



<b>Fall-Nr.:</b>	FS.2020.16-EZE2
<b>Stelle:</b>	Kantonsgericht
<b>Rubrik:</b>	Zivilkammern (inkl. Einzelrichter)
<b>Publikationsdatum:</b>	02.07.2021
<b>Entscheiddatum:</b>	04.01.2021

### **Entscheid Kantonsgericht, 04.01.2021**

**Art. 163 ZGB, Art. 176 ZGB: Wer vom anderen Ehegatten Unterhalt beansprucht, hat nachzuweisen, dass er auch bei voller Anstrengung nicht in der Lage ist, Einkommen in der Höhe seines gebührenden Unterhaltes zu erzielen. Er kann sich nicht darauf berufen, es sei ungleich, dass der andere Ehegatte zufolge einer Erbschaft zu einem kleineren Erwerbsumsatz erwerbstätig sei. - Beurteilung des hypothetischen Einkommens im Eheschutzverfahren (Kantonsgericht, Einzelrichter im Familienrecht, 4. Januar 2021, FS.2020.16-EZE2).**

Zusammenfassung des Sachverhalts

1. A. E., geb. 1960 (Ehefrau, Berufungsklägerin), und B. E., geb. 1963 (Ehemann, Berufungsbeklagter), heirateten 1987. Sie haben zwei gemeinsame volljährige Kinder. Seit 2018 leben sie getrennt. Im November 2019 stellte der Ehemann ein Gesuch um Erlass von Eheschutzmassnahmen.

2. Am 16. März 2020 erliess die Familienrichterin der 2. Abteilung des Kreisgerichtes Werdenberg-Sarganserland Eheschutzmassnahmen mit folgendem Inhalt:

1. Es wird davon Vormerk genommen, dass die Ehegatten B. E. und A. E. zum Getrenntleben berechtigt sind und seit November 2018 getrennt leben.



## St.Galler Gerichte

2. A. E. wird verpflichtet, B. E. folgende Unterhaltsbeiträge, jeweils monatlich und, soweit nicht rückwirkend, im Voraus zu bezahlen:

- |                                       |     |          |
|---------------------------------------|-----|----------|
| - 01. November 2018 bis 31. Juli 2019 | CHF | 900.00   |
| - 01. August 2019 bis 31. März 2020   | CHF | 600.00   |
| - ab 01. April 2020                   | CHF | 1'100.00 |

3. bis 6. ....

3. Gegen diesen Entscheid erhob A. E. rechtzeitig Berufung. Mit Berufungsantwort vom beantragte der Ehemann die Abweisung der Berufungsanträge.

Aus den Erwägungen:

14. Für die Phase ab 1. April 2020 hat die Vorinstanz beim Ehemann ein Einkommen von Fr. 3'117.00 zugrunde gelegt. Diese Zahl macht jedoch nur für die Zeit bis Ende Juni 2020 Sinn. Der Ehemann hat bereits vor Vorinstanz ausgeführt und bekräftigte dies im Berufungsverfahren, dass er seine GmbH per Ende Juni 2020 liquidieren müsse. Anschliessend werde er nur noch Arbeitslosentaggelder in der Höhe von rund Fr. 1'813.00 erhalten. Gestützt auf die aus dem Handelsregister ersichtlichen Informationen ist es mit Beschluss der Gesellschafterversammlung vom XX.XX.2020 denn auch zur Auflösung der Gesellschaft gekommen (vgl. [www.zefix.ch](http://www.zefix.ch)). Es ist daher mit dem Ehemann für die Phase ab 1. Juli 2020 von einem tatsächlichen Einkommen von Fr. 1'813.00 auszugehen und die Unterhaltsberechnung um eine entsprechende Phase zu ergänzen.



15. Im Weiteren ist fraglich, ob dem Ehemann entsprechend dem Vorbringen der Ehefrau ein hypothetisches Einkommen anzurechnen ist.

16. Die Vorinstanz hat die diesbezüglich einschlägigen Grundsätze grundsätzlich richtig wiedergegeben, worauf verwiesen werden kann. Präzisierend festzuhalten gilt, dass im Eheschutzverfahren eine Pflicht zur Aufnahme oder Ausdehnung einer Erwerbstätigkeit grundsätzlich nur zu bejahen ist, "wenn keine Möglichkeit besteht, auf eine während des gemeinsamen Haushalts gegebene Sparquote oder vorübergehend auf Vermögen zurückzugreifen, wenn die vorhandenen finanziellen Mittel – allenfalls unter Rückgriff auf Vermögen – trotz zumutbarer Einschränkungen für zwei getrennte Haushalte nicht ausreichen und wenn die Aufnahme oder Ausdehnung der Erwerbstätigkeit unter den Gesichtspunkten der persönlichen Verhältnisse des betroffenen Ehegatten (Alter, Gesundheit, Ausbildung u.ä.) und des Arbeitsmarktes zumutbar ist. Diese Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein" (BGE 130 III 537 E. 3.2; BGer 5A\_239/2017 E. 2.1; Affolter, Das hypothetische Einkommen im Familienrecht – ein Überblick, AJP 2020 S. 833, 838). Mit anderen Worten setzt die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens im Eheschutz grundsätzlich eine Mankosituation voraus (OGer ZH LE190045 E. D.6.5; OGer ZH LE150053 E. B.4.6.2; OGer ZH LE110009 E. E.3.4; KGer Basel-Land 400 17 340 E. 2.1; OGer ZH [LE190001](#) E. III.A.3.2; s. auch Maier, Berechnung ehelicher und nahehehlicher Unterhaltsbeiträge, AJP 2020 S. 1276, 1280 f.). Ist indes in tatsächlicher Hinsicht erstellt, dass mit einer Wiederaufnahme des gemeinsamen Haushaltes nicht mehr ernsthaft gerechnet werden kann, hat das Eheschutzgericht im Rahmen von Art. 163 ZGB die für den nahehehlichen Unterhalt geltenden Kriterien (Art. 125 ZGB) miteinzubeziehen und aufgrund der neuen Lebensverhältnisse zu prüfen, ob und in welchem Umfang vom Ehegatten, der bisher den gemeinsamen Haushalt geführt hat, davon aber nach dessen Aufhebung entlastet ist, erwartet werden kann, dass er seine Arbeitskraft anderweitig einsetze und eine Erwerbstätigkeit aufnehme oder ausdehne (BGE 138 III 97 E. 2.2; vgl. BGE 137 III 385 E. 3.1; Maier, a.a.O., AJP 2020 S. 1276 ff., 1281). 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 128 III 4 E. 4c/bb; BGE 126 III 10 E. 2b; BGer 5A\_388/2010 E. 1).

17. Die Ehefrau macht geltend, der Ehemann arbeite heute faktisch nicht mehr. Er investiere zwar noch Zeit in angebliche Projekte, räume aber selbst ein, daraus – auch langfristig – kein Einkommen zu erwirtschaften. Die laufenden Einnahmen (Provisionen) resultierten aus bereits geleisteter Arbeit und bedeuteten keinen Aufwand mehr für den Ehemann. Es sei ihr bewusst, dass der Ehemann angesichts seines Alters teilweise gewisse Nachteile bei der Jobsuche in Kauf nehmen müsse. Aber ihr sei es 2018 auch gelungen, aus der Arbeitslosigkeit heraus wieder eine Anstellung zu finden, wenn auch mit tieferem Lohn. Der Ehemann habe vor Vorinstanz eine selbst erstellte Liste seiner angeblichen Arbeitsbemühungen eingereicht. Ob diese tatsächlich so erfolgt seien, entziehe sich ihrer Kenntnis und werde bestritten. Bereits anlässlich der Hauptverhandlung habe sie ausgeführt, dass der Ehemann wohl seine Ansprüche etwas senken müsse und seine Arbeitsbemühungen auf etwas weniger qualifizierte Stellen ausweiten müsse. Die Schlussfolgerung der Vorinstanz, dass der Ehemann glaubhaft ausgeführt habe, in seinem Alter und aufgrund der fehlenden Fremdsprachenkenntnisse auf dem Arbeitsmarkt schlechte Aussichten zu haben, werde in aller Form bestritten. Sie (die Ehefrau) gehe davon aus, dass der Ehemann ein Einkommen von Fr. 80'000.00 erwirtschaften könne. Selbst bei einem 80%-Pensum, analog zu ihr, ergebe sich ein hypothetisches Einkommen von rund Fr. 5'300.00 (Berufung, S. 8 f.).

