



<b>Fall-Nr.:</b>	FS.2015.22
<b>Stelle:</b>	Kantonsgericht
<b>Rubrik:</b>	Zivilkammern (inkl. Einzelrichter)
<b>Publikationsdatum:</b>	28.12.2015
<b>Entscheiddatum:</b>	28.12.2015

### **Entscheid Kantonsgericht, 28.12.2015**

#### **Vorsorgliche Unterhaltsregelung im Eheschutzverfahren: Zulässigkeit und Rechtsgrundlage (Kantonsgericht, Einzelrichter im Familienrecht, 28. Dezember 2015, FS.2015.22).**

Aus den Erwägungen:

2.a) Die Ehefrau liess in der Verhandlung vor Vorinstanz ohne Nennung einer Rechtsgrundlage für den Fall, dass es nicht zu einer Einigung komme, den Erlass vorsorglicher Massnahmen betreffend den Unterhalt beantragen. Der Vorderrichter stützte in der Folge seinen diesbezüglichen Entscheid auf Art. 261 Abs. 1 ZPO, wonach das Gericht die notwendigen vorsorglichen Massnahmen trifft, wenn die gesuchstellende Partei glaubhaft macht, dass ein ihr zustehender Anspruch verletzt oder eine Verletzung zu befürchten ist und ihr aus der Verletzung ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht. Der Vorderrichter ging dabei davon aus, dass sich die Parteien zwar in Bezug auf eine vorläufige Betreuungs- und Ferienregelung für M. sowie hinsichtlich des Mobiliars geeinigt hätten, dass sie sich aber bezüglich des Unterhalts nicht hätten einigen können. Da sich das Verfahren noch nicht als spruchreif erwiesen habe und weil die Ehefrau ganz offensichtlich nicht in der Lage sei, mit ihrem bescheidenen Einkommen die derzeit anfallenden Kosten zu decken, und mangels eigener finanzieller Reserven ohne Unterhaltsbeitrag innert kürzester Zeit in eine finanzielle Notlage geraten würde, sei ihr, so die Vorinstanz unter Hinweis auf Lehre und Rechtsprechung, im Sinne vorsorglicher Massnahmen ein vorläufiger Unterhaltsbeitrag zuzusprechen.

b) In Lehre und Rechtsprechung ist umstritten, ob im Eheschutzverfahren, das seinerseits nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung in der Sache ein



vorsorgliches Massnahmeverfahren darstellt (vgl. statt Vieler BGE 137 III 475), eine vorläufige Unterhaltsregelung für die Dauer des Verfahrens zulässig ist. Bejaht wird die Zulässigkeit in der Lehre etwa von Stefanie Pfänder Baumann, DIKE-Komm-ZPO, Art. 273 N 10, Schwenzer, OFK-ZPO, ZPO 273 N 9, Gasser/Rickli, ZPO Kurzkommentar, Art. 271 N 2, FamKomm Scheidung/Vetterli, Anh. ZPO Art. 271 N 15, und Spycher, Berner Kommentar, N 15 zu Art. 271 ZPO, wohingegen BSK ZPO-Siehr/Bähler, Art. 271 N 5a, und Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Rz. 09.71, sich darauf beschränken, die Frage unter Hinweis auf die Rechtsprechung als umstritten zu bezeichnen (zur Zulässigkeit vorsorglicher Massnahmen während der Dauer des Eheschutzverfahrens vor Inkrafttreten der ZPO vgl. BSK ZGB I [4. Aufl.]-Breitschmid, aArt. 281 N 10, und Hausheer/Reusser/Geiser, Berner Kommentar, N 21 zu aArt. 180 ZGB). Was diese Rechtsprechung anbelangt, so hat das Bundesgericht im Entscheid BGer 5A\_972/2013 den nach Anhörung beider Parteien ergangenen Entscheid betreffend die vorläufige Obhutszuteilung eines Kindes für die Dauer des Eheschutzverfahrens als (i.S.v. Art. 72 Abs. 1 BGG) anfechtbaren Entscheid (in einer Zivilsache) betrachtet (in diesem Sinn auch schon, wenn auch im Zusammenhang mit einer immaterialgüterrechtlichen Auseinandersetzung, das Bundesgericht bei der Beurteilung der Anfechtbarkeit eines nach der Anhörung der Parteien ergangenen [Zwischen-]Entscheids über die Aufrechterhaltung, Abänderung oder Aufhebung der vorgängig superprovisorisch angeordneten Massnahmen für die weitere Dauer des Massnahmeverfahrens [BGE 139 III 86 = Pra 103, 2014, Nr. 69 E. 1.1]). Daran ändere, so das Bundesgericht, nichts, dass der Entscheid nach der ausdrücklichen Anordnung der kantonalen Vorinstanzen "vorläufiger" Natur sei; denn auch eine solche Anordnung könne sich als "nötige Massnahme" (i.S.v. Art. 176 Abs. 3 ZGB) erweisen (E. 1). Im Übrigen hat das Bundesgericht die Frage der Zulässigkeit (ebenfalls unter Hinweis darauf, dass sie umstritten sei) aber offen gelassen, da es sie nur unter dem Aspekt der Willkür bzw. der Nichtaussichtslosigkeit prüfen musste und dabei feststellen konnte, dass nicht willkürlich sei, die Zulässigkeit zu bejahen (BGer 5A\_870/2013 E. 5), bzw. dass ein Rechtsmittel, das von der Zulässigkeit ausgehe, im Hinblick auf die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege nicht als aussichtslos erscheine (BGer 5A\_212/2012 E. 2.2.2). Das OGer ZH verneint die Zulässigkeit (LE11061 vom 2. Februar 2012 und LE120025 vom 12. Juni 2012 [in Bezug auf die Zulässigkeit der vorsorglichen



