

# **SO\_GERICHTE ZKBES.2018.102 vom 25. September 2018**

SO Obergericht, 2018-09-25, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so\\_gerichte\\_ZKBES.2018.102](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so_gerichte_ZKBES.2018.102)

FR: SO\_GERICHTE ZKBES.2018.102 du 25 septembre 2018

IT: SO\_GERICHTE ZKBES.2018.102 del 25 settembre 2018

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Im Verfahren betreffend Abänderung des Scheidungsurteils zwischen A.\_\_\_\_ (Kläger) und B.\_\_\_\_ (Beklagte), in dem gemäss Klage die elterliche Sorge dem Kläger übertragen werden soll, verfügte die Amtsgerichtspräsidentin von Olten-Gösigen am 30. Juli 2018, das (erneute) Gesuch der Beklagten um unentgeltliche Rechtspflege werde abgewiesen (Ziffer 4 der Verfügung).

### **E. 2**

Die Beklagte (im Folgenden: Beschwerdeführerin) liess am 13. August 2018 Beschwerde erheben und folgende Rechtsbegehren stellen:

1. Der Entscheid der Vorinstanz vom 30. Juli 2018 sei in Pkt. 4 aufzuheben.
2. Es sei der Beschwerdeführerin die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen.
3. Es sei auch für dieses Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

### **E. 3**

Am 22. August 2018 beantragte die Amtsgerichtspräsidentin von Olten-Gösigen die Abweisung der Beschwerde und verwies dabei auf die Ausführungen in der angefochtenen Verfügung.

#### **E. 3.1**

Eine Person hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihre Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheinen (Art. 117 ZPO).

#### **E. 3.2**

Die Vorinstanz hat das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege der Beschwerdeführerin mit folgender Begründung abgewiesen:

«Gemäss eigenen Angaben der Beklagten beträgt das Einkommen zusammen mit ihrem Ehemann CHF 5'724.00. Gemäss Lohnabrechnung vom 5. April 2018 erhielt der Ehemann der Beklagten CHF 6'338.00 netto ausbezahlt. Offenbar werden davon noch Rückstellungen für Ferien gemacht. Eigenes Einkommen hat die Beklagte nicht mehr.

Der zivilprozessuale Bedarf der Beklagten sieht aus wie folgt:

|              |          |
|--------------|----------|
| Grundbetrag: | 1'700.00 |
| 20% Zuschlag | 340.00   |

|                                  |          |
|----------------------------------|----------|
| Anrechenbarer Mietzins inkl. NK  | 1'600.00 |
| KK, KVG Beklagte                 | 445.00   |
| KK, KVG Ehemann der Beklagten    | 287.00   |
| Telekomm., notw. Versicherungen  | 150.00   |
| Arbeitsweg Ehemann der Beklagten | 150.00   |
| Total                            | 4'672.00 |

Bereits beim 1. UP-Entscheid vom 1. September/17. Oktober 2017 wurde als angemessener Mietzins ein Betrag von CHF 1'600.00 eingesetzt. Das Obergericht Solothurn hat diese Annahme in seinem Beschwerde-Entscheid vom 1. Februar 2018 geschützt. Bei den Krankenkassenprämien KVG wurden die neuen Prämienansätze berücksichtigt. Im ersten UP-Gesuch hat die Beklagte für den Arbeitsweg ihres Ehemannes CHF 150.00 eingesetzt. Sie macht heute nicht geltend, dass der Ehemann einen anderen Arbeitsort hätte. Das Obergericht hat die Wegentschädigung von CHF 100.00 auf CHF 150.00 heraufgesetzt. Änderungen werden keine geltend gemacht, weshalb es bei diesem Betrag bleibt. Der Ehemann erhält von seinem Arbeitgeber Verpflegungsspesen. Zusätzliche Spesen können beim Bedarf folglich nicht angerechnet werden. Die laufenden Steuern werden nicht regelmässig bezahlt. Nachgewiesen ist eine einzige Zahlung von CHF 250.00 am 25. April 2018 an die Steuern 2016. Auch eine Lohnpfändung besteht nicht mehr. Zu Lasten des Staates können andere Schulden nicht berücksichtigt werden. Die Abzahlungsverträge werden somit nicht in die Berechnung einbezogen.

Aufgrund dieser Einkommens- und Bedarfszahlen verfügt die Beklagte zusammen mit ihrem Ehemann über einen monatlichen Überschuss von CHF 1'052.00. Das UP-Gesuch ist daher abzuweisen.»

### **E. 3.3**

Die Beschwerdeführerin macht hinsichtlich der Eruiierung der Wohnkosten sowohl offensichtlich unrichtige Sachverhaltsfeststellung wie auch unrichtige Rechtsanwendung geltend.

#### **E. 3.3.1**

Die Beschwerdeführerin lässt ausführen, die Vorinstanz berufe sich bei der Frage der Wohnkosten auf ihre früheren Entscheide vom 1. September/17. Oktober 2017 und das entsprechende Obergerichtsurteil vom 1. Februar 2018. Entscheidend sei für diese Entscheide aber der Zeitpunkt der Einreichung des UP-Gesuches gewesen. Dies sei praktisch ein Jahr vor Einreichung des jetzigen Gesuches gewesen. Da sei eine gewisse Zeit verstrichen, was sich in wirtschaftlichen und tatsächlichen Veränderungen niederschlagen könne. In dieser Zeit habe sich die Beschwerdeführerin aktiv um Wohnungen bemüht, was zu berücksichtigen sei. Bei Wohnungen, die eine Mietzinskaution voraussetzen, brauche man sich gar nicht zu melden, da man das Geld nicht aufbringen könne. Bei Wohnungen, bei denen ein Auszug aus dem Betreibungsregister verlangt worden sei, habe man mit den dementsprechenden Auszügen keine Chance. Beides sei gerichtsnotorisch und sei auch aus den früheren Verfahren und bekannt. Die Anstrengungen zur Wohnungssuche seien nachgewiesen und aufrecht geblieben.

#### **E. 3.3.2**

In der Bedarfsrechnung ist grundsätzlich der effektiv bezahlte Mietzins zzgl. Nebenkosten einzusetzen. In der Einkommenspfändung werden im Falle von unangemessen hohen Wohnkosten nach Ablauf der nächsten Kündigungsfrist nur noch die auf ein ortsübliches Mass herabgesetzten Wohnkosten berücksichtigt, wobei die Möglichkeit, die Wohnkosten innert angemessener Frist anzupassen, zu gewähren ist (BGE 129 III 526 E. 2). Diese Regel ist für die Ermittlung des prozessualen Notbedarfs analog anwendbar. Die Suche einer günstigeren Wohnung muss vom Gesuchsteller ernsthaft betrieben werden (Alfred Bühler in: Heinz Hausheer et al. [Hrsg.], Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Bern 2012, Art. 117 N 143 ff.).

Bereits bei ihrem ersten Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege rügte die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe ihr mit der Begründung, eine 6-Zimmerwohnung sei unverhältnismässig gross, einen hypothetischen Mietzins angerechnet und damit das Recht falsch angewendet. Die Beschwerde wurde diesbezüglich vom Obergericht abgewiesen.

An der Situation betreffend Wohnung hat sich seit Einreichen des ersten Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege nichts geändert. Die Kinder leben nach wie vor nicht mehr bei der Beschwerdeführerin. Letztere wohnt jedoch noch immer gemeinsam mit ihrem Ehemann in einer 6-Zimmerwohnung und bezahlt einen monatlichen Mietzins von CHF 2'050.00, was für einen Zweipersonenhaushalt nach wie vor unangemessen ist. Aus den Akten ist nicht ersichtlich, dass die Beschwerdeführerin ernsthafte Anstrengungen zur Wohnungssuche vorgenommen hat. Die Beschwerdeführerin hätte genügend Zeit gehabt, sich eine günstigere Wohnung zu suchen. Dass die Vorinstanz wiederum einen tieferen Mietzins eingesetzt hat, ist nicht zu beanstanden. Der von der Vorinstanz eingesetzte Betrag von CHF 1'600.00 (inkl. Nebenkosten) erscheint angemessen, weshalb die Beschwerde diesbezüglich abzuweisen ist.

3.4.1. Die Beschwerdeführerin rügt weiter, ihr Ehemann habe gemäss Betreibungsamt kein pfändbares Einkommen, sonst würde aber eine Lohnpfändung bestehen. Die entsprechende Berechnung des Betreibungsamtes sei zu berücksichtigen, da es sich um ein amtliches Dokument handle und sie nachvollziehbar sei. Als Leiharbeiter, der in Basel bis in die Innerschweiz eingesetzt werde, würden hohe monatliche Reisekosten entstehen. Selbst wenn hier eine Änderung eintrete, habe dies automatisch eine Lohnpfändung zur Folge, womit nur das Existenzminimum übrigbleibe. Diese Situation drohe, wie man dem Schreiben der Steuerbehörden vom 3. August 2018 entnehmen könne. Der Verweis auf das erste UP-Gesuch sei unbehelflich, da sich die Ausgangslage geändert habe. Die Berücksichtigung von Unterlagen sei einseitig erfolgt. Da ein beschränkter Untersuchungsgrundsatz gelte, seien alle bei Gericht eingereichten Unterlagen und nicht einige einzelne zu berücksichtigen. Es liege somit unrichtige Sachverhaltsfeststellung vor wie auch unrichtige Rechtsanwendung.

Es ergebe sich somit die paradoxe Situation, dass betreibungsrechtlich klar festgestellt worden sei, dass keine Leistungspflicht gegeben sei, während im UP-Verfahren die Leistungsfähigkeit als gegeben erachtet werde, obwohl der prozessuale Notbedarf insgesamt grösser sei als das betreibungsrechtliche Existenzminimum.

3.4.2. Mit dem Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege reichte die Beschwerdeführerin eine Berechnung des Betreibungsamtes Emmental-Oberaargau vom 18. Dezember 2017 (Beilage 15) ein, gemäss welcher das betreibungsrechtliche Existenzminimum ihres

Ehemannes CHF 5'739.80 betrage. Bei Betrachtung der einzelnen Positionen fällt auf, dass das Betreibungsamt Emmental-Oberaargau für die Position Arbeitsfahrten einen Betrag von CHF 1'005.40 eingesetzt hat.

Die Vorinstanz setzte für den Arbeitsweg des Ehemannes der Beschwerdeführerin einen Betrag von CHF 150.00 ein mit der Begründung, die Beschwerdeführerin habe beim ersten UP-Gesuch einen Betrag von CHF 150.00 eingesetzt. Sie mache nicht geltend, dass der Ehemann einen anderen Arbeitsort hätte. Das Obergericht habe die Wegentschädigung von CHF 100.00 auf CHF 150.00 erhöht. Änderungen würden keine geltend gemacht, weshalb es bei diesem Betrag bleibe.

3.4.3. Bei der Berechnung der prozessualen Bedürftigkeit ist die gesamte wirtschaftliche Situation der gesuchstellenden Person zu würdigen, wobei nicht schematisch auf das betreibungsrechtliche Existenzminimum abzustellen, sondern den individuellen Umständen Rechnung zu tragen ist (BGE 135 I 91 E. 2.4.3; Urteil des BGer 5A\_331/2016 vom 29. November 2016 E. 2.1). Demnach ist die Berechnung des Existenzminimums des Betreibungsamtes Emmental-Oberaargau vom 18. Dezember 2017 vorliegend nicht bindend.

