



Entscheid des Kantonsgerichts Basel-Landschaft, Abteilung Zivilrecht

vom 15. April 2019 (400 18 394)

Zivilgesetzbuch

Voraussetzungen zur Anordnung der alternierenden Obhut; Anrechnung eines hypothetischen Einkommens bei Verminderung des Einkommens in Schädigungsabsicht

_____ Besetzung

Präsident Roland Hofmann; Gerichtsschreiberin Karin Wiesner

_____ Parteien

A._____,
vertreten durch Advokat Diego Stoll, Advokatur und Notariat, Gitter-
listrasse 8, Postfach, 4410 Liestal,
Klägerin

gegen

B._____,
vertreten durch Advokat Marco Albrecht, Hauptstrasse 54,
4132 Muttenz,
Beklagter und Berufungskläger

_____ Gegenstand

Eheschutz

Berufung gegen das Urteil der Zivilkreisgerichtspräsidentin Basel-
Landschaft Ost vom 8. Oktober 2018

A. A.____ und B.____ haben am 4. April 2016 in X.____ geheiratet und sind Eltern der am 24. Oktober 2016 geborenen Tochter C.____. Mit Urteil vom 8. Oktober 2018 im Eheschutzverfahren 120 17 2507 I vor dem Zivilkreisgericht Basel-Landschaft Ost wurde den Ehegatten das Getrenntleben bewilligt und festgestellt, dass sie dieses per 18. Dezember 2017 durch Auszug

der Ehefrau aus der ehelichen Wohnung aufgenommen haben. In den Ziffern 2 und 3 wurde die Tochter C._____ für die Dauer des Getrenntlebens unter die Obhut der Mutter gestellt und das Besuchs- und Ferienrecht des Vaters geregelt. Ziffer 4 des Entscheids legt die Basiseinkommen der Ehegatten sowie der Tochter fest. Weiter wurde der Ehemann in Ziffer 5 verpflichtet, der Ehefrau für die Tochter C._____ mit Wirkung ab 18. Dezember 2017 bis und mit 30. April 2018 einen monatlichen und vorauszahlbaren Unterhaltsbeitrag von CHF 3'470.00, bestehend aus einem Barunterhalt von CHF 2'270.00 und einem Betreuungsunterhalt von CHF 1'200.00, zu bezahlen. Ab 1. Mai 2018 erhöht sich dieser Unterhaltsbeitrag auf CHF 5'070.00, wobei CHF 2'500.00 Barunterhalt und CHF 2'570.00 Betreuungsunterhalt sind. Allfällig bezogene Kinder-/Ausbildungszulagen sind dabei zusätzlich geschuldet. Ziffer 6 des Entscheids regelt die Unterhaltszahlung an die Ehefrau. Darin wurde der Ehemann verpflichtet, der Ehefrau mit Wirkung ab 18. Dezember 2017 bis und mit 30. April 2018 einen monatlich und vorauszahlbaren Unterhaltsbeitrag von CHF 3'660.00 zu bezahlen und ab 1. Mai 2018 einen solchen von CHF 2'860.00. Im selben Verfahren weist die Gerichtspräsidentin mit Urteil vom 23. November 2018 die Unia Arbeitslosenkasse an, von den dem Ehemann ausbezahlten Arbeitslosentaggeldern monatlich CHF 7'930.00 zzgl. Familienzulagen in Abzug zu bringen und direkt der Ehefrau zu überweisen.

B. Mit Berufung vom 24. Dezember 2018 gelangte der Ehemann, vertreten durch Advokat Marco Albrecht, an das Kantonsgericht Basel-Landschaft, Abteilung Zivilrecht, und begehrte, es seien die Ziffern 2 bis 6 des Entscheids vom 8. Oktober 2018 aufzuheben und es sei die Tochter C._____ für die Dauer des Getrenntlebens unter die alternierende Obhut der Parteien zu stellen. Es sei der Ehemann bei seiner Bereitschaft zu behaften, der Ehefrau ab 1. April 2018 für die Tochter C._____ einen Barunterhalt von CHF 1'472.00, einen Betreuungsunterhalt von CHF 1'878.00 und einen Unterhaltsbeitrag von CHF 800.00 zu bezahlen. Der Ehemann sei bei seiner Bereitschaft zu behaften, der Ehefrau für die Tochter C._____ ab 1. Oktober 2018 einen Barunterhalt von CHF 1'072.00 und einen Betreuungsunterhalt von CHF 1'081.00 zu bezahlen. Es sei festzustellen, dass der Ehemann ab 1. Dezember 2018 wirtschaftlich nicht mehr in der Lage sei, Unterhaltsbeiträge zu leisten. Unter o/e Kostenfolge. Weiter stellte er die folgenden Verfahrensanhträge: Es sei der Berufung insofern die aufschiebende Wirkung zu erteilen, als die vom Ehemann zu bezahlenden Unterhaltsbeiträge für die Dauer des Berufungsverfahrens aufzuheben seien. Überdies sei ein Gutachten über die Erziehungsfähigkeit der Parteien und über die Frage, welches Betreuungsmodell für das Wohl der gemeinsamen Tochter C._____ am besten sei, in Auftrag zu geben. Der Berufungskläger machte im Wesentlichen geltend, seit Juli 2018 arbeitslos zu sein und lediglich über ein Arbeitslosentaggeld von monatlich netto CHF 9'150.00 inkl. Kinderzulage zu verfügen. Der Ehemann teilte weiter mit, an einer sehr schweren Form der Krankheit „Morbus Bechterew“ zu leiden. Seit dem 1. November 2018 bis mindestens 31. Januar 2019 sei er deshalb zu 100% krankgeschrieben. Folglich sei festzustellen, dass er seit dem 1. Dezember 2018 nicht mehr in der Lage sei, Unterhaltszahlungen zu leisten.

C. Die Ehefrau, vertreten durch Advokat Diego Stoll, beantragte mit Berufungsantwort vom 21. Januar 2019 die vollumfängliche Abweisung der Berufung, soweit darauf einzutreten sei, unter o/e-Kostenfolge. Als Beweis- resp. Verfahrensanhtrag beantragte sie eine amtliche Erkun-

digung bei der Unia Arbeitslosenkasse in X.____ zur Frage, ob der Berufungskläger seit November 2018 keine Arbeitslosentaggelder mehr erhalte und, bejahendenfalls, weshalb ihm seit dann keine Leistungen mehr ausgerichtet würden. Insbesondere sei darüber Auskunft zu erteilen, ob der Berufungskläger seinen Pflichten als Leistungsbezüger stets nachgekommen sei und namentlich, ob er der Arbeitslosenkasse die erforderlichen Unterlagen (Stellensuchbemühungen etc.) eingereicht habe.

D. Mit Verfügung vom 25. Januar 2019 wurde der Schriftenwechsel geschlossen und die beantragte amtliche Erkundigung bei der zuständigen Arbeitslosenkasse angeordnet. Gleichzeitig wurde der Antrag des Ehemannes auf Einholung eines Gutachtens abgewiesen. Überdies wurde er vom Gericht aufgefordert, allfällige Änderungen hinsichtlich seines Einkommens umgehend zu melden und zu dokumentieren. Am 31. Januar 2019 teilte die Unia Arbeitslosenkasse X.____ in ihrer Antwort auf die amtliche Erkundigung mit, der Ehemann habe das notwendige Formular (Selbstdeklaration) für die Monate November und Dezember 2018 nicht eingereicht, weshalb ihm für diese zwei Monate von der Arbeitslosenkasse keine Leistungen erbracht worden seien. In seiner darauf folgenden Stellungnahme vom 15. Februar 2019 informierte der Ehemann, aufgrund seiner Arbeitsunfähigkeit nicht vermittlungsfähig gewesen zu sein. Deshalb habe er keinen Anspruch auf Arbeitslosentaggelder gehabt. Zudem sei er weiterhin bis Ende Februar 2019 krankgeschrieben. Er gehe aber davon aus, dass sein Krankheitsschub abklingen werde, und er habe sich um eine neue Arbeitsstelle bemüht und nun eine solche in Aussicht. Ob er diese antreten könne, sei aber aufgrund seiner Gesundheit noch unklar.

E. Mit Verfügung vom 22. Februar 2019 wurde der Verfahrensantrag des Ehemannes abgewiesen und der Berufung keine aufschiebende Wirkung erteilt. Den Parteien wurde in Aussicht gestellt, baldmöglichst zur Hauptverhandlung vor das Gerichtspräsidium geladen zu werden. Ausserdem wurde der Ehemann erneut aufgefordert, allfällige Änderungen hinsichtlich seines Einkommens und Vermögens dem Gericht umgehend zu melden und zu dokumentieren.

F. In ihrer Eingabe vom 25. März 2019 zeigte die Ehefrau an, von der Arbeitslosenkasse nachträglich für den Monat November 2018 den Unterhaltsbeitrag aus der Schuldneranweisung erhalten zu haben. Der Taggeldanspruch des Ehemannes für den Monat November 2018 belaufe sich auf CHF 10'239.65. Deshalb wurde im Sinne einer Ergänzung eine telefonische amtliche Erkundigung bei der zuständigen Arbeitslosenkasse über den aktuellen Stand eingeholt. Diese ergab, dass dem Ehemann für den Monat November 2018 das volle Arbeitslosentaggeld ausbezahlt worden sei, er von Dezember 2018 bis und mit Februar 2019 wegen 100%-iger Arbeitsunfähigkeit keinen Anspruch auf Arbeitslosentaggeld gehabt und im März 2019 hingegen wieder das volle Arbeitslosentaggeld erhalten habe. Der Ehemann habe sich per Ende März 2019 bei der Arbeitslosenkasse abgemeldet, da er per 1. April 2019 eine neue Anstellung bei der D.____ AG habe. Am 10. April 2019 reichte der Ehemann dem Gericht einen aktuellen medizinischen Bericht sowie die Steuererklärung für das Jahr 2018 ein. Gleichzeitig teilte er mit, dass die potentielle neue Arbeitgeberin, die D.____ AG, ihr Angebot zurückgezogen habe, so dass er sich erneut bei der Arbeitslosenkasse angemeldet habe und ab April 2019 wieder Arbeitslosentaggeld beziehen werde.

G. Zur Hauptverhandlung vom 15. April 2019 erscheinen beide Ehegatten persönlich mit ihren jeweiligen Rechtsvertretungen. Der Rechtsvertreter der Ehefrau reicht Unterlagen ein, unter anderem die Arbeitslosentaggeldabrechnung des Ehemannes des Monats März 2019. Der Ehemann ändert sein Rechtsbegehren und fordert nunmehr erst ab 1. Juli 2018, anstatt bereits ab 1. April 2018, die Herabsetzung des Unterhaltsbeitrags auf insgesamt CHF 4'150.00. Ansonsten halten die Ehegatten an ihren bereits schriftlich gestellten Rechtsbegehren und Ausführungen fest. Auf ihre weiteren Ausführungen wird in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Erwägungen

1. Gegen einen Endentscheid in einem Eheschutzverfahren ist die Berufung gemäss Art. 308 ZPO zulässig, bezüglich der Festlegung von Unterhalt allerdings nur, sofern der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens CHF 10'000.00 beträgt. Der Ehemann beantragt ab 1. Juli 2018 die Herabsetzung der Unterhaltsbeiträge von insgesamt CHF 7'930.00 auf CHF 4'150.00, ab 1. Oktober 2018 auf den Betrag von CHF 2'153.00 und ab 1. Dezember 2018 die Aufhebung der Unterhaltsbeiträge. Der erforderliche Streitwert gemäss Art. 308 Abs. 2 ZPO ist somit zweifellos erreicht. Massnahmen zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft unterliegen dem summarischen Verfahren (Art. 271 lit. a ZPO). Die Berufung ist daher schriftlich und begründet innert 10 Tagen seit Zustellung des begründeten Entscheides bzw. seit der nachträglichen Zustellung der Entscheidbegründung bei der Rechtsmittelinstanz einzureichen (Art. 314 Abs. 1 i.V.m. Art. 311 Abs. 1 ZPO). Vorliegend wurde dem Ehemann bzw. dessen Rechtsvertreter die nachträgliche Begründung des Urteils am 12. Dezember 2018 zugestellt. Die 10-tägige Frist lieferte somit am Samstag, 22. Dezember 2018, ab. Gemäss Art. 143 Abs. 3 ZPO endet die Frist am nächsten Werktag, wenn der letzte Tag einer Frist auf einen Samstag, einen Sonntag oder anerkannten Feiertag fällt. Der nächste Werktag ist der 24. Dezember 2018. Die Rechtsmittelfrist ist daher durch die Postaufgabe der Berufung am 24. Dezember 2018 eingehalten. Der einverlangte Kostenvorschuss in der Höhe von CHF 2'000.00 wurde ebenfalls innert angesetzter Frist bezahlt. Da auch die übrigen Prozessvoraussetzungen erfüllt sind (vgl. Art. 59 ZPO), ist auf die Berufung einzutreten. 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 Zivilkreisgerichte, die im summarischen Verfahren ergangen sind, sachlich zuständig.

2.1 Im Berufungsverfahren werden gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO neue Tatsachen und Beweismittel nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden (lit. a) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (lit. b). Denn das Novenrecht darf nicht dazu führen, allfällige Versäumnisse bei der Vorinstanz nachzuholen. Für die Unterscheidung von echten und unechten Noven im Berufungsverfahren wird darauf abgestellt, in welchem Zeitpunkt das Novum entstanden ist. Entscheidend ist danach, ob die Tatsachen und Beweismittel bereits zur Zeit des erstinstanzlichen Urteils existiert haben (Benedikt Seiler, in: Die Berufung nach ZPO, 2013, N 1260).

2.2 Der Ehemann reicht zusammen mit der Berufung zwei Arbeitslosentaggeldabrechnungen der Monate September und Oktober 2018 sowie ein Arztzeugnis vom 1. November 2018 und einen medizinischen Bericht über seinen aktuellen Gesundheitszustand vom 17. Dezember 2018 ein. Einen weiteren medizinischen Bericht vom 2. April 2019 liefert der Ehemann mit Eingabe vom 10. April 2019 nach. Die erstinstanzliche Verhandlung fand am 8. Oktober 2018 statt. Die Arbeitslosentaggeldabrechnung des Monats September 2018 lag zu diesem Zeitpunkt bereits vor. Deshalb ist das Einreichen dieser Abrechnung bei der zweiten Instanz verspätet. Den vorinstanzlichen Akten ist weiter zu entnehmen, dass die „Morbus Bechterew“ Erkrankung des Ehemannes bereits dort thematisiert wurde. Überdies sagt der Ehemann anlässlich der Verhandlung vor dem Kantonsgericht aus, die Diagnose schon vor langer Zeit erhalten zu haben. Der Ehemann lebt folglich schon seit geraumer Zeit mit dieser Krankheit, welche ihn bis zum Berufungsverfahren in der Ausübung seines Berufs nie gehindert zu haben scheint. Der Ehemann hätte somit eine allfällige Einschränkung seiner Arbeitsfähigkeit bereits im vorinstanzlichen Verfahren geltend machen müssen. Das hat er aber nicht getan. Deshalb sind seine diesbezüglichen Ausführungen nicht zu hören und die beiden Arztberichte sowie das Arztzeugnis aus dem Recht zu weisen.

3.1 Der Berufungskläger beantragt die alternierende Obhut mit der Begründung, die Vorinstanz habe ihm diese verweigert, da die Parteien nicht kommunizieren könnten und 150 km voneinander entfernt lebten. Es sei jedoch die Ehefrau gewesen, die durch ihren Wegzug ohne Rücksicht auf das Wohl der Tochter diese Entfernung und damit Fakten geschaffen habe. Ihm sei verunmöglicht worden, das Funktionieren der von ihm geschaffenen Struktur mit einem Generationenhaus mit seiner Mutter unter Beweis zu stellen. Insbesondere habe die Vorinstanz ausser Acht gelassen, dass die Zeit dränge. Mit jeder weiteren Woche würden Fakten geschaffen, und die Chance auf Anordnung der alternierenden Obhut sänke massiv.

3.2 Die Vorinstanz begründet die Zuteilung der Obhut an die Ehefrau mit der fehlenden Kooperation und Kommunikation unter den Eltern. Sie seien sich in Erziehungsfragen uneinig, machten sich gegenseitig Vorwürfe und es fände kein Informationsfluss statt. Auch sei die Kindsübergabe beim Besuchswochenende jeweils problematisch. Die Kooperationsbereitschaft der Eltern fehle und sie könnten sich in Alltagsfragen hinsichtlich der Organisation der Tochter nicht einigen. Ferner sprächen die bisher gelebte Betreuungssituation sowie die geografischen Gegebenheiten gegen die Anordnung der alternierenden Obhut. Die Ehefrau habe sich seit jeher um die Erziehung und Betreuung der Tochter gekümmert, während der Ehemann immer voll erwerbstätig gewesen sei. Die Ehefrau sei in Y. ____ aufgewachsen und nach der Trennung vom Ehemann wieder in ihre Heimat zurückgekehrt. Dort lebten auch ihre Eltern, die Grosseltern von C. _____. Die Distanz von 150 km erschwere eine alternierende Obhut noch mehr.

3.3 Es gilt nun zu prüfen, ob die alternierende Obhut möglich und mit dem Wohl des Kindes vereinbar ist. Denn nach der Rechtsprechung gilt das Kindeswohl als oberste Maxime des Kindesrechts; es ist für die Regelung des Eltern-Kind-Verhältnisses demnach immer der entscheidende Faktor, während die Interessen und Wünsche der Eltern in den Hintergrund zu treten haben. Ob die alternierende Obhut überhaupt in Frage kommt und ob sie sich mit dem Kindeswohl verträgt, hängt demnach von den konkreten Umständen ab. Unter den Kriterien, auf die es bei dieser Beurteilung ankommt, ist zunächst die Erziehungsfähigkeit der Eltern hervorzuheben,

und zwar in dem Sinne, dass die alternierende Obhut grundsätzlich nur dann in Frage kommt, wenn beide Eltern erziehungsfähig sind. Weiter erfordert die alternierende Obhut organisatorische Massnahmen und gegenseitige Information. Insofern setzt die praktische Umsetzung einer alternierenden Betreuung voraus, dass die Eltern fähig und bereit sind, in den Kinderbelangen miteinander zu kommunizieren und zu kooperieren. Zu berücksichtigen ist ferner die geographische Situation, namentlich die Distanz zwischen den Wohnungen der beiden Eltern, und die Stabilität, welche die Weiterführung der bisherigen Regelung für das Kind gegebenenfalls mit sich bringt. In diesem Sinne fällt die alternierende Obhut eher in Betracht, wenn die Eltern das Kind schon vor ihrer Trennung abwechselnd betreuten. Weitere Gesichtspunkte sind die Möglichkeit der Eltern, das Kind persönlich zu betreuen, das Alter des Kindes, seine Beziehungen zu Geschwistern und seine Einbettung in ein weiteres soziales Umfeld (BGE 142 III 612, E. 4.2).

3.4 Der Ehemann setzt sich nicht mit den Argumenten der Vorinstanz auseinander und legt nicht dar, weshalb die Obhutszuteilung an die Ehefrau falsch sein sollte. Er belässt es bei rein appellatorischer Kritik, welche nicht gehört werden kann. Zudem ist nicht ersichtlich und wird nicht weiter ausgeführt, weshalb die Vater-Tochter-Beziehung zu Schaden kommen sollte. Schliesslich wurde dem Ehemann ein gerichtsbühliches Ferien- und Besuchsrecht eingeräumt. Für das angerufene Gericht liegen nachvollziehbare Gründe der Vorinstanz für die Obhutszuteilung an die Ehefrau vor. Im vorliegenden Fall weisen die Ehegatten grösste Schwierigkeiten auf, miteinander zu kommunizieren und in Bezug auf die Erziehung und Betreuung von C.____ zu kooperieren. Laut Angabe der Ehefrau verliefen die Kindsübergaben jeweils äusserst feindselig, indem ihr Ehemann oder ihre Schwiegermutter sie in Anwesenheit von C.____ beschimpften. Deshalb ordnete bereits die Vorinstanz die Übergabe der Tochter an einem neutralen Ort (Restaurant) an. Zudem tauschen die Ehegatten keine Information aus. Die Ehefrau beschwert sich diesbezüglich, dass sie nach Rückkehr der Tochter aus dem Besuchswochenende nicht wisse, ob sie bereits gegessen habe, was sie unternommen hätten oder wie es ihr gesundheitlich gehe. Dieses Verhalten der Ehegatten entspricht keinesfalls dem Kindeswohl, zumal C.____ bereits 2.5 jährig ist und ihr das angespannte Verhältnis der Eltern nicht verborgen bleibt. Es fehlt vorliegend an einer für die Umsetzung der alternierenden Obhut erforderlichen Kommunikation und Kooperation der Eltern in den Kinderbelangen. Dass sich daran in naher Zukunft etwas ändern könnte, ist nicht ersichtlich. Vielmehr zeigt der Vorfall von Weihnachten 2018 die Probleme im Bereich der Kommunikation und Kooperation beispielhaft auf. Entgegen der gerichtlichen Anordnung wurde C.____ erst nach polizeilicher Intervention beim Vater zur Mutter zurückgeführt. Auch die grosse Distanz zwischen den Wohnorten der Ehegatten spricht gegen eine alternierende Obhut, wobei der Ehefrau nicht vorgehalten werden kann, durch ihre Rückkehr nach Y.____ Fakten geschaffen zu haben, die einer alternierenden Obhut entgegen stünden. Die Ehefrau ist nach dem ehelichen Zerwürfnis zurück in ihre gewohnte Umgebung und zu ihren Eltern und ihrem Freundeskreis gekehrt. C.____ ist dort somit in ein stabiles, familiäres Umfeld eingebettet. Bereits vor der Trennung hat die Ehefrau C.____ stets betreut und sich um sie gekümmert. Indem der Ehefrau die Obhut über C.____ übertragen wurde, wird dadurch die Stabilität gewährleistet, welche die Weiterführung der bisherigen Regelung für das Kind mit sich bringt. Der Ehemann wäre zudem gar nicht in der Lage, C.____ persönlich zu betreuen, sucht er doch weiterhin eine Vollzeitstelle. Es wäre daher die Grossmutter, welche sich tagsüber je-

weils um C.____ kümmern würde. Deshalb ist der Antrag des Ehemannes auf Anordnung der geteilten Obhut und damit die Berufung in diesem Punkt abzuweisen.

4.1 Der Ehemann wirft der Vorinstanz eine Verletzung seines rechtlichen Gehörs vor, da sein Antrag auf Anordnung eines Gutachtens bezüglich der Erziehungsfähigkeit der Eltern und geeignetem Betreuungsmodell unbehandelt geblieben sei. Sein Antrag sei rechtsgültig und rechtzeitig gestellt worden. Im angefochtenen Entscheid sei dieser Antrag weder abgewiesen noch überhaupt behandelt worden. Angesichts der bei Kinderbelangen herrschenden Prozessmaxime erscheine das Verhalten der Vorinstanz umso unverständlicher, und es müsse von einer klaren Rechtsverweigerung gesprochen werden. Der Ehemann rügt somit eine Verletzung von Art. 152 ZPO. Gemäss Absatz 1 dieser Bestimmung hat jede Partei das Recht, dass das Gericht die von ihm form- und fristgerecht angebotenen tauglichen Beweismittel abnimmt. Voraussetzung sind somit form- und fristgerecht angebotene, taugliche Beweismittel.

4.2 Das Eheschutzverfahren wird gemäss Art. 271 ZPO im summarischen Verfahren geführt. Im summarischen Verfahren besteht kein Anspruch der Parteien darauf, sich zweimal zur Sache zu äussern. Grundsätzlich tritt der Aktenschluss nach einmaliger Äusserung ein. Zum Teil wird mit überzeugenden Gründen die Ansicht vertreten, Art. 229 ZPO sei dann analog anzuwenden, wenn – nach einfachem Schriftenwechsel wie im vorliegenden Fall – eine Verhandlung stattfindet oder ausnahmsweise ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet wird. Denn in diesem Fall wird das summarische Verfahren über die einmalige Anhörung hinaus erweitert, so dass in sinngemässer Anwendung von Art. 229 ZPO Noven zulässig sein sollten, solange das Gericht die Beratung nicht aufgenommen hat (BGE 144 III 117, E. 2.2). Den vorinstanzlichen Akten ist zu entnehmen, dass der Ehemann anlässlich der dritten Verhandlung in seinem zweiten mündlichen Vortrag den Antrag stellte, es müsse „eine Abklärung erfolgen, wo es sich für die Tochter besser lebe“. Zur Begründung brachte er lediglich vor, die Ehegatten seien derart zerstritten, dass eine Abklärung notwendig sei. Somit kann festgestellt werden, dass sein Antrag auf Anordnung eines Gutachtens eindeutig zu spät erfolgte, weshalb die Vorinstanz zu Recht nicht darauf eingetreten ist. Auch wenn der Antrag rechtzeitig eingereicht worden wäre, hätte er dennoch abgewiesen werden müssen. Denn ein Beweisantrag muss inhaltlich bestimmt, begründet und tauglich sein. Die Begründung des Ehemannes zur Einholung des beantragten Gutachtens liegt einzig in der Zerstrittenheit der Ehegatten. Diese Begründung genügt den gesetzlichen Anforderungen zweifellos nicht.

