Urteilskopf

86 II 303

48. Urteil der II. Zivilabteilung vom 13. September 1960 in Sachen N. gegen N. und Obergericht des Kantons Zürich.
Regeste (de):
1. Gesuche nach Art. 169 ff. ZGB sind beim Richter des Wohnsitzes des gesuchstellenden Ehegatten anzubringen. Bestätigung der Rechtsprechung, wonach die Ehefrau, wenn sie nach Gesetz berechtigt ist, getrennt zu leben, auch ohne richterliche Bewilligung einen selbständigen Wohnsitz begründen kann. Art. 25 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 170 Abs. 1 und 2 ZGB. (Erw. 1 und 2).

2. Die von einem Ehemann schweizerischer Nationalität in Deutschland, an seinem angeblichen Wohnsitz, angehobene Scheidungsklage ist nach Art. 3 des schweizerisch/deutschen Urteilsvollstreckungsabkommens in Verbindung mit Art. 7 g Abs. 3 NAG nicht zulässig, wenn die Ehefrau nach den Normen des schweizerischen Rechtes einen selbständigen Wohnsitz in der Schweiz hat. Eine solche Klage steht daher der Beurteilung eines auf die Art. 169 ff. ZGB gestützten Gesuches der Ehefrau durch den Richter ihres Wohnsitzes nicht entgegen. (Erw. 3).

Regeste (fr):
1. Les requêtes basées sur les art. 169 ss CC doivent être déposées auprès du juge du domicile de l'époux requérant. Confirmation de la jurisprudence selon laquelle la femme, qui, d'après la loi, est fondée à vivre séparée, peut se constituer un domicile propre même sans l'autorisation du juge. Art. 25 al. 2 et 170 al. 1 et 2 CC (consid. 1 et 2).

2. En vertu de l'art. 3 de la convention germano-suisse sur la reconnaissance et l'exécution des jugements civils et de l'art. 7 g al. 3 LRDC, l'action en divorce qu'un mari de nationalité suisse introduit en Allemagne à son prétendu domicile n'est pas recevable lorsque, d'après les règles du droit suisse, la femme a un domicile indépendant en Suisse. Pareille action n'empêche donc pas le juge du domicile de la femme de statuer sur une requête présentée par celle-ci et fondée sur les art. 169 ss CC (consid. 3).

Regesto (it):
1. Le richieste fondate sugli art. 169 sgg. CC devono essere presentate al giudice del domicilio del coniuge richiedente. Conferma della giurisprudenza secondo cui la moglie che per legge ha diritto di vivere separata, può costituirsi un domicilio proprio anche senza l'autorizzazione del giudice. Art. 25 cp. 2 in relazione con l'art. 170 cp. 1 e 2 CC (consid. 1 e 2).

2. In virtù dell'art. 3 della convenzione germano-svizzera circa il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni giudiziarie e dell'art. 7 cp. 3 LR, l'azione per divorzio che un marito di cittadinanza svizzera promuove in Germania al suo preteso domicilio è inammissibile quando, secondo le norme del diritto svizzero, la moglie ha un domicilio indipendente in Svizzera. Siffatta azione non impedisce dunque il giudice del domicilio della moglie di statuire su una istanza presentata da questa e fondata sugli art. 169 sgg. CC (consid. 3).

Sachverhalt ab Seite 304

Aus dem Tatbestand:

A.- Die Parteien, Bürger von Genf, sind seit dem 16. Juni 1945 verheiratet. Sie nahmen Wohnung in Zürich, wo der Ehemann, Ingenieur von Beruf, für eine Fabrik in G... heim, Württemberg, Deutschland, tätig war und die Ehefrau ihr Berufsbüro in Zürich weiterbetrieb. Im Jahre 1949 bezogen sie eine 6-Zimmerwohnung an der B... strasse in Zürich. Laut einem Vertrag vom 19. Oktober 1953, den der Ehemann mit der Fabrik in G... heim abschloss, hatte er sein Zürcher Ingenieurbüro für die Zwecke jener Fabrik zur Verfügung zu stellen. Er arbeitete abwechselnd in G. .. heim und in Zürich. In einem Nachtrag vom 17. Dezember 1956 zum Anstellungsvertrag wurde als sein Wohnort nach wie vor Zürich angegeben. Die Büroräume befanden sich seit 1. März 1958 im gleichen Haus wie das Büro der Ehefrau. In G. .. heim stand dem Ehepaar eine Fabrik- oder Geschäftswohnung zur Verfügung. Zeitweise lebten sie an jenem Ort und pflogen auch dort gesellschaftliche Beziehungen. Ferner kaufte die Ehefrau in G. .. heim Land, um später einmal darauf ein Haus zu bauen. Indessen blieben beide Eheleute in Zürich als Einwohner gemeldet; hier war die Ehefrau weiterhin beruflich tätig, und hier übte der Ehemann seine politischen Rechte aus, zahlte Steuern und AHV-Beiträge; auch benutzte er ein Automobil mit Zürchernummer.

B.- Im Jahre 1959 kam es zu ehelichen Zwistigkeiten und zur Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes. Die Ehefrau blieb an der B. .. strasse in Zürich wohnen, während der Ehemann auszog, sich in Zürich anders einrichtete, auch das dortige Büro an eine andere Strasse verlegte und der Ehefrau den Zutritt zur Fabrikwohnung in G. .. heim verbieten liess. Am 17. Juli 1959 leitete er

beim Friedensrichteramt Zürich 7 Klage auf Scheidung ein, die er am 1. Oktober 1959 beim Bezirksgericht Zürich einreichte. Am 12. Januar 1960, zwei Tage vor dem Hauptverhandlungstermin, zog er die Klage jedoch zurück, und zwar ausdrücklich, um sie in H. bei dem für G. .. heim zuständigen Gericht, neu anzuheben. Das geschah denn auch am 9./11. März 1960, nachdem er sich - und nicht auch die Ehefrau - in Zürich polizeilich ab- und in G. .. heim angemeldet hatte.

C.- Inzwischen stellte die Ehefrau am 20. Februar 1960 beim Einzelrichter in Ehesachen des Bezirksgerichts Zürich ein Gesuch um Eheschutzmassnahmen. Sie verlangte namentlich, dass ihr die Wohnung an der B. .. strasse samt dem ehelichen Hausrat zur Benutzung zugewiesen und der Ehemann zu monatlichen Unterhaltsbeiträgen verpflichtet werde. Mit Entscheid vom 26. März 1960 wies der angerufene Richter das Gesuch von der Hand, da er wegen der in H. angehobenen Scheidungsklage des Ehemannes nicht mehr sachlich zuständig sei. Auf Rekurs der Ehefrau hob aber das Obergericht des Kantons Zürich am 8. Juni 1960 den Entscheid des Einzelrichters auf und erklärte diesen als zur Behandlung des Gesuches zuständig.

D.- Gegen den obergerichtlichen Entscheid hat der Ehemann Nichtigkeitsbeschwerde nach Art. 68 OG erhoben mit der Rüge der Verletzung eidgenössischer Zuständigkeitsnormen.

Erwägungen

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die örtliche Zuständigkeit zu richterlichen Massnahmen im Sinne der Art. 169 ff. ZGB ist in diesem Gesetz

nicht geregelt. Indessen ist nicht anzunehmen, der Bundesgesetzgeber habe die Bestimmung dieses Gerichtsstandes dem kantonalen Recht anheim geben wollen. Man hat es vielmehr mit einer Lücke des ZGB zu tun; sie ist in Anlehnung an Art. 144 ZGB auszufüllen und als zuständig der Richter des Wohnsitzes des gesuchstellenden Ehegatten

zu erachten (BGE 54 I 246 Mitte, BGE 64 II 72 und 176, BGE 68 II 183).

