

# **OW\_GERICHTE AbR 2002/03 Nr. 16 vom 1. Mai 1998**

OW Obergericht, 1998-05-01, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ow\\_gerichte\\_AbR\\_2002\\_03 Nr. 16](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ow_gerichte_AbR_2002_03_Nr._16)

FR: OW\_GERICHTE AbR 2002/03 Nr. 16 du 1 mai 1998

IT: OW\_GERICHTE AbR 2002/03 Nr. 16 del 1 maggio 1998

## **Regeste**

AbR 2002/03 Nr. 16, S. 95: Art. 242 Abs. 2 ZPO Während der Dauer des Berufungsverfahrens vor Bundesgericht ist das Kantonsgerichtspräsidium für die Beurteilung eines Gesuchs um Aufhebung von vorsorglichen Massnahmen zuständig (E. 1). Art.

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Die Vorinstanz ging in der angefochtenen Verfügung davon aus, dass sie im Zeitpunkt des Eingangs des Gesuchs um Aufhebung der vorsorglichen Massnahmen für die Beurteilung des Gesuchs zuständig gewesen sei. Vorab ist zu prüfen, ob dieser Auffassung zu folgen ist.

a) Mit Urteil vom 15. Februar 2001 wies das Obergericht im Verfahren ZA 99/035 die Appellation der heutigen Rekursgegnerin gegen das in Teilen angefochtene Scheidungsurteil des Kantonsgerichts vom 15. September 1999 ab, und es verneinte einen Unterhaltsanspruch der damaligen Appellantin. In der Folge zog die heutige Rekursgegnerin dieses Urteil mit Berufung an das Bundesgericht weiter. Während des vor Bundesgericht hängigen Berufungsverfahrens reichte der heutige Rekurrent bei der Vorinstanz das Gesuch um Abänderung der vorsorglichen Massnahmen ein. b) Gemäss Art. 58 OG bleiben zum Erlass einstweiliger Verfügungen auch während der Anhängigkeit der Streitsache beim Bundesgericht die kantonalen Behörden nach Massgabe der kantonalen Gesetzgebung ausschliesslich zuständig. Die Zuständigkeitsfrage richtet sich also nach dem kantonalen Recht (Michel Czitron, Die vorsorglichen Massnahmen während des Scheidungsprozesses unter Berücksichtigung des am 1. Januar 1988 in Kraft getretenen neuen Eherechts, des in Revision begriffenen Scheidungsrechts sowie des Prozessrechts und der Praxis im Kanton Zürich, St. Gallen 1995, 32; Spühler/Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, 129; BGE 91 II 252 E. 2, 61 II 224, 271). Im Kanton Zürich bleibt beispielsweise dasjenige kantonale Gericht zuständig, das den Prozess zuletzt behandelt hat (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, Zürich 1997, N. 65 zu § 110; Karl Spühler, Neues Scheidungsverfahren, Supplement, Zürich 2000, 34 f.). Anders verhält es sich im Kanton Obwalden. Nach altem Recht war für vorsorgliche Massnahmen im Scheidungsverfahren, ungeachtet eines allfälligen Weiterzugs an obere Instanzen, stets das Kantonsgerichtspräsidium zuständig. Anlässlich der Änderung des GOG mit Nachtrag vom 22. November 1996 (in Kraft seit 15. Februar 1997) wurde in Art. 242 ZPO neu ein Abs. 2 mit folgendem Wortlaut eingefügt: "Ist ein Prozess hängig, so entscheidet das Präsidium des für die Hauptsache zuständigen Gerichts über die Massnahmen. Ist kein Prozess hängig, so ist das Kantonsgerichtspräsidium zuständig." Die neue Regelung wurde der bereits für das Befehlsverfahren bestehenden Bestimmung des Art. 244 ZPO nachgebildet. Mit Erlass

des Urteils des Obergerichts im Hauptverfahren ZA 99/035 am 15. Februar 2001 endete die Rechtshängigkeit des Verfahrens beim Obergericht. In der Folge wurde beim Bundesgericht ein Berufungsverfahren anhängig gemacht. Da somit im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs um Aufhebung der vorsorglichen Massnahmen vom 5. April 2001 im Kanton Obwalden kein Prozess hängig war, war im Sinne von Art. 242 Abs. 2 ZPO das Kantonsgerichtspräsidium für die Beurteilung des Gesuchs zuständig.

## E. 2

Zu prüfen ist, ob sich die Zuständigkeit in Bezug auf das beim Kantonsgerichtspräsidium eingereichte Gesuch um vorsorgliche Massnahmen mit der Rückweisung der Sache im Hauptprozess durch das Bundesgericht an das Obergericht nachträglich geändert hat. a) Im angefochtenen Entscheid verwies die Vorinstanz auf allgemeine Grundsätze des Zivilprozessrechts, wonach die Prozessvoraussetzungen im Zeitpunkt der Fällung des Sachurteils noch gegeben sein müssten. Folglich müsse die Instanz, bei welcher das Gesuch um Abänderung der vorsorglichen Massnahmen eingereicht worden sei, im Zeitpunkt der Urteilsfällung zuständig sein, damit ein Sachurteil gefällt werden könne. Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Sie lässt Art. 54 lit. c ZPO ausser Acht, wonach unter Vorbehalt gegenteiliger Bestimmungen die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts durch nachherige Änderung der sie begründenden Tatsachen nicht berührt wird. Diese Bestimmung bringt den Grundsatz der sogenannten "perpetuatio fori" zum Ausdruck, welcher den von der Vorinstanz erwähnten allgemeinen Grundsätzen des Zivilprozessrechts in der Regel vorgeht (Oscar Vogel, Grundriss des Zivilprozessrechts, Bern 1999, 8. Kapitel, N. 48a ff., S. 226; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N. 2 ff. zu § 16, N. 2 zu § 18, N. 4 zu § 107, N. 3 zu § 108). Die Obergerichtskommission entschied in ihrem Urteil vom 6. Dezember 1990, dass Art. 244 ZPO mit seiner differenzierten Umschreibung der sachlichen Zuständigkeit den Grundsatz der "perpetuatio fori" nicht in der Weise durchbrechen wolle, dass die einmal begründete Zuständigkeit des Einzelrichters als Massnahmerichter mit Anhebung des ordentlichen Prozesses ohne weiteres dahinfalle; dies wäre nur dann der Fall, wenn die ZPO dies ausdrücklich so anordnen würde, was in Art. 244 ZPO nicht der Fall sei (AbR 1990/91 Nr. 15, E. 2). Da Art. 242 Abs. 2 ZPO Art. 244 ZPO nachgebildet ist, kann auch für Art. 242 Abs. 2 ZPO nichts anderes gelten. Art. 242 Abs. 2 ZPO regelt ausschliesslich die Zuständigkeit. Weder aus seinem Wortlaut noch aus seinem aus weiteren Auslegungselementen ermittelten Sinn lässt sich etwas Gegenteiliges ableiten; namentlich finden sich dafür auch in den Materialien keine Anhaltspunkte. Art. 242 Abs. 2 ZPO stellt somit nicht eine der in Art. 54 lit. c ZPO vorbehaltenen "gegenteiligen Bestimmungen" dar, welche den dort verankerten Grundsatz der "perpetuatio fori" zu durchbrechen vermöchten. Würde im Anwendungsbereich des Art. 242 Abs. 2 ZPO der Grundsatz der "perpetuatio fori" nicht gelten, so widerspräche dies auch der Prozessökonomie und dem Gebot der beförderlichen Prozessführung sowie dem Bedürfnis der Parteien nach Rechtsschutz. Beim Kantonsgerichtspräsidium bestünde während der Hängigkeit des Massnahmeverfahrens eine Rechtsunsicherheit darüber, ob seine Zuständigkeit im Zeitpunkt seines Entscheids überhaupt noch gegeben sei. Es müsste nämlich regelmässig damit rechnen, dass zufolge einer Rückweisung des Verfahrens durch das Bundesgericht an das Obergericht seine Zuständigkeit aufgehoben und damit seine im Massnahmeverfahren erbrachten Aufwendungen nutzlos würden. Dies fiel umso mehr ins Gewicht, wenn es das Massnahmeverfahren beinahe bis zur Entscheidungsreife vorangetrieben hätte. Würde das Kantonsgerichtspräsidium aber stattdessen das Massnahmeverfahren faktisch sistiert lassen und den Entscheid des Bundesgerichts abwarten, so würde damit Art. 238 ZPO missachtet,

wonach die zuständige Instanz im summarischen Verfahren ihren Entscheid ohne Verzug trifft. b) Die Vorinstanz macht in ihrer Vernehmlassung geltend, auch wenn die sachliche Zuständigkeit eines Einzelrichters wegen nachträglich eingetretener Umstände grundsätzlich nicht entfalle, so nehme doch die ständige Rechtsprechung im Kanton Zürich an, dass ein beim Einzelrichter eingeleitetes hängiges Massnahmeverfahren dem ordentlichen Richter zu überweisen sei, wenn der Prozess inzwischen bei diesem anhängig gemacht worden sei. Dies trifft zwar in der Tat in gewissen Fällen zu (vgl. Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N. 3 f. zu § 229). Zu beachten ist indessen, dass § 229 der zürcherischen ZPO dies ausdrücklich festhält ("Ist der Prozess rechtshängig geworden, ist der ordentliche Richter dafür zuständig"), während die im Übrigen praktisch wortgleiche Bestimmung in Art. 248 der obwaldnerischen ZPO diesen Passus gerade nicht enthält (vgl. dazu schon AbR 1990/91 Nr. 15, E. 2c). Ferner beschlagen die in Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N. 3a zu § 229 zitierten Entscheide, auf welche Literaturstelle die Vorinstanz hinweist, durchwegs das Gebiet des Wirtschafts- und nicht des Eherechts. Im Übrigen hat das Obergericht des Kantons Zürich mit Beschluss vom 11. Februar 2002 seine bisherige Praxis (vgl. Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N. 24 f. zu § 215) geändert. Nach seiner alten Praxis trat das Obergericht auf ein Rekursverfahren nicht mehr ein und es überwies die gestellten Eheschutzbegehren dem Scheidungsrichter zur Behandlung im Massnahmeverfahren, wenn die Scheidungsklage erst nach dem Entscheid des Eheschutzrichters anhängig gemacht wurde; die Rekursinstanz hatte nur noch bezüglich der Unterhaltsbeiträge bis zum Zeitpunkt der Rechtshängigkeit der Scheidungsklage zu entscheiden. Demgegenüber bleibt nach der neuen Praxis des Zürcher Obergerichts die Rechtsmittelinstanz zur materiellen Behandlung des Rekurses gegen den Eheschutzentscheid bezüglich sämtlicher, auch in die Zukunft wirkender Regelungen zuständig, wenn nach Erlass einer erstinstanzlichen Eheschutzverfügung die Scheidungsklage eingereicht wird (ZR 101/2002, Nr. 25). In der Begründung verwies das Obergericht unter anderem auch darauf, dass die zu beurteilende Situation nicht mit derjenigen beim Massnahmeverfahren ausserhalb des Eherechts im Sinne von § 222 Ziff. 3 der zürcherischen ZPO verglichen werden könne, wonach gemäss ständiger Rechtsprechung nach Anhängigmachung des ordentlichen Prozesses auf ein gegen den Massnahmeentscheid gerichtetes Rechtsmittel nicht mehr eingetreten werde, sondern Rekurs- oder Kassationsinstanz das Verfahren an den ordentlichen Richter überwiesen (E. 3d). c) Die Vorinstanz führt schliesslich aus, nötigenfalls müsste veranlasst werden, dass der Gesetzgeber eine versäumte sachgerechte Regelung durch Änderung des Erlasses nachhole. Wie es sich damit verhält, kann vorliegend offen bleiben. Immerhin ist darauf hinzuweisen, dass wegen der erwähnten Unzulänglichkeiten kaum eine Durchbrechung des Grundsatzes der "perpetuatio fori" in Betracht fiele. Vielmehr müsste allenfalls eine Regelung ins Auge gefasst werden, welche, wie im Kanton Zürich, gewährleistet, dass auch während eines vor dem Bundesgericht hängigen Verfahrens dasjenige kantonale Gericht für den Erlass vorsorglicher Massnahmen zuständig bliebe, welches den Prozess zuletzt behandelt hat.

### **E. 3**

Zusammenfassend ergibt sich, dass der Rekurs gutzuheissen und die Verfügung des Kantonsgerichtspräsidenten vom 4. Dezember 2001 aufzuheben ist. Die Sache ist an das Kantonsgerichtspräsidium zurückzuweisen, damit es über das Gesuch vom 5. April 2001 befinde. de|fr | it Schlagworte zuständigkeit bundesgericht vorsorgliche massnahme verfahren kanton vorinstanz entscheid perpetuatio fori obwalden anhängig rechtshängigkeit

rechtsmittel scheidungsklage einzelrichter monat Mehr Deskriptoren anzeigen Normen  
Bund BGG: Art.58 ZGB: Art.145 ZGB: Art.137 ZPO: Art.244 ZPO: Art.54 Art.238  
Art.242 Art.244 Art.248 ZPO: Art.54 Art.242 Leitentscheide BGE 61-II-224 91-II-250  
S.252 AbR 2002/03 Nr. 16 1990/91 Nr. 15

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte  
Originaltext. Quellen-URL siehe oben.