



Fall-Nr.:	FS.2020.21/23-EZE2
Stelle:	Kantonsgericht
Rubrik:	Zivilkammern (inkl. Einzelrichter)
Publikationsdatum:	07.07.2021
Entscheiddatum:	26.04.2021

Entscheid Kantonsgericht, 26.04.2021

Art. 163 ZGB, Art. 176 ZGB: Leben die Ehegatten zur Zeit des Entscheides seit mehr als zwei Jahren getrennt, ist für die künftige Zeit die Pflicht der Ehefrau zur Aufnahme einer Erwerbstätigkeit unter Miteinbezug der Rechtsprechung zu Art. 125 ZGB zu würdigen. Wenn die Ehefrau geltend macht, es sei ihr in tatsächlicher Hinsicht nicht möglich, ein Einkommen zu erzielen, hat sie dies zu beweisen. Hinsichtlich der Rechtsfrage der Zumutbarkeit ist eine Abwägung zwischen der Erwerbsobliegenheit gemäss Art. 125 ZGB einerseits, und andererseits dem Umstand, dass die Eheleute während der Ehe eine einvernehmliche Rollenteilung hatten, welche darauf beruhte, dass die Ehefrau keiner Erwerbstätigkeit nachging, vorzunehmen. Solange die Eheleute noch verheiratet sind, erscheint es falsch, den scheidungsrechtlichen Grundsätzen und mithin dem Grundsatz der Erwerbsobliegenheit den überwiegenden Vorrang zu geben. Die von den Eheleuten frei gewählte Rollenteilung während der Ehe hatte massgeblichen Einfluss auf die (Arbeits-) Biografie der Ehefrau und der damit verbundenen langen Absenz auf dem Arbeitsmarkt (Kantonsgericht, Einzelrichter im Familienrecht, 26. April 2021, FS.2020.21/23-EZE2).

Zusammenfassung des Sachverhalts:

A. B., 1969, und C. D., geb. 1967, heirateten im Dezember 2008 und trennten sich im Oktober 2018. Mit Gesuch vom 13. November 2018 beantragte C. D. beim Kreisgericht X. den Erlass von Eheschutzmassnahmen. Im Rahmen der Hauptverhandlung schlossen die Ehegatten einen Teilvergleich betr. Nutzung der ehelichen Liegenschaft (Zuweisung an Ehefrau) sowie der Anordnung der Gütertrennung. Sie ersuchten das



St.Galler Gerichte

Gericht, über allfällige Unterhaltsansprüche zu befinden. Gegen den Entscheid des Familienrichters erhob A. B. Berufung.

Aus den Erwägungen:

3. Die Vorinstanz wandte vorliegend die zweistufige Berechnungsmethode mit Überschussteilung an. Diese wurde von den Parteien nicht in Frage gestellt, womit sie auch im Berufungsverfahren angewandt werden kann, zumal sie auch mit der neuesten bundesgerichtlichen Rechtsprechung im Einklang steht (BGer 5A_88/2019 E. 4.3).

4.a) Im vorliegenden Verfahren ist einzig der allfällige Unterhaltsanspruch der Ehefrau strittig. Dabei ist in einem ersten Schritt der anhand des zuletzt gemeinsam gelebten Standards der gebührende Unterhalt zu ermitteln, in einem zweiten Schritt die Eigenversorgungskapazität, d.h. die Zumutbarkeit und die Möglichkeit zur Bestreitung des gebührenden Unterhalts aus eigener Kraft, und drittens der allenfalls durch den anderen Ehegatten geschuldete Unterhaltsbeitrag zu bestimmen (BGer 5A_104/2018 E. 4).