2. Dass, wie der Ehemann behauptet, der eheliche Wohnsitz im Jahr 1954 von Zürich nach G. .. heim verlegt worden sei, ist nicht glaubhaft gemacht. Hiefür ist gleichgültig, wie sich die Arbeitszeit des Ehemannes von nun an auf die beiden Orte verteilt haben mag. Denn für den Wohnsitz eines Ehepaars ist in erster Linie der Ort der ehelichen Wohnung bestimmend, und es ist nicht ersichtlich, dass von den beiden Wohnungen, welche die Parteien belegt hatten, derjenigen in Zürich in den betreffenden Jahren nicht mehr der Vorrang vor der kleineren, nach Angabe der Ehefrau zum grössten Teil von der Geschäftsunternehmung eingerichteten "Fabrikwohnung" in G. .. heim zugekommen wäre. Im übrigen kann offen bleiben, ob der Ehemann bei der Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes oder wenigstens in den ersten Monaten 1960, als er sich polizeilich in Zürich ab- und in G. .. heim anmeldete, seinen persönlichen Wohnsitz an den letztern Ort verlegt oder aber sich dort nur, um die Scheidungsklage neu in Deutschland anzuheben, also zu einem nicht wohnsitzbegründenden Sonderzweck niedergelassen habe (vgl. BGE 64 II 399 und 403). Sollte sich der Wohnsitz des Ehemannes nunmehr in Deutschland befunden haben, so ist der Ehefrau ein selbständiger Wohnsitz in Zürich zuzuerkennen, wo sie wohnen geblieben ist. Denn spätestens seit der Einreichung der Scheidungsklage des Ehemannes in Zürich war sie berechtigt, getrennt zu leben (Art. 170 Abs. 2 ZGB), und zwar gleichgültig ob das mit dieser Klage befasste Gericht zuständig war, einfach deshalb, weil, wie das Obergericht zutreffend bemerkt, "die blosse Tatsache des Scheidungsprozesses das gemeinsame Leben verunmöglicht". An dieser Berechtigung änderte auch der Rückzug der vom Ehemann in Zürich eingereichten Klage nichts, weil sie ausdrücklich in der Absicht erfolgte, in Deutschland einen neuen Scheidungsprozess anzuheben, wie es ja dann geschehen ist. Im übrigen

hat der Ehemann durch die Verweigerung des Zusammenlebens und durch das Verbot des Betretens der "Fabrikwohnung" in G. .. heim die Ehefrau geradezu zum Getrenntleben gezwungen, so dass sich ihre Berechtigung dazu auch aus dem Grundgedanken des Art. 170 Abs. 1 ZGB herleiten lässt (vgl. BGE 83 II 498). Da sie nach dem Wegzug des Ehemannes in der ehelichen Wohnung an der B. .. strasse in Zürich blieb, hat sie diese Berechtigung zweifellos ausgeübt und sich damit einen selbständigen Wohnsitz geschaffen. Sie bedurfte dafür nach ständiger Rechtsprechung keiner richterlichen Bewilligung (neuestens BGE 85 II 297; dazu PIOTET im JdT 1960 I 98ff.). Es ist belanglos, dass sie in einem Briefe die Wohnung in G. .. heim, auf eine dort aufgetretene Nebenbuhlerin anspielend, auch später noch als ihre eheliche Wohnung bezeichnete. Daraus ergibt sich nicht einmal die Absicht, von Zürich dorthin überzusiedeln und die Zürcher Wohnung aufzugeben. Übrigens könnte ein blosser Wunsch, solange er nicht erfüllt wird, keinen Wohnsitz begründen (vgl. BGE 65 II 97, BGE 69 II 1). Für die Frage, ob die Ehefrau in der Schweiz einen selbständigen Wohnsitz habe und somit an diesem Orte den richterlichen Schutz nach Art. 169 ff. ZGB in Anspruch nehmen könne, ist das schweizerische Recht massgebend, gleichgültig, wo sich der Wohnsitz des Ehemannes befindet (vgl. BGE 83 II 496 /97).

3. Ein solches Gesuch ist freilich nicht mehr zulässig bei Rechtshängigkeit einer Scheidungs- oder Trennungsklage des einen oder andern Ehegatten, sofern diese Klage zuständigen Ortes angebracht ist und nun beim Scheidungsgericht vorsorgliche Massnahmen verlangt werden können (BGE 64 II 176 und 396). In diesem Sinne beruft sich der Ehemann im vorliegenden Falle auf die von ihm am 11. März 1960 beim Landgericht H. eingereichte Scheidungsklage. Nach der insoweit auf Anwendung ausländischen Rechts beruhenden und daher vom Bundesgericht in diesem Punkte nicht nachzuprüfenden

BGE 86 II 303 S. 308

Entscheidung des Obergerichts könnten in der Tat bei jenem deutschen Scheidungsgericht (vorausgesetzt, dass dieses sich als zuständig erachten würde) in einer dem Art. 145 ZGB entsprechenden Weise vorsorgliche Massnahmen für die Prozessdauer nachgesucht werden. Mit Recht lehnt es das Obergericht jedoch ab, die Ehefrau auf diesen Weg zu weisen. Denn das vom Ehemann angerufene ausländische Gericht ist für die Scheidungsklage nicht zuständig. Nach Art. 3 des schweizerisch/deutschen Urteilsvollstreckungsabkommens vom 2. November 1929 sind die in nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten zwischen Angehörigen eines der beiden Staaten oder beider Staaten ergangenen rechtskräftigen Entscheidungen der bürgerlichen Gerichte des einen Staates im Gebiete des andern Staates anzuerkennen, "es sei denn, dass an dem Rechtsstreit ein Angehöriger des Staates, in dem die Entscheidung geltend gemacht wird, beteiligt war und nach dem Rechte dieses Staates die Zuständigkeit eines Gerichts des andern Staates nicht begründet war." Zur Erläuterung wurde von den beiden Delegationen im Sitzungsprotokoll vermerkt: "Die im Art. 3 enthaltene Zuständigkeitsbestimmung bedeutet, dass der Richter des Staates, in dem das Urteil geltend gemacht wird, nachzuprüfen hat, ob eine der in seinem Rechte für den in Frage kommenden Rechtsstreit aufgestellten Zuständigkeitsvoraussetzungen im Gebiete des andern Staates erfüllt war." (Botschaft des Bundesrates, BBl 1929 III 536 oben). Für schweizerische Ehegatten hängt somit die Anerkennung eines deutschen Scheidungs- oder Trennungsurteils im Gebiete der Schweiz gänzlich von den Zuständigkeitsnormen des intern-schweizerischen Rechtes ab. Wird davon ausgegangen, der Ehemann habe im vorliegenden Fall bei Anhebung des Scheidungsprozesses in H. nicht nur polizeilichen, sondern auch zivilrechtlichen Wohnsitz in Deutschland gehabt, so kommen die von Art. 144 ZGB abweichenden Normen in Betracht, wie sie sich aus Art. 7 g NAG

BGE 86 II 303 S. 309

für Auslandschweizer ergeben. Danach steht einem im Ausland wohnenden Schweizerbürger allgemein der Gerichtsstand seines Heimatortes zur Verfügung. Ausserdem wird in der Schweiz "die Scheidung schweizerischer, im Auslande wohnender Ehegatten durch ein nach dortigem Rechte zuständiges Gericht" anerkannt (Abs. 1 und 3 daselbst). Diese letztere Vorschrift hat indessen nach ihrem Wortlaut den Fall im Auge, dass beide Ehegatten im Ausland wohnen. Hat dagegen der eine Ehegatte Wohnsitz in der Schweiz, so kann in der Tat nicht von der Scheidung "im Auslande wohnender Ehegatten" gesprochen werden (vgl. auch den französischen und den italienischen Text: "le divorce d'époux suisses habitant l'étranger"; "il divorzio di coniugi svizzeri domiciliati all'estero"). Nach ständiger Rechtsprechung wird daher ein ausländisches Gericht nur dann als zur Scheidung schweizerischer Ehegatten zuständig erachtet, wenn beide ihren Wohnsitz im Ausland haben (BGE 56 II 338, BGE 64 II 78, BGE 80 II 101 unten/102). An dieser Auslegung ist festzuhalten, entgegen einer Lehrmeinung, wonach Art. 7 g Abs. 3 NAG anwendbar sein soll, wenn auch nur der Kläger im Ausland wohnt (so STAUFFER, N. 3 zu Art. 7 g NAG; derselbe, Die neuen Verträge der Schweiz über die Vollstreckung von Zivilurteilen, Druckschrift Nr. 31 der Schweizerischen Vereinigung für internationales Recht, S. 12 ff.). Es mag dahingestellt bleiben, ob die Ausführungen der bundesrätlichen Botschaft zum schweizerisch/deutschen Voll-

streckungsabkommen (BBl a.a.O. Mitte) die letztere Ansicht zum Ausdruck bringen (so STAUFFER, in der erwähnten Druckschrift S. 13, während BECK N. 105 zu Art. 7 g NAG, jene Ausführungen für die gegenteilige Ansicht in Anspruch nimmt). Jedenfalls hat die Rechtsprechung, wie dargetan, seit dem Erscheinen jener Botschaft die streitige Frage eindeutig im Sinne der engern Auslegung des Art 7 g Abs. 3 NAG beantwortet (vgl im gleichen Sinne, ausser BECK a.a.O.: PILLER, La condition juridique des Suisses à l'étranger, 101/2; GULDENER, Das

internationale und interkantonale Zivilprozessrecht der Schweiz, 66 oben, mit Fussnote 175 b) Der Wortlaut des Gesetzes lässt eine andere Auslegung schwerlich zu. In sachlicher Beziehung ist nicht so sehr das (von STAUFFER in der erwähnten Druckschrift S 13/14 kritisierte) Argument entscheidend, das Gesetz wolle konkurrierende Scheidungsgerichtstände nach Möglichkeit vermeiden, als vielmehr die Rücksichtnahme auf den in der Schweiz wohnhaften Ehegatten schweizerischer Nationalität, dem nicht über den Wortlaut des Gesetzes hinaus zugemutet werden darf, einer Klage auf Scheidung oder Trennung der Ehe im Ausland ausgesetzt zu werden.
Erweist sich somit das vom Ehemann angerufene ausländische Scheidungsgericht nach den schweizerischen Zuständigkeitsnormen als unzuständig, so muss es dabei auch nach Art. 3 des schweizerisch/deutschen Vollstreckungsabkommens sein Bewenden haben. Das von der Ehefrau an ihrem schweizerischen Wohnsitz angehobene Eheschutzverfahren ist daher ungeachtet jenes Scheidungsprozesses durchzuführen (vgl. BGE 80 II 100 /101, BGE 84 II 475). Über die Zuständigkeit zur Beurteilung des Gesuches um Eheschutzmassnahmen haben die damit befassten schweizerischen Gerichte selbständig zu entscheiden Es bestand daher für das Obergericht, da es den für die Anwendung der massgebenden Zuständigkeitsnormen wesentlichen Tatbestand als hinreichend abgeklärt erachtete, keine Veranlassung, auf die zur Zeit noch in H. hängige Scheidungsklage des Ehemannes Rücksicht zu nehmen und gemäss dessen Eventualantrag den Entscheid des dortigen Gerichts über die Zuständigkeitsfrage abzuwarten.

Dispositiv

Demnach erkennt das Bundesgericht:
Die Nichtigkeitsbeschwerde wird abgewiesen.