

**XVIII. Eherechtliches Verfahren – Procédure matrimoniale –
Procedure di diritto matrimoniale**

Scheidungsverfahren – Divorce – Divorzio

[2621] Auszug aus dem Urteil der II. zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts i.S. A. gegen B. (Beschwerde in Zivilsachen) 5A_294/2021 vom 7. Dezember 2021; zur Publikation vorgesehen

Art. 176, 179 Abs. 1 ZGB; Art. 229, 317 ZPO; Noven im Eheschutzverfahren bei parallelem Scheidungsverfahren

Neue Tatsachen und Beweismittel müssen im Eheschutzverfahren – einschliesslich des Berufungsverfahrens vor der oberen kantonalen Instanz – berücksichtigt werden, wenn sie nach Art. 229 oder 317 ZPO zugelassen werden können. Dabei spielt es keine Rolle, ob parallel dazu ein Scheidungsverfahren oder ein Verfahren zur Abänderung der Eheschutzmassnahmen eingeleitet wurde.

Art. 176, 179 al. 1 CC; art. 229, 317 CPC; Nova en mesures protectrices en cas de procédure en divorce parallèle

Les faits et moyens de preuve nouveaux doivent être pris en compte dans la procédure des mesures protectrices de l'union conjugale, y compris au stade de la procédure d'appel devant l'instance cantonale supérieure, lorsqu'ils peuvent être admis en application des art. 229 ou 317 CPC. Peu importe que la procédure de divorce ou qu'une procédure en modification des mesures protectrices de l'union conjugale ait été introduite en parallèle.

Art. 176, 179 cpv. 1 CC; art. 229, 317 CPC; Nova in misura di tutela in caso di procedura di divorzio parallela

I fatti e i mezzi di prova nuovi devono essere considerati nella procedura di tutela dell'unione coniugale, ivi compreso allo stadio della procedura di appello dinanzi all'istanza cantonale superiore, quando possono essere ammessi in applicazione degli art. 229 o 317 CPC. Poco importa che la procedura di divorzio o che una procedura di modifica delle misure di tutela dell'unione coniugale sia stata introdotta in parallelo.

3. Vor Bundesgericht ist die Festsetzung des vom Beschwerdeführer zu leistenden Ehegattenunterhalts strittig.

3.1 Die Vorinstanz erachtete die Zuständigkeit des Eheschutzgerichts zur Regelung des Ehegattenunterhalts trotz zwischenzeitlicher Einleitung des Scheidungsverfahrens als nach wie vor gegeben. Auch wenn das Gericht erst nach diesem Zeitpunkt entscheide, sei Unterhalt sodann für die weitere Dauer des Getrenntlebens und nicht nur bis zur Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens zu sprechen. Dabei seien jedoch Tatsachen, die sich erst nach Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens ereignet hätten bzw. wirksam würden, praxisgemäss nicht mehr in die Beurteilung der Eheschutzmassnahmen einzubeziehen. Entsprechend hob die Vorinstanz die erstinstanzliche Befristung der Unterhaltspflicht auf den 22. März

2019 auf, zumal im Scheidungsverfahren bisher kein Begehren um Erlass vorsorglicher Massnahmen gestellt worden sei. Bei der Festsetzung der vom Beschwerdeführer geschuldeten Beiträge berücksichtigte das Obergericht aber keine nach dem vorgenannten Datum eingetretenen oder wirksam gewordenen Tatsachen.

3.2 Der Beschwerdeführer beanstandet die Nichtberücksichtigung der nach dem 22. März 2019 eingetretenen Tatsachen: Es gehe nicht an, diese Tatsachen (d.h. Lohn-erhöhung der Beschwerdegegnerin ab 1. April 2019, Karriereschritt der Beschwerdegegnerin per 1. Januar 2021 sowie [hypothetischer] Mietertrag ab dem 1. Januar 2020), deren Berücksichtigung zu einem Wegfall oder zumindest einer wesentlichen Reduktion seiner Unterhaltspflicht führen würde, mit Hinweis auf die Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens im Eheschutzverfahren nicht zu beachten. In der Folge legt er dar, wie der Unterhaltsbeitrag seiner Ansicht nach unter Berücksichtigung sämtlicher relevanter Umstände festzusetzen ist. Das Obergericht hat nach Dafürhalten des Beschwerdeführers ausserdem übersehen, dass die Beschwerdegegnerin aktenkundig über kein zu versteuerndes Vermögen verfügt. Daher habe das Gericht deren Steuerlast falsch berechnet.

In rechtlicher Hinsicht wendet der Beschwerdeführer ein, das Obergericht habe die Art. 229 und 317 ZPO, mithin die zivilprozessuale Novenregelung, nicht bzw. falsch angewandt. Gleichzeitig sei dem Obergericht eine falsche Ermessensausübung vorzuwerfen, weil es rechtsrelevante Umstände grundlos nicht berücksichtigt habe. Mit diesen Vorbringen missachtet der Beschwerdeführer, dass das Bundesgericht im vorliegenden Verfahren nur die Verletzung verfassungsmässiger Rechte prüfen kann (vgl. vorne E. 2). Freilich rügt und begründet er auch, dass und weshalb das Obergericht die fraglichen Bestimmungen geradezu willkürlich angewandt habe (Art. 9 BV). Weiter ist der Beschwerdeführer der Ansicht, das Obergericht habe seine Kognition freiwillig und ohne Grund beschränkt und dadurch den Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) verletzt. Eine Gehörsverletzung liege auch darin, dass die Vorinstanz bestimmte Beweise nicht abgenommen habe. Die Gehörsrügen erhebt der Beschwerdeführer indes einzig im Zusammenhang mit der und gleichsam als Anhang zur Willkürüge; eine selbständige Begründung findet sich in der Beschwerde nicht. Folglich kommt der Rüge der Gehörsverletzung keine eigenständige Bedeutung zu und ist nachfolgend allein zu prüfen, ob die Vorinstanz mit ihrem Vorgehen die massgeblichen gesetzlichen Bestimmungen willkürlich angewandt hat.

4.

4.1 Willkür in der Rechtsanwendung liegt vor, wenn der angefochtene Entscheid offenbar unhaltbar ist, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft. Das Bundesgericht hebt einen Entscheid jedoch nur auf, wenn nicht bloss die Begründung, sondern auch das Ergebnis unhaltbar ist. Dass eine andere Lösung ebenfalls als vertretbar oder gar zutreffender erscheint, genügt nicht (BGE 144 I 113 E. 7.1; 142 II 369 E. 4.3). Willkürlich ist ein kantonaler Entscheid ferner dann, wenn ein Gericht ohne nachvoll-

ziehbarer Begründung von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung abweicht (Urteile 5A_1047/2020 vom 4. August 2021 E. 2; 5A_253/2020 vom 25. März 2021 E. 2.1).

4.2 Das Bundesgericht hat sich bereits mehrfach zur Abgrenzung der Zuständigkeiten und Kompetenzen zwischen dem Eheschutzgericht und dem Scheidungsgericht geäußert. Demnach ist das Eheschutzgericht bis zum Eintritt der Rechtshängigkeit der Scheidung für die Regelung des Getrenntlebens zuständig (Art. 176 ZGB), während für die Zeit danach das Scheidungsgericht die notwendigen vorsorglichen Massnahmen trifft (Art. 276 Abs. 1 ZPO). Massnahmen, die das Eheschutzgericht erlässt, bleiben in Kraft, solange das Scheidungsgericht sie nicht abändert (Art. 276 Abs. 2 ZPO i.V.m. Art. 179 Abs. 1 ZGB). Die Einleitung des Scheidungsverfahrens führt weder zur Gegenstandslosigkeit des Eheschutzverfahrens noch zum Verlust der Zuständigkeit des Eheschutzgerichts. Vielmehr bleibt das zuständigkeitshalber (d.h. vor Eintritt der Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens) angerufene Eheschutzgericht für die Regelung des Getrenntlebens zuständig, selbst wenn eine der Parteien während des noch laufenden Eheschutzverfahrens das Scheidungsgericht anruft. Es spielt mithin keine Rolle, ob das Eheschutzgericht vor oder erst nach Eintritt der Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens entscheidet (zum Ganzen: BGE 138 III 646 E. 3.3.2; 137 III 614 E. 3.2.2; 129 III 60 E. 2 und 3 [zu aArt. 137 ZGB]; kürzlich etwa Urteil 5A_13/2019 und 5A_20/2019 vom 2. Juli 2019 E. 3.1, vgl. auch BGE 134 III 326 E. 3.2).

4.3 Anlass zur Beschwerde gibt letztlich das Verhältnis des Novenrechts (Art. 229 und 317 ZPO) zu den gesetzlich vorgesehenen Abänderungsverfahren (hier: Art. 276 Abs. 2 ZPO i.V.m. Art. 179 Abs. 1 ZGB; vgl. auch Art. 129, 134 und 286 ZGB).

4.3.1 Ist das Verfahren spruchreif, wird es durch Sach- oder Nichteintretensentscheid beendet (Art. 236 Abs. 1 ZPO; vgl. auch Art. 327 Abs. 3 Bst. b ZPO). Spruchreif ist das Verfahren dann, wenn das Gericht über sämtliche Entscheidungsgrundlagen verfügt, um über die Begründetheit oder Unbegründetheit des geltend gemachten Anspruchs zu befinden oder einen Nichteintretensentscheid zu erlassen und das vom Gesetz vorgeschriebene Verfahren ordnungsgemäss durchgeführt wurde (BGE 144 III 394 E. 4.3.2.2; 140 III 450 E. 3.2). Zur ordnungsgemässen Durchführung des Verfahrens gehört auch die Berücksichtigung von (für den Ausgang des Verfahrens relevanten) Tatsachen und (tauglichen) Beweismitteln, welche eine Partei nach Massgabe der anwendbaren Gesetzesbestimmungen (Art. 221 Abs. 1 Bst. d und e, Art. 229 und 317 ZPO) zulässigerweise in den Prozess einbringt.

4.3.2 Ändern sich die Verhältnisse, passt das Gericht auf Begehren eines Ehegatten die Eheschutzmassnahmen an (Art. 179 Abs. 1 ZGB). Nach Eintritt der Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens ist das Scheidungsgericht hierfür zuständig (Art. 276 Abs. 2 Satz 2 ZPO). Anlass zu einer Abänderung können grundsätzlich nur echte Noven geben, 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 (BGE 143 III 42 E. 5.2); umgekehrt sind neue Vorbringen, mit denen geänderte Verhältnisse behauptet und belegt werden, im Abänderungs-

verfahren nicht zu berücksichtigen, wenn und soweit sie im Verfahren, welches im abzuändernden Entscheid gemündet hat, gestützt auf Art. 229 ZPO oder Art. 317 Abs. 1 ZPO noch hätten vorgebracht werden können (BGE 143 III 42 E. 5.3).

4.3.3 In diesem Sinn erachtete das Bundesgericht einen Berufungsentscheid, der im Sinn von Art. 317 Abs. 1 ZPO zulässige Noven unberücksichtigt lässt und diese in ein Abänderungsverfahren gemäss Art. 179 ZGB verweist, als willkürlich, zumal er ohne sachlich haltbaren Grund von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und Lehre abweicht (BGE 143 III 42 E. 5.5; Urteil 5A_436/2020 vom 5. Februar 2021 E. 4.1).

4.4 Das Gesagte hat allgemein Geltung. Dem in seinem Zuständigkeitsbereich angerufenen Eheschutzgericht obliegt es, das Verfahren auf Erlass einer Eheschutzmassnahme (inkl. eines allfälligen Rechtsmittelverfahrens) unter Einschluss sämtlicher nach Massgabe von Art. 229 und 317 ZPO zu berücksichtigenden Tatsachen und Beweismittel zu Ende zu führen. Es spielt folglich keine entscheidende Rolle, ob ein Abänderungsverfahren während der Dauer des Verfahrens auf Erlass einer Eheschutzmassnahme bereits rechtshängig gemacht wird (so die Ausgangslage in den vorzitierten Entscheiden 143 III 42 [nicht publizierte Bst. E und E. 4.3] und 5A_436/2020 vom 5. Februar 2021 [Bst. C.a]) oder nicht. Auch bleibt unerheblich, ob ein allfälliges Abänderungsverfahren vor dem Eheschutzgericht geführt wird (so die dem Entscheid 143 III 42 zugrunde liegende Sachlage) oder vor dem Scheidungsgericht (wie im Urteil 5A_436/2020 vom 5. Februar 2021 [Bst. A.e und C.a]). Jedenfalls ist das Eheschutzverfahren zur Spruchreife zu bringen und damit ordentlich durchzuführen und abzuschliessen.

4.5 Aus den dargelegten Grundsätzen ergibt sich für die vorliegend interessierende Problematik, was folgt:

Das vor Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens angerufene Eheschutzgericht trifft die zur Regelung des Getrenntlebens der Ehegatten nötigen Massnahmen, die über die Einleitung des Scheidungsverfahrens hinaus bis zu einer allfälligen Abänderung in Kraft bleiben. Das Eheschutzgericht führt das bei ihm hängige Massnahmeverfahren (inkl. eines allfälligen Rechtsmittelverfahrens) auch dann ordentlich zu Ende, wenn zwischenzeitlich ein gemeinsames Scheidungsbegehren oder eine Scheidungsklage eingereicht worden ist. Einen Entscheid fällt es erst, wenn das Verfahren spruchreif ist, was den Einbezug sämtlicher nach Art. 229 ZPO (und gegebenenfalls Art. 317 ZPO) zu berücksichtigenden Tatsachen und Beweismittel voraussetzt. Das Eheschutzverfahren findet seinen Abschluss dabei regelmässig spätestens mit der Eröffnung eines kantonalen Rechtsmittelentscheids (vgl. Art. 318 Abs. 2 ZPO), da eine allfällige Beschwerde in Zivilsachen den Eintritt von dessen formellen Rechtskraft grundsätzlich nicht hemmt (BGE 146 III 284 Regeste und E. 2). Anlass für eine Abänderung des Eheschutzurteils – sei dies durch das Eheschutz- oder durch das Scheidungsgericht – nach Art. 179 Abs. 1 ZGB (gegebenenfalls i.V.m. Art. 276 Abs. 2 ZPO) können dagegen nur Tatsachen oder Beweismittel bilden, die erst eingetreten oder verfügbar geworden sind, nachdem sie nicht mehr ins Verfahren auf Erlass der Eheschutzmassnahme eingebracht werden konnten, oder die während dieses Verfahrens zwar bestanden haben und der sich darauf berufenden

Partei bekannt waren, von dieser damals zufolge fehlender Möglichkeit des Beweises aber nicht geltend gemacht worden sind (sog. echte Noven; BGE 143 III 42 E. 5.2; Urteil 5A_874/2019 vom 22. Juni 2020 E. 3.2).

Das Gesagte mag im Einzelfall dazu führen, dass das Eheschutzgericht im Verfahren auf Erlass einer Massnahme Tatsachen zu berücksichtigen hat, die erst nach Einleitung des Scheidungsverfahrens entstanden sind und sich auch nur während der Dauer dieses Verfahrens auswirken. Dies ist als Konsequenz einer möglichst prozessökonomischen Koordination von Eheschutz- und Scheidungsverfahren aber hinzunehmen (vgl. dazu sogleich E. 4.6). Ausserdem wird auf diese Weise sichergestellt, dass erlassene Eheschutzmassnahmen möglichst aktuell sind und den tatsächlichen Gegebenheiten entsprechen.

4.6 Nach der im angefochtenen Entscheid vertretenen Lösung wären die Parteien bei einem Sachverhalt, wie er vorliegend zur Debatte steht, gezwungen, bereits während des noch hängigen Eheschutzverfahrens ein Abänderungsbegehren zu stellen, welches sowieso noch gar nicht an die Hand genommen werden könnte. Solches führte nicht nur zu einer Vervielfachung der Verfahren, sondern hätte auch heikle Fragen der Verfahrenskoordination zur Folge (vgl. dazu HURNI, Zuständigkeitsabgrenzung zwischen Eheschutz- und Scheidungsgericht, in: AJP 2021 S. 711 ff., 712 f.; ZOGG, «Vorsorgliche» Unterhaltszahlungen im Familienrecht, in: FamPra.ch 2018 S. 47 ff., 57 ff.) und liefe dem Ziel der Rechtsprechung zuwider, eine möglichst einfache Koordination zwischen Eheschutz- und Scheidungsverfahren zu erreichen.

Ausserdem ist der Rückbezug eines Entscheids über die Abänderung vorsorglicher Massnahmen auf einen Zeitpunkt vor Einreichung des Abänderungsgesuches nur sehr beschränkt möglich (BGE III II 103 E. 4 [zu aArt. 145 ZGB]; Urteil 5A_263/2020 vom 6. Juli 2020 E. 3.3.3 mit Hinweisen; ZOGG, a.a.O., S. 58 Fn. 54, schlägt im vorliegenden Kontext indes eine weitergehende Rückwirkung vor).

Relevant ist schliesslich, dass die Praxis der kantonalen Höchstgerichte zur Berücksichtigung neuer Tatsachen im Übergang vom Eheschutz- zum Scheidungsverfahren unterschiedlich ist und verschiedene Kantone dem Beispiel des Kantons Zürich folgen, während andere zu der hier aufgezeigten Lösung neigen (vgl. HURNI, a.a.O., S. 712 Fn. 6; STALDER/VAN DE GRAAF, in: Kurzkomentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2021, N. 4a ff. zu Art. 276 ff. ZPO). Der unterschiedliche Umgang mit nach Einleitung des Scheidungsverfahrens eingetretenen Tatsachen im Eheschutzverfahren ist per se bedenklich (vgl. DUSS, in: FamPra.ch 2013 S. 198 ff., 203; STALDER/VAN DE GRAAF, a.a.O., N 4d zu Art. 276 ZPO) und es gilt ihn auch deshalb zu vermeiden, um im Falle eines Zuständigkeitswechsels die Gefahr auszuschliessen, dass bestimmte Tatsachen nicht beachtet werden, weil sie nach der Praxis des einen Kantons im Eheschutz-, nach jener des anderen Kantons aber im Scheidungsverfahren zu berücksichtigen sind (vgl. Art. 29 Abs. 1 BV; ähnlich bereits BGE 143 III 42 E. 5.4 a.E.).

4.7 Durch die schematische Nichtberücksichtigung bestimmter frist- und formgerecht vorgetragener Tatsachen im Verfahren auf Erlass von Eheschutzmassnahmen hat die Vorinstanz nach dem Ausgeführten dessen ordentlichen Abschluss verhindert und die relevante Rechtsprechung ohne überzeugende Begründung

unberücksichtigt gelassen. Gleichzeitig hat sie die Novenregelung der Zivilprozessordnung missachtet, die keine Unterscheidung danach trifft, ob bestimmte Tatsachen vor oder nach der Rechtshängigkeit eines weiteren Verfahrens – hier des Scheidungsverfahrens – eingetreten sind. Der angefochtene Entscheid erweist sich in seiner Begründung damit nicht als haltbar (vgl. vorne E. 4.1 sowie BGE 135 III 232 E. 2.4 a.E.; 117 III 76 E. 7c). Hieran ändert nichts, dass die Lösung des Obergerichts in der Literatur teilweise auf Zustimmung gestossen ist (vgl. die Hinweise in E. 4.6 hiervor und weiter BÄHLER, Eheschutz – ein spannungsgeladenes Summarverfahren, in: Eichel/Hurni/Markus [Hrsg.], Schneller Weg zum Recht, Praktische Herausforderungen ausgewählter Summarverfahren, 2020, S. 93 ff., 114; PELLATON, in: Bohnet/Guillod [Hrsg.], Commentaire pratique, Droit matrimonial, 2016, N. 33 zu Art. 179 ZGB). Wohl gilt ein Entscheid, der sich auf Lehrmeinungen stützen kann, in der Regel nicht als willkürlich (BGE 127 III 232 E. 3a; 122 III 439 E. 3b). Die zitierten Lehrmeinungen beschränken sich indes mit dem blossen Hinweis auf die in einzelnen Kantonen gepflegte Praxis, setzen sich aber nicht mit dem vorstehend aufgezeigten Verhältnis zwischen dem Novenrecht zu den gesetzlich vorgesehenen Abänderungsverfahren auseinander (E. 4.3). Sie vermögen vorliegend daher keine weitere Bedeutung zu erlangen.

4.8 Zuletzt ist der Fehler der Vorinstanz auch geeignet, sich im Ergebnis auszuwirken (vgl. zu diesem Erfordernis bei Unterhaltsleistungen etwa Urteil 5A_926/2019 vom 30. Juni 2020 E. 3.2): Wie der Beschwerdeführer darlegt und weder von der Beschwerdegegnerin noch der Vorinstanz bestritten wird, wäre der streitbetroffene Unterhaltsbeitrag bei Berücksichtigung der neu in das Verfahren eingebrachten Tatsachen (vgl. vorne E. 3.2) ab Januar 2019 gegebenenfalls erheblich zu reduzieren oder ganz aufzuheben.

5.

