Urteilskopf

83 II 491

66. Urteil der II. Zivilabteilung vom 12. Dezember 1957 i.S. H. B. gegen E. B.
Regeste (de):
Vorsorgliche Massnahmen im Ehescheidungs- oder -trennungsprozess. Art. 145 ZGB. Örtliche Zuständigkeit.

1. Prüfungspflicht des Richters (Erw. 1).

2. Ob die Ehefrau bei Anhebung ihrer Klage am Orte des Prozesses selbständigen Wohnsitz erworben hatte, ist bei schweizerischer Nationalität der Parteien ausschliesslich nach schweizerischem Recht zu entscheiden, auch wenn sich der Wohnsitz des Ehemannes im Ausland befindet (Erw. 2).

3. Die Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes durch Vereinbarung gibt der Ehefrau kein Recht auf Begründung eines selbständigen Wohnsitzes. Tritt aber während des getrennten Lebens eines der in Art. 170 Abs. 1 ZGB berücksichtigten Gefährdungsmomente ein, so ist diese Vorschrift analog anzuwenden (Erw. 3).

4. Wann liegt Wohnsitznahme vor? (Erw. 4).

Regeste (fr):
Mesures provisoires dans le procès en divorce ou en séparation de corps. Art. 145 CC. Compétence en raison du lieu.

1. Devoir d'examen du juge (consid. 1).

2. Lorsque les parties ont la nationalité suisse, la question de savoir si, lors de l'introduction de son action, la femme avait acquis un domicile propre au lieu du procès doit être résolue exclusivement d'après le droit suisse, même quand le domicile de l'époux se trouve à l'étranger (consid. 2).

3. Le fait qu'une convention a mis fin au domicile commun ne confère pas à la femme le droit de se créer un domicile propre. Toutefois si, durant la vie séparée, les causes de danger envisagées par l'art. 170 al. 1 CC se produisent, cette disposition doit être appliquée par analogie (consid. 3).

4. Quand y a-t-il création d'un domicile? (consid. 4).

Regesto (it):
Misure provvisionali in una causa di divorzio o di separazione. Art. 145 CC. Competenza per territorio.

1. Potere di esame del giudice (consid. 1).

2. Quando le parti possiedono la nazionalità svizzera, la questionedi sapere se la moglie ha acquistato un domicilio proprio nel luogo ove si svolge il processo, al momento dell'introduzione dell'azione, si risolve esclusivamente secondo il diritto svizzero, anche se il domicilio del marito si trova all'estero (consid. 2).

3. La sospensione dell'economia domestica mediante convenzione tra i coniugi non conferisce alla moglie diritto alla costituzione di un domicilio proprio. Se tuttavia, mentre dura la vita separata, le cause di pericolo indicate dall'art. 170 cp. 1 CC si producono, questa norma deve essere applicata in via analogetica (consid. 3).

4. Quando si ha costituzione di domicilio? (consid. 4)

Sachverhalt ab Seite 492

BGE 83 II 491 S. 492

A.- Die am 3. Februar 1951 getrauten Parteien sind Bürger von Hergiswil, Kanton Nidwalden. Sie nahmen im April 1951 Wohnsitz in Madrid, wo der Ehemann noch heute als Ingenieur tätig ist. Er hat aus erster Ehe einen Knaben. Der Ehe der Parteien sind vier Kinder entsprossen.

B.- Bald nach Eheabschluss entstanden Schwierigkeiten zwischen den Parteien, nach der Darstellung des Ehemannes wegen Geisteskrankheit der Ehefrau, nach deren eigenen Darstellung wegen Verschuldens des Ehemannes, der seit Jahren auf eine Ehescheidung hinarbeite. Die Ehefrau liess sich seit 1953 mehrmals psychiatrisch untersuchen und behandeln. Bei der Entlassung aus dem Sanatorium Rosalar bei Madrid im Mai 1956 wurde ihr eine sechsmonatige Nachkur mit Arbeitstherapie in der Schweiz empfohlen; unmittelbare Rückkehr in das Familienleben sei nicht ratsam, weil gerade dort "ihre Krankheitsäusserungen auftraten".

