Schwägerschaft, sondern auch die illegitime oder quasi affinitas, welche nach kanonischem Recht durch den außerehelichen Beischlaf erzeugt wird, als Ehehinderniß hätte aufstellen wollen.

3. Da demnach die Einsprache der Kläger abgewiesen werden muß, so hat die Erörterung der Frage, ob die in Art. 35 leg. cit. für Anhängigmachung der Klage angeordnete Frist von zehn Tagen durch die Einleitung des Streites beim Vermittler gewahrt sei, für den vorliegenden Fall keine Bedeutung. Indessen müßte dieselbe doch bejaht werden, indem in einer Reihe von Kantonen alle Civilstreitigkeiten, bevor sie an die Gerichte gebracht werden dürfen, zuerst an Sühnbehörden, Vermittler oder Friedensrichter, gelangen müssen und nun bei der Kürze der Frist im Zweifel angenommen werden muß, daß die Anhängigmachung der Klage bei dem Sühnbeamten zur Wahrung des Einspruchsrechtes genüge.

Demnach hat das Bundesgericht in Abänderung des angefochtenen Urtheils

erkannt:

Die Klage ist abgewiesen.

121. Urtheil vom 25. Oktober 1879 in Sachen Eheleute Zumbühl.

A. Durch Urtheil vom 15. Mai d. J. hat das Obergericht des Kantons Luzern, in Bestätigung des erstinstanzlichen Erkenntnisses, zu Recht erkannt:

1. Die zwischen den Litiganten den 2. Juni 1856 in Wolfenschießen eingegangene Ehe ist gerichtlich nicht geschieden und es ist der Kläger mit seinem Rechtsbegehren abgewiesen.

2. Die Entschädigungsforderung der Beklagten ist als dahingefallen zu betrachten.

3. Der Kläger hat in erster Instanz sämtliche Subdizialien zu bezahlen; die weiteren Kosten sind gegenseitig wettgeschlagen.

B. Gegen dieses Urtheil erklärten beide Parteien die Weiterziehung an das Bundesgericht und es wurden heute von denselben folgende Begehren gestellt:

I. Vom Ehemann Zumbühl:

Es sei das obergerichtliche Urtheil dahin umzuändern, daß

1. die zwischen ihm und der Beklagten bestehende Ehe gänzlich geschieden werde;

2. die aus dieser Ehe entsprossenen Kinder ihm zur Erziehung und Pflege zu überlassen seien;

3. Beklagte mit ihrer Entschädigungsforderung abgewiesen werde,

unter Kostensfolge für die Beklagte.

II. Von der Ehefrau Zumbühl:

1. Ihre Ehe mit Melchior Zumbühl sei gänzlich zu scheiden;

2. Kläger sei als der schuldige Theil zu erklären;

3. die aus der Ehe entsprungenen Kinder seien ihr zur Erziehung und Pflege zu überlassen;

4. Kläger habe ihr eine nach richterlichem Ermessen zu bestimmende Entschädigung und für jedes Kind bis zum erfüllten 17. Lebensjahre einen jährlichen Alimentationsbeitrag von 100 Fr. zu leisten;

5. Kläger habe sowohl die Entschädigungsforderung als die Alimentationsbeiträge mit wahrhaften Hypothekarinstrumenten zu sichern;

6. derselbe sei mit allen seinen Klagebegehren abzuweisen und habe

7. alle Gerichts- und Prozeßkosten zu tragen.

C. Auf Befragen erklärten die Parteien, daß Frau Zumbühl vor dem luzernischen Obergerichte ihre erstinstanzlich gestellten Begehren nicht fallen gelassen habe.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Da nach Art. 30 Lemma 4 des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege das Bundesgericht seinem Urtheile den von den kantonalen Gerichten festgestellten Thatbestand zu Grunde zu legen hat, zu dem Thatbestande aber auch die Anträge und Begehren der Parteien gehören, so kann einem begründeten Zweifel nicht unterliegen, daß das Bundesgericht die gemäß Art. 29 leg. cit. an dasselbe gezogenen Streitigkeiten auf Grundlage derjenigen Begehren zu entscheiden hat, welche die Parteien vor den kantonalen Gerichten gestellt

haben, und somit die Aufgabe des Bundesgerichtes darin besteht, zu prüfen, ob jene Parteienträge nach den vor den kantonalen Gerichten vorgebrachten und von denselben als erwiesenen betrachteten Thatsachen rechtlich begründet seien oder nicht.

2. Um aber diese Aufgabe erfüllen zu können, ist selbstverständlich nöthig, daß die kantonalen Gerichte die Parteibegehren wörtlich zu den Akten erheben, sei es, daß sie hierüber ein besonderes Verhandlungsprotokoll aufnehmen, sei es, daß dieselben in dem Urtheile aufgeführt würden. Nun sind allerdings die von den Eheleuten Zumbühl vor der ersten Instanz gestellten Begehren in dem bezirksgerichtlichen Protokoll enthalten. Dagegen ist aus den Akten nicht ersichtlich, welche Begehren, namentlich von der Ehefrau Zumbühl, vor Obergericht gestellt worden sind. Nach den im obergerichtlichen Urtheile enthaltenen Rechtsfragen erschiene die Annahme begründet, daß sie ihre früheren Anträge wiederholt habe, wozu sie, trotzdem ihrerseits die Appellation gegen das bezirksgerichtliche Urtheil nicht ergriffen worden, nach § 211 des Luzernischen Civilverfahrens berechtigt war. In den Entscheidungsgründen ist dagegen gesagt, daß, nachdem Beklagte gegen das erstinstanzliche Urtheil nicht appellirt habe, angenommen werden müsse, daß sie ihrerseits auf das in der Rechtsantwort ebenfalls geltend gemachte Begehren auf gänzliche Scheidung der Ehe verzichtet habe, und es hat dann das Obergericht, von dieser Annahme ausgehend, lediglich das Scheidungsbegehren des Mannes beurtheilt. Allein da diese Annahme sich nur auf die nach der zitierten Gesetzesbestimmung nicht maßgebende Thatsache der Nichtappellation des erstinstanzlichen Urtheils durch die Beklagte stützt und keineswegs feststeht, daß dieselbe mit den von der Ehefrau Zumbühl vor Obergericht wirklich gestellten Anträgen im Einklange stehe, so muß um so eher gemäß dem heutigen übereinstimmenden Vorbringen der Parteien angenommen werden, daß die Ehefrau Zumbühl ihre ursprünglichen Begehren auch vor zweiter Instanz aufrecht erhalten habe, als hiefür, wie bereits bemerkt, der Inhalt der im obergerichtlichen Urtheile aufgestellten Rechtsfragen, welche genau mit denjenigen im erstinstanzlichen Urtheile zusammentreffen, spricht.

3. Fragt es sich demnach, ob die Scheidungsbegehren der Litiganten begründet seien oder nicht, so ist, was die Klage des Ehemannes betrifft, dem Luzernischen Obergerichte darin beizustimmen, daß dieselbe sich weder auf Art. 46 litt. b noch auf Art. 47 des Bundesgesetzes über Civilstand und Ehe stützen läßt, indem Kläger die beleidigenden Äußerungen seiner Ehefrau, welche allerdings konstatiert sind und hauptsächlich in dem Vorwurfe der ehelichen Untreue bestehen, durch sein Verhalten provoziert hat und an der Zerrüttung der Ehe die wesentlichste Schuld trägt, unter solchen Umständen aber, nach den vom Bundesgerichte schon in einer Reihe von Entscheidungen ausgesprochenen Grundsätzen, dem Kläger und Widerbeklagten kein Recht zusteht, einseitig die Scheidung zu verlangen (vergl. Entscheid des Bundesgerichtes i. S. Eheleute Schwarzenbach vom 11. April 1876, amtliche Sammlung der bundesgerichtlichen Entscheidungen Bd. II S. 273 ff.; ferner Urtheil vom 2. Dezember 1876 i. S. Eheleute Fischer, a. a. O. S. 500 ff.; i. S. Eheleute Heyne vom 22. Mai 1877 Bd. III S. 379 ff.; i. S. Eheleute Imhof vom 15. Juni 1877, Bd. III S. 387 Erw. 4; i. S. Bischoff vom 30. März 1878 Bd. IV S. 168 ff.). Daß Beklagte sich an Kläger thätlich vergriffen oder dritte Personen zur Mißhandlung desselben angestiftet habe, ist nach der Feststellung der kantonalen Gerichte nicht bewiesen.

4. Das Scheidungsbegehren der Ehefrau Zumbühl stützt sich in erster Linie darauf, daß ihr Ehemann die eheliche Treue verlegt, sie mißhandelt und aus dem Hause verstoßen habe. Eventuell hat Beklagte sich ebenfalls auf Art. 47 leg. cit. berufen unter der Behauptung, daß durch die Schuld des Mannes das eheliche Verhältniß unheilbar zerrüttet sei. Nun kann zwar, wie auch das Bezirksgericht Ariens annimmt, nicht geleugnet werden, daß Kläger zu dem Verdachte der ehelichen Untreue Veranlassung gegeben hat. Allein der Beweis des Ehebruches ist nicht geleistet und ebenso mangelt der Nachweis für eine von Kläger der Frau zugefügten schweren Mißhandlung, welche dieselbe nach Art. 46 litt. b des citirten Bundesgesetzes zur Scheidungsklage berechtigen würde.

5. Dagegen geht aus den von den kantonalen Gerichten kon-

statirten Thatfachen hervor, daß das eheliche Verhältniß der Litiganten, namentlich durch Schuld des Ehemannes, so tief zerrüttet ist, daß ein ferneres Zusammenleben derselben sich mit dem Wesen der Ehe nicht verträgt. Die Zank- und Streitsucht der Beklagten, welche dieselbe zu äußerst rohen und unentschuldbaren Ausdrücken gegen ihren Mann hingerissen hat, namentlich aber die lieblose Behandlung der Frau durch den Mann, dessen Trunksucht und verdächtiges Verhältniß zu einer andern Weibsperson, haben die Ehe innerlich so zerrüttet, daß an ein gedeihliches Zusammenleben der Ehegatten nicht mehr gedacht werden kann, und ist daher die Scheidung gestützt auf Art. 47 leg. cit. auszusprechen. Wenn das kantonale Obergericht glaubt, daß auch bei Scheidungsklagen, welche sich auf diese Gesetzesbestimmung stützen, frühere Vorfälle, welche wegen Verzeihung oder Verjährung für sich allein eine Scheidungsklage nach Art. 46 ibidem nicht rechtfertigen könnten, nicht in Betracht gezogen werden dürfen, so kann dieser Ansicht nicht beigeppflichtet werden. Vielmehr müssen, wenn die Scheidungsklage mit der tiefen Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses begründet wird, der Natur dieses Scheidungsgrundes nach alle diejenigen Thatfachen, welche die Zerrüttung herbeigeführt haben, in Berücksichtigung fallen, ohne Unterschied, ob der klagende Theil daraus einen selbständigen Scheidungsgrund herleiten könnte oder nicht.

6. Da nach dem Gesagten die Verschuldung der Scheidung hauptsächlich auf dem Ehemanne lastet, so ist derselbe gemäß § 54 litt. c des luzernischen Zivilgesetzbuches pflichtig, seiner Ehefrau eine angemessene Entschädigung zu bezahlen. Berücksichtigt man nun, daß M. Zumbühl nach den Akten ein Vermögen von 13 000 Fr. versteuert und daß die vermögenslose Beklagte ihm bei Erwerbung desselben wesentlich mitgeholfen hat, so erscheint es sowohl der Größe der Verschuldung des Klägers als dessen Vermögensverhältnissen angemessen, wenn die Entschädigung auf 3000 Fr. festgesetzt wird. Diese Summe hat Kläger, vorbehaltlich anderweitiger Vereinbarung der Litiganten, der Beklagten sofort zu bezahlen und ist daher keine Veranlassung dazu vorhanden, denselben zur hypothekarischen Sicherstellung der Entschädigung zu verhalten.

7. Bei Entscheidung der Frage, welchem Theile die aus der Ehe vorhandenen minderjährigen Kinder zur Erziehung und Verpflegung zuzusprechen seien, ist § 55 des luzernischen Zivilgesetzbuches zur Anwendung zu bringen, wonach die Kinder dem unschuldigen Theil überlassen werden sollen, sofern die Ehegatten sich nicht anders darüber verstehen, oder es nicht von dem Gericht aus erheblichen Ursachen für die Kinder selbst vorthellhafter erachtet wird, sie dem andern Theil oder einer dritten Person anzuvertrauen. Hievon ausgegangen, müssen, immerhin vorbehaltlich der gesetzlichen Rechte der Vormundschaftsbehörden, die Kinder der Mutter, als dem weniger schuldigen Theile, zugesprochen werden, indem eine anderweitige Vereinbarung der Litiganten nicht vorliegt und auch die Verhältnisse nicht derart sind, daß die Wohlfahrt der Kinder deren Zusprechung an den Vater oder eine dritte Person erheischen würde. Ueber die Größe des Sustentationsbeitrages, welchen der Kläger der Beklagten für jedes Kind zu entrichten hat, herrscht nach den vor erster Instanz von den Parteien abgegebenen Erklärungen eventuell kein Streit und was die Dauer betrifft, so ist kein Grund vorhanden, von der bisherigen Praxis, wonach die Beiträge bis nach erfülltem sechszehnten Altersjahre der Kinder zu bezahlen sind, abzugehen.

8. Endlich ist der Kläger pflichtig, der Beklagten das zugebrachte Vermögen, welches nach deren Behauptung in hausrätlichen Gegenständen im Werthe von ca. 300 Fr. bestanden haben soll herauszugeben (§ 54 litt. a des luz. bürg. Gesetzb.). Da die Parteien sich über den Umfang desselben nicht geeinigt haben und von den kantonalen Gerichten ein Beweis hierüber nicht erhoben worden ist, so muß der diesfällige Streit auf dem Wege des besondern Civilprozesses ausgetragen werden.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

1. Die Ehe der Litiganten ist, gestützt auf Art. 47 des Bundesgesetzes über Civilstand und Ehe, gänzlich geschieden.
2. Die aus der Ehe vorhandenen zehn minderjährigen Kinder sind der Mutter zur Erziehung und Verpflegung zugesprochen und es ist der Kläger pflichtig, denselben für Besorgung und

Unterhalt eines jeden der sieben Kinder, Luise, Agathe Emilie, Agathe Anna Mari, Josef Augustin, Maria Emma, Josef Albert, Julius Josef, welche das sechszehnte Altersjahr noch nicht erfüllt haben, bis nach deren zurückgelegten sechszehnten Altersjahr einen Beitrag von hundert Franken in vierteljährlichen zum Voraus zu entrichtenden Raten zu bezahlen.

3. Der Kläger ist ferner pflichtig, der Beklagten wegen verschuldeter Scheidung eine Entschädigung von dreitausend Franken zu bezahlen und derselben die zugebrachten Vermögensstücke herauszugeben. Der Streit über den Umfang derselben ist als besonderer Civilprozeß durch die kantonalen Gerichte zu beurtheilen.

122. Arrêt du 20 Décembre 1879 dans la cause Rouiller.

En 1858, Placide Rouiller, de Sommentier, alors âgé de 28 ans, épouse Antoinette Geinoz, de Neirivue, âgée de 46 ans.

Au dire de celle-ci, son mari se comporta envers elle, dès les premiers temps de cette union, d'une manière grossière, lui prodiguant les insultes et les mauvais traitements, et l'obligeant à des travaux incompatibles avec son sexe, ses forces et son âge.

En 1869, la femme Rouiller sollicite et obtient de la Cour épiscopale une séparation de corps pour le terme de trois ans; elle se domicilie à Albeuve pendant quatre ans, au bout desquels elle rentre chez son mari à Sommentier.

Voyant que celui-ci ne se conduisait pas mieux à son égard, Antoinette Rouiller se présente de nouveau devant la Cour épiscopale qui, à la fin de 1875, lui accorde une nouvelle séparation pendant six mois.

Par exploit du 23 Septembre 1876, la femme Rouiller demande son divorce et la séparation de biens au for du Tribunal civil de l'arrondissement de la Glâne, en se fondant sur les motifs ci-dessus, et le dit jour, à l'audience du président de ce Tribunal, elle requiert par mesure provisionnelle, que son mari soit tenu de lui payer, à titre de pension alimen-

taire pendant la litispendance, un montant de dix francs par mois et de lui laisser emporter chez elle certains objets mobiliers; le mari Rouiller consentit à ces demandes.

A l'audience du même magistrat, du 25 Novembre 1876, les époux Rouiller conviennent de renoncer au divorce pour tenir à la séparation de corps, sur les bases de la mesure provisionnelle susvisée quant à la pension alimentaire à fournir par le mari.

Le 6 Février 1879, Antoinette Rouiller déclare au dit président qu'elle reprend sa demande en divorce du 23 Septembre 1876, ainsi que sa conclusion en séparation de biens; elle renouvelle ces demandes à l'audience du Tribunal du 9 Juillet 1869.

Par jugement en date de ce jour, ce Tribunal, estimant que la femme Rouiller n'a pas fait la preuve que les sévices dont elle se plaint aient eu la gravité exigée par l'art. 78 de la loi cantonale sur la matière, mais que le lien conjugal est profondément atteint, a, en application de l'art. 79 de la même loi, prononcé la séparation de corps et de biens des époux Rouiller pour le terme de 2 ans.

Par exploit des 28-29 Juillet 1879, la femme Rouiller interjette appel de ce jugement et, par arrêt du 31 Octobre suivant, la Cour d'appel de Fribourg confirme la sentence des premiers juges.

C'est contre cet arrêt qu'Antoinette Rouiller recourt au Tribunal fédéral, en renouvelant ses conclusions en divorce et en séparation de biens.

Statuant sur ces faits et considérant en droit :

L'art. 47 de la loi fédérale sur l'état civil et le mariage (art. 79 de la loi fribourgeoise) statue que s'il résulte des circonstances que le lien conjugal est profondément atteint, le Tribunal peut prononcer le divorce ou la séparation de corps pour deux ans.

Cette dernière alternative prescrit ainsi un temps d'épreuve, dans le but d'expérimenter la possibilité d'un rapprochement entre époux; elle ne doit dès lors être choisie par le juge que lorsque les circonstances laissent espérer que cette tentative pourrait avoir encore quelque chance d'aboutir.