5.1 Zusammenfassend ist das Obergericht in Willkür verfallen, indem es die sich auf die Zeit nach dem 22. März 2019 beziehenden Tatsachen und Beweismittel allein mit dem Hinweis auf die Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens unbeachtet gelassen hat. Vielmehr hätte es prüfen müssen, ob die Noven nach Massgabe von Art. 229 und 317 ZPO im Eheschutzverfahren zu berücksichtigen gewesen wären. Dies ist nunmehr nachzuholen und anschliessend im Unterhaltspunkt neu über das Eheschutzgesuch der Beschwerdegegnerin zu befinden. Es ist allerdings nicht Aufgabe des Bundesgerichts, die entsprechende Prüfung erstmals vorzunehmen. Die Sache ist daher in Gutheissung der Beschwerde und unter Aufhebung von Ziffer 1 des angefochtenen Urteils zu neuer Entscheidung ans Obergericht zurückzuweisen (Art. 107 Abs. 2 BGG). Unter diesen Umständen ist auf das weitere Vorbringen des Beschwerdeführers zur Steuerlast der Beschwerdegegnerin und auf die von ihm vorgenommene Neuberechnung des Unterhalts nicht mehr einzugehen. Das Obergericht wird vielmehr Gelegenheit haben, diese Punkte (gegebenenfalls) im Rahmen seines neuen Entscheids zu prüfen.

Das Obergericht wird auch neu über die Kosten des kantonalen Verfahrens zu entscheiden haben (Art. 67 und 68 Abs. 5 BGG), weshalb auch die Ziffern 5–9 des angefochtenen Urteils aufzuheben sind.

CA/CH CA/CH
97i 66.1i

NOTE

Francois Bohnet

Noven im Eheschutzverfahren nach Einreichung einer Scheidungsklage

Es mag überraschen, dass eine Partei in einem Eheschutzverfahren (auch im Berufungsstadium) oder in einem Verfahren um Abänderung von Eheschutzmassnahmen Tatsachen (und entsprechende Beweise) vorbringen muss, die sich erst nach Einleitung des Scheidungsverfahrens ereignet haben. Wie das Bundesgericht zu Recht feststellt, steht diese Lösung jedoch im Einklang mit der Novenregelung von Art. 229 ZPO für das erstinstanzliche Verfahren bzw. von Art. 317 ZPO für das Berufungsverfahren.

Eine Partei, die erst nach Einreichung der Scheidungsklage eingetretene Tatsachen im gleichzeitig rechtshängigen Eheschutzverfahren nicht unverzüglich geltend macht – obwohl dies nach Art. 229 bzw. Art. 317 ZPO zulässig wäre – kann diese Tatsachen im Scheidungsverfahren nicht mehr im Rahmen eines Gesuchs um Erlass vorsorglicher Massnahmen geltend machen. Das Bundesgericht hatte bereits Gelegenheit, dies im Urteil 5A_436/2020 vom 5. Februar 2021, E. 5.4 festzuhalten: «s'il est vrai que la compétence du juge du divorce pour rendre des mesures provisionnelles est donnée dès que la procédure de divorce est pendante, il n'en demeure pas moins que les mesures protectrices de l'union conjugale demeurent en vigueur au-delà de l'ouverture de cette procédure tant qu'elles n'ont pas été modifiées aux conditions de l'art. 179 CC». Im vorliegenden Fall hat der Beschwerdeführer zwar eine Scheidungsklage eingereicht und das Scheidungsgericht um Abänderung der Eheschutzmassnahmen ersucht. Der Entscheid des Scheidungsgerichts hierüber lag allerdings (noch) nicht vor, als die Beschwerdegegnerin die Berufung gegen den Eheschutzentscheid ergriff. Selbst wenn der erstinstanzliche Scheidungsrichter zeitlich vor der Berufungsinstanz über die vorsorglichen Massnahmen entschieden hätte, hätte er die vom Beschwerdeführer vorgebrachten neuen Tatsachen nicht berücksichtigen können: Die Rechtsprechung verbietet es ausdrücklich, im Rahmen eines Abänderungsverfahrens neue Tatsachen und Beweise zu berücksichtigen, die bereits in der Berufung gegen den Eheschutzentscheid hätten geltend gemacht werden können.

Diese Regel gilt auch dann, wenn die neuen Tatsachen während der laufenden Berufungsfrist bekannt werden. In diesem Fall müssen die neuen Tatsachen im Rahmen des Berufungsverfahrens geltend gemacht werden. Im Abänderungsverfahren (vor dem Scheidungsgericht) kann dies demgegenüber nicht mehr getan werden. Rechtsanwälte sollten ihre Klienten deshalb gut darüber unterrichten, ihnen neue Tatsachen (auch nach Ergehen des erstinstanzlichen Eheschutzentscheids) umgehend mitzuteilen.

