[AZA 0/2]
5C.173/2001/ZBE/bnm

II. Z I V I L A B T E I L U N G **********

19. Oktober 2001

Es wirken mit: Bundesrichter Reeb, Präsident der II. Zivilabteilung,
Bundesrichter Raselli, Bundesrichter Meyer sowie
Gerichtsschreiber Zbinden.

_____

In Sachen
Z._____, Beklagter und Berufungskläger, vertreten durch Rechtsanwalt Rolf Weidmann, Schaffhauserstrasse 146, Post-fach W-1155, 8302 Kloten,

gegen
Y._____, Klägerin und Berufungsbeklagte, vertreten durch Rechtsanwalt Johannes Helbling, Alderstrasse 21, Postfach 1281, 8034 Zürich,

betreffend
Ehescheidung, hat sich ergeben:

A.- Die Parteien wurden mit Urteil des Bezirksgerichts Bülach vom 23. November 1995 für die Dauer von zwei Jahren gerichtlich getrennt. Im Oktober 1998 erhob Y._____ beim Bezirksgericht Bülach Klage auf Scheidung der Ehe der Parteien. Der Beklagte erhob die Einrede der örtlichen Unzuständigkeit und wies darauf hin, dass er bereits im Mai 1998 eine Scheidungsklage in der Türkei anhängig gemacht habe. Mit Urteil vom 30. September 1999 schied das türkische Gericht die Ehe der Parteien und wies die beiden gemeinsamen Kinder (geboren 1981 und 1983) dem Ehemann zu. Das Bezirksgericht Bülach befand, das türkische Urteil verstosse nicht gegen den schweizerischen Ordre public, es sei sowohl im Scheidungspunkt wie auch bezüglich der Regelung der Nebenfolgen anzuerkennen, und trat infolgedessen auf die Scheidungsklage der Ehefrau nicht ein.

B.- Y._____ rekurrierte gegen den Entscheid des Bezirksgerichts Bülach beim Obergericht des Kantons Zürich und verlangte, der angefochtene Beschluss sei aufzuheben und an die Erstinstanz zurückzuweisen. Die Rückweisung habe unter der Auflage zu erfolgen, auf die Scheidungsklage einzutreten und das Verfahren fortzusetzen. Eventuell sei das türkische Urteil des Landgerichts Bakirköy im Scheidungspunkt anzuerkennen; hinsichtlich der Nebenfolgen sei die Anerkennung zu verweigern und die Erstinstanz sei anzuweisen, das Scheidungsverfahren zur Beurteilung der Nebenfolgen fortzuführen.
Subeventuell sei die Erstinstanz zu verpflichten, in Ergänzung des türkischen Scheidungsurteils über die Ansprüche der Klägerin auf nachehelichen Unterhalt sowie auf Teilung der dem Beklagten zustehenden Austrittsleistung seines beruflichen Vorsorgeguthabens zu befinden. Das Obergericht hiess den Rekurs teilweise gut und wies die Sache hinsichtlich des nachehelichen Unterhaltes und der Teilung der Austrittsleistung im Sinne einer Ergänzung des türkischen Scheidungsurteiles an die Erstinstanz zurück (Ziff. 1). Im Übrigen trat es auf die Scheidungsklage nicht ein.

C.- Hiergegen führt Z._____ eidgenössische Berufung und beantragt dem Bundesgericht, Ziff. 1 des vorinstanzlichen Beschlusses sei aufzuheben und es sei festzustellen, dass das Scheidungsurteil des Landgerichts Bakirköy vom 30. September 1999 vollumfänglich anzuerkennen sei. Auf die Ergänzungsklage der Klägerin sei nicht einzutreten und die Kosten- und Entschädigungsfolgen des kantonalen Verfahrens seien neu festzusetzen.
Während die Vorinstanz auf Gegenbemerkungen verzichtet hat, beantragt die Klägerin, auf die Berufung sei nicht einzutreten, eventuell sei sie abzuweisen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.- a) Das Bundesgericht prüft von Amtes wegen und mit freier Kognition, ob auf eine Berufung eingetreten werden kann (BGE 124 III 382 E. 2a S. 385, 406 E. 1a in fine S. 410).

b) Die Berufung ist in der Regel erst gegen Endentscheide der oberen kantonalen Gerichte oder sonstigen Spruchbehörden zulässig, die nicht durch ein ordentliches kantonales Rechtsmittel angefochten werden können (Art. 48 Abs. 1 OG). Ein Endentscheid liegt nach der Rechtsprechung vor, wenn das kantonale Sachgericht über den im Streit stehenden Anspruch materiell entschieden oder dessen Beurteilung aus einem Grund abgelehnt hat, der endgültig verbietet, dass derselbe Anspruch nochmals geltend gemacht wird, weshalb er insoweit materiell in Rechtskraft erwächst (BGE 126 III 445 E. 3b S. 446 f.; zur amtlichen Publikation bestimmter Entscheid des Bundesgerichtes vom 11. Juni 2001 i.S. B., E. 1a mit Hinweisen [5C. 46/2001]).

Der vorinstanzliche Entscheid beschränkt sich darauf, den erstinstanzlichen Beschluss aufzuheben und die Streitsache an das Bezirksgericht zurückzuweisen, damit es das türkische Scheidungsurteil hinsichtlich der vermögensrechtlichen Nebenfolgen (nachehelicher Unterhalt und Teilung der Austrittsleistung) ergänze. Damit hat die Vorinstanz über die Streitsache weder materiell entschieden noch anderweitig eine Beurteilung abgelehnt, die einer rechtskräftigen Erledigung gleichkäme. Mithin handelt es sich beim angefochtenen Entscheid nicht um einen Endentscheid im Sinne von Art. 48 Abs. 1 OG.

c) Gemäss Art. 49 Abs. 1 OG ist gegen selbständige Vor- und Zwischenentscheide der in Art. 48 Abs. 1 OG bezeichneten Instanzen über die Zuständigkeit wegen Verletzung bundesrechtlicher Vorschriften über die sachliche, die örtliche oder die internationale Zuständigkeit die Berufung zulässig (BGE 126 III 327 E. 1c S. 328 f.). Mit Rückweisung der Sache zur Regelung der umstrittenen Nebenfolgen hat die Vorinstanz implizit die Einrede der internationalen Unzuständigkeit des Beklagten verworfen und damit einen selbständigen Entscheid über die internationale Zuständigkeit getroffen (BGE 85 II 49 E. 2 S. 53; 115 II 237 E. 1b S. 240 f.). Der Beklagte, der davon ausgeht, das türkische Scheidungsgericht sei ausschliesslich zuständig, die Scheidungsfolgen zu regeln, kann deshalb beim Bundesgericht mit Berufung rügen, die Vorinstanz habe zu Unrecht die Zuständigkeit der Erstinstanz im internationalen Verhältnis zur Ergänzung des türkischen Scheidungsurteils angenommen. Da bereits angesichts der Höhe seines Vorsorgeguthabens der Berufungsstreitwert von Fr. 8'000.– (Art. 46 OG) weit überschritten wird, steht einem Eintreten auf die Berufung nichts entgegen. Der Einwand der Klägerin, die Vorinstanz sei an ihren eigenen Rückweisungsentscheid
nicht gebunden, so dass die Zuständigkeitsfrage erneut in einem kantonalen Rechtsmittelverfahren geprüft werden könne, vermag nicht durchzudringen. Die Klägerin übersieht damit, dass für die Frage der Berufungsfähigkeit gemäss Art. 49 Abs. 1 OG der gegenwärtige Verfahrensstand massgeblich ist, ohne dass es auf den weiteren Ablauf des nachfolgenden kantonalen Verfahrens ankäme.

2.- Die Anerkennung des türkischen Scheidungsurteils in der Schweiz ist sowohl bezüglich des Scheidungspunktes als auch hinsichtlich der Kinderbelange nicht mehr umstritten, weshalb auf den Feststellungsantrag mangels eines Rechtsschutzinteresses nicht eingetreten werden kann (BGE 123 III 49 E. 1a S. 51 mit Hinweisen). Streitig ist demgegenüber die internationale Zuständigkeit schweizerischer Gerichte für die Ergänzung des Scheidungsurteils bezüglich der vermögensrechtlichen Scheidungsfolgen. Die Vorinstanz hat erwogen, das Urteil des Landgerichts Bakirköy enthalte weder Anordnungen über den nachehelichen Unterhalt noch über die Frage der Teilung der Austrittsleistung des Vorsorgeguthabens des Beklagten.
Das türkische Urteil sei folglich lückenhaft und damit ergänzungsbedürftig, weshalb es zur Ergänzung in diesen Punkten an die Erstinstanz zurückzuweisen sei.

