

# **SO\_GERICHTE ZKBER.2020.12 vom 21. Februar 2020**

SO Obergericht, 2020-02-21, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so\\_gerichte\\_ZKBER.2020.12\\_d20200221](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so_gerichte_ZKBER.2020.12_d20200221)

FR: SO\_GERICHTE ZKBER.2020.12 du 21 février 2020

IT: SO\_GERICHTE ZKBER.2020.12 del 21 febbraio 2020

## **Regeste**

vorsorgliche Massnahmen Unterhalt

## **Erwägungen**

### **E. 2**

Phase: Ab. 1.4.2020 bis 31.7.2021

### **E. 3**

Der Beklagte und Berufungskläger bringt im Wesentlichen vor, er habe auf 1. April 2020 eine neue Wohnung gefunden, für die er inklusive Nebenkosten und Parkplatz einen Mietzins von CHF 1'560.00 pro Monat bezahlen müsse. Es handle sich dabei um ein echtes Novum, das im Berufungsverfahren zu berücksichtigen sei. Korrekt sei das ihm von der Vorinstanz angerechnete Einkommen von CHF 3'160.65. Auch in Bezug auf die Kindsmutter gehe der Vorderrichter an sich richtigerweise davon aus, dass diese zurzeit kein Erwerbseinkommen erziele. Hingegen sei nicht nachvollziehbar, weshalb ihr auch in Zukunft, insbesondere nach Einschulung der Klägerin, ebenfalls kein Einkommen angerechnet werden solle. Diese Veränderung sei voraussehbar und müsse somit bereits heute berücksichtigt werden. Bei einem Arbeitspensum von 40 % könne die Kindsmutter ein Bruttoeinkommen von mindestens CHF 1'600.00 erzielen. Im August 2021 werde die Klägerin sodann schulpflichtig, weshalb ab dem 1. August 2021 ein hypothetisches Einkommen von mindestens CHF 1'800.00 anzurechnen sei. Da er die Klägerin jeden Sonntagabend bis Dienstagabend betreue, liege eine alternierende Obhut vor, weshalb bei seinem Bedarf nicht bloss ein Grundbetrag von CHF 1'200.00, sondern ein solcher von CHF 1'350.00 zu berücksichtigen sei. Da er 8/30 des Betreuungsaufwandes trage, sei ihm entsprechend diesem Anteil am Grundbetrag des Kindes mindestens ein Betrag von CHF 106.65 für dessen Verpflegung zuzugestehen. Der von der Vorinstanz dafür eingesetzte Betrag von CHF 60.00 sei entsprechend zu erhöhen. Bis 31. März 2020 seien ihm Wohnkosten von CHF 100.00 zuzubilligen, anschliessend jedoch entsprechend dem neuen Mietvertrag CHF 1'560.00. Da er an zwei Tagen pro Woche die Betreuung der Klägerin übernehme, müsse er sich hierzu nach [...] begeben, was Fahrtkosten von CHF 500.00 pro Monat mit sich bringe. Eventualiter seien ihm die Kosten eines monatlichen GA von CHF 340.00 anzurechnen. Aufgrund des Wechsels seines Wohnorts erhöhten sich diese Kosten per 1. April 2020 auf CHF 626.40. Weiter gehörten zu seinem Bedarf auch Krankenkassenprämien von CHF 276.00 und die Kosten für Versicherungen und Telekom von CHF 100.00 pro Monat. Beim Bedarf der Kindsmutter seien der vom a.o. Amtsgerichtsstatthalter zugestandene Grundbetrag von CHF 1'350.00 und die Wohnkosten von CHF 1'029.00 aufgrund einer Wohn- und Lebensgemeinschaft anteilmässig zu reduzieren. Aufgrund der alternierenden Obhut sei auch der Grundbetrag der Klägerin herabzusetzen. Angesichts dieser Korrekturen seien die Kinderunterhaltsbeiträge

entsprechen den gestellten Rechtsbegehren neu festzusetzen.

4.1 Der Bedarf des Beklagten von total CHF 2'076.50 setzt sich gemäss der Begründung der angefochtenen Verfügung wie folgt zusammen: Grundbetrag CHF 1'200.00, Wohnkosten CHF 100.00, KVG-Prämien CHF 276.50, Telekommunikation und notwendige Versicherungen CHF 100.00, Auslagen für Betreuung der Gesuchstellerin CHF 400.00. Da am 5. März 2020 eine Verhandlung, allenfalls die Hauptverhandlung stattfindet und demnach mit einem Urteil in der Hauptsache gerechnet werden kann, erübrigt es sich, auf die vom Berufungskläger für die Zeit ab 1. April 2020 geltend gemachten Veränderungen (insbesondere Wohn- und Wegkosten) einzugehen. Dies gilt auch für den Fall, dass im Anschluss an die Verhandlung kein definitiver Entscheid gefällt werden sollte, hielt der Vorderrichter in der Begründung der angefochtenen Verfügung für diesen Fall doch ausdrücklich fest, dass dann die vorsorglichen Beiträge an den Unterhalt der Klägerin zu überprüfen seien (Begründung, S. 3 unten). Im Übrigen ist die Kritik des Berufungsklägers an der Bedarfsrechnung des a.o. Amtsgerichtsstatthalters unbegründet. Die Behauptung des Beklagten, er betreue die Klägerin jeden Sonntagabend bis Dienstagabend, wird von dieser bestritten. Sie entgegnet, er habe sie in den letzten Monaten lediglich einmal pro Monat von Montagmittag bis Dienstagabend besucht. Wie es sich damit verhält, braucht im vorliegenden Verfahren nicht abschliessend geklärt zu werden. Entscheidend ist, dass keine weiteren Anhaltspunkte für die Behauptung des Beklagten vorhanden sind, weshalb sie nicht als glaubhaft gemacht erachtet werden kann. Der ihm zugestandene Grundbetrag von CHF 1'200.00 und der in den Auslagen für die Betreuung von CHF 400.00 enthaltene Beitrag von CHF 60.00 für die Kosten der Verpflegung der Klägerin sind deshalb ■ jedenfalls im Hinblick auf die Bemessung des vorliegend umstrittenen vorsorglichen Unterhaltsbeitrages ■ ohne Weiteres angemessen. Dasselbe gilt auch für die ■ ebenfalls im Betrag von CHF 400.00 eingeschlossenen ■ Kosten für das Generalabonnement von CHF 340.00 pro Monat. Ganz abgesehen davon steht seine Forderung, dafür CHF 500.00 aufzurechnen, im Widerspruch zum Betrag von CHF 300.00, den er noch bei der Vorinstanz verlangt hatte (Stellungnahme vom 30. Juli 2019 zum Gesuch, Ziff. 16.1 lit. e, S. 7). Es bleibt damit bei einem Bedarf des Beklagten von CHF 2'076.50. Angesichts seines unbestritten gebliebenen Einkommens von CHF 3'166.65 CHF ist er daher derzeit in der Lage, den verfügbaren Unterhaltsbeitrag von CHF 1'090.00 pro Monat zu leisten.

4.2 Der a.o. Amtsgerichtsstatthalter hielt fest, der Beklagte habe grundsätzlich für den ganzen Barbedarf der Klägerin sowie im Rahmen von Betreuungsunterhalt auch für diejenigen der Mutter der Klägerin aufzukommen. Der vorinstanzlichen Berechnung zufolge beträgt das Manko der Klägerin CHF 410.80 (Bedarf CHF 610.80, abzüglich Kinderzulage CHF 200.00) und dasjenige der Mutter der Klägerin CHF 2'479.20, insgesamt somit 2'890.00. Dieser Fehlbetrag würde selbst unter Einbezug des Unterhaltsbeitrages auch dann nicht gedeckt, wenn der Mutter der Klägerin ■ wie das der Beklagte verlangt ■ ein hypothetisches Bruttoeinkommen von CHF 1'600.00 anzurechnen wäre. Ganz abgesehen davon verzichtete der Vorderrichter im Hinblick auf den Erlass der angefochtenen vorsorglichen Massnahme aber zu Recht auf die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens. Dies allein schon deshalb, weil für die Neuaufnahme einer Erwerbstätigkeit in der Regel eine angemessene Übergangsfrist zu gewähren ist. Wie es sich für die Zeit nach der Verhandlung vom 5. März 2020 verhält, kann offen bleiben, da sich die Vorinstanz ausdrücklich vorbehielt, die vorsorglichen Beiträge aus diesem Grund anzupassen (Begründung der angefochtenen Verfügung, S. 3 unten).

