

# **BGer 5P.463/2005 vom 20. März 2006**

Bundesgericht, 2006-03-20, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5P.463\\_2005](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5P.463_2005)

FR: TF 5P.463/2005 du 20 mars 2006

IT: TF 5P.463/2005 del 20 marzo 2006

## **Regeste**

Art. 9 BV (vorsorgliche Massnahmen in Scheidungsprozess | Familienrecht)

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Die staatsrechtliche Beschwerde ist ein ausserordentliches Rechtsmittel, das nicht einfach den vorangegangenen kantonalen Prozess fortführt, sondern ein selbstständiges staatsgerichtliches Verfahren zur Kontrolle kantonalen Hoheitsakte unter dem spezifischen Aspekt ihrer Verfassungsmässigkeit eröffnet ( BGE 126 I 43 E. 1c S. 46). Aus ihrer Rechtsnatur folgt, dass für den Entscheid des Bundesgerichts - hier nicht zutreffende Ausnahmen vorbehalten - die Sach- und Rechtslage massgebend ist, wie sie im Zeitpunkt des angefochtenen Entscheids bestanden hat ( BGE 131 I 291 E. 2.7.1 S. 302). Auch ausnahmsweise zulässige neue Vorbringen dürfen sich nur auf Tatsachen bzw. Rechtssätze beziehen, die bereits in jenem Zeitpunkt vorhanden gewesen bzw. in Kraft gestanden sind (Kälin, Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde, 2.A. Bern 1994, S. 370 bei/in Anm. 156 mit Hinweisen). Für das Urteil im Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde kann es somit keine Rolle spielen, ob der Beschwerdeführer heute in Untersuchungshaft ist oder bleibt oder künftig eine unbedingte Freiheitsstrafe vorzeitig antreten wird. Das Sistierungsgesuch ist deshalb abzuweisen. Die Beschwerdeschrift muss die wesentlichen Tatsachen und eine kurz gefasste Darlegung darüber enthalten, welche verfassungsmässigen Rechte bzw. welche Rechtssätze und inwiefern sie durch den angefochtenen Entscheid verletzt worden sind ( Art. 90 Abs. 1 lit. b OG ). Das Bundesgericht prüft im Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde nur klar und detailliert erhobene und, soweit möglich, belegte Rügen. Auf rein appellatorische Kritik am angefochtenen Entscheid tritt es nicht ein. Macht der Beschwerdeführer - wie hier zur Hauptsache - eine Verletzung des Willkürverbots geltend, muss er anhand der angefochtenen Subsumtion im Einzelnen darlegen, inwiefern der Entscheid an einem qualifizierten und offensichtlichen Mangel leidet ( BGE 130 I 258 E. 1.3 S. 261 f.). Die Begründungsanforderungen und weitere formelle Einzelfragen werden im Sachzusammenhang zu erörtern sein. Auf die staatsrechtliche Beschwerde kann grundsätzlich eingetreten werden.

### **E. 2**

Eine Rechtsverweigerung erblickt der Beschwerdeführer darin, dass das Obergericht den vor ihm angefochtenen Massnahmenentscheid nicht frei, sondern gestützt auf eine sog. "Ohne-Not-Praxis" nur beschränkt überprüft habe (z.B. S. 10 f. der Beschwerdeschrift).

### **E. 2.1**

Die "Ohne-Not-Praxis" in Appellationsverfahren betreffend Entscheide über vorsorgliche Massnahmen während des Scheidungsverfahrens ist in der Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins und damit im Organ für Rechtspflege und Gesetzgebung unter anderem des Kantons Bern veröffentlicht (ZBJV 123/1987 S. 236 f.). Ihre Anwendung darf den bereits vor Obergericht anwaltlich vertretenen Beschwerdeführer somit nicht überrascht haben. Unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten ist deshalb allein zu prüfen, ob die "Ohne-Not-Praxis" bedeutet, dass das Obergericht erstinstanzliche Massnahmenentscheide nur beschränkt überprüft, obwohl es sie von Gesetzes wegen frei überprüfen müsste.

