

Hochschulstrasse 17
Postfach
3001 Bern
Telefon +41 31 635 48 02
Fax +41 31 635 48 14
obergericht-zivil.bern@justice.be.ch
www.justice.be.ch/obergericht

Entscheid

ZK 17 112

Bern, 1. Juni 2017

Besetzung

Oberrichter Studiger (Referent), Oberrichter J. Bähler und Ober-
richterin Pfister Hadorn
Gerichtsschreiber Nuspliger

Verfahrensbeteiligte

A. _____
vertreten durch Rechtsanwalt B. _____
Gesuchsteller/Berufungskläger

gegen

C. _____
vertreten durch Rechtsanwalt D. _____
Gesuchsgegnerin/Berufungsbeklagte

Gegenstand

vorsorgliche Massnahmen ZPO 276

Beschwerde gegen den Entscheid des Regionalgerichts Berner
Jura-Seeland vom 13./19. Dezember 2016 (CIV 16 4149)



Regeste:

Wird während der Redaktion der Entscheidungsbegründung beim Regionalgericht ein Gesuch um vorsorgliche Massnahmen (Abänderung Unterhaltsbeiträge) gestellt, so bleibt das Regionalgericht hierfür zuständig, auch wenn später Berufung erhoben wird (E. 12). In zeitlicher Hinsicht hat es das Gesuch diesfalls bis zum Tag vor der Berufung zu behandeln. Für die Zeit danach ist ausschliesslich das Obergericht zuständig (analog zur Abgrenzung der Zuständigkeiten von Eheschutz- und Scheidungsgericht, BGE 138 III 646 E. 3).

Erwägungen:

I.

1. Mit Trennungsvereinbarung vom 19. November 2012 verpflichtete sich A. _____ (nachfolgend: Berufungskläger), folgende Unterhaltsbeiträge zu bezahlen:
 - für den gemeinsamen Sohn E. _____: CHF 2'500.00 pro Monat (Ziff. 6),
 - für die Ehefrau C. _____ (nachfolgend: Berufungsbeklagte): CHF 4'500.00 pro Monat (Ziff. 7).

2.

- 2.1 Mit Scheidungsklage vom 19. März 2014 leitete der Berufungskläger beim Regionalgericht Berner Jura-Seeland das Scheidungsverfahren ein (CIV 14 1245).
- 2.2 Mit Urteil vom 26. Mai 2016 schied das Regionalgericht die Ehe der Parteien. Es verpflichtete den Berufungskläger zur Zahlung folgender Unterhaltsbeiträge:
 - für den gemeinsamen Sohn E. _____: CHF 2'000.00 pro Monat;
 - für die Berufungsbeklagte: CHF 3'600.00 bis und mit Dezember 2017, sodann CHF 2'000.00 bis und mit Juli 2023.

Der Beginn der Zahlungspflicht wurde auf den Eintritt der Rechtskraft des Ehescheidungsentscheides festgelegt.

Der Entscheid wurde den Parteien vorerst im Dispositiv, d.h. ohne schriftliche Begründung, eröffnet. Beide Ehegatten verlangten eine schriftliche Begründung; diese datiert vom 21. September 2016.

- 2.3 Gegen diesen Entscheid erhob der Berufungskläger am 24. Oktober 2016 Berufung beim Obergericht des Kantons Bern. Er beantragte, der monatliche Kinderunterhaltsbeitrag sei auf CHF 715.00, eventualiter auf CHF 1'605.00 festzulegen. Zudem sei festzustellen, dass er keinen nachehelichen Unterhalt schulde.
- 2.4 Das Obergericht des Kantons Bern reduzierte den Kinderunterhaltsbeitrag auf CHF 1'900.00 pro Monat; das Ehegattenaliment belies es unverändert (Entscheid vom 31. März 2017). Der Beginn der Zahlungspflicht wurde auf den 29. November 2016 (Rechtskraft des Scheidungspunktes) fixiert (Entscheid ZK 16 551 vom 31. März 2017).

3.

3.1 Am 24. August 2016, noch bevor die schriftliche Begründung des Scheidungsurteils vorlag, beantragte der Berufungskläger dem Regionalgericht im Rahmen eines Gesuchs um vorsorgliche Massnahmen die Abänderung der Trennungsvereinbarung vom 19. November 2012 (Ziff. 1 oben) und die Neufestsetzung der Unterhaltsbeiträge ab September 2016 wie folgt (pag 1 ff.):

- für den gemeinsamen Sohn E. _____: CHF 2'000.00 pro Monat;
- für die Berufungsbeklagte: CHF 3'600.00 pro Monat.

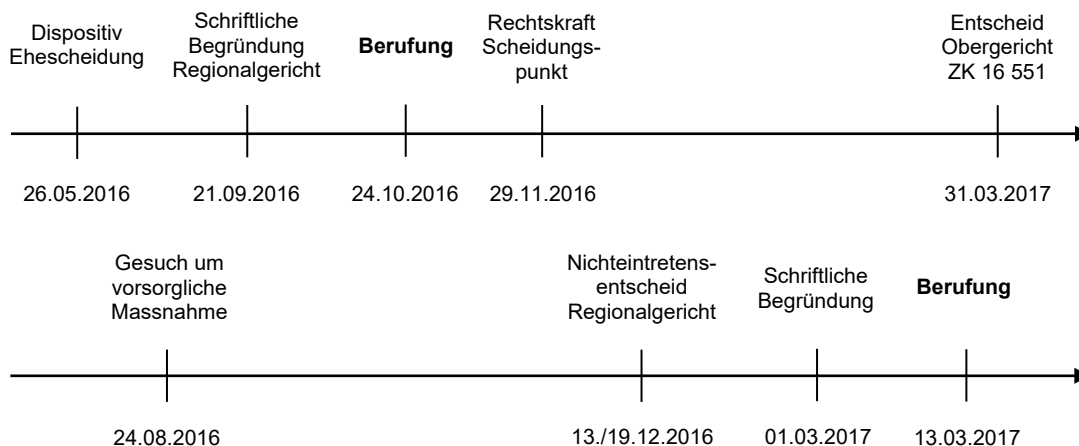
3.2 In ihrer Stellungnahme vom 28. Oktober 2016 (pag. 18 ff.) beantragte die Berufungsbeklagte, das Gesuch sei kostenfällig abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden könne.

3.3 Mit Entscheid vom 13. Dezember 2016 trat das Regionalgericht auf das Gesuch um vorsorgliche Massnahmen nicht ein und verurteilte den Berufungskläger zur Zahlung der Prozesskosten (pag. 40 f.). Diesen Entscheid berichtigte es am 19. Dezember 2016 (pag. 46 f.) und fertigte sodann auf Begehren des Berufungsklägers eine schriftliche Entscheidebegründung an. Diese datiert vom 1. März 2017 (pag. 51 ff.).

3.4 Gegen diesen Nichteintretensentscheid erhob der Berufungskläger am 13. März 2017 Berufung (vorliegendes Verfahren ZK 17 112; pag. 58 ff.). Er beantragt, der angefochtene Entscheid sei aufzuheben (Rechtsbegehren 1) und das Obergericht des Kantons Bern habe über das Gesuch um vorsorgliche Massnahmen vom 24. August 2016 einen materiellen Entscheid zu treffen.

3.5 In ihrer Berufungsantwort vom 24. März 2017 (pag. 70 ff.) beantragt die Berufungsbeklagte, es sei davon Kenntnis zu nehmen, dass sie betreffend (sachliche) Zuständigkeit auf einen förmlichen Antrag verzichte. Im Übrigen seien das Gesuch vom 24. August 2016 und die Berufung vom 13. März 2017 kostenfällig abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden könne (pag. 70 ff.).

4. Grafisch dargestellt präsentiert sich die hier interessierende Prozessgeschichte wie folgt, wobei der obere der parallellaufenden Zeitstrahlen die Ehescheidung, der untere das streitgegenständliche Massnahmeverfahren darstellt:



II. Formelles

5. Mit Berufung angefochten ist ein erstinstanzlicher Entscheid über vorsorgliche Massnahmen (Art. 308 Abs. 1 Bst. b der Zivilprozessordnung [ZPO; SR 272]) in einer vermögensrechtlichen Angelegenheit. Der für die Berufung erforderliche Streitwert (Art. 308 Abs. 2 ZPO) von CHF 10'000.00 ist erreicht, da sich die Reduktion der Unterhaltsbeiträge von CHF 500.00 (Berufungsbeklagte) und CHF 900.00 (Sohn) aus damaliger Sicht auf eine unbestimmte Anzahl Monate auswirkte.
6. Die Zivilkammern des Obergerichts des Kantons Bern sind zur Behandlung der Berufung in jeder Hinsicht zuständig (Art. 6 Abs. 1 des Einführungsgesetzes zur Zivilprozessordnung, zur Strafprozessordnung und zur Jugendstrafprozessordnung [EG ZSJ; BSG 271.1]).
7. Die 10-tägige Berufungsfrist (Art. 314 Abs. 1 ZPO) ist gewahrt (Zustellung der schriftlichen Entscheidungsbegründung am 2. März 2017, pag. 57; Postaufgabe der Berufung am Montag, 13. März 2017, pag. 65).
8. Ob die gestellten Rechtsbegehren (fehlender Antrag in der Sache) und die Berufungsbegründung (materiell blosser Verweis auf die bisherigen Rechtsschriften) formell ausreichend sind, kann mit Blick auf die besondere Konstellation und den abschlägigen Verfahrensausgang offenbleiben.

III.

9. Das Regionalgericht trat auf das Gesuch um vorsorgliche Massnahmen nicht ein. Es begründete dies wie folgt:
 - Die sachliche Zuständigkeit zum Erlass und zur Änderung vorsorglicher Massnahmen liege gemäss Art. 276 Abs. 1 und 2 ZPO beim «Scheidungsgericht». Diese Regelung basiere auf dem Gedanken, dass vorsorgliche Massnahmen und Entscheid in der Hauptsache beim gleichen Gericht konzentriert werden sollen. Dies sei sinnvoll, um widersprüchliche Urteile zu vermeiden.
 - Die ZPO bestimme, dass die örtliche Zuständigkeit bei Eintritt der Rechtshängigkeit fixiert werde (Art. 64 Abs. 1 Bst. b ZPO). Diese Norm betreffe allerdings ausdrücklich nur die örtliche Zuständigkeit. Eine Parallelnorm für die sachliche Zuständigkeit kenne die ZPO nicht. Für die sachliche Zuständigkeit sei daher nach allgemeiner Regel der Entscheidzeitpunkt massgebend.
 - Am 13. bzw. 19. Dezember 2016 sei das Scheidungsverfahren bereits beim Obergericht des Kantons Bern hängig gewesen (Berufung des Ehemannes). Dieses und nicht mehr das Regionalgericht sei nunmehr «Scheidungsgericht» i.S.v. Art. 276 Abs. 1 und 2 ZPO und somit auch für vorsorgliche Massnahmen zuständig. Mangels sachlicher Zuständigkeit habe auf das Gesuch nicht eingetreten werden können.
 - Dass das Obergericht über das Gesuch um vorsorgliche Massnahmen entscheide, sei auch aus praktischen Überlegungen sinnvoll (Aktenstandort).

10.

10.1 Nach Ansicht des Berufungsklägers hätte das Regionalgericht das Massnahmeverfahren zur Weiterbearbeitung an das Obergericht überweisen müssen, statt einen Nichteintretensentscheid zu fällen. Er begründet dies mit folgenden Argumenten:

- Vorsorgliche Massnahmen könnten auch dann angeordnet werden, wenn die Ehe zwar aufgelöst sei, das Verfahren über die Scheidungsfolgen aber noch andauere (Art. 276 Abs. 3 ZPO).
- Mit Einreichung der Berufung werde das Verfahren vor der Berufungsinstanz weitergeführt. Die Akten des Scheidungsverfahrens würden zu diesem Zweck an das Obergericht weitergeleitet. In diesen Akten enthalten seien auch die Akten des Gesuchs um vorsorgliche Massnahmen. Ein Zurückbehalten der Akten des Massnahmeverfahrens sei nicht haltbar.
- Ab Berufung gehe die Kompetenz zum Erlass vorsorglicher Massnahmen auf das Obergericht über.
- Zudem sei Art. 48 Abs. 3 BGG analog anzuwenden, welcher besage, dass von Amtes wegen an die zuständige Instanz weiterzuleiten sei, was bei einer (funktionell) unzuständigen Instanz eingereicht wurde. Dies gelte auch dann, wenn die sachliche oder funktionelle Unzuständigkeit im Laufe des Verfahrens eintrete, z.B. durch Anheben eines Rechtsmittels. Andernfalls werde Rechtsverweigerung begangen.

10.2 Der Berufungskläger geht sodann auf die Rechtsprechung zur Abgrenzung der Zuständigkeiten von Eheschutz- und Scheidungsgericht ein (mit Hinweis auf BGE 129 III 60 sowie das Urteil des Bundesgerichts 5A_139/2010 vom 13. Juli 2010).

Seiner Ansicht nach ist diese Rechtsprechung hier nicht anzuwenden. Eheschutz und Scheidung seien eigenständige, voneinander unabhängige Verfahren, die zudem in unterschiedlichen Verfahrensarten zu behandeln seien. Beim Verfahren um vorsorgliche Massnahmen nach Art. 276 ZPO handle es sich demgegenüber um ein Nebenverfahren des Scheidungsverfahrens, dessen Existenz von diesem abhängig sei.

Für den Fall, dass die besagte Rechtsprechung analog angewendet werde, weist der Berufungskläger darauf hin, dass auch diesfalls kein Nichteintretensentscheid hätte erlassen werden dürfen. Zumindest für die Zeitperiode bis zum Einreichen der Berufung (24. August bis 23. Oktober 2016) wäre seiner Ansicht nach ein materielles Entscheid zu fällen gewesen.

10.3 Zusammengefasst ist der Berufungskläger der Ansicht, dass das Regionalgericht durch die Nichtweiterleitung des Gesuchs erstens Art. 276 ZPO, zweitens seinen Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt und drittens eine Rechtsverweigerung begangen hat.

11. Die Berufungsbeklagte hat zur Zuständigkeitsfrage keinen Antrag gestellt.

12. Anlass zur Berufung gibt die Frage, ob die Vorinstanz zu Recht auf das Gesuch um vorsorgliche Massnahmen vom 24. August 2016 nicht eingetreten ist.

12.1 Ab Eröffnung des Dispositivs ist dem Regionalgericht die Zuständigkeit für die Hauptsache in dem Sinne entzogen, als dass es an den Entscheid gebunden ist (BGE 142 III 695 E. 4.2.1 S. 703: «*Le juge est dessaisi de la cause à partir du moment où il a rendu son jugement, en ce sens qu'il ne peut plus modifier celui-ci*»).

Zum definitiven Abschluss des Verfahrens vor dem Regionalgericht kommt es allerdings erst mit dem Versand der Entscheidungsbegründung (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5D_160/2014 vom 26. Januar 2015 E. 2.6 betr. Abweisung des Begründungsgesuchs). Auch der Rechtsmittelweg steht erst nach Zustellung der schriftlichen Entscheidungsbegründung offen.

12.2 Die Berufung wirkt devolutiv, d.h. der Prozess wird auf die Berufungsinstanz «überwälzt» und dort abgewickelt (THOMAS SUTTER-SOMM, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 2012, § 17 Rz. 1302).

Mit Einreichung der Berufung geht die Zuständigkeit für das Verfahren und damit auch zum Erlass vorsorglicher Massnahmen und prozessleitender Verfügungen von der ersten auf die Berufungsinstanz über (REETZ/HILBER, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], Sutter-Somm und andere [Hrsg.], 3. Aufl. 2016, N. 7 zu Art. 315 ZPO). Dies umfasst auch die Abänderung der vorsorglichen Massnahmen, die vom erstinstanzlichen Gericht für die Dauer des Scheidungsverfahrens angeordnet worden sind (Art. 276 Abs. 3 ZPO; Urteil des Bundesgerichts 5A_705/2011 vom 15. Dezember 2011 E. 1.1; SUTTER-SOMM/STANISCHEWSKI, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], Sutter-Somm und andere [Hrsg.], 3. Aufl. 2016, N. 39 zu Art. 276 ZPO; ANETTE SPYCHER, in: Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2012, N. 22 zu Art. 276 ZPO), was konsequenterweise auch für Massnahmen gilt, die das Ehe-schutzgericht angeordnet hat (Art. 276 Abs. 2 ZPO).

Dass den Parteien dabei eine Instanz verlorengelht, ist hinzunehmen und bedeutet keinen Verstoß gegen das Prinzip der «double instance» (Urteil des Bundesgerichts 5A_725/2016 vom 6. März 2017 E. 1.2, zur Publikation vorgesehen).

12.3 Für die Zeitspanne zwischen Eröffnung des Dispositivs und Erhebung der Berufung ist die Frage nach der Zuständigkeit wie folgt zu beantworten:

12.3.1 Zunächst ist der Vorinstanz beizupflichten, dass die ZPO keine Fixierung einer bei Eintritt der Rechtshängigkeit gegebenen sachlichen Zuständigkeit vorsieht (anders noch der Vorentwurf, vgl. MARKUS MÜLLER-CHEN, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], 2. Aufl. 2016, N. 50 zu Art. 64 ZPO).

Fehlt es im Urteilszeitpunkt an der sachlichen Zuständigkeit, was von Amtes wegen zu prüfen ist (Art. 60 ZPO), so hat ein Nichteintretensentscheid zu ergehen (Art. 59 Abs. 1 ZPO). Der Gesuchsteller kann daraufhin sein Gesuch innert 30 Tagen bei der zuständigen Behörde neu einreichen und so eine Rückdatierung der Rechtshängigkeit bewirken (Art. 63 Abs. 1 ZPO).

Das Gesetz geht also vom Grundsatz aus, dass es der klagenden Partei obliegt, ihre Klage (bzw. ihr Gesuch) beim zuständigen Gericht und in der richtigen Verfahrensart anhängig zu machen, und dass entsprechende Mängel das Nichteintreten auf die Klage zur Folge haben. Demgegenüber ist die Überweisung von Amtes wegen in der Zivilprozessordnung bewusst nicht vorgesehen, weil der Gesetzgeber die damit einhergehende Zusatzbelastung des Gerichts vermeiden wollte (Botschaft ZPO, BBl 2006 S. 7277; Urteile des Bundesgerichts 8C_223/2016 vom 13. September 2016 E. 3.2.3.2 und 4A_332/2015 vom 10. Februar 2016 E. 4.2).

Von diesem Grundsatz ist nur abzuweichen, wenn eine gesetzliche Grundlage (z.B. Art. 224 Abs. 2 und Art. 227 Abs. 2 ZPO betr. Streitwert) oder der Grundsatz von Treu und Glauben (z.B. bei der Weiterleitung einer versehentlich bei der urteilenden Erstinstanz eingereichten Berufung an die Zweitinstanz; BGE 140 III 636 E. 3.5 S. 641) dies gebieten. Hier liegt weder das eine noch das andere vor: Eine gesetzliche Grundlage für die Weiterleitung besteht nicht und der anwaltlich vertretene Berufungskläger hat sein Gesuch bewusst und in Antizipation des Weiterzugs beim Regionalgericht eingereicht.

Der «Überweisungstheorie» des Berufungsklägers ist deshalb nicht zu folgen.

12.3.2 Die Vorinstanz ging sodann davon aus, dass die Zuständigkeit zum Erlass vorsorglicher Massnahmen ab Einreichung der Berufung auf die Berufungsinstanz übergeht. Dem ist grundsätzlich beizupflichten (vgl. E. 12.2 oben), jedoch mit folgender Präzisierung:

- Damit das Obergericht vorsorgliche Massnahmen erlässt, bedarf es hierfür eines Gesuchs. Wird ein solches eingereicht und bewilligt das Obergericht in der Folge die Abänderung von Eheschutzmassnahmen, so kann die Änderung (frühestens) auf den Zeitpunkt der Gesuchseinreichung zurückbezogen werden. Eine weitergehende Zurückwirkung ist nur aus ganz besonderen Gründen möglich (Urteile des Bundesgerichts 5A_831/2016 vom 21. März 2017 E. 4.3.1; 5A_274/2015 vom 25. August 2015 E. 3.5, nicht publiziert in BGE 141 III 376).
- Wird nun die Zuständigkeit des Regionalgerichts für vorsorgliche Massnahmen im Zeitraum zwischen Dispositiveröffnung und Einreichung der Berufung verneint, so öffnet sich hierdurch eine Rechtsschutzlücke. Diese lässt sich dadurch schliessen, dass das Regionalgericht (bei welchem sich auch die gesamten Akten befinden, welche es weiterhin für die Redaktion der Entscheidungsbegründung benötigt) für vorsorgliche Massnahmen zuständig bleibt.

Eine ähnliche Lösung wurde zur Abgrenzung der Zuständigkeiten von Eheschutz- und Scheidungsrichter getroffen: Das Eheschutzgericht bleibt zuständig für Massnahmen bis zum Eintritt der Rechtshängigkeit der Scheidung, auch wenn es darüber erst nach diesem Zeitpunkt befindet (BGE 138 III 646 E. 3 S. 648 ff.; SPYCHER, a.a.O., N. 29 zu Art. 276 ZPO; SUTTER-SOMM/STANISCHEWSKI, a.a.O., N. 37 zu Art. 276 ZPO). Eine Abschreibung wegen Gegenstandslosigkeit oder eine Überweisung der Sache an das Scheidungsgericht kommt in der Regel (von fallspezifischen, hier nicht interessierenden Ausnahmen abgesehen) nicht in Betracht (ANETTE DOLGE, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], 2. Aufl. 2016, N. 24 zu Art. 276 ZPO).

- 12.3.3 Dieser Lösung lässt sich nicht entgegenhalten, das Regionalgericht habe mit dem Entscheid in der Hauptsache jede Spruchkompetenz eingebüsst. Denn es ist daran zu erinnern, dass unterschiedliche Sachverhalte zur Diskussion stehen. Vorsorgliche Unterhaltsbeiträge zur Regelung der ehelichen Rechte und Pflichten während des Scheidungsverfahrens werden zudem definitiv zugesprochen und können weder durch ein weiteres Massnahmeverfahren noch durch das Scheidungsurteil selbst rückwirkend aufgehoben werden (BGE 141 III 376 E. 3.3.4 S. 381 m.w.H.).
- 12.3.4 Obige Lösung hat zudem den Vorteil, dass eine Abänderung unabhängig davon möglich ist, ob ein Rechtsmittel ergriffen wird oder nicht. Es ist ja denkbar, dass eine Partei die vom Regionalgericht getroffene nacheheliche Regelung akzeptiert und nur den Zeitraum davor korrigiert haben möchte.
- 12.3.5 Schliesslich steht diese Lösung auch im Einklang mit dem Grundsatz, dass – wo immer möglich – zwei kantonale Instanzen zur Verfügung stehen müssen, bevor der Rechtsmittelweg an das Bundesgericht beschritten werden kann (Prinzip der «double instance»; Art. 75 Abs. 2 des Bundesgerichtsgesetzes [BGG; SR 173.110]).
- 12.3.6 Was die Bedenken des Regionalgerichts betreffend die Gefahr widersprüchlicher Urteile angeht, so ist diese sicherlich existent, wenn auch klein: Das Regionalgericht wird das Massnahmegesuch in der Regel beurteilen können, bevor die Rechtsmittelinstanz die Akten benötigt bzw. selber einen Entscheid zu fällen hat.
- 12.4 Zusammengefasst hätte das Regionalgericht das Gesuch um vorsorgliche Massnahmen für den Zeitraum ab Gesuchseinreichung (24. August 2016) bis zum Tag vor Berufungserhebung (d.h. dem 23. Oktober 2016) behandeln müssen. Ab dem Tag der Berufung (24. Oktober 2016) bis zur Ablösung der Eheschutzmassnahmen durch den nachehelichen Unterhalt (am 29. November 2016) ist das Obergericht für vorsorgliche Massnahmen zuständig, wobei der Berufungskläger mit seiner Rechtsmitteleingabe die 30-Tages-Frist von Art. 63 Abs. 1 ZPO gewahrt hat.
- 12.5 Ob es im vorliegenden Fall zulässig gewesen wäre, das Gesuch um vorsorgliche Massnahmen direkt beim Obergericht einzureichen (in analoger Anwendung von Art. 263 ZPO, Massnahmen vor Rechtshängigkeit), braucht nicht geklärt zu werden.
13. Gemäss Art. 318 Abs. 1 ZPO kann die Rechtsmittelinstanz den angefochtenen Entscheid bestätigen (Bst. a), neu entscheiden (Bst. b) oder die Sache an die erste Instanz zurückweisen, wenn (1.) ein wesentlicher Teil der Klage nicht beurteilt wurde oder (2.) der Sachverhalt in wesentlichen Teilen zu vervollständigen ist.
- 13.1 Nachdem feststeht, dass die Vorinstanz das Gesuch hätte an die Hand müssen, wäre an sich die Rückweisung der Sache angezeigt (Art. 318 Abs. 1 Bst. c Ziff. 1 ZPO). Allerdings ist Art. 318 ZPO als Kann-Vorschrift formuliert. Der Gesetzgeber überliess das Vorgehen dem pflichtgemässen Ermessen der Rechtsmittelinstanz (Urteile des Bundesgerichts 4A_460/2016 vom 5. Januar 2017 E. 1.3 und 4A_103/2015 vom 3. Juli 2015 E. 3.2).
- 13.2 Da der Berufungskläger einen Sachentscheid beantragt hat, die Berufungsbeklagte sich dem nicht widersetzt, sich beide Parteien zur Sache äussern konnten, der

Sachverhalt liquid ist, der betroffene Zeitraum kurz ist (Differenzbetrag: CHF 2'800.00 bei sehr guten finanziellen Verhältnissen) und ein Sachurteil den Parteien besser dient als die Rückweisung, kann ausnahmsweise ein Sachurteil ergehen. Dieses Vorgehen ist auch deshalb zweckmässig, weil das Obergericht das Gesuch ohnehin für den Zeitraum ab Rechtshängigkeit der Berufung bis zur Rechtskraft des Scheidungspunktes materiell zu beurteilen hat.

IV.

14.

- 14.1 Ändern sich die Verhältnisse, so passt das Gericht auf Begehren eines Ehegatten die Eheschutzmassnahmen an oder hebt sie auf, wenn ihr Grund weggefallen ist. Die Bestimmungen über die Änderungen der Verhältnisse bei Scheidung gelten sinngemäss (Art. 179 Abs. 1 des Zivilgesetzbuchs [ZGB; SR 210]; Art. 276 Abs. 1 und 2 ZPO).
- 14.2 Die Anpassung setzt voraus, dass seit der Rechtskraft der Eheschutzmassnahmen eine wesentliche und dauerhafte Veränderung eingetreten ist (BGE 141 III 376 E. 3.3.1 S. 378), was glaubhaft zu machen ist (Urteil des Bundesgerichts 5A_848/2015 vom 4. Oktober 2016 E. 3.1). Liegt eine solche Veränderung vor, setzt das Gericht die Unterhaltsbeiträge in pflichtgemässer Ausübung seines Ermessens neu fest. Dabei sind auch die übrigen Berechnungselemente, die dem abzuändernden Entscheid zugrunde lagen, auf den neuesten Stand zu bringen. Das Abänderungsverfahren bezweckt allerdings nicht, das erste Urteil zu korrigieren; dieses ist nur, aber immerhin, an die veränderten Umstände anzupassen (Urteil des Bundesgerichts 5A_1018/2015 vom 8. Juli 2016 E. 4 m.w.H.).
- 14.3 Beruhen Eheschutzmassnahmen auf einer Vereinbarung, so sind die Anpassungsmöglichkeiten eingeschränkt. Eine Anpassung kann nur verlangt werden, wenn die Veränderungen solche Teile des Sachverhalts betreffen, die im Zeitpunkt der Vereinbarung als feststehend angesehen wurden. Keine Anpassung an wesentlich und dauernd veränderte Verhältnisse gibt es hingegen bezüglich Tatsachen, welche vergleichsweise definiert worden sind, um eine ungewisse Sachlage zu bewältigen (sog. caput controversum), zumal hier eine Referenzgrösse fehlt, an welcher die Wesentlichkeit einer allfälligen Veränderung gemessen werden könnte. Vorbehalten bleiben neue Tatsachen, die klarerweise ausserhalb des Spektrums der künftigen Entwicklungen liegen, welche aus Sicht der Vergleichsparteien möglich (wenn auch ungewiss) erschienen (BGE 142 III 518 E. 2.6 S. 519 f.).

15.

- 15.1 Der Berufungskläger macht in seinem Gesuch vom 24. August 2016 Folgendes geltend (pag. 1 ff.):
- Die Parteien seien bei Abschluss der Trennungsvereinbarung im November 2012 von der sog. einstufig-konkreten Methode ausgegangen.

- Bei Abschluss der Trennungsvereinbarung habe das monatliche Nettoeinkommen der Berufungsbeklagten CHF 3'800.00 betragen. Seit dem Jahr 2014 verdiene sie mindestens CHF 5'200.00, was eine Steigerung um 27% darstelle.
- Der Sohn E._____ betreibe X._____ (Sportart) nicht mehr als Leistungssport in Bern, sondern nur noch als Breitensport in Biel. Zudem besuche er keinen Musikunterricht mehr. Hinzu komme, dass nun eine hälftige Kinderbetreuung vereinbart worden sei. Neben dem Betreuungsaufwand habe sich der Bedarf der Berufungsbeklagten um CHF 900.00 reduziert.
- Genau aus diesen Gründen habe der Scheidungsrichter die Unterhaltsbeiträge reduziert. Leider sei nicht absehbar, wann die Reduktion rechtskräftig werde, setze die Berufungsbeklagte doch alles daran, das Verfahren zu verzögern. Die Zahlung unverhältnismässig hohen und den tatsächlichen Verhältnissen nicht mehr entsprechenden Unterhalts sei ihm – dem Berufungskläger – nicht länger zuzumuten. Deren Reduktion sei deshalb als vorsorgliche Massnahme anzuordnen.

15.2 Die Berufungsbeklagte wendet zusammengefasst Folgendes ein (pag. 18 ff.):

- Sie bestreite, dass die Parteien den Unterhaltsbeitrag beim Abschluss der Trennungsvereinbarung einstufig-konkret berechnet hätten. Dies sei durch nichts nachgewiesen. Die Formulierung von Ziff. 7 (hälftige Teilung des Bonus) zeige gerade das Gegenteil, nämlich die hälftige Überschussverteilung.
- Der Berufungskläger belege nicht, dass ihr Einkommen im behaupteten Umfang gestiegen sei. Zudem argumentiere er widersprüchlich: zuerst werde das Nettoeinkommen mit CHF 4'931.00, später mit CHF 5'200.00 beziffert.
- Die ihr vorgehaltene Einkommensveränderung sei nicht wesentlich. Die Differenz von CHF 3'800.00 zu CHF 4'931.00 betrage CHF 1'131.00. Diese Differenz sei als Überschuss hälftig zu teilen. Der Betrag von CHF 566.00 pro Ehegatte entspreche bloss 8% des Unterhaltsbeitrags von CHF 7'000.00.
- Werde trotzdem von einem Abänderungsanspruch ausgegangen, so sei der Unterhaltsbeitrag nach Massgabe der bei der Erstfestlegung definierten Regeln neu zu berechnen. Dabei sei zu berücksichtigen, dass das Einkommen des Berufungsklägers um CHF 2'700.00 (von CHF 14'800.00 auf CHF 17'500.00) gestiegen sei, womit ihr angeblicher Lohnanstieg und die angeblichen Minderausgaben für E._____ kompensiert würden. Eigentlich müssten die Unterhaltsbeiträge sogar erhöht werden. Zu einer Erhöhung müsste es auch dann kommen, wenn eine vollständige Neuberechnung erfolge würde.
- Die angebliche Reduktion der Ausgaben für den Sohn E._____ sei durch nichts belegt und werde bestritten. Die Kosten hätten im Gegenteil sogar zugenommen. Die im Scheidungsverfahren vereinbarte Aufgabenteilung werde zudem nur teilweise umgesetzt und führe nicht zu relevanten Einsparungen.
- Der Vorwurf, sie verzögere das Verfahren, sei falsch. Nicht sie, sondern der Berufungskläger habe ja den erstinstanzlichen Entscheid angefochten. Nun wolle er die Vorwirkung des Ehescheidungsurteils erreichen, was nicht angehe.

16.

- 16.1 Wer sich auf veränderte Verhältnisse beruft, hat die seinerzeitige Ausgangslage und die zwischenzeitlich eingetretenen Veränderung darzulegen.

Der Begriff «Verhältnisse» meint die wirtschaftliche Situation der Parteien, welche durch ihr Einkommen, ihr Vermögen und ihren Bedarf definiert wird (SPYCHER/GLOOR, in: Basler Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 5. Auflage, Basel 2014, N. 6 zu Art. 129 ZGB).

Ob eine Veränderung wesentlich ist, ist eine Rechtsfrage. Einkommens-Prozentvergleiche können bei deren Beantwortung nützlich sein, entbinden das Gericht aber nicht von einer konkreten Analyse des Einzelfalls (Urteil des Bundesgerichts 5A_138/2015 vom 1. April 2015 E. 4.1.2. m.w.H.). Es ist eine Gesamtbeurteilung vorzunehmen.

- 16.2 Der Berufungskläger hat es unterlassen, die wirtschaftliche Situation der Parteien im Trennungszeitpunkt umfassend darzustellen. Diese ergibt sich auch nicht aus den beigezogenen Eheschutzakten (CIV 12 4521). Sein mehrfacher Verweis auf die Ehescheidungsakten ist in diesem Zusammenhang überdies unbehelflich: Es ist nicht Aufgabe der Rechtsmittelinstanz, die fehlende Begründung aus den Akten zusammenzusuchen. Damit fehlen die tatsächlichen Grundlagen, um zu beurteilen, wie sich die vom Berufungskläger in den Vordergrund gerückte Einkommensveränderung tatsächlich auswirkt und ob sie in der Gesamtschau als wesentlich einzustufen ist. Bereits deshalb ist das Gesuch abzuweisen.
- 16.3 Erschwerend kommt hinzu, dass bei der Abänderung von Unterhaltsbeiträgen keine Neubeurteilung, sondern eine Aktualisierung auf Basis des bei der ursprünglichen Festlegung gewählten Berechnungsmodells durchzuführen ist (E. 14.2 oben).

Weder im Protokoll der Eheschutzverhandlung, noch in der Trennungsvereinbarung, noch in der Abschreibungsverfügung finden sich Angaben dazu, welche Berechnungsmethode zur Anwendung gelangte. Der Berufungskläger, welcher die einstufig-konkrete Methode propagiert, begründet auch nicht, worauf er seine Behauptung abstützt und stellt hierzu keine konkreten Beweisanträge. Die bestrittene Behauptung bleibt deshalb nicht nur unbewiesen, vielmehr noch, es gelingt der Berufungsbeklagten der Gegenbeweis (siehe sogleich).

16.4

- 16.4.1 Die Parteien vereinbarten, dass der Berufungskläger die Hälfte eines allfälligen Nettobonus an die Berufungsbeklagte weiterzuleiten habe (Ziff. 7 der Trennungsvereinbarung). Damit haben sie einen von mehreren Fällen zukünftiger Einkommenserhöhung geregelt. Sie betrifft zwar nur einen konkreten Bonus. Doch vermag die Berufungsbeklagte damit glaubhaft zu machen, dass die Parteien eben nicht nur auf den Bedarf der Berufungsbeklagten fokussiert waren, sondern dass sie auch das Einkommen und insbesondere den Überschuss berücksichtigten. Daraus folgt, dass bei einer Abänderung ebenfalls von der Existenzminimumsberechnung mit Überschussverteilung auszugehen ist.
- 16.4.2 Anders als bei der Abänderung von nachehelichen Unterhaltsrenten (Art. 129 ZGB) ist bei der Abänderung von Eheschutzmassnahmen eine Erhöhung der Unterhalts-

beiträge zulässig, ohne dass es einer Unterdeckung bedürfte (VERENA BRÄM, in: Zürcher Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 3. Auflage 1998, N. 11 zu Art. 179 ZGB). Entsprechend kann die Verbesserung der Situation des Gläubigers einen Abänderungsgrund darstellen, welcher kumulativ mit anderen Abänderungsgründen zu berücksichtigen ist. Daran ändert der Hinweis in Art. 179 Abs. 1 ZGB nichts, wonach die Bestimmungen über die Änderung der Verhältnisse bei Scheidung sinngemäss gelten würden. Denn dieser wurde mit dem Bundesgesetz vom 21. Juni 2013 (Änderung des ZGB betreffend elterliche Sorge) eingeführt, wobei sich aus der Botschaft (BBI 2011 9101) ergibt, dass der Verweis die elterliche Sorge betrifft. Darüber hinaus war keine Änderung der Rechtslage beabsichtigt.

- 16.4.3 Wird auf die Einkommenszahlen gemäss Ziff. III./1.3 des Gesuchs (pag. 3) und auf jene des erstinstanzlichen Scheidungsdispositivs abgestellt, so steht fest, dass sich das Einkommen des Berufungsklägers von CHF 15'900.00 um CHF 1'600.00 auf CHF 17'500.00 erhöht hat. Bei der Berufungsbeklagten ist demgegenüber eine Erhöhung von CHF 3'800.00 um CHF 1'200.00 auf CHF 5'000.00 eingetreten. Die Einkommenserhöhung des Berufungsklägers wiegt jene der Berufungsbeklagten mehr als auf.
- 16.5 Was sodann die Abänderung des Kinderunterhaltsbeitrags anbetrifft, so sind die angeblichen Minderlauslagen durch nichts belegt und deshalb nicht zu berücksichtigen.
- 16.6 Damit braucht nicht mehr geprüft zu werden, ob eine Anpassung der auf Vereinbarung beruhenden Unterhaltsbeiträge hier überhaupt zulässig ist (E. 14.3 oben). Der Berufungskläger hat auch hierzu keinerlei tatsächliche Ausführungen gemacht.
- 16.7 Vollständigkeitshalber ist anzumerken, dass der Erlass des Scheidungsurteils für sich alleine keinen Abänderungsgrund darstellt. Ehelicher und nachehelicher Unterhalt basieren auf unterschiedlichen Rechtsgründen.
17. Das Gesuch um vorsorgliche Massnahmen vom 24. August 2016 ist abzuweisen.

V.

18. Bei diesem Ausgang des Verfahrens bleibt es dabei, dass der Berufungskläger unterliegt. Deshalb gibt es auch keinen Anlass, auf die erstinstanzliche Kostenregelung zurückzukommen.
19. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden in Anwendung von Art. 44 Abs. 1 des Verfahrenskostendekrets (VKD; BSG 161.12) auf CHF 1'500.00 bestimmt, dem unterliegenden Berufungskläger auferlegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO) und im Umfang von CHF 600.00 mit dem geleisteten Vorschuss verrechnet. Der Fehlbetrag von CHF 900.00 ist nachzufordern (Art. 111 Abs. 1 ZPO).
20. Der Berufungskläger hat der Berufungsbeklagten zudem eine Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 106 Abs. 1 i.V.m. Art. 111 Abs. 2 ZPO).

In seinem Kostenverzeichnis vom 6. April 2017 macht Rechtsanwalt D._____ ein Honorar von CHF 2'400.00, Auslagen von CHF 54.30 sowie MWST zu 8%

(ausmachend CHF 196.35) geltend. Dieser Betrag (total: CHF 2'650.65) liegt im gesetzlichen Rahmen (Art. 41 des Kantonalen Anwaltsgesetzes [KAG; BSG 168.11] i.V.m. Art. 5 Abs. 1 und 3 sowie Art. 7 der Parteikostenverordnung [PKV; BSG 168.811]) und gibt zu keinen Bemerkungen Anlass.

Die Kammer entscheidet:

1. Der Entscheid des Regionalgerichts Berner Jura-Seeland vom 13./19. Dezember 2016 wird aufgehoben.
2. Das Gesuch des Berufungsklägers um vorsorgliche Massnahmen vom 24. August 2016 wird abgewiesen.
3. Die Gerichtskosten des erstinstanzlichen Verfahrens, betragend CHF 800.00, werden dem Berufungskläger auferlegt und mit seinem erstinstanzlichen Kostenvorschuss verrechnet. Dem Berufungskläger sind CHF 200.00 aus der Gerichtskasse des Regionalgerichts zurückzuerstatten.

Der Berufungskläger wird verpflichtet, der Berufungsbeklagten für das erstinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von CHF 3'159.00 zu bezahlen (inkl. Auslagen und MWST).

4. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens, bestimmt auf CHF 1'500.00, werden dem Berufungskläger auferlegt. Sie werden seinem oberinstanzlichen Kostenvorschuss von CHF 600.00 entnommen. Der Fehlbetrag von CHF 900.00 wird ihm separat in Rechnung gestellt werden.

Der Berufungskläger wird verpflichtet, der Berufungsbeklagten für das oberinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von CHF 2'650.65 zu bezahlen.

5. Zu eröffnen:
 - den Parteien, vertreten durch ihre Anwälte

Mitzuteilen:

- der Vorinstanz

Bern, 1. Juni 2017

Im Namen der 1. Zivilkammer

Der Referent:

Oberrichter Studiger

Der Gerichtsschreiber:

Nuspliger

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Entscheid über vorsorgliche Massnahmen kann innert 30 Tagen seit Zustellung beim Bundesgericht, Av. du Tribunal fédéral 29, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 39 ff., 72 ff. und 90 ff. des Bundesgerichtsgesetzes (BGG; SR 173.110) geführt werden. Dabei kann nur die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden, wobei die Rüge zu begründen ist (Art. 98 BGG, Art. 106 Abs. 2 BGG). Die Art. 95, 97 und 105 Abs. 2 BGG gelangen nicht zur Anwendung. Die Beschwerde muss den Anforderungen von Art. 42 BGG entsprechen. Der Streitwert im Sinn von Art. 51 ff. BGG beträgt mehr als CHF 30'000.00.

Hinweis: Der Entscheid ist rechtskräftig.