



Entscheid des Kantonsgerichts Basel-Landschaft, Abteilung Zivilrecht

vom 10. Juli 2012 (400 2012 113)

Eheschutzmassnahmen

Veränderung der Verhältnisse

Besetzung

Präsidentin Christine Baltzer-Bader; Gerichtsschreiber Hansruedi Zweifel

Parteien

A._____,
vertreten durch Advokat Dieter Gysin, Zeughausplatz 34, Postfach 375,
4410 Liestal,
Kläger und Berufungskläger

gegen

B._____,
vertreten durch Advokat Andreas H. Brodbeck, Gerbergasse 13, Post-
fach 728, 4001 Basel,
Beklagte und Berufungsbeklagte

Gegenstand

Eheschutz

Berufung gegen die Verfügung der Bezirksgerichtspräsidentin Arlesheim
vom 11. April 2012

A. Den Ehegatten wurde mit Urteil des Richteramts Dorneck-Thierstein vom 16.06.2011 das Getrenntleben bewilligt und der Sohn C._____, geb. 09.09.1999, unter die Obhut der Ehefrau

gestellt. Weiter wurde der Ehemann verpflichtet, die eheliche Wohnung bis 31.07.2011 zu verlassen und der Ehefrau einen Unterhaltsbeitrag von CHF 4'450.00 zu leisten, wovon CHF 1'250.00 für den Unterhalt des Sohnes und CHF 3'200.00 für den Unterhalt der Ehefrau bestimmt waren, wobei der Unterhaltsbeitrag an die Ehefrau ab 01.02.2012 auf CHF 2'720.00 reduziert wurde. Seit September 2011 wohnte der Sohn der Parteien beim Ehemann. Der Ehemann beantragte mit Eingabe vom 13.01.2012 der Vorinstanz die Übertragung der elterlichen Obhut über C.____ an sich, ein Besuchsrecht für die Ehefrau und die Aufhebung der Unterhaltsverpflichtung an die Ehefrau rückwirkend per 01.09.2011, eventualiter deren Sistierung und subeventualiter die Aufhebung auf den Zeitpunkt der Gesuchseinreichung. Anlässlich der Gerichtsverhandlung vom 04.04.2012 beantragte der Ehemann der Vorinstanz ergänzend, dass die Ehefrau ab 01.09.2011, eventuell ab Gesuch, zur Zahlung von angemessenen Unterhaltsbeiträgen an C.____ zu verurteilen sei. Die Ehefrau beantragte der Vorinstanz die Abweisung der Klage und die Bestätigung des Urteils des Richteramts Dorneck-Thierstein vom 16.06.2011, eventualiter für den Fall des Wechsels der Kindesobhut die Bestätigung des Ehegattenunterhalts.

Mit Verfügung vom 11.04.2012 stellte die Bezirksgerichtspräsidentin Arlesheim den Sohn C.____ vorläufig unter die Obhut des Ehemannes (Ziff. 1) und ersuchte den KJPD BL um Richterstattung über die Obhutzuteilung und das Besuchsrecht für den Sohn inkl. Abklärung einer eventuellen Fremdplatzierung und um Prüfung, ob zusätzliche Massnahmen zur Gewährleistung des Kindeswohls nötig seien (Ziff. 2). Die Ehefrau erhielt ein vorläufiges Besuchsrecht von einem halben Tag pro Woche (Ziff. 3). Die vom Richteramt Dorneck-Thierstein verfüigten Kinderunterhaltsbeiträge wurden per 01.02.2012 aufgehoben (Ziff. 4). Der Antrag auf Zusprechung eines durch die Ehefrau zu bezahlenden Unterhaltsbeitrags an den Sohn C.____ und der Antrag auf Aufhebung des persönlichen Unterhaltsbeitrags für die Ehefrau wurden abgewiesen (Ziff. 5 und 6). Die Ehefrau wurde angewiesen, sich spätestens ab September 2012 um eine Anstellung zu bemühen oder dem Gericht den Nachweis zu erbringen, dass sie mit ihrem Betrieb ein substanzielles Einkommen erziele (Ziff. 7). Weiter wurden die Ehegatten aufgefordert, dem Gericht den Verbleib und die Verwendung einer Summe von CHF 344'000.00 ab dem gemeinsamen Konto seit Anfang 2009 bis 01.09.2010 befriedigend zu erklären und durch Originale zu dokumentieren unter Androhung der Abweisung des Gesuchs um unentgeltliche Prozessführung (Ziff. 8).

Die Bezirksgerichtspräsidentin erwog dabei Folgendes: Der Wechsel des Aufenthaltsortes des 12,5-jährigen Sohnes könne eine wesentliche und dauerhafte Veränderung der Verhältnisse sein, wenn der Wunsch nicht nur vorübergehender Natur sei und aus Sicht des Kindeswohls keine Gründe entgegenstünden. In der Kinderbefragung habe sich der Sohn für einen Verbleib beim Vater ausgesprochen. Die Ehefrau befürchte bei einem Obhutswechsel zum Ehemann eine Gefährdung des Kindeswohls, weswegen beim KJPD BL eine entsprechende Abklärung in Auftrag zu geben sei. Vorläufig solle C.____ beim Vater verbleiben und der Mutter ein vorläufiges Besuchsrecht eingeräumt werden. Aufgrund dieser Veränderung seien auch die finanziellen Belange vorläufig neu zu regeln. Die Obhutsumteilung habe grundsätzlich eine Erhöhung der Eigenversorgungskapazität der Ehefrau zur Folge. Jedoch sei ihr eine angemessene Übergangsfrist bis September 2012 einzuräumen, nachdem der Ehemann, der ab Zuteilung der Wohnung an die Ehefrau durch Urteil des Richteramts Dorneck-Thierstein vom 16.06.2011 den Aufbau eines anderen Betriebs in D.____ begonnen habe, ihr per Mitte September 2011 das

