

hauser, a.a.O., N. 2 zu Art. 115 ZGB; Sutter/Freiburghaus, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, N. 4 ff. zu Art. 115 ZGB).

Ob ein Ehegatte mit einem expliziten „Nein“ auf den Scheidungswunsch der anderen Partei reagiert oder ob er allein durch seine Abwesenheit zum Ausdruck bringt, dass er mit einem Scheidungsverfahren zur Zeit und an diesem Ort nicht einverstanden ist, darf nicht zu unterschiedlichen Ergebnissen führen. Bei beiden Konstellationen ist der Weg über Art. 111/112 ZGB verbaut und es steht dem anderen Ehegatten nur noch zu, Art. 114 ZGB oder allenfalls Art. 115 ZGB anzurufen. Jeglicher Logik würde es dabei widersprechen, den Umstand, dass ein Scheidungsgrund nicht gegeben ist (eben Art. 111/112 ZGB), für die Annahme eines anderen Scheidungsgrundes (hier Art. 115 ZGB) genügen zu lassen. Die Meinung von Fankhauser würde so zu einer Privilegierung derjenigen Scheidungswilligen führen, deren Ehepartner unbekannten Aufenthaltes ist. Für diese Privilegierung gibt es weder im Gesetz noch in den Materialien eine Stütze.

Anders wäre die Sachlage zu beurteilen, wenn die Abwesenheit des einen Ehegatten Auswirkungen auf den anderen Gatten zeitigen würde (z.B. grosses Medienecho im Zusammenhang mit dem Untertauchen, weil dieses Untertauchen von der Öffentlichkeit als entehrendes Verhalten angesehen wird), die es für diesen unzumutbar machen würde, die Ehe fortzusetzen.

KGer 21.8. 2001

(Nicht begründetes Urteil, Zusammenfassung der Urteilsberatung)

3377

Vorsorgliche Massnahmen im Scheidungsprozess. Die Zusprennung von Unterhaltsbeiträgen erfolgt längstens rückwirkend auf den Zeitpunkt der Rechtshängigkeit des Scheidungsbegehrens (Art. 137 Abs. 2 ZGB).

Aus den Erwägungen:

Im vorliegenden Fall verlangt die Gesuchstellerin die Unterhaltsbeiträge ab Anfang März 2001. Das gemeinsame Scheidungsbegehren war in jenem Zeitpunkt noch nicht rechtshängig. Es stellt sich die Fra-

ge, ob die Rechtshängigkeit der Scheidungsklage oder des Scheidungsbegehrens der frühestmögliche Beginn der Unterhaltsbeitragspflicht im Rahmen von Art. 137 ZGB sei oder nicht.

Gemäss Art. 137 Abs. 2 letzter Satz ZGB können Unterhaltsbeiträge nicht nur für die Zukunft, sondern auch noch für das Jahr vor der Gesuchstellung gefordert werden. Daraus leitet *Leuenberger* unter Hinweis auf den Grundsatz der Prozessökonomie ab, das Massnahmegericht dürfe anstelle des Eheschutzgerichtes rückwirkend für die Zeitspanne vor der Anhängigmachung des Scheidungsverfahrens Unterhaltsbeiträge zusprechen (*Leuenberger*, Praxiskommentar Scheidungsrecht, Basel/Genf/München 2000, N. 54 zu Art. 137 ZGB). *Sutter/Freiburghaus* stimmen allein unter dem Aspekt der Prozessökonomie der Meinung von *Leuenberger* zwar zu, verlangen aber zusätzlich die Prüfung der Berechtigung zum Getrenntleben (*Sutter/Freiburghaus* Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, Zürich 1999, NN. 31 und 38 zu Art. 137 ZGB).

Die Prozessökonomie sowie der Umstand, dass Unterhaltsansprüche nach Art. 137 ZGB und nach Art. 176 ZGB auf der gleichen Grundlage basieren, sprechen für die Meinung von *Leuenberger*. Andererseits gelten für die beiden genannten Verfahren nicht die gleichen prozessualen Vorschriften (vorsorgliche Massnahmen sind keinem ordentlichen Rechtsmittel zugänglich, Eheschutzentscheide dagegen unterliegen der Appellation an den Einzelrichter des Obergerichtes). Würde man die Rückwirkung in den Eheschutzbereich zulassen, käme dies für diesen Bereich einem Entzug von Rechten, nämlich dem Entzug des Rechtsmittels gleich. Dies kann nicht sein, jedenfalls beinhaltet Art. 137 Abs. 2 letzter Satz ZGB keine genügende Grundlage für einen derartigen Eingriff in die kantonale Prozesshoheit. Hätte der Bundesgesetzgeber dies tatsächlich gewollt, wäre wohl in der Botschaft zum neuen Scheidungsrecht ein entsprechender Hinweis zu finden. Einen solchen Hinweis sucht man aber vergeblich.

Deshalb ist die Rückwirkung nach Art. 137 Abs. 2 letzter Satz ZGB längstens bis zur Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens zulässig.

KGP 24.7.2001