b) Vorab ist festzuhalten, dass es bei der Festsetzung von ehelichen Unterhaltsbeiträgen (also im Eheschutzverfahren), nicht um eine naheheliche Solidarität geht, sondern um den während der Ehe von Gesetzes wegen bestehenden Unterhaltsanspruch. Dieser entsteht nicht erst allmählich im Laufe der Ehe, sondern beginnt mit der Heirat in vollem Umfang und endet erst bei der Eheauflösung (Maier, Berechnung ehelicher und nahehelicher Unterhaltsbeiträge, AJP 2020 S. 1276, 1278). Im Hinblick auf das allfällige Scheidungsverfahren wird aber zu prüfen sein, ob die Ehefrau ihre Erwerbsfähigkeit aufgrund eines gemeinsamen Lebensplanes aufgegeben oder nicht (vgl. zum Ganzen BGer 5A_907/2018 E. 3.4.3). Nachdem die Ehefrau ihre



Erwerbstätigkeit bereits vor rund 18 Jahren, d.h. ca. sechs Jahre vor der Heirat, aufgegeben hat, wird die Frage eher zu verneinen sein.

Zuletzt gelebter gemeinsamer Lebensstandard

5. Als erstes zu ermitteln ist der während des gemeinsamen Haushalts zuletzt gelebte Lebensstandard, auf dessen Fortführung bei genügenden Mitteln beide Ehegatten Anspruch haben. Bei beschränkten finanziellen Mitteln besteht Anspruch auf gleichwertige Lebensführung (BGE 140 III 337 E. 4.2.1; BGer 534/2019 E. 4.1). Auszugehen ist dabei grundsätzlich von den bisherigen ausdrücklichen oder stillschweigenden Vereinbarungen der Ehegatten über Aufgabenteilungen und Geldleistungen, die der ehelichen Gemeinschaft eine bestimmte Struktur gegeben haben (Art. 163 Abs. 2 ZGB). Der so ermittelte Beitrag zuzüglich der trennungsbedingten Mehrkosten stellt gleichzeitig die Obergrenze des Unterhaltsanspruchs dar. Der eine Ehegatte soll nach der Trennung kein materiell besseres, immerhin aber – soweit möglich – das gleich gute Leben wie bis anhin führen dürfen (BGE 140 III 337 E. 4.2.1; OGer ZH LE190006 E. II.6.4; FamKomm/Scheidung Vetterli, 3. Aufl., Art. 176 ZGB N 31; Bähler, Unterhaltsberechnungen – von der Methode zu den Franken, FamPra.ch 2015 S. 271, 283 ff.; s. auch Hurni, Ehelicher Standard als absolute Obergrenze?, FamPra.ch 2020, S. 119). Nachdem keine Sparquote behauptet ist, konkretisiert die zweistufige Berechnungsmethode (vgl. vorstehend E. 3) den zuletzt gemeinsam gelebten Standard. Bei deren Anwendung entspricht das Ergebnis nach Überschussverteilung dem gebührenden Unterhalt; eine nähere Berechnung erübrigt sich (BGer 5A_891/2018 E. 4.4 und 5A_129/2015 E. 3.2). Da die trennungsbedingten Mehrkosten die Hälfte der der Ehefrau anzurechnenden Einkommenssteigerung (vgl. E. 6) deutlich übersteigen, braucht der zuletzt gemeinsam gelebte Lebensstandard nicht separat berechnet zu werden. In den folgenden Erwägungen wird deshalb vorerst das Einkommen der Ehegatten ermittelt und ihrem Bedarf gegenübergestellt.

