

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: -----ja

EGBGB Art. 17

Unter den Begriff der Scheidung im Sinne des Art. 17 EGBGB fällt auch die in ausländischen Rechten vorgesehene Trennung ohne Auflösung des Ehebandes. Deutsche Gerichte können auf Trennung unter Aufrechterhaltung des Ehebandes erkennen, wenn diese nach dem maßgebenden ausländischen Recht zulässig ist und nach den deutschen Gesetzen die Scheidung der Ehe dem Bande nach zulässig wäre.

BGH, Urt. v. 22. März 1967 - IV ZR 148/65 - OLG Hamm

LG Hagen

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

IV ZR 148/65

URTEIL

Verkündet am
22. März 1967
Ehrenberger,
Justizangestellter

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Frau Bertha Paula B [REDACTED] geb. R [REDACTED],
S [REDACTED], G [REDACTED] Weg [REDACTED]

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]

gegen

den Arbeiter Franz B [REDACTED], S [REDACTED], G [REDACTED]
[REDACTED] Weg [REDACTED],

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigte I. Instanz: Rechtsanwälte [REDACTED]
und [REDACTED], [REDACTED] -.

- 2 -

Der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 5. Oktober 1966 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Ascher und der Bundesrichter Raske, Wüstenberg, Dr. Graf und von der Mühlen

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 29. März 1965 aufgehoben und der Rechtsstreit zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der am [REDACTED] 1918 geborene Beklagte besitzt seit seiner Geburt die italienische Staatsangehörigkeit. Die am [REDACTED] 1923 geborene Klägerin war früher deutsche Staatsangehörige. Am 17. März 1949 haben die Parteien vor dem Standesbeamten in Erndtebrück die Ehe geschlossen. Aus der Verbindung der Parteien sind fünf Kinder hervorgegangen, die am [REDACTED] 1949, [REDACTED] 1950, [REDACTED] 1951, [REDACTED] 1954 und [REDACTED] 1959 geboren sind. Das vierte Kind ist kurz nach der Geburt gestorben. Am 3. Januar 1964 fand der letzte eheliche Verkehr der



Parteien statt. Deren häusliche Gemeinschaft besteht fort.

Die Klägerin hat beantragt, die Ehe der Parteien nach den Vorschriften des italienischen Rechts zu trennen und den Beklagten für schuldig an der Trennung zu erklären.

Sie hat behauptet, der Beklagte trinke häufig und viel und gebe dafür so viel Geld aus, daß der Rest zum Unterhalt der Familie nicht ausreiche. Er habe sie wiederholt, auch vor den Kindern, beleidigt, so durch den Vorwurf, sie treibe sich mit ihrem Kostgänger Sebastian S. herum. Die Sylvesternacht 1963/1964 habe er mit anderen Frauen verbracht. Im Februar 1964 habe der Beklagte einen Selbstmordversuch unternommen.

Der Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen.

Er will an der Ehe festhalten.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, weil die Verfehlungen des Beklagten, soweit sie festgestellt seien, nicht ausreichen, um die Trennung nach italienischem Recht zu rechtfertigen.

Die Klägerin hat Berufung eingelegt. Der Beklagte hat sich im Berufungsrechtszug nicht vertreten lassen.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Klägerin mit der Maßgabe zurückgewiesen, daß die Klage als unzulässig abgewiesen werde.

Mit der Revision, die von dem Berufungsgericht zugelassen worden ist, verfolgt die Klägerin ihr Klagebegehren weiter.

Der Beklagte hat sich auch in der Revisionsinstanz nicht vertreten lassen.

Entscheidungsgründe:

1. Über die Klage, die auf Trennung der Ehe der Parteien nach ausländischem Recht gerichtet ist, ist im Eheverfahren nach den Vorschriften des 1. Abschnitts des 6. Buches der Zivilprozeßordnung zu entscheiden. In § 606 ZPO ist zwar eine derartige Klage nicht ausdrücklich vorgesehen; es ergibt sich aber aus der Natur der Sache, daß über die Klage nur im Eheverfahren verhandelt und erkannt werden kann.

2. Da der Beklagte, dessen erstinstanzlichem Prozeßbevollmächtigten das Berufungsurteil, die Revisionschrift, die Revisionsbegründung und die Ladung zur Verhandlung vor dem Revisionsgericht rechtzeitig zugestellt worden ist, sich vor diesem Gericht nicht hat vertreten lassen, ist auf Grund einseitiger Verhandlung der Klägerin zu entscheiden (§ 618 Abs. 4 ZPO).

3. Die Klägerin hat, wie das Berufungsgericht in An-

wendung des italienischen Rechts unangreifbar festgestellt hat (§ 549 Abs. 1 ZPO), durch ihre Eheschließung mit dem Beklagten die italienische Staatsangehörigkeit erworben. Gleichzeitig hat sie, da die Eheschließung vor dem Inkrafttreten des Grundgesetzes und auch vor dem Inkrafttreten des Grundsatzes der Gleichberechtigung der Geschlechter erfolgte, nach § 17 Nr. 6 RuStAG an die deutsche Staatsangehörigkeit verloren. Keine Partei besitzt also die deutsche Staatsangehörigkeit, und beide sind italienische Staatsangehörige.

Die Zuständigkeit der deutschen Gerichte für den vorliegenden Rechtsstreit bestimmt sich demnach nach § 606 b Nr. 1 ZPO. Die Voraussetzungen dieser Vorschrift liegen vor.

