Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
5A 450/2007 /bnm

Urteil vom 25. Oktober 2007
II. zivilrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Raselli, Präsident,
Bundesrichter Meyer, Marazzi,
Gerichtsschreiber Zbinden.

Parteien
X._____ (Ehemann),
Beschwerdeführer,
vertreten durch Rechtsanwalt Marcel Zirngast,

gegen

Y._____ (Ehefrau),
Beschwerdegegnerin,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Simon Käch,

Gegenstand
vorsorgliche Massnahmen im Scheidungsprozess,

Beschwerde in Zivilsachen gegen den Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, vom 18. Juli 2007.

Sachverhalt:
A.
Mit Verfügung des Einzelrichters des Kantonsgerichtspräsidiums Zug vom 18 Mai 2004 wurde X._____ (Ehemann; Beschwerdeführer) im Rahmen von Eheschutzmassnahmen vereinbarungsgemäss verpflichtet, Y._____ (Ehefrau; Beschwerdegegnerin) Unterhaltsbeiträge im Gesamtbetrag von Fr. 3'300.– (inkl. Kinderzulage von Fr. 500.–) monatlich, d.h. je Fr. 900.– zuzüglich Kinderzulage von je Fr. 250.– für die beiden gemeinsamen Kinder und Fr. 1'000.– für sie persönlich, zu bezahlen.
B.
B.a Nachdem die Beschwerdegegnerin das Scheidungsverfahren eingeleitet hatte, beantragte der Beschwerdeführer als vorsorgliche Massnahme die Aufhebung der Unterhaltsverpflichtung gegenüber der Beschwerdegegnerin persönlich und die Reduktion der Unterhaltsbeiträge an die Kinder auf je Fr. 500.–. Der Einzelrichter im ordentlichen Verfahren des Bezirkes Affoltern wies das Massnahmebegehren des Beschwerdeführers mit Verfügung vom 17. April 2007 ab, auferlegte die Kosten zu 1/6 der Beschwerdegegnerin und 5/6 dem Beschwerdeführer und verpflichtete diesen, der Beschwerdegegnerin eine reduzierte Prozessentschädigung zu bezahlen.
B.b In teilweiser Gutheissung des Rekurses und entsprechender Aufhebung der erstinstanzlichen Verfügung verpflichtete das Obergericht des Kantons Zürich den Beschwerdeführer mit Wirkung ab dem 1. Oktober 2006, an den Unterhalt der Beschwerdegegnerin und der Kinder monatlich Fr. 2'300.– (zuzüglich allfälliger Kinderzulagen), d.h. je Fr. 900.– pro Kind plus Kinderzulagen sowie Fr. 500.– für die Beschwerdegegnerin persönlich, zu bezahlen (Ziff. 1.1). Die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens wurden der Beschwerdegegnerin zu 40% und dem Beschwerdeführer zu 60% überbunden, infolge der Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege aber einstweilen auf die Gerichtskasse genommen, jedoch das Nachforderungsrecht des Staates vorbehalten (Ziff. 1.6). Der Beschwerdeführer wurde überdies verpflichtet, dem unentgeltlichen Rechtsvertreter der Beschwerde-

gegnerin eine Entschädigung von Fr. 225.– zu bezahlen (Ziff. 1.6). Die Kosten des Rekursverfahrens wurden zu 1/3 der Beschwerdegegnerin und zu 2/3 dem Beschwerdeführer auferlegt, jedoch für beide Parteien zufolge der bewilligten unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen und vorbehältlich der Nachforderung gemäss § 92 ZPO auf die Gerichtskasse genommen (Ziff. 3). Der Beschwerdeführer wurde
verpflichtet, dem Rechtsvertreter der Beschwerdegegnerin für das Rekursverfahren eine reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 670.– zuzüglich Mehrwertsteuer zu bezahlen (Ziff. 4).
C.
Mit einer als Beschwerde in Zivilsachen bezeichneten Eingabe beantragt der Beschwerdeführer dem Bundesgericht, ihn in Abänderung von Ziff. 1 des Beschlusses des Obergerichts des Kantons Zürich vom 18. Juli 2007 zu verpflichten, der Beschwerdegegnerin mit Wirkung ab 1. Oktober 2006 monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 1'600.–, d.h. Fr. 800.– pro Kind, zuzüglich allfälliger Kinderzulagen zu entrichten, zahlbar im Voraus am 1. jeden Monats; zudem seien die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens dem Beschwerdeführer zu 40% und der Beschwerdegegnerin zu 60% aufzuerlegen. Die Ziffern 3 und 4 des Beschlusses seien dahingehend zu ändern, dass die Kosten des Rekursverfahrens zu ¾ der Beschwerdegegnerin und zu ¼ dem Beschwerdeführer aufzuerlegen seien; schliesslich sei die Beschwerdegegnerin zu verpflichten, dem Anwalt des Beschwerdeführers eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 1'800.– plus Mehrwertsteuer zu entrichten. Eventualiter seien die Ziffern 1, 3 und 4 des obergerichtlichen Beschlusses aufzuheben und die Sache hinsichtlich der strittigen Punkte zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Für das bundesgerichtliche Verfahren ersucht der Beschwerdeführer um unentgeltliche Rechtspflege.

Die Beschwerdegegnerin beantragt, auf die Beschwerde nicht einzutreten, eventuell sie abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei. Auch sie ersucht um unentgeltliche Rechtspflege für das bundesgerichtliche Verfahren. Das Obergericht hat sich nicht vernehmen lassen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
Beim Beschluss des Obergerichts handelt es sich um eine vorsorgliche Massnahme für die Dauer des Scheidungsverfahrens (Art. 137 ZGB) und damit um eine Zivilsache im Sinn von Art. 72 Abs. 1 BGG. Strittig ist einzig die Höhe der Unterhaltsbeiträge für die Beschwerdegegnerin und die Kinder. Es liegt somit eine vermögensrechtliche Angelegenheit vor, deren Streitwert von mindestens Fr. 30'000.– angesichts der Höhe und der unbestimmten Dauer der Unterhaltsbeiträge offenkundig überschritten wird (Art. 74 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 51 Abs. 1 und 4 BGG). Entschieden hat das Obergericht als letzte kantonale Instanz (Art. 75 Abs. 1 BGG) gegen den Beschwerdeführer, der mit seinen Anträgen unterlegen und deshalb zur Beschwerde berechtigt ist (Art. 76 Abs. 1 BGG). Der angefochtene Entscheid schliesst das Massnahmenverfahren als selbstständiges Verfahren ab und ist damit ein Endentscheid (Art. 90 BGG). Beim angefochtenen Beschluss handelt es sich schliesslich um eine vorsorgliche Massnahme im Sinn von Art. 98 BGG (Urteil 5A 9/2007 vom 20. April 2007, E. 1.2.). Damit kann vorliegend einzig die Verletzung verfassungsmässiger Rechte, vorab eine Verletzung des Willkürverbots (Art. 9 BV) geltend gemacht werden. Entsprechende Rügen sind in der
Beschwerde zu begründen (Art. 106 Abs. 2 BGG).
2.
2.1 Das Obergericht sah es als erwiesen an, dass dem Beschwerdeführer aus gesundheitlichen Gründen der Verlust der Arbeitsstelle gedroht hatte, hielt aber dafür, ihm sei mit Blick auf seine familiären Pflichten nicht frei gestanden, das Arbeitsverhältnis zu kündigen; daher müsse ihm mindestens ein Einkommen in der Höhe der bei einer Kündigung durch die Arbeitgeberin in Betracht fallenden Arbeitslosenentschädigung angerechnet werden. Das Obergericht berücksichtigte somit die Arbeitslosenentschädigung von Fr. 6'000.– (80% des ursprünglichen Gehalts von Fr. 7'560.–), nicht das vom Beschwerdeführer ausgewiesene tatsächliche Einkommen.
2.2 Der Beschwerdeführer beanstandet hauptsächlich als willkürlich, dass zur Ermittlung seiner Leistungsfähigkeit ein hypothetisches Einkommen berücksichtigt und nicht der tatsächlich ausgewiesene Verdienst aus unselbstständiger Erwerbstätigkeit angerechnet worden ist. Er habe nicht aus freien Stücken gekündigt. Hätte er das Arbeitsverhältnis nicht aufgelöst, wäre ihm von der Arbeitgeberin gekündigt worden. Das Obergericht habe nicht berücksichtigt, dass die 400 Bezugstage bei einer Arbeitslosigkeit ab dem 1. März 2005 schon längstens abgelaufen gewesen seien.

2.3 Bei der Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen darf vom tatsächlichen Leistungsvermögen des Pflichtigen, das Voraussetzung und Bemessungsgrundlage der Beitragspflicht bildet, abgewichen und statt dessen von einem hypothetischen Einkommen ausgegangen werden, falls und soweit der Pflichtige bei gutem Willen bzw. bei ihm zuzumutender Anstrengung mehr zu verdienen vermöchte, als er effektiv verdient. Wo die reale Möglichkeit einer Einkommenssteigerung fehlt, muss eine solche jedoch ausser Betracht bleiben (für die Dauer des Scheidungsprozesses: BGE 119 II 314 E. 4a S. 316; 128 III 4 E. 4a). Aus welchem Grund ein Ehegatte auf das ihm angerechnete höhere Einkommen verzichtet, ist im Prinzip unerheblich. Unterlässt es ein Ehegatte aus bösem Willen oder aus Nachlässigkeit oder verzichtet er freiwillig darauf, ein für den Familienunterhalt ausreichendes Einkommen zu erzielen, kann auf das Einkommen abgestellt werden, das er bei gutem Willen verdienen könnte (vgl. BGE 128 III 4 E. 4a mit Hinweisen). Die Anrechnung eines hypothetischen, höheren Einkommens hat keinen pönalen Charakter. Es geht vielmehr darum, dass der Unterhaltspflichtige das Einkommen zu erzielen hat, das ihm zur Erfüllung seiner Pflichten tatsächlich möglich und zumutbar
ist (zum Ganzen: BGE 128 III 4 E. 4a mit Hinweisen). Zur Ermittlung des hypothetischen Einkommens darf grundsätzlich auf Lohnstrukturerhebungen abgestellt werden, doch ist dabei den konkreten Umständen Rechnung zu tragen (vgl. BGE 128 III 4 E. 4c/bb S. 7 f.).
2.4 Entscheidend ist im vorliegenden Fall, ob der Beschwerdeführer für die Zeit ab dem 1. Oktober 2006 (Datum, ab welchem die neu festgesetzten Unterhaltsbeiträge gelten) tatsächlich die Möglichkeit hatte, ein hypothetisches Einkommen in Form der Arbeitslosenentschädigung zu erzielen, mit anderen Worten, ob ab diesem Zeitpunkt noch ein entsprechender Anspruch bestand. Dem vom Beschwerdeführer im kantonalen Verfahren ins Recht gelegten Schreiben der Arbeitgeberin vom 30. April 2007 kann entnommen werden, dass die Arbeitsqualität und -effizienz des Beschwerdeführers ab 2003 nachgelassen und das geforderte Niveau nicht mehr erreicht habe. Trotz aller Unterstützung durch die Arbeitgeberin seien immer mehr Ermüdungserscheinungen und Unkonzentriertheiten aufgetreten; der Beschwerdeführer habe schliesslich selbst eingesehen, dass er die geforderten Leistungen nicht mehr erbringen könne, und das Arbeitsverhältnis aufgelöst; eine längerfristige Weiterbeschäftigung hätte aber auch auf Seiten der Arbeitgeberin in Frage gestellt werden müssen. Das Obergericht erkannte darin kein Gefälligkeitsschreiben. Nach der nicht angefochtenen und damit für das Bundesgericht verbindlichen Feststellung ergibt sich daraus, dass die Arbeitsleistungen des
Beschwerdeführers ungenügend waren und er längerfristig wohl nicht mehr weiterbeschäftigt worden wäre. Der Beschwerdeführer bestreitet nicht, dass er gegebenenfalls mit einer Arbeitslosenentschädigung von Fr. 6'000.– hätte rechnen können. Über den allfälligen Zeitpunkt einer möglichen Kündigung seitens der Arbeitgeberin kann indes vorliegend nur spekuliert werden. Im vorliegenden Fall steht allerdings fest, dass der Beschwerdeführer per 30. April 2005 persönlich gekündigt hat. Auch wenn ihm selbst nach erfolgter persönlicher Kündigung ein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung zugestanden und er diesen unverzüglich geltend gemacht hätte, ist nicht klar, ob dieser Anspruch ab dem 1. Oktober 2006 noch bestanden hätte. Zu berücksichtigen wäre in diesem Zusammenhang vor allem auch, dass der Beschwerdeführer infolge der selbst ausgesprochenen Kündigung allenfalls mit einer Einstellung in seinem Anspruch hätte rechnen müssen (Art. 30 Abs. 1 lit. a des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1982 über die obligatorische Arbeitslosenentschädigung und die Insolvenzentschädigung; AVIG; SR 837.0), was sich unter Umständen auf die Anspruchsdauer hätte auswirken können. Bei dieser unklaren Sach- und Rechtslage erweist sich der obergerichtliche Entscheid
als unhaltbar und damit willkürlich.
3.
Die erste Instanz hatte den Bedarf des Beschwerdeführers auf Fr. 2'401.– festgesetzt, stellte aber auch weiterhin auf das frühere Einkommen von Fr. 7'560.– pro Monat ab. Vor Obergericht hatte der Beschwerdeführer für den Eventualfall, dass ihm ein hypothetisches Einkommen angerechnet werde, einen Notbedarf von Fr. 4'140.– geltend gemacht. Obwohl das Obergericht von einem hypothetischen Einkommen ausgegangen ist, hat es sich mit dem Begehren, einen Notbedarf von Fr. 4'140.– zu berücksichtigen, nicht auseinandergesetzt. Da der Beschluss hinsichtlich der Festsetzung des hypothetischen Einkommens aufgehoben worden ist (E. 2 hiervor) erübrigen sich weitere Ausführungen zu der vorliegenden Rüge.
4.
Da das Bundesgericht aufgrund der Mängel in der Bestimmung des Einkommens des Beschwerdeführers nicht dem Hauptantrag entsprechend über den Unterhaltsbeitrag entscheiden kann, ist die Beschwerde gemäss dem Eventualantrag gutzuheissen; die Ziffern 1, 3 und 4 des angefochtenen Beschlusses sind aufzuheben und die Sache ist zur Ermittlung des massgebenden Einkommens sowie der Leistungsfähigkeit des Beschwerdeführers

und zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen.
5.
Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Beschwerdegegnerin kostenpflichtig (Art. 66 Abs. 1 BGG).
6.
Beide Parteien ersuchen für das bundesgerichtliche Verfahren um unentgeltliche Rechtspflege. Das Verfahren hat sich für beide Parteien nicht als von Anfang aussichtslos erwiesen; zudem sind beide Parteien bedürftig, so dass ihren Begehren zu entsprechen und ihnen ein amtlicher Rechtsbeistand zu bestellen ist (Art. 64 Abs. 1 und 2 BGG). Da die von der Beschwerdegegnerin geschuldete Parteientschädigung kaum eintreibbar sein dürfte, rechtfertigt es sich, beiden Rechtsanwälten je eine Entschädigung aus der Bundesgerichtskasse zu entrichten.

Demnach erkennt das Bundesgericht:
1.
Die Beschwerde wird gutgeheissen; die Ziffern 1, 3 und 4 des Beschlusses des Obergerichts des Kantons Zürich vom 18. Juli 2007 werden aufgehoben und die Sache wird zu neuem Entscheid im Sinn der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2.
Die Gesuche der Parteien um unentgeltliche Rechtspflege für das bundesgerichtliche Verfahren werden gutgeheissen. Dem Beschwerdeführer wird Rechtsanwalt Marcel Zirngast, der Beschwerdegegnerin Rechtsanwalt Dr. Simon Käch als Rechtsbeistand beigegeben.
3.
Die Gerichtsgebühr von Fr. 2'000.– wird der Beschwerdegegnerin auferlegt, einstweilen aber auf die Bundesgerichtskasse genommen.
4.
Den Rechtsanwälten wird für das bundesgerichtliche Verfahren je eine Entschädigung von Fr. 1'500.– aus der Bundesgerichtkasse entrichtet.
5.
Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 25. Oktober 2007
Im Namen der II. zivilrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: