

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

5A 98/2016

Urteil vom 25. Juni 2018

II. zivilrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter von Werdt, Präsident,
Bundesrichter Marazzi, Herrmann, Schöbi, nebenamtliche Bundesrichterin van de Graaf,
Gerichtsschreiber Möckli.

Verfahrensbeteiligte

A. _____,
vertreten durch Rechtsanwalt Paul Schwizer,
Beschwerdeführer,

gegen

B. _____,
vertreten durch Advokatin Stefanie Mathys-Währer,
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand

Abänderung des Scheidungsurteils,

Beschwerde gegen den Entscheid des Kantonsgerichts Basel-Landschaft, Abteilung Zivilrecht, vom 1. Dezember 2015 (400 15 175).

Sachverhalt:

A.

Mit Urteil vom 21. März 2013 schied das Bezirksgericht Sissach die von A. _____ und B. _____ am xx.xx.2006 in U. _____ geschlossene Ehe. Es teilte die elterliche Sorge über die gemeinsamen Kinder C. _____ (geb. 2003) und D. _____ (geb. 2008) dem Vater zu und regelte das Besuchsrecht der Mutter. Sodann verpflichtete es diese, basierend auf einem hypothetischen Jahreseinkommen von Fr. 37'200.–, zu Kinderunterhaltsbeiträgen von je Fr. 450.– bis zum 12. Altersjahr und danach bis zur Mündigkeit von je Fr. 550.–.

Am xx. Juni 2013 gebar B. _____ das Kind E. _____, dessen biologischer Vater der neue Lebenspartner ist. Mit Entscheid vom 7. März 2014 stellte das Kreisgericht Wil fest, dass A. _____ nicht der Vater von E. _____ ist.

B.

Mit Abänderungsklage vom 15. Oktober 2013 beantragte B. _____ die Aufhebung ihrer Unterhaltspflicht gegenüber den Kindern C. _____ und D. _____. A. _____ beantragte die Abweisung der Klage, soweit darauf einzutreten sei.

Mit Urteil vom 22. Januar 2015 hob das Zivilkreisgericht Basel-Landschaft Ost die Unterhaltspflicht gegenüber der Tochter C. _____ per Rechtskraft des Urteils auf; diejenige gegenüber dem Sohn D. _____ hob es für die Zeit ab Rechtskraft des Urteils bis Juni 2023 ebenfalls auf und reduzierte sie für die Zeit ab Juli 2023 auf

Fr. 200.–, basierend auf einem hypothetischen Nettoeinkommen der Mutter von Fr. 2'480.– bei einem Pensum von 80 %.

Die hiergegen erhobene Berufung von A._____ wies das Kantonsgericht Basel-Landschaft mit Entscheid vom 1. Dezember 2015 ab, unter Bestätigung des angefochtenen Urteils.

C.

Dagegen hat A._____ am 1. Februar 2016 eine Beschwerde in Zivilsachen eingereicht mit den Begehren um dessen Aufhebung und Verpflichtung der Beschwerdegegnerin zu monatlichen Unterhaltsbeiträgen von je mindestens Fr. 450.– (zzgl. Kinderzulagen) bis zum 12. Altersjahr und danach bis zur Mündigkeit bzw. bis zum ordentlichen Abschluss einer angemessenen Erstausbildung von je mindestens Fr. 500.– (zzgl. Kinderzulagen), eventualiter die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur Neubeurteilung. Am 21. November 2017 hat sich die Vorinstanz vernehmen lassen. Mit Vernehmlassung vom 23. November 2017 schliesst die Beschwerdegegnerin auf Abweisung der Beschwerde. Ferner verlangen beide Parteien die unentgeltliche Rechtspflege.

Erwägungen:

1.

Angefochten ist ein kantonal letztinstanzlicher Entscheid betreffend Kindesunterhalt mit Fr. 30'000.– übersteigendem Streitwert; die Beschwerde in Zivilsachen steht offen (Art. 72 Abs. 1, Art. 74 Abs. 1 Bst. b, Art. 75 Abs. 1 und Art. 90 BGG).

In rechtlicher Hinsicht sind alle Rügen gemäss Art. 95 f. BGG zulässig und das Bundesgericht wendet in diesem Bereich das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG), was heisst, dass es behauptete Rechtsverletzungen (Art. 42 Abs. 2 BGG) mit freier Kognition prüft.

2.

Umstritten ist zunächst die Frage, ob veränderte Verhältnisse im Sinn von Art. 134 Abs. 2 i.V.m. Art. 286 Abs. 2 ZGB und damit die Voraussetzungen für eine Abänderung des Kindesunterhalts vorliegen bzw. ob zufolge Rechtsmissbrauches gar nicht erst auf die Abänderungsklage einzutreten wäre.

2.1. Die Vorinstanz hat erwogen, es komme nicht entscheidend auf die Vorhersehbarkeit der Veränderung, sondern darauf an, ob diese bei der ursprünglichen Unterhaltsfestlegung bereits berücksichtigt worden sei. Dies sei unbestritten nicht der Fall und es stehe auch ausser Frage, dass mit der Geburt einer weiteren Tochter eine mögliche Veränderung der Leistungsfähigkeit der Mutter einhergegangen sei. Ferner sei eine Konstellation, in welcher die Geburt eines Kindes als rechtsmissbräuchlich anzusehen wäre, schwer vorstellbar. Damit wären Wertungen verbunden, die nicht nur moralisch-ethisch, sondern auch (grund-) rechtlich höchst bedenklich wären. Eine prozessuale Pflicht zur Anzeige einer bestehenden Schwangerschaft gebe es nicht, denn erst mit der Lebendgeburt eines Kindes würden veränderte Lebensumstände im unterhaltsrechtsrelevanten Sinn auftreten.

2.2. Der Beschwerdeführer rügt eine Verletzung von Art. 286 ZGB und Art. 2 Abs. 2 ZGB. Er macht geltend, auf die Abänderungsklage hätte nicht eingetreten werden dürfen, da nicht von nachträglich veränderten Verhältnissen im Sinne von Art. 286 ZGB ausgegangen werden könne. Die Beschwerdegegnerin sei am Tag der Hauptverhandlung im Scheidungsverfahren im sechsten Monat schwanger und nach Treu und Glauben verpflichtet gewesen, ihn und das Gericht darüber zu informieren. Stattdessen habe sie ihre Schwangerschaft mutwillig verschwiegen und damit alleine zu verantworten, dass die baldige Geburt bei der Fällung des Scheidungsurteils keine Berücksichtigung habe finden können.

2.3. Für die Änderung des im Scheidungsurteil festgelegten Kindesunterhaltes verweist Art. 134 Abs. 2 ZGB auf die Bestimmungen über die Wirkungen des Kindesverhältnisses, mithin auf Art. 286 Abs. 2 ZGB. Die Abänderung bezweckt nicht eine Revision des Scheidungsurteils, sondern die Anpassung an die neue Situation, wobei für die Verhältnisse, wie sie dem Scheidungsurteil zugrunde gelegt wurden, mit denjenigen im Zeitpunkt des Abänderungsbegehrens zu vergleichen sind; dabei ist nicht erheblich, ob die neuen Tatsachen voraussehbar waren, sondern es kommt vielmehr darauf an, ob ihnen bei der Festlegung des Unterhaltsbeitra-

ges im Ausgangsentscheid bereits Rechnung getragen wurde (BGE 128 III 305 E. 5b S. 310; 131 III 189 E. 2.7.4 S. 199; 138 III 289 E. 11.1.1 S. 292; ferner 141 III 376 E. 3.3.1 S. 378; 143 III 617 E. 3.1 S. 619).

2.4. In tatsächlicher Hinsicht steht fest, dass die Geburt eines weiteren Kindes im Scheidungsurteil kein Thema war. Sodann ist nicht bestritten, dass die Geburt bei der Mutter potentiell zu einer erheblichen Veränderung der Verhältnisse geführt haben kann.

Es ist zufolge entsprechender Rüge jedoch zu prüfen, ob die Mutter die Veränderung durch eigenmächtiges, widerrechtliches oder missbräuchliches Verhalten herbeigeführt hat und deshalb keinen Schutz verdient (BGE 141 III 376 E. 3.3.1 S. 378; Urteile 5A 117/2010 vom 5. März 2010 E. 3.3; 5A 101/2013 vom 25. Juli 2013 E. 3.1). Unter dem Stichwort "Rechtsmissbrauch" anerkennt der Beschwerdeführer zwar, dass nicht die Geburt eines Kindes als solche rechtsmissbräuchlich wäre; er macht jedoch geltend, das Verschweigen der Schwangerschaft an der Hauptverhandlung vom 21. März 2013 sei als rechtsmissbräuchlich zu qualifizieren.

2.5. Zwar hätte die Offenlegung der Schwangerschaft es ermöglicht, für den Fall der Lebendgeburt die neue Situation bereits im Scheidungsurteil zu regeln. Ein fast unmittelbar nach der Rechtskraft des Scheidungsurteils eingeleitetes Abänderungsverfahren hätte sich damit erübrigt. Dem kann allenfalls gestützt auf Art. 108 ZPO bei der Kostenregelung für das Abänderungsverfahren Rechnung getragen werden. Hingegen stellt das Vorgehen der Beschwerdegegnerin weder Rechtsmissbrauch noch einen Nichteintretensgrund für das Abänderungsverfahren dar: Dass sie irgendwelche unrechtmässigen Vorteile erlangt hätte, behauptet auch der Beschwerdeführer nicht; sodann kommt es bei der Abänderung, wie in E. 3.3 ausgeführt, einzig darauf an, ob der neuen Situation im Scheidungsurteil bereits Rechnung getragen worden ist oder nicht. Das Vorbringen des Beschwerdeführers geht somit fehl.

3.

In der Sache selbst geht es um das Ausmass der Veränderung der Verhältnisse in Abhängigkeit vom Erwerbsgrad, wie er der Mutter zumutbar ist.

3.1. Das Kantonsgericht hat erwogen, aufgrund der 10/16-Regel könne die Aufnahme einer Teilzeitarbeit einer kinderbetreuenden Frau erst dann zugemutet werden, wenn das jüngste Kind mit zehn Jahren dem Kleinkindalter entwachsen sei, und eine volle Erwerbstätigkeit erst, wenn das jüngste Kind das 16. Altersjahr vollendet habe. Diese Regel stelle eine Leitlinie dar, von der im Einzelfall bei Vorliegen entsprechender Umstände abgewichen werden könne. Es teile die Auffassung des Zivilkreisgerichts Basel-Landschaft Ost, welches eine Erwerbstätigkeit der Mutter von 40 % als zumutbar erachtet habe. Sie sei bis zum Zeitpunkt, als die gemeinsamen Kinder unter die Obhut des Vaters gestellt worden seien, vollumfänglich für deren Betreuung zuständig und in diesen Jahren überhaupt nicht oder nur in geringem Ausmass erwerbstätig gewesen. Der Beschwerdeführer sei zurzeit ebenfalls nur zu 60 % erwerbstätig, um seinen Betreuungspflichten nachzukommen. Die Beschwerdegegnerin habe eine nunmehr etwas über zweijährige Tochter zu betreuen, während beim Beschwerdeführer die Betreuung eines sieben- und eines zwölfjährigen Kindes anstehe. E. _____ habe wie die gemeinsamen Kinder der Parteien das Recht, in den ersten Lebensjahren überwiegend von der Mutter betreut zu werden.

3.2. Unter dem Titel "Verletzung des Grundsatzes der Geschwistergleichbehandlung" macht der Beschwerdeführer eine Verletzung von Art. 276 und 285 ZGB geltend; gleichzeitig verletze das Kantonsgericht, obwohl die Vorschrift keine unmittelbare Drittwirkung in den Beziehungen zwischen Privatpersonen habe, auch Art. 8 Abs. 2 BV.

Im Einzelnen führt er aus, Kinder aus verschiedenen Beziehungen hätten Anspruch darauf, nach Massgabe ihrer objektiven Bedürfnisse gleich behandelt zu werden. Die Beschwerdegegnerin habe deshalb ihre Leistungsfähigkeit grundsätzlich gleichmässig auf alle drei Kinder zu verteilen, d.h. jedem Kind stehe ein Drittel davon zu. Nach der kantonsgerichtlichen Lösung werde sie für die nächsten Jahre von jeglichen Unterhaltspflichten gegenüber D. _____ entbunden und für C. _____ müsse sie überhaupt nie mehr in irgendeiner Form Unterhalt leisten. Sie werde insofern für die nächste Zeit bzw. gegenüber C. _____ sogar gänzlich aus allen Pflichten entlassen und die gesamte finanzielle und betreuende Unterhaltslast für die beiden gemeinsamen Kinder werde allein ihm als Vater auferlegt. Dazu komme, dass D. _____ an POS und C. _____ an

ADHS leide, was seine Belastung zusätzlich erhöhe. Nach anfänglicher Vollzeittätigkeit habe er das Pensum auf 80 % und vorübergehend auf 60 % reduziert und arbeite jetzt wieder zu 80 %. Demgegenüber arbeite die Beschwerdegegnerin nur zu 40 % und könne sich für den ganzen Rest um E. _____ kümmern.

Der Beschwerdeführer macht weiter geltend, die Trennung habe die Lebensverhältnisse der Parteien unstreitbar verändert und erfordere zwangsläufig Anpassungen auf beiden Seiten. Auch die Mutter müsse ihr Möglichstes tun, damit der Unterhalt der beiden gemeinsamen Kinder gedeckt sei, und deshalb insbesondere auch ihre Arbeitskraft in Bezug auf die nicht unter ihrer Obhut stehenden Kinder ausschöpfen. Die Schweizer Rechtsordnung kenne keinen Anspruch auf Eigenbetreuung, wobei diesbezüglich auch auf die SKOS-Richtlinien zu verweisen und es im Übrigen eine Erfahrungstatsache sei, dass Fremdbetreuung wertvoll sei, weil so Einzelkinder in den Kontakt mit anderen Kindern kämen. Erwiesenermassen bestünden für die Beschwerdegegnerin zahlreiche Möglichkeiten, die Fremdbetreuung von E. _____ auszubauen (Kindertagesstätte, Tagesmutter, Betreuung durch den leiblichen Vater, durch die Grosseltern oder weitere Verwandte). Bei einem inzwischen dreijährigen und gesunden Mädchen spreche nichts dagegen.

3.3. Wie der Beschwerdeführer zutreffend festhält, entfaltet Art. 8 Abs. 2 BV seine Schutzwirkung grundsätzlich nur im Verhältnis zwischen Bürger und Staat. Die Vorschrift hat keine unmittelbare Drittwirkung in den Beziehungen zwischen Privatpersonen. Indessen sind bei der Auslegung der Vorschriften des Zivilrechts die besonderen Anforderungen zu berücksichtigen, die sich aus den Grundrechten ergeben (BGE 137 III 59 E. 4.1 S. 61 f.). Allerdings setzt dies voraus, dass sich der Beschwerdeführer konkret mit den zivilrechtlichen Normen auseinandersetzt und nicht einfach abstrakt auf Grundrechte beruft (vgl. BGE 107 Ia 277 E. 3a S. 280 f.; 143 I 217 E. 5.2 S. 219; Urteile 5P.40/2003 vom 27. Mai 2003 E. 4; 5D 8/2016 vom 3. Juni 2016 E. 3; 5A 362/2016 vom 20. Februar 2017 E. 6.3; 5A 252/2017 vom 21. Juni 2017 E. 5). Diesen Begründungsanforderungen kommt der Beschwerdeführer in allen Teilen nach; er rügt in erster Linie eine Verletzung der anwendbaren zivilrechtlichen Normen und begründet dies ausführlich.

3.4. Der angefochtene Entscheid ist vor dem 1. Januar 2017 ergangen und entsprechend ist auch im bundesgerichtlichen Verfahren das bis dahin geltende Recht anwendbar (vgl. Art. 13c bis Abs. 2 SchlT ZGB).

Die Festsetzung des Unterhaltsbeitrags eines jeden Elternteils richtet sich nach Art. 276 und 285 ZGB. Die Eltern haben für den Unterhalt des Kindes aufzukommen, inbegriffen die Kosten von Erziehung, Ausbildung und Kinderschutzmassnahmen (Art. 276 Abs. 1 ZGB). Der Unterhalt wird durch Pflege und Erziehung oder, wenn das Kind nicht unter der Obhut der Eltern steht, durch Geldzahlung geleistet (Art. 276 Abs. 2 ZGB). Der in Geld zu leistende Unterhaltsbeitrag soll den Bedürfnissen des Kindes sowie der Lebensstellung und Leistungsfähigkeit der Eltern entsprechen und ausserdem Vermögen und Einkünfte des Kindes sowie den Beitrag des nicht obhutsberechtigten Elternteils an der Betreuung des Kindes berücksichtigen (Art. 285 Abs. 1 ZGB). Eine Rangordnung unter den verschiedenen Arten von Unterhaltsleistungen besteht nicht. Ein Elternteil kann, je nach den konkreten Umständen, sowohl Natural- als auch Geldunterhalt schulden (Urteile 5A 309/2012 vom 19. Oktober 2012 E. 3.4; 5A 336/2015 vom 3. März 2016 E. 4.3.1). Die Gleichrangigkeit der Unterhaltsansprüche der unmündigen Kinder gilt jedoch nicht in einem absoluten Sinn, vielmehr sind die Kinder im Verhältnis zu ihren objektiven Bedürfnissen gleich zu behandeln, nicht nur hinsichtlich der Bemessung des Unterhaltsbeitrages in Geld nach Art. 285 ZGB, sondern auch im Verhältnis zwischen Natural- und Geldleistung; eine ungleiche Verteilung von Natural- und Geldunterhalt, gemessen an den objektiven Bedürfnissen der Kinder, ist mithin nicht ausgeschlossen, bedarf aber einer besonderen Rechtfertigung (BGE 137 III 59 E. 4.2.1 S. 62; Urteile 5A 309/2012 vom 19. Oktober 2012 E. 3.4; 5A 86/2013 12. März 2014 E. 3.5).

Bei der Festsetzung des in Geld geschuldeten Unterhaltsbeitrages nach Art. 285 Abs. 1 ZGB ist grundsätzlich vom tatsächlich erzielten Einkommen des Unterhaltspflichtigen auszugehen. Reicht dieses nicht aus, um den ausgewiesenen Bedarf zu decken, kann dem Unterhaltspflichtigen ein hypothetisches Einkommen angerechnet werden, sofern dieses zumutbar und dessen Erzielung tatsächlich möglich ist; dabei ist Rechtsfrage, welche Tätigkeit aufzunehmen als zumutbar erscheint, und Tatfrage, ob die als zumutbar erkannte Tätigkeit möglich und das angenommene Einkommen effektiv erzielbar ist (BGE 137 III 118 E. 2.3 S. 121; 143 III 233 E. 3 S. 235). An die Ausnützung der Erwerbskraft werden im Verhältnis zum unmündigen Kind besonders hohe Anforderungen gestellt, verstärkt noch, wenn wirtschaftlich enge Verhältnisse vorliegen (BGE 137 III 118 E. 3.1 S. 121; zuletzt Urteile 5A 806/2016 vom 22. Februar 2017 E. 4.2; 5A 90/2017 vom 24. August 2017 E. 5.3.1; 5A 47/2017 vom 6. November 2017 E. 8.2, nicht publ. in: BGE 144 III 10).

3.5. Als nicht obhutsberechtigter Elternteil hat die Beschwerdegegnerin ihre Unterhaltspflicht gegenüber C. _____ und D. _____ grundsätzlich durch Geldzahlung zu erfüllen. Zu beurteilen ist diesbezüglich die ihr zumutbare und tatsächlich mögliche wirtschaftliche Leistungsfähigkeit vor dem Hintergrund der zusätzlichen Unterhalts- bzw. Betreuungspflichten gegenüber der nicht gemeinsamen Tochter E. _____ und ferner der Deckung ihres eigenen Bedarfs (zur Belassung des eigenen Existenzminimums BGE 140 III 337 E. 4.3 S. 339; besonders ausführlich BGE 135 III 66).

Das Kantonsgericht hat vom Grundsatz her die 10/16-Regel zur Anwendung gebracht, aber befunden, dass bei Konstellationen wie der vorliegenden gewisse Modifikationen nötig sind und es bei der Erwerbstätigkeit der Beschwerdegegnerin von 40 % ein Bewenden haben soll.

Die 10/16-Regel wurde ursprünglich für die altrechtliche Scheidungsrente nach Art. 151 ZGB entwickelt, in der Folge - nach einer anfänglich erfolgten Fokussierung auf das Prinzip des clean break (vgl. BGE 127 III 136) - auf das neue Scheidungsrecht übertragen und schliesslich generell auch auf den ehelichen Unterhalt angewandt. Es ging m.a.W. immer um Unterhaltsleistungen, welche auf der ehelichen Wirtschaftsgemeinschaft bzw. der daran knüpfenden nahehelichen Solidarität fussen. Hintergrund bzw. materielle Grundlage war - analog zum Anspruch auf Beibehaltung des bisherigen Lebensstandards bei langjähriger und damit lebensprägender Ehe (vgl. BGE 132 III 593 E. 3.2 S. 594 f.; BGE 134 III 145 E. 4 S. 14; 134 III 577 E. 8 S. 580; 135 III 59 E. 4.1 S. 61) - das Vertrauen in die zwischen den verheirateten Eltern gestützt auf Art. 163 Abs. 2 ZGB vereinbarte Aufgabenteilung in Verbindung mit dem Vertrauen auf den Fortbestand der Ehe (aus der jüngeren Zeit z.B. BGE 135 III 59 E. 4.1 S. 61; 138 III 97 E. 3.2 S. 101 f.; Urteile 5A 103/2008 vom 5. Mai 2008 E. 2.2.2; 5A 241/2010 vom 9. November 2010 E. 5.4.3 und 5.4.4).

Freilich war die 10/16-Regel immer auch vom Gedanken des Kindeswohls getragen, ansonsten nicht eine Wiederaufnahme oder Ausdehnung der Erwerbstätigkeit (erst) ab den Altersstufen 10 bzw. 16 als zumutbar erachtet worden wäre. Dieser zunächst teilweise unausgesprochen gebliebene (vgl. aber bereits BGE 109 II 283 E. 5b S. 289) oder jedenfalls nur implizit angesprochene Hintergrund wurde in jüngeren Entscheidungen meist offen erwähnt, indem das Kindeswohl gleichberechtigt neben dem Vertrauen in die gestützt auf Art. 163 Abs. 2 ZGB vereinbarte Aufgabenteilung und den Fortbestand der Ehe als Begründung für die 10/16-Regel angeführt wurde (vgl. namentlich BGE 121 III 441 E. 3b/aa S. 443; 137 III 102 E. 4.2.2.2 S. 109; Urteile 5A 210/2008 vom 14. November 2008 E. 3.2, nicht publ. in: BGE 135 III 158; 5A 6/2009 vom 30. April 2009 E. 2.2). In einem - von allen anderen Präjudizien abweichenden - Entscheid hat das Bundesgericht sogar festgehalten, dass die 10/16-Regel allein dem Kindeswohl verpflichtet sei (5A 336/2015 vom 3. März 2016 E. 5.3). Inwiefern diese Aussage vor dem Hintergrund der Ausführungen in der Botschaft des Bundesrates, die Eigen- und die Fremdbetreuung seien grundsätzlich gleichwertig (BBl 2013 552 und 575) und die 10/16-

Regel sei zu überdenken (BBl 2013 578), für den auf 1. Januar 2017 neu eingeführten Betreuungsunterhalt wird Bestand haben können, ist nicht im Rahmen des vorliegenden altrechtlichen Entscheides zu beurteilen. Relevant für die vorliegende Konstellation (Unterhaltspflicht gegenüber Kindern aus verschiedenen Beziehungen und Anwendbarkeit des bis Ende 2016 gültigen Kindesunterhaltsrechts) ist vielmehr, dass das Bundesgericht - was letztlich in einem gewissen Kontrast zum Gedanken steht, wonach das Kindeswohl eine vollzeitige Eigenbetreuung bis zum vollendeten 10. Lebensjahr und danach eine solche von 50 % erfordern soll - seit jeher zwei Ausnahmen von der 10/16-Regel gemacht hat:

Zum einen ging immer schon die autonom getroffene Elternentscheidung vor (zum generellen Vorrang der Familien- bzw. Elternautonomie in Bezug auf Kinderbelange vgl. BGE 142 III 481 E. 2.5 S. 488). Waren bereits während des Zusammenlebens beide Elternteile erwerbstätig, konnte nicht im Zuge der Trennung der die Obhut übernehmende Elternteil sich plötzlich auf die 10/16-Regel berufen (vgl. Urteile 5A 100/2007 vom 4. Juli 2007 E. 4; 5A 6/2009 vom 30. April 2009 E. 2.3; 5A 177/2010 vom 8. Juni 2010 E. 8.2.2; 5A 319/2013 vom 17. Oktober 2013 E. 2.3.3; 5A 277/2014 vom 26. September 2014 E. 3.2; 5A 957/2014 vom 5. Mai 2015 E. 3.7.2). Das Kontinuitätsprinzip wirkt sich mit anderen Worten in beide Richtungen aus: So wie derjenige Elternteil, welcher während des Zusammenlebens die Kinderbetreuung übernommen hat, sich vor dem Hintergrund des bereits erwähnten Vertrauensprinzips auch im Trennungsfall auf die Fortführung der frei vereinbarten Rollenteilung berufen und sich weiterhin der Kinderbetreuung widmen kann, jedenfalls bis zu den von der 10/16-Regel vorgegebenen Alterslimiten, muss er sich umgekehrt auch im Fall vorbestehender Erwerbstätigkeit auf der betreffenden Vereinbarung behaften lassen.

Die zweite Ausnahme von der 10/16-Regel, wie sie immer schon bestanden hat, betrifft spezifisch den vorlie-

genden Fall, dass nach der Trennung ein weiteres Kind aus einer neuen Beziehung hervorgegangen ist. Hier geht es gewissermassen um eine Umkehr des Vertrauens- und des Kontinuitätsprinzips: Es besteht bezüglich des nahehelichen nicht gemeinsamen Kindes gerade keine frei vereinbarte Aufgabenteilung zwischen den (früheren) Ehegatten, welche Vertrauensschutz geniessen könnte. Mithin kann in Bezug auf das neue Kind auch nicht angeführt werden, die gemeinsamen Kinder seien seinerzeit durch die Mutter persönlich betreut worden. Weil sodann die Unterhaltspflicht des nicht obhutsberechtigten Elternteils in Bezug auf die gemeinsamen Kinder zwangsläufig als Geldleistung zu erbringen ist und ihn diesbezüglich eine hohe Anstrengungspflicht zur Generierung eines Erwerbseinkommens trifft (dazu E. 3.4), reduziert sich die Betrachtung auf die Frage, ob und inwiefern er aufgrund unmittelbarer Betreuungsbedürfnisse des weiteren Kindes in objektiver Weise an einer Erwerbstätigkeit gehindert wird.

Zu dieser Frage finden sich verschiedene Präjudizien. In BGE 121 III 441 E. 3b/aa S. 443 hat das Bundesgericht im Zusammenhang mit der Verwandtenunterstützung gemäss Art. 328 ZGB - also einer im Vergleich zum Unterhalt der eigenen Kinder deutlich gelockerten Pflicht - in Bezug auf die Erwerbsfähigkeit einer Mutter unter zahlreichen Hinweisen auf die kinderpsychologische Literatur befunden, je jünger das Kind sei, desto besser müsse gesichert sein, dass eine geeignete und voraussichtlich nicht wechselnde Person ganztags zur persönlichen Betreuung zur Verfügung stehe, weshalb je nach den konkreten Verhältnisse für die erste Zeit nach der Geburt im Interesse des Kindes eine Erwerbstätigkeit nicht zugemutet werden könne. Im Urteil 5A 241/2010 vom 9. November 2010 E. 5.5.2 und 5.6 hat das Bundesgericht im Zusammenhang mit der - im Vergleich zum Unterhalt der eigenen Kinder ebenfalls gelockerten - Pflicht der neuen Ehefrau zur Unterstützung ihres Ehemannes bei der Erfüllung seiner Unterhaltszahlungen aus erster Ehe befunden, in Bezug auf das weitere Kind aus der zweiten Ehe sei das Kindeswohl und hierbei spezifisch zu beachten, dass Kleinkinder in den ersten Lebensmonaten empfindlich auf jeden Wechsel der Bezugsperson reagierten,

insbesondere wenn damit auch ein Wechsel in der häuslichen Umgebung verbunden sei, weshalb der neuen Ehefrau nicht zugemutet werden könne, bereits ab dem 2. Lebensjahr, also nach dem vollendeten 1. Lebensjahr des Kindes, eine Teilzeitarbeit aufzunehmen, wenn sie vor Kurzem aus Rumänien eingewandert und hier noch nie erwerbstätig gewesen sei und erst noch die Sprache erlernen müsse. Sodann hat das Bundesgericht im Urteil 5A 309/2012 vom 19. Oktober 2012 E. 3.5 erwogen, dass es willkürlich sei, wenn der Mutter bei einem weiteren Kind aus der neuen Beziehung mit Blick auf die Erfüllung der Unterhaltspflicht gegenüber den Kindern aus der früheren Beziehung ohne Einräumung einer Übergangsfrist bereits rund drei Monate nach der Geburt ein Arbeitspensum von 60 % zugemutet werde, denn der (von der Vorinstanz als Richtwert genommene) Mutterschaftsurlaub gemäss Art. 16b ff. EOG diene der Absicherung der wirtschaftlichen Folgen des durch die Geburt bedingten Arbeitsunterbruches und die 14-wöchige Dauer genüge dem aus familienrechtlicher Perspektive zu betrachtenden Kindeswohl nicht.

Die zitierte bundesgerichtliche Rechtsprechung, welche freilich auf die jeweilige Situation des Einzelfalles Rücksicht zu nehmen hatte, lässt sich dahingehend zusammenfassen, dass in einer ersten Zeit die persönliche Betreuung des Kindes durch möglichst die gleiche (n) Bezugsperson (en) wichtig ist und deshalb dem hauptbetreuenden Elternteil, soweit er nicht aus eigenen Stücken einer solchen nachgeht bzw. bis zum Trennungsfall nachgegangen ist, keine oder jedenfalls keine umfassende Erwerbstätigkeit zumutbar ist, selbst wenn dies bedeutet, dass er die gegenüber seinen aus der früheren Beziehung (fort-) bestehenden Unterhaltspflichten vorübergehend nicht mehr nachkommen kann.

Was die relevante Zeitdauer anbelangt, kann zum einen auf den von der Eidgenössischen Koordinationskommission für Familienfragen als zuständiges Fachgremium des Bundes im Jahr 2008 verfassten Bericht "Familien- und schulergänzende Kinderbetreuung" abgestellt werden. Dieser hält im Kern fest, dass Eltern und Kinder zum Aufbau von sicheren, tragfähigen und verlässlichen Beziehungen insbesondere während des ersten Lebensjahres auf ausreichend gemeinsame Zeit angewiesen seien, während für die weitere gute Entwicklung und Förderung von Kindern die Qualität der Betreuung entscheidend sei, möge diese familieneigen oder familienergänzend sein (Bericht, S. 29 f.). Das im Bericht genannte erste Lebensjahr des Kindes deckt sich mit den neulich revidierten SKOS-Richtlinien der Schweizerischen Konferenz für Sozialhilfe, welche im Kontext mit der Konkurrenz zwischen Bedarf des Kindes nach persönlicher Betreuung und Erwerbsobliegenheit das Schwellenalter, ab welchem die (Wieder-) Aufnahme einer Erwerbstätigkeit des betreuenden Elternteils verlangt wird, nunmehr ebenfalls bei einem Jahr ansetzt (vgl. SKOS-Richtlinien Ziff. C.I.3). Auch wenn es dabei um eine Konkurrenz zu öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen geht, liegt doch die analoge Konstellation vor, dass zwischen verschiedenen Obligationen (Betreuungspflichten einerseits und finanzielle

Verpflichtungen andererseits) abzuwägen ist.

Zusammenfassend lässt sich für die vorliegend zu beurteilende Konstellation festhalten, dass die Erkenntnis, wonach die stabile Bindung an eine Betreuungsperson zur Ausprägung des "Urvertrauens" im ersten Lebensjahr wichtig, jedoch für die weitere Entwicklung des Kindes primär die Qualität der in verschiedenen Formen möglichen Betreuung entscheidend ist, eine "besondere Rechtfertigung" darstellt, wie sie für die ungleiche Verteilung von Natural- und Geldunterhalt, gemessen an den objektiven Bedürfnissen der Kinder, erforderlich ist (vgl. dazu eingangs E. 3.4).

Mithin kann für all diejenigen Fälle, in welchen sich nicht an eheliches Vertrauen bzw. an ein bislang partnerschaftlich gewähltes Konzept der Lastenverteilung anknüpfen und in Anwendung des Kontinuitätsprinzips fortführen lässt, die persönliche Betreuung des Kindes im ersten Lebensjahr angezeigt sein, sodass der Mutter insofern eine Erwerbsarbeit nicht zuzumuten ist, soweit sie das Kind selbst betreut. Für die Zeit danach kann dies bei normal entwickelten Kindern, welche keine ausserordentlichen Betreuungsbedürfnisse aufweisen, nicht gelten. Wie der Beschwerdeführer zutreffend festhält, gibt es keinen absoluten Anspruch auf Eigenbetreuung, sondern ist in der vorliegenden Konstellation (Kinder aus mehreren Beziehungen und knappe finanzielle Verhältnisse) zu schauen, wie die Leistungskraft des pflichtigen Elternteils in billiger Weise auf die unterhaltsberechtigten Kinder verteilt werden kann. Besteht die Leistungspflicht gegenüber einem Teil der Kinder aufgrund der fehlenden Obhut in Geldzahlung, bedeutet dies, dass die Aufnahme oder Ausdehnung der Fremdbetreuung für das andere Kind zu prüfen ist, damit nach Möglichkeit die grundsätzlich gleichgeordneten Obligationen gegenüber allen Kindern erfüllt werden können.

3.6. E. _____ hatte das Alter, bis zu welchem eine (unfreiwillige) Erwerbstätigkeit der Mutter nicht zumutbar erscheint, im Zeitpunkt des angefochtenen Entscheides überschritten. Für besondere Betreuungsbedürfnisse zufolge gesundheitlicher Defizite o.ä. bestehen keine Anhaltspunkte. Vor diesem Hintergrund scheint der Mutter angesichts der vorbestehenden und fortbestehenden Unterhaltspflicht gegenüber ihren weiteren Kindern eine Erwerbsarbeit in deutlich grösserem Umfang zumutbar, als sie von den kantonalen Instanzen verlangt worden ist, umso mehr als sie sich die Lasten betreffend E. _____ mit ihrem neuen Partner teilen kann.

Vor diesem Hintergrund verletzt die von den kantonalen Instanzen getroffene Lösung augenfällig den Gleichbehandlungsgrundsatz: Gemäss der getroffenen Regelung wäre die Mutter gegenüber den beiden nicht unter ihrer Obhut stehenden Kindern auf Jahre hinaus gar nicht unterhaltspflichtig, gegenüber der älteren Tochter C. _____ sogar überhaupt nie mehr. Der Vater müsste die gesamte Unterhaltslast alleine schultern, sowohl die Betreuung (teilweise mit Hilfe Dritter) als auch die finanziellen Lasten. Dies verletzt nach dem Gesagten Bundesrecht, umso mehr als auf beiden Seiten knappe, wenn nicht prekäre finanzielle Verhältnisse herrschen. In dieser Situation hat sich ein jeder Elternteil, soweit dies objektiv möglich ist, so auszurichten, dass er seinen Unterhaltsverpflichtungen gegenüber dem unmündigen Kind nachkommen kann. Dies bedingt mitunter auch Einschränkungen bei der persönlichen Lebensgestaltung.

4.

Wie gesagt hält die vom Kantonsgericht getroffene bzw. geschützte Lösung vor Bundesrecht nicht stand. Der Entscheid ist deshalb aufzuheben und zur näheren Abklärung der möglichen Erwerbsquote und konkreten Tätigkeit an das Kantonsgericht zurückzuweisen. Dabei wird gestützt auf die Offizial- und Untersuchungsmaxime insbesondere die faktische Möglichkeit zu einem höheren Arbeitspensum sowie zur Ausdehnung der Drittbetreuung von E. _____ (zusätzliche Betreuung durch die Grosseltern; teilweise Betreuung durch den neuen Partner; Krippenbetreuung; u.ä.m.) abzuklären und insgesamt eine neue Berechnung vorzunehmen sein. Damit werden die verschiedenen Sachverhaltsrügen des Beschwerdeführers (betreffend Betreuungsmöglichkeiten, Wohnsituation, Krankenkassenkosten, u.a.m.) jedenfalls vorerst gegenstandslos.

5.

Zufolge Prozessarmut ist beiden Parteien die unentgeltliche Rechtspflege zu erteilen, unter Beigabe der jeweiligen Rechtsvertreter (Art. 64 Abs. 1 und 2 BGG), welche aus der Bundesgerichtskasse zu entschädigen sind. Die Gerichtskosten sind ausgangsgemäss der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 1 BGG), jedoch zufolge unentgeltlicher Rechtspflege einstweilen auf die Bundesgerichtskasse zu nehmen.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

In Gutheissung des Eventualbegehrens wird der Entscheid des Kantonsgerichts Basel-Landschaft vom 1. Dezember 2015 aufgehoben und die Sache zur weiteren Abklärung und neuen Beurteilung im Sinn der Erwägungen an das Kantonsgericht zurückgewiesen.

2.

Beiden Parteien wird die unentgeltliche Rechtspflege erteilt und sie werden durch ihre jeweiligen Rechtsvertreter verbeiständet.

3.

Die Gerichtskosten von Fr. 2'000.– werden der Beschwerdegegnerin auferlegt, jedoch einstweilen auf die Bundesgerichtskasse genommen.

4.

Rechtsanwalt Paul Schwizer und Advokatin Stefanie Mathys-Währer werden aus der Bundesgerichtskasse mit je Fr. 2'000.– entschädigt.

5.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Kantonsgericht Basel-Landschaft, Abteilung Zivilrecht, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 25. Juni 2018

Im Namen der II. zivilrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: von Werdt

Der Gerichtsschreiber: Möckli