

Urteil der 1. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Bern,
unter Mitwirkung von Oberrichterin Pfister Hadorn (Referentin), Oberrichterin Apolloni
Meier und Oberrichter Kunz sowie Kammerschreiber Günther

vom 25. Juni 2009

hat in der Streitsache zwischen

F.

vertreten durch Rechtsanwalt X.

Gesuchsgegnerin/Appellantin

und

G.

vertreten durch Fürsprecherin Y.

Gesuchsteller/Appellat



Regeste:

- *Art. 137 Abs. 2 i.V.m. Art. 179 Abs. 1 ZGB: Abänderung von Unterhaltsbeiträgen an die Ehegattin im Rahmen eines Gesuchs um Erlass vorsorglicher Massnahmen während des Scheidungsverfahrens*
- *Prüfung der Abänderungsvoraussetzungen gemäss Art. 179 ZGB: Dauerhaftigkeit, Wesentlichkeit und Nichtvorhersehbarkeit der Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse.*
- *Neufestsetzung der Unterhaltsbeiträge: Grundsätzlich ist für die Bestimmung der Höhe des Unterhaltsbeitrages von den wesentlichen Bemessungsgrundlagen auszugehen, wie sie der Trennungsvereinbarung vom 24. Januar 2007 zu Grunde liegen, sofern nicht eine Veränderung ebendieser Grundlagen behauptet wird. Die Abänderung soll nicht dazu benutzt werden, um nach Art einer Wiedererwägung dieselbe Angelegenheit neu aufzurollen.*

Redaktionelle Vorbemerkungen:

Im zu beurteilenden Fall wurden die vom Appellaten an die Appellantin zu leistenden Ehegattenunterhaltsbeiträge erstmals im Rahmen eines Eheschutzverfahrens mittels gerichtlich genehmigter Trennungsvereinbarung bestimmt. In der Zwischenzeit machten die Ehegatten das Scheidungsverfahren anhängig. Mit Gesuch gemäss Art. 137 ZGB verlangte der Ehemann und Appellat die Abänderung (Herabsetzung) der mit Trennungsvereinbarung vom 24. Januar 2007 vereinbarten Unterhaltsbeiträge. Er begründete dieses Gesuch im Wesentlichen mit der Geburt eines zweiten, ausserehelichen Kindes während bestehender Ehe mit der Appellantin (wertend auch „Ehebruchskind“ genannt) und den damit einhergehenden Mehrkosten bzw. Einkommenseinbussen (Kin-

derkosten, Einkommenseinbusse infolge vermehrter Übernahme von Betreuungspflichten).

Auszug aus den Erwägungen:

I.

[...]

II.

[...]

III.

1. Auf Begehren eines der Ehegatten passt der Eheschutzrichter die angeordneten Massnahmen an veränderte Verhältnisse an oder hebt sie auf, wenn ihr Grund weggefallen ist (Art. 179 Abs. 1 erster Halbsatz ZGB). Voraussetzung für eine Abänderung ist jedoch, dass eine erhebliche und dauernde Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse eingetreten ist oder dass der frühere Entscheid auf unzutreffenden Annahmen beruht hatte (Urteile 5P.212/2003 vom 9. Juli 2003, E. 2.6, und 5P.387/2002 vom 27. Februar 2003, E. 2; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Berner Kommentar, N 8a und 10 zu [a]Art. 179 ZGB; HASENBÖHLER, Basler Kommentar, N 3 und 4 zu [a]Art. 179 ZGB; BRÄM/HASENBÖHLER, Zürcher Kommentar, N 8 zu [a]Art. 179 ZGB). Im Abänderungsverfahren sind nur echte Noven zu berücksichtigen. Was im Urteilszeitpunkt bekannt bzw. vorhersehbar war, ist kein Novum und demzufolge kein Abänderungsgrund (HAUSHEER/SPYCHER, Handbuch des Unterhaltsrechts, Bern 1997, N 09.13). Folglich tritt die Unvorhersehbarkeit der Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse als weitere Voraussetzung für die Abänderung von Unterhaltsbeiträgen hinzu.
2. Die Abänderbarkeit vorsorglicher Massnahmen ist im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt, ergibt sich aber aus der Tatsache, dass das Gericht die nötigen vorsorglichen Massnahmen zu treffen hat, was die Abänderung nicht mehr angebrachter Massnahmen auf Antrag einer Partei einschliesst (HAUSHEER/SPYCHER, Unterhalt nach neuem Scheidungsrecht, Ergänzungsband zum Handbuch des Unterhaltsrechts, Bern 2001, N 09.33).
3. Gemäss Art. 137 Abs. 2 ZGB sind die Bestimmungen über die Massnahmen zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft im vorsorglichen Massnahmeverfahren sinngemäss anwendbar.
4. Wie bei der Bemessung der Unterhaltsbeiträge kann sich auch im Abänderungsverfahren die Frage stellen, ob ein Ehegatte in rechtsmissbräuchlicher Art und Weise Ansprüche stellt oder seine Leistungsfähigkeit reduziert (BRÄM/HASENBÖHLER, a.a.O., N 12 zu Art. 179 ZGB). Demnach liegen die Abände-

