

# **SO\_GERICHTE ZKBER.2021.25 vom 7. Mai 2021**

SO Obergericht, 2021-05-07, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so\\_gerichte\\_ZKBER.2021.25](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so_gerichte_ZKBER.2021.25)

FR: SO\_GERICHTE ZKBER.2021.25 du 7 mai 2021

IT: SO\_GERICHTE ZKBER.2021.25 del 7 maggio 2021

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Die Parteien haben am 8. August 2008 in [...] geheiratet. Aus der Ehe sind die Kinder C.\_\_\_\_, geb. [...] 2012 und D.\_\_\_\_, geb. [...] 2016 hervorgegangen. Seit dem 6. Juli 2020 leben die Ehegatten getrennt. Am 27. Juli 2020 verliess der Ehemann die Schweiz und gab sich nach [...]. Die Kinder blieben unter der Obhut der Mutter in [...].

#### **E. 1.1**

Es seien die beiden Kinder C.\_\_\_\_, [...]2012, und D.\_\_\_\_, geb. [...]2016, für die Dauer des Verfahrens unter die elterliche Obhut der Mutter zu stellen.

#### **E. 1.2**

Es sei festzustellen, dass die Kinder bei der Mutter Wohnsitz verzeichnen.

### **E. 2**

Am 9. Juli 2020 liess die Ehefrau das Scheidungsverfahren anhängig machen, nachdem sich die Ehegatten vorgängig in einer Teilvereinbarung auf die Scheidung geeinigt hatten. Sie beantragten ausserdem übereinstimmend, dass die zuständige Gerichtspräsidentin die Nebenfolgen beurteilen solle.

3.1 Im Anschluss an die Anhörung vom 14. Dezember 2020 beantragte die Ehefrau in ihrem Schlussvortrag folgende vorsorgliche Massnahmen:

3.2 Der Ehemann beantragte in seinem Schlussvortrag vom 1. Februar 2021:

Das Gesuch um Erlass von vorsorglichen Massnahmen sei abzuweisen.

#### **E. 2.1**

Der unterliegende Berufungskläger hat der Berufungsbeklagten für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung zu bezahlen. Die von ihrer Rechtsbeiständin eingereichte Kostennote gibt zu keinen Bemerkungen Anlass. Die Parteientschädigung ist wie beantragt auf CHF 1'189.55 festzusetzen. Da beiden Parteien die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren ist, ist diese durch den Staat Solothurn zu bezahlen.

#### **E. 2.2**

Die Kostennote des Vertreters des Berufungsklägers, Rechtsanwalt Testa, gibt lediglich in Bezug auf den geltend gemachten Stundenansatz Anlass zum Hinweis, dass der unentgeltliche Stundenansatz im Kanton Solothurn CHF 180.00 beträgt (§ 160 Abs. 3 Gebührentarif, GT, BGS 615.11). Die Kostennote ist entsprechend zu kürzen und folglich auf CHF 1'714.35 festzusetzen, zahlbar durch den Staat Solothurn. Eine Honorarvereinbarung wurde nicht eingereicht, so dass der Nachzahlungsanspruch gestützt auf den Minimalansatz für Parteientschädigungen gemäss § 160 Abs. 2 GT (CHF 230.00)

festzusetzen ist. Dieser macht demnach CHF 462.35 aus.

### **E. 3**

Es sei der Vater zu verpflichten, mit Wirkung ab 01.09.2020 an den Unterhalt der beiden Kinder einen monatlichen Unterhaltsbeitrag nach richterlichem Ermessen, mindestens jedoch CHF 650.00 (Barunterhalt CHF 390.00 und Betreuungsunterhalt CHF 260.00), zuzüglich allfälliger von ihm bezogener Kinderzulagen zu bezahlen.

#### **E. 3.2**

Der Ehemann beantragte in seinem Schlussvortrag vom 1. Februar 2021: Das Gesuch um Erlass von vorsorglichen Massnahmen sei abzuweisen. 4. Die Amtsgerichtspräsidentin von Solothurn-Lebern verfügte am 23. Februar 2021. 1. ... 2. ... 3. Der Ehemann wird verpflichtet, für die Dauer des Verfahrens an den Unterhalt der Kinder C.\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_ folgende monatlich vorauszahlbare Unterhaltsbeiträge zu bezahlen: - ab dem 1. September 2020 je CHF 478.00 (Barunterhalt CHF 392.00, Betreuungsunterhalt CHF 86.00); - ab dem 1. Februar 2021: o für C.\_\_\_\_ CHF 635.00 (Barunterhalt CHF 479.00, Betreuungsunterhalt CHF 156.00); o für D.\_\_\_\_ CHF 607.00 (Barunterhalt CHF 451.00, Betreuungsunterhalt CHF 156.00). Allfällige vom Ehemann bezogenen Kinder- und Familienzulagen sind in diesem Betrag nicht inbegriffen und zusätzlich geschuldet. 4. ... 5. Diese Regelung stützt sich auf die Berechnungsgrundlagen gemäss den zwei beiliegenden Berechnungsblättern, welche integrierenden Bestandteil dieser Verfügung darstellen. 6. ...

### **E. 4**

Die Amtsgerichtspräsidentin von Solothurn-Lebern verfügte am 23. Februar 2021.

5. Diese Regelung stützt sich auf die Berechnungsgrundlagen gemäss den zwei beiliegenden Berechnungsblättern, welche integrierenden Bestandteil dieser Verfügung darstellen.

#### **E. 4.1**

Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 311 ZPO). Den Berufungskläger trifft eine Begründungslast. Es ist in der Berufungsschrift substantiiert vorzutragen, aus welchen Gründen der angefochtene Entscheid unrichtig sei und warum und wie er geändert werden müsse. Die Berufungsschrift hat sich vornehmlich mit den Erwägungen der Vorinstanz auseinanderzusetzen und soll nicht einfach die Ausführungen vor der ersten Instanz wiederholen (ZR 112/2013 Nr. 81). In der Berufung ist darzulegen, wo und wie die erste Instanz das Recht unrichtig angewendet oder den Sachverhalt unrichtig festgestellt haben soll. Die Berufungsinstanz muss bei ungenügender Begründung nicht Frist zur Behebung des Mangels ansetzen (Karl Spühler/Dominik Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, 2. Aufl. Zürich 2011, Rz. 25/26). Die Begründungspflicht bzw. Begründungslast geht nicht so weit wie das Rügeprinzip. Ist die Begründung zwar nicht gerade ungenügend, aber in der Substanz mangelhaft, lässt dies zwar das Eintreten auf sie unberührt, kann sich aber in der materiellen Beurteilung zum Nachteil des Berufungsklägers auswirken (OGer ZH, 27. 6. 2012, LB 120045-O/U; vgl. Karl Spühler in Spühler et. al. [Hrsg.] Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Basel 2017, N. 15 zu Art. 317 ZPO).

Diese Pflicht besteht auch in Angelegenheiten, in denen wie im Eheschutzverfahren die Untersuchungsmaxime und in Kinderbelangen die Officialmaxime gilt (Art. 272 und 296

ZPO). Beides entbindet die Parteien nicht davon, dass sie gemäss Art. 311 ZPO anhand der Begründung des vorinstanzlichen Urteils verständlich und nachvollziehbar darzulegen haben, welche vorinstanzlichen Fehler mit welchem Rügegrund angefochten werden (BGE 138 III 374 E. 4.3.1; 142 III 413, E. 2.2.1 f.). Das Berufungsverfahren ist als eigenständiges Verfahren ausgestaltet (vgl. Botschaft vom 28. Juni 2006 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, BBl 2006, 7221, 7373 zu Art. 313). Es dient nicht der Vervollständigung des vorinstanzlichen Verfahrens, sondern der Überprüfung und Korrektur des erstinstanzlichen Entscheids im Lichte konkret dagegen vorgebrachter Beanstandungen (Urteile 4A\_382/2015 vom 4. Januar 2016 E. 11.3.1; 4A\_221/2015 vom 23. November 2015 E. 5.2.1, nicht publ. in: BGE 141 III 549; 4A\_413/2015 vom 5. November 2015 E. 3.4.1; 4A\_263/2015 vom 29. September 2015 E. 5.2.2; 4A\_569/2013 vom 24. März 2014 E. 2.3; 4A\_651/2012 vom 7. Februar 2013 E. 4.2). Neue Tatsachen und Beweismittel sind zulässig, soweit sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 lit. a und b ZPO). Diesen Anforderungen genügt die Berufung nur teilweise.

#### **E. 4.2**

Der Berufungskläger macht geltend, die Vorinstanz habe ihm die Beweislast auferlegt, sowohl für die Zumutbarkeit als auch für die Möglichkeit eine Anstellung in der Schweiz zu finden. Auch sei vollkommen ausser Acht gelassen worden, dass er nicht nur arbeitslos geworden sei, sondern aufgrund der Trennung auch eine neue Wohnung hätte suchen müssen.

#### **E. 4.3**

Im Verhältnis zum unmündigen Kind sind gemäss ständiger bundesgerichtlicher Praxis zu Art. 276 Abs. 2 Zivilgesetzbuch (ZGB, SR 210) besonders hohe Anforderungen an die Ausnützung der eigenen Erwerbskraft zu stellen, zumal in engen wirtschaftlichen Verhältnissen (BGE 144 III 481 E. 4.7.7; 137 III 118 E. 3.1 mit Hinweis; Urteile 5A\_946/2018 vom 6. März 2019 E. 3.1; 5A\_98/2016 vom 25. Juni 2018 E. 3.4 in fine, in: FamPra.ch 2018 S. 1106; 5A\_47/2017 vom 6. November 2017 E. 8.2, nicht publ. Februar 2017 E. 4.2). Schöpft ein Elternteil seine Erwerbskraft nicht voll aus, kann ihm ein hypothetisches Einkommen angerechnet werden, sofern dieses zu erreichen ihm zumutbar und möglich ist. Welche Tätigkeit aufzunehmen als zumutbar erscheint, ist eine Rechtsfrage. Tatfrage bildet hingegen, ob die als zumutbar erkannte Tätigkeit möglich und das angenommene Einkommen effektiv erzielbar ist (BGE 144 III 481 E. 4; 143 III 233 E. 3.2; 137 III 102 E. 4.2.2.2 mit Hinweis).