Abänderung der von der Vorinstanz einstweilen zugesprochenen Unterhaltsbeiträge durch die Berufungsinstanz, wobei es im zweiten Entscheid einräumt, dass vorsorgliche Massnahmen im Eheschutzverfahren ausserhalb der Unterhaltsregelung zulässig seien]). Bejaht wird die Zulässigkeit hingegen vom KGer BL (BJM 2015 279 ff.), und auch das KGer SG hat sich im Entscheid vom 15. Mai 2012 für die Zulässigkeit ausgesprochen (FS.2012.10).

Neben der Zulässigkeit an sich wird (von den Befürwortern) auch die Frage nach der Rechtsgrundlage unterschiedlich beantwortet. In der Regel wird zwar auf den bereits erwähnten, auch von der Vorinstanz herangezogenen Art. 261 ZPO betreffend den Erlass vorsorglicher Massnahmen bei einer (drohenden) Verletzung eines Anspruchs und der Gefahr eines nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils, aber auch auf Art. 265 ZPO betreffend den Erlass dringlicher Massnahmen ohne Anhörung der Gegenpartei verwiesen. Die Konsequenz dieser unterschiedlichen Grundlage zeigt sich namentlich bei der Anfechtbarkeit einer entsprechenden Regelung: Während die gestützt auf Art. 261 ZPO erlassene Regelung, vorbehaltlich des Erreichens des nötigen Streitwerts von Fr. 10'000.00 in vermögensrechtlichen Angelegenheiten, mit Berufung angefochten werden kann (vgl. Art. 308 ZPO), fällt bei einer Anordnung nach Art. 265 ZPO eine Anfechtung mit einem kantonalen Rechtsmittel grundsätzlich ausser Betracht (Güngerich, Berner Kommentar, N 17 zu Art. 265 ZPO, der immerhin darauf hinweist, dass eine Beschwerde i.S.v. Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO [Anfechtbarkeit einer verfahrensleitenden Verfügung bei einem drohenden nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil] theoretisch denkbar sei). Vor dem Hintergrund dieser Fragestellung erging denn auch der erwähnte Entscheid des KGer BL. Ihm lag der Sachverhalt zugrunde, dass der erstinstanzliche Richter den Unterhaltsbeitrag "vorläufig bis zur Eheschutzverhandlung auf CHF 1'000.-" festgelegt hatte. Das KGer BL verneinte eine Anfechtbarkeit dieser Regelung mit Berufung. Es hielt dafür, dass der mit Berufung anfechtbare Unterhaltsbeitrag zwar bei veränderten Verhältnissen abänderbar sei, dass eine Abänderung aber nur für die Zukunft wirke. Dagegen seien die im Eheschutzverfahren lediglich vorläufig angeordneten Unterhaltsbeiträge reversibel, da sie definitiv erst zu einem späteren Zeitpunkt aufgrund der bis dahin durchgeführten Beweiserhebungen und Parteivorträge festgelegt würden und die nur vorläufig festgelegten Unterhaltsbeiträge ersetzen. Die Frage der Anfechtbarkeit richte sich daher danach, ob der Entscheid tatsächlich reversibel sei oder nicht. Bei