Geschäft in E.____ endgültig überlassen habe, das nun mit Verlust betrieben werde. Bis dahin sei weiterhin von einem zumutbaren Verdienst der Ehefrau von CHF 1'500.00 pro Monat auszugehen, was keine Festlegung eines Unterhaltsbeitrags an C.____ erlaube. Der vom Ehemann bis anhin zu leistende Kinderunterhaltsbeitrag sei per Februar 2012 aufzuheben. Für eine rückwirkende Aufhebung per 01.09.2011 fehlten die dafür erforderlichen besonderen Umstände. Dem Ehemann werde ein Nettolohn von CHF 2'570.00 pro Monat ausbezahlt, wobei er anlässlich der Gerichtsverhandlung vom 04.04.2012 zugestanden habe, eine monatliche Amortisationszahlung von CHF 5'000.00 zu leisten. Dieser Betrag sei ihm aufzurechnen, weil damit das Lohnniveau eines Kochs und Geschäftsführers realistischer werde und familienrechtliche Unterhaltspflichten Vorrang vor der Abzahlung von Schulden an Drittpersonen hätten. Vom Lohnabzug von CHF 900.00 für die vom Ehemann und von C.____ im Restaurant eingenommenen Mahlzeiten seien "ex aequo et bono" CHF 600.00 aufzurechnen, weil der Essensaufwand bei der Existenzminimumsberechnung bereits im Grundbetrag enthalten sei. Das Existenzminimum des Ehemannes betrage CHF 3'245.00 (alles in CHF: Grundbetrag alleinerziehende Person 1'350.00, Grundbetrag Kind über 10 Jahre 600.00, Mietzins 800.00, Krankenkassenprämien KVG 411.00, Krankenkassenprämien KVG Sohn 84.00) und dessen Einkommen CHF 8'170.00. Folglich verblieben dem Ehemann selbst unter Aufrechnung eines Betrags für die Steuern noch genügend Mittel, um die verfügbaren Unterhaltsbeiträge an die Ehefrau von aktuell CHF 2'720.00 zu bezahlen.

B. Mit Eingabe vom 27.04.2012 erhob der Ehemann gegen die Verfügung der Bezirksgerichtspräsidentin Arlesheim vom 11.04.2012 Berufung und beantragte die Aufhebung der Ziffern 5 bis 7, die Gutheissung des Antrags auf Zusprechung eines durch die Ehefrau zu bezahlenden Kinderunterhaltsbeitrags in Höhe von 17 % ihres monatlichen Nettoeinkommens ab September 2012, d.h. von mindestens CHF 645.00 zzgl. allfälliger Kinderzulagen pro Monat, die Gutheissung des Antrags auf Aufhebung des vom Ehemann an die Ehefrau zu leistenden persönlichen Unterhaltsbeitrags per Februar 2012 und die Verpflichtung der Ehefrau, sich bis September 2012 um eine Anstellung oder den Nachweis der Erzielung eines substantziellen Einkommens zu bemühen, verbunden mit Anrechnung eines hypothetischen Einkommens der Ehefrau ab September 2012 von netto mindestens CHF 3'790.00, eventualiter die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur Neuurteilung, alles unter o/e Kostenfolge. Ferner beantragte der Ehemann, ihm für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen.

Die Annahme eines Einkommens des Ehemannes von monatlich CHF 8'170.00 sei verfehlt. Die angeblich monatlich erfolgenden Amortisationen von CHF 5'000.00 sei eine falsche Annahme der Vorinstanz, dieser Betrag beziehe sich auf die jährlichen Raten für die Miete des Restaurantinventars, was pro Monat CHF 416.00 ergebe. Dem vom Gericht ermittelten Grundbedarf des Ehemannes von CHF 3'245.00 stünden nur Einkünfte von CHF 3'586.00 (inkl. monatliche Amortisationen von CHF 416.00) gegenüber. Somit bestehe nur ein geringer Überschuss beim Ehemann, weshalb es ihm zur Zeit nicht möglich sei, Unterhaltsbeiträge an die Ehefrau zu leisten. Zudem habe er am 20.10.2011 seinen Restaurationsbetrieb neu beginnen müssen und entsprechend viele Auslagen und Umtriebe gehabt. Hinsichtlich der Eigenversorgungskapazität der Ehefrau sei es unverständlich, warum die Vorinstanz der Ehefrau eine Übergangsfrist bis September 2012 eingeräumt habe, in welcher sie sich nicht einmal um eine Anstellung oder den Nachweis der Erzielung eines substantziellen Einkommens bemühen müsse. Die Vorinstanz

habe es unterlassen, der Ehefrau Konsequenzen anzudrohen, falls sie der gerichtlichen Anweisung nicht nachkomme, und habe nicht festgelegt, ab wann ihr ein hypothetisches Einkommen anzurechnen sei und in welcher Höhe. Die Verfügung sei folglich mangelhaft, könne es doch nicht angehen, diese Punkte nicht zu entscheiden und das Risiko des rechtzeitigen Antrags um Überprüfung dem Ehemann zu überbinden. Anstatt der aufzuhebenden Verfügung sei anzuordnen, dass sich die Ehefrau bis September 2012 um eine Anstellung oder den Nachweis der Erzielung eines substantziellen Einkommens zu bemühen habe und ihr ab September 2012 ein hypothetisches Einkommen in der Höhe von mindestens CHF 3'790.00 netto (CHF 3'500.00 x 13 : 12) anzurechnen sei. Ein solches Einkommen sei im Detailhandel erzielbar. Ab September 2012 sei die Ehefrau sodann zu verpflichten, Unterhaltsbeiträge für C._____ in Höhe von 17 % ihres monatlichen Nettoeinkommens zzgl. allfälliger Kinderzulagen zu bezahlen.

C. Mit Berufungsantwort vom 10.05.2012 beantragte die Ehefrau die kostenfällige Abweisung der Berufung. Ferner sei ihr die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen.

Der Ehemann habe im vorinstanzlichen Verfahren mit Hilfe der Dolmetscherin ausgesagt, dass er das Inventar in monatlichen Raten à CHF 5'000.00 abzahle. Dies mache durchaus Sinn, wolle er doch möglichst schnell Eigentümer des Inventars werden. Mittlerweile habe er die Abzahlung für das ganze Inventar von CHF 25'000.00 wohl geleistet. Offiziell beziehe er den Lohn über eine GmbH, an welcher er hälftig beteiligt sei. Treffe dies zu, müsse auch die GmbH die Kosten für die Übernahme des Mobiliars tragen. Zudem hätte die GmbH auch die mutmasslich hohen Investitionskosten tragen müssen. Wie der Ehemann all diese persönlich getragenen Kosten habe finanzieren können, habe nicht geklärt werden können. Das Konstrukt sei offensichtlich und gezielt gewählt worden, um die Durchsetzung der berechtigten Unterhaltsansprüche der Ehefrau zu verunmöglichen. Der Ehemann habe die Stammkundschaft und das Personal des Restaurants in E._____ in das neu von ihm in D._____ betriebene Restaurant mitgenommen. Der private Mietanteil des Ehemannes für die Wirtewohnung werde bestritten. Es sei nicht einzusehen, weshalb ihm vom Abzug für Kost und Logis von CHF 900.00 nur CHF 600.00 aufgerechnet würden, wenn ihm und dem Sohn gleichzeitig der gesamte Grundbetrag von total CHF 1'950.00 zugestanden werde. Verteile man die geleisteten Zahlungen für die Mobiliaramortisation auf ein Jahr, ergebe dies ein zusätzliches Einkommen von CHF 2'083.00. Somit sei von einem Einkommen des Ehemannes von mindestens CHF 5'553.00 auszugehen. Dass er gezwungen worden sei, das Restaurant in E._____ aufzugeben, werde bestritten. Vielmehr sei das Richteramt Dorneck-Thierstein davon ausgegangen, dass der Ehemann dieses Restaurant weiterführen und damit ein durchschnittliches Einkommen von rund CHF 7'500.00 pro Monat erzielen könne. Verzichte er freiwillig und ohne Not auf ein solches Einkommen, so sei ihm ein hypothetisches Einkommen anzurechnen. Der Ehemann behaupte zu Recht nicht, dass er mit seinem neuen Restaurant zu wenig Umsatz generiere. Er hätte zumindest anhand eines Zwischenabschlusses darlegen müssen, dass der generierte Gewinn des Restaurationsbetriebs nicht ausreiche, um seinen Verpflichtungen nachzukommen. Sollte er tatsächlich nur Angestellter der GmbH sein, habe er sich zu einem viel zu tiefen Lohn anstellen lassen. Zu berücksichtigen wäre in dieser Konstellation auch, dass ihm zumindest der hälftige Gewinn der GmbH ebenfalls als Lohn angerechnet werden müsste. Die Feststellung der Vorinstanz, dass der Ehemann genügend Einkommen generiere resp. generieren müsse, um seinen Unterhaltsverpflichtungen der Ehefrau gegenüber nachzukommen, sei somit unabhängig von der Tatsache,

wie es sich mit den Amortisationszahlungen verhalte, richtig. Der Ehemann habe die Ehefrau erst im letzten Moment über seinen Weggang vom in den letzten zwei Jahren von ihm allein geführten Restaurant in E.____ informiert, weshalb eine geordnete Geschäftsübergabe nicht habe erfolgen können. Er habe einen Schuldenberg hinterlassen, weshalb die Kollektivgesellschaft kurz darauf Konkurs gegangen sei. Die Ehefrau habe neu anfangen müssen und habe aufgrund dieser Vorgeschichte die ihr von der Vorinstanz eingeräumte Übergangsfrist verdient. Falls sie das Ziel der Generierung eines substantiellen Einkommens nicht erreiche, habe sie sich um eine Anstellung zu bemühen. Die Stellensuche könne sie daher erst nach festgestelltem Nichterreichen des Ziels innert der Übergangsfrist aufnehmen und entsprechend nachweisen. Eine Anrechnung eines bestimmten, hypothetischen Einkommens ab September 2012 sei unter den gegebenen Umständen nicht möglich. Derzeit werde ihr ein hypothetisches Einkommen von monatlich CHF 1'500.00 angerechnet. In den ersten 3,5 Monaten habe sie mit dem Restaurant in E.____ einen Verlust eingefahren. Erziele sie ab September 2012 ein substantielles Einkommen resp. finde sie eine Anstellung, werde die Vorinstanz die Unterhaltssituation neu beurteilen müssen.

D. Mit Verfügung vom 14.05.2012 wurde der Schriftenwechsel geschlossen und das Gesuch des Berufungsklägers um unentgeltliche Rechtspflege abgewiesen. Weiter wurden die Parteien zu einer Verhandlung geladen. Der Entscheid über das Gesuch der Berufungsbeklagten um unentgeltliche Rechtspflege wurde auf den Entscheid in der Hauptsache verlagt.

E. Mit Eingabe vom 21.06.2012 teilte die Ehefrau mit, dass der Ehemann gemäss Publikation im SHAB vom 09.05.2012 die das Restaurant in D.____ betreibende F____ GmbH mittlerweile als alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer mit Einzelunterschrift übernommen habe. Die Ausführungen der Ehefrau, wonach der Ehemann sein neues Restaurant faktisch allein betreibe und sämtliche Parameter wie Lohn und Spesen selbst bestimmen könne, seien also zutreffend. Damit die finanzielle Situation des Ehemannes effektiv beurteilt werden könne, sei der Beizug der Buchhaltungsunterlagen der F____ GmbH unerlässlich.

F. Mit Verfügung vom 25.06.2012 wurde die Noveneingabe der Ehefrau vom 21.06.2012 dem Ehemann zur Stellungnahme unterbreitet. Gleichzeitig wurde der Ehemann aufgefordert, die verlangten Buchhaltungsunterlagen zur Verhandlung vor dem Kantonsgericht mitzubringen.

G. Mit Eingabe vom 05.07.2012 teilte der Ehemann mit, dass er seine Eintragung als alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer der F____ GmbH nicht bestreite. Bestritten werde hingegen, dass der Ehemann sämtliche Parameter selbst bestimmen könne. Mit Eingabe vom 06.07.2012 liess er dem Kantonsgericht die verlangten Buchhaltungsunterlagen zukommen.

H. Zur Gerichtsverhandlung vom 10.07.2012 erscheinen beide Parteien in Begleitung ihrer Rechtsbeistände. Im Rahmen der Parteibefragung gibt der Ehemann an, dass während der gemeinsamen Betreibung des Restaurants in E.____ ein Jahresgewinn von CHF 80'000.00 bis 90'000.00 erzielt worden sei. In den letzten Jahren sei der Umsatz zurückgegangen und seit etwa 2008 habe die Ehefrau praktisch nicht mehr im Restaurant gearbeitet, sondern nur noch jeden Tag CHF 400.00 bis 500.00 herausgenommen. Vor 2008 sei der Gewinn noch höher gewesen. Mit den CHF 280'000.00 habe er Löhne und Schulden bezahlt, wofür er leider keine

Belege habe. Für das Startkapital des neuen Restaurants in D.____ habe er von seinem Vater ca. CHF 17'000.00 erhalten, zudem habe ihm Familie G.____ finanziell geholfen. Er müsse das Darlehen nun an Frau G.____ zurückzahlen. Die Raten von CHF 5'000.00 für die Inventarmiete seien pro Jahr zu zahlen. Bis Juni habe er glaublich zweimal je CHF 5'000.00 bezahlt. Die Ehefrau sagt aus, nach dem Tod ihres Vaters 2007 sei sie sehr mitgenommen gewesen. Die guten Gewinne in den früheren Jahren seien auf die Mitarbeit ihres Vaters und von ihr zurückzuführen. 2009 habe ihr Mann ihr das Geld entzogen und sie habe für die Bezahlung von Einkäufen beim Personal betteln gehen müssen. Sie habe nicht jeden Tag Geld aus der Kasse genommen. Nach einem Jahr habe sie sich aus dem Geschäft zurückgezogen und in den letzten fast 2 Jahren nicht mehr mitgearbeitet. Nun erwirtschaftete sei einen monatlichen Umsatz von ca. CHF 20'000.00, wovon drei Löhne abgingen. Sie konzentriere sich auf das Restaurant und suche noch keine Stelle. Wenn es sein müsse, höre sie auf Ende Dezember 2012 auf. Die Parteien hielten an ihren bereits schriftlich gestellten Anträgen fest.

