das Urteil i. S. Gourieff, a. a. O. Erw. 6), für die Jahrgebung außer Betracht fallen, da hier in der Regel keine Gefahr im Verzuge liegt.

4. — Untersteht nach dem Gesagten die Jahrgebung bei Ausländern, die in der Schweiz domiziliert sind, grundsätzlich nicht nur dem materiellen Rechte, sondern auch der Gerichtsbarkeit des Heimatstaates, so kann immerhin die Frage offen gelassen werden, ob nicht die Zuständigkeit der schweizerischen Behörden zur Jahrgebung an einen Ausländer ausnahmsweise dann anzunehmen wäre, wenn die Behörden des Heimatstaates sich aus irgend einem Grunde weigern sollten, auf das bezügliche Gesuch einzutreten; denn, daß dieser Fall bei der Rekurrentin vorliege, ist nicht geltend gemacht worden.

Auf die Frage endlich, ob Julia Buchardi wirklich in der Schweiz domiziliert sei, bezw. ob sie wirklich die Tochter der in Luzern niedergelassenen Frau Dubu-Werkmeister sei, braucht deshalb nicht eingetreten zu werden, weil die Rekurrentin unbestrittenermaßen Ausländerin ist, diese Tatsache aber nach den vorstehenden Erwägungen zur Begründung der Inkompetenz der Luzerner Behörden hinsichtlich ihres Jahrgebungsgesuches genügt.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Beschwerde wird abgewiesen.

---

2. Familienrecht. — Droit de la famille.

2. Urteil vom 22. Februar 1912 in Sachen Studhalter, Kl. und Ber.-Kl., gegen Studhalter, Bekl. und Ber.-Bekl.

Erw. 1, Erw. 2 Abs. 1 und Erw. 3 Abs. 1: Intertemporales Recht in Ehescheidungsprozessen: Die Ueberprüfung eines vor dem 1. Januar 1912 ergangenen kantonalen Urteils durch das Bundesgericht oder durch ein kantonales Kassationsgericht hat auch nach Inkrafttreten des ZGB noch auf

Grund des alten Rechts zu erfolgen. Sobald jedoch das Bundesgericht oder das kantonale Kassationsgericht zum Resultate gelangt, dass das kantonale Urteil auf einer unrichtigen Anwendung des alten Rechts beruht, hat es — sofern es alsdann in der Sache selbst entscheidet — der Ausfällung des neuen Urteils das neue Recht zu Grunde legen.

Erw. 2 Abs. 2 ff.: Fortdauer des Anspruchs auf Scheidung einer tief zerrütteten Ehe, auch nachdem die primäre Ursache der Zerrüttung weggefallen, inzwischen aber eine definitive Entfremdung der Ehegatten eingetreten ist.

Erw. 3 Abs. 2 ff.: Verhältnis des Art. 142 ZGB zu Art. 47 ZEG.

Erw. 4: Nebenfolgen.

A. — Die Litiganten verehelichten sich im Jahre 1886. Aus ihrer Ehe sind folgende, heute noch lebende Kinder entsprossen:

Joh. Peter, geb. den 26. April 1892;
Alois Jakob, geb. den 11. Juli 1894;
Peter, geb. den 22. November 1897;
Katharina, geb. den 19. März 1901.

Während der Kläger seinen Pflichten als Ehemann und Vater stets nachkam, ergab sich die Beklagte — seit wann, ist nicht festgestellt — dem Trunke, vernachlässigte sowohl die Kinder als den Haushalt und ließ sich auch verschiedene kleinere strafbare Handlungen (u. a. eine Unterschlagung, wegen deren sie mit 3 1/2 Wochen Gefängnis bestraft wurde) zu Schulden kommen. Im Jahre 1902 wurde einem Antrag des Gemeinderates Horw auf Versetzung der Beklagten in eine Zwangsarbeitsanstalt vom Regierungsrat nur deshalb nicht entsprochen, weil die Beklagte infolge einer Verrenkung einer längeren Spitalbehandlung bedurfte. Nach ihrer Heilung (im Jahre 1904) wurde sie, da der Ehemann sich weigerte, wieder mit ihr zusammenzuleben, in die Armenanstalt Horw verbracht. Dort scheint sie sich noch heute zu befinden. Sowohl von der Anstaltsdirektion als auch vom Gemeinderat Horw wird ihr das Zeugnis ausgestellt, daß sie sich klaglos aufgeführt habe und von der Trunksucht geheilt sei. Als deshalb im Jahre 1911 ihre Entlassung aus der Anstalt verfügt werden wollte, so daß sie wieder zum Ehemann zurückgekehrt wäre, klagte dieser auf Scheidung gemäß Art. 47 ZEG.

B. — Durch Urteil vom 21. Dezember 1911 hat das Obergericht des Kantons Luzern, in Bestätigung eines Urteils des Bezirksgerichts Luzern vom 28. Juli 1911, die eingereichte Scheidungs-

klage des Ehemanns abgewiesen, weil der ursprünglich allerdings vorhanden gewesene Scheidungsgrund der Trunksucht nunmehr weggefallen sei.

C. — Gegen dieses Urteil hat Stadhalter rechtzeitig und formrichtig die Berufung an das Bundesgericht ergriffen, mit dem Antrag auf Gutheißung der Scheidungsklage und Zuspruch der Kinder an ihn, den Ehemann.

D. — In der heutigen Verhandlung hat der Vertreter der Beklagten Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Urteils beantragt. Für den Kläger ist niemand erschienen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Vor allem fragt es sich, ob auf den vorliegenden Fall, oder, allgemein ausgedrückt, auf die vor dem 1. Januar 1912 anhängig gemachten, jedoch in diesem Zeitpunkt noch nicht erledigten Ehescheidungsprozesse das bisherige, oder aber das neue Recht anzuwenden sei.

Nach Art. 8 der Anwendungs- und Einführungsbestimmungen des ZGB, der auf den Grundsatz des Art. 2 SchlT zurückgeht, stehen seit dem 1. Januar 1912 „in Bezug auf die Ehescheidung" alle Ehen unter dem neuen Recht, ohne daß dabei für pendente Prozesse ein Vorbehalt gemacht wäre. Einerseits ist es also — im Gegensatz zu den Anwendungsfällen des Art. 1 SchlT — in Ehescheidungsprozessen unerheblich, ob sich die zu beurteilenden Tatsachen vor oder nach dem Inkrafttreten des ZGB ereignet haben, und anderseits kommt auch dem Zeitpunkt, in welchem die Rechtshängigkeit eingetreten ist, eine besondere Bedeutung hier nicht zu, sondern es hat der Richter einfach vom 1. Januar 1912 an, d. h. sofern er sein Urteil nach diesem Zeitpunkt fällt, das neue Recht anzuwenden. Vergl. Rossel & Mentha, Manuel du droit civil suisse, II S. 397; Bolla, Le norme transitorie generali del codice civile svizzero, S. 61; Peyer, in der Schweiz. Juristenzeitung, Bd. 8 S. 2 (im Gegensatz zu Giesker, ebendaselbst S. 78 ff.); ferner betr. den dem Art. 8 SchlT ähnlichen Art. 201 des Einführungsgesetzes zum deutschen BGB: Entsch. des Reichsgerichts in Zivilsachen, 45 S. 96 f. und S. 421; Habicht, die Einwirkung des BGB auf zuvor entstandene Rechtsverhältnisse, 2. Aufl. S. 574.

Dabei ist immerhin zu unterscheiden zwischen derjenigen richterlichen Tätigkeit, die in einer selbständigen materiellen Beurteilung des Rechtsstreites besteht, einerseits, und derjenigen richterlichen Tätigkeit die sich auf die Überprüfung eines vorhandenen Urteils beschränkt, anderseits; mit andern Worten: zwischen der Kognition des (erst- oder zweitinstanzlichen) kantonalen Sachrichters, bezw. des Bundesgerichts, sofern dieses nach Aufhebung eines kantonalen Urteils von sich aus entscheidet, einerseits, und der Kognition eines kantonalen Kassationsgerichtes, sowie namentlich des Bundesgerichts, solange dies nur untersucht, ob der kantonale Richter eidgenössisches Recht verletzt habe, anderseits. Es ist klar, daß diese letztere Frage auch nach dem Inkrafttreten des ZGB und trotz Art. 8 SchlT nur auf Grund desjenigen Rechts entschieden werden kann, das im Momente der Ausfällung des kantonalen Urteils anwendbar war. Sofern also dieses Urteil aus der Zeit vor dem 1. Januar 1912 datiert, hat auch das Bundesgericht bei dessen Überprüfung nur das alte Recht anzuwenden, und es ist daher, wenn bei der vorinstanzlichen Beurteilung keine Verletzung des alten Rechts stattgefunden hat, das angefochtene Urteil zu bestätigen, ohne daß es zu einer Anwendung des neuen Rechts kommt. Ergibt sich dagegen, daß das alte Recht verletzt wurde, und hat also das Bundesgericht ein selbständiges Urteil zu fällen, so ist nunmehr das neue Recht anzuwenden. Vergl. betr. den bereits zitierten Art. 201 des Einführungsgesetzes zum deutschen BGB: Entsch. d. Reichsger. in Zivilsachen, 45 S. 98; Habicht, a. a. O. S. 575.

2. — Nach dem Gesagten ist im vorliegenden Falle, da das angefochtene Urteil vor dem 1. Januar 1912 erlassen wurde, zunächst zu untersuchen, ob der kantonale Richter das alte Recht, d. h. den Art. 47 ZEG, richtig angewendet hat.

Mit der Vorinstanz ist davon auszugehen, daß die Ehe der Litiganten jedenfalls im Jahre 1902, als die faktische Trennung eintrat, tief zerrüttet, und zwar aus Verschulden der Beklagten tief zerrüttet war, da die Beklagte feststehendermaßen ihre Pflichten als Gattin und Mutter schwer verletzte, der Trunksucht frönte und sich verschiedene kleinere Eigentumsdelikte zu Schulden kommen ließ, während zu Lasten des Klägers nichts festgestellt worden ist. Der

Ehemann besaß somit zweifellos damals einen Anspruch auf Scheidung oder Trennung. Im Lauf der Jahre hat sich nun allerdings die Beklagte gebessert, und sie scheint sogar von der Trunksucht heute völlig geheilt zu sein. Die Vorinstanz zieht daraus den Schluß, daß der ursprünglich vorhandene Scheidungsgrund nunmehr weggefallen sei. Diese Schlußfolgerung und die darin enthaltene Auslegung des Art. 47 EEG muß als rechtsirrtümlich bezeichnet werden. Die zitierte Gesetzesbestimmung setzt, wie in mehreren neueren Entscheiden betont wurde, nicht positiv ein Verschulden, oder gar im Moment der Klagerhebung noch vorhandenes Verschulden des beklagten Teils voraus, sondern es genügt die Tatsache der tiefen Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses als solche, wobei bloß der Vorbehalt zu machen ist, daß die Scheidungsklage nicht von demjenigen Ehegatten angestrengt werden kann, der selber das überwiegende Verschulden an der tiefen Zerrüttung trägt. Im vorliegenden Falle steht nun einerseits fest, daß den Kläger kein Verschulden an der Zerrüttung der Ehe trifft; anderseits aber bestand der ursprünglich unbestrittenermaßen vorhandene Scheidungs- oder Trennungsgrund nicht etwa in der Trunksucht der Beklagten — so daß er heute als weggefallen zu betrachten wäre — und auch nicht in einer bestimmten schuldhaften Handlung, die der Kläger der Beklagten verziehen haben, oder die (analog dem Scheidungsgrund des Ehebruches) verjährt sein könnte, sondern vielmehr in der tiefen Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses als solcher, die allerdings ihrerseits u. a. durch die Trunksucht der Ehefrau bewirkt worden war. Ist nun die Trunksucht weggefallen, so folgt daraus keineswegs zwingend, daß auch die tiefe Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses nicht mehr vorhanden sei; vielmehr kann eine Ehe sehr wohl durch das frühere schuldhafte Verhalten des einen Ehegatten derart tief zerrüttet sein, daß auch die Besserung des schuldigen Teils nichts mehr daran zu ändern vermag. Dies muß nun gerade im vorliegenden Fall auf Grund der Akten angenommen werden, da darnach während der neun oder zehn Jahre der faktischen Trennung eine Annäherung zwischen den schon im Jahre 1902 stark entfremdeten Ehegatten nie stattgefunden hat. Der Scheidungsgrund der tiefen Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses bestand somit im Zeitpunkte der vorinstanzlichen Beurteilung des Falles

immer noch, und es kann auch nicht etwa gesagt werden, daß der Kläger seinerseits eine neue, selbständige Ursache der gegenseitigen Entfremdung gesetzt und dadurch das überwiegende Verschulden auf seine Seite gebracht habe. Es ist durchaus begreiflich, daß der Kläger einerseits, nach den früheren Vorfällen, davor zurückschreckte, die Beklagte wieder bei sich aufzunehmen, bevor ihre definitive Heilung feststand, und daß er anderseits heute, nachdem die Beklagte allerdings definitiv geheilt zu sein scheint, gegen die Wiederaufnahme des ehelichen Lebens mit der ihm völlig fremd gewordenen Frau einen Widerwillen empfindet; denn unter derartigen Umständen würde ein Zusammenleben in der Tat der ethischen Natur der Ehe nicht entsprechen. Schon früher den Scheidungsprozeß anzustrengen, hatte aber der Kläger offenbar deshalb keine Veranlassung, weil die Ehegatten infolge der Versetzung der Beklagten in die Armenanstalt tatsächlich getrennt lebten, — während in Zukunft der Fortbestand der Ehe das Zusammenleben der Litiganten zur Folge haben müßte.

3. — Da hienach die Vorinstanz durch die Abweisung der Klage den Art. 47 EEG verletzt hat, ist nunmehr (vergl. Erw. 1) der Fall auf Grund des neuen Rechtes, d. h. des Art. 142 ZGB, zu entscheiden.

Die zitierte Gesetzesbestimmung enthält gegenüber Art. 47 EEG keine, oder doch keine wesentlichen materiellen Abänderungen. Der erste Absatz des Art. 142 ist in der Hauptsache bloß eine andere Fassung des Art. 47 EEG, wobei lediglich dasjenige, was sich auf die Temporärscheidung bezog, an dieser Stelle weggelassen wurde, um in Art. 146—148, unter etwelcher Abänderung des bisherigen Rechtes, besonders behandelt zu werden. Absatz 2 des Art. 142 aber ist nichts anderes als die Kodifizierung eines durch die Praxis des Bundesgerichtes ausgebildeten, schon seit längerer Zeit feststehenden Grundsatzes.

Unter diesen Umständen bedarf es hier keiner weitern Ausführung darüber, daß im vorliegenden Falle die Ehe der Litiganten auf Grund des Art. 142 ZGB ebenso geschieden werden muß, wie sie bereits auf Grund des Art. 47 EEG zu scheiden gewesen wäre. Die Ehe ist in der Tat derart tief zerrüttet, und es sind die Ehegatten einander derart entfremdet, daß dem Kläger, dem

nach den Akten kein mit der Zerrüttung der Ehe kausales Verschulden zur Last fällt, die Wiederaufnahme der ehelichen Gemeinschaft nicht zugemutet werden kann.

Dabei ist nur noch zu bemerken, daß auch eine „Aussicht auf eine Wiedervereinigung der Ehegatten" im Sinne des Art. 146 Abs. 3 nicht vorhanden ist, so daß also auf Scheidung und nicht auf Trennung zu erkennen ist.

4. — Was die Frage der Kinderzuteilung betrifft, für deren Entscheidung nunmehr (in Art. 156 ZGB) dem richterlichen Ermessen der weiteste Spielraum gelassen wird, so liegt auf der Hand, daß es unter den gegenwärtigen Umständen, da die Beklagte noch im Armenhaus untergebracht ist oder kaum erst daraus entlassen sein wird, im Interesse der Kinder liegt, wenn sie dem Vater zugesprochen werden . . . . . (wird näher ausgeführt).

Das Recht der Beklagten auf persönlichen Verkehr mit den Kindern ist in der aus Disp. 4 ersichtlichen Weise zu regeln.

Endlich ist nach der positiven Vorschrift des Art. 150 ZGB der Beklagten als dem schuldigen Teil eine Wartefrist aufzuerlegen, die indessen hier mit einem Jahr genügend bemessen sein dürfte.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

1. In Gutheißung der Berufung wird die am 13. Februar 1886 zwischen den Parteien abgeschlossene Ehe auf Grund von Art. 142 ZGB gänzlich geschieden.

2. Die aus der Ehe hervorgegangenen Kinder Johann Peter, Alois Jakob, Peter und Katharina werden dem Kläger zur Erziehung und Verpflegung zugesprochen.

3. Die Beklagte hat das Recht, die Kinder einmal wöchentlich entweder in der Wohnung des Vaters oder an einem dritten, im Streitfalle von der Vormundschaftsbehörde zu bestimmenden Orte zu besuchen. Bei Verhinderung der Mutter können die Kinder sie besuchen.

4. Der Beklagten wird die Eingehung einer neuen Ehe auf ein Jahr untersagt.

---

3. Arrêt de la IIe section civile du 1er mai 1912 *dans la cause* dame Thioly et ses enfants *contre* Genève.

Art. 86 OJF : Recevabilité du recours de droit civil contre une curatelle instituée en vertu de l'art. 297 CCS lorsque cette curatelle implique une déchéance de la puissance paternelle. — La procédure en matière d'institution de curatelle n'est pas réglée par le CCS (art. 397). — Tant que les père et mère n'ont pas été déchus de la puissance paternelle, la nomination d'un curateur en vertu de l'art. 297 al. 2 CCS n'est admissible qu'à condition que le curateur ne soit pas investi de pouvoirs tels qu'ils suppriment les droits d'administration des père et mère sur les biens des enfants (art. 298 CCS).

Par décision du 15 juillet 1903, dame Berthe Thioly, veuve de Benjamin Thioly, a été destituée par le Conseil de famille des mineurs Thioly de ses fonctions de tutrice légale de ses trois enfants mineurs, la garde de ceux-ci lui étant toutefois laissée. Cette décision a été rendue à raison de l'incapacité dont dame Thioly avait fait preuve dans la gestion de la fortune de ses enfants.

Le 27 janvier 1912 dame Thioly a informé la Chambre des tutelles de Genève qu'elle entendait revendiquer le bénéfice des art. 274, 290 et suiv. CCS et exercer la puissance paternelle sur ses trois enfants mineurs; elle a demandé à l'autorité tutélaire de faire connaître à l'ex-tuteur A. Thioly-Regard la cessation de ses pouvoirs.

Par ordonnance du 30 janvier 1912 la Chambre des tutelles, considérant que dame Thioly est incapable de gérer les biens de ses enfants et faisant application de l'art. 297 al. 2 CCS, a désigné Arthur Thioly-Regard « comme curateur chargé de conserver et administrer ces biens ».

Dame Thioly et ses enfants ont recouru à l'autorité cantonale de surveillance des tutelles en exposant que la procédure en nomination du curateur a été violée et que la mesure prise est injustifiée au fond. Par décision du 20 février 1912 l'autorité de surveillance a écarté ce recours.

Dame Thioly et ses enfants ont alors formé en temps utile