Reversibilität könne die Festsetzung nicht mit einem Eheschutzentscheid über die definitive Festlegung gleichgestellt und daher auch nicht als vorsorgliche Massnahme i.S.v. Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO qualifiziert werden. Die Rechtslage sei vielmehr vergleichbar mit jener der superprovisorischen Massnahme, die nicht mit Berufung, wohl aber im Fall des nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils mit Beschwerde nach Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO angefochten werden könne. Ähnlich, wenn auch im Zusammenhang mit einer vorläufigen Obhutszuteilung, argumentierte das OGer LU; es verwies ebenfalls auf die jederzeitige Abänderbarkeit, wie sie sich auch aus Art. 265 Abs. 2 ZPO ergebe, wonach die nicht in materielle Rechtskraft erwachsende dringliche Verfügung nach Anhörung der Gegenpartei aufgehoben, geändert oder bestätigt werden könne (OGer LU 5. November 2011, CAN 2012 Nr. 53).

c) Fasst man Lehre und Rechtsprechung zusammen, zeigt sich, dass die Zulässigkeit überwiegend bejaht, die Frage der Rechtsgrundlage und verbunden damit der Weiterziehbarkeit aber kontrovers beantwortet werden. Das vom KGer BL verwendete Argument der Reversibilität hat dabei einiges für sich. Ihm steht allerdings die Überlegung entgegen, dass vorläufige Massnahmen während der Dauer des Eheschutz- oder des Massnahmeverfahrens namentlich dann, wenn sie Kinderbelange betreffen (Obhut; Kindesschutzmassnahmen), von grosser Tragweite sein können. Allein schon dieser Umstand rechtfertigt, die vorläufige Massnahme als eigentliche vorsorgliche und damit im Rahmen Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO anfechtbare Massnahme zu betrachten. Daran ändert auch ihre Reversibilität, d.h. die Möglichkeit, dass im abschliessenden Eheschutz-/Massnahmeentscheid anders entschieden wird, nichts; denn diese Möglichkeit kann sich, soweit ersichtlich, lediglich bei einer vorläufigen Unterhaltsregelung für die Vergangenheit auswirken, während sie in den übrigen Belangen nur für die künftige Regelung von Bedeutung ist. Da aber keine Notwendigkeit dafür besteht, vorläufige Unterhaltsregelungen anders zu behandeln als die übrigen vorläufigen Regelungen, bzw. im Gegenteil häufig ein enger Zusammenhang zwischen solchen Regelungen besteht, ist die ordentliche Weiterziehbarkeit auch vorläufiger Unterhaltsregelungen zu bejahen. Damit ist gleichzeitig gesagt, dass Art. 265 ZPO als Grundlage für den Erlass vorläufiger Unterhaltsregelungen dann entfällt, wenn sie nach einer Anhörung beider Parteien erfolgt. Ebenfalls nicht notwendig erscheint, auf Art. 261 ZPO zurückzugreifen. Vielmehr steht nichts entgegen, die vorläufige Unterhaltsregelung als eigenständige



vorsorgliche Massnahme zu betrachten, und zwar auf der Grundlage von Art. 276 Abs. 1 ZPO und Art. 176 Abs. 3 ZGB, wonach das Gericht für die Dauer des Scheidungsverfahrens bzw. nach Auflösung des gemeinsamen Haushalts "die nötigen (vorsorglichen) Massnahmen" trifft (in diesem Sinn BGer 5A\_972/2014 E. 1). Dabei ist dann, wenn nach Auflösung des gemeinsamen Haushalts ausnahmsweise einmal nur persönlicher Unterhalt zur Diskussion stehen sollte, Art. 176 Abs. 3 ZGB analog heranzuziehen, weil diese Bestimmung an sich nur im Zusammenhang mit den Kinderbelangen von den "nötigen Massnahmen" spricht.

An die Notwendigkeit anknüpfend, ist bei der vorläufigen Unterhaltsregelung eine gewisse Zurückhaltung angezeigt (vgl. FamKomm Scheidung/Vetterli, Anh. ZPO Art. 271 N 15, der – wenn auch im Zusammenhang mit der dringlichen Unterhaltsregelung – eine solche Regelung "zur Begründung einer lebensnotwendigen Leistung" für zulässig hält). Dies umso mehr, als es auch gilt, Auseinandersetzungen über die Anrechnung bzw. zur Rückerstattung aufgrund der vorläufigen Regelung zu viel bezahlter Unterhaltsbeiträge zu vermeiden (Art. 125 Ziff. 2 OR; vgl. BGE 128 III 121 E. 3.c.bb, wo das Bundesgericht ausführt, zu viel bezahlter vorsorglicher Unterhalt müsse nach geltendem Recht nicht mehr zurückbezahlt werden).