

Art. 137 Abs. 2 und Art. 163 ZGB; Art. 365 Ziff. 10 ZPO. Ehelicher Unterhalt während des Scheidungsverfahrens; Leistungsfähigkeit des Pflichtigen; Nichtigkeitsgrund der Verletzung klaren Rechts (Entscheid des Obergerichts Nr. 41/2002/7 vom 28. Juni 2002 i.S. T.).¹

Es verstösst nicht gegen klares Recht, wenn im Rahmen von vorsorglichen Massnahmen im Ehescheidungsverfahren dem Unterhaltspflichtigen, der auf eine Erwerbsausfallrente verzichtet, sich das Kapital auszahlen lässt und davon eine Wohnung kauft, die Rente als hypothetisches Einkommen aufgerechnet wird.

Im Ehescheidungsverfahren der Eheleute T. verpflichtete das Kantonsgericht den Ehemann, der Ehefrau für die Dauer des Scheidungsverfahrens einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von Fr. 1'668.– zu bezahlen. Dabei rechnete es dem Pflichtigen als hypothetisches Nettoeinkommen eine monatliche Erwerbsausfallrente von Fr. 5'833.– an, obwohl dieser die Rente zuvor freiwillig kapitalisiert und das Kapital zum Kauf einer Eigentumswohnung verwendet hatte. T. erhob gegen den kantonsgerichtlichen Entscheid Nichtigkeitsbeschwerde ans Obergericht, welches diese abwies.

Aus den Erwägungen:

3.– Der Beschwerdeführer macht den Nichtigkeitsgrund von Art. 365 Ziff. 10 der Zivilprozessordnung für den Kanton Schaffhausen vom 3. September 1951 (ZPO, SHR 273.100) geltend. Er beanstandet, dass ihm die Vorinstanz nicht vorhandene Versicherungsleistungen als hypothetische Einnahmen angerechnet habe. Es komme ausschliesslich darauf an, ob ein Vermögensschwund wieder rückgängig gemacht werden könne oder nicht. Wenn dies wie vorliegend nicht möglich sei, müsse auf die verbleibende effektive Leistungsfähigkeit abgestellt werden. Gleich verhielte es sich auch bei einer verschuldeten oder böswillig herbeigeführten Vermögenstransaktion. Zudem habe er nicht böswillig gehandelt. Überdies könne die Beschwerdegegnerin ihren Unterhalt aus den ihr zur Verfügung stehenden Mitteln bestreiten.

¹ Auf eine staatsrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid trat das Bundesgericht am 21. November 2002 nicht ein.

a) Wie sich aus dem Wortlaut ergibt, kann mit dem Nichtigkeitsgrund der Verletzung klaren Rechts (Art. 365 Ziff. 10 ZPO) nicht jede Rechtsverletzung gerügt werden. Er ist vielmehr nur dann gegeben, wenn der angefochtene Entscheid in materieller Beziehung mit einer klaren gesetzlichen Regelung unvereinbar ist.

Klares Recht liegt vor, wenn eine im Rahmen bewährter Auslegung sich bewegende Interpretation den Sinn eines Rechtssatzes oder Rechtsbegriffs deutlich ergibt. Auch wenn die genaue Bedeutung einer Gesetzesbestimmung dem Wortlaut nicht entnommen werden kann, kann sie doch klar sein im Hinblick auf den Sinn, der ihr nach bewährter Lehre und Überlieferung beigelegt wird (*Max Guldener*, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. A., Zürich 1979, S. 158, Anm. 15). Als massgebliches materielles Recht kommt jede Norm des objektiven Rechts in Frage. Andererseits gibt es auch klare Rechtsgrundsätze, die im Gesetz nicht ausdrücklich ausgesprochen sind, sich aber aus dem Zusammenhang der ganzen Rechtsordnung oder aus bewährter Lehre und Überlieferung ergeben (*Frank/ Sträuli/Messmer*, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, § 281 N. 48 und 51, S. 915 f., mit Hinweisen).

Da die Nichtigkeitsbeschwerde nur gegen grobe Verstösse und Irrtümer bei der Anwendung materiellen Rechts Abhilfe schaffen kann, hat die Kassationsinstanz insbesondere auch nicht darüber zu entscheiden, ob sie den angefochtenen Entscheid für richtig ansieht. Dieser ist vielmehr nur aufzuheben, wenn über die Auslegung einer Rechtsvorschrift kein begründeter Zweifel bestehen kann bzw. wenn die Rechtsauffassung der Vorinstanz direkt unvertretbar war (*Frank/Sträuli/Messmer*, § 281 N. 51, S. 915 f., mit Hinweisen; *Diether von Rechenberg*, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. A., Zürich 1986, S. 28).

b) Die hier in Frage stehende Bestimmung von Art. 137 Abs. 2 des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs vom 10. Dezember 1907 (ZGB, SR 210) sieht vor, dass der Richter die "nötigen" vorsorglichen Massnahmen treffe. Art. 137 Abs. 2 ZGB entspricht insoweit inhaltlich aArt. 145 Abs. 2 ZGB. Der Richter wird dabei auf sein Ermessen und damit auf die Entscheidung nach Recht und Billigkeit verwiesen (*Bühler/ Spühler*, Berner Kommentar, Bern 1980, Art. 145 ZGB N. 13, S. 232, mit Hinweisen). Eine Gesetzesvorschrift, die den Richter auf sein Ermessen verweist, stellt an sich kein klares materielles Recht dar. Es kann nicht Aufgabe der Kassationsinstanz sein, ihr Ermessen an Stelle des erkennenden Richters zu setzen. Eine Verletzung von klarem Recht kann nur gerügt werden, wenn der Richter zu Unrecht annimmt, er habe nicht nach seinem Ermessen oder in Würdigung der Umstände zu entscheiden. Ferner, wenn er sich von Gesichtspunkten hat leiten lassen,

die nach Sinn und Zweck des Gesetzes nicht in Betracht gezogen werden dürfen, oder wenn er umgekehrt wesentliche Gesichtspunkte grundlos unberücksichtigt gelassen hat (Ermessensmissbrauch oder Ermessensüberschreitung; *Frank/Sträuli/Messmer*, § 281 Ziff. 3 N. 52 f., S. 916).

Zu berücksichtigen ist sodann, dass vorsorgliche Massnahmen in einem summarischen Verfahren getroffen werden. Der Massnahmenrichter soll die nötigen Massregeln anordnen, sobald ihm die nächstliegenden Auskunftsmittel (Parteibefragung, Amtsberichte, Urkunden) nach seinem Ermessen die sachgerechte Entscheidung ermöglichen (*Bühler/Spühler*, Art. 145 ZGB N. 419, S. 327, mit Hinweisen). Dabei muss es genügen, dass ihm die erheblichen Tatsachen glaubhaft erscheinen (vgl. Art. 295 Abs. 2 ZPO).

c) Der Beschwerdeführer erzielt ein monatliches Nettoeinkommen von Fr. 2'355.–. Der Massnahmenrichter hat ihm jedoch ein hypothetisches Nettoeinkommen von Fr. 8'188.– angerechnet und ihn unter Berücksichtigung dieses hypothetischen Einkommens zu einer Unterhaltszahlung an die Beschwerdegegnerin in Höhe von Fr. 1'668.– verpflichtet.

aa) Gemäss Art. 137 Abs. 2 ZGB trifft das Gericht die nötigen vorsorglichen Massnahmen. Die Höhe des Unterhaltsbeitrags richtet sich nach den Bedürfnissen der Ehegatten sowie nach ihren persönlichen Umständen, d.h. der Lebensstellung und Leistungsfähigkeit (Art. 163 Abs. 3 ZGB). Dabei ist vom erzielbaren Einkommen beider Ehegatten auszugehen. Massgebend ist, was in guten Treuen bzw. bei gutem Willen als Einkommen erzielt werden kann. Auf ein entsprechendes hypothetisches Einkommen abzustellen, rechtfertigt sich insbesondere, wenn eine Partei ihr Einkommen freiwillig vermindert hat. Wo jedoch die reale Möglichkeit fehlt, das Einkommen wieder zu steigern bzw. die bisherige höhere Leistungskraft wieder zu erreichen, muss eine entsprechende Einkommenssteigerung ausser Betracht bleiben (BGE 117 II 16 ff.; 119 II 317). Für die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens ist folglich Voraussetzung, dass die Einkommenssteigerung möglich und zumutbar ist. Diese Auffassung kann jedoch zu stossenden Ergebnissen führen, welche durch das Rechtsmissbrauchsverbot von Art. 2 Abs. 2 ZGB zu korrigieren sind (*Bräm/Hasenböhler*, Zürcher Kommentar, Zürich 1993, Art. 163 ZGB N. 97, S. 121 f.; OGE vom 2. Dezember 1999 i.S. X., E. 5e, Amtsbericht 1999, S. 86 f.).

bb) Der Massnahmenrichter hat dem Beschwerdeführer, wie erwähnt, ein hypothetisches Nettoeinkommen von Fr. 8'188.– angerechnet. Zur Begründung führte er aus, der Beschwerdeführer habe die monatliche Erwerbsausfallrente der Winterthur Leben von Fr. 5'833.– freiwillig kapitalisiert und diesen Betrag zum Kauf einer 4½-Zimmerwohnung ... verwendet. Aus

dem in die Wohnung investierten Betrag erhalte er nicht nur keine Erträge, sondern es erwüchsen ihm noch zusätzliche Ausgaben für die monatliche Verzinsung der Hypotheken. Durch diese freiwillige Vermögensentäusserung habe sich sein monatliches Einkommen reduziert und decke nunmehr nicht einmal mehr seine eigenen Ausgaben. Damit habe der Beschwerdeführer eine böswillige Vermögensentäusserung vorgenommen, und er handle wider Treu und Glauben, wenn er sich nun auf mangelnde Einnahmen berufe. Ein solches Verhalten sei rechtsmissbräuchlich und verdiene keinen Rechtsschutz. Der Beschwerdeführer habe sich deshalb einen hypothetischen Vermögensertrag anrechnen lassen, und zwar in Höhe des ihm vor der Kapitalisierung als Erwerbsausfallrente monatlich ausbezahlten Betrags von Fr. 5'833.–.

cc) Die Erwägungen des Massnahmenrichters sind – entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers – unter dem Gesichtswinkel des "klaren Rechts" nicht zu beanstanden (vgl. vorstehende E. 3b).

... Am 10. Oktober 2001 reichten die Parteien ... das gemeinsame Scheidungsbegehren ein. Der Beschwerdeführer war bei der Winterthur Leben gegen Erwerbsausfall versichert und erhielt eine monatliche Erwerbsausfallrente von Fr. 5'833.–. Diese Rente wäre bis spätestens 31. Dezember 2004 angefallen. Bereits am 16. Juli 2001 verlangte der Beschwerdeführer die Kapitalisierung der Erwerbsausfallrente. Mit Schreiben vom 20. Juli 2001 offerierte ihm die Winterthur Leben eine einmalige Auszahlung von Fr. 203'000.–, welche der Beschwerdeführer am 30. August 2001 akzeptierte, nachdem er sich per 31. August 2001 in Schaffhausen abgemeldet hatte. Mit der ihm ausbezahlten Summe kaufte er am 5. Oktober 2001 eine 4½-Zimmerwohnung ... Damit verzichtete der Beschwerdeführer freiwillig auf die ihm monatlich zustehende Rente von Fr. 5'833.–. Gleichzeitig investierte er die ihm ausbezahlte Summe von Fr. 203'000.– in den Wohnungskauf, womit er ebenfalls freiwillig auf einen Vermögensertrag aus dieser Summe verzichtete. Der Beschwerdeführer verzichtete sowohl auf die Rente als auch auf den Vermögensertrag, obwohl er wissen musste, dass er seinen Teil an den Unterhalt der Familie zu leisten hat. Das Gegenteil macht er auf jeden Fall nicht geltend. Unter diesen Umständen ist es aber zumindest vertretbar und stellt weder einen Ermessensmissbrauch noch eine Ermessensüberschreitung dar, wenn der Massnahmenrichter annahm, das Verhalten des Beschwerdeführers sei rechtsmissbräuchlich und verdiene keinen Rechtsschutz. Die vom Beschwerdeführer aufgeführten Gründe, die ihn zum Wohnungskauf veranlasst haben sollen, überzeugen denn letztlich auch nicht. ...

Dementsprechend ist unter dem Gesichtswinkel des "klaren Rechts" nicht zu beanstanden, dass der Massnahmenrichter dem Beschwerdeführer die Rente der Winterthur Leben, auf die er freiwillig verzichtet hat, als Einkommen

aufgerechnet hat und damit von einem hypothetischen Einkommen von Fr. 8'188.– ausgegangen ist.