

FR_GERICHTE 101 2021 179 vom 20. Oktober 2021

FR Kantonsgericht, 2021-10-20, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr_gerichte_101_2021_179

FR: FR_GERICHTE 101 2021 179 du 20 octobre 2021

IT: FR_GERICHTE 101 2021 179 del 20 ottobre 2021

Regeste

Urteil des I. Zivilappellationshofes des Kantonsgerichts | Eheschutzmassnahmen

Erwägungen

E. 1.1

Mit Berufung anfechtbar sind namentlich erstinstanzliche Endentscheide, sofern der Streitwert in vermögensrechtlichen Angelegenheiten mindestens CHF 10'000.- beträgt (Art. 308 Abs. 1 Bst. a und Abs. 2 ZPO). Stehen – wie vorliegend – sowohl vermögensrechtliche als auch nicht vermögensrechtliche Fragen im Streit, so gilt das Streitwerterfordernis nicht (vgl. Urteil BGer 5A_991/2015 vom 29. September 2016 E. 1, nicht publ. in BGE 142 III 612).

E. 1.2

Auf Eheschutzmassnahmen ist das summarische Verfahren anwendbar (Art. 271 Bst. a ZPO), wobei das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen feststellt (Untersuchungsmaxime, Art. 272 ZPO). Die Parteien sind indes verpflichtet, am Verfahren mitzuwirken. Für Fragen betreffend Kinderbelange erforscht das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen und entscheidet ohne Bindung an die Parteianträge (uneingeschränkte Untersuchungs- und Offizialmaxime, Art. 296 Abs. 1 und 3 ZPO). Diese Maximen gelten auch, wenn das Kind – wie vorliegend – während des Verfahrens volljährig wird und zustimmt, dass ein Elternteil im Sinne einer Prozessstandschaft Unterhaltsbeiträge für es geltend macht (Urteil BGer 5A_524/2017 vom 9. Oktober 2017 E. 3.2.2 m.H.). Der Ehegattenunterhalt unterliegt hingegen der Dispositionsmaxime (Art. 58 Abs. 1 ZPO).

E. 1.3

Die Berufungsfrist beträgt 10 Tage (Art. 314 Abs. 1 ZPO). Der begründete Entscheid wurde der Berufungsklägerin am 22. April 2021 zugestellt. Die am Montag, 3. Mai 2021, eingereichte Berufung erfolgte somit fristgerecht.

E. 1.4

Die Berufung ist schriftlich bei der Rechtsmittelinstanz einzureichen und muss eine Begründung enthalten (Art. 311 Abs. 1 ZPO), was vorliegend erfüllt ist.

E. 1.5

Mit der Berufung kann sowohl die unrichtige Rechtsanwendung wie auch die unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO).

E. 1.6

Gemäss Art. 316 Abs. 1 ZPO kann die Rechtsmittelinstanz eine Verhandlung durchführen oder aufgrund der Akten entscheiden. Vorliegend befinden sich die zur Entscheidung

nötigen Informationen in den Akten, weshalb auf eine Verhandlung verzichtet wird.

E. 1.7

Grundsätzlich werden gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO neue Tatsachen und Beweismittel im Berufungsverfahren nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden (Bst. a) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Bst. b). Bei Verfahren mit uneingeschränkter Untersuchungsmaxime sind jedoch neue Tatsachen und Beweismittel selbst dann zu berücksichtigen, wenn die Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO nicht erfüllt sind (BGE 144 III 349 E. 4.2.1). Ebenso ist mangels Bindung des Gerichts an die Rechtsbegehren der Parteien betreffend Kinderbelange eine Klageänderung zulässig (Urteil KG FR 101 2018 22 vom 18. September 2018 E. 1.6).

E. 2

Oktober 1973 über das auf Unterhaltspflichten anzuwendende Recht (HUntÜ; SR 0.211.213.01). Gemäss dessen Art. 4 ist das am gewöhnlichen Aufenthalt des Unterhaltsberechtigten geltende innerstaatliche Recht massgebend. Wechselt der Unterhaltsberechtigte seinen gewöhnlichen Aufenthalt, so ist vom Zeitpunkt des Aufenthaltswechsels an das innerstaatliche Recht am neuen gewöhnlichen Aufenthalt anzuwenden. In Bezug auf den Kindesunterhalt ist allerdings im Verhältnis zu Österreich das Haager Übereinkommen über das auf Unterhaltsverpflichtungen gegenüber Kindern anzuwendende Recht vom 24. Oktober 1956 (SR 0.211.221.431) zu beachten (SCHWANDER, Art. 83 N. 7). Gemäss dessen Art. 1 Abs. 1 bestimmt das Recht des Staates, in welchem das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, ob, in welchem Ausmass und von wem das Kind Unterhalt verlangen kann. Wechselt das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt, so ist vom Zeitpunkt des Aufenthaltswechsels an das Recht des Staates anwendbar, in welchem das Kind seinen neuen gewöhnlichen Aufenthalt hat (Abs. 2). Da die Berufungsklägerin und – zu Beginn – C. _____ ihren gewöhnlichen Aufenthalt in der Schweiz haben, ist demnach betreffend ihre Unterhaltsforderung schweizerisches Recht anwendbar. Hingegen wäre grundsätzlich ab dem Wegzug von C. _____ in die USA US-amerikanisches Recht auf ihren Unterhaltsanspruch anzuwenden. Allerdings äussert sich keine der Parteien dazu und rechtfertigt sich im vorliegenden Eheschutzverfahren keine Abklärung des US-amerikanischen Rechts (vgl. Urteil BGer 5A_933/2015, 5A_940/2015 vom 23. Februar 2016 E. 6.3; Art. 16 IPRG). Hingegen ist grundsätzlich während des Aufenthalts von D. _____ in der Schweiz schweizerisches und seit seinem Wegzug nach Österreich österreichisches Recht anwendbar. Da sich die Frage seines Unterhaltsanspruchs während seines Aufenthaltes in Österreich jedoch nur in Verbindung mit der Leistungsfähigkeit des Berufungsbeklagten betreffend den Unterhalt der Berufungsklägerin und von C. _____ stellt und dem Berufungsbeklagten diesbezüglich ein hypothetisches schweizerisches Einkommen anzurechnen ist (vgl. nachstehend E. 3), rechtfertigt Kantonsgericht KG Seite 8 von 24 es sich, auch den Unterhaltsanspruch von D. _____ nach schweizerischem Recht zu evaluieren.

E. 2.1

Das Gericht prüft von Amtes wegen, ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind (Art. 60 ZPO). Die obere kantonale Instanz hat die sachliche Zuständigkeit ihrer Vorinstanz auch ohne entsprechende Rügen des Rechtsmittelführers oder Rechtsmittelgegners zu prüfen (Urteil BGer 4A_488/2014 vom 20. Februar 2015 E. 3.1, nicht publ. in BGE 141 III 137).

Gleiches gilt betreffend die zwingende örtliche Zuständigkeit.

Kantonsgericht KG Seite 5 von 24 Da die Berufungsklägerin ihren Wohnsitz in der Schweiz, der Berufungsbeklagte in Österreich hat und C._____ seit August 2021 in den USA studiert, liegt ein internationaler Anknüpfungspunkt vor. Es ist daher zuerst die internationale Zuständigkeit sowie das anwendbare Recht zu prüfen, wozu sich die Vorinstanz nicht äussert. Dabei ist von der lex fori, d.h. vom IPRG (SR 291) auszugehen, vorbehalten völkerrechtlicher Verträge (Art. 1 Abs. 2 IPRG; BGE 137 III 481 E. 2.1).

E. 2.2.1

Im Verhältnis zu Österreich ist für Zivil- und Handelssachen das LugÜ (SR 0.275.12) zu beachten (Art. 1 Ziff. 1 und 3 LugÜ). Es besteht kein für die interessierende Zuständigkeitsfrage vorgehendes Übereinkommen nach Art. 67 Ziff. 1 LugÜ. Vorliegend noch strittig sind die Obhut und das Besuchsrecht betreffend D._____ sowie die Unterhaltsbeiträge für D._____, die Berufungsklägerin und die volljährige C._____. Die Vorinstanz hat zudem auch das Sorgerecht geregelt. Gemäss Art. 1 Ziff. 2 Bst. a LugÜ ist dieses Übereinkommen nicht anwendbar auf die Regelung des Sorgerechts, der Obhut und des Besuchsrechts. Hingegen ist das LugÜ anwendbar auf die Regelung von Unterhaltssachen. Dies gilt auch, wenn das Unterhaltsbegehren im Rahmen eines umfassenden Eheschutzbegehrens gestellt wird (Urteile BGer 5A_161/2008 vom 3. Juni 2008 E. 2.1; 5A_588/2014 vom 12. November 2014 E. 4.3 m.H.; ACOCELLA, in Lugano-Übereinkommen zum internationalen Zivilverfahrensrecht, 2011, Art. 1 N. 76 ff.; DASSER, in Lugano-Übereinkommen, 3. Aufl. 2021, Art. 1 N. 65 und 71 ff.). Es ist demnach einzig die Zuständigkeit für die Unterhaltsbegehren gemäss dem LugÜ zu prüfen.

E. 2.2.2

Nach Art. 24 LugÜ wird das Gericht eines durch dieses Übereinkommen gebundenen Staates zuständig, wenn sich der Beklagte vor ihm auf das Verfahren einlässt, sofern es nicht bereits nach anderen Vorschriften dieses Übereinkommens zuständig ist. Dies gilt nicht, wenn der Beklagte sich einlässt, um den Mangel der Zuständigkeit geltend zu machen oder wenn ein anderes Gericht aufgrund des Artikels 22 ausschliesslich zuständig ist. Vorliegend hat sich der Berufungsbeklagte vorbehaltlos auf das Verfahren vor der Vorinstanz eingelassen und es liegt auch keine ausschliessliche Zuständigkeit gemäss Art. 22 LugÜ vor. Die Vorinstanz war demnach zur Regelung der Unterhaltsbelange zuständig, ohne dass zu prüfen ist, ob die Zuständigkeit nach einer anderen Bestimmung des LugÜ gegeben wäre (Art. 26 Ziff. 1 LugÜ). Unbeachtlich ist schliesslich, dass sich C._____ während des Verfahrens in der Schweiz abgemeldet und in die USA gezogen ist, da einerseits vom Grundsatz der perpetuatio fori auszugehen ist und andererseits das LugÜ auch anwendbar ist, wenn der Kläger seinen Wohnsitz in einem Drittstaat hat (BGE 135 III 185 E. 3.3 m.H.; DASSER, Art. 2 N. 10 und 27 f.; ACOCELLA, Art.

E. 2.2.3

Zu prüfen bleibt die Zuständigkeit betreffend das Sorgerecht, die Obhut und das Besuchsrecht. Gemäss Art. 1 Abs. 1 Bst. a, Art. 3 sowie Art. 5 des Haager Kinderschutzübereinkommens (HKsÜ; SR 0.211.231.011) sowie Art. 79 und Art. 85 Abs. 1 IPRG sind für die Beurteilung des Sorgerechts, der Obhut und des Besuchsrechts die Behörden am gewöhnlichen Aufenthaltsort des Kindes zuständig. Vorbehaltlich des Artikels 7 sind bei einem Wechsel des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes in einen anderen Vertragsstaat die Behörden des Staates des neuen gewöhnlichen Aufenthalts

zuständig. Was unter dem gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes zu verstehen ist, wird in keinem der Haager Übereinkommen näher definiert. Der Begriff ist freilich vertragsautonom auszu-legen und darunter wird gemeinhin der tatsächliche Mittelpunkt der Lebensführung des Kindes

Kantonsgericht KG Seite 6 von 24 verstanden, welcher sich aufgrund der nach aussen erkennbaren tatsächlichen Umstände wie der Dauer des Aufenthaltes und den dadurch begründeten Beziehungen oder der voraussichtlichen Dauer des Aufenthalts und der damit zu erwartenden Integration ergibt. In der Regel fällt der gewöhnliche Aufenthalt mit dem Lebensmittelpunkt mindestens eines Elternteils zusammen; im Normalfall eines Umzugs - d.h. unter Vorbehalt einer Entführung - mit dem sorgeberechtigten Elternteil begründet ein Kind sofort einen gewöhnlichen Aufenthalt am neuen Ort. Aus diesen Gründen geht das Bundesgericht im Zusammenhang mit der an den gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes geknüpften Zuständigkeit für Sorgerechtsbelange auch davon aus, dass hängige Verfahren mit dem tatsächlichen Wegzug des Kindes gegenstandslos werden; eine Ausnahme besteht einzig für den Wegzug in einen Staat, welcher das HKsÜ nicht unterzeichnet hat (Urteil BGer 5A_293/2016 vom 8. August 2016 E. 3.1 m.H.). Vorliegend ist der damals 15-jährige D._____ im Herbst 2020 auf eigenen Wunsch zu seinem Vater nach Österreich gezogen, um dort die Schule zu besuchen und Tennis zu spielen (act. 27 und 30). Er hat seinen gewöhnlichen Aufenthaltsort damit in Österreich, welches ebenfalls Vertragsstaat des HKsÜ ist, womit die Vorinstanz grundsätzlich nicht zuständig war für die Regelung des Sorgerechts, der Obhut und des Besuchsrechts. Allerdings besteht gemäss Art. 7 HKsÜ eine Ausnahme. Gemäss dessen Abs. 1 bleiben bei widerrechtlichem Verbringen oder Zurückhalten des Kindes die Behörden des Vertragsstaates, in dem das Kind unmittelbar vor dem Verbringen oder Zurückhalten seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte, so lange zuständig, bis das Kind einen gewöhnlichen Aufenthalt in einem anderen Staat erlangt hat und: jede sorgeberechtigte Person, Behörde oder sonstige Stelle das Verbringen oder Zurückhalten genehmigt hat (Bst. a); oder das Kind sich in diesem anderen Staat mindestens ein Jahr aufgehalten hat, nachdem die sorgeberechtigte Person, Behörde oder sonstige Stelle seinen Aufenthaltsort kannte oder hätte kennen müssen, kein während dieses Zeitraums gestellter Antrag auf Rückgabe mehr anhängig ist und das Kind sich in seinem neuen Umfeld eingelebt hat (Bst. b). Nach Art. 7 Abs. 2 HKsÜ gilt das Verbringen oder Zurückhalten eines Kindes als widerrechtlich, wenn dadurch das Sorgerecht verletzt wird, das einer Person, Behörde oder sonstigen Stelle allein oder gemeinsam nach dem Recht des Staates zusteht, in dem das Kind unmittelbar vor dem Verbringen oder Zurückhalten seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte (Bst. a); und dieses Recht im Zeitpunkt des Verbringens oder Zurückhaltens allein oder gemeinsam tatsächlich ausgeübt wurde oder ausgeübt worden wäre, falls das Verbringen oder Zurückhalten nicht stattgefunden hätte (Bst. b). Gemäss Art. 301a Abs. 2 Bst. a ZGB bedarf es der Zustimmung des andern Elternteils oder der Entscheidung des Gerichts oder der Kindesschutzbehörde, wenn die Eltern die elterliche Sorge gemeinsam ausüben und ein Elternteil den Aufenthaltsort des Kindes ins Ausland wechseln will. Vorliegend stand den Parteien die gemeinsame elterliche Sorge über D._____ zu. Die Berufungsklägerin macht in ihrer Berufung geltend, dass sie nicht damit einverstanden gewesen sei, dass D._____ zu seinem Vater nach Österreich zog. Der Berufungsbeklagte habe D._____ zudem ohne ihre Zustimmung in der Schweiz abgemeldet. Den Akten kann entnommen werden, dass D._____ seit spätestens Herbst 2020 auf eigenen Wunsch bei seinem Vater in Österreich lebt (act. 27 und 30). Die Berufungsklägerin führte zwar in ihrem Eheschutzgesuch aus, dass sie sich dagegen

sträube. Dennoch beantragte sie, dass die Obhut über D. _____ dem Vater zu übertragen sei (act. 1). Anlässlich der Verhandlung vom 10. Dezember 2020 führte sie sodann namentlich aus, dass sie D. _____ gesagt habe, sie sei nicht einverstanden, dass er in Österreich bleibe. Der Berufungsbeklagte habe D. _____ ohne ihre Zustimmung in der Schweiz abgemeldet (act. 27). Ihr Rechtsbegehren änderte sie jedoch nicht. Die Berufungsklägerin verhält sich demnach widersprüchlich, wenn sie einerseits ausführt, Kantonsgericht KG Seite 7 von 24 dass sie mit dem Wegzug von D. _____ nach Österreich nicht einverstanden sei, andererseits aber selber beantragte, dass die Obhut dem Berufungsbeklagten zu übertragen sei. Mit Berufung vom 3. Mai 2021 beantragt die Berufungsklägerin sodann erstmals, dass D. _____ unter ihre Obhut zu stellen sei. Rechtsbegehren sind allerdings im Lichte der Begründung auszulegen (BGE 137 III 617 E. 6.2 m.H.). Die Berufungsklägerin begründet ihr Rechtsbegehren lediglich damit, dass der Berufungsbeklagte zurück in die Schweiz zu ziehen habe, womit es keinen Grund für den weiteren Verbleib von D. _____ in Österreich gebe. Dieser könne nicht alleine in Österreich bleiben. Die Berufungsklägerin ist demnach damit einverstanden, dass D. _____ in Österreich lebt, solange der Berufungsbeklagte ebenfalls dort wohnt. Da die Berufungsklägerin selber beantragt hatte, dass die Obhut über D. _____ dem Berufungsbeklagten zugeteilt wird, und sie gemäss ihrer Berufung mit dem Verbleib von D. _____ in Österreich einverstanden ist, solange der Berufungsbeklagte ebenfalls dort wohnt, kann nicht von einem widerrechtlichen Verbringen von D. _____ nach Österreich ausgegangen werden. Im Übrigen fallen Eheschutzmassnahmen nicht unter Art. 10 HKsÜ (SCHWANDER, in Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, 4. Aufl. 2021, Art. 85 N. 58). Zuständig für die Regelung des Sorgerechts, der Obhut und des Besuchsrechts sind demnach die Behörden am Aufenthaltsort von D. _____ in Österreich. Die Ziffern 2c, 2d und 2e des Dispositivs des angefochtenen Entscheids sind damit mangels Zuständigkeit ersatzlos aufzuheben.

E. 2.3

Zu prüfen bleibt das anwendbare Recht betreffend die Unterhaltsbeiträge. Gemäss Art. 49 und Art. 83 IPRG gilt für die Unterhaltspflicht das Haager Übereinkommen vom

E. 3

Zunächst zu prüfen ist das Einkommen des Berufungsbeklagten.

E. 3.1

Die Berufungsklägerin ist der Ansicht, dass die Vorinstanz dem in Österreich lebenden Berufungsbeklagten ein hypothetisches schweizerisches Einkommen hätte anrechnen müssen. Es habe keinen Grund für dessen Umzug nach Österreich gegeben. Das Renovationsprojekt eines Sporthotels in Österreich könne er auch von der Schweiz aus leiten. Im Jahr 2014 sei er bei der Firma E. _____ angestellt gewesen und habe ein monatliches Bruttoeinkommen von CHF 8'000.- erzielt. Danach sei er während zwei Jahren bei der Tennisakademie in F. _____ als Tennislehrer angestellt gewesen. Im Jahr 2016 habe er die Tennisschule übernommen und bis im September 2020, auch vom Ausland aus, geleitet. Dabei habe er einen Jahresumsatz von CHF 60'000.- erzielt. Vom 1. Mai 2018 bis zum Februar 2019 sei der Berufungsbeklagte zusätzlich angestellter Tennislehrer in G. _____ gewesen und habe bei einem Arbeitspensum von 100% ein monatliches Nettoeinkommen von mind. CHF 5'000.- erzielt. Er habe dann diese Stelle freiwillig aufgegeben. Er besitze einen Hochschulabschluss als Sportmanager und Führungserfahrung

durch die Leitung der Tennisakademie in F._____. Der Medianlohn gemäss Salarium in der Branche «Dienstleistungen des Sports, der Unterhaltung und der Erholung» betrage bei einer Person von 59 Jahren mit einer höheren Berufsausbildung CHF 7'804.- im unteren Bereich. Unter Berücksichtigung eines Sozialabzugs von pauschal 15% ergebe dies einen durchschnittlichen monatlichen Nettolohn inkl. 13. Monatslohn von CHF 6'630.-. Dieser Betrag sei dem Berufungsbe- klagten als hypothetisches Einkommen anzurechnen. Der Berufungsbeklagte führt dagegen aus, dass er mit dem minderjährigen Kind in Österreich lebe und der Unterhalt der gesamten Familie gedeckt sei. Das Einkommen in F._____ sei gering gewesen und eine Weiterentwicklung kaum möglich. Er habe daher eine Festanstellung als Tennislehrer in G._____ angenommen und sei jeweils nur am Wochenende nach H._____ zurückgekehrt. Auf Dauer habe sich dieser Aufwand angesichts des Einkommens von CHF 4'600.- pro Monat nicht gerechnet, so dass das Arbeitsverhältnis Anfang 2019 beendet wurde. Er habe das Sporthotel I._____ in J._____, welches sich seit seiner Erbauung im Jahr 1965 im Familienbesitz befinde, sowie ein Grundstück von seinem Vater übernehmen können. Ein Umbau dränge sich auf und er führe die vorbereitenden Arbeiten. Er habe damit einen engen Bezug zu J._____. Die Familie habe dort auch sehr oft ihre Ferien verbracht. In der Schweiz habe er arbeitstechnisch keine Zukunft. Die Berufungsklägerin weigere sich nach Österreich zu ziehen und die beiden Doppeleinfamilienhaushälften in H._____ zu vermieten, was den Lebensunterhalt der Familie in Österreich zu einem grossen Teil finanzieren würde.

E. 3.2

Bei der Bemessung eines Unterhaltsbeitrags ist grundsätzlich vom tatsächlich erzielten Einkommen der Parteien auszugehen. Soweit dieses Einkommen allerdings nicht ausreicht, um den ausgewiesenen Bedarf zu decken, kann ihnen nach der für alle Matrimonialsachen geltenden Rechtsprechung ein hypothetisches Einkommen angerechnet werden, sofern dieses zu erzielen zumutbar und möglich ist. Mit Bezug auf das hypothetische Einkommen ist Rechtsfrage, welche Tätigkeit aufzunehmen als zumutbar erscheint. Tatfrage bildet hingegen, ob die als zumutbar erkannte Tätigkeit möglich und das angenommene Einkommen effektiv erzielbar ist. Dabei ist das Gericht gehalten, z.B. auf der Basis von Lohnstrukturserhebungen des Bundesamtes für Statistik oder anderer Quellen konkret festzustellen, welche Tätigkeiten bzw. welche Stellen beim ange- nommenen Lohn tatsächlich möglich und der verpflichteten Person zumutbar sind. Im Verhältnis

Kantonsgericht KG Seite 9 von 24 zu unmündigen Kindern sind nach der Rechtsprechung besonders hohe Anforderungen an die Ausnützung der Erwerbskraft zu stellen. Dies gilt insbesondere in engen wirtschaftlichen Verhält- nissen. Die Eltern müssen sich daher in beruflicher und unter Umständen auch örtlicher Hinsicht so ausrichten, dass sie ihre Arbeitskapazität maximal ausschöpfen können. Nach der Rechtspre- chung kann insbesondere ein (an sich zulässiger) Wegzug ins Ausland unbeachtlich bleiben, wenn eine weitere Arbeitstätigkeit in der Schweiz zumutbar wäre. Dem unterhaltspflichtigen Elternteil steht es insofern nicht frei, nach Belieben ganz oder teilweise auf ein bei zumutbarer Anstrengung erzielbares Einkommen zu verzichten, um sich andere persönliche oder berufliche Wünsche zu erfüllen. Dass solche Wünsche der Unterhaltspflicht hintanzustehen haben, ergibt sich zwangsläu- fig aus dem Wesen des hypothetischen Einkommens. Dessen Anrechnung bedeutet auch keine Verletzung verfassungsmässiger Rechte, sofern die Erzielung eines entsprechenden Einkommens - nebst der tatsächlichen Möglichkeit, die sich anhand von Faktoren wie Alter, Gesundheit, Ausbil- dung, Berufserfahrung,

Arbeitsmarktlage, Erziehungspflichten, usw. bestimmt - zumutbar im vorge- nannten Sinne ist (Urteil BGer 5A_899/2019 vom 17. Juni 2020 E. 2.2.2 m.H.). Bei der Berechnung des hypothetischen Einkommens ist für den Normalfall dem hauptbetreuen- den Elternteil ab der (je nach Kanton mit dem Kindergarten- oder mit dem eigentlichen Schuleintritt erfolgenden) obligatorischen Beschulung des jüngsten Kindes eine Erwerbsarbeit von 50 %, ab dessen Eintritt in die Sekundarstufe I eine solche von 80 % und ab dessen Vollendung des 16. Lebensjahres einen Vollzeiterwerb zuzumuten. Von diesen Grundsätzen kann aufgrund pflicht- gemässer richterlicher Ermessensausübung im Einzelfall abgewichen werden (BGE 144 III 481 E. 4.7.6 ff.). Bejaht das Gericht die Pflicht zur Aufnahme oder Ausweitung der Erwerbstätigkeit und wird von der betreffenden Partei durch die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens eine Umstellung der Lebensverhältnisse verlangt, ist der verpflichteten Partei hinreichend Zeit zu lassen, die rechtli- chen Vorgaben in die Tat umzusetzen, und ihr eine angemessene Übergangsfrist einzuräumen. Die Dauer der Übergangsfrist bestimmt sich nach den konkreten Umständen des Einzelfalles (BGE 129 III 417 E. 2.2; 114 II 13 E. 5). Auch ein von diesen Grundsätzen abweichender Entscheid muss indes nicht zwangsläufig bundesrechtswidrig sein. Je nach den konkreten Gegebenheiten ist etwa von Bedeutung, ob die geforderte Umstellung für die betroffene Person voraussehbar war. Anders verhält es sich, wenn der Unterhaltsschuldner schon bis anhin einer vollzeitlichen Erwerbs- tätigkeit nachgegangen ist und seine vorbestehende Unterhaltspflicht erfüllt hat. Denn in diesem Fall bedarf der Schuldner keiner Übergangs- oder Anpassungsfrist, um eine Erwerbstätigkeit aufnehmen oder ausweiten und hierzu seine Lebensverhältnisse umstellen zu können. Vielmehr muss der Unterhaltsschuldner alles in seiner Macht Stehende tun und insbesondere seine wirt- schaftliche Leistungsfähigkeit voll ausschöpfen, um seiner Unterhaltspflicht nachzukommen. Begnügt er sich selbst bei einem unfreiwilligen Stellenwechsel wissentlich mit einer nur ungenü- gend einträglichen Erwerbstätigkeit, so hat er sich anrechnen zu lassen, was er unter den gegebe- nen Umständen zu erwirtschaften vermöchte. Versagt der Richter der unterhaltspflichtigen Partei aus den beschriebenen Gründen eine Übergangs- oder Anpassungsfrist, so muss sich diese ein höheres als das tatsächlich erzielte Einkommen gegebenenfalls von einem Zeitpunkt an anrech- nen lassen, der in der Vergangenheit liegt (Urteile BGer 5A_59/2016 vom 1. Juni 2016 E. 3.2, 5A_571/2018 vom 14. September 2018 E. 5.1.2, je m.H.).

E. 3.3

Dem Berufungsbeklagten kann nicht gefolgt werden, wenn er behauptet, der Unterhalt der Familie sei ohnehin gedeckt (vgl. die nachstehenden E.). Insbesondere ist zu beachten, dass im Zeitpunkt des Wegzugs des Berufungsbeklagten beide Kinder noch minderjährig waren und in der Schweiz lebten. Weiter stammt der Berufungsbeklagte zwar aus Österreich, allerdings lebten die Parteien seit ihrer Heirat im Jahr 1998 in der Schweiz. Daran ändert nichts, wenn die Parteien Feri-

Kantonsgericht KG Seite 10 von 24 en in Österreich verbracht haben. Der Berufungsbeklagte bestreitet ferner nicht, dass es ihm möglich wäre, das Renovationsprojekt in Österreich auch von der Schweiz aus zu leiten. Ebenso wenig legt er substantiiert dar, dass es ihm nicht mehr möglich gewesen wäre, in der Schweiz eine andere Stelle zu finden. Er legt keine Arbeitsbemühungen vor. In Österreich ist er zudem auf Arbeitslosengeld bzw. aktuell Notstandshilfe angewiesen (act. 11/8, Beilage 3 zum Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege), womit nicht ersichtlich ist, welchen Vorteil der Umzug nach Öster- reich bieten soll. Weiter war es ihm möglich, die Tennisakademie in

F. _____ von G. _____ und Österreich aus zu leiten, und er legt nicht substantiiert dar, dass diese keinen Ertrag mehr abgeworfen hat. Es bestand demnach kein Anlass, nach Österreich zu ziehen. Dem Berufungsbe- klagten war ein Verbleib in der Schweiz ohne Weiteres möglich und zumutbar. Die Berufungsklä- gerin war daher auch nicht verpflichtet, mit den beiden Kindern nach Österreich zu ziehen und die beiden Doppelseinfamilienhaushälften zu vermieten. Der Vorinstanz kann somit nicht gefolgt werden, wenn sie dem Berufungsbeklagten ein hypothetisches österreichisches Einkommen ange- rechnet hat. Vielmehr ist ihm ein schweizerisches Einkommen anzurechnen. Dem Berufungsbeklagten ist dabei ein Pensum von 100% zumutbar. D. _____ wohnt seit Herbst 2020 bei ihm. Zwar war er während den ersten Monaten bei ihm erst 15 Jahre alt. Aller- dings behauptet der Berufungsbeklagte nicht, dass es ihm aufgrund von D. _____ nicht möglich gewesen wäre, einem 100%-Pensum nachzugehen. Ausserdem rechtfertigt es sich nicht, wegen ein paar Monaten von einem tieferen Pensum auszugehen, da kaum angenommen werden kann, dass der Berufungsbeklagte wegen einigen Monaten sein Pensum reduziert bzw. sich eine neue Anstellung gesucht hätte. Unbekannt ist, welcher Erwerbstätigkeit der Berufungsbeklagte vor dem Jahr 2014 nachgegangen ist. Im Jahr 2014 war er bei der K. _____ GmbH im Verkauf angestellt, wobei er ein monatliches Bruttoeinkommen von CHF 8'000.- erzielte, ihm aber noch in der Probezeit gekündigt wurde (act. 27/7 f.). Danach arbeitete er während zwei Jahren als Tennislehrer bei der Tennisakademie in F. _____. Sein dadurch erzielter Lohn ist unbekannt. Im Jahr 2016 hat er die Tennisschule sodann übernommen. Der dadurch erzielte Gewinn ist ebenfalls unbekannt. Von Februar 2018 bis Februar 2019 hat er zusätzlich als Tennislehrer in G. _____ gearbeitet, wobei er von Januar 2019 bis Februar 2019 ein Nettoeinkommen von CHF 4'689.- pro Monat (ohne Kinderzulagen) ausbezahlt erhielt (act. 2/10 f.). Allerdings schuldet er der Arbeitgeberin aufgrund falsch berechne- ter BVG-Beiträge noch CHF 3'311.60 (Berufungsantwortbeilage 2). Danach hat er in G. _____ noch als selbständig Erwerbender gearbeitet, bevor er nach Österreich gezogen ist, um das Immo- bilienprojekt zu realisieren. In Österreich hat er sodann auch als Berater in einem Sportgeschäft gearbeitet. Das aus diesen Tätigkeiten erzielte Erwerbseinkommen ist ebenfalls unbekannt. Aktuell ist er auf Notstandshilfe angewiesen. Die Einkommenssituation des Berufungsbeklagten ist demnach unklar. Das jeweils genau von ihm erzielte Einkommen kann jedoch offenbleiben, da einerseits keine entsprechenden Beweisanträge gestellt werden und andererseits zur Berechnung des hypothetischen Einkommens auch auf die Lohnstrukturerhebungen des Bundesamtes für Statistik Salarium abgestellt werden darf. So hat sich auch die Vorinstanz auf den Gehaltsrechner Österreich gestützt, wobei unbestritten geblieben ist, dass das hypothetische Einkommen des Berufungsbeklagten aufgrund einer solchen Erhebung festzulegen ist. Der Berufungsbeklagte verfügt über einen Hochschulabschluss als Sportmanager. Allerdings hat er – soweit bekannt – nur vier Jahre Führungserfahrung als Leiter der Tennisakade- mie F. _____. Ansonsten arbeitete er als Tennislehrer und im Verkauf. Es rechtfertigt sich daher nicht, ihm ein hypothetisches Einkommen gestützt auf eine Führungsposition anzurechnen. Zu beachten ist ausserdem, dass er Anfang 2020 bereits 58 Jahre alt war und die Stellensuche daher schwieriger sein könnte, weshalb von einem Lohn im unteren Bereich auszugehen ist. Im

Kantonsgericht KG Seite 11 von 24 Espace Mittelland verdienen in der Branche
«Dienstleistungen des Sports, der Unterhaltung und der Erholung» in der Berufsgruppe
«Nicht akademische juristische, sozialpflegerische, kulturelle und verwandte Fachkräfte»

ohne Kaderfunktion bei 42 Wochenstunden und mit einer höheren Berufungsausbildung bzw. Fachschule im Alter von 58 Jahren ohne anrechenbare Dienstjahre in einem Unternehmen mit weniger als 20 Beschäftigten 25% weniger als brutto CHF 5'993.- pro Monat inkl. 13. Monatslohn. Davon sind pauschal 15% für die Sozialversicherungen abzuziehen. Dem Berufungsbeklagten ist demnach ein hypothetisches Einkommen von CHF 5'094.- pro Monat inkl. 13. Monatslohn anzurechnen. Die Vorinstanz gewährte dem Berufungsbeklagten schliesslich eine Übergangsfrist bis Ende 2021 für die Erzielung des hypothetischen Einkommens. Die Berufungsklägerin geht hingegen davon aus, dass das hypothetische Einkommen bereits ab dem 1. Januar 2020 anzurechnen ist. Es ist dabei der Berufungsklägerin zu folgen. Der Berufungsbeklagte war stets erwerbstätig und wusste bereits bei seinem Wegzug von der Familie um seine Unterhaltspflicht gegenüber seinen beiden – damals noch minderjährigen – Kindern. Er hätte daher alles in seiner Macht Stehende tun und insbesondere seine wirtschaftliche Leistungsfähigkeit voll ausschöpfen müssen, um seiner Unterhaltspflicht nachzukommen. Dass er dies getan hätte, hat er nicht bewiesen. Insbesondere hat er keine einzige Arbeitsbemühung eingereicht. Daher spricht auch die COVID-19-Pandemie nicht gegen die rückwirkende Anrechnung (vgl. Urteil BGer 5A_467/2020 vom 7. September 2020 E. 5.3). Das hypothetische Einkommen von CHF 5'094.- ist dem Berufungsbeklagten demnach rückwirkend ab dem 1. Januar 2020 anzurechnen.

E. 4

Zu bestimmen sind sodann die Auslagen des Berufungsbeklagten.

E. 4.1

Die Berufungsklägerin schätzt die Auslagen des Berufungsbeklagten auf CHF 3'700.- (Grundbetrag: CHF 1'200.-, Wohnkosten: CHF 1'500.-, Krankenkasse: CHF 500.-, Steuern: CHF 500.-). Der Berufungsbeklagte setzt sich nicht damit auseinander.

E. 4.2

Da dem Berufungsbeklagten ein hypothetisches schweizerisches Einkommen anzurechnen ist, sind auch Auslagen in schweizerischen Verhältnissen zu berücksichtigen. Der Berufungsbeklagte lebte zunächst allein in Österreich. Danach ist D. _____ zu ihm gezogen. Zwar hat er bereits im Sommer 2020 Ferien beim Berufungsbeklagten verbracht. Allerdings wurde er erst im August 2020 in der Schule bzw. im September 2020 bei der Gemeinde abgemeldet (act. 17/24), womit sich die Annahme rechtfertigt, dass er seit dem 1. September 2020 seinen Wohnsitz beim Berufungsbeklagten hat. Solange der Berufungsbeklagte alleine wohnt, sind die von der Berufungsklägerin geschätzten Auslagen nicht zu beanstanden, womit dem Berufungsbeklagten grundsätzlich CHF 3'700.- von Januar 2020 bis August 2020 anzurechnen sind. Allerdings wird bei der Berechnung der Unterhaltsbeiträge zu berücksichtigen sein, dass die Steuern und die VVG-Prämien, welche in den geschätzten CHF 500.- für die Krankenkassenprämien enthalten sein dürften (vgl. act. 9/7), nur angerechnet werden können, soweit das betriebsrechtliche Existenzminimum der Parteien gedeckt ist (Urteil BGer 5A_311/2019 vom 11. November 2020 E. 7.2, zur Publ. vorgesehen). Seit September 2020 wohnt der Berufungsbeklagte mit D. _____ zusammen. Der Grundbetrag ist demnach auf CHF 1'350.- zu erhöhen, während die Wohnkosten um den Anteil von D. _____ von 20% auf CHF 1'200.- zu reduzieren sind (BASTONS BULLETTI, L'entretien après divorce: méthodes de calcul, montant, durée et limites, in SJ 2007 II 77, S. 102 N. 140). Die Auslagen des

Berufungsbeklagten betragen demnach seit September 2020 grundsätzlich CHF 3'550.-

Kantonsgericht KG Seite 12 von 24 (Grundbetrag: CHF 1'350.-, Wohnkosten: CHF 1'200.-, Krankenkasse: CHF 500.-, Steuern: CHF 500.-). Zu berücksichtigen ist ausserdem, dass die Berufungsklägerin die Obhut über D. _____ beantragt. Dieser habe zurück zu ihr nach H. _____ zu kehren. Die Frage kann zwar vorliegend – wie gesehen (E. 2.2.3) – mangels Zuständigkeit nicht geregelt werden. Sollte D. _____ allerdings in Zukunft wieder bei der Berufungsklägerin wohnen, was mit Blick auf das Datum des vorliegenden Urteils kaum vor dem 1. November 2021 sein dürfte, betragen die Auslagen des Berufungsbeklagten grundsätzlich wieder CHF 3'700.-.

E. 4.3

Zusammenfassend resultiert bei einem Einkommen von CHF 5'094.- pro Monat vom

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