Die Begründung der Vorinstanz und deren Verweis auf das obergerichtliche Urteil vom 01. Februar 2018 betreffend Arbeitsweg genügen jedoch nicht. Das Obergericht führte in jenem Urteil (E. 3.4.) aus, es sei nicht ersichtlich, wieso «die Vorinstanz für den Arbeitsweg des Ehemannes der Beschwerdeführerin mehr hätte berücksichtigen sollen als geltend gemacht wurde, so dass höchstens die geltend gemachten CHF 150.00 zu berücksichtigen sind». Das heisst, im ersten Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wurden für den Arbeitsweg des Ehemannes der Beschwerdeführerin von dieser lediglich CHF 150.00 geltend gemacht, weshalb das Obergericht auch höchstens diesen Betrag berücksichtigen durfte. Mit dem zweiten Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege vom 17. Mai 2018 macht die Beschwerdeführerin für den Arbeitsweg jedoch CHF 1005.40 ■ und damit einen deutlich höheren Betrag als zuvor ■ geltend. Ob dieser Betrag gerechtfertigt und bei der Bedarfsberechnung in dieser Höhe zu berücksichtigen ist, lässt sich aus den eingereichten Unterlagen nicht mit Sicherheit schliessen. Die letzte und einzige Lohnabrechnung (Beilage 4 zum UP-Gesuch) des Ehemannes der Beschwerdeführerin stammt vom 5. April 2018 (Lohnperiode März 2018). Dieser Lohnabrechnung kann entnommen werden, dass der Ehemann der Beschwerdeführerin im März 2018 in Luzern gearbeitet hat. Ob er noch immer in Luzern arbeitet, ist nicht bekannt. Es ist jedoch offenkundig, dass ■ sollte der Ehemann der Beschwerdeführerin noch immer in Luzern arbeiten ■ ein monatlicher Betrag von CHF 150.00 für die Fahrtkosten von [ ] nach Luzern zu tief ist.

Indem die Vorinstanz diese Frage nicht näher überprüft, sondern lediglich auf das erste Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und den entsprechenden obergerichtlichen Entscheid verwiesen hat, hat sie den Angaben im neuen URP-Gesuch zu wenig Rechnung getragen. Ob der Ehemann der Beschwerdeführerin noch immer in Luzern arbeitet und welcher Betrag für den Arbeitsweg angemessen und zu berücksichtigen ist, hätte von der Vorinstanz jedoch abgeklärt werden müssen.

#### **E. 4**

Entsprechend ist Ziffer 4 der Verfügung der Amtsgerichtspräsidentin vom 30. Juli 2018 aufzuheben und das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ist zur Neu beurteilung an die Amtsgerichtspräsidentin zurückzuweisen.

Abschliessend ist noch festzustellen, dass die Beschwerdeführerin bei der Vorinstanz nicht nur eine einzige Zahlung betreffend Steuern einreichte, sondern zwei (Beilagen 14 und 16). Dies genügt aber nicht, um die regelmässige Zahlung der Steuern nachzuweisen. Ohne weitere Quittungen über regelmässige Bezahlung der Steuern wird die Vorinstanz diese weiterhin nicht berücksichtigen können.

#### **E. 5**

Ausgangsmässig gehen die Kosten zu Lasten des Staates. Das Bundesgericht hat am 23. September 2014 entschieden, dass neben den Kosten auch hinsichtlich der Parteienschädigung zwischen dem Gesuchsverfahren und dem Beschwerdeverfahren zu unterscheiden sei. Der Beschwerdeführer sei demzufolge im Fall des Obsiegens so zu behandeln wie in jedem andern Fall des Obsiegens, das heisse, es sei ihm eine normale Parteienschädigung gemäss Art. 106 Abs. 1 ZPO zuzusprechen. Somit sei das volle Anwaltshonorar geschuldet (BGE 140 III 501 E. 4.3.2.).

Rechtsanwalt Platzer macht gemäss Honorarnote vom 28. August 2018 eine Entschädigung von CHF 1'322.70 geltend (5.7 Stunden bei einem Stundenansatz von CHF 220.00). Dies erscheint angemessen und ist zuzusprechen.

Demnach wird erkannt:

Im Namen der Zivilkammer des Obergerichts

Der Präsident

Frey

Die Rechtspraktikantin

Donauer

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