C.- Nach ihrem Aufenthalt in der Schweiz kehrte Frau B. nach Madrid zurück, doch begannen die ehelichen Spannungen erneut. Daher schlossen die Eheleute am 15. April 1957 eine Vereinbarung über die Trennung während eines Jahres. Die Ziffern 3 und 5 der Vereinbarung lauten: "3o - El esposo y los hijos del matrimonio continuaran en el domicilio conyugal, en Madrid. - La esposa podrá elegir cualquier otro lugar de residencia, con excepción de Madrid. 5o - La esposa tendrá derecho a tener consigo los hijos del matrimonio durante un mes, en el próximo verano."

BGE 83 II 491 S. 493

Übersetzung:
"3. - Der Gatte und die der Ehe entstammenden Kinder bleiben am ehelichen Domizil, in Madrid. - Die Gattin kann irgendeinen andern Aufenthaltsort wählen, ausgenommen Madrid. 5. - Die Gattin hat das Recht, im kommenden Sommer die der Ehe entstammenden Kinder während eines Monats bei sich zu haben." Nach Unterzeichnung dieser Vereinbarung siedelte Frau B. mit Zustimmung des Ehemannes nach Barcelona über, wo sie während rund dreier Monate in einer Familie mit sieben Kindern als Kinderpflegerin arbeitete.

D.- Am 15. Juli 1957 reiste sie nach Madrid, um dort, gemäss Ziffer 5 der Trennungsvereinbarung und vom Heimweh nach den Kindern getrieben, die Ferien zu verbringen. Sie konnte sich nur mit Mühe Eintritt in die eheliche Wohnung verschaffen. Dort traf sie die vom Ehemann angestellte Kinderbetreuerin mit den drei jüngern Kindern an. Der Ehemann befand sich mit der ältesten Tochter Silvia und mit deren Stiefbruder Bruno ferienhalber in der Schweiz. Am 17. Juli 1957 schrieb sie dem Manne an den Ferienort folgenden Brief:
"Am 15. Juli bin ich auf Rat meiner Eltern und der Oberin des Klosters nach Madrid gereist. Zuerst ging ich zum Advokaten, um ihn davon in Kenntnis zu setzen. Das Heimweh nach Dir und den Kindern war so unbeschreiblich gross, dass ich nicht mehr länger warten konnte. Du erinnerst Dich gewiss, dass Du mir vor meinem Fortgehen gesagt hast, dass wenn es Dir nicht möglich sei, für uns in der Sierra eine Wohnung zu finden, dass ich dann heimkommen könne. Daran wirst Du Dich sicher erinnern. Als ich also am Montagnachmittag voller freudigem Herzklopfen auf das Wiedersehen mit Dir und den Kindern unter der Türe stand, wollte man mich nicht hereinlassen und probierte mir die Türe vor der Nase zuzuschlagen. Ich war dann überrascht zu vernehmen, dass Du mit Bruno und Silveli in der Schweiz seiest. Der Anwalt und Hr. Sch. haben mir nun angeraten, in die Schweiz zu reisen und mich mit Dir zu treffen. Ich werde die anderen, d.h. Barbara, Pedro und Rafael

mitnehmen. Ich werde heimgehen an die ..... strasse. Von Herzen hoffe ich, dass Du und ich uns dann treffen werden. Meine Eltern freuen sich auf ihre Enkelkinder, welche sie kaum kennen. Ich wünsche Dir und den Kindern recht schöne und frohe Ferientage. Lass mir Bruno und Silvia herzlich grüssen. Lieben Gruss Elisabeth." Der Ehemann war schon vor Empfang dieses Briefes von

BGE 83 II 491 S. 494

der Heimkehr der Ehefrau benachrichtigt worden. Er sandte ihr am 17. Juli 1957 folgendes Telegramm: "Habe Kenntnis, dass Du Vertrag gebrochen. Fordere Dich auf, Wohnung sofort zu verlassen und frühern Zustand wieder herzustellen. H. .. B. .." Am folgenden Tage liess er seinen in Solothurn wohnenden Schwiegereltern durch seinen Anwalt mitteilen, er habe nach Verletzung der Konvention durch seine Ehefrau keinen Anlass mehr, mit der Scheidung länger zuzuwarten. Zugleich legte der Anwalt den Schwiegereltern nahe, Frau B. anzuhalten, unverzüglich in die Schweiz zurückzukehren. Sein Klient lehne es ab, weiter für den Unterhalt seiner Frau aufzukommen.

E.- Diese reiste am 26. Juli 1957 mit den drei jüngern Kindern in ihr Elternhaus nach Solothurn. Tags darauf erhob sie dort mündliche Klage auf Trennung der Ehe, und am 29. gl.M. stellte sie ein Gesuch um vorsorgliche Massnahmen für die Prozessdauer. Doch trat der Gerichtsstatthalter von Solothurn-Lebern am 3. August 1957 auf dieses Gesuch nicht ein, mit der Begründung, er sei dazu örtlich nicht zuständig, weil es an den Voraussetzungen zur Begründung eines selbständigen Wohnsitzes der Ehefrau fehle. Gegen diesen Nichteintretensentscheid führte die Ehefrau beim Obergericht des Kantons Solothurn Beschwerde.

F.- Am 1. August 1957 hatte der Ehemann seinerseits beim Kantonsgerichtspräsidenten von Nidwalden als dem Richter des Heimatortes nach Art. 7 g NAG Scheidungsklage angehoben. Gleichen Tages verlangte er beim nämlichen Richter die Anordnung vorsorglicher Massnahmen. Die Ehefrau wies demgegenüber auf ihre Wohnsitznahme in Solothurn und auf die von ihr dort am 27. Juli 1957 eingereichte Ehetrennungsklage hin. Der Kantonsgerichtspräsident von Nidwalden verfügte jedoch am 16. August 1957, ohne die Zuständigkeitsfrage zu erörtern, vorsorgliche Massnahmen und wies dabei die vier der Ehe entstammenden Kinder für die Prozessdauer dem Vater zu.

BGE 83 II 491 S. 495

G.- Die Ehefrau focht diesen in einziger kantonaler Instanz gefällten Entscheid durch Nichtigkeitsbeschwerde im Sinne von Art. 68 Abs. 1 lit. b OG wegen Verletzung eidgenössischer Normen über die örtliche Zuständigkeit beim Bundesgericht an (C 282). Ihre kantonalrechtliche Beschwerde gegen den in Solothurn bezüglich ihres eigenen Gesuches ergangenen Nichteintretensentscheid hatte Erfolg, indem das Solothurner Obergericht am 18. September 1957 jenen Entscheid aufhob und den Gerichtspräsidenten von Solothurn-Lebern anwies, über die von der Ehefrau nachgesuchten Massnahmen zu verfügen. Dieser oberinstanzliche Entscheid ist Gegenstand der vorliegenden Nichtigkeitsbeschwerde des Ehemannes, der im Gegensatz zur Ehefrau den Nidwaldner Entscheid für richtig hält und die Bejahung des Gerichtsstandes Solothurn als gegen bundesrechtliche Zuständigkeitsnormen verstossend erachtet.

Erwägungen

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Vorsorgliche Massnahmen im Ehescheidungs- oder -trennungsprozesse nach Art. 145 ZGB sind grundsätzlich vom Richter zu treffen, bei dem der Hauptprozess hängig ist. Ist aber die örtliche Zuständigkeit für den Hauptprozess bestritten oder nach den Akten zweifelhaft, so hat der Richter wenigstens in summarischer Weise zu prüfen, ob der Gerichtsstand für die Hauptklage zutreffe, und bei offensichtlichem Fehlen dieser Zuständigkeit hat er das Gesuch um Anordnung vorsorglicher Massnahmen von der Hand zu weisen (BGE 53 I 57,BGE 54 I 114,BGE 64 II 397). Im vorliegenden Falle waren in dieser Hinsicht allerdings gewisse Zweifel begründet, aber von offensichtlichem, zweifellosem Fehlen des solothurnischen Gerichtsstandes liess sich nicht mit gutem Grunde sprechen. Bei dieser Sachlage war der dort augerufene Richter gehalten, entweder - bei Dringlichkeit der von der Ehefrau begehrten Massnahmen - über das Gesuch zu verfügen, womit der Entscheidung der Gerichtsstandsfrage für den Hauptprozess nicht vorgegriffen worden wäre, oder - bei Verneinung der Dringlichkeit

- die für die Zuständigkeitsfrage wesentlichen Tatsachen vorerst näher abzuklären. Dies hat dann das Obergericht in dem gegen den Nichteintretensentscheid eingeleiteten Beschwerdeverfahren getan, mit dem Ergebnis, dass nun der solothurnische Gerichtsstand als wohlbegründet erscheint, zumal auch zur Anordnung vorsorglicher Massnahmen. Damit entfällt angesichts der Priorität der in Solothurn hängig gemachten Klage der vom Ehemann in Anspruch genommene konkurrierende Gerichtsstand der Heimat nach Art. 7 g NAG, da für die beidseitigen Klagen und daher auch für vorsorgliche Massnahmen während der Prozessdauer ein einheitlicher Gerichtsstand des Sachzusammenhanges besteht (BGE 64 II 182, BGE 80 II 97).

2. Ob die Ehefrau bei Anhebung ihrer Ehetrennungsklage am 27. Juli 1957 in Solothurn ihren Wohnsitz und Gerichtsstand nach Art. 144 ZGB an diesem Ort gehabt habe, ist nach schweizerischem Recht zu entscheiden. Denn Art. 144 ZGB wie übrigens auch der für einen ausländischen Ehegatten geltende Art. 7 h NAG hat den Wohnsitz nach schweizerischem Recht im Auge. Bei Ausländern kann freilich das zusätzliche Erfordernis eines Wohnsitzes in der Schweiz nach dem Rechte des Heimatstaates hinzukommen, wenn dieser nämlich die (nach Art. 7 h NAG notwendige) Anerkennung des schweizerischen Gerichtsstandes vom Vorliegen eines Wohnsitzes des einen oder beider Parteien in der Schweiz nach seinem eigenen Wohnsitzbegriffe abhängig macht (vgl. STAUFFER, N. 8 zu Art. 7 h NAG; derselbe, Die Scheidung von Ausländern in der Schweiz, Zeitschrift des bernischen Juristenvereins 59 S. 2/3). Das spielt aber im vorliegenden Fall keine Rolle, da die Parteien Schweizerbürger sind. Die Ehefrau konnte daher die Trennungsklage in Solothurn erheben, sofern sie nach schweizerischem Recht befugt war, getrennt zu leben (Art. 25 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 170 Abs. 1 ZGB) und tatsächlich im Sinne von Art. 23 ZGB am erwähnten Orte Wohnsitz genommen hatte (BGE 69 II 275Erw. 2,BGE 77 II 17). Dieser Rechtsanwendung steht nicht entgegen,

dass sich der Wohnsitz des Ehemannes im Ausland befindet (BGE 56 II 338Erw. 3). Der in diesem Punkt abweichenden Ansicht von BECK (am Ende von N. 20 der Vorbemerkungen zu Art. 59 SchlT) ist nicht beizutreten, zumal die sich aus den Art. 169 ff. ZGB ergebenden Ansprüche eines Ehegatten auf Gründen der öffentlichen Ordnung beruhen (vgl.BGE 68 II 13Erw. 2).

3. Aus der zwischen den Parteien abgeschlossenen Trennungsvereinbarung vom 15. April 1957 lässt sich ein

Anspruch der Ehefrau auf Getrenntleben im Sinne von Art. 25 Abs. 2 ZGB mit dem Recht auf selbständige Wohnsitznahme nicht ableiten. Einmal ist dies nicht der Sinn der Vereinbarung selbst, die der Ehefrau nur die Wahl eines (mehr oder weniger ständigen) "lugar de residencia" anheimstellt, im Gegensatze zu dem in Madrid verbleibenden "domicilio conyugal". Sodann wurde die Vereinbarung nur auf die Dauer eines Jahres abgeschlossen, zu dem bestimmten Zwecke, gesundheitlichen Störungen der Ehefrau Rechnung zu tragen. Im übrigen ist es nach schweizerischem Recht gar nicht zulässig, die Ehefrau durch eine Vereinbarung zum Getrenntleben und zur Begründung eines selbständigen Wohnsitzes zu ermächtigen, sofern es hiefür an einem gesetzlichen Grund im Sinne von Art. 170 Abs. 1 ZGB gebricht (BGE 41 I 105und 302,BGE 47 I 425Mitte). Hier ist nun nicht die Rede davon, dass der gute Ruf der Ehefrau durch das eheliche Zusammenleben gefährdet worden wäre. Sie hatte ferner während des Zusammenlebens ihr reichliches Auskommen als Ehefrau besseren Standes. Für die Dauer der vereinbarten Trennung war ihr alsdann ein auskömmlicher Unterhaltsbeitrag von 2000 Pesetas monatlich zugesichert, die sie nach vorliegenden Ausweisen jeweilen erhielt, zuletzt am 3. Juli 1957. Ob die Trennung mit Rücksicht auf ihre Gesundheit notwendig war, ist im gegenwärtigen Verfahren nicht abgeklärt; jedenfalls war die Trennung als vorübergehende gedacht.
Nun liess aber der Ehemann am 18. Juli 1957 den Eltern

der Ehefrau zu deren Handen durch seinen Anwalt mitteilen, er lehne es ab, in Zukunft für ihren Unterhalt aufzukommen, nachdem sie sich nicht an die Trennungsvereinbarung gehalten habe. Von diesem Augenblick an war das wirtschaftliche Auskommen der Ehefrau gefährdet, allerdings nicht "durch das Zusammenleben", das bereits Mitte April 1957 aufgehört hatte, jedoch überhaupt. Der Mann verweigerte ihr nicht nur die Rückkehr in die eheliche Wohnung und das Verbleiben darin, sondern auch die Mittel für den laufenden Unterhalt. Auf einen solchen Fall ist Art. 170 Abs. 1 ZGB ebenfalls anzuwenden. Er fasst den Normalfall ins Auge, dass die wirtschaftliche Gefährung während des Zusammenlebens eintritt und die Ehefrau zum Getrenntleben nötigt, damit sie selbständig ihr Auskommen finde. Die gleiche Notlage ist aber gegeben, wenn der gemeinsame Haushalt aus andern Gründen durch Vereinbarung aufgehoben wird, unter Beitragspflicht des Ehemannes, und dieser dann in einem spätern Zeitpunkt seine Beiträge einstellt, so dass die Ehefrau nun auf sich selbst angewiesen ist. Auch in diesem Falle trifft der gesetzgeberische Grund von Art. 170 Abs. 1 ZGB zu; die Ehefrau muss nun im eigentlichen, gesetzlichen Sinne zum Getrenntleben berechtigt und freizügig sein, d.h. einen selbständigen Wohnsitz nehmen können. Mit Recht erklärt daher die Vorinstanz, die Aufzählung der Auflösungsgründe in Art. 170 Abs. 1 ZGB sei nicht abschliessend, diese Vorschrift sei analoger Anwendung zugänglich (vgl. auch LEMP, N. 1 zu Art. 170). In diesem Sinne hat das Bundesgericht denn auch Art. 170 Abs. 1 ZGB einem Ehemann gegenüber angewendet, der die Wiederaufnahme der ehelichen Gemeinschaft an Bedingungen knüpfte, die zu erfüllen der Ehefrau nicht zugemutet werden konnte (BGE 56 II 338, vgl. auchBGE 54 I 117). Gleiches gilt, wenn der Ehemann die Ehefrau verlässt oder verstösst (EGGER, N. 3, und LEMP, N. 2 zu Art. 170), wie es der Beschwerdeführer mit den durch seinen Anwalt abgegebenen Erklärungen vom 18. Juli 1957 getan hat.

Nach den für das Bundesgericht verbindlichen tatsächlichen Feststellungen des Obergerichts (Art. 74 in Verbindung mit Art. 63 Abs. 2 OG) ist der Ehefrau ausserdem aus gesundheitlichen Gründen ein Recht auf Getrenntleben nach Art. 170 Abs. 1 ZGB erwachsen. Es fällt nicht nur die körperliche, sondern auch die seelische Gesundheit in Betracht (BGE 79 II 126), und nun stellt der angefochtene Entscheid fest, nach den vorliegenden Arztzeugnissen habe die unnachgiebige Haltung des Ehemannes, verbunden mit dem Befehl zur Räumung der Wohnung, bei der Frau einen Schock verursacht; angesichts ihrer besondern Anfälligkeit für psychisch abnor-

me Reaktionen würde "ein weiterer Verbleib in der derart moralisch belastenden Atmosphäre dieser nach allem wohl hoffnungslos zerrütteten ehelichen Gemeinschaft für die ohnehin sehr sensible Frau noch viel schwerere seelische und damit gesundheitliche Schädigungen zur Folge gehabt haben, als dies bereits der Fall war".

4. Die somit zum Getrenntleben berechtigte Ehefrau hat am 26. Juli 1957 durch Übersiedlung zu ihren Eltern nach Solothurn mit den drei in Madrid angetroffenen Kindern einen wahren Wohnsitz im Sinne von Art. 23 ZGB begründet und damit einen Gerichtsstand nach Art. 144 ZGB erworben. Keinen derartigen Wohnsitz schafft zwar die Niederlassung an einem Orte zum blossen Zweck, dort den Scheidungs- oder Trennungsprozess einzuleiten (BGE 42 I 144Erw. 3,BGE 64 II 399/400). So verhielt es sich hier aber nicht. Gewiss erhob die Beschwerdegegnerin wohl deshalb so bald nach ihrer Übersiedlung nach Solothurn ihre Ehetrennungsklage, um dort den Gerichtsstand für die nach den Drohungen des Ehemannes unvermeidliche Auseinandersetzung festzulegen. Dazu war sie jedoch berechtigt, weil die Aufenthaltnahme in Solothurn unter den gegebenen Umständen nicht als blosse Machenschaft zu Prozesszwecken erscheint. Da die Beschwerdegegnerin, wie dargetan, durch das Verhalten des Mannes gezwungen worden war, sich eine von ihm unabhängige Existenz zu schaffen, ist die Annahme des Obergerichts hinreichend

begründet, sie habe sich in Solothurn, wo ihr die Eltern Unterkunft gewährten, und wo sie aufgewachsen war, zu dauerndem Verbleib, ohne Rücksicht auf die Prozessdauer, niedergelassen, also eben den Mittelpunkt ihres Lebens bis auf weiteres dorthin verlegt und damit Wohnsitz genommen.

Dispositiv

Demnach erkennt das Bundesgericht:
Die Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen.