Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
5C.92/2004 /rov

Urteil vom 1. Juli 2004
II. Zivilabteilung

Besetzung
Bundesrichter Raselli, Präsident,
Bundesrichterin Escher, Bundesrichter Meyer,
Gerichtsschreiber von Roten.

Parteien
B._____ (Ehefrau),
Beschwerdeführerin, vertreten durch Rechtsanwältin Claudia Zumtaugwald,

gegen

K._____ (Ehemann),
Beschwerdegegner, vertreten durch Rechtsanwalt Oswald Rohner,

Gegenstand
Art. 68 Abs. 1 lit. e OG (vorsorgliche Massnahmen während des Scheidungsverfahrens),

Zivilrechtliche Nichtigkeitsbeschwerde gegen den Beschluss des Kantonsgerichts des Kantons Schwyz, 1. Rekurskammer, vom 8. März 2004.

Sachverhalt:
A.
Die Parteien heirateten am 6. Oktober 1995 vor dem Zivilstandsamt Reichenburg (Schwyz). Aus ihrer Ehe ging am 9. März 1996 das Kind S._____ hervor.
B.
Seit Oktober/November 2001 ist auf Gesuch der Ehefrau B._____ im Kanton Luzern ein Eheschutzverfahren hängig. Das Amtsgericht unterstellte das Kind S._____ am 18. März 2002 vorsorglich unter die elterliche Obhut der Kindsmutter und regelte das Besuchsrecht des Kindsvaters. Drei Tage nach dieser dringlichen Anordnung machte der Ehemann im Kanton Schwyz die Scheidungsklage rechtshängig und stellte ein Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen während des Scheidungsverfahrens. Die Luzerner Gerichte und zuletzt das Bundesgericht mussten in der Folge über die Zuständigkeiten des Eheschutz- und des Scheidungsgerichts für Massnahmen zur Regelung des Getrenntlebens entscheiden (vgl. BGE 129 III 60 Nr. 10). Im Eheschutzverfahren bestätigte das Amtsgericht mit Entscheid vom 6. Januar 2003 die Obhutszuteilung an die Kindsmutter und regelte die weiteren Belange des Getrenntlebens, namentlich die Unterhaltspflichten des Ehemannes gegenüber seinem Sohn und der Ehefrau. Ein Rekurs des Ehemannes dagegen ist vor Obergericht des Kantons Luzern noch hängig.
C.
Am 29. Januar 2003 teilte der Einzelrichter des Bezirkes March (Kanton Schwyz), bei dem der Scheidungsprozess seit 21. März 2002 rechtshängig ist, die Obhut über das Kind S._____ superprovisorisch dem Ehemann zu. Die Massnahme konnte im Kanton Bern, wo das Kind mit seiner Mutter lebte, gerichtlich vollstreckt werden. Am 27. März 2003 wurde das Kind wieder zu seinem Vater gebracht (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5P.149/2003 vom 27. Mai 2003).
D.
Am 2. bzw. 10. Juli 2003 traf der Einzelrichter des Bezirkes March die nötigen vorsorglichen Massnahmen

für die Dauer des Scheidungsprozesses, bestätigte dabei die superprovisorische Obhutszuteilung an den Ehemann, regelte das Besuchsrecht und verpflichtete die Ehefrau zur Zahlung von Kinderunterhaltsbeiträgen mit Wirkung ab 1. April 2003. Er verpflichtete den Ehemann, seiner Ehefrau Unterhaltsbeiträge mit Wirkung ab 1. April 2002 sowie einen Prozesskostenvorschuss zu zahlen. Beide Ehegatten fochten die Massnahmenverfügung an, was die Verpflichtung zu Geldzahlungen angeht. Das Kantonsgericht Schwyz wies den Rekurs der Ehefrau ab, soweit darauf einzutreten war, und trat auf ihren Anschlussrekurs nicht ein. In teilweiser Gutheissung des Rekurses des Ehemannes hob es seine Pflicht zu Unterhaltszahlungen an die Ehefrau auf, legte den Beginn der Unterhaltspflicht der Ehefrau gegenüber dem Kind rückwirkend auf den 1. Mai 2002 fest und wies die Sache zur Neubeurteilung der Prozesskostenvorschusspflicht des Ehemannes an den Einzelrichter zurück. Es auferlegte der Ehefrau eine ausserrechtliche Entschädigung an den Ehemann und entsprach ihrem Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege (Beschluss vom 8. März 2004).

E.

Mit staatsrechtlicher Beschwerde und zivilrechtlicher Nichtigkeitsbeschwerde beantragt die Ehefrau dem Bundesgericht, den Beschluss vom 8. März 2004 aufzuheben, soweit das Kantonsgericht den Rekurs des Ehemannes betreffend Ehegatten- und Kindesunterhalt teilweise gutgeheissen hat, auf ihren Anschlussrekurs nicht eingetreten ist und sie zu einer Prozessentschädigung an ihren Ehemann verpflichtet hat. Sie stellt Gesuche um aufschiebende Wirkung und unentgeltliche Rechtspflege. Das Kantonsgericht hat auf eine Stellungnahme zum Gesuch um aufschiebende Wirkung verzichtet. Der Ehemann schliesst auf Abweisung des Gesuchs, soweit darauf eingetreten werden könne. In der Sache sind keine Vernehmlassungen eingeholt worden. Dem Gesuch um aufschiebende Wirkung ist mit Bezug auf die ab Mai 2002 bis und mit Mai 2004 geschuldeten Kinderunterhaltsbeiträge - "zur Aufrechterhaltung des Zustandes während der bundesgerichtlichen Verfahren" - für beide Rechtsmittel entsprochen worden (Präsidialverfügung vom 24. Mai 2004).

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.

In ihrer Eingabe unterscheidet die Beschwerdeführerin die Verletzung bundesrechtlicher Zuständigkeitsvorschriften (S. 8 ff.), die mit der zivilrechtlichen Nichtigkeitsbeschwerde geltend zu machen ist (Art. 68 Abs. 1 lit. e OG), und die Verfassungsrügen in der Sache und gegen das Verfahren (S. 12. ff.), die mit der staatsrechtlichen Beschwerde zu erheben sind (Art. 84 Abs. 1 lit. a OG). Die beiden Rechtsmittel werden insoweit klar getrennt begründet und genügen auch - von Einzelfragen abgesehen - den jeweiligen formellen Anforderungen. Die Verbindung von staatsrechtlicher Beschwerde und zivilrechtlicher Nichtigkeitsbeschwerde in einer einzigen Eingabe ist unter diesen Umständen ausnahmsweise zuzulassen (BGE 113 III 120 E. 1 S. 121; Messmer/ Imboden, Die eidgenössischen Rechtsmittel in Zivilsachen, Zürich 1992, S. 30 bei/in Anm. 15). Die Beschwerdeführerin empfiehlt, in einem Urteil über beide Rechtsmittel zu entscheiden. Die Vereinigung mehrerer Verfahren erst vor Bundesgericht und deren Erledigung in einem Entscheid ist nicht üblich, kann sich aber im Einzelfall als zweckmässig erweisen (Messmer/Imboden, a.a.O., S. 31 bei/in Anm. 16). Dies ist etwa dann der Fall, wenn mit der zivilrechtlichen Nichtigkeitsbeschwerde und der
staatsrechtlichen Beschwerde die gleichen Rügen erhoben werden (z.B. BGE 119 II 190 Nr. 38). Die Erledigung in einem Entscheid ist hingegen nicht zweckmässig, wenn Zuständigkeitsfragen (zivilrechtliche Nichtigkeitsbeschwerde) und Sachfragen (staatsrechtliche Beschwerde) zu beantworten sind. Dannzumal stimmt die für den Entscheid wesentliche Grundlage in rechtlicher, tatsächlicher und verfahrensmässiger Hinsicht regelmässig nicht überein. Der Entscheid in der Sache setzt zudem jenen über die Zuständigkeit voraus. Es ist deshalb in getrennten Verfahren zu entscheiden und dabei die zivilrechtliche Nichtigkeitsbeschwerde betreffend Zuständigkeit ausnahmsweise vor der staatsrechtlichen Beschwerde zu erledigen (Art. 57 Abs. 5 i.V.m. Art. 74 OG; BGE 118 II 521 E. 1 S. 523).

2.

Mit ihrer zivilrechtlichen Nichtigkeitsbeschwerde macht die Beschwerdeführerin geltend, die Rechtskraft des Entscheids im Eheschutzverfahren sei abzuwarten, bevor das Scheidungsgericht einen davon abweichenden Entscheid im Verfahren vorsorglicher Massnahmen während des Scheidungsverfahrens treffen dürfe. Sie wendet eine Verletzung von Vorschriften über die Zuständigkeit ein (S. 4 Ziff. 3) und rügt, das Kantonsgericht habe die sich aus BGE 129 III 60 Nr. 10 ergebenden Grundsätze nicht richtig bzw. überhaupt nicht angewendet (S. 8-12 Ziff. 14-20 der Beschwerdeschrift).

2.1 In BGE 129 III 60 Nr. 10 hat das Bundesgericht mit Bezug auf die Zuteilung der elterlichen Obhut festge-

halten, dass die entsprechende Anordnung des Eheschutzgerichts mit der Rechtshängigkeit der Scheidung nicht einfach dahin fällt, solange das Scheidungsgericht keine andere Regelung trifft (E. 4.1 S. 64), d.h. solange die Anordnungen des Eheschutzgerichts nicht durch vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 137 Abs. 2 ZGB abgeändert werden (E. 2 S. 61). Mit Bezug auf die Unterhaltsfrage hat das Bundesgericht in BGE 129 III 60 Nr. 10 festgehalten, dass dafür das Eheschutzgericht zuständig bleibt, soweit es um die Zeit vor der Rechtshängigkeit der Scheidung geht, und dass sein Entscheid darüber hinauswirkt, bis das Scheidungsgericht etwas anderes verfügt (E. 4.2 S. 64). Die Massnahme des Scheidungsgerichts darf nicht in die Zeit vor Rechtshängigkeit der Scheidung zurückwirken, wenn ein Eheschutzverfahren durchgeführt worden ist oder noch hängig ist (E. 3 S. 63).
2.2 Die Beschwerdeführerin schliesst aus den bundesgerichtlichen Leitsätzen, dass das Scheidungsgericht Eheschutzmassnahmen nur an veränderte Verhältnisse anpassen und deshalb nicht in ein hängiges Eheschutzverfahren eingreifen darf, sondern dessen rechtskräftigen Abschluss abwarten muss, bevor es (abändernde) vorsorgliche Massnahmen trifft. Die Richtigkeit dieser Auffassung kann letztlich dahingestellt bleiben. Die Verfahrenslage zeigt sich im vorliegenden Fall völlig anders.
2.2.1 Die Beschwerdeführerin hat die vorsorgliche Obhutszuteilung des Einzelrichters, den sie heute als nicht zuständig bezeichnet, vor Kantonsgericht nicht angefochten, sondern offenbar akzeptiert, dass ihr Sohn für die Dauer des Scheidungsprozesses unter der Obhut des Beschwerdegegners bleibt. Die Beschwerdeführerin verzichtet auch im vorliegenden Verfahren darauf, die Obhutszuteilung förmlich anzufechten, wiewohl ein entsprechender Aufhebungsantrag in Kindesbelangen nicht von vornherein unzulässig gewesen wäre (vgl. Poudret/Sandoz-Monod, Commentaire de la loi fédérale d'organisation judiciaire, II, Bern 1990, N, 2, je zu Art. 71 und Art. 74 OG).
2.2.2 Mangels Anfechtung der Obhutszuteilung im kantonalen und bundesgerichtlichen Rechtsmittelverfahren ist eine (ungewöhnliche) Verfahrenslage eingetreten, die die Beurteilung der Zuständigkeit präjudiziert und zu folgenden Schlüssen zwingt:

Was die Zuteilung der elterlichen Obhut angeht, sind die Einwände der Beschwerdeführerin unzulässig. Wird die Aufhebung oder Abänderung der Obhutszuteilung in keinem Rechtsmittelverfahren gefordert, so fehlt der Beschwerdeführerin das schutzwürdige Interesse an der Beurteilung ihrer Rüge, das Scheidungsgericht sei für die Obhutszuteilung nicht zuständig gewesen. Das Bundesgericht kann nicht darüber hinwegsehen, dass die Beschwerdeführerin die Obhutszuteilung an den Beschwerdegegner während des Scheidungsverfahrens offenbar akzeptiert hat. Eine Aufhebung mangels Zuständigkeit fällt damit ausser Betracht (BGE 107 II 504 E. 3 S. 506; Urteil des Bundesgerichts 5C.10/2003 vom 18. Februar 2003, E. 2).

Die Zuteilung der Kinder beantwortet nicht nur die Frage, welcher Elternteil dem andern Kinderunterhaltsbeiträge bezahlen muss (Art. 133 Abs. 1 ZGB). Sie ist mitentscheidend dafür, ob, in welcher Höhe und wie lange die Ehegatten einander Unterhalt schulden, zumal Kinderbetreuungspflichten den betroffenen Ehegatten an der Wiedererlangung der wirtschaftlichen Selbstständigkeit behindern (Art. 125 Abs. 2 Ziff. 6 ZGB; BGE 115 II 6 E. 3c S. 10). Regelt das Scheidungsgericht die Zuteilung der Obhut über die Kinder anders als das Eheschutzgericht, liegt darin eine wesentliche Veränderung der Verhältnisse, die das Scheidungsgericht dazu zwingt, die im Eheschutzverfahren getroffene Unterhaltsregelung zu überprüfen und gegebenenfalls abzuändern. Dieser Gleichlauf von Kinderzuteilungs- und Unterhaltsfrage bedeutet im vorliegenden Fall, dass das Scheidungsgericht den Abschluss des in der Rechtsmittelinstanz hängigen Eheschutzverfahrens nicht abzuwarten braucht, wenn bereits davor rechtskräftig entschieden ist, dass die Obhut über das Kind während des Scheidungsverfahrens dem Vater zusteht und nicht der Mutter, wie das vom Eheschutzgericht erstinstanzlich noch angeordnet wurde. Bei dieser (ungewöhnlichen) Verfahrenslage ist das
Scheidungsgericht auch für den Entscheid über die Unterhaltsfrage zuständig.
2.2.3 Die gezeigte Zuständigkeit besteht nur im Rahmen der mit BGE 129 III 60 Nr. 10 erfolgten Kompetenzabgrenzung (E. 2.1 hiervor). Das bedeutet einerseits, dass das Scheidungsgericht mit vorsorglichen Massnahmen nicht in die Zeit vor Rechtshängigkeit der Scheidungsklage zurückwirken darf, was es vorliegend auch nicht getan hat. Andererseits wird das in der Rechtsmittelinstanz hängige Eheschutzverfahren durch den Zuständigkeitswechsel nicht gegenstandslos, da über den Unterhalt allenfalls noch für die Zeit entschieden werden muss, in der das Eheschutzgericht und nicht das Scheidungsgericht für Massnahmen zur Regelung des Getrenntlebens zuständig gewesen ist.

2.3 Aus den dargelegten Gründen muss die zivilrechtliche Nichtigkeitsbeschwerde abgewiesen werden, soweit sie sich gegen die Zuständigkeit der Gerichte des Kantons Schwyz richtet. Eine Frage der Rechtsanwendung und damit Gegenstand der staatsrechtlichen Beschwerde ist hingegen, ob die Unterhaltsbeitragspflicht rückwirkend auf den Zeitpunkt der Einreichung des Massnahmenbegehrens geändert werden durfte mit der Begründung, auch die Obhut über das Kind sei für die gesamte Dauer des Scheidungsprozesses dem Kindsvater rechtskräftig zugeteilt worden (E. 6c S. 13 ff. des angefochtenen Beschlusses).
3.
Die Zuständigkeit des Scheidungsgerichts für die Unterhaltsregelung ergibt sich vorliegend zwangsläufig daraus, dass die Beschwerdeführerin die Obhutszuteilung des Scheidungsgerichts nicht angefochten hat (E. 2.2 hiervor). Unter diesen Umständen konnte ihrer heutigen Zuständigkeitsbeschwerde von Beginn an kein Erfolg beschieden sein. Ihr Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege muss wegen Aussichtslosigkeit der Rechtsbegehren abgewiesen werden (Art. 152 OG). Die Beschwerdeführerin wird damit kostenpflichtig (Art. 156 Abs. 1 OG). Da der Beschwerdegegner mit seinem Antrag auf Abweisung des Gesuchs um aufschiebende Wirkung nicht durchgedrungen ist, steht ihm für die entsprechende Vernehmlassung keine Entschädigung zu. In der Sache selbst ist keine Vernehmlassung eingeholt worden und somit auch keine Entschädigung geschuldet (Art. 159 Abs. 2 OG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:
1.
Die Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
2.
Das Gesuch der Beschwerdeführerin um unentgeltliche Rechtspflege wird abgewiesen.
3.
Die Gerichtsgebühr von Fr. 1'000.– wird der Beschwerdeführerin auferlegt.
4.
Dieses Urteil wird den Parteien und dem Kantonsgericht des Kantons Schwyz, 1. Rekurskammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 1. Juli 2004
Im Namen der II. Zivilabteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: