Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
5P.280/2006 /blb

Urteil vom 5. Dezember 2006
II. Zivilabteilung

Besetzung
Bundesrichter Raselli, Präsident,
Bundesrichterin Nordmann, Bundesrichter Marazzi,
Gerichtsschreiber Möckli.

Parteien
X._____,
Beschwerdeführer,
vertreten durch Rechtsanwältin Patricia Jucker,

gegen

Y._____,
Beschwerdegegnerin,
vertreten durch Rechtsanwältin Brigitta Brunner,
Obergericht des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, Postfach, 8023 Zürich.

Gegenstand
Art. 9 BV usw. (vorsorgliche Massnahmen nach Art. 137 ZGB),

Staatsrechtliche Beschwerde gegen den Beschluss
des Obergerichts des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, vom 18. Mai 2006.

Sachverhalt:
A.
Die Parteien heirateten 1998. Im Jahr 1999 kam das erste Kind und ein Jahr später kamen Zwillinge zur Welt. Im Jahr 2002 trafen die Parteien unter Mitwirkung des Gerichts eine Eheschutzvereinbarung, in welcher sie u.a. die Zuteilung der Obhut an die Mutter beantragten. Sodann verpflichtete sich der Vater zu Unterhaltsbeiträgen an Frau und Kinder.
Auf Begehren des Vaters wurde diese Regelung gerichtlich geändert und das Obergericht verpflichtete ihn mit Beschluss vom 3. November 2005 u.a. zu Unterhaltsbeiträgen von Fr. 1'680.– (davon Fr. 400.– pro Kind) ab Mai 2004.
B.
Seit dem 24. Mai 2004 ist zwischen den Parteien das Scheidungsverfahren hängig. Im Rahmen vorsorglicher Massnahmen verlangte der Vater die Abänderung der Eheschutzmassnahmen. In Modifikation seiner ursprünglichen Anträge verlangte er in diesem Rahmen am 25. April 2005 die Umteilung der Obhut über die Kinder an ihn sowie eine Reduktion der Unterhaltsbeiträge. Die Mutter beantragte ihrerseits deren Erhöhung.
Am 19. Mai 2005 stellte der Vater gegen die erstinstanzliche Richterin ein Ablehungsbegehren, das mit Beschluss der Verwaltungskommission des Obergerichts vom 6. Juli 2005 abgewiesen wurde. Die Abweisung wurde durch das Kassationsgericht des Kantons Zürich bestätigt.
Mit Verfügung vom 12. Oktober 2005 beliess die erstinstanzliche Richterin die Obhut über die Kinder bei der Mutter und verpflichtete den Vater zu höheren Unterhaltsleistungen.
Dagegen erhob dieser am 27. Oktober 2005 Rekurs. Sodann reichte er am 29. November 2005 ein an die erste Instanz gerichtetes Abänderungsgesuch ein und beantragte die Vereinigung mit dem Rekursverfahren. Sodann

gab er mehrmals Noveneingaben zu den Akten. In ihrem Anschlussrekurs verlangte die Mutter die Berücksichtigung einer allfälligen Lohnerhöhung bei der Festsetzung der Unterhaltsbeiträge.
Mit Beschluss vom 18. Mai 2006 wies das Obergericht des Kantons Zürich das im Rahmen des Rekurses erhobene Ablehungsbegehren gegen die erstinstanzliche Richterin ebenso ab wie der Antrag auf Vereinigung der Massnahmeabänderungsbegehren mit dem Rekursverfahren. Sodann setzte es die Unterhaltsbeiträge in teilweiser Gutheissung des Rekurses sowie in Gutheissung des Anschlussrekurses auf Fr. 2'200.– von März bis Dezember 2005, auf Fr. 2'269.– bis Juli 2006 und auf Fr. 2'669.– ab August 2006 fest. Im Übrigen wies es den Rekurs ab.
C.
Mit staatsrechtlicher Beschwerde vom 23. Juni 2006 verlangt der Vater zusammengefasst die Aufhebung des obergerichtlichen Beschlusses sowie des erstinstanzlichen Entscheides vom 12. Oktober 2005, die Rückweisung der Sache an die erste Instanz sowie den Ausstand der erstinstanzlichen Richterin. Sodann verlangt er die unentgeltliche Rechtspflege für das gesamte Verfahren. Es wurden keine Vernehmlassungen eingeholt.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
Anfechtungsobjekt kann nur der Beschluss des Obergerichts als letzter kantonaler Instanz sein (Art. 86 Abs. 1 OG); soweit der Beschwerdeführer gleichzeitig die Aufhebung des erstinstanzlichen Entscheides verlangt, ist auf die Beschwerde von vornherein nicht einzutreten. Aufgrund der kassatorischen Natur der staatsrechtlichen Beschwerde kann im Übrigen nicht eingetreten werden, soweit mehr oder anderes als die Aufhebung des obergerichtlichen Beschlusses verlangt wird (BGE 125 I 104 E. 1b S. 107).
2.
Zunächst macht der Beschwerdeführer zusammengefasst geltend, nach verschiedenen Äusserungen der Kinder hätten ihn diese nicht mehr lieb bzw. wollten diese nicht mehr zu ihm, und bei deren Übergabe komme es immer wieder zu Problemen.
Soweit es sich dabei nicht ohnehin um neue Vorbringen und appellatorische Kritik am angefochtenen Entscheid handelt, was im Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde unzulässig ist (betreffend Noven: BGE 114 Ia 204 E. 1a S. 205; 118 Ia 20 E. 5a S. 26; betreffend appellatorische Kritik: BGE 125 I 492 E. 1b S. 495; 130 I 258 E. 1.3 S. 262), lässt sich damit von vornherein nicht dartun, dass das Obergericht in willkürlicher Weise von einer Änderung der Obhutszuteilung an den Beschwerdeführer abgesehen hätte.
Entsprechend stösst auch der Vorwurf, in Verletzung bzw. willkürlicher Handhabung der Untersuchungsmaxime habe das Obergericht von der Begutachtung der Kinder abgesehen, ins Leere. Selbst ein PAS-Syndrom - das der Beschwerdeführer mutmassend und pauschal allen drei Kindern zuschreibt und wofür nach den Ausführungen des Obergerichts denn auch keine Anhaltspunkte vorliegen - würde nicht automatisch zu einer Umteilung der Obhut während des Scheidungsverfahrens führen. Die Änderung der Obhutszuteilung im Rahmen vorsorglicher Massnahmen würde vielmehr veränderte Verhältnisse und eine Gefährdung des Kindeswohls voraussetzen, wie das Obergericht zutreffend festhält. Damit setzt sich der Beschwerdeführer jedoch ebenso wenig auseinander wie mit dem obergerichtlichen Hinweis auf das Bedürfnis der Kinder nach Stabilität, weshalb seine Vorbringen im Zusammenhang mit der Obhutsumteilung unsubstanziiert bleiben (Rügenprinzip gemäss Art. 90 Abs. 1 lit. b OG; BGE 117 Ia 10 E. 4b S. 11 f.).
Soweit schliesslich eine Gefährdung des Kindeswohls durch die Grossmutter behauptet wird, vermag der Beschwerdeführer nicht aufzuzeigen, inwiefern er über blosse Behauptungen hinausgehende konkrete Gefährdungsmomente nachgewiesen und das Obergericht diese willkürlich gewürdigt hätte. Mit der erneuten unsubstanziierten Behauptung, die Grossmutter beziehe die Kinder in ihre Handlungen als Medium ein (Trommeln, Tanzen, etc.) und damit seien diese naturgemäss gefährdet, ist jedenfalls keine Willkür darzutun, umso weniger als vorliegend die Umteilung der Obhut zwischen den Eltern und nicht allfälliger Besuchsverkehr bei der Grossmutter Streitgegenstand ist.
3.
Das Obergericht hat die Befangenheit der erstinstanzlichen Richterin verneint. Der Beschwerdeführer erblickt darin eine Verletzung von Art. 30 Abs. 1 BV.
3.1 Der Beschwerdeführer macht keine willkürliche Anwendung des entsprechenden kantonalen Prozessrechts geltend, sondern behauptet direkt eine Verletzung des verfassungsmässigen Anspruchs auf einen unabhängigen und unparteiischen Richter (Art. 30 Abs. 1 BV). Diese Rüge prüft das Bundesgericht mit freier Kognition (BGE

126 I 68 E. 3b S. 73; 131 I 113 E. 3.2 S. 115).
3.2 Die aus Art. 30 Abs. 1 BV fliessende Garantie ist verletzt, wenn bei objektiver Betrachtungsweise Gegebenheiten vorliegen, die den Anschein der Befangenheit und die Gefahr der Voreingenommenheit zu begründen vermögen (BGE 131 I 24 E. 1.1. S. 25, 113 E. 3.4 S. 116).
Gemäss konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung sind Verfahrensmassnahmen, seien sie richtig oder falsch, grundsätzlich nicht geeignet, den Anschein von Befangenheit zu erwecken (BGE 111 Ia 259 E. 3b/aa S. 264; 114 Ia 153 E. 3b/bb S. 158); allgemeine Verfahrensverstösse sind vielmehr mit den zur Verfügung stehenden Rechtsmitteln zu rügen (BGE 113 Ia 407 E. 2a S. 409; 116 Ia 14 E. 5b S. 20). Noch mehr gilt dies für angeblich materielle Fehlentscheide, liegt es doch in der Natur der Sache, dass der Richter über Fragen zu entscheiden hat, die oft kontrovers oder weitgehend in sein Ermessen gestellt sind. Verfahrens- oder andere Rechtsfehler, die einem Gericht unterlaufen, begründen deshalb nur in ganz besonderen Ausnahmefällen einen Ablehungsgrund, etwa wenn sie wiederholt begangen wurden und so schwer wiegen, dass sie eine Verletzung der Richterpflicht bzw. eine Amtspflichtverletzung darstellen (BGE 115 Ia 400 E. 3b S. 404; 116 Ia 135 E. 3a S. 138).
Im Übrigen sind Ausstandsgründe so früh wie möglich geltend zu machen, ansonsten stillschweigender Verzicht anzunehmen ist (BGE 128 V 82 E. 2b S. 85; 129 III 445 E. 4.2.2.1 S. 465). Insbesondere verstösst es gegen den Grundsatz von Treu und Glauben, angebliche Befangenheitsvorwürfe erst aufgrund einer als ungünstig empfundenen Entscheidung vorzubringen (BGE 119 Ia 221 E. 5a S. 228; 124 I 121 E. 2 S. 123).
3.3 Vorliegend scheitert die Befangenheitsrüge bereits daran, dass sie ausschliesslich mit weit zurückliegenden Begebenheiten begründet wird. Der Beschwerdeführer forderte die erstinstanzliche Richterin am 19. Mai 2005 auf, in den Ausstand zu treten. Die Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich wies indes das Ablehnungsgesuch mit Beschluss vom 6. Juli 2005 ab, und der die Abweisung bestätigende Entscheid des Kassationsgerichts blieb unangefochten. Es ist unzulässig, die seinerzeitigen bzw. die seinerzeit möglichen Argumente nunmehr in einem erneuten Ablehungsverfahren vorzutragen und erst in diesem staatsrechtliche Beschwerde zu erheben.
Ohnehin erschöpfen sich die Vorbringen weitgehend in materieller Kritik an den erstinstanzlichen Entscheiden (Zuteilung der Obhut und in diesem Zusammenhang Bewertung der Kooperationsbereitschaft sowie Regelung des Besuchsrechts; Wohnungszuteilung; Festsetzung der Unterhaltsbeiträge und in diesem Zusammenhang Berechnung des Existenzminimums; Beurteilung der angeblichen Entfremdungsstrategie der Beschwerdegegnerin; Würdigung der Vorbringen im Zusammenhang mit angeblichem sexuellem Missbrauch und Morddrohungen; Abklärung und Beweiswürdigung im Zusammenhang mit der Grossmutter), gegen welche umfassend Rechtsmittel offen standen und zum grossen Teil auch ergriffen wurden. Aber auch soweit angebliche Verfahrensfehler angeführt werden (mündliche Plädoyers statt schriftliches Verfahren; angebliches Blättern in den Unterlagen während des Plädoyers; Zustellung eines Entscheides nicht nur an den Anwalt, sondern auch an den Beschwerdeführer; Absehen von einem kinderpsychologischen Gutachten), ist auf das in E. 3.2 Gesagte zu verweisen, wonach solche nur in krassen Ausnahmefällen den Anschein von Befangenheit zu begründen vermögen. Im Zusammenhang mit den erstinstanzlichen Entscheiden sind indes eigentliche Amtspflichtverletzungen weder
substanziiert behauptet noch überhaupt ersichtlich.
4.
Der Beschwerdeführer wirft dem Obergericht bei der Berechnung seines Existenzminimums in verschiedener Hinsicht Willkür vor.
4.1 Das Obergericht hat dem Beschwerdeführer nicht die nach wie vor anfallende Miete von Fr. 2'010.–, sondern lediglich Kosten von Fr. 1'800.– zugestanden mit der Begründung, er wisse seit dem ersten Abänderungsverfahren, mithin seit April 2004, dass seine Wohnkosten den finanziellen Verhältnissen nicht angemessen seien. So habe er in der damaligen Rekurseingabe vom 3. Mai 2004 selbst beantragt, ab Januar 2005 sei ihm ein Mietzins von Fr. 1'800.– anzurechnen. Insofern verfange seine Behauptung, erst mit Zustellung des obergerichtlichen Beschlusses vom 15. November 2004 von der Reduktion gewusst zu haben, nicht.
Was an diesen Ausführungen willkürlich sein soll, ist nicht ersichtlich. Mit dem Vorbringen, er habe in der erwähnten Rekursschrift auch darauf hingewiesen, dass es eher fraglich sei, ob er für seine Wohnung einen Nachmieter finde, ist jedenfalls keine Willkür darzutun. Wenn der Beschwerdeführer sodann den vom Obergericht als ungenügend beurteilten Suchbemühungen die gegenteilige Behauptung entgegensetzt, so stellt dies appellatorische Kritik am angefochtenen Urteil dar, wie sie im Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde un-