rungsvoraussetzungen nicht vor, wenn die Veränderung in rechtsmissbräuchlicher Weise von jenem Ehegatten herbeigeführt worden ist, der die Anpassung der Eheschutzmassnahme verlangt. Als rechtsmissbräuchlich angesehen wird insbesondere auch eine selbstverschuldete Minderung der eigenen Leistungsfähigkeit (HAUSHEER/REUSSER/GEISER, a.a.O., N 10 zu Art. 179 ZGB).

5. Gestützt auf die obenstehenden rechtlichen Erwägungen hat die Kammer anhand eines zweistufigen Vorgehens vorab zu prüfen, ob sich die tatsächlichen Verhältnisse des Appellaten seit Abschluss der Trennungsvereinbarung vom 24. Januar 2007 erheblich und dauerhaft verändert haben und ob diese Veränderung dem Appellaten im Sinne eines rechtsmissbräuchlichen bzw. rechtswidrigen Verhaltens vorgeworfen werden muss. Falls ersteres bejaht, letzteres verneint werden kann, sind die an die Appellantin auszurichtenden Unterhaltsbeiträge neu festzusetzen. Dabei ist zu beachten, dass beim Ehegattenunterhalt die Dispositionsmaxime zur Anwendung gelangt. Weiter dürfen bei einer Neufestsetzung der Unterhaltsbeiträge nur gerade die veränderten Tatsachen und ihre voraussichtliche Weiterentwicklung, nicht aber die gerichtlichen Feststellungen und Wertungen des früheren Prozesses neu beurteilt werden (vgl. HAUSHEER/SPYCHER, a.a.O., N 09.14, S. 483/484; BGE 117 II 359, 366, E. 5a).

Vorliegend erblickt der Appellat eine wesentliche und dauerhafte Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse darin, dass er am 29. Dezember 2007 Vater eines zweiten, ausserehelichen Kindes, nämlich des Sohnes S., geworden ist und in der Folge zwecks Übernahme von Betreuungsaufgaben seine Arbeitsstelle als (...) in Z. aufgegeben hat, womit ein Nettoeinkommen von CHF 7'516.00 pro Jahr gemäss Lohnausweis 2007 wegfällt. Weiter führt er die mit der Geburt des Kindes verbundenen zusätzlichen Kosten sowie den gestiegenen Betreuungsaufwand ins Feld. Demgegenüber bringt er aber auch vor, dass er durch den Verkauf der Bauparzelle P. keinen Hypothekarzins mehr entrichten muss. Schliesslich führte der Appellat anlässlich der Gesuchsverhandlung vom 24. März 2009 erstmals aus, ab August 2009 werde es an der Musikschule M. keinen Chor mehr geben, wodurch auch diese Einkommensquelle wegfalle (vgl. pag. 64).

6. *Vorhersehbarkeit/Dauerhaftigkeit der Veränderung*

Die Geburt des Kindes S. war im Zeitpunkt des Abschlusses der Trennungsvereinbarung am 24. Januar 2007 sicher noch nicht vorhersehbar, kam doch das Kind am 29. Dezember 2007 zur Welt, mithin mehr als neun Monate nach Erlass der eheschutzrechtlichen Regelung. Damit ist das Kriterium der Nichtvorhersehbarkeit der Veränderung der Verhältnisse erfüllt. Weiter ist auch von der Dauerhaftigkeit der Veränderung auszugehen: Gemäss Art. 277 ZGB dauert die Unterhaltspflicht der Eltern bis zur Mündigkeit des Kindes bzw. bis zum Abschluss einer angemessenen Ausbildung.

7. *Rechtsmissbräuchliche Herbeiführung der Veränderung*

Der Rechtsvertreter der Appellantin sieht in der Gründung einer Nebenfamilie während der Ehe (S. ist das zweite aussereheliche Kind des Appellaten, welches dieser mit seiner Partnerin D. während bestehender Ehe mit der Appellantin gezeugt hat; das erste Kind, die Tochter T., wurde am 8. Dezember 2006 geboren) ein rechtswidriges Verhalten des Appellaten im Sinne eines Verstosses gegen die eheliche Treue- und Beistandspflicht gemäss Art. 159 Abs. 3 ZGB. Die Vorinstanz hat diese Problematik unter dem Thema Rangfolge der Unterhaltsbeiträge abgehandelt und erwogen, der Unterhalt für das zweite Kind des Appellaten sei in der Bedarfsberechnung nur zu berücksichtigen, wenn er gegenüber dem Unterhalt der Appellantin Vorrang habe oder mindestens gleichrangig sei. Sie kam sodann zum Schluss, dem Unterhaltsbeitrag von S. komme Priorität zu, da ein Kind nicht selbst für seinen Unterhalt sorgen könne und daher eines besonderen Schutzes bedürfe (pag. 181).

Gemäss Art. 278 Abs. 2 ZGB hat jeder Ehegatte dem andern in Erfüllung der Unterhaltspflicht gegenüber vorehelichen Kindern in angemessener Weise beizustehen. Die Bestimmung bezieht sich nach ihrem Wortlaut nur auf voreheliche Kinder des andern Ehegatten; der Unterhalt des nebenehelichen Kindes ist demgegenüber ausschliesslich von dessen Eltern zu tragen. Indes wird dann – scheitert die Ehe nicht – die Beistandspflicht von Art. 159 ZGB eine Lösung in Anlehnung an Art. 278 Abs. 2 ZGB faktisch gebieten, da die Leistungsfähigkeit des pflichtigen Gatten von der Lastenteilung in dessen Ehe abhängt (vgl. BREITSCHMID, Basler Kommentar, N 5 zu Art. 278 ZGB). Aus der allgemeinen Beistandspflicht unter den Ehegatten gemäss Art. 159 Abs. 3 ZGB - und nicht aus ihrer Konkretisierung in Art. 278 Abs. 2 ZGB für voreheliche Kinder - folgt nämlich, dass die Ehegatten einander bei der Erziehung selbst von ausserehelichen Kindern im Grundsatz finanziell aushelfen müssen, wenn auch in erster Linie die Eltern des ausserehelichen Kindes und nicht deren Ehegatten für den Unterhalt verantwortlich sind. Wo die Mittel des einen Ehegatten nicht ausreichen, um neben dem bisherigen Beitrag an den ehelichen Unterhalt seinen Anteil an den Unterhalt des ausserehelichen Kindes zu leisten, ist eine verhältnismässige Veränderung der Anteile an den ehelichen Unterhalt zu Lasten des andern Ehegatten unausweichlich; insoweit besteht für den Stiefelternteil eine indirekte Beistandspflicht, die in Ausnahmefällen auch zur Folge haben kann, dass der Ehegatte des Unterhaltspflichtigen eine Erwerbstätigkeit aufnehmen oder eine bestehende Erwerbstätigkeit ausdehnen muss (BGE 127 III 68, 71, E. 3). Dem Rechtsvertreter der Appellantin ist deshalb insoweit zuzustimmen, dass der Appellat mit der Zeugung von S. (wie auch mit der Zeugung des ersten ausserehelichen Kindes) seine eheliche Beistands- und Treuepflicht klarerweise verletzt hat. Ebendiese eheliche Beistandspflicht gebietet es jedoch auch, dass die Appellantin in einem angemessenen Rahmen in Kauf nehmen muss, dass die Fähigkeit des Appellaten, das Seine an den gesamten Lebensbedarf der Familie beizutragen, herabgesetzt ist und sie deshalb selber mehr an den Unterhalt beitragen muss (so auch HAUSHEER/REUSSER/GEISER, a.a.O., N 42 zu Art. 159 ZGB).

Das Bundesgericht lässt in seinem Grundsatzentscheid zur finanziellen Leistungskraft des Unterhaltsschuldners im Familienrecht Ausnahmen von der

Regel zu, dass das betreibungsrechtliche Existenzminimum unangetastet bleiben muss (BGE 123 III 1, 7, E 3e); auch bei der Bemessung des Betrags für die Kinder nach Art. 285 Abs. 1 ZGB kann sich der Richter aber in der Regel nicht über die Schranke der Leistungsfähigkeit des unterhaltspflichtigen Elternteils, in casu des Appellaten, hinwegsetzen (BGE 123 III 1, 9, E 5). Vorliegend ist es dem Appellaten gestützt auf das durch die Vorinstanz ermittelte Einkommen von monatlich CHF 6'600.00 (pag. 87; die korrekte Bestimmung dieses Betrages wird nachfolgend freilich noch zu prüfen sein) nicht möglich, seinen Unterhaltspflichten gegenüber den beiden ausserehelichen Kindern und der Appellantin im bisherigen Umfang nachzukommen, ohne dass in sein betreibungsrechtliches Existenzminimum eingegriffen würde. Deshalb stellt die Geburt von S. - trotz gescheiterter Ehe; das gemeinsame Scheidungsbegehren wurde mit Eingabe vom 2. Juli 2007 bei der Vorinstanz anhängig gemacht - einen Umstand dar, welcher für die Prüfung der Erheblichkeit der Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse zumindest relevant ist, ohne dass damit bereits etwas über die Erheblichkeit an sich gesagt wäre. Die Kammer hat keinerlei Hinweise, dass der Kinderwunsch des Appellaten und seiner Partnerin zum Ziel hatte, die Unterhaltsverpflichtung gegenüber der Appellantin zu umgehen. Eine Konstellation, in welcher die Geburt eines Kindes als rechtsmissbräuchlich oder gar rechtswidrig angesehen werden muss, ist ohnehin kaum vorstellbar (so ausdrücklich BGE 5C.170/2004, dessen Urteilsgegenstand die Kollision des Unterhaltsbeitrages der abgeschiedenen Ehegattin mit dem Unterhaltsbeitrag der nachehelich gezeugten Kinder bildet).

8. *Wesentlichkeit bzw. Erheblichkeit der Veränderung*

8.1 Die Wesentlichkeit der Veränderung lässt sich nur unter Heranziehung der ursprünglichen Verhältnisse, d.h. der Verhältnisse im Zeitpunkt des Abschlusses der Trennungsvereinbarung, ermitteln. Dabei sind nur Positionen zu berücksichtigen, die sich verändert haben, und es erfolgt keine abweichende Würdigung des restlichen Prozessstoffes. Allerdings sind auch veränderte Positionen zu berücksichtigen, die für sich allein gesehen nicht erheblich sind oder als Gegenpositionen die Erheblichkeit wieder ausschliessen. Ob die Veränderungen erheblich sind, ist also in einer Gesamtbetrachtung der veränderten (und allenfalls der zuerst unrichtig beurteilten) Positionen, unter Ausschluss der nicht veränderten zu entscheiden (vgl. HAUSHEER/SPYCHER, Handbuch des Unterhaltsrechts, a.a.O., N 09.13; BGE 117 II 359 E. 5a und 6).

8.2

[...]

8.3

[...]

8.4

[...]

8.5

[...]

8.6

[...]

8.7

[...]

9.

[...]

9.1 Grundsätzlich ist für die Bestimmung der Höhe des Unterhaltsbeitrages von den wesentlichen Berechnungsgrundlagen auszugehen, wie sie der Trennungsvereinbarung vom 24. Januar 2007 zu Grunde lagen, sofern nicht eine Veränderung ebendieser Grundlagen behauptet wird. Die Abänderung soll nicht dazu benutzt werden, um nach Art einer Wiedererwägung dieselbe Angelegenheit neu aufzurollen (vgl. VETTERLI, FamKomm Scheidung, Bern 2005, N 3 zu Art. 179 ZGB).

9.2 Vorliegend stellt sich indessen das Problem, dass die Berechnungsgrundlagen, welche der vor Gerichtskreis II Biel-Nidau abgeschlossenen Trennungsvereinbarung vom 24. Januar 2007 zugrunde lagen, gar nicht bekannt sind. Ein entsprechendes Berechnungsblatt kann nicht mehr ausfindig gemacht werden (vgl. Aussagen der Parteien und Parteivertreter, pag. 75, pag. 76). Infolgedessen kommt man nicht umher, die Berechnungsgrundlagen neu zu ermitteln. Entgegen den Ausführungen des Rechtsvertreters der Appellantin findet die Kammer in den Akten keine genügenden Hinweise auf die finanzielle Situation der Parteien zum Zeitpunkt des Abschlusses der Eheschutzvereinbarung.

9.3 Der Appellationshof weicht nach ständiger Praxis in Verfahren nach Art. 137 ZGB (welche nach einer raschen Klärung der Verhältnisse rufen und lediglich provisorischen Charakter aufweisen) nicht ohne Not von den Erkenntnissen des Vorrichters ab, zumal dieser die konkreten örtlichen und persönlichen Verhältnisse besser kennt (so genannte Ohne-Not-Praxis). Ein Eingreifen in oberer Instanz rechtfertigt sich nur dann, wenn die vom erstinstanzlichen Richter getroffene Lösung offensichtlich unsachlich oder unangemessen ist, namentlich wenn massgebliche Umstände überhaupt nicht berücksichtigt wurden (ZBJV 123, S. 236).

Das Bundesgericht hat mit Entscheid vom 20. März 2006 (5P 463/2005) die verfassungsrechtliche Zulässigkeit dieser Praxis ausdrücklich bestätigt und erwogen, es bedeute keine Rechtsverweigerung, wenn es das obere Gericht ablehne, einen vertretbaren Massnahmenentscheid durch einen anderen zu ersetzen.

Folglich stellt die Kammer bei der Neufestsetzung des Unterhaltsbeitrages auf die Grundlagen der Vorinstanz ab, sofern sie diese anlässlich der Prüfung der Wesentlichkeit der Veränderung nicht abweichend gewürdigt hat.

9.4

[...]

9.5

[...]

IV.

[...]

Hinweis:

Das Urteil ist in Rechtskraft erwachsen.