

SO_GERICHTE ZKBER.2022.71 vom 26. Oktober 2022

SO Obergericht, 2022-10-26, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so_gerichte_ZKBER.2022.71

FR: SO_GERICHTE ZKBER.2022.71 du 26 octobre 2022

IT: SO_GERICHTE ZKBER.2022.71 del 26 ottobre 2022

Erwägungen

E. 1

Die Parteien haben am 30. April 2019 geheiratet. Aus der Ehe ging der 2020 geborene Sohn C.____ hervor. Der Ehemann hat ausserdem einen vorehelichen Sohn, der 2018 geboren ist. Seit 28. Januar 2022 leben die Parteien getrennt.

E. 2

Am 4. Juli 2022 erliess die Amtsgerichtstatthalterin von Olten-Gösgen soweit hier von Interesse folgendes Urteil:

E. 2.1

Gemäss Art. 106 ZPO sind die Prozesskosten der unterliegenden Partei aufzuerlegen. Der Berufungskläger ist mit seiner Berufung nicht durchgedrungen, weshalb ihm die Kosten des Berufungsverfahrens und die Parteikosten der Gegenpartei aufzuerlegen sind.

E. 2.2

Die Gerichtskosten werden praxisgemäss auf CHF 1'000.00 festgesetzt. Zufolge der dem Berufungskläger gewährten unentgeltlichen Rechtspflege erliegen die Gerichtskosten 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. 2.3

Der von Rechtsanwalt Acemoglu geltend gemachte Aufwand von 8.0833 Stunden ist nicht zu beanstanden, ebenso wenig die geltend gemachten Auslagen von CHF 74.50. Das Honorar ist folglich antragsgemäss auf CHF 1'647.30 festzusetzen. Der Nachzahlungsanspruch (Differenz zum vollen Honorar) beläuft sich auf CHF 435.30. Auch der von der Rechtsbeiständin der Berufungsbeklagten geltend gemachte Aufwand von 7.83 Stunden liegt im Rahmen, ebenso die Auslagen von CHF 34.80. Ihr Honorar wird auf CHF 1'555.40 festgelegt. Einen Nachzahlungsanspruch hat sie nicht geltend gemacht.

Demnach widerkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen.

2. Die Gerichtskosten von CHF 1'000.00 werden A.____ auferlegt. Zufolge unentgeltlicher Rechtspflege trägt sie der Staat Solothurn; vorbehalten bleibt der Rückforderungsanspruch des Staates während 10 Jahren, sobald A.____ zur Nachzahlung in der Lage ist (Art. 123 ZPO).

3. A.____ hat an B.____, vertreten durch die unentgeltliche Rechtsbeiständin Rahel Ritz, eine Parteientschädigung von CHF 1'555.40 zu bezahlen. Zufolge unentgeltlicher Rechtspflege beider Parteien hat der Staat Rechtsanwältin Rahel Ritz, Olten, eine Entschädigung von

CHF 1'555.40 und Rechtsanwalt Timur Acemoglu, Olten, eine solche von CHF 1'647.30 zu bezahlen. Vorbehalten bleibt der Rückforderungsanspruch des Staates während 10 Jahren, sobald A.____ und/oder B.____ zur Nachzahlung in der Lage sind (Art. 123 ZPO).

4. Sobald A.____ zur Nachzahlung in der Lage ist (Art. 123 ZPO) hat er Rechtsanwalt Acemoglu die Differenz zum vollen Honorar zu leisten. Diese beträgt CHF 435.30.

Rechtsmittel: Der Streitwert beträgt mehr als CHF 30'000.00.

Gegen diese Entscheidung 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

Die Präsidentin

Hunkeler

Die Gerichtsschreiberin

Trutmann

E. 3

Der Berufungskläger verlangt die Abänderung von Ziff. 6 des vorinstanzlichen Urteils. Er stellt die folgenden Rechtsbegehren:

E. 4

Die Berufungsbeklagte stellt die folgenden Rechtsbegehren:

E. 5

Am 3. Oktober 2022 ging aufforderungsgemäss die Honorarnote der Vertreterin der Berufungsbeklagten ein. Am 6. Oktober 2022 reichte der Berufungskläger unaufgefordert eine Replik sowie eine Honorarnote ein.

E. 5.3

Der Berufungskläger macht überdies geltend, dass ihm die Vorderrichterin eine Übergangsfrist für die «Umstellung seiner Lebensverhältnisse» hätte einräumen müssen. Es ist unklar, was er hätte umstellen müssen. Seit der Genesung von seinen Unfallfolgen im Jahr 2020 ist er gehalten, sich wieder um eine Anstellung zu bemühen (vgl. Ausführungen in ZKBER.2019.85), um den Unterhalt seiner beiden Söhne finanzieren zu können. Das hat er getan, da er sonst keine Arbeitslosentaggelder erhalten hätte. An dieser Verpflichtung hat sich auch mit seiner Aussteuerung nichts geändert. Es liegt daher auf der Hand, dass dem Berufungskläger keine Übergangsfrist für die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens zugestanden werden musste, resp. nahtlos an die bereits bestehende Verpflichtung aus dem obgenannten Verfahren angeknüpft werden konnte. Es kann in diesem Zusammenhang auf die Feststellungen der Vorderrichterin auf S. 9 f. des angefochtenen Urteils verwiesen werden.

E. 6

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 notwendig, ist nachstehend darauf einzugehen.

II.

1. Die Vorderrichterin hat ihren Entscheid damit begründet, dass der Ehemann geltend mache, seit seinem Unfall im Jahr 2019 sei es ihm nicht mehr gelungen, eine Vollzeitstelle zu finden. Inzwischen sei er von der Arbeitslosenversicherung ausgesteuert worden und beziehe Sozialhilfe. Bei der Firma [...] GmbH erziele er einen Verdienst von monatlich CHF 500.00 netto. Ihm sei bewusst, dass er mehr arbeiten müsse. Er verlange, dass ihm eine Übergangsfrist eingeräumt werde. Bis zu seinem Unfall sei er zu 100 % erwerbstätig gewesen. Ausserdem mache er geltend, dass er seit dem Unfall keine schwere Arbeit mehr verrichten könne. Unterlagen, die seine Aussagen belegten, lägen nicht vor.

Arbeitsbemühungen seien ebenfalls nicht belegt. Es gebe daher keinen Grund von einem erzielbaren Einkommen von CHF 4'600.00 netto monatlich abzuweichen.

Die Unterhaltsberechnung hat die Vorderrichterin praxisgemäss anhand der Bähler-Tabellen erstellt. Sie hat darauf hingewiesen, dass die Mietkosten des Berufungsklägers von monatlich CHF 1'400.00 angesichts der Mankosituation für eine Einzelperson zu hoch seien. Das gelte umso mehr, als er der Ehefrau samt Sohn nur eine Wohnung für CHF 1'200.00 pro Monat zugestehen wolle. Ab der zweiten Phase (ab Januar 2023) seien ihm deshalb nur noch Mietkosten von CHF 1'200.00 pro Monat anzurechnen.

2. Der Berufungskläger (im Folgenden auch Ehemann) macht geltend, die Vorderrichterin sei aktenwidrig davon ausgegangen, dass er keine konkreten Arbeitsbemühungen nachgewiesen habe. Er verweise auf Gesuchsbeilage 22 worin 137 Arbeitsbemühungen seit Februar 2020 nachgewiesen worden seien. 16 dieser Stellen seien ihm vom RAV zugewiesen worden. Auch seine [...]probleme seien mit Arztzeugnissen belegt.

Bei der Bemessung der Unterhaltsbeiträge sei grundsätzlich von tatsächlichen Einkommen einer Partei auszugehen, wenn dieses nicht ausreiche, sei von einem hypothetischen Einkommen auszugehen. Die Arbeit auf [...], sei ihm aufgrund der [...]beschwerden nicht mehr möglich. In der [...] könne er als Ungelernter lediglich ein Bruttoeinkommen von CHF 3'500.00 monatlich erzielen. Ein hypothetisches Einkommen sei ihm nach herrschender Praxis auch nur für die Zukunft anzurechnen. Die Vorinstanz begründe mit keinem Wort, weshalb sie das hypothetische Einkommen rückwirkend angerechnet habe. Vielmehr sei ihm eine Übergangsfrist von 3 bis 6 Monaten zuzugestehen. Bis dahin sei er nicht in der Lage, einen Unterhaltsbeitrag zu bezahlen. Er habe am 2. Juni 2022 auch eine Sistierung des Unterhaltsbeitrags für C.____ [recte D.____] gestellt. Bis dato sei das noch nicht erfolgt. So lange seien die Unterhaltsbeiträge für D.____ in voller Höhe zu berücksichtigen. Der Gesuchstellerin sei diese Übergangsfrist zuzumuten. Sie sei jederzeit über seine voreheliche Unterhaltspflicht im Bild gewesen.

3. Die Berufungsbeklagte (im Folgenden auch Ehefrau) macht geltend, aus den vorinstanzlich eingereichten Arbeitsbemühungen könne entnommen werden, dass sich der Berufungskläger fast ausschliesslich bei Arbeitgebern beworben habe (sofern er das tatsächlich getan habe), die keine Stelle ausgeschrieben hätten. Auch habe er sich wiederholt bei denselben Arbeitgebern beworben. Dass eine solche Arbeitssuche nicht erfolgreich sein könne, liege auf der Hand. Offene Stellen gebe es im [...] mehr als genug, was gerichtsnotorisch sei. Vielmehr wolle der Berufungskläger vom Sozialamt leben, damit er die Unterhaltsbeiträge für den Sohn D.____ nicht mehr bezahlen müsse. Folglich seien

keine ernsthaften Arbeitsbemühungen nachgewiesen.

Bezüglich der geltend gemachten [...]beschwerden habe der Berufungskläger lediglich zwei knapp lesbare Arztzeugnisse eingereicht, aus denen hervorgehe, dass er keine [...] könne. Eine konkrete Diagnose fehle. Auch Behandlungsbemühungen seien nicht nachgewiesen. Auffällig sei, dass die Arztzeugnisse pauschal für mehrere Jahre ausgestellt seien. Eines sei sogar unbefristet. Das spreche klar für Gefälligkeitszeugnisse. Der Berufungskläger sei folglich nicht in seiner Erwerbsfähigkeit eingeschränkt und auch in der Lage, weiterhin in der [...] zu arbeiten und ein Einkommen von CHF 4'600.00 netto zu verdienen. Daneben käme auch eine Anstellung im [...], im [...], im [...], in der [...] oder in einem [...] in Frage. Selbst in der [...] wäre es ihm bei Berücksichtigung des [...] möglich, das ihm angerechnete Einkommen zu erzielen.

Dem Berufungskläger sei spätestens seit der Zustellung des obergerichtlichen Entscheids vom 19. August 2020 klagewesen, dass er einen grösseren beruflichen Einsatz leisten müsse. Seit diesem Zeitpunkt sei vorhersehbar gewesen, dass er sein Einkommen steigern müsse, um seiner Unterhaltspflicht nachkommen zu können. Er sei daher nicht damit zu hören, dass er (erneut) Zeit brauche, um sich auf die Ausdehnung seiner beruflichen Tätigkeit einzustellen. Zudem seien zahlreiche Stellen in der von ihm favorisierten [...] offen.

Der Berufungskläger hätte sich auch spätestens im Zeitpunkt der Trennung von seiner Ehefrau um eine Reduktion der Unterhaltsbeiträge für den Sohn D.____ kümmern müssen.

4. Der Berufungskläger macht in der unaufgefordert eingereichten Replik geltend, die Berufungsbeklagte strapaziere die Beweisregeln übermässig, wenn sie die nachgewiesenen Arbeitsbemühungen negiere. Er habe sich auch regelmässig bei einer Vielzahl von Temporärbüros gemeldet. Besonders fehlgeleitet sei der Vorwurf, er habe sich sechs Mal bei der [...] in [...] beworben. Es sei ihm schliesslich gelungen, bei diesem Arbeitgeber eine Stelle als Geschäftsführer des Betriebs an der [...] in [...] (Gesuchsbeil. 26) zu bekommen. Die von der Berufungsbeklagten vorgeschlagenen Tätigkeiten hätten keinen Bezug zu seiner Erwerbsbiographie. Der Berufungskläger habe auch bei seiner Tätigkeit im [...] im Durchschnitt seines Erwerbslebens ein deutlich tieferes Einkommen erzielt als das von der Vorinstanz angenommene.

Selbstredend sei ihm schon vor einiger Zeit eine [...]therapie verordnet worden, die er auch regelmässig besuche. In einem nächsten Schritt gehe es darum, die weiteren Behandlungsschritte zu planen.

5.1 Der Elternteil, der nicht mit den Kindern zusammenlebt, hat nach Art. 285 Abs. 1 Zivilgesetzbuch (ZGB; SR 210) grundsätzlich einen Beitrag in Geld an den Unterhalt der Kinder zu leisten. Der Beitrag bemisst sich nach den Bedürfnissen der Kinder, der Lebenshaltung der Parteien und der Leistungskraft des Pflichtigen und es sind die Einkünfte und das Vermögen des Kindes zu berücksichtigen (BGE 135 III 66 E. 4). Dabei ist grundsätzlich vom tatsächlich erzielten Einkommen des Unterhaltspflichtigen auszugehen. Soweit dieses nicht ausreicht, um den ausgewiesenen Bedarf zu decken, kann ein hypothetisches Einkommen angerechnet werden, sofern dieses zu erreichen zumutbar und möglich ist (BGE 128 III 4 E. 4a, 127 III 136 E. 2a). Dabei handelt es sich um zwei Voraussetzungen, die kumulativ erfüllt sein müssen. Damit ein Einkommen überhaupt oder ein höheres Einkommen als das tatsächlich erzielte angerechnet werden kann, genügt es nicht, dass der betroffenen Partei weitere Anstrengungen zugemutet werden können.

Vielmehr muss es auch möglich sein, aufgrund dieser Anstrengungen ein höheres Einkommen zu erzielen. Im Verhältnis zum unmündigen Kind sind besonders hohe Anforderungen an die Ausnützung der Erwerbskraft zu stellen (Cyrill Hegnauer, Berner Kommentar, 1997, N. 58 i.V.m. N. 56 zu Art. 285 ZGB).

5.2.1 Im Streit liegen die vom Berufungskläger zu zahlenden Unterhaltsbeiträge für seinen minderjährigen Sohn C. ___ aus der Beziehung mit der Berufungsbeklagten. Ausserdem ist er verpflichtet für seinen ebenfalls minderjährigen vorehelichen Sohn D. ___ Unterhalt zu bezahlen. Vorab ist die Leistungsfähigkeit des Berufungsklägers festzustellen, der derzeit Sozialhilfe bezieht, nachdem er von der Arbeitslosenkasse ausgesteuert wurde.

5.2.2 Der Berufungskläger bestreitet das von der Vorinstanz angerechnete hypothetische Einkommen sowohl in der Höhe als auch in Bezug auf den Beginn der Anrechnung.

Ein hypothetisches Einkommen kann dem Berufungskläger angerechnet werden, sofern dieses zu erreichen zumutbar und möglich ist (BGE 137 III 118 E. 2.3 mit Verweisen auf BGE 128 III 4 E. 4a und BGE 127 III 136 E. 2a). Dabei handelt es sich um zwei Voraussetzungen, die kumulativ erfüllt sein müssen. Damit ein Einkommen überhaupt oder höheres Einkommen als das tatsächlich erzielte, angerechnet werden kann, genügt es nicht, dass der betroffenen Partei weitere Anstrengungen zugemutet werden können. Vielmehr muss es auch möglich sein, aufgrund dieser Anstrengungen ein höheres Einkommen zu erzielen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass im Verhältnis zum unmündigen Kind besonders hohe Anforderungen an die Ausnützung der Erwerbskraft zu stellen sind. Das gilt vorab für Fälle wo wirtschaftlich enge Verhältnisse vorliegen. Dabei können die im Zusammenhang mit der Arbeitslosenversicherung geltenden Kriterien nicht unbesehen übernommen werden. Namentlich ist die Tatsache, dass der Berufungskläger arbeitslos war und trotz entsprechender Bemühungen keine Stelle fand, kein Beweis dafür, dass es ihm tatsächlich nicht möglich ist, eine Erwerbstätigkeit aufzunehmen.

5.2.3 Der Berufungskläger macht sinngemäss geltend, dass der in ZKBER.2019.83 festgestellte, erzielbare Verdienst nicht den realen Verhältnissen entspreche, mithin zu hoch sei. Diese Behauptung ist offensichtlich unzutreffend. Die Arbeitslosentaggelder, die der Berufungskläger während der vom 21. Dezember 2019 bis 20. September 2022 dauernden Rahmenfrist bezogen hatte, wurden aufgrund eines versicherten Verdienstes von CHF 5'902.00 brutto pro Monat berechnet (vgl. Gesuchsbeil. 8). Es steht daher fest, dass er in der Zeit vor seiner Arbeitslosigkeit während mindestens sechs Monaten einen Bruttolohn in dieser Höhe erzielt hatte. Aufgrund der Erwerbsbiographie des Berufungsklägers ist daher die Höhe des von der Vorderrichterin angenommenen hypothetischen Einkommens nicht zu beanstanden.

