



Entscheid des Kantonsgesichts Basel-Landschaft, Abteilung Zivilrecht

vom 13. August 2013 (400 13 165)

Schuldbetreibungs- und Konkursrecht

Vorläufige Einstellung der Betreuung nach Art. 85a Abs. 2 SchKG

Besetzung

Präsidentin Christine Baltzer-Bader; Gerichtsschreiberin Karin Arber

Parteien

A._____,
vertreten durch Advokatin Susanne Ackermann, Spittelerhof, Kasernen-
strasse 22a, Postfach 569, 4410 Liestal,
Klägerin und Berufungsklägerin

gegen

B._____,
vertreten durch Advokatin Sabrina Stoll, Gitterlistrasse 8, Postfach 215,
4410 Liestal,
Beklagter

Gegenstand

**Schuldbetreibung und Konkurs Sonstige / Feststellung gemäss
SchKG 85a / Vorläufige Einstellung der Betreuung**

Berufung gegen die Verfügung des Bezirksgerichtspräsidenten Walden-
burg vom 16. April 2013

A. Am 5. Februar 2002 haben die Parteien im Rahmen eines gerichtlichen Eheschutzverfah-
rens einen Vergleich geschlossen, gemäss welchem die Ehefrau/Berufungsklägerin während
des ehelichen Zusammenlebens an den Ehemann/Berufungsbeklagten einen monatlichen Be-

trag von CHF 1'300.-- für Wohnung und Essen bezahlt. Gestützt auf diese Vereinbarung hat der Ehemann im Jahre 2012 eine Betreuung gegen die Ehefrau eingeleitet, in welcher ihm mit Urteil des Bezirksgerichtspräsidenten Waldenburg vom 30. August 2012 die definitive Rechtsöffnung für eine Forderung von CHF 39'500.-- in der Betreuung Nr. X.____ des Betreibungsamtes Waldenburg bewilligt wurde.

B. Mit Eingabe vom 18. März 2013 reichte die Ehefrau am Bezirksgericht Waldenburg eine negative Feststellungsklage nach Art. 85a SchKG gegen den Ehemann ein mit den Rechtsbegehren, es sei festzustellen, dass die Klägerin dem Beklagten nicht CHF 39'500.-- schulde und es sei die Betreuung Nr. X.____ des Betreibungsamtes Waldenburg aufzuheben. Für die Dauer des Verfahrens beantragte sie die vorläufige Einstellung der Betreuung. In der Klage machte sie mit zahlreichen Auflistungen und Belegen geltend, dass sie seit dem 27. Februar 2004 bis 11. Oktober 2012 Zahlungen von insgesamt CHF 92'464.70 getätigt habe. Dazu würden Zahlungen für Essen und Haushaltartikel kommen und die Einzahlungen in der Zeit, bevor sie ein Einzahlungsbüchlein geführt habe. Damit habe sie sich mit mehr als monatlich CHF 1'300.-- an den Lebenshaltungskosten beteiligt.

C. Anlässlich der Gerichtsverhandlung vom 16. April 2013 hörte das Gerichtspräsidium Waldenburg die Parteien betreffend dem Verfahrensantrag an und entschied sodann, der Antrag auf vorläufige Einstellung der Betreuung werde abgewiesen. Die Vorinstanz erwog, der in Betreuung gesetzte Anspruch ergebe sich aus der von den Parteien vor dem Eheschutzrichter Liestal geschlossenen Vereinbarung vom 5. Februar 2002. Für eine vorläufige Einstellung der Betreuung bleibe zu prüfen, ob die Klägerin diese Forderung des Beklagten wahrscheinlich ganz oder teilweise getilgt habe. Aus dem Protokoll des Rechtsöffnungsverfahrens ergebe sich, dass es sich bei der betriebenen Forderung um die Beiträge für die Jahre 2009 bis 2011 handle, d.h. für 36 Monate à CHF 1'300.-- = CHF 46'800.-- abzüglich eines zugestandenermassen geleisteten Teilbetrages von CHF 7'300.-- = CHF 39'500.--. In Ziffer 2 der Klage mache die Klägerin geltend, vom 27. Februar 2004 bis zum 11. November 2011 total CHF 38'050.-- auf das Konto des Ehemanns bei der C.____bank einbezahlt zu haben. Soweit die Klägerin die behaupteten Zahlungen in den Jahren 2004 bis 2008 geleistet habe, seien diese aufgrund des fehlenden zeitlichen Bezuges nicht geeignet, die Tilgung der in Betreuung gesetzten Beträge für die Jahre 2009 bis 2011 glaubhaft zu machen. Die im Jahre 2009 geleisteten Überweisungen würden sich auf die Summe von total CHF 7'300.-- belaufen. Diesen Betrag habe der Beklagte bei Anhebung der Betreuung für die ausstehenden Beträge bereits abgezogen. Die in Ziffer 3 der Klage aufgeführten Zahlungen auf das Konto des Beklagten bei der D.____bank habe die Klägerin anlässlich der Verhandlung zurückgezogen. In Ziffer 4 der Klage führe die Klägerin diverse Zahlungen von total CHF 25'305.85 an Drittpersonen auf, welche sie als schuldbefreiende Zahlungen an die geschuldeten Beiträge berücksichtigen wolle. Diese Zahlungen seien nicht an den Beklagten erfolgt, so dass die Klägerin ihre Schuldpflicht gegenüber dem Beklagten nicht erfüllt habe. Dass es sich bei den Zahlungsempfängern um Gläubiger des Beklagten gehandelt habe, an welche die Klägerin unter Umständen mit schuldbefreiender Wirkung hätte leisten können, behaupte sie nicht. Der Beklagte habe ferner bestritten, dass die Zahlungen an die "E.____AG", die Zahlungen für "Zeitschriften", die Zahlungen an die "Gemeinde F.____" und die Zahlungen für "Diverses G.____" akonto die geleisteten Beiträge geleistet worden seien.

Dass diese Zahlungen für "Wohnung und Essen" geleistet worden seien, sei aufgrund der Namen der Zahlungsempfänger mit einiger Wahrscheinlichkeit nicht der Fall, so dass auch unter diesem Aspekt nicht glaubhaft dargetan sei, dass die Klägerin ihre Schuld gegenüber dem Beklagten getilgt habe. Die weiteren in Ziffer 4 der Klage aufgeführten und vom Beklagten anerkannten Zahlungen an die "H.____AG", "I.____", "J.____, Kaminfeger", "K.____" hätten einen gewissen Bezug zu "Wohnung und Essen". Es könne aber auch bei diesen Zahlungen nicht von einer schuldbefreienden Wirkung gegenüber dem Beklagten ausgegangen werden. Zudem seien diese Beträge teilweise im Jahr 2008 bzw. 2012 und mithin ausserhalb der massgeblichen Zeitspanne geleistet worden. Die in Ziffer 5 der Klage behaupteten finanziellen Beteiligungen an den täglichen Einkäufen seien in keiner Weise zahlenmässig substantiiert. Auch die in Ziffer 6 der Klage aufgeführten Zahlungen seien nicht im massgeblichen Zeitraum bzw. nicht an den Beklagten und somit nicht mit schuldbefreiender Wirkung erfolgt. Die Klägerin habe nicht glaubhaft machen können, dass sie die in Betreuung gesetzte Forderung ganz oder teilweise bezahlt habe. Sie habe damit auch nicht glaubhaft dargetan, dass ihre Klage als sehr wahrscheinlich begründet erscheine. Die Betreuung könne daher nicht vorläufig eingestellt werden.

D. Mit Eingabe vom 17. Juni 2013 an das Kantonsgericht Basel-Landschaft, Abteilung Zivilrecht, erklärte die Klägerin die Berufung und beantragte, in Abänderung von Ziffer 1 des Urteils des Bezirksgerichts Waldenburg vom 16. April 2013 sei die Betreuung Nr. X.____ des Betreibungsamtes Waldenburg vorläufig einzustellen. Eventualiter sei die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurück zu weisen. Für das Berufungsverfahren beantragte sie sodann die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege. Eventualiter sei die Berufungsklägerin von der Pflicht zur Leistung eines Gerichtskostenvorschusses zu entbinden, bis im Scheidungsverfahren zwischen den Parteien über die Pflicht des Berufungsbeklagten zur Leistung des Berufungskostenvorschusses entschieden sei. Unter o/e-Kostenfolge. Die Berufungsklägerin führte aus, sie habe in den Jahren 2009 bis 2011 insgesamt CHF 57'587.85 an den ehelichen Bedarf geleistet durch Einzahlungen auf das Konto des Berufungsbeklagten sowie durch die Bezahlung von Rechnungen und Kosten des ehelichen Bedarfs. Die Rechtsauffassung der Vorinstanz, dass lediglich Zahlungen auf das Konto des Berufungsbeklagten schuldenbefreiende Wirkung gehabt hätten, sei unzutreffend. Indem die Vorinstanz gestützt auf diese Begründung die Klage als nicht sehr wahrscheinlich begründet erachte und deshalb die vorläufige Einstellung der Betreuung ablehne, habe sie das Recht unrichtig angewendet. Die Berufungsklägerin habe dargetan, dass sie ihre Pflichten aus dem Vergleich vom 5. Februar 2002 sehr wahrscheinlich erfüllt habe, sodass die Betreuung vorläufig einzustellen sei. Auf die ausführliche Berufungsbegründung wird in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

E. Mit Verfügung vom 19. Juni 2013 verzichtete die Präsidentin des Kantonsgerichts Basel-Landschaft, Abteilung Zivilrecht, vorläufig auf die Erhebung eines Kostenvorschusses und setzte dem Berufungsbeklagten eine 10-tägige Frist zur Einreichung der Berufungsantwort.

F. Mit Berufungsantwort vom 4. Juli 2013 beantrage der Berufungsbeklagte die Abweisung der Berufung und die Bestätigung des vorinstanzlichen Entscheids, unter o/e-Kostenfolge. Auf die Begründung wird ebenfalls in den Erwägungen eingegangen.

G. Mit Verfügung vom 5. Juli 2013 schloss das Kantonsgericht den Schriftenwechsel und teilte den Parteien mit, dass aufgrund der Akten entschieden werde.

Erwägungen

1. Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist die Abweisung des Antrags auf vorläufige Einstellung der Betreuung nach Art. 85a Abs. 2 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG; SR 281.1). Es handelt sich dabei um eine vorsorgliche Massnahme. Gemäss Art. 308 Abs. 1 lit. b der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO; SR 272) sind erstinstanzliche Entscheide über vorsorgliche Massnahmen mit Berufung anfechtbar, wobei in vermögensrechtlichen Angelegenheiten die Berufung nur zulässig ist, wenn der Streitwert der zuletzt aufrecht erhaltenen Rechtsbegehren mindestens CHF 10'000.-- (Art. 308 Abs. 2 ZPO) beträgt. Dieser Streitwert ist im vorliegenden Fall erreicht. Die vorläufige Einstellung der Betreuung wird entsprechend ihrer Natur als vorsorgliche Massnahme im summarischen Verfahren behandelt (Art. 248 lit. d ZPO). Die Berufung ist gemäss Art. 311 Abs. 1 i.V.m. Art. 314 Abs. 1 ZPO innert 10 Tagen seit Zustellung des begründeten Entscheides beziehungsweise seit der nachträglichen Zustellung der Entscheidbegründung schriftlich und begründet einzureichen. Die Begründung des Entscheids vom 16. April 2013 wurde von der Vorinstanz am 6. Juni 2013 spediert und ging bei der Berufungsklägerin gemäss ihren Angaben am 7. Juni 2013 ein. Die Frist von zehn Tagen endete somit am 17. Juni 2013 und ist eingehalten. Da auch die übrigen Formalien erfüllt sind, ist auf die Berufung einzutreten. Zuständig für die Beurteilung der Berufung ist gemäss § 5 Abs. 1 lit. a EG ZPO das Präsidium der Abteilung Zivilrecht des Kantonsgerichts.

