

GR_GERICHTE ZK1 2023 17 vom 15. Juni 2023

GR Gerichte, 2023-06-15, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_ZK1_2023_17

FR: GR_GERICHTE ZK1 2023 17 du 15 juin 2023

IT: GR_GERICHTE ZK1 2023 17 del 15 giugno 2023

Regeste

Abänderung Scheidungsurteil | Berufung ZGB Eherecht

Erwägungen

E. 5

/ 23 standungen Vorbringen, noch an die Erwägungen der ersten Instanz gebunden (BGE 138 III 374 E. 4.3.1; 141 III 576 E. 2.3.3). Diese Anforderungen sind immerhin mit Augenmass, nach Treu und Glauben (Art. 52 ZPO) zu handhaben. Wenn der Berufung bei loyalen Bemühen zu entnehmen ist, was warum kritisiert werden soll, und wenn das angefochtene Urteil den Punkt nicht besonders eingehend abhandelt, sodass auch ohne das Bezeichnen einzelner Seiten oder Absätze klar wird, was gemeint ist, lässt sich die Kritik häufig ohne Schwierigkeiten ("aisément", sagt das Bundesgericht) verstehen und beurteilen. Jedenfalls dürfen die formellen Anforderungen nicht überspannt oder überspitzt formalistisch angewendet werden. Im Einzelnen lässt sich das freilich nur bei der Diskussion konkreter Kritikpunkte beurteilen. 1.3. Mit Blick auf die vorliegende Berufungsantwort (act. A.2), welche sich praktisch ohne Verweise auf das angefochtene Urteil und auf die erstinstanzlichen Akten wie ein freier Vortrag darstellt, drängen sich noch folgende Bemerkungen auf: In der Berufung sind neue Vorbringen mit wenigen Ausnahmen ausgeschlossen (Art. 317 ZPO). Die Parteien müssen die Voraussetzungen einer der gesetzlichen Ausnahmen begründen. Wenn sie in der Berufungsbegründung oder in deren Beantwortung tatsächliche Behauptungen vortragen, die nicht auf den ersten Blick etwas betreffen, wovon schon das erstinstanzliche Gericht ausging, werden diese Elemente als neu betrachtet, ohne dass die Berufungsinstanz die erstinstanzlichen Rechtsschriften und Akten darauf hin zu durchsuchen hätte, wo die Behauptung allenfalls schon aufgestellt worden sein könnte. Auch neue Beweismittel unterliegen der Noven-Beschränkung. Novenrechtlich unzulässige Vorbringen oder Dokumente sind allerdings nicht nach einem häufig verwendeten Ausdruck in einem physischen Sinn "aus dem Recht zu weisen". Wohl sind sie wie unzulässige neue Behauptungen beim Entscheid nicht zu beachten. Weil aber eine obere Instanz ihre Zulässigkeit anders beurteilen mag und nur schon aus Gründen der Transparenz und der Vollständigkeit des Dossiers im Sinne einer tatsächlichen Chronologie dürfen sie aus den Akten nicht etwa entfernt und dem Einleger zurückgeschickt werden. Ebenso unrichtig ist die oft anzutreffende Floskel, ein Argument sei "nicht zu hören". Der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 53 ZPO) verlangt, dass auch Unzulässiges, Verspätetes oder Ungebührliches (Art. 132 ZPO) "gehört" wird – wie damit umzugehen ist und ob es für die Entscheidungsfindung verwendet werden kann und darf, ist eine andere Frage. 2.1. In der Sache geht das angefochtene Urteil davon aus, die für die Zeit nach der Scheidung geschuldete Unterhaltsrente könne herabgesetzt oder aufgehoben

E. 6

/ 23 werden, wenn eine erhebliche, dauerhafte und nicht vorausgesehene Änderung in den finanziellen Verhältnissen des Verpflichteten eingetreten sei. Das ist nach den Erwägungen des Urteils der Fall. Insbesondere sei der Berufungsbeklagte dauerhaft pflegebedürftig und führe das zu einer grossen Lücke zwischen seinen Einkünften und seinem Bedarf, und es könne nicht angenommen werden, die Situation werde sich je verbessern. Unter diesem Aspekt sei die damals festgelegte Rente nicht mehr haltbar. Der Berufungsbeklagte (das ist rechtlich zutreffend, faktisch müsste man wohl sagen: die Beiständin) habe diese Rente allerdings aus seinem Vermögen bisher weiterbezahlt. Da auch die Berufungsklägerin ihren Bedarf aus ihren übrigen Einkünften nicht decken könne, sei es nicht angezeigt, die Aufhebung der Rente gemäss dem Antrag in der Klage auf Ende August 2020 anzuordnen. Das Urteil hebt die Rente daher auf den 18. August 2022 auf: das ist das Datum des Urteils. Die Berufungsklägerin kritisiert das wie folgt: Das Regionalgericht habe ihre in der Hauptverhandlung vorgelegten Urkunden zu Unrecht nicht berücksichtigt (in Verletzung von Treu und Glauben aber der Gegenpartei Gelegenheit gegeben, sich ergänzend zu äussern) – sie habe belegt, dass der Berufungsbeklagte Vermögen verheimlichte; der Berufungsbeklagte habe sein Budget verspätet vorgelegt und dieses stelle eine reine Parteibeauptung dar, und sie – die Berufungsklägerin – habe es bestritten; sie – die Berufungsklägerin – habe sich darauf berufen, der Berufungsbeklagte könne eine Unterdeckung von rund CHF 930.00 während 32 Jahren aus seinem Vermögen decken; nicht einmal der Berufungsbeklagte habe die im angefochtenen Urteil angenommene Unterdeckung von rund CHF 4'900.00 behauptet; richtig sei, dass der Berufungsbeklagte die Scheidungsrente bis und mit August 2022 leistete, und dass sein Vermögen in jenem Zeitpunkt noch CHF 362'000.00 betrug. Zur (Un-)Vorhersehbarkeit der Änderung der Verhältnisse kritisiert die Berufungsklägerin, dass das Urteil trotz der unbestrittenen Kenntnis der Diagnose "Alzheimer" im Zeitpunkt der Scheidung annehme, die Arbeitsunfähigkeit sei nicht vorhersehbar gewesen, gegenteils sei die Chronik der Demenz-Erkrankung im Scheidungsverfahren detailliert dokumentiert; die damaligen Scheidungsparteien hätten eine Abänderung der Rente bewusst nicht vereinbart, das ergebe sich auch daraus, dass der Berufungsbeklagte selbst gar keine Abänderung verlangt habe (act. A.1 passim). 2.2. Laut dem angefochtenen Urteil hat der Berufungsbeklagte seinen Klageantrag zum Kindesunterhalt zurückgezogen (act. B.1 S. 4 oben, Abschnitt I). Das fand bei der Kostenregelung Erwähnung (act. B.1 S. 15 oben). An sich richtig und

E. 7

/ 23 wie von Art. 241 Abs. 3 ZPO vorgeschrieben wurde das Verfahren abgeschrieben (Dispositiv-Ziff. 2). Diese Abschreibung ist missverständlich. Da ihr Umfang nicht näher definiert wird, sie aber im Dispositiv nach der nur teilweisen Aufhebung der Scheidungsrente steht, müsste eigentlich angenommen werden, das Verfahren werde in dem (ganzen) Umfang abgeschrieben, als die Klage nicht teilweise gutgeheissen wurde. Das ist allerdings nicht der Fall, oder sollte es jedenfalls nicht sein. Der Berufungsbeklagte klagte auf Aufhebung der Rente per Ende August 2020. Angeordnet wurde die Aufhebung erst mit Wirkung ab 18. August 2022. Nach den Erwägungen des Urteils und der soweit bekannten Prozessgeschichte hatte der Berufungsbeklagte sein Rechtsbegehren nicht teilweise zurückgezogen, sondern schien dem Regionalgericht eine Aufhebung schon ab anfangs September 2020 als nicht angezeigt. Irgendein Grund dafür, dass die Klage in diesem Umfang abgeschrieben werden sollte, ist nicht erkennbar. Die Klage wurde also für die

Zeit- spanne zwischen September 2020 und dem Datum des Urteils als unbegründet beurteilt und daher abgewiesen. Keine Partei stösst sich an dem formellen Punkt. Nach Treu und Glauben kann das angefochtene Urteil auch kaum dahin (miss-)verstanden werden, bezüglich der monatlichen Renten zwischen September 2020 und dem Datum des Urteils sei die Klage noch gar nicht materiell beurteilt worden und könne sie daher neu eingebracht werden (das wäre der Fall, wenn das Verfahren gestützt auf Art. 242 ZPO abgeschrieben oder wenn darauf nicht eingetreten worden wäre, Art. 59 Abs. 2, lit. a-d und f, resp. lit. e ZPO). Weiterungen können daher unterbleiben. Es wäre aber wünschbar, dass das Regionalgericht Plessur und die anderen Regio- nalgerichte, welche diesbezüglich grösstenteils ähnlich verfahren, in den Dispositi- ven klarer festhielten, ob sie eine Klage (teilweise) abweisen oder aber darauf nicht eintreten wollen, resp. ob sie ein Verfahren (teilweise) abschreiben.

2.3. Das Regionalgericht erwägt, die im Scheidungsurteil festgesetzte Rente könne herabgesetzt, ausgesetzt oder aufgehoben werden und verweist auf Art. 129 Abs. 1 ZGB. Das Zitat ist richtig, die Anwendung auf den vorliegenden Fall allerdings nicht ohne Weiteres selbstverständlich. Der nacheheliche Unterhalt untersteht prozessual der Dispositionsmaxime und dem Verhandlungsgrundsatz (Art. 58 Abs. 1 und Art. 277 Abs. 1 ZPO). Die Partei- en können darüber verfügen und eine Einigung abschliessen.

E. 8

/ 23 Nach den allgemeinen prozessualen Prinzipien würde eine solche Vereinbarung das Verfahren unmittelbar beenden, und die entsprechende Abschreibung wäre nur noch deklaratorischer Natur (Art. 241 ZPO). Die Parteien können einen Ver- gleich insbesondere auch bei einem Dauerschuldverhältnis schliessen, und die Einigung muss nur die "wesentlichen Punkte" umfassen (Art. 2 Abs. 1 OR). Wer- den dann "Nebenpunkte" kontrovers, oder ist streitig, ob gewisse Veränderungen der Verhältnisse zu einer Änderung der gegenseitigen Rechte und Pflichten führ- ten, gibt es kein gesetzlich vorgesehenes Verfahren auf Ergänzung resp. Abände- rung des Vergleiches. Die gerichtliche Entscheidung muss auf dem Weg einer Feststellungsklage im Sinne von Art. 88 ZPO herbeigeführt werden oder aber mit- tels einer Leistungsklage im Sinne von Art. 84 ZPO. Die Vereinbarung über den nachehelichen Unterhalt ist allerdings kein ganz ge- wöhnlicher Vergleich. Zwar sahen auch frühere kantonale Regelungen vor, dass das Gericht einen Vergleich auf Zulässigkeit und Klarheit prüften (so etwa § 188 Abs. 3 ZPO/ZH; Art. 114 ZPO/GR [BR 310.000] enthielt keine solche Bestim- mung). Was die Zulässigkeit eines Vergleichs angeht, gilt das nach wie vor: Die Beendigung des Verfahrens aufgrund des Vergleichs steht unter der stillschwei- genden Voraussetzung, dass etwa der ihn erklärende Vertreter dafür bevollmäch- tigt und die Sache überhaupt vergleichsfähig ist – das ist nicht der Fall, wenn es um Kinderbelange geht (Art. 296 Abs. 3 ZPO) und im Verfahren der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (Art. 446 Abs. 3 ZGB). Die Vereinbarung der Ehegatten über den nachehelichen Unterhalt nimmt eine Mittelstellung ein. Zwar ist es dem Gericht verwehrt, wie bei Kinderbelangen von Amtes wegen den Sachverhalt wie nach Art. 296 ZPO (umfassend) zu "erfor- schen" oder auch nur wie nach Art. 247 Abs. 2 ZPO "festzustellen" – die Revision der ZPO vom 17. März 2023 wird daran nichts ändern, da sie nur allgemein das vereinfachte Verfahren als anwendbar erklärt (rev. Art. 288 und 291 ZPO), aber den Absatz 2 von Art. 247 ZPO nicht verändert. Gleichwohl hat das Gericht eine weitgehende Prüfungspflicht auf Freiwilligkeit, reifliche Überlegung, Klarheit und Vollständigkeit sowie offensichtliche Unangemessenheit (Art. 279 Abs. 1 ZPO), die Vereinbarung ist erst gültig, wenn das Gericht sie genehmigt, und sie ist ins Dis- positiv des

Urteils aufzunehmen (auch wenn dieser Vorschrift oftmals nicht vollständig nachgelebt und die Vereinbarung wie hier [RG act. II/1] nur durch Verweisung zum Bestandteil des Urteils gemacht wird). Übereinstimmend gehen Praxis und Literatur daher davon aus, Art. 129 ZGB, der sich systematisch zunächst nur auf eine Rente nach Art. 125 ff. ZGB, also auf eine vom Gericht im streitigen Verfahren festgesetzte Rente bezieht, gelte auch für die Abänderung einer von

E. 9

/ 23 den seinerzeitigen Ehegatten durch Vereinbarung festgesetzten und nach den Formen und unter den Voraussetzungen von Art. 279 ZPO genehmigten Vereinbarung (Andrea Bächler/Zeno Raveane, in: Fankhauser [Hrsg.], FamKomm Scheidung, 4. Aufl., Bern 2022, N 3 zu Art. 129 ZPO; stillschweigend so Urs Gloor/Annette Spycher in Geiser/Fountoulakis [Hrsg.], Kommentar zum ZGB, 7. Aufl., Basel 2022, zu Art. 129). 2.4. Die Scheidungsparteien können in der Vereinbarung über den nahehelichen Unterhalt dessen nachträgliche Abänderung ausschliessen (Art. 127 ZGB). Das berührt nicht den Aufhebungsgrund von Art. 130 Abs. 1 ZGB (Tod einer der beiden Parteien), kann aber die Aufhebung der Rente bei Wiederverheiratung der berechtigten Seite nach Art. 130 Abs. 2 ZGB ausschliessen. Die beiden letzteren Sachverhalte stehen heute nicht zur Diskussion. Den Ausschluss einer Abänderung des nahehelichen Unterhalts für den Fall einer verminderten oder ganz aufgehobenen Arbeitsfähigkeit des Ehemannes haben die seinerzeitigen Scheidungsparteien nicht ausdrücklich vereinbart. Die Berufungsklägerin macht geltend, man habe schon damals von der Erkrankung des Berufungsklägers gewusst, und sie sei extra in die Nähe des Berufungsbeklagten gezogen, weil dieser damals schon nicht mehr Zug fahren konnte, um ihm den Kontakt zu den Kindern zu erleichtern (act. A.1 S. 12 Mitte); sinngemäss macht sie damit geltend, die Parteien hätten stillschweigend übereinstimmend einen Ausschluss der Abänderbarkeit unter diesem Titel vereinbart. Eine solche Abmachung muss allerdings ausdrücklich sein (Bächler/Raveane, a.a.O., N 2 zu Art. 127 ZGB), denn ein so weitgehendes und einschneidendes Element der Vereinbarung hätte vom Gericht nach den vorstehend (E. 2.1) dargestellten Prinzipien geprüft und genehmigt werden müssen. Ob es genehmigungsfähig gewesen wäre, muss hier offenbleiben; mangels einer Genehmigung bleibt es wirkungslos (Art. 279 Abs. 2 ZPO). Damit bleibt die Kritik der Berufungsklägerin gegenstandslos, das Regionalgericht nehme in Verletzung der Verhandlungsmaxime an, die Parteien hätten eine Abänderung der Rente vorbehalten wollen: Das ist eine gesetzliche Möglichkeit und nicht vom Willen der Scheidungsparteien abhängig. Möglich und zu diskutieren bleibt die Abänderung nach Art. 129 ZGB: 2.5. Wie bereits angedeutet (oben, E. 1.3), nimmt die Berufungsantwort (act. A.2) praktisch keinen Bezug auf die Berufungsbegründung und auf Akten des erstinstanzlichen, schon gar nicht des seinerzeitigen Scheidungsverfahrens. Eine pauschale und allgemeine Bemerkung wie "wie kann es sein, ..." (act. A.1 S. 6) ist nicht geeignet, die Unrichtigkeit eines Urteils oder der gegnerischen Argumentati-

E. 10

/ 23 on aufzuzeigen. Bei keiner der sechzehn mit der Berufungsantwort eingereichten Unterlagen wird auch nur ansatzweise versucht, deren Zulässigkeit nachzuweisen. Wenn die Berufsbeistandschaft ein Budget aufstellt, welches den Zeitraum von Mai 2021 bis April 2023 umfasst, müsste mindestens behauptet werden, dieses Budget präsentiere sich anders als am Ende des Verfahrens der ersten Instanz, sonst sind die Zahlen nicht "neu" im Sinne des eingeschränkten Novenrechts in der Berufung nach Art. 317 Abs. 1 ZPO. Auch weshalb

es zulässig sein könnte, eine Rechnung des Pflegeheimes vom 5. Juli 2022 erst mit der Berufungsantwort einzureichen (act. C.3), nachdem die erstinstanzliche Hauptverhandlung am 18. August 2022 stattgefunden hatte (RG act. VII/4), wird nicht begründet. Die Vertreterin des Berufungsbeklagten mag aus dem Umstand, dass sie von der Beistandin bevollmächtigt ist, den Schluss gezogen haben, es gehe um eine Sache des Kindes- und Erwachsenenschutzrechts, wo die Behörden und Gerichte den Sachverhalt nicht nur "feststellen", sondern (weiter gehend) "erforschen" – und das hebt dort sogar auch die Novenbeschränkung in der Berufung auf (so zunächst die kantonale Praxis, OGer ZH LY160019 v. 21.7.2016, nun aber auch BGE 144 III 349 und BGer 5A_770/2018 v. 6.3.2019 E. 3.2). Ein namens einer verbeiständeten Person geführtes Verfahren untersteht aber den Maximen jener Materie, sei es das gewöhnliche Schuldrecht oder wie hier der naheheliche Un-terhalt (Art. 277 Abs. 1 ZPO). Dem Berufungsbeklagten resp. seiner Vertreterin im Sinne von Art. 56 ZPO Gelegenheit zu geben, den Vortrag zu verbessern, verbietet sich nur schon unter dem Aspekt der Un-Parteilichkeit des Gerichts (BGer 5A_705/2013 v. 29.7.2014 E. 3.3.3 am Ende). Die prozessuale "Neuigkeit" der aktuellen Auszüge aus dem Klienten- und dem Bankkonto ist an der gegebenen Stelle zu erörtern. Fürs Erste kann auf die Be-hauptungen der Berufungsantwort und die damit eingereichten Urkunden nicht eingegangen werden. 2.6. Die tiefgreifende und dauernde Veränderung der Verhältnisse scheint im Grundsatz nicht bestritten zu sein. Die Berufungsklägerin macht zwar geltend, der Berufungsbeklagte habe bereits ab Oktober 2016 nur noch als Hilfsmonteur und Handlanger arbeiten können (act. A.1 S. 12 über der Mitte). Mangels eines Hin- weises auf irgendeine Textstelle im Scheidungs- oder im Abänderungsverfahren muss das als neu und unzulässig gelten. Es spielt aber keine Rolle: Auch als Hilfsmonteur oder Handlanger erzielte der Berufungsbeklagte offenbar noch ein Einkommen; der vom Scheidungsgericht genehmigten Vereinbarung legten die damaligen Parteien ausdrücklich ein Jahreseinkommen des Ehemannes und heu- tigen Berufungsbeklagten von CHF 78'504.00 zugrunde (RG act. II/4). Heute ist

E. 11

/ 23 dieser vollständig arbeitsunfähig. Angesichts der Diagnose "Alzheimer" und der vollständigen Pflegebedürftigkeit wird sich seine Einkommenssituation auch nicht mehr zum Besseren ändern – damit stimmt überein, dass die Berufungsklägerin in anderem Zusammenhang geltend macht, die Alzheimer-Krankheit führe generell, und besonders angesichts der Familienhistorie des Berufungsbeklagten unweiger- lich zur Arbeitsunfähigkeit und zu einem frühen Tod (act. A.1 S. 12 erster Ab- schnitt). Zudem scheint der Berufungsbeklagte bei der Scheidung noch selbständig ge- wohnt zu haben – das ist jedenfalls der soziale Normalfall, etwas Anderes ergibt sich weder aus der Vereinbarung noch aus dem Urteil, und insbesondere besteht an der damals angegebenen Adresse H._____ in I._____ soweit bekannt keine Pflegeinstitution. Heute ist er pflegebedürftig und lebt im Heim für Demenzkranke "J._____" in K._____. Das führt zur Frage der Vorhersehbarkeit: 2.7. Die Berufungsklägerin macht geltend, im Zeitpunkt der Scheidung sei die Diagnose "Alzheimer" beim Berufungsbeklagten bekannt gewesen, und man habe gewusst, dass diese Krankheit zur Arbeitsunfähigkeit und zum frühen Tod des Be- troffenen führen werde. Damit sei seine heutige Situation vorhersehbar gewesen und eine Abänderung der Rente nicht möglich. Bei bereits im Scheidungszeitpunkt voraussehbaren Veränderungen der Verhält- nisse geht das Bundesgericht im Sinne einer tatsächlichen Vermutung davon aus, diese Veränderungen seien beim Festsetzen der Rente berücksichtigt worden (BGE 138 III 289 E. 11.2). Es wird daher empfohlen, bei

Vereinbarungen zum Unterhalt solche Punkte konkret zu regeln (Büchler/Raveane, a.a.O., N 8 zu Art. 129 ZGB). Einer Abänderung des Scheidungsurteils steht eine grundsätzlich vorhersehbare Veränderung der Verhältnisse aber nur entgegen, wenn diese mit grosser Wahrscheinlichkeit zu erwarten war (BGE 120 II 4 am Ende und frühere Entscheidungen; aus der neueren Praxis insbesondere BGer 5C.52/2007 v. 12.7.2007 E. 2; 5A_760/2012 v. 27.2.2013 E. 5.2; 5A_593/2017 v. 24.11.2017 E. 6.3; 5A_496/2019 v. 2.6.2021). Die Vorhersehbarkeit ist eine Tatfrage (BGer 5A_751/2011 v. 22.12.2011 E. 4.2). Vorweg ist zu klären, auf welche Behauptungen und Unterlagen abzustellen ist. Auch hier gilt, dass sich das Verfahren im Bereich der Verhandlungsmaxime bewegt (Art. 277 Abs. 1 ZPO). Was seinerzeit dem Scheidungsgericht vorgetragen wurde und sich in dessen Akten befand, muss nicht ohne Weiteres dem Abänderungsgericht vorgetragen worden sein – dieses hatte nur zu berücksichtigen, was form- und fristgerecht in sein Verfahren eingebracht worden war (Art. 55 Abs. 1

E. 12

/ 23 ZPO). Insbesondere musste und durfte es nicht von Amtes wegen das frühere Dossier danach durchsuchen, was der einen oder anderen Seite im Abänderungsstreit nützlich sein könnte. Die Berufungsklägerin rügt, das Regionalgericht lasse ihre "im Rahmen der Tatsachenbehauptungen vorgetragene Ausführungen" unbeachtet und ignoriere "die Vorakten" (act. A.1 S. 10 oben). Ohne Verweis auf eine konkrete Stelle der "Tatsachenbehauptungen" ist das erste als Berufungsbegründung untauglich (vorstehend E. 1.2). Die Klageantwort vor Regionalgericht (RG act. I/2) enthielt jedenfalls keine substanziellen "Ausführungen" zum Thema, ebenso wenig die Duplik (RG act. I/4). Möglicherweise findet sich im umfangreichen Faszikel "Editionen" des Regionalgerichts (RG act. IX) Einschlägiges; es ist aber nicht Sache des Kantonsgerichts, an Stelle der anwaltlich vertretenen Berufungsklägerin danach zu forschen. Erst mit dem Plädoyer in der Hauptverhandlung führte die Vertreterin der Berufungsklägerin detailliert aus, was sie in der Berufung unter dem Titel "Vorhersehbarkeit" anruft, was also ihrer Auffassung nach schon bei der Scheidung bekannt gewesen war (RG act. VII/6). Zwar berief sie sich darauf, dass "die Akten IV und BVG erst nach meiner Duplik eingeholt worden sind" (RG act. VII/6). Dabei würde sich die Frage stellen, wann sie von diesen Unterlagen Kenntnis erhielt, und ob sie sich dazu nicht von sich aus schon vor der Hauptverhandlung hätte äussern müssen. Unter dem Aspekt von Art. 229 ZPO ist nicht ohne Weiteres klar, ob eine klagende Partei auf Behauptungen in einer schriftlichen Duplik zum Wahrnehmen ihres rechtlichen Gehörs resp. des "letzten Wortes" sofort reagieren muss, oder ob sie damit bis zur Hauptverhandlung zuwarten darf (ausführlich und mit umfangreichen Verweisungen Miguel Sogo/Georg Naegeli, in: Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], Kurzkomentar ZPO, 3. Aufl., Basel 2021, N 7 ff. zu Art. 229 ZPO; der noch nicht in Kraft gesetzte neue Art. 53 Abs. 3 ZPO in der Fassung vom 17. März 2023 kann indizieren, dass das Parlament das geltende Recht im ersteren Sinne versteht und daher einen Reformbedarf erkennt; der von der Berufungsklägerin genannte Entscheid BGer 4A_50/2021 v. 6.9.2021 ist nicht einschlägig, weil dort der Hauptverhandlung gerade keine doppelten Vorträge vorgegangen waren: E. 2.3.2). Das kann aber offenbleiben. Es ist nämlich auf jeden Fall zu unterscheiden zwischen Behauptungen und Beweismitteln: Nach dem Vortrag der Berufungsklägerin in der Hauptverhandlung vor Regionalgericht wussten "die Ehegatten" (also auch sie selbst) im Zeitpunkt der Unterzeichnung der Scheidungsvereinbarung im September 2016 um eine dementielle Entwicklung beim Berufungsbeklagten (RG act. VII/6). Das hat sie aber vor Regionalgericht während des Schriftenwechsels so nicht behauptet, und sie macht in

E. 13

/ 23 der Berufung auch gar nicht geltend, sie habe das in der Klageantwort oder in der Duplik vorgetragen. Damit war diese Behauptung in der Hauptverhandlung und damit nach dem "Aktenschluss" nicht mehr zulässig. Es mag sein, dass sich in den nach dem Schriftenwechsel beigezogenen "Akten IV und BVG" Unterlagen befinden, welche die (neue) Behauptung der Berufungsklägerin stützen könnten, sie und ihr damaliger Mann hätten bei der Scheidung um die Diagnose "Alzheimer" gewusst. Wenn die Berufungsklägerin sich unter Berufung darauf gegen die Abänderung der Rente wehrt, macht sie damit geltend, auch der Verlust der Arbeitsfähigkeit sei vorausgesehen worden. Insbesondere dazu, in welcher nahen Zukunft und mit welcher Wahrscheinlichkeit das der Fall sein werde, hatte sie aber keine rechtzeitigen Behauptungen aufgestellt. Auch wenn sich dazu in den edierten Papieren Belege finden sollten, sind diese daher unbeachtlich (Art. 55 Abs. 1 ZPO). Dass solche Vorbringen als Behauptungen zulässig sein könnten, weil ihr die durch die neuen Papiere belegten Umstände neu waren, schliesst die Berufungsklägerin selber aus mit der erwähnten (verspäteten) Behauptung in der Hauptverhandlung vor Regionalgericht, beide Parteien hätten es seinerzeit vorausgesehen. In der Berufung behauptet die Berufungsklägerin nun, es handle sich bei "Alzheimer" um eine "unheilbare Krankheit mit Todesfolge" (act. A.1 S. 13). Was sie damit bezweckt, ist unklar. Dass Alzheimer eine schwere und gefürchtete Krankheit ist, ist notorisch. Medizinische Details dazu sind dem Kantonsgericht aber nicht bekannt. Die Berufungsklägerin offeriert für ihre pauschale Behauptung keine Weise, und soweit die Behauptung neu sein sollte, wäre sie ohnehin verspätet und darum unbeachtlich (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Der Vollständigkeit halber sei Folgendes angefügt: In der Hauptverhandlung des Regionalgerichts räumte der Kläger ein, dass er an sich schon vor der Scheidung ein kognitives Defizit bemerkte, und dass Dr. L._____ ihn daraufhin im Dezember 2016 untersuchte. Die im Januar 2017 gestellte Diagnose sei damals allerdings nicht eindeutig gewesen (RG act. VII/5 S. 2). Erst ein Bericht Dr. G._____ vom 3. Januar 2018 habe die Diagnose erhärtet, das sei aber lange Zeit "nach Abschluss der Ehescheidungskonvention" gewesen (RG act. VII/5 S. 4 oben). Diese war im September 2016 abgeschlossen worden, nach einer mündlichen Verhandlung mit Anhörung der Parteien am 31. Mai 2016 (dazu RG act. II/3). Zwar würde es für die vorliegende Fragestellung wohl eher auf das Datum der Scheidung ankommen. Diese wurde aber schon am 12. Dezember 2016 ausgesprochen (RG act. II/3). Nach der Einlassung des Berufungsbeklagten hatte er sich um dieses Datum herum ("im Dezember 2016") wegen kognitiver Defizite untersuchen las-

E. 14

/ 23 sen, lag aber der Bericht des behandelnden Arztes noch nicht vor – in der Berufung macht die Berufungsklägerin nun konkret geltend, die Untersuchung sei am

E. 17

/ 23 die Behauptung aufgestellt, der absehbare Heimeintritt werde monatliche Kosten von CHF 9'000.00 verursachen, waren zunächst auch die damit offerierten Beweismittel abzunehmen. Diese bezeichnete die Beweisverfügung: das Budget der Berufsbeistandschaft Plessur vom 27. Juli 2020 und zwei Steuerveranlagungen (RG act. IV/12 S. 5). Die Steuerveranlagungen für das Jahr 2018 waren offenkundig untauglich für den Beweis eines künftigen Bedarfs von CHF 9'000.00. Das Budget der Berufsbeistandschaft (RG act. II/7) war von der Beiständin des Berufungsbeklagten aufgestellt worden und war von keinen Unterlagen begleitet, und war eine blosser Parteibehauptung. Zwar kennt das

Prozessrecht die förmliche Aussage einer Partei als Beweismittel (Art. 168 Abs. 1 lit. f ZPO), doch ist eine solche hier nicht abgenommen worden. Damit konnte der Beweis für Heimkosten von CHF 9'000.00 monatlich nicht geführt werden. Die Berufungsklägerin errechnete in der Hauptverhandlung des Regionalgerichts einen Bedarf des Berufungsbeklagten von CHF 2'325.40 (RG act. VII/6 S. 7). Das war jedenfalls für die Zeit vom 1. April 2021 an offenkundig haltlos. Wenn der Berufungsbeklagte vollständig pflegebedürftig und in einem spezialisierten Heim untergebracht war, gab es keinen Grundbetrag für alleinlebende Schuldner zu berücksichtigen, und ebenso wenig den Mietzins für eine Wohnung und die entsprechenden Nebenkosten. Dass allein die Kosten eines auf demenzkranke Patienten spezialisierten Heims für eine vollständig pflegebedürftige Person monatlich CHF 4'051.00 (das Einkommen des Berufungsbeklagten) übersteigen, ist notorisch und muss daher weder behauptet noch bewiesen werden. Der Berufungsbeklagte ist daher unter dem Gesichtspunkt seines Einkommens für irgendeine Leistung an seine geschiedene Frau nicht mehr leistungsfähig. Das angefochtene Urteil sucht dennoch die Kosten der Heimpflege zu erstellen – das ist richtig, weil auch die Leistung einer allenfalls reduzierten Rente aus Vermögen zu diskutieren ist (dazu nachstehend, E. 2.9). Es stützt sich dabei auf die von der "J. _____" dem Berufungsbeklagten in Rechnung gestellten Beträge für die Monate April bis und mit August 2021 sowie für Juni 2022 (act. B.1 S. 11 unten). Dabei kommt es auf einen Mittelwert von CHF 7'817.58. Die Berufungsklägerin bestreitet weder diese Rechnung noch die einzelnen Positionen. Diese sind mit den Unterlagen RG act. II/19 (sechs Seiten) und II/41 belegt und basieren offenbar auf dem Pflegevertrag RG act. II/34. Dass diese Unterlagen nicht berücksichtigt werden dürften, macht die Berufungsklägerin nicht geltend. Ihre Beanstandung betrifft offenbar das am 2. August 2022 (RG act. V/8 und Aktenverzeichnis Regionalgericht S. 2) neu eingereichte und vom 27. Juli 2022 datierte "Budget" der Berufsbeistandschaft Plessur. Sie scheint zu übersehen, dass sich das Regionalge-

E. 18

/ 23 richt mit Bezug auf die Pflegekosten, welche den weitaus grössten Posten im Bedarf des Berufungsbeklagten ausmachen, gar nicht auf dieses Budget stützt, sondern auf seine eigenen Berechnungen aufgrund der Rechnungen des Heims. Bei der Position "Pflegekosten" ist eine weitere Überlegung anzuführen: Selbst wenn die dafür verwerteten Unterlagen prozessual verspätet ins Verfahren eingeführt worden wären oder wenn sie aus anderen Gründen unverwertbar sein sollten (was nicht erstellt ist), bliebe die Tatsache, dass der Berufungsbeklagte in einem Heim untergebracht ist und gepflegt werden muss. Dass das sehr erhebliche Kosten verursacht, ist wie bereits erwähnt notorisch. Es wäre auch unter dem Aspekt der Eigenverantwortung der Parteien im Zivilprozess und bei der an sich grossen Zurückhaltung besonders bei anwaltlich vertretenen Parteien (BGer 5A_705/2013 v. 29.7.2014) stossend und nicht zu rechtfertigen, die weitere Geltung der Scheidungsrente auf der objektiv eindeutig falschen Grundlage anzuordnen, der Berufungsbeklagte lebe nach wie vor in einer eigenen Wohnung, zahle (nur) jenen Mietzins und habe keine Pflegekosten zu tragen. Es läge der seltene Ausnahmefall von Art. 153 Abs. 2 ZPO vor: dass das Gericht von Amtes wegen die nötigen Beweise zu erheben hätte. Das ist allerdings wie gesehen nicht erforderlich. Richtig und an sich problematisch ist, dass das Regionalgericht die weiteren Beträge übernimmt, welche in dem an sich als Beweismittel nicht verwertbaren und von der Berufungsklägerin zu Recht beanstandeten "Budgets" der Berufsbeistandschaft aufgeführt sind (Urteil S. 12). Mit Ausnahme einer Position

"Mietzins" von CHF 200.00, welche nicht näher umschrieben ist, und CHF 4.00 unter dem Titel "Kollektivhaftpflicht" handelt es sich allerdings um Positionen und Beträge, welche von der Sache und von den einzelnen Beträgen her notorisch sind: Einen Telefonanschluss haben auch Bewohnende von Pflegeheimen, und CHF 50.00 sind dafür nicht zu viel. Selbstbehalte und Franchise der Krankenkasse können nur geschätzt werden, CHF 90.00 sind dafür eher bescheiden eingesetzt. Das Gleiche gilt für Zahnarztkosten mit CHF 50.00. Die Prämien der obligatorischen Krankenversicherung ändern jährlich; CHF 436.00 sind notorisch nicht zu viel. AHV-Beiträge von durchschnittlich CHF 60.00 für den unter 65-jährigen Berufungsbeklagten sind ausgewiesen, ebenso Steuern von geschätzt CHF 100.00. Auch periodische Gebühren der KESB und eine jährliche Entschädigung für die Mandatsführung sind notorisch, die auf den Monat umgerechneten entsprechenden durchschnittlichen Beträge richtig eingesetzt. Damit bleibt es unerheblich, dass die Berufungsklägerin das "Budget" der Berufsbeistandschaft für den Berufungsbeklagten – an sich zu Recht – als nicht beweistauglich bezeichnet hat.

E. 19

/ 23 Das ergibt vom Eintritt des Berufungsbeklagten ins Heim "J._____" an einen (leicht reduzierten) Bedarf von monatlich CHF 8'754.00. Was die Parteien, insbesondere die Vertreterin des Berufungsbeklagten, in der Hauptverhandlung des Regionalgerichts als Unterdeckung geltend machten, war das Ergebnis einer Rechen-Operation. Diese dürfte auf beiden Seiten falsch gewesen sein. Unter dem Aspekt der Dispositionsmaxime (Art. 58 Abs. 1 ZPO) war es aber entgegen der Auffassung der Berufungsklägerin unerheblich: Der Berufungsbeklagte wollte die Rente aufgehoben, die Berufungsklägerin wollte sie unangetastet wissen – und in diesem Rahmen bewegt sich das angefochtene Urteil. Für das Folgende ist davon auszugehen, dass der Berufungsbeklagte aus seinem Einkommen nicht nur die der Berufungsklägerin nach dem Scheidungsurteil geschuldete Rente von CHF 3'100.00 nicht mehr zahlen konnte, sondern dass er ein Manko von monatlich CHF 4'701.00 aufweist. Aufgrund seines Einkommens ist der Berufungsbeklagte damit für eine an die Berufungsklägerin zu zahlende Rente nicht (mehr) leistungsfähig; zu diskutieren ist die Leistung aus Vermögen: 2.9. Zu prüfen ist, ob der Berufungsbeklagte über Vermögen verfügt, welches er für die Rente der Berufungsklägerin heranziehen kann und muss. Die Grundlagen dafür sind dürftig. Das angefochtene Urteil stellt fest, die Parteien hätten zur Vermögenssituation des Berufungsbeklagten weder im Zeitpunkt der Scheidung noch aktuell substantiierte Behauptungen aufgestellt (act. B.1 S. 8 unter der Mitte). Die Berufungsklägerin rügt mit der Berufung, sie habe "im Rahmen des Tatsachenvortrags am 18.8.2022" ein Vermögen des Berufungsbeklagten von CHF 362'105.96 geltend gemacht (act. A.1 S. 4). Am 18. August 2022 fand die Hauptverhandlung statt, und anlässlich dieser war die Novenschanke geschlossen (Art. 229 ZPO). Die Berufungsklägerin bezieht sich darauf, die Zahlen ergäben sich aus einer Eingabe des Berufungsbeklagten vom 14. September 2022 und der damit vorgelegten Verfügung zu den Ergänzungsleistungen (RG act. II/22). In der Tat ist es denkbar, dass der Berufungsklägerin nichts über freies Vermögen des Berufungsklägers bekannt war und nicht bekannt sein konnte – sie macht denn auch geltend, der Berufungsbeklagte habe Vermögen verheimlicht: dann war die Information über solches Vermögen für sie neu und ein zulässiges Novum im Sinne von Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO. Sowohl das Regionalgericht als auch die Berufungsklägerin gehen allerdings auf einen wichtigen Punkt nicht ein. Das vom Regionalgericht erwähnte Vermögen ist

E. 20

/ 23 oder war für den Berufungsbeklagten nicht frei verfügbar, sondern gebunden: einerseits als Sparguthaben der beruflichen Vorsorge (rund CHF 340'000.00), andererseits in der so genannten Dritten Säule (rund CHF 21'000.00). Zwar ist es denkbar, dass diese Beträge mit Berufung auf die Invalidität des Berufungsbeklagten ausnahmsweise abgerufen werden könnten. Ob das im Fall des Berufungsbeklagten so ist, müsste anhand der konkreten Bedingungen der Vorsorgeeinrichtung resp. -stiftung abgeklärt werden. Die Berufungsklägerin macht dazu keine Ausführungen, und Weiterungen dazu müssen daher unterbleiben. Es wäre überdies auch reichlich merkwürdig, dass die Berufungsklägerin über Vorsorgevermögen des Berufungsbeklagten bei seiner Pensionskasse nichts gewusst haben sollte; bei der Scheidung waren Vorsorgeguthaben wie gesetzlich vorgesehen aufgeteilt worden – das war der Berufungsklägerin bekannt und sollte auch ihrer heutigen Vertreterin bekannt gewesen sein. Mit der Berufungsantwort legt der Berufungsbeklagte soweit erkennbar erstmals offen, dass er freies Vermögen aus einer Erbschaft besitzt (act. A.2 S. 4). Das ist in der Tat merkwürdig und treuwidrig. Allerdings hilft es der Berufungsklägerin im Ergebnis nicht: Der Berufungsbeklagte belegt im Einzelnen, wie er den Erbanfall zunächst als Anteil an der unverteilteten Erbschaft, dann als frei verfügbares Guthaben versteuerte (act. C.4-11). Plausibel, belegt (act. C.11 und 12) und von der Berufungsklägerin unbestritten macht er geltend, er habe einen grossen Teil dieser Erbschaft bereits verbraucht: Wie gesehen, kann er aus seinen Einnahmen seinen Bedarf bei Weitem nicht decken, und er hat gleichwohl bis zum angefochtenen Urteil die Scheidungsrente von monatlich CHF 3'100.00 bezahlt. Er geht selber von einem "Eigengut" in der Höhe von insgesamt CHF 179'000.00 aus, wobei durchaus fraglich ist, wie weit die einzelnen Positionen frei verfügbare Guthaben darstellen – zweifelhaft sicher das "Depot J._____ das Heim" und "Mietzinsdepot Tochter C._____", aber auch das "Vorsorgekonto Postfinance" (act. A.2 S. 4 unten). Ob und wie weit Vermögen für naheheliche Leistungen herangezogen werden kann und muss, und ob dabei zu differenzieren ist einerseits zwischen Vermögen, das während der Ehe erworben und bei der Teilung der Errungenschaft dem Pflichtigen zugefallen ist, und Vermögen andererseits, das wie eine Erbschaft während der Ehe Eigengut dargestellt hätte, ist nicht einfach zu entscheiden und es kommt dabei weitgehend auf die Verhältnisse des Einzelfalles an. Das Kantonsgericht hatte kürzlich Gelegenheit, sich dazu zu äussern (ZK1 20 165 v. 30.11.2022 E. 5). Dabei ging es davon aus, woran festzuhalten ist, dass der Kapitalverzehr jedenfalls nicht über einen Zehntel des über eine Freigrenze hinaus

E. 21

/ 23 vorhandenen anrechenbaren und verfügbaren Vermögens gehen soll. Dieser Freibetrag beträgt bei den Ergänzungsleistungen seit dem 1. Januar 2021 für Alleinstehende CHF 100'000.00 (Art. 9a Abs. 1 rev.ELG [SR 831.30]). Ausgehend von einem frei verfügbaren Vermögen des Berufungsbeklagten von noch CHF 179'000.00 müsste er im Ganzen CHF 79'000.00 verbrauchen, das sind für die genannten zehn Jahre jeweils CHF 7'900.00 oder rund CHF 660.00 pro Monat. Damit kann er seine eigene Unterdeckung bei Weitem nicht ausgleichen, vielmehr wird dieser Kapitalbetrag von CHF 79'000.00 in nur etwas mehr als einhalb Jahren für seinen eigenen Bedarf vollständig aufgebraucht sein – und es wäre nicht wesentlich anders, wenn man den Freibetrag auf die vor der Revision des Gesetzes über die Ergänzungsleistungen geltenden CHF 30'000.00 ansetzte. Im Ergebnis bleibt es daher bei der Einschätzung des Regionalgerichts, dass es dem Berufungsbeklagten

unzumutbar ist, die Scheidungsrente der Berufungsklägerin aus dem Vermögen zu leisten. 2.10. Damit ist die Berufung abzuweisen und das angefochtene Urteil zu bestätigen. 3. Die Kosten des Berufungsverfahrens gehen bei diesem Ausgang zu Lasten der Berufungsklägerin. Sie sind festzusetzen aufgrund eines Streitwertes von rund CHF 280'000.00 (CHF 3'100.00 pro Monat für die Dauer von September 2022 bis September 2030 [ordentliches AHV-Alter des Berufungsbeklagten]; angesichts der immer noch äusserst niedrigen Zinsen kann die Kapitalisierung im Sinne von Art. 92 Abs. 1 ZPO nur eine bescheidene Reduktion gegenüber der Addition der einzelnen Beträge bewirken). Allerdings entsprach der Aufwand für die Bearbeitung der Sache nicht diesem hohen Streitwert. Angemessen ist eine Entscheidungsbühe in Höhe von CHF 3'000.00. Diese ist mit Rücksicht auf die der Berufungsklägerin bewilligte unentgeltliche Rechtspflege (ZK1 23 18, Verfügung vom 7. März 2023) einstweilen auf die Staatskasse zu nehmen. Ebenso ist die unentgeltliche Rechtsbeiständin der Ehefrau gestützt auf genannte Verfügung einstweilen aus der Staatskasse angemessen zu entschädigen. Eine Kostennote reichte diese nicht ein (vgl. auch Verfügung ZK1 23 18). Die Rechtsanwältin ist daher nach pflichtgemäsem Ermessen zu entschädigen. Ihr Aufwand für das Berufungsverfahren ist insgesamt auf vierzehn Stunden à CHF 200.00 (Art. 5 HV [BR 310.250]) festzusetzen. Damit ist Rechtsanwältin Allemann eine Entschädigung von insgesamt CHF 3'106.10 (inkl. 3% Barauslagen und 7.7% Mehrwertsteuer), zu bezahlen.

E. 22

/ 23 Dem Berufungsbeklagten ist eine Parteientschädigung für die Aufwendungen seiner Vertreterin zuzusprechen (Art. 95 Abs. 3 lit. b ZPO). Diese legt keine Rechnung vor. Der Aufwand für die Berufungsantwort (act. A.2) muss sich in engen Grenzen gehalten haben. Angemessen ist eine Entschädigung von CHF 1'500.00, entsprechend acht verrechenbare Stunden à CHF 250.00 (RG act. VI/1 [Honorarvereinbarung]; Art. 3 HV), zuzüglich Mehrwertsteuer von 7.7% und Barauslagen von pauschal 3%, von insgesamt CHF 2'218.60.

E. 23

/ 23

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.