

4° S'il faut reconnaître, ensuite de ce qui précède, qu'une conclusion principale et unique en séparation de corps, même fondée sur l'art. 47 susvisé, est inadmissible et contraire à la loi, il n'en demeure pas moins loisible au demandeur en divorce, en laissant entrevoir la possibilité d'une réconciliation avec son conjoint, de demander par des conclusions subsidiaires au Tribunal d'user de la faculté que le dit article lui accorde, et de ne prononcer qu'une séparation de corps pour la durée maximale de deux ans. Une pareille séparation ne peut, toutefois, comme il a été dit plus haut, être prononcée que dans le cas prévu au seul art. 47, à titre de tentative dans le but d'obtenir une réconciliation possible entre les époux, et sans qu'elle puisse remplacer le divorce, lorsque celui-ci serait seul justifié par les faits de la cause.

Par ces motifs

Le Tribunal fédéral  
prononce :

Le recours est écarté comme mal fondé.

#### 64. Urtheil vom 22. Mai 1877 in Sachen Eheleute Heyne.

A. Das Civilgericht des Kantons Baselstadt erkannte unterm 17. Jenner d. J.:

Es werden die Parteien auf zwei Jahre von Tisch und Bett geschieden. Die sämtlichen drei Kinder sind während dieser Zeit der Mutter zu Erziehung und Unterhalt zugesprochen. Diese übernimmt jedoch die Verpflichtung, die Kinder wenigstens wöchentlich ein Mal ihrem Vater zum Besuch zu senden und ihm bezüglich ihres Aufenthaltes und wichtiger Maßregeln der Erziehung eine Mitwirkung zu gestatten, worüber im Streitfalle der Vogt der Kinder zu entscheiden hat. Die Verwaltung des gemeinsamen Vermögens bleibt indessen dem Manne, und es hat derselbe der Frau ihre und der Kinder Leibesangehörden, sowie die zur Führung eines anständigen Haushaltes erforderliche Fahrhabe, nöthigenfalls unter Präsidialentscheid, auszuweisen, und an sie einen

jährlichen Unterhaltsbeitrag von dreitausend Franken, vierteljährlich vorauszahlbar, zu entrichten. Ueber das Gesamtvermögen ist ein Inventar aufzunehmen. Die sämtlichen Kosten werden vom Kläger aus der Masse getragen.

B. Bei diesem Urtheil beruhigte sich die Beklagte; dagegen ergriff Kläger die Berufung an das baselische Appellationsgericht, welches sodann vermittelst Erkenntniß vom 15./22. März d. J. unter Aufhebung des erstinstanzlichen Urtheils das Ehescheidungsbegehren des Klägers abwies und denselben in sämtliche Kosten beider Instanzen verfallte.

C. Dieses Urtheil zog der Kläger an das Bundesgericht. In seiner dießfälligen Eingabe beschwerte er sich vorerst darüber, daß das Urtheil gegen §. 235 Abs. 2 der Civilprozessordnung verstoße, welcher lautet: „Hat bloß eine der Parteien appellirt, so kann das Urtheil des erstinstanzlichen Gerichtes wohl zu ihren Gunsten, nicht aber zu ihrem Nachtheil abgeändert werden,“ und stellte sodann folgende Rechtsbegehren:

1. Das Urtheil des Appellationsgerichtes zu Basel vom 15. März sei aufzuheben;

2. die gänzliche Scheidung auszusprechen; eventualiter eine temporäre von einem Jahr zu erkennen, eventualissime das Urtheil des Civilgerichtes vom 17. Jenner wieder herzustellen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Wie vom Bundesgerichte, gestützt auf die Art. 29 und 30 des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege, schon wiederholt ausgesprochen worden ist, hat dasselbe als Oberinstanz in Ehescheidungsprozessen seinem Urtheile in der Regel den von den kantonalen Gerichten festgestellten Thatbestand zu Grunde zu legen und nur die Fragen der richtigen Anwendung der bundesgesetzlichen Bestimmungen zu prüfen. Die Beschwerde über Verletzung des Art. 235 der basler C. P. O. fällt somit ohne Weiters außer Betracht.

2. In thatsächlicher Hinsicht haben nun beide Vorinstanzen übereinstimmend festgestellt, daß keiner der in Art. 46 des Bundesgesetzes über Civilstand und Ehe aufgeführten Scheidungsgründe erwiesen, dagegen allerdings das eheliche Verhältniß der Litiganten in so hohem Grade zerrüttet sei, daß das dermalige

Zusammenleben für die Parteien als ein fortwährendes Leiden erscheinen müsse, jedoch auch in dieser Hinsicht der Frau eine bestimmte Verschuldung nicht nachgewiesen werden könne. Während aber die erste Instanz sich auf diesen Satz beschränkt und über die Frage, welcher Theil die Hauptverschuldung an den ehelichen Zerwürfnissen trage, sich nicht näher ausspricht, stellt das Urtheil des Appellationsgerichtes fest, daß der Mann der schuldige Theil sei, und ist das Appellationsgericht von diesem Standpunkte aus zur gänzlichen Abweisung der Klage gelangt, indem nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen sich Niemand zu seinen Gunsten auf seine eigene Verschuldung berufen könne, woraus folge, daß demjenigen Ehegatten, welcher ganz oder doch vorzugsweise die Schuld an der Zerrüttung der Ehe trage, die Scheidungsklage nach Art. 47 nicht zustehet.

3. Bekanntlich hat das Bundesgericht schon in wiederholten Entscheidungen den Art. 47 des citirten Bundesgesetzes auf die gleiche Weise ausgelegt und demnach Scheidungsklagen, welche auf jene Gesetzesbestimmung sich stützten, abgewiesen, wenn der unschuldige Theil sich jeglicher, definitiven oder temporellen, Scheidung widersetzte. (Vergl. Urtheil des Bundesgerichtes vom 11. April 1876 in Sachen Eheleute Schwarzenbach, offizielle Sammlung der bundesgerichtlichen Entscheidungen Bd. II S. 273, ferner bundesgerichtliches Urtheil in Sachen Fischer vom 2. Dezember 1876, Grw. 2 und 3, a. a. D. S. 501.) Würde daher die Beklagte sich gegen die von der ersten Instanz ausgesprochene Temporalscheidung auslehnen, so müßte allerdings das appellationsgerichtliche Urtheil bestätigt werden, indem sowohl die thatsächlichen als rechtlichen Ausführungen desselben als durchaus unanfechtbar erschienen und insbesondere davon gar keine Rede sein kann, daß einer der in Art. 46 leg. cit. aufgeführten Scheidungsgründe dem Kläger zu Gebote stehe.

4. Anders verhält es sich aber, wenn der unschuldige Theil sich der Scheidungsklage des schuldigen nicht widersetzt, sondern sich derselben freiwillig unterzieht. In diesem Falle liegen keine hinreichenden Gründe vor, dem ganz oder vorzugsweise an der Zerrüttung der Ehe schuldigen Ehegatten die Scheidungsklage zu versagen, beziehungsweise auf die Klage des schuldigen Theils, ge-

stützt auf Art. 47 leg. cit., die gänzliche oder temporelle Scheidung im Interesse beider Ehegatten auszusprechen, sofern die objektive Voraussetzung jener Gesetzesbestimmung, nämlich eine tiefe Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses, vorliegt.

5. Hieron ausgegangen muß das erstinstanzliche Urtheil wieder hergestellt werden. Denn nicht nur hat die Beklagte gegen jenes Urtheil die Berufung nicht ergriffen, sondern vor Appellationsgericht auf Befragen ausdrücklich erklärt, daß sie sich bei der temporären Trennung beruhige; und was das eheliche Verhältniß betrifft, so steht, wie bereits oben bemerkt, zweifellos fest, daß dasselbe in hohem Grade zerrüttet ist.

6. Was die Folgen der Scheidung von Tisch und Bett in Betreff der persönlichen Rechte der Ehegatten, ihrer Vermögensverhältnisse, der Erziehung und des Unterrichtes der Kinder anbelangt, so ist ebenfalls einfach das erstinstanzliche Urtheil zu bestätigen, indem keinerlei Gründe zu einer Abänderung desselben vorliegen.

7. Die sämtlichen Prozeßkosten sind dem Kläger aufzulegen, da derselbe, wie das Appellationsgericht richtig ausgeführt hat, weitaus die größte Schuld an den ehelichen Zerwürfnissen trägt und mit seinem eventuellen Begehren lediglich deshalb obliegt, weil die Beklagte sich demselben freiwillig unterzogen hat.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

1. Die Eheleute S. sind auf zwei Jahre zu Tisch und Bett geschieden.

2. Die sämtlichen drei Kinder sind während dieser Zeit der Mutter zu Erziehung und Unterhalt zugesprochen. Diese übernimmt jedoch die Verpflichtung, die Kinder wenigstens wöchentlich ein Mal ihrem Vater zum Besuch zu senden und ihm bezüglich ihres Aufenthaltes und wichtiger Maßregeln der Erziehung eine Mitwirkung zu gestatten, worüber im Streitfalle der Vogt der Kinder zu entscheiden hat. Die Verwaltung des gemeinsamen Vermögens bleibt indessen dem Manne und es hat derselbe der Frau ihre und der Kinder Leibesangehörden, sowie die zur Führung eines anständigen Haushaltes erforderliche Fahr-

habe, nöthigenfalls unter Präsidialentscheid des basler Civilgerichtes, auszuweisen, und an sie einen jährlichen Unterhaltungsbeitrag von 3000 Fr. (dreitauſend Franken), vierteljährlich vorausbezahlfbar, zu entrichten. Ueber das Gesamtvermögen ist ein Inventar aufzunehmen.

65. *Arrêt du 1<sup>er</sup> Juin 1877 dans la cause Magnin.*

Les époux Joseph-Sylvère-Ignace Magnin, de Marsens et Joséphine-Aurélié Magnin née Crausaz sont unis par les liens du mariage dès le 24 Avril 1854.

Dans le courant de l'année 1863, et ensuite de la mésintelligence continuelle qui régnait entre ces époux, le Conseil communal de Marsens contraignit, par un délibéré spécial, Sylvère Magnin à quitter la maison conjugale, et à abandonner à sa femme la gestion des biens qu'elle possédait.

La Justice de paix du quatrième cercle de la Gruyère, nantie de cette décision par lettre du 23 Septembre 1863, approuva les agissements du Conseil communal de Marsens en nommant à la femme Magnin un conseil judiciaire avec le concours duquel elle a, depuis, seule administré sa fortune.

Les époux Magnin sont demeurés séparés de fait dès cette époque, sans qu'aucune tentative de rapprochement ait eu lieu de part ou d'autre.

Par mandat du 5 Août 1876, déposé en mains du Président du Tribunal civil de l'arrondissement de la Gruyère, Sylvère Magnin, invoquant les articles 43 et suivants de la loi fédérale sur l'état civil et le mariage, 81 et suivants, 90 et suivants de la loi fribourgeoise sur cette matière, a conclu à ce que les liens du mariage qui l'unissent à sa femme soient rompus par le divorce.

Le 17 Octobre 1876, Sylvère Magnin réitéra devant le Tribunal de la Gruyère la demande en divorce formulée dans son mandat précité :

Se déterminant, le dit jour, sur les conclusions du demandeur, la femme Magnin déclara consentir à la séparation de

corps et de biens d'avec son mari, tout en protestant contre une demande en divorce ; elle ajouta être prête toutefois à consentir au dit divorce, pourvu qu'il soit prononcé par monseigneur l'évêque.

Statuant en application des articles 78 de la loi fribourgeoise du 25 novembre 1875 sur le mariage et le divorce, 46 et 47 de la loi fédérale du 24 Décembre 1874, le Tribunal de la Gruyère prononça la séparation de corps entre les époux Magnin pour le terme de deux ans.

Par exploit du 3 Novembre 1876, Sylvère Magnin interjeta appel de ce jugement, estimant que le divorce eût dû être prononcé à teneur de l'article 47 précité.

Par arrêt du 12 Janvier 1877, la Cour d'appel du canton de Fribourg, confirmant le jugement de première instance, écarte la demande de divorce et prononce une séparation de deux ans entre Sylvère Magnin et sa femme.

C'est contre ce jugement que Sylvère Magnin a recouru au Tribunal fédéral, aux termes de l'article 29 de la loi sur l'organisation judiciaire fédérale.

*Statuant sur ces faits et considérant en droit :*

1° L'article 47 de la loi fédérale sur l'état civil et le mariage, en autorisant le Tribunaux à prononcer la séparation temporaire des époux, au lieu du divorce, lorsque le lien conjugal est profondément atteint, a manifestement voulu ménager au dits époux la possibilité d'une réconciliation et les mettre, pendant ce temps d'épreuve, en position de reprendre la vie commune, s'il existe encore quelque chance de rapprochement. Il sort de là qu'il n'y a pas lieu de statuer un essai de cette nature dans les cas où les circonstances démontrent son absolue inutilité.

2° La séparation de fait des époux Magnin depuis quatorze années est de nature à faire évanouir tout espoir de rapprochement entre eux, et l'inefficacité d'une prolongation de cet état de choses, en vue d'une réconciliation possible, résulte irrésistiblement des déclarations concordantes et persistantes des parties. C'est donc à tort que le Tribunal de la Gruyère a, dans ces circonstances de fait, prononcé le re-