5.2.4 Der Berufungskläger macht weiter geltend, dass er aufgrund der Unfallfolgen heute nicht mehr in der Lage sei, auf dem [...] zu arbeiten und deshalb kein Einkommen in dieser Höhe mehr erzielen könne. Seine [...]beschwerden verhinderten dies nach wie vor. Abgesehen davon, dass nicht nur in der [...] ein Nettolohn in dieser Höhe erzielt werden kann, ist dazu Folgendes zu bemerken: Aus dem vorinstanzlich eingereichten Auszug für die Steuererklärung über die im Jahr 2021 angefallenen Gesundheitskosten (vgl. Gesuchsbeil. 14) gehen leidglich zwei, mehrere Monate auseinanderliegende, Arztbesuche bei einem [...] und Apothekerleistungen im Gesamtbetrag von knapp CHF 30.00 hervor. Der weitaus grösste Teil der Gesundheitskosten resultiert aus einer Zahnarztrechnung. [...]therapieleistungen wurden im Jahr 2021 keine abgerechnet, woraus geschlossen werden

kann, dass er keine solchen bezogen hat. Damit steht fest, dass der Berufungskläger keineswegs «seit einiger Zeit» in [...]therapeutischer Behandlung ist wie er behauptet. Vielmehr läuft die aktuelle [...]therapie unter Berücksichtigung der nachgewiesenen Behandlungsfrequenz seit ca. Mitte Juli 2022 (Verordnungsdatum unleserlich; Berufungsbeil. 5 und 6) und hat folglich erst nach der erstinstanzlichen Verhandlung begonnen. Aus der Urkunde 5 ergibt sich zudem, dass es sich um eine erstmalige Verordnung handelt. Bei diesen Tatsachen handelt es sich um zulässige echte Noven, die im Berufungsverfahren zu beachten sind.

Der Berufungskläger macht weiter geltend, die Vorderrichterin habe die eingereichten Arztzeugnisse (Gesuchsbeil. 24), worin ihm bescheinigt werde, dass er nicht mehr in der Lage sei, auf [...] zu arbeiten, ungenügend gewürdigt. Das ist nicht der Fall. Im Recht liegen die Arztzeugnisse von Dr. med. [...] vom 20. Oktober 2018 und vom 27. April 2022 worin dieser bestätigt, der Berufungskläger sei mit Wirkung ab 26. (Zahl schlecht leserlich) Oktober 2018 bis 31. Dezember 2019 bzw. ab 1. Januar 2022 für unbestimmte Zeit aufgrund «chronischer [...]» im Umgang mit [...] limitiert. Dass die Vorderrichterin diese wenig aussagekräftigen Arztzeugnisse als irrelevant für die Erwerbfähigkeit des Berufungsklägers qualifizierte, ist insbesondere in Kombination mit der fehlenden Behandlung nicht zu beanstanden. An dieser Einschätzung ändert auch die nach der vorinstanzlichen Verhandlung begonnene [...]therapie nichts. In ihrer Gesamtheit vermögen diese Urkunden keine anhaltenden, die Erwerbstätigkeit hindernden oder limitierenden Beschwerden zu belegen. Mithin ist es dem Berufungskläger nach dem Beweisergebnis nach wie vor zumutbar, eine Anstellung im [...] oder einer anderen Branche anzunehmen. Es ist daher nicht zu beanstanden, dass die Vorderrichterin davon ausging, der Berufungskläger sei mit zumutbaren Anstrengungen weiterhin in der Lage, ein monatliches Nettoeinkommen von CHF 4■600.00 zu erzielen.

Nur der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass der Berufungskläger nach der langen Dauer der Arbeitslosigkeit entgegen seinen Ausführungen auch gehalten ist, über seine Berufsbiographie hinaus Stellen zu suchen. Das gilt umso mehr, als er keine Ausbildung absolviert hat und nach seinen Angaben seit längerem keine Festanstellung mehr innehatte. Allrounder werden notorischerweise in diversen Branchen nachgefragt. Zudem ist er jung genug, um sich auch in einem anderen Tätigkeitsfeld zurechtzufinden und sich die dafür notwendigen Kompetenzen anzueignen. Er darf sich bei seiner Suche auch nicht auf die [...] beschränken, zumal sich seine diesbezüglichen Erfahrungen auf gelegentliche Aushilfstätigkeiten beschränken.

Dass es einem gesunden jungen Mann bei der derzeitigen Wirtschaftslage nicht möglich sein soll, ein regelmässiges Einkommen zu erzielen ist nicht glaubhaft. Wie die Berufungsbeklagte zu Recht ausführt, hat eine Bewerbung generell höhere Chancen, wenn der kontaktierte Arbeitgeber eine Stelle zu besetzen hat, als wenn sich der Bewerber spontan bewirbt. Auch in dieser Hinsicht hat die Stellensuche des Berufungsklägers noch erhebliches Potential.

E. 6.1

Der Berufungskläger moniert weiter, dass ihm die Vorderrichterin lediglich einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von CHF 360.00 für den vorehelichen Sohn D.____ angerechnet habe, obwohl er mit Urteil vom 19. August 2020 zu Unterhaltsbeiträgen von total CHF 1■0361.00 (Phase bis Juli 2023) an D.____ verurteilt worden sei. Es sei daher von

einem Bedarf von CHF 4'463.00 (inkl. Unterhaltsbeiträge an Dritte) auszugehen.

Die Berufungsbeklagte hält dafür, dass der Barunterhalt dem Betreuungsunterhalt vorgehe. Betreuungsunterhalt für D.____ könne folglich erst zugesprochen werden, wenn der Barunterhalt von C.____ gedeckt sei. Der Berufungskläger hätte sich daher nach der Trennung unverzüglich um die Reduktion der Unterhaltsbeiträge für D.____ bemühen müssen. Dieses Versäumnis könne nicht zu Lasten von C.____ gehen. Dieser habe keinen Einfluss auf die Abänderung.

E. 6.2

Der Berufungskläger wurde mit Urteil des Obergerichts vom 19. August 2020 in der aktuellen Phase zu monatlichen Unterhaltsbeiträgen von CHF 1'361.00 (CHF 444.00 Bar- und CHF 917.00 Betreuungsunterhalt) an seinen vorehelichen Sohn verpflichtet. Dieses Urteil ist in Rechtskraft erwachsen, was vorliegend grundsätzlich zu beachten ist. Ebenso richtig ist der Einwand der Berufungsbeklagten, dass der Unterhalt für den vorehelichen Sohn D.____ nicht zu Lasten der Unterhaltsverpflichtung für den nachgeborenen Sohn C.____ gehen könne, weshalb der Berufungskläger gehalten gewesen sei, unmittelbar nach der Trennung ein Abänderungsverfahren einzuleiten. Das hat er nach eigenen Angaben am 2. Juni 2022 auch getan. Nach ständiger Praxis sind Kinder aus unterschiedlichen Beziehungen grundsätzlich gleich zu behandeln. Unbestritten ist zudem, dass der Berufungskläger den Unterhalt für den vorehelichen Sohn bereits vor der Trennung nicht bezahlt hat (vgl. Gesuchsbeil. 7).

Der Berufungskläger hat die Abänderungsklage zur Herabsetzung der Unterhaltsbeiträge für den vorehelichen Sohn am 2. Juni 2022 und damit innerhalb von vier Monaten sei der Aufhebung des gemeinsamen Haushalts anhängig gemacht. Somit schuldet er nur für eine kurze Zeit noch den höheren Unterhaltsbeitrag, was im Rahmen des vorliegenden Verfahrens nicht relevant ist. Dass der Unterhaltsbeitrag bisher nicht sistiert wurde, wirkt sich weder rechtlich noch faktisch zulasten des Berufungsklägers aus. Sind die Voraussetzungen für die Aufhebung oder Reduktion des Unterhaltsbeitrags erfüllt, erfolgt diese antragsgemäss rückwirkend auf den Zeitpunkt der Klageeinreichung. Tatsächlich ist der Berufungskläger ebenfalls nicht beschwert, zumal er die Unterhaltsbeiträge für den vorehelichen Sohn derzeit nicht bezahlt. Die vorhandenen Mittel hat die Vorderrichterin sodann in nachvollziehbarer Art und Weise auf die beiden Kinder aufgeteilt, was sachgerecht ist. Die Berufung ist folglich abzuweisen.

III.

1. Beide Parteien haben für das Berufungsverfahren die integrale unentgeltliche Rechtspflege beantragt. Da beide ausgewiesen prozessarm sind, können die Gesuche bewilligt werden und Rechtsanwalt Timur Acemoglu wird als unentgeltlicher Rechtsbeistand des Berufungsklägers und Rechtsanwältin Rahel Ritz als unentgeltliche Rechtsbeistandin der Berufungsbeklagten eingesetzt.

E. 7

Es wird festgestellt, dass der gebührende Unterhalt des Sohnes C.____ im Sinne von Art. 286a Abs. 1 ZGB nicht gedeckt ist. Die monatliche Unterdeckung beträgt ab 1. Februar 2022 bis und mit 31. Dezember 2022 CHF 2'034.00 (Betreuungsunterhalt) und ab 1. Januar 2023 CHF 1'934.00 (Betreuungsunterhalt).

E. 8

– 14. ... 3. Der Berufungskläger verlangt die Abänderung von Ziff. 6 des vorinstanzlichen Urteils. Er stellt die folgenden Rechtsbegehren: 1. In Aufhebung von Ziffer 6 des Urteils der Amtsgerichtstatthalterin vom 4. Juli 2022 sei festzustellen, dass der Berufungskläger nicht zur Zahlung von Unterhaltsbeiträgen an die Gesuchstellerin für sich und/oder das Kind C.____ in der Lage ist. 2. Es sei auf die Einholung eines Kostenvorschusses von Seiten des Berufungsklägers zu verzichten und es sei diesem auch für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen. Der Unterzeichnende sei zudem als unentgeltlicher Rechtsbeistand einzusetzen. 3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Berufungsklägerin zuzüglich MWST, wobei die Parteientschädigung an den Berufungskläger gemäss Art. 122 Abs. 2 ZPO durch den Staat zu zahlen ist. 4. Die Berufungsbeklagte stellt die folgenden Rechtsbegehren: 1. Die Berufung sei vollumfänglich abzuweisen. 2. Die Berufungsbeklagte sei vollumfänglich von Vorschuss- und Sicherheitsleistungen zu befreien. 3. Der Berufungsbeklagten sei die vollumfängliche unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und die unterzeichnende Rechtsanwältin sei als deren unentgeltliche Rechtsbeiständin beizuordnen. 5. Am 3. Oktober 2022 ging aufforderungsgemäss die Honorarnote der Vertreterin der Berufungsbeklagten ein. Am 6. Oktober 2022 reichte der Berufungskläger unaufgefordert eine Replik sowie eine Honorarnote ein. 6. 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 notwendig, ist nachstehend darauf einzugehen. II. 1. Die Vorderrichterin hat ihren Entscheid damit begründet, dass der Ehemann geltend mache, seit seinem Unfall im Jahr 2019 sei es ihm nicht mehr gelungen, eine Vollzeitstelle zu finden. Inzwischen sei er von der Arbeitslosenversicherung ausgesteuert worden und beziehe Sozialhilfe. Bei der Firma [...] GmbH erziele er einen Verdienst von monatlich CHF 500.00 netto. Ihm sei bewusst, dass er mehr arbeiten müsse. Er verlange, dass ihm eine Übergangsfrist eingeräumt werde. Bis zu seinem Unfall sei er zu 100 % erwerbstätig gewesen. Ausserdem mache er geltend, dass er seit dem Unfall keine schwere Arbeit mehr verrichten könne. Unterlagen, die seine Aussagen belegten, lägen nicht vor. Arbeitsbemühungen seien ebenfalls nicht belegt. Es gebe daher keinen Grund von einem erzielbaren Einkommen von CHF 4'600.00 netto monatlich abzuweichen. Die Unterhaltsberechnung hat die Vorderrichterin praxisgemäss anhand der Bähler-Tabellen erstellt. Sie hat darauf hingewiesen, dass die Mietkosten des Berufungsklägers von monatlich CHF 1'400.00 angesichts der Mankosituation für eine Einzelperson zu hoch seien. Das gelte umso mehr, als er der Ehefrau samt Sohn nur eine Wohnung für CHF 1'200.00 pro Monat zugestehen wolle. Ab der zweiten Phase (ab Januar 2023) seien ihm deshalb nur noch Mietkosten von CHF 1'200.00 pro Monat anzurechnen. 2. Der Berufungskläger (im Folgenden auch Ehemann) macht geltend, die Vorderrichterin sei aktenwidrig davon ausgegangen, dass er keine konkreten Arbeitsbemühungen nachgewiesen habe. Er verweise auf Gesuchsbeilage 22 worin 137 Arbeitsbemühungen seit Februar 2020 nachgewiesen worden seien. 16 dieser Stellen seien ihm vom RAV zugewiesen worden. Auch seine [...]probleme seien mit Arztzeugnissen belegt. Bei der Bemessung der Unterhaltsbeiträge sei grundsätzlich von tatsächlichen Einkommen einer Partei auszugehen, wenn dieses nicht ausreiche, sei von einem hypothetischen Einkommen auszugehen. Die Arbeit auf [...], sei ihm aufgrund der [...]beschwerden nicht mehr möglich. In der [...] könne er als Ungelernter lediglich ein Bruttoeinkommen von CHF 3'500.00 monatlich erzielen. Ein hypothetisches Einkommen sei ihm nach herrschender Praxis auch

nur für die Zukunft anzurechnen. Die Vorinstanz begründe mit keinem Wort, weshalb sie das hypothetische Einkommen rückwirkend angerechnet habe. Vielmehr sei ihm eine Übergangsfrist von 3 bis 6 Monaten zuzugestehen. Bis dahin sei er nicht in der Lage, einen Unterhaltsbeitrag zu bezahlen. Er habe am 2. Juni 2022 auch eine Sistierung des Unterhaltsbeitrags für C.____ [recte D.____] gestellt. Bis dato sei das noch nicht erfolgt. So lange seien die Unterhaltsbeiträge für D.____ in voller Höhe zu berücksichtigen. Der Gesuchstellerin sei diese Übergangsfrist zuzumuten. Sie sei jederzeit über seine voreheliche Unterhaltspflicht im Bild gewesen. 3. Die Berufungsbeklagte (im Folgenden auch Ehefrau) macht geltend, aus den vorinstanzlich eingereichten Arbeitsbemühungen könne entnommen werden, dass sich der Berufungskläger fast ausschliesslich bei Arbeitgebern beworben habe (sofern er das tatsächlich getan habe), die keine Stelle ausgeschrieben hätten. Auch habe er sich wiederholt bei denselben Arbeitgebern beworben. Dass eine solche Arbeitssuche nicht erfolgreich sein könne, liege auf der Hand. Offene Stellen gebe es im [...] mehr als genug, was gerichtsnotorisch sei. Vielmehr wolle der Berufungskläger vom Sozialamt leben, damit er die Unterhaltsbeiträge für den Sohn D.____ nicht mehr bezahlen müsse. Folglich seien keine ernsthaften Arbeitsbemühungen nachgewiesen. Bezüglich der geltend gemachten [...]beschwerden habe der Berufungskläger lediglich zwei knapp lesbare Arztzeugnisse eingereicht, aus denen hervorgehe, dass er keine [...] könne. Eine konkrete Diagnose fehle. Auch Behandlungsbemühungen seien nicht nachgewiesen. Auffällig sei, dass die Arztzeugnisse pauschal für mehrere Jahre ausgestellt seien. Eines sei sogar unbefristet. Das spreche klar für Gefälligkeitszeugnisse. Der Berufungskläger sei folglich nicht in seiner Erwerbsfähigkeit eingeschränkt und auch in der Lage, weiterhin in der [...] zu arbeiten und ein Einkommen von CHF 4'600.00 netto zu verdienen. Daneben käme auch eine Anstellung im [...], im [...], im [...], in der [...] oder in einem [...] in Frage. Selbst in der [...] wäre es ihm bei Berücksichtigung des [...] möglich, das ihm angerechnete Einkommen zu erzielen. Dem Berufungskläger sei spätestens seit der Zustellung des obergerichtlichen Entscheids vom 19. August 2020 klagewesen, dass er einen grösseren beruflichen Einsatz leisten müsse. Seit diesem Zeitpunkt sei vorhersehbar gewesen, dass er sein Einkommen steigern müsse, um seiner Unterhaltspflicht nachkommen zu können. Er sei daher nicht damit zu hören, dass er (erneut) Zeit brauche, um sich auf die Ausdehnung seiner beruflichen Tätigkeit einzustellen. Zudem seien zahlreiche Stellen in der von ihm favorisierten [...] offen. Der Berufungskläger hätte sich auch spätestens im Zeitpunkt der Trennung von seiner Ehefrau um eine Reduktion der Unterhaltsbeiträge für den Sohn D.____ kümmern müssen. 4. Der Berufungskläger macht in der unaufgefordert eingereichten Replik geltend, die Berufungsbeklagte strapaziere die Beweisregeln übermässig, wenn sie die nachgewiesenen Arbeitsbemühungen negiere. Er habe sich auch regelmässig bei einer Vielzahl von Temporärbüros gemeldet. Besonders fehlgeleitet sei der Vorwurf, er habe sich sechs Mal bei der [...] in [...] beworben. Es sei ihm schliesslich gelungen, bei diesem Arbeitgeber eine Stelle als Geschäftsführer des Betriebs an der [...] in [...] (Gesuchsbeil. 26) zu bekommen. Die von der Berufungsbeklagten vorgeschlagenen Tätigkeiten hätten keinen Bezug zu seiner Erwerbsbiographie. Der Berufungskläger habe auch bei seiner Tätigkeit im [...] im Durchschnitt seines Erwerbslebens ein deutlich tieferes Einkommen erzielt als das von der Vorinstanz angenommene. Selbstredend sei ihm schon vor einiger Zeit eine [...]therapie verordnet worden, die er auch regelmässig besuche. In einem nächsten Schritt gehe es darum, die weiteren Behandlungsschritte zu planen. 5.1 Der Elternteil, der nicht mit den Kindern zusammenlebt, hat nach Art. 285 Abs. 1 Zivilgesetzbuch (ZGB; SR 210) grundsätzlich einen Beitrag in Geld an den Unterhalt der Kinder zu leisten. Der Beitrag