## **E. 2.2**

Nach der Zivilprozessordnung für den Kanton Bern entscheidet der Instruktionsrichter bzw. der Gerichtspräsident über vorsorgliche Massnahmen während des Scheidungsprozesses (Art. 8) im summarischen Verfahren (Art. 322 Abs. 2). Sein Entscheid kann mit Appellation angefochten werden (Art. 336 Abs. 2). Der Nachprüfung des Appellationshofes unterliegt das gesamte Verfahren vor erster Instanz, soweit es der Prüfung des Appellationshofes nicht ausdrücklich durch gesetzliche Bestimmung entzogen ist (Art. 333 Abs. 2). Die Appellation in Summarsachen kennt gewisse Sondervorschriften (z.B. Art. 336a, Art. 339 Abs. 3, Art. 341 und vorab Art. 355 ZPO /BE), aber keine gesetzliche Bestimmung, die die freie Überprüfungsbefugnis des Appellationshofes einschränkte. Eine gesetzeswidrige Einschränkung der Überprüfungsbefugnis kann eine Verletzung des rechtlichen Gehörs bzw. eine formelle Rechtsverweigerung bedeuten ( BGE 131 II 271 E. 11.7.1 S. 303). Die Praxis hat indessen anerkannt, dass der Rechtsmittelbehörde, der nach der gesetzlichen Ordnung freie Kognition zukommt, eine zurückhaltende Überprüfung geboten sein kann, wo die Natur der Streitsache einer unbeschränkten Nachprüfung des angefochtenen Entscheids entgegensteht. Die Voraussetzung ist namentlich erfüllt, wenn örtliche, persönliche oder technische Verhältnisse zu beurteilen sind, die die Erstinstanz auf Grund ihrer Nähe zur Sache und ihrer Fachkenntnis in der Regel besser kennt und überblickt ( BGE 115 Ia 5 E. 2b S. 6; 131 II 680 E. 2.3.2 S. 683; vgl. dazu Kälin, a.a.O., S. 202 ff.; Poudret/Sandoz-Monod, Commentaire de la loi fédérale d'organisation judiciaire, II, Bern 1990, N. 1.3.3 zu Art. 43 und N. 3.7 zu Art. 63 OG ). Die Rechtsmittelbehörde darf der Erstinstanz in diesen Bereichen einen gewissen Beurteilungsspielraum zugestehen und sich darauf beschränken, in derartige Ermessensentscheide nur einzugreifen, wenn dazu hinreichender Anlass besteht. Trotz freier Prüfungsbefugnis ist sie nicht gehalten, ihr Ermessen an die Stelle desjenigen der Erstinstanz zu setzen (Honsell, Basler Kommentar, 2002, N. 16 f., und Hausheer/Jaun, Die Einleitungsartikel des ZGB, Bern 2003, N. 25, je zu Art. 4 ZGB ; vgl. auch Deschenaux, Der Einleitungstitel, SPR II, Basel 1967, § 16/VII S. 142). Auf diese Überlegungen hat das Obergericht seine Zurückhaltung im Sinne der "Ohne-Not-Praxis" gestützt und dafürgehalten, es weiche nicht ohne Notwendigkeit von den Erkenntnissen der Vorinstanz ab, da diese die konkreten örtlichen und persönlichen Verhältnisse besser kenne (E. 6 S. 3 des angefochtenen Entscheids). Massnahmen gemäss Art. 137 ZGB beruhen auf gerichtlichem Ermessen ( BGE 123 III 1 E. 3a S. 3; Schwenger, FamKommentar Scheidung, Bern 2005, N. 13 zu Art. 137 ZGB ). Unter diesen Umständen kann es keine Rechtsverweigerung bedeuten, dass es das Obergericht abgelehnt hat, einen vertretbaren Massnahmenentscheid durch einen anderen zu ersetzen. Ob es den erstinstanzlichen Entscheid dabei hat als vertretbar ansehen dürfen, ist eine Frage der Sachprüfung (E. 3 hiernach). Im Zusammenhang mit den Verfahrensgarantien genügt es, als Grundsatz zu bestätigen, dass eine zurückhaltende Überprüfung trotz freier Prüfungsbefugnis unter den gegebenen Voraussetzungen keine Verletzung des rechtlichen

Gehörs bzw. formelle Rechtsverweigerung bedeutet.

### **E. 2.3**

Nach dem Gesagten bestehen sachliche Gründe für eine zurückhaltende Überprüfung erstinstanzlicher Massnahmenentscheide durch die Rechtsmittelbehörde. Es ist deshalb auch Willkür in der Anwendung kantonalen Prozessrechts zu verneinen ( Art. 9 BV ; vgl. zum Begriff: BGE 131 I 57 E. 2 S. 61 und 217 E. 2.1 S. 219).