5.1 Der Ehemann beantragt ferner die Herabsetzung resp. Aufhebung des angeordneten Unterhaltsbeitrags für die Tochter C.____ und die Ehefrau. Nach der Bestimmung von Art. 276 Abs. 2 ZGB sorgen die Eltern gemeinsam, ein jeder Elternteil nach seinen Kräften, für den gebührenden Unterhalt des Kindes. Unterhalt ist zum einen in Form von Naturalunterhalt (Pflege und Erziehung) und zum anderen durch Geldzahlungen zu leisten (Art. 276 Abs. 1 ZGB). Seit der am 1. Januar 2017 in Kraft getretenen Gesetzesrevision soll der Unterhaltsbeitrag in Form von Geld neben der Abdeckung der direkten Kosten für das Kind (Barunterhalt) auch der Gewährleistung der Betreuung des Kindes durch die Eltern dienen (Betreuungsunterhalt). Der Unterhaltsbeitrag soll den Bedürfnissen des Kindes sowie der Lebensstellung und Leistungsfähigkeit der Eltern entsprechen; dabei sind das Vermögen und die Einkünfte des Kindes zu berücksichtigen (Art. 285 Abs. 1 ZGB). Heben die Ehegatten den gemeinsamen Haushalt auf, so legt

das Gericht auf Begehren eines Ehegatten die Unterhaltsbeiträge an die Kinder und den Ehegatten fest (Art. 176 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB).

5.2 Der Ehemann beanstandet die von der Vorinstanz vorgenommene Berechnung seines Einkommens. Die Vorinstanz habe ihm ein Einkommen von monatlich CHF 14'257.70 angerechnet mit der unhaltbaren Begründung, er habe selbst ausgesagt, auf Stellensuche zu sein und ein Stellenantritt sei sofort möglich. Somit sei davon auszugehen, dass die Arbeitslosigkeit bloss vorübergehend sei. Der Ehemann bringt weiter vor, er habe dargelegt, seit Ende Juni 2018 arbeitslos zu sein und über ein Arbeitslosentaggeld von ca. CHF 9'000.00 pro Monat zu verfügen. Entsprechend sei für die Zeit ab Juli 2018 von einem Einkommen in Höhe der effektiv ausbezahlten Arbeitslosentaggelder von CHF 9'150.00 inkl. Kinderzulagen auszugehen. Die Vorinstanz habe ihre Unhaltbarkeit geahnt und deshalb eine Eventualbegründung nachgeschoben, mit welcher er verpflichtet worden sei, bei anhaltender Arbeitslosigkeit sein Vermögen anzuzehren. Da er über Liegenschaften und zwei Autos verfüge, sei es ihm zumutbar, Vermögen liquid zu machen. Diese Begründung sei zu pauschal, die Vorinstanz hätte angeben müssen, welche Liegenschaft zu verkaufen sei und ihm eine Frist von einem halben Jahr zum Verkauf derselben ansetzen müssen. Überdies leide er an einer sehr schweren Form der Krankheit „Morbus Bechterew“. Seit einigen Wochen verschlechtere sich sein Gesundheitszustand zusehends. An den Antritt einer neuen Arbeitsstelle sei zur Zeit nicht zu denken. Er sei nicht vermittlungsfähig und erhalte nur noch während 30 Tagen Arbeitslosentaggelder. Es sei deshalb festzustellen, dass er seit dem 1. Dezember 2018 wirtschaftlich nicht mehr in der Lage sei, Unterhaltszahlungen zu leisten.

