

[AZA 0]
5P.439/1999/min

II. ZIVILABTEILUNG

13. Januar 2000

Es wirken mit: Bundesrichter Reeb, Präsident der II. Zivilabteilung,
Bundesrichter Weyermann, Bundesrichter Merkli und
Gerichtsschreiber Levante.

In Sachen

A._____, Beschwerdeführer, vertreten durch Fürsprecher Gregor Marcolli, Bahnhofplatz 5,
Postfach 6233, 3001 Bern,

gegen

B._____, Beschwerdegegnerin, vertreten durch Fürsprecher Bernhard Rüdt, Gutenbergstrasse 3,
3011 Bern,
Appellationshof des Kantons Bern (II. Zivilkammer),

betreffend

Art. 4 aBV (vorsorgliche Massnahmen
nach aArt. 145 ZGB), hat sich ergeben:

A.- Im Rahmen von Eheschutzmassnahmen verpflichtete die Gerichtspräsidentin 6 des
Gerichtskreises VIII Bern-Laupen mit Entscheid vom 14. September 1998 B._____ (geb. 1951),
ihrem Ehemann A._____ (geb. 1926) einen monatlichen Beitrag von Fr. 300. -- zu bezahlen.
A._____ wurde verhalten, für den Unterhalt des Sohnes C._____ monatlich Fr. 797. --
(entsprechend der AHV-Kinderrente) sowie allfällige Kinderzulagen zu überweisen. Der Entscheid der
Eheschutzrichterin wurde am 19. November 1998 durch den Appellationshof des Kantons Bern
bestätigt. Am 17. März 1999 reichte A._____ die Ehescheidungsklage ein. Zugleich ersuchte er
im Sinne einer vorsorglichen Massnahme darum, B._____ zu monatlichen Unterhaltsleistungen
von Fr. 1'416. -- an ihn zu verurteilen. Er machte geltend, die Verhältnisse hätten sich seit dem
Eheschutzentscheid insofern verändert, als der Sohn C._____ nicht mehr die Feusi
Maturitätsschulen besuche und auch nicht mehr bei der Gesuchsgegnerin wohne. Zudem habe er in
der Zwischenzeit wegen einer Hüftgelenkoperation seine Tätigkeit als Fahrlehrer aufgeben müssen.
B._____ ersuchte ihrerseits um Feststellung, dass sie A._____ keine Unterhaltsbeiträge mehr
schulde. Sie brachte vor, es sei ihr - auch
gesundheitsbedingt - nicht möglich, das als zumut- und erzielbar erachtete Einkommen zu realisieren.

B.- Mit Massnahmenverfügung vom 19. August 1999 änderte die Gerichtspräsidentin 6 den
Eheschutzentscheid insofern ab, als sie die Verpflichtung von B._____ zu Beitragszahlungen an
ihren Ehemann aufhob. Gegen diesen Entscheid erhob A._____ erfolglos Appellation; die II.
Zivilkammer des Appellationshofes des Kantons Bern bestätigte in ihrem Erkenntnis vom 28.
Oktober 1999 im Wesentlichen die angefochtene Massnahmenregelung.

C.- A._____ beantragt mit staatsrechtlicher Beschwerde vom 1. Dezember 1999 dem
Bundesgericht, den Entscheid des Appellationshofes vom 28. Oktober 1999 aufzuheben. Zugleich
ersucht er um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und Beiordnung des beigezogenen
Rechtsanwalts für das Verfahren vor dem Bundesgericht.

Vernehmlassungen sind nicht eingeholt worden.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.- Der Appellationshof des Kantons Bern hat im Rahmen von Massnahmen auf Grundlage des ZGB
über die dem Beschwerdeführer zu bezahlenden Unterhaltsbeiträge als letzte kantonale Instanz

entschieden, da der Beschwerdeführer keine Gehörsverletzung rügt (Art. 336 Abs. 2 i.V.m. Art. 359 f. ZPO/BE; BGE 118 Ia 110 E. 3). Gegen sein Erkenntnis steht die staatsrechtliche Beschwerde offen (BGE 100 Ia 12 E. 1a und b).

2.- Der Beschwerdeführer rügt zunächst, der Appellationshof habe Art. 333 Abs. 2 ZPO/BE willkürlich ausgelegt und dadurch eine formelle Rechtsverweigerung begangen. Nach dem Wortlaut der erwähnten Vorschrift unterliege das gesamte Verfahren der Nachprüfung durch den Appellationshof; dieser verfüge somit über eine volle Kognition. Im Ergebnis habe sich der Appellationshof aber auf eine Willkürprüfung beschränkt, was er auch ausdrücklich und unter Hinweis auf eine entsprechende Praxis festgehalten habe. Von einer derartigen Praxis sei jedoch nichts bekannt, und sie wäre im Übrigen offensichtlich gesetzeswidrig.

a) Gemäss Art. 333 Abs. 2 ZPO/BE unterliegt auf Appellation hin das gesamte Verfahren vor erster Instanz der Nachprüfung durch den Appellationshof, soweit es seiner Prüfung nicht ausdrücklich durch gesetzliche Bestimmung entzogen ist. Es trifft somit zu, dass der Appellationshof über eine uneingeschränkte Kognition verfügt (Leuch/Marbach/Kellerhals, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 4. Aufl. 1995, Bem. vor Art. 333 und N 2b zu Art. 333 ZPO; Kummer, Grundriss des Zivilprozessrechts, 4. Aufl. 1984, S. 200 f.). Richtig ist auch, dass ein Gericht eine formelle Rechtsverweigerung begeht, wenn es sich mit einer blossen Willkürprüfung begnügt, obwohl ihm umfassende Kognition zukommt (BGE 115 Ia 5 E. 2b). Vor diesem Hintergrund wecken die Ausführungen des Appellationshofes unter Ziff. III/1 des angefochtenen Entscheids, wonach "nach ständiger Praxis des Appellationshofes in Verfahren nach Art. 145 ZGB (...) die obere Instanz nicht ohne Not von den Erkenntnissen des Vorrichters abweichen soll und sich ein Eingreifen nur dann rechtfertigt, wenn die vom erstinstanzlichen Richter getroffene Lösung offensichtlich unsachlich und unhaltbar erscheint", schwere Bedenken. Der Beschwerdeführer macht zu Recht geltend, dass mit diesen

Wendungen im Allgemeinen eine auf Willkür beschränkte Kognition umschrieben wird (vgl. dazu statt vieler BGE 125 II 10 E. 3a S. 15) und eine solche Kognitionseinschränkung eine formelle Rechtsverweigerung bedeuten würde, zumal der Gesetzestext keine Grundlage für eine derart weitgehende Beschränkung bietet und eine entsprechende ständige Praxis vom Appellationshof weder belegt worden ist noch den Kommentatoren bekannt zu sein scheint (Leuch/Marbach/Kellerhals, a.a.O., Bem. vor Art. 333, Art. 333 ZPO).

Von der Rechtsprechung anerkannt sind zwar Einschränkungen der Kognition durch eine über die freie Prüfung verfügende Rechtsmittelbehörde, die sich aus der Natur der Streitsache ergeben (BGE 115 Ia 5 E. 2b mit Hinweisen), z.B. weil örtliche Verhältnisse zu würdigen sind, welche die Vorinstanz besser kennt und überblickt (BGE 120 Ia 270 E. 3b S. 275), der persönliche Eindruck oder ein persönliches Verhalten einzubeziehen ist, das der unteren Instanz besser bekannt ist (BGE 118 Ia 488 E. 4c S. 495) oder besondere Fachkenntnisse erforderlich sind, über welche die Rechtsmittelbehörde nicht in gleichem Masse wie die ersturteilende Behörde verfügt (BGE 116 Ib 270 E. 3 S. 273). In derartigen Fällen kann sich eine gewisse Zurückhaltung der Rechtsmittelbehörde bei der Prüfung rechtfertigen. An sich mit guten Gründen geht der Appellationshof davon aus, dass der vorläufige Charakter der im Summarverfahren zu treffenden vorsorglichen Massnahmen nach aArt. 145 ZGB (vgl. Art. 322 ZPO/BE) und das Erfordernis rascher Entscheidung ohne weitläufige Beweiserhebungen (Bühler/Spühler, Berner Kommentar, N 419 zu Art. 145 ZGB; Leuch/Marbach/Kellerhals, a.a.O., N 3c zu Art. 322 ZPO) ebenfalls Zurückhaltung bei der Überprüfung des erstrichterlichen

Entscheids erlauben. Dies gilt umso mehr, wenn der Erstrichter - wie vorliegend - über einen recht grossen Ermessensspielraum verfügt (Bühler/Spühler, a.a.O., N 13 ff. und N 190 zu Art. 145 ZGB). Nicht mit Erfolg beanstanden liesse sich deshalb wohl eine Praxis des Appellationshofes, wonach in die erstrichterliche Ermessensausübung in Rechtsmittelverfahren wie dem vorliegenden nur eingegriffen würde, wenn dazu hinreichender Anlass bestünde, der Appellationshof im Übrigen aber sein eigenes Ermessen nicht an die Stelle desjenigen des Vorrichters setzen würde. Eine Beschränkung der Prüfung auf eine eigentliche Willkürkognition ginge aber wie erwähnt zu weit und müsste als willkürliche Auslegung von Art. 322 ZPO/BE bezeichnet werden.

b) Vorliegend ist indessen entscheidend, dass sich der Appellationshof entgegen seinen allgemeinen Ausführungen in Ziff. III/1 des angefochtenen Urteils keineswegs mit einer Willkürprüfung begnügt hat. Er hat sowohl die von den Parteien neu eingereichten Unterlagen zu den Akten erkannt als auch die Vorbringen des Beschwerdeführers im Einzelnen und nicht nur unter Willkürgesichtspunkten geprüft. Insbesondere hat er das massgebende Einkommen der Beschwerdegegnerin festgesetzt, deren Zwangsbedarf überprüft und soweit erforderlich korrigiert, das Erfordernis einer Benutzungsregelung für die Ferienwohnung in Spanien beurteilt und schliesslich auch noch zum

Einkommen und zu den Auslagen des Beschwerdeführers Stellung genommen, obwohl sich dies erübrigt hätte, weil die Beschwerdegegnerin als nicht leistungsfähig gelten musste. Unter diesen Umständen kann von einer formellen Rechtsverweigerung nicht die Rede sein, obwohl die Ausführungen des Appellationshofes zur Kognition zumindest als missverständlich erscheinen.

3.- Der Beschwerdeführer wirft dem Appellationshof sodann vor, den Sachverhalt willkürlich festgestellt zu haben. Das Gericht habe zu Unrecht angenommen, die Verhältnisse hätten sich in einer Weise verändert, die sich auf das zumutbare Einkommen der Beschwerdegegnerin auswirkten, so dass von einem Einkommen von Fr. 2'500. -- (inkl. AHV) auszugehen sei. Nach Auffassung des Beschwerdeführers seien tatsächlich nur Änderungen der Verhältnisse in dem Sinne eingetreten, dass eine Erhöhung der Beiträge an ihn gerechtfertigt sei. Weder der Gesundheitszustand der Beschwerdegegnerin noch die Situation auf dem Arbeitsmarkt hätten sich seit dem Eheschutzentscheid vom 14. September 1998 bzw. dem Appellationsentscheid vom 19. November 1998 verschlechtert, weshalb nach wie vor von einem der Beschwerdegegnerin zumutbaren Einkommen von Fr. 4'000. -- pro Monat auszugehen sei. Im Übrigen beziehe sich das Arztzeugnis der Beschwerdegegnerin vom 29. März 1999 nicht auf ihren gegenwärtigen Gesundheitszustand, sondern auf die Situation im Jahre 1997, so dass nicht auf eine beschränkte Erwerbsfähigkeit geschlossen werden könne. Der Appellationshof sei auch in dieser Hinsicht in Willkür verfallen. Da er den Eheschutzentscheid aus dem Jahre 1998 trotz unveränderter Lage der Beschwerdegegnerin beim Erlass von vorsorglichen Massnahmen während des Scheidungsverfahrens zu deren Gunsten abgeändert habe, müsse sich der Appellationshof schliesslich eine willkürliche Auslegung von aArt. 179 ZGB vorwerfen lassen.

a) Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 4 aBV liegt willkürliche Beweiswürdigung nur vor, wenn der Richter seinen grossen Ermessensspielraum bei der Würdigung der Beweise offensichtlich missbraucht hat, wenn das Beweisergebnis geradezu unhaltbar ist oder wenn es auf einem offensichtlichen Versehen beruht. Der Richter muss z.B. die Beweise krass einseitig zu Gunsten einer Partei gewürdigt oder wichtige Beweise völlig ausser Acht gelassen haben (BGE 120 Ia 31 E. 4b S. 40, 118 Ia 28 E. 1b mit weiteren Hinweisen). Da sich die Aufhebung eines Entscheids nur rechtfertigt, wenn er nicht nur in einzelnen Punkten der Begründung, sondern auch im Ergebnis willkürlich ist (BGE 122 I 61 E. 3a S. 67, 122 III 130 E. 2a S. 131), kann die Rüge willkürlicher Sachverhaltsfeststellung zudem nur Erfolg haben, wenn sie sich auf rechtserhebliche Tatsachen bezieht.

b) Der Hinweis des Beschwerdeführers auf die Entwicklung der allgemeinen Arbeitsmarktsituation vermag die Feststellung des Appellationshofes, das Kursleitungsangebot im Zivilschutzdienst habe zufolge Restrukturierung weiter abgenommen, weshalb die in diesem Bereich tätige Beschwerdegegnerin weniger Kurse leiten könne als in früheren Jahren, nicht zu widerlegen, geschweige denn als willkürlich erscheinen zu lassen. Ebenso wenig ist der Appellationshof in Willkür verfallen, wenn er aus dem Arztzeugnis des Dr. H. _____ vom 29. März 1999 auf einen beeinträchtigten Gesundheitszustand der Beschwerdegegnerin geschlossen hat. Wohl spricht sich das Arztzeugnis vor allem zu den Leiden und Behandlungen in den Jahren 1989 und 1997 aus. Aus dem gesamthaft als "Extremvariante eines psychosomatischen Leidens" bezeichneten Beschwerdebild und der Feststellung des Arztes, dass "die psychosomatischen Beschwerden mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit durch den Stress der Ehe-/Scheidungssituation bedingt" sind, durfte der Appellationshof jedoch willkürfrei ableiten, die Beschwerdegegnerin sei in ihrer Gesundheit beeinträchtigt, solange das Scheidungsverfahren andauere. Endlich bestreitet der Beschwerdeführer nicht, dass die Beschwerdegegnerin das im Eheschutzverfahren als zumutbar bezeichnete Monatseinkommen von Fr. 4'000. -- nicht erzielen konnte, sondern weist im Gegenteil selber darauf hin, dass ihr tatsächliches Einkommen schon im damaligen Zeitraum "deutlich unter Fr. 4'000. --" lag. Wenn vor diesem Hintergrund der Appellationshof bei der Beurteilung der finanziellen Leistungsfähigkeit die Höhe ihres Arbeitseinkommens reduziert hat, so dass es ungefähr ihren durchschnittlichen Einkünften von Fr. 2'500. -- entspricht, kann von einer willkürlichen Bemessung keine Rede sein.

c) Der Beschwerdeführer bringt schliesslich erfolglos vor, der Appellationshof habe zu Unrecht auf eine nachteilige Veränderung der finanziellen Verhältnisse der Beschwerdegegnerin geschlossen. Er erkennt, dass vorsorgliche Massregeln gemäss aArt. 145 ZGB, die wie vorliegend Eheschutzmassnahmen gemäss Art. 171 ff. ZGB ablösen, nach Lehre und Rechtsprechung nicht nur bei wesentlicher Veränderung der Verhältnisse abgeändert werden können, sondern auch dann, wenn sich herausstellt, dass sie auf irrümlichen oder falschen Annahmen beruhen (BGE 116 II 21 E. 1b und c S. 24 f.; Bühler/Spühler, a.a.O., N 32 und 440 zu Art. 145 ZGB; Hasenböhler, Basler

Kommentar, N 15 zu Art. 179 ZGB; Hausheer/Reusser/Geiser, Berner Kommentar, N 8a, 9 und 17 zu Art. 179 ZGB). Insofern bezieht sich der Beschwerdeführer mit seinem Vorwurf der willkürlichen Sachverhaltsfeststellung daher auf einen Sachumstand, der für die Beurteilung unerheblich ist. Der Appellationshof hat zudem nur der tatsächlichen Einkommenssituation der Beschwerdegegnerin Rechnung getragen, wenn er die erzielbaren Einkünfte nach unten angepasst hat. Ob er damit ursprünglich falsche Annahmen korrigiert oder Änderungen der Verhältnisse berücksichtigt hat, ist unerheblich. Massgebend ist

bloss, dass er aufgrund willkürfreier Würdigung der Beweise davon ausgehen durfte, die Beschwerdegegnerin könne kein höheres Einkommen realisieren. Der Appellationshof hat damit keineswegs willkürlich entschieden; seine Rechtsanwendung entspricht vielmehr den von Lehre und Rechtsprechung anerkannten Grundsätzen. Auch in diesen Punkten erweist sich die Beschwerde demnach als unbegründet.

4.- Bei diesem Ergebnis wird der Beschwerdeführer kostenpflichtig (Art. 156 Abs. 1 OG). Dem Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege kann nicht entsprochen werden, da die Beschwerde als von vornherein aussichtslos bezeichnet werden muss (Art. 152 Abs. 1 OG). Eine Parteientschädigung ist nicht geschuldet, weil auf eine Beschwerdevernehmlassung verzichtet worden ist und der Beschwerdegegnerin deshalb keine Kosten erwachsen sind (Art. 159 Abs. 2 OG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

- 1.- Die staatsrechtliche Beschwerde wird abgewiesen.
- 2.- Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wird abgewiesen.
- 3.- Die Gerichtsgebühr von Fr. 1'500. -- wird dem Beschwerdeführer auferlegt.
- 4.- Dieses Urteil wird den Parteien und dem Appellationshof (II. Zivilkammer) des Kantons Bern schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 13. Januar 2000

Im Namen der II. Zivilabteilung
des SCHWEIZERISCHEN BUNDESGERICHTS
Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber: