

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}

5A_819/2015

Urteil vom 24. November 2016

II. zivilrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter von Werdt, Präsident,
Bundesrichter Marazzi, Herrmann, Schöbi, Bovey,
Gerichtsschreiber von Roten.

Verfahrensbeteiligte
A.A. _____,
vertreten durch Rechtsanwalt Bruno Meier,
Beschwerdeführer,

gegen

B.A. _____,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. André Britschgi,
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand
Eheschutzmassnahmen,

Beschwerde gegen den Entscheid des Obergerichts des Kantons Nidwalden, Zivilabteilung, vom 2. / 16. Juni 2015.

Sachverhalt:

A.
Die Ehegatten A.A. _____ (Beschwerdeführer), Jahrgang 1959, und B.A. _____ (Beschwerdegegnerin), Jahrgang 1967, leben seit 1. Juli 2012 getrennt. Sie sind die Eltern von C.A. _____, geboren 2001, und D.A. _____, geboren 2005.

B.
Auf Gesuch der Beschwerdegegnerin vom 17. Mai 2013 regelte das Kantonsgericht Nidwalden das Getrenntleben. Es genehmigte die Teilvereinbarung der Parteien über die Zuweisung der ehelichen Wohnung an die Beschwerdegegnerin, die Unterstellung der Kinder unter die Obhut der Beschwerdegegnerin und den persönlichen Verkehr des Beschwerdeführers mit den Kindern. Das Kantonsgericht verurteilte den Beschwerdeführer, der Beschwerdegegnerin an den Unterhalt der Kinder einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von je Fr. 2'000.-- ab 1. Juli 2012 bis 31. Mai 2013 und von je Fr. 3'300.-- ab 1. Juni 2013 zu bezahlen (Urteil vom 20. Februar 2014).

C.
Der Beschwerdeführer legte am 24. November 2014 Berufung ein mit den Begehren, die monatlichen Unterhaltsbeiträge für die Kinder auf je Fr. 1'200.-- ab 1. Juli 2012 bis 30. Juni 2014 und auf je Fr. 450.-- ab 1. Juli 2014 festzusetzen. Das Obergericht des Kantons Nidwalden lehnte es ab, die vom Beschwerdeführer neu geltend gemachte Arbeitslosigkeit seit 1. Juli 2014 zu berücksichtigen, und wies die Berufung ab (Entscheid vom 2./16. Juni 2015).

D.
Mit Eingabe vom 14. Oktober 2015 beantragt der Beschwerdeführer dem Bundesgericht, den obergerichtlichen Entscheid aufzuheben und die Sache zu neuem Entscheid unter Berücksichtigung seiner Arbeitslosigkeit seit 1. Juli 2014 an das Obergericht zurückzuweisen. Im Eventualstandpunkt

erneuert er seine Berufungsbegehren. Das Obergericht hat die kantonalen Akten zugestellt und auf Vernehmlassung verzichtet. Die Beschwerdegegnerin schliesst auf Abweisung der Beschwerde, soweit darauf eingetreten werden könne. Die Parteien erstatteten Replik und Duplik. Alle weiteren Eingaben wurden den Parteien je zur Kenntnisnahme mitgeteilt.

E.

Vor Einlegung seiner Berufung hat der Beschwerdeführer am 9. September 2014 das Kantonsgericht ersucht, die mit Urteil vom 20. Februar 2014 festgelegten Kinderunterhaltsbeiträge an die Änderung der Verhältnisse (Arbeitslosigkeit seit 1. Juli 2014) anzupassen. Das Verfahren ist offenbar noch hängig.

Erwägungen:

1.

Der angefochtene Entscheid betrifft den Kinderunterhalt während des Getrenntlebens der Parteien (Art. 176 Abs. 3 ZGB) und damit eine Zivilsache (Art. 72 Abs. 1 BGG) in einer vermögensrechtlichen Angelegenheit, deren Streitwert den gesetzlichen Mindestbetrag von Fr. 30'000.-- übersteigt (Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG; BGE 116 II 493 E. 2b S. 495; Urteil 5A_1017/2014 vom 12. Mai 2015 E. 1.2). Er ist kantonal letzt- und oberinstanzlich (Art. 75 BGG), lautet zum Nachteil des Beschwerdeführers (Art. 76 Abs. 1 BGG) und schliesst das kantonale Verfahren ab (Art. 90 BGG; BGE 133 III 393 E. 4 S. 395 f.). Der Eheschutzentscheid über die Unterhaltungspflicht gegenüber Kindern ist eine vorsorgliche Massnahme, so dass nur die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden kann (Art. 98 BGG; BGE 133 III 393 E. 5 S. 396 f.). Auf die - fristgerecht erhobene (Art. 100 Abs. 1 BGG) - Beschwerde kann eingetreten werden.

2.

In seiner Berufung gegen das kantonsgerichtliche Urteil vom 20. Februar 2014 hatte der Beschwerdeführer geltend gemacht, er sei seit 1. Juli 2014 arbeitslos und erziele statt der angenommenen Fr. 31'133.32 bis Fr. 33'019.43 nur mehr rund Fr. 7'500.-- monatlich bzw. maximal Fr. 90'000.-- jährlich. Das Obergericht ist davon ausgegangen, die am 1. Juli 2014 eingetretene Arbeitslosigkeit des Beschwerdeführers sei im Berufungsverfahren nicht zu berücksichtigen, sondern im bereits anhängig gemachten Abänderungsverfahren vorzubringen und zu prüfen (E. 2.4 S. 11 ff.). Es hat der Bemessung der Kinderunterhaltsbeiträge ein Einkommen des Beschwerdeführers von Fr. 377'855.90 (2012) und Fr. 383'590.90 (2013) zugrunde gelegt (E. 3.4.4 S. 26 des angefochtenen Entscheids). Dass das Obergericht ihn mit seinem neuen Vorbringen im Berufungsverfahren nicht zugelassen und in das von ihm bloss vorsorglich angehobene Abänderungsverfahren verwiesen hat, rügt der Beschwerdeführer als Rechtsverweigerung und als Verweigerung des Anspruchs auf rechtliches Gehör (S. 9 ff.) sowie als willkürlich (S. 18 ff. der Beschwerdeschrift). Die Beschwerdegegnerin hält dafür, das Vorgehen des Obergerichts sei nicht zu beanstanden. Sie wendet insbesondere ein, dass sich die Novenfrage gar nicht stelle, weil die kurzfristige Arbeitslosigkeit des Beschwerdeführers nicht von Belang sei (S. 14 ff., insbesondere S. 17 ff. der Beschwerdeantwort).

3.

Erstinstanzliche Eheschutzmassnahmen gelten als Entscheide über vorsorgliche Massnahmen, die unter den - hier erfüllten - gesetzlichen Voraussetzungen mit Berufung gemäss Art. 308 ff. ZPO anfechtbar sind (BGE 137 III 475 E. 4.1 S. 477 f.) und auf Berufung hin in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht frei überprüft werden können (Art. 310 ZPO; BGE 138 III 374 E. 4.3.1 S. 375). Es mutet deshalb seltsam an, dass das Obergericht seine Prüfungsbefugnis in mehreren Punkten ausdrücklich auf Willkür beschränkt hat (E. 3.4.3d S. 23, E. 3.5g S. 30 und E. 3.7e S. 36 des angefochtenen Entscheids). Ob darin eine formelle Rechtsverweigerung liegt (BGE 131 II 271 E. 11.7.1 S. 303; 141 II 103 E. 4.2 S. 109), kann dahingestellt bleiben, da der Beschwerdeführer entsprechende Verfassungsfragen nicht mit der Einschränkung der Prüfungsbefugnis, sondern mit der Handhabung des Novenrechts gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO begründet. Verletzungen verfassungsmässiger Verfahrensgarantien prüft das Bundesgericht frei (BGE 127 I 133 E. 5 S. 136), während die Prüfungsbefugnis gegenüber der Anwendung der ZPO hier auf Willkür beschränkt ist (Art. 9 BV i.V.m. Art. 98 BGG; Urteile 5A_561/2016 vom 22. September 2016 E. 3.1; 5A_890/2013 vom 22. Mai 2014 E. 1.5, nicht veröffentlicht in: BGE 140 III 337).

4.

In seiner Berufung vom 24. November 2014 gegen das kantonsgerichtliche Urteil vom 20. Februar

2014 hat der Beschwerdeführer neu geltend gemacht und durch Taggeldabrechnungen belegt, dass er seit 1. Juli 2014 arbeitslos ist.

4.1. Im Berufungsverfahren werden neue Tatsachen und Beweismittel gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden (lit. a) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (lit. b). Praxisgemäss ist zwischen echten und unechten neuen Vorbringen (sog. Noven) zu unterscheiden. Echte Noven sind Tatsachen und Beweismittel, die (erst) nach dem Ende der Hauptverhandlung des erstinstanzlichen Verfahrens entstanden sind. Sie sind im Berufungsverfahren grundsätzlich immer zulässig, wenn sie ohne Verzug nach ihrer Entdeckung vorgebracht werden. Unechte Noven sind Tatsachen und Beweismittel, die bereits bei Ende der erstinstanzlichen Hauptverhandlung entstanden waren. Ihre Zulassung wird im Berufungsverfahren weitergehend insofern eingeschränkt, als sie ausgeschlossen sind, wenn sie bei Beachtung zumutbarer Sorgfalt bereits im erstinstanzlichen Verfahren hätten vorgebracht werden können (Urteil 4A_662/2012 vom 7. Februar 2013 E. 3.3, in: SZPP 2013 S. 253). Im Falle unechter Noven hat der Beschwerdeführer namentlich die Gründe detailliert darzulegen, weshalb er die Tatsache oder das Beweismittel nicht schon vor erster Instanz hat vorbringen können (Urteil 4A_334/2012 vom 16. Oktober 2012 E. 3.1, in: SJ 135/2013 I S. 311; vgl. Urteil 5A_456/2016 vom 28. Oktober 2016 E. 4.1.1).

4.2. Das Obergericht hat festgestellt, dass dem Beschwerdeführer unter Einhaltung einer sechsmonatigen Kündigungsfrist per 31. März 2014 gekündigt worden sei, wobei sich die Kündigungsfrist infolge der gesetzlichen Sperrfrist bis zum 30. Juni 2014 verlängert habe. Im Urteilszeitpunkt (20. Februar 2014) sei der Beschwerdeführer zwar in gekündigter Anstellung, aber nicht arbeitslos gewesen. Es habe für das Kantonsgericht kein Grund bestanden, eine allfällig später eintretende Arbeitslosigkeit zu berücksichtigen. Denn zum einen sei aufgrund der Parteivorbringen erstellt, dass der Beschwerdeführer selber nicht mit seiner Arbeitslosigkeit gerechnet habe, und zum anderen sei im Eheschutzverfahren in der Regel auf die momentanen Einkommensverhältnisse abzustellen und eine Arbeitslosigkeit erst zu berücksichtigen, wenn sie nachhaltig wirke, d.h. über zwei bis drei Monate gedauert habe. Diese Voraussetzung sei im Zeitpunkt der Beurteilung durch das Kantonsgericht nicht erfüllt gewesen (E. 2.4.1 S. 11 des angefochtenen Entscheids).

4.3. Aufgrund des festgestellten Prozesssachverhalts ist das Vorbringen des Beschwerdeführers ein echtes Novum. Die gegenteilige Annahme, wie sie die Beschwerdegegnerin anscheinend vertritt, wäre willkürlich. Entgegen ihrer Darstellung hat das Obergericht das Vorliegen eines echten Novums nicht verneint, sondern offengelassen, weil die geltend gemachte Arbeitslosigkeit vor dem Hintergrund des doppelten Instanzenzugs im Berufungsverfahren nicht berücksichtigt werden könne und eine allfällig lang anhaltende Arbeitslosigkeit im (bereits anhängig gemachten) Abänderungsverfahren nach Art. 179 Abs. 1 ZGB zu prüfen und zu thematisieren sei (E. 2.4.2 S. 13). Das Obergericht hält grundsätzlich dafür, dass das Novenrecht im Verfahren der Berufung gegen Entscheide in Eheschutzsachen nicht in jedem Fall sachgerecht sei, da im Eheschutzverfahren getroffene Anordnungen bei veränderten Verhältnissen abgeändert oder aufgehoben werden könnten. Es liege in der Natur des Eheschutzverfahrens, dass sich die Verhältnisse oftmals rasch und wesentlich veränderten. Damit das Prinzip der "double instance" nicht unterlaufen werde, seien Veränderungen der Verhältnisse, die in die weitere Zukunft wirkten, grundsätzlich im Abänderungsverfahren gemäss Art. 179 ZGB geltend zu machen (E. 2.3 S. 11 des angefochtenen Entscheids).

5.

Anlass zur Beschwerde gibt das Verhältnis des Novenrechts im Berufungsverfahren (Art. 317 Abs. 1 ZPO) zu den gesetzlich vorgesehenen Abänderungsverfahren (hier: Art. 179 ZGB; vgl. auch Art. 129, 134 und 286 ZGB).

5.1. Nach der Rechtsprechung können neue Tatsachen und Beweismittel, die bis zum Beginn der oberinstanzlichen Beratungsphase entstehen, unter den Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO noch im Berufungsprozess vorgebracht werden. Nachher können solche Noven nur noch im Rahmen einer Revision nach Art. 328 Abs. 1 lit. a ZPO geltend gemacht werden. Demgegenüber können Tatsachen und Beweismittel, die erst nach Beginn der oberinstanzlichen Beratungsphase entstehen, auch mittels Revision nicht mehr geltend gemacht werden: Art. 328 Abs. 1 lit. a Satz 2 ZPO, wonach Tatsachen und Beweismittel, "die erst nach dem Entscheid entstanden sind", als Revisionsgrund ausgeschlossen sind, bezieht sich richtig gelesen auf solche Tatsachen, die nach dem Zeitpunkt entstanden sind, in dem sie nach den anwendbaren Verfahrensregeln im früheren Verfahren zum

letzten Mal vorgebracht werden konnten, im Berufungsverfahren also nach Beginn der Beratungsphase. Solche Tatsachen, die weder im laufenden Berufungsprozess nach Art. 317 Abs. 1 ZPO noch in einem allfälligen Revisionsprozess nach Art. 328 Abs. 1 lit. a ZPO vorgebracht werden können, können nur mittels neuer Klage erneut gerichtlich geltend gemacht werden (BGE 142 III 413 E. 2.2.6 S. 418 f.).

5.2. Die Abänderungsklage ist eine neue Klage im Sinne dieser Rechtsprechung. Spiegelbildlich hält das Bundesgericht dazu seit jeher fest, dass Grundlage des ehe- und kindesrechtlichen Abänderungsprozesses - im Unterschied zum Rechtsmittel der Revision - nur echte Noven sein können, d.h. Tatsachen und Beweismittel, die erst nach dem Zeitpunkt eingetreten oder verfügbar geworden sind, in dem im früheren, durch rechtskräftiges Urteil abgeschlossenen Verfahren letztmals neue Angriffs- und Verteidigungsmittel vorgebracht werden konnten. Die Praxis anerkennt als "echte" Noven auch Tatsachen, die zwar im früheren Verfahren bereits bestanden haben und der sich darauf berufenden Partei bekannt waren, von dieser aber damals zufolge fehlender Möglichkeit des Beweises nicht geltend gemacht worden sind (Urteile 5C.84/2005 vom 21. Juni 2005 E. 2.1, in: FamPra.ch 2005 S. 917, und 5A_721/2007 vom 29. Mai 2008 E. 3.2, zusammengefasst in: FamPra.ch 2008 S. 949). Die Praxis blieb - soweit ersichtlich - unwidersprochen (SIMEONI, in: Droit matrimonial, Commentaire pratique, 2016, N. 19, und SPYCHER/GLOOR, Basler Kommentar, 2014, N. 24a, je zu Art. 129 ZGB, mit Hinweisen).

5.3. Aus der unterschiedlichen Novenrechtslage hat die Praxis geschlossen, dass neue Vorbringen, mit denen geänderte Verhältnisse behauptet und belegt werden, nicht einfach in das Abänderungsverfahren (Art. 129 ZGB) verwiesen werden dürfen, sondern im Rahmen der Berufung gegen das Scheidungsurteil zu prüfen und zu berücksichtigen sind, wenn und soweit sie sich nach Art. 317 Abs. 1 ZPO als zulässig erweisen (mit freier Prüfung bejaht im Verfahren der Berufung gegen die Genehmigung einer Vereinbarung über die Scheidungsfolgen: Urteil 5A_121/2016 vom 8. Juli 2016 E. 4 und 5, in: FamPra.ch 2016 S. 1007 ff.). Umgekehrt sind neue Vorbringen, mit denen geänderte Verhältnisse behauptet und belegt werden, im Abänderungsverfahren (Art. 179 ZGB) nicht zu berücksichtigen, wenn und soweit sie gestützt auf Art. 317 Abs. 1 ZPO bereits mit Berufung gegen den Eheschutzentscheid hätten vorgebracht werden können (unter Willkürgesichtspunkten bejaht im Verfahren auf Abänderung von Eheschutzmassnahmen: Urteil 5A_22/2014 vom 13. Mai 2014 E. 4.3, in: SJ 137/2015 I 19 und SZZP 2014 S. 458 f.). Die Lehre schliesst sich der Praxis vorbehaltlos an (vgl. OMBLINE DE PORET BORTOLASO, Le calcul des contributions d'entretien, SJ 138/2016 II 141 S. 168) oder hält

mit Rücksicht auf die wenig strengen Anforderungen an die Abänderung von Eheschutzmassnahmen (vgl. BGE 141 III 376 E. 3.3.1 S. 378) dafür, dass jedenfalls vor Ablauf der Rechtsmittelfrist bekannte Abänderungsgründe im Rechtsmittelverfahren gerügt und korrigiert werden können (vgl. SUSANNE BACHMANN, Die Regelung des Getrenntlebens nach Art. 176 und 179 ZGB sowie nach zürcherischem Verfahrensrecht, 1995, S. 229; ISENRING/KESSLER, Basler Kommentar, 2014, N. 4 zu Art. 179 ZGB).

5.4. Das neue Vorbringen des Beschwerdeführers ist in der Berufung rechtzeitig und als echtes Novum gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO zulässig. Gleichwohl und entgegen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und der Lehre hat das Obergericht das neue Vorbringen in das Abänderungsverfahren gemäss Art. 179 ZGB verwiesen. Es hat sein Vorgehen damit gerechtfertigt, dass es gelte, dem Beschwerdeführer den doppelten Instanzenzug zu gewährleisten. Von hier nicht zutreffenden Ausnahmen abgesehen, verwirklicht Art. 75 Abs. 2 BGG den Grundsatz des doppelten Instanzenzugs, wonach das obere kantonale Gericht als Rechtsmittelinanz entschieden haben muss und sich nicht mit einer Streitsache befassen darf, bevor diese von der unteren Instanz beurteilt worden ist (BGE 99 Ia 317 E. 4a S. 322; 106 II 106 E. 1a S. 110). Der Grundsatz schliesst indessen nicht aus, dass die Rechtsmittelinanz den Sachverhalt ergänzt und neu entscheidet, soweit die Sache nicht gemäss Art. 318 Abs. 1 lit. c ZPO an die erste Instanz zurückzuweisen ist, weil ein wesentlicher Teil der Klage nicht beurteilt wurde (Ziff. 1) oder weil der Sachverhalt in wesentlichen Teilen zu vervollständigen ist (Ziff. 2; vgl. REETZ/HILBER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2016, N. 8, 24 und 36 zu Art. 318 ZPO). Der Grundsatz des doppelten Instanzenzugs ist damit gewährleistet und rechtfertigt keine Verweisung zulässiger neuer Vorbringen im Berufungsverfahren in einen anderen Prozess. Daran ändert auch nichts, dass der Beschwerdeführer - seinen Angaben zufolge bloss vorsorglich - bereits ein Abänderungsverfahren angehoben hat, läuft er doch Gefahr, dass seine gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO im Rahmen der Berufung gegen den Eheschutzentscheid zulässigen Vorbringen im Abänderungsverfahren gemäss Art. 179 Abs. 1 ZGB nicht berücksichtigt werden und sich

diesbezüglich eine Rechtsschutzlücke öffnet.

5.5. Bei diesem Ergebnis ist das Obergericht ohne sachlich haltbaren Grund von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und der Lehre abgewichen. Es hat damit willkürlich entschieden (Art. 9 BV; vgl. zum Begriff: BGE 128 III 4 E. 4b S. 7; 135 III 232 E. 2.4 S. 237).

6.

Aus den dargelegten Gründen ist dem Hauptbeschwerdeantrag zu entsprechen und die Sache zu neuem Entscheid unter Berücksichtigung der Arbeitslosigkeit des Beschwerdeführers seit 1. Juli 2014 an das Obergericht zurückzuweisen, dem es freilich unbenommen bleibt, die Sache unter den Voraussetzungen gemäss Art. 318 Abs. 1 lit. c ZPO seinerseits an das Kantonsgericht zurückzuweisen. Seine weitergehende Erneuerung der Berufungsbegehren hat der anwaltlich vertretene Beschwerdeführer ausdrücklich im Eventualverhältnis gestellt, d.h. für den Fall, dass sein Hauptbegehren nicht geschützt werden sollte (BGE 140 III 231 E. 3.5 S. 232). Die Eventualität hat sich nicht erfüllt, so dass auf die Eventualbegehren nicht einzugehen ist.

7.

Dem Verfahrensausgang entsprechend wird die Beschwerdegegnerin kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 66 Abs. 1 und Art. 68 Abs. 1 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen und der Entscheid des Obergerichts des Kantons Nidwalden, Zivilabteilung, vom 2. / 16. Juni 2015 aufgehoben. Die Sache wird im Sinne der Erwägungen zur neuen Entscheidung an das Obergericht zurückgewiesen.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 3'000.-- werden der Beschwerdegegnerin auferlegt.

3.

Die Beschwerdegegnerin hat den Beschwerdeführer für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 4'000.-- zu entschädigen.

4.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Nidwalden, Zivilabteilung, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 24. November 2016

Im Namen der II. zivilrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: von Werdt

Der Gerichtsschreiber: von Roten