einer prozessualen Obliegenheit aktiv mitzuwirken (vgl. Art. 160 Abs. 1 ZPO). Folglich tragen sie auch im Bereich der (eingeschränkten) Untersuchungsmaxime die Verantwortung für die Sachverhaltsermittlung und den Nachteil des fehlenden Beweises für einen für sie günstigeren Sachverhalt (vgl. Sutter-somm/Hostettler, a.a.O., Art. 272 N 9 ff. mit weiteren Hinweisen; Bähler, a.a.O., Art. 272 N 4; vgl. auch AGE ZB.2016.29 vom 28. März 2017 E. 1.3 mit Hinweisen, ZB.2018.1 vom 29. August 2018 E. 1.2).

Im Berufungsverfahren werden neue Tatsachen und Beweismittel gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden (lit. a) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (lit. b). Diese Voraussetzungen gelten kumulativ (BGer 5A_788 vom 2. Juli 2018 E. 4.2.1). Die Voraussetzungen des Art. 317 Abs. 1 ZPO gelten auch im Bereich der sozialen Untersuchungsmaxime (BGE 142 III 413 E. 2.2.2; BGer 5A_788/2017 vom 2. Juli 2018 e. 4.2.1 mit Hinweisen). Praxisgemäss ist zwischen echten und unechten neuen Vorbringen (sog. Noven) zu unterscheiden. Echte Noven sind Tatsachen und Beweismittel, die (erst) nach dem Ende der Hauptverhandlung des erstinstanzlichen Verfahrens entstanden sind. Sie sind im Berufungsverfahren grundsätzlich immer zulässig, wenn sie ohne Verzug nach ihrer Entdeckung vorgebracht werden. Unechte Noven sind Tatsachen und Beweismittel, die bereits bei Ende der erstinstanzlichen Hauptverhandlung entstanden waren. Ihre Zulassung wird im Berufungsverfahren weitergehend insofern eingeschränkt, als sie ausgeschlossen sind, wenn sie bei Beachtung zumutbarer Sorgfalt bereits im erstinstanzlichen Verfahren hätten vorgebracht werden können (BGer 4A_334/2012 vom 16. Oktober 2012 E. 3.1, in: SZP 2013 S. 253). Im Falle unechter Noven hat die beweisbelastete Partei namentlich die Gründe detailliert darzulegen, weshalb sie die Tatsache oder das Beweismittel nicht schon vor erster Instanz hat vorbringen können (BGer 4A_334/2012 vom 16. Oktober 2012 E. 3.1, in: SJ 135/2013 I S. 311; vgl. BGer 5A_456/2016 vom 28. Oktober 2016 E. 4.1.1). In der Berufung zulässige neue Vorbringen dürfen nicht in das Abänderungsverfahren verwiesen werden (BGE 143 III 42 E. 4.1 und 5; vgl. auch AGE ZB.2018.1 vom 29. August 2018 E. 1.3).

1.4.1 Der Ehemann beantragt, dass die mit der Berufung der Ehefrau eingereichten Beilagen 3, 4, 9, 12 und 15 aus dem Recht zu weisen seien. Den Beilagen 3 (E-Mail Ehemann an Ehefrau vom 6. März 2020), 4 (Schreiben von Dr. [...] an Dr. [...] vom 24. Januar 2020), 9 (Monatsrechnung [...] März 2020) und 12 (Nachricht Ehemann an Ehefrau) kommt für die vorliegend zu entscheidenden Fragen keine Bedeutung zu, weshalb die Frage, ob sie aus dem Recht zu weisen seien, offengelassen werden kann. Die Beilage 15 (E-Mail der

Buchführungsstelle C_____ mit angehängten Lohnnachweisen für die Ehefrau) ist demgegenüber relevant und ist nicht aus dem Recht zu weisen, da es sich um ein echtes Novum handelt. Anlass zur Einreichung hatte die Ehefrau erst aufgrund des Antrags des Ehemanns, ihr den ausbezahlten Lohn an den Unterhalt anzurechnen.

1.4.2 Der Ehemann beantragt mit seiner Berufung ZB.2020.13 die Einreichung der Jahresrechnung 2019 der K_____. Die Ehefrau lehnt den Antrag ab, weil er nicht begründet sei (ZB.2020.13, act 4 S. 13). Die Begründung des Antrags des Ehemanns ist jedoch selbsterklärend. Der Ehemann hat als Unterhaltsschuldner den Anspruch, allfälliges Einkommen der Ehefrau zu kennen. Allerdings liegt in den Vorakten bereits eine Zwischenabrechnung vom 23. November 2019 vor (ZG-Akten S. 26). Diese zeigt nach wie vor einen Verlust in fünfstelliger Höhe. Zwischen den Eheleuten war nie strittig, dass das von der Ehefrau geführte () ein Verlustgeschäft ist. Unter diesen Umständen erübrigt sich in antizipierter Beweiswürdigung die Einreichung der Jahresrechnung 2019, welche nur noch einen Monat mehr beinhalten würde.

1.4.3 Der Ehemann beantragt weiter Nichteintreten auf die Berufung betreffend Dispositionsziiffern 4 Abs. 1, 3, und 4, weil diese keinen Sachentscheid und damit keinen einklagbaren Anspruch enthielten.

Zur Ergreifung eines Rechtsmittels legitimiert ist, wer ein von der Rechtsordnung geschütztes, d.h. ein schutzwürdiges Interesse tatsächlicher oder rechtlicher Natur an der Abänderung des erstinstanzlichen Entscheides hat (Reetz,in: Sutter-Somm et. al, Kommentar zur ZPO, 3. Auflage, Zürich 2016, Vorbemerkungen zu Art. 308-318 N 30). Eine formelle Beschwer liegt vor, wenn das Dispositiv des erstinstanzlichen Entscheides von den abschliessenden Rechtsbegehren der rechtsmittelwilligen Partei abweicht (Reetz,a.a.O., N 31). Diese Voraussetzung ist vorliegend erfüllt. Die Ehefrau hat die vollumfängliche Deckung ihres gebührenden Unterhaltes beantragt und damit stillschweigend beantragt, dass sie selber kein Erwerbseinkommen erzielen müsse (ZG-Akten 25, Rechtsbegehren). Eine materielle Beschwer liegt vor, wenn die Rechtsstellung der rechtsmittelwilligen Partei tangiert wird, indem der Entscheid sich in seinen rechtlichen Wirkungen nachteilig für diese Partei auswirkt und sie dadurch ein Interesse an deren Abänderung hat (Reetz,a.a.O., N 32).

Mit den fraglichen Dispositivteilen wird die Ehefrau zu Handlungen verpflichtet, die sich auf ihren Unterhalt und somit auf ihre Rechtsposition auswirken können. Mit Ziff. 4 Abs. 1 wird ihr der vorstehend zugesprochene Unterhaltsbeitrag bis 31. August 2020 limitiert. Gemäss Abs. 3 hat sie Nachweise für Arbeitsbemühungen und gemäss Abs. 4 ein ärztliches Zeugnis einzureichen. Diese Pflichten sind in dem Sinn durchsetzbar, als sie sich auf die Höhe und Dauer ihres Unterhaltsanspruchs auswirken können. Schlussendlich entscheidend ist indessen, dass die Ehefrau gemäss Ziff. 4 Abs. 2 zum Beantragen von Arbeitslosentaggeld verpflichtet wird, was zwingend mit Arbeitsbemühungen verbunden ist. Diese beiden Pflichten sind unbestritten justiziabel und wirken sich direkt auf ihre finanziellen eherechtlichen Ansprüche aus. Es sind diese Pflichten, die die Ehefrau mit ihrer Berufung anfecht. Auf ihre Berufung ist einzutreten.

2.

2.1 Der Ehemann ficht mit seiner Berufung die vorsorglichen Massnahmen nach Art. 178 ZGB an. Im angefochtenen Entscheid wurden die mit Verfügung vom 25. April 2019 angeordneten superprovisorischen Massnahmen für die Dauer des Scheidungsverfahrens

bestätigt (Dispositiv Ziff. 1). Mit diesen Massnahmen wird dem Ehemann unter Strafandrohung verboten:

Der Ehemann wendet ein, es handle sich bei der C_____ und der D_____ in Liq. nicht um eheliches Vermögen, sondern um Gesellschaftsvermögen. Über dieses müssten sich die Eheleute gesellschaftsrechtlich auseinandersetzen. Gesellschaftsrecht auf der einen Seite und Güter-/Scheidungsrecht auf der anderen Seite müssten auseinandergehalten werden.

Die Frage ist vorliegend allerdings nicht wie in dem vom Ehemann angeführten Bundesgerichtsurteil 5A_391/2018 vom 10. Oktober 2019, ob die Eheleute sich über die Gesellschaften E_____, C_____, F_____, H_____ und die D_____ in Liq. gesellschafts- oder güterrechtlich auseinandersetzen müssen. Vorliegend geht es um vorsorgliche Massnahmen nach Art. 178 ZGB. Mit diesen Massnahmen für die Dauer des Scheidungsverfahrens wird die Erfüllung vermögensrechtlicher Verpflichtungen aus der ehelichen Gemeinschaft gesichert. Es werden nicht nur Ansprüche aus Güterrecht, sondern vor allem auch solche auf Unterhalt geschützt. Unterhaltsforderungen sind nicht dem Güterrecht zuzuordnen, sondern ihr Anspruch ist in den allgemeinen Wirkungen der Ehe begründet (BGE 142 III 65 E 4.3 S. 74). Gegenstand einer Verfügungsbeschränkung kann zudem jede Art von Vermögenswert sein (Göksu/Heberlein, Handkommentar zum schweizerischen Privatrecht, 3. Auflage, Zürich 2016, Art. 178 ZGB Ziff. 1 f.). Mittels vorsorglicher Massnahmen gemäss Art. 178 ZGB können auch Verfügungsbeschränkungen gegenüber Dritten erlassen werden (5A_2/2013 vom 6. März 2013 E 3.2). Die Rechtsprechung lässt bei diesen Sicherungsmassnahmen den sog. Durchgriff zu (BGer 5D_8/2016 vom 3. Juni 2016 E. 4.1).