Erwägungen

- 1.** Gegen einen Eheschutzentscheid kann gemäss Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO Berufung erhoben werden. Massnahmen zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft unterliegen dem summarischen Verfahren (Art. 271 lit. a ZPO). Die Berufung ist schriftlich und begründet innert zehn Tagen seit Zustellung des begründeten Entscheides bzw. seit der nachträglichen Zustellung der Entscheidungsbegründung bei der Rechtsmittelinstanz einzureichen (Art. 314 Abs. 1 i.V. mit Art. 311 Abs. 1 ZPO). Vorliegend wurde der begründete Entscheid vom 11.04.2012 dem Ehemann am 17.04.2012 zugestellt. Die Rechtsmittelfrist ist durch die Berufung vom 27.04.2012 somit eingehalten. Die Streitwertgrenze gemäss Art. 308 Abs. 2 ZPO ist übertroffen. Gemäss § 5 Abs. 1 lit. a EG ZPO ist das Präsidium der Abteilung Zivilrecht des Kantonsgerichts für die Beurteilung von Berufungen gegen Entscheide der Präsidien der Bezirksgerichte, die im summarischen Verfahren ergangen sind, sachlich zuständig. Auf die Berufung ist daher einzutreten.
- 2.** Gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO werden neue Tatsachen und Beweismittel nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten. Das von der Ehefrau mit Eingabe vom 21.06.2012 vorgetragene Novum, dass der Ehemann seit 04.05.2012 alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer der F____ GmbH ist, erfüllt diese Voraussetzungen ohne Weiteres und ist im Übrigen unbestritten.
- 3.** Der Berufungskläger rügt, dass die Vorinstanz Aufrechnungen zu seinem Einkommen vorgenommen habe, welche unbegründet seien, und dass sie damit im Ergebnis die tatsächliche Verminderung seines Einkommens nicht berücksichtigt habe. Gemäss Art. 179 Abs. 1 ZGB passt das Gericht bei veränderten Verhältnissen auf Begehren eines Ehegatten die Eheschutzmassnahmen an oder hebt sie auf, wenn ihr Grund weggefallen ist. Grund zur Abänderung besteht vor allem, wenn sich die tatsächliche Situation inzwischen wesentlich und dauerhaft verändert hat. Bloss unbedeutende Schwankungen in Einkommen und Bedarf der einen oder anderen Seite sollen noch nicht zur Korrektur des Unterhalts führen. Eine Abänderung ist ausgeschlossen, wenn ein Ehegatte die veränderte Sachlage durch eigenmächtiges oder gera-

dezu missbräuchliches Verhalten herbeiführt (FamKomm Scheidung/Vetterli, Art. 179 ZGB N 2). Beim Selbständigerwerbenden entspricht das Einkommen dem Reingewinn im Durchschnitt mehrerer Jahre, wobei einzelne besonders gute oder ausnehmend schlechte Geschäftsabschlüsse ausgeklammert werden können. Der Erfolg kann freilich auf steuerrechtlich oft noch tolerierte Weise durch Abschreibungen, Rückstellungen, Periodenverschiebungen etc. beeinflusst werden, allenfalls auch durch unvollständiges Verbuchen, verdeckte Privatentnahme, Entlohnung ohne echte Gegenleistung usw. manipuliert werden. Fehlen detaillierte und nachvollziehbare Bilanzen, so kann man auf die Lebenshaltung abstellen, und dafür sind die Privatbezüge ein gutes Indiz (FamKomm Scheidung/Vetterli, Art. 176 ZGB N 30).

Das Richteramt Dorneck-Thierstein hat in seinem Urteil vom 16.06.2011 auf den durchschnittlichen Reingewinn der Geschäftsjahre 2008/2009, 2009/2010 und 2010/2011 abgestellt und eine gründliche Analyse der entsprechenden Abschlüsse vorgenommen, auf die vollumfänglich verwiesen werden kann. Aus den Akten ist ersichtlich, dass das Einkommen des Ehemannes auch in diesen Jahren schwankend gewesen ist. Zudem hat die Ehefrau bereits in den Geschäftsjahren 2009/2010 und 2010/2011 nicht mehr im Restaurant in E.____ mitgearbeitet, so dass auch für den künftigen Betrieb eines Restaurants durch den Ehemann allein resp. ohne Mithilfe der Ehefrau grundsätzlich vom Reingewinn dieser beiden Geschäftsjahre auszugehen ist. Hinzu kommt, dass er seit Juni 2011 in der vorübergehenden Aufbauphase eines neuen Restaurants in D.____ ist und vom bisher mit der Ehefrau gemeinsam betriebenen Restaurant in E.____ praktisch sämtliches Personal als auch die Stammgäste mitgenommen hat. Infolge dieser "Übernahme" von Knowhow und Kundschaft ist damit zu rechnen, dass er bald wieder an die bisherigen Geschäftsergebnisse anknüpfen kann. Die Anstellung bei der F____ GmbH war nur vorübergehend eine "echte" Anstellung, ist der Ehemann doch seit 04.05.2012 alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer dieser Gesellschaft und kann als solcher sein Einkommen selbst bestimmen. Folglich ist seine wirtschaftliche Leistungsfähigkeit gleich wie diejenige eines Selbständigerwerbenden mit den üblichen Schwankungen zu beurteilen. Die vom Ehemann mit Eingabe vom 06.07.2012 eingereichte Erfolgsrechnung und Bilanz der F____ GmbH entspricht mehr einem Ausdruck des Buchungsjournals und verschiedener Kontoblätter vom 18.05.2011 bis 12.03.2012. Hingegen fehlt ein aussagekräftiger Geschäftsabschluss. Dass das Einkommen gemäss seinen Angaben 2011/2012 nun tiefer ausgefallen ist, spricht daher noch nicht für eine genügend dauerhafte Verschlechterung seiner Einkommenssituation, sondern ist vor allem auf die in der Anfangsphase getätigten Investitionen im Restaurant in D.____ zurückzuführen. Dies sind einmalige Sonderausgaben, die zum Nachweis einer dauerhaften Einkommensverschlechterung nicht ausreichen. Selbst wenn dem Ehemann der Nachweis einer dauerhaften Einkommensverschlechterung gelungen wäre, bestünde im vorliegenden Grund kein Grund für eine Abänderung, weil für den Neuaufbau eines Konkurrenzbetriebs in D.____ gar keine Veranlassung bestand, sondern dies ein eigenmächtiges Vorgehen des Ehemannes darstellte. Das Kantonsgericht stellt daher nicht auf die deklarierten Lohnauszahlungen des Ehemannes ab, sondern auf den vom Richteramt Dorneck-Thierstein erhobenen Durchschnittsgewinn von monatlich CHF 7'584.00. Seine wirtschaftliche Leistungsfähigkeit erlaubt es ihm demzufolge, nebst der Deckung seines eigenen Bedarfs und desjenigen des Sohnes C.____ von monatlich insgesamt CHF 3'245.00 (vgl. Bedarfsberechnung der Vorinstanz) der Ehefrau auch ab Februar 2012 einen Unterhaltsbeitrag von monatlich CHF 2'720.00 zu bezahlen. Solange die Eigenversorgungskapazität der Ehefrau nicht mehr als monatlich CHF 1'500.00 netto beträgt, ist der bishe-

