

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}

5A 242/2015

Urteil vom 17. Juni 2015

II. zivilrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter von Werdt, Präsident,
Bundesrichter Marazzi, Herrmann, Schöbi,
nebenamtlicher Bundesrichter Th. Geiser,
Gerichtsschreiberin Griessen.

Verfahrensbeteiligte
A.A._____,
vertreten durch Rechtsanwalt Hans Stünzi,
Beschwerdeführerin,

gegen

B.A._____,
vertreten durch Rechtsanwältin Barbara Fink Winzap,
Beschwerdegegner.

Gegenstand
Ehescheidung,

Beschwerde gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, vom 17. Februar 2015.

Sachverhalt:

A.
A.A._____ und B.A._____ haben am 21. Februar 1992 geheiratet. Am xx.xx.1992 wurde ihr gemeinsamer Sohn C.A._____ geboren. Mit Eingabe vom 16. November 2006 leitete A.A._____ ein Eheschutzverfahren ein. In seiner Verfügung vom 23. Januar 2007 merkte das Eheschutzgericht vor, die Parteien lebten seit dem 4. Juli 2006 auf unbestimmte Zeit getrennt, stellte das Kind unter die Obhut der Mutter und nahm von der Regelung der weiteren Nebenfolgen gemäss Konvention der Parteien Vormerk bzw. genehmigte sie. Zudem ordnete das Gericht per 23. Januar 2007 die Gütertrennung an. In der Konvention verpflichtete sich B.A._____ unter anderem, A.A._____ für sie persönlich monatlich einen Unterhaltsbeitrag von Fr. 1'800.- zu bezahlen.

B.
Mit Eingabe vom 1. April 2013 reichte B.A._____ beim Bezirksgericht Horgen eine Scheidungsklage ein. A.A._____ beantragte als vorsorgliche Massnahme eine Erhöhung der Unterhaltsbeiträge, während B.A._____ ebenfalls als vorsorgliche Massnahme die Streichung der Unterhaltsbeiträge an die Ehefrau beantragte. Mit Urteil vom 26. September 2013 hob das Bezirksgericht die Unterhaltspflicht für die Dauer des Scheidungsverfahrens mit Wirkung ab 1. Juli 2013 auf. In teilweiser Gutheissung der von A.A._____ da-

gegen erhobenen Berufung hob die II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich mit Urteil vom 31. Januar 2014 die Unterhaltspflicht erst per 1. Juli 2014 auf.

Im Einvernehmen mit den Parteien beschränkte das Bezirksgericht das Scheidungsverfahren vorerst auf den Scheidungspunkt. Mit Teilurteil vom 5. Mai 2014 schied es die Parteien gestützt auf Art. 114 ZGB und stellte die Fortführung des Verfahrens zur Regelung der Scheidungsfolgen nach Rechtskraft des Teilurteils in Aussicht.

Auf Berufung von A.A. _____ hin bestätigte das Obergericht des Kantons Zürich mit Urteil vom 17. Februar 2015 diesen Entscheid.

C.

Gegen dieses Urteil gelangt A.A. _____ (Beschwerdeführerin) mit Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht. Sie verlangt im Wesentlichen die Abweisung der Scheidungsklage. Zudem hat sie ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege gestellt.

In der Sache sind keine Vernehmlassungen eingeholt, aber die vorinstanzlichen Akten beigezogen worden.

Erwägungen:

1.

Der Entscheid, der die Scheidung der Ehegatten ausspricht und selbständig eröffnet worden ist, bildet einen Teilentscheid (Art. 91 lit. a BGG), der vor Bundesgericht sofort angefochten werden kann und muss (BGE 137 III 421 E. 1.1 S. 422 mit Hinweis). Das angefochtene, kantonale letztinstanzliche Urteil betrifft eine Scheidung und damit eine nicht vermögensrechtliche Zivilsache (Art. 72 Abs. 1 und Art. 75 Abs. 1 BGG). Die Beschwerdeführerin ist zur Beschwerde berechtigt (Art. 76 Abs. 1 BGG) und die Beschwerdefrist ist eingehalten (Art. 100 Abs. 1 BGG). Auf die Beschwerde kann eingetreten werden, soweit sie sich gegen das Urteil des Obergerichts richtet. Demgegenüber kann im Beschwerdeverfahren nicht auch die Aufhebung des erstinstanzlichen Entscheides verlangt werden. Insoweit ist auf die Beschwerde nicht einzutreten.

2.

Streitig ist vorliegend, ob die zweijährige Trennungszeit, wie sie Art. 114 ZGB als Scheidungsgrund voraussetzt, erfüllt ist. Die Beschwerdeführerin macht, wie bereits im kantonalen Verfahren, geltend, die Parteien hätten sich zwar vor mehr als zwei Jahren getrennt. Sie hätten dann aber das Zusammenleben wieder aufgenommen, so dass die Trennungsfrist nicht gewahrt sei und deshalb kein Scheidungsgrund vorliege.

Die kantonalen Instanzen verzichteten diesbezüglich auf ein Beweisverfahren und gingen von dem von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Sachverhalt "im Sinne einer Arbeitshypothese" aus. Sie kamen zum Schluss, dass keine Wiederaufnahme des Zusammenlebens vorliege, selbst wenn alle - zum Teil bestrittenen - Behauptungen der Beschwerdeführerin bewiesen wären. Denn bei den Parteien könne angesichts ihrer Lebenssituation sowie ihres Verhaltens vor der Trennung nur dann von einer Wiederaufnahme des Zusammenlebens gesprochen werden, wenn sie auch wieder gemeinsam in einer Wohnung leben würden. Gemäss dem angefochtenen Entscheid liegt eine Wiederaufnahme des Zusammenlebens vorliegend somit selbst dann nicht vor, wenn insbesondere

- der aus der Wohnung ausgezogene Ehemann wieder einen Schlüssel zur Wohnung hat,
- häufig, manchmal mehrmals täglich, Mahlzeiten mit der Ehefrau und dem gemeinsamen Sohn einnimmt und damit regelmässig in der Wohnung ein- und ausgeht,
- sich die Ehegatten regelmässig bei Ferienabwesenheit die Hunde hüten,
- viele Feiertage gemeinsam feiern und sich gegenseitig beschenken,
- über ein gemeinsames Postcheckkonto verfügen, auf welches der Beschwerdegegner seinen Unterhaltsbeitrag einzahlt,
- der Ehemann während der gesamten fraglichen Trennungszeit gewisse persönliche Effekte in der Wohnung der Ehefrau belässt,
- die Parteien während der fraglichen Zeit SMS austauschen, welche auf eine (auch intime) Beziehung der Parteien hinweisen,
- der Ehemann die Ehefrau teilweise mit Kosenamen angesprochen und auch vor Dritten auf den Mund geküsst hat,

- die Ehegatten regelmässig intim miteinander verkehren und, nachdem die Ehefrau im Jahr 2009 ein - wohl gemeinsames - Kind verloren hatte, der Ehemann sie damit getröstet habe, man werde es wieder versuchen, - der Ehemann seine separate Wohngelegenheit beibehalten und mit wenigen Ausnahmen dort übernachtet hat. Die Beschwerdeführerin sieht in der von den kantonalen Instanzen vertretenen rechtlichen Würdigung dieses Verhaltens eine Bundesrechtsverletzung. Sie macht geltend, dass mit diesem Verhalten das Zusammenleben wieder aufgenommen worden und für die Frage des Zusammenlebens im Sinne von Art. 114 ZGB nicht relevant sei, dass die Parteien einen getrennten Wohnsitz hatten. Es sei kein Scheidungsgrund gegeben.

3.

3.1. Wie das frühere Recht setzt auch das geltende Recht das Vorliegen eines bestimmten gesetzlichen Grundes voraus, damit eine Ehe durch das Gericht geschieden werden kann. In der Praxis wichtigster Scheidungsgrund auf Klage hin ist das zweijährige Getrenntleben (Art. 114 ZGB). Dabei wird auf die Zuweisung einer Schuld am Scheitern der Ehe verzichtet und der Scheidungsgrund so weit wie möglich formalisiert (BGE 127 III 342 E. 2a S. 344; HEINZ HAUSHEER/THOMAS GEISER/REGINA E. AEBI-MÜLLER, Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 5. Aufl. 2014, Rz. 10.08). Die Trennungsfrist beginnt zu laufen, wenn mindestens ein Ehegatte das eheliche Zusammenleben willentlich aufgibt (vgl. Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [Personenstand, Eheschliessung, Scheidung, Kindesrecht, Verwandtenunterstützungspflicht, Heimstätten, Vormundschaft und Ehevermittlung] vom 15. November 1995, BBl. 1996 I 92 Ziff. 231.31; ROLAND FANKHAUSER, in: FamKomm Scheidung, Band I: ZGB, 2. Aufl. 2011, N. 14 f. zu Art. 114 ZGB), weil er die eheliche Gemeinschaft als solche ablehnt und nicht bloss durch äussere Umstände am Zusammenleben gehindert wird (HEINZ HAUSHEER/ THOMAS GEISER/REGINA E. AEBI-MÜLLER, a.a.O., Rz. 10.09).

Dieser Wille zum Getrenntleben wird sich im Regelfall nach aussen erkennbar manifestieren. Die Aufnahme des Getrenntlebens als faktischer Vorgang ist im Scheidungsrecht mit dem Faktum der Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes im Eheschutz gleichzusetzen (ROLAND FANKHAUSER, a.a.O., N. 14 f. zu Art. 114 ZGB; vgl. auch BGE 125 III 57 E. 2b S. 59). Ein gewolltes, rein faktisches Getrenntleben genügt. Die Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes durch das Eheschutzgericht ist nicht notwendig (HEINZ HAUSHEER/THOMAS GEISER/REGINA E. AEBI-MÜLLER, a.a.O., Rz. 10.09). Beweismässig ist daher zu klären, ab wann die Ehegatten getrennt leben; nur in Ausnahmefällen stellt sich die Beweisfrage, wann der Ehewille erloschen ist (BGE 127 III 342 E. 2a S. 344 mit Hinweisen).

Damit der Scheidungsgrund gegeben ist, müssen die Ehegatten ununterbrochen während zweier Jahre getrennt gelebt haben. Haben die Ehegatten das Zusammenleben wieder ernstlich und mit der Absicht der Dauer aufgenommen, wird die Trennung beendet und die Frist beginnt bei einer neuerlichen Trennung auch neu zu laufen (DANIEL STECK, in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch, 5. Aufl. 2014, N. 16 zu Art. 114 ZGB, mit Hinweisen). Das gilt selbst dann, wenn das Getrenntleben im Sinne von Art. 175 f. ZGB gerichtlich bewilligt und geregelt worden ist (Art. 179 Abs. 2 ZGB; DANIEL STECK, a.a.O.; vgl. auch HEINZ HAUSHEER/RUTH REUSSER/THOMAS GEISER, Berner Kommentar, 2. Aufl. 1999, N. 15 ff. zu Art. 179 ZGB). Unbestritten ist auch, dass ein kurzer, erfolgloser Versuch, das Zusammenleben wieder aufzunehmen, keinen Einfluss auf den Ablauf der Trennungsfrist hat; eheerhaltende Massnahmen sollen nicht unterbleiben, weil ein Ehegatte Rechtsnachteile befürchten muss (HEINZ HAUSHEER/THOMAS GEISER/ REGINA E. AEBI-MÜLLER, a.a.O., Rz. 10.09; DANIEL STECK, a.a.O.).

3.2. Entscheidend ist vorliegend folglich, was der Gesetzgeber in Art. 114 ZGB unter "getrennt gelebt haben" versteht.

3.2.1. Eine Definition liefert das Gesetz nicht. Eine Legaldefinition findet sich aber z.B. im deutschen Scheidungsrecht, welches im Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB), unter § 1567, Getrenntleben, bestimmt: "Die Ehegatten leben getrennt, wenn zwischen ihnen keine häusliche Gemeinschaft besteht und ein Ehegatte sie erkennbar nicht herstellen will, weil er die eheliche Lebensgemeinschaft ablehnt. Die häusliche Gemeinschaft besteht auch dann nicht mehr, wenn die Ehegatten innerhalb der ehelichen Wohnung getrennt leben" (Abs. 1).

3.2.2. Getrenntleben bedeutet, dass die Ehegatten nicht mehr in einer umfassenden, körperlichen, geistig-

seelischen und wirtschaftlichen Lebensgemeinschaft verbunden sind (DANIEL STECK, a.a.O., N. 7 zu Art. 114 ZGB; ROLAND FANKHAUSER, a.a.O., N. 14 zu Art. 114 ZGB). Die Auflösung der ehelichen Lebensgemeinschaft setzt aber weder zwangsweise eine örtliche Veränderung voraus, noch ist sie automatisch bei örtlicher Trennung der Eheleute erfüllt (ALEXANDRA RUMO-JUNGO, Die Scheidung auf Klage, AJP 1999, S. 1531). Somit erschliesst sich der Begriff des Getrenntlebens im Einzelfall hauptsächlich als Gegensatz zum Zusammenleben.

3.2.3. Mit dem Eingehen der Ehe verpflichten sich die Ehegatten grundsätzlich zum Zusammenleben im Sinne einer Wohngemeinschaft (vgl. Art. 162 ZGB; HENRI DESCHENAUX/PAUL-HENRI STEINAUER/MARGARETA BADDELEY, *Les effets du mariage*, 2. Aufl. 2009, Rz. 51; VERENA BRÄM, in: Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, 3. Aufl. 1998, N. 8 zu Art. 162 ZGB). Dies schliesst aber nicht aus, dass das gemeinsame Leben der Ehegatten in besonderen, meist beruflich bedingten Situationen, aufgrund einer gemeinsamen Entscheidung in zwei ehelichen Wohnungen stattfindet, wobei auch jede für den einen der Ehegatten Wohnsitz begründen kann (Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [Wirkungen der Ehe im Allgemeinen, Ehegüterrecht und Erbrecht] vom 11. Juli 1979, BBl. 1979 II 1191 Ziff. 213.2). Die Ehegatten können auch örtlich getrennt sein ohne im Sinne von Art. 114 getrennt zu leben, solange ihre geistig-seelische Beziehung ununterbrochen ist (ALEXANDRA RUMO-JUNGO, a.a.O., S. 1532). Ebenso ist es denkbar - wenn auch selten -, dass sich das (willentliche) Getrenntleben innerhalb eines Hauses oder derselben Wohnung vollzieht, sofern kein gemeinsamer Haushalt im Sinne einer körperlichen, geistig-seelischen und wirtschaftlichen Gemeinschaft geführt wird (Urteil 5P.26/2007 vom 25. Juni 2007 E. 3.3; DANIEL STECK, a.a.O., N. 9 zu Art. 114 ZGB mit Hinweisen).

Das Zusammenleben kann sich somit sehr unterschiedlich gestalten. Das Gesetz gibt keinen starren Rahmen vor. Es sind vielmehr die Ehegatten, die gemeinsam bestimmen, was sie darunter verstehen und wie sie ihr Zusammenleben gestalten wollen. Daraus folgt, dass auch nur ein willentliches, ehebedingtes Getrenntleben scheidungsrelevant ist, und ein Getrenntleben aus anderen Gründen oder im Sinne einer Abmachung der Ehegatten nicht ein Getrenntleben im Sinne von Art. 114 ZGB bedeutet (vgl. THOMAS SUTTER/DIETER FREIBURGHANUS, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, 1999, S. 92 f.).

3.3. Somit hat sich die Umschreibung des Getrenntlebens an der Vorstellung zu orientieren, welche die Ehegatten vom Zusammenleben haben. Die Ehegatten leben getrennt, wenn ihre aktuelle Lebensorganisation in erheblichem Ausmass weniger Gemeinsamkeit aufweist, als das, was sie gemeinsam unter Zusammenleben verstehen. An dieser Abgrenzung des Zusammenlebens vom Getrenntleben orientiert sich auch die Frage, ob Ehegatten das Zusammenleben wieder aufgenommen und das Getrenntleben aufgegeben haben. Das Zusammenleben gilt als wieder aufgenommen, wenn die Ehegatten ihr Leben wieder in der Weise organisieren, die ihrer Vorstellung über ein Zusammenleben entspricht.

4.

Mit Blick auf diese Überlegungen ist der Vorinstanz zuzustimmen, dass angesichts der Lebenssituation der Parteien und ihres Verhaltens vor der Trennung im Jahre 2006 nur dann von einer Wiederaufnahme des Zusammenlebens gesprochen werden könnte, wenn sie auch wieder gemeinsam in einer Wohnung lebten. Die gemeinsame Wohnung und der gemeinsame Wohnsitz war vor der Trennung offensichtlich ein für die Parteien wesentliches Element für das Leben der Gemeinschaft. Sie waren sich anlässlich des von der Ehefrau eingeleiteten Eheschutzverfahrens 2006 auch einig, dass mit dem Auszug des Ehemannes aus der gemeinsamen Wohnung die Parteien getrennt lebten. Entsprechend merkte das Eheschutzgericht in seiner Entscheidung vom 23. Januar 2007 vor, dass die Parteien seit dem 4. Juli 2006 auf unbestimmte Zeit getrennt lebten. Unbestrittenermassen haben die Ehegatten seither ununterbrochen zwei getrennte Wohnungen. Ferner lässt sich den Ausführungen der Beschwerdeführerin - entgegen ihren Behauptungen - auch nicht entnehmen, dass sich die Parteien gemeinsam darauf geeinigt hätten, getrennte Wohnsitze im Sinne einer neuen Art des Zusammenlebens beizubehalten. Der Beschwerdeführerin ist beizupflichten, dass ein Zusammenleben mit getrennten Wohnsitzen respektive ein Eheleben in zwei Wohnungen möglich ist. Wie sie aber auch richtig ausführt, ist dafür notwendig, dass sich die Parteien gemeinsam für getrennte Wohnsitze entschieden haben (vgl. Beschwerdeschrift, S. 8 Ziff. 3.3.) respektive die Ehegatten gemeinsam ihr Zusammenleben in dieser Art definierten. Die Beschwerdeführerin gab aber gemäss den vorinstanzlichen Erwägungen zu Protokoll, noch im Januar 2013 vergeblich

versucht zu haben, dass der Beschwerdegegner wieder bei ihr einziehen würde. Auch daraus erhellt, dass sich die Parteien nicht über eine neue Form des Zusammenlebens geeinigt hatten. Offensichtlich sind beide Parteien auch der Meinung, dass die im Eheschutzentscheid vom 23. Januar 2007 bzw. der darin genehmigten Konvention geregelten Trennungsfolgen, soweit sie nicht durch den Massnahmeentscheid geändert worden sind, nach wie vor gelten. Diese Anordnungen wären aber - mit Ausnahme der Anordnung der Gütertrennung aber unter Einschluss der Unterhaltsregelung - mit der Wiederaufnahme des Zusammenlebens unabhängig vom Massnahmeentscheid im Scheidungsverfahren dahingefallen (Art. 179 Abs. 2 ZGB). Somit kann auch nicht davon gesprochen werden, die Ehegatten hätten ihre wirtschaftliche Gemeinschaft wieder aufgenommen.

Ferner kann entgegen den Argumenten der Beschwerdeführerin auch offen bleiben, was der Beschwerdegegner nach dem Abort gesagt hat. Denn ein Zusammenleben, wie es die Ehegatten vor der Trennung führten, ist nicht wieder aufgenommen worden.

Die Vorinstanz hat folglich zu Recht angenommen, dass das Getrenntleben ununterbrochen während mehr als zwei Jahren andauert hat und damit der Scheidungsgrund nach Art. 114 ZGB gegeben ist.

5.

Aus den dargelegten Gründen muss die Beschwerde abgewiesen werden, soweit darauf einzutreten ist. Bei diesem Verfahrensausgang hat die Beschwerdeführerin für die Gerichtskosten aufzukommen (Art. 66 Abs. 1 BGG). Die Voraussetzungen für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Verbeiständung sind gegeben. Das entsprechende Gesuch der Beschwerdeführerin ist gutzuheissen und es ist ihr Rechtsanwalt Hans Stünzi beizuordnen (Art. 64 Abs. 1 und 2 BGG). Die Gerichtskosten werden vorläufig auf die Gerichtskasse genommen und Rechtsanwalt Hans Stünzi ist daraus angemessen zu entschädigen. Die Beschwerdeführerin wird jedoch ausdrücklich auf Art. 64 Abs. 4 BGG aufmerksam gemacht, wonach die begünstigte Partei der Gerichtskasse Ersatz zu leisten hat, wenn sie später dazu in der Lage ist.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.

Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wird gutgeheissen und Rechtsanwalt Hans Stünzi wird der Beschwerdeführerin als unentgeltlicher Anwalt bestellt.

3.

Die Gerichtskosten von Fr. 2'000.- werden der Beschwerdeführerin auferlegt, jedoch einstweilen auf die Bundesgerichtskasse genommen.

4.

Rechtsanwalt Hans Stünzi wird aus der Bundesgerichtskasse eine Entschädigung von Fr. 2'000.- ausgerichtet.

5.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 17. Juni 2015

Im Namen der II. zivilrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: von Werdt

Die Gerichtsschreiberin: Griessen