zulässig ist (BGE 125 I 492 E. 1b S. 495; 130 I 258 E. 1.3 S. 262). Schliesslich lässt sich auch vom Ergebnis her nicht sagen, dass eine Übergangsfrist von rund acht Monaten willkürlich wäre (zum Erfordernis, dass ein Entscheid nicht nur in der Begründung, sondern auch im Ergebnis willkürlich sein muss: BGE 128 II 259 E. 5 S. 281; 129 I 49 E. 4 S. 58).

4.2 Der Beschwerdeführer ist seit Januar 2005 nicht mehr bei der Versicherung V._____, sondern bei der teureren Versicherung W._____ krankenversichert, was das Obergericht als treuwidrig erachtete; es anerkannte in der Folge nur die bisherigen Krankenkassenkosten von Fr. 326.30.

Der Beschwerdeführer hält dies für willkürlich und macht geltend, es müsste wenigstens die aktuelle Prämie der V._____ beachtet werden, welche für das Jahr 2006 Fr. 277.– betragen habe.

Mit diesem Vorbringen lässt sich keine Willkür aufzeigen, zumal der Betrag von Fr. 277.– tiefer liegt als die obergerichtlich berücksichtigten Kosten von Fr. 326.30. Ebenso wenig begründet das (nicht weiter belegte) Argument, die V._____ habe punkto Patientenbetreuung ein schlechtes Rating und die Rückerstattung der Arztkosten erfolge weniger schnell, Willkür, zumal der Leistungskatalog in der Grundversicherung gesetzlich vorgegeben ist und alle Krankenkassen in gleichem Umfang Leistungen zu erbringen haben.

4.3 Das Obergericht hat den Zuschlag für auswärtige Mahlzeiten von Fr. 240.– auf Fr. 140.– gekürzt mit der Begründung, der neue Büroplatz des bei der ETH angestellten Beschwerdeführers befinde sich in der Nähe der ETH-Mensa, wo er sich verpflegen könne.

Soweit der Beschwerdeführer auf seine (nicht näher belegten) kantonalen Aussagen verweist, er müsse aufgrund beruflicher Verpflichtungen das Mittagessen regelmässig anderswo einnehmen, so ist dem entgegenzuhalten, dass er bei unumgänglichen entsprechenden Berufspflichten Anspruch auf Spesenentschädigung haben dürfte. Schon aus diesem Grund kann es nicht willkürlich sein, wenn das Obergericht solche Verpflichtungen sinngemäss verneint hat.

Wenn der Beschwerdeführer sodann geltend macht, selbst in der Mensa komme ihn ein Mittagessen mit Getränk teurer zu stehen, verkennt er, dass der Zuschlag nur die Differenz zwischen einer zu Hause und einer auswärts eingenommenen Mahlzeit abdeckt, weil die Kosten für Nahrungsmittel im Grundbetrag inbegriffen sind. Inwiefern aber der Differenzbetrag mit Fr. 140.– pro Monat willkürlich festgesetzt worden sein soll, substanziiert der Beschwerdeführer nicht.

4.4 Das Obergericht hat dem Beschwerdeführer Kosten im Zusammenhang mit der Ausübung des Besuchsrechts von Fr. 880.85 bis Juli 2006 und danach von Fr. 512.50 zugestanden. Der Beschwerdeführer verlangt darüber hinaus einen in der staatsrechtlichen Beschwerde nicht mehr näher spezifizierten Pauschalbetrag (vor Obergericht hatte er eine Pauschale von Fr. 217.20 bzw. von Fr. 268.20 verlangt) und macht geltend, dessen Verweigerung sei angesichts des wegweisenden Urteils 7B.145/2005 willkürlich.

Der Beschwerdeführer verkennt zunächst, dass das (unpublizierte) Urteil 7B.145/2005 nicht die richterliche Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen, sondern eine Lohnpfändung betraf. Die bundesgerichtliche Praxis zum Unterhaltsrecht kennt denn bislang auch keine Pauschalen für die Ausübung des Besuchsrechts; ebenso wenig ist dies in den Kantonen üblich, und auch in den einschlägigen Kommentaren wird ein solcher Zuschlag nirgends erwähnt (vgl. Bräm, Zürcher Kommentar, N. 118B zu Art. 163 ZGB; Hausheer/Spycher, Handbuch des Unterhaltsrechts, Bern 1997, N. 02.28 ff.). Ob der Sachrichter dem Besuchsberechtigten dennoch einen gewissen Betrag zugestehen will oder nicht, stellt typischerweise Ausübung des ihm in Unterhaltsbelangen zukommenden weiten Ermessens dar (Art. 4 ZGB) und Willkür würde eigentlichen Ermessensmissbrauch voraussetzen. Das Bundesgericht hat deshalb erkannt, dass die Berücksichtigung gewisser Besuchsrechtskosten nicht willkürlich ist (Urteile 5C.77/2001, E. 2c, publ. in FamPra.ch 2002, S. 422; 5C.282/2002, E. 3, publ. in FamPra.ch 2003, S. 677). Ebenso wenig ist es aber willkürlich, wenn keine Pauschale berücksichtigt wird, zumal keine verbreitete dahingehende Praxis besteht. Nur der Vollständigkeit halber sei erwähnt,

dass dem Beschwerdeführer vorliegend nicht keine, sondern sogar relativ hohe Kosten im Zusammenhang mit der Ausübung des Besuchsrechts zugestanden worden sind, weshalb das Absehen von einer zusätzlichen Pauschale umso weniger willkürlich sein kann.

4.5 Soweit der Beschwerdeführer beanstandet, dass die Steuerlast im Existenzminimum nicht berücksichtigt wird, wendet er sich gegen die konstante bundesgerichtliche Rechtsprechung in Mankofällen (BGE 126 III 353 E. 1a/aa S. 356; 127 III 68 E. 2b S. 70; 127 III 289 E. 2a/bb S. 292). Dass die kantonalen Gerichte die bundesgerichtlichen Vorgaben beachten, kann von vornherein keine Willkür begründen.

5.

Zusammenfassend ergibt sich, dass die staatsrechtliche Beschwerde abzuweisen ist, soweit auf sie eingetreten

werden kann. Wie die vorstehenden Erwägungen zeigen, muss sie als von Anfang an offensichtlich aussichtslos betrachtet werden, weshalb es an den materiellen Erfordernissen der unentgeltlichen Rechtspflege gebricht und das entsprechende Gesuch ohne Prüfung der formellen Voraussetzungen abzuweisen ist (Art. 152 Abs. 1 OG). Die Gerichtsgebühr ist dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (Art. 156 Abs. 1 OG). Der Gegenpartei ist kein entschädigungspflichtiger Aufwand entstanden.

Demnach erkennt das Bundesgericht:
1.
Die staatsrechtliche Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
2.
Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wird abgewiesen.
3.
Die Gerichtsgebühr von Fr. 2'000.– wird dem Beschwerdeführer auferlegt.
4.
Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 5. Dezember 2006
Im Namen der II. Zivilabteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: