



Entscheidung des Kantonsgesichts Basel-Landschaft, Abteilung Zivilrecht

vom 13. März 2012 (400 12 23)

Zivilprozessrecht

Vorsorgliche Massnahmen im Scheidungsverfahren

Besetzung

Präsidentin Christine Baltzer-Bader; Gerichtsschreiberin Karin Arber

Parteien

A._____

vertreten durch Advokatin Doris Vollenweider, Rebgasse 15, Postfach
215, 4410 Liestal,

Klägerin und Berufungsklägerin

gegen

B._____

vertreten durch Advokat Dr. Jonas Schweighauser, Hauptstrasse 104,
4102 Binningen,

Beklagter

Gegenstand

Vorsorgliche Massnahmen

Berufung gegen die Verfügung des Bezirksgerichtsprasidenten Walden-
burg vom 5. Januar 2012

Sachverhalt

A. Im Scheidungsverfahren der Ehegatten A.____ und B.____ hat der Präsident des Bezirksgerichts Waldenburg mit Verfügung vom 5. Januar 2012 in Ziffer 5 die Ehefrau verpflichtet, dem Ehemann ab 1. Januar 2012 für die Dauer des Verfahrens einen monatlichen und monatlich im Voraus zahlbaren Unterhaltsbeitrag von CHF 3'100.-- zu bezahlen. Mit Ziffer 6 der genannten Verfügung hat er den Ehemann verpflichtet, sich mittelfristig um ein angemessenes Einkommen zu bemühen.

B. Gegen diese Verfügung hat die Ehefrau am 20. Januar 2012 Berufung erhoben und die Abänderung von Ziffer 5 der Verfügung vom 5. Januar 2012 in dem Sinne beantragt, als die Ehefrau zu verpflichten sei, dem Ehemann ab 1. Januar 2012 bis und mit 31. März 2012 einen monatlichen und monatlich im Voraus zahlbaren Unterhaltsbeitrag von CHF 3'100.-- zu bezahlen und anschliessend kein Unterhaltsbeitrag mehr geschuldet sei; unter o/e-Kostenfolge.

Der Ehemann hat gegen Ziffer 7 (Abweisung eines Anwaltskostenvorschusses) und eventualiter gegen Ziffer 8 (Abweisung des Gesuchs des Ehemannes um unentgeltliche Rechtspflege) der Verfügung vom 5. Januar 2012 Beschwerde erhoben, welche im separaten Beschwerdeverfahren Nr. 410 12 28 behandelt wird.

C. Mit Berufungsantwort vom 13. Februar 2012 beantragte der Ehemann die Abweisung der Berufung. Dies unter o/e-Kostenfolge; eventualiter sei dem Berufungsbeklagten die unentgeltliche Prozessführung mit dem Unterzeichneten für das vorliegende Berufungsverfahren zu bewilligen.

D. Mit Verfügung vom 15. Februar 2012 hat die Präsidentin des Kantonsgerichts Basel-Landschaft, Abteilung Zivilrecht, den Schriftenwechsel geschlossen und die Parteien zu einer Hauptverhandlung geladen. Weiter hat sie von den Parteien Bestätigungen über die Höhe der allenfalls ausbezahlten Krankenkassen-Prämienverbilligungen eingefordert. Diese wurden von den Parteien mit Eingaben vom 23. Februar 2012 bzw. 24. Februar 2012 eingereicht.

E. Zur heutigen Verhandlung erscheinen beide Parteien je mit der Rechtsvertreterin bzw. dem Rechtsvertreter. Eingangs werden die Parteien befragt. In den anschliessenden Plädoyers halten beide Parteien an ihren bereits in den Rechtsschriften vorgebrachten Rechtsbegehren und Ausführungen fest. Auf die Ausführungen in den Rechtsschriften und den Plädoyers sowie die Parteibefragung wird in den Erwägungen, soweit erforderlich, eingegangen.

Erwägungen

1. Gemäss Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO sind erstinstanzliche Entscheide über vorsorgliche Massnahmen - wie hier vorliegend - mit Berufung anfechtbar, wobei in vermögensrechtlichen Angelegenheiten die Berufung nur zulässig ist, wenn der Streitwert der zuletzt aufrecht erhaltenen Rechtsbegehren mindestens CHF 10'000.-- beträgt (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Massgebend für die Streitwertberechnung sind die bis zur Eröffnung des erstinstanzlichen Entscheids vorge-

brachten Erklärungen der Parteien (PETER REETZ/STEFANIE THEILER, in: Thomas Sutter-Somm / Franz Hasenböhler / Christoph Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich/Basel/Genf 2010, Art. 308 N 40). Der Ehemann hat bei der Vorinstanz einen Unterhaltsbeitrag von CHF 3'150.-- verlangt. Die Ehefrau beantragte hingegen, es sei festzustellen, dass sie dem Ehemann keinen persönlichen Unterhaltsbeitrag schulde, wobei sie sich gemäss vorinstanzlichem Protokoll bereit erklärte, während drei Monaten noch CHF 2'000.- zu bezahlen. Angesichts dieser Anträge ist die Streitwertgrenze ohne Weiteres erreicht. Die Berufung ist gemäss Art. 311 Abs. 1 i.V.m. Art. 314 Abs. 1 und Art. 248 lit. d ZPO innert zehn Tagen seit Zustellung des begründeten Entscheides bzw. seit der nachträglichen Zustellung der Entscheidbegründung schriftlich und begründet einzureichen. Die begründete vorinstanzliche Verfügung vom 5. Januar 2012 wurde von der Vorinstanz am 10. Januar 2012 speditiert und konnte frühestens am 11. Januar 2012 der Rechtsvertreterin der Ehefrau zugestellt werden. Die Berufung ist mit der Eingabe vom 20. Januar 2012 rechtzeitig erklärt worden. Auch die übrigen Formalien sind erfüllt. Zuständig für die Beurteilung der Berufung ist gemäss § 5 Abs. 1 lit. a EG ZPO das Präsidium der Abteilung Zivilrecht des Kantonsgerichts.

2. Die Ehefrau kritisiert am vorinstanzlichen Entscheid, dass der Gerichtspräsident den Ehemann zwar aufgefordert habe, sich mittelfristig um ein angemessenes Einkommen zu bemühen, jedoch weder die Höhe des anrechenbaren hypothetischen Einkommens noch den Zeitpunkt, ab wann ein solches anzurechnen sei, festgelegt habe. Die Vorinstanz habe in den Ausführungen darauf verwiesen, dass ein Unterhaltsanspruch zu gegebener Zeit auf Antrag der Ehefrau zu überprüfen sei. Für die Ehefrau sei jedoch völlig unklar, wann dieser gegebene Zeitpunkt vorliege. Zudem müsse die Ehefrau wieder aktiv werden, obwohl es am Ehemann wäre, sich diesbezüglich wieder an das Gericht zu wenden, wenn er kein entsprechendes Einkommen erziele. Der Entscheid sei in diesem Punkt rechtswidrig und stelle eine eigentliche Rechtsverweigerung dar. Der Ehemann bringt vor, die Ehefrau sei nicht beschwert. Die Vorinstanz habe verfügt, dass sich der Ehemann mittelfristig um ein angemessenes Einkommen bemühen müsse. Die Vorinstanz gehe davon aus, dass er mittelfristig eine Anstellung finde. Er selber habe diesen Punkt nicht angefochten, da er derzeit dadurch nicht beschwert werde.

Die Vorinstanz hat in Ziffer 5 der Verfügung vom 5. Januar 2012 die Ehefrau verpflichtet, dem Ehemann ab 1. Januar 2012 einen Unterhaltsbeitrag von CHF 3'100.-- zu bezahlen. Weiter hat sie in Ziffer 6 festgehalten, der Ehemann habe sich mittelfristig um ein angemessenes Einkommen zu bemühen. In den Erwägungen führt die Vorinstanz aus, dass der Unterhaltsanspruch zu gegebener Zeit auf Antrag der Ehefrau zu überprüfen sei. Für den Fall, dass der Ehemann dieser Aufforderung nicht nachkommen sollte, werde ein angemessenes hypothetisches Einkommen anzurechnen sein. Die Vorinstanz ging entsprechend diesen Ausführungen davon aus, dass dem Ehemann ein hypothetisches Einkommen anzurechnen sei, ohne jedoch festzulegen, ab wann und in welcher Höhe. Es besteht diesbezüglich eine Rechtsunsicherheit für beide Parteien, wobei die Ehefrau alleine das Risiko trägt, allenfalls zu früh eine neue Überprüfung zu verlangen. Sie ist bereits dadurch sehr wohl beschwert. Ob die Ehefrau auch betreffend der Zeitdauer des festgelegten Unterhaltsbeitrags beschwert ist, kann nicht definitiv beurteilt werden, da die Vorinstanz eben gerade keine Übergangsfrist festlegte. Vermutlich meinte sie jedoch mit "mittelfristig" eine längere Dauer als drei Monate, so dass davon auszugehen ist, dass die Ehefrau auch diesbezüglich beschwert ist. Entgegen den Ausführungen des Ehemannes ist

die Beschwer zu bejahen, so dass auch diese Prozessvoraussetzung erfüllt und auf die Berufung daher einzutreten ist.

3. Gemäss Art. 318 Abs. 1 ZPO kann die Rechtsmittelinstanz den angefochtenen Entscheid bestätigen, neu entscheiden oder die Sache an die erste Instanz zurückweisen, wenn ein wesentlicher Teil der Klage nicht beurteilt wurde oder der Sachverhalt in wesentlichen Teilen zu vervollständigen ist. Die Rechtsmittelinstanz ist bezüglich der Frage, ob sie selber entscheidet oder die Sache an die Erstinstanz zurückweist, nicht an einen etwaigen Antrag des Berufungsklägers gebunden. Vielmehr ist die Rechtsmittelinstanz unter den Voraussetzungen von Art. 318 Abs. 1 lit. c ZPO frei, die ihr angemessene Entscheidung zu treffen. Es bedarf dazu keines Parteiantrags auf Rückweisung. Die Berufung ist grundsätzlich ein reformatorisches oder kasatorisches Rechtsmittel und die Rückweisung an die erste Instanz soll aus prozessökonomischen Gründen und in Berücksichtigung des verfassungsrechtlichen Beschleunigungsverbots die Ausnahme bleiben (BEAT MATHYS, in: Baker & McKenzie (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Bern 2010, Art. 318 N 3; BENEDIKT SEILER, Die Berufung nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Basel 2011, § 17 N 1518 f.; PETER REETZ/SARAH HILBER, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich/Basel/Genf 2010, Art. 318 N 29).

4. Die Ehefrau hat den von der Vorinstanz festgelegten Unterhaltsbeitrag für die Monate Januar bis März 2012 nicht angefochten. Auf diesen Zeitraum ist daher nicht mehr weiter einzugehen, sondern nur noch auf die Unterhaltsbeiträge ab April 2012. Diesbezüglich ist die Ehefrau der Ansicht, es sei ab 31. März 2012 kein Unterhaltsbeitrag mehr geschuldet, da dem Ehemann ein Nettoeinkommen von CHF 4'400.-- anzurechnen sei. Unter den Ehegatten war und ist strittig, ob dem Ehemann ein hypothetisches Einkommen angerechnet werden kann und falls ja, in welcher Höhe. In der kantonsgerichtlichen Verhandlung kam deutlich zum Ausdruck, dass sich die Ehegatten auch nicht einig sind, welche Art von Arbeit dem Ehemann zumutbar ist bzw. ob er sich auch für Stellen mit einfachen und repetitiven Tätigkeiten ohne besondere Ausbildungsvoraussetzungen bewerben muss. Die Ehefrau hat bereits bei der Vorinstanz die Meinung vertreten, der Ehemann könne selber für seinen Unterhalt aufkommen. Sie erklärte sich bereit, ihm noch für drei Monate einen Unterhaltsbeitrag zu bezahlen, damals noch in der Höhe von CHF 2'000.--.

Die Vorinstanz hat mit Verfügung vom 5. Januar 2012 den Unterhaltsbeitrag ab 1. Januar 2012 auf CHF 3'100.-- festgelegt (Dispositiv Ziff. 5) und den Ehemann verpflichtet, sich mittelfristig um ein angemessenes Einkommen zu bemühen (Dispositiv Ziff. 6). In den vorinstanzlichen Erwägungen wird ausgeführt, dass es dem Ehemann möglich sein sollte, ein Erwerbseinkommen zu generieren. Der Unterhaltsanspruch des Ehemannes werde zu gegebener Zeit auf Antrag der Ehefrau überprüft. Für den Fall, dass der Ehemann der Aufforderung - welche auch das Bewerben um niederschwelligere Arbeit als bis dato vom Ehemann angestrebt beinhalte - nicht nachkomme, werde ihm ein angemessenes hypothetisches Einkommen angerechnet. Die Ehefrau moniert diesbezüglich, wenn die Vorinstanz davon ausgehe, dass dem Ehemann möglich und zumutbar sei eine Erwerbstätigkeit aufzunehmen und daher ein hypothetisches Einkommen angerechnet werden könne, sei grundsätzlich kein Unterhaltsbeitrag festzusetzen, wenn der Ehemann mit dem anzurechnenden hypothetischen Einkommen seinen angemessenen Bedarf decken könne, was in casu der Fall sei. Für eine begrenzte Zeitdauer könne ein Unterhaltsbei-

trag festgelegt werden, wobei dieser zu beziffern und in zeitlicher Hinsicht zu definieren sei. Die Vorinstanz habe aber in diesem Punkt keine Entscheidung getroffen, sondern die Ehefrau auf den Zeitpunkt "zu gegebener Zeit" verwiesen. Für sie sei unklar, wann dieser gegebene Zeitpunkt vorliege.

Die Vorinstanz hat den Ehemann verpflichtet, sich mittelfristig um ein angemessenes Einkommen zu bemühen. Sie hat jedoch keine Konsequenzen angedroht, falls der Ehemann der gerichtlichen Aufforderung nicht nachkommen sollte bzw. sie hat nicht festgelegt ab wann ihm ein hypothetisches Einkommen anzurechnen ist und in welcher Höhe. Dies obwohl sie davon ausgeht, dass es dem Ehemann möglich sein sollte, ein Einkommen zu generieren. Die Übergangsfrist war bereits bei der Vorinstanz thematisiert, nachdem sich die Ehefrau an der vorinstanzlichen Verhandlung nur für eine Zeitdauer von drei Monaten bereit erklärte, noch einen Unterhaltsbeitrag zu bezahlen. Die Vorinstanz hat diesen Teil der Streitigkeit nicht beurteilt, obwohl sie davon ausgegangen ist, dass dem Ehemann allenfalls ein hypothetisches Einkommen anzurechnen sei. Anstatt diesen Punkt zu entscheiden, hat die Vorinstanz die Ehefrau auf den Zeitpunkt "zu gegebener Zeit" verwiesen. Wann dieser Zeitpunkt sein soll, ist jedoch unklar und für die Ehefrau ist nicht ersichtlich, ab wann das Gericht eine Überprüfung vornehmen würde. Es kann nicht angehen, diesen Punkt einfach nicht zu entscheiden und der Ehefrau das Risiko des rechtzeitigen Antrages zu überbinden, zumal sie sich schon bei der Vorinstanz für eine kurze Übergangsfrist einsetzte. Wenn der Ehemann sich um ein angemessenes Einkommen bemühen muss, ist es viel mehr an ihm, zu gegebener Zeit wieder an das Gericht zu gelangen und nachzuweisen, dass er trotz entsprechenden Bemühungen kein angemessenes Einkommen erzielen kann. Die Vorinstanz hätte daher eine Übergangsfrist sowie den allfälligen Unterhaltsbeitrag nach Ablauf dieser Frist festlegen müssen. Da sie diesen wesentlichen Punkt nicht entschieden hat, ist die Sache in Anwendung von Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 1 ZPO an die Vorinstanz zurück zu weisen, damit diese entscheidet, ab wann und in welcher Höhe ein hypothetisches Einkommen des Ehemannes angerechnet wird, ob dann noch ein Unterhaltsbeitrag geschuldet ist und allenfalls in welcher Höhe. Diese Fragen werden nicht im hier vorliegenden Berufungsverfahren erstmals entschieden, da das Prinzip der double Instance für derart wesentliche Punkte nicht unterlaufen werden soll. Der Instanzenzug ist für den vorliegenden Fall daher höher zu werten als die Verfahrensökonomie. Dies gilt umso mehr, als das Scheidungsverfahren ohnehin noch weiter läuft und die gleichen Fragen auch wieder im Scheidungsurteil bezüglich des nachehelichen Unterhalts von Bedeutung sein können. Dabei könnte ein reformatorischer Entscheid allenfalls das vorinstanzliche Scheidungsurteil beeinflussen. Die Wahrung des Instanzenzugs ist auch unter diesem Aspekt höher zu werten, so dass die Rückweisung an die Vorinstanz einem reformatorischen Entscheid vorzuziehen ist.

5. Die Ehefrau moniert weiter, die Vorinstanz habe das geltend gemachte Konkubinat nicht beachtet und sich mit keinem Wort mit diesem Argument auseinandergesetzt. Bereits bei der Vorinstanz haben sich die Parteien betreffend Konkubinat gestritten. Die Ehefrau machte geltend, der Ehemann lebe in einem Konkubinat, weshalb der Mietzins zu halbieren und der Unterhaltsbeitrag zu sistieren sei. Der Ehemann bestreitet das Vorliegen eines Konkubinats. Die Vorinstanz geht im Entscheid überhaupt nicht auf das geltend gemachte Konkubinat und den darauf gestützten Antrag auf Sistierung der Unterhaltsbeiträge ein. Auch diesen Teil der Klage hat die Vorinstanz nicht beurteilt und im Rahmen der Rückweisung noch nachzuholen.

6. Der Ehemann hat eventualiter die Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung für das vorliegende Berufungsverfahren beantragt. Aufgrund der finanziellen Verhältnisse beider Ehegatten zusammen, kann ihm die unentgeltliche Rechtspflege nicht bewilligt werden. Für die Begründung wird auf die Erwägungen des Urteils vom 13. März 2012 im Beschwerdeverfahren Nr. 410 12 28 verwiesen. Dort wird über die Beschwerde des Ehemannes gegen die vorinstanzliche Abweisung seines Antrags auf Leistung eines Anwaltskostenvorschusses von der Ehefrau an den Ehemann sowie gegen die Abweisung der unentgeltlichen Rechtspflege entschieden.

7. Die vorliegende Sache wird an die Vorinstanz zurück gewiesen. Entsprechend diesem Ausgang wäre es angemessen, die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens den Parteien je hälftig aufzuerlegen und jede Partei ihre eigenen Anwaltskosten tragen zu lassen. Da der Ehemann jedoch für seinen Anteil finanziell nicht vollumfänglich aufkommen kann und die Ehefrau leistungsfähiger ist als der Ehemann, werden die Prozesskosten in Anwendung von Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO nach Ermessen verteilt. Dabei wird darauf abgestellt, welchen Betrag der Ehemann an die Prozesskosten beisteuern kann. Hierfür wird der Überschuss des Ehemannes für die Dauer des vorliegenden Berufungsverfahrens bzw. für die Monate Januar bis März 2012 berechnet. Der Bedarf des Ehemannes wird mit monatlich CHF 2'723.-- eingesetzt (Grundbetrag CHF 1200.--, Miete CHF 750.--, Krankenkasse CHF 363.--, U-Abo CHF 70.--, Steuern gemäss Steuerrechner CHF 160.--, 15%-Zuschlag auf Grundbetrag CHF 180.--; für Hausrat-/Privathaftpflichtversicherung wird kein Betrag eingesetzt, da dies gemäss Richtlinien für die Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums im Grundbetrag enthalten ist und zudem ohnehin keine entsprechenden Belege vom Ehemann vorliegen). Mit dem Unterhaltsbeitrag der Ehefrau von CHF 3'100.-- und der Prämienverbilligung von monatlich CHF 299.-- resultiert beim Ehemann ein Einkommen von CHF 3'399.--. Betreffend der Prämienverbilligung wird aufgrund einer telefonischen Anfrage beim Amt für Sozialbeiträge BS davon ausgegangen, dass diese nicht rückwirkend angepasst wird. Für die Monate Januar bis März 2012 wird daher für die Prämienverbilligung beim Ehemann von CHF 299.-- ausgegangen. Mit dem Bedarf von CHF 2'723.-- verbleibt dem Ehemann somit ein monatlicher Überschuss von CHF 676.-- bzw. für Januar 2012 bis März 2012 von CHF 2'028.--. Diesen Betrag kann der Ehemann an die Prozesskosten des vorliegenden Berufungsverfahrens beisteuern. Sein Rechtsvertreter hat eine angemessene Honorarnote von CHF 1'462.75 (inkl. Spesen und MWSt. sowie inkl. Weg zur Verhandlung) eingereicht. Der Zeitaufwand für die Verhandlung von 2.25 Std. ist noch hinzuzurechnen. Bei einem Stundenansatz von CHF 250.-- zuzüglich MWSt. ergibt dies zusätzlich CHF 607.50. Insgesamt resultiert somit ein Anwaltshonorar von CHF 2'070.25. Der Ehemann kann diesen Betrag mit dem Überschuss von CHF 2'028.-- knapp selber bezahlen, so dass ihm die Ehefrau hierfür keine Parteientschädigung zu entrichten hat. Nach Bezahlung des Rechtsvertreters kann der Ehemann jedoch nicht zusätzlich für Gerichtskosten aufkommen. Die Gerichtsgebühr von CHF 1'400.-- wird daher der Ehefrau/Berufungsklägerin alleine auferlegt.

Demnach wird erkannt:

- ://:
1. Die Sache wird im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurück gewiesen zur Ergänzung des Entscheids vom 5. Januar 2012.
 2. Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren von CHF 1'400.-- wird der Berufungsklägerin auferlegt.
Jede Partei trägt ihre eigenen Anwaltskosten.

Präsidentin

Gerichtsschreiberin

Christine Baltzer-Bader

Karin Arber