



Entscheidung des Kantonsgesichts Basel-Landschaft, Abteilung Zivilrecht

vom 20. März 2012 (400 11 363)

Zivilrecht

Ehescheidung

Besetzung

Richter René Borer (Vorsitz), Richter Dieter Freiburghaus (Ref.), Richter Edgar Schürmann; Gerichtsschreiberin Karin Arber

Parteien

A._____

vertreten durch Advokat, LL.M. Dr. Erik Johner, Aeschenvorstadt 67,
Postfach, 4010 Basel,

Kläger und Berufungsbeklagter

gegen

B._____

vertreten durch Rechtsanwalt Patrick F. Wagner, Obertorplatz 7,
4310 Rheinfelden,

Beklagte und Berufungsklägerin

Gegenstand

Ehescheidung

Berufung gegen das Urteil des Bezirksgerichts Arlesheim vom 13. September 2011

Sachverhalt

A. Mit Entscheid der Dreierkammer des Bezirksgerichts Arlesheim vom 13. September 2011 wurde die von den Ehegatten A.____ und B.____ geschlossene Ehe geschieden (Ziff. 1). Die elterliche Sorge über die Tochter wurde der Mutter zugeteilt (Ziff. 2) und festgehalten, dass sich die Parteien über das Besuchs- und Ferienrecht des Vaters direkt einigen (Ziff. 3). Der Kläger wurde verpflichtet, der Beklagten an den Unterhalt der Tochter monatliche und vorauszahlbare Unterhaltsbeiträge von CHF 650.-- zu bezahlen (Ziff. 4), welche indexiert wurden (Ziff. 6). Es wurde festgestellt, dass beide Parteien auf naheheliche Unterhaltsbeiträge verzichten (Ziff. 5). Weiter wurde festgehalten, dass die Austrittsleistungen der beruflichen Vorsorge der Beklagten im Verhältnis 50:50 zu teilen sind. Die gebundene Vorsorge Säule 3a des Klägers wurde geteilt und die Versicherung angewiesen, den Betrag von CHF 9'779.60 auf ein entsprechendes Vorsorgekonto der Beklagten zu überweisen; sodann wurden die Parteien als güterrechtlich auseinandergesetzt erklärt (Ziff. 8). Die Gerichtskosten wurden den Parteien je hälftig auferlegt und jede Partei hatte für ihre eigenen Parteikosten aufzukommen. Zuzugewilligung der unentgeltlichen Prozessführung für beide Parteien gingen die Gerichtskosten zu Lasten des Staates und die Parteivertreter wurden aus der Gerichtskasse bezahlt (Ziff. 9).

B. Mit Eingabe vom 9. Dezember 2011 hat die Ehefrau Berufung gegen diesen Entscheid erhoben. Sie beantragte, es sei Ziffer 4 des Entscheids des Bezirksgerichts Arlesheim vom 13. September 2011 aufzuheben und der Kläger und Berufungsbeklagte zu verurteilen, der Beklagten und Berufungsklägerin an den Unterhalt der Tochter mit Wirkung ab Rechtskraft des Urteils monatliche und vorauszahlbare Unterhaltsbeiträge (jeweils zuzüglich Kinderzulagen) von mindestens CHF 1'000.-- bis zur Mündigkeit der Tochter zu bezahlen. Die Art. 277 Abs. 2 und 286 Abs. 3 ZGB seien vorzubehalten. Weiter sei Ziffer 7 des Scheidungsurteils aufzuheben und auf die Aufteilung der Austrittsleistungen der beruflichen Vorsorge der Beklagten und Berufungsklägerin gemäss Art. 123 Abs. 2 ZGB zu verzichten. Für das Berufungsverfahren beantragte sie die unentgeltliche Prozessführung sowie die Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Klägers und Berufungsbeklagten.

C. Die Präsidentin der Abteilung Zivilrecht des Kantonsgerichts Basel-Landschaft hat mit Verfügung vom 14. Dezember 2011 der Berufungsklägerin die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt.

D. Mit Berufungsantwort vom 10. Januar 2012 beantragte der Kläger und Berufungsbeklagte es sei die Berufung abzuweisen und das Scheidungsurteil der Vorinstanz vom 13. September 2011 in allen Punkten zu bestätigen. Weiter beantragte er ebenfalls die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege; unter o/e-Kostenfolge zu Lasten der Ehefrau.

E. Mit Verfügung vom 16. Januar 2012 wurde der Schriftenwechsel geschlossen, die Parteien zur Hauptverhandlung vorgeladen und dem Berufungsbeklagten die unentgeltliche Rechtspflege für das Berufungsverfahren ebenfalls bewilligt.

F. Zur heutigen Hauptverhandlung erscheinen beide Parteien je mit ihren Rechtsvertretern. Eingangs werden die Parteien befragt und anschliessend die Plädoyers gehalten. Beide Partei-

en halten an den bereits in den Rechtsschriften dargelegten Rechtsbegehren und Ausführungen fest. Auf die Ausführungen in den Rechtsschriften und Plädoyers sowie die Parteibefragung wird - soweit erforderlich - in den Erwägungen eingegangen. Der Einfachheit halber werden die Parteien im Folgenden mit Ehefrau und Ehemann bezeichnet.

Erwägungen

1.1 Gemäss Art. 405 Abs. 1 der am 1. Januar 2011 in Kraft getretenen Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) ist für die Beurteilung von Rechtsmitteln dasjenige Recht anwendbar, das bei der Eröffnung des angefochtenen Entscheids in Kraft war. Das in casu angefochtene Urteil der Dreierkammer des Bezirksgerichts Arlesheim vom 13. September 2011 wurde der Berufungsklägerin nach Inkrafttreten der neuen ZPO eröffnet, so dass auf das vorliegende Rechtsmittelverfahren die Bestimmungen der ZPO zur Anwendung gelangen.

1.2 Erstinstanzliche Endentscheide - wie der vorliegende - sind gemäss Art. 308 Abs. 1 lit. a ZPO 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. Vorliegend ist dieser Streitwert erreicht. Die Berufung ist gemäss Art. 311 Abs. 1 ZPO innert 30 Tagen seit Zustellung des begründeten Entscheides beziehungsweise seit der nachträglichen Zustellung der Entscheidungsbegründung schriftlich und begründet einzureichen. Diese Frist wurde gewahrt. Da auch die übrigen Formalien erfüllt sind, ist auf die Berufung grundsätzlich einzutreten. Zuständig für die Beurteilung der Berufung ist gemäss § 6 Abs. 1 lit. d EG ZPO die Dreierkammer der Abteilung Zivilrecht des Kantonsgerichts.

2. Im Zusammenhang mit dem Unterhaltsbeitrag für die Tochter beantragt die Ehefrau, es sei Art. 286 Abs. 3 ZGB vorzubehalten, dies weil mit einem Unterhaltsbeitrag von CHF 1'000.-- die ausserordentlichen Bedürfnisse nicht gedeckt werden könnten. Der Ehemann bringt diesbezüglich vor, es stehe bereits im Gesetz, dass beim festgelegten Kinderunterhalt die ausserordentlichen Bedürfnisse gemäss Art. 286 Abs. 3 ZGB jeweils vorbehalten seien; dies müsse nicht ausdrücklich im Urteil erwähnt werden.

Art. 286 Abs. 3 ZGB sieht vor, dass bei nicht vorgesehenen ausserordentlichen Bedürfnissen des Kindes das Gericht die Eltern zur Leistung eines besonderen Beitrags verpflichten kann. Dieser Vorbehalt für ausserordentliche Beiträge ist im Gesetz enthalten und braucht daher nicht zusätzlich im Urteil erwähnt zu werden. Die Ehefrau macht zudem keine aktuell anstehenden ausserordentlichen Bedürfnisse der Tochter geltend. Es besteht daher kein Rechtsschutzinteresse, diesen Vorbehalt in das Urteil aufzunehmen. Auf diesen Punkt der Rechtsbegehren ist daher nicht einzutreten.

3. Mit der Berufungsbeilage 2 (Ausdruck aus dem Lohnrechner) reichte die Ehefrau eine neue Beilage ein, welche bei der Vorinstanz noch nicht vorlag. Diese wurde hinsichtlich der Berechnung des Kindesunterhaltsbeitrags vorgelegt. Bei Kinderbelangen in familienrechtlichen

Angelegenheiten erforscht das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen (Art. 296 Abs. 1 ZPO). Diese neu eingereichte Beilage ist daher zuzulassen und unterliegt nicht der Novensbeschränkung von Art. 317 Abs. 1 ZPO (PETER REETZ/SARAH HILBER, in: Thomas Sutter-Somm//Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich/Basel/Genf 2010, Art. 317 N 14).

4.1 Die Vorinstanz hat den Kinderunterhaltsbeitrag auf monatlich CHF 650.-- festgelegt. In Erwägung 6 der Urteilsbegründung führt sie die Voraussetzungen für die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens des Unterhaltsschuldners aus. Sie geht weiter auf die Einkommensverhältnisse des Ehemannes in der Vergangenheit und der Gegenwart sowie seine Arbeitsbemühungen ein. Die Vorinstanz gelangt dann zum Schluss, es sei dem Ehemann ein hypothetisches Einkommen von CHF 5'000.-- anzurechnen. Sie berücksichtigt dabei, dass der Ehemann - trotz intensiver Arbeitssuche in den Jahren 2007 und 2009 - bis anhin Mühe resp. keine Möglichkeit gehabt habe, mit seinem Beruf als Schriftmaler eine Anstellung in der Grafikbranche zu finden, so dass allenfalls ein Ausweichen auf eine andere Tätigkeit mit minderem Lohnniveau in Betracht gezogen werden müsse. Von diesem hypothetischen Einkommen hat die Vorinstanz 13% als Kinderunterhaltsbeitrag festgelegt. Dabei hat sie den Umstand berücksichtigt, dass der Ehemann zusätzlich noch für den bei ihm wohnenden volljährigen und in Ausbildung stehenden Sohn aufkommen müsse, für welchen die Ehefrau keine Unterhaltsbeiträge bezahle. Ausgehend von einer Beteiligung für zwei Kinder am Pflichtigeneinkommen von 25-27% resultiere für ein Kind ein Unterhaltsbeitrag zwischen 12.5% und 13.5%, wobei in casu eine Partizipation von 13% angewendet werde. Bei einem hypothetischen Einkommen von CHF 5'000.-- ergebe sich ein Kinderunterhaltsbeitrag von CHF 650.--.

4.2 Die Ehefrau beantragt einen Kinderunterhaltsbeitrag von CHF 1'000.--. Sie geht mit der Vorinstanz einig, dass ein hypothetisches Einkommen einzurechnen sei. Der 44-jährige Ehemann sei ausgebildeter Schriftmaler und Siebdrucker. Gemäss www.lohnrechner.ch resultiere mit dem Anstellungsprofil des Ehemannes (Verlags- und Druckgewerbe, 44 Jahre alt, 24 Dienstjahre, Berufslehre, Herstellung und Bearbeitung, unteres Kader sowie selbständige Arbeiten) ein monatlicher Bruttolohn von CHF 8'690.--. Dies entspreche netto CHF 7'821.--. Selbst wenn der Kinderunterhaltsbeitrag nur mit einer Partizipation von 13% berechnet werde, müsse dieser mindestens CHF 1'000.-- betragen.

4.3 Der Ehemann macht in der Berufungsantwort geltend, es könne ihm kein hypothetisches Einkommen angerechnet werden, schon gar keines, welches über CHF 5'000.-- pro Monat liege. Er verdiene nur CHF 2'500.-- pro Monat und werde zudem von der Sozialhilfe unterstützt. Die Vorinstanz sei zu Unrecht davon ausgegangen, er könne bei mehr Anstrengung eine Anstellung im Bereich Grafik / Druck finden und dabei ca. CHF 5'000.-- pro Monat verdienen. Er sei bereits vor der Trennung selbständig gewesen, zuerst zusammen mit seinem Partner mit der Firma C.____ und danach alleine mit eigener Firma bzw. als Freelancer. Er sei ausgebildeter Schriftmaler und nicht Grafiker. Er habe sich im Zuge des Eheschutzverfahrens sehr um eine Anstellung bemüht aber leider keine gefunden. Die letzten fünf Jahre hätten klar gezeigt, dass er selbst bei gutem Willen und ihm zuzumutender Anstrengung keine Anstellung im grafischen Bereich bzw. Druckbereich finde. Hauptgrund seien die fehlenden Abschlüsse und Zeugnisse. Die Ausbildung zum Schriftmaler gebe es heute gar nicht mehr. Zudem sei der Beruf

des Grafikers stark im Wandel und ohne Ausbildung am Computer finde man keine Anstellung. Er könne nicht in der grafischen Branche bzw. in der Druckbranche unterkommen. Realistisch seien allenfalls Stellen als Hilfsarbeiter oder in artfremden Berufen wie Magaziner, Chauffeur, Kellner etc. Die Ehefrau habe im Lohnrechner nicht die richtigen Daten eingegeben. Zunächst stimme die Branche "Verlags- und Druckgewerbe" nicht, da er dort keine Anstellung finde. Er habe auch keine verwertbare Berufslehre und keine 24 Dienstjahre. Auch die Einstufung als Kader sei absurd; er habe nie Führungsfunktionen ausgeübt. Die Eingaben im Lohnrechner seien daher völlig falsch und ein hypothetisches Einkommen von CHF 7'821.-- werde bestritten.

4.4 Das Kantonsgericht geht mit der Vorinstanz einig, dass dem Ehemann ein hypothetisches Einkommen anzurechnen ist. Es kann hierfür auf die Erwägungen Ziffer 6 der vorinstanzlichen Urteilsbegründung verwiesen werden, welcher sich das Kantonsgericht anschliesst. Zudem hat der Ehemann weder Berufung noch Anschlussberufung erhoben, sondern vielmehr beantragt, es sei das vorinstanzliche Scheidungsurteil in allen Punkten zu bestätigen, womit er die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens implizit anerkannt hat. Der Ehemann ist gelernter Schriften- und Reklamemaler und hat zusätzlich eine verkürzte Lehre als Siebdrucker gemacht, wie er in der heutigen Parteibefragung ausführte. Beide Berufe sind im heutigen digitalen Zeitalter nicht mehr gesucht; eventuell gibt es noch Nischen im Kunstbereich, wo jedoch nur vereinzelte Arbeitsstellen vorhanden sein dürften. Der Ehemann hat sich im Jahre 2007 intensiv um die Arbeitssuche bemüht, stellte diese aber 2008 praktisch ein. Im Jahre 2009 versuchte er wiederum bis im September eine Stelle auf unselbständiger Basis zu finden. Trotz dieser Bemühungen ist es dem Ehemann nicht gelungen, im grafischen Gewerbe eine Anstellung zu finden. Es kann daher davon ausgegangen werden, dass das tatsächlich nicht möglich ist. Der Ehemann muss deshalb ausserhalb des grafischen Gewerbes nach Stellen suchen. Es stellt sich die Frage, welches Einkommen er daraus erzielen kann. Die von der Ehefrau im Lohnrechner eingegebenen Parameter lassen sich angesichts der Qualifikationen des Ehemannes und der Tatsache, dass er ausserhalb des grafischen Gewerbes nach Arbeitsstellen suchen muss, nicht halten. Weiter ist erschwerend zu berücksichtigen, dass der Ehemann schon länger nicht mehr in einem Arbeitsverhältnis in unselbständiger Anstellung stand. Es gibt verschiedene Lohnrechner; nebst dem von der Ehefrau benutzten Lohnrechner (www.lohnrechner.ch) gibt es auch die schweizerische Lohnstrukturhebung des Bundesamtes für Statistik sowie den Lohnrechner "Salarium" des Bundes. Für die Berechnung des Lohnes sind die einzugebenden Parameter ausschlaggebend. Wird entsprechend den vorigen Ausführungen von Hilfsarbeiten in erfahrungsfremden Branchen wie beispielsweise Baugewerbe oder Verlagswesen ausgegangen, resultieren Löhne von knapp unter CHF 5'000.-- bis ca. CHF 5'300.--. Das von der Vorinstanz angerechnete hypothetische Einkommen von CHF 5'000.-- ist daher angemessen. Ein höheres Einkommen lässt sich nicht schlüssig annehmen. Selbst wenn davon ausgegangen wird, dass die Lohnrechner zu theoretisch sind und an der Realität vorbei gehen bzw. der vom Ehemann erzielbare Lohn allenfalls tiefer sein könnte, ist zu beachten, dass der Ehemann keine Berufung und auch keine Anschlussberufung erhoben hat. Er hat somit das von der Vorinstanz eingesetzte hypothetische Einkommen zumindest implizit akzeptiert, so dass dieses, welches auf Annahmen beruht und daher letztlich nie genau vorausgesehen werden kann, auch aus diesem Grund zu belassen bzw. nicht herabzusetzen ist. Dies gilt umso mehr, als das Einkommen von CHF 5'000.-- angesichts der Arbeitserfahrun-

gen des Ehemannes auch für branchenfremde Arbeitsstellen im Rahmen liegt. Auch die vorinstanzlich angewendete Methode der Berechnung des Unterhaltsbeitrages mit 13% des hypothetischen Einkommens ist sachlich begründet und angemessen. Diese Berechnungsweise wird zudem auch von den Parteien nicht moniert. Gestützt auf diese Ausführungen ist der Entscheid der Vorinstanz betreffend Kinderunterhaltsbeitrag nicht zu beanstanden und die Berufung in diesem Punkt abzuweisen.

5.1 Die Vorinstanz hat in Ziffer 7 des Scheidungsurteils entschieden, dass die Austrittsleistungen der beruflichen Vorsorge der Ehefrau im Verhältnis 50:50 zu teilen seien. Die Vorinstanz führt dazu aus, das Teilungsverhältnis werde entsprechend dem Grundsatz der hälftigen Teilung von Art. 122 ZGB auf 50:50 festgelegt. Eine offensichtliche Unbilligkeit nach Art. 123 Abs. 2 ZGB, welche die Teilung ausschliessen könnte, sei nicht ersichtlich.

5.2 Die Ehefrau moniert diesbezüglich, sie habe bereits anlässlich der vorinstanzlichen Hauptverhandlung vom 13. September 2011 beantragt und begründet, weshalb auf die Teilung ihrer Austrittsleistungen zu verzichten sei. Die Vorinstanz gehe darauf mit keinem Wort ein. Sie habe eine sie betreffende Gutschriftsanzeige bezüglich Einzahlung Pensionskasse eingereicht sowie einen Strafbefehl, womit der Ehemann wegen mehrfacher Vernachlässigung von Unterhaltspflichten schuldig erklärt und verurteilt worden sei. Der Ehemann habe eine Gutschriftsanzeige betreffend Auszahlung Pensionskassenguthaben für Selbständige eingereicht. Aus diesen Unterlagen ergebe sich, dass es im Sinne von Art. 123 Abs. 2 ZGB unbillig wäre, wenn die Ehefrau ihre Austrittsleistungen von rund CHF 17'000.-- mit dem Ehemann teilen müsste, während er sich seine schon vor längerer Zeit habe auszahlen lassen und sich zudem seit Jahr und Tag davor drücke, die in den vorangegangenen Eheschutzverfahren festgesetzten Kinderunterhaltsbeiträge zu bezahlen.

5.3 Der Ehemann bringt vor, es gebe keinen Grund, die Teilung des Pensionskassenguthabens der Ehefrau abzulehnen. Eine Ablehnung der Teilung sei nur möglich, wenn dies zu einer offensichtlichen Unbilligkeit angesichts der güterrechtlichen Auseinandersetzung oder der wirtschaftlichen Verhältnisse nach der Scheidung führen würde. Der Ehemann habe weder Vermögen noch eine eigene Altersvorsorge. Beide Ehegatten hätten bereits Vorbezüge ihrer Pensionskassenguthaben gemacht, um damit selbständige Erwerbstätigkeiten zu finanzieren. Die Teilung sei sachgerecht und angemessen, da der Ehemann mit Scheidungsurteil auch dazu verpflichtet worden sei, sein Guthaben der Säule 3a von CHF 19'559.20 mit der Ehefrau hälftig zu teilen.

5.4 Gemäss Art. 123 Abs. 2 ZGB kann das Gericht die Teilung der Austrittsleistung der beruflichen Vorsorge ganz oder teilweise verweigern, wenn sie aufgrund der güterrechtlichen Auseinandersetzung oder der wirtschaftlichen Verhältnisse nach der Scheidung offensichtlich unbillig wäre. Der Ausgleich der während der Ehe geäuften Vorsorgeguthaben findet grundsätzlich voraussetzungslos statt. Die Ausnahmen ergeben sich aus dem Art. 123 ZGB und - in beschränktem Umfang - aus dem Verbot des offenbaren Rechtsmissbrauchs (BGE 136 III 455, E. 4.1). Für weitere Verweigerungsgründe bleibt kein Raum (BGE 136 III 449, E. 4.5.1). Die hier zur Diskussion stehende Bestimmung von Art. 123 Abs. 2 ZGB ist restriktiv anzuwenden, um das Prinzip der hälftigen Teilung der Vorsorgeguthaben nicht auszuhöhlen (BGE 136 III 449,

E. 4.4.1). Die Verweigerung wegen Rechtsmissbrauch ist nur mit grosser Zurückhaltung anzuwenden (BGE 136 III 449, E. 4.5.1).

Der Ehemann hat weder Vermögen noch gehört er einer Pensionskasse an. Als selbständig Erwerbender hat er lediglich eine gebundene Vorsorge der Säule 3a im Betrage von CHF 19'559.20, welche er gemäss Ziffer 8 des Scheidungsurteils ebenfalls mit der Ehefrau teilen muss. Es ist daher nicht ersichtlich, inwiefern die Teilung der Vorsorgeguthaben der Ehefrau aufgrund der güterrechtlichen Auseinandersetzung oder der wirtschaftlichen Verhältnisse nach der Scheidung offensichtlich unbillig sein soll, zumal die Teilung aufgrund der ebenfalls angeordneten Teilung der gebundenen Säule 3a des Ehemannes zu keinem krassen Missverhältnis in der Vorsorge führt, sondern vielmehr beide Ehegatten gleich gestellt werden. Aber selbst ein allgemeines Ungleichgewicht in den finanziellen Kapazitäten würde keinen Ausschluss rechtfertigen (KATERINA BAUMANN/MARGARETA LAUTERBURG, in: Ingeborg Schwenzer (Hrsg.), Fam-Komm Scheidung, 2. Aufl., Bern 2011, Art. 123 N 60). Die Ehefrau bringt denn dazu auch keine Argumente vor.

Zu prüfen bleibt damit nur, ob die Teilung wegen Rechtsmissbrauch zu verweigern ist. Dies ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nur mit grosser Zurückhaltung anzuwenden. Die Ehefrau bringt nicht substantiiert vor, worin der Rechtsmissbrauch oder eine qualifizierte Unbilligkeit bestehen soll. Der Einwand der Ehefrau, der Ehemann habe sich seine Austrittsleistung schon vor längerer Zeit auszahlen lassen, kann die Teilung nicht verhindern, da darin kein Rechtsmissbrauch ersichtlich ist. Dies gilt umso mehr, als sich auch die Ehefrau Austrittsleistungen in der Vergangenheit hat auszahlen lassen. Dass der Ehemann die in den vorangegangenen Eheschutzverfahren festgesetzten Kinderunterhaltsbeiträge nicht bezahlt hat, vermag die Teilung ebenfalls nicht zu verhindern, da es sich dabei nicht um eine schwere Straftat handelt. Der Vorsorgeausgleich ist zudem ein selbständiges Rechtsinstitut und kann nicht mit anderen Forderungen oder Unterhaltsschulden verrechnet werden (BAUMANN/LAUTERBURG, a.a.o, Art. 123 N 58 und 61). Auch unter diesem Aspekt kann die ausgebliebene Bezahlung der Kinderunterhaltsbeiträge die Teilung nicht verhindern. Die Berufung ist daher auch in diesem Punkt abzuweisen.

6. Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens sind die Prozesskosten des Berufungsverfahrens der Ehefrau und Berufungsklägerin aufzuerlegen. Da ihr die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt wurde, geht die Entscheidungsgebühr von CHF 2'000.-- in Anwendung von Art. 122 Abs. 1 lit. b ZPO zulasten des Kantons und ihr Rechtsvertreter wird vom Kanton angemessen entschädigt (Art. 122 Abs. 1 lit. a ZPO). Der vom Anwalt der Ehefrau geltend gemachte Aufwand von 11 Stunden (ohne Hauptverhandlung) à CHF 180.-- zuzüglich Auslagen von CHF 67.-- und Mehrwertsteuer scheint angemessen. Für die Hauptverhandlung werden zusätzlich zwei Stunden à CHF 180.-- eingesetzt. Somit resultiert ein Honorar von CHF 2'599.55 (13 Std. à CHF 180.-- = CHF 2'340.--, Auslagen CHF 67.--, Mehrwertsteuer 8% auf CHF 2407.-- = CHF 192.55), welches dem Rechtsvertreter der Ehefrau aus der Gerichtskasse ausbezahlt wird.

Die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege befreit die Ehefrau jedoch nicht von der Bezahlung einer Parteientschädigung an die Gegenpartei (Art. 118 Abs. 3 ZPO). Vielmehr hat die unterliegende unentgeltlich prozessführende Partei der Gegenpartei die Parteientschädigung zu

bezahlen (Art. 122 Abs. 1 lit. d ZPO). Der Rechtsvertreter des Ehemannes macht einen Aufwand von 14.8 Std. à CHF 180.-- zuzüglich Auslagen von CHF 53.-- und Mehrwertsteuer geltend, total ausmachend CHF 2'934.35. Dieses Honorar ist vollumfänglich zuzulassen und die Ehefrau/Berufungsklägerin somit zu verpflichten, dem Ehemann/Berufungsbeklagten eine Parteientschädigung von CHF 2'934.35 zu bezahlen.

Im vorliegenden Fall wurde auch dem obsiegenden Ehemann die unentgeltliche Rechtspflege für das Berufungsverfahren bewilligt. Obsiegt die unentgeltliche prozessführende Partei und ist die Parteientschädigung bei der Gegenpartei nicht oder voraussichtlich nicht einbringlich, so wird die unentgeltliche Rechtsbeistandin oder der unentgeltliche Rechtsbeistand vom Kanton angemessen entschädigt (Art. 122 Abs. 2 ZPO). Alleine die Tatsache, dass der Ehefrau die unentgeltliche Prozessführung bewilligt wurde, bedeutet noch nicht, dass die Parteientschädigung bei ihr nicht oder voraussichtlich nicht einbringlich ist, da das betreibungsrechtliche Existenzminimum nicht dem prozessualen Existenzminimum entspricht. Zudem ist für die Bezahlung der Parteientschädigung auch allfälliges Vermögen anzutasten, welches vorhanden ist, jedoch als Notgroschen der Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege nicht entgegenstand. Die Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung für die unterliegende Ehefrau führt somit nicht automatisch zur Bezahlung des unentgeltlichen Rechtsbeistands des Ehemannes aus der Staatskasse. Im vorliegenden Fall kann die Zahlungsfähigkeit der Ehefrau mangels aktueller Unterlagen zu ihrem Einkommen und Vermögen nicht geprüft werden. Die neuste Lohnabrechnung datiert vom Mai 2011; aktuellere Unterlagen liegen nicht vor. Zum Vermögen liegt nur die Steuerveranlagung 2009 und somit ebenfalls kein aktueller Beleg vor. Die Einbringlichkeit kann daher nicht geprüft werden. Folglich wird der Rechtsbeistand des Ehemannes derzeit auch nicht aus der Staatskasse entschädigt.

Demnach wird erkannt:

- ://:
1. Die Berufung wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.
 2. Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren von CHF 2'000.-- wird der Berufungsklägerin auferlegt. Zuzugewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege für die Berufungsklägerin gehen diese Kosten zu Lasten des Staates.
 3. Die Berufungsklägerin hat dem Berufungsbeklagten eine Parteientschädigung von CHF 2'934.35 (inkl. Spesen und Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

Der Rechtsvertreter der Berufungsklägerin wird zuzugewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege an die Berufungsklägerin aus der Gerichtskasse entschädigt. Somit wird an Rechtsanwalt Patrick F. Wagner ein Honorar von CHF 2'599.55 (inkl. Spesen und Mehrwertsteuer) aus der Gerichtskasse ausbezahlt.

Vorsitzender Richter

Gerichtsschreiberin

René Borer

Karin Arber