

## I. PERSONENRECHT

### DROIT DES PERSONNES

Vgl. Nr. 17. — Voir n° 17.

## II. FAMILIENRECHT

### DROIT DE LA FAMILLE

#### 13. Urteil der II. Zivilabteilung vom 22. Mai 1942 i. S. Harder gegen Harder-Schmidlin.

*Verhältnis* des speziellen Scheidungsgrundes des Art. 137 ZGB zum allgemeinen des Art. 142 : Der spezielle Scheidungsgrund des einen Ehegatten schliesst den allgemeinen des andern nicht aus. Der aus Art. 137 beklagte Ehegatte verliert deswegen, weil er Ehebruch begangen hat, nicht grundsätzlich das Recht, seinerseits die Scheidung wegen tiefer Zerrüttung zu verlangen (an der er nicht überwiegend schuld ist).

Rapport entre la *cause déterminée* de divorce prévue à l'art. 137 CC et la *cause indéterminée* prévue à l'art. 142. La cause déterminée de l'un des époux n'exclut pas la cause indéterminée de l'autre. Le conjoint actionné en vertu de l'art. 137, et qui a commis adultère, ne perd donc pas, de ce fait, en principe, le droit de demander le divorce pour cause d'atteinte profonde au lieu conjugal (la désunion n'étant pas due à sa faute prépondérante).

Relazione tra la *causa determinata* del divorzio prevista dall'art. 137 CC e la *causa indeterminata* contemplata dall'art. 142. La causa determinata di uno dei coniugi non esclude la causa indeterminata dell'altro. Il coniuge convenuto in virtù dell'art. 137 (adulterio) non perde quindi in linea di massima il diritto di chiedere il divorzio per grave turbazione delle relazioni coniugali non dovuta a sua colpa preponderante.

A. — Die Ehefrau erhob Klage auf Trennung der Ehe gestützt auf Art. 142 ZGB. Der Mann beantragte Abweisung der Klage und verlangte seinerseits Scheidung aus

dem gleichen Titel, welcher Widerklage sich die Frau widersetzte.

B. — Das Bezirksgericht Frauenfeld sprach die Scheidung in Anwendung von Art. 142 ZGB aus. Es kam zum Schlusse, an der vorhandenen tiefen Zerrüttung der Ehe sei die Frau mindestens ebenso schuldig als der Mann, jedenfalls dieser nicht überwiegend.

C. — Gegen dieses Urteil appellierte die Klägerin unter Geltendmachung einer neuen Tatsache, nämlich dass der Beklagte « in letzter Zeit » mit einer A. H. geschlechtlich verkehrt und sie geschwängert habe. Der Widerkläger gab diese Anschuldigung zu, behauptete jedoch, dass seine Beziehungen zu der andern Frau erst nach der Trennung von der Klägerin begonnen hätten.

D. — In seinem Urteil vom 17. März 1942 stellt das Obergericht des Kantons Thurgau den behaupteten und vom Beklagten zugegebenen Ehebruch fest und führt aus, nach konstanter Praxis schliesse das Vorliegen eines Ehebruches die Geltendmachung des allgemeinen Scheidungsgrundes der tiefen Zerrüttung aus; der Ehebruch des einen Ehegatten gebe dem andern ein Recht zur Klage, gleichgültig welches das Verschulden des letztern an der Zerrüttung der Ehe sei und ohne Rücksicht darauf, ob eine Zerrüttung schon vor dem Ehebruch bestanden habe. Der ehebrecherische Gatte könne sich nicht mehr auf Art. 142 ZGB berufen; die Klage des Mannes auf Scheidung sei daher abzuweisen und die auf blosser Trennung gehende der Frau gutzuheissen.

E. — Mit der vorliegenden Berufung hält der Widerkläger an seinem Antrag auf Abweisung der Klage und Gutheissung der Widerklage auf Scheidung fest. Die Klägerin trägt auf Bestätigung des angefochtenen Urteils an.

*Das Bundesgericht zieht in Erwägung:*

Die Vorinstanz geht davon aus, dass ein Ehegatte, der Ehebruch begangen hat, selber nicht mehr die Schei-

dung wegen tiefer Zerrüttung verlangen könne. Einen solchen Grundsatz hat die bundesgerichtliche Rechtsprechung jedoch nie aufgestellt. Im Gegenteil wurde in vielen Fällen anerkannt, dass die Scheidung auf Begehren des einen Ehegatten aus einem speziellen Scheidungsgrunde, z. B. Ehebruch, und zugleich auf Begehren des andern aus dem allgemeinen Scheidungsgrund der tiefen Zerrüttung ausgesprochen werden kann. Die gegenteilige Auffassung liesse sich mit dem Gesetz nicht vereinbaren. Der allgemeine Scheidungsgrund des Art. 142 ZGB hat nicht bloss subsidiären Charakter, jedenfalls nicht in dem Sinne, dass er von demjenigen Ehegatten nicht angerufen werden könnte, gegen den ein spezieller Scheidungsgrund besteht. Etwas derartiges ist auch im Urteil BGE 57 II 245, das die Vorinstanz für ihre Auffassung anruft, nicht gesagt, sondern nur, dass der Ehebruch des andern Gatten ein Recht auf Scheidung gibt ungeachtet des eigenen Verschuldens des Klageberechtigten, selbst wenn dieser selber und unter noch grösserem subjektiven Verschulden Ehebruch begangen hat. Daraus folgt keineswegs, dass der ehebrecherische Gatte sich — gegebenenfalls — nicht seinerseits auf Art. 142 berufen dürfte. Vielmehr muss das gleiche gelten, ob sich nun auf beiden Seiten der gleichartige oder zwei verschiedene Scheidungsgründe gegenüberstehen. Nur in dem Sinne tritt der allgemeine Scheidungsgrund hinter den speziellen zurück, bezw. hat dieser vor jenem den Vorrang, dass ein Ehegatte, der zugleich einen speziellen und den allgemeinen Scheidungsgrund geltend macht, darauf Anspruch hat, dass das Gericht in erster Linie über den speziellen entscheide, statt die Scheidung einfach aus Art. 142 auszusprechen und die Frage nach dem speziellen Grund dahingestellt zu lassen (BGE 47 II 249 und EGGEB in der von der Vorinstanz zitierten N. 4 zu Art. 137 ZGB). Daraus folgt aber nicht, dass der spezielle Scheidungsgrund des einen Ehegatten den allgemeinen des andern Gatten ausschliesse.

Nach dem Gesagten verliert also der Beklagte Harder

deswegen, weil er Ehebruch begangen hat, nicht *grundsätzlich* das Recht, selber die Scheidung wegen tiefer Zerrüttung zu verlangen. Allerdings müsste die auf Art. 142 ZGB gestützte Scheidungsklage des ehebrecherischen Gatten in Anwendung von Art. 142 Abs. 2 abgewiesen werden, wenn sich ergäbe, dass die Zerrüttung überwiegend seiner Schuld zuzuschreiben ist und nicht etwa schon vollständig eingetreten war, *bevor* der Ehebruch erfolgte. Daher muss der Richter, ungeachtet des spätern Ehebruchs, die Ursachen dieser Zerrüttung untersuchen, um entscheiden zu können, ob der (ehebrecherische) Scheidungskläger sich auf den Scheidungsgrund des Art. 142 Abs. 1 berufen kann, oder ob ihm Abs. 2 entgegensteht. Wenn in BGE 47 II 250 beiläufig bemerkt wurde, der des Ehebruchs schuldige Ehegatte könnte nur dann seinerseits wegen bereits früher eingetretener tiefer Zerrüttung klagen, wenn an dieser *ausschliesslich* der andere Teil schuld wäre, so erscheint dabei irrtümlicherweise der extreme Fall statt als blosses (besonders schlüssiges) Beispiel in der Formulierung einer Bedingung, was mit dem Text von Art. 142 Abs. 2 nicht vereinbar ist. Diese Vorschrift bestimmt abschliessend und für alle Fälle, unter welchen Voraussetzungen das Scheidungsrecht trotz vorhandener tiefer Zerrüttung *nicht* gegeben ist. Danach hat ein Ehegatte, der an der tiefen Zerrüttung weniger als der andere oder höchstens gleich viel wie dieser schuld ist, den Scheidungsanspruch aus diesem Titel; und diesen einmal « erworbenen » Scheidungsgrund verliert er auch durch einen nachträglich selber gesetzten speziellen nicht.

Dass das Verhältnis zwischen den verschiedenen geltend gemachten Scheidungsgründen so sein muss, wird ohne weiteres verständlich im Hinblick auf die Ansprüche aus Art. 151 und 152 ZGB. Die gegenteilige Auffassung hätte gegebenenfalls zur Folge, dass der aus Art. 142 ZGB mehr oder ausschliesslich schuldige Ehegatte vom andern, nur aus Art. 137 schuldigen Leistungen verlangen könnte.

Ebenso ergäben sich unbillige Konsequenzen hinsichtlich der Wartefrist (Art. 150).

Demnach durfte im vorliegenden Falle die Vorinstanz die auf Art. 142 ZGB gestützte Scheidungsklage des Ehemannes Harder — trotz seinem zugegebenen Ehebruchs — nicht abweisen, ohne die zu ihrer Begründung vorgebrachten tatsächlichen Behauptungen zu untersuchen. Die Sache ist daher an das Obergericht zurückzuweisen, damit es prüfe, ob *vor* dem Ehebruch des Mannes schon eine so tiefe Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses eingetreten war, dass ihm die Fortsetzung der Gemeinschaft nicht zuzumuten war. Ist dies der Fall, so muss seine Scheidungsklage gutgeheissen werden, sofern diese vor dem Ehebruch schon vollendete Zerrüttung nicht überwiegend seiner eigenen Schuld zuzuschreiben ist — was das Bezirksgericht verneint hatte. Die grundsätzlich begründete Klage der Frau aus Art. 137 gegen ihn könnte dann nur deshalb doch nicht gutgeheissen werden, weil die von ihm verlangte Scheidung die blosser Trennung natürlich ausschliesst.

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Die Berufung wird dahin gutgeheissen, dass das angefochtene Urteil aufgehoben und die Sache zu neuer Beurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen wird.