### **E. 3**

In der Sache erhebt der Beschwerdeführer folgende Rügen:

#### **E. 3.1**

Der Beschwerdeführer hat die Obhutsuteilung ausdrücklich nicht angefochten, erhebt dagegen aber trotzdem Verfassungsfragen (z.B. S. 11 f. der Beschwerdeschrift). Darauf ist nicht einzutreten, zumal an der Beurteilung der Rügen mangels gleichlaufenden Antrags kein rechtlich schutzwürdiges Interesse bestehen kann ( Art. 88 OG ; BGE 127 III 41 E. 2b S. 42 ; 131 I 153 E. 1.2 S. 157).

#### **E. 3.2**

Zu den Unterhaltsbeiträgen für die Beschwerdegegnerin und für die Tochter hat das Obergericht festgehalten, die Einwände seien offenkundig unbegründet, soweit sie die Zeit vor der Inhaftierung betreffen. Im Übrigen könne bis auf weiteres von einem bestehenden Arbeitsverhältnis ausgegangen werden. Eine Sistierung des Massnahmenverfahrens bis zum Abschluss der Strafuntersuchung sei mit dem Charakter des Summarverfahrens nicht vereinbar. Sollte der Beschwerdeführer auf Grund seiner Inhaftierung die Arbeitsstelle verlieren bzw. tatsächlich eine längere Freiheitsstrafe verbüssen müssen, könne er die Abänderung der Unterhaltsbeiträge verlangen. Vorderhand jedoch habe der Beschwerdeführer weder behauptet noch belegt, dass er kein Einkommen mehr erziele, noch habe er konkrete Angaben dazu gemacht, warum eine unbedingte Freiheitsstrafe in Aussicht stehe (E. 8 S. 5 des angefochtenen Entscheids). Der Beschwerdeführer rügt vorab eine Verweigerung des rechtlichen Gehörs, weil das Obergericht trotz Geltung der *Offizialmaxime* den massgebenden Sachverhalt nicht von Amtes wegen abgeklärt habe (z.B. S. 9 und S. 13 ff. der Beschwerdeschrift). Er übersieht indessen, dass namentlich in Unterhaltsfragen die kraft Kindesrechts geltende Untersuchungsmaxime durch die Mitwirkungspflicht der Parteien eingeschränkt ist ( BGE 128 III 411 E. 3.2.1 S. 413; für das kantonale Recht: Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 5.A. Bern 2000, N. 4b zu Art. 89 ZPO /BE). Der Beschwerdeführer ist während der Ehe einer Erwerbstätigkeit nachgegangen und hat ab 1. Februar 2005 wieder ein regelmässiges Einkommen erzielt. Wenn er einen während des Verfahrens neu eingetretenen Verlust der Arbeitsstelle geltend machen will, hat er diesen Sachverhalt zu behaupten und auch zu belegen, soweit ihm das im Rahmen seiner Mitwirkungspflicht möglich ist. Anlass, Möglichkeit und Gelegenheit hätte der Beschwerdeführer dazu im kantonalen Verfahren offenkundig gehabt, wie seine Vorbringen das verdeutlichen. Dem Obergericht kann weder eine Verweigerung des rechtlichen Gehörs noch eine Verletzung der Untersuchungsmaxime vorgeworfen werden, wenn es angenommen hat, es sei trotz Eröffnung einer Strafuntersuchung gegen den Beschwerdeführer von einem fortbestehenden Arbeitsverhältnis auszugehen, zumal der Beschwerdeführer nicht behauptete, geschweige denn belege, er erziele auf längere Sicht kein Erwerbseinkommen mehr. Soweit er seine Versäumnisse im kantonalen Verfahren heute zu beheben versucht, kann darauf

nicht eingetreten werden. Seine Bestätigung des Arbeitgebers (Beschwerde-Beilage Nr. 4) ist neu und unter den gezeigten Umständen unzulässig ( BGE 129 I 49 E. 3 S. 57). In der Sache kann der angefochtene Unterhaltsentscheid nicht als willkürlich beanstandet werden. Diesbezüglich erhebt der Beschwerdeführer praktisch keine formell genügend begründeten Rügen (vgl. S. 13 ff. der Beschwerdeschrift). Zur Unterhaltsbemessung für die Zeit zwischen 1. Mai 2004 und und 31. August 2005 bringt er nichts vor, so dass der angefochtene Entscheid schon deshalb nicht aufgehoben werden kann. Für die Zeit danach will der Beschwerdeführer nachholen, was er in Verletzung der ihm obliegenden Mitwirkungspflicht vor Obergericht versäumt hat. Darauf kann - wie soeben dargelegt - nicht eingegangen werden. Im Übrigen ist die Erklärung der Arbeitgeberin, dass sie tatsächlich keinen Lohn mehr bezahlt, kein Beleg dafür, dass sie auch rechtlich zu keinen Lohnzahlungen verpflichtet ist. Da der Beschwerdeführer offenbar schon während längerer Zeit in der Schweiz gearbeitet hat, stellte sich zudem die Frage nach allfälligen Arbeitslosentaggeldern. Auch darüber hätte er kurzfristig Aufschluss erteilen können und müssen. Ist im Zeitpunkt des angefochtenen Entscheids aber nicht festgestanden, ob und wie lange die angebliche Einkommenseinbusse sich auswirken wird, so durfte angesichts der im Massnahmenverfahren recht grosszügigen Abänderungsmöglichkeiten auf die momentanen Einkommensverhältnisse abgestellt werden (vgl. Hausheer/Spycher, Handbuch des Unterhaltsrechts, Bern 1997, N. 01.37 S. 43). Inwiefern das Obergericht das ihm zustehende Ermessen willkürlich ausgeübt haben könnte, ist auf Grund der Vorbringen des Beschwerdeführers gesamthaft weder ersichtlich noch dargetan ( Art. 9 BV ; vgl. zum Begriff: BGE 109 Ia 107 E. 2c S. 109; 126 III 8 E. 3c S. 10).

### **E. 3.3**

Eine Verletzung seiner Ansprüche auf ein gerechtes Gerichtsverfahren und auf rechtliches Gehör ( Art. 29 Abs. 1 und 2 BV ) erblickt der Beschwerdeführer im obergerichtlichen Nichteintreten auf sein Begehren, es sei gerichtlich festzustellen, dass die Beschwerdegegnerin den gemeinsamen Haushalt Ende Februar 2004 mit den beiden Kindern verlassen hat und damit die eheliche Gemeinschaft de facto und de jure aufgehoben worden ist (z.B. S. 15 der Beschwerdeschrift). Der Anspruch auf ein faires Verfahren im weitesten Sinne schliesst formelle Verfahrensvorschriften nicht aus, solange sie berechtigten Zwecken dienen, wie das auf das Erfordernis eines schutzwürdigen Interesses an der Beurteilung einer Beschwerde oder eines Begehrens zutrifft ( BGE 131 II 169 E. 2.2.3 S. 173 f.). Im vorliegenden Verfahren sind sich die Parteien über den Zeitpunkt ihrer Trennung und über ihren Scheidungswillen einig. Insoweit ist die Rechtsfolge unbestritten, so dass an einer Feststellung des Getrenntlebens nach allgemeinen Prozessgrundsätzen mangels Ungewissheit der Rechtsbeziehung kein schutzwürdiges Interesse besteht ( BGE 131 III 319 E. 3.5 S. 324 f. und 345 E. 4.2 S. 357). Bezogen auf eherechtliche Verfahren mag es zwar Fälle geben, wo die gerichtliche Feststellung des berechtigten Getrenntlebens nicht zu umgehen ist (vgl. Hausheer/Reusser/Geiser, Berner Kommentar, 1999, N. 6a zu Art. 175 ZGB ). Den Beginn des Getrenntlebens im Massnahmenverfahren gerichtlich feststellen zu lassen, besteht indessen namentlich mit Blick auf die Trennungsfrist gemäss Art. 114 ZGB kein Anlass. Die Feststellung dieses Zeitpunkts erfolgte in einem Summarverfahren auf einer bloss glaubhaft gemachten Anspruchsgrundlage und könnte deshalb das endgültig entscheidende Scheidungsgericht ohnehin nicht binden (vgl. Vetterli, im zit. FamKommentar, N. 5 zu Art. 175 ZGB , mit Hinweis auf die kantonale Praxis in ZR 102/2003 Nr. 13 S. 64). Mit seinen Vorbringen vermag der Beschwerdeführer die Verfassungswidrigkeit des Nichteintretensentscheids

nicht darzutun. Soweit er sein Feststellungsbegehren vor Bundesgericht erneuert, kann darauf in Anbetracht der - hier nicht zutreffende Ausnahmen vorbehalten - kassatorischen Natur der staatsrechtlichen Beschwerde nicht eingetreten werden ( BGE 124 I 327 E. 4 S. 332 ff.). Die staatsrechtliche Beschwerde bleibt in der Sache erfolglos.

#### **E. 4**

Der Beschwerdeführer wendet sich schliesslich gegen das Honorar für die amtliche Prozessvertretung. Er rügt, das Obergericht habe das Honorar in Verletzung seines Anspruchs auf rechtliches Gehör und mit Fr. 800.-- zu niedrig festgesetzt (S. 16 ff. der Beschwerdeschrift).

##### **E. 4.1**

Es ist nicht ersichtlich, inwiefern der Beschwerdeführer persönlich durch eine zu niedrige Festsetzung des Honorars für seinen amtlichen Prozessvertreter in seinen Rechten verletzt sein könnte ( Art. 88 OG ). Im Streit um die Höhe des ihm zuerkannten Honorars kommt dem unentgeltlichen Rechtsbeistand Parteistellung zu ( BGE 131 V 153 E. 1 S. 155), hingegen nicht dem unentgeltlich Verbeiständeten, wenn das Honorar - wie hier - zu niedrig festgesetzt worden sein soll (gl.M. Sterchi, Kommentar zum bernischen Fürsprecher-Gesetz, Bern 1992, N. 3 zu Art. 19 im Anhang 2).

##### **E. 4.2**

Nach Art. 65 ZPO haben die Parteien dem Gericht vor dem Urteil für ihre Kostenforderung ein spezifiziertes Verzeichnis einzureichen, welches unter anderem die beanspruchten Anwaltsgebühren und Parteientschädigungen anführt. Reicht eine Partei kein Kostenverzeichnis ein, so setzt das Gericht die Kostenforderung entsprechend seiner auf Grund der Akten erfolgenden Schätzung des Aufwandes und Ermittlung der Auslagen fest. Insoweit besteht keine Pflicht zur Einreichung eines Kostenverzeichnisses (Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi, a.a.O., N. 1 zu Art. 65 ZPO ). Entgegen seiner Darstellung hätte der Prozessvertreter des Beschwerdeführers ausreichend Zeit und Gelegenheit gehabt, dem Obergericht ein Kostenverzeichnis einzureichen, hat er doch vierzehn Tage nach der Appellation vom 12. Oktober 2005 noch seine Vollmacht zu Händen des Obergerichts hinterlegt (act. 173). Anschliessend ist eine Stellungnahme zur Appellation eingeholt und alsdann erst am 25. November 2005 entschieden worden. Der Prozessvertreter hat somit trotz bestehender Möglichkeit kein Kostenverzeichnis hinterlegt. Seine Verfahrensrüge ist unter diesen Umständen unberechtigt, weil sich grundsätzlich nur auf eine Gehörsverletzung berufen kann, wer von seinen prozessualen Möglichkeiten in geeigneter Weise Gebrauch gemacht hat (vgl. BGE 125 V 373 E. 2a/bb S. 375; Urteil des Bundesgerichts 5P.431/2003 vom 13. Januar 2004, E. 1, in: Praxis 2004 Nr. 109 S. 611). Sein heute nachgereichtes Kostenverzeichnis (Beschwerde-Beilage Nr. 5) ist neu und darf unter den gezeigten Umständen nicht berücksichtigt werden ( BGE 129 I 49 E. 3 S. 57).

##### **E. 4.3**

Die sachliche Unangemessenheit seines Honorars begründet der Prozessvertreter des Beschwerdeführers einzig mit einem Hinweis auf sein Kostenverzeichnis, das er dem Obergericht hätte einreichen können und müssen (E. 4.2 soeben). Die Rüge bleibt erfolglos.

#### **E. 5**

Aus den dargelegten Gründen muss die staatsrechtliche Beschwerde abgewiesen werden, soweit darauf einzutreten ist. Der Beschwerdeführer wird damit kostenpflichtig ( Art. 156

Abs. 1 OG ). Die vorstehenden Erwägungen, wonach die Vorbringen des Beschwerdeführers zur Hauptsache unzulässig und für den Rest unbegründet sind, verdeutlichen, dass die gestellten Rechtsbegehren von Beginn an keinen Erfolg haben konnten. Das Gesuch des Beschwerdeführers um unentgeltliche Rechtspflege muss deshalb abgewiesen werden ( Art. 152 OG ).

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