

## **BGer 5P.142/2003 vom 9. Juli 2003**

Bundesgericht, 2003-07-09, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5P.142\\_2003](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5P.142_2003)

FR: TF 5P.142/2003 du 9 juillet 2003

IT: TF 5P.142/2003 del 9 luglio 2003

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

Der kantonal letztinstanzliche Entscheid über vorsorgliche Massnahmen während des Scheidungsverfahrens kann mit staatsrechtlicher Beschwerde angefochten werden ( BGE 100 Ia 12 E. 1 S. 14 und die seitherige Rechtsprechung). Im Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde, namentlich bei Willkürbeschwerden, gilt ein grundsätzliches Novenverbot, von dem die Rechtsprechung nur wenige Ausnahmen zulässt ( BGE 129 I 49 E. 3 S. 57 ; 128 I 354 E. 6c S. 357). Von vornherein ausgeschlossen sind sogenannte echte Noven, d.h. die ausnahmsweise zulässigen neuen Vorbringen dürfen sich in jedem Fall nur auf Tatsachen und Beweismittel bzw. Rechtsnormen beziehen, die bereits im Zeitpunkt des letzten kantonalen Entscheids vorhanden waren bzw. in Kraft standen (Kälin, Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde, 2.A. Bern 1994, S. 370 bei/in Anm. 156; Messmer/ Imboden, Die eidgenössischen Rechtsmittel in Zivilsachen, Zürich 1992, S. 227 Anm. 18). Nicht berücksichtigt werden kann deshalb die DNA-Analyse, die erst im April 2003 und damit nach Ausfällung des angefochtenen Urteils erstellt worden ist. Im Übrigen kann auf die staatsrechtliche Beschwerde eingetreten werden.

#### **E. 2**

Der Beschwerdeführer rügt, es sei rechtsmissbräuchlich, dass die Beschwerdegegnerin Unterhaltsforderungen stelle. Er beruft sich dabei nicht mehr auf ein Konkubinat, sondern auf eine Scheinehe: Sei die Beschwerdegegnerin die Ehe nur aus aufenthaltsrechtlichen Gründen eingegangen, könne sie aus der rechtsmissbräuchlich erschlichenen Ehe keine Unterhaltsansprüche ableiten.

##### **E. 2.1**

Nach Art. 125 Abs. 3 ZGB kann der Unterhaltsbeitrag ausnahmsweise versagt oder gekürzt werden, wenn er offensichtlich unbillig wäre. In den Ziffern 1-3 werden drei Gründe genannt, die es insbesondere rechtfertigen können, den Unterhaltsbeitrag ganz oder teilweise zu verweigern. Die Kann-Vorschrift steht vor dem Hintergrund des Verbots offenbaren Rechtsmissbrauchs ( Art. 2 Abs. 2 ZGB ) und schliesst mit ihrer Formulierung ("insbesondere") andere als die ausdrücklich genannten Gründe nicht aus ( BGE 127 III 65 Nr. 10). Der erhobene Rechtsmissbrauchsvorwurf ist im Rahmen vorsorglicher Massnahmen während des Scheidungsverfahrens zu prüfen, andernfalls eine kantonale Instanz in Willkür verfällt ( BGE 118 II 225 Nr. 44, betreffend Konkubinat). Das Obergericht ist auf die Einwände des Beschwerdeführers denn auch eingetreten (E. 3 S. 7 ff.).

##### **E. 2.2**

Ein Rechtsmissbrauch kann vorliegen, wenn eine Ehe eingegangen wird, um dadurch ausländerrechtliche Bestimmungen zu umgehen, namentlich eine fremdenpolizeiliche

Aufenthaltsbewilligung zu erlangen. Diesfalls wird die Ehe zweckwidrig zur Verwirklichung von Interessen verwendet, die dieses Rechtsinstitut nicht schützen will ( BGE 128 II 145 E. 2.2 S. 151). Trotzdem ist die Scheinehe eine gültige Ehe mit allen gesetzlichen Rechtswirkungen, die - mangels Eheungültigkeitsgrundes - nur auf dem Wege der Scheidung wieder aufgelöst werden kann ( BGE 121 III 149 E. 2b S. 150 ; 126 I 165 E. 3a S. 166; vgl. zum geltenden Scheidungsrecht: BGE 127 III 342 Nr. 57 und 347 Nr. 58).

Liegt eine gültige Ehe vor, kann ein Ehegatte unter den gesetzlichen Voraussetzungen Unterhalt beanspruchen. Auf die Motive, aus denen er die Ehe geschlossen hat, kommt es dabei grundsätzlich nicht an ( BGE 97 II 7 E. 3 S. 9; 95 II 209 E. 6 S. 215). Zu den Voraussetzungen des Unterhaltsanspruchs gehört, dass dessen Geltendmachung nicht als rechtsmissbräuchlich erscheint (E. 2.1 hiervor). Ein Rechtsmissbrauch in Form des widersprüchlichen Verhaltens kann - allgemein gesagt - darin bestehen, dass sich ein Ehegatte auf Vorteile aus der Ehe beruft, obwohl er seine Ehe im Sinne einer echten Lebens- und Schicksalsgemeinschaft gar nie gewollt hat und auch nicht will oder geradezu ablehnt. Insoweit könnte sich die Geltendmachung von Unterhalt als rechtsmissbräuchlich erweisen, wenn der ansprechende Ehegatte nur eine Scheinehe führen wollte (z.B. GVP-SG 2001 Nr. 34 S. 111 unter Hinweis auf Wacke, Münchener Kommentar, 2000, N. 4 zu § 1361 BGB; vgl. auch Staudinger/Hübner/Voppel, Kommentar zum BGB, 2000, N. 11 ff. zu § 1361 BGB).

Die obergerichtliche Begründung greift nach dem Gesagten zu kurz: Die Scheinehe ist zwar eine gültige Ehe mit allen Rechtswirkungen. Daraus folgt jedoch nicht, dass diese Wirkungen der Ehe unbesehen des Verbots offenbaren Rechtsmissbrauchs eintreten. Der Rechtsmissbrauch, der in der zweckwidrigen Verwendung des Instituts der Ehe besteht, ist vielmehr vom Rechtsmissbrauch zu unterscheiden, der damit begründet wird, dass sich kein Ehegatte auf Rechtswirkungen einer gültigen Ehe soll berufen können, die er selber von Beginn an nicht und auch später nie gewollt hat. Das Obergericht hat die rechtsmissbräuchliche Erhebung von Unterhaltsansprüchen somit nicht einfach mit der Begründung verneinen dürfen, der Beschwerdeführer habe die Konsequenzen aus der Eheschliessung zu tragen, auch wenn die Ehe nur zur Beschaffung des Aufenthaltsrechts der Beschwerdegegnerin oder aus einem andern Grund eingegangen und faktisch nie gelebt worden wäre (E. 3d S. 8).

### **E. 2.3**

Die Rüge des Beschwerdeführers ist aus den dargelegten Gründen an sich berechtigt. Indessen hebt das Bundesgericht einen Entscheid im Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde nur auf, wenn er sich im Ergebnis und nicht bloss in der Begründung als verfassungswidrig erweist. Es ist immer auch zu prüfen, ob sich der angefochtene Entscheid allenfalls unter Substituierung der Motive halten lässt ( BGE 124 I 208 E. 4a S. 211). Da die Prüfungsbefugnis des Bundesgerichts in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht auf Willkür beschränkt ist, genügt eine willkürfreie Ersatzbegründung, die vom Obergericht allerdings nicht ausdrücklich verworfen worden sein darf ( BGE 128 III 4 E. 4c/aa S. 7). Letzteres ist hier nicht der Fall.

#### **E. 2.3.1**

Bereits vor Bezirksgericht hatte der Beschwerdeführer eine Scheinehe behauptet und der Beschwerdegegnerin Ehwidrigkeiten vorgeworfen. Das Gerichtspräsidium nahm an, das angebliche Fehlverhalten, das sich die Ehegatten gegenseitig vorhielten

(Fremdbeziehungen, Cabaret-Besuche u.ä.), könne ein Absehen von Unterhaltsbeiträgen nicht rechtfertigen. Auch liege in der Geltendmachung eines Unterhaltsbeitrags kein Rechtsmissbrauch. Das bisherige Verhalten der Beschwerdegegnerin lasse zwar Zweifel daran aufkommen, ob sie das Institut der Ehe nicht missbraucht habe. Insbesondere sei nicht zu verkennen, dass sich die aus der Ukraine stammende Beschwerdegegnerin nur durch die Heirat mit dem Beschwerdeführer ein dauerndes Aufenthaltsrecht in der Schweiz habe sichern können. Diese Möglichkeit allein genüge hingegen noch nicht, um einen offenbaren Rechtsmissbrauch im Sinne von Art. 2 Abs. 2 ZGB anzunehmen. Die Ehegatten würden sich seit 1997 (recte: 1999) kennen. Es sei denkbar, dass sie sich in dieser Zeit auch lieben gelernt hätten (E. 3c S. 6). Vor Obergericht hat der Beschwerdeführer seinen Rechtsmissbrauchsvorwurf mit derselben Begründung wiederholt (S. 6 f. der Beschwerdeantwort: Arbeit in Cabarets, tage- und nächtelange Abwesenheit, Verweigerung von Intimitäten, ausserehelicher Geschlechtsverkehr mit Folgen u.ä.). In seiner Eingabe an das Bundesgericht beharrt der Beschwerdeführer darauf, die Beschwerdegegnerin habe nur eine Scheinehe eingehen wollen, was durch ihr Verhalten während der nur wenige Monate dauernden Ehe belegt werde (S. 11 ff.).

### **E. 2.3.2**

Dass die Ehe nur (noch) formell und ohne Aussicht auf Aufnahme bzw. Wiederaufnahme einer ehelichen Gemeinschaft besteht, entzieht sich in der Regel einem direkten Beweis und ist oft bloss auf Grund von Indizien feststellbar, die in äusseren Gegebenheiten bestehen, aber auch innere psychische Vorgänge (Ehewille) betreffen können. Die daherigen Tatsachenfeststellungen müssen in rechtlicher Hinsicht den Schluss gestatten, die Berufung auf die Ehe sei rechtsmissbräuchlich oder bezwecke die Umgehung fremdenpolizeilicher Vorschriften ( BGE 128 II 145 E. 2.3 S. 152). Der Nachweis einer Scheinehe ist schwierig zu erbringen (Götz, Berner Kommentar, 1964, N. 14 zu aArt. 107 und N. 21 zu aArt. 120 ZGB; Knapp, Die Bürgerrechtsehe, ZZW 1984 S. 277 ff., S. 280 f.). Es stellt sich die Frage, ob das Bestehen des Ehewillens im Massnahmenverfahren überhaupt geklärt werden kann, in dem nur die rasch greifbaren Beweismittel abgenommen werden (z.B. Leuenberger, in: Praxiskommentar Scheidungsrecht, Basel 2000, N. 55 zu Art. 137 ZGB ); zur vergleichbaren Beurteilung der Scheidungsschuld ist das Massnahmengericht nämlich regelmässig ausserstande ( BGE 118 II 225 E. 2c/aa S. 226). Auf der Grundlage der Vorbringen des Beschwerdeführers erscheint es jedenfalls nicht als willkürlich, das Bestehen einer blossen Scheinehe zu verneinen. An Indizien steht lediglich fest, dass die Ehe zwar nur kurz gedauert hat, die Ehegatten sich jedoch bereits Jahre vor der Heirat gekannt haben, und dass die Beschwerdegegnerin zwar eine aussereheliche sexuelle Beziehung hatte, alle anderen Ehewidrigkeiten, namentlich eine gefühlsmässige Abwendung vom Beschwerdeführer, jedoch nur auf dessen - zudem bestrittenen - Behauptungen beruhen. Die Beweiswürdigung, eine Scheinehe und eine rechtsmissbräuchliche Erhebung von Unterhaltsansprüchen sei nicht glaubhaft, kann unter diesen Umständen nicht als willkürlich betrachtet werden ( Art. 9 BV ; BGE 129 I 8 E. 2.1 S. 9).

### **E. 2.3.3**

Unterhaltsbeiträge ganz oder teilweise zu verweigern, rechtfertigt sich nicht schon wegen bloss ehewidrigem Verhalten. Dazu genügt auch sexuelle Untreue nicht ( BGE 127 III 65 E. 2b S. 67; Gloor/Spycher, Basler Kommentar, 2002, N. 37 zu Art. 125 ZGB ), selbst wenn ein Kind aus der ausserehelichen Beziehung hervorgegangen ist (Schwenzer, im zit.

Praxiskommentar, N. 98 zu Art. 125 ZGB ). Mit Blick darauf hält die Rechtsanwendung der Willkürprüfung stand ( Art. 9 BV ; BGE 128 I 177 E. 2.1 S. 182 und 273 E. 2.1 S. 275).

### **E. 3**

Willkür erblickt der Beschwerdeführer ferner darin, dass das Obergericht eine Arbeitspflicht der Beschwerdegegnerin verneint habe. Diese hätte während der Schwangerschaft wie auch nach der Geburt ihrer Tochter sofort - nach Ablauf des Beschäftigungsverbots - eine Erwerbstätigkeit aufnehmen können und müssen.