2. Gemäss Art. 85a SchKG kann der Betreibene jederzeit vom Gericht des Betreibungsortes feststellen lassen, dass die Schuld nicht oder nicht mehr besteht oder gestundet ist (Abs. 1). Erscheint dem Gericht die Klage als sehr wahrscheinlich begründet, stellt es die Betreuung vorläufig ein (Abs. 2). Im vorliegenden Fall geht es um die vorläufige Einstellung der Betreuung gemäss Art. 85a Abs. 2 SchKG. In der Literatur werden verschiedene Meinungen vertreten, was "sehr wahrscheinlich begründet" heisst (siehe dazu BERNHARD BODMER/JAN BANGERT, in: Staehelin/Bauer/Staehelin [Hrsg.], Basler Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I, 2. Aufl., Basel 2010, Art. 85a N 21). Gemäss Bundesgericht bedeutet dies, dass die Prozesschance des Schuldners als deutlich besser erscheinen muss als jene des Gläubigers. Das Gesetz verlangt zwar keine "offensichtliche Begründetheit", aber immerhin ging der Gesetzgeber mit dem Erfordernis der "sehr wahrscheinlichen Begründetheit" über die im Rahmen vorsorglicher Massnahmen normalerweise verlangte "überwiegende Wahrscheinlichkeit" hinaus (Bger 4D_68/2008 vom 28. Juli 2008, E. 2; Bger 4A_176/2010 vom 23. August 2010, E. 3.2).

3. Die Berufungsklägerin bringt zunächst in ihrer Berufungsbegründung unter dem Sachverhalt vor, der Vergleich vom 5. Februar 2002 beruhe auf einem nicht zutreffenden Einkommen des Ehemannes (Ziff. 2.1). Mit diesem Einwand ist die Berufungsklägerin im vorliegenden Verfahren nicht zu hören. Für eine Abänderung des geschlossenen Vergleichs hätte sie sich an den Eheschutzrichter wenden müssen. Weiter führt sie aus, im angefochtenen Urteil werde

ausgeführt, mit der Betreuung seien die Beträge für Wohnung und Essen für die Jahre 2009 bis 2011 gemeint gewesen, "was sich meines Erachtens aus den Akten des Rechtsöffnungsverfahrens so nicht ergab, aber wie auch immer" (Ziff. 2.3). Daraus ist zu schliessen, dass die Berufungsklägerin nicht moniert, dass die Vorinstanz auf die Beiträge 2009 bis 2011 abgestellt hat. Vielmehr führt sie in ihrer Berufung aus, welche Zahlungen sie in den Jahren 2009 bis 2011 geleistet habe, stützt sich in der Berufung nur noch auf diese Beträge und kommt auf ein total von CHF 57'587.85. In Ziffer 4 schreibt sie ebenfalls, sie habe nicht gewusst, was überhaupt in Betreuung gesetzt worden sei und habe in der Klage ihre Zahlungen an den gemeinsamen Haushalt über die letzten fünf Jahre aufgelistet. Auch hier bringt sie nicht vor, die Vorinstanz habe zu Unrecht auf die Zeitspanne 2009 bis 2011 abgestellt. Auf die Frage, für welche Zeitspanne die Beiträge mit der angefochtenen Betreuung eingefordert wurden, braucht daher nicht mehr näher eingegangen zu werden, sondern es ist auf die von der Vorinstanz berücksichtigte Zeitspanne von 2009 bis 2011 abzustellen, welche von der Berufungsklägerin nicht explizit moniert wurde. Weiter führt die Berufungsklägerin aus, das Betreibungsamt habe eine Lohnpfändung von CHF 800.-- monatlich vorgenommen und äussert sich auch über die Schwierigkeiten ihrer Wohnungssuche aufgrund dieser Lohnpfändung sowie über einen Verlustschein von CHF 26'054.-- aus einer früheren Betreuung des Berufungsbeklagten gegen die Berufungsklägerin für den monatlichen Beitrag von CHF 1'300.-- für die Wohn- und Essenskosten. Diese Ausführungen sind in casu nicht relevant, so dass darauf nicht näher eingegangen wird.

4. Die Berufungsklägerin moniert, in Ziff. 2b) des angefochtenen Urteils werde ausgeführt, die Berufungsklägerin habe anlässlich der Verhandlung die Zahlungen auf das D.____bank-Konto des Berufungsbeklagten gemäss Ziff. 3 der Klage "zurückgezogen". Dies sei unzutreffend, an der Verhandlung sei überhaupt nichts zurückgezogen worden. Für die Jahre 2009 bis 2011 habe sie CHF 13'500.-- auf das D.____bank-Konto des Berufungsbeklagten überwiesen (Ziffer 6 der Berufung).

Der Berufungsbeklagte entgegnet in seiner Berufungsantwort, diese Zahlungen seien nicht in Erfüllung der Unterhaltspflicht gemäss der Vereinbarung vom 5. Februar 2002 erfolgt, sondern es handle sich dabei um Rückzahlungsraten für das vom Berufungsbeklagten zu Gunsten der Berufungsklägerin vorfinanzierte Auto. Dieser Sachverhalt sei von der Berufungsklägerin an der vorinstanzlichen Verhandlung zugestanden worden. Die Berufungsklägerin sei daher nicht zu hören, wenn sie nun wieder den Standpunkt einnehme, dass die entsprechenden Zahlungen an den Unterhalt geleistet worden seien.

Art. 85a Abs. 2 SchKG sieht vor, dass das Gericht die Parteien nach Eingang der Klage anhört und die Beweismittel würdigt; es stellt die Betreuung vorläufig ein, sofern ihm die Klage als sehr wahrscheinlich begründet erscheint. Die Vorinstanz hat die Parteien zu einer Anhörung betreffend die vorläufige Einstellung der Betreuung auf 16. April 2013 vorgeladen (Verfügung vom 21. März 2013, Ziff. 3). Im vorinstanzlichen Verhandlungsprotokoll vom 16. April 2013 ist ersichtlich, dass die Rechtsvertreterin der Berufungsklägerin betreffend Ziffer 3 der Klage sagte, CHF 1'000.-- bei der D.____bank würden wegfallen. Der damalige Rechtsvertreter des Berufungsbeklagten führte aus, der Ehemann habe der Ehefrau ein Auto finanziert und dass alle D.____bank-Zahlungen Abzahlungen für das Auto seien. Dem Protokoll ist nicht zu entnehmen, dass die Klägerin die in Ziffer 3 ihrer Klage aufgelisteten Zahlungen zurückgezogen hat, mit

Ausnahme der erwähnten CHF 1'000.--. Aus dem Protokoll geht jedoch auch nicht hervor, dass die Klägerin die Ausführungen des Beklagten explizit bestritten hat, so dass im vorliegenden Verfahren um vorsorgliche Massnahmen von einer impliziten Anerkennung der Ausführungen des Beklagten, dass es sich bei den D.____bank-Zahlungen um Abzahlungen für das Auto handle, auszugehen ist. Der Beklagte wird beweisen müssen, dass es sich bei den Zahlungen auf das D.____bank-Konto um Rückzahlungen für das Auto handeln soll. Ob ihm dies gelingt bzw. wie die diesbezüglichen Prozesschancen für die Klägerin stehen, kann derzeit kaum abgeschätzt werden, da die Klagantwort noch aussteht und daher derzeit keine Belege über die Höhe des Kaufpreises für das Auto und die Abzahlungsmodalitäten vorliegen. Dass im Jahr 2009 Zahlungen parallel auf das Konto der C.____bank und auf die D.____bank erfolgten, und es sich bei den D.____bank-Zahlungen um regelmässige Zahlungen über CHF 500.00 handelt, spricht derzeit - nebst der fehlenden expliziten Bestreitung - eher für die Abzahlung des Autos, als für die Bezahlung der vereinbarten Unterhaltsbeiträge von CHF 1'300.00. Die Klage ist daher im jetzigen Zeitpunkt betreffend Ziffer 3 der Klagebegründung nicht als sehr wahrscheinlich begründet einzustufen.

5. Die Vorinstanz führte in Erwägung 2c des Entscheids aus, die Klägerin liste in Ziffer 4 ihrer Klage diverse Zahlungen an Drittpersonen auf, welche sie als schuldbefreiende Zahlungen an die geschuldeten Beiträge berücksichtigt wissen wolle. Die Zahlungen seien nicht an den Beklagten erfolgt, so dass die Klägerin ihre Schuldpflicht gegenüber dem Beklagten nicht erfüllt habe. Die Klägerin habe auch nicht behauptet, dass es sich bei den Zahlungsempfängern um Gläubiger des Beklagten handle, an welche die Klägerin unter Umständen mit schuldbefreiender Wirkung habe leisten können.

Die Berufungsklägerin führt diesbezüglich aus, die Vorinstanz verkenne, dass es sich bei den Parteien um ein Ehepaar handle, das in ungetrennter Ehe lebte. Beim Urteil vom 5. Februar 2002 handle es sich um ein klassisches Eheschutzurteil, mit welchem das Gericht die von den Ehegatten zu bezahlenden Beträge an den gemeinsamen Haushalt festgelegt habe. Wenn die Ehegatten strikt nach diesem Urteil gelebt hätten, hätte die Berufungsklägerin dem Berufungsbeklagten monatlich CHF 1'300.-- überwiesen und ihre eigenen Kosten wie Krankenkasse, Kleider, Freizeit etc. bezahlt. Alle übrigen Kosten der ehelichen Gemeinschaft wären vom Berufungsbeklagten zu tragen gewesen, insbesondere die Kosten und Nebenkosten der ehelichen Liegenschaft, das Essen, Anschaffungen, Steuern und so weiter. Die Ehegatten hätten aber nicht nach dieser Regelung gelebt. Der Berufungsbeklagte habe stets verlangt, dass die Berufungsklägerin gewisse Rechnungen und Kosten direkt bezahle und zugelassen, dass sie diese Kosten begleiche, welche von ihm zu tragen gewesen wären. Wenn er sich auf den Standpunkt stelle, diese Zahlungen hätten keine schuldbefreiende Wirkung, verhalte er sich widersprüchlich. Die Argumentation der Vorinstanz sei aber auch rechtlich unzutreffend, weil in einer ehelichen Gemeinschaft jede Zahlung an den ehelichen Unterhalt beachtlich sei. Dies insbesondere dann, wenn Ehegatten gemeinsam eine Kostenverteilung vereinbaren, wie dies die Ehegatten offensichtlich getan hätten. Andernfalls hätte der Ehemann die Rechnungen, die von ihm zu bezahlen gewesen wären, nicht der Ehefrau zur Bezahlung übergeben (Ziffer 7 und 13 der Berufung).

Der Berufungsbeklagte entgegnet, diese Behauptung sei im vorinstanzlichen Verfahren noch nicht aufgestellt worden und daher als verspätet aus dem Recht zu weisen. Die Ausführungen würden aber auch inhaltlich nicht überzeugen. Die Vereinbarung vom 5. Februar 2002 lasse keinen Spielraum. Die Verrechnung von Unterhaltsbeiträgen sei zudem nur unter ganz engen Voraussetzungen zugelassen. Es sei sinnverkehrt, vom Berufungsbeklagten eine Rechtfertigung dafür zu verlangen, Drittzahlungen der Berufungsklägerin zugelassen zu haben. Es sei zum einen nicht seine Aufgabe, die monatlichen Ausgaben der Berufungsklägerin zu kontrollieren und zum anderen habe die Berufungsklägerin die Beweislast für die Tilgung der Unterhaltszahlungen zu tragen. Der Berufungsbeklagte habe sich nicht widersprüchlich verhalten.

Die Ausführungen der Berufungsklägerin, wonach man nicht nach der Vereinbarung gelebt habe und der Berufungsbeklagte verlangt und zugelassen habe, dass die Berufungsklägerin gewisse Rechnungen und Kosten direkt bezahle, sind erst im Berufungsverfahren vorgebracht worden und daher in Anwendung von Art. 317 Abs. 1 ZPO nicht zu hören. Gemäss Vereinbarung hat die Ehefrau dem Ehemann monatlich CHF 1'300.-- für Wohnung und Essen zu bezahlen. Die Berufungsklägerin hat weder in der Klage noch in der Verhandlung vorgebracht, dass die Parteien nachträglich etwas anderes abgemacht hätten. Ob eine Abmachung bestand, dass sie gewisse Rechnungen und Kosten in Anrechnung an den Unterhaltsbeitrag direkt bezahlen kann, hat sie zu beweisen. Ihre diesbezüglichen Prozesschancen sind mangels Ausführungen in der Klage nicht als deutlich besser einzuschätzen, auch wenn aus der jahrelangen Praxis ein Indiz zugunsten der Ehefrau abgeleitet werden kann. Dies gilt allerdings nicht für die von der Berufungsklägerin bezahlten Rechnungen, welche vom Berufungsbeklagten in der vorinstanzlichen Verhandlung anerkannt wurden. Es ist daher im Folgenden auf die von der Berufungsklägerin in ihrer Berufung aufgeführten Positionen im Einzelnen einzugehen.

6. Die Berufungsklägerin geht in der Berufung unter Ziffer 8.1. bis 8.6 auf die in Ziffer 4 ihrer Klage aufgeführten Zahlungen ein.

6.1 Sie bringt vor, von den Zahlungen an die E.____AG für den Festnetzanschluss im Gesamtbetrag von CHF 7'065.-- ergebe sich nach Abzug der Jahre 2007, 2008 und 2012 der Betrag von CHF 4'457.05. Telefonrechnungen für den Festnetzanschluss würden zu den Wohnkosten gehören. Der Berufungsbeklagte habe an der Verhandlung nicht bestritten, dass die Berufungsklägerin die Telefonrechnungen bezahlt habe, die Zahlungen allerdings auch nicht anerkannt. Ein substantiiertes Bestreiten wäre von ihm zu erwarten gewesen (Ziffer 8.1 der Berufung).

Der Berufungsbeklagte entgegnet, allfällige Zahlungen an die E.____AG könnten nicht akonto der Unterhaltsbeiträge für "Wohnen und Essen" subsumiert werden, zumal lediglich die Berufungsklägerin den Festnetzanschluss gebraucht habe und daher zwischen den Parteien abgemacht gewesen sei, dass sie diese alleine zahle.

Vom Beklagten wird bestritten, dass die Zahlungen an die E.____AG akonto Unterhaltsbeitrag beglichen wurden. Die Prozesschance der Klägerin betreffend Anrechnung dieser Position erscheint daher nicht als deutlich besser als jene des Beklagten. Es kann auf die Ausführungen unter Erwägung Ziffer 5 verwiesen werden.

6.2 Die Berufungsklägerin führt aus, die Zahlungen an die "H.____AG" seien vom Berufungsbeklagten grundsätzlich anerkannt worden. Es handle sich dabei um den Posten "Essen". Für die Jahre 2009 bis 2011 entspreche dies CHF 842.-- (Ziffer 8.2 der Berufung).

Der Beklagte hat die Zahlungen an die H.____AG in der vorinstanzlichen Verhandlung anerkannt. Die Prozesschance der Klägerin betreffend Anrechnung dieser Position von CHF 842.-- für die Jahre 2009 bis 2011 akonto Unterhaltsbeitrag ist daher als deutlich besser einzustufen als jene des Beklagten.

6.3 Betreffend Zahlungen "I.____" macht die Berufungsklägerin in der Berufung den Betrag von CHF 1'520.-- für die Jahre 2009 bis 2011 geltend, ebenfalls unter dem Titel "Essen" (Ziffer 8.3. der Berufung).

Der Beklagte hat die Zahlungen "I.____" in der vorinstanzlichen Verhandlung ebenfalls anerkannt. Die Prozesschance der Klägerin betreffend Anrechnung dieser Position von CHF 1'520.-- für die Jahre 2009 bis 2011 akonto Unterhaltsbeitrag ist daher als deutlich besser einzustufen als jene des Beklagten.

6.4 Die Berufungsklägerin macht geltend, bei den Zahlungen "Gemeinde F.____" handle es sich um Nebenkosten der Liegenschaft des Berufungsbeklagten. Der Berufungsbeklagte bestreite nicht, dass sie diese Zahlungen getätigt habe, wenn er sie auch nicht ausdrücklich anerkannt habe. Ein blosses Bestreiten wäre nicht ausreichend, vielmehr hätte er ausführen müssen, weshalb diese Zahlungen nicht den ehelichen Bedarf betreffen sollen. Die Zahlungen würden den Posten "Wohnen" betreffen und CHF 4'087.05 betragen (Ziffer 8.4 der Berufung).

Der Berufungsbeklagte entgegnet, Zahlungen an die Gemeinde F.____ könnten nicht akonto Unterhaltsbeiträge für "Wohnen und Essen" subsumiert werden.

Vom Beklagten wird bestritten, dass die Zahlungen an die Gemeinde F.____ akonto Unterhaltsbeitrag beglichen wurden. Die Prozesschance der Klägerin betreffend Anrechnung dieser Position erscheint daher nicht als deutlich besser als jene des Beklagten. Es kann auf die Ausführungen unter Erwägung Ziffer 5 verwiesen werden. In der Klage wird zudem nicht ausgeführt, wofür diese Zahlungen an die Gemeinde F.____ geleistet wurden bzw. dass es sich um die Bezahlung von Nebenkosten handeln soll.

6.5 Die Berufungsklägerin führt aus, auch die Zahlungen "Kaminfegermeister" und "K.____" seien vom Berufungsbeklagten im Grundsatz anerkannt worden. Auch hier handle es sich um Nebenkosten der ehelichen Liegenschaft. Die Zahlungen würden CHF 449.70 bzw. CHF 2'199.50 betragen (Ziffer 8.5 der Berufung).

Der Beklagte hat die Zahlungen für "Kaminfeger" und "K.____" in der vorinstanzlichen Verhandlung anerkannt. Die Prozesschance der Klägerin betreffend Anrechnung dieser Positionen für die Jahre 2009 bis 2011 von CHF 449.70 und CHF 2'199.50 akonto Unterhaltsbeitrag ist daher als deutlich besser einzustufen als jene des Beklagten.

7. Die Berufungsklägerin macht weiter geltend, sie habe in Ziffer 5 ihrer Klage ausgeführt, dass sie sich massgeblich an den Einkäufen des täglichen Bedarfs beteiligt habe. Je nachdem, wer einkaufen gegangen sei, habe der Ehemann oder die Ehefrau die Esswaren bezahlt. Waschmittel, Putzmittel, Toilettenartikel etc. seien ausschliesslich von der Ehefrau gekauft und bezahlt worden. Diese Ausführungen habe der Beklagte in der Verhandlung nicht bestritten, weshalb sie als anerkannt zu gelten hätten. Die Vorinstanz werfe ihr in Ziffer 2d) des angefochtenen Entscheids vor, sie habe diese Beiträge zahlenmässig nicht substantiiert. Das sei auch nicht möglich, da sie nicht jahrelang die Quittungen für jeden Einkauf gesammelt habe. Die Kosten würden sich aber schätzen lassen. Gemäss den Empfehlungen der Budgetberatung Schweiz würden die monatlichen Kosten für Nahrungsmittel, Getränke, Waschmittel, Putzmittel, Toilettenartikel etc. für ein Paar bei einem Einkommen von CHF 8'000.-- insgesamt CHF 1'050.- monatlich betragen. Werde vereinfachend davon ausgegangen, dass die Ehefrau die Hälfte bezahlt habe, ergebe dies für die drei Jahre von 2009 bis 2011 einen Gesamtbetrag von CHF 18'900.-- (Ziffer 9 der Berufung).

Der Berufungsbeklagte entgegnet, die Berufungsklägerin sei bezüglich der Begleichung der Unterhaltsforderung beweisbelastet. Budgetbeispiele seien nicht geeignet, diesen Beweis zu führen, zumal im Rahmen von Art. 85a Abs. 1 SchKG der strikte Beweis zu erbringen sei.

Die Klägerin hat diesbezüglich in ihrer Klage weder einen bezifferten Betrag genannt noch Beweise für konkrete Zahlungen vorgebracht. Die Prozesschance der Klägerin betreffend Anrechnung dieser Position erscheint daher nicht als deutlich besser als jene des Beklagten. Weiter ist zu ergänzen, dass die Berufungsklägerin weder in der Klage noch in der Verhandlung Ausführungen zu Empfehlungen der Budgetberatung gemacht und auch keine Bezifferung vorgenommen hat, so dass es sich diesbezüglich um neue Vorbringen handelt, welche im Berufungsverfahren nicht gehört werden können (Art. 317 Abs. 1 ZPO).

8. Weiter moniert die Berufungsklägerin, sie habe in Ziffer 7 ihrer Klage ausgeführt, dass ihre Lebensversicherung im Betrag von CHF 11'632.55 im Dezember 2008 auf das Konto des Berufungsbeklagten überwiesen worden sei. Diese Zahlung habe der Berufungsbeklagte in der Verhandlung nicht bestritten. Im angefochtenen Urteil werde darauf aber nicht Bezug genommen. Da der Unterhalt im voraus zahlbar sei, gelte die Zahlung aus dem Monat Dezember 2008 für das Jahr 2009 (Ziffer 10 der Berufung).

Der Berufungsbeklagte bestreitet, dass diese Zahlungen akonto Unterhaltsbeiträge geleistet worden sei bzw. dass diese Zahlung auf die massgebende Periode 2009 bis 2011 entfalle. Die Berufungsklägerin habe sodann anlässlich der Zahlung keine Erklärung dazu abgegeben, welche der beim Berufungsbeklagten bestehenden Schulden sie damit tilgen wolle. Nach den Regeln von Art. 86 f. OR sei diese Zahlung daher an die zunächst in Betreuung gesetzte Schuld von CHF 26'054.-- gemäss dem in der Berufung erwähnten Verlustschein anzurechnen.

Weder in der Klage vom 18. März 2013 noch in den Beilagen befinden sich Angaben darüber, wofür der Betrag von CHF 11'632.55 bezahlt wurde bzw. ob dies für ausstehende oder zukünftige Unterhaltsbeiträge gedacht war oder aus einem anderem Grund erfolgte. Da die Ehefrau ihre Klage auf die Zahlungen vom 27. Februar 2004 bis 11. Oktober 2012 abstützte, ist mangels

näheren Angaben betreffend dem Betrag von CHF 11'632.55, welcher im Dezember 2008 auf das Konto des Beklagten ausbezahlt worden sein soll, nicht ersichtlich, für welche Monate dieser Betrag anzurechnen ist. Die nunmehr erfolgten Ausführungen der Ehefrau, es handle sich um Unterhaltsbeiträge für das Jahr 2009, da die Unterhaltsbeiträge im voraus zu zahlen seien, wurden im vorliegenden Berufungsverfahren neu vorgebracht und sind daher nicht zu hören (Art. 317 ZPO). Zudem wäre aufgrund fehlender Angaben über die Tilgung in Anwendung von Art. 87 Abs. 1 OR davon auszugehen, dass der genannte Betrag an verfallene bzw. ausstehende Unterhaltsbeiträge anzurechnen ist. Die Berufungsklägerin hat in Ziffer 2.7 ihrer Berufung selber ausgeführt, dass ein Verlustschein aus einer früheren Betreuung des Berufungsbeklagten gegen sie im Betrag von CHF 26'054.-- für den Beitrag an die Wohn- und Essenskosten bestehe, was auf ausstehende Unterhaltsbeiträge im Zeitpunkt Dezember 2008 schliessen lässt, auch wenn zeitliche Angaben zum Verlustschein fehlen. Die Prozesschance der Klägerin betreffend Anrechnung des Betrags von CHF 11'632.55 erscheint angesichts dieser Erwägungen nicht als deutlich besser als jene des Beklagten.

9. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Prozesschancen der Klägerin betreffend der vom Beklagten anerkannten Positionen als deutlich besser erscheinen als jene des Beklagten. Es handelt sich dabei um folgende Positionen:

H.____AG	HF	842.00
I.____	CHF	1'520.00
Kaminfeger	CHF	449.70
K.____	<u>CHF</u>	<u>2'199.50</u>
Total	CHF	5'011.20

Für die anderen von der Klägerin geltend gemachten Positionen scheinen ihre Prozesschancen nicht deutlich besser als jene des Beklagten. Die Klage scheint somit im Betrag von CHF 5'011.20 als sehr wahrscheinlich begründet. Bei lediglich teilweiser Gutheissung der Klage nach Art. 85a SchKG kommt auch eine teilweise Aufhebung oder Einstellung der Betreuung in Betracht (BODMER/BANGERT, a.a.O., Art. 85a N 32 i.V.m. Art 85 N 27 und N 35). Eine lediglich teilweise Einstellung der Betreuung muss daher auch im Rahmen der vorsorglichen Massnahmen nach Art. 85a Abs. 2 SchKG möglich sein. Dementsprechend ist die Betreuung Nr. X.____ des Betreibungsamtes Waldenburg für die Forderung von CHF 5'011.20 vorläufig einzustellen.

10. Im Weiteren gilt es zu beurteilen, ob die Berufungsklägerin Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege hat. Eine Person hat gemäss Art. 117 ZPO Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt (lit. a) und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (lit. b). Nach der basellandschaftlichen Gerichtspraxis gilt eine Partei als mittellos im Sinne der unentgeltlichen Rechtspflege, wenn ihr gesamtes Einkommen im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs kleiner als das um 15 % des Grundbetrags und die laufende Steuerbelastung erweiterte betriebsrechtliche Existenzminimum ist. Sofern die Mittellosigkeit aufgrund der Einkommensverhältnisse eines Gesuchstellers zu bejahen ist, so ist zu prüfen, ob allenfalls bestehendes Vermögen der Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege entgegensteht. Dabei ist zu beachten, dass ein gewisser Umfang an Vermögen als "Notgroschen" beansprucht werden darf und nicht zur Prozessführung angetastet werden muss. Bei

ungenügendem Einkommen wird ein Vermögen von etwa CHF 20'000.00 bis maximal CHF 25'000.00 als noch verhältnismässig gering und deshalb einem Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege nicht entgegenstehend betrachtet. Als zweite Anspruchsvoraussetzung für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ist verlangt, dass das Rechtsbegehren der gesuchstellenden Partei nicht aussichtslos erscheinen darf.

Die Berufungsklägerin hat mit der Berufung ihr Gesuch um unentgeltliche Prozessführung vom 11. Januar 2013 eingereicht, ohne Unterlagen zu ihren Lebenshaltungskosten. Darin hat sie ein Einkommen von CHF 2'580.-- aufgeführt sowie monatliche Ausgaben von CHF 332.-- für die Krankenkasse, von CHF 70.-- für Berufsauslagen und CHF 830.-- für die Lohnpfändung. In der Berufung hat sie unter Ziffer 2.6 ausgeführt, dass sie endlich einen Vermieter gefunden habe, welcher ihr trotz laufender Lohnpfändung eine Wohnung vermiete, so dass sie per 1. Juli 2013 endlich aus der ehelichen Liegenschaft ausziehen könne. Die Unterhaltsberechnung für die Zeit nach dem Auszug sei ohne Einbezug der Lohnpfändung gemacht worden. Durch die Pfändung könne sie ihren Bedarf nach dem Auszug kaum decken. Es kann aufgrund dieser Ausführungen davon ausgegangen werden, dass die Berufungsklägerin nunmehr aus der ehelichen Liegenschaft ausgezogen ist und seit 1. Juli 2013 die Mietwohnung bewohnt. Aus dem eingereichten Eheschutzurteil vom 13. Dezember 2012 geht hervor, dass die Ehefrau/Berufungsklägerin nach Aufnahme des Getrenntlebens einen Unterhaltsbeitrag von CHF 1'500.-- erhält und der mit Vereinbarung vom 5. Februar 2002 vereinbarte monatliche Betrag der Ehefrau an den Ehemann von CHF 1'300.-- ab 1. Oktober 2012 aufgehoben wurde. Somit ist von einem aktuellen Einkommen der Berufungsklägerin von CHF 4'080.-- auszugehen (CHF 2'580.-- Erwerbseinkommen und CHF 1'500.-- Unterhaltsbeitrag). Der Bedarf stellt sich folgendermassen dar:

Grundbetrag	CHF	1'200.--	
15%	CHF	180.--	
Krankenkasse	CHF	332.--	
U-Abo	CHF	70.--	
Wohnungsmiete	CHF	?	(keine Angaben der Berufungsklägerin)
Steuern	CHF	?	(keine Angaben der Berufungsklägerin)
Total	CHF	1'782.--	zuzüglich Miete und Steuern

Schuldenrückzahlungen sind für die Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums nicht zu berücksichtigen, ausser die Abzahlung oder Miete/Leasing von Kompetenzstücken. Die Lohnpfändung, welche sich vermutlich auf die vom Berufungsbeklagten betriebenen ausstehenden Unterhaltsbeiträge bezieht, ist daher nicht zu berücksichtigen, zumal es sich auch nicht um laufende Unterhaltsbeiträge handelt. Der Bedarf beträgt somit CHF 1'782.-- zuzüglich Miete und Steuern. Vom Einkommen von insgesamt CHF 4'080.-- verbleibt nach Abzug von CHF 1'782.-- eine Differenz von CHF 2'298.-- für die Bezahlung der Miete und der Steuern. Es kann davon ausgegangen werden, dass die Miete und die Steuern zusammengezählt diesen Betrag nicht überschreiten, sondern ein monatlicher Überschuss verbleibt, welcher der Berufungsklägerin die Bezahlung von Prozesskosten für das vorliegende Berufungsverfahren erlaubt. Der Berufungsklägerin ist die unentgeltliche Rechtspflege daher nicht zu bewilligen. Dies

gilt umso mehr, als auch die eheliche Beistandspflicht der unentgeltlichen Rechtspflege entgegensteht.

11. Es bleibt über die Verteilung der Prozesskosten zu entscheiden. Bei den im Rahmen von Art. 85a Abs. 2 SchKG zu beurteilenden vorsorglichen Massnahmen handelt es sich um keine betriebsrechtliche Summarsache, auf welche die GebV SchKG Anwendung findet (Art. 48 und Art. 61 GebV SchKG i.V. mit Art. 251 ZPO, e contrario), so dass die kantonalen Tarife anwendbar sind (siehe auch Kantonsgericht Graubünden, I. Zivilkammer, Urteil vom 31. August 2011, ZK1 11 51).

Aus den vorstehenden Erwägungen erhellt, dass die Berufung teilweise gutzuheissen ist und die Berufungsklägerin zu rund einem Achtel durchdringt (vorläufige Einstellung wird für CHF 39'500.-- verlangt, vorläufig eingestellt wird für CHF 5'011.20). Obsiegt keine Partei vollständig, werden die Gerichtskosten gemäss Art. 106 Abs. 2 ZPO nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt. Von diesem Verteilungsgrundsatz kann das Gericht in familienrechtlichen Verfahren abweichen und die Prozesskosten nach Ermessen verteilen (Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO). Vorliegend geht es um eine Klage nach Art. 85a SchKG betreffend Bezahlung von Unterhaltsbeiträgen. Umstritten ist, ob und in welchem Umfang die Unterhaltsbeiträge bezahlt wurden und inwiefern die Zahlungen an Dritte angerechnet werden dürfen. Es handelt sich um eine Streitigkeit zwischen Ehegatten hinsichtlich der Bezahlung von Unterhaltsbeiträgen und somit um eine familienrechtliche Angelegenheit. Das Kantonsgericht erachtet es als angemessen, in Anwendung von Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO die Gerichtsgebühr für das vorliegende Berufungsverfahren den Parteien je hälftig aufzuerlegen und jede Partei ihre eigenen Parteikosten tragen zu lassen. Dies einerseits, weil die Berufungsklägerin/Ehefrau teilweise durchgedrungen ist und andererseits, weil der Berufungsbeklagte/Ehemann finanziell leistungsfähiger sein dürfte. Dies wird aus der Verfügung der Vorinstanz vom 16. April 2013 geschlossen, mit welcher das Gesuch der Klägerin um unentgeltliche Rechtspflege abgewiesen und sie darauf hingewiesen wurde, dass sie einen Prozesskostenvorschuss zur Deckung von zukünftigen Anwalts- und Gerichtskosten im hängigen Scheidungsverfahren geltend machen könne. Weiter ist bei der Kostenverteilung berücksichtigt, dass die Berufungsklägerin aufgrund ihres vermutlich eher geringen Überschusses nicht für die Prozesskosten entsprechend dem Ausgang des Berufungsverfahrens aufkommen kann bzw. nicht in der Lage sein dürfte, je 7/8 der Kosten beider Parteivertreterinnen sowie 7/8 der Gerichtskosten zu bezahlen, so dass es angezeigt ist, dem Ehemann/Berufungsbeklagten auch unter dem Titel der ehelichen Beistandspflicht einen höheren Kostenbeitrag aufzuerlegen. Der Berufungsklägerin dürften jedoch die hälftige Bezahlung der Gerichtsgebühr sowie die Bezahlung des Honorars ihrer Rechtsvertreterin für deren Aufwendungen im vorliegenden Berufungsverfahren möglich sein.

Die Entscheidgebühr wird in Anwendung von § 9 Abs. 1 i.V.m. § 8 Abs. 1 lit. a der Verordnung vom 15. November 2010 über die Gebühren der Gerichte (Gebührentarif, GebT, SGS 170.31) auf pauschal CHF 2'000.00 festgelegt.

Demnach wird erkannt:

- ://:
1. Die Berufung wird teilweise gutgeheissen. In Abänderung von Ziffer 1 der Verfügung des Bezirksgerichtspräsidenten Waldenburg vom 16. April 2013 wird die Betreuung Nr. X.____ des Betreibungsamtes Waldenburg für den Forderungsbetrag von CHF 5'011.20 vorläufig eingestellt.
 2. Das Gesuch der Berufungsklägerin um unentgeltliche Rechtspflege wird abgewiesen.
 3. Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren von CHF 2'000.00 wird den Parteien je zur Hälfte auferlegt.
 4. Es sind gegenseitig keine Parteientschädigungen auszurichten.

Präsidentin

Gerichtsschreiberin

Christine Baltzer-Bader

Karin Arber