rige Unterhaltsbeitrag zur Deckung ihres angemessenen Bedarfs somit begründet. Im Ergebnis ist daher die Beurteilung der Vorinstanz, dass seitens des Ehemannes keine relevante Einkommensverminderung eingetreten ist, nicht zu beanstanden.

4. Der Berufungskläger kritisiert am vorinstanzlichen Entscheid zudem, dass die Gerichtspräsidentin die Berufungsbeklagte zwar aufgefordert habe, sich spätestens ab September 2012 um eine Anstellung zu bemühen oder dem Gericht den Nachweis zu erbringen, dass sie mit ihrem Betrieb ein substantielles Einkommen erziele, jedoch weder die Höhe des anrechenbaren hypothetischen Einkommens noch den Zeitpunkt, ab wann ein solches anzurechnen sei, festgelegt habe. Die Vorinstanz ging davon aus, dass der Ehefrau nach dem Ablauf einer ihr einzuräumenden Frist zur Umstellung ihrer Lebensumstände ein höheres hypothetisches Einkommen als CHF 1'500.00 netto pro Monat anzurechnen sei. Sie hielt eine Frist bis September 2012 für angemessen, legte jedoch nicht fest, ob nach Ablauf dieser Frist und gegebenenfalls ab wann und in welcher Höhe der Ehefrau ein höheres hypothetisches Einkommen anzurechnen sei, und welche Folge dies auf den Ehegattenunterhaltsbeitrag habe. Es besteht diesbezüglich eine Rechtsunsicherheit für beide Parteien, wobei der Ehemann alleine das Risiko trägt, allenfalls zu früh eine neue Überprüfung zu verlangen. Die Übergangsfrist war bereits bei der Vorinstanz thematisiert, indem die Ehefrau eine Zeitspanne beanspruchte, um die Restaurant-sache zu beenden und einen neuen Anfang zu machen (vgl. Protokoll der Gerichtsverhandlung vom 04.04.2012, S. 4). Die Vorinstanz hat diesen Teil der Streitigkeit nicht beurteilt, obwohl sie davon ausgegangen ist, dass der Ehefrau allenfalls ein höheres hypothetisches Einkommen als dasjenige gemäss Entscheid des Richteramts Dorneck-Thierstein anzurechnen sei. Anstatt diesen Punkt zu entscheiden, hat die Vorinstanz das Begehren des Ehemannes um Aufhebung der Ehegattenrente vollständig abgewiesen. Ab wann der Ehefrau ein höheres hypothetisches Einkommen angerechnet werden soll, ist jedoch unklar und für den Ehemann ist nicht ersichtlich, ab wann das Gericht eine Überprüfung vornehmen würde. Es kann nicht angehen, diesen Punkt einfach nicht zu entscheiden und dem Ehemann das Risiko des rechtzeitigen Antrages zu überbinden. Wenn die Ehefrau sich um ein angemessenes Einkommen bemühen muss, ist es vielmehr an ihr, zu gegebener Zeit wieder an das Gericht zu gelangen und nachzuweisen, dass sie trotz entsprechender Bemühungen kein angemessenes Einkommen erzielen kann. Die Vorinstanz hätte daher eine Übergangsfrist in dem Sinne festlegen müssen, dass mit deren Ablauf ein hypothetisches Einkommen angerechnet werde, sowie den allfälligen Unterhaltsbeitrag nach Ablauf dieser Frist festlegen müssen. Da sie diesen wesentlichen Punkt nicht entschieden hat, erweist sich die Rüge der unrichtigen Rechtsanwendung als begründet.

