

# **BGer 5A\_780/2022 vom 6. März 2023**

Bundesgericht, 2023-03-06, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_780\\_2022](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_780_2022)

FR: TF 5A\_780/2022 du 6 mars 2023

IT: TF 5A\_780/2022 del 6 marzo 2023

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Angefochten ist ein Endentscheid ( Art. 90 BGG ) einer letzten kantonalen Instanz, die als oberes Gericht auf Rechtsmittel hin ( Art. 75 BGG ) vorsorglich für die Dauer des Scheidungsverfahrens über Ehegatten- und Kindesunterhaltsbeiträge und damit eine vermögensrechtliche Zivilsache nach Art. 72 Abs. 1 BGG entschieden hat (Urteil 5A\_648/2021 vom 22. Dezember 2021 E. 1). Der erforderliche Streitwert von Fr. 30'000.-- ist erreicht (Art. 74 Abs. 1 Bst. b, Art. 51 Abs. 1 Bst. a und Abs. 4 BGG). Die Beschwerde in Zivilsachen ist das zutreffende Rechtsmittel. Der Beschwerdeführer ist nach Art. 76 Abs. 1 BGG zur Beschwerde berechtigt und die Beschwerdefrist ist eingehalten ( Art. 100 Abs. 1 und Art. 45 Abs. 1 BGG ). Auf die Beschwerde ist grundsätzlich einzutreten.

### **E. 2**

Massnahmeentscheide, die gestützt auf Art. 276 ZPO ergehen, unterstehen Art. 98 BGG (Urteil 5A\_359/2019 vom 17. Oktober 2019 E. 1.2). Daher kann nur die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden (vgl. auch BGE 137 III 193 E. 1.2). Auch eine Berichtigung oder Ergänzung der Sachverhaltsfeststellungen kommt nur in Frage, wenn die kantonale Instanz solche Rechte verletzt hat ( BGE 133 III 585 E. 4.1). Für die Rüge der Verletzung verfassungsmässiger Rechte gilt das strenge Rügeprinzip nach Art. 106 Abs. 2 BGG . Die rechtsuchende Partei muss präzise angeben, welches verfassungsmässige Recht durch den angefochtenen Entscheid verletzt wurde, und im Einzelnen darlegen, worin die Verletzung besteht. Das Bundesgericht prüft nur klar und detailliert erhobene und soweit möglich belegte Rügen. Auf ungenügend begründete Rügen und rein appellatorische Kritik am angefochtenen Entscheid tritt es nicht ein ( BGE 141 I 36 E. 1.3; 140 III 264 E. 2.3). Wird eine Verletzung des Willkürverbots nach Art. 9 BV gerügt (vgl. dazu BGE 148 III 95 E. 4.1 [betreffend Rechtsanwendung]; 142 II 433 E. 4.4 [betreffend Sachverhaltsfeststellung]), reicht es daher nicht aus, wenn die beschwerdeführende Partei die Sach- und Rechtslage aus ihrer Sicht darlegt und den davon abweichenden angefochtenen Entscheid als willkürlich bezeichnet. Vielmehr muss sie im Einzelnen darlegen, inwiefern das kantonale Gericht willkürlich entschieden haben soll und der angefochtene Entscheid deshalb an einem qualifizierten oder offensichtlichen Mangel leidet ( BGE 136 I 49 E. 1.4.1; 134 II 244 E. 2.2).

### **E. 3.1**

Die Vorinstanz erwägt, dass die Beschwerdegegnerin als nicht obhutsberechtigter Elternteil ihre Unterhaltspflicht gegenüber den gemeinsamen Kindern C.A.\_\_\_\_\_ und D.A.\_\_\_\_\_ grundsätzlich durch Geldzahlung zu erfüllen habe. Zu beurteilen sei dabei die ihr zumutbare und tatsächlich mögliche wirtschaftliche Leistungskraft vor dem Hintergrund ihrer zusätzlichen Unterhalts- und Betreuungspflichten gegenüber E.\_\_\_\_\_.

Im ersten Lebensjahr sei die persönliche Betreuung des Kindes angezeigt und der Beschwerdegegnerin keine Erwerbstätigkeit zuzumuten. Für die Zeit danach könne dies bei einem normal entwickelten Kind, das keine ausserordentlichen Betreuungsbedürfnisse aufweise, aber nicht mehr gelten. Bei Kindern aus mehreren Beziehungen und knappen finanziellen Verhältnissen sei zu prüfen, wie die Leistungskraft des unterhaltspflichtigen Elternteils in billiger Weise auf die unterhaltsberechtigten Kinder verteilt werden könne. Bestehe die Leistungspflicht gegenüber einem Teil der Kinder aufgrund der fehlenden Obhut in einer Geldzahlung, bedeute dies, dass nach Möglichkeit die Verpflichtungen gegenüber allen Kindern erfüllt werden. Entsprechend sei auch vom Schulstufenmodell abzuweichen, zumal in der Botschaft des Bundesrates zur Änderung des Kindesunterhalts die Gleichwertigkeit von Eigen- und Fremdbetreuung ausdrücklich festgehalten worden sei (BBl 2014 552 und 575).

Weiter hält die Vorinstanz fest, dass der leibliche Vater von E. \_\_\_\_\_ bis heute unbekannt sei. Entsprechend könne die Beschwerdegegnerin von ihm weder Natural- noch Geldunterhalt für den Sohn erhältlich machen. Aufgrund der Umstände sei glaubhaft, dass die Beschwerdegegnerin momentan den Unterhalt von E. \_\_\_\_\_ allein zu bestreiten habe.

Die Beschwerdegegnerin sei die einzige feste Bezugsperson für E. \_\_\_\_\_. Trotz Gleichwertigkeit von Eigen- und Fremdbetreuung rechtfertige es sich, aktuell von einem Eigenbetreuungsbedarf von 40 % auszugehen. Der Beschwerdegegnerin sei daher ein hypothetisches Einkommen von 60 % anzurechnen. Ein höheres Pensum würde zwingend eine höhere Fremdbetreuung von E. \_\_\_\_\_ voraussetzen, was mit dem Kindeswohl nicht vereinbar wäre. Fremdbetreuung sei in erster Linie dazu da, die familieninterne Betreuung zu ergänzen, nicht sie zu ersetzen.

Bezüglich der Höhe des hypothetischen Einkommens erwägt die Vorinstanz, dass es der Beschwerdegegnerin in der Vergangenheit gelungen sei, in der Reinigungsbranche einen monatlichen Nettolohn von Fr. 3'650.-- zu erwirtschaften, was bei einem 60 %-Pensum Fr. 2'200.-- ausmache. Trotz Dyslexie und mangelhaften Deutschkenntnissen sei es der Beschwerdegegnerin möglich, ein Einkommen in dieser Höhe zu erzielen. Die Beschwerdegegnerin sei bereits mit Eheschutzentscheid vom 3. April 2018 darauf hingewiesen worden, dass sie ihren Fokus auf das Erlernen der deutschen Sprache sowie das Lesen und Schreiben zu richten habe. Dem Beschwerdeführer könnten ihre diesbezüglichen Versäumnisse nicht angelastet werden.

Angesichts der Auslagen von Fr. 2'890.75 resultiere seitens der Beschwerdegegnerin ein Manko, für das der Beschwerdeführer aufzukommen habe. Da für den ehelichen Unterhalt aber die Dispositionsmaxime gelte und die Gesuchstellerin keine Berufung erhoben habe, sei eine Erhöhung ihres persönlichen Unterhalts ausgeschlossen. Gleichzeitig sei offensichtlich, dass das Einkommen der Gesuchstellerin nicht ausreiche, um einen Kinderunterhaltsbeitrag an C.A. \_\_\_\_\_ und D.A. \_\_\_\_\_ zu leisten. Somit sei eine Prüfung der Auslagen auch im Rahmen der Offizial- und Untersuchungsmaxime nicht angezeigt.

### **E. 3.2**

Der Beschwerdeführer wirft der Vorinstanz eine willkürliche Sachverhaltsdarstellung und Rechtsanwendung vor, weil sie der Beschwerdegegnerin kein Arbeitspensum von 100 % angerechnet habe. Gemäss ständiger Rechtsprechung - der Beschwerdeführer zitiert BGE

129 III 417 - sei bei einer Ehefrau, die ein Kind von einem anderen Mann empfangen habe, die dadurch verminderte Leistungsfähigkeit im Verhältnis zwischen den Ehegatten grundsätzlich nicht zu berücksichtigen; vielmehr habe der untreue Ehegatte die zusätzliche Belastung selber auszugleichen oder hinzunehmen bzw. einen Unterhalt gegenüber dem leiblichen Vater des Kindes geltend zu machen. Der Ehegatte müsse dem untreuen Ehegatten nicht in der Erfüllung seiner elterlichen Unterhaltspflicht beistehen. Er rügt, durch die falsche Rechtsanwendung habe die Vorinstanz auf die falschen Grundlagen abgestellt.