Es ist zwischen den Parteien unbestritten, dass die Löhne aus der C_____ und die Einkommen aus der D_____ in Liq. die wirtschaftliche Grundlage der Familie gesichert haben und auch heute noch sichern, wobei die Privatpraxis des Ehemanns gewisse Funktionen der D_____ in Liq. übernommen hat (Eingabe Ehemann vom 16. Dezember 2019 S. 16, ZG-Akten 30). Es ist das C_____, welches der D_____ in Liq. und heute der Einzelpraxis des Ehemanns die Beauftragung mit Dienstleistungen für die () verschafft (ZB.2020.13, act 2 S. 15). Da mittels vorsorglicher Massnahmen Verfügungsbeschränkungen gegenüber jeder Art von Vermögen und auch gegenüber Dritten erlassen werden können, spielt es keine Rolle, dass das von den Massnahmen betroffene Vermögen nicht eheliches, sondern Gesellschaftsvermögen ist. Ebenso wenig spielt der Verkauf der C_____ eine Rolle, abgesehen davon, dass die Gültigkeit dieses Verkaufs unbestrittenermassen noch Gegenstand eines hängigen Zivilverfahrens ist (vgl. angefochtener Entscheid S. 15). Der Ehefrau ist durch die zivilrechtlichen Prozesse aktuell jeder Zugang zu den Vermögenswerten der einstmals gemeinsam geführten Holding verwehrt. Da aber der Familienunterhalt nach wie vor aus den Gesellschaften und der Praxis des Ehemanns erwirtschaftet wird, rechtfertigt es sich, seine Verfügungsbefugnis soweit zu beschränken, dass er die Finanzmittel nicht in andere, für die Ehefrau nicht mehr nachverfolgbare Strukturen umleiten kann.

2.2 Im angefochtenen Entscheid wurde das Einkommen des Ehemanns insofern geprüft, als davon abhängt, ob die ein- oder zweistufige Unterhaltsberechnung zum Zuge kommt. Nach summarischer Prüfung kam das Zivilgericht zum Schluss, dass vorliegend die einstufige Methode anzuwenden sei. Beide Eheleute, namentlich auch der Berufungskläger, widersprechen dem auch im Berufungsverfahren nicht. Der Ehemann moniert zwar mit seiner Berufung, dass ihm mit dem vorinstanzlich festgelegten Unterhalt wegen dem vom Zivilgericht zugerechneten zu hohen Einkommen kein mindestens gleich hoher

gebührender Unterhalt verbleibe. Zudem müsse in einem solchen Fall auch der Unterhalt für die volljährigen Kinder in seinen Bedarf einbezogen werden (Berufung S. 44 f.). Allerdings beziffert und belegt er weder seinen eigenen gebührenden Unterhalt noch denjenigen der erwachsenen Kinder. Er hält explizit daran fest, dass die einstufige Unterhaltsberechnung anzuwenden sei (Berufung S. 10, 34). Da sich das Berufungsgericht unter Vorbehalt offensichtlicher Mängel auf die Prüfung der von den Parteien erhobenen Beanstandungen des angefochtenen Entscheids zu beschränken hat (vgl. BGE 142 III 413 E. 2.2.4 S. 416 f.; AGE ZB.2018.39 vom 21. Oktober 2019 m.w.H.), ist daher von der Anwendung der einstufigen Methode zur Berechnung des strittigen Unterhalts auszugehen (vgl. zur Anwendbarkeit der einstufigen und der zweistufigen Methode: AGE ZB.2016.17 vom 23. Februar 2017 E. 4.2.1). Bei dieser Berechnungsmethode ist aber einzig der gebührende Unterhalt der berechtigten Partei zu belegen und zu beziffern (Schwenzer/Büchler, in: Schwenzer/Fankhauser [Hrsg.], FamKomm Scheidung, Band I, 3. Auflage, Bern 2017, Art. 125 N 106). Auf die Anträge zur weiteren Bezifferung des Einkommens des Ehemanns ist deshalb nicht einzugehen.

2.3

2.3.1 Für die Festlegung des Unterhaltsbetrags sind auch in der Anwendung der einstufig-konkreten Methode gewisse Pauschalisierungen unumgänglich, weil es nahezu unmöglich ist, für Ausgabepositionen wie den täglichen Bedarf die entsprechenden Zahlen nachträglich noch zu ermitteln bzw. vorzulegen. Zulässig ist beispielsweise eine Vermehrfachung des betriebsrechtlichen Grundbetrags (BGer 5A_956/2015 vom 7. September 2016 E. 4); vorbehalten bleibt der Nachweis eines allenfalls höheren bzw. tieferen Bedarfs im konkreten Fall (BGer 5A_198/2012 vom 24. August 2012 E. 8.3.3). Eine Pauschalisierung kann auf verschiedene Art und Weise vorgenommen werden. Hierzu gibt es keine bundesrechtlichen oder bundesgerichtlichen Vorschriften. Der Vorrichter hat die Bezüge über Kreditkarten aus dem Jahr 2015 (ZG-Akte 26 Beil. 36, 38, 41, 42, 43, 45) pauschal als glaubhaft qualifiziert. Vom Ehemann wird deren ungenügende Substantiierung gerügt. Es sei nicht ersichtlich, welche Ausgabe wofür und für wen getätigt worden sei. Bei den Zahlungen ist indessen grösstenteils ausgewiesen, an wen sie gegangen sind, und für die Barbezüge hat die Ehefrau einiges an Ausgaben substantiiert. Sodann hat die Vorinstanz den entsprechenden Betrag durch drei geteilt. Damit wurde dem Substantiierungsgrad durch die Ehefrau sowie dem Einwand des Ehemannes, dass die entsprechenden Ausgaben für die Familie (Eheleute und vier Kinder) getätigt worden seien, Rechnung getragen. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern diese Ermittlung unausgewogen oder gar willkürlich sein soll. Zunächst ist festzustellen, dass im Jahr 2015 nur noch zwei Kinder minderjährig waren (I_____ Jg 1998 und G_____ Jg 2002). Zudem entspricht die Anrechnung eines Drittels einer Kostenposition der Verteilung nach grossen und kleinen Köpfen (zumindest bei zwei Kindern). Im Sinne einer weiteren Kontrollrechnung ergibt sich durch die Dreiteilung ein Verhältnis in der Grössenordnung, wie es auch bei der Ermittlung des Grundbetrages für das familienrechtliche Existenzminimum vorliegen würde (Grundbetrag für Ehepaar mit Kindern Jg 1998 und 2002 = CHF 1'700 + 600 + 400 = 2'700 : 3 = 900 bzw. 2'700 + 600 für die volljährige, aber noch in Ausbildung stehende J_____ = 3'300 : 3 = 1'100 <> Grundbetrag für Alleinstehende: CHF 1'200).

2.3.2 Da die von der Vorinstanz vorgenommene Pauschalierung insgesamt als ausgewogen zu bestätigen ist, erübrigt es sich vorbehaltlich der nachstehend abgehandelten Ausnahmen, auf die Kritik an einzelnen Ausgabepositionen, beispielsweise an den Kosten des Personal

Trainers, einzugehen. Schliesslich legt die Ehefrau in der Berufungsantwort stichhaltige Belege vor, wonach die von ihr eingereichten Ausgaben nur durch und für sie selber und nicht für die ganze Familie getätigt worden sind. Da sie aber die Festlegung des gesamthaften Unterhaltsbetrages durch die Vorinstanz nicht beanstandet, kann es auch das Berufungsgericht beim festgelegten Grundbetrag bewenden lassen (Berufungsantwort der Ehefrau S. 23 f.).

2.3.2.1 Bezüglich der Fahrzeuge hat der Ehemann vor Zivilgericht wie auch in der Berufung für Versicherung, Unterhalt und Benzin der drei Autos ([...], [...] und [...]) einen Betrag von CHF 840.■ anerkannt (ZG-Akten 30 S. 19; Berufung S. 38). Das Zivilgericht hat denn auch korrekt den vom Ehemann anerkannten Betrag von CHF 840.■ zur Leasingrate von CHF 659.■ addiert und hat so einen Betrag von CHF 1'500.■ zugesprochen. Es hat diesen Betrag aber unbefristet zugesprochen, obwohl es feststellte, dass der Leasingvertrag im März 2020 ausläuft (angefochtenes Urteil S. 24 "Fahrzeuge" und S. 25 Endbetrag CHF 31'889.■).

Der Ehemann kritisiert mit seiner Berufung genau dies. Demgegenüber hat die Ehefrau als Novum geltend gemacht, dass sie einen neuen Leasingvertrag abgeschlossen habe. Als Beilage hat sie dann aber den alten, abgelaufenen Vertrag einreichen lassen. In der Annahme eines Versehens der Ehefrau forderte die Instruktionsrichterin sie auf, den neuen Vertrag nachzureichen (vgl. Verfügung vom 30. Juli 2020). Der daraufhin eingereichte neue Vertrag lautet nun aber nicht auf die Ehefrau, sondern die K____. Die Ehefrau lässt dazu erklären, dass dieses Vertragskonstrukt aus versicherungstechnischen und steuerlichen Gründen erfolgt sei. Da sie ohnehin den Betrieb des L____ aus eigenen Mitteln unterstützen müsse, bezahle sie die Leasingraten der K____ (act 8; Belege Überweisungen act 9).

Wer das Geschäftsauto auch für private Zwecke nutzen kann, hat sich dessen Verwendung als Einkommen anrechnen zu lassen (Six, a.a.O., Ziff. 2.132). Im Fall der Ehefrau bedeutet dies, dass ihr für das Leasing des [...] keine eigenen Kosten anfallen. Sie macht zwar geltend, sie bezahle selber diese Leasingraten. Diese Zahlungen für den neuen, auf die K____ abgeschlossenen Leasing-Vertrag, erfolgten jedoch allesamt erst nach Erhalt der Verfügung der Instruktionsrichterin vom 30. Juli 2020. Eine vertragliche Verpflichtung der Ehefrau, diese Leasing-Raten zu bezahlen, da sie das Auto privat nutzen dürfe, liegt nicht vor. Es handelt sich um freiwillige Leistungen. Freiwillige Leistungen und Unterstützungsbeiträge an die K____ gehören nicht zu ihrem gebührenden Unterhalt. Unter diesen Umständen können ihr für Fahrzeuge ab April 2020 nur noch CHF 840.■ zugesprochen werden. In diesem Punkt ist die Berufung des Ehemanns gutzuheissen. Der Unterhaltsbeitrag ist demzufolge ab April 2020 um CHF 659.■ zu reduzieren.

2.3.2.2 Als Reinigungskosten beantragte die Ehefrau vor erster Instanz für eine Reinigungskraft CHF 1'500.■ pro Monat, sofern das C____ nicht wie bisher seine Reinigungskraft dreimal pro Woche zur Verfügung stelle (ZG-Akten 25 S. 2, Rechtsbegehren 7 und 37). Das Zivilgericht sprach ihr diesen Betrag zu, zumal der Ehemann ihn zwar in der Höhe beanstandet, jedoch nicht substantiiert darlege, weshalb eine Reinigungskraft nicht zum ehelichen Standard gehöre. Mit der Berufung wird nun geltend gemacht, die Ehefrau habe nicht begründet, warum sie dreimal Mal pro Woche für vier Stunden eine Reinigungskraft brauche (ZB.2020.13, act 2 S. 39). Der Ehemann bestreitet aber nicht, dass bisher die Reinigungskraft des C____ auch bei den Eheleuten privat geputzt hat. Damit ist die Ehefrau ihrer Begründungspflicht, wonach die Reinigung der privaten Liegenschaft durch eine externe Person zum gebührenden ehelichen Standard gehört,

nachgekommen. Der geltend gemachte Betrag ist zu bestätigen.

2.3.2.3 Für Ferienausgaben verwies die Ehefrau auf die Sammelbeilage Nr. 20 zur Eingabe vom 12. April 2019 (ZG-Akten 6 bzw. 7) und zusätzlich auf Belege für das Jahr 2015 (ZG-Akten 25 S. 34). Der Ehemann akzeptierte demgegenüber gestützt auf die Belege vom 12. April 2019 unter Berücksichtigung der Familienferien in [...] und sonstigen Ferienausgaben jährliche Ausgaben für die ganze Familie von CHF 120'000.■ (ZG-Akten 30 S. 19). Die Vorinstanz hat festgestellt, dass die Ehefrau für das Jahr 2015 Belege für Urlaubskosten in Höhe von insgesamt CHF 164'770.■ eingereicht habe. Die vom Ehemann behaupteten durchschnittlichen CHF 120'000.■ pro Jahr seien demgegenüber nicht im Einzelnen belegt. Ausgehend von der Aufteilung für die Berechnung des Grundbetrags ■ je ein Drittel für jede Ehepartei, ein Drittel für die Kinder ■ errechnete die Vorinstanz für das Jahr 2015 einen Anspruch von CHF 4'576.■ pro Monat. Da jedoch die Ehefrau bloss CHF 3'500.■ beantragt habe, reduzierte das Gericht den Betrag für Ferien auf diese Summe.

Mit seiner Berufung macht der Ehemann geltend, es sei nicht zulässig, nur auf die hohen Kosten eines einzelnen Jahres abzustellen. Die Addition der Belege für die Jahre 2012-2014 (Beilage 20, ZG-Akten 7) und des Betrags für 2015 ergäben durchschnittliche jährliche Ausgaben von 93'426.■. Der Ehefrau seien davon 20% zuzusprechen, da jeweils 3-4 Kinder dabei gewesen seien. Die Ehefrau wehrt sich gegen diesen Antrag mit dem Hinweis, dass für die Jahre 2012-2014 nicht mehr alle Belege vorhanden gewesen seien. Zudem seien nicht immer alle Kinder bei allen Reisen dabei gewesen. Im Weiteren habe sie keinen Zugang mehr zur Ferienwohnung in [...], was ihr die Möglichkeit zu kostengünstigen Ferien dort nehme.

Der Ehemann hat seinen Antrag vor erster Instanz, die durchschnittlichen Ferienkosten auf CHF 120'000.■ festzulegen, damit begründet, dass zu den Belegen in der ZG-Akte 7/20 hinzu noch die Familienferien in [...] und sonstige Ferienausgaben zu berücksichtigen seien. Ihm musste demzufolge klar sein, dass die genannten Belege nur einen Teil der Ferienausgaben darstellen. Es handelt sich denn auch ausschliesslich um Rechnungen der [...] Reisen für Flüge und mit den Flügen verbundene einzelne Übernachtungen. Demgegenüber sind die Ferienausgaben für das Jahr 2015 gesamthaft belegt und glaubhaft gemacht. Deshalb ist korrekterweise auf diesen Betrag abzustellen, zumal er infolge des Antrages der Unterhaltsgläubigerin noch weiter gekürzt wurde. Die Angemessenheit der Drittelung von Ausgaben, die für die ganze Familie getätigt worden waren, wurde bereits dargelegt (E. 2.3.1).

Zusätzlich erachtete das Zivilgericht als glaubhaft, dass die Eheleute in () ein Feriendomizil für die Familie gemietet hatten. Das Gericht stellte für die Kosten jedoch nicht auf die von der Ehefrau nach der Trennung bezahlte Miete von CHF 2'640.■ ab, sondern auf die Abrechnung des Ehemanns für die bisherige Familienliegenschaft von CHF 35'000.■ pro Jahr. Die Vorinstanz teilte diesen Betrag wiederum durch drei, was zum monatlichen Betrag von rund CHF 970.■ führte. Die Zusprechung dieses Betrags ficht der Ehemann einerseits mit dem Argument an, dass die Kinder nicht mehr mit der Mutter Ferien machen wollten. Das bedeute aber in keiner Art und Weise, dass ein festes Feriendomizil in Griechenland, in welchem sie sich mit wem auch immer aufhalten kann, nicht wie bisher zum gebührenden Unterhalt der Ehefrau gehören würde. Im Weiteren verlangt er, dass der Ehefrau lediglich ein Drittel der Kosten der neu von ihr für sich gemieteten Liegenschaft anzurechnen sei. Damit verkennt er, dass die Ehefrau die neue Liegenschaft für sich und nicht für die Familie gemietet hat, da ■ wie der Ehemann mehrfach betont ■ die Kinder nicht mehr mit ihr

Ferien machen wollen. Es ist deshalb nicht dieser Mietzins zu Dritteln, sondern die Miete für die ehemalige Familienliegenschaft.

2.3.3 Damit erweist sich die Kritik des Ehemanns an der Höhe des Unterhaltsbetrags vorbehaltlich der geringfügigen Reduktion bezüglich Fahrzeugkosten ab dem 1. April 2020 (hiervor E. 2.3.2.1) als unbegründet.

2.4

2.4.1 Strittig ist weiter die Frage der fehlendeneigenen Leistungsfähigkeit der Ehefrau. Unterhalt kann nur verlangt werden, soweit es der berechtigten Partei nicht zumutbar ist, selbst für den gebührenden Unterhalt aufzukommen (Schwenzer/Büchler, a.a.O., Art. 125 N 19). Ist eine Wiederaufnahme des gemeinsamen Haushaltes nicht mehr zu erwarten, gewinnt das Ziel der wirtschaftlichen Selbständigkeit zunehmend an Bedeutung und es sind im Rahmen von Art. 163 ZGB die für den nahehelichen Unterhalt geltenden Kriterien (Art. 125 ZGB) miteinzubeziehen. Ob ein Ehegatte eine Erwerbstätigkeit aufzunehmen hat bzw. ab welchem Zeitpunkt und in welchem Umfang die Ausdehnung einer bereits bestehenden Erwerbstätigkeit möglich und zumutbar ist, bestimmt sich diesfalls nach der bisher gelebten Aufgabenverteilung der Ehegatten und nach der Ehedauer, nach dem Alter und der Gesundheit, nach dem Einkommen und Vermögen, nach Umfang und voraussichtlicher Dauer der noch zu leistenden Kinderbetreuung und nach der beruflichen Ausbildung und den Erwerbsaussichten aufgrund der Arbeitsmarktlage (Six, Rz 2.158 mit Hinweis auf BGE 5A_21/2012 vom 3. Mai 2012 E. 3.3). Es darf vom tatsächlichen Leistungsvermögen eines Ehegatten abgewichen und stattdessen von einem hypothetischen Einkommen ausgegangen werden, wenn eine entsprechende Einkommenssteigerung möglich und zumutbar ist. Diese beiden Voraussetzungen müssen kumulativ gegeben sein (Schwenzer/Büchler, a.a.O., Art. 125 N 22). Dass dem betroffenen Ehegatten unter Berücksichtigung seines Alters, seiner Gesundheit und seiner Ausbildung weitere Anstrengungen zugemutet werden können, genügt dabei nicht. Vielmehr muss es auch möglich sein, aufgrund dieser Anstrengungen ein höheres Einkommen zu erzielen (Six, Rz 2.148 mit Hinweis auf BGE 5A_583/2013 vom 25. September 2013 E. 3.1; BGE 128 III 4 E. 4a; BGE 137 III 102 E.4.2.2 und BGE 137 III 118 E.3.2).

2.4.2 Gegen eine Auflage an die Ehefrau, mit Eigenerwerb zu ihrem Unterhalt beizutragen, sprechen einerseits ihr Alter von () Jahren und die sehr guten finanziellen Verhältnisse. Bis zu einem gewissen Grad dagegen spricht auch die Rollenverteilung während der Ehe, die es ihr erlaubte, in den letzten Jahren anstelle medizinischer Tätigkeit ein () zu betreiben, das keinen finanziellen Ertrag abwirft. Für die Zumutbarkeit eigener Erwerbstätigkeit spricht demgegenüber ■ und dies mit mehr Gewicht ■ der hohe Ausbildungsstand der Ehefrau als () und die Tatsache, dass sie auch während der Ehe und neben fünf Kindern immer erwerbstätig war. Die letztgenannten berufsbiografischen Merkmale prägen die vorliegende Konstellation und prävalieren gegenüber den allgemeiner gefassten Kriterien, die sich etwa in einer Konstellation durchzusetzen vermöchten, in welcher jemand mit niedrigem Bildungsstand ohne Berufspraxis während längerer Zeit in guten finanziellen Verhältnissen gelebt hatte. Dies gilt, zumal mittlerweile alle Kinder volljährig sind, Betreuungsarbeit der Ehegatten wegfällt und der Organisation einer Erwerbstätigkeit auch im Hinblick darauf keine grösseren praktischen Schranken im Wege stehen dürften.

2.4.3 In tatsächlicher Hinsicht ist zu prüfen, welche konkreten Tätigkeiten bzw. welche Stellen für die Ehefrau effektiv möglich sind. Dabei kann mit der Vorinstanz einerseits auf

hausärztliche Tätigkeiten verwiesen werden, die auch im Status als Angestellte und in Teilzeit ausgeübt werden können. Ein vorbestehender Stamm von Patientinnen und Patienten ist dabei nicht vorausgesetzt. Die von der Vorinstanz erwähnte Tatsache, dass das Durchschnittsalter von Hausärzten und ■ärztinnen relativ hoch ist, widerspiegelt, dass ein gewisser Mangel an allgemeinmedizinisch tätigen Fachleuten und entsprechende Nachfrage auf dem Berufsmarkt bestehe. Eine weitere Branche, in welcher die Ehefrau, auch nach eigener Kundgabe, Erfahrung hat, ist das Studium von [...] sowie die Exploration und Statusaufnahme von zu begutachtenden Probandinnen und Probanden. Dieses Können ist in privaten Gutachtensstellen aber auch in den Administrationen der (Sozial-)versicherungen gefragt.

