

Urteil der 2. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Bern,

unter Mitwirkung von Obergerichtssuppleant Studiger (Vorsitz), die Oberrichterinnen Apolloni Meier und Wüthrich-Meyer sowie Kammerschreiber Knüsel

vom 26. März 2009

in der Streitsache zwischen

A.,

vertreten durch Fürsprecherin X.

Klägerin/Appellantin

und

B.,

vertreten durch Fürsprecher Y.

Beklagter/Appellat

Regeste:

- 1) Art. 114 und 115 ZGB; Ehescheidungsverfahren, Trennungsfrist nach Art. 114 ZGB
- 2) Ob die Parteien während der Trennungsfrist nach Art. 114 ZGB ein Verfahren nach Art. 115 ZGB (Scheidung infolge Unzumutbarkeit) führen oder nicht, und in welchem Stadium sich dieses Verfahren gerade befindet, bleibt für die Berechnung der Trennungsfrist nach Art. 114 ZGB ohne Bedeutung.

Redaktionelle Vorbemerkungen:

Im April 2007 verlangte die Klägerin beim erstinstanzlichen Gericht die Scheidung gestützt auf Art. 115 ZGB (Unzumutbarkeit) sowie die gerichtliche Regelung der Scheidungsfolgen. Noch bevor dieses Verfahren ein Ende nahm, lud die Klägerin am 15. Februar 2008 zum Aussöhnungsversuch betreffend Scheidung nach Art. 114 ZGB. Ende Februar 2008 zog die Klägerin die Klage nach Art. 115 ZGB zurück. Am 11. April 2008 reichte die Klägerin schliesslich die Klage nach Art. 114 ZGB ein und verlangte die Scheidung sowie die Regelung der Nebenfolgen. Der Gerichtspräsident wies am 20. November 2008 die Scheidungsklage ab. Er erwog, die Parteien hätten zwar bei Rechtshängigkeit der zweiten Scheidungsklage zwei Jahre getrennt gelebt, dennoch könne die Getrenntlebensdauer nicht als abgelaufen betrachtet werden. Die Dauer des Verfahrens nach Art. 115 ZGB dürfe nicht an die Zweijahresfrist angerechnet werden, da es sich um ein strittiges, noch nicht abgeschlossenes Verfahren gehandelt habe. Die Anrechnung wäre nur möglich gewesen, wenn die Klägerin die Klage nach Art. 115 ZGB vor Einreichen der neuen Klage zurückgezogen hätte. Gegen dieses Urteil appellierte die Klägerin.

Auszug aus den Erwägungen:

I.

(...)

II.

(...)

III.

1. (...)

2. Bleibt zu klären, welchen Einfluss der Verfahrensstand auf die Anrechnung der Trennungsfrist hat. Nach Ansicht der Vorinstanz muss danach unterschieden werden, ob im Zeitpunkt der Einleitung des Verfahrens nach Art. 114 ZGB dasjenige nach Art. 115 ZGB bereits beendet war oder nicht. Immer dann, wenn das Verfahren nach Art. 115 ZGB noch nicht abgeschlossen ist, soll nach Auffassung des Vorrichters die Dauer, welche die Parteien im Verfahren "*verbracht haben*", nicht an die Zweijahresfrist angerechnet werden.

3. Klar ist, dass die Dauer eines Verfahrens nach Art. 115 ZGB dann für die Trennungsfrist ohne Bedeutung bleibt, wenn dieses Verfahren abgeschlossen wurde. Dies geht besonders deutlich aus den Materialien hervor: Wird eine Klage nach Art. 115 abgewiesen, so kann unter der Voraussetzung von Art. 114 ZGB erneut geklagt werden, wobei die zweijährige Frist mit der Trennung und nicht erst mit dem die Klage abweisenden Urteil zu laufen beginnt (BOTSCHAFT, BBl 1996, 93).

4. Für die Kammer sind nun aber keine Gründe ersichtlich, warum etwas anderes gelten soll, wenn das Verfahren nach Art. 115 ZGB förmlich noch nicht beendet worden ist:

Der Grund, warum die Verfahrensdauer bei einer Scheidung nach Art. 114 ZGB nicht mitgezählt wird, ist folgender: Auf diese Weise soll verhindert werden, dass ein Ehegatte mutwillig eine Klage anstrengt, um auf diesem Wege die Trennungszeit im Prozess zu "*ersitzen*". Es geht mit anderen Worten darum, "*vorgezogene*" Klagen, welche die Gegenseite unter Druck setzen könnten, zu unterbinden (STECK, BSK-ZGB I, Basel 2006, N 13 zu Art. 144).

5. Im Zusammenhang mit Art. 115 ZGB besteht allerdings kein Bedarf, solchen "Gefahren" entgegenzuwirken.

Einerseits ist es bei Art. 115 ZGB ohne weiteres zulässig, vor Ablauf von zwei Jahren auf Scheidung zu klagen. Damit wird ein Beklagter keinen ungebührlichen Druckversuchen ausgesetzt. Zum andern gibt es bei Verfahren nach Art. 115 ZGB keine Frist - vergleichbar mit derjenigen von Art. 114 ZGB - die "ersessen" werden könnte. Die Gründe, welche den Gesetzgeber bei Art. 114 ZGB dazu bewogen, die Dauer des Verfahrens nicht anzurechnen, spielen bei Prozessen nach Art. 115 ZGB keine Rolle. Es kann daher auch keinen Unterschied machen, ob ein Verfahren nach Art. 115 ZGB hängig oder abgeschlossen ist.

Soweit in der einschlägigen Kommentierung (namentlich FamKomm Scheidung, N 6 und 12 zu Art. 114 ZGB) davon die Rede ist, dass die Dauer eines **strittigen Verfahrens** nicht an die Trennungsfrist angerechnet werden soll, kann deshalb nur das Verfahren nach Art. 114 ZGB gemeint sein.

6. Weiter ist für die Kammer folgender Gedanke wegleitend:

Das Klagefundament von Art. 114 ZGB und Art. 115 ZGB ist grundverschieden. Es handelt sich um zwei Verfahren, die sich gegenseitig ausschliessen. Der Vorrichter hat zu Recht erwogen (...), die Scheidungsvoraussetzungen nach Art. 114 ZGB und Art. 115 ZGB könnten nie gleichzeitig erfüllt sein. Vielmehr erweist sich der Scheidungsgrund der Unzumutbarkeit (Art. 115 ZGB) gegenüber dem Scheidungsgrund des Zeitablaufs (Art. 114 ZGB) als subsidiär (STECK, a.a.O., N 1 zu Art. 115 ZGB).

Prozessual folgt aus dieser Einsicht, dass ein Wechsel des Scheidungsgrundes von Art. 115 ZGB zu Art. 114 ZGB ausgeschlossen ist (dazu LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, Bern 2000, N 7b zu Art. 94 ZPO). Das bedeutet, dass ein Verfahrenswechsel oder eine Klageänderung nicht in Betracht kommen, sondern allenfalls ein neues Verfahren angehoben werden muss.

7. Genau das hat die Klägerin mit dem Ladungersuchen vom 15. Februar 2008 vorgekehrt. Sie hat weder das Verfahren gewechselt noch eine Klageänderung beantragt. Vielmehr hob sie ein zweites unabhängiges Scheidungsverfahren an. Das wird auch aus dem Umstand deutlich, dass das eine Verfahren (Art. 115 ZGB) vom Protokoll abgeschrieben wurde, das andere hingegen noch rechtshängig ist.

Da hier zwei völlig verschiedene Scheidungsverfahren vorliegen, besteht kein Grund, für die Einleitung des zweiten Verfahrens (Art. 114 ZGB) auf das Einreichen der ursprünglichen Klage abzustellen und sozusagen an der ursprünglichen Rechtshängigkeit festzuhalten. Die beiden Scheidungsklagen gehen nicht nur auf ein unterschiedliches Klagefundament zurück sondern sie weisen auch unterschiedliche Zeitpunkte der Rechtshängigkeit auf.

8. So gesehen ist die zweite Klage am 15. Februar 2008 - und nicht zurückbezogen auf den 3. April 2007 - rechtshängig gemacht worden. Die zwischen April 2007 und 15. Februar 2008 verstrichene Zeit kann deshalb nicht als (strittige) Verfahrensdauer gemäss Art. 114 ZGB gelten, die bei der Berechnung des Getrenntlebens ausser Betracht bleiben müsste. Diese Zeit wurde vielmehr im (ganz anderen) Verfahren nach Art. 115 ZGB verbracht und - wie oben in Ziff. 3 ff gezeigt wurde - darf die Verfahrensdauer nach Art. 115 ZGB derjenigen von Art. 114 ZGB gerade nicht gleichgestellt werden.
9. Im Ergebnis kommt die Kammer zum Schluss, dass der Verfahrensstand (hängig oder beendet) einer Scheidung nach Art. 115 ZGB für die Berechnung der Trennungsfrist gemäss Art. 114 ZGB ohne Bedeutung ist. Die Trennungsfrist gemäss Art. 114 ZGB beginnt mit der Trennung zu laufen und die Parteien müssen bei Anhängigmachen der Klage mindestens zwei Jahre getrennt gelebt haben.

Hier blieb unbestritten, dass die zweijährige Trennungsfrist am 14. Februar 2008 abgelaufen war. Damit hat die Klägerin einen Scheidungsanspruch gestützt auf Art. 114 ZGB und die Scheidung muss ausgesprochen werden. Im Uebrigen ist die Verfahrensbeschränkung aufzuheben und das Verfahren zur weiteren Durchführung an die Vorinstanz zurück zu weisen.

Hinweis:

Dieses Urteil ist rechtskräftig.