

S. 337 / Nr. 56 Familienrecht (d)

BGE 79 II 337

56. Auszug aus dem Urteil der II. Zivilabteilung vom 2. Juli 1953 i. S. Eheleute X.

Seite: 337

Regeste:

Ehescheidung.

Die «separazione consensuale» des italienischen Rechts kann nicht zu einer Scheidung gemäss Art. 147/148 ZGB führen.

Tiefe Zerrüttung. Verschulden und «objektive» Ursachen (Art. 142 Abs. 2 ZGB).

Divorce.

La «separazione consensuale» du droit italien ne peut conduire au divorce selon les art. 147/148 CC.

Atteinte profonde du lien conjugal. Faute et causes «objectives» (art. 142 al. 2 CC).

Divorzio.

La «separazione consensuale» del diritto italiano non può condurre al divorzio giusta gli art. 147/148 CC.

Turbazione profonda delle relazioni coniugali. Colpa e cause «oggettive» (art. 142 cp. 2 CC).

Die Parteien heirateten einander im Jahre 1937 in Florenz. Aus der Ehe ist ein Sohn hervorgegangen. Der Kläger entstammt einer Schweizer Familie, die schon so lange in Italien gelebt hatte, dass ihr Schweizerbürgerrecht in Vergessenheit geraten war. Er wurde als Italiener angesehen und musste als solcher Militärdienst leisten. Er stand vom April bis September 1939 und dann vom Juni 1940 bis zum Sommer 1943 im Kriegsdienst. Im Jahre 1942 war er ungefähr einen Monat auf Urlaub zu Hause. Infolge des Umsturzes in Italien geriet er anfangs September 1943 in deutsche Gefangenschaft, konnte aber nach zwei Tagen entweichen und sich nach Florenz begeben. Er blieb indessen nur etwa zehn Tage bei seiner Familie. Hierauf flüchtete er sich in die Schweiz, wo er interniert wurde. Nachforschungen während seines

Seite: 338

Aufenthaltes in der Schweiz führten zum Ergebnis, dass seine Vorfahren nie auf das Schweizerbürgerrecht verzichtet hatten und er selber daher Schweizerbürger ist, doch erfolgte diese Feststellung erst im Jahre 1947.

Anfangs August 1945 aus der Internierung entlassen, musste er nach Italien zurückkehren. Das eheliche Leben wurde jedoch nicht wieder aufgenommen, sondern es kam zu einer Trennung im gegenseitigen Einverständnis (separazione consensuale). Am 27. August 1945 genehmigte das Tribunale civile e penale di Firenze die am 25. August 1945 protokollierte Trennungvereinbarung in Anwendung von Art. 158 des Codice civile und Art. 711 des Codice di procedura civile.

Hierauf reiste der Kläger wieder ab. Er begab sich zunächst nach Mailand und konnte dann im Juni 1946 in die Schweiz zurückkehren.

Im Mai 1949 klagte er beim Bezirksgericht Zürich auf Scheidung. Das Bezirksgericht Zürich wies die Klage ab, weil die bestehende Zerrüttung vorwiegend der Schuld des Klägers zuzuschreiben sei. Das Obergericht des Kantons Zürich hat dagegen mit Urteil vom 19. Juni 1952 die Scheidung ausgesprochen. Das Bundesgericht stellt das erstinstanzliche Urteil wieder her.

Aus der Begründung:

1.- Da der Kläger Schweizer ist, ist auf seine Klage ausschliesslich schweizerisches Recht anwendbar. Dabei bliebe es auch, wenn er neben der schweizerischen noch die italienische Staatsangehörigkeit besitzen sollte (BECK, N. 33 und 34 zu Art. 7 h NAG).

2.- Das Obergericht hat die Parteien in Anwendung von Art. 142 und 148 ZGB geschieden. Es nahm an, eine vom zuständigen italienischen Gericht genehmigte, auf die Dauer erfolgte separazione consensuale dürfe, falls der klagende Ehegatte nachträglich Schweizer geworden sei, unter dem Gesichtspunkt von Art. 148 ZGB einer von einem schweizerischen Gericht ausgesprochenen Trennung

Seite: 339

auf unbestimmte Zeit gleichgestellt werden. Diese Auffassung ist abzulehnen.

