

Auch abgesehen davon geht es nicht an, die Elternrechte anders als gemäss den jetzt und auf absehbare Zukunft gegebenen Verhältnissen zu gestalten, lediglich weil sich die Dinge früher oder später so entwickeln können, dass dann die Zuweisung der Elterngewalt an die Mutter gerechtfertigt sein mag. Vielmehr ist auf die gegenwärtigen Verhältnisse abzustellen, was zur Zuweisung des Kindes an den Vater führen muss. Sollte später eine Änderung eintreten, wie die Mutter sie in Aussicht stellen zu können glaubt, so steht ihr die Änderungsklage nach Art. 157 ZGB offen. In diesem Sinne ist der heutige Entscheid ohnehin ein vorläufiger, der die Zuweisung des Kindes nicht ein- für allemal bis zur Mündigkeit festlegt. Daher liegt keine Veranlassung vor, zum vornherein auf eine Zukunftserwartung abzustellen, über deren Verwirklichung Ungewissheit herrscht. Freilich hat die Vorinstanz dem Kläger das Recht vorbehalten, seinerseits auf Änderung, im Sinne der Zuweisung an ihn, zu klagen, wenn die Mutter während des laufenden und eines folgenden Schuljahres jene Bedingungen nicht zu erfüllen vermöchte. Allein es kann nicht gebilligt werden, einen Änderungsprozess gerade für den Fall vorzusehen, dass die Verhältnisse gleich bleiben, statt die Elterngewalt der heutigen Sachlage entsprechend zu ordnen, wobei es dann bleiben kann, sofern und solange keine oder keine so wesentliche Änderung eintritt, dass sich eine Neugestaltung der Elternrechte im Interesse des Kindes wirklich empfiehlt.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird gutgeheissen, das Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 7. Juli 1939 aufgehoben und das Urteil des Zivilgerichts vom 7. März 1939 wiederhergestellt.

26. Urteil der II. Zivilabteilung vom 9. November 1939
i. S. Frick gegen Stadt Zürich.

Nichtigkeit einer Ehe, die unter Ablehnung einer Lebensgemeinschaft geschlossen wurde, nur um der Frau das Schweizerbürgerrecht des Mannes zu verschaffen (« Scheinehe »). Art. 2 ZGB.

— Klagerecht gemäss Art. 121-122 ZGB.

— Die böse Absicht ersetzt den bösen Glauben im Sinne von Art. 134 ZGB.

— Ausschliessliche Anwendbarkeit des schweizerischen Rechtes, auch wenn die Trauung im Auslande vorgenommen wurde, abweichend von Art. 7 lit. f. al. 2 NAG.

(Aenderung der durch BGE 48 II 182 begründeten Rechtsprechung.)

Nullité du mariage conclu avec l'intention de ne pas créer de communauté conjugale et à seule fin de procurer à la femme la nationalité du mari (mariage fictif). Art. 2 CC.

— Qualité pour former la demande en nullité conformément aux art. 121 s. CC.

— L'intention dolosive emporte les effets de la mauvaise foi prévue à l'art. 134 CC.

— Malgré l'art. 7 lit. f al. 2 LRDC, le droit suisse est seul applicable lorsque le mariage a été célébré à l'étranger.

(Changement de jurisprudence : cf. ATF 48 II 182.)

Nullità del matrimonio concluso con l'intenzione di non creare la comunione coniugale, ma unicamente di procurare alla moglie la nazionalità del marito (matrimonio fittizio). Art. 2 CC.

— Qualità per presentare la domanda di nullità a'sensi degli art. 121 e seg. CC.

— L'intenzione dolosa porta seco gli effetti della cattiva fede, di cui all'art. 134 CC.

— Nonostante l'art. 7, lett. f, cp. 2 della legge federale sui rapporti di diritto civile dei domiciliati e dei dimoranti, il diritto svizzero è il solo applicabile allorchè il matrimonio è stato celebrato all'estero.

(Cambiamento di giurisprudenza : cf. RU 48 II 182.)

A. — Der in Zürich niedergelassene Kaufmann Fritz Weber, Bürger von Zug, fand sich bereit, mit der in der Schweiz aufgewachsenen, dann aber wegen unseriöser Lebensführung ausgewiesenen und im November 1935 ausgeschafften Ottilie Frick von Konstanz die Ehe einzugehen, um ihr so zum Erwerb des Schweizerbürgerrechts zu verhelfen, jedoch unter Ablehnung einer wirklichen Ehegemeinschaft, gemäss folgender

« Abmachung.

1. Die Unterzeichneten Otilie Frick, Konstanz Raueneckgasse 8 und Fritz Weber, Kaufmann in Zürich 8 haben unter sich folgende Vereinbarung getroffen.

Fritz Weber hat sich entschlossen mit Fräulein Frick eine Heirat einzugehen, unter nachstehender Abmachung.

Fräulein Frick entschädigt Fritz Weber mit Fr. 1000 schreibe franken tausend.

Der Betrag muss folgender Weise bezahlt werden Fr. 700.— schreibe siebenhundert 2 Tage vor der Heirat, die Restlichen 300 Fr. am Tage der Scheidung.

Die Scheidung kann gegenseitig innert einem Jahr stattfinden wo Fr. Frick und Weber gegenseitig einverstanden sind.

Beide Ehegatten Leben vom 1 Tag an getrennt und jedes hat seinen freien Gang.

Fritz Weber übernimmt keine Schulden von seiner Ehegattin, sowie auch Fräulein Frick keine von Weber.

Sämtliche Unkosten an der Heirat und Scheidung übernimmt Fr. Frick. Der Gerichtsstand ist Zürich.

Beide sind mit dieser Abmachung einverstanden.

Der Ehegatte.

Die Ehegattin.

(gez.) Fritz Weber.

(gez.) Otilie Frick.

Zürich und Konstanz, den 8. Feb. 1936. »

B. — Die Trauung fand am 26. Februar 1936 in Konstanz statt. Hierauf zog die Ehefrau nach Zürich, wo sie sich getrennt von dem an der Zollikerstrasse wohnenden Manne an der Mühlestrasse einmietete. Es wurde weder gemeinsamer Haushalt geführt noch jemals der Entschluss zur Aufnahme einer dauernden Lebensgemeinschaft gefasst. Vielmehr wurde die Ehe, die den von den Vertragspartnern gesetzten Zweck mit ihrem formalen Abschluss erfüllt hatte, am 21. Mai 1937 auf Klage des Mannes vom Bezirksgericht Zürich geschieden. Die gewesene Ehefrau glaubte

den mit der Eheschliessung einzig erstrebten Erwerb des Schweizerbürgerrechtes gesichert, da nach Art. 149 ZGB die geschiedene Frau ihren Personenstand und damit auch das kraft der Trauung nach Art. 54 der Bundesverfassung und Art. 161 des Zivilgesetzbuches erworbene Bürgerrecht des Mannes behält. Dieser hatte seinerseits die in der Abmachung vom 8. Februar 1936 aufgeführten Zahlungen erhalten, um deretwillen er zur Trauung Hand geboten hatte.

C. — Die Behörden der Stadt Zürich, die erst nach der Ausfällung des Scheidungsurteils von der erwähnten Abmachung Kenntnis erhielten, hoben gegen die gewesenen Ehegatten Klage an mit den Begehren, die Ehe sei ungültig und die Ehefrau als bösgläubig zu erklären. Die Bürgergemeinde Zug schloss sich der Klage als Neben-intervenientin an. Das Bezirksgericht Zürich hat die Klage am 26. April 1939 gutgeheissen. Die Berufung der gewesenen Ehefrau an das Obergericht des Kantons Zürich hatte keinen Erfolg. Sie zieht nun dessen Urteil vom 5. Juli 1939 an das Bundesgericht und hält am Antrag auf gänzliche Abweisung der Klage fest, wogegen die Klägerschaft auf Bestätigung des kantonalen Urteils anträgt.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. — Im Falle Hänigsen (BGE 48 II 182) hat das Bundesgericht ausgesprochen, eine Ehe könne nicht deshalb als ungültig erklärt werden, weil sie ohne Absicht, je die tatsächliche Lebensgemeinschaft aufzunehmen, zu dem blossen Zwecke abgeschlossen worden sei, der Ehefrau das schweizerische Bürgerrecht des Mannes zu verschaffen: eine Ehe könne nur aus den in Art. 120 ff. ZGB aufgeführten Gründen, nicht aber wegen Simulation oder gestützt auf Art. 20 OR oder Art. 2 ZGB oder wegen Gesetzesumgehung ungültig erklärt werden.

Nachdem solche Eheschliessungen zu dem erwähnten Zwecke immer häufiger vorgekommen waren, folgten

kantonale Gerichte in mehreren Fällen, die nicht zur Beurteilung durch das Bundesgericht gelangten (vgl. SJZ 35, 73 ff.), dem angeführten Präjudiz nicht mehr. Auch das Schrifttum hat dagegen Stellung genommen (vgl. SIEGWART, Die zweckwidrige Verwendung von Rechtsinstituten, Freiburg i/S. 1936; EGGER, Über Scheinehen, in der Festgabe für Fleiner, 1937, 85 ff.; RICHARD, Les mariages fictifs, in der Zeitschrift für Zivilstandswesen 1937, 207 ff.).

Unter diesem Umständen ist eine neue Prüfung der Frage angezeigt. Sie führt zu folgendem Ergebnis:

Ein Nichtigkeitsgrund im Sinne von Art. 120 ZGB liegt nicht vor. Die dort aufgezählten Nichtigkeitsgründe können auch nicht nach richterlichem Ermessen durch Anerkennung analoger Fälle ergänzt werden. Das Gesetz ordnet die Fälle von Eheunfähigkeit wie auch die Ehehindernisse. Daran anknüpfend, unterstellt Art. 120 bestimmte Tatbestände der Nichtigkeitsklage. Darüber kann der Richter grundsätzlich nicht hinausgehen.

Die Klage stützt sich indessen gar nicht auf einen eigentlichen Nichtigkeitsgrund, der den in Art. 120 aufgezählten als analoger Tatbestand beizufügen wäre. Sie ist vielmehr damit begründet worden, dass die Beklagten keinen ernstlichen Ehemillen gehabt, sondern den Akt der Trauung zu einem ehefremden, öffentliche Interessen verletzenden Zweck missbraucht hätten. Damit wird die Frage aufgeworfen, ob, ganz abgesehen von Art. 120, ein Eheabschluss unter Umständen wegen fehlerhaften Willens und unredlicher Absicht als nichtig angefochten werden könne, und zwar von dritter Seite, nicht etwa nur im Sinne von Art. 123 ff. von einem der Ehegatten selbst.

a) Die Annahme eines Scheingeschäftes wurde im eingangs erwähnten Falle Hänigsen mit der Begründung abgelehnt, die Absicht, eine Ehe einzugehen, sei unbestreitbar vorhanden und die Ehe als Mittel, der Frau das Schweizerbürgerrecht zu verschaffen, ernstlich gewollt gewesen. Eine neue Prüfung der Frage ergibt, dass diese

Betrachtungsweise allzu formal ist. Gewiss ist die Form bei einer solchen Eheschliessung gewollt; nicht gewollt aber ist die Herbeiführung des Rechtszustandes, zu dessen Herbeiführung das formale Rechtsgeschäft der Eheschliessung bestimmt ist. Gewollt ist nur eine begrifflich durchaus nicht notwendig mit der Ehe verbundene Nebenfolge: die Verschaffung des Bürgerrechtes des Mannes an die ihm angetraute Frau. Nicht gewollt dagegen ist die Folge, die mit der Ehe begrifflich notwendig verbunden ist und deren Wesen ausmacht: die Begründung einer dauernden, vollen Lebensgemeinschaft zwischen Mann und Frau. Nun ist gewiss richtig, dass die Vereinbarung, durch die der Eintritt dieser Folge ausgeschlossen wird, wirkungslos ist und kein Ehegatte sich mit Erfolg darauf berufen kann, um die Erfüllung der Pflichten abzulehnen, die sich aus der Ehe ergeben, wenn der andere Ehepartner die Erfüllung dieser Pflichten verlangt. Weil sich aber diese Pflichterfüllung nicht erzwingen liesse, kommt es praktisch auf das Nämliche heraus, wie wenn die Berufung auf den mangelnden Willen zur Ablehnung der Vertragserfüllung rechtlich möglich wäre. Die einzige Sanktion wäre die Scheidung wegen Verletzung der ehelichen Pflichten. Aber die Scheidung würde gerade den Zustand herbeiführen, den die Parteien wollten: die Aufhebung aller Pflichten aus dem Eheschluss mit Ausnahme der in rechtlich verpönter Weise herbeigeführten und allein gewollten Verschaffung des Schweizerbürgerrechtes an die Frau. Unter diesen Umständen kann der Nichtbeachtlichkeit eines Vorbehaltes beim Eheabschluss in der zu beantwortenden Frage keine entscheidende Bedeutung zukommen. Es ist daher wohl möglich, in einem solchen Falle von einer Simulation (im weitern Sinne des Wortes, dessen Inhalt umstritten ist) zu sprechen, wie es in der juristischen Wissenschaft tatsächlich geschieht (oben erwähntes Schrifttum).

b) Die Frage mag indessen als solche rein begrifflicher Natur für einmal dahingestellt bleiben; denn die Klage

ist auch im Falle ihrer Verneinung gutzuheissen und zwar in Anwendung von Art. 2 ZGB. Die Motive eines Eheabschlusses sind für dessen Rechtsgültigkeit allerdings ohne Bedeutung, sofern eine Ehe mit ihrem rechtlich notwendigen Inhalt wirklich gewollt ist. Insbesondere ist es weder rechtlich noch moralisch zu beanstanden, wenn eine Frau einen Mann heiratet, weil sie dessen Staatsangehörigkeit zu erwerben wünscht, sofern sie gewillt ist, eine wirkliche Lebensgemeinschaft mit ihm zu begründen. Rechtsmissbräuchlich aber ist es, wenn sie ohne solche Bereitschaft und mit dem Entschlusse, eine Ehegemeinschaft nie mit ihm aufzunehmen, sich einem Manne zu dem einzigen Zwecke antrauen lässt, sich auf diese Weise das Schweizerbürgerrecht zu erschleichen, das sie auf anderem Wege nicht erhalten würde. In einem solchen Falle liegt nicht nur ein Verstoss gegen die Bürgerrechtsordnung, sondern auch eine Verletzung des Ehrechtes vor; denn die Ehe ist um ihrer Hauptwirkungen willen rechtlich ausgestaltet und geschützt; es geht nicht an, eine Trauung unter Ablehnung des rechtlichen und sittlichen Gehaltes der Ehe vornehmen zu lassen, nur um der erwähnten Nebenwirkung teilhaftig zu werden, die ihrerseits ihre Rechtfertigung einzig in den Hauptwirkungen der Ehe findet. Hier hatten die Parteien des Eheabschlusses sogar zum voraus eine baldige Scheidung in Aussicht genommen, um die gegen ihren Willen durch die Trauung begründeten Hauptfolgen, die sie ablehnten, auch der Form nach sobald wie möglich wieder zu beseitigen; und so wurde dann auch tatsächlich vorgegangen.

Ein solches Handeln muss als offener Rechtsmissbrauch bezeichnet werden, der umsoweniger geduldet werden kann, als dabei nicht nur private Rechte, sondern öffentliche Interessen erster Ordnung in Frage stehen. Warum Art. 2 ZGB auf das in diesem Gesetzbuch geordnete Institut der Ehe nicht anwendbar sein sollte, ist nicht einzusehen. Die Persönlichkeitsrechte, zu denen die Ehefreiheit zu zählen ist, sind von den Schranken des

Art. 2 ZGB nicht ausgenommen. Es trifft überhaupt nicht zu, dass Rechtsmissbrauch bei Ausübung öffentlichrechtlicher Befugnisse belanglos sei. Je nach dem Inhalt einer Befugnis ist freilich auf die Interessenlage keine Rücksicht zu nehmen. So ist ein Prozess- oder Betreibungsverfahren auch dann durchzuführen, wenn der vom Kläger bzw. Gläubiger vermutlich erzielbare Erfolg viel geringer ist als der dem Belangten drohende Nachteil; ein Missverhältnis der Interessen steht der Geltendmachung des formellen Rechtsschutzanspruchs grundsätzlich nicht entgegen. Dagegen hat der Richter oder Vollstreckungsbeamte ein Verfahren nicht durchzuführen, das gar nicht um des Rechtsschutzes willen angehoben wurde; so, wenn die Parteien dem Richter einen erdichteten Anspruch zur Beurteilung unterbreiten, um sich die Handhabung des Prozessverfahrens vorführen zu lassen oder die Ansicht des Richters zur betreffenden Frage zu erfahren, oder wenn ein Betreibungsverfahren über eine anerkanntermassen nicht bestehende Forderung im beidseitigen Einverständnis angehoben wird, um den pfändenden Gläubiger oder einen Dritten auf dem Wege der Zwangsverwertung statt in den Formen eines privaten Verkaufsgeschäftes Eigentümer bestimmter Vermögensgegenstände werden zu lassen. Ebenso wie in solchen Fällen ein Missbrauch des Rechtsschutzanspruchs, liegt hier ein Missbrauch des Rechtes zur Ehe vor, indem es den Beteiligten nicht um die Ehe, sondern ausschliesslich um die Verschaffung eines Bürgerrechtes zu tun war. Mit der Ungültigerklärung dieser Ehe entgeht ihnen daher auch kein durch das Recht zur Ehe geschütztes Rechtsgut, sondern nur die mit dem Eheabschluss einzig erstrebte Frucht ihres missbräuchlichen Handelns. Andererseits besteht kein erhebliches Interesse der Allgemeinheit, eine solche Formehe um der blossen Sicherheit einmal bestehender Eintragungen willen als gültig bestehen zu lassen; viel wichtiger sind die ideellen und materiellen Interessen, die verlangen, dass der rechtliche Bestand dieser Ehe verneint werde.

Endlich lässt sich daran nicht festhalten, dass sich auf Art. 2 Abs. 2 ZGB keine Ungültigerklärung von Rechtsgeschäften und insbesondere von Eheschliessungen stützen lasse, sondern nur gegebenenfalls die Verweigerung der Ausübung oder Geltendmachung von aus solchen Geschäften entspringenden Rechten. Wie dargetan, verdient auch die missbräuchliche Ausübung von Persönlichkeitsrechten keinen Rechtsschutz. Daher kann der Staat sehr wohl die Vornahme einer Trauung verweigern, die nur um der Erschleichung eines Bürgerrechtes willen, gar nicht zur Begründung einer ehelichen Gemeinschaft, nachgesucht wird. Und wenn dieser Sachverhalt erst nachträglich bekannt wird, muss auch mit einer Klage auf Ungültigerklärung eingeschritten werden können.

2. — Es handelt sich um einen Nichtigkeitsanspruch, der wie die aus Art. 120 hervorgehenden Klageansprüche gemäss Art. 121 von Amtes wegen geltend zu machen ist. Das Klagerecht der als Kläger bzw. Intervenient auf Klägerseite aufgetretenen Gemeinwesen war nach Auflösung der Ehe der Beklagten überdies im Sinne von Art. 122 Abs. 1 ZGB gegeben. Es braucht daher nicht geprüft zu werden, ob die Klage aus diesem besondern Grunde nach Auflösung der Ehe überhaupt gemäss dieser letztern Bestimmung beschränkt sei. Sodann waren die Gerichte von Zürich als des Wohnsitzes des gewesenen Ehemannes (und übrigens auch der gewesenen Ehefrau) zuständig (BGE 60 II 4).

3. — Der ausländische Trauungsort ruft nicht etwa der Anwendung fremden Rechtes. Art. 7 f Abs. 2 NAG (Art. 59 ZGB/SchIT) erfasst diesen Fall nicht; er hat nur die in Art. 120 ff. ZGB vorgesehenen Fälle im Auge. Da eine Verletzung der öffentlichen Ordnung der Schweiz in Frage steht, kann dem Gesetzgeber nicht der Wille zugeschrieben werden, die Ungültigerklärung davon abhängig zu machen, dass sie auch nach dem Rechte des Trauungsortes gegeben sei.

Durch Staatsvertrag ist nichts Abweichendes vereinbart.

Es mag bemerkt werden, dass übrigens das Eherecht des Deutschen Reiches einen entsprechenden Schutz vor missbräuchlichem Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit durch Eheabschluss ausdrücklich vorsieht (Ehegesetz vom 6. Juli 1938, §§ 23 Abs. 1 und 86 Abs. 2).

4. — Die Ungültigkeit der Ehe ist in Anwendung von Art. 134 ZGB mit der Wirkung auszusprechen, dass die gewesene Ehefrau den mit dem Eheabschluss erworbenen Personenstand und damit auch das Bürgerrecht des Mannes verliert. Dem bösen Glauben, d. h. der Kenntnis eines unter Art. 120 fallenden Unfähigkeitsgrundes oder Hindernisses, steht in diesem Falle die böse Absicht, d. h. der Wille, die Trauung als leere Form zum Erwerb des Schweizerbürgerrechtes zu benutzen, gleich.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 5. Juli 1939 bestätigt.

27. Urteil der II. Zivilabteilung vom 14. Dezember 1939
i. S. Bühler gegen Stadtrat Luzern.

Entmündigung (Art. 369 ff.) und *Beiratschaft* (Art. 395 ZGB), qualitativer Unterschied:
Die mit der Vormundschaft verbundene persönliche Fürsorge kann nicht durch Beiratschaft gewährt werden.

Interdiction (art. 369 ff. CC) et *mise sous curatelle* (art. 395 CC), différence qualitative:
L'assistance personnelle que comporte l'interdiction ne peut être assurée par le moyen de la mise sous curatelle.

Interdizione (art. 369 e seg. CC) e *inabilitazione* (art. 395 CC), differenza qualitativa:
L'assistenza personale che comporta l'interdizione non può essere assicurata mediante l'inabilitazione.

Der im Jahre 1881 geborene Jakob Bühler, pensionierter Bauamtsarbeiter, mit dem sich die Vormundschaftsbehörde schon im Jahre 1926 wegen seines Trinkens hatte beschäf-