

S. 175 / Nr. 29 Familienrecht (d)

BGE 64 II 175

29. Auszug aus dem Urteil der II. Zivilabteilung vom 2. Juni 1938 i. S. Teuscher gegen Teuscher.

Seite: 175

Regeste:

Abgrenzung der Zuständigkeit für vorsorgliche Massregeln betreffend Ehegatten und Kinder gemäss Art. 145 (Richter, bei dem die Scheidungsklage angebracht ist) und Art. 169 ZGB (wenn keine Scheidungsklage angebracht ist: Richter am Wohnsitz des gesuchstellenden Ehegatten). Art. 145 ZGB kommt nur zur Anwendung, wenn der Scheidungsprozess nach Massgabe des betreffenden Prozessrechtes bereits rechtshängig geworden ist, also nicht schon nach Anrufung des Aussöhnungsrichters, wenn das Prozessrecht des betreffenden Kantons mit diesem Akt noch nicht die Rechtshängigkeit der Klage eintreten lässt.

Aus dem Tatbestand:

Im Februar 1937 zog Fritz Teuscher vom bisherigen ehelichen Wohnsitz Olten nach Herzogenbuchsee im bernischen Amtsbezirk Wangen, während die Frau mit dem Sohn in Olten blieb. Am 16. April ersuchte er den Gerichtspräsidenten von Wangen um Abhaltung eines Aussöhnungsversuches, um alsdann auf Scheidung klagen zu können. Der Aussöhnungsversuch verlief am 7. Mai 1937 fruchtlos, und am 8./9. Oktober 1937 reichte Teuscher die Klage beim Richteramt Wangen ein.

Die Ehefrau belangte ihn auf Unterhaltsbeiträge für sich selbst und den Sohn vor dem mit der Frage des Gerichtsstandes für den Scheidungsprozess befassten Appellationshof des Kantons Bern. Dieser erklärte sich mit Entscheid vom 24. März 1938 zur Beurteilung des Unterhaltsbegehrens unzuständig für die ganze der Klageeinreichung (8. Oktober 1937) vorausgegangene Zeit.

Seite: 176

Insoweit habe die Frau das Gesuch um Unterhaltsbeiträge an ihrem selbständigen Wohnsitz, in Olten, anzubringen.

Mit zivilrechtlicher Beschwerde beantragt Frau Teuscher beim Bundesgericht die Aufhebung dieses Entscheides und die Rückweisung der Sache zu materieller Beurteilung ihres Gesuches auch für die Zeit vom 16. April bis zum 8. Oktober 1937. Der Gesuchsgegner beantragt Abweisung der Beschwerde.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.- (Voraussetzungen der zivilrechtlichen Beschwerde.)

2.- Nach Art. 145 ZGB hat der Scheidungsrichter die für die Dauer des Prozesses nötigen vorsorglichen Massnahmen zu treffen, wenn die Klage angebracht ist. Dieses für den Scheidungsprozess vorgesehene Verfahren zur Erwirkung vorsorglicher Massregeln weicht von dem ausserhalb eines Scheidungsprozesses einzuschlagenden Vorgehen nach Art. 169 ff. ZGB ab sowohl hinsichtlich der Zuständigkeit als der materiellen Voraussetzungen. Im Scheidungsprozess ist der Scheidungsrichter allein zuständig. Auch der beklagte Ehegatte (und zwar auch bei selbständigem Wohnsitz oder wenn der Wohnsitz seit Anhebung des Prozesses verändert worden ist) hat sich mit Gesuchen um solche Massregeln an ihn zu wenden. Dabei sind die materiellen Voraussetzungen erleichtert, indem das Getrenntleben nach Einreichung der Klage auf Scheidung oder Trennung beiden Teilen ohne weiteres gestattet ist (Art. 170 Abs. 2 ZGB). Beides steht im Gegensatz zu der allgemeinen Ordnung, wonach Gesuche im Sinne von Art. 169 ff. ZGB beim Richter am Wohnsitz des Gesuchstellers selbst anzubringen sind (BGE 54 I 245) und dem Gesuchsteller obliegt, die Berechtigung der Anrufung richterlicher Hilfe darzutun. Beides erklärt sich als Auswirkung des angehobenen Scheidungsprozesses. Für dessen Dauer soll nur der mit der Klage befasste Richter in das eheliche Verhältnis eingreifen, die richterliche Fürsorgebefugnis verbindet sich mit der Prozessleitung.