Unbegründet ist auch die Rüge des Berufungsklägers, der Bedarf der Mutter der Klägerin sei aufgrund einer Wohn- und Lebensgemeinschaft zu reduzieren. Dass eine solche Wohn- und Lebensgemeinschaft besteht, ist eine blosser Behauptung des Beklagten, die nicht glaubhaft gemacht wird. Insbesondere ergeben sich auch aus den Unterlagen des Sozialamtes und dem erst am 14. Mai 2019 abgeschlossenen Mietvertrag keine Anhaltspunkte dafür (Urkunden 4 und 10 der Klägerin).

4.3 An der angefochtenen Verfügung ist aus all diesen Gründen nichts auszusetzen. Insbesondere bejahte der a.o. Amtsgerichtsstatthalter auch die Grundvoraussetzungen für den Erlass einer vorsorglichen Massnahme zu Recht. Dem Entscheid der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) Olten-Gösgen vom 12. April 2019 (Urk. 1 der Klägerin zum Schlichtungsgesuch; Einsetzung von Rechtsanwalt Oliver Wächter als Beistand der Klägerin) zufolge wurde der Unterhaltsvertrag vom 17. März 2016 der Kinderschutzbehörde nicht zur Genehmigung vorgelegt (Ziff. 1.1. der Erwägungen). Der Unterhaltsvertrag ist deshalb für die Klägerin nicht verbindlich, das heisst sie kann jederzeit davon zurücktreten und den Unterhaltsanspruch unabhängig davon einklagen (Christiana Fountoulakis / Peter Breitschmid, in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch, 6. Aufl. 2018, N 2a zu Art. 287 ZGB). Unterhaltsbeiträge für das Kind, die wie vorliegend vor dem am 1. Januar 2017 in Kraft getretenen neuen Kindesunterhaltsrechts festgelegt worden sind, können gemäss Art. 13c Schlusstitel ZGB (SchlT ZGB) auf Gesuch des Kindes zudem auch dann neu festgelegt werden, wenn sie auf einem genehmigten Unterhaltsvertrag beruhen. Die Berufung des Beklagten ist somit abzuweisen.

#### **E. 4**

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerin / Berufungsgegnerin, sowohl für das vorliegende Rechtsmittelverfahren, wie auch das vorinstanzliche Verfahren.

#### **E. 4.1**

Der Bedarf des Beklagten von total CHF 2'076.50 setzt sich gemäss der Begründung der angefochtenen Verfügung wie folgt zusammen: Grundbetrag CHF 1'200.00, Wohnkosten CHF 100.00, KVG-Prämien CHF 276.50, Telekommunikation und notwendige Versicherungen CHF 100.00, Auslagen für Betreuung der Gesuchstellerin CHF 400.00. Da am 5. März 2020 eine Verhandlung, allenfalls die Hauptverhandlung stattfindet und demnach mit einem Urteil in der Hauptsache gerechnet werden kann, erübrigt es sich, auf die vom Berufungskläger für die Zeit ab 1. April 2020 geltend gemachten Veränderungen (insbesondere Wohn- und Wegkosten) einzugehen. Dies gilt auch für den Fall, dass im Anschluss an die Verhandlung kein definitiver Entscheid gefällt werden sollte, hielt der Vorderrichter in der Begründung der angefochtenen Verfügung für diesen Fall doch ausdrücklich fest, dass dann die vorsorglichen Beiträge an den Unterhalt der Klägerin zu überprüfen seien (Begründung, S. 3 unten). Im Übrigen ist die Kritik des Berufungsklägers an der Bedarfsrechnung des a.o. Amtsgerichtsstatthalters unbegründet. Die Behauptung des Beklagten, er betreue die Klägerin jeden Sonntagabend bis Dienstagabend, wird von dieser bestritten. Sie entgegnet, er habe sie in den letzten Monaten lediglich einmal pro Monat von Montagmittag bis Dienstagabend besucht. Wie es sich damit verhält, braucht im vorliegenden Verfahren nicht abschliessend geklärt zu werden. Entscheidend ist, dass keine weiteren Anhaltspunkte für die Behauptung des Beklagten vorhanden sind, weshalb sie nicht als glaubhaft gemacht erachtet werden kann. Der ihm zugestandene Grundbetrag von CHF 1'200.00 und der in den Auslagen für die Betreuung von CHF 400.00 enthaltene

Beitrag von CHF 60.00 für die Kosten der Verpflegung der Klägerin sind deshalb – jedenfalls im Hinblick auf die Bemessung des vorliegend umstrittenen vorsorglichen Unterhaltsbeitrages – ohne Weiteres angemessen. Dasselbe gilt auch für die – ebenfalls im Betrag von CHF 400.00 eingeschlossenen – Kosten für das Generalabonnement von CHF 340.00 pro Monat. Ganz abgesehen davon steht seine Forderung, dafür CHF 500.00 aufzurechnen, im Widerspruch zum Betrag von CHF 300.00, den er noch bei der Vorinstanz verlangt hatte (Stellungnahme vom 30. Juli 2019 zum Gesuch, Ziff. 16.1 lit. e, S. 7). Es bleibt damit bei einem Bedarf des Beklagten von CHF 2'076.50. Angesichts seines unbestritten gebliebenen Einkommens von CHF 3'166.65 CHF ist er daher derzeit in der Lage, den verfügbaren Unterhaltsbeitrag von CHF 1'090.00 pro Monat zu leisten.

#### **E. 4.2**

Der a.o. Amtsgerichtsstatthalter hielt fest, der Beklagte habe grundsätzlich für den ganzen Barbedarf der Klägerin sowie im Rahmen von Betreuungsunterhalt auch für denjenigen der Mutter der Klägerin aufzukommen. Der vorinstanzlichen Berechnung zufolge beträgt das Manko der Klägerin CHF 410.80 (Bedarf CHF 610.80, abzüglich Kinderzulage CHF 200.00) und dasjenige der Mutter der Klägerin CHF 2'479.20, insgesamt somit 2'890.00. Dieser Fehlbetrag würde selbst unter Einbezug des Unterhaltsbeitrages auch dann nicht gedeckt, wenn der Mutter der Klägerin – wie das der Beklagte verlangt – ein hypothetisches Bruttoeinkommen von CHF 1'600.00 anzurechnen wäre. Ganz abgesehen davon verzichtete der Vorderrichter im Hinblick auf den Erlass der angefochtenen vorsorglichen Massnahme aber zu Recht auf die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens. Dies allein schon deshalb, weil für die Neuaufnahme einer Erwerbstätigkeit in der Regel eine angemessene Übergangsfrist zu gewähren ist. Wie es sich für die Zeit nach der Verhandlung vom 5. März 2020 verhält, kann offen bleiben, da sich die Vorinstanz ausdrücklich vorbehielt, die vorsorglichen Beiträge aus diesem Grund anzupassen (Begründung der angefochtenen Verfügung, S. 3 unten). Unbegründet ist auch die Rüge des Berufungsklägers, der Bedarf der Mutter der Klägerin sei aufgrund einer Wohn- und Lebensgemeinschaft zu reduzieren. Dass eine solche Wohn- und Lebensgemeinschaft besteht, ist eine blosser Behauptung des Beklagten, die nicht glaubhaft gemacht wird. Insbesondere ergeben sich auch aus den Unterlagen des Sozialamtes und dem erst am 14. Mai 2019 abgeschlossenen Mietvertrag keine Anhaltspunkte dafür (Urkunden 4 und 10 der Klägerin).

#### **E. 4.3**

An der angefochtenen Verfügung ist aus all diesen Gründen nichts auszusetzen. Insbesondere bejahte der a.o. Amtsgerichtsstatthalter auch die Grundvoraussetzungen für den Erlass einer vorsorglichen Massnahme zu Recht. Dem Entscheid der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) Olten-Gösgen vom 12. April 2019 (Urk. 1 der Klägerin zum Schlichtungsgesuch; Einsetzung von Rechtsanwalt Oliver Wächter als Beistand der Klägerin) zufolge wurde der Unterhaltsvertrag vom 17. März 2016 der Kindesschutzbehörde nicht zur Genehmigung vorgelegt (Ziff. 1.1. der Erwägungen). Der Unterhaltsvertrag ist deshalb für die Klägerin nicht verbindlich, das heisst sie kann jederzeit davon zurücktreten und den Unterhaltsanspruch unabhängig davon einklagen (Christiana Fountoulakis / Peter Breitschmid, in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch, 6. Aufl. 2018, N 2a zu Art. 287 ZGB). Unterhaltsbeiträge für das Kind, die wie vorliegend vor dem am 1. Januar 2017 in Kraft getretenen neuen Kindesunterhaltsrechts festgelegt worden sind, können gemäss Art. 13c Schlusstitel ZGB (SchlT ZGB) auf Gesuch des Kindes zudem auch dann neu festgelegt werden, wenn sie auf einem genehmigten Unterhaltsvertrag beruhen.

Die Berufung des Beklagten ist somit abzuweisen.

#### E. 5

Die Kosten des obergerichtlichen Verfahrens sind dem Ausgang entsprechend dem Beklagten und Berufungskläger zu auferlegen. Sein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege muss abgewiesen werden. Wie die vorstehenden Erwägungen zeigen, waren die Erfolgsaussichten der Berufung angesichts der geltend gemachten Rügen von vornherein derart gering, dass das Rechtsmittel als aussichtslos zu qualifizieren ist. Die Voraussetzungen für die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege sind aus diesem Grund nicht erfüllt (Art. 117 lit. b ZPO). Das Gesuch der Klägerin und Berufungsbeklagten um unentgeltliche Rechtspflege ist zu bewilligen. Für die Festsetzung der vom Berufungskläger der Berufungsbeklagten zu bezahlenden Entschädigung kann auf die vom Vertreter der Berufungsbeklagten eingereichte Honorarnote (inkl. MwSt. und Auslagen) abgestellt werden.

Demnach wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen.
2. Das Gesuch von A. \_\_\_ um Gewährung der vollumfänglichen unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren wird abgewiesen.
3. Die Kosten des Berufungsverfahrens von CHF 1'000.00 hat A. \_\_\_ zu bezahlen.
4. A. \_\_\_ hat B. \_\_\_, vertreten durch den unentgeltlichen Rechtsbeistand Rechtsanwalt Oliver Wächter, eine Parteientschädigung von CHF 2'265.05 zu bezahlen. Für einen Betrag von CHF 1'643.05 besteht während zweier Jahre eine Ausfallhaftung des Staates. Vorbehalten bleibt der Rückforderungsanspruch des Staates während 10 Jahren sowie der Nachzahlungsanspruch des unentgeltlichen Rechtsbeistandes im Umfang von CHF 622.00 (Differenz zu vollem Honorar), sobald B. \_\_\_ zur Nachzahlung in der Lage ist (Art. 123 ZPO).

Rechtsmittel: Der Streitwert übersteigt CHF 30'000.00.

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Eröffnung des begründeten Urteils beim Bundesgericht Beschwerde in Zivilsachen eingereicht werden (Adresse: 1000 Lausanne 14). Die Frist wird durch rechtzeitige Aufgabe bei der Schweizerischen Post gewahrt. Die Frist ist nicht erstreckbar. Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder seines Vertreters zu enthalten. Für die weiteren Voraussetzungen sind die Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes massgeblich.

Im Namen der Zivilkammer des Obergerichts

Der Präsident

Frey

Der Gerichtsschreiber

Schaller

Das Bundesgericht hat die dagegen erhobene Beschwerde mit Urteil vom 30. Juni 2020 gutgeheissen (BGer 5A\_242/2020, BGer 5A\_243/2020).

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