bemisst sich nach den Bedürfnissen der Kinder, der Lebenshaltung der Parteien und der Leistungskraft des Pflichtigen und es sind die Einkünfte und das Vermögen des Kindes zu berücksichtigen (BGE 135 III 66 E. 4). Dabei ist grundsätzlich vom tatsächlich erzielten Einkommen des Unterhaltspflichtigen auszugehen. Soweit dieses nicht ausreicht, um den ausgewiesenen Bedarf zu decken, kann ein hypothetisches Einkommen angerechnet werden, sofern dieses zu erreichen zumutbar und möglich ist (BGE 128 III 4 E. 4a, 127 III 136 E. 2a). Dabei handelt es sich um zwei Voraussetzungen, die kumulativ erfüllt sein müssen. Damit ein Einkommen überhaupt oder ein höheres Einkommen als das tatsächlich erzielte angerechnet werden kann, genügt es nicht, dass der betroffenen Partei weitere Anstrengungen zugemutet werden können. Vielmehr muss es auch möglich sein, aufgrund dieser Anstrengungen ein höheres Einkommen zu erzielen. Im Verhältnis zum unmündigen Kind sind besonders hohe Anforderungen an die Ausnützung der Erwerbskraft zu stellen (Cyrill Hegnauer, Berner Kommentar, 1997, N. 58 i.V.m. N. 56 zu Art. 285 ZGB).

5.2.1 Im Streit liegen die vom Berufungskläger zu zahlenden Unterhaltsbeiträge für seinen minderjährigen Sohn C.____ aus der Beziehung mit der Berufungsbeklagten. Ausserdem ist er verpflichtet für seinen ebenfalls minderjährigen vorehelichen Sohn D.____ Unterhalt zu bezahlen. Vorab ist die Leistungsfähigkeit des Berufungsklägers festzustellen, der derzeit Sozialhilfe bezieht, nachdem er von der Arbeitslosenkasse ausgesteuert wurde.

5.2.2 Der Berufungskläger bestreitet das von der Vorinstanz angerechnete hypothetische Einkommen sowohl in der Höhe als auch in Bezug auf den Beginn der Anrechnung. Ein hypothetisches Einkommen kann dem Berufungskläger angerechnet werden, sofern dieses zu erreichen zumutbar und möglich ist (BGE 137 III 118 E. 2.3 mit Verweisen auf BGE 128 III 4 E. 4a und BGE 127 III 136 E. 2a). Dabei handelt es sich um zwei Voraussetzungen, die kumulativ erfüllt sein müssen. Damit ein Einkommen überhaupt oder höheres Einkommen als das tatsächlich erzielte, angerechnet werden kann, genügt es nicht, dass der betroffenen Partei weitere Anstrengungen zugemutet werden können. Vielmehr muss es auch möglich sein, aufgrund dieser Anstrengungen ein höheres Einkommen zu erzielen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass im Verhältnis zum unmündigen Kind besonders hohe Anforderungen an die Ausnützung der Erwerbskraft zu stellen sind. Das gilt vorab für Fälle wo wirtschaftlich enge Verhältnisse vorliegen. Dabei können die im Zusammenhang mit der Arbeitslosenversicherung geltenden Kriterien nicht unbesehen übernommen werden. Namentlich ist die Tatsache, dass der Berufungskläger arbeitslos war und trotz entsprechender Bemühungen keine Stelle fand, kein Beweis dafür, dass es ihm tatsächlich nicht möglich ist, eine Erwerbstätigkeit aufzunehmen.

5.2.3 Der Berufungskläger macht sinngemäss geltend, dass der in ZKBER.2019.83 festgestellte, erzielbare Verdienst nicht den realen Verhältnissen entspreche, mithin zu hoch sei. Diese Behauptung ist offensichtlich unzutreffend. Die Arbeitslosentaggelder, die der Berufungskläger während der vom 21. Dezember 2019 bis 20. September 2022 dauernden Rahmenfrist bezogen hatte, wurden aufgrund eines versicherten Verdienstes von CHF 5'902.00 brutto pro Monat berechnet (vgl. Gesuchsbeil. 8). Es steht daher fest, dass er in der Zeit vor seiner Arbeitslosigkeit während mindestens sechs Monaten einen Bruttolohn in dieser Höhe erzielt hatte. Aufgrund der Erwerbsbiographie des Berufungsklägers ist daher die Höhe des von der Vorderrichterin angenommenen hypothetischen Einkommens nicht zu beanstanden.

5.2.4 Der Berufungskläger macht weiter geltend, dass er aufgrund der Unfallfolgen heute nicht mehr in der Lage sei, auf dem [...] zu arbeiten und deshalb kein Einkommen in dieser Höhe mehr erzielen könne. Seine [...]beschwerden verhinderten dies nach wie vor. Abgesehen davon, dass nicht nur in der [...] ein Nettolohn in dieser Höhe erzielt werden

kann, ist dazu Folgendes zu bemerken: Aus dem vorinstanzlich eingereichten Auszug für die Steuererklärung über die im Jahr 2021 angefallenen Gesundheitskosten (vgl. Gesuchsbeil. 14) gehen leidglich zwei, mehrere Monate auseinanderliegende, Arztbesuche bei einem [...] und Apothekerleistungen im Gesamtbetrag von knapp CHF 30.00 hervor. Der weitaus grösste Teil der Gesundheitskosten resultiert aus einer Zahnarztrechnung. [...]therapieleistungen wurden im Jahr 2021 keine abgerechnet, woraus geschlossen werden kann, dass er keine solchen bezogen hat. Damit steht fest, dass der Berufungskläger keineswegs «seit einiger Zeit» in [...]therapeutischer Behandlung ist wie er behauptet. Vielmehr läuft die aktuelle [...]therapie unter Berücksichtigung der nachgewiesenen Behandlungsfrequenz seit ca. Mitte Juli 2022 (Verordnungsdatum unleserlich; Berufungsbeil. 5 und 6) und hat folglich erst nach der erstinstanzlichen Verhandlung begonnen. Aus der Urkunde 5 ergibt sich zudem, dass es sich um eine erstmalige Verordnung handelt. Bei diesen Tatsachen handelt es sich um zulässige echte Noven, die im Berufungsverfahren zu beachten sind. Der Berufungskläger macht weiter geltend, die Vorderrichterin habe die eingereichten Arztzeugnisse (Gesuchsbeil. 24), worin ihm bescheinigt werde, dass er nicht mehr in der Lage sei, auf [...] zu arbeiten, ungenügend gewürdigt. Das ist nicht der Fall. Im Recht liegen die Arztzeugnisse von Dr. med. [...] vom 20. Oktober 2018 und vom 27. April 2022 worin dieser bestätigt, der Berufungskläger sei mit Wirkung ab 26. (Zahl schlecht leserlich) Oktober 2018 bis 31. Dezember 2019 bzw. ab 1. Januar 2022 für unbestimmte Zeit aufgrund «chronischer [...]» im Umgang mit [...] limitiert. Dass die Vorderrichterin diese wenig aussagekräftigen Arztzeugnisse als irrelevant für die Erwerbfähigkeit des Berufungsklägers qualifizierte, ist insbesondere in Kombination mit der fehlenden Behandlung nicht zu beanstanden. An dieser Einschätzung ändert auch die nach der vorinstanzlichen Verhandlung begonnene [...]therapie nichts. In ihrer Gesamtheit vermögen diese Urkunden keine anhaltenden, die Erwerbstätigkeit hindernden oder limitierenden Beschwerden zu belegen. Mithin ist es dem Berufungskläger nach dem Beweisergebnis nach wie vor zumutbar, eine Anstellung im [...] oder einer anderen Branche anzunehmen. Es ist daher nicht zu beanstanden, dass die Vorderrichterin davon ausging, der Berufungskläger sei mit zumutbaren Anstrengungen weiterhin in der Lage, ein monatliches Nettoeinkommen von CHF 4'600.00 zu erzielen. Nur der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass der Berufungskläger nach der langen Dauer der Arbeitslosigkeit entgegen seinen Ausführungen auch gehalten ist, über seine Berufsbiographie hinaus Stellen zu suchen. Das gilt umso mehr, als er keine Ausbildung absolviert hat und nach seinen Angaben seit längerem keine Festanstellung mehr innehatte. Allrounder werden notorischerweise in diversen Branchen nachgefragt. Zudem ist er jung genug, um sich auch in einem anderen Tätigkeitsfeld zurechtzufinden und sich die dafür notwendigen Kompetenzen anzueignen. Er darf sich bei seiner Suche auch nicht auf die [...] beschränken, zumal sich seine diesbezüglichen Erfahrungen auf gelegentliche Aushilfstätigkeiten beschränken. Dass es einem gesunden jungen Mann bei der derzeitigen Wirtschaftslage nicht möglich sein soll, ein regelmässiges Einkommen zu erzielen ist nicht glaubhaft. Wie die Berufungsbeklagte zu Recht ausführt, hat eine Bewerbung generell höhere Chancen, wenn der kontaktierte Arbeitgeber eine Stelle zu besetzen hat, als wenn sich der Bewerber spontan bewirbt. Auch in dieser Hinsicht hat die Stellensuche des Berufungsklägers noch erhebliches Potential. 5.3 Der Berufungskläger macht überdies geltend, dass ihm die Vorderrichterin eine Übergangsfrist für die «Umstellung seiner Lebensverhältnisse» hätte einräumen müssen. Es ist unklar was er hätte umstellen müssen. Seit der Genesung von seinen Unfallfolgen im Jahr 2020 ist er gehalten, sich wieder um

eine Anstellung zu bemühen (vgl. Ausführungen in ZKBER.2019.85), um den Unterhalt seiner beiden Söhne finanzieren zu können. Das hat er getan, da er sonst keine Arbeitslosentaggelder erhalten hätte. An dieser Verpflichtung hat sich auch mit seiner Aussteuerung nichts geändert. Es liegt daher auf der Hand, dass dem Berufungskläger keine Übergangsfrist für die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens zugestanden werden musste, resp. nahtlos an die bereits bestehende Verpflichtung aus dem obgenannten Verfahren angeknüpft werden konnte. Es kann in diesem Zusammenhang auf die Feststellungen der Vorderrichterin auf S. 9 f. des angefochtenen Urteils verwiesen werden.

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