

und sie sich lediglich zur Unterhaltung oder geselligen Vereinigung dort aufhalten wollen.

3. — Der Vorwurf ungleicher Behandlung kann ebenfalls nicht zur Gutheissung der Beschwerde führen. Wenn die Freimaurerloge denselben Wirtschaftsbetrieb wie der Rekurrent hätte, so handelte es sich ihr gegenüber um eine unzulässige Begünstigung, die dem Rekurrenten nicht den Anspruch gäbe, gleich behandelt zu werden. Zudem hat die Regierung sich bereit erklärt, die Verhältnisse der Loge zu untersuchen, und es ist nicht zu bezweifeln, dass sie dieser gegenüber die gleichen Grundsätze wie dem Rekurrenten gegenüber zur Anwendung bringen wird. Dasselbe gilt grundsätzlich in Beziehung auf die Feldschützengesellschaft, abgesehen davon, dass der Rekurrent erst in der Replik, also eigentlich zu spät, geltend gemacht hat, diese habe einen ständigen Wirtschaftsbetrieb für ihre Mitglieder.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Der Rekurs wird im Sinne der Erwägungen abgewiesen.

V. GERICHTSSTAND

FOR

25. Urteil vom 29. Juni 1918

i. S. Freisteiner gegen Zürich und Tessin.

Negativer Gerichtsstandskonflikt. — Hat der Scheidungsrichter es unterlassen, ein Abkommen über die Nebenfolgen der Scheidung nach Art. 158 Ziff. 5 ZGB im Scheidungsurteil zu genehmigen, so ist er selbst von bundesrechtswegen zuständig, es nachträglich zu tun, und nicht der Richter des Wohnsitzes der im Genehmigungsverfahren beklagten Partei.

A. — Auf Antrag des Klägers Albert Kundert, damals in Chiasso wohnhaft, hat das Appellationsgericht des

Kantons Tessin, durch Urteil vom 13. April 1916, die zwischen den Eheleuten Kundert-Freisteiner bestehende Ehe geschieden. Im Prozesse hatte die Beklagte Frau Christina geb. Freisteiner verschiedene Begehren betreffend die ökonomischen Nebenfolgen der Scheidung geltend gemacht, über welche die Parteien am 27. Dezember 1915 (also noch während der Prozessverhandlungen) eine schriftliche Vereinbarung trafen. In einer ferneren Vereinbarung vom 6. März 1916 erklärten sie ihre vermögensrechtlichen Beziehungen geregelt zu haben und die darauf bezüglichen Prozessbegehren fallen zu lassen. Auf Grund dieser Erklärung sah das tessinische Appellationsgericht davon ab, über die Begehren betreffend die ökonomischen Nebenfolgen der Scheidung zu urteilen. Es unterliess es auch, der Vereinbarung vom 27. Dezember 1915 die richterliche Genehmigung zu erteilen, wie das in Art. 158 Ziff. 5 ZGB vorgeschrieben ist. Eine Eingabe vom 20. März 1917, womit Frau Freisteiner das Appellationsgericht des Kantons Tessin ersuchte, die gerichtliche Bestätigung der Vereinbarung vom 27. Dezember 1915 nachzuholen, wurde mit Urteil vom 28. April 1917 abschlägig beschieden, wesentlich aus folgenden Gründen: Das Scheidungsgericht habe die Genehmigung der Vereinbarung über die Nebenfolgen unterlassen, weil die Parteien, durch Erklärung vom 6. März 1916, auf die bezüglichen Begehren ausdrücklich verzichtet hätten. Das Urteil vom 13. April 1916 sei in Rechtskraft erwachsen: es gehe nicht an, das Verfahren neuerdings zu eröffnen. Das gestellte Begehren bilde vielmehr eine neue Klage, die gegen den Beklagten an seinem jetzigen Domizil (Zürich) anhängig zu machen sei und welche auch eine neue Prozessinstruktion bedinge.

B. — Die darauf von Frau Freisteiner in Zürich (wohin der Ehemann inzwischen sein Domizil verlegt hatte) am 20. September 1917 eingereichte Klage auf richterliche Genehmigung der Uebereinkunft vom 27. Dezember 1915 wurde von den Zürcher Gerichten (zweitinstanzlich durch

Urteil des Obergerichts Zürich vom 27. Februar 1918) ebenfalls abgewiesen, aus folgenden Gründen: Nach der Entstehungsgeschichte und dem Inhalte des Art. 158 Ziff. 5 ZGB seien die Verträge über die Nebenfolgen der Ehescheidung durch den Scheidungsrichter zu genehmigen. Dies gelte auch für den Fall, dass die Genehmigung erst nach Erlass des Scheidungsurteils verlangt werde. Habe der Scheidungsrichter die Genehmigung aus Versehen unterlassen, so müsse er sie nachholen. Dass für neue Begehren betreffend *Änderung* der Verfügungen des Scheidungsurteils über die Nebenfolgen, der Wohnsitzrichter der beklagten Partei zuständig sei (Art. 153 Abs. 2 ZGB), sei irrelevant.

C. — Mit staatsrechtlichem Rekurs vom 20. April 1918 bringt Frau Freisteiner den vorgenannten Gerichtsstandskonflikt vor das Bundesgericht. Sie vertritt in erster Linie die Auffassung — und dahin geht ihr Hauptbegehren —, die Zürcher Gerichte seien zur Behandlung ihrer Klage vom 20. September 1917 als zuständig zu erklären. Eventuell beantragt sie, es solle das Tessiner Appellationsgericht hiefür kompetent erklärt und demnach angewiesen werden, die Klage an Hand zu nehmen.

D. — In seiner Vernehmlassung vom 14. März 1918 trägt der Rekursbeklagte Kundert auf Abweisung des Rekurses an.

Das Obergericht von Zürich erklärt, sich zu keinen Bemerkungen veranlasst zu sehen. Das Appellationsgericht des Kantons Tessin schliesst auf Abweisung des Eventualbegehrens und Gutheissung des Hauptbegehrens.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. u. 2..... (formelle Fragen).

3. — In der Sache selbst fragt es sich, welcher Richter, ob derjenige der Scheidungsklage oder derjenige des Wohnortes der beklagten Partei, zuständig sei, eine Vereinbarung über die Nebenfolgen der Scheidung im Sinne des Art. 158 Ziff. 5 ZGB zu genehmigen, wenn dies im Scheidungs-

urteil selbst nicht geschehen ist. Das Gesetz lässt die Frage offen. Es sieht nur allgemein eine Genehmigung «durch den Richter» vor. Ueberwiegende Gründe sprechen zugunsten der ersten Lösung. Nach Art. 154 Abs. 3 ZGB fallen mit der Scheidung alle gegenseitigen Ansprüche der Ehegatten aus Erbrecht und Erbvertrag dahin. An deren Stelle muss daher eine andere Regelung treten, welche entweder durch den Richter gemäss Art. 151-153 ZGB vorzunehmen ist, oder aber durch die Parteien, auf Grund einer Vereinbarung (Art. 158 Ziff. 5 ZGB), die jedoch zu ihrer Rechtsgültigkeit der richterlichen Genehmigung bedarf. Sowohl die Ordnung der Nebenfolgen der Scheidung auf dem Wege des Richterspruches gemäss Art. 151 ff. ZGB, als die Bestätigung einer dahingehenden Vereinbarung, ist somit eine notwendige Konsequenz, ein integrierender Bestandteil des Scheidungsurteils selbst. Es folgt daraus einmal, dass hiefür nur der Richter des Scheidungsprozesses selbst zuständig sein kann, und sodann, dass ein Ehescheidungsurteil, in welchem der Richter es unterlassen hat, entweder selbst die Nebenfolgen der Scheidung zu ordnen oder die bezügliche Parteivereinbarung zu bestätigen, einen Mangel aufweist, der durch den Scheidungsrichter nachträglich gehoben werden muss. Zu diesem Schlusse führt auch folgende Erwägung: Die Genehmigung nach Art. 158 Ziff. 5 setzt naturgemäss eine Prüfung der Parteivereinbarung voraus, wobei der Richter zu untersuchen hat, ob sie den Verhältnissen angemessen sei und nicht mit zwingenden Vorschriften des Gesetzes im Widerspruch stehe. Diese Prüfung hat aber auf Grund der zur Zeit des Scheidungsprozesses bestehenden ökonomischen und persönlichen Verhältnisse der Ehegatten zu erfolgen. Daraus folgt wiederum, dass sie, wenn sie im Scheidungsprozesse selbst unterlassen wurde, durch denjenigen Richter, nachzuholen ist, welchem, auf Grund des Scheidungsverfahrens die Verhältnisse der Ehegatten, wie sie zur Zeit der Scheidung bestanden, bekannt sind.

Daran ändert im vorliegenden Falle der Umstand

nichts, dass die Parteien, im Hinblick auf die Vereinbarung vom 17. Dezember 1915, auf eine Beurteilung der *B e g e h r e n* betreffend die ökonomischen Nebenfolgen der Scheidung verzichtet haben. Auf die *A n s p r ü c h e s e l b s t*, die die Ehefrau in ihren Schlussfolgerungen geltend machte, hat sie niemals verzichtet und wenn sie sodann, gemeinsam mit dem Kläger, die Erklärung abgab, dass sie auf die Beurteilung der darauf bezüglichen *B e g e h r e n* verzichte, so geschah dies offenbar nur in der irrtümlichen Voraussetzung, dass die Parteivereinbarung vom 17. Dezember 1915 den Richterspruch in allen Teilen ersetze, mit andern Worten, dass sie auch ohne richterliche Genehmigung rechtsgültig sei. Unter solchen Umständen durfte der Scheidungsrichter, welchem die Parteivereinbarung bekannt war, sich nicht der Aufgabe entziehen, diese zu prüfen und eventuell zu bestätigen. Hat er dies im Urteile unterlassen, so muss er es nachholen, denn es geht nicht an, dass der Richter in seinem Entschiede, auf die aussergerichtliche Erledigung eines Streitpunktes abstellt, wenn er weiss oder wissen muss, dass sie ungültig ist. Hat aber der Tessiner Richter in Unkenntnis des Art. 158 ZGB gehandelt, so ist er in denselben Rechtsirrtum verfallen, wie die Parteien selbst, und dass dieser Irrtum nicht der Grund sein kann, weshalb seine ursprünglich gegebene Kompetenz nachträglich dahinfalle, leuchtet ohne weiteres ein.

Unter diesen Umständen, steht auch die Rechtskraft des Scheidungsurteils einer Eröffnung des Verfahrens über die Genehmigung der Vereinbarung vom 27. Dezember 1915 nicht entgegen. Das Scheidungsurteil ist nur mit Bezug auf die Punkte, die es behandelt hat, rechtskräftig geworden, nicht aber mit Bezug auf diejenigen, die aus Versehen oder Rechtsirrtum seitens des Richters nicht erledigt worden sind.

4. — Seitens der Rekurrentin und des Tessiner Richters wird darauf hingewiesen, dass für die *A b ä n d e r u n g* der durch Urteil oder Parteivereinbarung festgesetzten

Nebenfolgen der Scheidung (vergl. Art. 153 Abs. 2, 157 ZGB) der Wohnsitzrichter der beklagten Partei zuständig sei (AS 42 I S. 330 ff); derselbe Richter, wird daraus gefolgert, müsse es auch sein für die nachträgliche Genehmigung einer Parteivereinbarung nach Art. 158 Ziff. 5 ZGB. Auch dieses Argument geht fehl. Das Verfahren, welches eine Abänderung der Verfügungen des Scheidungsurteils über die Nebenfolgen bezweckt, ist vom Scheidungsverfahren selbst durchaus verschieden und getrennt: es setzt ein rechtskräftiges Urteil a u c h über die Nebenfolgen voraus, und es beruht nicht auf den ökonomischen und persönlichen Verhältnissen der Ehegatten, wie sie zur Zeit der Scheidung dem Scheidungsrichter vorlagen, sondern auf einer später eingetretenen Aenderung derselben, die eben eine Revision der ursprünglichen Regelung rechtfertigen soll. Eine Analogie zwischen den beiden Verfahren besteht demnach in ihren massgebenden Momenten nicht; aus der Regelung der Kompetenz im einten Falle lässt sich somit für die Beantwortung der Frage im anderen nichts gewinnen.

5.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Das Eventualbegehren der Rekurrentin wird gutgeheissen und daher das Appellationsgericht des Kantons Tessin als für die Beurteilung der vorliegenden Klage vom 20. März 1917 zuständig erklärt.