Der Beklagte rügt sinngemäss, die Vorinstanz habe die Streitsache zur Ergänzung des türkischen Scheidungsurteils hinsichtlich des nachehelichen Unterhaltes und der Teilung der Austrittsleistungen der beruflichen Vorsorge in Verletzung des Grundsatzes der Einheit des Scheidungsurteils an die Erstinstanz zurückgewiesen. Sei wie im vorliegenden Fall die Scheidung im Ausland ausgesprochen worden, so sei es dem schweizerischen Richter verwehrt, auf eine Ergänzungsklage einzutreten. Die Vorinstanz habe Art. 64 Abs. 1 des Bundesgesetzes über

das Internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987 (IPRG; SR 291) allzu weit ausgelegt. Hinzu komme, dass gemäss Art. 8 des Haager Übereinkommens über das auf Unterhaltspflichten anzuwendende Recht vom 2. Oktober 1973 (SR 0.211. 213.01) der Anspruch auf nachehelichen Unterhalt nach Massgabe des auf die Scheidung tatsächlich angewendeten Rechts, mithin nach türkischem Recht, geprüft werden müsse.
Der Beklagte bringt weiter vor, für die von ihm postulierte Einheit des Scheidungsurteils spreche auch, dass ein gegebenenfalls erhebliches Scheidungsverschulden nicht von verschiedenen nationalen Richtern beurteilt werden sollte.
Schliesslich hält er der Vorinstanz vor, sie habe nicht gewürdigt, dass die Klägerin sich im vor dem türkischen Gericht eingeleiteten Scheidungsverfahren nicht hat vernehmen lassen.
Die Klägerin habe es ihrer eigenen Säumnis zuzuschreiben, keinerlei Anträge bezüglich der Scheidungsfolgen gestellt zu haben, obwohl ihr dies möglich und auch zumutbar gewesen sei.
Auch nach türkischem Recht hätte die Klägerin einen Antrag auf Zusprechung von nachehelichem Unterhalt stellen können.
In einem schweizerischen Ehescheidungsverfahren wäre ihre prozessuale Passivität aufgrund der Dispositionsmaxime als Verzicht auf vermögensrechtliche Ansprüche gedeutet worden.
Deshalb könne die Klägerin nicht nachträglich im Rahmen einer Ergänzungsklage vermögensrechtliche Ansprüche geltend machen, verstiesse sie doch damit gegen Treu und Glauben.

a) Das IPRG ist am 1. Januar 1989 in Kraft getreten.
Gemäss dessen Art. 64 Abs. 1 Satz 1 IPRG sind die schweizerischen Gerichte für Klagen auf Ergänzung von Entscheidungen über die Scheidung zuständig, wenn sie nach Art. 59 oder 60 IPRG zuständig sind. Im vorliegenden Fall haben beide Parteien ihren Wohnsitz in der Schweiz. Die internationale Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte zur Ergänzung eines ausländischen Scheidungsurteils ergibt sich ohne weiteres aus Art. 59 IPRG. Der vom Beklagten dagegen ins Feld geführte Grundsatz der Einheit des Scheidungsurteils steht dieser schweizerischen Zuständigkeit nicht entgegen, sind doch unter dem geltenden Recht (Art. 64 Abs. 1 IPRG) die schweizerischen Gerichte zur Ergänzung von ausländischen Scheidungsurteilen auch zuständig, wenn die Scheidung selbst an einem schweizerischen Forum hätte durchgeführt werden können (nicht veröffentlichtes Urteil des Bundesgerichtes vom 29. Juni 1995 i.S.
K., E. 2a [5C. 194/1994]).

b) Der Beklagte wendet ein, die schweizerische Ergänzungszuständigkeit sei auch deshalb zu versagen, weil die Klägerin es unterlassen habe, im Zuge des türkischen Scheidungsprozesses Unterhaltsansprüche geltend zu machen. Damit habe sie in Anbetracht der Dispositionsmaxime auf Unterhaltsansprüche verzichtet, weshalb entgegen der Vorinstanz das türkische Scheidungsurteil nicht ergänzungsbedürftig sei.

Nach allgemeinen zivilprozessualen Grundsätzen beurteilt sich die Zuständigkeit eines Gerichts nach Massgabe des vom Kläger eingeklagten Anspruchs und dessen Begründung, ohne dass dagegen erhobene Einwände der Gegenpartei in diesem Stadium zu hören wären (BGE 119 II 66 E. 2a S. 68; 122 III 249 E. 3b/bb S. 252; Entscheid des Bundesgerichtes vom 7. August 2001 i.S. N., E. 3c/dd [4C. 163/2001]; Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl. , Zürich 1979, S. 106). Dies bedeutet für den vorliegenden Fall, dass die Vorinstanz zu Recht eine schweizerische Ergänzungszuständigkeit angenommen hat. Ob hingegen das türkische Scheidungsurteil im Unterhaltspunkt tatsächlich lückenhaft und ergänzungsbedürftig ist, wird das erstinstanzliche Sachgericht im Zuge der Anspruchsprüfung unter Zugrundelegung des anwendbaren Rechts zu entscheiden haben (Art. 64 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 49 IPRG). Der Einwand des Beklagten erweist sich demnach im Ergebnis als unbegründet.
3.- Der Beklagte trägt vor, auch die Frage der Teilung der Austrittsleistung unterstehe dem türkischen Recht. Dieses regle aber den Versorgungsausgleich nicht, so dass der Richter lückenfüllend tätig werden müsse. Der Beklagte bezweifelt, ob ein schweizerisches Gericht befähigt wäre, eine Gesetzeslücke in Anwendung türkischen Sachrechts auszufüllen.

Ist eine Scheidung im Ausland ausgesprochen worden, ohne dass über den Versorgungsausgleich entschieden worden ist, und wird das Urteil in der Schweiz anerkannt, ist die internationale Zuständigkeit des schweizerischen Ergänzungsrichters in Bezug auf Fragen des Versorgungsausgleichs nach Art. 64 Abs. 1 Satz 1 IPRG

gegeben (Geiser, Berufliche Vorsorge im neuen Scheidungsrecht, in: Vom alten zum neuen Scheidungsrecht, Bern 1999, N. 2.27).

Im Schrifttum ist umstritten, ob bei der Beurteilung von Ansprüchen der Ehegatten auf Teilung der Austrittsleistungen an das Scheidungs- oder Vorsorgestatut anzuknüpfen ist (vgl. statt vieler: Thomas Sutter-Somm, Ausgewählte Verfahrensfragen im neuen Scheidungsrecht bei internationalen Verhältnissen, insbesondere bei der beruflichen Vorsorge, in:
Aktuelle Probleme des nationalen und internationalen Zivilprozessrechts, Zürich 2000, S. 94 f.; Andreas Bucher, Aspects internationaux du nouveau droit de divorce, SJ 2001 II S. 33; Stellungnahme des Bundesamtes für Justiz vom 28. März 2001, Die Teilung von Vorsorgeguthaben in der Schweiz im Zusammenhang mit ausländischen Scheidungsurteilen, ZBJV 137/2001 S. 494 f. mit weiteren Hinweisen). Da beim gegenwärtigen Verfahrensstand der Sachrichter sich mit der Frage des Versorgungsausgleiches materiell noch nicht befasst hat, besteht für das Bundesgericht kein Anlass, sich an dieser Stelle zur Frage des anwendbaren Rechts zu äussern. Unabhängig von der Frage des anwendbaren Rechts erweist sich die Bestreitung der Ergänzungszuständigkeit der schweizerischen Gerichte bezüglich des Versorgungsausgleichs als unbegründet.
4.- Der Beklagte dringt mit seinen Berufungsanträgen nicht durch, weshalb die Berufung abzuweisen ist, soweit darauf eingetreten werden kann. Bei diesem Verfahrensausgang wird der Beklagte kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 156 Abs. 1 und Art. 159 Abs. 1 und 2 OG). Das Gesuch der Klägerin um unentgeltliche Rechtspflege wird trotz dieses Verfahrensausgangs nicht gegenstandslos, da die Einbringlichkeit der Parteientschädigung beim Beklagten nicht feststeht, ist ihm doch im kantonalen Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege gewährt worden (vgl. BGE 122 I 322 E. 3c-d S. 326 f.). In Gutheissung ihres Gesuchs ist deshalb dem Rechtsvertreter der Klägerin für den Fall der Uneinbringlichkeit eine um einen Viertel reduzierte Entschädigung aus der Bundesgerichtskasse auszuzahlen (Art. 152 Abs. 1 und 2 OG; Art. 9 des Tarifs über die Entschädigungen an die Gegenpartei für das Verfahren vor dem Bundesgericht vom 9. November 1978, SR 173. 119.1).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.- Die Berufung wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist, und der Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, vom 23. Mai 2001 wird bestätigt.

2.- Das Gesuch der Klägerin um unentgeltliche Rechtspflege wird gutgeheissen und ihr für das bundesgerichtliche Verfahren Rechtsanwalt Johannes Helbling, Alderstrasse 21, Postfach 1281, 8034 Zürich, als unentgeltlicher Rechtsbeistand beigegeben.

3.- Die Gerichtsgebühr von Fr. 2'000.– wird dem Beklagten auferlegt.
4.- Der Beklagte hat die Klägerin für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 3'000.– zu entschädigen. Auf Nachweis der Uneinbringlichkeit der zugesprochenen Parteientschädigung wird Rechtsanwalt Johannes Helbling aus der Bundesgerichtskasse eine Entschädigung von Fr. 2'250.– zuzüglich etwaiger im Verlustschein ausgewiesener Betreibungskosten ausgerichtet.

5.- Dieses Urteil wird den Parteien sowie dem Obergericht des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, schriftlich mitgeteilt.

_____

Lausanne, 19. Oktober 2001

Im Namen der II. Zivilabteilung des
SCHWEIZERISCHEN BUNDESGERICHTS
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: