

## **BGer 5A\_793/2015 vom 22. Februar 2016**

Bundesgericht, 2016-02-22, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_793\\_2015](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_793_2015)

FR: TF 5A\_793/2015 du 22 février 2016

IT: TF 5A\_793/2015 del 22 febbraio 2016

### **Erwägungen**

#### **E. 1.1**

Angefochten ist ein letztinstanzlicher kantonaler Entscheid eines oberen kantonalen Gerichts als Rechtsmittelinstanz ( Art. 75 Abs. 1 und 2 BGG ) betreffend Eheschutzmassnahmen, der das Verfahren abschliesst und daher als Endentscheid zu qualifizieren ist ( Art. 90 BGG ; BGE 133 III 393 E. 4 S. 395 f.). Die nämliche Qualifikation gilt auch für den nicht selbständig eröffneten Entscheid über die unentgeltliche Rechtspflege (Urteil 5A\_740/2012 vom 11. März 2013 E. 1.1 mit Hinweisen). Dass das Obergericht mit Bezug auf das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege für das Berufungsverfahren nicht als Rechtsmittelinstanz entschieden hat, steht der Zulässigkeit der Beschwerde an das Bundesgericht nicht entgegen ( BGE 137 III 424 E. 2.2 S. 426 f.). In der Sache geht es vor Bundesgericht ausschliesslich um Kinderunterhaltsbeiträge. Die Angelegenheit ist vermögensrechtlicher Natur (vgl. Urteil 5A\_705/2013 vom 29. Juli 2014 E. 1.1). Obschon die Vorinstanz den Verfahrensgegenstand wegen der Einreichung der Scheidungsklage und der Massnahmebegehren auf den dem 4. April 2015 vorangehenden Zeitraum bzw. auf den Zeitraum bis Ende März 2015 beschränkt hat (s. E. 2 hiernach), beruft sich der Beschwerdeführer auf Art. 51 Abs. 4 BGG , da im Scheidungsverfahren nur Änderungen berücksichtigt werden könnten und der Entscheid daher auch über diesen Zeitpunkt hinaus Wirkung auf unbestimmte Zeit habe. Ob der erforderliche Streitwert ( Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG ) erreicht wird, kann indes vorliegend offen bleiben, da die Kognition des Bundesgerichts bei der Prüfung von Eheschutzentscheiden im Rahmen der Beschwerde in Zivilsachen und der subsidiären Verfassungsbeschwerde dieselbe ist (nachfolgende Erwägung 1.2). Die weiteren Eintretensvoraussetzungen geben zu keinen Bemerkungen Anlass. Nach dem Gesagten ist auf die Beschwerde - unter Vorbehalt einer rechtsgenügenden Begründung - einzutreten.

#### **E. 1.2**

Eheschutzentscheide sind Entscheide über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG ( BGE 133 III 393 E. 5.2 S. 397). Demnach kann nur die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden (s. dazu BGE 133 III 585 E. 4.1 S. 588). Hierfür gilt das strenge Rügeprinzip ( Art. 106 Abs. 2 BGG ). Das bedeutet, dass das Bundesgericht nur klar und detailliert erhobene und, soweit möglich, belegte Rügen prüft. Auf ungenügend begründete Rügen und rein appellatorische Kritik am angefochtenen Entscheid tritt es nicht ein ( BGE 134 II 244 E. 2.2 S. 246; 133 II 396 E. 3.1 S. 399 f.). Wird die Verletzung des Willkürverbots gerügt, reicht es daher nicht aus, wenn der Beschwerdeführer die Rechtslage aus seiner Sicht darlegt und den davon abweichenden angefochtenen Entscheid als willkürlich bezeichnet. Vielmehr muss er im Einzelnen darlegen, inwiefern das kantonale Gericht willkürlich entschieden haben soll und der angefochtene Entscheid deshalb an

einem qualifizierten und offensichtlichen Mangel leidet ( BGE 134 II 244 E. 2.2 S. 246). Diese Grundsätze gelten insbesondere auch für die Rüge der Willkür in der Sachverhaltsfeststellung ( BGE 133 II 249 E. 1.2.2 S. 252; 133 III 393 E. 7.1 S. 398).

## **E. 2**

Strittig ist vor Bundesgericht die Höhe des Unterhaltsbeitrags der Beschwerdegegnerin für die gemeinsame Tochter C.A.\_\_\_\_\_, die beim Beschwerdeführer, d.h. dem Vater lebt. Der Beschwerdeführer beantragt die Erhöhung des Unterhaltsbeitrags von Fr. 400.-- (zuzüglich Kinderzulage) auf Fr. 760.-- (zuzüglich Kinderzulage) ab März 2015.

In Bezug auf den Verfahrensgegenstand hat das Obergericht erwogen, der Beschwerdeführer habe im am 4. April 2015 anhängig gemachten Scheidungsverfahren beim Bezirksgericht Uster (Kanton Zürich) die Anordnung von vorsorglichen Massnahmen unter anderem auch betreffend die strittige Unterhaltsfrage beantragt. Dadurch sei ein (sachlicher und örtlicher) Kompetenzkonflikt zwischen dem aargauischen Eheschutz (berufungs) gericht und dem (erstinstanzlichen) zürcherischen Scheidungsgericht entstanden. Bei dieser Ausgangslage sei die Zuständigkeit des Eheschutzgerichts ab Einreichung der Scheidungsklage und der Massnahmebegehren am 4. April 2015 nicht mehr gegeben und auf die Berufung daher lediglich betreffend den vorangehenden Zeitraum einzutreten, wobei das Obergericht allerdings effektiv nur den Zeitraum bis Ende März 2015 berücksichtigt hat (vgl. zur Abgrenzung der Zuständigkeit zwischen dem Eheschutzgericht und dem Massnahmengericht BGE 138 III 646 E. 3.3.2 S. 648 f. mit Hinweisen). Später eingetretene faktische Gegebenheiten hat das Obergericht seinem Entscheid nicht zu Grunde gelegt und auch gar nicht festgestellt. Da der Beschwerdeführer diese Betrachtung nicht, jedenfalls nicht rechtsgenügend (s. E. 1.2), in Frage stellt, hat es damit sein Bewenden. Vor Bundesgericht nicht mehr strittig ist sodann die Verweigerung von Unterhalt für die Zeit vor März 2015 (das Obergericht hat dazu festgestellt, dass die Beschwerdegegnerin ihr unantastbares Existenzminimum bis und mit Februar 2015 nicht habe decken können). Bezüglich der einzelnen Rügen ergibt sich was folgt:

### **E. 2.1**

Der Beschwerdeführer rügt eine willkürliche Festlegung der Höhe seines hypothetischen Einkommens.

Die Erstinstanz hat dem Beschwerdeführer für den Monat März 2015 auf Basis einer 50%-igen Erwerbstätigkeit ein hypothetisches Einkommen in der Höhe von Fr. 2'600.-- angerechnet. Gemäss vorinstanzlicher Feststellung hat der Beschwerdeführer im Berufungsverfahren nicht geltend gemacht, dass er im März 2015 ein Einkommen in dieser Höhe nicht erzielt hätte (E. 5.5.1 des obergerichtlichen Entscheids). Soweit der Beschwerdeführer eine derartige Tatsachenbehauptung nunmehr im bundesgerichtlichen Verfahren aufstellt, indem er geltend macht, er sei von Februar bis März 2015 arbeitslos gewesen, handelt es sich um ein unzulässiges Novum ( Art. 99 Abs. 1 BGG ). Mit der darauf gestützten Willkürüge ist er nicht zu hören. Dass es willkürlich gewesen sein soll, mit Blick auf die Zuständigkeit des Scheidungsgerichts per 4. April 2015 keine Feststellungen zum Einkommen betreffend den Monat April mehr zu treffen, macht der Beschwerdeführer - wie erwähnt - nicht geltend. Sein Hinweis, dass er in seiner gegenwärtigen Anstellung ab April 2015 ein Nettoeinkommen von Fr. 3'796.55 erziele, ist deshalb unbeachtlich und die damit verbundene Rüge ohnehin nicht ohne weiteres nachvollziehbar.

## **E. 2.2**

Der Beschwerdeführer rügt alsdann eine willkürliche Nichtberücksichtigung von Fremdbetreuungskosten in der Höhe von Fr. 800.--, da eine Erwerbstätigkeit ohne Fremdbetreuung nicht möglich sei.

Vorliegend steht fest und ist unbestritten, dass die gemeinsame Tochter C.A.\_\_\_\_\_ im März 2015 nicht (mehr) in einer Kindergrippe sondern von der Grossmutter betreut wurde. Dass hierfür Kosten angefallen sind, kann folglich nicht als gerichtsnotorisch gelten. Gemäss vorinstanzlicher Feststellung habe der Beschwerdeführer Betreuungskosten von Fr. 800.-- alsdann erst ab April 2015 - und damit ausserhalb des vorliegend relevanten Regelungszeitraums - geltend gemacht (E. 5.5.2 des obergerichtlichen Entscheids). Dass er im kantonalen Verfahren generell Fremdbetreuungskosten in dieser Höhe verlangt habe, macht der Beschwerdeführer nicht geltend. Unter diesen Umständen kann von Willkür keine Rede sein, wenn die Vorinstanz für die Betreuung durch die Grossmutter für den Monat März 2015 keine Kosten berücksichtigt hat.

## **E. 2.3**

Der Beschwerdeführer rügt weiter, er habe in der Berufung geltend gemacht, dass entweder der Bedarf von D.\_\_\_\_\_, wie auch die IV-Kinderrente für D.\_\_\_\_\_ von monatlich Fr. 608.-- nicht zu berücksichtigen sei oder im Fall der Aufteilung des bei der Beschwerdegegnerin anfallenden Überschusses auf beide Kinder auch die IV-Kinderrente zu berücksichtigen sei. Das Obergericht sei durch Aufteilung des Überschusses ohne Berücksichtigung der IV-Kinderrente für D.\_\_\_\_\_ in Willkür verfallen.

Das Obergericht hat diesbezüglich auf den - bereits von der ersten Instanz geprüften - Anspruch auch von Halbgeschwistern auf Gleichbehandlung im Verhältnis zu ihren objektiven Bedürfnissen hingewiesen ( BGE 137 III 59 E. 4.2 S. 62 ff.) und zusätzlich festgehalten, der Beschwerdeführer habe jedenfalls in seiner Replik vom 20. Juli 2015 eingeräumt, dass ein allfälliger Überschuss bei der Beschwerdegegnerin auf die Halbgeschwister C.A.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ aufgeteilt werden müsse. Darauf geht der Beschwerdeführer nicht ein. Namentlich macht er weder geltend, dass das Obergericht durch das Abstellen auf seine spätere Stellungnahme krass gegen die Untersuchungsmaxime ( Art. 296 Abs. 1 ZPO ) verstossen habe noch legt er dar, inwiefern es seiner in der Replik gemachten Äusserung eine willkürliche Bedeutung beigemessen habe. Im Übrigen zeigt der Beschwerdeführer auch nicht auf, inwiefern der vom Obergericht zugesprochene Unterhalt im Ergebnis willkürlich sein soll: Wie bereits die Erstinstanz erwogen hat, ist die beim Beschwerdeführer wohnende Tochter C.A.\_\_\_\_\_ deutlich jünger als die im Kinderheim lebende D.\_\_\_\_\_ und hat daher erfahrungsgemäss einen tieferen finanziellen Bedarf. Ausserdem wurde der bei der Beschwerdegegnerin errechnete Überschuss nicht hälftig geteilt, sondern überwiegend C.A.\_\_\_\_\_ zugewiesen. Damit ist die Verletzung eines verfassungsmässigen Rechts nicht in einer Art. 106 Abs. 2 BGG genügenden Weise geltend gemacht worden und folglich auf die Rüge nicht einzutreten.

## **E. 2.4**

Da den Einzelrügen des Beschwerdeführers nach dem Gesagten kein Erfolg beschieden ist, ist der von ihm angestellten Berechnung, wonach C.A.\_\_\_\_\_ ein Unterhaltsbeitrag von gerundet Fr. 760.-- zuzusprechen sei, der Boden entzogen. Weitere Verfassungsfragen erhebt und begründet der Beschwerdeführer nicht.

### **E. 3**

Der Beschwerdeführer wendet sich sodann gegen die Abweisung seines Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung für das Berufungsverfahren.

Das Obergericht hat das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wegen Aussichtslosigkeit abgewiesen. Nach der vom Bundesgericht zum Begriff der Aussichtslosigkeit gemäss Art. 29 Abs. 3 BV entwickelten Praxis sind Begehren als aussichtslos anzusehen, bei denen die Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren und die deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet werden können. Dagegen gilt ein Begehren nicht als aussichtslos, wenn sich Gewinnaussichten und Verlustgefahren ungefähr die Waage halten oder jene nur wenig geringer sind als diese. Massgebend ist, ob eine Partei, die über die nötigen Mittel verfügt, sich bei vernünftiger Überlegung zu einem Prozess entschliessen würde. Eine Partei soll einen Prozess, den sie auf eigene Rechnung und Gefahr nicht führen würde, nicht deshalb anstrengen können, weil er sie nichts kostet. Ob im Einzelfall genügende Erfolgsaussichten bestehen, beurteilt sich aufgrund einer vorläufigen und summarischen Prüfung der Prozessaussichten, wobei die Verhältnisse im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs massgebend sind ( BGE 139 III 475 E. 2.2 S. 476 f.; 138 III 217 E. 2.2.4 S. 218).

Weshalb das Obergericht im vorliegenden Fall die Erfolgsaussichten seiner Berufung zu Unrecht verneint haben soll, begründet der Beschwerdeführer nicht hinreichend. Er verweist lediglich auf seine Ausführungen im vorliegenden Verfahren. Da dies nicht genügt, ist auf die Beschwerde in diesem Punkt nicht einzutreten.

### **E. 4**

Aus den dargelegten Gründen muss die Beschwerde abgewiesen werden, soweit überhaupt darauf eingetreten werden kann. Der Beschwerdeführer hat für die Gerichtskosten aufzukommen ( Art. 66 Abs. 1 BGG ). Wie die vorstehenden Erwägungen aufzeigen, muss die Beschwerde als von Anfang an aussichtslos betrachtet werden. Damit fehlt es an einer materiellen Voraussetzung für die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege ( Art. 64 Abs. 1 BGG ). Da keine Vernehmlassungen eingeholt worden und der Beschwerdegegnerin somit keine Kosten erwachsen sind, entfällt die Zusprechung einer Parteientschädigung.

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