Was die Frage der Zumutbarkeit betrifft, kann dabei mit der Ehefrau festgestellt werden, dass gegenwärtig eine wie auch immer ausgestaltete Zusammenarbeit mit dem C_____ angesichts der hohen Eskalationsstufe der scheidungsrechtlichen Auseinandersetzung nicht zugemutet werden kann. Auch wenn festzustellen ist, dass der ihr offensichtlich wohlgesinnte [...] vom C_____ sie noch im Mai 2020 ermunterte, am Jubiläum des C_____ teilzunehmen, da sie das "Recht dazu" habe und sich dieses "nicht nehmen lassen" sollte (ZB.2020.13 act 5/8). Inwiefern es jedoch ehrenrührig oder demütigend sein soll, von der gegenüber dem Ehemann fachlich deutlich untergeordneten Rolle, die sie im C_____ wahrgenommen hat, in eine Anstellung in einer Gemeinschaftspraxis, einer anderen medizinischen Gutachterstelle oder in einem (Sozial-)versicherungsunternehmen zu wechseln, ist nicht nachvollziehbar. In Basel-Stadt ist etwa der Fall eines ehemaligen Regierungsrats öffentlich bekannt, der nach Beendigung seines Amtes wieder als Hausarzt in einer Gemeinschaftspraxis arbeitete. Die Ehefrau hat selbst ausgeführt, dass das Einkommen aus dem C_____ im Wesentlichen vom Ehemann generiert worden sei, und dieser bezeichnet sich als denjenigen, der ausschliesslich die Supervision der Gutachten macht (ZB.2020.11 act 5 S. 26), was auch mit einer deutlich wahrnehmbaren Führungstätigkeit verbunden sein dürfte. Zudem wird auch vom Ehemann erwartet, dass er den Rückgang der vom Bundesamt für Sozialversicherungen zugeteilten Gutachten mit anderweitiger medizinischer Tätigkeit kompensiert. Schliesslich empfindet es die Ehefrau offensichtlich auch nicht als ehrenrührig oder demütigend, als Geschäftsführerin eines einzelnen () tätig zu sein, was landläufig zumindest nicht mit einem aussergewöhnlich hohen Status assoziiert wird. Die Berufung der Ehefrau ist daher abzuweisen.

2.5

2.5.1 Der Ehemann beantragt mit seiner Berufung noch, dass die jährlich anfallenden Verkaufspreistranchen aus dem Verkauf der C_____ an die H_____ der Ehefrau als Einkommenanzurechnenseien. Dabei verkennt er, dass erstens dieser Verkauf Gegenstand eines gerichtlichen Verfahrens ist und zweitens eine solche Anrechnung als Vermögensverzehr zu qualifizieren wäre, der nur bei fehlender Leistungsfähigkeit von Schuldner und Gläubiger zu prüfen wäre. Die fehlende Leistungsfähigkeit des Ehemanns wurde nicht nachgewiesen.

2.5.2 Mit der Berufung des Ehemanns wird weiter gerügt, dass die in Ziff. 4 festgelegte Berechtigung des Ehemanns, effektiv erzielten Erwerb bzw. Arbeitslosenentschädigung der Ehefrau vom Unterhaltsbeitrag der Ehefrau abzuziehen, keine rechtliche Grundlage habe und auch unter vollstreckungsrechtlichen Gesichtspunkten nicht haltbar sei. Es sei nicht zumutbar, dass der Ehemann die Ehefrau jeden Monat nach ihrem Lohn bzw. einer allfälligen Arbeitslosenentschädigung fragen müsse. Dem ist zunächst im Sinne einer

Klarstellung entgegen zu halten, dass der Ehemann nicht berechtigt wurde, von sich aus irgendeinen Lohn der Ehefrau vom Unterhalt abzuziehen. Dieses Recht wurde ihm ausschliesslich in Bezug auf Arbeitslosengelder zugestanden. Mit den Dispositivziffern 4 Abs. 2 Satz 1 und 2 wird die Ehefrau verpflichtet, ihre Ansprüche auf Arbeitslosenentschädigung geltend zu machen und bis zum 31. März 2020 dem Zivilgericht den Entscheid der Arbeitslosenkasse zur Frage ihrer Anspruchsberechtigung zukommen zu lassen. Das ist eine konkrete und klar umsetzbare Verpflichtung der Ehefrau und wird auch nicht beanstandet. Im dritten Satz wird ausgeführt, dass im Fall der Zusprechung von Arbeitslosengeldern diese vollumfänglich dem Unterhaltsbeitrag anzurechnen seien.

Bei Vorliegen des Entscheides der Arbeitslosenversicherung liegt ein bezifferter Tagessatz vor. Dieser wird durchschnittlich an 21.75 Tagen pro Monat ausgerichtet (<https://www.gerichte-zh.ch/themen/arbeit/berechnungen-arbeitszeugnis/lohnberechnungen.html>, zuletzt besucht am 20.10.2020). Aus der Kombination beider Zahlen ergibt sich ein bezifferbarer Betrag. Um Klarheit zu schaffen, ist der dritte Satz von Ziff. 4 Abs. 2 Satz 3 mit dem Berufungsurteil folgendermassen zu präzisieren (kursiv): Im Fall einer Zusprechung von Arbeitslosengeldern hat sich die Ehefrau von der Arbeitslosenkasse festgelegten Tagessatz monatlich 21.75 Mal an den Unterhaltsbeitrag gemäss Ziffer 2 hievore anrechnen zu lassen.

2.5.3 Weiter moniert der Ehemann, die Vorinstanz habe verkannt, dass die Ehefrau immer noch bei der C____ angestellt gewesen sei und somit der C____-Lohn vom Unterhaltsbeitrag abzuziehen sei (Berufung S. 41 f. Ziff. 4.3). In dem zum Abzug zugelassenen Betrag von CHF 247'400.■ seien nur die Löhne bis Oktober 2019 eingeschlossen gewesen. Die Ehefrau stellt sich auf den Standpunkt, der Vorrichter habe zu Recht keine weiteren Löhne der C____ zum Abzug zugelassen, da der Ehemann die Lohnzahlungen nach August 2019 eigenmächtig eingestellt habe (Berufungsantwort S. 30). In der Tat wurde der Unterhaltsbetrag ab 1. Februar 2019 in Ziff. 3 des Entscheids nur bis und mit 17. Dezember 2019 mit den von der Ehefrau getätigten Bezügen in der Höhe von CHF 247'400.■ verrechnet, die auch Löhne des C____ enthielten (angefochtenes Urteil S. 27). Der Vorrichter ging davon aus, dass die Ehefrau nur bis August 2019 Lohn vom C____ erhalten habe (Urteil S. 26). Dies tat er zu Recht, wie die als Novum eingereichte Abrechnung von [...] vom 30. Januar 2020 (ZB.2020.11 act 3/15) über die Löhne von September 2019 bis Januar 2020 belegt.