Die Eltern müssen sich daher in beruflicher und unter Umständen auch örtlicher Hinsicht so ausrichten, dass sie ihre Arbeitskapazität maximal ausschöpfen können. Nach der Rechtsprechung kann insbesondere ein (an sich zulässiger) Wegzug ins Ausland unbeachtlich bleiben, wenn eine weitere Arbeitstätigkeit in der Schweiz möglich und zumutbar wäre. Dem unterhaltspflichtigen Elternteil steht es insofern nicht frei, nach Belieben ganz oder teilweise auf ein bei zumutbarer Anstrengung erzielbares Einkommen zu verzichten, um sich andere persönliche oder berufliche Wünsche zu erfüllen. Dass solche Wünsche der Unterhaltspflicht hintanzustehen haben, ergibt sich zwangsläufig aus dem Wesen des hypothetischen Einkommens. Dessen Anrechnung bedeutet auch keine Verletzung verfassungsmässiger Rechte, sofern die Erzielung eines entsprechenden Einkommens - nebst der tatsächlichen Möglichkeit, die sich anhand von Faktoren wie Alter,

Gesundheit, Ausbildung, Berufserfahrung, Arbeitsmarktlage, Erziehungspflichten usw. bestimmt - zumutbar im vorgenannten Sinn ist (Urteil 5A\_90/2017 vom 24. August 2017 E. 5.3.1 mit zahlreichen Hinweisen). Der Berufungskläger belegt gleich selber, dass sowohl die Zumutbarkeit gegeben als auch die Möglichkeit, eine Stelle in der Schweiz zu finden vorhanden ist, da er inzwischen wieder eine Anstellung im [ ] gefunden hat. Vor diesem Hintergrund zerfällt auch das Argument der fehlenden Sprachkenntnis.

#### **E. 4.4**

Vorliegend ist zunächst unbestritten, dass der Berufungskläger seine Anstellung nicht freiwillig aufgegeben hat, sondern ihm infolge der Corona Pandemie von seinem Einsatzbetrieb und nicht wie behauptet vom Personaldienstleister, gekündigt wurde. Der Behauptung des Berufungsklägers, da ihm von einem Personaldienstleister gekündigt worden sei, stehe fest, dass seine Möglichkeit, eine neue Anstellung zu finden gering seien, fehlt es daher am tatsächlichen Fundament. Der Personaldienstleister hat ihm vielmehr mitgeteilt: «Gerne versuchen wir, Ihnen eine neue Stelle zu finden » (vgl. Urk. 22 der Ehefrau).

Es kann offengelassen werden, ob die Vorderrichterin selber hätte Nachforschungen anstellen müssen oder, ob sie vom Berufungskläger verlangen konnte, Belege für die behauptete Stellensuche einzureichen. Aufgrund des unbestrittenen zeitlichen Ablaufs der Ereignisse steht fest, dass der Berufungskläger vor seiner Ausreise aus der Schweiz gar keine neue Stelle gesucht hat. Er liess sich sofort nach Erhalt der Kündigung von seinem Arbeitgeber für den Rest der Kündigungsfrist freistellen, hat sich umgehend aus der Schweiz abgemeldet und ist nach [...] gereist, um sich zu erholen (Parteibefragung Vorinstanz S. 2 f.). Der geschilderte Zeitablauf lässt keinen Raum für eine Stellensuche vor der Abreise aus der Schweiz. Er hat sich in der Schweiz auch nicht bei der Arbeitslosenkasse angemeldet, um Hilfe für die Stellensuche zu bekommen. Im Schlussvortrag seines Rechtsbeistands liess er dazu ausführen, ohne Geld und ohne Wohnung habe er keine Wahl gehabt und sei nach [...] gegangen. Das mag zwar faktisch zutreffen, ist aber allein auf seine Untätigkeit zurückzuführen. Aufgrund seiner Erwerbstätigkeit hätte er offensichtlich Anspruch auf Arbeitslosentaggelder und somit ein Einkommen gehabt, wenn er sich bei der zuständigen Kasse angemeldet hätte. Dem Berufungskläger ist in Erinnerung zu rufen, dass er aufgrund seiner Unterhaltspflicht gegenüber seinen minderjährigen Kindern gehalten ist, alles in seiner Macht stehende zu unternehmen und insbesondere seine wirtschaftliche Leistungsfähigkeit voll auszuschöpfen (Urteil des Bundesgerichts 5 D\_183/ 2017 E. 4.1). Dass er folglich während zwei Monaten gar kein Einkommen erzielte und danach ein solches das erheblich unter dem Schweizer Lohnniveau liegt, hat er allein seinem Verhalten zuzuschreiben. Daraus kann er nichts für sich ableiten.

#### **E. 4.5**

Es stellt entgegen der Meinung des Berufungsklägers auch keine besondere Härte dar, dass er sich nach der Trennung in der Schweiz eine neue Wohnung hätte suchen müssen. Das ist für mindestens einen der Ex-Partner eine notwendige Konsequenz der Trennung und kann folglich a priori keine übermässige Belastung darstellen. Auch die Ehefrau musste nach der Trennung eine neue Wohnung suchen, weil das eheliche Domizil für sie allein nicht finanzierbar war. Die Parteien haben in [...] gewohnt. Allein da sind gegenwärtig 13 Wohnungen mit 2 bis 3 ½ Zimmern zu einem Mietpreis von maximal CHF 1'100.00 zur

Vermietung ausgeschrieben (vgl. [www.immoscout.ch](http://www.immoscout.ch); besucht am 29.4.2021). Wenn man die Suche auf die Region (+ 10 km) ausdehnt, sind es 121. Da wäre es dem Berufungskläger zweifellos möglich gewesen, innert nützlicher Frist eine zahlbare Bleibe zu finden. Das gilt umso mehr, als er durch die Arbeitslosentaggelder über ein regelmässiges Einkommen verfügt hätte. Auch stand er nicht von einem Tag auf den anderen auf der Strasse, sondern wohnte bis zu seiner Abreise nach [...], trotz des Entschlusses zur Trennung, weiterhin zusammen mit der Familie in der ehelichen Wohnung, die erst per Ende Januar 2021 gekündigt wurde. Hinzu kommt, dass er sein Wohnproblem mit dem Wegzug zu seinem Bruder nach [...] keineswegs dauerhaft gelöst hat. Seine erste Anstellung (mit Arbeitsort in der Schweiz) lag rund 500 km vom Wohnort entfernt, seine nächste rund 80 km. Es versteht sich von selbst, dass ein Arbeitsweg mit geltend gemachten Kosten von aktuell CHF 840.00 pro Monat angesichts der Lohnhöhe von CHF 1'426.00 nicht rentabel ist.

#### **E. 4.6**

Der Berufungskläger behauptet weiter, er habe in der Schweiz keinen Anschluss gefunden und spreche die Sprache nicht. Das sind neue Behauptungen. Er führt nicht aus, weshalb er diese nicht bereits vor der ersten Instanz hatte vorbringen können (Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO). Das ist auch nicht ersichtlich. Darauf muss nicht eingegangen werden. Anzumerken ist jedoch, dass es allein am Berufungskläger liegt, sich die entsprechenden Sprachkompetenzen anzueignen. Über die Beziehungen des Berufungsklägers in der Schweiz ausserhalb seiner Kernfamilie ist den Akten nichts zu entnehmen. Hingegen ist festzuhalten, dass hier seine nächsten Verwandten, seine Kinder, leben, die ihm nach eigenen Aussagen sehr am Herz liegen. Diese Beziehung wird nach wie vor gepflegt.

4.7.1 Nach ständiger bundesgerichtlicher Praxis sind auch die persönlichen Verhältnisse des Berufungsklägers und die konkrete Möglichkeit der Aufnahme einer bestimmten Erwerbstätigkeit in der Schweiz (Urteil des Bundesgerichts 5A\_899/2019 E. 3.3.3) zu berücksichtigen. Über den Berufungskläger ist aus den Akten bekannt, dass er vor rund 5 Jahren mit seiner Familie in die Schweiz kam. In dieser Zeit war er, von einer zeitweiligen Arbeitslosigkeit abgesehen, vollzeitig erwerbstätig. Über sein Privatleben ist nur bekannt, dass er seit 12 Jahren verheiratet ist und zwei eheliche Kinder hat. Aus welcher Region in [...] die Familie des Berufungsklägers stammt, geht aus den Akten nicht schlüssig hervor. Geboren ist er [...]. Geheiratet haben die Parteien in [...] (vgl. Familienausweis) Die Tochter ist in [...] zur Welt gekommen (vgl. Geburtsurkunde). Derzeit wohnt er mit seinem Bruder in [...]. Ob weitere Familienangehörige in der Region wohnen, ist unbekannt. Jedenfalls hat der Berufungskläger angegeben, die Wohngelegenheit bei seinem Bruder sei die einzige Unterstützung, die er von seiner Familie erhalte (Parteibefragung S. 2). Aufgrund seiner Biographie ist ersichtlich, dass der Berufungskläger auch in [...] schon in verschiedenen Regionen gelebt hat. Das zeigt, dass er gewohnt ist, sich in einer neuen Umgebung zurechtzufinden. Aufgrund dessen ist nicht ersichtlich, weshalb es ihm nicht zumutbar sein sollte, in der Schweiz zu verbleiben. Hier leben seine nächsten Verwandte, seine Kinder, die ihm nach eigenen Angaben sehr am Herzen liegen. Aus den Akten ist nicht ersichtlich, dass diese Beziehung nicht mehr gepflegt wird.

#### **E. 5**

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen.

#### **E. 5.1**

Der Berufungskläger macht ausserdem geltend, dass ihm die Vorderrichterin fälschlicherweise eine Prämienverbilligung angerechnet habe. Er habe darauf keinen Anspruch. Er übersieht, dass jährlich über die Prämienverbilligung entschieden wird. Für das Jahr 2020 profitierte er unabhängig von der Trennung noch von der Prämienverbilligung, welche die Familie gestützt auf die Steuerveranlagung 2019 (Urk. 20 der Ehefrau) erhalten hat. Zutreffend ist, dass er ab 2021 nicht mehr davon profitieren kann, da die Ehegatten für das Jahr 2020 getrennt steuerpflichtig sind. Da sein (hypothetisches) Einkommen auch nach Bezahlung der von der Vorderrichterin festgesetzten Unterhaltsbeiträge über der Grenze für die Prämienverbilligung für eine Einzelperson liegt. In der von der Vorderrichterin berechneten 1. Phase hätte er somit von der Prämienverbilligung der Familie profitiert, wäre er in der Schweiz geblieben. Für die 2. Phase ab Januar 2021 ist die Krankenkassenprämie in seinen Bedarf einzurechnen. Das hat die Vorderrichterin getan (vgl. Begründung Ziff. 18). Es gibt daher keinen Grund etwas an dem für den Berufungskläger berechneten Bedarf zu ändern.

### **E. 5.2**

Der Berufungskläger macht weiter geltend, dass in den Monaten Oktober und November 2020 die Berufsauslagen, insbesondere der Arbeitsweg in seinem Bedarf zu berücksichtigen seien. Da nach dem oben gesagten weiterhin von einer zumutbaren Erwerbstätigkeit in der Schweiz ausgegangen wird, stellt sich die Frage der Anrechnung von Berufsauslagen an die Erwerbstätigkeit in [...] nicht. Selbst wenn auf die Konditionen der neuen Anstellung abgestellt würde, käme eine Anrechnung nicht in Frage. Für den Arbeitsweg macht der Berufungskläger im Oktober CHF 936.00 und im November CHF 1'872.00 für den Weg von [...] nach [...] geltend. Es kann in diesem Zusammenhang auf die obigen Erwägungen zu Art. 276 ZGB verwiesen werden, wonach sich die Eltern in beruflicher und u.U. auch in örtlicher Hinsicht so auszurichten haben, dass sie ihre Erwerbskapazität maximal ausschöpfen können. Es liegt auf der Hand, dass das nicht der Fall ist, wenn der Wohnort mehr als 460 km vom Arbeitsort entfernt liegt. Hinzu kommt, dass sich hier die Frage der Spesenentschädigung durch den Arbeitgeber stellt, zumal der Berufungskläger gemäss eigenen Angaben bei einer Firma mit Sitz in [...] angestellt war und von ihr zur Arbeit in die Schweiz entsandt wurde. So steht jedenfalls das erwirtschaftete Einkommen von CHF 3'100.00 (nach unbelegten Angaben des Berufungsklägers) in keinem Verhältnis zu den geltend gemachten Auslagen. Das gilt ebenso für die Kosten für den Arbeitsweg ab Februar 2021 wo der Berufungskläger eine neue Anstellung in [...] hat und dafür Kosten von CHF 840.00 pro Monat für den Arbeitsweg bei einem Monatslohn von CHF 1'426.00 geltend macht. Das gilt umso mehr, als die Strecke von [...] nach [...] (www.[...]; besucht am 29.4.2021) mit dem Bus rund eine halbe Stunde dauert und zu einem Preis ab 1 € angeboten und der Weg von [...] nach [...] gemäss (www.[...], besucht am 29.4.2021) mit dem Zug ebenfalls in weniger als einer halben Stunde zurückzulegen ist und eine einfache Fahrt zu einem Preis ab € 3.85 angeboten wird. Die geltend gemachten Kosten für auswärtige Verpflegung wären nicht zu beanstanden. Vor diesem Hintergrund gibt es keinen Grund, den vorinstanzlichen Entscheid abzuändern.

### **E. 5.3**

Der Berufungskläger macht weiter geltend, dass er seine Erwerbsfähigkeit mit der gegenwärtigen Tätigkeit voll ausschöpfe, weshalb ab Februar 2021 kein hypothetisches Einkommen in der Höhe des früher erzielten Lohnes anzunehmen sei. Dem ist nicht so. Vorab ist nicht nachvollziehbar, weshalb beim anrechenbaren Monatslohn die im Jahr 2020