Die praktische Handhabung sich verändernder Umstände birgt Schwierigkeiten. So stellt sich bspw. die Frage, ob ein Arbeitsplatzverlust oder die Aufnahme einer Arbeit unverzüglich geltend gemacht werden muss, obwohl sich ein Arbeitsplatzverlust gemäss der Rechtsprechung erst nach einer Arbeitslosigkeit von etwa vier Monaten dauerhaft auswirkt (BGer 5A_874/2019 vom 22. Juni 2020, E. 4.3.1). Diesbezüglich müsste also bestimmt werden, ob die Dauerhaftigkeit der entsprechenden Einkommensminderung erst nach dem Zeitpunkt eintritt, zu dem noch Noven in der Berufung vorgebracht werden können (BGer 5A_436/2020 oben, E. 5.4). Für solche praktischen Schwierigkeiten dürften die Richter, die im Nachhinein die Einhaltung der zeitlichen Regeln zur Geltendmachung von Noven über-

prüfen, wohl wenig Gehör haben. Nach hier vertretener Auffassung sollten diese Tatsachen deshalb immer in der Berufung geltend gemacht werden, selbst wenn parallel dazu oder in einem späteren Zeitpunkt ein Abänderungsverfahren eingeleitet wird. Dies insbesondere in Anbetracht der sehr kurzen Frist zur Geltendmachung neuer Tatsachen sowie der alles andere als harmlosen Auswirkungen bei deren Nichteinhaltung.

XXII. Rechtsmittel – Voies de recours – Mezzi di impugnazione

Beschwerde – Recours – Reclamo

[2622] Estratto della sentenza della I Corte di diritto civile del Tribunale federale nella causa A. contro B. SA (ricorso sussidiario in materia costituzionale) 4A_145/2021 del 27 ottobre 2021

Art. 68 cpv. 2 lit. d, 308 cpv. 2 CPC; Conversione di un reclamo in appello

La conversione di un reclamo in appello (e viceversa), quando la decisione impugnata menziona correttamente la via di diritto da seguire, è possibile in alcune circostanze. Occorre che siano adempiute le esigenze relative all'atto che avrebbe dovuto essere presentato, che l'atto possa essere convertito nel suo complesso e che la conversione non leda i diritti della controparte. Se la parte è rappresentata professionalmente, una conversione è tuttavia esclusa se la cattiva via di diritto è stata scelta deliberatamente quando non poteva essere ignorato che essa era scorretta (consid. 5.1, con riferimento alla giurisprudenza consacrata da DTF 5A_221/2018 del 4 giugno 2018). Questa giurisprudenza si applica quando la parte è rappresentata da un/a avvocato/a, ma anche da un/una mandatario/a professionalmente qualificato/a (art. 68 cpv. 2 lit. d CPC), in concreto un sindacato (consid. 5.2.2).

Art. 68 al. 2 lit. d, 308 al. 2 CPC; Conversion d'un recours en appel

La conversion d'un recours en appel (et vice-versa), lorsque la décision attaquée mentionne correctement la voie de droit à suivre, est possible dans certaines circonstances. Il faut que les exigences relatives à l'acte qui aurait dû être déposé soit remplies, que l'acte puisse être converti dans son ensemble et que la conversion ne porte pas atteinte aux droits de la partie adverse. Si la partie est représentée professionnellement, une conversion est toutefois exclue si la mauvaise voie de droit a été délibérément choisie alors qu'il ne pouvait être ignoré que celle-ci était incorrecte (consid. 5.1; rappel de la jurisprudence consacrée par l'arrêt du TF 5A_221/2018 du 4 juin 2018). Cette jurisprudence s'applique lorsque la partie est représentée par un-e avocat-e, mais également par un-e mandataire professionnellement qualifié-e (art. 68 al. 2 lit. d CPC), en l'espèce un syndicat (consid. 5.2.2).

Art. 68 Abs. 2 lit. d, 308 Abs. 2 ZPO; Umwandlung einer Beschwerde in eine Berufung
Gibt der angefochtene Entscheid das zu ergreifende Rechtsmittel korrekt an, so ist die Umwandlung einer Beschwerde in eine Berufung (und umgekehrt) nur unter bestimmten Umständen möglich. Voraussetzung ist, dass die Anforderungen an das Schriftstück, das hätte