

OW_GERICHTE AbR 2010/11 Nr. 2 vom 12. April 2011

OW Obergericht, 2011-04-12, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ow_gerichte_AbR_2010_11 Nr. 2](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ow_gerichte_AbR_2010_11_Nr.2)

FR: OW_GERICHTE AbR 2010/11 Nr. 2 du 12 avril 2011

IT: OW_GERICHTE AbR 2010/11 Nr. 2 del 12 aprile 2011

Regeste

AbR 2010/11 Nr. 2, S. 54: Art. 176 Abs. 1 ZGB Anrechnung eines hypothetischen Einkommens beim Unterhaltsschuldner, der sich ins Ausland begibt und dort einen Lohn erzielt, der weit unter seinen Erwerbsmöglichkeiten in der Schweiz liegt. Ei

Volltext

AbR 2010/11 Nr. 2, S. 54: Art. 176 Abs. 1 ZGB Anrechnung eines hypothetischen Einkommens beim Unterhaltsschuldner, der sich ins Ausland begibt und dort einen Lohn erzielt, der weit unter seinen Erwerbsmöglichkeiten in der Schweiz liegt. Einräumung einer Übergangsfrist? Entscheid des Obergerichts vom 12. April 2011 Aus den Erwägungen: 3. In erster Linie umstritten ist vorliegend die Einkommensbemessung des Rekurrenten ab Mai 2010. ... 3.2.1 Bei der Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen kann unter Umständen vom tatsächlichen Leistungsvermögen der Parteien abgewichen werden. Dem Unterhaltspflichtigen darf ein höheres als das tatsächlich erzielte Einkommen dann angerechnet werden, wenn eine zusätzliche Erwerbstätigkeit möglich und zumutbar erscheint, d.h. wenn und soweit der Ehegatte bei gutem Willen bzw. bei zuzumutender Anstrengung mehr zu verdienen vermöchte, als er tatsächlich verdient. Wo die reale Möglichkeit einer Einkommenssteigerung fehlt, muss eine solche jedoch ausser Betracht bleiben. Aus welchem Grund auf die Erzielung des angerechneten höheren Einkommens verzichtet wird, ist dabei grundsätzlich unerheblich (vgl. zum Ganzen: BGE 128 III 4; Hausheer/Spycher, in: Heinz Hausheer/Annette Spycher (Hrsg.), Handbuch des Unterhaltsrechts, Bern 2010, N. 01.52 ff. und N. 05.87 ff.). Angerechnet werden darf demnach nur der mögliche und zumutbare Verdienst, aber kein unrealistischer oder gar fiktiver Lohn. Dies bedeutet, dass hypothetische Einkünfte grundsätzlich nicht rückwirkend, sondern erst für die Zukunft angenommen werden dürfen. Dem betroffenen Ehegatten ist deshalb eine angemessene Übergangsfrist einzuräumen. Zur Ermittlung der Höhe des hypothetischen Einkommens kann grundsätzlich auf die Lohnstrukturerhebungen des Bundesamtes für Statistik, Lohnempfehlungen von Branchenverbänden oder Mindestlöhne in Gesamtarbeitsverträgen abgestellt werden, wenn die erforderlichen Anpassungen an die konkreten Umstände vorgenommen werden (vgl. Hausheer/Spycher, a.a.O., N. 05.86; Urteil des Bundesgerichts 5A_203/2009 vom 27. August 2009; Rolf Vetterli, in: Ingeborg Schwenzer, FamKommentar Scheidung, Bern 2005, N. 32 zu Art. 176 ZGB). Ob und in welchem Umfang dem Unterhaltsschuldner ab einem bestimmten Zeitpunkt ein höheres als das tatsächlich erzielte Einkommen angerechnet werden darf, ist eine Wertungsfrage, die das Gericht nach pflichtgemäßem Ermessen zu beantworten hat (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5C.139/2005 vom 28. Juli 2005, E. 1.1). Für die Beurteilung der Zumutbarkeit der Aufnahme einer Erwerbstätigkeit kommen in Fällen, in denen der Trennungswille eines Ehepaares definitiv ist und den Eheschutzmassnahmen in erster Linie die Aufgabe zukommt, die Übergangszeit bis zur Scheidung zu regeln, die Kriterien für den

nachehelichen Unterhalt zur Anwendung. Dabei werden vor allem Alter und Gesundheit der Parteien, ihr Einkommen und Vermögen, Umfang und Dauer der noch zu leistenden Kinderbetreuung, aber auch die Ausbildung, die Erwerbsaussichten und der mutmassliche Aufwand für die berufliche Eingliederung berücksichtigt (vgl. BGE 128 II 69, E. 3a; Rolf Brunner, in: Heinz Hausheer/Annette Spycher (Hrsg.), Handbuch des Unterhaltsrechts, Bern 2010, N. 04.59 ff.).

3.2.2 Wer freiwillig auf ein genügendes Einkommen verzichtet, hat sich die Differenz gegebenenfalls als hypothetisches Einkommen anzurechnen. Die freiwillige Aufgabe der Erwerbstätigkeit bzw. die Aufnahme einer einkommensschwächeren beruflichen Tätigkeit durch den Rentenschuldner ist bei der Beurteilung seiner Leistungsfähigkeit dann nicht zu berücksichtigen, wenn ihm die Weiterführung der bisherigen bzw. die Aufnahme einer entsprechend entlohnten Erwerbstätigkeit möglich und zumutbar ist. Ein hypothetisches Einkommen kann jedoch auch bei einer freiwilligen Verminderung der Leistungskraft nur angerechnet werden, wenn der Unterhaltsschuldner diese rückgängig machen kann. Zu beurteilen ist, ob es dem Unterhaltsschuldner voraussichtlich gelingen wird, eine entsprechend bezahlte Arbeitsstelle zu finden (vgl. Hausheer/Spycher, a.a.O., N. 01.61 ff., N. 05.145 ff.; Stephan Wullschleger, in: Ingeborg Schwenzer, FamKommentar Scheidung, Bern 2011, N. 27 ff. zu Art. 285 ZGB; BGE 128 III 4, E. 4). Liegt die Einkommensverminderung darin begründet, dass die unterhaltspflichtige Person ins Ausland geht und dort wesentlich weniger Einkommen erzielt, als sie in der Schweiz erzielen könnte, werden bei der Bestimmung ihrer Leistungsfähigkeit die realen Erwerbsmöglichkeiten im Ausland dann berücksichtigt, wenn ein Verbleib in der Schweiz rechtlich nicht möglich bzw. zumutbar ist (vgl. Schwenzer, a.a.O., N. 30 zu Art. 285 ZGB; Urteil des Bundesgerichts 5C.326/2001 vom 27. März 2002). Dem Unterhaltsschuldner steht es nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung grundsätzlich frei, seinen Wohnsitz ins Ausland zu verlegen oder seine Arbeitsstelle zu wechseln, eine damit verbundene Einkommenseinbusse darf jedoch nicht zulasten des Unterhaltsgläubigers gehen (Urteile des Bundesgerichts 5C_64/2001 vom 23. März 2001 und 5D_60/2007 vom 9. August 2007; vgl. BGE 114 II 124 ff.). Das Bundesgericht hat die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens unter anderem in Fällen gutgeheissen, in denen der Unterhaltsverpflichtete eine weniger einträgliche Arbeitsstelle im Ausland angenommen hat, ohne familiäre, gesundheitliche oder berufliche Gründe anbringen und insbesondere ohne daraus einen Nutzen für seine berufliche Karriere ziehen zu können (vgl. Urteile des Bundesgerichts 5A_736/2007 vom 20. März 2008 und 5C_64/2001 vom 23. März 2001). Sodann wird auch beim freiwilligen Verzicht auf eine Arbeitslosenentschädigung ein hypothetisches Einkommen angenommen (vgl. Schwenzer, a.a.O., N. 16 zu Art. 125 ZGB; Urteil des Bundesgerichts 5A_795/2008 vom 2. März 2010, E. 4.2 ff.).

3.3.1 Seit dem 22. Mai 2010 ist der Rekurrent für den Verein S., Wien, tätig. Er arbeitet als Schiffsführer mit einschlägiger Fachausbildung auf dem Jugendschiff X. Sein monatliches Nettoeinkommen beträgt umgerechnet ca. Fr. 1'980.--. Wie dargelegt, werden dem Unterhaltsschuldner die im Ausland erzielten Einkünfte nur dann angerechnet, wenn ihm eine Arbeitstätigkeit in der Schweiz nicht möglich oder zumutbar ist. Die Vorinstanz ging davon aus, dass es dem Rekurrenten sowohl möglich als auch zumutbar gewesen wäre, in der Schweiz zu bleiben und einer besser bezahlten Erwerbstätigkeit nachzugehen bzw. durch den Bezug von Arbeitslosenentschädigung ein höheres Einkommen zu erzielen. Seine frühere Arbeitsstelle als Gassenarbeiter im Bereich Jugendförderung für den Verein J. wurde dem Rekurrenten wegen der gegen ihn eingeleiteten Strafuntersuchung gekündigt. Er hat demnach seine Arbeitsstelle nicht freiwillig aufgegeben. Dies spielt für die Anrechnung

eines hypothetischen Einkommens jedoch keine Rolle. Ausschlaggebend ist allein, ob dem Unterhaltsschuldner die Aufnahme einer anderen entsprechend entlohnten Erwerbstätigkeit möglich und zumutbar ist. Zu beachten ist aber vorliegend die Tatsache, dass gegen den Rekurrenten ein Strafverfahren wegen Verdachts auf sexuelle Handlungen mit Kindern und Pornografie eingeleitet wurde. Die negativen Auswirkungen, die ein solches Strafverfahren auf das Erwerbsleben haben kann, zeigten sich bereits in der aus diesem Grund erfolgten Kündigung des letzten Arbeitsverhältnisses des Rekurrenten. Es ist sodann davon auszugehen, dass die Erwerbsaussichten des Rekurrenten im Jugendsozialbereich durch das laufende Strafverfahren erheblich gemindert werden, insbesondere wenn man beachtet, welche Straftaten ihm konkret vorgeworfen werden. Hängige Strafverfahren wegen Verbrechen oder Vergehen werden im Strafregister aufgeführt. Gemäss Art. 7 VOSTRA-Verordnung (Verordnung vom 29. September 2006 über das Strafregister, SR. 331) werden unter anderem die Personalien der beschuldigten Person und die ihr vorgeworfenen Straftaten eingetragen. Potentiellen Arbeitgebern steht es frei, von ihren Bewerbern die Beigabe eines Strafregisterauszuges zu verlangen. Angesichts der Schutzbedürftigkeit der Kinder und Jugendlichen und der Missbrauchsgefahr in diesem Tätigkeitsbereich, kann angenommen werden, dass Stellensuchende regelmässig auf ihre Straffreiheit hin überprüft werden. Hinzu kommt, dass in dem vom Verein J. ausgestellten Arbeitszeugnis des Rekurrenten der Kündigungsgrund und damit das laufende Strafverfahren erwähnt wird. Demnach erscheint es grundsätzlich eher unwahrscheinlich, dass der Rekurrent in der Schweiz erneut eine Anstellung im Jugendsozialbereich gefunden hätte bzw. finden wird. Unmöglich ist dies aber jedenfalls nicht, hat er doch im angrenzenden Ausland eine entsprechende Arbeitsstelle gefunden. Die Tatsache, dass die Chancen für den Rekurrenten, im Bereich der Jugendsozialarbeit eine Anstellung zu finden, nicht besonders gut stehen, ist vorliegend jedoch nicht allein entscheidend. Zu berücksichtigen ist auch, dass der Rekurrent gemäss eigenen Angaben auch über einige Berufserfahrung in anderen Tätigkeitsgebieten und zusätzliche Ausbildungen verfügt. Diesen Angaben zufolge ist er ausgebildeter KFZ-Mechaniker und Psychiatriepfleger und hat auch schon im Bereich der Suchtprävention sowie in der Altenpflege gearbeitet. Die Zumutbarkeit eines Berufswechsels kann zwar nicht ohne weiteres angenommen werden, ist damit aber ein erheblicher Mehrverdienst verbunden, ist die Aufnahme einer berufsfremden Tätigkeit regelmässig zumutbar (vgl. BGE 126 IV 131, E. 3). Diese Voraussetzung ist vorliegend gegeben. Es ist anzunehmen, dass der Vorteil der breiten und langjährigen Berufserfahrung des Rekurrenten die Nachteile des fortgeschrittenen Alters und der eher schlechten Arbeitsmarktlage in etwa auszugleichen vermag und der Rekurrent in der Lage wäre, eine Arbeitsstelle in einem anderen Tätigkeitsgebiet als der Jugendsozialarbeit zu finden. Auch das laufende Strafverfahren fällt bei der Stellensuche in anderen Arbeitsbereichen weniger ins Gewicht. Die Löhne in der Schweiz sind durchschnittlich um einiges höher als diejenigen im angrenzenden Ausland, weshalb ohne weiteres davon ausgegangen werden kann, dass der Rekurrent auch bei der Ausübung einer nach schweizerischen Verhältnissen weniger gut bezahlten Arbeit immer noch erheblich mehr verdienen würde als in seiner derzeitigen Tätigkeit, wo er lediglich ein Einkommen von ca. Fr. 1'980.-- erzielt. Überdies hat der Rekurrent bereits mehrmals den Beruf gewechselt und ist sich dies demnach gewohnt, weshalb ihm ein erneuter Berufswechsel eher zumutbar ist. Trotz der eher bescheidenen Erwerbsaussichten im Bereich der Jugendsozialarbeit erscheint es für den Rekurrenten demnach grundsätzlich möglich und, insbesondere im Hinblick auf ein erheblich höheres erzielbares Einkommen, auch

zumutbar, einer Erwerbstätigkeit in der Schweiz nachzugehen. ... 3.3.4 Der Kantonsgerichtspräsident hat das hypothetische Einkommen auf monatlich Fr. 4'750.-- festgesetzt. An seiner früheren Arbeitsstelle beim Verein J. erzielte der Rekurrent ein Einkommen von monatlich rund Fr. 5'400.-- netto. Ab Januar 2010 erhielt er ein Krankentaggeld in der Höhe von rund Fr. 4'750.--. Der Kantonsgerichtspräsident kam unter anderem gestützt auf eine Auskunft der Arbeitslosenkasse zum Schluss, dass eine allfällige Arbeitslosenentschädigung in etwa gleich hoch ausfallen würde und setzte das hypothetische Einkommen auf diesen Betrag fest. Dieses Vorgehen ist nicht zu beanstanden. Der von der Vorinstanz angenommene Betrag erscheint sodann auch angesichts des vom Rekurrenten zuvor verdienten Einkommens angemessen und zumindest nicht übersetzt. 3.3.5 Ein hypothetisches Einkommen kann grundsätzlich nicht rückwirkend, sondern nur für die Zukunft angenommen werden, da die Möglichkeit einer Einkommenssteigerung tatsächlich gegeben sein muss. Dem Unterhaltsschuldner, der zur Ausdehnung seiner Erwerbstätigkeit verpflichtet wird, muss für die Umsetzung dieser rechtlichen Vorgaben und für die Umstellung seiner Lebensverhältnisse genügend Zeit belassen werden. Deshalb ist ihm für die Ausdehnung bzw. Aufnahme einer Arbeitstätigkeit in der Regel eine angemessene Übergangsfrist einzuräumen. Dabei ist den konkreten Umständen Rechnung zu tragen (Hausheer/Spycher, a.a.O., N. 05.99; BGE 129 III 417, E. 2.2; Urteil des Bundesgerichts 5P.469/2006 vom 4. Juli 2007). Wer hingegen freiwillig auf ihm zustehende Einkünfte verzichtet hat, kann sich nicht auf diesen Grundsatz berufen (Rolf Vetterli, in: Ingeborg Schwenzer, FamKommentar Scheidung, Bern 2011, N. 32 zu Art. 176 ZGB). Die Vorinstanz hat dem Rekurrenten das hypothetische Einkommen bereits ab Mai 2010 angerechnet. Eine Umstellungsfrist wurde ihm nicht eingeräumt. Dies war vorliegend auch nicht notwendig, geht es doch nicht darum einen Ehegatten, der zuvor nicht oder nur teilweise erwerbstätig war, zur Aufnahme bzw. Ausdehnung seiner Erwerbstätigkeit zu verpflichten. Der Rekurrent war bereits erwerbstätig. Sein Arbeitsverhältnis wurde auf Ende April 2010 aufgelöst. Ab diesem Zeitpunkt hätte der Rekurrent Arbeitslosenentschädigung beziehen und so die erforderlichen Einkünfte erhältlich machen können. Dies wäre ihm ohne grossen Aufwand möglich gewesen. Zudem hat der Rekurrent bereits in den Monaten zuvor Sozialversicherungsleistungen (Krankentaggelder) bezogen. Eine Umstellung seiner Lebensverhältnisse war nicht notwendig. Überdies hat der Rekurrent, indem er es unterlassen hat sich rechtzeitig zu informieren, praktisch auf die ihm zustehenden Einkünfte aus der Arbeitslosenversicherung verzichtet. Bei dieser Sachlage kann er sich ohnehin nicht auf den Grundsatz, wonach eine Umstellungsfrist zu gewähren ist und ein hypothetisches Einkommen nicht rückwirkend angerechnet werden darf, berufen. Der Kantonsgerichtspräsident ging demnach zu Recht bereits für die Zeit ab Mai 2010 von einem hypothetischen Einkommen aus. Im Ergebnis ist dem Rekurrent die Erzielung zusätzlicher Einkünfte sowohl möglich als auch zumutbar und die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens gerechtfertigt. Damit ist auch weiterhin für die Zeit ab Mai 2010 von einem hypothetischen Einkommen in Höhe von Fr. 4'750.-- auszugehen. ... 3.5 Insgesamt betragen die für die Beurteilung der finanziellen Verhältnisse des Rekurrenten vorliegend massgebenden monatlichen Einkünfte für das Jahr 2009 Fr. 5'400.-- und Fr. 4'750.-- ab Januar 2010. (Eine gegen diesen Entscheid erhobene Beschwerde wies das Bundesgericht am 20. September 2011 ab, soweit es darauf eintrat).

de| fr | it Schlagworte hypothetisches einkommen zumutbarkeit einkommen bundesgericht schweiz monat verein erheblichkeit anrechnung arbeitslosenentschädigung ehEGatte entscheid tätigkeit rückwirkung vorinstanz Mehr Deskriptoren anzeigen Normen Bund

ZGB: Art.125 Art.176 Art.285 VOSTRA-Verordnung: Art.7 Weitere Urteile BGer
5C.326/2001 5C_64/2001 5D_60/2007 5A_795/2008 5A_203/2009 5C.139/2005
5P.469/2006 5A_736/2007 Leitentscheide BGE 128-III-4 126-IV-131 114-II-123 S.124
129-III-417 128-II-66 S.69 AbR 2010/11 Nr. 2

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