Einkommen Ehefrau



6.a) Die Ehefrau ist seit Januar 2002 nicht mehr berufstätig, vor rund 30 Jahren hat sie eine Lehre als kaufmännische Angestellte abgeschlossen. Zwischendurch hat sie gemeinsam mit dem Ehemann Zeitungen ausgetragen. Gemäss Angaben der Ehefrau habe im besagten Zeitraum der Ehemann das Austragen übernommen, sie habe diese Tätigkeit lediglich vom Dezember 2003 bis September 2004 ausgeübt. Die Vorinstanz hat ihr – nach Gewährung einer Übergangsfrist von einem Jahr – ab 1. Oktober 2020 für eine 100%-Stelle ein hypothetisches Einkommen von monatlich netto Fr. 2'986.70 angerechnet. Der Ehemann beantragt, der Ehefrau sei ein hypothetisches Einkommen von mindestens Fr. 4'000.00 anzurechnen, dies entspreche dem Mindestlohn im Detailhandel. Die Ehefrau entgegnet, es sei ihr aufgrund sämtlicher Umstände – Alter, Gesundheit, Rollenverteilung, Dauer der Ehe bzw. des Konkubinats – weder zumutbar noch möglich, einer Erwerbstätigkeit in einem 100%-Pensum nachzugehen. Zudem gehe es im vorliegenden Verfahren lediglich um die Regelung der Trennungszeit, womit von der Anrechnung eines hypothetischen Einkommens vollständig abzusehen sei.

Die Anrechnung von hypothetischem Einkommen ist möglich, wenn ein derartiges Einkommen sowohl zumutbar als auch möglich ist. Dabei ist zu beachten, dass die Zumutbarkeit eine Rechtsfrage ist, die tatsächliche Möglichkeit eine Tatfrage bildet (vgl. z.B. BGE 143 III 233 E. 3.2.). Grundsätzlich liegt dabei die Beweislast bei der Ehefrau, die Unterhalt verlangt (vgl. v.a. ZK- Jungo, 3. Aufl., Art. 8 ZGB N 572). Speziell für das Eheschutzverfahren gilt es festzuhalten, dass 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 das 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, 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; KGer Basel-Land 400 17 340 E. 2.1; Maier, a.a.O., 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 nahehelichen 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; BGE 137 III 385 E. 3.1; Maier, a.a.O., 1281). Nachdem die Ehegatten im Zeitpunkt des Ergehens des Berufungsentscheidendes bereits während ca. zweieinhalb Jahren getrennt leben und – wie zu zeigen sein wird – die Annahme eines hypothetischen Einkommens ohnehin nur für die Zukunft zulässig ist, wird für die künftige Zeit die Pflicht der Ehefrau zur Aufnahme einer Erwerbstätigkeit unter Miteinzug der Rechtsprechung zu Art. 125 ZGB zu würdigen sein.

b) Gemäss BGer 5A_104/2018 E. 4 ist nach Möglichkeit in einem ersten Schritt in tatsächlicher Hinsicht zu prüfen, ob es der Ehefrau möglich ist, sich in Zukunft wieder selber versorgen zu können und eine entsprechende Anstellung zu finden. Es ist also zu prüfen, inwiefern es der bei der Trennung 49-jährigen und heute 52-jährigen Ehefrau tatsächlich möglich ist, auf dem Arbeitsmarkt eine Anstellung zu finden. Dabei ist die effektive Erzielbarkeit (angesichts des Alters, der Gesundheit, der Ausbildung und persönlichen Fähigkeiten, der Arbeitsmarktlage etc.) eine Tatfrage (vgl. z.B. BGer 5A_104/2018 E. 6). Die Ehefrau hat zahlreiche ärztliche Bestätigungen und Atteste ins Recht gelegt, welche ihre vollständige Erwerbsunfähigkeit aufzeigen sollen. Die Vorinstanz hielt in diesem Zusammenhang zusammengefasst fest, [...]. Die Frage, welche Leiden tatsächlich und nachhaltig deren Erwerbsfähigkeit beeinträchtigen sollen, sei daher nicht geklärt. Hinzu komme, dass sich die Ehefrau nie um eine Anmeldung bei der Invalidenversicherung (IV) bemüht habe.



Es ist der Vorinstanz zuzustimmen, dass den von der Ehefrau eingereichten Unterlagen keine (vollständige) Arbeitsunfähigkeit entnommen werden kann. Eine Attestierung einer 100%igen Arbeitsunfähigkeit liegt für den Zeitraum vom 14. Juni bis 8. Juli 2019 im Recht und es findet sich eine Bestätigung, dass die Ehefrau seit dem 8. Juli 2019 regelmässig in ambulanter psychiatrisch-psychotherapeutischer Behandlung ist. Aus dem Schreiben von Dr. med. geht zwar u.a. hervor, dass bei der Ehefrau eine erhebliche Einschränkung der Beweglichkeit der Halswirbelsäule vorliege und vor zehn Jahren ein Bandscheibenvorfall erfolgt sei. Die von ihm empfohlene neurologische Abklärung zur Objektivierung der Befunde hinsichtlich der Belastbarkeit wurde allerdings von der Ehefrau nicht vorgenommen. Aus dem hausärztlichen Bericht vom XX.XX.2019 ergibt sich, dass anfangs der 90iger Jahre die Diagnose einer Reizdarmproblematik gestellt worden sei, diese dann zusehends von Beschwerden aus dem Bewegungsapparat überlagert worden seien. Der Wiedereinstieg in ein Arbeitsverhältnis sei mit dem Krankheitshintergrund schwierig und die Ehefrau habe nun 18 Jahre nicht mehr gearbeitet. Zur langfristigen Arbeitsfähigkeit könne sie als Hausärztin jedoch nicht Stellung nehmen, dies müsse von Experten aus dem Kreis der Arbeitsmedizin beurteilt werden. Wie bereits die Vorinstanz zutreffend festgestellt hat und der Ehefrau im Übrigen auch von ihren behandelnden Ärzten empfohlen wurde, fehlt eine Fachmeinung über die Arbeitsfähigkeit bei Vorliegen der gegebenen Diagnosen. Aus keinem ärztlichen Attest/Bericht geht hervor, inwiefern das entsprechende Krankheitsbild zu einer Einschränkung der Arbeitsunfähigkeit führt und welche Art von Arbeiten nicht mehr möglich sein könnten (z.B. schwere körperliche Arbeiten aufgrund des Bandscheibenvorfalles). Ebenfalls hat es die Ehefrau, trotz Hinweis der Vorinstanz an der Hauptverhandlung unterlassen, sich bei der IV anzumelden. Der Beweis einer ganzen oder teilweisen Erwerbsunfähigkeit gelingt nur mit einer fachlich fundierten Diagnose sowie einer Prognose über die Entwicklung des Gesundheitszustandes (vgl. Bächler/Clausen, Die Eigenversorgungskapazität im Recht des nahehelichen Unterhalts: Theorie und Rechtsprechung, FamPra.ch 2015 1, 14), was vorliegend gerade nicht erfüllt ist. Überdies hat die Ehefrau im Nachgang zum vorinstanzlichen Entscheid die Anmeldung beim RAV vorgenommen und in der Zwischenzeit zahlreiche Bewerbungen geschrieben. Scheinbar geht sie nun selber von mindestens einer teilweisen Arbeitsfähigkeit aus, ansonsten sie die Anmeldung für die IV längst vorgenommen hätte (der entsprechende Hinweis, eine IV-Anmeldung müsse



gut überdacht werden, da ein ablehnender Entscheid massive Auswirkungen auf eine Neuanschuldung haben würde, mutet im Rahmen eines Eheschutzverfahrens seltsam an, geht es in diesem doch um die finanziellen Belange).

Auch aus der von der Ehefrau erwähnten 45er-Regel kann die Ehefrau nichts (mehr) zu ihren Gunsten ableiten, hat doch das Bundesgericht diese in einem neueren Entscheid formell aufgehoben (BGer 5A_104/2018 E. 5.5) und festgehalten, es hänge stark vom Berufsfeld und der Ausbildung ab, ob und wie schnell ein (Wieder-) Einstieg ins Erwerbsleben gelingen könne.

Offensichtlich gestaltet sich Stellensuche nicht einfach, verfügt die Ehefrau doch über keinerlei Berufserfahrungen, ein Wiedereinstieg in ihren erlernten Beruf ist aufgrund der Entwicklungen der letzten Jahre nicht mehr möglich und sie fühlt sich gesundheitlich eingeschränkt. Wenn die Ehefrau nun geltend macht, es sei ihr nicht möglich, ein Einkommen zu erzielen, hat sie dies aber zu beweisen. Die Anforderungen dafür sind hoch (vgl. Bähler/Dubois, Arbeitskreis 1: Die Eigenversorgungskapazität in der Praxis, in: Schwenger/Büchler/Fankhauser: Siebte Schweizer Familienrechtstage S. 91 ff., 94 mit Hinweis auf BGer vom 4.5.2009 i.S. 5A_76/2009 und OGer ZH vom 26.4.2012 i.S. LQ080089 und vom 25.4.2012 i.S. LP100095 sowie vom 15.3.2013 i.S. LE110045). Sie müsste genau und im Einzelnen darlegen, wozu sie sich (nicht) in der Lage fühlt, was genau sie unternommen hat und warum es ihr nicht gelungen ist, eine Stelle zu finden. Hierfür hat sie allerdings nur ihre Arbeitsbemühungen im RAV-Formular (Nachweis der persönlichen Arbeitsbemühungen) sowie diverse Absagen eingereicht. Ein Bewerbungsschreiben von ihr, welche die Qualität eines solchen aufzeigen würde, liegt nicht vor. Immerhin lässt sich sagen, dass sich die Ehefrau grösstenteils auf Stellen beworben hat, welche mit ihren Fähigkeiten vereinbar sein könnten (Reinigungsmitarbeiterin, Sachbearbeiterin, Mitarbeiterin Cafeteria). Kommt hinzu, dass aufgrund der aktuellen wirtschaftlichen Lage – Corona-Krise, insbesondere Berufe im Gastgewerbe betroffen – eine Stellensuche erschwert sein dürfte und sich dies wohl nicht in Kürze verändern wird. Abschliessend ist auf die Rüge der Ehefrau einzugehen,



dass die Vorinstanz keine Ausführungen gemacht habe, warum ihr ein Vollpensum zugemutet werde. Dieser Rüge liegt aber eine Fehlüberlegung zugrunde. Es ist vielmehr die Behauptungs- und Beweislast der Ehefrau selber (und nicht der Vorinstanz), dass es ihr nicht möglich ist, ein – normalerweise zu erfüllendes – Vollpensum zu erfüllen (zur Behauptungs- und Beweislast für den Ehegattenunterhalt vgl. ZK-Jungo, a.a.O., Art. 8 ZGB N 564 a.E.). "Nach Vertrauenskriterien ist von der bestehenden Leistungsfähigkeit, von der Validität von Menschen auszugehen und somit auch von der Eigenversorgungskapazität der Unterhaltsgläubigerin: Menschen sind im Allgemeinen gesund und leistungsfähig. Wer etwas Abweichendes geltend macht, hat dies zu beweisen" (Jungo, Beweis der nahehelichen Unterhaltsforderung – oder: wer trägt die Beweislast für die (fehlende) Sparquote?, FamPra.ch 2020 S. 939 ff., 941). Nachdem die Ehefrau aber Gründe für die von ihr geltend gemachte Einschränkung der Erwerbsfähigkeit weder substantiiert behauptet noch bewiesen hat, musste die Vorinstanz bzw. muss jetzt der Berufungsrichter von einem Vollpensum ausgehen.

c) Die Vorinstanz hat der Ehefrau für ein 100%-Pensum ein monatliches Nettoeinkommen von Fr. 2'986.70 angerechnet. Dieser Betrag wurde von der Ehefrau mindestens implizit anerkannt, ging sie doch für ein 50%-Pensum selber von einem anrechenbaren Einkommen von Fr. 1'493.35 aus. Diese Einkommenshöhe erscheint als realistisch und auch die von der Vorinstanz verwendeten Parameter für die Ermittlung des Einkommens wurden von den Parteien nicht in Frage gestellt.

Der vom Ehemann geforderte Betrag von mindestens ca. Fr. 4'000.00 netto unter Hinweis auf die Löhne im Detailhandel ist zu hoch. Zum einen ergibt sich aus dem vom Ehemann angeführten Lohnvergleich nicht, ob die angeführten Mindestlöhne brutto oder netto zu verstehen sind. Überdies setzen die angeführten Löhne eine dreijährige Ausbildung voraus (<https://detailhandels-jobs/lohnvergleich-detailhandel>), die die Ehefrau gerade nicht besitzt. Sie hat eine im Detailhandel nicht verwertbare, vor ca. 30 Jahren abgeschlossene kaufmännische Ausbildung. Es wird ihr mithin ein Einkommen in der Höhe von monatlich gerundet Fr. 3'000.00 für ein Vollpensum angerechnet.



d) Zu klären bleibt die Frage der Übergangsfrist. Die Vorinstanz hat der Ehefrau eine solche von einem Jahr, beginnend im Oktober 2019 zugestanden. Der Ehemann hält dem entgegen, die Beziehung sei bereits im Juni 2018 beendet gewesen und die Ehefrau wäre bereits seit Juni 2018 angehalten gewesen, eine Stelle zu finden oder sich bei der IV anzumelden. Eine Übergangsfrist von einem Jahr ab dann, d.h. die Anrechnung des hypothetischen Einkommens ab Juni 2019, wäre adäquat. Die Ehefrau ist mit der von der Vorinstanz gewährten Übergangsfrist für den Fall einverstanden, wenn die Berufungsinstanz zum Schluss gelangt, dass der Ehefrau das hypothetische Einkommen für eine Erwerbstätigkeit anzurechnen wäre, wobei das Einkommen auf ein Pensum von 50% von Fr. 1'493.35 zu beschränken wäre. Da hier eine Erwerbsobliegenheit der Ehefrau bejaht wird, wird der Ehefrau gemäss diesem Zugeständnis ab Oktober 2020 ein hypothetisches Einkommen von gerundet Fr. 1'500.00 pro Monat angerechnet.

Da die Ehefrau, wie bereits erwähnt (vorstehend lit. b), nicht rechtsgenügend dargetan hat, warum ihr eine Arbeitstätigkeit nicht möglich ist, stellt sich die Frage, ob ihr – nach einer angemessenen Übergangsfrist – ein Vollzeitpensum zumutbar ist. Hierbei ist eine Abwägung zwischen der Erwerbsobliegenheit gemäss Art. 125 ZGB einerseits, und andererseits dem Umstand, dass die Eheleute während der Ehe (diese dauerte fast 10 Jahre) eine einvernehmliche Rollenteilung hatten, welche darauf beruhte, dass die Ehefrau keiner Erwerbstätigkeit nachging, vorzunehmen. Solange die Eheleute noch verheiratet sind, erschiene es falsch, den scheidungsrechtlichen Grundsätzen und mithin dem Grundsatz der Erwerbsobliegenheit den überwiegenden Vorrang zu geben. Die von den Eheleuten frei gewählte Rollenteilung während der Ehe hatte massgeblichen Eindruck auf die (Arbeits-) Biografie der Ehefrau und der damit verbundenen langen Absenz auf dem Arbeitsmarkt. Als Folge daraus ist bei der Ehefrau im Rahmen des Eheschutzverfahrens nicht zumutbar, eine weitere Erhöhung des Arbeitspensums vorzunehmen. Dies wird im Rahmen des Ehescheidungsverfahrens zu prüfen sein.