

anwendbaren Rechts nicht Stellung genommen ; sie scheint ohne weiteres auf schweizerisches Recht abgestellt zu haben. Von einer Rückweisung kann jedoch gestützt auf Art. 60 Abs. 1 lit. c OG gleichwohl Umgang genommen werden. Denn in anderem Zusammenhang hat die Vorinstanz ausgeführt : « Auch wenn grundsätzlich tschechisches Recht anwendbar wäre, so müsste doch auf das schweizerische Obligationenrecht als Ersatzrecht abgestellt werden, da dem Gericht der gegenwärtige Rechtszustand hinter dem eisernen Vorhang, namentlich auf dem Gebiete des Vertragsrechts, völlig unbekannt ist, und von der Klägerin auch nur der Versuch, diesbezüglich irgendwelche Unterlagen beizubringen, nicht gemacht wird. » Die Handhabung schweizerischen Rechtes als blosses Ersatzrecht für das anwendbare ausländische Recht ist aber vom Bundesgericht gemäss ständiger Rechtsprechung nicht nachzuprüfen (BGE 67 II 181, 218 und dort erwähnte Entscheide).

Das Bundesgericht hat deshalb davon auszugehen, dass die Verrechnung im vorliegenden Fall grundsätzlich zulässig ist und deren Voraussetzungen erfüllt sind. Dies aber natürlich nur unter der Voraussetzung, dass dem Beklagten die von ihm behaupteten Gegenforderungen auch wirklich zustehen...

## I. FAMILIENRECHT

### DROIT DE LA FAMILLE

#### 38. Urteil der II. Zivilabteilung vom 22. November 1951 i. S. Stadt Zürich gegen Feilner und Heshe.

Legitimation zur Klage auf Nichtigerklärung einer Ehe, Art. 121 und 122 ZGB. Offizialklage und Interessentenklage. Ist eine Scheinehe durch Scheidung aufgelöst, so steht der Wohnsitzgemeinde die Klage grundsätzlich mangels genügenden Interesses nicht zu.

Qualité pour intenter l'action en nullité d'un mariage, art. 121 et 122 CC. Action de l'autorité et action des intéressés. Lorsqu'un mariage fictif a été dissous par le divorce, la commune du domicile n'a pas d'action, en principe, faute d'un intérêt suffisant.

Veste per promuovere l'azione di nullità del matrimonio, art. 121 e 122 CC. Azione dell'autorità e azione degli interessati. Quando un matrimonio fittizio è stato sciolto mediante divorzio, il comune del domicilio non ha, in linea di massima, veste per agire, mancando un sufficiente interesse.

A. — Frau Ute von Heshe wollte im Jahre 1941 in Berlin einen Klaus Katzenellenbogen, alias Katling, heiraten. Die Heirat war aber nach der damaligen deutschen Gesetzgebung nicht möglich, weil Katling Halbjude war. Um das Ziel doch zu erreichen, vereinbarten die beiden mit dem mit ihnen befreundeten Schweizerbürger Wolfgang Feilner, von Wettswil a.A., dass er Frau Heshe heirate und mit ihr in die Schweiz einreise, und dass dann Katling ebenfalls in die Schweiz komme, um nach Scheidung der Ehe Feilner-Heshe diese Frau zu heiraten. In der Tat heiratete Feilner Frau Heshe im Juni 1944 in Berlin, kam in die Schweiz zurück und liess seine Frau, die vorläufig bei Katling geblieben war, später nachkommen. Katling folgte ihnen,

indem er über den Rhein schwamm. Als er aus dem Emigrantenlager entlassen war, lebten die drei einige Zeit beisammen. Alsdann zog Feilner fort, und Katling lebte weiter mit Frau Feilner-Heshe. Am 19. Dezember 1946 wurde die Ehe Feilner-Heshe in Berlin vereinbarungsgemäss geschieden, wobei die Ehefrau alle Schuld auf sich nahm und die Kosten bezahlte. Katling heiratete sie aber doch nicht, sondern wanderte nach Argentinien aus und liess sie in Zürich.

B. — Mit vorliegender Klage verlangte der Stadtrat von Zürich, dass die Ehe Feilner-Heshe nichtig erklärt und die Bösgläubigkeit der Beklagten beim Eheabschluss festgestellt werde. Beide Beklagte gaben zu und Katling bezeugte, dass es sich um eine Scheinehe handelte, die nur geschlossen wurde, um der Frau Heshe die Einreise in die Schweiz zu erleichtern, und wieder geschieden werden sollte, sobald Katling nachgekommen wäre.

C. — Das Bezirksgericht Zürich erklärte die Ehe nichtig und stellte fest, dass beide Beklagte beim Eheabschluss bösgläubig waren. Das Obergericht Zürich verneinte mit Urteil vom 28. Juni 1951 die Klagelegitimation des als Kläger auftretenden Stadtrates von Zürich; denn die Offizialklage des Art. 121 Abs. 1 ZGB sei nach Scheidung der Ehe nicht mehr zulässig (Art. 122 Abs. 1 ZGB). Nun könnte allerdings dem Staat oder der Gemeinde unter Umständen auch die « Popularklage » des Art. 121 Abs. 2 ZGB zustehen, die auch nach Auflösung der Ehe noch zulässig sei (Art. 122 Abs. 1 zweiter Satzteil). Eigene « private oder fiskalische » Interessen seien aber seitens des Klägers nicht geltend gemacht worden. Er berufe sich auf das allgemeine moralische Interesse und auf die öffentliche Ordnung, was nur Gegenstand einer Offizialklage hätte bilden können, die aber eben nach der Scheidung der Ehe nicht mehr in Frage komme.

D. — Gegen dieses Urteil hat « die Stadt Zürich » Berufung an das Bundesgericht eingelegt und das Begehren der Klage erneuert.

### Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Zur Klage auf Nichtigkeitserklärung einer Ehe sind nach Art. 121 ZGB berechtigt: a) die zuständige Behörde, b) jedermann, der (an der Nichtigkeitserklärung) ein Interesse hat.

a) Die Behörde ist von Bundesrechts wegen beauftragt, das öffentliche Interesse daran wahrzunehmen, dass keine nichtigen Ehe geschlossen werden oder bestehen bleiben (örtlich zuständig sind naturgemäss die Behörden desjenigen Kantons, in dessen Gebiet die gerichtliche Zuständigkeit nach Art. 136 ZGB gegeben ist; vgl. BGE 33 I 342 ff.; EGGER, zu Art. 121 ZGB N. 2). Der gesetzgeberische Grund zu dieser amtlichen Klagepflicht ist der gleiche, wie er der amtlichen Einspruchspflicht nach Art. 109 ZGB zugrunde liegt. Wenn weder seitens der Behörde noch seitens eines Interessenten (Art. 108) Einspruch erhoben wurde, oder der Einspruch den Eheabschluss nicht verhinderte, soll die Behörde, falls sie einen Fall der Nichtigkeit nach Art. 120 ZGB annimmt, die Nichtigkeitsklage erheben, um aufheben zu lassen, was nicht hätte begründet werden sollen.

b) Wie nach Art. 108 ZGB jedermann, der daran ein Interesse hat, befugt ist, gegen den beabsichtigten Abschluss einer Ehe Einspruch zu erheben (und zwar wegen irgendeines Eheunfähigkeitsgrundes oder Ehehindernisses), so ist nach Art. 121 Abs. 2 ZGB neben der Behörde « jedermann, der ein Interesse hat », zur Klage auf Nichtigkeitserklärung der abgeschlossenen Ehe befugt (unter Vorbehalt von Art. 122 Abs. 2). Unter Interesse ist hier ein eigenes, besonderes Interesse des Klägers zu verstehen, nicht das von der Behörde zu wahrende Interesse der Allgemeinheit.

Daraus erklärt sich die Vorschrift von Art. 122 Abs. 1 ZGB: Nach Auflösung der Ehe wird die Nichtigkeit nicht mehr von Amtes wegen verfolgt, ist also die « Behörde » nicht mehr zur Klage verpflichtet noch auch nur befugt. Solchenfalls anerkennt das Gesetz kein öffentliches Interesse mehr an der Nichtigkeitserklärung. Nach wie vor kann

aber « jedermann, der ein Interesse hat », die Nichtigerklärung verlangen. Der Richter hat im einzelnen Falle zu prüfen, ob ein solches Interesse bestehe, weil eben, wer klagen will, ein gegenwärtiges Interesse nachweisen muss; andernfalls fehlt ihm das Klagerecht.

Zu diesen « Interessenten » kann auch ein Gemeinwesen gehören. Auch es muss aber ein eigenes Interesse nachweisen. Es kann zur Begründung seines Einschreitens gegen die Ehe nicht das allgemeine Interesse anrufen, dessen Wahrung von Bundesrechts wegen der « zuständigen Behörde » aufgetragen ist. Nur ein Gemeinwesen, das ein besonderes eigenes Interesse nachzuweisen vermag, ist somit zur Klage auf Nichtigerklärung der Ehe berechtigt. Das gilt sowohl während des Bestehens der Ehe wie auch nach deren Auflösung.

