

que si cela était exact, il s'ensuivrait que les droits de la demanderesse se réduisaient jusqu'alors en un simple droit de créance contre ses cohéritiers ou les administrateurs de la succession, tendant à la remise ou au paiement des sommes ou objets lui revenant;

qu'il y aurait dès lors lieu d'admettre que cette créance faisait partie de ses apports et à ce titre était restée sa propriété, sieur Reinhold n'en ayant en tout plus que l'administration;

que cela étant, les faits allégués et offerts en preuve par la demanderesse présentent un intérêt évident;

que, fussent-ils établis, la question se poserait de savoir si la demanderesse n'est pas en droit de se prévaloir de la présomption instituée par l'art. 196 al. 2 CC;

qu'il se justifie dès lors de faire droit aux conclusions subsidiaires de la recourante, c'est-à-dire de renvoyer la cause devant les premiers juges pour la mettre en mesure d'administrer les preuves qu'elle a offertes;

Le Tribunal fédéral prononce :

Le recours est admis en ce sens que l'arrêt attaqué est annulé et la cause renvoyée devant l'instance cantonale pour qu'elle statue à nouveau après enquêtes sur les faits offerts en preuve par la demanderesse.

48. Urteil der II. Zivilabteilung vom 23. Oktober 1924
i. S. X. gegen X.

Ehescheidung :

Verurteilung zum Ersatz eingebrachten Frauengutes : Ist in ausländischer Währung eingebrachtes Frauengut in Schweizerwährung umzurechnen ? (Erw. 1.)

Unzulässigkeit der Berufung an das Bundesgericht gegen die Entscheidung der Fragen, ob bei Abschluss der Ehe vor 1912 für die Aufteilung des Vorschlages unter die Ehegatten kantonales oder ausländisches Ehegüterrecht massgebend und ob das ZGB als ergänzendes kantonales Recht anzuwenden sei. (Erw. 2.)

Verzeihung, Tat- oder Rechtsfrage ? Die Verzeihung fortgesetzten Ehebruchs mit einem bestimmten Dritten umfasst nicht auch die Prostitution, von welcher der Ehemann keine Kenntnis hatte. Einfluss der Verzeihung auf die Schuldfrage bei späterer Scheidung wegen Zerrüttung. (Erw. 3.)

OG Art. 56, 81 ; Bundesgesetz über die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter Art. 31, ZGB Art. 137, 142, 150, 151, 152, 154 Abs. 2, 214 Abs. 1, Schlusstitel Art. 9, bernisches EG zum ZGB Art. 144, 145, 172.

A. — Der Kläger, Bürger von Y. bei Burgdorf, und die Beklagte, damals preussische Staatsangehörige, gingen im Jahre 1905 in Italien die Ehe ein ; erster und letzter ehelicher Wohnsitz war daselbst. Durch Ehevertrag hatte sich die Beklagte verpflichtet, dem Kläger eine Ehesteuern von 20,000 Lire it. an bar zuzuwenden.

Wegen einer schweren Misshandlung, welche dem Kläger gerichtliche Bestrafung eintrug, wurde im Jahre 1916 auf Verlangen der Beklagten die Ehe getrennt. In der Folge lebte die Beklagte mit einem als Hauptmann auftretenden, später als Hochstapler und Deserteur entlarvten T. im Konkubinat und liess sich von ihm einigemal zuhälterisch ausbeuten. Als die Beklagte wegen Begünstigung des Deserteurs in Untersuchung gezogen und verhaftet wurde, nahm sich der Kläger ihrer

an; die Beklagte schrieb ihm damals aus der Haft: «Doch kann ich Dir noch einmal wiederholen, dass ich gegen Dich und die Kinder schwer gefehlt habe, aber betreffs der Anschuldigungen jenes N. bin ich nicht schuldig.» Nach Einstellung des Strafverfahrens und Entlassung aus der Haft kehrte die Beklagte zum Kläger zurück, an dem Tage, als eben eines ihrer Kinder einer Krankheit erlag. Während der folgenden zwei Jahre lebten die Parteien wieder zusammen. Nach abermaliger gerichtlicher Trennung strengte der Kläger im Jahre 1922 beim Heimatgericht unter Anrufung der Art. 137, 139, 142 ZGB Scheidungsklage an; die Beklagte erhob unter Anrufung des Art. 142 ZGB Widerklage. Durch Urteil vom 23. Januar 1924 sprach das Amtsgericht Burgdorf in Anwendung des Art. 142 ZGB die Scheidung aus und verurteilte den Kläger zur Bezahlung von 5000 Fr. als Ersatz des eingebrachten Frauengutes und 150,000 Fr. als Anteil am Vorschlag. Beide Parteien zogen dieses Urteil weiter, der Kläger mit dem Antrag auf Abweisung der Begehren um Herausgabe bzw. Ersatz von Frauengut und Herausgabe eines Drittels vom Vorschlag, die Beklagte u. a. mit dem für den Fall der Abweisung dieses letzteren Begehrens gestellten Eventualantrag auf Verurteilung des Klägers zur Bezahlung einer Entschädigung und eines Unterhaltsbeitrages gemäss Art. 151 und 152 ZGB in gerichtlich zu bestimmendem Umfang.

B. — Durch Urteil vom 13. Juni 1924 hat der Appellationshof des Kantons Bern den Kläger zur Bezahlung von 20,000 italienischen Lire und 50,000 Schweizerfranken verurteilt.

C. — Gegen dieses Urteil haben beide Parteien die Berufung an das Bundesgericht eingelegt, der Kläger am 24. Juni mit dem Antrag auf Abweisung der Entschädigungsforderung der Beklagten, die Beklagte am 27. Juni mit den Anträgen auf Bestätigung des erstinstanzlichen Urteils, eventuell angemessene Erhöhung der Entschädigung.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Die Verurteilung des Klägers zum Ersatz eingebrachten Frauengutes im Betrag von 20,000 italienischen Lire beruht auf der von der Beklagten nicht beanstandeten tatsächlichen Feststellung beider kantonaler Instanzen, dass jene den genannten durch Ehevertrag versprochenen Betrag auch wirklich eingebracht habe. Irgend ein Anlass zu der von der ersten Instanz ohne nähere Begründung vorgenommenen und von der Beklagten durch ihren Antrag auf Bestätigung, will sagen Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils auch vor Bundesgericht wieder verlangten Umrechnung in Schweizerwährung liegt nicht vor, zumal das Urteil voraussichtlich in Italien zur Vollstreckung gelangen wird, wo das eheliche Vermögen liegt, und im Fall der Vollstreckung in der Schweiz die Umrechnung dem Betreibungsverfahren vorbehalten ist (AS 46 II S. 405 ff. Erw. 3).

2. — Das Begehren der Beklagten um Zuweisung eines Anteils am Vorschlag hat die Vorinstanz im wesentlichen mit folgender Begründung abgewiesen: Die güterrechtlichen Verhältnisse der Parteien bestimmen sich gemäss Art. 31 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter nach dem Recht des alten Kantonsteils Bern, da das italienische Ehegüterrecht keine Geltung für sich in Anspruch nehme, auch nicht in der Frage, ob Ausländer durch Ehevertrag einen andern als den gesetzlichen Güterstand des heimatlichen Rechts, insbesondere einen (gesetzlichen oder vertraglichen) Güterstand des italienischen Rechts wählen dürfen. Da das Ehegüterrecht des alten Kantonsteils Bern die Freiheit des Ehevertrages nicht kannte, sei der Ehevertrag der Parteien mit dem darin gewählten Dotalsystem unwirksam gewesen und habe für sie der Güterstand der Gütereinheit gemäss Satzungen 90 ff. des bernischen Zivilgesetzbuches bzw. nach seiner Neuordnung im EG zum ZGB gemäss Art.

145, 144 Ziff. 1 bis 6 EG gegolten. Diese Bestimmungen sehen eine Beteiligung der Ehefrau am Vorschlag nicht vor.

Gegen diese Entscheidung ist gemäss Art. 56 OG das Rechtsmittel der Berufung an das Bundesgericht nicht zulässig, weil sie von der Vorinstanz nicht in Anwendung von Bundesrecht gefällt wurde und auch nicht etwa in Anwendung von Bundesrecht hätte gefällt werden sollen. Unter dem Güterstand, nach welchem gemäss Art. 154 Abs. 2 ZGB zufolge der Scheidung der Vorschlag aufzuteilen ist, ist nämlich mangels anderweitiger Disposition der Ehegatten entsprechend dem vom ZGB angenommenen Grundsatz der Unwandelbarkeit des internen Ehegüterrechts (Schlusstitel Art. 9 Abs. 1) derjenige Güterstand zu verstehen, welchem die Ehegatten unmittelbar vor dem Inkrafttreten des ZGB unterworfen waren. Ob dies der Güterstand der Gütereinheit des Rechts des alten Kantonsteils Bern oder ein (gesetzlicher oder vertraglicher) Güterstand des italienischen Rechts sei, ist nach der örtlichen Kollisionsnorm des Art. 31 des Bundesgesetzes über die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter in Anwendung des italienischen Rechts zu entscheiden und von der Vorinstanz in Anwendung dieses Rechts, und zwar zu Gunsten der bernischen Gütereinheit, entschieden worden. Dieser Güterstand wird aber nach wie vor ausschliesslich vom kanton-bernischen Ehegüterrecht beherrscht, welches im Hinblick hierauf durch das EG zum ZGB neu formuliert worden ist (AS 41 II S. 192 f.; 42 II S. 198 ff.). Die Beklagte hat denn auch die Entscheidung der Vorinstanz über den in Rede stehenden Streitpunkt an der heutigen Verhandlung einzig nach der Richtung angefochten, dass gemäss Art. 172 des bernischen EG zum ZGB, welcher für diejenigen zivilrechtlichen Verhältnisse, deren Ordnung dem kantonalen Recht überlassen bleibt, das schweizerische ZGB als ergänzendes Recht erklärt, Art. 214 Abs. 1

ZGB anzuwenden gewesen wäre; hierin liegt aber nur die Rüge der Verletzung kantonalen Rechts bei der Beurteilung der Frage, ob die Vorschriften der Art. 145, 144 Ziff. 1-6 einer Ergänzung bedürfen, die allfällig im ZGB zu suchen gewesen wäre. Selbst wenn übrigens die Vorinstanz, der Beklagten folgend, Bundesrecht als ergänzendes kantonales Recht zur Anwendung gebracht haben würde, so hätte dies nach ständiger Rechtsprechung die Zulässigkeit der Berufung nicht zu begründen vermocht.

3. — Bei der Beurteilung der Entschädigungs- und Unterhaltsbeitragsbegehren der Beklagten ist die Vorinstanz davon ausgegangen, dass weder der Kläger noch die Beklagte an der Scheidung schuld seien, und hat daher das erstere, auf Art. 151 ZGB gestützte Begehren abgewiesen, dagegen das letztere, auf Art. 152 ZGB gestützte Begehren in der Form einer Kapitalsumme von 50,000 Fr. zugesprochen. Was insbesondere das Verschulden der Beklagten anbelangt, so hat die Vorinstanz angenommen, dass sich die Parteien bei der Rückkehr der Beklagten aus der Haft versöhnt, gegenseitig verziehen haben; infolgedessen sei es dem Kläger versagt, auf die früheren Verfehlungen der Beklagten zurückzugreifen, und solche aus neuerer Zeit seien nicht nachgewiesen. Dieser Auffassung kann nicht beigestimmt werden. Zwar entzieht sich die Frage, ob eine solche Verzeihung stattgefunden habe, der Nachprüfung durch das Bundesgericht, weil die Vorinstanz nicht etwa nur aus gewissen Einzeltatsachen auf eine Verzeihung, d. h. auf die Willenserklärung des Klägers, aus dem Lebenswandel der Beklagten während der Trennungszeit in Zukunft keine Folgen herzuleiten, geschlossen, sondern die Behauptungen der Beklagten, « dass ihr der Ehemann, als er sie aus der Untersuchungshaft wieder ins Haus aufnahm, ihr Abenteuer mit T. verziehen habe », « am Totenbette des Kindes habe man sich gegenseitig vergeben », als wahr angenommen hat; somit liegt die

für das Bundesgericht verbindliche tatsächliche Feststellung einer vom Kläger der Beklagten gegenüber ausdrücklich ausgesprochenen Verzeihung vor. Im weiteren ist auch davon auszugehen, dass der Kläger damals von den intimen Beziehungen der Beklagten mit T. Kenntnis hatte, weil die Vorinstanz seine gegenteilige Behauptung als völlig unglaublich erklärt. Hieraus folgt freilich, dass die Verzeihung den fortgesetzten Ehebruch der Beklagten mit T. umfasste, dagegen nicht, dass sie sich auch auf die Prostitution der Beklagten bezog. Dafür, dass der Kläger hievon nicht erst, wie er behauptet, durch die Einsicht in die Strafuntersuchungsakten im August 1922 Kenntnis erlangte, liegt nichts vor. Diese besonders schwere Verletzung der durch die Ehe begründeten Pflichten verschaffte dem Kläger einen selbständigen Scheidungsgrund, der durch die Verzeihung des Ehebruches mit T. in keiner Weise berührt wurde. Mildernde Umstände liegen allerdings darin, dass die Schuld an der vorausgegangenen Trennung vorwiegend, wenn nicht ausschliesslich, den Kläger trifft, dass T. die Beklagte zuhälterisch ausbeutete, und dass diese wiederholt versuchte, sich von ihm loszumachen, ohne ihm aber entrinnen und sich dem zum Martyrium gewordenen Zusammenleben entziehen zu können, wie die Vorinstanz feststellt; doch vermögen diese Umstände nichts daran zu ändern, dass dem Kläger ein Scheidungsgrund gegenüber der Beklagten zusteht. Dann ist es aber ausgeschlossen, die Beklagte als schuldlosen Ehegatten im Sinne der Art. 151, 152 ZGB anzusehen (AS 38 II S. 54).

Hievon abgesehen misst die Vorinstanz der Verzeihung einen nach dem Gesetz nicht gerechtfertigten Einfluss auf die Schuldfrage bei. Die Bedeutung der Verzeihung erschöpft sich nach Art. 137, 138 ZGB darin, dass sie den Wegfall der dort aufgeführten speziellen Scheidungsgründe nach sich zieht. Dagegen schliesst die Verzeihung nicht aus, dass das seinerzeit verziehene ehewidrige Verhalten den allgemeinen Scheidungsgrund

der tiefen Zerrüttung abzugeben vermag, wenn es trotz der Verzeihung Nachwirkungen äussert, welche die Ehe zerrütten und das Zusammenleben unerträglich machen. Vorliegend ist denn auch die Vorinstanz selbst davon ausgegangen, dass die früheren Verfehlungen der Beklagten « in dieser neuen Phase des Ehelebens übel nachgewirkt haben » (gleich den früheren Verfehlungen des Klägers, und weiter hat die Vorinstanz dessen Überfall auf die Beklagte im Jahre 1916 als ersten Grund der Zerrüttung bezeichnet, obwohl er von der gegenseitigen Verzeihung doch ebenfalls umfasst wurde). In der Tat kann nicht ernstlich in Zweifel gezogen werden, dass jene Verfehlungen wesentlich zur nunmehr bestehenden unheilbaren Zerrüttung beigetragen haben. Dann dürfen sie aber trotz der Verzeihung bei der Beurteilung der Frage des Verschuldens nicht unberücksichtigt bleiben, wie sich besonders aus der Überlegung ergibt, dass andernfalls die Auferlegung einer Wartefrist ausgeschlossen wäre, wenn ein Ehegatte sich eines der genannten Scheidungsgründe schuldig gemacht hat, der andere Ehegatte ihm zwar verzeiht, aber in der Folge sich herausstellt, dass, obwohl andere wesentliche Zerrüttungsmomente nicht vorliegen, die Verzeihung der Zerrüttung nicht vorzubeugen vermochte.

Kann somit nicht gesagt werden, dass die Beklagte schuldlos — im Sinne der angeführten ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichts — sei, so müssen ihr Entschädigung und Unterhaltsbeitrag versagt werden.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung der Beklagten wird, soweit darauf eingetreten werden kann, abgewiesen, dagegen diejenige des Klägers begründet erklärt und in Abänderung des Urteils des Appellationshofes des Kantons Bern vom 13. Juni 1924 das Begehren der Beklagten um Entschädigung und Unterhaltsbeitrag abgewiesen. Im übrigen wird das Urteil des Appellationshofes (soweit angefochten) bestätigt....