

# **SO\_GERICHTE ZKBES.2020.126 vom 9. November 2020**

SO Obergericht, 2020-11-09, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so\\_gerichte\\_ZKBES.2020.126](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so_gerichte_ZKBES.2020.126)

FR: SO\_GERICHTE ZKBES.2020.126 du 9 novembre 2020

IT: SO\_GERICHTE ZKBES.2020.126 del 9 novembre 2020

## **Regeste**

Art. 117 lit. a ZPO; Art. 159 Abs. 3 und Art. 163 ZGB. Ein Konkubinatsverhältnis, aus dem ein Kind hervorgegangen ist, ist bei der Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums wie ein eheliches Familienverhältnis zu behandeln. Die Unterhaltszahlungen, die der Ehemann an seine Ehefrau und seine ehelichen Kinder zu bezahlen hat, gehören jedoch nicht zum gemeinsamen Bedarf der Konkubinatspartner. Kann der Ehemann diese Unterhaltsbeiträge nicht aus seinem Überschussanteil finanzieren, hat er Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege.

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Der Amtsgerichtspräsident hat das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege abgewiesen, weil er die Bedürftigkeit des Ehemannes verneinte. Bei der Berechnung des betriebsrechtlichen Existenzminimums des Ehemannes berücksichtigte er dessen Konkubinatsverhältnis. Weil aus dem Konkubinatsverhältnis ein Kind hervorgegangen war, behandelte er dieses nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung wie ein eheliches Familienverhältnis. Zum gemeinsamen Bedarf des Konkubinats zählte der Amtsgerichtspräsident dabei auch die Unterhaltszahlungen von CHF 3'620.30, die der Ehemann gemäss Eheschutzurteil an seine Ehefrau und seine ehelichen Kinder zu bezahlen hat.

### **E. 2**

Diese Vorgehensweise ist der Hauptkritikpunkt des Beschwerdeführers. Er ist der Auffassung, die Unterhaltspflicht des Ehemannes aus dem Eheschutzurteil dürfe nicht ins gemeinsame Existenzminimum eingerechnet werden. Zur Pflicht des Konkubinatspartners, den anderen betreffend Prozesskostenvorschüsse zu unterstützen, habe das Bundesgericht in BGE 142 III 36 E. 3.4.1 explizit ausgeführt, für Konkubinatspartner bestünden grundsätzlich keine solchen Verpflichtungen, auch nicht im Zusammenhang mit der unentgeltlichen Rechtspflege. Für das Gegenteil bedürfte es einer gesetzlichen Grundlage, welche an die Konkubinatsstatsache entsprechende rechtliche Obligationen knüpfen würde. Der blosse Analogieschluss zum Eherecht könne die fehlende gesetzliche Grundlage nicht ersetzen. Indem die Vorinstanz das Konkubinats des Beschwerdeführers als wirtschaftliche Einheit betrachte und den diesen aus Eheschutz verpflichtenden Unterhalt in die Existenzminimumsberechnung der beiden Konkubinatspartner vollumfänglich eingerechnet habe, finanziere die Konkubinatspartnerin indirekt den Eheschutzunterhalt an die (Noch-)Ehefrau und die beiden Kinder aus der Ehe, was nicht angehe. Richtigerweise hätte die Vorinstanz den Eheschutzunterhalt zunächst nicht berücksichtigen dürfen, dann den Überschussanteil des Beschwerdeführers berechnen müssen und von diesem wäre der Eheschutzunterhalt abzuziehen gewesen.

### **E. 3**

Der Vorderrichter hat sich bei seiner Entscheidung auf die Urteile BGE 106 III 11 und 5D\_21/2009 vom 30. November 2009 gestützt. Im ersten Fall ging es um eine Lohnpfändung durch das Betreibungsamt. Das Bundesgericht erwog, zur Familie des Schuldners im Sinne von Art. 93 SchKG gehörten auch seine ausserehelichen Kinder. Nehme er die Kinder bei sich auf, so seien bei der Ermittlung des Notbedarfs auch die vollen Beträge für den Kindesunterhalt gemäss den Richtlinien der kantonalen Aufsichtsbehörde zu berücksichtigen. Was die Mutter der Kinder betreffe, so sei der Schuldner zwar anders als ein Ehemann rechtlich nicht verpflichtet, für sie zu sorgen. Ziehe die Mutter indessen zum Vater, um dort die gemeinsamen Kinder persönlich zu betreuen, so erscheine es jedenfalls als gerechtfertigt, dass die Betreibungsbehörden einem solchen faktischen Familienverhältnis Rechnung trügen, indem sie bei der Ermittlung des Notbedarfs des Vaters den Grundbetrag für Ehepaare bzw. für zwei in Hausgemeinschaft lebende Erwachsene zugrunde legten. Daraus folgte es, ein Konkubinatsverhältnis, aus dem Kinder hervorgegangen seien, sei unter dem Gesichtspunkt der Notbedarfsermittlung im Wesentlichen gleich zu behandeln wie ein eheliches Familienverhältnis. Dementsprechend verfuhr das Bundesgericht im Urteil 5D\_21/2009, wo es wie hier um die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ging. Dort rechnete es den gesamten Grundbetrag für die Hausgemeinschaft sowie die Krankenkassenprämien der Konkubinatspartnerin in den Notbedarf des Beschwerdeführers ein.

### **E. 4**

Im vorliegenden Fall rechnete der Vorderrichter zusätzlich die Unterhaltszahlungen des Beschwerdeführers für seine Ehefrau und die beiden ehelichen Kinder in den gemeinsamen Bedarf der Konkubinatspartnerin ein. Die Antwort darauf, ob dies sachgerecht ist, lässt sich aus dem vom Beschwerdeführer angerufenen BGE 142 III 36 ableiten. Dem angefochtenen Entscheid des Obergerichts Zürich, der sich auf die oben zitierten Urteile stützte, hielt das Bundesgericht entgegen, bei jener Rechtsprechung gehe es nicht um die Frage, ob der ein Konkubinatspartner rechtlich verpflichtet sei, den anderen zu unterstützen, sondern allein um die Berücksichtigung der Tatsache, dass die Kosten der gemeinsamen Lebensführung normalerweise auch im Konkubinat anteilmässig getragen würden. Jene Rechtsprechung beziehe sich auf die Berechnung des betreibungsrechtlichen Existenzminimums bei einem Konkubinatsverhältnis. Die Pflicht, dem anderen in Rechtsstreitigkeiten durch Leistung von Prozesskostenvorschüssen beizustehen, sei eherechtlicher Natur und könne nur den Ehegatten treffen, nicht den Konkubinatspartner. Für Konkubinatspartner bestünden grundsätzlich keine solchen Verpflichtungen, auch nicht im Zusammenhang mit der unentgeltlichen Rechtspflege. Die Tatsache des gemeinsamen Haushaltes könne bei der Berechnung der Bedürftigkeit des prozessführenden Konkubinatspartners berücksichtigt werden.

### **E. 5**

Die ehelichen Unterhaltsverpflichtungen des Beschwerdeführers sind somit nicht in den gemeinsamen Bedarf mit seiner Konkubinatspartnerin einzubeziehen. Im Übrigen aber ist es sachgerecht, auf den gemeinsamen Bedarf abzustellen und das Konkubinatsverhältnis, aus dem ein Kind hervorgegangen ist, bei der Ermittlung des Bedarfs gleich zu behandeln wie ein eheliches Familienverhältnis. Werden die Unterhaltsverpflichtungen des Beschwerdeführers bei der Ermittlung des gemeinsamen Bedarfs ausgeklammert, müssen diese aus einem (allfälligen) Überschuss geleistet werden, und zwar aus dem Anteil des

Beschwerdeführers an diesem gemeinsamen Überschuss. Der Amtsgerichtspräsident hat verfügbare Mittel von CHF 12'939.75 ermittelt. Ohne die Unterhaltszahlungen des Beschwerdeführers hat der Vorderrichter einen Bedarf von CHF 8'259.00 berechnet (gemeinsamer Bedarf CHF 11'879.30 minus Unterhaltsbeiträge CHF 3'620.30). Daraus ergibt sich ein Überschuss von CHF 4'681.00. Dieser Überschuss ist nach Prozenten der Einkommen der beiden Konkubinatspartner zu teilen und nicht etwa nach grossen und kleinen Köpfen, wie dies der Beschwerdeführer verlangt. Es kann nicht zuerst ein Teil des Überschusses dem Kind zugeteilt und erst nachher über die Bedürftigkeit des Gesuchstellers entschieden werden. Zudem könnte ein solches Vorgehen zur Folge haben, dass zwar das Kind aus dem Konkubinatsverhältnis am Überschuss partizipiert, aber dem Unterhaltsverpflichteten kein genügender Anteil am Überschuss verbleibt, welcher zur Bezahlung der Unterhaltsbeiträge aus dem Eheschutzurteil ausreicht. Genau dies ist vorliegend der Fall. Nach Prozenten des Einkommens der Konkubinatspartner ermittelt beläuft sich der Überschuss des Beschwerdeführers auf CHF 2'870.40 (61,32 % von CHF 4'681.00). Mit diesem Überschuss ist der Beschwerdeführer – wie bereits erwähnt – rechnerisch nicht einmal in der Lage, die Unterhaltsbeiträge nach dem Eheschutzurteil zu finanzieren. Anzuführen ist, dass es hier allein um die Prüfung der Voraussetzungen für die unentgeltliche Rechtspflege geht und nicht um eine Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen, bei welcher alle Kinder gleich zu behandeln sind. Der Beschwerdeführer verfügt somit entgegen der Schlussfolgerung des Vorderrichters nicht über einen Überschuss, der es ihm erlauben würde, die Prozesskosten innert nützlicher Frist zu bezahlen. Bei diesem Ergebnis erübrigt sich die Prüfung der weiteren Rügen, die der Beschwerdeführer gegen die Berechnung seines Bedarfs erhebt.

## **E. 6**

Die Beschwerde ist demnach gutzuheissen. Die Ziffern 2 und 6 der Verfügung des Amtsgerichtspräsidenten vom 12. Juni 2020 werden aufgehoben. Da der Vorderrichter den Beschwerdeführer nicht als prozessarm erachtete, hat er dessen Hauptantrag, seine Ehefrau habe ihm für das Scheidungsverfahren einen Prozesskostenvorschuss zu bezahlen, nicht geprüft. Demzufolge ist dem angefochtenen Entscheid auch nichts über die finanziellen Verhältnisse der Ehefrau zu entnehmen. Aus den Akten ist indessen ersichtlich, dass diese selbst kein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gestellt hat. Ausserdem sind die Ehegatten A.\_\_\_\_ Gesamteigentümer einer Liegenschaft in [...] (Stellungnahme der Ehefrau betreffend Prozesskostenvorschuss datiert vom 6. Dezember 2019, Rdz 12). Dieses Einfamilienhaus ist auch im Gesuchsformular des Beschwerdeführers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege aufgeführt, und zwar mit einem Schätzwert von CHF 650'000.00. Obwohl die Position «Grundpfandschulden» nicht ausgefüllt wurde, ist kaum anzunehmen, dass die Liegenschaft völlig unbelastet ist. Immerhin enthält die Position «Lebensversicherungen» einen Hinweis auf eine Amortisation EFH. Der Wert dieser Liegenschaft wäre gleich in zweifacher Hinsicht von Bedeutung: Einerseits würde er eine Prozessarmut des Beschwerdeführers unmittelbar ausschliessen, andererseits könnte er eine Prozesskostenvorschusspflicht der Ehefrau bewirken. Ob dem Beschwerdeführer die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren ist oder nicht, ist daher noch völlig offen. So, wie er das Gesuchsformular ausgefüllt hat, würde er über ausreichend Vermögen zur Finanzierung des Prozesses verfügen. Andererseits hätte genau dieser Umstand den Amtsgerichtspräsidenten veranlassen müssen, ihm Gelegenheit zur Vervollständigung seiner Angaben zu bieten. Der Vorderrichter hat seinen abweisenden Entscheid jedoch einzig auf die Einkommens- und Bedarfsverhältnisse

des Beschwerdeführers abgestützt. Aus diesem Grund hat er weder den Hauptantrag des Beschwerdeführers geprüft noch die Werthaltigkeit der Liegenschaft in [...] abgeklärt. Denn es gilt ein beschränkter Untersuchungsgrundsatz, wobei die gesuchstellende Partei mitzuwirken hat. Die Sache ist deshalb zu neuem Entscheid an den Vorderrichter zurückzuweisen.

#### **E. 7**

Nach diesem Ausgang werden für das Beschwerdeverfahren keine Kosten erhoben und dem Beschwerdeführer ist zulasten des Staates eine Parteientschädigung auszurichten. Das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege vor Obergericht ist damit gegenstandslos. Die eingereichte Honorarnote kann im Wesentlichen gerade noch bewilligt werden. Die Position Auslagenpauschale ist jedoch zu streichen. Es ist nicht nachvollziehbar, wieso eine Auslagenpauschale in Rechnung gestellt wird, nachdem bereits die effektiven Auslagen aufgelistet worden sind. Die Parteientschädigung wird somit bei einem Stundenansatz von CHF 230.00 auf CHF 1'400.75 festgesetzt.

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