Da die Parteien zur Dauer der Übergangsfrist und zur Höhe des nach Ablauf der Übergangsfrist der Ehefrau zumutbaren Einkommens im Berufungsverfahren umfassend Stellung nehmen können und das Kantonsgericht aufgrund der vorhandenen Akten in der Lage ist, einen Sachentscheid zu fällen, ist von einer Rückweisung an die Vorinstanz abzusehen. Dass die Ehefrau das bisher in E.____ betriebene Restaurant aufgeben muss, ist unumgänglich und heute unumstritten. Mithin ist absehbar, dass sie den Nachweis, mit dem Betrieb des Restaurants in E.____ ein substantielles Einkommen zu erzielen, nicht wird erbringen können. Bereits aufgrund der angefochtenen Verfügung vom 11.04.2012 wurde sie angewiesen, sich spätestens ab September 2012 um eine Anstellung zu bemühen. Für eine Verlängerung der Übergangsfrist bestehen keine sachlichen Gründe. Da die Kinderbetreuungspflichten für die Ehefrau seit Sep-

tember 2011 weggefallen sind und sie über eine langjährige Berufserfahrung im Gastgewerbe und über eine Bürolehre verfügt, erscheint es zumutbar, dass sie ab Oktober 2012 eine Vollzeitstelle mit einem monatlichen Einkommen von netto CHF 3'500.00 zzgl. 13. Monatslohn bzw. von netto CHF 3'790.00 inkl. Anteil 13. Monatslohn antritt. Die Erhöhung des der Ehefrau zumutbaren Einkommens von CHF 1'500.00 auf CHF 3'790.00 stellt eine wesentliche Veränderung dar, die zu berücksichtigen ist und zu einer Reduktion des Unterhaltsbeitrags führen wird. Dies hat zur Folge, dass ab 01.11.2012 im Bedarf beider Parteien ein Betrag für die laufenden Steuern einzusetzen ist (beim Ehemann CHF 500.00, bei der Ehefrau CHF 400.00). Ferner benötigt die Ehefrau für sich allein nach Ablauf der Übergangsfrist auch keine Wohnung mehr für CHF 1'985 inkl. Nebenkosten pro Monat. Angemessen erscheinen ab 01.11.2012 für sie monatliche Wohnkosten in Höhe von CHF 1'400.00 inkl. Nebenkosten. Hingegen sind ihr ab diesem Zeitpunkt Berufsauslagen für den Arbeitsweg von CHF 70.00 sowie für auswärtige Verpflegung von CHF 200.00 zur Monat zuzugestehen. Dem ehelichen Gesamteinkommen von CHF 11'374.00 steht ein ehelicher Grundbedarf von CHF 7'400.00 gegenüber. Der Überschuss von CHF 3'974.00 ist zu 65 % dem vorläufig die Obhut über C. _____ innehabenden Ehemann zuzuweisen. Daraus resultiert ein vom Ehemann an die Ehefrau ab 01.11.2012 zu leistender persönlicher Unterhaltsbeitrag von CHF 1'255.00 (vgl. Berechnungsblatt im Anhang). In diesem Umfang ist daher die Berufung des Ehemannes teilweise gutzuheissen und die persönliche Unterhaltspflicht gegenüber der Ehefrau ab 01.11.2012 von CHF 2'720.00 auf CHF 1'255.00 pro Monat zu reduzieren und festzuhalten, dass der Ehefrau ab Ende Oktober 2012 ein erzielbares Einkommen von netto CHF 3'790.00 pro Monat angerechnet wird. Da in der obigen Unterhaltsberechnung ab 01.11.2012 der notwendige Bedarf für die ganze Familie bestimmt und der Überschuss auf alle Familienangehörigen verteilt worden ist, besteht kein Raum dafür, die Ehefrau zur Leistung eines Barbetrags in Höhe von 17 % ihres künftigen Nettomonatslohns als Unterhaltsbeitrag für den Sohn C. _____ zu verpflichten. Der entsprechende Antrag des Berufungsklägers ist somit abzuweisen.

5. Weiter ist das Gesuch der Ehefrau vom 10.05.2012 um unentgeltliche Rechtspflege für das Berufungsverfahren zu beurteilen. Die Berufungsbeklagte vermag zur Zeit mit dem ihr angerechneten Einkommen von CHF 1'500.00 und mit den Unterhaltsbeiträgen von CHF 2'720.00 zwar ihr erweitertes Existenzminimum von CHF 3'750.00 (alles in CHF: Grundbetrag 1'200.00, 15 %-Zuschlag 180.00, Miete inkl. Nebenkosten 1'985.00, Krankenkasse KVG 385.00) zu decken und erzielt sogar einen Überschuss, dies jedoch nur, wenn die von ihrem Ehemann geschuldeten Unterhaltsbeiträge tatsächlich regelmässig geleistet werden, was bis anhin nicht erfolgte. Zudem ist bei ihr kein Vermögen mehr vorhanden. Die Berufungsbeklagte kann deshalb zur Zeit nicht für die Prozesskosten aufkommen. Nach ständiger Praxis ist der Anspruch auf unentgeltliche Prozessführung jedoch subsidiär zur familienrechtlichen Unterstützungspflicht der Ehegatten. Damit soll sichergestellt werden, dass der Staat nicht familienrechtliche Prozesse finanzieren muss, obwohl mindestens eine der Parteien über ausreichende finanzielle Mittel für die Prozesskosten verfügt. Dem Ehemann verbleibt sowohl zur Zeit der Gesuchseinreichung als auch heute wie auch in Zukunft nach der Deckung seines Bedarfs (inkl. Bedarf für C. _____) und nach Bezahlung des Unterhaltsbeitrags an die Ehefrau ein ansehnlicher Überschussanteil. Bereits damit ist er in der Lage, die Ehefrau bei der Prozessfinanzierung zu unterstützen. Ferner ist bis heute von ihm nicht hinreichend erklärt und belegt worden, wo die seit Anfang August

