

**ZK 15 234, publiziert Januar 2016**

**Entscheid der 1. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Bern**

vom 02. Oktober 2015

**Besetzung**

Oberrichter Josi (Referent), Oberrichterin Pfister Hadorn und Oberrichterin Grütter  
Gerichtsschreiber Nuspliger

**Verfahrensbeteiligte**

**A.**

Gesuchsteller/Berufungskläger

gegen

**B.**

vertreten durch Rechtsanwalt C.

Gesuchsgegnerin/Berufungsbeklagte

**Gegenstand**

vorsorgliche Massnahmen ZPO 276

**Regeste:**

- Vorsorgliche Sistierung einer Unterhaltsrente während hängigem Abänderungsprozess (Art. 129 ZGB; Art. 284 Abs. 3 i.V.m. Art. 276 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 179 Abs. 1 ZGB).
- Das Beweismass des Glaubhaftmachens definiert sich unabhängig von der angekehrten vorsorglichen Massnahme und deren Auswirkungen.
- Die vorsorgliche Aufhebung oder Herabsetzung einer Unterhaltsrente, auf welche die berechnete Person zur Bestreitung ihres Lebensunterhalts angewiesen ist, stellt eine einschneidende Massnahme dar. Sie ist nur bei besonderer Dringlichkeit und unter besonderen Umständen verhältnismässig. Insbesondere müssen liquide tatsächliche Verhältnisse vorliegen, die den Verfahrensausgang einigermaßen zuverlässig abschätzen lassen.

## **Redaktionelle Vorbemerkungen:**

Im Scheidungsverfahren verpflichtete sich A. zur Zahlung von Unterhaltsbeiträgen an C. Einige Jahre später erhob er Abänderungsklage (Art. 129 Abs. 1 ZGB) mit der Begründung, dass C. in einem qualifizierten Konkubinatsverhältnis lebe. Nach Klageeinreichung beantragte er zudem die vorsorgliche Sistierung der Unterhaltszahlungen. Das Obergericht rezipierte die bundesgerichtliche Rechtsprechung (BGE 118 II 228 E. 3b) und bejahte liquide Verhältnisse hinsichtlich des geltend gemachten qualifizierten Konkubinats sowie das Vorliegen besonderer Umstände.

## **Auszug aus den Erwägungen:**

(...)

### **III.**

#### **3.**

##### **3.1. (...)**

3.2. Über ein Gesuch um vorsorgliche Massnahmen ist im summarischen Verfahren zu entscheiden (Art. 271 Bst. a ZPO gelangt sinngemäss zur Anwendung, siehe Ziff. 1.1 hiervor). Aus der Natur des Summarverfahrens folgt, dass die Anspruchsvoraussetzungen lediglich glaubhaft zu machen sind (Botschaft ZPO, BBl 2006 S. 7358; SUTTER-SOMM/VONTOBEL, in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 2. Auflage, Zürich Basel Genf 2013 [zit. hiernach: ZK-ZPO-AUTOR], N 12 zu Art. 271 ZPO).

3.2.1. Glaubhaft machen („rendre vraisemblable“) bedeutet die Darlegung der Wahrscheinlichkeit des behaupteten Sachverhalts und umfasst mehr als Behaupten, aber weniger als Beweisen. Nach der Rechtsprechung ist eine Tatsache schon dann glaubhaft gemacht, wenn für deren Vorhandensein gewisse Elemente sprechen, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte (BGE 132 III 715 E. 3.1 S. 719 f.; BGer 5A\_921/2014 vom 11. März 2015 E. 3.1; ausführlich SPRECHER, in: SPÜHLER/TENCHIO/INFANGER [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Auflage 2013 [zit. hiernach: BSK-ZPO-AUTOR], N 50 ff. zu Art. 261 ZPO).

3.2.2. In der Literatur wird verschiedentlich postuliert, in bestimmten Fällen (insbesondere bei besonders schwerwiegenden Eingriffen in die Rechtsstellung der Gegenseite) seien erhöhte Anforderungen an das Glaubhaftmachen zu stellen (für eine Übersicht über die Lehrmeinungen siehe BSK-ZPO-SPRECHER, N 65 ff. zu Art. 261).

Diese Auffassung findet im Gesetz keine Stütze und ist, soweit isoliert auf das Beweismass bezogen, abzulehnen. Das Beweismass des Glaubhaftmachens ist stets dasselbe, unabhängig von der Frage, wie sich eine Massnahme auf die tatsächliche und rechtliche Situation der Gegenseite auswirkt.

Die konkreten Auswirkungen einer Massnahme sind jedoch keinesfalls irrelevant; sie sind bei der Auswahl der zu treffenden Massnahme zu gewichten (zum diesbezüglichen Ermessen des Gerichts und zur fehlenden Bindung an die Parteianträge siehe

GÜNGERICH, in: Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band II, Bern 2012, N 51 zu Art. 262), und unter dem Aspekt der Verhältnismässigkeit zu prüfen.

