

conjugale persiste et ne peuvent par conséquent faire l'objet d'un recours au Tribunal fédéral (voir CURTI-FORRER ad art. 172 note 11). L'avant-projet du juge fédéral JÄGER sur la revision de la loi sur l'organisation judiciaire prévoyait à son art. 106 chap. 4 la voie du recours de droit civil pour les litiges de cette espèce et ce point de vue avait été appuyé par le Tribunal fédéral dans le mémoire qu'il avait adressé à ce sujet au Département fédéral de Justice. Mais cette prescription a été supprimée dans le projet de loi présenté aux Chambres fédérales le 11 mai 1911 par le Conseil fédéral. Le message y relatif explique cette suppression par le caractère de décision de fait de ces ordonnances qui ne soulèvent pas de question de droit et partait ainsi évidemment de l'idée qu'en pareille matière un recours en réforme était exclu. Enfin cette manière de voir a été adoptée par les Chambres fédérales dans la loi du 6 octobre 1911, bien que, dans son rapport sur ce dernier projet, le Tribunal fédéral ait affirmé à nouveau la nécessité de prévoir en pareil cas la voie du recours de droit civil.

Par ces motifs,

le Tribunal fédéral  
prononce :

Il n'est pas entré en matière sur le recours.

## I. FAMILIENRECHT

### DROIT DE LA FAMILLE

#### 42. Urteil der II. Zivilabteilung vom 28. Juni 1917 i. S. Motard, Beklagte, gegen Motard, Kläger.

Unzuständigkeit der schweizerischen Gerichte zur Scheidung in der Schweiz wohnhafter Franzosen. — Aufhebung eines trotzdem in der Schweiz erlassenen, von den Parteien nur aus materiellen Gründen angefochtenen Scheidungsurteils.

A. — Die Parteien sind Franzosen und haben ihren Wohnsitz in der Schweiz. Am 4. September 1915 reichte der Ehemann beim Bezirksgericht Baden als dem Gericht des Wohnortes beider Ehegatten folgende Scheidungsklage ein :

« Die Ehe der Litiganten sei gestützt auf Art. 135 » Code civil 138 und 142 ZGB zu scheiden, die Beklagte » sei als schuldiger Teil zu erklären. »

Die Ehefrau trug auf Abweisung dieser Klage an und erhob folgende Widerklage :

« 1. Die Ehe sei gemäss Art. 137 und 142 ZGB und » Art. 230 und 231 Code civil zu scheiden.

» 2. Der Widerbeklagte Charles Eugène Motard sei » als schuldiger Teil zu erklären.

» 3. Der Widerbeklagte sei zu verurteilen der Wider- » klägerin einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von » 2500 Fr. richterliches Ermessen vorbehalten je drei » monatlich vorausbezahlbar am 1. eines Quartals zu » bezahlen.

» 4. Der Widerbeklagte sei zu verurteilen, der Wider- » klägerin als Entschädigung für verlorene Vermögens-

» anwartschaft und als Genugtuungssumme den Betrag  
» von 200 000 Fr. richterliches Ermessen vorbehalten  
» zu bezahlen..... »

B. — Durch Urteil vom 21. November 1916 erkannte das Bezirksgericht Baden :

« 1. Die Ehe zwischen Charles Eugène Motard in Baden  
» und Frau Sophie Motard früher in Baden, nun in  
» Lugano, wird gemäss Art. 142 ZGB und Art. 231 code  
» civil geschieden.

» 2. Der Widerbeklagte Charles Eugène Motard wird  
» als der schuldige Teil erklärt.

» 3. Der Widerbeklagte wird verurteilt, der Widerklä-  
» gerin einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von 1000 Fr.,  
» je dreimonatlich, vorausbezahlbar am 1. eines Quartals  
» zu bezahlen.

» 4. Der Widerbeklagte wird verurteilt, der Wider-  
» klägerin als Entschädigung für verlorene Vermögens-  
» anwartschaft und als Genugtuungssumme den Betrag  
» von 100,000 Fr. zu bezahlen..... »

C. — Infolge Appellation beider Parteien erkannte am 23. Februar 1917 das Obergericht des Kantons Aargau :

« 1. Die Dispositive 1, 3, 5 und 6 des angefochtenen  
» Urteils sind bestätigt.

» 2. Der Widerbeklagte Charles Eugène Motard wird  
» als der vorwiegend schuldige Teil erklärt und es wird  
» ihm die Eingehung einer neuen Ehe für die Dauer von  
» zwei Jahren seit der Rechtskraft dieses Urteils unter-  
» sagt.

» 3. Der Widerbeklagte wird verurteilt, der Wider-  
» klägerin für verlorene Vermögensanwartschaft einen  
» Betrag von 40,000 Fr. zu bezahlen. »

Dieses Urteil beruht, was die Frage der Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte zur Behandlung der Klage betrifft, auf der folgenden, vom Kläger beigebrachten Auskunft der schweizerischen Gesandtschaft in Paris, vom 5. Oktober 1915 :

« En réponse à votre lettre du 21 septembre concernant

» la compétence des tribunaux suisses pour connaître  
» d'une action en divorce intentée devant eux par des  
» Français domiciliés en Suisse. j'ai l'honneur de vous  
» faire savoir qu'à la suite d'une dénonciation par la France  
» des trois Conventions de droit privé de La Haye sur la  
» tutelle, le mariage et le divorce, la question de cette  
» compétence a été posée officiellement au Ministère des  
» Affaires Etrangères.

» Vous savez en effet qu'à teneur de l'article 61 du titre  
» final du Code civil suisse, l'article 7 h de la loi fédérale  
» du 25 juin 1891 sur les rapports de droit civil auto-  
» rise l'époux étranger habitant la Suisse à intenter l'action  
» en divorce devant nos tribunaux « s'il établit que la loi  
» ou la jurisprudence de son pays d'origine admet  
» la cause de divorce invoquée et reconnaît la juridiction  
» suisse. »

» Par note du 29 août 1914, le Ministre français des  
» Affaires étrangères m'a répondu textuellement :

» J'ai l'honneur de vous faire savoir que, sous réserve  
» du principe de la séparation des pouvoirs et d'un  
» revirement possible de la jurisprudence, le Gouverna-  
» ment français constate que rien à sa connaissance n'est  
» venu infirmer la jurisprudence antérieure à la Con-  
» vention de La Haye reconnaissant la compétence aux  
» tribunaux suisses en matière de divorce ou de sépara-  
» tion de corps à l'égard des époux français domiciliés  
» dans leur ressort pourvu qu'ils ne prononcent le  
» divorce ou la séparation de corps que pour des causes  
» admises par la loi française et qu'aucune des parties  
» n'ait décliné leur compétence. »

» Je suppose que le Département fédéral de Justice  
» et Police n'aura pas d'objection à vous délivrer une copie  
» authentique du passage cité ci-dessus au cas où les  
» tribunaux argoviens ne voudraient pas se contenter de  
» la présente lettre.

» En raison du principe de la séparation des pouvoirs,  
» il ne nous est pas possible d'obtenir de l'autorité admi-

» nistrative française (Ministère de la Justice, Ministère des Affaires Etrangères, etc...) des déclarations plus explicites ; quant aux tribunaux, ils statuent in casu. Il me paraît d'ailleurs que la réponse du Ministère français des Affaires étrangères du 29 août 1914 devrait être considérée comme tout à fait suffisante. Il nous arrive tous les quinze jours d'avoir à faire transcrire en France des divorces suisses en marge de l'acte de mariage français. Il serait utile que, dans le jugement suisse, le Tribunal vise non seulement les articles de notre code, mais aussi les articles du Code civil français déclarés applicables.

» En somme, l'ancienne jurisprudence n'est donc pas modifiée et les jugements suisses des divorces entre époux français continuent à être reconnus en France aussi bien qu'avant la dénonciation par la France de la Convention de La Haye. »

Gestützt auf diese Auskunft hatte das Obergericht bereits am 9. Oktober 1915 dem Bezirksgericht Baden mitgeteilt, dass der Behandlung der Klage nichts entgegenstehe, sofern die beklagte Ehefrau die Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte anerkenne. In der Begründung des obergerichtlichen Urteils wird noch ausgeführt, dass auch die im vorliegenden Falle geltend gemachten **Scheidungsgründe** von der französischen Gerichtspraxis anerkannt seien.

D. — Gegen das obergerichtliche Urteil hat die Beklagte und Widerklägerin rechtzeitig und in richtiger Form die Berufung an das Bundesgericht ergriffen, mit den Anträgen :

« 1. Dispositiv 1 des angefochtenen Urteils sei insoweit aufzuheben als es Dispositiv 3 des bezirksgerichtlichen Urteils bestätigt, und es sei Ziffer 3 des Widerklageschlusses zuzusprechen, d. h. es sei der vom Widerbeklagten zu zahlende monatliche Unterhaltsbeitrag von Fr. 1000 auf Fr. 2500, je dreimonatlich am 1. eines Quartals vorauszahlbar, zu erhöhen.

» 2. Dispositiv 2 des angefochtenen Urteils sei insoweit aufzuheben, als der Widerbeklagte als der vorwiegend schuldige Teil erklärt wird, und es sei zu erkennen, dass er allein die Schuld an der Scheidung trägt.

» 3. In Aufhebung von Dispositiv 3 des angefochtenen Urteils sei Dispositiv 4 des erstinstanzlichen Urteils wieder herzustellen und es sei der Widerbeklagte zu verurteilen, der Widerklägerin für verlorene Vermögensanwartschaft und als Genugtuungssumme 100,000 Fr. zu bezahlen. »

Der Kläger und Widerbeklagte hat sich dieser Berufung rechtzeitig und in richtiger Form angeschlossen, mit den Anträgen :

« 1. Dispositiv 2 des obergerichtlichen Urteils sei in dem Sinn abzuändern, dass nicht der Kläger sondern die Beklagte als der vorwiegend schuldigen Teil erklärt wird.

» 2. Die dem Kläger auferlegte Wartefrist von zwei Jahren sei demgemäss zu streichen.

» 3. Dispositiv 3 des obergerichtlichen Urteils (Zuspruch von 40,000 Fr. an die Beklagte) sei zu streichen, eventuell sei der Betrag angemessen zu reduzieren. »

Das Bundesgericht zieht

in Erwägung :

1. — Vor Allem ist von Amteswegen die Zuständigkeit des schweizerischen Richters zur Behandlung der vorliegenden Scheidungsklagen zu prüfen. Muss sie verneint werden, so führt dies zur Aufhebung des angefochtenen Urteils. Nach den Ausführungen in BGE 40 II S. 574 ist nämlich dieses Urteil, welches die Ehe der Parteien geschieden und den Kläger als « vorwiegend schuldigen Teil erklärt » hat, dahin zu verstehen, dass die Hauptklage abgewiesen und das Hauptbegehren der Widerklage gutgeheissen worden ist. Dieses Urteil wird nun von der Beklagten hinsichtlich der Nebenfolgen, vom Kläger aber in erster Linie hinsichtlich des Hauptpunktes

angefochten; denn das Begehren des Klägers, nicht er, sondern die Beklagte sei « als der vorwiegend schuldige Teil zu erklären », muss nach den Ausführungen des zitierten bundesgerichtlichen Urteils dahin verstanden werden, dass er Abweisung der Widerklage und Gutheissung der Hauptklage verlangt.

Ist demnach das vorliegende kantonale Urteil nicht etwa nur hinsichtlich der Nebenfolgen der Scheidung, sondern auch hinsichtlich dieser selbst angefochten, so kann hier — im Gegensatz zu andern, anscheinend ähnlich liegenden Fällen (z. B. BGE 42 II N° 87) — nicht davon gesprochen werden, dass « die Scheidung als solche rechtskräftig und nur noch die Nebenfolgen streitig » seien. Gelangt also das Bundesgericht bei der Prüfung der örtlichen Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte zu dem Ergebnis, dass auf die beiden Klagen überhaupt nicht hätte eingetreten werden sollen, so kann es in der Tat nicht einfach das Eintreten auf die Berufungen verweigern, sondern es hat alsdann das angefochtene Urteil aufzuheben.

Dieses Vorgehen rechtfertigt sich umsomehr, als die einfache Inkompetenzerklärung schwerwiegende praktische Nachteile haben würde, indem das kantonale Urteil, obwohl oberstinstanzlich festgestellt wäre, dass es von einem unzuständigen Richter erlassen wurde, und obwohl infolgedessen seine Vollstreckung nicht nur in Frankreich, sondern auch in der Schweiz auf Hindernisse stossen würde, dennoch formell rechtskräftig wäre.

2. — Da die Haager Scheidungskonvention im Verhältnis zwischen der Schweiz und Frankreich seit dem 1. Juni 1914 nicht mehr besteht (vergl. B. Bl. 1914 III S. 1), so sind nach Art. 7 h des Bundesgesetzes betr. die zivilr. Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter (in Art. 59 Schl T ZGB) die schweizerischen Gerichte zur Scheidung von Ehen zwischen in der Schweiz wohnhaften Franzosen nur dann kompetent, wenn der Kläger « nachweist, dass nach Gesetz oder Gerichtsgebrauch seiner

Heimat der geltend gemachte Scheidungsgrund zugelassen und der schweizerische Gerichtsstand anerkannt ist ».

Die Frage, ob diese beiden Voraussetzungen erfüllt seien, stellt sich nicht etwa als eine solche des ausländischen Rechts dar, zu deren Ueberprüfung das Bundesgericht nach Art. 56 und 57 OG inkompetent wäre. Vielmehr handelt es sich dabei ebensowohl um eine Frage des « eidgenössischen Rechts », wie bisher bei der Frage, ob der « besondere internationale Scheidungsgrund » des Art. 2 der Haager Uebereinkunft gegeben sei, oder wie früher bei der Frage, ob der in Art. 56 des Zivilstands- und Ehegesetzes geforderte Nachweis der Anerkennung des zu erlassenden Urteils durch den Heimatstaat geleistet sei, — beides Fragen, die das Bundesgericht zu überprüfen pflegte (vergl. insbesondere BGE 33 II S. 483).

Die erste jener beiden Voraussetzungen ist nun im vorliegenden Falle erfüllt, da Frankreich sowohl den Scheidungsgrund des Ehebruchs, als denjenigen der schweren Ehrenkränkung zulässt und übrigens den letztern Begriff in einer Weise ausdehnend anwendet, die praktisch dieselben Wirkungen hat, wie eine Anerkennung des Scheidungsgrundes der « tiefen Zerrüttung ».

Anders verhält es sich dagegen mit der Frage, ob Frankreich für die Scheidung in der Schweiz wohnhafter Franzosen den schweizerischen Gerichtsstand anerkennt.

3. — Dieses, in Art. 7 h des Niedergelassenengesetzes aufgestellte Erfordernis ist allerdings weniger weitgehend, als es das früher in Art. 56 des Zivilstandsgesetzes aufgestellte war, wonach bewiesen werden musste, dass der Heimatstaat « das zu erlassende Urteil » anerkenne. Der letztere Beweis war deshalb sogar wie unmöglich, weil fast alle Staaten, auch wenn sie unter gewissen Voraussetzungen für die Scheidung von Ehen zwischen ihren Angehörigen den ausländischen Gerichtsstand anerkennen, sich doch eine Ueberprüfung des im Inland zu vollstreckenden ausländischen Urteils hinsichtlich

seiner Uebereinstimmung mit dem inländischen «*ordre public*» vorbehalten, und weil insbesondere Frankreich ausländische Scheidungsurteile geradezu hinsichtlich ihrer materiellen Uebereinstimmung mit dem französischen Scheidungsrecht zu überprüfen pflegt, Art. 56 des Zivilstandsgesetzes aber in der Schweiz dahin ausgelegt wurde, dass die *u n b e d i n g t e* Anerkennung des zu erlassenden schweizerischen Scheidungsurteils durch den Heimatstaat nachgewiesen sein müsse (Geschäftsbericht des Bundesgerichts pro 1885, S. 4 ff. und BGE 12 S. 542, 23 S. 984). Nach Art. 7 *h* des Niedergelassenengesetzes genügt dagegen nunmehr der Beweis, dass der Heimatstaat den schweizerischen *G e r i c h t s s t a n d* anerkennt, und es steht daher die Möglichkeit, dass das schweizerische Urteil von den Gerichten des Heimatstaates in einem gewissen Umfange überprüft werden wird, dem Eintreten auf die Scheidungsklage nicht mehr entgegen.

4. — Trotz dieser, bei Erlass von Art. 7 *h* des Niedergelassenengesetzes eingeführten Erleichterung des Beweises gegenüber dem Zustand, wie er nach Art. 56 des Zivilstandsgesetzes bestanden hatte, kann der erforderliche Nachweis im vorliegenden Falle nicht als geleistet erachtet werden. Aus der vom Kläger beigebrachten Bescheinigung der schweizerischen Gesandtschaft in Paris, ergibt sich nämlich nur, dass die französischen *V e r w a l t u n g s b e h ö r d e n* im Bereiche *i h r e r* Zuständigkeit die betreffenden schweizerischen Scheidungsurteile anerkennen, also insbesondere in den Zivilstandsregistern davon Vormerk nehmen. Ein solcher Beweis genügt aber nach Art. 7 *h* des Niedergelassenengesetzes nicht. Vielmehr müsste nachgewiesen sein, dass die französischen *G e r i c h t e* das zu erlassende Urteil anerkennen werden. Dies folgt schon daraus, dass die angeführte Gesetzesbestimmung den Nachweis der Anerkennung des schweizerischen Gerichtsstandes durch «*Gesetz oder G e r i c h t s g e b r a u c h*» verlangt; ebenso aber auch daraus,

dass nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen in der Tat die *G e r i c h t e* und nicht die Verwaltungsbehörden über die Anerkennung ausländischer Gerichtsurteile, insbesondere über ihre Vollstreckbarkeit zu entscheiden haben, wie denn auch gerade die im vorliegenden Falle von der schweizerischen Gesandtschaft in Paris eingeholte Meinungsäusserung der französischen Administrativbehörde ausdrücklich eine allfällige gegenteilige Auffassung der Gerichte vorbehält.

Im Uebrigen sind in Art. 7 *h* des Niedergelassenengesetzes die Worte «*nach Gesetz o d e r* Gerichtsgebrauch» nicht etwa dahin zu verstehen, dass der schweizerische Richter gegenüber einem die Anerkennung des schweizerischen Gerichtsstands ablehnenden «*Gerichtsgebrauch*» des Heimatstaates auf seine eigene abweichende Auslegung des ausländischen «*Gesetzes*» abstellen dürfe. Die Alternative «*Gesetz oder Gerichtsgebrauch*» bedeutet vielmehr nur, dass auch eine nicht auf positiven Gesetzesbestimmungen beruhende Praxis der Gerichte des Heimatstaates genügen soll, womit gerade gesagt ist, dass der schweizerische Richter sich keine Ueberprüfung der Gerichtspraxis des Heimatstaates hinsichtlich ihrer Uebereinstimmung mit den dortigen Gesetzen zu erlauben hat.

5. — Die Frage nun, ob der Beweis geleistet sei, dass die französischen *G e r i c h t e* für Scheidungen in der Schweiz wohnhafter Franzosen den schweizerischen Gerichtsstand anerkennen, muss verneint werden. Zunächst ist nämlich von den Parteien kein seit der Kündigung der Haager Scheidungskonvention ergangenes französisches Urteil namhaft gemacht worden und auch sonst kein solches Urteil zu finden, welches die Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte zur Scheidung in der Schweiz wohnhafter Franzosen anerkennen würde. Es müsste also nachgewiesen sein, dass *v o r* dem Abschluss der Haager Konvention in Frankreich eine die Kompetenz der schweizerischen Gerichte anerkennende, feste Gerichtspraxis bestand.

Auch dieser Beweis ist nicht geleistet. Zwar anerkennen die französischen Gerichte im Allgemeinen für die Scheidung im Ausland wohnhafter Franzosen den Gerichtsstand des ausländischen Wohnorts, sofern beide Parteien sich ihm unterworfen haben, wobei allerdings die Vollstreckbarkeit des Urteils ausserdem noch davon abhängig gemacht wird, dass das französische Recht angewendet oder doch das betreffende ausländische Urteil auf der Annahme eines auch in Frankreich anerkannten Scheidungsgrundes beruhe (vergl. Pandectes fr. s. v. Divorce N° 3167, 3170-3174, 3177 und 3178, BAUDRY-LACANTINERIE-CHAUVEAU-CHENAUX, Traité de droit civil III N° 387, sowie die in BGE 35 II S. 400 und 38 II S. 28 angeführte Literatur, während diese beiden bundesgerichtlichen Urteile als solche hier deshalb ausser Betracht fallen, weil sie sich auf die Zeit der Geltung der Haager Uebereinkunft beziehen). Gerade gegenüber der Schweiz machte indessen die französische Praxis eine Ausnahme, indem sie auf die Scheidungsprozesse, obwohl sie diese mit Recht nicht als « contestations en matière mobilière et personnelle » im Sinne von Art. 1 des Gerichtsstandsvertrags von 1869 betrachtete und deshalb auch Art. 2 und 3 als auf sie unanwendbar erklärte, auffallenderweise dann doch den Art. 11 desselben Staatsvertrags anwandte. Sie ging davon aus, dass dieser Artikel den Gerichten der beiden Vertragsstaaten verbiete, in andern als den in Art. 1 vorgesehenen Fällen (contestations en matière mobilière et personnelle, et actions en garantie) die Zuständigkeit der Gerichte des andern Staates und die Wirksamkeit einer Prorogation anzuerkennen. Infolgedessen gelangte sie dazu, einerseits (vergl. Pandectes françaises s. v. Divorce N° 3186, 3234-3238, Journal de droit international privé Bd. 27 S. 341 und 342, sowie die Note in Bd. 28 S. 545) auf Scheidungsklagen in Frankreich wohnhafter Schweizer nicht einzutreten, andererseits (Pand. fr. loc. cit. N° 3186) den schweizerischen Gerichten die Kompetenz zur Scheidung in der Schweiz wohnhafter Franzosen

abzuerkennen. Diese Praxis ist zwar gerade in Frankreich von mehreren Autoren kritisiert worden (so namentlich von AUJAY, Etudes sur le traité franco-suisse, S. 51, und PILLET, Les conventions internationales relatives à la compétence judiciaire, S. 99 f.), und es ist auch nicht anzunehmen, dass das Bundesgericht sie bei selbständiger Auslegung des Staatsvertrages gutheissen würde (vergl. ROGUIN, Conflits des lois suisses, N° 77). Sie besteht aber und muss deshalb vom schweizerischen Richter insofern anerkannt werden, als sich daraus ergibt, dass im Verhältnis zu Frankreich die in Art. 7 h des Niedergelassenengesetzes für die Scheidung in der Schweiz wohnhafter Ausländer aufgestellte Voraussetzung der Anerkennung des schweizerischen Gerichtsstandes durch den Heimatstaat nicht erfüllt ist und deshalb die Ehen in der Schweiz niedergelassener Franzosen, so nachteilig dieser Rechtszustand für die Parteien sein mag, zur Zeit in der Schweiz nicht geschieden werden können.

6. — Bei dieser Sachlage ist nach den Ausführungen in Erw. 1 das vorliegende Scheidungsurteil wegen Inkompetenz der schweizerischen Gerichte aufzuheben.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Beide Berufungen werden in dem Sinne begründet erklärt, dass das Urteil des Obergerichts des Kantons Aargau vom 23. Februar 1917 aufgehoben und weder auf die Klage noch auf die Widerklage eingetreten wird.