2009 bis 1. September 2010 ab dem gemeinsamen Konto bei der H.____ abgehobene Summe von ca. CHF 281'000.00 verblieben ist resp. wie sie verwendet worden ist. Dass damit Löhne der Angestellten des Restaurants in E.____ bar bezahlt worden sein sollen, ist wenig glaubhaft, hätten diese doch auch aus dem damals erwirtschafteten Betriebsgewinn bezahlt werden können. Folglich ist weiterhin von einer Vermögensreserve des Ehemannes auszugehen, die ihm ebenfalls eine Prozessunterstützung der Ehefrau ermöglicht. Daher ist das Gesuch der Ehefrau um unentgeltliche Rechtspflege für das Berufungsverfahren abzuweisen.

6. Abschliessend ist noch über die Verlegung der Prozesskosten, bestehend aus den Gerichtskosten sowie der Parteientschädigung (Art. 95 Abs. 1 ZPO), zu befinden. Massgebend für die Regelung der Kostenfolgen sind die Bestimmungen der Art. 104 ff. ZPO, die auch im Berufungsverfahren gelten (Seiler, Die Berufung nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Basel 2011, Rz. 1560). Gemäss Art. 106 Abs. 1 ZPO werden die Prozesskosten der unterliegenden Partei auferlegt. Hat keine Partei vollständig obsiegt, so werden die Prozesskosten nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt (Art. 106 Abs. 2 ZPO). In familienrechtlichen Verfahren kann das Gericht von den Verteilungsgrundsätzen abweichen und die Prozesskosten nach Ermessen verteilen (Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO). Dabei ist auch die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Parteien bei der Verteilung der Prozesskosten mitzubersichtigen (Stämpfli Handkommentar ZPO-Fischer, Art. 107 N 7). Der Ehemann ist mit seiner Berufung nur teilweise durchgedrungen, weshalb er bereits nach den allgemeinen Regeln der Kostenverteilung einen Teil der Prozesskosten selbst tragen müsste. Ferner gilt er wirtschaftlich als klar leistungsfähigere Partei (vgl. die Ausführungen unter 5. hievor). Zudem hat er durch den Aufbau eines Konkurrenzbetriebs in D.____ und durch die Mitnahme praktisch sämtlichen Personals und der Stammgäste des vom bisher mit der Ehefrau gemeinsam betriebenen Restaurants in E.____ massgeblich dazu beigetragen, dass die Ehefrau ihre wirtschaftliche Leistungsfähigkeit seither eingebüsst hat. Es rechtfertigt sich daher, ihm sämtliche Kosten des Berufungsverfahrens aufzuerlegen. Die Entscheidgebühr für das zweitinstanzliche Verfahren wird in Anwendung von § 9 Abs. 1 i.V.m. § 8 Abs. 1 lit. h GebT auf pauschal CHF 1'400.00 festgelegt. Hinzu kommen gemäss Art. 95 Abs. 2 lit. d ZPO und § 3 Abs. 4 GebT die Übersetzungskosten von CHF 150.00. Darüber hinaus hat der Berufungskläger der Berufungsbeklagten eine Parteientschädigung von CHF 4'096.75 inkl. Auslagen und inkl. MWST von CHF 303.45 zu bezahlen.

Demnach wird erkannt:

- ://: I. In teilweiser Gutheissung der Berufung werden die Ziffern 6 und 7 der Verfügung der Bezirksgerichtspräsidentin Arlesheim vom 11. April 2012 aufgehoben und durch folgende Regelung ersetzt:
- "6. Mit Wirkung ab 01.11.2012 wird der vom Ehemann an die Ehefrau monatlich und im Voraus zu bezahlende Unterhaltsbeitrag auf CHF 1'255.00 reduziert.

7. Die Ehefrau wird ab Ende Oktober 2012 ein erzielbares Einkommen von netto CHF 3'790.00 pro Monat inkl. Anteil 13. Monatslohn angerechnet."

Im Übrigen wird die Berufung abgewiesen und die Verfügung der Bezirksgerichtspräsidentin Arlesheim vom 11. April 2012 bestätigt.

- II. Das Gesuch der Berufungsbeklagten um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren wird abgewiesen.
- III. Die Gerichtsgebühr von CHF 1'400.00 zuzüglich Dolmetscherkosten von CHF 150.00 wird dem Berufungskläger auferlegt. Der Berufungskläger hat der Berufungsbeklagten eine Parteientschädigung von CHF 4'096.75 inkl. Auslagen und inkl. MWST von CHF 303.45 zu bezahlen

Präsidentin

Gerichtsschreiber

Christine Baltzer-Bader

Hansruedi Zweifel