5.3 Es stellt sich somit die Frage, ob die Vorinstanz dem Ehemann zu Recht ein hypothetisches Einkommen in Höhe von CHF 14'257.70 angerechnet hat. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts kann der Richter ein hypothetisches Einkommen anrechnen, sofern dieses zu erreichen zumutbar und möglich ist und wenn das Einkommen nicht ausreicht, um den ausgewiesenen Bedarf zu decken (BGE 137 III 118 E. 2.3 S. 120 f. mit Hinweisen). Damit ein Einkommen überhaupt oder ein höheres Einkommen als das tatsächlich erzielte angerechnet werden kann, genügt es nicht, dass der betroffenen Partei weitere Anstrengungen zugemutet werden können. Vielmehr muss es auch möglich sein, aufgrund dieser Anstrengungen ein höheres Einkommen zu erzielen. 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 (BGE 137 III 118 E. 2.3 S. 121 mit Hinweisen). Ein hypothetisches Einkommen kann auch bei unverschuldeter Einkommensverminderung angerechnet werden, denn die gesetzliche Unterhaltspflicht hat zur Folge, dass der Pflichtige alles in seiner Macht Stehende unternehmen und insbesondere seine wirtschaftliche Leistungsfähigkeit voll ausschöpfen muss, um das erforderliche Einkommen zu generieren. Rechtsprechungsgemäss hängt die Zulässigkeit der Anrechnung eines hypothetischen Einkommens nur davon ab, ob der Pflichtige bei gutem Willen bzw. bei ihm zumutender Anstrengung unter den gegebenen Umständen mehr zu erwirtschaften vermöchte, als er effektiv verdient. Im Verhältnis zu einem minderjährigen Kind sind besonders hohe Anforderungen an die Ausnützung der Erwerbskraft zu stellen, vorab in jenen Fällen, wo wirtschaftlich enge Verhältnisse vorliegen (BGer 5A_35/2018, E. 3.1). Im Weiteren ist bei einer im Hin-

blick auf eine Unterhaltsfestlegung herbeigeführten Verminderung des Pflichtigeneinkommens in Schädigungsabsicht die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens auch dann möglich, wenn die Einkommensreduktion nicht mehr rückgängig gemacht werden kann (vgl. 143 III 233 E. 3).

5.4 Wie die Vorinstanz korrekt festgehalten hat, erzielte der Ehemann in den Jahren 2016 und 2017 ein monatlich schwankendes Einkommen zwischen CHF 8'500.00 und CHF 24'620.70 und war stets zu 100% arbeitstätig. Es ist unbestritten, dass der Ehemann seine gut entlohnte Stelle bei der E.____ AG per Ende März 2018 freiwillig aufgegeben hat, um eine weniger gut bezahlte Stelle bei der Firma F.____ anzutreten, welche er erneut bereits Ende Juni 2018 verliess. Die genauen Umstände dieser zweiten Vertragsauflösung per Ende Juni 2018 sind nicht bekannt, da der Ehemann diesbezüglich keine konkreten Auskünfte erteilte. Ab Juli 2018 bis zur vorinstanzlichen Verhandlung im Oktober 2018 bezog der Ehemann Arbeitslosentaggelder. Die Vorinstanz hält zusammenfassend fest, dass der Ehemann sein Einkommen trotz mehrmaligen Aufforderungen nicht lückenlos belegt habe. Weiter sei nicht nachvollziehbar, warum er seine Stelle gewechselt habe, weshalb nicht auszuschliessen sei, dass er seit der Trennung sein Einkommen gezielt zurück fahre. Schliesslich sei davon auszugehen, dass die Arbeitslosigkeit lediglich von vorübergehender Dauer sei und er bald wieder eine Stelle finden werde. Aufgrund dessen sowie unter Hinweis, dass der Ehemann die Einkommensberechnung der Ehefrau anlässlich der Verhandlung vom 4. (recte 8.) Oktober 2018 nicht substantiiert bestritten habe, sei das Gericht der Ansicht, dass für die Festlegung des Einkommens des Ehemannes auf das Durchschnittseinkommen seit dem Jahr 2016 abzustellen sei. Deshalb sei ihm ein Einkommen von CHF 14'257.70 anzurechnen. Zuzüglich des nachgewiesenen und seitens des Ehemannes nicht bestrittenen Vermögensertrags von monatlich CHF 500.00 resultiere ein Gesamteinkommen von CHF 14'757.70. Auch wenn der Ehemann für die kurze Zeit seiner Arbeitslosigkeit ein tatsächlich geringeres Einkommen generiere, sei ihm ein Verzehr seines Vermögens zumutbar. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung gelte dies insbesondere, wenn kurze finanzielle Engpässe oder Einkommensschwankungen auszugleichen seien. Der Ehemann besitze vier Liegenschaften, zwei Autos sowie Wertschriften, welche einen monatlichen Ertrag von mindestens CHF 500.00 abwerfen würden. Unter diesen Umständen sei es dem Ehemann zumutbar, einen Teil seines Vermögens liquid zu machen und die Einkommensschwankungen mittels Rückgriffs auf sein Vermögen auszugleichen.

5.5 Den Erwägungen der Vorinstanz gilt es zu folgen. Denn der Ehemann muss alles in seiner Macht Stehende unternehmen und seine wirtschaftliche Leistungsfähigkeit voll ausschöpfen, um das erforderliche Einkommen zu generieren. Es stellte sich bei der Vorinstanz und nun auch beim angerufenen Gericht die Frage, ob der Ehemann bei gutem Willen bzw. bei ihm zumutender Anstrengung unter den gegebenen Umständen mehr zu erwirtschaften vermöchte, als er effektiv verdient. Ansonsten ist dem Ehemann ein hypothetisches Einkommen anzurechnen. Seine Arbeitsbemühungen hat der Ehemann weder bei der Vorinstanz noch beim angerufenen Gericht ausgewiesen. Weiter ist festzustellen, dass sich das Verhalten des Ehemannes, welches er bei der Vorinstanz an den Tag legte, im Berufungsverfahren fortsetzt. Er kommt seiner Informationspflicht nach wie vor nicht nach. Obwohl er mit den Verfügungen vom 25. Januar 2019 und 22. Februar 2019 aufgefordert wurde, das Gericht umgehend über eine allfällige Ein-

kommensveränderung zu informieren, war es die Ehefrau, die dem Gericht die Arbeitslosentaggeldabrechnungen der Monate November 2018 sowie März 2019 einreichte. Ferner hat der Ehemann die konkreten Umstände, welche zum Rückzug des Jobangebots bei der Firma D.____ AG führten, nicht näher erörtert. Das Verhalten des Ehemannes spricht nicht für eine lückenlose Aufklärung seines Einkommens. So hat er denn auf Frage des Rechtsanwalts der Ehefrau zu Protokoll gegeben, bei der Firma F.____ lediglich den in der Berufungsschrift erwähnten Betrag von CHF 8'354.00 verdient zu haben. Erst nachdem er mit seiner Steuererklärung 2018 konfrontiert wird, aus welcher ersichtlich wird, dass er bei der Firma F.____ monatlich CHF 14'291.00 erhalten hat, wechselt er seine Aussage, woraufhin sein Rechtsvertreter das Rechtsbegehren ändert und die Herabsetzung des Unterhaltsbeitrags nicht schon per 1. April 2018 – dem Antritt der Stelle bei der Firma F.____ –, sondern erst per 1. Juli 2018 verlangt. Ebenfalls kann der Argumentation des Ehemannes, wonach er krankheitsbedingt nicht mehr arbeiten könne, aufgrund des bereits langen Bestehens der geltend gemachten gesundheitlichen Beschwerden nicht gefolgt werden (vgl. E. 2.2.). Zudem hat der Ehemann ab April 2019 erneut Anspruch auf Arbeitslosentaggelder und ist somit vermittlungsfähig. Der Ehemann könnte somit bei gutem Willen bzw. bei ihm zuzumutender Anstrengung unter den gegebenen Umständen zweifellos mehr erwirtschaften, als er effektiv verdient. Die Vorinstanz ist ferner in Anbetracht der Prognose des Ehemannes bezüglich der baldigen Wiedererlangung einer Arbeitsstelle zu Recht von einer nur vorübergehenden Lohninbusse, welche der Ehemann mittels Vermögensanzehr überbücken kann, ausgegangen. Schliesslich ist die vorinstanzliche Anrechnung eines hypothetischen Einkommens im Ergebnis auch deshalb nicht zu beanstanden, weil mangels Darlegung der Gründe für den Verlust der letzten beiden Arbeitsstellen des Ehemannes eine Schädigungsabsicht im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (143 III 233 E. 3) nicht ausgeschlossen werden kann. Im Ergebnis ist dem Ehemann somit das durch die Vorinstanz ermittelte hypothetische Einkommen in der Höhe des Durchschnitts der letzten drei Jahre anzurechnen. Demzufolge ist die Berufung auch in diesem Punkt abzuweisen.

6. Es hat sich gezeigt, dass die Berufung des Ehemannes in Bestätigung des angefochtenen Entscheids vom 8. Oktober 2018 vollumfänglich abzuweisen ist. Somit bleibt über die Verteilung der Prozesskosten des Berufungsverfahrens zu befinden. Gemäss Art. 106 Abs. 1 ZPO werden die Prozesskosten der unterliegenden Partei auferlegt. Entsprechend dem Verfahrensausgang hat der Ehemann daher die gesamten Gerichtskosten zu tragen, wobei die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren in Anwendung von § 9 Abs. 1 i.V.m § 8 Abs. 1 lit. h der kantonalen Verordnung über die Gebühren der Gerichte (Gebührentarif, GebT; SGS 170.31) auf pauschal CHF 3'000.00 festzusetzen ist. Darüber hinaus hat der Ehemann der Ehefrau eine Parteientschädigung auszurichten, zumal ein diesbezüglicher Antrag gestellt wurde. Die vom Rechtsvertreter der Ehefrau eingereichte Honorarnote weist einen Zeitaufwand von 20.33 Stunden à CHF 250.00, Auslagen von CHF 120.70 sowie 7,7 % MWSt auf, was angemessen ist. Erweitert um 3 Stunden für die Verhandlung vor dem Kantonsgericht inkl. Weg ergibt dies somit eine Parteientschädigung von CHF 6'411.60, welche vom Ehemann an die Ehefrau zu leisten ist.

Demnach wird erkannt:

- ://:
1. Die Berufung wird abgewiesen.
 2. Die Gerichtsgebühr von CHF 3'000.00 wird dem Ehemann auferlegt.

Der Ehemann hat der Ehefrau eine Parteientschädigung von CHF 6'411.60 inkl. Spesen und MWSt zu bezahlen.

Mitteilung an Parteien
Vorinstanz

Präsident

Gerichtsschreiberin

Roland Hofmann

Karin Wiesner