a) Gestützt auf die Ausführungen des Ehemanns ist davon auszugehen, dass dieser – spätestens – ab Juli 2020 keiner Arbeitstätigkeit bei seiner eigenen GmbH mehr nachgeht, zumal er die GmbH per Ende Juni 2020 nach eigenen Angaben liquidieren muss(te). Mit Beschluss der Gesellschafterversammlung vom 16. Juni 2020 kam es denn auch zur Auflösung der Gesellschaft (vgl. [www.zefix.ch](http://www.zefix.ch)). Damit steht fest, dass der Ehemann spätestens seit Juli 2020 über nicht ausgeschöpfte Arbeitskraft verfügt, womit sich die Frage stellt, inwieweit er zu deren Verwertung verpflichtet ist und ihm



entsprechend ein hypothetisches Einkommen anzurechnen ist. Dabei ist auch zu untersuchen, inwieweit er die in die erwähnten "Projekte" investierte Arbeitskraft anderweitig einzusetzen hat.

b) Es stellt sich vorweg die Frage, ob die Natur des Eheschutzverfahrens der Annahme eines hypothetischen Einkommens entgegensteht (vgl. dazu etwa den oben zitierten BGE 130 III 537 E. 3.2). Davon ist nicht auszugehen. Nach eigenen Angaben war der Ehemann seit Mitte 2010 mit einem 50%-Pensum bei der B. E. GmbH angestellt (gemäss der Ehefrau seit 2014). Daneben habe er den Haushalt geführt. Die Ehefrau führte vor Vorinstanz aus, der Ehemann sei bis mindestens Ende 2015 im Vollpensum und zudem jahrelang als Berufsschullehrer tätig gewesen. Anlässlich der Hauptverhandlung führte der Ehemann auf die Frage, in welchem Pensum er arbeite, aus, es seien "[t]heoretisch 100% und praktisch auch". Er arbeite "an eigenen Projekten", diese seien aber "zu langfristig", als dass er noch Hoffnung hätte, dass er daraus Einkommen würde generieren können. In der Berufungsantwort trug er mit Verweis auf diese Projekte vor, es sei unzutreffend, dass er heute faktisch nicht mehr arbeiten würde. Es liege in der Natur von "Projekten", dass zunächst Geld investiert werden müsse, bevor Einkommen generiert werden könne. Zu einer gänzlichen Einstellung der Arbeitstätigkeit des Ehemanns kam es also nie, und der Ehemann führte im vorinstanzlichen Verfahren selbst aus, (wieder) voll zu arbeiten (wenn auch ohne entsprechendes Einkommen). Unter diesen Umständen geht es vorliegend nicht um die (Neu-)Aufnahme oder Ausweitung einer Arbeitstätigkeit im Sinne der zitierten Rechtsprechung (vgl. BGE 130 III 537 E. 3.2), sondern vielmehr um eine sachgerechte Allokation der Arbeitskraft des Ehemanns. Es kann auch im Eheschutzverfahren nicht angehen, dem Ehemann, der zunächst selbständig arbeitstätig war, aufgrund des ausbleibenden Erfolgs zuzugestehen, sich (nebst dem Erhalt von Arbeitslosentaggeldern von rund Fr. 1'800.00) zu Lasten der Ehefrau mit der Arbeit an einkommenstechnisch unsicheren "Projekten" zu begnügen. Einem Ehegatten, der von seiner Ehefrau Unterhaltsleistungen beansprucht, ist ein höheres Einkommen anzurechnen, wenn er bei ihm zuzumutender Anstrengung mehr verdienen könnte, als er effektiv verdient (vgl. BGE 5A\_341/2011 E. 2.5.1). Das ist selbstredend auch dort der Fall, wo ein Ehegatte seine Arbeitskraft bewusst in Tätigkeiten steckt, von denen er



weiss, dass sie, wenn überhaupt, nur unter gewissen Umständen ertragsträchtig sein werden. Das Unterhaltsrecht dient (auch im Eheschutz) nicht dazu, den Selbstverwirklichungsdrang eines Ehegatten auf Kosten des anderen zu befördern. Hiervon ging im Übrigen auch der Ehemann nicht aus, wenn er vor Vorinstanz anführte, er sei seit der Aufnahme des Getrenntlebens darum bemüht, sein Erwerbsumsatz auszuweiten.

c) Damit ist als nächstes zu prüfen, welche Tätigkeit dem Ehemann zumutbar ist (Rechtsfrage) und ob diese Tätigkeit möglich sowie das angenommene Einkommen effektiv erzielbar ist (Tatfrage) (BGE 128 III 4 E. 4c/bb; BGE 126 III 10 E. 2b; BGer 5A\_388/2010 E. 1).

aa) Der Ehemann ist, wie gesagt, ausgebildeter Betriebstechniker TS. Umstände, aufgrund derer ihm die Arbeit im einschlägigen Bereich nicht zumutbar sein sollte, sind nicht ersichtlich. Der Ehefrau ist darin zuzustimmen, dass aus der vom Ehemann eingereichten selbst erstellten Bewerbungsliste hervorgeht, dass der Ehemann sich offenbar grossteils für Stellen mit Führungsfunktion beworben hat. Der Ehemann ist gehalten, zwecks Ausschöpfung seiner Erwerbskraft auch Stellen ohne Führungsposition in Betracht zu ziehen. Es stellt sich sodann die Frage nach dem anzunehmenden Arbeitspensum. Gemäss Art. 163 Abs. 1 ZGB sorgen die Ehegatten gemeinsam, ein jeder nach seinen Kräften, für den gebührenden Unterhalt der Familie. Dies bedeutet im Regelfall und soweit vorliegend relevant, dass der unterhaltbeanspruchende Ehegatte seine Arbeitskraft voll auszuschöpfen hat, mithin ein 100%-Pensum zu berücksichtigen ist. Die vollständige Ausschöpfung der vorhandenen Arbeitskraft bildet im Unterhaltsrecht einen allgemeinen Grundsatz (BGer 5A\_311/2019 E. 7.4 m.H.). Vorbehalten bleiben beispielsweise dem entgegenstehende – vorliegend aber nicht zur Diskussion stehende – gesundheitliche Einschränkungen. Für die Annahme eines Pensums von 80% spräche vorliegend zwar, dass auch die Ehefrau in einem solchen angestellt ist. Die Situation der Ehefrau ist mit jener des Ehemanns aber nicht vergleichbar. Gründe, weshalb dem Ehemann ein Vollpensum



## St.Galler Gerichte

nicht zumutbar sein sollte, sind nicht ersichtlich. Wie ausgeführt bekundete der Ehemann im vorinstanzlichen Verfahren selbst, "[t]heoretisch 100% und praktisch auch" zu arbeiten. Dass er sich damit auf (bislang) ertragslose Projekte bezog, ändert nichts. Dass ihm ein entsprechendes Pensum grundsätzlich zumutbar ist, stellt der Ehemann denn auch selbst nicht in Abrede. Sein Argument, wonach ihm die Erwirtschaftung eines höheren Einkommens infolge fortgeschrittenen Alters und fehlender Sprachkenntnisse nicht möglich sei, beschlägt (einzig) die Frage, ob er *in tatsächlicher Hinsicht überhaupt* in der Lage ist, noch eine Stelle zu finden. Dass er bei Finden einer geeigneten Stelle in der Lage wäre, einem 100%-Pensum nachzugehen, zieht er damit nicht in Zweifel. Entsprechend ist von einem Pensum des Ehemanns von 100% auszugehen.

Es ist davon auszugehen, dass der Ehemann ein Erwerbseinkommen von mindestens Fr. 5'658.00 brutto erwirtschaften kann (vgl. [www.salarium.ch](http://www.salarium.ch), Branche: Sonstige freiberufliche, wissenschaftliche und technische Tätigkeiten; Berufsgruppe: Ingenieurtechnische und vergleichbare Fachkräfte; Stellung im Betrieb: Ohne Kaderfunktion; Wochenstunden: 41; Ausbildung: Abgeschlossene Berufsausbildung; Alter: 57; Dienstjahre [= Jahre im Betrieb]: 0; Unternehmensgrösse: Weniger als 20 Beschäftigte; kein 13. Monatslohn; keine Sonderzahlungen). Unter Berücksichtigung der Sozialabzüge ergibt sich ein Nettolohn von Fr. 4'597.25.

bb) Gründe, weshalb dieses Einkommen effektiv nicht erzielbar oder dessen Erzielung dem Ehemann nicht möglich oder zumutbar sein sollte, sind nicht ersichtlich. Nicht gefolgt werden kann der Vorinstanz, wenn sie anführt, der Ehemann habe glaubhaft ausgeführt, dass er in seinem Alter und aufgrund fehlender Fremdsprachenkenntnisse auf dem Arbeitsmarkt schlechte Aussichten habe. Dass Fremdsprachen ein derartiges Ausschlusskriterium wären, dass eine 57-jährige Person, die bis anhin voll arbeitstätig war (zunächst im Anstellungsverhältnis, sodann selbständig bzw. auf "Projekten"), schlichtweg keine Stelle mehr finden würde, erscheint abwegig. Vor allem aber findet dieser Schluss in der vom Ehemann vor Vorinstanz eingereichten Bewerbungsliste



keine Stütze. Im Übrigen behauptet der Ehemann selbst nicht, dass er auch bei Ausweitung seiner Bewerbungsbemühungen auf Stellen ohne Leitfunktion keine Stelle finden könnte. Schliesslich gilt zu erwähnen, dass die vom Ehemann eingereichten Unterlagen insofern unbehelflich sind, als diesen nicht zu entnehmen ist, ob der Ehemann das Anforderungsprofil für die Stellen jeweils mehrheitlich erfüllte und ob seine schriftlichen Bewerbungen qualitativ zu genügen vermochten. Zur Glaubhaftmachung, dass er sich erfolglos ernsthaft und seriös um eine neue Stelle bemüht hätte, um seine Erwerbskraft vollständig auszuloten, hätte der Ehemann weitere Unterlagen bzw. verschiedene konkrete Bewerbungsunterlagen einreichen müssen (vgl. OGer ZH LE170021 E. 2.13). Unbeachtlich zu bleiben hat die vom Ehemann erstmals mit der Berufungsantwort eingereichte "Dateiübersicht betreffend Bewerbungsschreiben ... und Absagen für die Zeitspanne 2018 – 2020" (vgl. Art. 317 Abs. 1 ZPO). Der Vollständigkeit halber zu bemerken bleibt aber, dass auch diese Liste nicht dazu taugt, unterhaltsrechtlich ausreichende Stellensuchbemühungen glaubhaft zu machen. Die Liste, aus der jeweils einzig der Betreff der entsprechenden Nachrichten ersichtlich ist, sagt zur Qualität der Bewerbungen des Ehemanns nichts aus.

cc) Die Übergangsfrist ist vorliegend kurz zu halten. Nach der Rechtsprechung muss eine Einkommenssteigerung dort ausser Betracht bleiben, wo die reale Möglichkeit einer solchen fehlt (BGE 128 III 4 E. 4a m.H.). Diese Rechtsprechung gilt für Sachverhalte, in denen der Richter die Pflicht zur Aufnahme oder Ausweitung der Erwerbstätigkeit bejaht und von der betreffenden Partei durch die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens eine Umstellung ihrer Lebensverhältnisse verlangt. Anders verhält es sich, wenn der (hier: präsumtive) Unterhaltsschuldner bzw. Unterhaltsgläubiger schon bis anhin einer vollzeitlichen Erwerbstätigkeit nachgegangen ist und seine vorbestehende Unterhaltspflicht erfüllt hat. Denn in diesem Fall bedarf der Schuldner bzw. der Gläubiger keiner Übergangs- oder Anpassungsfrist, um eine Erwerbstätigkeit aufnehmen oder ausweiten und hierzu seine Lebensverhältnisse umstellen zu können. Begnügt sich der Unterhaltspflichtige bei einem unfreiwilligen Stellenwechsel wissentlich mit einer nur ungenügend einträglichen Erwerbstätigkeit, so hat er sich anrechnen zu lassen, was er unter den gegebenen Umständen zu



erwirtschaften vermöchte (BGer 5A\_692/2012 E. 4.3; BGer [5A\\_341/2011 E. 2.5.1](#)). Eine Umstellung der Lebensverhältnisse ist vorliegend nicht erforderlich: Zum einen bezifferte der Ehemann sein Arbeitspensum vor Vorinstanz selbst mit "[t]heoretisch 100% und praktisch auch". Davon, dass er sich nach Auflösung seiner GmbH per XX.XX.2020 würde damit begnügen können, an seinen (zumindest bislang) ertragslosen "Projekten" zu arbeiten, konnte er – mangels Rechtskraft auch angesichts des vorinstanzlichen Entscheids – nicht ausgehen. Gemäss dem Grundsatz von Treu und Glauben ist ein hypothetisches Einkommen indes nur für die Zukunft anzurechnen. Es erscheint daher angezeigt, ab 1. März 2021 von einem hypothetischen Einkommen des Ehemanns von Fr. 4'597.30 auszugehen.