In der Eingabe ans Zivilgericht vom 16. Dezember 2019 (ZG Akten 30) hat der Ehemann festgehalten, dass die Ehefrau bis ins Jahr 2018 vormittags im C____ mehrheitlich Administratives erledigt habe. Nachher sei eine Zusammenarbeit mit ihr nicht mehr möglich gewesen (S. 10 f.). In den weiteren Ausführungen befasst sich die Stellungnahme mit der Zumutbarkeit eines Erwerbes für die Ehefrau, und der Ehemann verweist auf sein Angebot, der Ehefrau vom C____ Fachgutachten zuzuweisen. Sie könne so mindestens CHF 250'000.■ pro Jahr erzielen (Ziff. 1.3 ■ 1.6). In Ziff. 3 wird sodann die Ehefrau bei ihrer Bereitschaft behaftet, bis und mit August ein monatliches Einkommen von CHF 7'280.■ und die Bezüge ab dem Konto der D____ von insgesamt CHF 21'000.■ als eigene Einkünfte ab Februar 2019 anrechnen zu lassen. Dass sie sich auch nach August 2019 diesen Lohn anrechnen lassen müsse, da sie noch bei der C____ angestellt sei, machte der Ehemann hingegen vor der Vorinstanz mit keinem Wort geltend. Der erst mit der Berufung vorgebrachte Antrag ist deshalb verspätet, weshalb das vorinstanzliche Urteil diesbezüglich nicht zu korrigieren ist.

3.

Im Rechtsmittelverfahren, in dem den Parteien bereits ein Entscheid zu den materiellen Streitfragen vorliegt, rechtfertigt die familienrechtliche Natur des Verfahrens allein generell keine Abweichung vom Erfolgsprinzip (AGE ZB.2019.27 vom 18. Mai 2020 E. 7.3.1; ZB.2018.24 vom 21. November 2018 E. 8.1; Six, a.a.O., S. 60). Mangels besonderer Umstände sind die Kosten des Rechtsmittelverfahrens deshalb auch in familienrechtlichen Verfahren nach dem Erfolgsprinzip zu verteilen (AGE ZB.2018.24 vom 21. November 2018 E. 8.1, ZB.2017.47 vom 4. April 2018 E. 2.4, ZB.2015.15 vom 13. Oktober 2015 E. 4, ZB.2014.51 vom 16. April 2015 E. 7.1 und 7.3, BEZ.2013.17 vom 27. August 2013 E. 3, BEZ.2013.10 vom 27. August 2013 E. 3). Besondere Umstände, die für das Berufungs- und Anschlussberufungsverfahren eine Abweichung vom Erfolgsprinzip rechtfertigen könnten, sind im vorliegenden Fall nachstehend zu erörtern.

Die Ehefrau unterliegt mit ihrer Berufung vollständig. Der Ehemann obsiegt mit seiner Berufung, insgesamt in geringfügigem Umfang, bei den Fahrzeugkosten (oben E. 2.3.2.1). Der Ehemann obsiegt weiter in einem marginalen Punkt, bei welchem es nicht um eine inhaltliche Korrektur, sondern um eine Präzisierung geht, die sich inhaltlich bereits aus dem vorinstanzlichen Entscheid ergibt. Das Zivilgericht hat in Ziff. 4 Abs. 2 Satz 3 des Dispositivs den Grundsatz, wonach der Ehemann Arbeitslosengelder vollumfänglich an den Unterhaltsbeitrag anrechnen kann, unmissverständlich festgehalten. Nicht festgelegt wurden lediglich die Modalitäten der monatlichen Berechnung.

Bezüglich des Streitwerts ergibt sich ein Obsiegen des Ehemanns zu ungefähr 2 % (Unterhalt gemäss angefochtenem Entscheid CHF 32'000.■; Unterhalt ab 1. Januar 2020 gemäss seinem Berufungsantrag ZB.2020.13: CHF 3'350.■; Unterhalt gemäss Berufungsurteil: CHF 32'000.■ bis und mit März 2020, CHF 31'341.■ ab April 2020). Vom Umfang her ist zudem auf Seiten der Ehefrau festzustellen, dass sie lediglich die ihr auferlegte Pflicht angefochten hat, sich um Arbeit zu bemühen. Demgegenüber hat der Ehemann formelle Rügen vorgebracht sowie das ihm angerechnete Einkommen und mehrere Positionen der Unterhaltsberechnung angefochten. Dies zeigt sich auch deutlich im Umfang der Erwägungen zu den beiden Berufungserklärungen (dreimal grösserer Umfang der Berufungserklärung des Ehemanns gegenüber derjenigen der Ehefrau). Es erscheint vorliegend angemessen, die Gebühr nach dem verursachten Aufwand aufzuerlegen. Die gesamthafte Gebühr von CHF 3'000.■ ist deshalb gemäss dem Verteiler für die Kostenvorschüsse aufzuerlegen, d.h. CHF 1'000.■ zulasten der Ehefrau und CHF 2'000.■ zulasten des Ehemanns. Aus den gleichen Überlegungen heraus rechtfertigt es sich, wegen der Geringfügigkeit des Obsiegens des Ehemanns, die Parteikosten wettzuschlagen.

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