während einigen Monaten bezogene Kurzarbeitsentschädigung einbezogen werden sollte. Der Berufungskläger äussert sich dazu nicht. Einerseits ist der Lockdown längst beendet. Andererseits geht es beim hypothetischen Einkommen um das erzielbare Erwerbseinkommen, nicht um das in einer Ausnahmesituation realisierte Ersatzeinkommen. Das gilt umso mehr, als der Berufungskläger betont, dass er arbeiten wolle und er bei seiner letzten Anstellung nachweislich mehr verdient hat als die Vorderrichterin als erzielbar erachtet hat. 6. Der Berufungskläger verlangt die Anrechnung des der Ehefrau überlassenen letzten Lohnes von CHF 3'893.50, der am 5. und 7. August 2020 auf das gemeinsame Konto bei der [...] bezahlt wurde, an die geschuldeten Unterhaltsbeiträge. Ausserdem seien CHF 770.00 anzurechnen, die er der Ehefrau aus der 3. Säule, die am 16.12.2020 ausbezahlt worden sei, überlassen habe. Es ist unbestritten, dass die Ehefrau über die genannten Beträge verfügen konnte. Die Vorderrichterin setzte den Beginn der Unterhaltspflicht entsprechend dem Antrag der Ehefrau auf 1. September 2020 fest, wodurch die Lohnzahlung nicht an die Unterhaltsbeiträge angerechnet wurde. Die Berufungsbeklagte hält dafür, dass die Lohnzahlung für die Familie aufgewendet worden sei, indem damit Rechnungen der gesamten Familie, auch des Berufungsklägers, beglichen worden seien. Es ist unbestritten, dass die Ehegatten seit dem 7. Juli 2020 getrennt leben. Am 27. Juli 2020 zog der Ehemann aus der ehelichen Wohnung aus (Parteibefragung Ehefrau S. 2, Ehemann S. 2). Mithin sind sich die Ehegatten einig, dass die räumliche Trennung am 27. Juli vollzogen wurde. Die Ehefrau verlangte folgerichtig im ersten Parteivortrag bei der Vorinstanz ab 1. August 2020 Unterhaltsbeiträge für die Dauer des Verfahrens (vgl. Verhandlungsprotokoll vom 14. Dezember, S. 2). Auch der Berufungskläger ist in seinem schriftlichen Schlussvortrag von einer Unterhaltspflicht ab August 2020 ausgegangen (vgl. S. 3). Erst in ihrem schriftlichen Schlussvortrag (S. 2) beantragte die Ehefrau Kinderunterhaltsbeiträge ab 1. September 2020. Sie begründete das damit, dass die Lebenshaltungskosten der Familie im August durch die Lohneingänge und die Familienergänzungsleistungen abgedeckt worden seien. Das wird vom Berufungskläger mit dem Hinweis auf die vor der Auszahlung der genannten Beträge vollzogene Trennung bestritten. Aufgrund der Akten ist unbestritten, dass die Trennung der Parteien am 27. Juli 2020 mit der Ausreise des Berufungsklägers nach [...] auch räumlich vollzogen wurde. Spätestens ab 1. August 2020 führten die Ehegatten finanziell getrennte Haushalte. Ebenfalls unbestritten ist, dass die Ehefrau im Einverständnis mit dem Berufungskläger allein über die genannten Beträge verfügen konnte und damit laufende Rechnungen bezahlt hat. Welche das sind, geht aus den Akten nicht hervor. Aufgrund der Akten ist jedoch davon auszugehen, dass das Geld für den Lebensunterhalt der Familie gedacht war. Soweit die Ehefrau damit Rechnungen bezahlt haben sollte, die allein den Ehemann betrafen, ist das im Rahmen der güterrechtlichen Auseinandersetzung zu berücksichtigen. Vor diesem Hintergrund ist die Unterhaltspflicht bei abweichenden Anträgen konsequenterweise auf den Zeitpunkt der effektiven Trennung festzulegen und die ab diesem Zeitpunkt geleisteten Zahlungen an die Unterhaltsbeiträge anzurechnen. Da beide Ehegatten frühestens ab 1. August 2020 den Unterhalt geregelt haben wollen, ist die Zahlungspflicht ab diesem Datum festzulegen. Der Betrag von total CHF 4'663.50 ist an die Unterhaltspflicht des Ehemannes anzurechnen. III. 1. Die Prozesskosten sind der unterliegenden Partei aufzuerlegen. Hat keine Partei vollständig obsiegt, so werden die Prozesskosten nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt (Art. 106 Abs. 1 und 2 ZPO). U.a. in familienrechtlichen Verfahren kann von den Verteilungsgrundsätzen abgewichen und können die Prozesskosten nach Ermessen verteilt werden (Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO). Vorliegend ist der Berufungskläger

fast vollständig unterlegen. Die Korrektur bezüglich des Beginns der Unterhaltspflicht und der Anrechnung der geleisteten Zahlungen fällt kaum ins Gewicht. Es gibt auch keinen Grund, vom allgemeinen Grundsatz der Kostenverteilung abzuweichen, zumal vorliegend allein finanzielle Fragen zum Entscheid standen. Die Kosten des Berufungsverfahrens von CHF 1'000.00 sind dementsprechend vollständig A.\_\_\_\_ aufzuerlegen. Zuzugabe der ihm gewährten unentgeltlichen Rechtspflege erliegen sie auf dem Staat Solothurn. Vorbehalten bleibt der Rückforderungsanspruch des Staates während 10 Jahren, sobald A.\_\_\_\_ zur Nachzahlung in der Lage ist (Art. 123 ZPO).

#### **E. 6**

Mit dem vorliegenden Urteil wird in der Sache entschieden. Der Erlass von vorsorglichen Massnahmen für die Dauer des Berufungsverfahrens erübrigt sich daher.

#### **E. 7**

In Anwendung von Art. 316 Abs. 1 Zivilprozessordnung (ZPO, SR 272) kann über die Berufung ohne Durchführung einer Verhandlung aufgrund der Akten entschieden werden. Für die Parteistandpunkte und die Erwägungen der Vorderrichterin wird grundsätzlich auf die Akten verwiesen. Soweit erforderlich, ist nachstehend darauf einzugehen.

### **II.**

1. Die Vorderrichterin begründet ihre Verfügung damit, dass bei der Bemessung eines Unterhaltsbeitrages grundsätzlich vom tatsächlich erzielten Einkommen der Parteien auszugehen sei. Soweit dieses nicht ausreiche, um den ausgewiesenen Bedarf zu decken, könne ein hypothetisches Einkommen angerechnet werden, sofern dieses zu erreichen zumutbar und möglich sei. Im Verhältnis zu unmündigen Kindern seien besonders hohe Anforderungen an die Ausnützung der Erwerbskraft zu stellen, insbesondere bei engen wirtschaftlichen Verhältnissen. Das heisse, dass sich die Eltern in beruflicher und unter Umständen auch in örtlicher Hinsicht entsprechend ausrichten müssten, um ihre Arbeitskapazität maximal auszuschöpfen; insbesondere könne ein an sich zulässiger Wegzug ins Ausland unbeachtlich bleiben, wenn eine weitere Arbeitstätigkeit in der Schweiz als zumutbar zu erachten sei. Dem unterhaltspflichtigen Elternteil stehe es insofern nicht frei, nach Belieben ganz oder teilweise auf ein bei zumutbarer Anstrengung erzielbares Einkommen zu verzichten, um sich andere persönliche oder berufliche Wünsche zu erfüllen.

Sie hielt dafür, dass es dem Berufungskläger möglich und zumutbar gewesen wäre, gerade wegen der Unterhaltspflicht gegenüber seinen Kindern, in der Schweiz zu bleiben und hier eine neue Anstellung zu suchen. Er mache zu Recht nicht geltend, dass die wirtschaftlichen Bedingungen in [...] besser seien als in der Schweiz, zumal er mit seinem Wegzug den Anspruch auf Arbeitslosentaggelder verloren habe. Daran ändere auch nichts, dass er inzwischen in [...] eine Anstellung gefunden habe. Dass er nach [...] zurückgekehrt sei, um seiner Familie nah zu sein, könne nicht auf Kosten des Kinderunterhalts gehen. Er dürfte auch hier ein Beziehungsnetz haben, welches ihm die nötige Unterstützung bieten könne.

Er könne nicht nachweisen, dass er sich genügend um eine neue Anstellung bemüht habe. Vielmehr habe er aufgrund seines Wegzugs auf seinen Anspruch auf Arbeitslosentaggeld verzichtet. Dieses sei ihm mindestens in einer ersten Phase als hypothetisches Einkommen anzurechnen.

2. Der Berufungskläger macht geltend, die Vorderrichterin übersehe bei dem Zitat der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, dass das Bundesgericht in jenem Fall das vorinstanzliche Urteil u.a. deswegen aufgehoben habe, weil diese unzulässigerweise dem Beschwerdeführer die Beweislast hinsichtlich sowohl der Zumutbarkeit als auch der Möglichkeit eine Anstellung in der Schweiz zu finden, auferlegt habe. Genau das verlange die Vorinstanz auch vom Berufungskläger, indem ihm vorgeworfen werde, nicht genügend Belege zum Nachweis der Bemühungen einer Anstellung eingelegt zu haben, obwohl er innert kurzer Zeit gleich zwei Stellen nacheinander angenommen habe.

Zu dem von der Vorinstanz angenommenen hypothetischen Einkommen sei zunächst festzuhalten, dass er die Anstellung bei der [...] AG nicht freiwillig aufgegeben habe, sondern ihm aus wirtschaftlichen Gründen während der Corona-Pandemie gekündigt worden sei. Statt sich arbeitslos zu melden und eine Lücke im Lebenslauf in Kauf zu nehmen, habe er direkt wieder eine Anstellung gesucht und sich so eine Position auf dem Arbeitsmarkt gesichert. Es sei ihm nicht zuzumuten, sich eine Neuanstellung entgehen zu lassen, um sich arbeitslos zu melden. Es entspreche nicht dem Sinn des hypothetischen Einkommens, jemandem, der eine Anstellung gefunden habe, stattdessen die Arbeitslosigkeit [recte das Arbeitslosentaggeld] anzurechnen. Darüber hinaus werde vollständig ausgeblendet, dass dem Berufungskläger nicht nur eine Anmeldung der Arbeitslosigkeit zugemutet werde, sondern auch eine Wohnungssuche und das Verbleiben an einem Ort, wo er keinen Anschluss gefunden habe und die Sprache nicht spreche. In den fünf Jahren in der Schweiz habe er keine Freunde oder Bekannte gefunden. Er sei deshalb nach [...] zurückgegangen, wo er auf Unterstützung zählen und bei seinem Bruder kostengünstig wohnen könne.

Da ihm von einem Personaldienstleister gekündigt worden sei, sei offensichtlich, dass die Möglichkeiten, da wieder eine Anstellung zu finden, gering seien. Die Vorinstanz erbringe keinerlei Nachweise, zur Möglichkeit am bisherigen Wohnort eine Wohnung und Arbeit zu finden. Die Arbeitssuche werde offenbar als aussichtslos erachtet, da Arbeitslosentaggelder statt einer Anstellung angerechnet würden. Gleichzeitig werde darauf hingewiesen, dass er im [...] wieder eine Anstellung gefunden habe. Inkonsequenterweise habe die Vorderrichterin bei der Berechnung der Unterhaltsbeiträge nicht auf den früher erzielten Lohn, sondern auf die Arbeitslosentaggelder abgestellt. Der Berufungskläger habe seinen Aufenthaltsanspruch von demjenigen der Ehefrau abgeleitet. Da die Aufenthaltsbewilligung widerrufen worden sei, habe er keinen Anspruch auf Arbeitslosentaggelder mehr. Aufgrund dessen sei ihm das effektiv erzielte Einkommen anzurechnen, weil er seine Erwerbskraft voll ausschöpfe und die Voraussetzungen für die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens nicht gegeben seien.

Bei der Berechnung des Bedarfs sei zu berücksichtigen, dass der Berufungskläger keine Prämienverbilligung erhalte. Ausserdem wären bei der Annahme eines hypothetischen Einkommens auch die Kosten des Kontaktrechts bei den Auslagen einzubeziehen, was praxismässig mit CHF 10.00 pro Tag und Kind zu veranschlagen sei.

Die Vorderrichterin berechne ab 1. Februar 2021 eine 2. Phase in der sie vom vormaligen Einkommen ausgehe. Darauf sei zu verzichten, zumal das Einkommen des Berufungsklägers klar sei. Überdies übersehe die Vorinstanz, dass er bereits vor der Kündigung lediglich eine Kurzarbeitsentschädigung erhalten habe.

Bezüglich der Anrechnung der Unterhaltszahlungen sei zu berücksichtigen, dass er bereits am 20. Juli 2020 aus der ehelichen Wohnung ausgezogen und nach [...] gegangen sei. Seinen letzten Lohn vom August 2020, total CHF 3'893.50, habe er vollständig der Ehefrau überlassen, ohne Abzüge zu tätigen. Auch CHF 770.00 aus der ausbezahlten 3. Säule habe er der Ehefrau überlassen.

3. Die Berufungsbeklagte hält dafür, der Berufungskläger habe sich umgehend nach der Entlassung bei der [...] AG per 23.8.2020 [gemeint ist wohl 23.7.2020] nach [...] begeben. Er sei nach [...] gegangen, habe aber zwei Monate später eine Anstellung gesucht [recte gefunden], die 500 km von seinem Wohnort entfernt sei. Die Argumentation für dieses Handeln sei wenig glaubhaft. Es mache keinen Sinn, in der Schweiz auf Arbeitslosentaggelder zu verzichten, nach [...] zurückzukehren und schliesslich eine Stelle anzunehmen, an einem Arbeitsort, der 500 km vom Wohnort entfernt liege. Hätte er sich hier bei der Arbeitslosenkasse angemeldet, hätte er einerseits ein regelmässiges Einkommen gehabt und andererseits Hilfe bei der Stellensuche erhalten. Dass die Stellensuche während der Pandemie erschwert sei, sei nachvollziehbar. In [...] sei sie jedoch aufgrund der restriktiveren Regeln noch viel schwieriger. Überdies fehle dort die finanzielle Absicherung durch die Arbeitslosenkasse.

Die Vorinstanz halte zu Recht fest, dass der Berufungskläger die Schweiz nicht aus wirtschaftlichen, sondern aus emotionalen Gründen verlassen habe, um bei seiner Familie zu sein. Diese habe er zwei Monate später wieder verlassen, um in der Schweiz eine Stelle anzutreten. Bezüglich seiner neuen Anstellung fehle es an zuverlässigen Belegen. Seit Februar 2021 habe er offenbar eine neue Anstellung in [...]. Aus dem eingereichten Beleg seien weder die Vertragsparteien, die -bedingungen noch die Unterschriften der Parteien ersichtlich.

Der Berufungskläger versuche darzulegen, dass er auf Geheiss der Ehefrau die Schweiz verlassen habe. Das werde in aller Form zurückgewiesen. Er habe sie wissen lassen, dass er die Schweiz verlassen und nach [...] zurückkehren werde. Die geltend gemachte Arbeitssituation sei nicht unumkehrbar. Es stehe ihm jederzeit frei, erneut eine Anstellung in der Schweiz zu suchen.

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