

Sachverhalt:

In einem Scheidungsverfahren nach Art. 111 ZGB blieb der Gesuchsteller der Anhörung unentschuldigt fern. Entsprechend der in der Vorladung enthaltenen Androhung trat der Scheidungsrichter deshalb auf das gemeinsame Scheidungsbegehren nicht ein. Hiegegen erhob die Gesuchstellerin Rekurs, im Wesentlichen mit dem Antrag, es sei die Verfügung dahingehend zu ergänzen, als den Parteien im Sinne von Art. 113 ZGB eine Frist anzusetzen sei, um das Scheidungsbegehren durch eine Klage zu ersetzen.

Aus den Erwägungen:

«II.1. Die Gesuchstellerin ist der Ansicht, es verstosse gegen Art. 113 ZGB, dass der Vorderrichter nach seinem Nichteintretensentscheid den Parteien keine Frist angesetzt hat, um im Sinne der genannten Bestimmung das Scheidungsbegehren durch eine Klage zu ersetzen.

2. Gelangt das Gericht zum Entscheid, dass die Voraussetzungen für eine Scheidung auf gemeinsames Begehren nicht erfüllt sind, so setzt es jedem Ehegatten eine Frist, um das Scheidungsbegehren durch eine Klage zu ersetzen (Art. 113 ZGB). Es stellt sich nun die Frage, ob diese Bestimmung auch in dem Falle gilt, im welchem gemäss § 129 Abs. 3 ZPO auf ein gemeinsames Scheidungsbegehren nicht eingetreten wird, weil einer oder beide Ehegatten unentschuldigt nicht zur Anhörung erschienen sind.

Die Frage ist zu verneinen:

a) Art. 113 ZGB ist auf Fälle zugeschnitten, in welchen (vgl. dazu etwa Botschaft vom 15. November 1995 zum neuen Scheidungsrecht, S. 90; Sutter/Freiburghaus, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, N. 6 zu Art. 113 ZGB; Fankhauser, in: Schwenzer, Praxiskommentar Scheidungsrecht, N. 4 zu Art. 113 ZGB; Bräm, Die Scheidung auf gemeinsames Begehren, in: AJP 1999 S. 1518; Spühler, Neues Scheidungsverfahren, S. 71)

- das Gericht feststellt, dass das Scheidungsbegehren oder die Vereinbarung nicht auf freiem Willen oder reiflicher Überlegung der Ehegatten beruht,
- der Richter die Vereinbarung der Parteien ganz oder teilweise nicht genehmigen kann,
- ein Ehegatte das Scheidungsbegehren oder die Vereinbarung innert der zweimonatigen Frist widerruft,
- die Bestätigung nach Ablauf der zweimonatigen Bedenkfrist unterbleibt.

In allgemeiner Weise wird auch formuliert, dass Art. 113 ZGB immer dann zur Anwendung komme, wenn sich das Gericht Klarheit darüber verschafft habe, dass die Ehegatten nicht bereit seien, sich einem Verfahren nach Art. 111 oder 112 ZGB zu unterziehen (vgl. Fankhauser, a.a.O., N. 3 zu Art. 113 ZGB; Rhiner, Die Scheidungsvoraussetzungen nach revidiertem schweizerischen Recht, S. 240). Entsprechend hat in einem solchen Fall ein das gemeinsame Begehren abweisender Endentscheid zu ergehen (Bräm, a.a.O.; Meyer, Säumnisfolgen und Kostenfragen, in: Anpassung des Zürcher Prozessrechts im Personen- und Familienrecht, Hrsg. Bräm, S. 45; Spühler, a.a.O., S. 71). Dieser Entscheid kann in letzter Instanz mit Berufung an das Bundesgericht angefochten werden (Art. 44 lit. b^{bis} OG).

b) Während sich bei einer solchen Konstellation das Gericht in materieller Weise damit auseinandersetzt, ob ein Scheidungsgrund nach Art. 111 oder 112 ZGB vorliegt (Sutter/Freiburghaus, a.a.O., N. 8 zu Art. 111 ZGB; Meyer, a.a.O.), ist dem nicht so, wenn der Richter ohne solche Prüfung auf das Begehren nicht eintritt. Er wendet in einem solchen Fall insbesondere auch nicht etwa Bundesrecht an, sondern setzt eine vom kantonalen Prozessrecht angedrohte Säumnisfolge um. Hier kommt Art. 113 ZGB nicht zur Anwendung, weil das Gericht eben gerade nicht im Sinne der bundesrechtlichen Bestimmung geprüft hat, ob die Voraussetzungen für eine Scheidung auf gemeinsames Begehren erfüllt sind. Wird auf ein gemeinsames Scheidungsbegehren nicht eingetreten, fällt Art. 113 ZGB

demnach ausser Betracht (Rhiner, a.a.O., S. 239). Entsprechend ist auch die Erhebung einer eidgenössischen Berufung nicht möglich, weil damit nur die Verletzung von Bundesrecht gerügt werden kann (Art. 43 OG).

3. Der Vorderrichter hat demnach richtig entschieden. Sein Nichteintretensentscheid war nicht mit einer Fristansetzung nach Art. 113 ZGB zu verbinden. Der Rekurs ist deshalb abzuweisen und die angefochtene Verfügung zu bestätigen.»