#### **E. 3.1**

Der Beschwerdeführer und das Obergericht (E. 2 S. 6 f.) gehen einig, dass mit einer Wiederaufnahme des gemeinsamen Haushalts nicht mehr ernsthaft zu rechnen ist und die Parteien unausweichlich die Scheidung ihrer Ehe anstreben. Unter diesen Umständen sind für die Beantwortung der Frage, ob eine Erwerbstätigkeit wieder aufzunehmen oder auszudehnen ist, die für den nachehelichen Unterhalt geltenden Kriterien ( Art. 125 ZGB ) mit einzubeziehen ( BGE 128 III 65 Nr. 12, für Eheschutzmassnahmen gemäss Art. 176 Abs. 1 Ziffer 1 ZGB; Urteil des Bundesgerichts 5P.189/2002 vom 17. Juli 2002, E. 2, zusammengefasst in: FamPra.ch 2002 S. 836, für vorsorgliche Massnahmen gemäss Art. 137 ZGB ).

#### **E. 3.2**

Das Obergericht hat festgestellt, der Beschwerdegegnerin sei von ihrem Arbeitgeber am 23. Juli 2002 fristlos gekündigt worden. Seit dem 1. September 2002 beziehe sie Sozialhilfe. Es sei damit erstellt, dass die Beschwerdegegnerin zur Zeit über kein Erwerbseinkommen verfüge. Ein hypothetisches Einkommen müsse verneint werden, zumal es der Beschwerdegegnerin zur Zeit auf Grund ihrer Schwangerschaft unmöglich sein dürfte, im Gastgewerbe eine neue Anstellung zu finden (E. 4b S. 9 f.). Entgegen der Darstellung des Beschwerdeführers geht es nicht darum, dass während der Schwangerschaft gearbeitet werden kann und dass im Gastgewerbe ein grosser Bedarf an Arbeitskräften besteht, sondern um die Frage, ob es der im dritten Monat schwangeren Beschwerdegegnerin nach der Kündigung tatsächlich möglich gewesen wäre, im Gastgewerbe eine neue Anstellung zu finden ( BGE 128 III 4 E. 4a S. 5). Die Frage durfte unter Willkürgesichtspunkten verneint werden. Zum einen ist die Arbeit im Service körperlich anstrengend, so dass die Durchführung des Arbeitsvertrags mit einer Schwangeren unmöglich sein kann (vgl. das Urteil des Bundesgerichts vom 19. Januar 1983, in: JAR 1984 S. 95 f.). Zum anderen bedeutet der arbeitsrechtliche Schutz bei Schwangerschaft - z.B. Lohnfortzahlungspflicht ( Art. 324a Abs. 3 OR ), Kündigungsverbot ( Art. 336c Abs. 1 lit. c OR ) und Einschränkungen in der Beschäftigung (Art. 35 ff. des Arbeitsgesetzes, SR 822.11) - eine finanzielle Belastung des Arbeitgebers, die eine Anstellung bei bestehender Schwangerschaft erfahrungsgemäss erschwert (vgl. etwa die Botschaft zum Gleichstellungsgesetz, BBl. 1993 I 1248, S. 1296).

#### **E. 3.3**

Die Betreuung ihres Kindes dürfte die Beschwerdegegnerin zumindest in der ersten Zeit nach der Geburt an der Aufnahme einer Erwerbstätigkeit hindern (vgl. BGE 115 II 6 E. 3c S. 10; 128 III 65 E. 4a S. 68). Der Beschwerdeführer anerkennt dies dem Grundsatz nach, macht aber geltend, die verminderte Leistungsfähigkeit sei hier unbeachtlich, weil es sich um ein aussereheliches Kind handle. Das Obergericht hat gegenteilig entschieden und ist damit nicht in Willkür verfallen. Beitragsleistungen des Beschwerdeführers an das

