[AZA 0/2]
5C.76/2001/STS/bnm

II. Z I V I L A B T E I L U N G **********

20. Juli 2001

Es wirken mit: Bundesrichter Reeb, Präsident der II. Zivilabteilung,
Bundesrichter Raselli, Bundesrichter Merkli und
Gerichtsschreiber Schneeberger.

_____

In Sachen
B.H._____, Klägerin und Berufungsklägerin, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Remigius Küchler, Zentralstrasse 38, 6003 Luzern,

gegen
W.H._____, Deutschland, Beklagter und Berufungsbeklagter, vertreten durch Rechtsanwältin Trudy Abächerli, Melchaa-zopf 5, 6074 Giswil,

betreffend
nachehelicher Unterhalt, hat sich ergeben:

A.- Die deutschen Staatsangehörigen B.H._____ und W.H._____ heirateten 1977 in Berlin und zogen mit ihrem im gleichen Jahr zur Welt gekommenen Sohn 1989 nach A._____ in die Schweiz. Im Sommer 1994 kehrte W.H._____ nach Deutschland zurück.

B.- Auf Grund der von B.H._____ in der Schweiz gegen ihren Mann erhobenen Scheidungsklage sprach das Kantonsgericht Obwalden mit Urteil vom 15. September 1999 die Scheidung aus, stellte fest, dass der Beklagte der Klägerin keinen nachehelichen Unterhalt schuldet und regelte die Vorsorgeansprüche der Parteien, indem es deren Vorsorgeguthaben in Deutschland auf beide Parteien gleichmässig aufteilte und den Beklagten an der Freizügigkeitsleistung der Klägerin in der Schweiz hälftig partizipieren liess. Weiter erklärte es die Parteien als güterrechtlich auseinandergesetzt. Das Obergericht des Kantons Obwalden wies die Appellation der Klägerin mit Urteil vom 15. Februar 2001 ab und bestätigte die erstinstanzlichen Anordnungen zum Unterhalt und zur Kostenverlegung (Dispositiv-Ziff. 1). Die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens auferlegte es der Klägerin (Dispositiv-Ziff. 2 und 3).

C.- Die Klägerin beantragt mit Berufung, Dispositiv-Ziff. 1 bis 3 des obergerichtlichen Urteils seien aufzuheben und die Sache sei zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen; eventualiter sei der Beklagte zu verpflichten, ihr einen monatlich vorauszahlbaren und nach den üblichen Regeln indexierten Unterhaltsbeitrag von Fr. 2'000.– zu bezahlen.
Der Beklagte schliesst in seiner Berufungsantwort auf Nichteintreten, eventuell auf Abweisung der Berufung. Das Obergericht verweist in seinen Gegenbemerkungen darauf, dass es Art. 138 ZGB versehentlich nicht beachtet hat. Im Übrigen hat es auf eine Stellungnahme verzichtet und keine Anträge gestellt.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.- Der Beklagte begründet seinen Nichteintretensantrag damit, der Rückweisungsantrag der Klägerin genüge nicht; ihr Eventualantrag dürfe nicht beachtet werden, weil dafür jede Begründung fehle (Art. 55 Abs. 1 lit. c OG; BGE 116 II 745 E. 3 S. 749). Der Beklagte übersieht dabei, dass sogar ein blosser Rückweisungsantrag dann genügt, wenn sich die Rechtsauffassung der Klägerin als zutreffend erweisen sollte und das Bundesgericht in der Sache nicht selbst entscheiden könnte (BGE 106 II 201 E. 1 S. 203; 104 II 209 E. 1 S. 211).

Das ist der Fall, wenn die Sache zu weiterer Abklärung tatsächlicher Umstände an die Vorinstanz zurückgewiesen werden muss. Denn das Bundesgericht kann den Sachverhalt - von eng definierten Ausnahmen abgesehen (Art. 55 Abs. 1 lit. d, Art. 63 Abs. 2 und Art. 64 OG; BGE 122 III 61 E. 2b; 119 II 353 E. 5c/aa S. 357; 115 II 484 E. 2a) - nicht selber ermitteln und muss auf Grund der vorinstanzlichen Tatsachenfeststellungen entscheiden (Art. 63 Abs. 2 OG).

2.- Die Klägerin bringt gegen das Urteil des Obergerichts, worin gemäss Art. 61 Abs. 2 IPRG (SR 291) deutsches Scheidungsrecht angewendet worden ist (BGE 118 II 79 E. 2), keine Berufungsgründe im Sinne von Art. 43a OG vor. Sie erblickt aber einen Verstoss gegen das anwendbare schweizerische Verfahrensrecht und eine Verletzung von Art. 138 Abs. 1 ZGB im Umstand, dass die Vorinstanz entgegen dieser Vorschrift gestützt auf § 267 Abs. 1 ZPO/OW keine neuen Beweise zu ihrer eingeschränkten Erwerbsfähigkeit abgenommen habe.
Sie habe der ersten Instanz ein Arztzeugnis eingereicht, nach dem sie ihre Erwerbstätigkeit von heute 75 % auf dereinst 60 % reduzieren müsse. Weil dies vom Kantonsgericht als unglaubwürdig betrachtet worden sei, habe sie zweitinstanzlich erfolglos die Einvernahme des Arztes und die Einholung einer Expertise verlangt.

a) Der schweizerische Richter muss auch in Fällen, in denen nach materiellem Recht des Auslands zu entscheiden ist (Art. 1 Abs. 1 lit. b IPRG), grundsätzlich schweizerisches Verfahrensrecht anwenden (lex fori; G. Walter, Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz, 2. Aufl. 1998, S. 53 f.; I. Meier, Internationales Zivilprozessrecht, S. 33; H. U. Walder, Einführung in das internationale Zivilprozessrecht der Schweiz, S. 29). Mit Rücksicht auf die existentielle Bedeutung, die eine Scheidung in wirtschaftlicher Hinsicht für die Ehegatten hat, stellt Art. 138 Abs. 1 ZGB in prozessrechtlicher Hinsicht sicher, dass im Bereich des Ehegüterrechts und des Ehegattenunterhalts der zweiten Instanz echte und unechte Noven vorgebracht werden können; insoweit ist der kantonale Gesetzgeber in seiner verfahrensrechtlichen Gesetzgebungsfreiheit eingeschränkt. Art. 138 Abs. 1 ZGB sichert einen bundesrechtlichen Minimalstandard und verbietet dem kantonalen Gesetzgeber nicht, Formvorschriften aufzustellen und vorzuschreiben, dass Noven in zweiter Instanz nur bis zu einem bestimmten Zeitpunkt vorgebracht werden dürfen (Sutter/Freiburghaus, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, N 1 und 5 ff., 9 ff., 15 ff. und 19 zu Art. 138 ZGB; M. Leuenberger, in:
Praxiskommentar Scheidungsrecht, I. Schwenzer [Herausg.], N 1 bis 4 und 6 f. zu Art. 138 ZGB).
b) Indem das Obergericht gestützt auf das kantonalrechtliche Novenverbot (§ 267 Abs. 1 ZPO/OW) die Abnahme weiterer Beweise grundsätzlich verweigert hat, ist es über Art. 138 Abs. 1 ZGB hinweg geschritten. Der Beklagte meint zu Unrecht, diese Bestimmung sei mit Rücksicht auf den Grundsatz der lex fori hier nicht anwendbar, weil wegen des internationalen Verhältnisses ausschliesslich kantonales Prozessrecht gelte. Denn er verkennt, dass zum Verfahrensrecht auch entsprechende Vorschriften des Bundes gehören, die dem kantonalen Recht generell vorgehen (Art. 49 Abs. 1 BV). Somit ist das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen, damit diese die Beweisanträge der Klägerin prüfen kann.

Bei diesem Ergebnis braucht zum Eventualantrag der Klägerin, der von entsprechenden Sachverhaltsfeststellungen zu ihrer Arbeitsfähigkeit abhängt, nicht Stellung bezogen zu werden.

3.- Dringt die Berufung durch und ist der angefochtene Entscheid aufzuheben, kann die Vorinstanz die von der Klägerin verlangten Änderungen an den Kostenfolgen des kantonalen Verfahrens selbst vornehmen, fällt doch das angefochtene Urteil auch insoweit weg (Art. 157 OG; vgl. BGE 91 II 146 E. 3 S. 150). Gewiss muss die Sache zurückgewiesen werden, weil das Obergericht einen Verfahrensfehler begangen hat. Der Beklagte hat im Berufungsverfahren jedoch eigene Anträge gestellt und ist damit nicht durchgedrungen; er muss deshalb - auch mit Bezug auf die Kostenpflicht - als unterliegend gelten. Da die Klägerin vor dem Bundesgericht obsiegt, ist die Gerichtsgebühr vom Beklagten zu tragen (Art. 156 Abs. 1 OG). Dieser hat der Klägerin überdies eine Parteientschädigung auszurichten (Art. 159 Abs. 2 OG).
Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.- In teilweiser Gutheissung der Berufung wird das Urteil des Obergerichts des Kantons Obwalden vom 15. Februar 2001 aufgehoben, und die Sache wird zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.

2.- Die Gerichtsgebühr von Fr. 2’500.– wird dem Beklagten auferlegt.

3.- Der Beklagte hat die Klägerin für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 2’500.– zu entschädigen.

4.- Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Obwalden (als Appellationsinstanz in Zivilsachen) schriftlich mitgeteilt.

_____

Lausanne, 20. Juli 2001

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