

II. FAMILIENRECHT

DROIT DE LA FAMILLE

56. Urteil der II. Zivilabteilung vom 2. Dezember 1943

i. S. Santi gegen Santi-Benvenuta.

Ungültigerklärung der Ehe italienischer Staatsangehöriger.

1. *Zuständigkeit* der Gerichte des Staates am Wohnsitz der beklagten Partei. Italienisch-schweizerisches Abkommen über die Anerkennung und Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen vom 3. Januar 1933, Art. 2.
2. *Materiell* ist ausschliesslich das *Heimatrecht* anwendbar. Art. 7 lit. c, e Abs. 2, f und h NAG; Haager Abkommen zur Regelung des Geltungsbereichs der Gesetze auf dem Gebiete der Eheschliessung vom 12. Juni 1902.
3. Das Fehlen einer *Verwirkungsfrist* im italienischen Recht verstösst nicht gegen den schweizerischen *ordre public*. Art. 121 des ersten Buches des *codice civile italiano*, Art. 2 des Haager Abkommens, Art. 127 ZGB.

Invalidation du mariage de sujets italiens.

1. *Compétence* des tribunaux de l'Etat du domicile de la partie défenderesse. Art. 2 Convention italo-suisse du 3 janvier 1933 sur la reconnaissance et l'exécution de décisions judiciaires.
2. Quant au *fond*, application exclusive du *droit national*. Art. 7 lettres c, e al. 2, f et h LRDC; Convention de La Haye du 12 juin 1902 pour régler les conflits de lois en matière de mariage.
3. L'absence d'un délai de *péremption* dans le droit italien n'est pas contraire à l'ordre public suisse. Art. 121 livre premier CCI, art. 2 Conv. La Haye, art. 127 CCS.

Annullamento del matrimonio di sudditi italiani.

1. *Competenza* dei tribunali dello Stato ove ha domicilio la parte convenuta. Art. 2 della Convenzione 3 gennaio 1933 tra la Svizzera e l'Italia circa il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni giudiziarie.
2. Nel *merito* è applicabile esclusivamente il *diritto nazionale*. Art. 7 lett. c, e cp. 2, f ed h LDD; Convenzione dell'Aja (del 12 giugno 1902) per regolare i conflitti di leggi in materia di matrimonio.
3. La mancanza di un *termine di perenzione* nel diritto italiano non è contraria all'ordine pubblico svizzero (art. 121 libro primo Codice civile italiano, art. 2 della Convenzione dell'Aja, art. 127 CC).

A. — Die Parteien, italienische Staatsangehörige, heirateten am 9. Juni 1928 in Zürich und legitimierten bei diesem Anlasse den am 11. Juli 1927 von der Beklagten geborenen Sohn Romeo. Erstes und einziges eheliches Domizil war Zürich.

Mit Urteil vom 16. November 1939 trennte das Bezirksgericht Zürich die Ehe auf unbestimmte Zeit.

B. — Gestützt auf Art. 121 des ersten Buches des *codice civile italiano* verlangt der Kläger die Ungültigerklärung der Ehe wegen Impotenz der Beklagten. Diese stimmt der Klage zu.

C. — Das Bezirksgericht und das Obergericht Zürich haben mit Urteilen vom 22. Juni bzw. 18. September 1943 die Klage abgewiesen, weil mehr als fünf Jahre seit Abschluss der Ehe verflossen seien, so dass gemäss Art. 127 ZGB die Anfechtung der Ehe ausgeschlossen sei.

D. — Mit der vorliegenden Berufung beantragt der Kläger, das Urteil der Vorinstanz sei aufzuheben und das Obergericht sei anzuweisen, ausschliesslich italienisches Recht anzuwenden.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. — Die Zuständigkeit der zürcherischen Gerichte blieb unbestritten. Sie ergibt sich aus Art. 2 Ziff. 1 des italienisch-schweizerischen Abkommens über die Anerkennung und Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen vom 3. Januar 1933 (AS Bd. 49 S. 800), der die Gerichte des Staates am Wohnsitz der beklagten Partei als zuständig erklärt. Allerdings schliesst der Schlussabsatz des Art. 2 die Gerichtsbarkeit des Wohnsitzstaates des Beklagten aus bei Streitigkeiten, in denen das Recht des ersuchten Staates — hier Italiens — dessen eigene Gerichte oder diejenigen eines dritten Staates als ausschliesslich zuständig erklärt. Diese Regel greift aber hier nicht ein, weil die italienischen Gerichte den schweizerischen Gerichtsstand in Eheungültigkeitsklagen — und insbesondere auch bei Anfechtung der Ehe wegen Impotenz — von Italienern, die in der Schweiz wohnen, anerkennen (Repertorio di giurisprudenza patria 1936 S. 446, 1937 S. 376; vgl. auch 1935 S. 176). Auch Ziff. 5 des Art. 2 spricht nicht gegen den Gerichtsstand im Wohnsitzstaate der beklagten Partei. Er begründet zwar in Personenstands-, Handlungsfähigkeits- oder Familienrechtssachen die Gerichtsbarkeit des Hei-

matstaates, aber — unter Vorbehalt des Schlusssatzes — nicht im Sinne eines ausschliesslichen und im Verhältnis zu Ziff. 1 spezielleren Gerichtsstandes.

2. — Beide Ehegatten waren vor ihrer Heirat italienische Staatsangehörige und sie sind es bis heute geblieben. Nach dem Wortlaut des Art. 7 lit. c NAG (« die Gültigkeit einer Eheschliessung ») und ganz unmissverständlich der französische und italienische Text : « la validité d'un mariage », « la validità di un matrimonio ») beurteilt sich die Gültigkeit ihrer Ehe und folglich auch die dagegen gerichtete Ungültigkeitsklage nach dem Heimatrecht. In Theorie und Praxis umstritten ist aber die Frage, ob Heimatrecht *allein*, oder ob kumulativ, neben diesem, auch schweizerisches Recht als *lex fori* oder als Recht am Orte der Heirat anwendbar sei, so dass zur Eheauflösung sowohl nach italienischem als auch nach schweizerischem Rechte ein Ungültigkeitsgrund gegeben sein müsste (in ersterem Sinne : BECK, Kommentar, S. 258, STAUFFER, Das internationale Privatrecht der Schweiz, Art. 7 lit. f N. 11 ; in letzterem Sinne : BECK, a. a. O. S. 233, KAUFMANN, SJZ 9 S. 268, SCHNITZER, Handbuch des internationalen Privatrechts S. 167 f., SPIVAK, Die Ungültigkeit der Ehe nach dem internationalen Privatrecht der Schweiz S. 49 ff., STAUFFER in SJZ 23 S. 161 ff., ZITELMANN, Internationales Privatrecht, Bd. 2 S. 630, Repertorio di giurisprudenza patria 1936 S. 446).

Es ist ausschliesslich das Recht des Heimatstaates anwendbar. Bei Eingehung der Ehe stellt unser Recht ausschliesslich auf das Recht der Heimat ab (Art. 7 lit. c und lit. e Abs. 2 NAG). Es wäre nun nicht logisch, erst *nachträglich*, nach der Heirat, die Gültigkeit der Ehe nach schweizerischem Rechte zu überprüfen und die Ungültigkeitsklage, die nach dem Rechte des Heimatstaates gutgeheissen werden müsste, bloss deshalb abzuweisen, weil nach schweizerischem Rechte kein Ungültigkeitsgrund vorliegt. Nur ein positiver Rechtssatz könnte eine abweichende Regelung rechtfertigen. Ein solcher fehlt aber.

a) Gemäss Abs. 2 des Art. 7 lit. f NAG kann zwar eine im Auslande abgeschlossene Ehe, die nach der Gesetzgebung des Ortes der Eheschliessung ungültig ist, in der Schweiz nur dann für ungültig erklärt werden, wenn sie auch nach schweizerischem Rechte ungültig ist. Man könnte dadurch zum Schlusse verleitet werden, dies gelte *a fortiori* für jene Ehen, die nicht im Auslande, sondern in der Schweiz eingegangen worden sind. Diese Beweisführung geht aber hier fehl. Absatz 1 des Art. 7 lit. f NAG versagt einer Ehe, die im Auslande nach dem dort geltenden Rechte abgeschlossen worden ist, die Anerkennung, wenn ihr Abschluss in der offenbaren Absicht ins Ausland verlegt worden ist, « die Nichtigkeitsgründe des schweizerischen Rechtes zu umgehen ». Da nun Art. 7 lit. c und e NAG den Eheabschluss der Ausländer nicht dem schweizerischen, sondern dem Rechte des Heimatstaates unterstellen, können Ausländer bei Eingehung der Ehe die Nichtigkeitsgründe des schweizerischen Rechtes gar nicht umgehen. Daraus folgt, dass Absatz 1 nur *Schweizer* betrifft. Ist aber Absatz 1 auf Ehen von Ausländern nicht anwendbar, so ist es wegen des systematischen Zusammenhanges auch Absatz 2 nicht ; denn Absatz 1 behandelt die nach dem Rechte des Heiratsortes gültigen, Absatz 2 die nach diesem Rechte ungültigen Ehen. Dem ganzen Art. 7 lit. f NAG gemeinsam ist aber die Voraussetzung, dass es sich um Ehen handelt, die *Schweizer* im Auslande abgeschlossen haben. Dass aber diese in der Schweiz nur anfechtbar sind, wenn auch nach schweizerischem Rechte ein Ungültigkeitsgrund vorliegt, kann nicht überraschen, beurteilt sich doch im allgemeinen die Ehe nach dem Recht des Heimatstaates. Auf die Eheleute Santi, die Ausländer sind, lässt sich somit lit. f Abs. 2 nicht anwenden. — Zudem regelt Art. 7 lit. f NAG nicht den hier vorliegenden Konflikt zwischen dem Heimatrecht und der *lex fori*, sondern zwischen dieser und dem *Rechte am Orte der Heirat*.

b) Zu Unrecht hat die Vorinstanz Art. 7 lit. h analogie-

weise herangezogen, der die Scheidung von Ausländern in der Schweiz nur gestattet, wenn sie sowohl nach schweizerischem als auch nach dem Rechte des Heimatstaates zulässig ist. Bei Ehescheidungsklagen rechtfertigt sich die Anwendung des schweizerischen Rechtes, weil sich die Tatsachen, welche die Scheidungsklage begründen, im allgemeinen auf schweizerischem Boden abspielten, so dass es natürlich ist, wenn sie auch unter dem Gesichtspunkte unsres Rechtes beurteilt werden. Anders verhält es sich mit den Ungültigkeitsklagen: Hier handelt es sich lediglich um die Frage, ob die Ehe gültig geschlossen wurde. Da diese Frage nach Heimatrecht beurteilt wird, lässt sich nicht einsehen, was hier die Anwendung des schweizerischen Rechtes als *lex fori* rechtfertigen könnte.

3. — Das Resultat wäre kein anderes bei Anwendung des Haager Abkommens zur Regelung des Geltungsbereichs der Gesetze auf dem Gebiete der Eheschliessung vom 12. Juni 1902, dem sowohl die Schweiz als auch Italien beigetreten sind. Dieses Abkommen regelt ausdrücklich weder die Ungültigkeitsklage noch die « Gültigkeit » der Eheschliessung. Es unterwirft lediglich die « Eingehung der Ehe » dem Heimatrecht. Umstritten ist deshalb, ob bloss jene Bedingungen, die erfüllt sein müssen, damit eine Ehe abgeschlossen werden kann und deren Fehlen die Nichtigkeit der Ehe nach sich zieht, in der Konvention geregelt sind, oder ob auch die Anfechtungsgründe der Ehe, wie diejenigen der mangelnden Einwilligung und der Impotenz darunter fallen (im engern Sinne: BUZZATI, *Le droit international privé d'après les conventions de La Haye* S. 109; *Répertoire de droit international privé*, Bd. 10 S. 589 ff.; im weitern Sinne: *Actes de La Haye III* S. 169; v. KAHN in *Zeitschrift für internationales Recht* Bd. 12 S. 201 ff.; *Appellationshof Bern* in *SJZ* 24 S. 238). Diese Frage kann indessen offen gelassen werden, weil auch nach der Haager Konvention ausschliesslich das Recht des Heimatstaates, hier also italienisches Recht, anwendbar wäre.

4. — Art. 121 des ersten Buches des *codice civile italiano* lässt die Ungültigkeitsklage wegen *impotentia generandi* mit Ablauf von drei Monaten seit Kenntnis dieses Anfechtungsgrundes, diejenige wegen *impotentia coeundi* überhaupt nicht verwirken. Es fragt sich, ob das Fehlen einer Befristung gegen den *ordre public* verstösst. Würde der vorliegende Fall nach der Haager Konvention beurteilt, so wäre die Frage ohne weiteres zu verneinen. Dieses Abkommen lässt nämlich die Berufung auf den *ordre public* nur im Rahmen des Art. 2 zu (BECK, *Kommentar*, S. 316). Die Verjährungs- und Verwirkungsfristen sind dort nicht genannt. Nach internem internationalem Privatrecht wäre Art. 127 ZGB als Vorschrift des *ordre public* nur dann heranzuziehen, wenn das Fehlen einer Verwirkungsfrist im italienischen Rechte unser Rechtsgefühl *in unerträglicher Weise* verletzen würde (BGE 64 II 97/8). Das ist aber nicht der Fall. Die Verwirkungsfristen sind Zweckmässigkeitsvorschriften, die das Rechtsempfinden in der Regel nicht tiefer berühren. Das Bundesgericht hat es deshalb abgelehnt, die in Art. 308 ZGB enthaltene Verwirkungsfrist bei Vaterschaftsklagen als *ordre public* zu betrachten (BGE 41 II 423). Ebenso wenig stossend ist es, wenn das italienische Recht die Anfechtung der Ehe wegen Impotenz nicht oder doch weniger befristet als das schweizerische Recht. Die den Schweizern vorbehaltenen Scheidungsklage wiegt diese Besserstellung der italienischen Staatsangehörigen in der Eheungültigkeitsklage vielfach auf.

Die vorliegende Eheungültigkeitsklage ist deshalb ausschliesslich nach italienischem Rechte zu beurteilen.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Berufung wird gutgeheissen und die Sache im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.