Seite: 177

Diese besondere Ordnung hat nach Art. 145 ZGB nur Platz zu greifen, wenn der Scheidungsprozess wirklich begonnen hat, und ist ausdrücklich auf die Dauer des Prozesses beschränkt. Als Beginn des Prozesses gilt der Eintritt der Rechtshängigkeit. Diese erst hat zur Folge, dass nun, solange der Prozess nicht beendet ist, weder der klagende noch der andere Ehegatte an einem andern Orte eine weitere Scheidungsklage anheben kann. Gerade in der Einrede der bereits begründeten Rechtshängigkeit der Scheidungsklage findet die ausschliessliche Zuständigkeit des

Scheidungsrichters zu vorsorglichen Massregeln während des Prozesses ihre eigentliche Rechtfertigung. Solange der andere Ehegatte, weil die Klage noch nicht hängig ist, an seinem allfälligen selbständigen Wohnsitz auch Scheidungsklage anheben könnte, ist ihm auch die Anrufung des Richters an seinem Wohnort zur Beurteilung eines Gesuches gemäss Art. 169 ff. ZGB nicht zu verwehren.

Durch welchen prozessualen Akt die Rechtshängigkeit der Scheidungsklage begründet wird, ist eine Frage des kantonalen Prozessrechtes. Von Bundesrechts wegen hindert nichts, sie nicht schon mit einem allenfalls vorgeschriebenen Aussöhnungsversuch, sondern erst mit einer darauffolgenden schriftlichen oder mündlichen Klageeinleitung eintreten zu lassen. So ist die Ordnung des bernischen Rechtes (Art. 160 ZPO), das den Aussöhnungsversuch nur als, übrigens nicht unbedingte, Prozessvoraussetzung ausgestaltet (Art. 145 ZPO) und ihm eine verhältnismässig lange Klagefrist von sechs Monaten folgen lässt (Art. 155 ZPO), während deren Lauf die Klage bloss bewilligt bleibt, ohne schon vor der Einreichung anhängig gemacht zu sein. Unterbleibt die Einreichung trotz fruchtlos verlaufenem Aussöhnungsversuch überhaupt, so kommt es gar nicht zum Prozesse und wird daher auch keine Zuständigkeit des Scheidungsrichters zu Massregeln im Sinne von Art. 145 ZGB (Art. 299 der bernischen ZPO) begründet. Der Appellationshof hat also die Gesuchstellerin mit Recht für die vor die Klageeinreichung vom

Seite: 178

8. Oktober 1937 fallende Zeit vor den Richter von Olten gewiesen, wo sie in der Tat selbständigen Wohnsitz behalten hatte.

3.- Diesem Ergebnis versucht die Beschwerdeführerin mit Unrecht einen bundesrechtlichen Begriff der Klageanhebung entgegenzuhalten. Wohl anerkennt die Rechtsprechung, dass eine vom Bundesrecht vorgesehene Klagefrist gewahrt ist, sofern nur ein allenfalls als Vorverfahren vorgeschriebener Aussöhnungsversuch binnen der Klagefrist anbegehrt worden ist (BGE 42 II 102 /3). Von umfassender bundesrechtlicher Umschreibung des Begriffes der Klageanhebung lässt sich dabei jedoch nicht sprechen. Es handelt sich nur darum, der die Rechtshängigkeit begründenden Klageanhebung die Anhebung eines blossen Vorverfahrens als fristwahrenden Akt gleichzustellen. Damit wird ein Eingriff in die verschiedenartigen kantonalen Prozessrechte vermieden und dennoch eine möglichst gleiche Behandlung der Bürger erzielt. Für die Anwendung von Art. 145 ZGB kann daraus nichts hergeleitet werden. Darnach ist der Scheidungsrichter nur für die Dauer des Prozesses zu vorsorglichen Massnahmen zuständig. Das setzt voraus, dass der Prozess selbst und nicht bloss ein die Rechtshängigkeit der Klage nicht begründendes Vorverfahren angehoben sei. Der abweichenden Auffassung von EGGER (Komm., zu Art. 145 ZGB N. 3) und ETTER (Die vorsorglichen Massregeln ..., S. 22 ff.) kann somit nicht beigepflichtet werden, zumal im Hinblick auf Prozessrechte, welche einen misslungenen Aussöhnungsversuch nicht nur auf kurze, sondern auf längere Frist oder gar unbefristet als Grundlage einer Klageeinleitung anerkennen.

.....

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die zivilrechtliche Beschwerde wird abgewiesen