### 3.3.

- 3.3.1. Vorsorgliche Massnahmen stehen unter der Schranke des Verhältnismässigkeitsgebots. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind Massnahmen, die die Rechtsstellung der gesuchsgegnerischen Partei in besonders schwerwiegender Weise beeinträchtigen, nur unter restriktiven Voraussetzungen zuzusprechen; sie müssen sehr viel strengeren Anforderungen genügen (BGE 131 III 473 E. 2.3 S. 476 ff. [=Pra 2006 Nr. 32 S. 226 ff.] betr. Realvollstreckung eines arbeitsrechtlichen Konkurrenzverbots). Diese erhöhten Anforderungen betreffen die Gesamtheit der Voraussetzungen für die Gewährung vorsorglichen Rechtsschutzes, insbesondere die Prognose des Streitausgangs und die jeweiligen Nachteile für die Parteien bei Zuspruch bzw. Verweigerung von Massnahmen. In solchen Fällen darf einstweiliger Rechtsschutz nur gewährt werden, wenn das Begehren in Anbetracht des glaubhaft gemachten Sachverhalts relativ klar begründet erscheint (BGE 138 III 378 E. 6.4 S. 381 f. [=Pra 2013 Nr. 6 S. 37 ff.] betr. Abriss eines Dachs und Stabilisierung sowie Wetztersicherung eines Gebäudes).

Das Gericht hat mit anderen Worten die gegenläufigen Interessen der Parteien, d.h. das mutmassliche Recht des Gesuchstellers gegen die Nachteile einer vorläufigen Regelung für den Gesuchsgegner, abzuwägen (ZK-ZPO-HUBER, N 23 zu Art. 261 ZPO; BSK-ZPO-SPRECHER, N 47 zu Art. 262 ZPO). Hierbei ist – als eines von mehreren Elementen – zu berücksichtigen, zu welchem Grad der Gesuchsteller das Gericht von der Wahrscheinlichkeit der Existenz des behaupteten Tatsachenfundaments überzeugt hat. Denn je glaubhafter die tatsächliche Grundlage für einen Anspruch ist, desto weniger Bedenken bestehen auch unter Verhältnismässigkeitsgesichtspunkten gegen dessen Durchsetzung. Umgekehrt kann es mit dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit nicht vereinbar sein, einen bloss glaubhaft gemachten Anspruch zu vollstrecken, wenn die Auswirkungen einschneidend sind und sich nicht mehr rückgängig machen lassen. Es sind jedoch sämtliche Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen, d.h. die beidseitigen Interessen sind umfänglich abzuwägen. Dabei können sich einzelne Umstände aufwiegen.

- 3.3.2. Die erwähnte bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Verhältnismässigkeit findet auch bei der vorsorglichen Abänderung rechtskräftiger Unterhaltsrenten Anwendung.

Grundsätzlich bleibt eine (mit rechtskräftigem Urteil festgelegte) Unterhaltsverpflichtung in Kraft, bis über die Abänderungsklage (Hauptprozess) entschieden ist. Die vorsorgliche Aufhebung oder Herabsetzung einer Unterhaltsrente, auf welche die berechtigte Person zur Bestreitung ihres Lebensunterhalts angewiesen ist, stellt eine einschneidende Massnahme dar, die nach der Rechtsprechung nur bei besonderer Dringlichkeit und unter besonderen Umständen angeordnet werden kann (BGE 118 II 228 E. 3b S. 228 f.). Insbesondere müssen liquide tatsächliche Verhältnisse vorliegen, die den Verfahrensausgang einigermaßen zuverlässig abschätzen lassen (BGE 118 II 228 E. 3b; BGer 5P.414/2004 vom 22. März 2005 E. 4.4; BGer 5P.269/2004 vom 3. November 2004 E. 2; BGer 5P.349/2001 vom 6. November 2001 E. 4).

Besondere Umstände liegen etwa vor, wenn der Schuldner, ohne sich verschulden zu müssen, die Rente während des Abänderungsverfahrens nicht mehr ausrichten kann und die Herabsetzung oder Aufhebung der Rente der anderen Partei schon während des Verfahrens zugemutet werden kann (BGer 5P.101/2005 vom 12. August 2005 E. 3). Ebenfalls zu berücksichtigen ist, dass bei Gutheissung der Klage die berechnete Person die während der Prozessdauer empfangenen Alimente zurückbezahlen muss, da die Abänderung bzw. Herabsetzung der Rente bereits für die Zeit ab Klageeinreichung verlangt werden kann (BGer 5A\_732/2012 vom 4. Dezember 2012 E. 3.2: BGer 5P.349/2001 vom 6. November 2001 E. 3).

(...)

**Hinweis:**

Das Urteil ist rechtskräftig.