Art. 148 ZGB setzt eine Trennung im Sinne von Art. 146/147 ZGB voraus, d. h. eine Trennung von Tisch und Bett, die auf dem Nachweis eines Scheidungsgrundes (Art. 146 Abs. 1) beruht. Eine im Ausland nach ausländischem Recht erfolgte Trennung kann die Anwendung von Art. 148 ZGB, wenn überhaupt, höchstens dann rechtfertigen, wenn sie wie die Trennung im Sinne von Art. 146/147 ZGB

gestützt auf Tatsachen ausgesprochen wurde, die einen gesetzlichen Anspruch auf Scheidung oder Trennung begründen, und zwar nicht nur nach dem betreffenden ausländischen, sondern auch nach schweizerischem Recht. Sonst könnte es in der Schweiz zu Scheidungen kommen, die nicht auf einem vom schweizerischen Recht anerkannten Scheidungsgrunde beruhen, was unleidlich wäre.

Die separazione consensuale des italienischen Rechts stützt sich nicht auf den Nachweis solcher Tatsachen. Art. 158 des Codice civile bestimmt über diese Art der Trennung nur, die Trennung kraft blosser Willenseinigung der Ehegatten (per il solo consenso dei coniugi) habe ohne die Genehmigung des Gerichtes keine (Rechts-) Wirkung. Art. 711 des Codice di procedura civile, den das Tribunale di Firenze neben Art. 158 des Codice civile angewendet hat, sieht vor, im Falle der separazione consensuale habe der Gerichtspräsident die Gatten auf ihr gemeinsames Gesuch hin anzuhören und einen Sühnversuch vorzunehmen; wenn die Aussöhnung nicht gelinge, seien die Zustimmung der Parteien zur Trennung und die Trennungsbedingungen zu protokollieren; die Trennung werde wirksam mit der Genehmigung durch das Gericht, das in Abwesenheit der Parteien (in camera di consiglio) auf den Bericht des Präsidenten hin Beschluss fasse. Wieder im Codice civile noch im Codice di procedura civile ist die Rede davon, dass die Genehmigung nur erteilt werden dürfe, wenn ein Trennungsgrund im Sinne von Art. 151-153 des Codice civile dargetan sei. Der Name des

Seite: 340

Rechtstituts und die geschilderte Regelung des Verfahrens lassen auf das Gegenteil schliessen. im Kommentar D'AMELIO zum Codice civile (Florenz 1940 ff.) heisst es denn auch ausdrücklich, die separazione consensuale könne erfolgen, ohne dass ein gesetzlicher Trennungsgrund gegeben sei (I S. 395). Dementsprechend wurde die von den Parteien vereinbarte Trennung am 27. August 1945 auf Grund der blossen Feststellung genehmigt, dass die vorgeschriebenen Formalitäten beobachtet worden und die festgesetzten Bedingungen gerecht seien.

Eine Trennung von der Art, wie sie hier in Frage steht, kann daher keinesfalls den Weg zur Klage nach Art. 148 ZGB öffnen. Diese Bestimmung in solchen Fällen als anwendbar zu erklären, liefe darauf hinaus, in der Schweiz entgegen dem klaren Sinne des Gesetzes Scheidungen auf Grund blosser Parteivereinbarung zuzulassen.

Das vorliegende Scheidungsbegehren ist deshalb (und weil ein spezieller Scheidungsgrund im Sinne von Art. 137-141 ZGB nicht geltend gemacht wurde) ausschliesslich nach Art. 142 ZGB zu beurteilen. 3.- Die Ehe der Parteien ist heute zweifellos tief zerrüttet. Näher zu prüfen ist nur, ob die Zerrüttung, wie die Beklagte geltend macht, vorwiegend der Schuld des Klägers zuzuschreiben und diesem daher gemäss Art. 142 Abs. 2 ZGB das Klagerecht abzusprechen sei.

Das Obergericht nimmt an, diese Bestimmung sei nur anwendbar, wenn nachgewiesen sei, dass auf Seite der klagenden Partei ein überwiegendes Verschulden sowohl im Vergleich zu den objektiven Zerrüttungsfaktoren als auch gegenüber den subjektiven Momenten, die zwischen den Parteien abzuwägen sind, vorliegt». Als objektiven Zerrüttungsgrund betrachtet es hier vor allem die nach kaum zweijähriger Ehe durch den Kriegsdienst des Klägers verursachte, mit geringen Unterbrüchen ungefähr 6 Jahre dauernde Trennung der Parteien...

Gegenüber der Tendenz, die in einer Ehe eingetretene Zerrüttung auf objektive (gemeint: keiner Partei zum

Seite: 341

Verschulden anzurechnende) Momente zurückzuführen, ist jedoch Zurückhaltung geboten. Äussere Geschehnisse können nicht unmittelbar, sondern nur durch die Art, wie die Ehegatten darauf reagieren, zur Zerrüttung der Ehe führen, und diese Reaktionen sind von ihrem Willen nicht unabhängig. Es ist Pflicht der Ehegatten, sich nach besten Kräften darum zu bemühen, dass ihr Einvernehmen unter der Ungunst der Umstände nicht zu leiden hat. Lassen sie es an diesem Bemühen fehlen, so liegt darin ein Verschulden. Entsprechendes gilt auch, wenn in der Person der Gatten selber liegende, unabhängig von ihrem Willen bestehende Momente, insbesondere Charaktereigenschaften, zu Schwierigkeiten in der Ehe Anlass geben. Die Gatten dürfen sich nicht einfach gehen lassen und dem anders gearteten Partner unduldsam begegnen, sondern ein jeder hat durch Selbstbeherrschung und Anpassung an den andern nach Möglichkeit dafür zu sorgen, dass die beidseitig vorhandenen Eigenschaften sich nicht zum Nachteil der Gemeinschaft auswirken. Tut ein Gatte dies nicht, obwohl er es bei gutem Willen könnte, so verhält er sich schuldhaft (vgl. BGE 77 II 207 f.). Wenn auf der einen oder auf beiden Seiten ein erhebliches Verschulden dieser Art vorliegt, treten die vom Willen der Parteien unabhängigen Tatsachen als Zerrüttungsursachen in den Hintergrund. Ebenso, wenn ein sonstiger schwerer Verstoss gegen die ehelichen Pflichten zur Zerrüttung beigetragen hat. Jene Tatsachen haben dann nur noch insoweit Bedeutung, als sie das Verschulden des einen oder andern Teils in einem mildern Licht erscheinen lassen. Ein erhebliches Verschulden des klagenden Gatten an der Zerrüttung aufzuwiegen und so die Anwendung von Art. 142 Abs. 2 ZGB zu verhindern, vermögen sie nicht; denn objektive Schwierigkeiten geben keinem

Ehegatten das Recht, sich grob ehewidrig zu verhalten.

Im vorliegenden Falle hat sich der Kläger zweifellos in grober Weise gegen wesentliche eheliche Pflichten

Seite: 342

vergangen. Das anerkennt auch die Vorinstanz, indem sie erklärt, mit dem Bezirksgericht sei festzuhalten, dass sein Verschulden nicht geringfügig sei. Es ist nicht nur nicht geringfügig, sondern schwer, eines der schwersten, das einem Ehemann zum Vorwurf gemacht werden kann; denn er hat die Familie einfach im Stich gelassen, und dies zu einer Zeit, da die Frau mit den grössten finanziellen Schwierigkeiten zu kämpfen hatte, um ihr und ihres Kindes Leben zu fristen. Der Kläger hat zugegeben, dass sein Geschäft schon 1940 dem Konkurs nahe war und dass 1943 eine prekäre Situation bestand. Die schlechte finanzielle Lage wird ausserdem durch einen Brief der Mutter des Klägers an die Beklagte vom 9. September 1942 beleuchtet. Um so unverantwortlicher war seine Flucht. Wenn er auch nicht ohne Grund befürchtet haben mag, dass er bei längerem Verweilen in der Heimat allenfalls Gefahr laufen könnte, von den Deutschen gefasst zu werden, so vermag dies sein Verhalten doch nicht zu entschuldigen. Sein eigener Bruder hat denn auch dieses Verhalten in einem Schreiben an seine Mutter vom 18. September 1944 aufs schärfste verurteilt.

Dieses schwere Verschulden schliesst den Kläger nur dann nicht vom Klagerecht aus, wenn es für die Zerrüttung nicht mehr kausal war, weil die Ehe aus andern, nicht vorwiegend ihm zur Last fallenden Gründen schon vorher zerrüttet war, oder wenn es zwar zur Zerrüttung beitrug, die Beklagte sich aber ebenso schwer verfehlt hat. Wieder das eine noch das andere ist dargetan...

Die Zerrüttung muss daher vorwiegend der Schuld des Klägers zugeschrieben werden