

**08/09 6 Familienrecht. Art. 137 Abs. 2, Art. 172 ff. ZGB. Mit der Einreichung der Scheidungsklage können Eheschutzmassnahmen für die Zeit nach Eintritt der Rechtshängigkeit nicht mehr getroffen werden, sondern nur noch vorsorgliche Massnahmen angeordnet werden. Anordnungen, die das Eheschutzgericht vor Eintritt der Rechtshängigkeit der Scheidung getroffen hat, bleiben während des Scheidungsverfahrens in Kraft, solange sie nicht durch vorsorgliche Massnahmen i.S.v. Art. 137 Abs. 2 ZGB abgeändert werden. Für die Zeit vor Rechtshängigkeit der Scheidung trifft somit das Eheschutzgericht sämtliche Massnahmen zur Regelung des Getrenntlebens, für die Zeit danach ist hierfür das Scheidungsgericht zuständig. Mit der Einreichung des Vermittlungsgesuches und damit der Rechtshängigkeit der Scheidungsklage entfällt demnach die Zuständigkeit des Eheschutzgerichts zur Regelung des Getrenntlebens und somit zur Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen und an dessen Stelle tritt die Zuständigkeit des Scheidungs- bzw. Massnahmengerichts zum Erlass vorsorglicher Massnahmen nach Art. 137 Abs. 2 ZGB. Die Bemessung des vorsorglichen Unterhaltsanspruchs richtet sich nach Art. 125 ZGB.**

Obergericht, 7. Mai 2008, OG ZP 07 6

#### **Aus den Erwägungen:**

1. Der Gesuchsteller ist im vor Obergericht des Kantons Uri (Zivilrechtliche Abteilung) hängigen Berufungsverfahren OG Z 07 1 betreffend Ehescheidung Berufungskläger. Im Rahmen dieses Ehescheidungsverfahrens stellt er ein Gesuch um vorsorgliche Massnahmen i.S.v. Art. 137 Abs. 2 ZGB. Nach dieser Bestimmung trifft das Gericht die nötigen vorsorglichen Massnahmen. Es kann vorsorgliche Massnahmen auch dann anordnen, wenn die Ehe aufgelöst ist, aber das Verfahren über Scheidungsfolgen fort dauert. Die Bestimmungen über die Massnahmen zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft sind sinngemäss anwendbar. Unterhaltsbeiträge können für die Zukunft und für das Jahr vor Einreichung des Begehrens gefordert werden.

2. Im Verhältnis zwischen Eheschutzmassnahmen i.S.v. Art. 172 ff. ZGB und vorsorglichen Massnahmen i.S.v. Art. 137 Abs. 2 ZGB können mit der Einreichung der Scheidungsklage Eheschutzmassnahmen für die Zeit nach Eintritt der Rechtshängigkeit nicht mehr getroffen, sondern nur noch vorsorgliche Massnahmen angeordnet werden. Anordnungen, die das Eheschutzgericht vor Eintritt der Rechtshängigkeit der Scheidung getroffen hat, bleiben während des Scheidungsverfahrens in Kraft, solange sie nicht durch vorsorgliche Massnahmen i.S.v. Art. 137 Abs. 2 ZGB abgeändert werden. Für die Zeit vor Rechtshängigkeit der Scheidung trifft somit das Eheschutzgericht sämtliche Massnahmen zur Regelung des Getrenntlebens, für die Zeit danach ist hierfür das Scheidungsgericht zuständig (BGE 129 III 62, E. 3; Urs Gloor, in Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 3. Aufl., Basel 2006, N. 4 zu Art. 137). Mit Einreichung des Vermittlungsgesuchs und damit Rechtshängigkeit der Scheidungsklage (vgl. Art. 189 Abs. 1 ZPO) entfällt demnach die Zuständigkeit des Eheschutzgerichts zur Regelung des Getrenntlebens und somit zur Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen und an dessen Stelle tritt die Zuständigkeit des Scheidungs- bzw. Massnahmengerichts zum Erlass vorsorglicher Massnahmen nach Art. 137 Abs. 2 ZGB.

3. Gemäss Art. 137 Abs. 2 Satz 2 ZGB kann das Gericht vorsorgliche Massnahmen auch dann anordnen, wenn die Ehe aufgelöst ist, aber das Verfahren über Scheidungsfolgen fort dauert. Möglich sind der Erlass oder die Abänderung vorsorglicher Massnahmen demnach auch in den Fällen, in denen wie vorliegend die Ehe bereits rechtskräftig geschieden ist (seit 27.02.2007), die Parteien jedoch infolge Teilrechtskraft über die

Scheidungsfolgen - namentlich den nahehelichen Unterhalt - noch prozessieren (Urs Gloor, a.a.O., N. 2 zu Art. 137; Sutter/Freiburghaus, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, Zürich 1999, N. 5 zu Art. 137; Botschaft über die Änderung des schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 15.11.1995, S. 137). Für die vom Gesuchsteller beantragte Abänderung des gemäss Eheschutzentscheides vom 15. Januar 2002 (LGP 01 190) an die Gesuchsgegnerin zu leistenden Unterhaltsbeitrages ist folglich nicht mehr das Eheschutzgericht, sondern das Scheidungs- bzw. Massnahmegericht im Rahmen von vorsorglichen Massnahmen nach Art. 137 Abs. 2 ZGB zuständig.

4. Gemäss Art. 14 Abs. 2 lit. a ZPO entscheidet der Präsident des zuständigen Gerichts im summarischen Verfahren über vorsorgliche Massnahmen nach dieser Verordnung und nach Bundesrecht. Gemäss Abs. 4 dieser Bestimmung wird die Rechtsmittelinstanz mit der Einreichung der Rechtsmittelschrift zuständiges Gericht. Das Präsidium der zivilrechtlichen Abteilung des Obergerichtes des Kantons Uri ist somit zuständig zur Beurteilung der beantragten vorsorglichen Massnahmen i.S.v. Art. 137 Abs. 2 ZGB.

5. Wie vorerwähnt (E. 2), bleiben Anordnungen, die das Eheschutzgericht vor Eintritt der Rechtshängigkeit der Scheidung getroffen hat, während des Scheidungsverfahrens in Kraft, solange sie nicht durch vorsorgliche Massnahmen i.S.v. Art. 137 Abs. 2 ZGB abgeändert werden. Anordnungen des Eheschutzgerichts erwachsen nicht in materielle Rechtskraft, eine Abänderung durch vorsorgliche Massnahmen ist jedoch möglich (Urs Gloor, a.a.O., N. 15 zu Art. 137). Dem Scheidungs- bzw. Massnahmerichter ist es jedoch nicht gestattet, Anordnungen für den Zeitraum vor der Rechtshängigkeit der Scheidung zu treffen, da hierfür das Eheschutzgericht zuständig ist (BGE 129 III 62, E. 3). Der Gesuchsteller verlangt die Abänderung der Unterhaltsbeiträge (erst) auf den 1. März 2007 (d.h. nach Einreichung der Berufung vor Obergericht am 26.02.2007). Auf das Gesuch ist einzutreten.

6. Mit verfahrensleitender Verfügung vom 5. Juli 2007 wurde dem Gesuchsteller und der Gesuchsgegnerin vor Abschluss des Verfahrens die Möglichkeit eingeräumt, innert 20 Tagen zu allen Aktenstücken und Vorbringen Stellung zu nehmen.

Die nach Ablauf dieser Frist eingereichten Eingaben erfolgten somit ausserhalb des Schriftenwechsels und damit in prozessual unzulässiger Weise. Die Eingaben der Gesuchsgegnerin vom 12. November 2007 und des Gesuchstellers vom 15. und 23. November 2007 werden demnach aus dem Recht und den Akten gewiesen.

7. Ihrem Zweck entsprechend müssen vorsorgliche Massnahmen in einem raschen Verfahren und ohne abschliessende Beurteilung der Rechtslage erlassen werden. Sie haben demnach im Rahmen eines summarischen Verfahrens zu ergehen (s. Art. 14 Abs. 2 lit. a ZPO; Art. 221 ZPO i.V.m. Art. 1 I b Ziff. 5 Reglement über die Anwendung des summarischen Verfahrens bei bundesrechtlichen Zivilstreitigkeiten [RB 9.2231] und Art. 227 ff. ZPO). Von Bundesrechts wegen gilt freie richterliche Beweiswürdigung. Tatsachenbehauptungen müssen zumindest glaubhaft gemacht werden (Urs Gloor, a.a.O., N. 18 zu Art. 137; Marcel Leuenberger, in FamKomm, Ingeborg Schwenzer [Hrsg.], Scheidung, N. 55 zu Art. 137; Sutter/Freiburghaus, a.a.O., N. 22 ff. zu Art. 137). Das Bundesrecht bestimmt hingegen nicht, ob für vorsorgliche Massnahmen über die vermögensrechtlichen Belange zwischen den Ehegatten (für Kinderbelange gilt die Oficialmaxime) die Dispositions- oder die Oficialmaxime gilt. Dies ist vielmehr Sache des kantonalen Rechts. Dieses entscheidet auch darüber, ob der Sachverhalt von den Parteien i.S. der Verhandlungsmaxime glaubhaft zu machen ist oder ob die Untersuchungsmaxime gilt (Sutter/Freiburghaus, a.a.O., N. 19 zu Art. 137). Die ernerische Prozessordnung sieht in Art. 52 ZPO diesbezüglich den Verhandlungs- und Verfügungsgrundsatz vor.

8. Eine Aufhebung oder Abänderung eheschutzrichterlicher Massnahmen durch den Scheidungsrichter im Rahmen vorsorglicher Massnahmen ist zulässig, wenn seit Erlass der Eheschutzmassnahme die tatsächlichen Verhältnisse sich wesentlich und dauernd verändert haben oder wenn der Eheschutzrichter von unrichtigen tatsächlichen Voraussetzungen ausgegangen ist. Hingegen ist die Wiedererwägung bloss aufgrund abweichender Würdigung des bekannten Prozessstoffes dem Massnahmerichter versagt (vgl. SJZ 1986 S. 99). Eine erhebliche Veränderung der Verhältnisse ist bei beachtlichen neuen Bedürfnissen oder einer veränderten Zielsetzung zu bejahen. Blosser Unzweckmässigkeit der Eheschutzmassnahmen reicht nicht aus (Hausheer/Reusser/Geiser, Kommentar zum Eherecht, Bern 1988, N. 17 zu Art. 179).

a) Bei der Frage, ob eine erhebliche und dauernde Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse vorliegt, die eine Abänderung der eheschutzrichterlichen Massnahmen rechtfertigen würde, ist auch zu berücksichtigen, nach welchen Kriterien ein Unterhaltsbeitrag im Rahmen vorsorglicher Massnahmen zu bemessen ist. Art. 137 Abs. 2 Satz 3 ZGB erklärt die Bestimmungen über die Massnahmen zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft für sinngemäss anwendbar. Für die (vorläufige) Bemessung eines eheschutzrechtlichen Unterhaltsbeitrages ist demnach weiterhin Eherecht (Art. 163 ZGB) und nicht der gemäss Art. 125 ZGB nachehelich geschuldete Unterhalt i.S. einer Prognose massgebend. Die Botschaft Scheidungsrecht will dies auch bei Vorliegen der Teilrechtskraft des Scheidungsurteils so sehen, also wenn die Ehe bereits aufgelöst ist und über den nachehelichen Unterhalt weiter prozessiert wird (Botschaft, a.a.O., S. 137). Sachgerechter dürfte es jedoch bei Vorliegen der Teilrechtskraft im Scheidungspunkt sein, den vorsorglichen Unterhaltsanspruch gestützt auf Art. 125 ZGB und nicht Art. 163 ZGB zu bemessen, da die Ehe bereits rechtskräftig geschieden ist, es sich der Sache nach demnach um nachehelichen Unterhalt handelt (Sutter/Freiburghaus, a.a.O., N. 44 zu Art. 137; Marcel Leuenberger, a.a.O., N. 14 zu Art. 137). In einem das Eheschutzverfahren betreffenden Entscheid hat das Bundesgericht denn auch festgehalten, dass in den Fällen, in denen mit einer Wiederaufnahme des gemeinsamen Haushalts nicht mehr ernsthaft zu rechnen ist, es sachgerecht erscheint, bei der Beurteilung des Unterhalts und insbesondere der Frage nach der Wiederaufnahme oder Ausdehnung der Erwerbstätigkeit die für den nachehelichen Unterhalt geltenden Kriterien miteinzubeziehen (BGE 128 III 68). Das Bundesgericht hat diese Rechtsprechung auf das Scheidungsverfahren ausgedehnt (BGE 130 III 542). Bei Teilrechtskraft im Scheidungspunkt muss diese Rechtsprechung umso mehr gelten, da die Ehe bereits aufgelöst ist (Marcel Leuenberger, a.a.O., N. 14 zu Art. 137 m.H.). Aufgrund dieser Überlegungen halten es Lehre und Rechtsprechung für zulässig, die Zusprechung vorsorglicher Unterhaltsbeiträge zu verweigern, wenn mit grosser Wahrscheinlichkeit auch im Endurteil kein Unterhaltsbeitrag nach Art. 125 ZGB zu erwarten ist (Urs Gloor, a.a.O., N. 10 zu Art. 137; Sutter/Freiburghaus, a.a.O., N. 46 zu Art. 137; ZR 2001 Nr. 4 E. 2.1).

b) Bei der Festlegung von Unterhaltsbeiträgen im Rahmen vorsorglicher Massnahmen darf demnach insbesondere bei bereits eingetretener Rechtskraft im Scheidungspunkt (wie vorliegend) durchaus auch eine gewisse Prognose hinsichtlich des Endurteils eine Rolle spielen. Im Urteil der Vorinstanz vom 31. August/19. Dezember 2006 wurde der Gesuchsteller verpflichtet, der Gesuchsgegnerin einen nachehelichen Unterhaltsbeitrag i.S.v. Art. 125 ZGB von monatlich Fr. 700.-- bis zu deren Eintritt ins Rentenalter zu bezahlen. Gegen dieses Urteil hat lediglich der Gesuchsteller Berufung eingelegt, weshalb mit Rücksicht auf das Verbot der Schlechterstellung (s. auch Art. 52 Abs. 2 ZPO) im Urteil in der Hauptsache der Gesuchsgegnerin kein höherer nachehelicher Unterhaltsbeitrag als Fr. 700.-- zugesprochen werden kann. Dies darf gemäss vorerwählter Lehre und Rechtsprechung bei der vorliegend vorzunehmenden Beurteilung einer vorsorglichen Massnahme berücksichtigt werden. Gleichzeitig liegt darin eine erhebliche und dauernde Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse, waren die Parteien zum Zeitpunkt des Erlasses der Eheschutzmassnahmen doch noch nicht rechtskräftig geschieden und hatte sich die Bemessung des Unterhaltsbeitrages somit nach Eherecht und damit nach Art. 163 ZGB zu richten, während sich der vorliegend zu bestimmende vorsorgliche

Unterhaltsanspruch als nach Art. 125 ZGB festzulegender nahehelicher Unterhalt darstellt. Aufgrund dieser Veränderung der Verhältnisse erscheint vorliegend eine Abänderung der eheschutzrichterlichen Massnahmen bezüglich Unterhalt angezeigt.

9. Die Bemessung des vorsorglichen Unterhaltsanspruchs hat sich, wie festgestellt (E. 7), nach Art. 125 ZGB zu richten. Gestützt darauf und unter Berücksichtigung des Verbots der Schlechterstellung sowie dem Umstand, dass eine Rückforderung von im Rahmen vorsorglicher Massnahmen zugesprochenen Unterhaltsbeiträgen auch bei Verneinen eines nahehelichen Unterhalts im Urteil in der Hauptsache nicht möglich ist (Urs Gloor, a.a.O., N. 10 zu Art. 137; Sutter/Freiburghaus, a.a.O., N. 41 zu Art. 137), ist die obere Grenze des vorsorglichen Unterhaltsbeitrages auf Fr. 700.-- monatlich anzusetzen. Zumal einerseits der Gesuchsteller selbst davon ausgeht, dass im Rahmen des vorliegenden Verfahrens ein Höchstbetrag von monatlich Fr. 700.-- an Unterhaltsbeiträgen im Rahmen vorsorglicher Massnahmen festgelegt werden darf (act. 2.1 S. 3 Ziff. 4 und act. 2.3 S. 2 Ziff. 5) und andererseits unter Berücksichtigung der Prognose hinsichtlich des Endurteils, wie vorerwähnt (E. 8a und b), im Urteil in der Hauptsache (OG Z 07 1) gleichen Datums, der Gesuchsteller verpflichtet wurde der Gesuchsgegnerin (bis zu deren Eintritt ins AHV-Rentenalter) einen Unterhaltsbeitrag i.S.v. Art. 125 ZGB von Fr. 681.75 zu zahlen. Somit rechtfertigt sich, auch berücksichtigend, dass vorliegend das summarische Verfahren zur Anwendung kommt, die Festsetzung eines vorsorglichen Unterhaltsbeitrags des Gesuchstellers an die Gesuchsgegnerin von monatlich Fr. 700.-- für die Zeit des laufenden Verfahrens betreffend die noch vor Obergericht angefochtenen Scheidungsfolgen.

In Bezug auf die Abänderung von vorsorglichen Massnahmen nach Art. 137 Abs. 2 ZGB wird festgehalten, dass der Abänderungsentscheid grundsätzlich nur für die Zukunft wirkt. Die frühere Massnahme kann nicht rückwirkend aufgehoben oder modifiziert werden. Entscheide, welche die Unterhaltsbeiträge abändern, können jedoch nach Ermessen des Massnahmegerichts auf den Zeitpunkt der Einreichung des Abänderungsgesuchs zurückbezogen werden. Eine weitergehende Rückwirkung kommt nur ausnahmsweise aufgrund schwerwiegender Gründe und Gerechtigkeitsüberlegungen in Betracht (Marcel Leuenberger, a.a.O., N. 18 zu Art. 137 m.H.). Dies gilt auch für die Abänderung eheschutzrichterlicher Massnahmen durch den Scheidungs- bzw. Massnahmerichter im Rahmen vorsorglicher Massnahmen. Da keine schwerwiegende Gründe ersichtlich sind, die eine weitergehende Rückwirkung rechtfertigen würden, ist auf den Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs zum Erlass vorsorglicher Massnahmen abzustellen. Demnach hat der Gesuchsteller der Gesuchsgegnerin rückwirkend per 1. Juli 2007 einen Unterhaltsbeitrag von monatlich Fr. 700.-- für die Zeit des laufenden Verfahrens betreffend die noch vor Obergericht angefochtenen Scheidungsfolgen zu bezahlen.