Die Parteien haben ihren Wohnsitz und ihren gewöhnlichen Aufenthaltsort im Inland. Es ist auch davon auszugehen, daß eine von den deutschen Gerichten nach italienischem Recht ausgesprochene Trennung der Ehe nach Art. 1, 3, 4 des deutsch-italienischen Abkommens über die Anerkennung und Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 9. März 1936 (RGBl 1937 II, 145), das nach Nr. 1 der Bekanntmachung vom 23. Dezember 1952 (BGBl II, 986) wieder angewendet wird, in Italien anerkannt würde. Insbesondere würde es nach italienischer Auffassung nicht gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung verstoßen (Art. 4 Abs. 1 des Abkommens), wenn nach italienischem Recht die Trennung der Ehe der Parteien ausgesprochen würde (Bergmann Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht 3. Aufl. 2. Band Italien, 8). Darauf, ob auch ein die

Klage abweisendes Urteil anerkannt würde, kommt es nicht an (Stein/Jonas/Schönke ZPO 18. Aufl. § 606 b Anm. III 1 b; Riezler Internationales Zivilprozeßrecht 247).

Kein Hinderungsgrund für die Anerkennung der Entscheidung nach italienischem Recht ist es, daß der Beklagte sich in den höheren Rechtszügen nicht durch einen Rechtsanwalt hat vertreten lassen. Im ersten Rechtszug sind von ihm bestellte Prozeßbevollmächtigte für ihn aufgetreten und hat er selbst sich vernehmen lassen; er hat sich also auf den Rechtsstreit eingelassen (Art. 4 Abs. 3 des Abkommens).

Auch im übrigen sind keine Umstände ersichtlich, die der Anerkennung einer der Klage stattgebenden Entscheidung auf Grund des Abkommens entgegenstehen könnten.

4a) Die von der Klägerin erhobene Klage, ihre Ehe mit dem Beklagten zu trennen und diesen für schuldig an der Trennung zu erklären, beruht auf den Vorschriften des italienischen Rechts, das, wie das Berufungsgericht festgestellt hat, keine Ehescheidung, wohl aber eine durch Gerichtsurteil auszusprechende, mit bestimmten Rechtswirkungen ausgestattete Trennung der Ehe, die deren Band bestehen läßt, kennt (Art. 149 - 158 des italienischen Bürgerlichen Gesetzbuchs; Bergmann 19, 20).

Da die Vorschriften des deutschen internationalen Privatrechts keine eindeutigen Bestimmungen darüber enthalten, ob und wann ausländische Vorschriften,

die die Trennung einer Ehe vorsehen, anzuwenden sind, und ob die deutschen Gerichte auf die Trennung einer Ehe nach ausländischem Recht erkennen können, kommt es darauf an, was sich für diese Fragen aus der einzigen die Auflösung der Ehe behandelnden internationalprivatrechtlichen Bestimmung des Art. 17 EGBGB ergibt.

Nach der Rechtsprechung des erkennenden Senats ist Art. 17 Abs. 1 EGBGB durch das Außerkrafttreten des der Gleichberechtigung der Geschlechter entgegenstehenden Rechts in seinem Inhalt nicht berührt worden (LM EGBGB Art. 17 Nr. 1). Soweit diese Vorschrift eingreift, kann für die Parteien des vorliegenden Rechtsstreits die Anwendung des italienischen Rechts schon deshalb nicht in Frage gestellt werden, weil beide die italienische Staatsangehörigkeit besitzen. Das italienische Recht verweist nicht auf das deutsche Recht zurück (Art. 27 EGBGB); denn nach Art. 17 Abs. 1 des italienischen Bürgerlichen Gesetzbuchs bestimmen sich der Personenstand, die Handlungsfähigkeit und die familienrechtlichen Beziehungen einer Person nach dem Recht des Staates, dem sie angehört (Bergmann 10; Boschan Europäisches Familienrecht 3. Aufl. 217, 218).

b) Nach der Auffassung des Berufungsgerichts ist die von der Klägerin erhobene Klage auf Trennung unzulässig, da ein deutsches Gericht nicht auf Trennung erkennen könne. Das deutsche Recht in seiner heutigen Gestalt kenne eine solche Regelung nicht. Es lasse zwar neben der Scheidung auch das Getrennt-

leben der Eheleute zu, betrachte aber das Getrenntleben bei fortbestehendem Ehebande als unerwünschten Ausnahmezustand. Das deutsche Recht gestatte es einem Ehegatten nicht, wegen schuldhafter Verfehlungen des anderen Teils auf die Dauer die Herstellung der ehelichen Gemeinschaft zu verweigern. Deshalb könne das von einem deutschen Gericht auch nicht im Urteilswege angeordnet werden. Es treffe nicht zu, daß die Trennung gegenüber der Scheidung nur ein "weniger" sei. Zwar könnten die Eheleute in beiderseitigem Einvernehmen auch auf die Dauer getrennt leben, aber nach geltender deutscher Rechtsauffassung könne ein Ehegatte nicht gezwungen werden, den Zustand des Getrenntlebens bei Fortbestand des Ehebandes auf die Dauer hinzunehmen. Daraus folge, daß die deutsche Rechtsordnung den Zustand des Getrenntlebens bei Fortbestand des Ehebandes nicht als "weniger", sondern als etwas anderes ansehe, und daß deshalb aus der Zulässigkeit der Auflösung des Ehebandes nach deutschem Recht nichts Durchgreifendes für die Zulässigkeit der Trennungsklage hergeleitet werden könne. Darin liege eine Härte für die Klägerin. Sie sei, solange sie italienische Staatsangehörige sei, genötigt, die Trennungsklage vor dem zuständigen italienischen Gericht zu erheben, und dem ständen nach Lage der Dinge beträchtliche praktische Schwierigkeiten entgegen. Die zwischenzeitlich eingetretenen Änderungen des Staatsangehörigkeitsrechts würden zwar in der Zukunft einige solcher Härten beseitigen, das komme aber der Klägerin nicht zugute. Die Frage der Zulässigkeit der Trennungsklage dürfe jedoch nicht von derartigen

Billigkeitserwägungen abhängig gemacht werden.

c) Das Berufungsgericht hat sich für seine Auffassung auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts und die überwiegende Meinung des Schrifttums berufen.

Das Reichsgericht nahm zunächst in Anwendung des § 77 des Personenstandsgesetzes vom 6. Februar 1875 (RGBl 23) an, daß es in Deutschland auch gegenüber Ausländern den in deren maßgebendem Heimatrecht vorgesehenen Ausspruch der beständigen Trennung von Tisch und Bett nicht mehr gebe, sondern stattdessen auf die Auflösung des Bandes der Ehe erkannt werden könne (RGZ 3, 27; 11, 29). Nach dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs und des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch sprach das Reichsgericht dagegen aus, daß nach Art. 17 EGBGB eine Scheidung dem Bande nach nicht in Betracht komme, wenn sie nach dem maßgebenden ausländischen Recht nicht zulässig sei (RGZ 48, 144; RG JW 1901, 30).

Alsdann vertrat der IV. Zivilsenat des Reichsgerichts in einem eingehend begründeten Urteil vom 23. Oktober 1902 die Ansicht, daß die deutschen Gerichte bei Ehen von Ausländern auf beständige Trennung von Tisch und Bett erkennen könnten (RG NiemeyersZ 1903, 160; ähnlich RG Recht 1903 Nr. 69, OLG Jena OLGRspr 2, 18, und OLG Dresden OLGRspr 2, 413).

Der Senat begründete seine Auffassung mit der Entstehungsgeschichte des Art. 17 EGBGB und mit dem Hinweis darauf, daß andernfalls bei einer Ausländer-ehe, die nach den Gesetzen des Heimatstaates einer gerichtlichen Auflösung nur in der Form einer Trennung von Tisch und Bett unterliege, der unschuldige Ehegatte, wenn der Wohnsitz des Ehemannes in Deutschland gelegen sei, keine Mittel habe, einen sowohl nach seinem eigenen als nach deutschem Recht begründeten Scheidungs- oder Trennungsgrund geltend zu machen. Es sei die Aufgabe des internationalen Privatrechts, dergleichen Übelständen in dem modernen Völkerverkehr tunlichst vorzubeugen.

Es erging jedoch am 12. Oktober 1903 eine Entscheidung der Vereinigten Zivilsenate des Reichsgerichts, in der es als unzulässig bezeichnet wurde, daß ein deutsches Gericht in einem Eheprozeß unter Eheleuten fremder Staatsangehörigkeit auf beständige Trennung von Tisch und Bett erkenne (RGZ 55, 345). Nunmehr wurde die Entstehungsgeschichte des Art. 17 EGBGB zur Begründung dieser Auffassung herangezogen. Das Reichsgericht berief sich ferner darauf, daß die Zivilprozeßordnung in der Fassung, die sie durch die Novelle vom 17. Mai 1898 (RGBl 256, 410) erhalten habe, keine Vorschriften enthalte, die für eine Klage auf Trennung einen Gerichtsstand bestimmten oder ein besonderes Verfahren regelten. Demgegenüber könne inneren Gründen, die etwa für die Zulässigkeit einer Trennung von Tisch und Bett bei Ehen von Ausländern sprechen würden, ausschlaggebende Bedeutung nicht beigelegt werden. Die außerhalb ihres Heimatlandes lebenden Ausländer hätten meist in ihrem Heimatstaat

- 99 -

einen Gerichtsstand, seien also nicht rechtlos. Die gegenteilige Ansicht hätte nach der Meinung der Vereinigten Zivilsenate des Reichsgerichts zur Folge, daß für die Trennung von Tisch und Bett lediglich das ausländische Recht maßgebend, der deutsche Richter also verpflichtet wäre, wegen jenes von dem ausländischen Staat statuierten Grundes, abgesehen von dem Vorbehalt des Art. 30 EGBGB, die Trennung auszusprechen ohne Rücksicht darauf, ob dieser Grund nach deutschem Recht die Scheidung rechtfertigen würde. Schon seit dem Personenstandsgesetz habe der deutsche Gesetzgeber den durch eine Trennung von Tisch und Bett herbeigeführten Zustand als mit dem Wesen der Ehe nicht vereinbar angesehen und im Bürgerlichen Gesetzbuch dem Institut der Trennung von Tisch und Bett die Anerkennung aus ethischen, sozialpolitischen und volkswirtschaftlichen Gründen versagt. Wenn die einheimischen Gerichte bei der Begründung eines Rechtszustandes mitzuwirken hätten, den das deutsche Gesetz für unzulässig erachte, so würde darin eine durch nichts zu rechtfertigende Bevorzugung der Ausländer liegen. Der Gesetzgeber habe es abgelehnt, den Gewissensbedenken der deutschen Katholiken Rechnung zu tragen; es könne nicht angenommen werden, daß er auf die Ausländer mehr Rücksicht habe nehmen wollen als auf die konfessionellen Bedürfnisse der eigenen Bevölkerung.

An dieser Auffassung hat das Reichsgericht festgehalten RGZ 150, 283; 151, 226; RG WarnRspr 1927 Nr. 95). In einem nach der Einführung des

Ehegesetzes von 1938 ergangenen Urteil vom 11. Juni 1941 bestätigte das Reichsgericht die Erwägungen der erwähnten Plenarentscheidung (RGZ 167, 193). Ergänzend wird in dem Urteil auf das im Jahre 1904 von Deutschland ratifizierte Haager Ehescheidungsabkommen vom 12. Juni 1902 (RGeBl 1904, 231) hingewiesen, aus dessen Art. 1 und 2 sich ergebe, daß gegenüber Angehörigen der Vertragsstaaten in Deutschland nicht auf Trennung von Tisch und Bett habe erkannt werden können, weil diese Rechtseinrichtung dem deutschen Recht unbekannt sei; die spätere Kündigung des Abkommens durch Deutschland habe mit der Frage der Zulässigkeit der Trennung von Tisch und Bett nichts zu tun gehabt. Vor allem wird betont, daß mit der Wiederzulassung der seit Jahrzehnten nach feststehendem Gerichtsgebrauch auch gegenüber Ausländern in Deutschland nicht mehr ausgesprochenen beständigen Trennung von Tisch und Bett den deutschen Gerichten eine mehr denn je wesensfremde Aufgabe aufgebürdet würde. Wenn ein Auslandsrecht seinen außerhalb des Heimatlandes wohnenden Staatsangehörigen für die Herbeiführung der Trennung von Tisch und Bett keinen Gerichtsstand zur Verfügung stelle, oder wenn nach der Gestaltung des heimatlichen Verfahrensrechts die Anrufung eines Heimatgerichts aus tatsächlichen Gründen unmöglich sei, so gehe diese Rechtlosigkeit ausschließlich zu Lasten des Heimatrechts der Ehegatten. In Deutschland seien sie aber auch in diesen Fällen nicht rechtlos, da sie dort beim Vorliegen eines Trennungsgrundes die Herstellung der ehelichen Gemeinschaft selbst dann verweigern könnten, wenn ihr Heimatrecht die Berechtigung dazu von der Erwirkung eines Trennungsurteils

abhängig mache.

Der durch den Plenarbeschluß vom 12. Oktober 1903 eingeleiteten Rechtsprechung des Reichsgerichts sind die anderen deutschen Gerichte durchweg gefolgt (OLG Dresden SeuffArch 73 Nr. 192; OLG Düsseldorf DJZ 1926, 376; OLG Kiel SchlHA 1926, 73; OLG Frankfurt/Main JW 1933, 185 mit Anm. Melchior; OLG Breslau JW 1933, 2400 mit Anm. von Zwehl und ablehnender Anm. Bergmann StAZ 1934, 12; OLG Hamburg SeuffArch 71 Nr. 175, HansRGZ 1934 B, 682; LG Karlsruhe Bad Rechtspraxis 1924/25, 142). Diese Rechtsprechung ist auch nach 1945 fortgesetzt worden (BayObLGZ 1960, 370, 376; OLG Hessen IPRspr 1950/51 Nr. 133; OLG Celle MDR 1953, 488; LG Göttingen MDR 1948, 361).

Das Schrifttum vertritt weitgehend denselben Standpunkt (Staudinger/Raape BGB 9. Aufl. Art. 17 EG Anm. B IV 3a; Raape Internationales Privatrecht 5. Aufl. 282; Kahn Abhandlungen zum Internationalen Privatrecht 2. Band 303, 338; Kipp/Wolff Familienrecht 7. Bearbeitung 150; Wolff Internationales Privatrecht Deutschlands 3. Aufl. 209; Palandt/Lauterbach BGB 25. Aufl. Art. 17 EG Anm. 2 b bb; Erman/Marquord BGB 3. Aufl. Art. 17 EG Anm. 5b; Stein/Jonas/Schönke Vorbem. vor § 606 Anm. III 1; Wieczorek ZPO § 606 Anm. B I 4; Baumbach/Lauterbach ZPO 29. Aufl. Üb vor § 606 Anm. 1 A; Frantz NiemeyersZ 1902, 345; Niemeyer Internationales Privatrecht 153; Habicht Internationales Privatrecht 138).

Doch hat es nicht an Äußerungen gefehlt, die dem

Reichsgericht entgegengetreten sind (Klein ArchBürgR 1906, 311, 345 Fußnote 57, und Zeitschrift für Völkerrecht 1917, 586, 605; Kohler Bürgerliches Recht 1. Band, 52 Fußnote 2, 3. Band 1. Teil 176; Neumeyer Internationales Privatrecht 21; Lewald Deutsches internationales Privatrecht 122; Nußbaum Deutsches internationales Privatrecht 159; Frankenstein Internationales Privatrecht 3. Band 460; Rabel RabelsZ 1931, 241, 256; Bergmann StAZ 1934, 12; Reu Staatliche Zuständigkeit im Internationalen Privatrecht 186; Süß JW 1938, 833, 836). Soweit dabei hervorgehoben worden ist, daß das deutsche Recht die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft ~~und damit ein der~~ beständigen Trennung von Tisch und Bett ähnliches Rechtsinstitut kenne (§§ 1575, 1576, 1586 BGB aF), sind solche Überlegungen hinfällig geworden, seitdem die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft durch das Ehegesetz vom 6. Juli 1938 beseitigt und auch durch das Ehegesetz vom 20. Februar 1946 nicht wieder eingeführt worden ist. Bisweilen ist daraus ausdrücklich die Folgerung gezogen worden, daß zwar die Auffassung des Reichsgerichts nach dem früher bestehenden Rechtszustand angreifbar gewesen, daß sie aber zutreffend sei, seitdem es die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft nicht mehr gebe (Riezler Internationales Zivilprozeßrecht 236). Es ist aber auch weiterhin für das geltende Recht die Meinung vertreten worden, daß die deutschen Gerichte bei ausländischen Ehegatten entsprechend deren maßgebendem Heimatrecht gegebenenfalls auf beständige Trennung von Tisch und Bett zu erkennen hätten (Soergel/Siebert/Kegel BGB 9. Aufl. Art. 17 EG Anm. 10, 64; Kegel Internationales Privatrecht

2. Aufl. 291; Neuhaus Grundbegriffe des Internationalen Privatrechts 234; Gamillscheg in Festschrift für Dölle Band II 289, 293; Boß Fragen der "wesens-eigenen Zuständigkeit" im internationalen Familienrecht, Diss., 127; Bosch FamRZ 1959, 118). Von einer einhelligen Meinung in dieser Frage läßt sich demnach nicht sprechen.

d) Die Überprüfung der Ergebnisse der Rechtsprechung, die schon wegen der Fortentwicklung der internationalrechtlichen Beziehungen und des Wandels der Wertvorstellungen auf diesem Gebiet unerläßlich ist, ergibt, daß sich die bisherige Rechtsprechung nicht aufrechterhalten läßt. Dabei ist es unerheblich, daß, als sie eingeleitet wurde, das deutsche Recht noch die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft und damit eine Rechtseinrichtung kannte, die nach der allerdings vom Reichsgericht nicht geteilten Meinung mancher Schriftsteller eine gewisse Verwandtschaft zu der nach ausländischen Rechten möglichen Trennung von Tisch und Bett hatte. Obwohl es eine solche Parallele zwischen einem deutschen und dem hier in Rede stehenden ausländischen Rechtsinstitut keinesfalls mehr gibt, sind die deutschen internationalprivatrechtlichen Vorschriften unter Berücksichtigung der dieses Rechtsgebiet beherrschenden Rechtsanschauungen dahin zu verstehen, daß ein deutsches Gericht, wenn das maßgebende Auslandsrecht eine Trennung von Tisch und Bett eine Lösung der Ehe dem Bande nach kennt, gegebenenfalls dementsprechend zu entscheiden hat, außer wenn die Vorbehaltsklausel des Art. 17 Abs. 4 EGBGB, die einen besonderen Anwendungsfall des Art. 30 EGBGB darstellt (Senatsurteil BGHZ 42, 7), oder

die Vorbehaltsklausel des Art. 30 EGBGB selbst der Anwendung des ausländischen Gesetzes entgegensteht.

Da das Rechtsinstitut der Trennung von Tisch und Bett dem deutschen Recht unbekannt ist, kommt es dafür, wie es den deutschen Kollisionsvorschriften einzuordnen ist, darauf an, diese Rechtseinrichtung nach ihrem Sinn und Zweck zu erfassen, ihre Bedeutung vom Standpunkt des ausländischen Rechts zu würdigen und sie mit Einrichtungen der deutschen Rechtsordnung zu vergleichen; auf der so gewonnenen Grundlage ist sie den aus den Begriffen und Abgrenzungen der deutschen Rechtsordnung aufgebauten Merkmalen der deutschen Kollisionsnormen zuzuweisen (Urteil des Senats BGHZ 29, 137).

Die Trennung der Ehe durch Richterspruch unter ihrer Aufrechterhaltung dem Bande nach gibt es in ausländischen Rechtsordnungen in unterschiedlicher Ausgestaltung und mit unterschiedlichen Zielsetzungen. Während manche Rechte wie das italienische den Grundsatz der Unauflöslichkeit der Ehe bis zum Tode eines Ehegatten festhalten und allein die gerichtlich bewilligte Trennung der Eheleute zulassen, sehen andere die Möglichkeit der durch das Gericht verfügten Trennung neben der Möglichkeit der Scheidung der Ehe auch dem Bande nach vor. Regelmäßig aber wird, indem den Eheleuten die Trennung erlaubt wird, eine Folgerung aus der Tatsache gezogen, daß die Ehe sich nicht so verwirklicht hat, wie es vom Wesen der Ehe her hätte sein sollen, und die Eheleute werden mehr oder weniger von

den Pflichten freigestellt, die mit der Ehe verbunden sind. Insbesondere wenn eine Rechtsordnung nur die Trennung, nicht aber die Scheidung zuläßt, wird ganz deutlich, daß die Trennung in dem dortigen Rechtsbereich, wenn auch nur eingeschränkt, die Funktionen hat, die in Deutschland der Scheidung zufallen. Es kann deshalb nicht der Auffassung des Berufungsgerichts zugestimmt werden, daß die Trennung mit der Scheidung des deutschen Rechts überhaupt nicht vergleichbar sei. Die Tatsache, daß die beständige Trennung von Tisch und Bett in dieselbe Richtung wie die Scheidung dem Bande nach geht und ähnliche soziale Aufgaben zu erfüllen hat, wenn sie auch schwächere Wirkungen entfaltet, spricht dafür, auf sie die einzige Kollisionsnorm des deutschen Rechts, die sich mit der Auflösung der Ehe befaßt, nämlich den Art. 17 EGBGB anzuwenden. Das hat zur Folge, daß, soweit nach Art. 17 EGBGB ausländisches Scheidungsrecht anzuwenden ist, darunter auch diejenigen ausländischen Vorschriften fallen, die den Ausspruch der Trennung von Tisch und Bett vorsehen, und daß nach Maßgabe der Vorschriften des anzuwendenden ausländischen Rechts deutsche Gerichte auf Trennung der Ehe von Tisch und Bett erkennen können.

Die Annahme, daß unter Art. 17 EGBGB auch das ausländische Rechtsinstitut der Trennung von Tisch und Bett fällt, entspricht den Anschauungen und Wertvorstellungen der Gegenwart. Die zunehmenden internationalen Verflechtungen und die umfangreicher werdende Fluktuation der Bevölkerung der verschiedenen Länder, die Achtung fremder Rechtsanschauungen und die Anerken-

nung der Notwendigkeit, im eigenen Rechtsbereich Ausländern den notwendigen Rechtsschutz nicht vorzuenthalten, verlangen es, ihnen im Inland ihre eigenen Rechtseinrichtungen in größerem Umfang, als es früher geschah, zur Verfügung zu stellen. Die Grenze liegt dort, wo solche Rechtseinrichtungen den deutschen Rechtsvorstellungen so fremd sind, daß durch deren Anerkennung oder Verwirklichung als untragbar empfundene Zustände rechtlich sanktioniert würden (Art. 30 EGBGB), oder wo die damit deutschen Gerichten aufzugebene Tätigkeit von den sonstigen richterlichen Aufgaben so wesensverschieden wäre, daß sie völlig aus dem in Deutschland dem Richter obliegenden Aufgabenbereich herausfiele. Diese Grenze ist nicht überschritten, wenn deutsche Gerichte auf Trennung von Tisch und Bett erkennen. Kein Gewicht sollte demgegenüber dem Argument beigemessen werden, daß Länder, die die Scheidung der Ehe dem Bande nach nicht kennen, durch ihre Gerichte deutschen Staatsangehörigen diese Scheidung verweigern. Wenn manche Länder noch in weiterem Umfang, als es gegenwärtig deutschen Auffassungen entspricht, eigene Rechtsgrundsätze auch für Ausländer verbindlich erklären, so ist das kein Grund, ebenso zu verfahren.

Es ist richtig, daß das deutsche Recht das ständige Getrenntleben der Eheleute bei fortbestehendem Eheband als einen unerwünschten Zustand betrachtet; aber daraus ergibt sich nicht, daß es die Grundlagen der staatlichen Rechts- und Sittenordnung verletzt, wenn nach ausländischen Vorschriften, auf die das deutsche internationale Privatrecht verweist,

auf Trennung von Tisch und Bett erkannt wird. Insbesondere läßt sich aus der innerdeutschen Regelung nicht ableiten, daß einem Getrenntleben auch dort niemals die Wege geebnet werden dürften, wo die Eheleute nach der für sie maßgebenden Rechtsordnung gar nicht die Wahl zwischen der Scheidung dem Bunde nach und der Herstellung der ehelichen Gemeinschaft haben.

Bei einer Sachlage, wie sie hier vorliegt und in derartigen Fällen oft gegeben ist, ist von Bedeutung, daß für die persönlichen Rechtsbeziehungen der Eheleute deren Heimatrecht maßgebend ist (Art. 14 EGBGB; Art. 1 des Haager Ehewirkungsabkommens vom 17. Juli 1905, RGBl 453, das zwischen der Bundesrepublik Deutschland und Italien wieder angewendet wird, Bekanntmachung vom 14. Februar 1955, BGBl II, 188). Nach Art. 158 des italienischen Bürgerlichen Gesetzbuchs hat aber eine Trennung auf Grund bloßen Einverständnisses der Ehegatten ohne Bestätigung durch das Gericht keine Wirkung (Bergmann 20). Zwar kann unter Umständen dem nach italienischem Recht zu beurteilenden Verlangen eines Ehegatten auf Verurteilung des anderen zur Herstellung der häuslichen Gemeinschaft, wenn dieser trotz Vorliegens eines Trennungsgrundes kein Trennungsurteil zu erwirken in der Lage ist, entgegengehalten werden, daß Art. 30 EGBGB die Anwendung des ausländischen Gesetzes verbiete (RGZ 150, 283). Aber damit wird nicht ausgeschlossen, daß der Ehegatte, dem nach seinem Heimatrecht ein Trennungsgrund zur Seite steht, ein dringendes Interesse daran haben kann, daß die Trennung gerichtlich ausgesprochen wird und

damit alle mit dieser nach dem maßgebenden ausländischen Recht verbundenen Rechtswirkungen eintreten. Es ist die Aufgabe des internationalen Privatrechts, derartigen Interessen soweit wie möglich Rechnung zu tragen, und es kann nicht als richtig gelten, daß dem überwiegende andere Belange entgegenstünden und deshalb die betroffenen Personen darauf verwiesen werden müßten, ihre Rechte in ihrem Heimatland wahrzunehmen, auch wenn sie sie dort aus rechtlichen oder praktischen Gründen nicht durchsetzen können. Bemerkt sei, daß auch die Eherechtskommission des deutschen Rats für internationales Privatrecht für das Kollisionsrecht die Gleichstellung der Trennung von Tisch und Bett mit der Scheidung vorgeschlagen hat (Vorschläge und Gutachten zur Reform des deutschen internationalen Eherechts, Kegel 101, 104). Sie ist bereits für das geltende Recht anzunehmen.

Zwar mag die Entstehungsgeschichte der Vorschrift in die entgegengesetzte Richtung weisen. Die Gegenmeinung könnte sich auch auf die Art. 1, 2 des Haager Ehescheidungsabkommens vom 12. Juni 1902 (RGBl 1904, 231) berufen; aus der Vollziehung des Abkommens läßt sich folgern, daß der Gesetzgeber es seinerzeit für unzulässig hielt, daß deutsche Gerichte auf Trennung von Tisch und Bett erkannten. Aber das Abkommen ist von Deutschland, wenn auch aus Gründen, die mit der hier zu entscheidenden Frage nicht zusammenhängen, mit Wirkung vom 1. Juni 1934 gekündigt worden und seitdem nicht mehr verbindlich (Bekanntmachung vom 26. Januar 1934, RGBl II, 26); der im Zusammenhang mit der Vollziehung des Abkommens

kundgewordenen Ansicht des damaligen Gesetzgebers kann deshalb kein besonderes Gewicht mehr beigegeben werden. Die Entstehungsgeschichte des Gesetzes muß notwendig ihre Bedeutung verlieren, wenn sich auf Grund geschichtlicher Erfahrungen und Erkenntnisse im Zuge der allgemeinen geschichtlichen Entwicklung auch im Bereich des internationalen Privatrechts so grundlegende Wandlungen in den Auffassungen und Bewertungen nationaler Abgrenzungen und internationaler Verbundenheit vollzogen haben, wie es vor allem in der Zeit nach dem zweiten Weltkrieg geschehen ist. Verbindlich ist der objektivierte Wille des Gesetzes, für dessen Feststellung unter den gegebenen Umständen der Wille des historischen Gesetzgebers zurücktritt, während dem Wortlaut und dem Sinnzusammenhang sowie dem Umstand, inwieweit objektive Rechtsgedanken und Prinzipien in dem Gesetz ihren Ausdruck gefunden haben, besondere Bedeutung zukommt.

Da, wie es ausgeführt worden ist, die Trennung von Tisch und Bett als eine dem deutschen Recht fremde Rechtseinrichtung nach ihrer sozialen Funktion der Auflösung der Ehe dem Bande nach nahesteht und es deshalb geboten ist, sie kollisionsrechtlich den für die Scheidung geltenden Vorschriften einzuordnen, läßt sich die Tatsache, daß in Art. 17 Abs. 1 EGBGB nur von der Scheidung gesprochen wird, nicht oder jedenfalls nicht mehr zugunsten der bisher von der Rechtsprechung vertretenen Ansicht anführen. Es gehört zu den Eigentümlichkeiten des internationalen Privatrechts, daß die in ihm verwendeten Rechtsbegriffe oft weit ausgelegt werden müssen, um ausländischen Regelungen gerecht werden zu können.

Es läßt sich zwar nicht leugnen, daß sich, wenn der Begriff der Scheidung und des Scheidungsgrundes in dem erläuterten Sinn verstanden wird, eine gewisse Unstimmigkeit in dem Gesetzestext des Art. 17 Abs. 2 EGBGB ergibt, da dort ausdrücklich der Scheidungsgrund einerseits dem Scheidungsgrund und dem Trennungsgrund andererseits gegenübergestellt wird. Aber das läßt doch nur erkennen, daß der Gesetzgeber ursprünglich zwischen der Scheidung und der Trennung der Ehe unterschieden hat und in Anwendung ausländischen Rechts nur die Scheidung der Ehe dem Bande nach zulassen wollte. Wenn das Gesetz auch in seiner geltenden Fassung in dem Sonderfall des Statutenwechsels des Ehemannes noch ausdrücklich die Möglichkeit bedacht hat, daß nach dem früheren Mannesstatut nur die Trennung von Tisch und Bett vorgesehen war, so kann dem keine entscheidende Bedeutung dafür beigemessen werden, wie das Gesetz unter Berücksichtigung der in der Gegenwart bestehenden Rechtsanschauungen auszulegen ist. Unzuträglichkeiten für die Gesetzesanwendung ergeben sich nicht daraus, daß unter der Scheidung und dem Scheidungsgrund im Sinne des Art. 17 EGBGB jeweils auch die Trennung und der Trennungsgrund mitzuverstehen sind, obwohl der Trennungsgrund an einer Stelle des Absatzes 2 dieser Vorschrift besonders genannt wird.

Auch die Anwendung des Art. 17 Abs. 4 EGBGB, dessen geltende Fassung auf § 29 der 1. Durchführungsverordnung zum Ehegesetz vom 27. Juli 1938 (RGBl I, 923) zurückgeht, bereitet keine Schwierigkeiten, wenn unter die Scheidung nach ausländischem Recht auch die dort vorgesehene Trennung von Tisch und Bett fällt.

Da in der Vorschrift des Art. 17 Abs. 4 EGBGB der Begriff der Scheidung nicht anders als in Art. 17 Abs. 1 EGBGB verstanden werden kann, ergibt sich aus ihr, daß auch auf Trennung auf Grund eines ausländischen Gesetzes im Inland nur erkannt werden kann, wenn nach dem ausländischen Gesetz die Trennung und nach dem inländischen Gesetz die Scheidung dem Bande nach zulässig wäre. Daraus, daß es nach deutschem Recht die Trennung von Tisch und Bett nicht gibt, ist nicht zu schließen, daß auf sie erkannt werden könnte, ohne daß es auf das deutsche Eheauflösungsrecht überhaupt ankäme. Da der Ausspruch der Trennung eine dem Ausspruch der Scheidung dem Bande nach ähnliche Funktion hat und weitreichende Rechtswirkungen haben kann, wie sie auch bei einer Scheidung dem Bande nach eintreten können, und da die Vorschrift des Art. 17 Abs. 4 EGBGB eine besondere Ausgestaltung des in Art. 30 EGBGB enthaltenen Rechtsgrundsatzes für den Fall der Eheauflösung darstellt, kann ihre Anwendung in den Fällen der hier in Rede stehenden Art nicht unterbleiben. Nur wenn die Ehe nach deutschem Recht geschieden werden könnte, dürfen deutsche Gerichte sie nach ausländischem Recht trennen; das ergibt sich aus dem Wortlaut und Sinn des Art. 17 Abs. 4 EGBGB (ebenso Soergel/Kegel Art. 17 EG Anm. 64). Nicht zuzustimmen ist der Auffassung, daß es auf die Scheidungsmöglichkeit nach deutschem Recht nur dann ankomme, wenn nach dem Trennungstatut die Umwandlung der Trennung in eine Scheidung möglich sei, ohne daß eine weitere gerichtliche Prüfung des Sachverhalts vorgenommen werde (so Süß JW 1938, 833, 836, und Gamillscheg Festschrift für Dölle Band II 289, 298).

Sind mithin dem Wortlaut des Art. 17 EGBGB entscheidende Hindernisse für eine Gesetzesauslegung, wie sie gegenwärtigen Anschauungen und Wertvorstellungen und internationalen Bedürfnissen entspricht, nicht zu entnehmen, bietet vielmehr der Wortlaut und der Zusammenhang der Einzelbestimmungen der Vorschrift und deren Sinn die Möglichkeit, diesen Bedürfnissen Rechnung zu tragen und dabei auch dem deutschen ordre public die erforderliche Achtung zu sichern, so ist die dementsprechende Gesetzesauslegung geboten.

e) Der gerichtliche Ausspruch der Trennung von Tisch und Bett unterscheidet sich auch nicht so weitgehend von den nach dem deutschen Eherecht möglichen gerichtlichen Erkenntnissen, daß er aus diesem Grunde als unzulässig bezeichnet werden müßte. Daß er nur im Eheverfahren ergehen kann, wenn auch eine darauf gerichtete Klage in § 606 Abs. 1 ZPO nicht ausdrücklich vorgesehen ist, ist schon gesagt worden. Auch für den innerdeutschen Rechtsbereich hat die Rechtsprechung die Klage auf Feststellung des Rechts zum Getrenntleben, über die im Eheverfahren zu entscheiden ist, zugelassen (RGZ 150, 70; Senatsurteil LM ZPO § 511 Nr. 18). Zwar sind mit einer solchen Feststellung nicht die aus der Trennung von Tisch und Bett nach ausländischem Recht folgenden weiteren Rechtswirkungen verbunden. Doch ist der Ausspruch der Trennung von Tisch und Bett nicht etwas von dem Ausspruch der Scheidung oder der Feststellung des Rechts zum Getrenntleben so grundlegend Verschiedenes, daß er dem Ausländer,

der vielleicht dringend auf ihn angewiesen ist, deshalb vorenthalten werden müßte, weil das deutsche Prozeßrecht keine ausdrücklichen Bestimmungen darüber enthält, in welchem Verfahren ein solches Klagebegehren zu verfolgen ist.

Welche für das Eheverfahren geltenden Bestimmungen der Zivilprozeßordnung im einzelnen anwendbar sind, und inwieweit eine Anwendung dieser Bestimmungen wegen der Besonderheit des mit der Klage verfolgten Ziels ausgeschlossen ist oder Bestimmungen des Verfahrensrechts nur sinngemäß mit entsprechenden Veränderungen herangezogen werden können, läßt sich nicht allgemein sagen. Wenn die für das Eheverfahren erlassenen Vorschriften nicht sämtlich und uneingeschränkt bei einer Klage auf Trennung von Tisch und Bett passen, so ist daraus jedenfalls nicht die Folgerung zu ziehen, daß das deutsche Prozeßrecht für die Behandlung derartiger Klagen überhaupt kein sachgemäßes Verfahren zur Verfügung stelle.

5. Aus alledem ergibt sich, daß es der Prüfung bedarf, ob die Klägerin nach italienischem Recht die Trennung von Tisch und Bett verlangen kann, und ob die Ehe der Parteien nach deutschem Recht geschieden werden könnte. Das angefochtene Urteil ist deshalb aufzuheben und der Rechtsstreit zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Das Berufungsgericht wird gegebenenfalls auch über den Antrag der Klägerin befinden müssen,

den Beklagten für schuldig an der Trennung zu erklären. Es besteht derzeit keine Veranlassung, zu der in der Rechtsprechung und im Schrifttum noch nicht abschließend geklärten Frage Stellung zu nehmen, unter welchen Voraussetzungen es geboten ist, in ein Urteil, durch das nach ausländischem Recht eine Ehe geschieden oder getrennt wird, einen Schuldausspruch aufzunehmen, und in eine Auseinandersetzung mit den darüber vertretenen Meinungen einzutreten.

Soweit nach italienischem Recht das über die Trennungsklage erkennende Gericht noch andere Entscheidungen zu treffen hat, die sich auf die Folgen der Trennung beziehen, etwa über die Sorge für die aus der Ehe hervorgegangenen Kinder, kommen derartige Entscheidungen durch das deutsche Prozeßgericht nur nach Maßgabe der §§ 627 - 627 c ZPO in Betracht. Im übrigen fallen

solche Entscheidungen in den Verantwortungsbereich derjenigen deutschen Gerichte, die dafür nach den deutschen verfahrensrechtlichen Vorschriften zuständig sind.

Senatspräsident
Ascher ist erkrankt und deshalb verhindert zu unterschreiben

Raske

Wüstenberg

Raske

Dr. Graf

von der Mühlen