2. — Die Erwägungen des angefochtenen Urteils tragen dieser Rechtslage nicht durchwegs Rechnung. Vor allem betrachtet das Obergericht als Kläger den « Stadtrat von Zürich » als Behörde, ohne sich daran zu stossen, dass die Anwaltsvollmacht zur Vertretung der « Stadt Zürich » erteilt worden war. Freilich benennt auch die Beklagtenschaft die Gegenpartei « Stadtrat von Zürich », und auf diesen Namen lautet bereits die Weisung, wie dann auch die Urteile beider kantonalen Instanzen. Der Ansicht des Obergerichtes, Kläger sei nur der Stadtrat als Behörde, hätte es entsprochen, eine entsprechende berichtigte Anwaltsvollmacht nachzuverlangen und, wenn sie nicht vorgelegt worden wäre, auf die Klage nicht einzutreten. Und wenn das Bundesgericht vom gleichen Sachverhalt auszugehen hätte, den das Obergericht annahm, könnte es seinerseits auf die Berufung der « Stadt Zürich » nicht eintreten. Zwar wäre der handelnde Vertreter ermächtigt, für die Stadt aufzutreten, dagegen würde es an einem obergerichtlichen Urteil über eine Klage der Stadt fehlen. Indessen ist die Berufung auf alle Fälle unbegründet, auch wenn angenommen wird, die Klage sei für den Stadtrat als « zuständige Behörde » und zugleich für die Stadt Zürich als inte-

ressiertes Gemeinwesen erhoben worden, die Vollmacht reiche auch in jener Hinsicht aus, das Obergericht habe die Klagen beider Streitgenossen abgewiesen, und die Berufung an das Bundesgericht sei über die dabei gewählte Partei- bezeichnung hinaus auch für den Stadtrat als Behörde eingelegt.

a) Die Klagelegitimation der Behörde ist gemäss Art. 122 Abs. 1 erstem Satzteil zu verneinen. Diese Vorschrift lässt die amtliche Klage nach Auflösung der Ehe nicht mehr zu. Das mag bei Scheinehen zunächst befremden, jedenfalls wenn man an die von einer Ausländerin mit einem Schweizerbürger abgeschlossene Scheinehe bloss zum Erwerb des Schweizerbürgerrechtes denkt (was im vorliegenden Falle vorläufiger, aber nicht Endzweck war). Wäre als Ziel der Nichtigerklärung einer Scheinehe gerade die Aufhebung von deren Nebenwirkungen, insbesondere des für die Frau mit dem Eheabschluss verbundenen Bürgerrechtserwerbes, zu betrachten, so bestünde zur amtlichen Ehenichtigkeitsklage nach Auflösung der Ehe die gleiche Veranlassung wie zuvor. Die Schranken des Art. 122 Abs. 1 ZGB dürfen aber nicht durchbrochen werden. Es ginge nicht an, in dieser Vorschrift einfach deshalb eine Lücke zu finden, weil das Gesetz selbst die Scheinehe nicht als Nichtigkeitsgrund besonders anführt. Übrigens erheben sich gegenüber einer Ausdehnung des amtlichen Klagerechtes auf die Zeit nach Auflösung einer Scheinehe auch sachliche Bedenken. Die Ehenichtigkeitsklage richtet sich vornehmlich gegen den Bestand der Ehe selbst. Das gilt auch im Falle der Scheinehe; es ist deren Bestand, der aus eherechtlichem Gesichtspunkt Anstoss erregt. Eine unter Ausschluss der ehelichen Gemeinschaft, als blosser Formalakt zur Erschleichung eines Bürgerrechtes, abgeschlossene Ehe ist ein von den Kontrahenten beabsichtigtes Zerrbild dessen, was die Ehe ihrem Wesen nach ist. Dies ist der eigentliche Grund für die Befugnis der Zivilgerichte, zufolge einer Nichtigkeitsklage gegen solche Scheinehen einzuschreiten. Ist die Scheinehe durch Tod eines Ehegatten oder durch Schei-

dung aufgelöst, so ist das anstössige Scheingebilde beseitigt und für ein Vorgehen der «zuständigen Behörde» kein Anlass mehr. Falls vom Standpunkt der Bürgerrechtsordnung aus die ja nach Auflösung der Ehe weiterhin zulässige Ehenichtigkeitsklage von «Interessenten» als unzureichend erachtet werden sollte, dürfte es an der Bürgerrechtsordnung sein, die betreffenden Belange zu schützen (vgl. den geltenden BRB vom 11. November 1941).

Das Obergericht kommt in diesem Punkte zu keinem abweichenden Schluss, glaubt sich aber mit dem Urteil in der Sache Frick (BGE 65 II 133 ff.) im Widerspruch zu befinden. Allein in jenem Falle war nicht die «zuständige Behörde», sondern die Stadt Zürich als wirklich oder vermeintlich interessiertes Gemeinwesen, unterstützt von der Bürgergemeinde Zug als Heimatgemeinde in der Rolle der Nebenintervenientin, aufgetreten.

b) Was die Klage der Stadt Zürich (als Wohnsitzgemeinde) betrifft, so hängt deren Legitimation nach dem in Erw. 1 Ausgeführten davon ab, ob diese Gemeinde ein hinreichendes Interesse an der Nichtigklärung hat. Darauf wurde in BGE 65 II 133 nicht streng geachtet; es war damals auf jeden Fall die intervenierende Heimatgemeinde Zug klageberechtigt. Keinesfalls handelt es sich bei Art. 121 Abs. 2 ZGB um eine Popularklage (wie sie das Obergericht nach dem Vorgang des Kommentars von Egger bezeichnet). Nur wer ein eigenes Interesse hat, nicht jeder Orts-, Kantons- oder Schweizerbürger und nicht jede schweizerische Gemeinde oder jeder Kanton ist zur «Interessentenklage» legitimiert, die eben nicht die der «zuständigen Behörde» zur Wahrung aufgegebenen allgemeinen Interessen zu verwirklichen hat. Ein genügendes eigenes Interesse ist nun gewiss in der Regel der Heimatgemeinde zuzuerkennen, mit Rücksicht auf die mit dem Gemeindebürgerrecht verbundenen gegenseitigen Rechte und Pflichten von Gemeinde und Bürger. So hat das Bundesgericht die Heimatgemeinde als berechtigt befunden, den Zivilstand eines Kindes zu bestreiten, das im Geburtsschein

wahrheitswidrig als Kind eines seiner Gemeindebürger angegeben worden war (BGE 41 II 425); die blossе Möglichkeit, dass die Heimatgemeinde einmal Unterstützungspflichten erfüllen müsse, begründe ein genügendes Interesse an solcher Klage. Man wies auch auf die Art. 256, 262 und 306 ZGB hin, wo das Gesetz selbst von dieser Betrachtung ausgehe. In den erwähnten Fällen ist allerdings die Heimatbehörde schon von Bundesrechts wegen zur Vertretung von Heimatkanton und -gemeinde berufen. Aber es geht dabei eben um die Wahrung der Interessen der betreffenden Gemeinwesen, nicht um solche der Behörde oder der Allgemeinheit. Aus diesem Gesichtspunkte muss der Heimatgemeinde auch die Geltendmachung der Nichtigkeit der Ehe, insbesondere der missbräuchlich abgeschlossenen Scheinehe eines ihrer Bürger mit einer Ortsfremden, zumal einer Ausländerin, zugestanden werden. Das Interesse der Heimatgemeinde erschöpft sich dabei übrigens nicht in der Vermeidung einer allfälligen Unterstützungspflicht im Verarmungsfalle der neuen Bürgerin und etwa auch von deren Nachkommenschaft, sondern es ist die Gesamtheit der mit dem Gemeindebürgerrecht verbundenen Rechtsbeziehungen zwischen Gemeinde und Bürger zu bedenken.

Mit der Wohnsitzgemeinde ist die Verbindung viel lockerer. Der Wohnsitz ist jederzeit dem Wechsel unterworfen. Auch bei wohnörtlicher Armenunterstützung begründet daher die blossе Möglichkeit zukünftiger Verarmung eines Einwohners schweizerischer Nationalität kein genügendes gegenwärtiges Interesse an einer Klage, wie sie hier vorliegt. Die betreffende Einwohnerin kann ja, bevor sie allenfalls einmal verarmt, längst an einen andern Ort übersiedelt und demzufolge die Unterstützungspflicht des frühern Wohnortes weggefallen sein. Gerade im vorliegenden Falle hat denn auch Frau Heshe die Schweiz längst wieder verlassen. In der Klage vom 17. November 1950 ist zwar als ihr Wohnsitz noch Zürich angegeben, in einer Eingabe der Beklagtschaft vom 23. gl. M. aber bereits Hamburg. Die entfernte Möglichkeit einer spätern Unter-

stützungspflicht der Stadt Zürich, wie sie vorher bestanden haben mag, ist seit dem Wegzug der Frau Heshe für Zürich nicht grösser als für irgend eine andere Gemeinde der Schweiz, wo sich Frau Heshe vielleicht einmal niederlassen wird. Es kann hier dahingestellt bleiben, wie es sich mit dem Interesse einer Wohnsitzgemeinde verhält, die bei Klageanhebung tatsächlich die betreffende Person schon unterstützt, ohne dass mit deren Wegzug zu rechnen oder eine Heimschaffung möglich wäre. Eine solche Last der Stadtgemeinde Zürich bestand hier, solange Frau Heshe dort wohnte, nicht. Ein Interesse dieser Gemeinde an der Klage wäre noch um so mehr zu verneinen, wenn zutreffen sollte, dass nach der zürcherischen Gesetzgebung die Kantonsbürger der Armenpflege der Heimatgemeinde unterstützen, wie dies heute der Vertreter der Beklagtschaft ausgeführt hat.

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichtes des Standes Zürich vom 28. Juni 1951 bestätigt.

**39. Urteil der II. Zivilabteilung vom 5. Juli 1951**  
i. S. Schmid gegen Schmid.

Ehescheidung wegen tiefer Zerrüttung: Abgrenzung zwischen *schuldhaften und objektiven Zerrüttungsfaktoren* im Rahmen des Art. 142 Abs. 2 ZGB.

Divorce pour cause d'atteinte grave au lien conjugal: Distinction dans le cadre de l'art. 142 CC entre *causes objectives* et *causes imputables à faute*.

Divorzio per profonda turbazione delle relazioni coniugali. Distinzione, nel quadro dell'art. 142 CC, tra *cause oggettive* e *cause imputabili a colpa*.

(Beide kantonalen Instanzen haben die Scheidungsklage des Mannes gegen den Widerstand der Frau gestützt auf Art. 142 ZGB gutgeheissen, wogegen diese Berufung ans Bundesgericht einlegte.)

*Das Bundesgericht zieht in Erwägung :*

Die Beklagte macht mit ihrer Berufung — wie schon vor Bezirksgericht — geltend, die tiefe Zerrüttung, die sie nicht mehr bestreitet, sei dem überwiegenden Verschulden des Klägers zuzuschreiben, dem daher gemäss Art. 142 Abs. 2 ZGB kein Klagerecht zustehe. Das Schicksal der Klage hängt in der Tat davon ab, ob Art. 142 Abs. 2 ZGB auf den Kläger anzuwenden ist oder nicht.

Das Bezirksgericht kam auf Grund des Beweisverfahrens zum Schlusse, es sei von beiden Parteien gefehlt worden und ein eindeutig überwiegendes Verschulden des Klägers nicht nachgewiesen; aber selbst wenn das Verschulden des Klägers dasjenige der Beklagten überwiegen sollte, könnte dem Kläger Art. 142 Abs. 2 ZGB nicht entgegengehalten werden, weil die Hauptursache des Scheiterns der Ehe nicht in dem schuldhaften Verhalten der Parteien liege, sondern in ihrer überaus grossen Nervosität, welcher ein grosser Teil der Ausschreitungen zuzuschreiben sei. Das Obergericht stimmt dieser letztern Begründung bei. Es führt aus, weder der Wortlaut des Art. 142 Abs. 2 ZGB noch die bisherige Judikatur gebe klaren Aufschluss darüber, ob das Gesetz nur demjenigen Ehegatten das Klagerecht versagen wolle, dessen Verschulden alle übrigen Zerrüttungsmomente, sowohl schuldhaft in der Person des andern als objektive, an ursächlicher Bedeutung für die Zerrüttung überwiege, oder ob jene Rechtsfolge schon dann eintrete, wenn das Verschulden des Klägers dasjenige des Beklagten ohne Rücksicht auf mitwirkende objektive Zerrüttungselemente überwiege. Die letztere Auffassung, wonach bei dieser Abwägung lediglich die Schuld des einen der Schuld des andern Ehegatten gegenüberzustellen sei, könne nicht richtig sein. Aus dem Zusammenhang mit Abs. 1, wo der Tatbestand der Zerrüttung nicht als Schuld tatbestand statuiert sei, sondern sowohl subjektiv-schuldhaft als objektiv verursacht sein könne, folge vielmehr, dass Abs. 2 nicht das Verhältnis