Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 48 (1929)

Heft: 3

Artikel: Die Rechtsprechung in Ehescheidungs- und Trennungssachen nach schweizerischem Zivilgesetzbuch

Autor: Seeger, H.

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-895842

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

Download PDF: 21.08.2025

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, https://www.e-periodica.ch

Die Rechtsprechung in Ehescheidungs- und Trennungssachen nach schweizerischem Zivilgesetzbuch.

Von Rechtsanwalt Dr. H. SEEGER, a. Oberrichter in Arbon.

INHALTSVERZEICHNIS.

Einleitung 106a

Die speziellen Scheidungsgründe 118a

A. Der Ehebruch 118a

I. Zum Begriff 118a

II. Die Zustimmung zum Ehebruch 119a

III. Der Ehebruch als widerrechtliche Handlung . . 121a

B. Nachstellung nach dem Leben, schwere Ehrenkränkung, schwere Misshandlung . . 122a

a) Nachstellung nach dem Leben 122a

b) Schwere Ehrenkränkung 122a

c) Schwere Misshandlung 125a

C. Verbrechen und unehrenhafter Lebenswandel 126a

a) Das Verbrechen als Scheidungsgrund 126a

b) Der unehrenhafte Lebenswandel 128a

D. Die Verlassung 129a

E. Die Geisteskrankheit 132a

Der generelle Scheidungsgrund des Art. 142 . . . . . 136a

I. Allgemeines 136a

II. Der Begriff der tiefen Zerrüttung 139a

III. Die Bedeutung des Verschuldens 141a

a) Im ZGB 142a

b) Die Praxis des Bundesgerichts in der Anwendung des Art. 142, insbesondere Abs. 2 . . 144a

c) Die Scheidung ohne Verschulden 151a

d) Wechselseitiges Verschulden und Kompensation 157a

e) Das gemeinsame Scheidungsbegehren . . . 159a

Das Verhältnis der speziellen Scheidungsgründe zum generellen Scheidungsgrund der tiefen Zerrüttung 162a

Prozessuale und materielle Konkurrenz 162a

I. Der Rechtsgrund aller Scheidung 162a

II. Konkurrenz mehrerer Scheidungsgründe . . . 165a

III. Trunksucht und Konfessionswechsel 175a

Die Wartefrist 178a

Die Trennung 183a
Die Gestaltung der Elternrechte 192a
I. Das freie richterliche Ermessen und die Interessen der Kinder 193a
II. Die Rechtsprechung seit 1912 . . . . . 193a
III. Die Entziehung der elterlichen Gewalt und die Entziehung der Obhut 195a
IV. Die persönlichen Beziehungen der Eltern zu den Kindern (das Besuchsrecht) 197a
V. Die Kosten des Unterhalts und der Erziehung 199a
Die Abänderung des Scheidungsurteils 202a
I. Der Begriff 202a
a) Die Leistungen nach Art. 151. . . . . 202a
Die Aufhebung oder Herabsetzung der Rente nach Art. 153 Abs. 2. . . . . 203a
b) Die Änderung der Elternrechte 206a
II. Die Zuständigkeit zur Abänderung des Scheidungsurteils 207a
III. Der Gerichtsstand der Abänderungsklage 213a
Statistik der Ehescheidungen 218a
Thesen 227a

EINLEITUNG.

I. Gesetzgebung sowohl als Rechtsprechung in Ehescheidungssachen sind in hohem Masse von konfessionellen, moralischen und politischen Anschauungen beeinflusst und beherrscht. Entsprechend der Verschiedenheit dieser Anschauungen wird das Ehescheidungsrecht eines Staates bald als gut befunden, bald aufs herbste herabgesetzt, und die Ehescheidungsmöglichkeit durch grössere oder geringere Anforderungen an den gesetzlichen Tatbestand erschwert oder erleichtert. So wird der katholische Richter als Anhänger der kanonischen Lehre von der Unlösbarkeit des ehelichen Bandes nicht so leicht anzunehmen geneigt sein, dass eine Verletzung der ehelichen Pflichten die weitere Erreichung des ehelichen Ziels und eine Aussöhnung der entzweiten Gemüter unmöglich mache. So kann auch ein liberales Ehescheidungs-

recht nicht immer zum gewünschten Erfolge führen, wenn es von Richtern gehandhabt wird, deren politische und kirchliche Auffassung mit den liberalen Absichten des Gesetzgebers nicht korrespondieren. Anderseits vermag auch eine die Ehescheidung nicht begünstigende Gesetzgebung in manchen Fällen doch zum gewollten Ziele zu führen, wo eine strenge Auslegung des Gesetzes die Ehescheidung versagt hätte, sofern der Wunsch der Parteien auf Lösung des ehelichen Bandes bei der liberalen Auffassung des Richters vom Wesen der Ehe ein williges Gehör findet. Nicht die Ehescheidungsgesetzgebung allein bestimmt den Erfolg einer Scheidungsklage und die Zahl der Scheidungen im Verhältnis zu den angehobenen Scheidungsklagen, sondern ebensosehr die Intensität des religiösen, moralischen und staatlichen Bewusstseins eines Volkes und dessen Richter von der Bedeutung der Ehe für die Kirche, den Staat und die Gesellschaft im allgemeinen. In dem Masse, wie in einem Volke staatliches Verantwortlichkeitsgefühl und religiöse Gesinnung sinken und individualistische und materialistische Lebensauffassungen die Oberhand gewinnen, in dem Masse sinkt auch die Geneigtheit, um des Staates willen oder aus religiösen Gründen zusammenzubleiben. Dem nicht immer ins volle Bewusstsein tretenden Rückgang der staatlichen und religiösen Gesinnung entspricht aber durchaus nicht immer eine Verkümmerung und Verkennung der ehelichen Werte. Die steigende Zahl der Ehescheidungen ist kein Gradmesser für den sittlichen Gehalt der bestehenden Ehen eines Landes und für die Bewertung der Ehe als sittliche Institution an sich.

Es ist hier nicht der Ort, die Stellungnahme der Kirche und des Staates zur Ehescheidung in den verschiedenen Zeiten und Phasen der historischen Entwicklung zur Darstellung zu bringen. Wir wollen nur daran erinnern, dass bei allen Bestrebungen de lege ferenda auf dem Gebiete der Eheschliessung und der Ehescheidung mit Rücksicht auf die sittliche und religiöse Bedeutung

der Ehe die Kirche ihren Einfluss geltend machte in dem Sinne, dass sie den Gesetzgeber glauben zu machen versuchte, es sei die richtige Lösung und das Heil nur in der Befolgung und gesetzlichen Verwirklichung religiös-dogmatischer Ideen zu finden. Wir erinnern an die Kämpfe zwischen Kirche und Staat in Preussen um die Einführung der Zivilehe und die Bestrebungen der Kirche beider Bekenntnisse bei der Gestaltung des Ehescheidungsrechts in Preussen und im deutschen Reiche. Auch die Schweiz ist bei der Schaffung des einheitlichen Ehescheidungsrechts des Zivilstands- und Ehegesetzes und später des Zivilgesetzbuchs von Versuchen, das Eherecht und insbesondere das Scheidungsrecht in die Sphären einer starren Dogmatik zu ziehen, nicht verschont geblieben, wenn auch zu sagen ist, dass bei uns nicht in dem Masse wie in andern Staaten (wenigstens nach den parlamentarischen Verhandlungen beurteilt) die Ehe zum Tummelplatz theologischer Zänkereien gemacht wurde. Das ZEG erwies sich, wenigstens dem Wortlaute nach, gegenüber dem früheren Ehescheidungsrecht vieler protestantischer Kantone als eine Erschwerung der Ehescheidung, und vom ZGB wurde sowohl von katholischer als protestantisch-orthodoxer Seite wiederum eine Verschärfung der Ehescheidungsbestimmungen verlangt und teilweise auch, namentlich durch eine starke Betonung des Offizial-Prinzips, durchgesetzt. Die Hoffnungen auf eine Herabsetzung der Scheidungsziffern sind allerdings nicht in Erfüllung gegangen. Die Zahl der Scheidungen seit 1912 ist absolut und relativ beständig gestiegen. Wir werden im letzten Kapitel darauf zurückkommen. Diese Erscheinung beweist, dass die Mächte des realen Lebens stärker sind als Gesetze und kirchliche Dogmatik. Sie zwingen den Richter, einem strengen Gesetze einen Sinn zu geben, der weder dem Wortlaut des Gesetzes noch dem ursprünglichen Willen des Gesetzgebers entspricht. Es ist darum geboten, dass sich der Gesetzgeber bei der Regelung des Eherechts, das wie kaum ein Gebiet des Privatrechts so

sehr die Persönlichkeit und das sittliche und seelische Leben des Menschen erfasst, auch von den wahren Bedürfnissen und Notwendigkeiten des Lebens leiten lasse. Er muss sich daran erinnern, dass der Staat für diese Welt und von dieser Welt ist und die staatliche Gesetzgebung nicht einem unerreichbaren Vollkommenheitsideal oder absoluten Dogmen entsprechen kann, wenn sie nicht in ein arges Missverhältnis zum realen Leben mit allen seinen moralischen Unvollkommenheiten und Schwächen kommen will. „Das Recht darf die individuelle Freiheit nach dem Masstabe moralischer Vollkommenheit weder bemessen, noch nach demselben beschränken". (Bluntschli.) Es ist deshalb nur ein Gebot der Politik als des praktisch Erreichbaren und Zweckmässigen, wenn der Staat das Eherecht unbeeinflusst von Kirche und Dogma ausschliesslich nach rechtlichen und politischen Gesichtspunkten ordnet. Auch die katholische Kirche konnte auf die Dauer das Dogma von der Unlösbarkeit der Ehe nicht über das Leben setzen, und die Auffassung von der sakramentalen Natur der Ehe (die übrigens erst seit dem 10. Jahrhundert sich entwickelt hat) hat doch durch die Zulassung der Trennung von Tisch und Bett einen empfindlichen Stoss erlitten. Es ist übrigens anzuerkennen, dass die katholische Kirche in der Schweiz der Schaffung eines verhältnismässig modernen, der Rechtsüberzeugung und dem sittlichen Empfinden des Volkes in seiner überwiegenden Mehrheit entsprechenden Ehescheidungsrecht keine grossen Schwierigkeiten bereitete und dass die Vertreter der konservativen Partei loyal gegen etwelche Zugeständnisse an das Gewissen des katholischen Volksteils, auf welche wir in einem folgenden Abschnitt zu sprechen kommen werden, an der Schaffung eines den historisch gegebenen Verhältnissen und Anschauungen entsprechenden Ehescheidungsrechts mitgewirkt haben. Der Staat hat seine unbedingte Selbständigkeit in der Gesetzgebung und Rechtsprechung in Ehesachen gewahrt. Er braucht sich keiner Übergriffe

von kirchlicher Seite zu erwehren noch solche zu befürchten, wie auch anderseits die Anhänger einer strengen Observanz keinen Anlass zu Klagen über allzu grosse Leichtigkeit der Ehescheidung haben. Das Ehescheidungsrecht des ZGB ist ein Kompromiss, nicht zwischen Kirche und Staat, aber zwischen zwei extremen Tendenzen. Es stellt aus dem Chaos der Meinungen eine zwar nicht goldene, aber annehmbare mittlere Lösung dar, indem es das Erreichbare und Zweckmässige mit Mässigung und Besonnenheit vereinigt. Sein grosser Vorzug namentlich gegenüber dem Scheidungsrecht des BGB besteht darin, dass es nicht wie dieses einzig (mit Ausnahme der Geisteskrankheit) auf das Verschulden des beklagten Ehegatten abstellt, sondern die Ehescheidung von der Beantwortung der Frage abhängig macht, ob unter den bestehenden Verhältnissen die Ehe als so tief zerrüttet betrachtet werden muss, dass den Ehegatten die Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft nicht mehr zugemutet werden darf. Im Tatbestand der tiefen Zerrüttung der Ehe liegt der Kardinalpunkt, auf diese gründet sich der Ehescheidungsanspruch. Auf das Verschulden an dieser Zerrüttung kommt es im wesentlichen nicht an. Die Scheidung nur aus Verschulden ist im Grunde genommen gar kein besonders sittlicher Gedanke. Die Klage auf Scheidung wegen Verschuldens ist vindictam spirans.

II. Das Ehescheidungsrecht und die Rechtsprechung in Ehescheidungssachen sollte logischerweise der Auffassung angepasst sein, welche Gesetzgeber und Richter vom Zweck der Ehe haben. Vom Standpunkte des Staates aus gesehen scheinen allerdings die Zwecke der Ehe die Gestaltung der Scheidungsgesetzgebung in sehr verschiedener Weise beeinflusst zu haben, trotzdem es wohl kaum eine soziale Institution gibt, welche im Laufe der historischen Entwicklung so wenig dem Zweckwandel unterworfen war, wie gerade die Ehe als eine Verbindung zwischen Mann und Weib zu geschlechtlicher,

häuslicher und geistiger Gemeinschaft. Trotz der relativen Unwandelbarkeit des Zwecks der Ehe haben die Staaten im Laufe der Zeiten, abgesehen vom Einfluss der Kirche und des Christentums, der Ehescheidung gegenüber die verschiedenste Haltung eingenommen, von der Gewährung der Selbstscheidung bis zur gesetzlichen Anerkennung des Unauflöslichkeitsdogmas in den unter der moralischen Herrschaft der Kirche stehenden Staaten des Mittelalters und der Neuzeit. Auch die von der Herrschaft der Kirche in Ehesachen freien Länder weisen eine ganze Stufenreihe von Verschiedenheiten des Ehescheidungsrechts auf, strenge und milde Auffassungen in bunter Folge, je nach den herrschenden sittlichen Anschauungen der Völker oder den philosophischen, moralischen, sozialen und juristischen Auffassungen ihrer Fürsten und Regierungen. Da die Ehe nicht nur einem Zwecke dient, mag auch der Wandel in der Bewertung der verschiedenen Zwecke, eine Verschiebung des Schwergewichts von einem Zweckmoment auf ein anderes, auf die Gestaltung des Ehescheidungsrechts eingewirkt haben. So war bekanntlich das Scheidungsrecht des preussischen allgemeinen Landrechts stark vom Populationsprinzip beeinflusst. Oberster Zweck der Ehe war wie bei den Griechen und Römern die Erhaltung und Fortpflanzung der Familie. War eine Ehe unfruchtbar, so wurde leicht die Scheidung bewilligt, weil damit die Möglichkeit verbunden war, dass aus einer andern Verbindung der Ehegatten doch noch Kinder zur Welt gebracht werden könnten. „Wird ein solches Paar geschieden, und das Weib heiratet dann einen andern Kerl, so kommen doch noch eher Kinder davon."

III. Von entscheidender Bedeutung bei der Rechtssetzung und Rechtsprechung in Ehescheidungssachen ist die juristische, philosophische und theologische Auffassung des Gesetzgebers und Richters über das Wesen der Ehe. Ist die Ehe eine göttliche oder eine menschliche Einrichtung, ist die Ehe eine objektive, vorwiegend

sittliche Ordnung, welche über der subjektiven Freiheit der Ehegenossen erhaben steht, oder ist sie ein Vertragsverhältnis, das auf dem freien Willen der Parteien beruht und demnach auch mit deren Willen wieder aufgehoben werden oder von dem eine Partei zurücktreten kann, wenn der Vertrag nicht erfüllt wird oder die Erfüllung aus irgend welchen Gründen überhaupt nicht oder nicht gehörig bewirkt werden kann? Nach der naturrechtlichen Anschauungsweise ist die Ehe ein durch das Prinzip der Freiheit der Ehegatten reguliertes, auch bei zufälliger Vereitelung der sogenannten Ehezwecke in sich zusammenfallendes Vertragsverhältnis. Auf dieser Auffassung beruht der vielumstrittene Scheidungsgrund des gemeinsamen Begehrens oder des gegenseitigen Einverständnisses (consentement mutuel). Wenn die Ehe eine freiwillig eingegangene Verbindung ist, so soll den Eheleuten das Recht gegeben sein, sie im gegenseitigen Einverständnis zu lösen. Weil der Staat die Menschen nicht zur Ehe zwingt, so soll er auch nicht die Befugnis haben, sie zur Aufrechterhaltung dieser Verbindung gegen ihren Willen zu nötigen. Man hat gegen diese „niedrige" Vertragsauffassung zur Rettung der Ehe um jeden Preis mit vielerlei Argumenten gekämpft, weniger mit rechtlichen als mit politischen und moralischen, und an masslosen Übertreibungen hat es dabei nicht gefehlt.

Die Ehe ist ein ziviler Kontrakt, wenn sie in der bürgerlichen Form der Eheschliessung vor dem Zivilstandsbeamten abgeschlossen wurde. Die Verlobten erklären beidseitig persönlich und unbedingt vor dem zur Entgegennahme dieser Erklärung zuständigen Standesbeamten, dass sie die Ehe miteinander eingehen wollen. Dieser gegenseitige Konsens begründet aber ein Rechtsverhältnis ganz besonderer Natur, das eine Auflösung wiederum durch blossen gegenseitigen Konsens unter Beobachtung von dem Eheschliessungsakt entsprechenden Formen nicht verträgt. Einmal ist die Ehe ein familienrechtliches Verhältnis, für dessen Entstehung und Be-

endigung nicht analog obligationen- oder sachenrechtliche Regeln und Begriffe angewendet werden können. Dazu kommt die eigenartige Natur dieses familienrechtlichen Verhältnisses. Die Ehe ist die vom Recht anerkannte Verbindung von Mann und Frau zu voller und dauernder Lebensgemeinschaft. Dieser sittlichen Idee lag schon die römische Ehe nach der bekannten Definition des Modestinus zu Grunde. Diesem auch von der modernen Kulturwelt noch anerkannten Sinn der Ehe entsprechend hat auch das Recht die Ehe gestaltet und ihr einen der sittlichen Idee entsprechenden Inhalt gegeben. Es anerkennt Namens-, Standes- und Wohnsitzgemeinschaft und die Pflicht zu gemeinsamem Leben und einträchtigem Zusammenwirken zum Wohl der Gemeinschaft und der Kinder. Die Herstellung voller Lebensgemeinschaft entspricht nicht nur dem sittlichen Ideal europäischer Kulturanschauung, sondern sie ist auch Zweck und Ziel der Ehe nach der Rechtsordnung. Während ältere Gesetze auch der sittlichen Seite des ehelichen Verhältnisses irgendwelchen Ausdruck geben, enthalten sich die neuern Gesetze meist einer Bestimmung des Wesens der Ehe und beschränken sich auf die Fixierung der rechtlichen Wirkungen. Es ist auch nicht die Aufgabe des objektiven Rechts, das Wesen der Ehe begrifflich zu umschreiben. Es darf auf die sittlichen Vorstellungen von der Ehe, auf der durch Sitte, Religion, Erfahrung und Lebensanschauung eines Volkes gegebenen und für einen bestimmten Zeitabschnitt gültigen Anschauungen vom Wesen und Zweck der Ehe aufbauen und diese als stillschweigend gegeben voraussetzen. Das ZGB hat in Art. 159—161, insbesondere in Art. 159 in weitgehendem Masse der sittlichen Idee der Ehe durch Umschreibung der Rechte und Pflichten der Ehegatten Ausdruck gegeben. So normiert es die gegenseitige Pflicht zu Treue und Beistand. Dementsprechend hat der relative Scheidungsgrund des Art. 142 im wesentlichen seine Ausgestaltung und seinen Inhalt

gefunden. Der sittliche Gehalt der Ehe hat negativ auch darin teilweise eine Umschreibung gefunden, als die Verletzung der aus dem ehelichen Verhältnis entspringenden sittlichen Pflichten unter Umständen einen Anspruch auf Scheidung begründen kann.[1])

Ist also nach der juristischen Definition die Ehe eine rechtliche und sittliche Ordnung zugleich, ein zu voller und auf die Dauer berechnete Lebensgemeinschaft verpflichtendes Lebens- und Rechtsverhältnis (wobei der Inhalt der Gemeinschaftspflicht vom Gesetzgeber nicht umfassend bestimmt werden muss und kann, sich vielmehr nach der Persönlichkeit der Ehegatten, deren wirtschaftlichen und sozialen Lage beurteilt), so kann es nicht im freien Belieben der Ehegatten stehen, dieses Rechtsverhältnis aufzulösen mit der Begründung, der Staat zwinge die Menschen auch nicht zur Ehe, also haben sie auch das Recht, eine freiwillig eingegangene Verbindung im gegenseitigen Einverständnis zu lösen. Wohl trifft zu, dass der Staat die Menschen nicht zur Ehe zwingt. Er knüpft das Recht zur Eingehung einer Ehe nur an gewisse Voraussetzungen, Ehemündigkeit, Urteilsfähigkeit, Fehlen von Ehehindernissen. Allein es steht in der Befugnis des Staates, gemäss dem von ihm auch juristisch anerkannten Wesen und dem geforderten Ziel und Zweck der Ehe die Auflösung dieses Rechtsverhältnisses entweder ganz zu verbieten oder an mehr oder weniger schwere Bedingungen zu knüpfen. Dabei muss der Staat allerdings voraussetzen, dass die Eheleute bei Abschluss des Ehekontraktes sich der damit verbundenen Pflichten bewusst seien. Das Gesetz fordert deshalb die natürliche Handlungsfähigkeit und diejenige geistige Reife, die zum Bewusstsein dieser Pflichten erforderlich ist oder sein könnte. Es ist aber schon ganz bedenklich, wenn das Gesetz zulässt, dass der Mangel an dieser Einsicht gegebenenfalls durch das Mitwirken des gesetzlichen Vertreters einer

[1]) Über das Wesen der Ehe nach der Auffassung des Schöpfers des ZGB siehe Erläuterungen zum ZGB S. 144.

eheunmündigen Person (Eltern, Vormund) ergänzt (oder ersetzt) werden kann. Im Prinzip der Freiheit zur Ehe, „des höchst persönlichen Rechts zur Ehe" krankt die staatliche Ehegesetzgebung. Der Staat tut viel zu wenig zur Verhütung leichtsinniger Eheschliessungen. Er beugt nicht vor und ist auch nicht leicht in der Lage, das zu tun. Er lässt Leute Ehen eingehen, die sich der daraus fliessenden Pflichten nicht bewusst sind, bei denen viele oder alle Voraussetzungen zu einer gedeihlichen Ehe fehlen. Muss der Staat aber ohnmächtig dulden, dass Ehen geschlossen werden, die von Anfang an schon den Keim der Zerrüttung in sich tragen, dann ist es auch nur gerecht und folgerichtig, wenn er anderseits die Möglichkeit der Auflösung dieses Rechtsverhältnisses, den Rücktritt von einem Vertrag, dessen Erfüllung unmöglich geworden ist, in ausreichendem Masse gewährt. Das bei der Eigentümlichkeit dieses Rechtsverhältnisses praktisch einzig anwendbare Rechtsschutzmittel ist die Ehescheidung.

Der Staat hat kein Interesse an der Aufrechterhaltung von nachweislich verfehlten und in ihrem innern Wesen zerrütteten Ehen. Diese Ehen fördern das Wohl der Gesellschaft keineswegs. Also sind sie staatszweckwidrig; denn das gesellschaftlich Zweckmässige muss für den Staat Masstab und Norm sein. Darum fordert das staatliche Zweckprinzip die Auflösbarkeit der Ehen, deren Zweck vereitelt, deren sittliche Grundlagen zerstört und denen die Voraussetzungen zu einer wahren Lebensgemeinschaft abhanden gekommen sind. Wenn schon der Staat die Ehe als eine rechtliche und sittliche Ordnung betrachtet wissen will, dann darf er, wenn die sittlichen Grundlagen fehlen, die Ehe nicht durch äussern Zwang aufrecht erhalten wollen, weil unsittliche Zustände gesellschaftlich nutzlos, ja vielmehr gefährlich sind.

Die Familie ist, wenn auch nicht mehr im Sinne vergangener Zeiten, die Grundlage des Staates, und weil die Familie auf der Ehe beruht, ist es notwendig, dass

die Ehen gesund seien, weil sonst der Staat in seinen Fundamenten krank ist. Allerdings wird der Bestand des Staates durch eine verhältnismässig geringe Zahl zerrütteter Ehen noch nicht gefährdet. Indessen besteht der Zweck des Staates nicht allein darin, dass er bestehe, sondern in der Förderung des Wohls der Gesamtheit und des Einzelnen. Damit ist aber die Aufrechterhaltung einer Ehe, in welcher die Vorbedingungen zur Erfüllung der ehelichen Zwecke und Pflichten und eines geordneten wirtschaftlichen Fortkommens nicht mehr vorhanden sind, unverträglich. Der Staat wird durch die Auflösung von Ehen, in denen Glück und Liebe und Segen fehlen, weniger geschädigt als dadurch, dass er solche Ehen zwangsweise aufrecht erhält. Das gesetzliche Schutzmittel, ein dem Gesellschaftszweck entsprechend normiertes Ehescheidungsrecht, ist immer noch besser als die verpönte Selbstscheidung, zu welcher die Menschen sonst gezwungen werden, wenn ihnen die Auflösung einer unglücklichen Ehe allzu sehr erschwert oder verunmöglicht wird.

In den obern Klassen der Gesellschaft hat das Ehescheidungsrecht nicht die Bedeutung wie bei der grossen Masse der Bevölkerung. Wohlhabende Personen, die innerlich getrennt sind und nicht mehr zusammenleben wollen, empfinden den Zwang einer strengen Ehegesetzgebung weniger als die mittleren und ärmeren Klassen der Bevölkerung. Wohlhabende Leute können sich selbst helfen, indem sie sich trennen. Ihre Selbsterhaltung wird dadurch nicht in Frage gestellt. Jeder Ehegatte hat seine eigene Wohnung und kann seinen Neigungen und seinem Beruf nachgehen. Und schliesslich, wenn es doch zur gesetzlichen Scheidung kommen soll, fehlt es am Gelde nicht, um den Prozess durch alle Instanzen zu betreiben. Für die grosse Masse der Bevölkerung dagegen ist der Zwang zum Zusammenleben in einem zerrütteten und zweckwidrigen Verhältnis nicht so leicht zu ertragen. Mann und Frau sind auf einander angewiesen, zusammen-

zuleben in der gleichen Wohnung und mit vereinten Kräften zur Erhaltung der wirtschaftlichen Existenz und zur Erreichung der ehelichen Zwecke zu wirken. Diese Zusammenarbeit wird in einer unglücklichen und unsittlichen Ehe erfahrungsgemäss ausserordentlich erschwert, wenn nicht verunmöglicht. Solchen Ehegatten wird das gezwungene Verbleiben in der Ehe zur doppelten Qual. Darum sollte in diesen Fällen schon um der Gerechtigkeit und Menschlichkeit willen die Scheidung gewährt werden.

Grundsatz und Ziel der Gesetzgebung und Rechtsprechung in Ehescheidungssachen soll sein: Das Ehescheidungsrecht ist ausschliesslich nach rechtlichen und staatspolitischen Gesichtspunkten zu normieren und zu handhaben, unter Ausschluss aller religiösen Motive und kirchlicher Beeinflussung. Das Recht auf Ehescheidung soll dann gegeben sein, wenn das Ziel der ehelichen Gemeinschaft, die Herstellung der vollkommenen Verbindung des Lebens und Seins der Ehegatten sich nicht mehr erreichen lässt. Nicht darauf kommt es letzten Endes an, ob ein als absoluter Ehescheidungsgrund bezeichneter Tatbestand eingetreten sei. Diese mögen für den Durchschnitt der Fälle genügen und die Scheidung in der Regel rechtfertigen. Im Mittelpunkt der richterlichen Deduktion muss die Frage nach der Zerrüttung der Ehe stehen. Ist erst der Grundgedanke der ehelichen Verbindung, das Wesen der Ehe richtig erkannt, dann bieten Rechtssetzung und Rechtsprechung in Ehescheidungssachen keine besondern Schwierigkeiten. Das und die Kenntnis der Begriffe und Methoden einer richtigen Rechtsprechung vorausgesetzt, könnte das Recht von der Bestimmung einzelner Ehescheidungsgründe absehen und es bei dem Satze bewenden lassen: Auf Scheidung der Ehe ist dann zu erkennen, wenn ein wichtiger Grund dafür vorliegt. Diesem theoretischen Ideal ist das Nachtragsgesetz vom 3. Februar 1862 zum Bundesgesetz betreffend die Scheidung ge-

mischter Ehen vom 3. Dezember 1850 ziemlich nahegekommen. Es bestimmt in Art. 3: „Das Bundesgericht urteilt über die Frage der Ehescheidung nach bestem Ermessen. Dasselbe wird in allen Fällen die gänzliche Scheidung aussprechen, in welchen es sich aus den Verhältnissen ergibt, dass ein ferneres Zusammenleben der Ehegatten mit dem Wesen der Ehe unverträglich ist.“ Das war der einzige in diesem Gesetz genannte Scheidungsgrund. Eine zukünftige Gesetzgebung wird sich vielleicht mit der Beschränkung auf einen allgemeinen Scheidungsgrund, die Scheidung aus wichtigen Gründen, begnügen.

Die speziellen Scheidungsgründe.

A. Der Ehebruch.

I. Zum Begriff des Ehebruchs gehört nach zivil- und strafrechtlicher Auffassung die Vollziehung des Beischlafs zwischen zwei Personen, von denen mindestens eine mit einer dritten Person verheiratet ist. Unter Vollziehung des Beischlafs verstehen wir die Vereinigung der Geschlechtsteile, das Eindringen des männlichen Gliedes in die Scheide. Eine blosse äussere Berührung der Geschlechtsteile genügt nicht, ebenso ist nicht erforderlich, dass Samenentleerung in die Scheide stattgefunden habe. Demnach kann der Versuch des Ehebruchs nicht unter Art. 137 fallen, vermag aber, wie unzüchtiger Lebenswandel, dringender Verdacht des Ehebruchs, widernatürliche Unzucht, die Scheidung aus Art. 142 zu begründen.

Zum Beweis des Ehebruchs ist nicht erforderlich, dass die Person, mit welcher der Ehebruch begangen wurde, im Urteil festgestellt sei, noch dass Ort und Zeit des Ehebruchs genau bestimmt werden können. Es kommt nur darauf an, und diese Gewissheit hat sich der Richter von Amts wegen zu verschaffen, dass Ehebruch überhaupt vorliegt. Aus dem Gesetze lässt sich dafür kein Anhalt gewinnen, dass der Richter verpflichtet sei,

Beweiserhebungen zum Zwecke der Feststellung der Person des andern Ehebrechers oder von Ort und Zeit des Ehebruchs anzuordnen. Es genügt zur Begründung der Scheidungsklage oder Widerklage wegen Ehebruchs, wenn festgestellt wird, dass der verklagte Teil die Ehe gebrochen habe.

II. Die Zustimmung zum Ehebruch. Die ratio legis des Klageausschlusses wegen Zustimmung zum Ehebruch ist die, dass der zustimmende Teil zu erkennen gegeben hat, das Verhalten des andern Teils berühre ihn nicht derart, dass ihm die Fortsetzung der Ehe unerträglich wäre. Es macht keinen Unterschied aus, ob die Zustimmung für einen bestimmten einzelnen Fall oder allgemein, ob sie im voraus oder nachträglich erteilt sei. Erforderlich ist nur, dass die Zustimmung ernst gemeint sei. Blosse Kenntnis des Ehebruchs, auch wenn sie seit langem datiert und keinen Protest zur Folge hatte, genügt nicht zur Annahme einer stillschweigenden Zustimmung des andern Ehegatten. Es können diesen verschiedene Gründe von der Klage abhalten, namentlich religiöse Gründe oder auch energielose Schlaffheit.[2]) Zur Kenntnis des Ehebruchs, wenn sie als Zustimmung gewertet werden soll, muss ein ausdrücklich oder stillschweigend billigendes Verhalten hinzutreten. Als solches gilt, wenn der Kläger schon seit Jahren vom Ehebruch der Beklagten Kenntnis hatte, dessen Fortsetzung aber duldete und gleichwohl mit der Beklagten in Frieden lebte und den ehelichen Verkehr mit ihr aufrecht erhielt. Durch ein solches Verhalten beweist der Kläger, dass er das jahrelang ihm erwiesene Unrecht, das er übrigens auch der Beklagten durch eigenen vielfachen Ehebruch zufügte, verwunden habe und dass ihm zugemutet werden könne, die Ehe mit der Beklagten fortzusetzen, nachdem ihm diese die Zusicherung gegeben hatte, ihre Beziehungen mit Y abzubrechen.[3])

[2]) BG Bd. 40 II S. 442 ff.
[3]) BG Bd. 52 II S. 318 ff.

Ein Ehegatte ist berechtigt, die für die Zukunft berechnete Zustimmung zu Ehebrüchen des andern Ehegatten jederzeit zu widerrufen. Der Widerrufende muss aber dem andern Teil deutlich zu erkennen geben, dass eine Fortsetzung der Verletzung der ehelichen Treue mit seiner ehelichen Gesinnung nicht mehr vereinbar wäre und ihm die Ehe unerträglich machen würde. Die Anhebung der Scheidungsklage wegen Ehebruchs gilt als Widerruf der Zustimmung zum ehebrecherischen Verkehr.[4]) Der Widerruf einer allgemeinen Zustimmung ist zulässig aus Gründen des öffentlichen Interesses, welches darin besteht, dass derart anormale Zustände nicht aufrecht erhalten bleiben.[5]) Wie verhält es sich mit dem Widerruf der Zustimmung des Ehemannes zum gewerbsmässigen Betrieb der Unzucht seitens seiner Ehefrau? Zu dieser Frage scheint sich die schweizerische Rechtsprechung, wenigstens soweit sie mir zugänglich war, noch nicht geäussert zu haben. Wenn ein Ehemann während einer Reihe von Jahren damit einverstanden war, dass seine Frau sich der Prostitution ergab, die ihr die Mittel zum Unterhalt gewährte, so ist dem Manne zwar noch nicht für alle Zukunft das Recht benommen, sich über die eheliche Untreue seiner Frau zu beschweren; allein in diesem Falle würde doch nicht einmal eine ausdrückliche, noch weniger eine stillschweigende Willensäusserung, das Einverständnis zurückzuziehen, genügen, um ihm das Klagerecht aus Art. 137 zurückzugeben, „sofern diese Willensäusserung nicht nachweislich von einer geänderten ethischen Auffassung seiner eigenen Stellung und dem Bestreben begleitet ist, der infolge seiner Mitschuld gesunkenen Frau das Verlassen der bisherigen, zu einem Erwerbs- und Nährungszweige gewordenen Laufbahn und Rückkehr zu geordneten Verhältnissen zu ermöglichen. In der blossen Klageerhebung, die sich auf vorausgegangene Ehebrüche stützt, kann

[4]) BG Bd. 40 II S. 442 ff.
[5]) BG Bd. 40 II S. 442 ff.

jedoch eine solche innerliche und äusserliche Wandlung nicht gefunden werden".[6])

III. Der Ehebruch ist eine widerrechtliche Handlung im Sinne des Art. 41 ff. OR, die gegenüber dem Dritten, der sich in gewissenloser Weise in das eheliche Verhältnis eindrängte, die Ehefrau von ihren ehelichen Pflichten abzog und die Entzweiung der Ehegatten herbeiführte, einen Schadensersatzanspruch begründen kann. Schon die Entfremdung und Entzweiung der Ehegatten, es braucht nicht zum Ehebruch gekommen zu sein, ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung eine schuldhafte Handlungsweise, die als entfernte Teilursache gelten kann für Vermögensschädigungen, die mit der Zerrüttung der Ehe, deren Auflösung und der dadurch herbeigeführten Trübung und Lockerung anderweitiger, namentlich geschäftlicher Beziehungen, zusammenhängen. Es genügt zur Begründung eines Schadensersatzanspruchs schon die Störung und Aufhebung des bisherigen Familienlebens und die damit verbundenen Aufregungen, wenn sie geeignet waren, die Arbeitskraft und die Arbeitsfreudigkeit des verletzten Ehegatten vorübergehend zu lähmen. Die Entzweiung der Ehegatten wird durch Ehebruch noch besonders erschwert. In diesem Falle, wo das Verschulden sowohl als die Verletzung der persönlichen Verhältnisse besonders schwer sind, rechtfertigt sich unter Umständen die Zusprechung einer Genugtuungssumme nach Art. 49 OR, wobei der Genugtuungsbetrag mit dem Ersatzbetrage für den materiellen Schaden wegen der Schwierigkeit der proportionalen Abstufung der Geldsumme zur Schwere des Verschuldens unausgeschieden bleiben kann.[7]) Der Anspruch auf Ersatz des materiellen und moralischen Schadens kann sich gegen den schuldigen Ehegatten wie

---

[6]) OLG Kolmar, 2. November 1901 im „Recht", 1901 S. 591, No. 2485, abgedruckt in Tunica-Goldschmidt, Ehescheidungsrecht, S. 83 No. 21.

[7]) BG Bd. 43 II S. 323 ff. E. 5 und 6.

gegen seinen Mitschuldigen richten. Der Anspruch kann auf Ersatz der Prozesskosten des Scheidungsprozesses gehen. Immerhin soll der beleidigte Ehegatte aus der ihm angetanen Ehrenkränkung kein Kapital schlagen dürfen.[8])

B. Nachstellung nach dem Leben, schwere Ehrenkränkung, schwere Misshandlung.

a) Nachstellung nach dem Leben. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts und der obern kantonalen Instanzen in Anwendung des Art. 138 ZGB ist nur durch einige wenige publizierte Entscheide vermittelt. Die Nachstellung nach dem Leben kommt als Ehescheidungsgrund selten vor und dürfte meistens auch schwer nachzuweisen sein. Mit Rücksicht auf das Wesen der Ehe kommt es nicht darauf an, dass die Handlung von der Vorbereitung bis zum Versuch fortgeschritten, ob das Mittel tauglich oder untauglich oder ob der Täter vom Versuch zurückgetreten sei. Es genügt, dass die Gesinnung und die Absicht, den Tod des andern Ehegatten sich zum Ziel zu setzen, in einer dem andern Teil erkennbaren, dessen eheliche Gesinnung vernichtenden Weise, ernstlich (täglich oder vielfach sich wiederholende stereotype Drohungen genügen nicht) sich betätigt habe. Ob dazu vorbedachtes Handeln erforderlich sei, oder ob auch ein plötzlicher, in der Erregung gefasster Entschluss genüge, das hängt von den Umständen des einzelnen Falles, insbesondere vom Charakter und der psychischen Veranlagung des Handenlnden ab.

b) Der Begriff der schweren Ehrenkränkung fällt nicht zusammen mit dem strafrechtlichen Begriff der Ehrverletzung.[9]) Sie liegt nur in solchen Beleidigungen, wie das Bundesgericht schon unter der Herrschaft des ZEG feststellte, welche, sei es vermöge des durch sie bekundeten Grades von Bosheit, Hass oder

---

[8]) Bern App.hof, 29. Sept. 1925, SJZ 23. Jahrg. S. 332.

[9]) Baselstadt, Ziv.Ger. 1. Dez. 1917, SJZ 15. Jahrg. S. 47.

Verachtung auf seiten des Beleidigers, sei es wegen ihrer objektiven Ehrenrührigkeit, so schwerer Art sind, dass dem beleidigten Teil die Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft mit dem Beleidiger ehrenhafterweise nicht mehr zugemutet werden kann.[10]) Diese Begriffsbestimmung stellt sowohl auf objektive als auf subjektive Momente ab. Jedenfalls darf eine besondere Überempfindlichkeit des beleidigten Ehegatten nicht berücksichtigt werden. Die Ehrenkränkung muss unter den Umständen, unter denen sie begangen wurde, ihrer Beschaffenheit nach allgemein geeignet sein, die eheliche Gesinnung des beleidigten Ehegatten zu zerstören, und man darf nicht allein darauf abstellen, ob gerade dieser Ehegatte die Beleidigung besonders schwer empfinde. Die Überempfindlichkeit dem andern Ehegatten gegenüber ist nicht ein Zeichen ehelichen Pflichtbewusstseins und guter ehelicher Gesinnung. Diese aber muss zum Maßstabe genommen werden bei Beurteilung der Frage, ob dem beleidigten Teil ein derartiges Unrecht angetan worden sei, dass ihm die Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft nicht mehr zugemutet werden könne, oder ob er das ihm widerfahrene Unrecht zu verwinden habe. Eine objektiv und subjektiv an sich schwere Ehrenkränkung kann unter Umständen eine Scheidungsklage aus Art. 138 doch nicht rechtfertigen dann, wenn die beleidigenden Äusserungen in der Erregung oder Übereilung gefallen sind, oder in Wahrnehmung berechtigter Interessen, und wenn die Absicht zu beleidigen weder aus der Form noch den Umständen hervorgeht.

Schimpfwörter wie „Sau“ und „Hure“ bedeuten keineswegs immer schwere Beleidigungen, namentlich dann nicht, wenn sie nicht Bezug nehmen wollen auf bestimmte Vorgänge, wenn sie nicht bestimmte Vorwürfe geschlechtlicher Ausschweifungen enthalten, sondern als Schimpfwörter allgemeiner Natur gebraucht werden.

---

[10]) BG Bd. 10 S. 544.

Die soziale Stellung und der Bildungsgrad der Eheleute ist in solchen Fällen oft ausschlaggebend, da erfahrungsgemäss die Empfindlichkeit groben Schimpfereien gegenüber in Relation steht zu den sozialen und moralischen Qualitäten der Eheleute.

Es liegt in der Natur der Sache, dass im Scheidungsprozess, wo die Ehegatten sich als streitende Parteien, oft von masslos feindschaftlichen Gefühlen beseelt gegenüberstehen, die Mittel zum Angriff oder zur Verteidigung nicht erst nach der möglichen Wirkung auf das Ehrgefühl des Gegners abgewogen werden. Sie werden durch das Prozessverfahren veranlasst, alles vorzubringen, was ihnen zur Durchführung ihrer Ansprüche geeignet erscheint. So werden oft Tatsachen vorgetragen, welche den Gegner kränken. Sind die Behauptungen unwahr oder bleiben sie unbewiesen, so kann gleichwohl in ihnen nicht ohne weiteres eine schwere Ehrenkränkung erblickt werden, es wäre denn, dass die Behauptungen wider besseres Wissen, über die Grenzen der Rechtsverfolgung hinaus, oder in hohem Grade leichtfertig und zum Zwecke, die Gegenpartei zu kränken, aufgestellt wurden. Nur in diesem Falle kann die Art der Prozessführung selbst einen Scheidungsgrund abgeben, vorausgesetzt, dass sie der Partei selbst und nicht etwa deren Anwalt zur Last fällt. Dass aber eine schwere Ehrenkränkung im Scheidungsprozess nur deshalb als Scheidungsgrund nicht in Betracht komme, weil sie, da erst im Scheidungsprozess vorgebracht, an der tiefen Zerrüttung keinen Anteil gehabt habe, ist eine rechtlich zu beanstandende Auffassung. Das Gesetz fragt nicht nach dem Zeitpunkte der schweren Ehrenkränkung oder Misshandlung oder Nachstellung nach dem Leben. Es genügt, dass diese Handlungen mit ihren ehezerrüttenden Wirkungen sich während des Bestandes der Ehe ereignet haben, und es ist nicht einzusehen, weshalb eine an sich schon morsche, aber noch nicht ganz scheidungsreife Ehe nicht geschieden werden sollte, weil das die tiefe Zerrüttung begründende

Moment erst im Verlauf des Scheidungsprozesses eingetreten ist.[11])

c) Ob eine Misshandlung sich als schwere darstelle, kann nicht allein nach den objektiven Folgen beurteilt werden. Misshandlungen im Sinne des Art. 138 sind Tätlichkeiten, gleichviel, ob diese schwere oder leichte oder gar keine Körperverletzungen in strafrechtlichem Sinne zur Folge haben. In diesem Sinne bleibt eine schwere Misshandlung eine solche, gleichviel, wodurch sie veranlasst wurde (eine durch schwere Provokation des Verletzten veranlasste Tätlichkeit kann den Beklagten entschuldigen). Die schwere Misshandlung an sich ist vorhanden unabhängig vom subjektiven Empfinden des Verletzten sowohl als von den Wirkungen auf die körperliche Integrität desselben. Ob aber eine objektiv festgestellte schwere Misshandlung als Scheidungsgrund gelten könne, das hängt vom Sachverhalt des einzelnen Falles ab, d. h. es ist Rücksicht zu nehmen auf die Standesverhältnisse, den Bildungsgrad der Parteien, auf die Art, wie die Misshandlungen verübt wurden (z. B. erfolgte die Misshandlung öffentlich, oder vor den Augen Untergebener in erniedrigender, blosstellender Weise; solche Tätlichkeiten dürften wohl in den meisten Fällen, auch wenn sie keine erheblichen objektiven Folgen gezeitigt haben, als schwere Misshandlungen gelten). Die grobe Misshandlung kann immer nur dann als spezieller Scheidungsgrund in Betracht kommen, wenn sie geeignet ist, das eheliche Verhältnis so tief zu zerrütten, dass dem klagenden Ehegatten die Fortsetzung der Ehe nicht mehr zugemutet werden kann. Hierin liegt das entscheidende Kriterium. Ist die Misshandlung objektiv nach Lage der Verhältnisse keine schwere, so kann die Scheidung aus Art. 138 nicht ausgesprochen werden, wobei aber, sofern ein diesbezüglicher Klageantrag vorliegt, gleichwohl zu

---

[11]) Gegen die im Text vertretene, in der deutschen Scheidungspraxis herrschende Auffassung, BG Bd. 30 II S. 14.

prüfen ist, ob das Verhalten des Beklagten ganz oder teilweise die Ursache einer tiefen Zerrüttung der Ehe gewesen war.

Nachstellung nach dem Leben, schwere Ehrenkränkung und schwere Misshandlung sind Tatbestände, die geeignet sind, die Ehe tief zu zerrütten. Ob die verletzte Partei aus dem speziellen oder dem generellen Scheidungsgrund klage, ist in der Hauptsache eine Frage des Taktes und der Taktik.

d) Die Frist des Art. 138 Abs. 2 (wie auch diejenige des Art. 137 Abs. 2) ist eine Klageverwirkungsfrist, die vom Richter von Amtes wegen anzuwenden ist.[12])

C. Verbrechen und unehrenhafter Lebenswandel.

a) Alle Ehescheidung hat ihren Rechtsgrund in der Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses. Während bei Anrufung des Art. 142 die tiefe Zerrüttung vom klagenden Ehegatten nachgewiesen oder glaubhaft gemacht werden muss, besteht bei Vorliegen der in Art. 137—140 angeführten Tatbestände eine gesetzliche Vermutung für die Zerrüttung, die vom Beklagten durch den Nachweis, dass die an sich ehezerstörende Handlung diese Wirkung nicht gehabt habe, also als Scheidungsgrund nicht geltend gemacht werden könne, umgestossen oder entkräftet werden kann. Art. 139 sieht im Gegensatz zu Art. 137 und 138 keine Verjährung der Klage vor. Das besagt indessen nicht, dass der Zeitablauf seit der Begehung eines entehrenden Verbrechens oder seit dem Aufhören des unehrenhaften Lebenswandels keine das Klagerecht beeinträchtigende Wirkung auszuüben vermöchte. Die lange Dauer vom Zeitpunkte der Begehung eines Verbrechens und der Verurteilung bis zur Einreichung der Scheidungsklage ist ein Symptom dafür, dass der Kläger durch das Verbrechen nicht derart in seinen ehelichen Gefühlen verletzt wurde, dass ihm die Fortsetzung der Ehe nicht

[12]) BG Bd. 38 II S. 31 ff.

mehr zugemutet werden dürfte. So kann sich eine Partei nicht 7 Jahre nach der Verurteilung wegen eines entehrenden Verbrechens auf diesen Scheidungsgrund berufen, nachdem er den andern Ehegatten nach dessen Verurteilung und Strafverbüssung wieder bei sich aufgenommen und 6½ Jahre mit ihm zusammengelebt, solange er eine gut bezahlte Stelle hatte und für die Bedürfnisse des Haushalts aufzukommen vermochte.[13])

Zum Begriff des entehrenden Verbrechens als Ehescheidungsgrund gehört weder eine besondere Schwere des Delikts noch der Strafdrohung. Massgebend ist allein die aus dem Vergehen hervorgehende Gesinnung.[14]) Es ist auch nicht erforderlich, dass die Untersuchung eingesetzt habe und Bestrafung (nach ZEG war die Verurteilung zu einer entehrenden Strafe verlangt) eingetreten sei. Vielmehr genügt, dass ein entehrendes Verbrechen begangen wurde.[15]) Anderseits genügt auch die Verurteilung allein nicht zur Begründung des Scheidungsbegehrens, namentlich dann nicht, wenn das Verbrechen mit Bezug auf die eheliche Gemeinschaft keine ehrlose Gesinnung dartut und sich aus dem Verhalten des Klägers ergibt, dass es nicht das Verbrechen ist, weswegen er die Scheidung verlangt.[16]) Die Kenntnis von Vorstrafen bei der Eheschliessung schliesst die spätere Anhebung der Ehescheidungsklage nicht aus, wenn das verbrecherische Treiben fortgesetzt wird. Denn ein solches ist an sich geeignet, die Zerrüttung des ehelichen Lebens zu begründen, und keinem Ehegatten kann zugemutet werden, die Ehe mit einem Menschen fortzusetzen, der in der Achtung der Menschen tief herabgesetzt ist.

---

[13]) BG Bd. 53 II S. 196 f. Ähnlich, aber zu eng, Neuch. trib. cant. 2. Dez. 1912, SJZ 9. Jahrg. S. 192.

[14]) Zürich, Ob.Ger. 13. April 1918, SJZ 16. Jahrg. S. 270.

[15]) Genf, Cour de Just. civ. 6. Febr. 1922, SJZ 19. Jahrg. S. 379.

[16]) Basel-Stadt, App.Ger. 8. Okt. 1926, SJZ 24. Jahrg. S. 42.

b) Der Begriff des unehrenhaften Lebenswandels ist recht unbestimmt und dehnbar. Wir haben es hier nicht mehr mit absolut abgemessenen Tatbeständen zu tun wie beim Ehebruch, der bösWilligen Verlassung, der Nachstellung nach dem Leben, sondern um Tatbestände, über deren Eignung als Ehescheidungsgrund das richterliche Ermessen in weitgehendem Masse entscheidet, und zwar sowohl in objektiver als in subjektiver Hinsicht. Ist ein Tatbestand als unehrenhafter Lebenswandel qualifiziert und ist dieser im konkreten Falle von rechtlicher Beachtlichkeit, von so zerstörendem Einfluss auf die eheliche Gesinnung, dass dem verletzten Teil die Fortsetzung der Ehe nicht zugemutet werden kann? Das deutsche BGB hat das unserm unehrenhaften Lebenswandel ungefähr entsprechende ehrlose oder unsittliche Verhalten dem allgemeinen Prinzip eingeordnet. Das ZGB hätte dieses „besondern" Scheidungsgrundes ohne Nachteil entbehren können, um so mehr, als hier wie beim generellen Scheidungsgrund des Art. 142 der Nachweis der Unzumutbarkeit weitern ehelichen Zusammenlebens besonders erbracht sein muss, während bei den speziellen und absoluten Scheidungsgründen die Präsumption für die tiefe Zerrüttung und damit die Unzumutbarkeit der Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft besteht. In der Statistik und der Judikatur spielt denn auch der unehrenhafte Lebenswandel als spezieller Scheidungsgrund ein kümmerliches Dasein. Diese Fälle gehen in der Hauptsache wohl unter im generellen Prinzip. Zum unehrenhaften Lebenswandel rechnet man gewöhnlich das Ergreifen eines schimpflichen Gewerbes (Bordellhalter, agent provocateur), unzüchtige Handlungen, insbesondere sexuelle Perversitäten, liederlicher Lebenswandel, beharrliche Trunksucht. Es muss sich um ein längere Zeit sich fortsetzendes Benehmen handeln, das auf eine gemeine Gesinnung schliessen lässt.[17])

---

[17]) Zürich, Ob.Ger. 8. Nov. 1919, Bl.f.Z.Rspr. XIX 291.

In der Literatur [18]) ist die Frage aufgeworfen worden, ob der Folgesatz „dass die Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft . . ." sich auf beide Vordersätze oder nur auf den zweiten (unehrenhaften Lebenswandel) beziehe. Das „so" vor unehrenhaft ist der demonstrative Teil des mit „dass" beginnenden Folgesatzes, und weil es nur vor „unehrenhaft" steht, so bezieht sich der Folgesatz logisch auch nur auf den unehrenhaften Lebenswandel: so unehrenhaften Lebenswandel, dass die Fortsetzung . . . . nicht zugemutet werden kann.

D. Die Verlassung.

Die böse Absicht des Verlassens sowohl als die Tatsache, dass ein Ehegatte ohne wichtigen Grund nicht zum ehelichen Wohnsitz zurückkehrt, schliessen das Bewusstsein in sich, dass dadurch die Pflicht zur ehelichen Gemeinschaft verletzt werde. Fehlt dieses Bewusstsein z. B. wegen krankhafter Störung der Geistestätigkeit, so kann aus Art. 140 auf Scheidung mangels subjektiven Verschuldens nicht geklagt werden. Die Böswilligkeit der Verlassung und das Fernbleiben ohne wichtigen Grund setzen die Fähigkeit der Einsicht in die Bedeutung solcher Handlungsweise voraus, also die Fähigkeit vernunftgemässer Überlegung. — Zur Herstellung der böswilligen Verlassung genügt u. E. die Verweigerung der häuslichen und der ehelichen Gemeinschaft. Es ist nicht notwendig, dass der Verlassende sich vom Wohnort entferne. Die Verweigerung der ehelichen und häuslichen Gemeinschaft ist Trennung von Tisch und Bett. Diese kann sich in demselben Hause vollziehen. Solche Fälle von Quasidesertion dürften sich allerdings sehr selten ereignen.

Voraussetzung der Scheidung nach Art. 140 ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung, dass der durch die

[18]) So bei Briner, Die Ehescheidungsgründe im ZEB und ZGB, 1911, und bei Held, Der generelle Ehescheidungsgrund im deutschen und schweizerischen Recht, 1918.

böswillige Verlassung oder durch Verweigerung der Rückkehr ohne wichtigen Grund geschaffene Zustand wenigstens 2 Jahre angedauert und dass der Richter auf Begehren der klageberechtigten Partei den abwesenden Ehegatten aufgefordert hat, binnen 6 Monaten zurückzukehren. Demnach kann die Scheidungsklage aus Art. 140 frühestens 2½ Jahre nach der Verlassung angehoben werden. Blosse richterliche Ermahnungen an die Pflicht im Sinne von Art. 169 schaffen die Voraussetzungen der Scheidungsklage nicht.[19]) Im Hinblick auf Abs. 3 des Art. 140 wird dieser Entscheid nicht als rechtsirrtümlich betrachtet werden können. Abs. 3, den die bundesrätliche Expertenkommission dem Vorentwurf des eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements beifügte, steht im Widerspruch mit dem Wortlaut und dem Sinn des Abs. 1. Dieser gibt die Scheidungsklage nach zweijähriger Verlassung; Abs. 3 macht die richterliche Aufforderung zur Rückkehr nach Ablauf der zwei Jahre zur notwendigen Prozessvoraussetzung, und Abs. 2 lässt berechtigte Zweifel zu, ob der Klageberechtigte vor Anhebung der Klage die Aufforderung zur Rückkehr habe ergehen lassen müssen, oder ob er nicht darauf verzichten und dann die Klage schon nach zwei Jahren, nach dem Wortlaut des Abs. 1, anbringen könne. Die Praxis des Bundesgerichts unter der Herrschaft des ZEG rechnete die Aufforderung zur Rückkehr zu den Voraussetzungen der Klageerhebung [20]) und die Materialien des ZGB und die Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Art. 140 beseitigen die hier enthaltenen logischen Widersprüche im Sinne der Bestätigung der eben erwähnten Praxis. Als ein Muster klarer Redaktion und unzweideutigen Gesetzeswillens kann allerdings Art. 140 trotz des ihm angehängten Abs. 3 nicht gehalten werden, abgesehen davon, dass man auf diese Verlängerung der Frist von zwei auf zweieinhalb Jahre ohne Gefährdung der Scheidungsmoral und der

[19]) BG Bd. 52 II S. 411 f. E. 1.
[20]) BG Bd. 14 S. 542 f.

Scheidungsstatistik hätte verzichten können. Die Ehescheidungen wegen Verlassung machen heute noch rund 1% aller Scheidungen aus. Der Scheidungsgrund der böswilligen Verlassung besitzt also keine grosse praktische Bedeutung. Diejenigen Ehegatten, denen die Frist zu lang ist, oder die sich eine nach aussen unauffällige Trennung durch Verlassung nicht leisten können, werden ihr Ziel auch auf dem Umweg über einen andern speziellen oder dann über den generellen Scheidungsgrund erreichen. Der gerade Weg ist nicht immer der kürzeste.

Da sich die Aufforderung zur Wiedervereinigung als eine notwendige Voraussetzung für die Einleitung des Scheidungsprozesses auf Grund des Art. 140 Abs. 1 darstellt, muss zum Erlass der Aufforderung der nach Art. 144 kompetente Scheidungsrichter zuständig sein. Es handelt sich um ein zwar selbständiges, materiell aber mit dem Scheidungsprozess im engsten Zusammenhang stehendes Verfahren, das als solches zweckmässig von der besonderen Regelung des Scheidungsgerichtsstands umfasst wird.[21])

Die Frist von zwei Jahren kann durch Rückkehr mit dem ernstlichen Willen, die häusliche Gemeinschaft wieder herzustellen, unterbrochen werden. Geschieht die Rückkehr nur zum Schein oder arglistig, um das Scheidungsrecht des klagenden Ehegatten zu vereiteln, so darf der Fristenlauf nicht als unterbrochen gelten.[22]) Folgt der Rückkehr, der kein wirklicher Versöhnungswille entspricht, bald wieder die Trennung, oder wird die Scheidungsklage angehoben, während welcher Zeit die Ehegatten das Recht zum Getrenntleben haben, so genügt das nicht zur Unterbrechung der Frist.[23])

---

[21]) St. Gallen, Kantonsgericht, 5. Juli 1919; BG Bd. 45 I S. 294 f.

[22]) BG Bd. 53 II S. 100.

[23]) Neuch. Trib. cant. 6. Januar 1926, SJZ 22. Jahrg. S. 263.

E. Geisteskrankheit.

Die Anerkennung der unheilbaren Geisteskrankheit als absoluten Ehescheidungsgrund dürfte heute und in Zukunft kaum ernstliche Anfechtung erfahren. Die Zulassung dieses Scheidungsgrundes machte schon bei der Beratung des ZEG keine Schwierigkeiten, während in Deutschland bei der Beratung des BGB um diesen Scheidungsgrund einerseits aus fadem Doktrinarismus, anderseits aus unfruchtbarem Idealismus ein heftiger Kampf der konservativen gegen die fortschrittlichen Geister geführt wurde, der dann schliesslich mit knapper Not in der dritten Lesung des Reichstags zu gunsten der letztern entschieden wurde. Man wollte von der Geisteskrankheit als Scheidungsgrund deshalb nichts wissen, weil er im Widerspruch steht zu dem Verschuldungsprinzip, das im deutschen Scheidungsrecht strenge Geltung besitzt, und weil er auch nicht der Auffassung der Ehe als einer objektiven, vorwiegend sittlichen Ordnung entspreche, gemäss welcher die Ehegatten eintretendes Unglück und schwere Prüfungen, wie die unheilbare Geisteskrankheit, in Geduld und Fassung tragen und darum sich nicht von einander trennen sollen. Solche Sentimentalitäten müssen vor den Realitäten und Notwendigkeiten des Lebens zurücktreten. Für den Gesetzgeber handelt es sich nicht mehr um das Prinzip, sondern darum, dem Scheidungsgrund genaue Voraussetzungen und feste Schranken zu geben. Diese sind:

a) Ein Ehegatte muss in einen solchen Zustand von Geisteskrankheit gefallen sein, dass dem andern die Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft nicht zugemutet werden darf. Damit ist Art und Mass der Krankheit nicht bestimmt. Das Bundesgericht meint, eine leichtere Form der Krankheit sei nicht beachtlich.[24]) Dieser Satz kann nicht absolut gelten. Es kann vom medizinisch-wissenschaftlichen Standpunkt aus eine Geisteskrankheit

[24]) BG Bd. 52 II S. 186 ff.

in leichter Form bestehen, keine schwere Geisteskrankheit sein, und trotzdem dem andern Ehegatten das Zusammenleben unerträglich machen, weil sich die Krankheit in Formen äussert, welche ein gedeihliches Zusammenleben ausschliessen und der Ehe den sittlichen Gehalt rauben. Das deutsche Recht erfordert einen schweren, einen qualifizierten Grad der Geisteskrankheit. Die Aufhebung der geistigen Gemeinschaft (wobei geistig nicht nur auf die intellektuellen, sondern vor allem auf sittliche Eigenschaften, auf das Gefühlsleben des Kranken bezogen werden muss) ist nicht gleichbedeutend mit Unzumutbarkeit der Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft. Diese kann eingetreten sein, trotzdem dem Kranken das Bewusstsein des Bestehens der Ehe, von Rechten und Pflichten aus derselben, ja die Fähigkeit verstandesmässiger Überlegung, die beim Laien und flüchtig beobachtenden Sachverständigen geradezu den Eindruck eines hochbegabten Menschen erwecken kann, keineswegs abgeht. Wir erinnern an gewisse Fälle der dementia praecox in den ersten Jahren ihrer Entwicklung, bei welcher oft nur den im engern Familienkreise lebenden Angehörigen die Gemütsverrohung, der Rückgang des ethischen Empfindens und der liebevollen Teilnahme dem Ehegatten und den Kindern gegenüber erkennbar und bewusst wird, Das ZGB erfordert nicht völlige Aufhebung der geistigen Gemeinschaft und das völlige Fehlen des Bewusstseins ehelicher Beziehungen. Wollte man soweit gehen, dann wäre ja die praktische Anwendung des Art. 141 fast ausgeschlossen. Das Gesetz aber hat den Scheidungsgrund der Geisteskrankheit zugelassen. — Auch die Geistesschwäche kann einen Scheidungsanspruch begründen. Zwischen Geisteskrankheit und Geistesschwäche besteht im Sinne des Gesetzes nur ein Gradunterschied. Bei der Beurteilung des rechtlichen Wirkungswertes einer anormalen Form der Geistesbeschaffenheit kommt es nicht darauf an, ob die ärztlichen Kunstausdrücke Geisteskrankheit oder Geistesschwäche bedeuten. Idiotie

ist ein hoher Grad von Geistesschwäche. Es kann nicht jedem Ehegatten zugemutet werden, die eheliche Gemeinschaft mit einem Idioten fortzusetzen. Die Frage, ob infolge Geisteskrankheit eines Ehegatten dem andern die Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft nicht zugemutet werden dürfe, ist eine vom Richter zu entscheidende und auch vom Bundesgericht frei nachzuprüfende Rechtsfrage.[25])

b) Die Krankheit muss vor Einreichung der Klage drei Jahre gedauert haben.[26]) Die Frist beginnt nicht schon mit der Zeit, während welcher sich die Krankheit vorbereitete und wo sich vielleicht schon gewisse Symptome zeigten, die sich später unschwer durch die geistige Erkrankung erklären liessen. Dass aber, wie das Bundesgericht meint, die Geisteskrankheit schon einen Zustand erreicht haben müsse, bei welchem dem andern Ehegatten die Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft nicht zugemutet werden dürfe, bevor der Fristenlauf beginnen könne, ist dem Gesetze nicht zu entnehmen. Als eine Übertreibung in der Tendenz zur Erhaltung der Ehe erscheint das Erfordernis, dass die Klage keinen Tag vor Ablauf der dreijährigen Krankheitsdauer angehoben werden dürfe. Es lässt sich mit Sicherheit gar nicht feststellen, ob heute, am Tage der Klageeinreichung, vor drei Jahren, die Krankheit schon einen Grad erreicht gehabt habe, welche dem gesunden Gatten die Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft nicht zumuten liess. Es würde durchaus genügen, und dem Gesetze wäre dadurch keine Gewalt angetan, dass im Augenblick der Urteilsfällung eine dreijährige Geisteskrankheit des Beklagten vorliegt. Wenn sich erst während des Prozesses herausstellt, dass zur Zeit der Klageanhebung die drei Jahre seit Abschluss der Ehe noch nicht verstrichen, im Laufe des Prozesses aber abgelaufen waren, so ist es öder

---

[25]) BG Bd. 52 II S. 186 ff.

[26]) BG Bd. 52 II S. 186 ff.; Neuch. Trib. cant. 2. Okt. 1918, SJZ 15. Jahrg. S. 133.

Formalismus, eine Klage abzuweisen, die doch morgen schon geschützt werden müsste. Der Kläger ist nicht verpflichtet, vor Einreichung der Klage ein Sachverständigengutachten einzuholen. Er klagt im guten Glauben, die Krankheit habe mindestens drei Jahre gedauert. Schliesst der Richter aus dem Gutachten des gerichtlich bestellten Sachverständigen, dass die Krankheit zur Zeit der Klageerhebung noch nicht drei Jahre in einem Grade bestanden habe, welche das Scheidungsrecht begründete, dass dies aber der Fall sei im Augenblick der Urteilsfällung, dann verletzt er das Gesetz nicht, wenn er die Scheidung ausspricht, treibt aber einen unverständlichen Formalismus, wenn er die Scheidung versagt. Das Gesetz verlangt nicht, dass die Krankheit im Augenblick der Klageerhebung drei Jahre gedauert habe, es verlangt nur die Festsetllung der Sachverständigen, dass die Krankheit drei Jahre gedauert habe und dass sie unheilbar sei. Hat die Krankheit aber im Zeitpunkte, in dem die Sachverständigen ihr Gutachten abgeben, drei Jahre gedauert, dann mindestens dürfte den zeitlichen Voraussetzungen zur Entstehung des Klagerechts Genüge geleistet sein. Wir würden noch weitergehend den Zeitpunkt der Urteilsfällung als massgebend betrachten. Denn das Gesetz verlangt nur, dass die geistige Erkrankung während der Ehe mindestens drei Jahre gedauert habe. Dass aber in diese drei Jahre die Dauer des Prozesses nicht miteingerechnet werden dürfe, ist aus dem Gesetz nicht zu entnehmen. Die Ehe dauert bis zur Auflösung durch Urteil.

Vorübergehende Besserungen des Krankheitszustandes (Remissionen, nicht bloss lichte Zwischenräume) während der dreijährigen Dauer vermögen den Lauf der Frist weder zu hemmen noch zu unterbrechen.[27]) Dagegen ist nicht erforderlich, dass die Krankheit von Anfang an den bereits zur Scheidung erforderlichen quali-

---

[27]) BG Bd. 52 II S. 186 ff.

fizierten Grad erreicht habe. Die Unheilbarkeit muss nicht schon bei Ausbruch der Krankheit erkennbar gewesen sein; es genügt, wenn am Ende der Frist die Wiedergesundung mit Sicherheit oder mindestens hoher Wahrscheinlichkeit als ausgeschlossen bezeichnet werden kann.[28]) Mehr als menschliche Gewissheit kann natürlich nicht erfordert werden. Es braucht also nicht jede Aussicht auf Wiederherstellung ausgeschlossen zu sein, sondern nur die auf medizinische Wissenschaft und Erfahrung begründete. Dass die Unheilbarkeit durch einen gerichtlich bestellten Sachverständigen nachgewiesen sei, ist nicht erforderlich. Der Kläger kann sich auf das Zeugnis des Psychiaters, in dessen Behandlung der kranke Ehegatte stand, berufen, und das Gericht kann es dabei genügen lassen.[29]) Die Frage ist streitig und bundesgerichtlich noch nicht entschieden. Ein gerichtsärztliches psychiatrisches Gutachten wird nach dem Wortlaut des Gesetzes nicht erfordert.

Der generelle Scheidungsgrund des Art. 142.

I. Allgemeines.

Über die Notwendigkeit und Zweckmässigkeit der clausula generalis ist nicht zu diskutieren; von deren Redaktion aber ist die Wirkung des Ehescheidungsrechts entscheidend beeinflusst, weniger mit Rücksicht auf die Zahl der Ehescheidungen, als vielmehr auf das Verhältnis der einzelnen Scheidungsgründe zur Gesamtzahl der Scheidungen in Prozenten ausgedrückt. Je nach der engern oder weitern Fassung des allgemeinen Scheidungsgrundes steigt oder sinkt die Zahl der Scheidungen aus den speziellen Scheidungsgründen. Die Auswahl des rechtlichen Scheidungsgrundes ist häufig und immer mehr das Ergebnis der Verabredung zwischen den Par-

---

[28]) eodem.

[29]) Zürich, Ob.Ger. 28. April 1920, Bl.f.Z.Rspr. XX. 170.

teien, deren Bestreben in der Regel dahin geht, den wahren Sachverhalt zur Vermeidung eines Skandals unter dem Gesichtspunkt der tiefen Zerrüttung der Ehe darzustellen, statt aus Ehebruch, Misshandlung, tiefer Ehrenkränkung, unehrenhaftem Lebenswandel mit den damit im Gefolge stehenden peinlichen Auseinandersetzungen vor dem Richter und im Beweisverfahren mit den Zeugen zu klagen. Als man im ZGB, in der ausgesprochenen Absicht, die Ehescheidung zu erschweren, die bisher in Art. 45 und 47 ZEG getrennten Klauseln der Unverträglichkeit des weitern Zusammenlebens mit dem Wesen der Ehe (Unzumutbarkeit der Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft) und der tiefen Zerrüttung in der einen Generalklausel des Art. 142 vereinigte, glaubte man damit eine wesentliche Erschwerung der Ehescheidung aus dem allgemeinen Scheidungsgrunde erreicht zu haben. Diese Erwartung hat sich als durchaus trügerisch erwiesen. Während in den Jahren 1901—1910 nur 61,3% aller Scheidungen wegen tiefer Zerrüttung (Art. 45 und 47 ZEG) ausgesprochen wurden, stieg der Prozentsatz in den Jahren 1911—1920 auf 64,3%, in den Jahren 1919 bis 1921 auf 68,9%, und in den Jahren 1921—1927 ist das Verhältnis der Scheidungen aus dem generellen Grunde zur Gesamtzahl aller Scheidungen auf 75% gestiegen. Zwar vermag die Statistik der Scheidungsgründe kein wahrheitsgetreues Bild über die tiefern Ursachen zu geben, die jeweils zur Scheidung geführt haben. In den 75% der Scheidungen wegen tiefer Zerrüttung sind ein grosser Teil von Fällen inbegriffen, die auch aus einem speziellen Grunde hätten geschieden werden können, weil bekanntlich die tiefe Zerrüttung sehr häufig unmittelbar oder mittelbar auf einem Vergehen gegen die ehelichen Pflichten begründet ist, das in den speziellen Scheidungsgründen seine Umschreibung gefunden hat. Die Parteien klagen auch häufig aus einem speziellen Grunde und nur eventuell aus Art. 142. Unter der Herrschaft des ZEG soll zwischen der Anwendung der speziellen Scheidungsgründe

und des generellen keine scharfe Grenze bestanden haben. Wenn der spezielle Grund nicht ausreichte oder nicht genügend bewiesen war, wurde häufig wegen tiefer Zerrüttung geschieden. Auch sollen die Gerichte, wenn beide Parteien aus verschiedenen Gründen klagten, häufig gemeinsames Scheidungsbegehren angenommen und dann aus Art. 45 ZEG geschieden haben, ohne näher auf die speziellen Scheidungsgründe einzutreten und darüber Beweis zu erheben. So sollen vor allem die ostschweizerischen Gerichte (Zürich an der Spitze) dieser largen Praxis gehuldigt haben, nicht aber das Bundesgericht und die westschweizerischen Gerichte (vgl. Briner, Die Ehescheidungsgründe im ZEG von 1874 und im ZGB S. 110 ff.). Auf diese Weise mag sich das Verhältnis der Scheidungen aus dem generellen Grunde zu denjenigen aus den speziellen Gründen zu gunsten der ersteren nicht unerheblich verschoben haben und die Statistik auch heute noch in diesem Sinne beeinflussen. Der Richter ist, wie die Erfahrung lehrt, da wo die Verhandlungsmaxime es ihm gestattet, eher zur Scheidung aus dem generellen als aus dem speziellen Grunde geneigt, weil die Anwendung des allgemeinen Scheidungsgrundes ein gerechteres Abwägen des Verschuldens gestattet. Bei der Scheidung aus einem der in Art. 137—140 genannten Gründe muss, wenigstens theoretisch, das Verschulden an der Zerrüttung der Ehe als beim Beklagten liegend angenommen werden, trotzdem vielleicht die tiefern Ursachen der Zerrüttung nicht allein bei ihm, oft sogar überwiegend beim Kläger zu finden sind und seine Verfehlung gegen die ehelichen Pflichten nur als Folge der schon bestehenden tiefen Zerrüttung gehalten werden muss. So ist aus menschlichen und psychologischen Gründen die Tendenz der Praxis, im Zweifel und bei der Wahlmöglichkeit eher auf den allgemeinen Scheidungsgrund als auf einen der bestimmten speziellen Gründe abzustellen, verständlich. Die Bedenken, die namentlich von kirchlicher Seite immer gegen die Aufnahme des all-

gemeinen Prinzips in die Ehescheidungsgesetzgebung erhoben werden, es werde die Scheidung durch Einräumung eines allzu weitgehenden richterlichen Ermessens zu sehr erleichtert, sind nur teilweise begründet. Wir könnten des generellen Scheidungsgrundes nicht entraten, ohne die speziellen Gründe zu vermehren, und auch dann würde der Katalog der Scheidungsgründe dauernd lückenhaft und willkürlich sein. Denn es ist ganz unmöglich, alle die Fälle einzeln in einem Gesetz aufzuzählen, die eine so tiefe Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses herbeiführen, dass daraus ein Anspruch auf Ehescheidung abgeleitet werden könnte. Würde man die Scheidungsmöglichkeit durch Streichung der generellen Klausel zu beschränken versuchen, so würde in einem Teil der Fälle der die tiefe Zerrüttung begründende Tatumstand auf einen speziellen Grund basiert werden, sei es wirklich oder nur fiktiv, mit redlichen oder unredlichen, moralischen und unmoralischen Mitteln der erstrebte Zweck zu erreichen gesucht werden; in andern Fällen blieben morsche, unheilbar zerrüttete und unglückliche Ehen bestehen. Wir können des generellen Scheidungsgrundes nicht entraten, wohl aber aller speziellen. Denn alle Scheidung muss auf den einen Grund zurückgeführt werden können, auf die tiefe Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses, welche den Ehegatten die Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft nicht zumuten lässt.

II. Der Begriff der tiefen Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses hat insofern relative Bedeutung, als der Richter nicht wie bei den absoluten Scheidungsgründen nur die Erfüllung des gesetzlich vorgeschriebenen Tatbestandes zu prüfen und im Falle der Bejahung (sofern die Vermutung der tiefen Zerrüttung nicht umgestossen wird) die Scheidung auszusprechen hat, sondern dass er bei Anwendung des generellen Scheidungsgrundes abzuwägen hat nach mannigfaltigen subjektiven Gesichtspunkten: ob nach den konkreten Umständen, mit Rücksicht auf die Charaktere, die Bildung,

die äussere Lebensstellung der Ehegatten, die Stärke ihres sittlichen Empfindens, die Lebensanschauungen des Kreises, dem sie angehören, kurz mit Rücksicht auf die individuellen Verhältnisse ein Tatbestand eine derart zerstörende Wirkung auf die Ehe ausgeübt habe, dass sie nicht mehr aufrecht erhalten werden kann. Der Richter entscheidet nach den Verhältnissen des einzelnen Falles nach freiem Ermessen, ob ein genügender Grund für die Zerstörung des ehelichen Verhältnisses und der ehelichen Gesinnung vorlag. Si qua alia justa causa esse videbitur, divortium dabo. Gegen eine allzu weit gehende Anwendung des freien Ermessens sind immerhin gewisse Kautelen gegeben. Die blosse Tatsache der tiefen Zerrüttung und der Unerträglichkeit der Ehe genügt nicht zur Scheidung. Wenn sich der beklagte Ehegatte der Scheidung trotz Vorhandenseins dieser objektiven Voraussetzungen widersetzt, so darf nicht geschieden werden, wenn die tiefe Zerrüttung vorwiegend auf das Verschulden des Klägers zurückzuführen ist. Im deutschen BGB ist die Anwendung der generellen Klausel und das freie Ermessen des Richters noch mehr eingeschränkt dadurch, dass die Annahme der tiefen Zerrüttung an das Vorliegen einiger zwar relativ bestimmter Voraussetzungen geknüpft sein muss, an die schuldhafte, schwere Verletzung der durch die Ehe begründeten Pflichten und das ehrlose oder unsittliche Verhalten des andern Ehegatten. Auch die Beurteilung der Scheidungsklage durch Kollegialgerichte bürgt gegen schrankenlose Ausdehnung des subjektiven Ermessens des Richters und Willkür.

Im allgemeinen ist der Begriff der tiefen Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses durch das Gesetz selbst dadurch bestimmt, dass den Ehegatten die Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft nicht zugemutet werden darf. In der Relativität des allgemeinen Scheidungsgrundes liegt die Schwierigkeit seiner Anwendung, da in einem grossen Teil von Fällen sich nicht zum voraus ermessen lässt, ob eine an sich zur Herbeiführung der ehelichen

Zerrüttung geeignete Handlung diese Wirkung auch in einem gegebenen Falle habe. An die Unzumutbarkeit weitern Zusammenlebens sollen nicht übertrieben strenge Anforderungen gestellt werden. Es genügt, wenn dem an der Zerrüttung nicht oder doch nicht vorwiegend schuldigen Gatten das Zusammenleben nicht mehr zugemutet werden kann; es ist nicht erforderlich, dass das Zusammenleben unmöglich erscheine.[30]) Zum Zustande der tiefen Zerrüttung gehört auch nicht, dass die Gründe, welche sie herbeigeführt haben, noch fortdauernd bestehen. Der Wegfall der Gründe, welche zur tiefen Zerrüttung geführt haben (z. B. Trunksucht), hebt nicht ohne weiteres auch die Zerrüttung auf. Auch die Besserung des schuldigen Teils vermag unter Umständen daran nichts zu ändern. Weil der Scheidungsgrund der tiefen Zerrüttung auch nach Wegfall der Gründe immer noch bestehen kann, rechtfertigt das Aufhören der Gründe noch nicht die Abweisung einer Scheidungsklage wegen tiefer Zerrüttung.[31])

III. Die Bedeutung des Verschuldens. „Ist die tiefe Zerrüttung vorwiegend der Schuld des einen zuzuschreiben, so kann nur der andere Ehegatte auf Scheidung klagen". Das besagt: der an der Zerrüttung allein oder vorwiegend schuldige Ehegatte hat kein Klagerecht. Zur Schuld im Sinne des ehelichen Verschuldens gehört das Bewusstsein, dass ein ehewidriges Verhalten möglicherweise die Zerrüttung der Ehe zur Folge haben kann. Dabei kommt es nicht darauf an, dass der Wille des fehlenden Ehegatten unmittelbar auf die Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses gerichtet gewesen sei, oder dass er deren Eintritt vorausgesehen habe. Ein subjektives Verschulden liegt auch dann vor, wenn ein Ehegatte sich aus grober Fahrlässigkeit der Verletzung der ehelichen Pflichten nicht bewusst gewesen ist. Ein Kausalzusammen-

---

[30]) BG Bd. 40 II S. 9 f.
[31]) BG Bd. 38 II S. 12 ff. E. 2.

hang zwischen dem Verschulden und der Zerrüttung ist in den Fällen nicht erforderlich, wo zur Zeit des Eintritts des Scheidungsgrundes die Ehe schon tief zerrüttet war. Vgl. unten sub b.

a) Im ZEG war über die Bedeutung und den Einfluss des Verschuldens auf das Klagerecht bei den generellen Scheidungsgründen der Art. 45 und 47 nichts geregelt. Die Praxis hat indessen das Gesetz nach dieser Richtung ergänzt, indem sie, ausgehend vom Grundsatze, dass niemand aus eigenem Verschulden irgend welchen Rechtsvorteil ziehen soll, (nemo ex suo delicto meliorem suam condicionem facere potest, l 134, D 50, 17) die Scheidungsklage aus Art. 47 nur dem Ehegatten gewährte, der nicht selbst die alleinige oder überwiegende Schuld an der Zerrüttung der Ehe trug. Das ZGB hat dann diesen Gerichtsgebrauch durch Art. 142 Abs. 2 gesetzlich sanktioniert. Nur bei Scheidungen, die sich auf Art. 45 ZEG (gemeinsames Begehren) stützten, konnte die Verschuldensfrage nach dem Willen der Parteien gänzlich ausgeschaltet werden, indem keine von ihnen ein besonderes, für sie allein einen Anspruch auf Scheidung begründendes Verschulden des andern Teils geltend machte. Die Parteien konnten sich darauf beschränken, sich auf die tiefe Zerrüttung zu berufen, die ein ferneres Zusammenleben weil mit dem sittlichen Wesen der Ehe unverträglich, nicht zulasse. Die frühere bundesgerichtliche Praxis hat auch dann ein gemeinsames Scheidungsbegehren angenommen, wenn beide Ehegatten gestützt auf Art. 47 die Scheidung verlangten. Damit konnte die Frage nach dem Verschulden und dessen Folgen umgangen werden. Diese Praxis wurde dann später vom Bundesgericht als unhaltbar wieder aufgegeben.[32]) Es scheint, dass in den Anfängen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum ZEG die Neigung bestanden hatte, auch das Scheidungsbegehren des ganz oder vorzugsweise schuldigen Ehe-

[32]) BG Bd. 28 II S. 449.

gatten zuzusprechen, wenn der unschuldige Teil sich der Scheidungsklage des schuldigen nicht widersetzte oder sich derselben freiwillig unterzog. In diesem Falle liegen keine hinreichenden Gründe vor, dem an der Zerrüttung ganz oder überwiegend schuldigen Ehegatten die Scheidung zu versagen, sofern im übrigen die objektive Voraussetzung des Art. 47, die tiefe Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses, vorliege.[33]) Diese Auffassung wurde später vom Bundesgericht wieder fallen gelassen. Mit dem Aufgeben des Widerstandes gegen die Scheidungsklage seitens des Beklagten sei diese noch nicht zu einer begründeten geworden. Die Klage müsse nach wie vor darauf begründet werden können, dass die tiefe Zerrüttung der Ehe auf das Verhalten des beklagten Teils, jedenfalls nicht überwiegend auf das Verhalten des Klägers zurückzuführen sei. Diese Frage müsse mit Rücksicht auf das im Ehescheidungsprozess herrschende Offizialprinzip vom Richter selbständig beurteilt werden und dürfe sich dieser durch eine vom Beklagten schon zu Anfang oder erst im Verlauf des Prozesses abgegebene Erklärung, dass er der Klage nicht opponiere, nicht binden lassen.[34]) Immerhin hat das Bundesgericht die Anwendung von Art. 45 zugelassen in den Fällen, wo ursprünglich jeder Ehegatte auf Grund von Art. 46 oder 47 klagte, nachträglich sich aber beide auf ein gemeinsames Scheidungsbegehren einigten.[35])

Eine gewisse Unsicherheit in der Anwendung des Art. 47 ZEG namentlich mit Bezug auf den Einfluss des Verschuldens auf das Klagerecht war nicht zu verkennen. Das ZGB glaubte dann der Schwierigkeiten und Unsicherheiten dadurch Herr zu werden, dass es im Art. 142 Abs. 2 den an der Zerrüttung der Ehe ausschliesslich oder überwiegend schuldigen Teil vom Klagerecht ausschloss. Die Anwendung dieses Rechtssatzes gibt zu keinen Zweifeln

[33]) BG Bd. 3 S. 380 f.
[34]) BG Bd. 33 II S. 393 f. E. 3.
[35]) BG Bd. 33 II S. 10.

Anlass, solange nur eine Partei klagt und die andere sich der Scheidung widersetzt oder selbständig Klage führt. In diesem Falle wird der ganz oder vorwiegend schuldige Teil mit seinem Scheidungsbegehren abgewiesen, die Klage des weniger schuldigen Ehegatten zugesprochen, sofern die objektiven und subjektiven Voraussetzungen zur Scheidung im übrigen gegeben sind. Wie ist aber zu entscheiden, wenn der überwiegend schuldige Ehegatte klagt, der Beklagte sich der Scheidung nicht widersetzt oder der Klage zustimmt, ohne selbst das Begehren auf Scheidung förmlich zu stellen? Nach der Praxis des Bundesgerichts vor 1912 musste eine solche Klage abgewiesen werden, weil zum gemeinsamen Scheidungsbegehren gehörte, dass beide Ehegatten die Scheidung ernstlich verlangten. Die blosse Einwilligung des beklagten Ehegatten in die Scheidung genügte zum gemeinsamen Scheidungsbegehren nicht. Die Gerichte der Ostschweiz, namentlich Zürich, folgten der strengeren Auffassung des Bundesgerichts nicht und liessen es bei dem deutlich ausgesprochenen und erkennbaren Willen, sich der Scheidung nicht zu widersetzen, genügen. Also konnte auch der überwiegend schuldige Teil mit seinem Klagebegehren durchdringen, wenn er aus Art. 45 klagte und den andern Ehegatten zur Einwilligung in die Scheidung zu bewegen vermochte. Schon die blosse Tatsache, dass sich ein Ehegatte dem Scheidungsbegehren nicht widersetzte, wurde als gemeinsames Scheidungsbegehren betrachtet.

b) Die Praxis des Bundesgerichts in der Anwendung des Art. 142 Abs. 2 stand anfänglich noch unter dem Einfluss der Rechtsprechung vor 1912. Danach durfte nur geschieden werden, wenn der an der Zerrüttung weniger schuldige Teil ebenfalls auf Scheidung klagte, nicht bloss sich der Scheidung nicht widersetzte oder in diese einwilligte. Schon in einem der ersten in Anwendung des neuen Rechts ergangenen Entscheide wurde die Frage aufgeworfen, ob auf die Einrede aus

Art. 142 Abs. 2 verzichtet werden könne. Das Bundesgericht stellte noch dahin, ob ein Verzicht möglich sei, oder ob diese Bestimmung ein um der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit willen an den Richter gerichtetes Gebot darstelle, das dieser von Amtes wegen zu befolgen habe.[36]) In einem etwas früheren, aus demselben Jahre datierenden Entscheid stellt das Bundesgericht fest, dass Art. 142 ZGB wie Art. 47 ZEG nicht ein positives Verschulden oder gar im Momente der Klageerhebung noch vorhandenes Verschulden des beklagten Teils voraussetze, sondern dass die Tatsache der tiefen Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses als solche genüge, unter dem Vorbehalt, dass die Klage nicht vom überwiegend schuldigen Teil erhoben werde. Die Scheidung der Ehe ist danach ohne Bejahung der Schuldfrage möglich und zulässig.[37]) In einem späteren Entscheide wird der Auffassung Ausdruck gegeben, dass gegen den Willen des weniger schuldigen Teils nicht geschieden werden könne, auch wenn der Stand der ehelichen Beziehungen ganz beklagenswert und dem Wesen der Ehe und den Interessen der Kinder zuwider sei. Argumento e contrario wäre damit zugegeben, dass mit dem Willen des weniger schuldigen Gatten die Scheidung ausgesprochen werden könnte. In welcher Form aber sich dieser Wille äussern müsse, ob stillschweigender oder ausdrücklicher Verzicht auf die Opposition genüge oder eine ausdrückliche Erklärung des Einverständnisses mit der Scheidung erforderlich sei, oder ob der Wille in der Form eines selbständigen Scheidungsbegehrens als Widerklage sich äussern müsse oder als gemeinsames Scheidungsbegehren im Sinne des Art. 45 ZEG: zu diesen Fragen hat das Bundesgericht erst nach langen Jahren Stellung bezogen. Im Entscheid vom 14. Mai 1925 (Bd. 51 II S. 116 ff.) wird ausgeführt, es sei die Einschränkung des

[36]) BG Bd. 38 II S. 42 E. 3.

[37]) BG Bd. 38 II S. 12 ff., ebenso S. 59 f. E. 2; Bd. 50 II S. 427.

Art. 142 Abs. 2 nicht der öffentlichen Ordnung wegen eingeführt, sondern lediglich zum Schutze des schuldlosen oder weniger schuldigen Ehegatten. Diesem soll gegen seinen Willen die Auflösung der Ehe nicht aufgedrungen werden können, auch wenn im übrigen genügend Scheidungsgründe vorliegen. Es soll ihm aber unverwehrt bleiben, auf diesen Schutz zu verzichten und statt die Scheidungsklage selber zu stellen, einfach das Scheidungsbegehren des andern Ehegatten anzuerkennen, sofern nur die tiefe Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses tatsächlich vorliegt. Das Bundesgericht weist bei dieser Gelegenheit darauf hin, dass es diesen Standpunkt schon unter der alten Gesetzgebung in einem Urteil vom Jahre 1877 (vgl. das oben zitierte Urteil Bd. 3 S. 380 f.) eingenommen habe und dass, soweit er im Urteil vom 12. September 1907 (vgl. das oben zitierte Urteil Bd. 33 II S. 393 f. E. 3) verlassen worden sei, an dieser Änderung der Rechtsprechung nicht festgehalten werden könne.[38]) Daneben wird in diesem Entscheide mit Nachdruck darauf hingewiesen, dass die Zustimmung zur Scheidungsklage den Richter nicht von der Pflicht enthebe, sich gewissenhaft von der Tatsächlichkeit des tiefen Zerwürfnisses der Parteien zu überzeugen, weil die öffentliche Ordnung verlange, dass nur auf Grund eines tatsächlich vorliegenden Scheidungsgrundes geschieden werde. — Die Anerkennung des klägerischen Scheidungsbegehrens, die Zustimmung zur Scheidung, kann noch im Verlaufe des Rechtsstreites, auch noch im Verfahren vor Bundesgericht rechtswirksam abgegeben werden.[39])

---

[38]) In diesem Sinne sind denn auch die Kommentare Gmür (No. 48 und 52 zu Art. 142) und Egger (Ziff. 5 lit. a a. E. zu Art. 142), die sich beide auf Bd. 33 II S. 389 ff. berufen, zu korrigieren. — Zürich, Ob.Ger. 5. Nov. 1921, SJZ 20. Jahrg. S. 166, ebenso 13. Mai 1922, SJZ 22. Jahrg. S. 298; Glarus Ziv.Ger. 17. Januar 1917, SJZ 13. Jahrg. S. 317. Dagegen Neuch. Trib. cant. 4. Nov. 1919, SJZ 16. Jahrg. S. 176.

[39]) BG Bd. 51 II S. 116; ebenso schon Zürich Ob.Ger. 12. Dez. 1914, SJZ 11. Jahrg. S. 277.

Eine Auslegung des Art. 142 Abs. 2, die am Wortlaut des Gesetzes kleben bleibt, müsste zu einem andern Ergebnis führen. Man möchte geneigt sein, der Gesetzesbestimmung einen poenalen Charakter unterzulegen. Allein eine solche Auslegung wäre rechtsirrtümlich und mit dem in der Ehescheidung liegenden Zweckgedanken unvereinbar. Die Scheidung der Ehe erfolgt nicht zur Strafe desjenigen Gatten, der zur Scheidung durch irgend ein ehewidriges Verhalten Veranlassung gegeben hatte, sondern zum Schutze des an der Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses nicht oder weniger schuldigen andern Ehegatten. Diesem soll, wenn ihm die Ehe unerträglich geworden ist, das weitere Zusammenleben in ehelicher Gemeinschaft mit dem schuldigen Gatten nicht zugemutet werden. Derjenige Ehegatte, der diesen Schutz beansprucht, wird ihn in der Regel selbst klagend geltend machen. Er kann aber auf diesen Schutz, auf die Befreiung von unerträglichen Banden verzichten einerseits dadurch, dass er selbst nicht Klage erhebt oder der Klage des andern Ehegatten sich widersetzt und diese zum Scheitern zu bringen versucht. Das tut er mit Erfolg dann, wenn der klagende Ehegatte der allein oder überwiegend schuldige Teil ist. Das ist die Auswirkung des Schutzgedankens in umgekehrter Richtung; der weniger schuldige Gatte soll nicht wider seinen Willen geschieden werden. Daraus kann nicht gefolgert werden, die Ausschliessung des überwiegend schuldigen Gatten vom Klagerecht habe poenalen Charakter, er müsse zur Strafe für sein ehewidriges Verhalten in der Ehe bleiben. Der Grundgedanke dieser Bestimmung ist vielmehr der, und das geht auch aus den Materialien des Gesetzes hervor, dass der im Unrecht befindliche Ehegatte aus seinem Verschulden keinen Vorteil soll erlangen dürfen.[40]) Wenn nun der verletzte Ehegatte darauf verzichtet, zu seinem Schutze selbst die Ehescheidungsklage anzuheben, so ist

---

[40]) BG Bd. 54 II S. 2.

nicht einzusehen, weshalb ihm der Erfolg versagt sein soll, wenn er diesen statt mit einem förmlichen Scheidungsbegehren durch Klage oder Widerklage durch das blosse Anerkenntnis des klägerischen Rechtsbegehrens herbeiführen kann. Wohl machen die öffentlichen Interessen im Ehescheidungsprozess es dem Richter zur Pflicht, die Zugeständnisse der Parteien hinsichtlich der geltend gemachten Scheidungsgründe auf ihre tatsächliche Richtigkeit zu prüfen; aber zu verhindern, dass ein vorwiegend schuldiger Kläger keinen Vorteil aus der Ehescheidung ziehe, wäre eine Übertreibung des sonst im Ehescheidungsprozess herrschenden Offizialprinzips. Es berührt den Staat und die öffentlichen Interessen nicht, wenn der Kläger einen Vorteil erlangt, den der Beklagte ihm freiwillig zugesteht. Die unschuldige beklagte Partei empfindet unter Umständen die Scheidung ebenfalls als Erlösung, vielleicht in noch höherem Masse vorteilhaft als der Kläger. Willigt die beklagte Partei in die Scheidung ein, so gibt sie damit zu erkennen, dass sie die Scheidung, wenn nicht als Vorteil für sich, so doch zum mindesten nicht dermassen als Nachteil empfindet, dass sich eine staatliche Inhibition rechtfertigen liesse.

Die Anhänger des absoluten Verschuldensprinzips im Ehescheidungsverfahren und die Gegner jeder Erleichterung der Scheidung werden sich mit der Rechtsprechung des Bundesgerichts nicht wohl abfinden können. Diesen mag immerhin entgegengehalten werden, dass mit dem grundsätzlichen Schutz der Klage des an der Zerrüttung überwiegend schuldigen Ehegatten die Nebenfolgen der Scheidung keineswegs berücksichtigt sind. Die Schuld des Klägers kann immer noch ihre Sühne durch eine zu seinen Ungunsten getroffene Entscheidung über die Nebenfolgen finden, und auch die Auferlegung der Wartefrist kann ihm seine Schuld zu Gemüte führen und ein allfällig beim unschuldigen Ehegatten oder bei Dritten bestehendes Rachebedürfnis befriedigen. Allein das Ehescheidungsrecht des ZGB stellt nun einmal grundsätzlich

nicht auf den Kausalzusammenhang zwischen einem Verschulden und der tiefen Zerrüttung als Voraussetzung der Scheidung ab. Voraussetzung der Scheidung ist die tiefe Zerrüttung. Liegt eine solche vor, so muss die Scheidung ausgesprochen werden, ohne dass ein Verschulden des Beklagten oder überhaupt eines Ehegatten nachgewiesen oder behauptet wird, sobald nicht der vorwiegend schuldige Teil die Scheidung verlangt und der andere Teil sich der Scheidung widersetzt. Im deutschen Recht liegt auch beim generellen Scheidungsgrund des § 1568 BGB der Schwerpunkt im Verschulden des verklagten Ehegatten. Fehlt es an einem solchen, so darf die Scheidung nicht ausgesprochen werden, wenn auch objektiv eine schwere Verletzung der durch die Ehe begründeten Pflichten oder ein unsittliches Verhalten vorliegen sollte. Nach dem Rechte des ZGB besteht nicht einmal ein selbständiger Anspruch auf Feststellung der Schuld an der Zerrüttung, während nach deutschem Recht von Amtes wegen die Schuld im Urteil ausgesprochen wird, weil die Regelung aller Nebenfolgen sich nach dem Gesichtspunkte der Schuld entscheidet. Da indessen nach dem Rechte des ZGB bei der Regelung der Nebenfolgen wenigstens teilweise auf das Verschulden abgestellt wird, ist dem Richter eine Abmessung des Verschuldens als präjudizielle Frage zur Pflicht gemacht.[41]) Nur in dem Falle, wo bei einer Klage aus Art. 142 die beklagte Partei sich unter Berufung auf das überwiegende Verschulden des Klägers der Scheidung widersetzt, muss primär über die Schuldfrage, weil Klagevoraussetzung, entschieden werden. Dass im übrigen die Schuld nicht zur Voraussetzung der Scheidung gemacht ist, darin liegt der eminente Vorzug des schweizerischen vor dem deutschen Ehescheidungsrecht. Die Suche nach der Schuld ist oft ein eitles Beginnen, und was der Richter schuldhaftes, ehewidriges Verhalten nennt, das ist vielfach nur die

[41]) BG Pr. II No. 102, E. 1; Zürich, Ob.Ger. 1. März 1919, SJZ 18. Jahrg. S. 293.

Folge einer schon vorhandenen tiefen Zerrüttung, die wiederum ihren Grund in psychologischen Tatsachen und Vorgängen hat, welche dem Richter nicht erkennbar und nicht erfassbar sind. Mangels tieferer Einsicht in die Ursachen einer ehelichen Zerrüttung und psychologischer Erkenntnisfähigkeit können wir bei einem Konflikte zwischen Ehegatten nicht immer bestimmt sagen, auf welcher Seite die Schuld oder das überwiegende Verschulden liegt. Dem Richter dokumentiert sich die Schuld meist nur an äussern Tatsachen und Vorgängen (eine Misshandlung, schwere Ehrverletzung, Ehebruch, bösliches Verlassen), während er in die tiefern Ursachen der Zerrüttung der Ehe als sittliche Lebensgemeinschaft nicht einzudringen vermag. Darum ist es besser, wenn wir auf das Verschulden kein entscheidendes Gewicht legen. Der Richter läuft oft Gefahr, dem einen oder dem andern Ehegatten Unrecht zu tun.

Dagegen darf eine schon bestehende tiefe Zerrüttung dem an dieser unschuldigen oder nicht überwiegend schuldigen Teil nicht zum Vorwand und zur Entschuldigung für Handlungen dienen, die an sich geeignet wären, eine tiefe Zerrüttung herbeizuführen. Denn der Umstand, dass aus irgend einem Grunde die schon früher bestandene tiefe Zerrüttung nicht zur Scheidung führte, darf nicht einen Freibrief zu ehewidrigem Verhalten bilden, auch dann nicht, wenn die Zerrüttung keiner Steigerung mehr fähig wäre. Denn die spätern Verfehlungen können zwar nicht mehr als Ursache der schon bestehenden Zerrüttung, aber für die Fortdauer derselben wirksam werden, und kein Ehegatte kann verhalten werden, in einem Zustande tiefer ehelicher Zerrüttung dauernd zu verharren. Derart anormale Zustände sind mit dem Wesen der Ehe unverträglich; sie widersprechen der guten Sitte und dem öffentlichen Interesse. Der ursprünglich unschuldige oder weniger schuldige Ehegatte macht sich schuldig, wenn er gegen die ehelichen Pflichten sich verfehlt. Er hat z. B. nicht das Recht zu

jahrelanger oder gar lebenslänglicher Verweigerung der ehelichen Gemeinschaft. Verweigert er beharrlich die Wiederaufnahme der ehelichen Gemeinschaft, so macht sich der ursprünglich schuldlose Ehegatte zum schuldigen oder überwiegend schuldigen Teil.[42]) Der ursprünglich schuldlose oder weniger schuldige Ehegatte hat die Pflicht, alles zu vermeiden, das geeignet sein könnte, die bestehende Kluft zu erweitern. Er wird mitschuldig, wenn er selbständig zum Angriff übergeht. Der Angriff darf aber nicht durch pflichtwidriges Verhalten des schuldigen Ehegatten provoziert sein.[43])

c) Die Scheidung ohne Verschulden. Wesentliche und einzige gesetzliche Voraussetzung der Scheidung aus dem allgemeinen Grunde ist eine so tiefe Zerrüttung, dass den Ehegatten die Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft nicht zugemutet werden darf. Diese Zerrüttung kann durch eheliches Verschulden eines oder beider Ehegatten verursacht sein. Es kann aber auch auf beiden Seiten an einem Verschulden im Sinne eines konkreten Handelns gegen die durch die Ehe begründeten Pflichten, die sich zum Teil aus dem Gesetz, zum Teil aus dem Begriff der ehelichen Lebensgemeinschaft ergeben, fehlen. Die Fälle, in denen ohne ein subjektives Verschulden die Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses herbeigeführt wird, sind nicht so selten, wenn es auch meistens an einem die Zerrüttung begründenden oder fördernden Verhalten eines oder beider Ehegatten nicht fehlen wird. So hat das BG die Berufung auf eine durch eine unverschuldete Krankheit eingetretene Zerrüttung als Scheidungsgrund nicht als „schlechthin für alle Fälle" ausgeschlossen erklärt. Dabei ist die Frage zu prüfen, ob die Folgeerscheinungen der Krankheit das Wesen der Ehe so vernichten, dass dem Kläger die Fortsetzung der Ehe nicht mehr zugemutet werden kann.[44]) Dem zur Beurteilung stehen-

[42]) Zürich, Ob.Ger. 20. März 1913, SJZ 9. Jahrg. S. 376.
[43]) BG 14. Okt. 1927 (Sauter/Sauter).
[44]) BG Bd. 50 II S. 427 ff.

den Fall lag folgender Tatbestand zu Grunde: Die Beklagte litt seit etwa zwei Jahren infolge von Schlafkrankheit an fortschreitender Verkalkung des Rückenmarks und des Gehirns, die von Lähmungen begleitet war. Der Zustand der Kranken, der sich auch in Belästigung der Umgebung und Störung der Nachtruhe äusserte, machte Anstaltsversorgung oder fortwährende häusliche Wartung notwendig. Dem Ehemann (Fabrikarbeiter mit zwei Kindern) gegenüber erging sie sich in heftigen Ausfällen und unbegründeten Drohungen. Der eine Arzt nannte die Aussicht auf Heilung schlecht, der andere hielt die Krankheit für unheilbar und langsam fortschreitend. Das Obergericht des Kantons Zürich sprach auf Begehren des Ehemannes die Scheidung aus, indem es im wesentlichen darauf abstellte, dass eine Rückkehr der Beklagten in die gemeinsame Haushaltung äusserst fern liege und dem Kläger daher von der Ehe nur die Last des Unterhalts bliebe ohne die Aussicht, dass ihm die Beklagte etwas bieten könne. Das Bundesgericht erblickte in diesem Entscheid eine Verkennung des Wesens der Ehe, indem namentlich dem ökonomischen Interesse ein zu grosses Gewicht beigelegt werde. Die sittliche Gemeinschaft werde durch die Notwendigkeit einer Anstaltspflege oder einer fortwährenden häuslichen Wartung keineswegs aufgehoben, und die wesentlichen Beziehungen persönlicher Natur unter den Ehegatten werden dadurch nicht verunmöglicht. Es gehöre zu den Pflichten des Ehegatten, dem andern in solch schwerer und dauernder Krankheit, soweit als ihm möglich sei, beizustehen, auch wenn er ökonomisch dadurch schwer getroffen werde, gleichviel in welchen sozialen Verhältnissen sich der Kläger befinde. Ein Analogieschluss mit der unheilbaren Geisteskrankheit könne im vorliegenden Falle nicht gezogen werden, umso weniger, als die Krankheit noch nicht drei Jahre gedauert habe und nicht mit Sicherheit als unheilbar erklärt werden könnte. Der Zustand der Kranken und ihr Verhalten der Umgebung und dem

Kläger gegenüber verunmöglichen nicht alle Beziehungen persönlicher Natur unter den Ehegatten, so dass der Ehe jeder Gehalt genommen und dem Kläger die Fortsetzung der Ehe unerträglich gemacht wäre. — Dieses Urteil ist zwar von einer hohen sittlichen Auffassung der Ehe getragen, und den Erwägungen ist darin beizupflichten, dass ein von einer schweren, mit hoher Wahrscheinlichkeit unheilbaren körperlichen Krankheit unverschuldet befallener Ehegatte wenigstens denselben Schutz wie der geisteskranke Ehegatte geniessen soll. Wird aber die Krankheit nach drei Jahren von den Ärzten als mit hoher Wahrscheinlichkeit unheilbar erklärt und zeigt sie gleiche oder ähnliche Auswirkungen wie eine Geisteskrankheit, ohne dass sie im medizinischen Sinn als solche bezeichnet werden könnte, so würde es als eine Überspannung des Wesens der Ehe erscheinen, wollte man dem gesunden Ehegatten, dem die Fortsetzung der Lebensgemeinschaft unmöglich gemacht ist, den Anspruch auf Scheidung versagen, dies namentlich dann, wenn die Krankheit eine dem andern Ehegatten feindselige Gesinnung hervorgerufen hat. Das ZGB erfordert nicht, wie das BGB, die völlige Aufhebung jeder geistigen Gemeinschaft zwischen den Ehegatten, den geistigen Tod des Kranken, und das Fehlen des Bewusstseins ehelicher Beziehungen.

In einem später beurteilten Fall erklärte das Bundesgericht, es könne die geistige Abnormalität, eine Zwischenstufe zwischen völliger Geisteskrankheit und geistiger Normalität, einen Scheidungsgrund wegen tiefer Zerrüttung abgeben. Die Folgeerscheinungen einer Krankheit können das Wesen einer Ehe derart vernichten, dass eine Fortsetzung derselben, sei es dem gesunden oder dem kranken Gatten nicht mehr zugemutet werden könne. „Wenn ein Kläger infolge einer von ihm nicht verschuldeten Psychose der Beklagten (auch von dieser nicht verschuldet) in Verbindung mit der bestehenden Verschiedenheit der Charaktere eine derartige Abneigung gegen die Beklagte empfindet, dass ihm deren

blosse Anwesenheit in die schwersten Erregungszustände versetzt, kann ihm die Fortsetzung des ehelichen Lebens nicht zugemutet werden."[45]) In einem solchen Falle kann, wenn auch auf Seite des Klägers kein Verschulden liegt, trotz Widerspruchs der Beklagten die Scheidung gleichwohl ausgesprochen werden. — Das Kantonsgericht St. Gallen hat in einem neuern Entscheid eine grundsätzlich andere Rechtsauffassung über die rechtliche Bewertung der Wirkung einer körperlichen Krankheit zum Ausdruck gebracht.[46]) Es schliesst erbliche oder ansteckende Krankheiten oder Leibesgebrechen des einen Ehegatten, welche die „Erfüllung des Ehezweckes" unmöglich machen, als Scheidungsgründe schlechthin aus. In einer solchen Krankheit liege ein „schwerer Unglücksfall". Wesen und Zweck der Ehe erfordern aber, dass die Ehegatten Glück und Unglück gemeinsam tragen und dass daher das eheliche Band durch Unglücksfälle, die den einen Ehegatten ohne sein Verschulden treffen, nicht gelöst werde, auch nicht auf dem Umwege über Art. 142, namentlich wenn Kinder vorhanden seien. In der unrichtigen Einstellung des Ehemanns zur Krankheit der Frau liege ein wesentliches Verschulden. Ein Ehegatte müsse die sittliche Kraft haben, sich mit schweren körperlichen Gebresten des andern Teils (im vorliegenden Falle handelte es sich allerdings nur um eine schwere Fettsucht der Ehefrau, die in Verbindung mit einigen andern, mit der Fettsucht in Kausalzusammenhang stehenden und die eheliche Gesinnung nicht gerade fördernden Eigenschaften zu einer starken Abneigung des Ehemannes gegen die Frau geführt haben), soweit diese Gebresten nicht selbst verschuldet sind, abzufinden. Es liege allerdings eine Ursache der Zerrüttung in einer solchen Krankheit. Das Verschulden sei aber nicht bei diesem, sondern beim andern Teil zu suchen, der die Kraft zur Überwindung eines solchen Schicksalsschlages nicht

[45]) BG Bd. 51 II S. 364 ff.

[46]) St. Gallen, Kant.Ger. 24. Nov. 1926.

habe. — Das Kantonsgericht hat mit Recht das Schwergewicht nicht auf die Art der Krankheit gelegt. Die Fettsucht ist auch nicht gerade der Typus einer Krankheit, welche den Ausgangspunkt zu grundsätzlichen Erörterungen über die scheidungsrechtliche Bedeutung einer körperlichen Krankheit abzugeben vermöchte. In der Regel wird eine körperliche Krankheit nur dann zur tiefen Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses führen, wenn sie ansteckend, ekelerregend und unheilbar, insbesondere selbstverschuldet ist. Diese Voraussetzungen treffen im vorliegenden Falle nicht zu. Das Kantonsgericht hat nun gleichwohl eine tiefe Zerrüttung der Ehe festgestellt, welche ihre Ursache in der bei der Beklagten bestehenden schweren Fettsucht haben könne. Allein die Schlussfolgerungen, die Abweisung der Scheidungsklage wegen Verschuldens des Ehemannes, beruht auf einer ganz unrichtigen Anwendung des Verschuldensbegriffs. Das Verschulden ist nur dann Klageausschliessungsgrund, wenn die tiefe Zerrüttung darauf zurückzuführen ist. Hier war aber nicht eine eheliche Verfehlung des Klägers die Ursache der tiefen Zerrüttung, sondern ein Zustand der Beklagten, den sie selbst auch nicht verschuldete, der aber eine unüberwindliche Abneigung des Klägers gegen die Beklagte zur Entstehung bringen konnte, und diese erst war geeignet, die Annahme einer tiefen Zerrüttung zu rechtfertigen. Die Abneigung kann aber nicht einem subjektiven Verschulden zugerechnet werden. Das die Klage abweisende Urteil hätte damit begründet werden müssen, dass nach einem allgemein gültigen objektiven Maßstabe gemessen die Krankheit der Beklagten nicht in dem Sinne rechtlich beachtlich sein könne, dass für den Kläger die Fortsetzung der Ehe eine unerträgliche Zumutung bedeuten würde und dass nach demselben Maßstabe gemessen der krankhafte Zustand der Beklagten auch nicht geeignet sein könne, eine unüberwindliche Abneigung beim andern Ehegatten hervorzurufen. Darin liegt nicht ein Verschulden des Klä-

gers, dass er den wahren Sinn der Ehe nicht erfasste und sich zur Krankheit der Beklagten nicht richtig einzustellen vermochte. Dagegen konnte sich die Beklagte darauf berufen, dass ein Ehegatte, der sich seiner durch die Ehe begründeten Pflichten in vollem Masse bewusst ist, der Zumutung zur Fortsetzung der Ehe in diesem Falle nicht für überhoben gelten darf.

Zusammenfassend ergibt sich: unverschuldete, mit hoher Wahrscheinlichkeit unheilbare körperliche Krankheit bildet nur dann einen Scheidungsgrund, wenn deren Folgeerscheinungen das Wesen der Ehe derart vernichten, dass eine Fortsetzung derselben dem gesunden oder dem kranken Ehegatten nicht mehr zugemutet werden kann. Selbstverschuldete (in der Regel durch geschlechtliche Ausschweifung), ekelerregende oder ansteckende Krankheiten vermögen die Scheidung zu begründen, wenn deren Entstehung auf einer schweren Verletzung der durch die Ehe begründeten Pflichten beruht, welche an sich schon einen Scheidungsgrund abgeben würden, oder wenn deren Folgeerscheinungen derart sind, dass sie bei dem gesunden Ehegatten eine unüberwindliche Abneigung erregen oder die eheliche Gesinnung völlig zerstören. Geschlechtliches Unvermögen, sei es selbst verschuldet oder unverschuldet, berechtigt immer zur Scheidung, sofern durch diesen Umstand eine tiefe Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses verursacht wird; denn wenn eine Geschlechtsgemeinschaft wegen relativer oder absoluter Unfähigkeit des einen Teils nicht möglich ist, so fehlt es an einem wesentlichen Erfordernis der ehelichen Gemeinschaft und erscheint ein ferneres Zusammenleben der Litiganten mit dem Wesen der Ehe unverträglich,[47]) wobei immerhin die konkreten Verhältnisse, besonders das Alter der Ehegatten, zu berücksichtigen ist. Von einem gewissen Alter an wird die geschlechtliche Impotenz kaum mehr recht-

[47]) Vgl. BG Bd. 3 S. 117.

lich beachtlich sein können. Dagegen ist Unfruchtbarkeit der Frau an sich noch kein Scheidungsgrund. Die Ehegatten müssen bei Eingehung der Ehe damit rechnen, dass ihrer Verbindung vielleicht keine Kinder entspringen werden.[48]) Die Fortpflanzung ist zwar einer der wesentlichen Zwecke der Ehe, aber nicht der Hauptzweck, so dass bei Unmöglichkeit der Erfüllung desselben die Ehe ihre Existenzberechtigung verloren hätte. Die preussische Gesetzgebung des 18. Jahrhunderts, welche bei der Ehescheidung einzig auf das Staatswohl Rücksicht nahm und den Gesichtspunkt der Population in den Vordergrund stellte, war weniger sentimental: „Wird ein solches Paar geschieden, und das Weib heiratet dann einen andern Kerl, so kommen doch noch eher Kinder davon."

Ob körperliche Gebrechen und Unvermögen einen Anspruch auf Scheidung der Ehe gewähren, hängt letzten Endes davon ab, ob die Voraussetzungen des Art. 142 gegeben seien. Der einzelne muss es mit seinem Gewissen ausmachen, ob er bei Vorliegen der tiefen Zerrüttung und Unzumutbarkeit der Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft von seinem gesetzlichen Rechte Gebrauch machen, oder ob er Leid und Unglück zusammen mit dem kranken Ehegatten tragen wolle. Der Richter darf sich nicht von gefühlsmässigen Überlegungen zu Gunsten des beklagten Ehegatten leiten lassen. Liegen Tatbestände vor, welche auf die tiefe Zerrüttung der Ehe und die Unerträglichkeit der Fortsetzung derselben schliessen lassen, so ist auch anzunehmen, dass diese Tatbestände „die Erfüllung der Zwecke des Ehestandes gänzlich verhindern", und dann liegt auch kein Grund vor, diese nicht als Rücktrittsgründe gelten zu lassen.

d) Wechselseitiges Verschulden und Kompensation. Der an sich nicht fernliegende Gedanke, dass bei wechselseitigem ehelichem Verschulden keinem der

[48]) Bern, App.hof, 24. Sept. 1920, SJZ 18. Jahrg. S. 69.

Ehegatten ein Klagerecht zustehe, hatte in vielen Ehegesetzen des gemeinen Rechts und auch in einer Reihe von kantonalen Ehegesetzen als Rechtssatz Aufnahme gefunden. Die Einrede der Kompensation im Ehescheidungsverfahren war dagegen schon im ZEG ausgeschlossen,[49]) und das ZGB hat an diesem Zustand nichts geändert. Das Kompensationsprinzip ist nach wie vor beseitigt.[50]) Das gilt sowohl mit Bezug auf die speziellen Scheidungsgründe als auf den allgemeinen Grund der tiefen Zerrüttung. Danach wird das Recht auf Scheidung weder dadurch ausgeschlossen, dass der Kläger selbst die Ehe gebrochen, die Beklagte misshandelt, ihr schwere Ehrenkränkungen zugefügt, sie böswillig verlassen oder Gründe zur tiefen Zerrüttung geschaffen hat, noch dadurch, dass er dem beklagten Ehegatten durch sein eigenes ehewidriges Verhalten Anlass zur Begehung einer schuldhaften, das Recht auf Scheidung begründenden Handlung gegeben hat. Diese letzte Alternative ist bestritten, weil der Kläger eine durch ihn selbst verschuldete Zerrüttung nicht als Scheidungsgrund geltend machen könne. Dagegen kann der Umstand, dass auch der Kläger sich ehezerrüttender Handlungen schuldig machte, insofern von Bedeutung sein, „als das eigene schuldvolle Verhalten des Klägers unter Umständen den Schluss rechtfertigen wird, dass die der Klage zu Grunde liegenden Tatsachen vom Standpunkte des Klägers aus betrachtet nicht geeignet seien, seine eheliche Gesinnung zu zerstören und ihm die Fortsetzung der Ehe unerträglich zu machen.“[51]) Das eigene ehezerrüttende Verhalten des Klägers vermag eine Widerklage zu begründen und die Gestaltung der Nebenfolgen der Scheidung zu dessen ungunsten zu beeinflussen.

---

[49]) BG Bd. 31 II S. 19 und 586.

[50]) Vgl. BG Bd. 38 II S. 59 ff.

[51]) RG, 2. Juli 1900 in Seuff. Arch. Bd. 57 No. 13; ähnlich BG Bd. 31 II S. 586. Die in diesem Satz vertretene Auffassung öffnet dem gelegentlich doch sich geltend machenden Kompensationsbedürfnis des Richters ein Hintertürchen.

Das Prinzip des Ausschlusses einer Verschuldenskompensation im Ehescheidungsprozess erleidet scheinbar eine Ausnahme bei der Anwendung des Art. 142 Abs. 2. Die Tatsache, dass der beklagte Ehegatte sich der Scheidung widersetzt, überbindet dem Richter die Aufgabe, die Fehler der Ehegatten gegeneinander abzuwägen. Ergibt sich dabei, dass die Verfehlungen beider Ehegatten in nicht erheblich verschiedenem Grade auf die Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses eingewirkt haben, so findet nicht etwa eine Aufrechnung des Verschuldens und Abweisung einer oder, wenn beide Ehegatten geklagt haben, beider Klagen statt (es können aber die Scheidungsbegehren beider Parteien gutgeheissen werden). Die Abweisung der Klage nach Art. 142 Abs. 2 erfolgt nicht aus dem Grunde und nach Gesichtspunkten der Kompensation, sondern nur deshalb, weil den Kläger ein in dem Masse an der Zerrüttung überwiegendes Verschulden trifft, dass jenes des beklagten Teils verglichen mit den Verfehlungen der Klagepartei als ganz unerheblich erscheint und für sich gar nicht geeignet gewesen wäre, eine tiefe Zerrüttung der Ehe herbeizuführen. Erhebliches eheliches Verschulden kann nicht mit unerheblichen Verfehlungen aufgerechnet werden.

e) Das gemeinsame Scheidungsbegehren. Die naturrechtliche Auffassung der Ehe als eines zivilen Vertragsverhältnisses hat neben manchen Erleichterungen der Ehescheidung auch zur Anerkennung des gemeinsamen Scheidungsbegehrens (gegenseitige Einwilligung, beidseitiges Begehren, consentement mutuel) als Scheidungsgrund geführt. Darunter verstand man in der Periode des preussischen Landrechts und im Code civil die Scheidung ex mutuo consensu mit schwereren oder leichteren Kautelen, je nachdem Kinder aus der Ehe vorhanden waren oder nicht, die Ehe von mehr oder weniger langer Dauer war und die Ehegatten schon oder noch nicht ein bestimmtes Alter erreicht hatten. Als Rudiment des naturrechtlichen Scheidungsbegehrens der gegenseitigen

Einwilligung erscheint uns der Art. 45 des ZEG: „Wenn beide Ehegatten die Scheidung verlangen, so wird das Gericht dieselbe aussprechen, sofern sich aus den Verhältnissen ergibt, dass ein ferneres Zusammenleben der Ehegatten mit dem Wesen der Ehe unverträglich ist.“ Es leuchtet sofort ein, dass wir es hier nicht mit dem naturrechtlichen Scheidungsgrund der gegenseitigen Einwilligung zu tun haben, und es ist irreführend, den Art. 45 ZEG als „gemeinsames Scheidungsbegehren“ zu bezeichnen. Denn nicht der Umstand, dass beide Ehegatten gemeinsam die Scheidung begehren, ist der Scheidungsgrund, sondern dass ein ferneres Zusammenleben der Ehegatten mit dem Wesen der Ehe unverträglich sei. In der Unmöglichkeit, den Inhalt und Gegenstand dieses Scheidungsgrundes von demjenigen der tiefen Zerrüttung des Art. 47 scharf abzugrenzen und nach wesentlichen Merkmalen zu unterscheiden, lag die ganze Unzulänglichkeit und Widersprüchlichkeit der Rechtsprechung nach Art. 45 und 47 ZEG begründet. Das Bundesgericht hatte der Praxis eine bestimmte Richtung zu geben versucht, indem es ein Scheidungsbegehren nach Art. 45 nur dann als vorliegend erachtete, wenn beide Ehegatten einen Anspruch auf Scheidung geltend machten, ohne sich auf ein Verschulden des andern Teils zu berufen. Marschieren dagegen die Parteien getrennt und verlangt jede für sich unter Berufung auf Verfehlungen des andern Ehegatten die Scheidung, so habe man es mit zwei einseitig gestellten Begehren nach Art. 46 und 47 zu tun.[52]) Diese Auslegung war nicht gesetzwidrig. Es ermangelte aber der Logik, wenn das Bundesgericht den überwiegend schuldigen Teil vom Klagerecht ausschloss, selbst wenn der beklagte Ehegatte sich der Scheidung nicht widersetzte oder in diese einwilligte, ohne ein förmliches Scheidungsbegehren gestellt zu haben, während dieselbe Klage aus Art. 45 begründet geschützt werden müsste, sofern nur der nicht-

---

[52]) Vgl. die bei Briner, S. 85 zitierten Entscheide des BG.

schuldige oder weniger schuldige Ehegatte ebenfalls die Scheidung verlangt hatte. Im einen wie im andern Falle verzichten die Parteien darauf, aus dem Verschulden des andern Ehegatten Rechte abzuleiten. Dass beim Entscheid über die Wirksamkeit des Verzichts auf die Form der Geltendmachung desselben abgestellt wurde und dass bei materiell völlig gleichliegenden Tatbeständen eine Klage aus Art. 45 geschützt, aus Art. 47 abgewiesen wurde, das war widersinnig und innerlich nicht begründet. Aus dem Widerstreit der Meinungen über die Auslegung des Art. 45 und 47 des ZEG und deren Verhältnis zu einander durch Vereinigung der beiden Klauseln die einheitliche Formel des Art. 142 ZGB gefunden zu haben, war die wesentliche Verbesserung, welche das neue Ehescheidungsrecht gegenüber dem alten gebracht hatte.

Ob im Art. 142 auch das „gemeinsame Scheidungsbegehren" enthalten sei, ist fast müssig zu fragen. Denn ein gemeinschaftliches Begehren in naturrechtlichem Sinn als Scheidungsgrund an sich kannte weder das ZEG, wie wir oben gesehen haben, noch hatte der Gesetzgeber des ZGB ein solches schaffen wollen. Unter der Gemeinsamkeit des Scheidungsbegehrens nach dem ZGB verstehen wir zunächst die Tatsache, dass bei Vorliegen der tiefen Zerrüttung jeder Ehegatte den Anspruch auf Scheidung selbständig und aus demselben Rechtsgrunde geltend macht, sei es durch Klage oder Widerklage. Die Praxis hat dann nach anfänglichem Zögern den Begriff des gemeinsamen Begehrens dahin ausgedehnt, dass sie die blosse Zustimmung zur Scheidung oder die Erklärung, dass man sich dem Scheidungsbegehren des Klägers nicht widersetze, zum Begriff des consensus mutuus genügen lässt, auch dann, wenn der an der tiefen Zerrüttung überwiegend schuldige Teil klagen sollte. Der Richter darf nicht aus der Gemeinsamkeit des Begehrens auf die Zerrüttung schliessen. Das beidseitige Begehren muss ebenso begründet sein wie das einseitige. Die beidseitige Versicherung, dass die Ehe tief zerrüttet sei, genügt nicht

zur Begründung der Scheidungsklage; die tiefe Zerrüttung muss objektiv erwiesen sein. Dabei lässt sich nicht vermeiden, dass die Praxis in den Fällen des beidseitigen Einverständnisses nicht die gleichen Anforderungen an den Beweis der tiefen Zerrüttung stellt wie in den Fällen des einseitigen Begehrens. Doch darf dem gegenseitigen Einverständnis keine entscheidende Bedeutung beigemessen werden, weil das ZGB den Scheidungsgrund der gegenseitigen Einwilligung nun einmal nicht kennt. Es will die Ehe wegen ihrer Bedeutung für die Erhaltung der Familie und die menschliche Gesellschaft nicht als ein der einseitigen Kündigung unterliegendes oder bei beidseitigem Einverständnis aufzuhebendes Vertragsverhältnis betrachtet wissen. Der Richter hat von Amtes wegen das Vorhandensein der tiefen Zerrüttung zu prüfen und sich davon zu überzeugen, wobei aber das beidseitige Einverständnis als Beweisumstand für die tiefe Zerrüttung gewertet werden kann.[53])

Ein Ehegatte, der sich zunächst der Scheidung widersetzte, kann in jedem Stadium des Verfahrens (auch noch vor Bundesgericht) rechtswirksam seine Zustimmung zur Scheidung geben. Die Zustimmung hat die gleichen rechtlichen Wirkungen, wie wenn formell eine Scheidungsklage oder eine Widerklage vorläge.[54])

Das Verhältnis der speziellen Scheidungsgründe zum generellen Scheidungsgrund der tiefen Zerrüttung.

Prozessuale und materielle Konkurrenz.

I. Alle Scheidung hat ihren Rechtsgrund in der tiefen Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses. Das dem generellen (relativen) und dem speziellen (absoluten) Scheidungsgrunde gemeinsame Prinzip ist eine so tiefe Zerrüttung des ehelichen Verhält-

---

[53]) BG Bd. 52 II S. 412 E. 2.

[54]) Zürich, Ob.Ger. 12. Dez. 1914, SJZ 11. Jahrg. S. 277.

nisses, dass dem einen oder andern Ehegatten die Fortsetzung der Ehe nicht zugemutet werden darf, weil sie ihm unerträglich geworden und seine eheliche Gesinnung zerstört ist. Wird das Scheidungsbegehren vom Kläger auf einen speziellen Scheidungsgrund gestellt, so hat der Richter nur zu prüfen, ob der Beweis für die Schuld des beklagten Teils im Sinne der Erfüllung eines einen speziellen Scheidungsgrund darstellenden Tatbestandes erbracht sei. Liegt eine einen speziellen Scheidungsgrund begründende Handlung vor, so besteht die stillschweigende Voraussetzung, dass diese den Bestand der Ehe, die Zuneigung der Ehegatten zu einander, die Möglichkeit einer gedeihlichen Weiterführung der Ehe treffe. Es besteht eine gesetzliche Vermutung für die tiefe Zerrüttung, und es muss diese vom klagenden Ehegatten nicht ausdrücklich nachgewiesen oder glaubhaft gemacht werden. Es sind also die Wirkungen der eheverletzenden Handlung vom Richter nicht von Amtes wegen zu prüfen, und er hat die Klage zuzusprechen, sofern nicht der beklagte Ehegatte im einzelnen Falle dartut, dass die Vermutung der ehezerstörenden Wirkung nicht zutreffe, die Verfehlung also als Scheidungsgrund nicht geltend gemacht werden könne.[55]) Wird dagegen aus dem generellen Grunde geklagt, so beschränkt sich die Aufgabe des Richters nicht auf die Prüfung des vom Kläger behaupteten ehezerrüttenden Tatbestandes, sondern er hat dazu sich zu vergewissern, ob diesem eine ehezerstörende Wirkung zukomme. Ob dem im allgemeinen und im konkreten Fall so sei, insbesondere ob dem gekränkten Ehegatten die Fortsetzung der Ehe unerträglich gemacht sei, darüber steht dem Richter ein weitgehendes Ermessen zu. Darin liegt die Relativität der generellen Scheidungsgründe. Auch die speziellen Scheidungsgründe entbehren der Relativität selbstverständlich insofern nicht, als wir mit Rücksicht auf die Bildung, den Charakter, die Lebens-

---

[55]) BG Bd. 53 II S. 196 f.

stellung und die sittliche Auffassung der Ehegatten mit ganz verschiedenen Wirkungen der einzelnen, einen speziellen Scheidungsgrund darstellenden Handlungen zu rechnen haben.[56])

Dass der Gesetzgeber, obwohl auch bei den speziellen Scheidungsgründen die tiefe Zerrüttung und die durch diese bewirkte Vernichtung der ehelichen Gesinnung Voraussetzung der Zusprache des Scheidungsbegehrens ist, trotzdem einzelne Tatbestände besonders hervorgehoben hat, an deren Erfüllung er das Recht der Scheidung knüpft, mag seinen Grund in rechtshistorischen und rechtspolitischen Überlegungen haben. Bloss die Umkehr der Beweislast bezüglich der tiefen Zerrüttung würde die Hervorhebung besonderer Fälle aus dem allgemeinen Prinzip nicht rechtfertigen. Wir könnten des besondern, nicht aber des allgemeinen Scheidungsgrundes entbehren. Diese an sich ideale Lösung des Ehescheidungsrechts hatte das Nachtragsgesetz vom 3. Februar 1862 zum Bundesgesetz betreffend die Scheidung gemischter Ehen vom 3. Dezember 1850 getroffen. Im Art. 3 wurde gesagt: „Das Bundesgericht urteilt über die Frage der Ehescheidung nach bestem Ermessen. Dasselbe wird in allen Fällen die gänzliche Scheidung aussprechen, in welchen es sich aus den Verhältnissen ergibt, dass ein ferneres Zusammenleben der Ehegatten mit dem Wesen der Ehe unverträglich ist.“ Mit diesem einzigen Scheidungsgrund hatte es sein Bewenden. Das Bundesgericht war zu beneiden und die scheidungsfreudigen Ehegatten dazu.

Die Frage, ob aus einem speziellen oder aus dem generellen Grunde geschieden werde, hatte unter dem alten Recht mit Rücksicht auf die Verschiedenheit der Voraussetzungen und Folgen der Scheidung eine erhebliche Bedeutung. So konnte ein Eheverbot nur bei Scheidung aus einem bestimmten Grunde ausgesprochen wer-

---

[56]) Vgl. BG Bd. 52 II S. 318 f.

den, und die temporäre Trennung war nur möglich bei Anwendung des Art. 47. So war ein strenges Auseinanderhalten der verschiedenen Scheidungsgründe geboten.[57]) Nach dem Rechte des ZGB beruhen alle Scheidungsgründe auf dem gemeinsamen Prinzip der tiefen Zerrüttung, und denjenigen Ehegatten, der sie verschuldet hat, gleichviel ob aus einem speziellen oder aus einem allgemeinen Grunde, treffen die rechtlichen Folgen der Scheidung (vermögensrechtliche, Wartefrist). Nur bietet die Feststellung der Schuld bei der Anwendung des Art. 142 mehr Schwierigkeiten. Sie muss vom Richter als Präjudizialfrage zur Entscheidung über die Haupt- und Nebenfolgen der Scheidung besonders geprüft werden, während mit dem Nachweis eines speziellen Scheidungsgrundes (ausgenommen Art. 141) zugleich die Schuld in der Person des fehlenden Ehegatten festgestellt ist. Eine scharfe Festlegung der Grenze zwischen dem Anwendungsgebiet der speziellen und generellen Scheidungsgründe, wie sie unter der Herrschaft des ZEG notwendig war, aber nicht immer beobachtet wurde, ist heute kein zwingendes Gebot mehr. Dagegen besteht in allen den Fällen, wo der Kläger ein rechtliches Interesse an der Feststellung seiner Unschuld hat, auch ein Rechtsanspruch auf Scheidung aus einem bestimmten Grunde, sofern die tatsächlichen Unterlagen nachgewiesen sind und das Scheidungsbegehren sich auf diese stützt. Auch sind es nicht immer nur rechtliche Interessen (Art. 150—152), welche die Scheidung aus einem bestimmten Grunde für den Kläger erforderlich und wünschenswert machen.

II. Das Gesetz enthält keine Vorschrift, wie bei Konkurrenz mehrerer Scheidungsgründe materiell und prozessual zu entscheiden sei. Das Wesen der Ehe als eine von dem Willen der Parteien unabhängige

---

[57]) Vgl. BG Bd. 33 II S. 392 f. Die kantonalen, namentlich die ostschweizerischen Gerichte unter Führung Zürichs hielten sich nicht streng an diese Regel.

rechtliche und sittliche Ordnung erfordert nur, dass ihre Auflösung nicht in die freie Parteidisposition gestellt sei. Dazu genügt ein zweckmässig geordnetes Offizialverfahren, das gegen Simulation von Scheidungsgründen und Gesetzesumgehungen der Parteien sichert. Die Ehe darf nicht geschieden werden, ohne dass Scheidungsgründe wirklich vorliegen. Das folgt aus Art. 158 Ziff. 1. Ist aber die Ehe tief zerrüttet, sei es aus einem speziellen oder aus einem andern Grunde, dann besteht kein Grund, den Parteien die freie Verfügung darüber, ob sie aus einem bestimmten oder aus dem allgemeinen Grunde geschieden sein wollen, zu entziehen. Ein öffentliches Interesse besteht nur dafür, dass eine nicht zerrüttete Ehe nicht nach dem freien Willen der Parteien gelöst werde, nicht aber, aus welchem Grunde eine tief zerrüttete Ehe geschieden werde. Unter „Parteierklärungen" im Sinne des Art. 158 Ziff. 3 sind nur Zugeständnisse, tatsächliche, auf die Tatumstände der Scheidungsgründe sich beziehende Behauptungen zu verstehen. Das gilt auch für die Nebenfolgen der Scheidung. Soweit es sich aber um die Rechtsbegehren der Parteien handelt, wird die freie Parteidisposition durch Art. 158 Ziff. 3 nicht eingeschränkt.[58]) Die Offizialmaxime im Ehescheidungsprozess erstreckt sich ausschliesslich auf die richterliche Feststellung des von den Parteien nach den Grundsätzen der Verhandlungsmaxime vorgelegten tatsächlichen Prozesstoffs, auf die Erzielung materieller Wahrheit, und den Ausschluss der Parteidisposition über die Nebenfolgen der Scheidung im Sinne des Art. 158 Ziff. 5. Eine weitere Ausdehnung des Offizialprinzips ist weder durch öffentliche noch durch private Interessen geboten.

Daraus folgt: Der Richter ist an die Klagebegehren der Parteien gebunden. Er darf die Scheidung nur aus einem von den Parteien principaliter oder eventuell angerufenen Schei-

---

[58]) BG Bd. 42 II S. 547 ff. E. 1.

dungsgrunde aussprechen. So darf nicht auf Scheidung erkannt werden aus Art. 142, wenn nur aus einem speziellen Grunde geklagt ist,[59]) und es darf nicht aus einem speziellen Grunde geschieden werden, wenn das Scheidungsbegehren ausschliesslich auf Art. 142 sich gründet.[60]) Geht die Klage primär auf Scheidung aus einem speziellen Grunde, eventuell aus Art. 142, so muss der Richter, wenn der Tatbestand des speziellen Grundes erfüllt ist, dem primären Klagebegehren stattgeben. Wird alternativ aus einem oder mehreren speziellen Gründen oder aus dem allgemeinen Grunde geklagt, so gibt damit die klagende Partei zu erkennen, dass sie zunächst nur ein Interesse an der Scheidung, nicht an der Feststellung des Verschuldens und den daraus abgeleiteten materiellen und moralischen Nebenfolgen für sich und die beklagte Partei habe. In diesem Falle wird der Richter gleichwohl dem Antrag auf Scheidung aus einem speziellen Grunde entsprechen, sofern der Tatbestand eines solchen erstellt ist. Damit regeln sich automatisch die Nebenfolgen (ausgenommen die Kinderzuteilung). Ist der geltend gemachte bestimmte Scheidungsgrund nicht nachgewiesen, so kann das alternative Begehren auf Scheidung aus Art. 142 zugesprochen werden, sofern die tiefe Zerrüttung vorliegt. Dabei ist die Frage des Verschuldens einer besondern Prüfung vorbehalten. Stehen Klage und Widerklage sich gegenüber, so hat das Gericht beide zu prüfen. Es kann beide abweisen, oder die Ehe auf Grund der Klage oder der Widerklage oder endlich auf Grund beider Klagen scheiden. Dabei macht es keinen Unterschied, auf welchen Gründen Klage und Widerklage beruhen. Stützt sich die Klage auf Ehebruch, die Widerklage auf tiefe Zerrüttung und sind beide Klagen begründet, so

---

[59]) BG Bd. 47 II S. 248 ff.; Zürich, Ob.Ger. 4. Mai 1912, SJZ 9. Jahrg. S. 14.

[60]) Unrichtig Basel-Stadt, App.Ger. 18. Dez. 1917, SJZ 15. Jahrg. S. 120 und 24. Febr. 1925, SJZ 23. Jahrg. S. 122; Zürich, Ob.Ger. 28. April 1920, Bl.f.Z.Rspr. XX 170.

treffen beide Parteien die dem Grade ihres gegenseitigen Verschuldens entsprechenden Folgen. Damit entfallen auch allfällige Ansprüche aus Art. 151 und 152.[61]) Die prozessualen, insbesondere die zeitlichen Voraussetzungen einer Widerklage werden nach kantonalem Prozessrecht geregelt.

In den Fällen materieller Konkurrenz zwischen dem generellen und einem speziellen Scheidungsgrund neigt die Praxis eher zu Gunsten des letzteren, namentlich in den Fällen des Ehebruchs. Dieser wird als so schwere Verletzung der ehelichen Treue gehalten, dass dem verletzten Teil das Recht auf dessen Feststellung in allen Fällen gewahrt werden müsse, auch dann, wenn die tiefe Zerrüttung schon vor dem Ehebruch bestanden hatte und deswegen Klage auf Scheidung erhoben war. Das Bundesgericht hat erklärt, auch wenn zur Entschuldigung des während des Scheidungsprozesses begangenen Ehebruchs auf die bereits bestehende tiefe Zerrüttung abgestellt werde, habe der wegen tiefer Zerrüttung beklagte Teil doch Anspruch auf Feststellung des Ehebruchs und Entscheidung darüber, ob ihm ein Ehescheidungsanspruch gegenüber dem Kläger gestützt auf den speziellen Grund des Ehebruchs zustehe, sofern (was in diesem Falle von der kantonalen Instanz als zulässig erklärt wurde) in diesem Stadium des Prozesses (hier erst vor zweiter Instanz) die beklagte Partei noch einen Antrag auf Scheidung wegen Verschuldens des Klägers stellen könne. Das schliesse zwar die Klage aus Art. 142 nicht aus; doch müsse zunächst der geltend gemachte besondere Scheidungsgrund untersucht werden. Das ergebe sich schon aus Art. 150 Abs. 1, weil bei Vorhandensein eines Ehebruchs von Amtes wegen eine Wartefrist ausgesprochen werden müsse. Die Klage wegen tiefer Zerrüttung könnte nur dann zugesprochen werden, wenn gesagt werden könnte, dass an dieser vor dem Ehebruch eingetretenen Zerrüttung

[61]) Basel-Stadt, App.Ger. 27. Febr. 1918, SJZ 16. Jahrg. S. 86.

die Beklagte das ausschliessliche Verschulden trage.[62]) Da die beiderseitigen Pflichten der Ehegatten bis zur Lösung des Bandes fortbestehen und die Verfehlungen des einen Teils für den andern keine Befreiung von diesen Pflichten mit sich bringt, demnach der ausserehelichen Geschlechtsverkehr während des Ehescheidungsprozesses als Ehebruch betrachtet werden muss, so scheint materiell dem Anspruch der Beklagten, das Scheidungsbegehren des Klägers aus Art. 142 abzuweisen und dem Antrag der Beklagten wegen Ehebruchs stattzugeben, nichts entgegenzustehen. Bis zu welchem Zeitpunkte indessen eine im Ehescheidungsprozess beklagte Partei über den Antrag auf Abweisung der Klage oder der Zustimmung zum geltend gemachten Scheidungsbegehren hinausgehend selbst ein förmliches Begehren auf Scheidung stellen kann, mit dem Antrag auf Ablehnung des klägerischen und Zusprechung des eigenen, also unter Ausschluss der Gemeinsamkeit des Scheidungsbegehrens, das zu entscheiden ist dem kantonalen Prozessrecht vorbehalten. Der bernische Appellationshof glaubt zwar, es sei ein Grundsatz des eidgenössischen Rechts, dass im Ehescheidungsprozess eine Widerklage auch noch vor der obern kantonalen Instanz erhoben werden könne, obschon das im ZGB nicht ausdrücklich anerkannt worden sei. Das ergebe sich daraus, dass sonst der schuldigere Gatte mit seiner früher eingereichten Klage durchdringe, der weniger schuldige mit seiner Klage nicht mehr gehört werden könnte.[63]) Diese Auffassung ist nicht haltbar. Wohl enthält das ZGB den Grundsatz, dass der überwiegend schuldige Teil vom Klagerecht ausgeschlossen werden könne dadurch, dass der weniger schuldige Gatte sich der Scheidung widersetze. Allein dieser Grundsatz findet nur Anwendung, wenn die Klage aus dem generellen Grunde erhoben wird. Wird die Klage auf einen besondern

---

[62]) BG Bd. 47 II S. 348 f.

[63]) Bern, App.hof 16. April 1920, ZBJV 56 S. 594.

Scheidungstatbestand begründet, so muss sie geschützt werden auch dann, wenn dem Kläger ebenfalls schwere, einen Scheidungsanspruch des Beklagten begründende Verletzungen der ehelichen Pflichten zum Vorwurf gemacht werden könnten. Denn die besondern Scheidungsgründe der Art. 137—141 sind absolut, sie begründen das Recht auf Scheidung unbedingt. Erhält die beklagte Partei erst nach Anhängigmachung des Rechtsstreits Kenntnis von den Verfehlungen des Klägers, oder tragen sich diese erst während des Prozesses zu, dann allerdings würde es dem Rechtsempfinden widersprechen, wenn die volle Verantwortung für die eheliche Zerrüttung auf den beklagten Ehegatten allein fiele. Allein aus dem ZGB kann ein Rechtssatz, wie ihn der bernische Appellationshof in dem zitierten Urteil konstruiert, nicht abgeleitet werden. Das Verfahren in Ehescheidungssachen ist unter Vorbehalt der Bestimmungen des Art. 158 Ziff. 1—5 dem kantonalen Prozessrecht vorbehalten. Diese haben den Ehescheidungsprozess so zu gestalten, dass die Durchführung des materiellen Scheidungsrechts gewährleistet ist. Dazu gehört, dass dem beklagten Ehegatten die Möglichkeit der Erhebung einer Widerklage im Laufe des vom Kläger angehobenen Rechtsstreites bis zum Schlusse der Verhandlungen in der kantonalen Berufungsinstanz gewährleistet sei, wie überhaupt das Vorbringen neuer Tatsachen, Klagegründe und Begehren bis zum Schlusse des Verfahrens zulässig sein sollten.[64]) In denjenigen Kantonen, in welchen die Ehescheidungsprozesse

[64]) Die 2. Appellationskammer des Zürcher Obergerichts hat in einem Entscheid vom 24. Oktober 1912 die Erhebung einer Widerklage vor zweiter Instanz als unzulässig erklärt (SJZ 9. Jahrg. 228). Nachdem schon in einem Entscheid vom 4. Mai 1912 die 1. Appellationskammer des Obergerichts (SJZ 9. Jahrg. 14) sich für die Zulässigkeit der Widerklage auch noch in zweiter Instanz ausgesprochen hatte, ist dann diese Praxis in der Folge durch eine Reihe von Entscheidungen gefestigt worden. So insbesondere auch durch einen Entscheid des Zürcher Kassationsgerichts in Bl.f.Z.Rspr. XVII S. 47.

nach den Regeln des Untersuchungsverfahrens abgewandelt werden, ist die freie Parteidisposition bis zu einem gewissen Grade zufolge des Hinfallens der Eventualmaxime bis zum Schlusse des Verfahrens vor den kantonalen Instanzen gewährleistet. Über die Möglichkeit der Erhebung einer Widerklage bis zu diesem Zeitpunkte ist damit allerdings nichts entschieden.[65])

Es ist in der Praxis kantonaler Gerichte die Auffassung vertreten worden, das Vorliegen eines speziellen Scheidungsgrundes schliesse die Scheidung aus dem generellen Grunde des Art. 142 aus.[66]) Diese Auffassung lässt sich aus dem ZGB sowenig begründen wie die andere, welche vom Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt in mehreren Entscheiden zum Ausdruck gekommen ist, es sei ausschliesslich Sache des Richters, die Subsumption des von den Parteien nach den Grundsätzen der Verhandlungsmaxime vorgetragenen tatsächlichen Prozesstoffs vorzunehmen. Den Parteien komme es nicht zu, den Scheidungsgrund, der durch die Klagevorbringen erfüllt sein soll, verbindlich zu bezeichnen, wie sie umgekehrt nicht abgewiesen werden können, wenn sie die zur Scheidung berechtigenden Tatsachen nicht unter dem zutreffenden rechtlichen Gesichtspunkte vorgebracht haben.[67]) Die tiefe Zerrüttung ist der Ausgangspunkt und die Wurzel der Scheidungsgründe im schweizerischen Ehescheidungsrecht. Die besondern Scheidungsgründe sind nur besonders hervorgehobene, qualifizierte Fälle, bei deren Vorliegen die tiefe Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses vermutet wird. Der durch Ehebruch, Misshandlung, Ehrenkränkung verletzte Ehegatte klagt auf Scheidung nicht wegen dieser Tatsachen an sich, sondern wegen der an deren Eintritt geknüpften Folgen der Zer-

---

[65]) Vgl. § 614 der deutschen ZPO.

[66]) Zürich, Ob.Ger. 4. Mai 1912, SJZ 9. Jahrg. S. 14. Weniger schroff 16. Dez. 1914, Bl.f.Z.Rspr. XV S. 136.

[67]) Basel-Stadt, App.Ger. 18. Dez. 1917, SJZ 15. Jahrg. S. 120 und 24. Febr. 1925, SJZ 23. Jahrg. S. 122.

störung der ehelichen Gesinnung. So liegt beim Ehebruch das ehezerrüttende Moment nicht in der Tatsache des Ehebruchs selbst (dieser liegt in sehr zahlreichen Fällen vor, ohne dass er den Bestand der Ehe ernstlich gefährden könnte, weil er verborgen geblieben und spurlos vorübergegangen ist), als vielmehr in dem durch die erlangte Kenntnis des Ehebruchs dem andern Ehegatten bewusst gewordenen und von ihm empfundenen Treubruch. Wenn aber schon die tiefe Zerrüttung und die Zerstörung der ehelichen Gesinnung die Voraussetzung jeder Ehescheidungsklage sein soll, dann ist nicht einzusehen, weshalb dem verletzten Ehegatten versagt sein soll, statt auf einen bestimmten Scheidungsgrund sich auf den allgemeinen des Art. 142 zu berufen, umso eher, als dem angeblichen öffentlichen Interesse an der Auferlegung der Strafwartefrist auch bei der Scheidung aus Art. 142 Genüge geleistet werden kann. Die privaten Interessen der Parteien, statt aus einem speziellen aus dem allgemeinen Grunde geschieden zu werden, können unter Umständen das sogenannte öffentliche Interesse an der Bestrafung eines ehebrecherischen Beklagten mit einer Wartefrist von drei Jahren statt nur von zwei Jahren weit überwiegen. Ein Ehegatte, der in Kenntnis des Ehebruchs gleichwohl nicht von seinem Rechte auf Scheidung aus Art. 137 Gebrauch macht, verzichtet damit für sich auf die Bestrafung des schuldigen Gatten mit der dreijährigen Wartefrist. Für den Staat besteht aber keine Veranlassung und kein Bedürfnis, päpstlicher zu sein als der Papst.

Anders verhält es sich beim Scheidungsgrund der böswilligen Verlassung. Dieser Scheidungsgrund unterscheidet sich vom Ehebruch, der Nachstellung nach dem Leben, der Misshandlung, dem entehrenden Verbrechen wesentlich dadurch, dass der Eintritt der tiefen Zerrüttung erst nach Ablauf einer gewissen Dauer seit der böswilligen Verlassung vermutet wird. Es liegt in der Natur dieser Art ehewidrigen Verhaltens, dass dessen

Wirkungen sich nicht sofort in vollem Masse einzustellen pflegen, wie etwa beim Ehebruch mit erlangter Kenntnis, sondern dass vielmehr die Zerrüttung und die Zerstörung der ehelichen Gesinnung langsam fortschreiten, bis sie nach Ablauf einer gewissen Zeit einen solchen Grad erreicht haben, dass dem verletzten Ehegatten die Fortsetzung der Ehe nicht mehr zugemutet werden kann. Wenn das Gesetz den Eintritt dieser Wirkung nach Ablauf von zwei Jahren vermuten lässt, so will das nicht bedeuten, dass bei böswilliger Verlassung die Scheidungsklage unter allen Umständen erst nach Ablauf der durch Art. 140 gesetzten Fristen angehoben werden könne, auch wenn die allgemeinen Voraussetzungen zur Scheidung schon früher vorgelegen hätten. So kann nach einem bundesgerichtlichen Entscheid [68]) die plötzliche und ungerechtfertigte bösliche Verlassung für den verlassenen Ehegatten eine schwere Beleidigung bedeuten und seine Gefühle für den verlassenden Teil erschüttern. So können die Gründe und die Folgen der böslichen Verlassung die notwendigen Voraussetzungen des Art. 142 bilden. Nach einem neuern Entscheide [69]) darf der Richter die Verlassung allein, die längere Abwesenheit vom ehelichen Wohnsitz nicht für die Annahme des allgemeinen Scheidungsgrundes der tiefen Zerrüttung genügen lassen, weil eine solche Anwendung des Art. 142 auf eine Umgehung des Art. 140 hinauslaufe. Die Verlassung könne wohl ein Indiz für die tiefe Zerrüttung sein; es müssen aber noch andere Umstände festgestellt sein, die den Schluss auf unheilbare Zerrüttung rechtfertigen.

Der unehrenhafte Lebenswandel ist ein relativer Begriff (andauernd schlechtes Verhalten, das auf unehrenhafte Gesinnung schliessen lässt). Das ZEG kannte diesen Scheidungsgrund nicht als einen besondern. Der Hinweis auf die Zumutbarkeit der Fortsetzung des

---

[68]) BG Bd. 39 II S. 9 ff.
[69]) BG Bd. 53 II S. 100.

ehelichen Verhältnisses bringt ihn in nahe Beziehung zum generellen Scheidungsgrund des Art. 142. Liegt der Tatbestand des unehrenhaften Lebenswandels vor, so dürfte in der Regel die Klage nicht nur aus Art. 139, sondern auch aus Art. 142 begründet und geschützt werden können.[70])

Die Frage, ob auch bei vorliegender schwerer Geisteskrankheit eine Klage aus Art. 142 statt aus 141 gegeben wäre, entbehrt des praktischen Interesses. Sie wäre theoretisch aus dem Wesen und Zweck der Ehescheidung zu bejahen. — Nach Art. 141 darf die Klage wegen Geisteskrankheit nicht gegen den gesunden Ehegatten gehen. Dagegen ist denkbar, dass ein zwar nicht geisteskranker, aber geistig abnormaler Ehegatte sich auf seinen Krankheitszustand berufend die Scheidung wegen tiefer Zerrüttung und Unzumutbarkeit der Fortsetzung des ehelichen Verhältnisses mit Erfolg anbegehrt. So wurde vom Bundesgericht[71]) nachstehender Fall in diesem Sinne entschieden: Eine wegen Verschiedenheit der Charaktere entstandene Zerrüttung der Ehe wurde dadurch gesteigert, dass einer der Ehegatten, der Kläger, an einer Psychose litt, zufolge welcher sich die Abneigung des Klägers gegen die Beklagte bis zur Feindseligkeit steigerte. Der Beklagten hätte, da es sich um blosse geistige Abnormalität, eine Zwischenstufe zwischen Geisteskrankheit und geistiger Gesundheit, handelte, eine Klage aus Art. 141 nicht zugestanden. Sie hatte sich auch der Klage des Ehemannes widersetzt. Das Bundesgericht sprach die Klage des kranken Ehemannes zu (mit der Einschränkung, dass nur auf Trennung erkannt wurde, weil Aussicht auf Wiederherstellung bestand und die Beklagte bereit war, die eheliche Gemeinschaft wieder aufzunehmen). Grundsätzlich wird im Urteil die Ansicht, dass eine Krankheit mit Ausnahme der unheilbaren Geisteskrankheit nie einen Grund

---

[70]) Vgl. Zürich, Ob.Ger., Bl.f.Z.Rspr. XIX S. 291.
[71]) BG Bd. 51 II S. 364 ff.

für eine Scheidung bilden könne, als unzutreffend erklärt. Die Folgeerscheinungen einer Krankheit (hier blosse geistige Abnormalität) können das Wesen einer Ehe derart vernichten, dass eine Fortsetzung derselben sei es dem gesunden oder dem kranken Gatten nicht mehr zugemutet werden darf. Wenn ein Kläger infolge einer von ihm nicht verschuldeten Psychose in Verbindung mit der bestehenden Verschiedenheit der Charaktere eine derartige Abneigung gegen die Beklagte empfindet, dass ihn deren blosse Anwesenheit in schwerste Erregungszustände versetzt, könne ihm die Fortsetzung des ehelichen Lebens nicht zugemutet werden.

III. Am Ende dieses Kapitels mag noch zweier Tatbestände Erwähnung getan werden, die nicht selten bald unter dem Gesichtspunkte eines speziellen, bald des generellen Scheidungsgrundes als solchem geltend gemacht werden: die Trunksucht und der Konfessionswechsel. Die Trunksucht als besondern Scheidungsgrund ins Gesetz aufzunehmen, wurde abgelehnt mit dem Hinweis darauf, dass in den Fällen, wo die Fortpflanzungsfähigkeit durch die Trunksucht beeinträchtigt werde, der Richter wohl anerkennen müsse, dass die ehelichen Verhältnisse zerrüttet seien und aus Art. 142 geschieden werden müsse. Die Trunksucht könnte, je nach den Umständen des Falles, auch als unehrenhafter Lebenswandel gewertet werden. Die Praxis des ZEG hat den fortgeschrittenen Alkoholismus als ein Verhalten betrachtet, das auf die Entwicklung des ehelichen Verhältnisses von unheilvollem Einflusse sein und zur tiefen Zerrüttung der Ehe führen könne. Demgemäss wurde aus Art. 47 geschieden (sofern nicht der Kläger der vorwiegend schuldige Teil war), auch wenn der aus einer Schwäche zum Laster und zur Trunksucht gewordene Hang zum Trunke unabhängig vom Willen des Beklagten war.[72]) Auch die Rechtsprechung des ZGB hat die Trunksucht schon als zur tiefen Zerrüttung

[72]) BG Bd. 30 II S. 16 f.

ursächliches Verhalten behandelt und als Scheidungsgrund anerkannt, selbst dann, wenn eine Besserung des schuldigen Teils eingetreten war, die aber an der bestehenden tiefen Zerrüttung nichts mehr zu ändern vermochte,[73]) oder wenn der andere Ehegatte schon vor der Verheiratung den Hang zum Trinken seitens des zukünftigen Gatten gekannt hatte.[74])

„Ein Ehegatte leidet an Trunksucht, wenn dessen Hang zu übermässigem Trinken in dem Grade krankhaft geworden ist, dass er die Kraft verloren hat, dem Anreize zum übermässigen Genusse geistiger Getränke zu widerstehen.“ [75]) Der chronische Alkoholismus ist eine die Gestaltung der ehelichen Verhältnisse sehr oft äusserst ungünstig beeinflussende Erscheinung. Beharrliche Trunksucht führt nicht nur zur Entfremdung und Abneigung des gesunden gegen den kranken Ehegatten, sondern in zahlreichen Fällen zum wirtschaftlichen Verfall und zur völligen Hintansetzung der ehelichen Pflichten seitens des trunkfälligen Ehegatten. Der chronische Alkoholismus ist eine Krankheit, die wir jedenfalls teilweise, ausgenommen in Fällen erblicher Belastung und darauf zurückführbarer Geistes- und Willensschwäche, dem damit behafteten Ehegatten zur Schuld anrechnen müssen namentlich dann, wenn er sich der ehezerrüttenden Wirkung der Trunksucht bewusst ist. Ob schuldhaft oder nicht, heilbar oder unheilbar: eine beharrliche Trunksucht schafft Zustände, die mit dem Wesen und Zweck der Ehe unverträglich sind und deshalb zur Scheidung berechtigen.

Der Wechsel der Konfession oder der Religion, oder auch ganz allgemein die Verschiedenheit der religiösen Überzeugung der Ehegatten berechtigt nur dann zur Stellung eines Scheidungsbegehrens, wenn die Verschiedenheit des religiösen Bekenntnisses eine Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses zur Folge hat, sei es infolge

---

[73]) BG Bd. 38 II S. 12 ff. E. 2.

[74]) Neuch. Trib. cant. 5. März 1923, SJZ 19. Jahrg. S. 281.

[75]) RG 27. Okt. 1902, J.W. 1902 S. 280 No. 230.

Vernachlässigung der dem einen Teil gegenüber dem andern obliegenden Pflichten, oder sei es, dass der Zwiespalt der religiösen Überzeugung eine wahre eheliche Gemeinschaft überhaupt unmöglich macht. Der Übertritt zu einer andern Konfession oder zu einer Sekte genügt an sich nicht zur Begründung eines Scheidungsbegehrens. Denn jeder Ehegatte steht im Genusse der verfassungsmässig gewährleisteten Glaubens- und Gewissensfreiheit, und kein Ehegatte ist, was das religiöse Bekenntnis und dessen Ausübung anbetrifft, der Gewalt und dem Willen des andern unterworfen.[76]) Diese grundsätzlichen Überlegungen können auch heute noch Geltung beanspruchen. In der bundesrätlichen Expertenkommission zur Beratung des Vorentwurfs wurde der Auffassung Ausdruck gegeben, dass der Konfessionswechsel kein ehewidriges Verhalten sei, aber dennoch unter Umständen trotz ehrenwerter sittlicher Motive die Scheidungsklage zu rechtfertigen vermöge. — Kann auch die Nichteinhaltung eines vor Eheabschluss versprochenen Religionswechsels zur Scheidungsklage berechtigen? Es ist kein unsittliches oder unehrenhaftes Verhalten, wenn ein Ehegatte sich weigert, ohne innere Überzeugung, lediglich aus äusseren Gründen den Glauben zu wechseln. Wir würden deshalb die Nichteinhaltung eines solchen Versprechens nicht als Scheidungsgrund anerkennen. Der Glaubenswechsel ohne innere Überzeugung ist eine unehrenhaftere Handlungsweise als die Nichteinhaltung eines gerade in solchen Fällen oft leichthin abgegebenen Versprechens. Dagegen könnte, namentlich wenn der Kläger den Glaubenswechsel ernsthaft zur Bedingung des Eheabschlusses gemacht hatte und er dieser Frage wirklich eine mehr als bloss äussere Bedeutung beimass, eine Klage auf Anfechtung der Ehe wegen Täuschung und Irrtums mit Aussicht auf Erfolg geführt werden.

---

[76]) Vgl. BG Bd. 4 S. 435.

Die Wartefrist.

I. Während das ZEG das Verbot der Eingehung einer neuen Ehe für den schuldigen Ehegatten nur bei der Scheidung aus einem bestimmten Grunde kannte (auf die Dauer von einem Jahr, welche vom Richter auf drei Jahre erstreckt werden konnte), wollte der Vorentwurf das Anwendungsgebiet der Strafwartefrist auf die Fälle des Ehebruchs einschränken. Unter dem Einfluss kirchlicher Kreise schlug dann das Pendel auf die andere Seite aus. Einem Antrag der Predigergesellschaft zufolge, der von C. Ch. Burckhardt vertreten und begründet wurde, beschloss die bundesrätliche Expertenkommission, die Wartefrist auf alle Fälle der Scheidung auszudehnen, bei denen ein Verschulden festgestellt werden kann. Damit wurden auch die aus dem allgemeinen Grunde ausgesprochenen Scheidungen mit einbezogen, sofern die Ursachen der tiefen Zerrüttung auf das Verschulden eines oder beider Ehegatten zurückzuführen sind. Dieser etwas puritanisch anmutende, jedenfalls den Populationsinteressen des Staates nicht förderliche Eifer wurde dann in der parlamentarischen Beratung durch die Annahme des Abs. 2 gemässigt. Würde die Zeit der gerichtlichen Trennung nicht in die Wartefrist eingerechnet, dann könnte es geschehen, dass ein Ehegatte, die Dauer der Prozesse eingerechnet, bis auf 8 Jahre von der Möglichkeit einer ehelichen Gemeinschaft ausgeschlossen wäre.

II. Das Bundesgericht hat in einem der ersten unter der Herrschaft des neuen Rechts ergangenen Entscheide sich mit der rechtlichen Natur, den Voraussetzungen und dem Zweck des Eheverbots grundsätzlich auseinandergesetzt.[77]) Das Eheverbot ist Strafe, nicht Genugtuung. Es ist Sühne für begangenes Unrecht und Mittel zur Besserung und Läuterung des schuldigen Ehegatten (so auch C. Ch. Burckhardt in der bundesrätlichen Expertenkommission). Das Eheverbot ist eine im Interesse

[77]) BG Bd. 38 II S. 59 ff.

der öffentlichen Ordnung getroffene Massnahme, deren Anwendung vom Willen und den Anträgen der Parteien unabhängig ist. Der Richter hat von Amtes wegen die Schuldfrage auf Grund des von den Parteien gebotenen Materials zu prüfen, ohne Rücksicht darauf, ob die Parteien die Schuldfrage ausgeschlossen wissen wollen und sich nur auf die Geltendmachung der tiefen Zerrüttung beschränken.[78]) Eine Partei hat kein rechtmässiges Interesse an der Auferlegung eines Eheverbots; sie kann sich, wenn ein solches vom Richter nicht ausgesprochen wird, nicht als beschwert und appellationsberechtigt fühlen.[79]) Aber nicht jedes Zuwiderhandeln gegen die eheliche Pflicht ist Verschulden nach Art. 150, wenn es auch kausal gewesen wäre für die Zerrüttung der Ehe. Es ist eine erhebliche Verletzung wichtiger ehelicher Pflichten erforderlich, damit ein Eheverbot ausgesprochen werden kann.[80]) Damit wird dem Richter eine gewisse Zurückhaltung in der Auferlegung des Eheverbots zur Pflicht gemacht. Sonst müsste in den Scheidungsfällen des Art. 142 auch bei geringem gegenseitigen Verschulden der Ehegatten beiden ein Eheverbot auferlegt werden, während bei Scheidungen aus einem bestimmten Grunde der Kläger vom Verbot verschont bliebe, auch wenn der Richter die Überzeugung hätte, dass auch ihn ein erhebliches Verschulden treffe. In Zerrüttungsfällen tritt nicht selten nur ein leichtes Verschulden in die äussere Erscheinung, und es ist oft sehr

---

[78]) Bern, App.hof 13. April 1923, SJZ 20. Jahrg. S. 230; Basel-Stadt, App.Ger. 30. März 1920, SJZ 18. Jahrg. S. 140, ebenso 15. Okt. 1920; Bern, App.hof 19. Dez. 1919, SJZ 10. Jahrg. S. 323; Aargau, Ob.Ger. 20. Juni 1921, SJZ 18. Jahrg. S. 297 f.

[79]) Zürich, Bl.f.Z.Rspr. Bd. 19 No. 26; Bern, App.hof 13. April 1923, SJZ 20. Jahrg. S. 230.

[80]) Vgl. auch Luzern, Ob.Ger. 23. Nov. 1914, SJZ 12. Jahrg. S. 201; schuldig ist ein Ehegatte nur, in dessen zurechenbarem Verhalten die bestimmende Ursache zur tiefen Zerrüttung lag, ohne dessen schuldhaftes Verhalten die tiefe Zerrüttung wahrscheinlich nicht eingetreten wäre.

schwierig, das wirkliche Verschulden, die Kausalität der Zerrüttung sicher und einwandfrei festzustellen, weil dem Richter die Methoden, Mittel und Kenntnisse der psychologischen Forschung häufig nicht zur Verfügung stehen. Die vom Bundesgericht empfohlene weise Mässigung in der Anwendung des Art. 150 in den Scheidungsfällen des Art. 142 ist darum sehr beachtenswert, und soweit mir die Praxis bekannt geworden ist, wird der Rat, bewusst oder unbewusst, befolgt, indem bei Scheidungen aus dem allgemeinen Grunde der tiefen Zerrüttung von der Auferlegung der Wartefrist recht oft Umgang genommen wird. Denn gerade in diesen Fällen müsste, da ja der Gesichtspunkt der Kulpakompensation im Ehescheidungsrecht keine Geltung hat, beiden Ehegatten eine (vielleicht nach dem nicht immer leicht feststellbaren Grade des Verschuldens abgestufte) Wartefrist auferlegt werden, eine Massnahme, zu welcher der Richter schon wegen der Schwierigkeiten einer gerechten Schuldabwägung nicht gern greift.[81]) Haben dagegen die Ehegatten ihre durch die Ehe begründeten Pflichten in schwerer Weise schuldhaft vernachlässigt und verletzt, so mag ihnen der Mangel an ehelicher Gesinnung und das fehlende Bewusstsein von der Bedeutung und dem Zweck der Ehe durch die Auferlegung einer Strafwartefrist zu deutlicher Erkenntnis gebracht werden.

III. Die Wartefrist ist eine Massnahme von zweifelhaftem Werte. Das deutsche und das französische Recht kennen sie nicht. Dagegen bestimmt § 1312 BGB (ebenso § 67 des österreichischen BGB), dass eine Ehe nicht geschlossen werden dürfe zwischen einem wegen Ehebruchs geschiedenen Ehegatten und demjenigen, mit welchem jener den Ehebruch begangen habe, sofern dieser Ehe-

---

[81]) Genève, Cour de Justice civ. 7. Dez. 1912, SJZ 9. Jahrg. S. 372, auferlegt nur dem überwiegend schuldigen Teil ein Eheverbot; fehlt es an einem überwiegenden Verschulden auf der einen Seite, dann soll von einem Eheverbot Umgang genommen werden.

bruch im Scheidungsurteil als Grund der Scheidung festgestellt ist. Von dieser Vorschrift kann indessen Dispensation erwirkt werden. „Die Dispensation im Falle des Ehebruchs ist in Preussen wiederholt aufgehoben worden, und wiederholt hat sich die Notwendigkeit herausgestellt, sie von neuem eintreten zu lassen. Es blieb nur die Wahl zwischen zwei Übeln: das ehelose Zusammenleben zweier Ehebrecher zum Ärgernis der Gemeinde und zum Ruin der Familienverhältnisse, oder die Beseitigung des Anstosses durch Umwandlung des unsittlichen Zusammenlebens in eine gesetzmässige Ehe."[82]) Es lässt sich nicht bestreiten, dass in vielen Fällen die schnelle Wiederverheiratung eines schuldigen geschiedenen Ehegatten in der Öffentlichkeit Anstoss erregt. Das Verhalten erweckt den Eindruck, als habe ein Ehegatte sich von einem ihm überdrüssig gewordenen Gatten losgesagt, um eine bestimmte andere Person an dessen Stelle zu setzen. Dieser Gedanke drängt sich namentlich dann auf, wenn ein bestimmtes schuldhaftes Verhalten zur Zerrüttung der Ehe geführt und den verletzten Teil zur Scheidungsklage veranlasst hat. Die heute noch herrschende und von der staatlichen Gesetzgebung sanktionierte Auffassung von der Ehe als einer moralischen Institution, an deren Erhaltung auch die Öffentlichkeit ein Interesse habe, verlangt Strafe und Genugtuung für ehewidriges Verhalten. Dass der Gesetzgeber in Art. 150 die Pflicht des Richters zur Auferlegung einer Wartefrist zwingend normierte, war kein besonders glücklicher und auch kein besonders sittlicher Gedanke. Dass den Rechtssätzen, welche das eheliche Verhältnis, insbesondere die Ehescheidung regeln, ein öffentliches Interesse zu Grunde liegt, dürfte nach der heutigen Struktur des Staats als eines auf Grundlage der Familie und damit auch auf der Ehe ruhenden Gebildes kaum ernsthaft in Zweifel gezogen werden. Ob aber ein über die Voraussetzungen und Wir-

[82]) Davidson, Das Recht der Ehescheidung nach dem BGB S. 19.

kungen der Ehescheidung hinausgehendes öffentliches Interesse an der Bestrafung des an der Zerrüttung der Ehe schuldigen Ehegatten bestehe, beantwortet sich nach dem Zweck der Strafe. Sie soll Sühne für begangenes Unrecht sein. Dabei ist es aber unlogisch, den Entscheid über das Eheverbot ganz unabhängig vom Willen und Antrag der verletzten Partei zu fällen. Diese hat das erste und eigenste Interesse an der Bestrafung, weil ihre Interessen und Gefühle durch das begangene Unrecht verletzt wurden. Ein verletzter Ehegatte, welcher ausdrücklich auf Bestrafung und Genugtuung verzichtet, vielleicht weil er dem schuldigen Ehegatten vergibt, wird nicht gehört. Trotzdem muss auf Strafe erkannt werden, weil nun einmal das Gesetz den Ehescheidungsrichter zum Strafrichter über eheliche Sitte und Moral gesetzt hat, weil sich der Staat darin gefällt, zur Abwechslung die Rolle des Sittenrichters zu spielen. Und das zumal in Dingen, wo erfahrungsgemäss eine Feststellung der Schuld oft sehr schwierig und ein Irrtum über die Schuld leicht möglich ist! Das Eheverbot soll auch ein „Mittel zur Besserung und Läuterung" des schuldigen Ehegatten sein. Dass während der Wartezeit ein pflichtvergessener Ehegatte sich zum guten Gatten wandle, ist in den meisten Fällen eine blühende Illusion. Ein Ehegatte, der vorsätzlich und in bewusster Absicht, die Ehe zu lösen, durch schwere Verletzungen der ehelichen Pflichten die Gesinnung des andern Ehegatten zerstört, wird durch Auferlegung einer Strafe nicht geläutert, und einem Ehegatten, dessen schuldhaftes Verhalten durch Umstände bestimmt und bedingt wurde, die er nicht zu verantworten hat (Mitschuld des andern Ehegatten, gegenseitige Abneigung, Unvereinbarkeit der Charaktere, physische und geistige Abnormitäten), kann die Schuld nicht in dem Masse zugerechnet werden, dass sich die Auferlegung eines Eheverbots rechtfertigen würde. Mit Strafwartefristen fördern wir nur, wie auch mit der gerichtlichen Trennung, den ausserehelichen Geschlechtsverkehr und

die Konkubinatsverhältnisse mit allen ihren Folgen. Mit scheinbar moralischen Mitteln werden unmoralische Zwecke erreicht. Die Besserung und Läuterung unmoralischer Eheleute mag der Staat lieber andern Institutionen überlassen. Die Rolle des Sittenrichters steht ihm nicht, und den Erfolg hat er nicht.

Es gibt Fälle so schwerer Verletzung der ehelichen Pflichten, dass sich das Bedürfnis nach Sühne und Genugtuung aufdrängt. Einem bei der verletzten Partei und dem Richter sich einstellenden wirklichen Sühne- und Genugtuungsbedürfnis hätte man aber im einzelnen Falle auch genügen können, ohne dass das Gesetz seinen Willen in die imperative Form des „ist . . . zu untersagen" gekleidet hätte. Wenn auch hinter dem Gesetz kein Zwang steht, so fehlt es doch nicht am Ernst des gesetzgeberischen Willens, der in der imperativen Form der Vorschrift zum Ausdruck kommt. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts, welche eine „erhebliche Verletzung wichtiger ehelicher Pflichten" verlangt, hat nun allerdings dem Art. 150 (wenigstens mit Bezug auf die Scheidungen aus Art. 142; bei den Scheidungen aus Art. 137—140 muss es ja notwendig einen schuldigen Ehegatten geben) den Stachel des zwingenden Befehls in etwas genommen und ein billiges, eine Abweichung von der strengen Norm motivierendes Ermessen wenigstens nicht ausgeschlossen. Die Auslegung des Bundesgerichts zeigt den Weg, wie ohne Missachtung des im Gesetze liegenden Willens die in der Verallgemeinerung der zwingenden Norm des Art. 150 liegende Härte und der übertriebene moralische Eifer auf ein den Forderungen der Gerechtigkeit und eines billigen Schuldausgleichs entsprechendes vernünftiges Mass zurückgeführt werden können.

Die Trennung.

I. Die Trennung von Tisch und Bett unterscheidet sich von der Scheidung weder in den materiellen noch in den prozessualen Voraussetzungen. Auf Trennung

kann nur erkannt werden, wenn ein Scheidungsgrund nachgewiesen ist. Geht die Klage nur auf Trennung, dann darf die Scheidung nicht ausgesprochen werden. Wird auf Scheidung geklagt, dann kann der Richter gleichwohl nur auf Trennung erkennen, wenn Aussicht auf die Wiedervereinigung der Ehegatten vorhanden ist. Die Wirkung der Trennung ist von derjenigen der Scheidung wesentlich verschieden, indem das eheliche Band bestehen bleibt und damit auch die gegenseitige Treue- und Beistandsverpflichtung und die gemeinschaftliche Sorge für die Kinder.

Das ZEG gestattete die Trennung nur, wenn die Parteien sich auf Art. 47 (tiefe Zerrüttung) beriefen. In diesem Falle konnte der Richter statt auf Scheidung auf Trennung erkennen bis auf die Dauer von zwei Jahren. Mit der Ausdehnung der Trennungsmöglichkeit auf alle Scheidungsgründe und der Trennung auf unbestimmte Zeit ward zunächst den Gewissensbedenken der katholischen Volksgenossen in weitgehendem Masse und nicht ohne heftige Opposition Rechnung getragen. Zugleich wurde dem unschuldigen oder weniger schuldigen Ehegatten die Möglichkeit gegeben, auf gesetzlicher Grundlage die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft herbeizuführen, zu deren Fortsetzung er nach den Verfehlungen des andern Ehegatten zurzeit wenigstens nicht befähigt wäre. In diesen beiden Gründen findet das Institut der Trennung seine Rechtfertigung. Ob es ein geeignetes Mittel zur Wiedervereinigung und Versöhnung der Ehegatten sei, darüber gehen die Meinungen auseinander. Es mag Fälle geben, wo die zeitweise Trennung beruhigend und ausgleichend wirkt und das eheliche Leben, wenn sich die Gemüter unter dem Einflusse der Zeit und namentlich der Reue und des Insichgehens des schuldigen Teils wieder besänftigt haben, wieder aufgenommen werden kann. Allein wenn der rechtspolitische Grund der Trennung von Tisch und Bett nur in der Möglichkeit der Wiedervereinigung der Ehegatten erblickt werden könnte,

dann müsste dem Institut die Daseinsberechtigung abgesprochen werden. Der verhältnismässig wenigen Fälle wegen, bei denen die gerichtliche Trennung als Aussöhnungsmittel wirkt, verlohnt sich ein Institut nicht, das im allgemeinen Nachteile und Gefahren in sich birgt, welche die wenigen Vorteile niemals aufzuwiegen vermögen. Die Trennung kann nur dann ein zur Aussöhnung geeignetes Mittel sein, wenn beide Parteien den Willen zur Aussöhnung haben und diese noch für möglich halten. Besteht aber auf beiden oder auch nur auf einer Seite der entschlossene Wille zur endgültigen Scheidung, dann wächst im allgemeinen durch ein Urteil, welches diesem Begehren nicht entspricht, die Entfremdung nur um so mehr. An Stelle des Versöhnungswillens, den man künstlich züchten will, tritt der Trotz gegen das richterliche Urteil, in welchem man schon für den schuldigen Teil erklärt wurde, und es wird als Ehrensache angesehen, nicht nachzugeben. Eine Trennung, die nicht dem Willen der Parteien entspricht (dazu bedarf es keiner gerichtlichen Trennung), erleichtert praktisch nur die Scheidung. Denn später wird und muss ja doch geschieden werden. „Der Weg zur Scheidung ist mit guten Trennungsurteilen gepflastert.“ Dazu kommt, dass erzwungene gerichtliche Trennungen sehr oft zu unsittlichen, in der Öffentlichkeit Ärgernis erregenden Zuständen führen, weil die wider ihren Willen nur getrennten und nicht geschiedenen Ehegatten sich moralisch an die ehelichen Pflichten nicht gebunden fühlen. So wird dem Konkubinat und geschlechtlichen Extravaganzen Tür und Tor geöffnet; der ursprünglich nicht oder weniger schuldige Gatte wird schuldig. Die gerichtliche Trennung von Tisch und Bett ist nur dort gerechtfertigt, wo die Ehegatten sie aus Gewissensgründen selbst statt der Scheidung begehren oder wenigstens von der Trennung eine für die zerrüttete Ehe heilende Wirkung erwarten und diese Wirkung nach besten Kräften zu erreichen gewillt sind. Sind diese Voraussetzungen nicht gegeben, dann ist die Trennung in den

meisten Fällen eine verfehlte Massnahme, die das Gegenteil von dem erreicht, was sie erstreben sollte. Mit dem viel gerühmten Einfluss der Zeit, der die erregten Gemüter abkühle und besänftige und die Ehegatten wieder zusammenführe und versöhne, ist es in den meisten Fällen nichts.

Von der Trennung wird deshalb mit Recht gegenüber früheren Perioden viel weniger Gebrauch gemacht. Da in der Regel die vorübergehende Trennung ihren Abschluss doch mit der Scheidung findet, kann man sich den Umweg zur Scheidung über die Trennung ersparen. Auch in den vorwiegend katholischen Kantonen spielt die Trennung eine zur Gesamtzahl der Urteile recht untergeordnete Rolle. Die Trennungsurteile in den Jahren 1911—1920 verhalten sich hier zur Gesamtzahl aller Urteile wie 11: 100, d. h. auf 100 Urteile entfallen in den vorwiegend katholischen Kantonen 11 Trennungsurteile. In den protestantischen Kantonen beträgt die Zahl der Trennungsurteile in der gleichen Zeitperiode nur 2%. Im Durchschnitt der Jahre 1911—1920 gehen 4% aller Urteile in Ehescheidungssachen, die abweisenden Urteile inbegriffen, auf zeitweise Trennung. Im Verhältnis zur Zahl der Scheidungen stehen die Trennungsurteile wie 100: 3,5. Während in den Jahren 1881—1890 nach Scheidungsklagen in 1036 Fällen auf Trennung erkannt wurde, sank diese Ziffer in den Jahren 1911—1920 auf 611 von insgesamt 18,580 Urteilen. Von diesen lauteten 16,799 auf Scheidung, 1170 auf Abweisung. In den Jahren 1912 bis 1927 sind 30,323 Ehen dauernd geschieden worden. Getrennt wurden insgesamt 2711 Ehen. Davon entfallen auf Klagen auf Scheidung (Art. 146 Abs. 3) 1034, auf Klagen auf Trennung (Art. 146 Abs. 2) 1677. Von 834 Trennungen in den Jahren 1912—1920, die auf Klagen auf Trennung ausgesprochen wurden, entfallen 454 Trennungen auf Ausländer, davon allein 406 auf Italiener, die bekanntlich nach dem Rechte ihrer Heimat nicht geschieden werden können. In der Zeitperiode von 1881

bis 1920 ist der Anteil der Erkennungen auf Trennung an der Gesamtheit der Urteile von 93% auf 33%, also um $^2/_3$ gesunken.

Trotz der relativen Bedeutungslosigkeit des Instituts der Trennung können wir es nicht missen, weil wir den religiösen Anschauungen unserer katholischen Volksgenossen, welche gemäss kirchlicher Lehre an die sakramentale Natur und die Unauflöslichkeit der Ehe glauben, Rechnung tragen müssen. Die Gründe, welche zur Zerrüttung der Ehe führen, bestehen in katholischen wie in protestantischen Ländern in gleicher Weise und in gleichem Masse. Die gesetzliche Trennung von Tisch und Bett soll dem katholischen Ehegatten ermöglichen, der Wohltat der Trennung einer zerrütteten Ehe durch staatliche Hilfe teilhaftig zu werden, ohne mit seinem religiösen Gewissen und der Kirche in Konflikt zu kommen. Der Staat muss aus Gründen der Politik im Ehescheidungsrecht wie auf andern Gebieten der Gesetzgebung mit kirchlichen Anschauungen rechnen, soweit er es ohne Gefahr für seine Autorität und seine Macht tun kann. Die Zulassung der Trennung von Tisch und Bett in der staatlichen Gesetzgebung ist nicht eine Verbeugung vor der kirchlichen Macht, sondern eine Konzession an die gläubigen Katholiken, welche eine Ehescheidung dem Bande nach vor ihrem religiösen Gewissen nicht glauben verantworten zu können. Führt die Trennung zu unerträglichen Zuständen, so kann diesem immer noch durch das stärkere Mittel der Scheidung abgeholfen werden.

II. Die Rechtsprechung in Anwendung der Art. 146—148 hat keinen besondern Schwierigkeiten und Streitfragen gerufen. Nach Art. 146 Abs. 2 kann die Scheidung nicht ausgesprochen werden, wenn nur auf Trennung geklagt wird. Diese Vorschrift ist mit Rücksicht auf die Klagepartei erlassen, gegen deren eigenen Willen die Scheidung nicht soll ausgesprochen werden können. Art. 146 Abs. 2 ist ein Grundsatz des materiellen eidgenössischen Rechts, an welchem durch kantonales

Prozessrecht nichts geändert werden kann. Die Abänderung der ursprünglichen Trennungsklage in eine Scheidungsklage ist unabhängig davon, ob das kantonale Prozessrecht eine solche Klageänderung zulasse oder nicht, in jedem Stadium des Verfahrens zulässig, und ob der Richter dann auf Trennung erkenne, trotzdem feststeht, dass die Scheidung dem Willen der Klagepartei entspreche, hängt nurmehr davon ab, ob Aussicht auf die Wiedervereinigung der Ehegatten vorhanden sei (Art. 146 Abs. 3).[83])

Der Klage auf Trennung kann der beklagte Ehegatte Widerklage auf Scheidung entgegenstellen. In diesem Falle kann nur dann auf Trennung erkannt werden, wenn Aussicht auf Wiedervereinigung der Ehegatten besteht, vorausgesetzt, dass die Scheidungswiderklage an sich begründet wäre. Ist diese unbegründet, und ist der Widerkläger allein oder vorwiegend an der Zerrüttung schuldig, so kann die Scheidungsklage das Recht des Klägers, welcher bloss Trennung verlangt, nicht beeinträchtigen. Die Erhebung der Scheidungsklage allein rechtfertigt noch nicht die Anwendung des Art. 146 Abs. 3.[84])

Die Aussicht auf die Wiedervereinigung der Ehegatten muss im Urteil begründet sein und darf nicht willkürlich angenommen werden.[85]) Es ist eine fehlerhafte Anwendung des Gesetzes, wenn die Trennung trotz bestehender tiefer Zerrüttung und ohne jede Aussicht auf Wiedervereinigung der Ehegatten zum Zwecke des Schutzes gefährdeter ökonomischer Interessen eines Ehegatten ausgesprochen wird. Das Bundesgericht hat in einem Falle,[86]) wo mit einer an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit die Aussöhnung und Wiedervereinigung zweier sich äusserst feindselig gegenüberstehenden

---

[83]) BG Bd. 41 II S. 200 E. 2.

[84]) BG Bd. 40 S. 442 ff.; Zürich, Ob.Ger. 12. Mai 1920, SJZ 18. Jahrg. S. 69.

[85]) Freiburg, Kant.Ger. 22. April 1912, SJZ 11. Jahrg. S. 44.

[86]) BG 13. Juli 1927, Wiederkehr/Wiederkehr.

Ehegatten ausgeschlossen erschien, trotzdem nur auf Trennung erkannt, „weil bei gänzlicher Scheidung die beklagte Ehefrau die Aussicht auf die Pension, auf welche sie als Witwe eines Postbeamten Anwartschaft hätte, verlöre.“ Die Beklagte, eine hochgradige Psychopathin, an pseudologia phantastica leidend, hatte nach dem ersten Scheidungsprozess, der mit Abweisung der Klage endete, einen geradezu blinden Hass gegen den ebenfalls, wenn auch in vermindertem Grade mit geistiger Anomalie behafteten Ehemann erkennen lassen, gegen ihn schwere verleumderische Beschuldigungen erhoben und versucht, ihn unter Vormundschaft und ins Irrenhaus, ja wegen angeblicher Verletzung der Elternpflicht ins Gefängnis zu bringen. Wenn auch die unaufhörlichen prozessualen Umtriebe gegen den Ehemann und die Zerrüttungsmomente, welche die Beklagte selbst gesetzt hatte, ihr wegen ihres abnormalen geistigen Zustandes nicht in vollem Masse zur Schuld angerechnet werden konnten, so durfte doch nicht eine völlig zerrüttete Ehe nur um der ökonomischen Interessen der Ehegattin an der zu erwartenden Witwenpension willen dadurch künstlich aufrecht erhalten werden, dass statt auf Scheidung nur auf Trennung auf unbestimmte Zeit erkannt wurde, obwohl die Aussicht auf Aussöhnung äusserst gering war. Eine solche Rechtsprechung steht nicht im Einklang mit der ethischen Auffassung der Ehe als einer sittlichen, vorwiegend auf der geistigen und seelischen Gemeinschaft der Ehegatten beruhenden Einrichtung. Wo die Voraussetzungen eines gedeihlichen Zusammenlebens der Ehegatten fehlen, da sollen auch nicht Erwägungen finanzieller Natur sie ersetzen. Gewiss können auch andere als nur ethische Interessen die Aufrechterhaltung einer Ehe rechtfertigen; wenn aber eine Ehefrau sich offensichtlich nur deshalb der Scheidung widersetzt, um nach dem Tode des Ehemannes in den Genuss der Witwenpension zu kommen, der Wiederaufnahme auch nur erträglicher ehelicher Beziehungen aber passiven Widerstand ent-

gegensetzt und auch nichts vermeidet, das geeignet sein könnte, die bestehende Kluft zu erweitern, so mag ein solches Verhalten menschlich verstanden und entschuldigt werden, namentlich dann, wenn den Kläger das überwiegende oder alleinige Verschulden an der Zerrüttung trifft. Aber mit dem wahren Wesen der Ehe haben solche ausschliesslich auf Geldinteressen beruhenden Verhältnisse nichts mehr gemein. Die Auffassung des Bundesgerichts, es genügen zur Aufrechterhaltung der Ehe Erwägungen finanzieller Natur, kann keine absolute Geltung haben.[87]) Eine beklagte Partei darf nur dann aus ökonomischen Überlegungen der Scheidung sich widersetzen, wenn die Klagepartei an der Zerrüttung das alleinige oder überwiegende Verschulden trifft, die Beklagte selbst alles vermeidet, was zur Erweiterung der Kluft beitragen könnte und auch ernstlich den Willen zeigt, die Gemeinschaft wieder aufzunehmen und erträglich zu gestalten. Liegt aber die Schuld darin, dass sich die Ehegatten nicht wieder vereinigen und nicht aussöhnen, im Verhalten des ursprünglich weniger schuldigen Teils, dann darf sich dieser zur Aufrechterhaltung der Ehe nicht auf finanzielle Interessen berufen. Eine solche Stellungnahme würde gegen die guten Sitten verstossen und verdiente keinen Rechtsschutz. So darf auch die Trennung nicht zu einem Mittel zum Zwecke gemacht werden, eine an sich tief und unheilbar zerrüttete Ehe bloss aus finanziellen Gründen wenigstens noch einige Jahre aufrecht erhalten zu können.

Art. 148 will verhüten, dass die Trennung gegen den Willen auch nur eines der Ehegatten von unbegrenzter Dauer sei. Auch der unschuldige Ehegatte soll kein Recht auf unbegrenzte Fortdauer dieses Zustandes haben. Dem schuldigen Ehegatten darf eine faktische lebenslängliche Ehelosigkeit nicht zugemutet werden. In der

[87]) Vgl. die etwas seltsam anmutenden Entscheide des BG vom 31. Januar 1923 (Fischer/Fischer) und 13. Juli 1927 (Wiederkehr/Wiederkehr).

Bundesversammlung wurde zunächst von beiden Räten eine Lösung angenommen, dahingehend, dass der Richter auf Verlangen auch des allein schuldigen Ehegatten die Scheidung aussprechen müsse, sofern nach Ablauf der bestimmten oder dreier Jahre bei unbestimmter Trennungszeit eine Wiedervereinigung der Ehegatten nicht stattgefunden habe. Diese klare und einfache Lösung — denn ob der nunmehr die Scheidung verlangende Ehegatte der ausschliesslich schuldige sei, lässt sich doch nicht mit Bestimmtheit, jedenfalls meistens nur nach äusseren Merkmalen beurteilen — wurde dann wieder fallen gelassen zu Gunsten der heute geltenden Regelung, die auf der Praxis des Bundesgerichts in Anwendung des Art. 47 ZEG und auf dem bekannten Prinzip beruht, dass der klagende Teil sich nicht auf sein eigenes Verschulden zu seinem Vorteil sich soll berufen können. Die Vorschrift ist das Gegenstück des Art. 142 Abs. 2. Die wässerige Lösung des Art. 148 Abs. 1 erhielt etwelche Stärkung durch den Abs. 2 und die diesem durch das Bundesgericht gegebene Auslegung. So darf der unschuldige Ehegatte seine Zustimmung zur Wiedervereinigung nicht von bestimmten Bedingungen abhängig machen, z. B. dass der schuldige bereue oder sich bessere. Auch muss die Frau dem Gatten an einen inzwischen neu gegründeten Wohnsitz folgen. Die Ablehnung kommt einer Verweigerung der Wiedervereinigung gleich. Anderseits ist der schuldlose Teil zur Verweigerung der Wiedervereinigung berechtigt, wenn der andere Ehegatte nicht ein ernsthaftes Angebot zur Wiederaufnahme des gemeinsamen Lebens gemacht hat. Ist das nicht geschehen, dann kann die Weigerung nicht die Folgen des Art. 148 Abs. 2 nach sich ziehen. Eine Verweigerung der Wiederaufnahme kann nur dann angenommen werden, wenn eine ernsthafte Offerte zur Wiederaufnahme des gemeinsamen Lebens vorliegt und eine solche nicht angenommen wird. Ernsthaft ist eine Offerte nicht, wenn sie etwas unmögliches oder unsittliches enthält, oder wenn der andere Ehegatte nach

Recht oder Treu und Glauben berechtigt war, die Aufforderung, so wie sie gestellt wurde, abzulehnen.[88])

Treten während der Trennungszeit Tatsachen ein, welche einen Scheidungsgrund darstellen, so kann die Scheidung vor Ablauf der Trennungszeit verlangt werden.[89]) In diesem Falle sowohl wie auch nach abgelaufener Trennungszeit ist die Scheidungsklage beim Richter des Wohnsitzes zur Zeit der Klageerhebung, nicht beim Richter des Trennungsprozesses anzubringen.[90])

Die Trennung hebt die Pflicht des Mannes nicht auf, für den Unterhalt der Frau in gebührender Weise Sorge zu tragen, da während der Trennung das eheliche Verhältnis fortdauert. Bei der Bemessung des Unterhaltsbeitrages an die Frau sind deren Vermögens- und Einkommensverhältnisse zu berücksichtigen.[91])

Die Gestaltung der Elternrechte.

I. Die Scheidung einer Ehe wird erst dann zu einem schwierigen Problem, wenn Kinder vorhanden sind. An der Aufrechterhaltung einer kinderlosen Ehe bestehen in der Regel keine erheblichen öffentlichen Interessen und besteht daher kein Grund, einem gemeinsamen Begehren der Ehegatten auf Scheidung nicht zu entsprechen, sofern die Voraussetzungen zu einem gedeihlichen Zusammenleben zufolge Verschiedenheit der Charaktere, gegenseitiger Abneigung oder anderer Gründe nicht mehr vorliegen. Sind in einer Ehe aber der Pflege und Erziehung bedürftige Kinder vorhanden, dann erhebt sich die Frage um die Sorge für diese, welche dem Richter häufig die grössten Schwierigkeiten bereitet. Welchem

---

[88]) BG Bd. 52 II S. 184 f.

[89]) BG Bd. 47 II S. 375 ff.

[90]) BG Bd. 42 I S. 148 ff.

[91]) BG Bd. 40 II 309; Aargau, Ob.Ger. 22. Juni 1912, SJZ 9. Jahrg. S. 256; Basel-Stadt, App.Ger. 14. Juli 1922, SJZ 20. Jahrg. S. 340.

Elternteil sollen die Kinder zur Pflege und Erziehung zugewiesen werden? Wie sollen sich die persönlichen Beziehungen desjenigen Elternteils, dem die elterliche Gewalt entzogen wurde, zu den Kindern gestalten? Das ZGB hat davon abgesehen, dem Richter für die Kinderzuteilung bestimmte Weisungen zu geben (z. B. Knaben vorzugsweise dem Vater, Mädchen der Mutter), da sich solche in der Praxis doch nicht als ausreichend erweisen. Der Richter soll nach freiem Ermessen, unter Berücksichtigung der konkreten Verhältnisse, aber nach bestem Wissen und Gewissen die Kinder demjenigen Elternteil geben, der die beste Gewähr für die intellektuelle, seelische und körperliche Erziehung bietet. Bei moralischer Haltlosigkeit und Minderwertigkeit eines Elternteils ist diese Gewähr nicht geboten.[92]) Art. 156 gestattet dem Richter, die Kinder überhaupt keinem der beiden Eltern zuzuweisen und sie an einem Drittort unterzubringen, wenn kein Teil sich für die richtige Erziehung eignen sollte. Der Richter ist bei der Gestaltung der Elternrechte frei von jeder Schablone; er soll sich bei seinem Entscheid ausschliesslich von den Interessen der Kinder leiten lassen. Das schliesst aber nicht aus, dass Alter und Geschlecht der Kinder einerseits, die Vermögensverhältnisse und das Verschulden der Eltern an der ehelichen Zerrüttung anderseits, letzteres namentlich mit Bezug auf die Prüfung der Eignung zur Erziehung, beim Entscheid über die Kinderzuteilung eine hervorragende Bedeutung haben.

II. Diesen aus den Materialien des Gesetzes übernommenen Grundsätzen hat die Rechtsprechung seit 1912 im allgemeinen nachgelebt: in erster Linie sind die Interessen der Kinder zu berücksichtigen und die Eignung der Eltern zur Erziehung. Ein Elternteil, der Anspruch auf die Kinder erhebt, muss sich darüber ausweisen, dass er imstande ist, ein Kind richtig zu pflegen und zu

---

[92]) BG 18. Juni 1925, Benz/Benz.

erziehen. Die Rücksicht auf die Gefühle der Eltern kommt grundsätzlich erst in zweiter Linie.[93]) Das Verschulden ist ebenfalls nur sekundär massgebend. Auch einem des Ehebruchs oder einer andern schweren ehelichen Verfehlung schuldigen Ehegatten können die Kinder zugesprochen werden, sofern deren Interessen bei diesem besser gewahrt sind als beim schuldlosen oder weniger schuldigen Teil.[94]) Nach dieser These ist die salomonische Weisheit von der Verteilung der Kinder im Verhältnis des Anteils des Verschuldens beider Ehegatten unhaltbar geworden. Man kann nicht unbesehen die Eignung der Eltern und die Interessen der Kinder, wenn zwei Kinder vorhanden sind, jeder Partei eines zusprechen, weil beide Parteien an der Zerrüttung der Ehe gleichviel Schuld tragen.[95]) Bei gleichen oder annähernd gleichen erzieherischen Fähigkeiten soll auch der Grad der Anhänglichkeit, welchen die Kinder für den einen oder andern Elternteil haben, in Betracht gezogen werden.[96]) Umgekehrt wird der Richter die Kinder auch nicht demjenigen Elternteil zuweisen, der zwar die erzieherischen Fähigkeiten, nicht aber elterliche Liebe zu den aufzunehmenden Kindern besitzt. Wenn ein Ehegatte glaubt, dass Kinder im Ehebruch erzeugt sind, dann wird man diesem die Kinder besser nicht zuweisen, weil er sie nicht mit richtiger väterlicher Liebe aufnehmen kann (Huber, Referat im Nationalrat). Im allgemeinen wird ein Mädchen eher der Mutter, ein Knabe, wenn er dem Alter des kleinen Kindes entwachsen ist, im Zweifel dem Vater zuzusprechen sein. Ist nur ein Kind vorhanden und bieten beide Eltern an sich Gewähr für eine richtige Erziehung, so rechtfertigt es sich, die Zuteilung vom Geschlecht des Kindes abhängig zu machen.[97]) Im Zweifel soll auch

---

[93]) BG Bd. 38 II S. 32 und 37 ff. E. 4.
[94]) BG Bd. 38 II S. 440.
[95]) Zürich, Ob.Ger. 11. Sept. 1920, SJZ 21. Jahrg. S. 58.
[96]) BG Bd. 40 II S. 310 E. 4.
[97]) Zürich, Ob.Ger. 27. Febr. 1913, SJZ 9. Jahrg. S. 303.

immer der Elternteil bevorzugt werden, der die Kinder zu sich nehmen kann. Die Kinder können statt einem der Elternteile auch Dritten zur Pflege und Erziehung zugeteilt werden, Verwandten, Grosseltern, aber nur dann, wenn die Voraussetzungen zur Entziehung der elterlichen Gewalt bei beiden Ehegatten vorliegen. Sonst muss, bei der Wahl zwischen Dritten oder einem Elternteil der letztere vorgehen auch dann, wenn das Kind beim Dritten bessern Unterhalt hätte.[98])

III. Die Zuteilung der Kinder an einen der geschiedenen Ehegatten hat die Entziehung der elterlichen Gewalt dem andern gegenüber zur Folge. Die elterliche Gewalt, die vor der Scheidung beiden Elternteilen gemeinsam zustand, steht nun ausschliesslich demjenigen Parens zu, dem die Kinder zur Pflege und Erziehung zugewiesen wurden. Der Richter kann aber beiden Eltern die Gewalt entziehen, wenn kein Teil die Gewähr für die gehörige und pflichtgemässe Ausübung derselben bietet. in diesem Falle werden die Kinder der Vormundschaftsbehörde überwiesen, welche sie dem ungünstigen Einfluss der Eltern zu entziehen und ihnen die nötige Pflege angedeihen zu lassen hat. Die Entziehung der elterlichen Gewalt beiden Eltern gegenüber soll nur nach gründlicher Abklärung der Verhältnisse im Scheidungsprozess und nur dann geschehen, wenn mit einer andern Lösung offenbar eine Gefahr für das leibliche und seelische Wohl der Kinder verbunden wäre.[99]) Der Scheidungsrichter soll nur dann von dieser ausserordentlichen Massnahme Gebrauch machen, wenn auch ohne Scheidung den Ehegatten die elterliche Gewalt entzogen werden müsste. Das ist dann der Fall, wenn die Voraussetzungen des Art. 285 ZGB gegeben sind, d. h. wenn die Eltern ausser stande sind, die elterliche Gewalt auszuüben, wenn sie selbst

---

[98]) BG Bd. 40 II S. 444 E. 4; Zürich, Ob.Ger. 11. Mai 1918, Bl.f.Z.Rspr. XVII 322.

[99]) BG 18. Juni 1925, Benz/Benz.

unter Vormundschaft fallen oder sich eines schweren Missbrauchs der Gewalt oder einer groben Vernachlässigung ihrer Pflichten schuldig gemacht haben.[100]) In diesem Falle ist die Vormundschaftsbehörde für die Erziehung der Kinder massgebend, und es kann nicht der unterhaltspflichtige Elternteil unter Berufung auf die Unterhaltspflicht Herausgabe der Kinder zur Erziehung oder ein Mitbestimmungsrecht verlangen. Die Unterhaltspflicht besteht unabhängig von den Elternrechten.[101])

An Stelle der Entziehung der elterlichen Gewalt kann auch bloss Entziehung der Obhut des Kindes und dessen Unterbringung in einer Familie oder Anstalt (Art. 284 ZGB) unter Belassung der elterlichen Gewalt verfügt werden. Diese Massnahme rechtfertigt sich bei physischer und geistiger Gefährdung des Kindes, oder auch wenn die uneingeschränkte Zuteilung der elterlichen Gewalt die moralische Entwicklungsmöglichkeit zu beeinträchtigen oder ungünstig zu beeinflussen geeignet ist. Das ist z. B. der Fall, wenn ein Kind dadurch, dass es einem Elternteil belassen wird, bewusst oder unbewusst von diesem zu Hass gegen den andern erzogen würde, weil die geschiedenen Ehegatten sich selbst hassen und Leid zufügen. Heiratet der geschiedene Ehemann, der an sich zur Ausübung der elterlichen Gewalt weder unwürdig noch unfähig wäre, die Rivalin der früheren Ehegattin, dann können die Interessen der Mutter des Kindes, welche zur Pflege und Erziehung sich nicht eignet, in der Weise berücksichtigt werden, dass das Kind zwar unter ihrer (oder des geschiedenen Ehemannes) elterlichen Gewalt belassen, aber unter die Obhut Dritter gegeben wird.[102]) Der Scheidungsrichter kann angesichts des sehr allgemein gehaltenen Wortlauts des Art. 156 jede ihm gut

---

[100]) BG Bd. 53 II S. 191 ff. E. 2; Genève, Cour de Just. 8. Juli 1927, SJZ 24. Jahrg. S. 202.

[101]) Luzern, Reg.Rat 12. Aug. 1925, SJZ 22. Jahrg. S. 249; Bern, Reg.Rat 3. Okt. 1925, SJZ 22. Jahrg. S. 282.

[102]) BG Bd. 53 II S. 193 ff. E. 3; Pr X No. 189.

scheinende Massnahme im Rahmen des geltenden Rechts zur Wahrung der Interessen der Kinder treffen, und er soll auch die Modalitäten der Ausübung der elterlichen Gewalt im Scheidungsurteil bis ins einzelne festlegen.

Ist die elterliche Gewalt durch Scheidungsurteil einem Ehegatten entzogen worden, so ist diese Entziehung dauernd. Stirbt der Ehegatte, dem die Kinder zuerkannt wurden, so lebt die elterliche Gewalt des andern Ehegatten nicht ohne weiteres wieder auf. Es bedarf vielmehr hiezu einer neuen richterlichen Entscheidung.[103])

IV. Über die persönlichen Beziehungen der Eltern zu den Kindern hat der Richter im Scheidungs- oder Trennungsurteil die nötigen Verfügungen zu treffen. Der Ehegatte, dem die Kinder entzogen werden, hat ein Recht auf angemessenen persönlichen Verkehr mit diesen. Auch derjenige Elternteil, dessen Verhalten während der Ehe nicht einwandfrei war, hat ein Recht auf angemessenen Verkehr mit den Kindern, da sonst Art. 156 Abs. 3 in den meisten Scheidungsfällen überhaupt nicht angewendet werden könnte.[104]) Der Richter hat von Amtes wegen unter gebührender Rücksichtnahme auf die Interessen der Kinder und der Lebensverhältnisse der Beteiligten den Verkehr (im allgemeinen Besuchsrecht genannt) nach seinem Ermessen näher zu regeln. Er darf sich dieser Aufgabe nicht dadurch entziehen, dass er seine Zuständigkeit der Vormundschaftsbehörde delegiert.[105]) Eine absolute Garantie des Besuchsrechts ist durch Art. 156 nicht gegeben. Sind im Zeitpunkte der Scheidung beide Elternteile räumlich weit getrennt, bewohnen

---

[103]) BG Bd. 47 II S. 380 ff.; ebenso Genève, Cour de Just. civ. 24. Aug. 1921, SJZ 18. Jahrg. S. 294. Dass in diesen Fällen dem Kinde vorgängig dem richterlichen Entscheid und demselben unpräjudizierlich ein Vormund gegeben werde (Art. 368 Abs. 1), steht nichts entgegen.

[104]) BG Bd. 39 II S. 175 E. 2.

[105]) Vgl. BG Bd. 51 II S. 3 ff. E. 3.

z. B. beide verschiedene Erdteile, so besteht unter Umständen die tatsächliche Unmöglichkeit der Ausübung des Besuchsrechts, namentlich dann, wenn beide Teile unbemittelt sind. In diesem Falle kann das Besuchsrecht trotz dem Wortlaut des Art. 156 Abs. 3 nicht gewährleistet werden.[106]) Darf die Ausübung des Besuchsrechts dadurch erschwert oder verunmöglicht werden, dass derjenige Ehegatte, dem die elterliche Gewalt zugesprochen wurde, an einen entfernten Ort wegzieht, z. B. nach einem andern Erdteil auswandert? Das Bundesgericht hat entschieden, dass diese Tatsache an sich nicht genüge zur Abänderung des Kinderzuteilungsdispositivs. Nur wenn der Wegzug in der erkennbaren Absicht erfolge, den andern Teil seines Besuchsrechts zu berauben, handle es sich um einen offenbaren Rechtsmissbrauch im Sinne des Art. 2 ZGB.[107])

Der Richter kann das Besuchsrecht dem berechtigten Teil unter Auferlegung einer Gewähr einräumen, wenn zu befürchten ist, dass dieser das Besuchsrecht missbrauche, wenn eine Gefahr für das sittliche oder leibliche Wohl des Kindes besteht oder zu befürchten ist, dass dieses dem Inhaber der elterlichen Gewalt nicht mehr oder nicht rechtzeitig zurückgebracht oder der Versuch gemacht werde, das Kind in seiner Gesinnung jenem gegenüber schwankend und abspenstig zu machen, es zu verwirren und zu verbittern. Solchen Gefahren und Nachteilen für das Kind muss der Richter nach Möglichkeit vorbeugen. Der persönliche Verkehr darf aber auch dann nicht versagt werden, wenn die Sorge für das Kind einen solchen nicht wünschenswert erscheinen liesse.[108]) In solchen Fällen muss das Gericht eine Gefahr für das Kind und die Rechte des Inhabers der elterlichen Gewalt durch zweckentsprechende Massnahmen über Zeit, Ort

---

[106]) BG Bd. 38 II S. 36 f.

[107]) Eodem.

[108]) Anderer Meinung Zürich, Ob.Ger. 8. Jan. 1914, SJZ 12. Jahrg. S. 374.

und Bedingungen des persönlichen Verkehrs zu verhüten suchen. Es kann aber die nähere Bezeichnung der Gewährleistung der Vormundschaftsbehörde überlassen, weil diese schneller als die richterliche zu handeln und die oft innert kurzer Frist zu treffenden Massnahmen den Umständen anzupassen vermag.[109]) Das Gericht kann die Mitwirkung der Vormundschaftsbehörde zum Zwecke der Vermeidung einer missbräuchlichen oder urteilswidrigen Ausübung des Besuchsrechts dadurch erreichen, dass es den persönlichen Verkehr unter die Aufsicht der Vormundschaftsbehörde am Wohn- und Aufenthaltsort des besuchsausübenden Elternteils stellt. Die Vormundschaftsbehörde kann diesen Elternteil zur Hinterlegung der Schriften über die Besuchszeit und bis zur Rückkehr des Kindes verhalten, so dass ihm eine Entführung des Kindes sehr erschwert oder unmöglich gemacht wird. Die gehörige Ausübung des Besuchsrechts darf nicht von der Leistung einer Geldsicherheit abhängig gemacht werden, namentlich dann nicht, wenn der Berechtigte dazu ausser stande ist, auch nicht davon, dass der alimentationsverpflichtete geschiedene Ehegatte seinen ökonomischen Verpflichtungen gegenüber dem andern Ehegatten nachkomme.[110])

V. Der Ehegatte, dem die Kinder entzogen werden, ist zur Entrichtung eines seinen Verhältnissen entsprechenden Beitrags an die Kosten des Unterhalts und der Erziehung verpflichtet (Art. 156 Abs. 2). Die Festsetzung der Höhe des Beitrags obliegt dem Scheidungsrichter. Dieser ist an Parteierklärungen und Abmachungen der Parteien nicht gebunden.[111]) Er kann mehr oder weniger zusprechen als verlangt wird. Werden die Kinder keinem der Ehegatten zugewiesen, so fallen

---

[109]) BG Bd. 54 II S. 238 ff.

[110]) Eodem; Zürich, Ob.Ger. 8. Jan. 1914, SJZ 12. Jahrg. S. 374.

[111]) Waadt, Trib. cant. 21. Nov. 1917, SJZ 14. Jahrg. S. 226.

sie unter Vormundschaft, und es ist in diesem Falle Sache der Vormundschaftsbehörde (Art. 289 ZGB) zu bestimmen, welchen Beitrag jede Partei an die Kosten des Unterhalts und der Erziehung der Kinder zu leisten habe. Der Richter hat im Scheidungsverfahren über diese Verhältnisse nur dann zu befinden. wenn die Kinder einem der Ehegatten zugewiesen werden.[112])

Die Sorge für den Unterhalt und die Erziehung der Kinder trägt in erster Linie derjenige Elternteil, in dessen Gewalt die Kinder nach der Scheidung gekommen sind; denn er hat die Nutzung am Kindsvermögen, die sich als Korrelat der elterlichen Gewalt darstellt. Derjenige Ehegatte, dem die Kinder entzogen wurden, sollte nur soweit zur Beitragsleistung verpflichtet werden, als der Ertrag des Kindsvermögens, das gemäss Art. 293 ZGB in erster Linie für den Unterhalt und die Erziehung des Kindes zu verwenden ist, für standesgemässe Erziehung nicht ausreicht. Auch die Ehefrau, welcher die Kinder entzogen sind, ist grundsätzlich dem Manne gegenüber verpflichtet, einen angemessenen Beitrag an die Kosten des Unterhalts eines gemeinschaftlichen Kindes zu leisten. Die ratio der Unterhaltspflicht ist nicht die Gemeinschaft der Ehegatten (aus dieser würde der Ehemann als der persönliche Träger der ehelichen Lasten und der Gemeinschaft allein die Sorge für die Kinder zu tragen haben), sondern die unzerstörliche, auf Lebenszeit bestehende Gemeinschaft der Eltern und Kinder. Die Unterhaltspflicht beruht auf Verwandtschaft, nicht auf der Ehe. Darum hat auch die Ehefrau, welcher die Kinder entzogen sind, auch wenn sie nach dem Güterstande zur Beitragsleistung aus ihrem eigenen Vermögen während der Ehe nicht verpflichtet wäre, einen Beitrag an die Kosten für den Unterhalt der Kinder zu tragen; denn die Unterhaltspflicht ist eine Last, die an sich von beiden Eltern gemeinschaftlich zu tragen ist (vgl. Art. 272 Abs. 1 ZGB), und diese

---

[112]) BG 18. Juni 1925, Benz/Benz.

Last hört nach der Scheidung nicht auf, weil die Gemeinschaft der Eltern und Kinder und die daraus entspringenden Rechte und Pflichten fortbestehen. Wohl hat der Ehegatte, dem die elterliche Gewalt und die Sorge für die Erziehung und den Unterhalt der Kinder zusteht, zunächst einen persönlichen Anspruch auf Beitragsleistung gegenüber dem andern Elternteil, auf die er u. E. verzichten kann.[113]) Von einem solchen Verzicht würden aber die dem Kinde auf der elterlichen Gemeinschaft beruhenden Ansprüche unberührt bleiben.

Der Unterhaltsbeitrag, auf den der Inhaber der elterlichen Gewalt gemäss Art. 156 Abs. 2 Anspruch hat, soll der Höhe nach den Verhältnissen des pflichtigen Ehegatten entsprechen. Dieser ist zur Beitragsleistung auch dann zu verhalten, wenn der andere Ehegatte einer solchen nicht bedürfte. Die Höhe des Beitrags muss den Verhältnissen des Pflichtigen angemessen sein. Die Angemessenheit hängt von dessen Vermögens- und Erwerbsverhältnissen und auch von der Lebensstellung ab. So sollte der notdürftige Unterhalt durch die Beitragspflicht nicht verkürzt werden. Gerät die Frau durch die Scheidung in Not oder nur in ungünstige Verhältnisse, so wird man von ihr billigerweise eine Beitragsleistung an den Mann nicht verlangen dürfen. Die Dauer der Pflicht zur Zahlung des Unterhaltsbeitrags richtet sich nach den Bedürfnissen der Kinder. Sie hört nicht auf mit dem 18. Lebensjahr, wie die Unterstützung der ausserehelichen Kinder nach Art. 319 Abs. 2 ZGB, sondern erst dann, wenn die Erziehung als abgeschlossen gelten kann, unter Umständen also auch schon vor vollendetem 18. Altersjahr.[114]) Ändern sich die Verhältnisse beim pflichtigen Teil, so kann je nachdem der Beitrag erhöht oder herab-

---

[113]) Anderer Meinung Waadt, Trib. cant. 30. Aug. 1923, SJZ 20 Jahrg. S. 182.

[114]) Bern, App.hof 9. Juli 1920, SJZ 18. Jahrg. S. 47; vgl. dagegen noch den Entscheid desselben Gerichts vom 17. Juni 1913 in ZBJV 50 S. 335.

gesetzt werden. Eine Erhöhung wird namentlich dann einzutreten haben, sofern die ökonomischen Verhältnisse des Pflichtigen es gestatten, wenn Pflege und Erziehung des Kindes grössere Kosten verursachen, als im Zeitpunkte der Festsetzung des Unterhaltsbeitrags sich voraussehen liess (z. B. Krankheit des Kindes, fühlbare und dauernde Erhöhung der Lebenskosten), oder wenn der Träger der elterlichen Gewalt eines höhern Beitrags bedürftig wird.[115]) Einen Antrag auf Erhöhung oder Herabsetzung der Unterstützungsbeiträge soll indessen nur bei wesentlicher Änderung der tatsächlichen Grundlagen des Urteils stattgegeben werden. Die Veränderungen müssen derart sein, dass sie eine nachhaltige, nicht nur vorübergehende Erhöhung oder Herabsetzung zu rechtfertigen vermögen.[116]) Beweispflichtig für die Veränderung der für das Urteil massgebend gewesenen tatsächlichen Verhältnisse ist der die Erhöhung oder Herabsetzung begehrende Ehegatte.

Die Abänderung des Scheidungsurteils.

I. Darunter verstehen wir die Abänderung des Scheidungsurteils mit Bezug auf die Nebenfolgen der Scheidung, und zwar insbesondere die Leistungen nach Art. 152 und die Gestaltung der Elternrechte.

a) Art. 151 Abs. 1 gibt dem schuldlosen Ehegatten gegenüber dem schuldigen einen Anspruch auf angemessene Entschädigung, wenn dessen Vermögensrechte oder Anwartschaften durch die Scheidung beeinträchtigt werden. Der aus Art. 151 berechtigte Ehegatte kann nicht Ersatz des vollen Schadens verlangen, der ihm durch die Beeinträchtigung seiner Vermögensrechte und Anwartschaften entstanden ist, sondern bloss einen billigen Betrag. Dieser ist vom Scheidungsrichter ein für alle mal unter Berücksichtigung der persönlichen und vermögensrechtlichen Verhältnissen der Parteien im Zeit-

[115]) Vgl. Bern, App.hof 10. März 1925, SJZ 22. Jahrg. S.233.
[116]) Vgl. deutsche ZPO § 323.

punkte der Scheidung festzusetzen. Es folgt aus dem Wesen der Ehescheidung, dass die nach Auflösung der Ehe eingetretenen Veränderungen in den Vermögensverhältnissen nicht rückwirken können in dem Sinne und aus der Überlegung, dass durch eine nach der Scheidung eingetretene Vermehrung des Vermögens oder der Anwartschaften des schuldigen Ehegatten auch die Vermögensrechte und Anwartschaften des schuldlosen Gatten bei Fortbestehen der Ehe gewachsen wären und demnach die Beeinträchtigung dieser Rechte durch die Auflösung der Ehe noch erheblicher geworden sei. Der Richter hat nach den Verhältnissen, wie sie bei der Scheidung bestehen, die Entschädigung sorgfältig zu bemessen; denn sie ist in ihrem Quantitativ unveränderlich und kann auch nicht ermässigt werden, wenn die Vermögensverhältnisse sich nachträglich zu ungunsten des Verpflichteten verändern sollten. Darum muss schon bei Ausmessung der Entschädigung die Möglichkeit einer Verminderung des Vermögens und Einkommens in Rechnung gezogen werden.[117]) Im gleichen Urteil ist gesagt, es dürfe die Entschädigung nicht so hoch bemessen werden, dass sie die Existenz und die gesellschaftliche Stellung bedrohen, vor allem dann nicht, wenn der berechtigte Teil auch ohne Entschädigung sein Leben, sei es durch den Genuss eines Kapitals, sei es durch Arbeit, fristen könne.

Anders verhält es sich in den Fällen des Art. 152. Nach Art. 153 Abs. 2 kann eine wegen grosser Bedürftigkeit dem schuldlosen Ehegatten ausgesetzte Rente auf Begehren des Pflichtigen unter bestimmten Voraussetzungen einer Revision im Sinne der Aufhebung oder

---

[117]) BG Pr II No. 102. Das BG stellt hier nur auf die Einkommensverhältnisse ab. Bei der Bemessung der Entschädigung nach Art. 151 sind aber nicht nur die Einkommens-, sondern ganz besonders die Vermögensverhältnisse des schuldigen Gatten zu berücksichtigen und es muss nicht nur die Möglichkeit der Verminderung des Einkommens, sondern auch des Vermögens in Rechnung gezogen werden.

Herabsetzung des Unterhaltsbeitrages unterzogen werden. Art. 153 Abs. 2 verbietet eine Erhöhung der Rente, auch wenn die Vermögensverhältnisse des Pflichtigen sich verbessert und die Bedürftigkeit des geschiedenen schuldlosen Ehegatten aus irgend welchen Gründen sich vergrössert haben. Ein Versehen des Gesetzgebers kann schon deshalb nicht angenommen werden, weil er im Gegensatz zu Art. 153 Abs. 2 in den Art. 157 und 320 die Möglichkeit vorgesehen hat, dass bei erheblicher Veränderung der Vermögensverhältnisse der Unterhaltsbeitrag neu bestimmt werden könne, wobei ein Unterschied zwischen Herabsetzung und Erhöhung nicht gemacht wurde. Den Unterschied in der Regelung erklärt das Bundesgericht damit, dass das Rechtsverhältnis, aus welchem die Unterhaltspflicht bezüglich der Kinder fliesst, ein dauerndes sei, während das Rechtsverhältnis zwischen den Ehegatten durch die Scheidung aufgehört habe. Die einmal aufgehobene oder herabgesetzte Rente kann grundsätzlich nicht mehr wiederhergestellt oder erhöht werden aus der Erwägung, dass die Umstände, welche die Aufhebung oder Reduktion begründen, voraussehen lassen, dass die geschiedenen Ehegatten in alle Zukunft nicht mehr in der Lage sein werden, in der sie zur Zeit der Scheidung sich befanden. Die Belastung des pflichtigen Teils soll im Scheidungsurteil endgültig und maximal festgesetzt werden, damit der Schuldner weiss, was er schliesslich zu bezahlen hat.[118]) Ist im Scheidungsurteil kein Unterhaltsbeitrag zugesprochen worden, so kann eine erst nach Auflösung der Ehe eintretende Bedürftigkeit nicht mehr in Betracht fallen.[119]) Auch der Gedanke der Aufwertung (wenigstens mit Bezug auf die

---

[118]) BG Bd. 51 II S. 14 ff.; Genève, Cour de Just. civ. 2. Mai 1922, SJZ 19. Jahrg. S. 221; Basel-Stadt, App.Ger. 18. Mai 1926, SJZ 24. Jahrg. S. 43.

[119]) Genève, Cour de Just. civ. 2. Mai 1922, SJZ 19. Jahrg. S. 221.

schweizerische Währung) und die clausula rebus sic stantibus sind hier unbehelflich.[120])

Die Unzulässigkeit der Erhöhung einer gesprochenen Unterhaltsrente und der Wiederherstellung einer herabgesetzten oder aufgehobenen Rente bedingt eine genaue und sorgfältige Abwägung der finanziellen Verhältnisse, insbesondere des unterhaltspflichtigen Teils. Eine Aufhebung oder Herabsetzung der Rente soll nur aus zwingenden Gründen erfolgen, nicht schon bei geringfügigen oder nur vorübergehenden Schwankungen in den Verhältnissen. So wird nach Art. 153 Abs. 2 auf Verlangen des pflichtigen Ehegatten die wegen Bedürftigkeit ausgesetzte Rente nur aufgehoben, wenn die Bedürftigkeit nicht mehr besteht, und herabgesetzt, wenn sie in erheblichem Masse abgenommen hat. Bei einem Begehren um Aufhebung oder Herabsetzung der Rente hat der Richter zu prüfen, ob möglicherweise die Veränderung der Verhältnisse nicht nur vorübergehender Natur sei. Nur wenn eine dauernde Veränderung vorausgesehen werden kann, soll dem Begehren stattgegeben werden. Bei zwar erheblicher, aber voraussichtlich nicht dauernder Veränderung der Verhältnisse des berechtigten Ehegatten (im Sinne des Wegfalls oder der erheblichen Abnahme der Bedürftigkeit) hat das Bundesgericht darum die zeitweilige Sistierung der Rente als zulässig erklärt, so namentlich in den Fällen von Remission bei Geisteskrankheiten. Eine solche rechtfertigt nicht die gänzliche Unterdrückung des Unterhaltsbeitrags, weil geisteskranke Personen in Remission von heute auf morgen wieder internierungsbedürftig werden können und damit die Möglichkeit, sich selbst den Unterhalt zu beschaffen, aufhört.[121]) Anderseits erscheint es auch nicht als billig, in Fällen von Remission die Unterhaltsrente unverändert zu belassen, weil Geisteskranke im Stadium der Remission unter Um-

---

[120]) BG Bd. 51 II S. 16 ff.
[121]) BG Bd. 51 II S. 14 E. 2.

ständen voll erwerbsfähig sein können und dieser Zustand oft sehr lange anhält. Ein anderer Grund zur Sistierung der Rente kann die Verbüssung einer längeren Freiheitsstrafe sein, während welcher der Berechtigte seinen Lebensunterhalt vom Staate erhält.

Die Entstehung und das Aufhören der Alimentationspflicht gründet sich nur auf finanzielle Verhältnisse. Unsittliches Verhalten des berechtigten Ehegatten gibt keinen Anspruch auf Befreiung von der Unterhaltspflicht, da zwischen geschiedenen Ehegatten keine Treuepflicht mehr besteht.[122])

b) Die Änderung der Elternrechte. Art. 157 sieht die Möglichkeit der Abänderung des Scheidungsurteils hinsichtlich der Gestaltung der Elternrechte vor, wenn die dem früheren Urteil tatsächlich zu Grunde liegenden Verhältnisse sich (wesentlich) geändert haben. Das Gesetz nennt einige Beispiele solcher Änderungen: Heirat, Wegzug, Tod. Diese Aufzählung ist nicht abschliessend. Unter Heirat verstehen wir hier die Wiederverehelichung eines geschiedenen Ehegatten, während bei der Wiederverheiratung des Art. 286 eine solche eines verwitweten Elternteils gemeint ist. Damit wollte der Gesetzgeber dem Richter die Änderung der von ihm im Scheidungsurteil getroffenen Massnahme über die Kinderzuteilung vorbehalten. Den Bestimmungen des Art. 157 und 286 liegt indessen die genau gleiche ratio zu Grunde; die Voraussetzungen des Einschreitens bei Wiederverheiratung eines geschiedenen Ehegatten sind dieselben wie im Falle der Wiederverheiratung eines verwitweten Elternteils.[123]) Der Umstand, dass ein geschiedener Ehegatte sich wieder verehelicht, ist vom Gesetzgeber mehr als ein Grund zum Entzug als zur Erteilung der elterlichen Gewalt betrachtet worden. Es gibt aber

---

[122]) Basel-Stadt, Ziv.Ger. 29. Dez. 1917, App.Ger. 19. Febr. 1918, BG 23. Mai 1918.

[123]) BG Bd. 48 II S. 305 ff.

auch Fälle, und sie sind nicht so selten, wo einem Ehegatten gerade deshalb die Sorge für die Kinder entzogen wird, weil er allein steht und keine zur Erziehung geeignete nahe Angehörige besitzt. Dann kann gerade die Wiederverheiratung ein Grund sein, einem zur Erziehung befähigten Ehegatten die elterliche Gewalt zuzuteilen. Jedenfalls kann man nicht zum vorneherein einen Ehegatten vom Recht ausschliessen, die elterliche Gewalt zu verlangen, unter Berufung auf den Umstand, dass er sich wieder verheiratet habe, wenn auch, wie das Bundesgericht meint, mit Bezug auf diese Art Veränderungen der Verhältnisse der Richter sich grosse Reserve auferlegen sollte.[124])

Eine Revision des Kinderzuteilungsdispositivs darf nur bei Vorliegen erheblicher und gewichtiger Gründe stattfinden, weil die Interessen des Kindes eine möglichst ruhige und konstante Erziehung verlangen. Ein häufiger Wechsel ist dem Kinde schädlich. Darum ist eine Änderung des Scheidungsurteils hinsichtlich der Kinderzuteilung nur zulässig, wenn die in den Verhältnissen eingetretene Änderung eine andere Entscheidung zwingend erfordert. Ob das der Fall sei, beurteilt sich nach der Gesamtheit der Umstände unter Berücksichtigung der Interessen des Kindes.[125])

II. Die Kompetenz zur Abänderung eines Scheidungsurteils steht ausschliesslich dem Richter zu. Prozessuale Voraussetzung zur Abänderung ist in den Fällen des Art. 153 Abs. 2 das Begehren des unterhaltspflichtigen Ehegatten, in den Fällen des Art. 157 das Begehren der Vormundschaftsbehörde (des Wohnsitzes des Kindes, scil. des Inhabers der elterlichen Gewalt) oder von Vater oder Mutter. Es steht nichts entgegen, dass derjenige Ehegatte, dem die Kinder zur Pflege und Erziehung zugewiesen wurden, selbst den Antrag auf Abänderung des

---

[124]) BG Bd. 53 II S. 193 ff.

[125]) BG Bd. 38 II S. 37 ff. E. 4, Bd. 43 II S. 476 E. 2; Aargau Ob. Ger. 22. Juni 1923, SJZ 20. Jahrg. S. 377 f.

Scheidungsurteils in diesem Punkte stelle. Ist der Träger der elterlichen Gewalt gestorben, so geht diese nicht ohne weiteres auf den überlebenden Ehegatten über. Das folgt aus Art. 157: Verändern sich die Verhältnisse infolge von Tod eines der Eltern, so hat der Richter auf Begehren der Vormundschaftsbehörde oder von Vater oder Mutter die erforderlichen Anordnungen zu treffen. Der überlebende Elternteil muss ein Begehren um Übertragung der elterlichen Gewalt beim Richter stellen. Diese Bestimmung wäre überflüssig, wenn die Gewalt ipso iure auf den überlebenden Ehegatten überginge.[126])

Wie bei der Scheidung die Gestaltung der Elternrechte (elterliche Gewalt, Versorgung der Kinder, Regelung der persönlichen Beziehungen zwischen Eltern und Kindern) nach Gesetz und bundesgerichtlicher Rechtsprechung ausschliesslich dem Scheidungsrichter zusteht, so ist dieser auch allein befugt, die von ihm bei der Scheidung getroffenen Anordnungen betreffend die Kinder abzuändern. Die Bedeutung der in Frage stehenden Interessen erfordern eine vollständige und genaue Untersuchung der dem Begehren zu Grunde liegenden tatsächlichen Verhältnisse, und diese wie auch die Geltendmachung aller Rechte der Parteien (inbegriffen die Weiterziehung ans Bundesgericht) ist im gerichtlichen Verfahren besser gewährleistet als im administrativen. Der Richter darf auch die Kompetenz zur Regelung und, für den Fall späterer Konflikte, Abänderung des Besuchsrechts nicht einer andern Behörde delegieren, welcher dannzumal obliegen würde, bestimmte Massnahmen zu ergreifen.[127]) Art. 156 und 157 geben dem Scheidungsrichter (par attraction de compétences) dieselben Kompetenzen, welche normalerweise der Vormundschaftsbehörde bei ungeschiedenen Ehen zukommen. Der Scheidungsrichter wird sich bei der Gestaltung der Elternrechte und bei deren Änderung von denselben Prinzipien leiten lassen wie die Vormund-

[126]) Pr X No. 189; BG Bd. 53 II S. 193 ff. E. 4.
[127]) BG Bd. 51 II S. 3 ff. E. 3.

schaftsbehörde beim Einschreiten in den Fällen der Art. 283—285 ZGB. Den Scheidungsrichter leiten bei der Gestaltung der Elternrechte im Scheidungsurteil die schutzbedürftigen Interessen des Kindes. Danach entscheidet sich die Unterstellung des Kindes unter die Gewalt des einen oder andern Elternteils. Der Richter kann schon im Scheidungsurteil demjenigen Ehegatten, dem die elterliche Gewalt belassen wurde, die Obhut des Kindes entziehen, wenn die Voraussetzungen zu Massnahmen nach Art. 284 gegeben sind. Sind die Voraussetzungen des Art. 285 bezüglich beider Elternteile gegeben, dann steht dem Scheidungsrichter das Recht zu, beiden Eltern die Elternrechte zu entziehen und die Kinder der Sorge der Vormundschaftsbehörde anzuvertrauen. Sind die Kinder unter der Gewalt des einen Elternteils belassen worden, dann kann nicht die Vormundschaftsbehörde, sofern die Voraussetzungen des Art. 285 eintreten, die elterliche Gewalt einfach dem andern geschiedenen Ehegatten übertragen. Die Vormundschaftsbehörde ist nur befugt, beim Richter das Begehren um Entziehung der elterlichen Gewalt zu stellen (Art. 157). Dieser kann dem Begehren entsprechen und die Gewalt entweder dem andern geschiedenen Ehegatten zuweisen oder die Vormundschaftsbehörde verhalten, dem Kinde einen Vormund zu ernennen, wobei, wenn die Verhältnisse so liegen, dass keinem der Eltern die elterliche Gewalt anvertraut werden kann, auch nicht eines der Eltern zum Vormund bestellt werden soll. So die bundesgerichtliche Rechtsprechung, soweit sie die Kollisionsmöglichkeiten zwischen Richter und Vormundschaftsbehörde mit Bezug auf die Änderung der elterlichen Gewalt geschiedener Ehegatten betrifft.[128])

---

[128]) Vgl. insbesondere BG Bd. 54 II S. 72 ff.; BG Bd. 53 II S. 191 ff. E. 2; ferner Bern, Reg.Rat 8. Dez. 1922, SJZ 19. Jahrg. S. 281; Bern, Reg.Rat 3. Okt. 1923, SJZ 20. Jahrg. S. 264; Zürich, Kreisschreiben der Justizdirektion vom 10. Okt. 1925, SJZ 22. Jahrg. S. 153; Luzern, Reg.Rat 12. Aug. 1925, SJZ 22. Jahrg. S. 249.

Dass Art. 156 und 157 dem Art. 285 derogieren, wird in der Hauptsache mit der Notwendigkeit einer gewissen Kontinuität in der Anwendung der Prinzipien des Art. 156 und der Vermeidung von Konflikten oder nutzlosen Divergenzen zwischen koordinierten Behörden begründet. Das Bundesgericht befürchtet auch, es könnten die Vormundschaftsbehörden, deren Vorschlag in der Scheidung nicht angenommen wurde, die Tendenz haben, allzuleicht den Ehegatten, dem sie die elterliche Gewalt nicht gegeben hätten, seiner Rechte in Anwendung des Art. 285 zu berauben. Die Gerichte seien auch besser im stande, die bestehende Ordnung den Verhältnissen anzupassen.

In einem neuesten Entscheide hat das Bundesgericht die ursprünglich klare und eindeutige Kompetenzregulierung zwischen Richter und Vormundschaftsbehörde verwässert, indem es die Vormundschaftsbehörde zu Massnahmen nach Art. 283 und 284 auch bei geschiedenen Eltern zuständig erklärt. In dem beurteilten Falle handelte es sich um die Entziehung der Obhut des Kindes. Zwar stehe es in der Zuständigkeit des Scheidungsrichters, einem Ehegatten die elterliche Gewalt zu belassen, ihm aber die Obhut zu entziehen. Das könne er sowohl bei der Scheidung als im Falle der Änderung des Scheidungsurteils nach Art. 157. Wurde im Scheidungsurteil nur über die Obhut verfügt, so sei der Richter befugt, eine Änderung des Scheidungsurteils auch nur bezüglich der Obhut des Kindes anzuordnen. Mit einem salto mortale wird nun plötzlich zu Anordnungen betreffend die Obhut die Vormundschaftsbehörde allein zuständig erklärt, sofern die Entziehung der Obhut ohne Entziehung noch Übertragung der elterlichen Gewalt erfolge. Die Entziehung der Obhut des Kindes sei nicht eine notwendige Folge der Scheidung wie die Zuteilung der elterlichen Gewalt. Nur wenn eine Änderung der elterlichen Gewalt gegenüber dem Scheidungsurteil erfolgen soll, sei dazu nur der Richter zuständig. — Dieser Entscheid ist missverständlich und im Widerspruch mit sich selbst und der Praxis des Bundes-

gerichts.[129]) Auf der einen Seite spricht das Bundesgericht dem Richter die Kompetenz zu, in Anwendung der Prinzipien des Art. 284 einem Ehegatten, statt die elterliche Gewalt ganz, nur die Obhut zu entziehen und diese Massnahme wiederum zum Gegenstand der Abänderung des Scheidungsurteils nach Art. 157 zu machen. Gleichzeitig wird die Vormundschaftsbehörde allein zuständig erklärt zu Massnahmen nach Art. 283 und 284, auch bei geschiedenen Ehegatten, sofern damit nur nicht eine Änderung der elterlichen Gewalt bezweckt wird. Zwischen der völligen Entziehung der elterlichen Gewalt und den weniger weitgehenden Massnahmen des Art. 284 besteht doch mehr nur ein quantitativer als ein grundsätzlicher Unterschied. Warum soll hinsichtlich geschiedener Ehegatten der Vormundschaftsbehörde die Anwendung des Art. 285 versagt, diejenige des Art. 284 gestattet oder gar ihr allein vorbehalten sein? Art. 157 macht keinen Unterschied zwischen der Änderung der Verhältnisse in dem Sinne, dass die Vormundschaftsbehörde nur bei Eintritt der Voraussetzungen des Art. 285 (abgesehen von den in Art. 157 nicht abschliessend aufgezählten Fällen) das Begehren um Abänderung des Scheidungsurteils beim Richter stellen müsste, dazu aber nicht verhalten und von sich aus zu handeln befugt wäre, wenn nur Tatsachen nach Art. 284 eingetreten sind, welche zwar eine Entziehung der Obhut, nicht aber eine Entziehung oder Übertragung der elterlichen Gewalt zur Folge haben können. Das Bundesgericht versucht die von ihm inaugurierte Kompetenzabgrenzung (besser Verwischung) damit rechtlich zu begründen, dass die Zuteilung der elterlichen Gewalt eine notwendige Folge der Scheidung sei, die Entziehung der Obhut des Kindes dagegen nicht. Einen logischen Zusammenhang zwischen der Kompetenzausscheidung (Richter und Vormundschaftsbehörde) und notwendigen und nicht notwendigen Folgen der Ehescheidung vermögen wir nicht zu finden.

---

[129]) Vgl. BG Bd. 51 II S. 3 ff. E. 3, Bd. 53 II S. 191 ff. E. 2.

Wenn schon ein praktisches Bedürfnis besteht, der Vormundschaftsbehörde auch bezüglich der Gestaltung der persönlichen Beziehungen zwischen Eltern und Kindern geschiedener Ehegatten eine unabhängigere Stellung gegenüber dem Richter einzuräumen, als es die Fassung des Art. 157 erlaubt — da die Verhältnisse nicht selten ein rasches Eingreifen notwendig machen — dann dürfte das entscheidende Kriterium für die Kompetenzausscheidung wohl kaum in einer Einteilung der Scheidungsfolgen in notwendige und nicht notwendige zu finden sein. Die vom Bundesgericht in dem erwähnten Entscheid angestrebte Lösung, welche im wesentlichen darauf hinausgeht, die Vormundschaftsbehörde von Massnahmen auszuschliessen, welche eine Entziehung oder Übertragung der elterlichen Gewalt bedeuten, vermöchte eine klare Situation zu schaffen, findet aber im Gesetz keine Stütze. Es gibt zudem Massnahmen, welche zwar den rechtlichen Bestand der elterlichen Gewalt unangetastet lassen, für das Kind sowohl wie für den betroffenen Elternteil aber von ebenso grosser Tragweite sein können wie ein Wechsel in der Person des Trägers der elterlichen Gewalt. Dazu gehört gerade die Obhut des Kindes, welche das Recht und die Pflicht der Erziehung und Beaufsichtigung umfasst, kurz die Sorge für das Kind, die einen wesentlichen Bestandteil des Inhalts der elterlichen Gewalt ausmacht. Wird der Vormundschaftsbehörde die Befugnis eingeräumt, über die Obhut der Kinder geschiedener Eheleute in Abänderung des Scheidungsurteils zu verfügen, so ist der Richter seines Einflusses auf die Gestaltung der Elternrechte, der ihm bezüglich geschiedener Eheleute durch Art. 157 gewahrt bleiben sollte, zum grossen Teil beraubt.

Vereinbarungen der Parteien über die Abänderung der vom Scheidungsrichter verfügten Kinderzuteilung sind ohne nachträgliche Genehmigung durch den Richter unverbindlich. Denn die richterlichen Anordnungen über die Gestaltung der Elternrechte müssen der Parteidisposition entzogen sein, weil hier in erster Linie die Interessen der

Kinder und nicht die übereinstimmende Willensäusserung der Eltern massgebend sein soll.[130])

III. Art. 157 besagt nichts über den Gerichtsstand der Abänderungsklage. Der systematische Zusammenhang des Art. 157 mit dem Art. 156 und der übereinstimmende Wortlaut („der Richter" trifft die nötigen Verfügungen, „der Richter" hat die erforderlichen Anordnungen zu treffen) würden vermuten lassen, dass der Gesetzgeber den Richter der Scheidung, der im Scheidungsurteil über die Gestaltung der Elternrechte die nötigen Verfügungen getroffen hatte, wiederum zur Abänderung dieser Verfügungen habe zuständig erklären wollen. Handelt es sich doch um eine Art Wiederaufnahme eines rechtskräftig geschlossenen Verfahrens bei Vorliegen bestimmter Gründe des materiellen Rechts, für welche im Prinzip dasjenige Gericht örtlich und sachlich zuständig ist, welches das abzuändernde Urteil erlassen hatte. Auch wenn man das Verfahren nach Art. 157 als Bestandteil des Scheidungsprozesses, als eine Art „Rektifikationsverfahren" hiezu betrachtet,[131]) lässt sich die Zuständigkeit des Scheidungsrichters sehr wohl begründen. Das Bundesgericht hat indessen die Zweifel kurzweg beseitigt, indem es erklärt, es handle sich nicht um ein Wiederaufleben des frühern Scheidungsprozesses, sondern um ein neues Verfahren, bei dem nur die Parteien, nicht aber die geltend gemachten Ansprüche identisch seien. Während im Scheidungsprozess die Klage auf Lösung des Bandes zwischen den Ehegatten gehe und die Kinderzuteilung prozessual nur als Nebenfolge in Betracht komme, werde bei der Klage auf Neuordnung der Elternrechte das frühere Akzessorium zum alleinigen Prozessgegenstand. Als Klagegrund habe das Verhältnis zwischen dem Inhaber der elterlichen Gewalt und dem ihm anvertrauten Kinde zu gelten. Die Klage

---

[130]) Aargau, Ob.Ger. 22. Juni 1923, SJZ 20. Jahrg. S. 377 f.

[131]) Zürich, Ob.Ger. 14. Dez. 1912, SJZ 9. Jahrg. S. 244; 20. Mai 1920, SJZ 17. Jahrg. S. 75.

aus Art. 157 basiere auf einer Veränderung der Verhältnisse seit Erlass des Scheidungsurteils, die in einem neuen Beweisverfahren festzustellen seien. Der allgemeine Scheidungsgerichtsstand des Art. 144 habe somit für Klagen aus Art. 157 keine Geltung, auch nicht eine kantonale Gerichtsstandsnorm, welche auf der Einheit von Änderungsbegehren nach Art. 157 mit dem Scheidungsprozess beruhe. Eine solche kantonale Gerichtsstandsnorm würde dem Bundesrecht widerstreiten.

Der Rechtsauffassung entsprechend, dass ein Begehren aus Art. 157 ein neues Verfahren involviere, hat das Bundesgericht für solche Begehren den Richter des Wohnsitzes der beklagten Partei als örtlich zuständig erklärt.[132]) Für diese Lösung sprechen zunächst praktische Überlegungen. Es hat keinen Sinn, Parteien, die vielleicht vor Jahren vom thurgauischen Richter geschieden wurden, nun aber in Genf und Basel oder der Enden wohnen, mit ihren Begehren auf Abänderung des Scheidungsurteils wiederum vor den thurgauischen Richter oder gemäss Art. 144 vor den Richter des Wohnsitzes der klagenden Partei zu verweisen; denn dieser ist mit den neuen Verhältnissen der beklagten Partei (um diese handelt es sich ja in erster Linie) doch nicht vertraut und kann aus eigener Anschauung und mit eigenen Mitteln sich davon keine Kenntnis verschaffen. Allein auch die juristische Überlegung spricht zu Gunsten des persönlichen Gerichtsstands der beklagten Partei. Wohl besteht zwischen dem Begehren auf Scheidung der Ehe und der Gestaltung der Elternrechte im Verfahren nach Art. 157 ein sachlicher Zusammenhang. Allein dieser Zusammenhang ist im Scheidungsprozess selbst ein notwendiger, und es ist nicht in das Belieben der Parteien gestellt, die Entscheidung über die Gestaltung der Elternrechte von der sie bedingenden Hauptsache in ein gesondertes Verfahren zu verweisen. Die Litiskontestation erfasst notwendig auch die Neben-

---

[132]) BG Bd. 46 II S. 335 ff., Bd. 51 II S. 96 ff.

folgen: es besteht ein gesetzliches forum connexitatis materialis, wohl zu unterscheiden vom forum connexitatis des gemeinen Rechts, welches zwar ebenfalls eine materielle Abhängigkeit der einen Klage von der andern bedingte, es aber in das Belieben des Klägers stellte, eine erst noch zu erhebende Klage im Zusammenhang mit einem schon schwebenden Prozesse zur Entscheidung zu bringen oder aber selbständig in einem besonderen Verfahren behandeln zu lassen.[133]) Nach Art. 144 ist für die Klage auf Scheidung (oder Trennung) der Richter am Wohnsitz des klagenden Ehegatten zuständig. Klage sowohl als Entscheid im Verfahren nach Art. 157 können die Rechtskraft des frühern Urteils mit Bezug auf die Scheidung selbst in keiner Weise ergreifen. Klagegegenstand ist ausschliesslich und allein das Verhältnis zwischen dem Träger der elterlichen Gewalt und dem ihm anvertrauten Kinde. Der Umstand, dass das Hauptbegehren im Verfahren nach Art. 157 als gesetzlich konnexes Element des Hauptbegehrens im Scheidungsprozess mit diesem zur Entscheidung gelangte, rechtfertigt nicht, das Verfahren nach Art. 157 als Bestandteil des früheren Scheidungsprozesses zu bezeichnen und daraus ableiten zu wollen, dass deshalb auch für Begehren um Abänderung des Scheidungsurteils der Scheidungsrichter zuständig sein müsse. Sowohl theoretische als praktische Überlegungen begründen den allgemeinen persönlichen Gerichtsstand der beklagten Partei, der auch in Ehesachen gelten muss, sofern nicht, wie in der Scheidung selbst, ein besonderer Gerichtsstand gesetzlich vorbehalten ist. Der allgemeine Gerichtsstand ist aber derjenige des Wohnsitzes, eventuell des Aufenthaltes, ganz eventuell des früheren Wohnsitzes der beklagten Partei.

Die Rechtsprechung des Bundesgerichts hat bei den kantonalen Gerichten nicht allgemein Anklang und Billi-

---

[133]) Vgl. Wetzell, System des ordentlichen Zivilprozesses, 3. Aufl., S. 505 f.

gung gefunden.[134]) So wurde namentlich die Zweckmässigkeit der bundesgerichtlichen Rechtsauffassung für die Fälle bezweifelt, wo die beklagte Partei im Ausland wohnt.[135]) Das waadtländische Kantonsgericht und das Obergericht Solothurn (vgl. Anm. 135 vorstehend) wollen der bundesgerichtlichen Praxis nur die Bedeutung einer interkantonalen Kollisionsnorm zugestehen. Wenn das Prozessrecht eines Kantons den Scheidungsrichter für die Abänderung des Scheidungsurteils zuständig erkläre, so bleibe diese Vorschrift ungeachtet der Praxis des Bundesgerichts für die kantonalen Gerichte verbindlich.[136]) Das Obergericht des Kantons Luzern dagegen schliesst sich der bundesgerichtlichen Rechtsprechung an auch für Entscheide über die Änderung der Unterhaltsbeiträge nach Art. 153 Abs. 2. Auch hier, nicht nur bei der Abänderung des Scheidungsurteils nach Art. 157, handle es sich um einen neuen Prozess, nicht um die Revision des frühern.[137])

Das Bundesgericht hat indessen grundsätzlich an seiner Rechtsauffassung festgehalten, dagegen den Bedenken mit Bezug auf internationale Verhältnisse Rechnung getragen.[138]) Einmal berühre es seltsam, dass die Justizhoheit eines Staates, dessen Gericht ein Urteil erlassen habe, vor der Justizhoheit eines fremden Staates zurücktreten soll, wenn über die Frage der Abänderung jenes Urteils zu entscheiden sei. Dann bestehe auch keine Gewähr dafür, dass der Anspruch auf Abänderung eines schweizerischen Urteils über die Nebenfolgen der Schei-

---

[134]) Vgl. Zürich, Ob.Ger. 14. Dez. 1912, SJZ 9. Jahrg. S. 244; 20. Mai 1920, SJZ 17. Jahrg. S. 75; Solothurn, Ob.Ger. 8. April 1914, SJZ 12. Jahrg. S. 267; Bern, App.hof 11. Febr. 1916, SJZ 12. Jahrg. S. 290.

[135]) St. Gallen, Kant.Ger. 19. Okt. 1922, SJZ 20. Jahrg. S. 119; Solothurn, Ob.Ger. 22. Aug. 1922, SJZ 20. Jahrg. S. 197.

[136]) Waadt, Trib. cant. 21. Sept. 1927, SJZ 24. Jahrg. S. 360.

[137]) Luzern, Ob.Ger. 15. Sept. 1927, SJZ 24. Jahrg. S. 218.

[138]) BG Bd. 51 II S. 109 ff.

dung oder Trennung am ausländischen Wohnort der beklagten Partei überhaupt verfolgt werden könne, besonders in den Staaten, wo das Recht die Scheidung verpöne oder auch nur die nachträgliche Abänderung von Scheidungsurteilen ausschliesse. Weil die Möglichkeit der Abänderung der Scheidungsurteile über die Nebenfolgen schon einen Einfluss auf deren Gestaltung im Scheidungsprozess selbst ausübe, so könne eine Partei durch den Wegzug der andern Partei in ein fremdes Land um den Anspruch auf Urteilsabänderung gebracht werden. Das Bundesgericht leitet die Zuständigkeit des schweizerischen Richters in diesem Falle auch aus Art. 7h Abs. 3 NAG her. Da dem schweizerischen Richter zudem verboten ist, die Vorschriften fremden Rechts über die Nebenfolgen der Scheidung anzuwenden, so würde wohl auch der ausländische Richter sich dem schweizerischen Rechte nicht unterziehen. Demnach erklärt das Bundesgericht für Klagen auf Abänderung von Scheidungs- und Trennungsurteilen gegen den im Ausland wohnenden Beklagten den Richter des Wohnsitzes der klagenden Partei (nicht den ehemaligen Scheidungs- oder Trennungsrichter) als zuständig. Sind beide Parteien, oder mindestens eine Partei, Schweizer, und wohnen sie im Ausland, so steht wohl die Zuständigkeit auch dem Gerichte des Heimatortes zu. Ist der Beklagte Ausländer, so steht dem in der Schweiz wohnenden Kläger der Gerichtsstand seines Wohnsitzes zu. Wohnt keine der ausländischen Parteien mehr in der Schweiz, so kann eine Klage auf Abänderung des von einem schweizerischen Gericht gefällten Scheidungsurteils in der Schweiz nicht mehr angestrebt werden. Dieses Ergebnis erwecke keine Bedenken im Hinblick auf frühere Schweizerinnen, welche durch Heirat das Schweizerbürgerrecht verloren haben, weil sie es leicht wieder erlangen können.

Statistik der Ehescheidungen.

I. Die Schweiz in der europäischen Scheidungsstatistik. Die Schweiz weist gegenüber den andern europäischen Staaten relativ hohe Scheidungsziffern auf. In den Vorkriegsjahren marschierte sie an der Spitze mit 24,2 Scheidungen auf 10,000 bestehende Ehen, während z. B. Frankreich 11,5, Schweden nur 6,8, Norwegen 6,1, England gar nur 1,0 Scheidungen auf 10,000 bestehende Ehen aufwiesen. In den Nachkriegsjahren hat sich dann das Verhältnis sehr zu gunsten der Schweiz verschoben. Die durchschnittliche absolute Zahl der Scheidungen in den Jahren 1906—1915 betrug in der Schweiz 1513, in den Jahren 1919—1921 stieg sie auf 2066 an, während die absoluten Zahlen einer Reihe anderer Länder aus den Jahren 1919—1921 eine viel stärker wachsende Intensität der Scheidungskonjunktur erkennen lassen. So stieg in Deutschland die Zahl der Scheidungen von 15,422 im Durchschnitt der Jahre 1906—1915 auf 32,590 im Durchschnitt der Jahre 1919—1921, in Dänemark von 751 auf 1297, in England von 646 auf 2755, in Schottland von 230 auf 628 und in Frankreich von 9635 auf 30,793. Gleichwohl ist die Scheidungsziffer der Schweiz im Verhältnis zu derjenigen anderer Staaten (mit Ausnahme von Frankreich) noch recht hoch geblieben. Es wäre nicht ganz eicht, die Ursachen dieser sonderbaren Erscheinung eindeutig zu ergründen. Sie liegen in konfessionellen, sozialen und wirtschaftlichen Verhältnissen begründet, zum Teil in der formellen und materiellen Gestaltung des Ehescheidungsrechts. Doch weist das Scheidungsrecht des ZGB keine derartigen Verschiedenheiten von den Scheidungsrechten anderer europäischer Länder auf, dass daraus zur Hauptsache die exzeptionelle Stellung der Schweiz in

*) Aus „Ehe, Geburt und Tod in der schweizerischen Bevölkerung während der Jahre 1901—1920", schweizerische statistische Mitteilungen, herausgegeben vom eidg. statistischen Bureau, X. Jahrgang, 1928, 4. Heft.

der Scheidungsstatistik der europäischen Länder abgeleitet werden könnte.

II. Räumliche Unterschiede der Scheidungshäufigkeit. Die relative Häufigkeit der Ehescheidungen in der Schweiz weist sehr grosse räumliche Unterschiede auf. Der Grund hiefür liegt in der Verschiedenheit der konfessionellen und wirtschaftlichen Gliederung der zum Vergleich herangezogenen Gebiete. So können wir hohe Scheidungsquoten in städtisch-industriellen und protestantischen Gebieten, niedere in den mehrheitlich katholischen Kantonen und in den ländlichen Gebieten feststellen. Die Städte zeigen in den Jahren 1911—1920 beinahe die fünffache Scheidungshäufigkeit der übrigen Schweiz. In diesen Jahren wurden in den Städten (wozu alle Orte mit über 10,000 Einwohnern zählen) auf 1000 Ehen 5,88 geschieden, auf dem Lande nur 1,25. In demselben Zeitraum lieferten die Städte 65,2% der Gesamtzahl der Scheidungen.

III. Katholizismus und Scheidungsquote. Der Glaube an die sakramentale Natur der Ehe ist in katholischen Ländern noch sehr stark, und keine weltliche bürgerliche Gesetzgebung hat ihn zu erschüttern und die Scheidungsziffern erheblich in die Höhe zu treiben vermocht in den Gegenden, in welchen die Kirche und ihre Lehre noch herrschen. Es gibt katholische Kantone in der innern Schweiz, wo oft während Jahren nicht eine einzige Scheidung ausgesprochen wird. So in den Kantonen Uri und Unterwalden. Die Ehescheidungsquoten der katholischen Kantone, mit Ausnahme von Luzern, Appenzell I.-Rh. und Zug, welch letztere ebenfalls absolut und relativ niedrige Ziffern aufweisen, sind gegenüber den Quoten der mehrheitlich protestantisch und gemischt konfessionellen Kantone ausserordentlich niedrig und durch alle die Jahre hindurch, soweit eine zuverlässige Scheidungsstatistik dies feststellen lässt, seit 1876, ziemlich konstant geblieben. Eine leichte Erhöhung der Scheidungszahl ist seit 1911 immer-

hin auch in einzelnen katholischen Kantonen mit teilweise städtischer Bevölkerung unverkennbar, so in Luzern, Freiburg und im Tessin. In den Städten, namentlich in den Industriestädten (auch die Fremdenindustrie gehört hieher) beginnt der Glaube an die sakramentale Natur der Ehe zuerst zu wanken, und damit wird auch der Wille und die Energie zur Aufrechterhaltung der ehelichen Verbindung um jeden Preis geschwächt.

IV. Die Scheidungsstatistik des ZEG. Es ist nicht festgestellt, welchen Einfluss das Inkrafttreten des ZEG auf die Häufigkeit der Ehescheidung in der Schweiz und in den einzelnen Kantonen ausübte, weil vor 1876 die Scheidungen nicht statistisch aufgenommen und verarbeitet wurden. In den ersten 80er Jahren des vorigen Jahrhunderts ging die Zahl der Scheidungen gegenüber den Jahren 1876—1880 erheblich zurück. Diese Erscheinung dürfte darauf zurückzuführen sein, dass das ZEB in einigen Kantonen die Scheidung als neues Rechtsinstitut einführte, in einigen andern sie erleichterte. So kam es wohl, dass eine Reihe von Ehen, die unter dem alten kantonalen Privatrecht nicht geschieden werden konnten, aber innerlich vielleicht schon lange zerrüttet und gelöst waren, in den ersten Jahren der Herrschaft des ZEG zur Scheidung gelangten. Als dann diese morschen Ehen geschieden waren, trat natürlich eine Abnahme der Ehescheidungen ein. Vom Jahre 1890 an stieg die Zahl der Scheidungen wieder von 877 auf 1206 im Jahre 1905. Diese Erhöhung ist zum Teil zurückzuführen auf die grössere Zahl der Heiraten. Eine starke Erhöhung des Durchschnitts ist in den Jahren nach 1905 festzustellen. Von durchschnittlich 1152 Scheidungen in den Jahren 1901—1905 oder 20,5 Scheidungen auf 10,000 Ehen in diesem Zeitraum stieg die durchschnittliche Zahl auf 1490 in den Jahren 1906—1910 oder 24,7 Scheidungen auf 10,000 bestehende Ehen. Diese Erscheinung, eine sprunghafte Erhöhung der absoluten Zahl der Ehescheidungen und der Scheidungshäufigkeit ist auf das Inkraft-

treten des Haager-Abkommens vom 15. September 1905 zur Regelung des Geltungsbereichs der Gesetze und der Gerichtsbarkeit auf dem Gebiete der Ehescheidung und der Trennung von Tisch und Bett zurückzuführen. Auf Grund dieses Abkommens konnten die den Vertragsstaaten angehörenden Ausländer, die in der Schweiz Wohnsitz hatten, bei den schweizerischen Gerichten Klage auf Scheidung ihrer Ehe anheben, vorausgesetzt, dass ihr Heimatstaat die Ehescheidung kannte. Da Italien und Österreich die Scheidung in ihrer Gesetzgebung nicht kennen, teilten sich Deutschland und Frankreich bis auf einen kleinen Rest in die nunmehr erfolgten Ehescheidungen von Ausländern. Während im Jahre 1905 nur 6 Ausländer in der Schweiz geschieden wurden, stieg die Zahl im Jahre 1906 auf 133, bis zum Jahre 1913 auf 252, um dann während der Kriegsjahre stark zu sinken, bis auf 117 im Jahre 1916. Im Jahre 1920 wurde mit 264 Ausländerscheidungen das vorkriegszeitliche Maximum schon wieder überschritten.

V. Die Scheidungsstatistik des ZGB. Mit der Einführung des ZGB glaubte man eine gewisse Erschwerung der Scheidung herbeigeführt zu haben, obwohl das neue Recht keine grundsätzlichen Umwälzungen gebracht hatte. Allein die absoluten Scheidungszahlen und die Scheidungskoeffizienten sind seit 1912 nach einem merklichen Rückgang in den ersten Kriegsjahren bis und mit 1916 (Rückgang der Ausländerscheidungen), wenn auch nicht regelmässig und unstet, fortwährend gestiegen. Die Scheidungsquote, mag sie auf die bestehenden Ehen oder die Zahl der jährlichen Trauungen bezogen werden, ist von 1876—1920 um 30—40% gestiegen. Die absolute Zahl der Scheidungen hat sich von 1876—1927 ungefähr um das 2½fache vermehrt, während die Zahl der Ehen im gleichen Zeitraum sich nur etwa um das 1½fache erhöhte. Im Jahre 1912 kamen auf 640,000 bestehende Ehen 1514 Scheidungen, auf 10,000 Ehen 23 Scheidungen, im Jahre 1920 auf 668,000 bestehende Ehen 2241 Schei-

dungen, auf 10,000 Ehen deren 31,0. Im Jahre 1927 wurden 2500 Ehen geschieden. Trotz etwelcher Rückschläge von einem Jahre auf das andere stiegen die absoluten Scheidungszahlen und die Scheidungsquoten seit 1912 fortwährend.

VI. Statistik der Scheidungsgründe. Diese gibt kein zuverlässiges Bild über das zahlenmässige Verhältnis der einzelnen Scheidungsgründe zur Gesamtzahl der Scheidungen. Denn in zahlreichen Fällen und immer mehr ist die Auswahl des rechtlichen Scheidungsgrundes das Ergebnis der Verabredung zwischen den Parteien, und die Wirkungen dieser Abmachungen sind wieder von der Praxis der Gerichte abhängig. In den Jahren 1911 bis 1920 fielen $^2/_3$ (64,3%) aller Scheidungen auf den allgemeinen Scheidungsgrund der tiefen Zerrüttung. In den Jaren 1921—1927 ist das Verhältnis auf 75% gestiegen. In den Jahren 1901—1910 entfielen nur 61,3% der Scheidungen auf den Scheidungsgrund der tiefen Zerrüttung. Während im Dezennium 1901—1910 die Scheidungen wegen Nachstellung nach dem Leben, Misshandlung, Ehrenkränkung 20,8% aller Scheidungen ausmachten, fiel diese Zahl auf 10,5% im Durchschnitt der Jahre 1919—1921 und auf 6,5% in den Jahren 1922—1927. Die Scheidungen wegen Ehebruchs sind von einem Durchschnitt von 9,5% in den Jahren 1901 bis 1910 auf 11,8% in den Jahren 1919—1921, auf rund 12½% in den Jahren 1922—1927 gestiegen. Wegen Verlassung wurde in den Jahren 1901—1910 im Durchschnitt 3,6% geschieden, 1911—1920 nur 2,7%, und in den Jahren 1921—1927 fiel der Durchschnitt der Scheidungszahl aus diesem Grunde auf 1,25%. Die Scheidungen wegen Geisteskrankheit haben der Scheidungsquote nach seit 1900 immer etwas zugenommen. In den Jahren 1901—1910 betrug der Durchschnitt 1,7%, in den Jahren 1911—1920 1,8%, in den Jahren 1921—1927 etwas über 2%. — An dieser Stelle mag noch eine Tatsache besondere Erwähnung finden. Sowohl die katholi-

schen als auch die westschweizerischen Kantone mit vorwiegend protestantischer Bevölkerung wie Genf, Waadt und Neuenburg zeigen eine relativ hohe Prozentquote der besondern Scheidungsgründe, während in den deutschschweizerischen protestantischen Kantonen der allgemeine Scheidungsgrund prozentual weit überwiegt. Diese Erscheinung erklärt sich wohl durch das Fehlen eines generellen Scheidungs- bezw. Trennungsgrundes im französischen und kanonischen Recht, deren Einfluss auf die Rechtsüberzeugung des Volkes und die Rechtsprechung bis heute noch fortwirken.

Der statistische Exkurs wäre nicht vollständig, wenn wir nicht noch des Umstandes Erwähnung täten, dass die konfessionellen Mischehen die höchsten Scheidungsziffern liefern. Wir begnügen uns mit dem Hinweis auf ein Beispiel aus den diesbezüglichen statistischen Aufstellungen. In den Jahren 1908—1912 entfallen auf 10,000 Ehen 27 Scheidungen von Ehen, bei welchen beide Teile protestantisch sind, 65,7 auf Ehen, bei welchen der Mann protestantisch, die Frau katholisch ist, 70,8 Scheidungen auf Ehen, bei welchen der Mann katholisch, die Frau protestantisch ist. Nur 13,3 Scheidungen von 10,000 Ehen sind solche beiderseits katholischer Eheleute.

VII. Die Scheidungsklagen weisen von Dezennium zu Dezennium einen wachsenden Erfolg auf. Von 1000 Scheidungsklagen wurden in den Jahren 1881—1890 durchschnittlich 812 gutgeheissen, in den Jahren 1911 bis 1920 wurden auf die gleiche Zahl Klagen im Durchschnitt 904 geschützt. Dabei zeigen sich die obern Instanzen noch scheidungsfreundlicher als die untern. Das Ergebnis der Berufungen zeigt sich in vermehrtem Klageschutz; es werden mehr Klageabweisungen und Trennungen erster Instanzen in Scheidungen umgewandelt als umgekehrt klageschützende Entscheide der untern Gerichte aufgehoben. Der Zuwachs an Ehescheidungen infolge der Anfechtung erstinstanzlicher Urteile ist ganz beträchtlich;

er beträgt 227 in den Jahren 1911—1920. Im übrigen ist der Einfluss der obern kantonalen Instanzen und des Bundesgerichts auf die absolute Zahl der Scheidungen von recht untergeordneter Bedeutung. Denn es werden verhältnismässig wenig Urteile in Ehescheidungssachen weitergezogen. Von 100 Urteilen erster Instanz kamen in den Jahren 1881—1900 durchschnittlich nur 6 an die obere kantonale Instanz und nur 1 an das Bundesgericht. Dieses Verhältnis hat sich in den Jahren 1900—1920 nicht geändert.

Dass der Richter als Organ eines Staates, der den Schutz der Ehe und eine möglichst starke Beschränkung der Ehescheidungen will, in einer im Verhältnis zur Anzahl aller angehobenen Scheidungsbegehren ausserordentlich hohen Zahl von Fällen dem Willen der auf Lösung der Ehe klagenden Parteien entspricht, erscheint unlogisch und staatszweckwidrig. Es geht aber nicht nur im allgemeinen bei der Rechtsprechung menschlich zu, sondern ganz besonders in Ehescheidungssachen. Der Mensch mit seinen materiellen und seelischen Nöten steht dem Richter näher als das Institut der Ehe und die bald wahren, bald scheinbaren und falsch verstandenen Interessen des Staats. Der Richter hat das Bedürfnis, dem in unglücklicher Ehe lebenden Gatten Hilfe zu gewähren, selbst mit milder Anwendung des Gesetzes, den unschuldigen Kläger zu schützen gegen den schuldhaften Beklagten und diesen zu verurteilen. Es ist in den psychologischen Gesetzen begründet, dass der Richter als Mensch mit seelischen Regungen immer geneigt sein wird, die Ehescheidung zu erleichtern. Gegen Härten und Unbilligkeiten eines strengen Ehescheidungsrechts hilft oft das in Ehescheidungssachen weitgehende freie richterliche Ermessen.

Dass die Schweiz eine verhältnismässig hohe Scheidungsziffer aufweist, ist nicht ein Zeichen des Verfalls und beweist nichts gegen die Moral unseres Volkes im allgemeinen und die eheliche Gesinnung im besondern.

Die Häufigkeit der Scheidungen kann ebensosehr als Beweis für ein verfeinertes sittliches Empfinden und für gesteigerte Anforderungen an Gehalt und Zweck der Ehe gelten. Ob die Ehe untrennbar sei oder nicht, ob leichter oder schwerer trennbar, macht sie nicht um das geringste glücklicher oder besser. In Ländern, in welchen das Recht die Ehescheidung versagt, ist die Zahl aller unglücklichen Ehen relativ grösser als da, wo die Scheidungsmöglichkeit besteht. Der sittliche Durchschnitt der Ehen ist darum, wenigstens theoretisch gesprochen, in Ländern ohne Scheidung tiefer. Wir hören denn auch, dass in Ländern mit untrennbaren Ehen am allerwenigsten bessere sittliche Zustände herrschen. Hier ist wohl die Form der Ehe bestens gewahrt; aber deswegen gedeiht die allgemeine Sittlichkeit keineswegs besser. Vielmehr führt die Unlösbarkeit der Ehe ausserordentlich häufig zu Ehebruch und Konkubinat. Aber das kümmert die unentwegten Verteidiger der Untrennbarkeit wenig. Ihnen ist es nur darum zu tun, dass um eines Prinzips oder eines Lehrsatzes willen die Ehe nicht oder nur unter sehr erschwerten Bedingungen geschieden werde. Die Zahl der unglücklichen, unsittlichen und skandalösen Ehen berührt sie nicht. Davon sagen sie nichts. Eine grosse Zahl der Scheidungen beweist, dass viele Ehen zerrüttet sind. „Aber dass derartige Ehen geschieden werden, ist durchaus nicht zu bedauern. Nicht die Scheidungen sind der öffentlichen Moral gefährlich, sondern unsittlich und der öffentlichen Moral gefährlich ist das zwangsweise Aufrechterhalten von Ehen, die vollständig zerrüttet sind und bei denen jede ethische und natürliche Voraussetzung für eine Ehe abhanden gekommen ist. Es ist deshalb falsch, das Ehescheidungswesen zu erschweren" (Ständerat Scherrer, aus den Beratungen des ZGB im Ständerat). Wir müssen einer allzugrossen Leichtigkeit der Ehescheidungen entgegentreten. Ist die Ehe aber aus irgendwelchen Gründen tief zerrüttet, dann ist deren Aufrechterhaltung unsittlich. Der Staat hat kein Interesse daran, unsittliche und laster-

hafte Zustände aufrechtzuerhalten. Nur eine gute Ehe ist dem Staate von Nutzen. Darum soll er die Möglichkeit geben, dass zerrüttete Ehen aufgelöst werden. Die Scheidungsbefugnis in richtigen Grenzen ist für den Staat und das Wohl des Volkes nicht ein Übel, vielmehr ein Segen.

THESEN.

Die Ehe ist eine menschliche Einrichtung und als solche mit menschlichen Mängeln und Schwächen behaftet, die zu ertragen über ein gewisses Mass hinaus einem Ehegatten nicht zugemutet werden darf.

Die Ehe ist dann zu scheiden, wenn ihr Zweck als eine Verbindung zwischen Mann und Weib zu geschlechtlicher, wirtschaftlicher und geistiger Gemeinschaft vereitelt und voraussichtlich nicht mehr erreichbar ist.

Wenn auch die Ehe kein gewöhnliches, den Regeln über das Erlöschen der Obligation unterstehendes Vertragsverhältnis ist, so muss der Richter sich doch eingedenk bleiben, dass sie eine freiwillig eingegangene Verbindung ist, zu deren Aufrechterhaltung um jeden Preis die Ehegatten gegen ihren Willen nicht gezwungen werden sollen, wenn die Verbindung dem Wesen der Ehe nicht mehr entspricht und deren Zwecke nicht mehr erreicht werden können.

Die Rechtsprechung in Ehescheidungssachen muss sich ausschliesslich von den wahren Bedürfnissen und Notwendigkeiten des Lebens leiten lassen. Die Ehescheidungsgesetzgebung darf nicht zum Werkzeug und Mittel zur Erreichung eines nicht erreichbaren Vollkommenheitsideals gemacht werden. Das Urteil in Ehescheidungssachen soll unbeeinflusst von Kirche und Dogma einzig darauf abstellen, ob die Ehe tief zerrüttet und deren Fortsetzung als mit dem Wesen und Zweck derselben nicht vereinbar den Ehegatten nicht zuzumuten sei. Gesetzgebung und Rechtsprechung sind ausschliesslich nach rechtlichen und staatspolitischen Gesichtspunkten zu ordnen und zu handhaben.

Auf das Verschulden an der Zerrüttung soll beim Entscheid über die Hauptsache, sofern der unschuldige Teil nicht ausdrücklich und nachdrücklich auf der Ehe besteht, nicht abgestellt werden. Denn die Ehe soll nicht eine Strafanstalt zur Sühne für eheliche Verfehlungen sein.

Der Richter soll sich bewusst sein, dass der Staat leichtsinnige Eheschliessungen nicht verhindert. Der Staat duldet, dass Leute die Ehe eingehen, welchen das Bewusstsein von der Bedeutung und dem Wesen der Ehe fehlt und die ihrer Charakterveranlagung und geistiger und körperlicher Mängel wegen zur Ehe nicht taugen.

Der Richter soll sich bewusst sein, dass der Staat kein Interesse an der Aufrechterhaltung von nachweislich verfehlten und in ihrem innern Wesen zerrütteten Ehen hat.

Die Scheidungsklage ist auch dann begründet, wenn eine die tiefe Zerrüttung bewirkende Ursache erst während des Scheidungsprozesses eingetreten ist und der vorher zur Klagebegründung vorgebrachte Tatbestand ein Recht auf Ehescheidung nicht zu geben vermocht hätte.

Bei der Geisteskrankheit als Scheidungsgrund kommt es nicht auf die Art und den Grad der Krankheit an; auch eine leichte Form der Geisteskrankheit berechtigt zur Ehescheidung, wenn sich diese in Formen äussert, welche ein gedeihliches und erträgliches Zusammenleben ausschliessen.

Die dreijährige Frist des Art. 141 beginnt nicht erst dann, wenn die Geisteskrankheit schon einen Grad erreicht hat, bei welchem dem andern Ehegatten die Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft nicht zugemutet werden kann. Es genügt, dass die Krankheit bei der Urteilsfällung drei Jahre gedauert hat und dass sie als unheilbar erklärt ist.

Unverschuldete, mit hoher Wahrscheinlichkeit unheilbare körperliche Krankheit bildet nur dann einen Scheidungsgrund, wenn deren Folgeerscheinungen das Wesen der Ehe derart vernichten, dass deren Fortsetzung dem gesunden oder kranken Ehegatten nicht mehr zugemutet werden kann.

Die Praxis, gemäss welcher das Scheidungsbegehren des an der tiefen Zerrüttung überwiegend schuldigen Teils zuzusprechen ist, wenn nur der unschuldige oder weniger schuldige Beklagte sich der Scheidung nicht widersetzt oder in diese, ohne ein förmliches Scheidungsbegehren gestellt zu haben, einwilligt, ist zu billigen.

Die Scheidung einer unheilbar zerrütteten Ehe darf nicht aus ökonomischen Gründen zugunsten des an der Zerrüttung mitschuldigen beklagten Ehegatten durch Erkennung auf Trennung erschwert oder durch Abweisung der Scheidungsklage verhindert werden. Das Fehlen der Voraussetzungen eines gedeihlichen Zusammenlebens soll nicht durch Erwägungen finanzieller Natur ersetzt werden. Eine solche Rechtsprechung steht nicht im Einklang mit der ethischen Auffassung der Ehe als einer sittlichen, vorwiegend auf der geistigen und seelischen Gemeinschaft der Ehegatten beruhenden Einrichtung.

Die Trennung ist ein Institut von sehr zweifelhaftem Wert. Es soll auf sie nur erkannt werden, wenn nicht auf Scheidung angetragen oder wenn sehr begründete Aussicht auf Wiedervereinigung vorhanden ist. So wenn beide Parteien von der Trennung eine heilende Wirkung erwarten, den Willen zur Aussöhnung erkennen lassen und diese noch für möglich halten.

Die Strafwartefrist soll nur in den Fällen schweren Verschuldens auferlegt werden.

Eine Aufhebung oder Herabsetzung der nach Art. 152 ZGB dem schuldlosen Ehegatten zugesprochenen Rente soll nur aus zwingenden Gründen erfolgen, nicht schon bei geringfügigen oder vorübergehenden Schwankungen in den Vermögensverhältnissen der Parteien. Nur wenn eine dauernde Veränderung vorausgesehen werden kann, soll dem Begehren stattgegeben werden.

Dagegen ist eine zeitweilige Sistierung der Rente zulässig bei nur vorübergehendem Wegfall der Bedürftigkeit oder erheblicher Abnahme derselben. So bei Remissionen in Fällen von Geisteskrankheit oder Verbüssung einer längern Freiheitsstrafe.

Eine Revision des Kinderzuteilungsdispositivs darf nur bei Vorliegen erheblicher und gewichtiger Gründe stattfinden. Die in den Verhältnissen eingetretene Änderung muss eine andere Entscheidung zwingend erfordern.

Der Richter ist zur Abänderung des Scheidungsurteils bezüglich der Nebenfolgen der Scheidung ausschliesslich zuständig. Eine Kompetenzausscheidung zwischen Richter und Vormundschaftsbehörde in dem Sinne, dass letztere zu Massnahmen betreffend die Gestaltung der Elternrechte zuständig sei, wenn diese nur nicht die Entziehung oder Übertragung der elterlichen Gewalt zum Gegenstand haben, findet im Gesetze keine Stütze. Es besteht aber ein praktisches Bedürfnis, der Vormundschaftsbehörde für die Gestaltung der Elternrechte nach der Scheidung gewisse Kompetenzen und eine dem Richter gegenüber unabhängigere Stellung einzuräumen. Die Kompetenzausscheidung nach einer Einteilung in notwendige und nichtnotwendige Folgen der Scheidung schafft aber keine klaren Verhältnisse und führt zu zahllosen Kompetenzkonflikten.

Der Gerichtsstand der Abänderung eines Scheidungsurteils bestimmt sich nach dem Wohnsitz der beklagten Partei. Es handelt sich nicht um die Wiederaufnahme des frühern Prozesses im prozessrechtlichen Sinne, sondern um ein neues Verfahren, bei dem zwar die Parteien, nicht aber die geltend gemachten Ansprüche identisch sind.

Im internationalen Verhältnis gilt diese Gerichtsstandsregel nicht. Für Klagen auf Abänderung eines Scheidungs- oder Trennungsurteils gegen einen im Ausland wohnenden Beklagten ist der Richter des schweizerischen Wohnsitzes der klagenden Partei zuständig.

Der Richter ist an die Klagebegehren der Parteien gebunden. Er darf die Scheidung nur aus einem von den Parteien prinzipaliter oder eventuell angerufenen Scheidungsgrunde aussprechen. Die Offizialmaxime im Ehescheidungsprozess erstreckt sich ausschliesslich auf die richterliche Feststellung des von den Parteien nach den Grundsätzen der Verhandlungsmaxime vorgelegten tatsächlichen Prozessstoffes, auf die Erzielung materieller Wahrheit. Es besteht kein öffentliches Interesse, die Parteien von der freien Disposition über den gesetzlichen Scheidungsgrund auszuschliessen.

Es soll das Ziel der Rechtsprechung in Ehescheidungssachen sein: Die Ehe ist dann zu scheiden, wenn ein wichtiger Grund dafür vorliegt. Dieses Ziel kann mit der bestehenden Gesetzgebung unter Anwendung der Begriffe und Methoden des richtigen Rechts erreicht werden.