Der Beschwerdeführer verkennt die Rechtslage. Zwar trifft es zu, dass das Bundesgericht in BGE 129 III 417 E. 2.2 festgehalten hat, dass der Ehegatte dem untreuen Partner nicht direkt in der Erfüllung seiner elterlichen Unterhaltspflicht beistehen muss. Eine solche direkte Unterstützung findet im vorliegenden Fall indes gar nicht statt, muss der Beschwerdeführer doch keinen Unterhalt für das von einem Dritten gezeugte Kind bezahlen. Die Unterstützung erfolgt bloss indirekt, indem die Vorinstanz der Beschwerdegegnerin wegen dieses Kindes keine Erwerbstätigkeit von 100% zumutet. Solches hat das Bundesgericht aber bereits im erwähnten Leitentscheid als nicht willkürlich bezeichnet und der Mutter eine Übergangsfrist zugestanden, um eine Erwerbstätigkeit aufzunehmen. Im Übrigen hat sich die Vorinstanz an die bundesgerichtliche Rechtsprechung gehalten, wonach in einem Fall wie dem vorliegenden ein gerechter Ausgleich zu finden und kein Kind zu vernachlässigen ist ( BGE 144 III 481 E. 4.7.5). Vor diesem Hintergrund ist es nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz der Beschwerdegegnerin ein Arbeitspensum von 60 % angerechnet hat, geschweige denn ist dies willkürlich.

### **E. 3.3**

Der Beschwerdeführer wirft der Vorinstanz eine willkürliche Sachverhaltsdarstellung und Rechtsanwendung auch deshalb vor, weil sie bei der Festsetzung des Unterhalts die Unterhaltspflicht des Vaters von E. \_\_\_\_\_ unberücksichtigt liess. Die Feststellung der Vorinstanz, dass kein Natural- oder Geldunterhalt für E. \_\_\_\_\_ erlangt werden könne, sei weder korrekt noch vollständig. Es sei willkürlich aus dem Verzicht der Beiständin, eine Vaterschaftsklage anzustrengen, abzuleiten, Unterhalt sei nicht erhältlich. Tatsächlich habe bereits die erste Instanz nicht geprüft, ob gegen den leiblichen Vater ein Unterhaltsanspruch nach Art. 285 ZGB geltend gemacht werden könne. Er, der Beschwerdeführer, habe bereits mit Eingabe vom 10. August 2021 ausgeführt, dass der Beschwerdegegnerin ein hypothetisches Einkommen auch deshalb anzurechnen sei, weil sie sich in rechtsmissbräuchlicher Weise nicht um die Geltendmachung von Kinderunterhaltsbeiträgen für E. \_\_\_\_\_ bemüht habe. Es sei krass ungerecht, den Umstand, dass die Beschwerdegegnerin nicht wissen wolle, wer der Vater ihres ausserehelichen Sohnes ist, dem Beschwerdeführer und den gemeinsamen Töchtern anzulasten.

Der Vorwurf der unvollständigen Feststellung des Sachverhalts läuft ins Leere. Die Vorinstanz hat es als glaubhaft bezeichnet, dass die Beschwerdegegnerin den Vater von E. \_\_\_\_\_ nicht kennt. Weshalb diese Einschätzung willkürlich sein soll, tut der Beschwerdeführer nicht ansatzweise dar. Dafür genügt es nicht zu behaupten, die Beschwerdegegnerin kenne den Vater bzw. trage zu wenig zu dessen Identifizierung bei. Auch der Hinweis auf die angeblich verletzte Untersuchungsmaxime ( Art. 296 Abs. 1 ZPO ) hilft dem Beschwerdeführer in dieser Situation nicht weiter. Auf deren Verletzung kann sich der Beschwerdeführer rechtsprechungsgemäss erst berufen, wenn er in einem ersten

Schritt der Vorinstanz erfolgreich Willkür in der Feststellung des Sachverhalts vorgeworfen hat (Urteil 5A\_312/2022 vom 25. August 2022 E. 1.2.3). Entsprechend haltlos ist schliesslich der Vorwurf des Rechtsmissbrauchs.

### **E. 3.4**

Für willkürlich hält der Beschwerdeführer die Sachverhaltsdarstellung und Rechtsanwendung schliesslich auch betreffend Eigen- und Fremdbetreuung von E.\_\_\_\_\_. Die Vorinstanz habe nicht abgeklärt, ob die Beschwerdegegnerin bei der Betreuung von E.\_\_\_\_\_ auf Unterstützung aus ihrem sozialen Umfeld zurückgreifen könne. Stattdessen sei sie bei ihrer einseitigen Ausführung der Beschwerdegegnerin gefolgt, wonach sie alleinerziehende Mutter sei. Die Beschwerdegegnerin habe diese Vorbringen jedoch weder substantiiert begründet noch irgendwelche Beweise dafür aufgelegt. Im Übrigen spiele es gar keine Rolle, ob E.\_\_\_\_\_ von der Beschwerdegegnerin persönlich oder fremdbetreut werde. Sofern es ihr nicht möglich sein sollte, für die Betreuung auf familiäre oder freundschaftliche Strukturen zurückzugreifen, müsse sie von Fremdbetreuungs-Strukturen wie Kindertagesstätten, Kinderkrippen etc. Gebrauch machen. Wäre die Vorinstanz korrekt vorgegangen, hätte sie festgestellt, dass die Beschwerdegegnerin bei einem Pensum von 100 % Fr. 3'650.-- verdienen könnte. Damit wäre sie in der Lage gewesen, ihren Bedarf selber zu decken und zudem einen Überschuss von Fr. 760.-- zu erwirtschaften, um damit an den Unterhalt der Töchter C.A.\_\_\_\_\_ und D.A.\_\_\_\_\_ beizutragen.

Auch in diesem Punkt verpasst es der Beschwerdeführer aufzuzeigen, weshalb die Annahme willkürlich sein soll, dass die Beschwerdegegnerin nicht auf die Hilfe Dritter zählen kann. Allein zu behaupten, der Sachrichter sei aufgrund des Untersuchungsgrundsatzes ( Art. 296 Abs. 1 ZPO ) gehalten gewesen, diesbezügliche Abklärungen zu treffen, genügt nicht.

Im Übrigen gilt, was vorgängig bereits zur Anrechnung eines hypothetischen Einkommens gesagt wurde (E. 3.1) : Zwar geht das Bundesgericht vom Grundsatz der Gleichwertigkeit von Fremd- und Eigenbetreuung aus. Gerade bei Kindern im Vorschulalter ist es aber nicht willkürlich, den Wunsch eines Elternteils zu berücksichtigen, das Kind persönlich zu betreuen.

### **E. 3.5**

Schliesslich sieht der Beschwerdeführer Art. 285 ZGB als verletzt an und macht einen Verstoss gegen das Gleichbehandlungsgebot geltend. Er begründet diesen Vorwurf damit, dass sich die Beschwerdegegnerin nicht am Bedarf der gemeinsamen Töchter beteiligt, während sie E.\_\_\_\_\_ vollumfänglich Naturalunterhalt - in Form von Betreuung, Pflege und Erziehung - zukommen lässt. Die drei zum Unterhalt berechtigten Kinder würden so nicht gleich behandelt; der aussereheliche Sohn werde bevorzugt. Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichts ergebe sich aber, dass alle unterhaltsberechtigten Kinder eines Elternteils im Verhältnis zu ihren objektiven Bedürfnissen gleich zu behandeln seien ( BGE 126 III 353 E. 2b). Die Gleichbehandlung gelte auch im Verhältnis zu Kindern aus erster Ehe ( BGE 137 III 59 E. 4.2.1 ff.). Die vorinstanzliche Rechtsanwendung führe zu einem stossenden Ergebnis, welches dem Gerechtigkeitsgedanken in krasser Weise zuwiderlaufe. Vom alleinerziehenden Beschwerdeführer von zwei minderjährigen Töchtern werde erwartet, dass er seine Leistungsfähigkeit voll ausschöpfe und nebst der Betreuung, Erziehung und Pflege der Töchter einem 100% Pensum nachgehe, während auf Seiten der

Beschwerdegegnerin entschieden werde, dass sie ihre Leistungsfähigkeit nicht voll ausschöpfen müsse, da sie Betreuungspflichten in Bezug auf den ausserehelichen Sohn E.\_\_\_\_\_ hätte.

Die Ausführungen des Beschwerdeführers laufen letztlich auf eine Wiederholung bereits gemachter Vorwürfe hinaus und lassen den angefochtenen Entscheid nicht als willkürlich erscheinen. Die Verletzung von Art. 285 ZGB ist sodann wie vorne in E. 2 ausgeführt kein zulässiger Rügegrund. Das verfassungsmässige Gleichbehandlungsgebot ( Art. 8 Abs. 1 BV ) richtet sich an den Staat und entfaltet keine direkte Drittwirkung zwischen privaten Parteien. Es kann im vorliegenden Verfahren daher ebenfalls nicht angerufen werden ( BGE 136 I 178 E. 5.1; betreffend Kindesunterhalt etwa Urteil 5A\_580/2020 vom 26. Oktober 2020 E. 5).

#### **E. 4**

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Damit wird der Beschwerdeführer kostenpflichtig ( Art. 66 Abs. 1 BGG ). Der Beschwerdegegnerin, die sich nicht zum Verfahren zu äussern hatte, ist keine Entschädigung geschuldet ( Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG ).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.