angeblich aussereheliche Kind der Beschwerdegegnerin stehen hier nicht zur Diskussion. Es stellt sich vielmehr die Frage, ob der Beschwerdeführer indirekt die - durch die Geburt des Kindes eingetretene - Beeinträchtigung der Beschwerdegegnerin in ihrer Leistungsfähigkeit auszugleichen hat. Die Antwort ist in der Lehre umstritten, wie der Beschwerdeführer durch seinen Hinweis belegt, doch hat das Bundesgericht eine indirekte Beistandspflicht bejaht, die in Ausnahmefällen auch zur Folge haben kann, dass der Ehegatte des untreuen Ehepartners eine Erwerbstätigkeit aufnehmen oder eine bestehende Erwerbstätigkeit ausdehnen muss ( BGE 127 III 68 E. 3 S. 71 ff.). Unter Hinweis darauf hat das Bundesgericht mit - zur Veröffentlichung bestimmtem - Urteil vom 22. Mai 2003 (5P.470/2002) in einem Eheschutzverfahren entschieden, es sei nicht willkürlich, den Ehemann für eine gewisse Übergangszeit zu Unterhaltsleistungen an die Ehefrau zu verpflichten, die durch die Geburt eines ausserehelich gezeugten Kindes an der Aufnahme einer Erwerbstätigkeit gehindert werde (E. 2.2). Im beurteilten Fall war eine Übergangsfrist von vier Monaten unter Willkür Gesichtspunkten nicht zu beanstanden. Dasselbe kann auch vorliegend gelten, wo es um die Unterhaltspflicht für die nur kurze Dauer des Scheidungsverfahrens gegangen ist. Da sich das Obergericht an die bundesgerichtliche Rechtsprechung gehalten hat, kann von Willkür keine Rede sein ( Art. 9 BV ; BGE 118 Ia 8 E. 2c S. 13; 119 II 426 E. 2b S. 429).

#### **E. 4**

Eventualiter erhebt der Beschwerdeführer auch Rügen gegen die Berücksichtigung allfälliger Ansprüche, die der Beschwerdegegnerin aus der Kündigung des Arbeitsvertrags zustehen sollen. Das Obergericht hat diesbezüglich ein bedingtes Leistungsurteil gefällt und die Beschwerdegegnerin dazu verpflichtet, allfällige Lohnzahlungen oder Versicherungsleistungen teilweise an den Beschwerdeführer zu bezahlen (E. 4f S. 11 f.). Vorweg ist festzuhalten, dass das Obergericht nicht angenommen hat, wie der Beschwerdeführer behauptet, derartige Ansprüche würden die Beschwerdegegnerin von einer eigenen Erwerbstätigkeit befreien. Das Obergericht hat aus anderen Gründen dafürgehalten, die Beschwerdegegnerin müsse sich zur Zeit kein Einkommen anrechnen lassen (E. 3 hiervor).

Der Beschwerdeführer rügt die obergerichtliche Feststellung als aktenwidrig, dass zum heutigen Zeitpunkt völlig unbekannt sei, ob die Beschwerdegegnerin von ihrem vormaligen Arbeitgeber einen Anspruch aus Arbeitsvertrag habe und wie hoch dieser sei (E. 4b S. 10). Die vom Beschwerdeführer angegebenen Stellen belegen indessen nichts Abweichendes. In der Klageantwort heisst es dazu lediglich, dass die fristlose Kündigung ungerechtfertigt sei und entsprechende Schritte eingeleitet worden seien (S. 7), und aus der Beschwerdeschrift an das Obergericht ergibt sich kein Zugeständnis der Beschwerdegegnerin, dass ihr Ersatzanspruch Fr. 40'000.-- betrage, sondern lediglich, dass sie eine Forderung etwa in dieser Höhe im arbeitsgerichtlichen Verfahren geltend machen wolle (S. 4). Die Aktenwidrigkeitsrüge des Beschwerdeführers ist unbegründet.

Ob arbeitsvertragliche Ansprüche jemals zuerkannt werden und ob es zu einer Ausgleichszahlung an den Beschwerdeführer kommen mag, ist unter den gegebenen Umständen offen. Die obergerichtliche Anordnung einer in diesem Punkt bedingten Zahlungspflicht der Beschwerdegegnerin erscheint deshalb nicht als willkürlich. Nicht ersichtlich ist, was der Beschwerdeführer aus der Subsidiarität der Sozialhilfeleistungen gegenüber seiner eherechtlichen Unterhaltspflicht ableiten will. Die obergerichtliche Anordnung trägt auch der Eventualität Rechnung, dass sich die Sozialhilfebehörden aus

allfälligen Lohn- oder Entschädigungsansprüchen für ihre Hilfeleistungen vorweg bezahlt machen sollten.

#### **E. 5**

Die staatsrechtliche Beschwerde bleibt aus den dargelegten Gründen ohne Erfolg. Der unterliegende Beschwerdeführer wird kostenpflichtig ( Art. 156 Abs. 1 OG ). Seinem Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege kann entsprochen werden ( Art. 152 OG ).

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