

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LC130044-O/U

Mitwirkend: die Oberrichterinnen Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, und Dr. M. Schaffitz, Oberrichter lic. iur. M. Spahn sowie Gerichtsschreiber lic. iur. G. Kenny

## **Beschluss und Urteil vom 5. Februar 2014**

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Kläger und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. \_\_\_\_\_

gegen

**B.** \_\_\_\_\_,

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Fürsprecher Y. \_\_\_\_\_

sowie

**C.** \_\_\_\_\_,

Verfahrensbeteiligte

vertreten durch Beistand Rechtsanwalt lic. iur. Z1. \_\_\_\_\_

substituiert durch lic. iur. Z2. \_\_\_\_\_

betreffend **Ungültigkeit der Ehe**

**Berufung gegen ein Teil-Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 8. Abteilung - Einzelgericht, vom 16. Oktober 2013 (FE101134-L)**

**Rechtsbegehren:**

- "1. Die am tt. Juli 2003 geschlossene Ehe der Parteien sei ungültig zu erklären;
2. Eventualiter sei die am tt. Juli 2003 geschlossene Ehe der Parteien zu scheiden;
3. Sollte C.\_\_\_\_\_, geboren tt.mm.2006, im Zeitpunkt des Ungültigkeits- bzw. Scheidungsurteils von Gesetzes wegen noch als Tochter des Klägers gelten, so sei sie unter die alleinige elterliche Sorge der Beklagten zu stellen;
4. Sollte C.\_\_\_\_\_, geboren tt.mm.2006, im Zeitpunkt des Ungültigkeits- bzw. Scheidungsurteils von Gesetzes wegen noch als Tochter des Klägers gelten, so sei kein Besuchsrecht festzusetzen;
5. Es seien keine Unterhaltsbeiträge für C.\_\_\_\_\_, geboren tt.mm.2006, zuzusprechen;
6. Es seien keiner der Parteien nacheheliche Unterhaltsbeiträge zuzusprechen;
7. Es sei keine Teilung von Vorsorgeguthaben gemäss Art. 122 ZGB anzuordnen und es sei auf die Zusprechung einer Entschädigung nach Art. 124 ZGB zu verzichten;
8. Eventualiter, sollte die Ehe der Parteien nicht für ungültig erklärt werden, so sei die Teilung der Vorsorgeguthaben der Parteien gemäss Art. 122 ZGB anzuordnen und die Vorsorgeeinrichtung, welcher die Beklagte angehört, entsprechend anzuweisen;
9. Es sei festzustellen, dass die Parteien güterrechtlich vollständig auseinandersetzt sind;
10. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. 8% MWSt.) zulasten der Beklagten."

**Teil - Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 8. Abteilung - Einzelgericht, vom  
16. Oktober 2013:**

1. Die Klage betreffend Ungültigkeit der Ehe wird abgewiesen.
2. Die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen wird dem Endentscheid vorbehalten.
3. (Mitteilung)

4. (Berufung)

**Berufungsanträge:**

Des Klägers und Berufungsklägers (Urk. 1):

"1. Dispositiv Ziffer 1 des Teilurteils der Einzelrichterin am Bezirksgericht Zürich vom 16. Oktober 2013 (FE101134-L) sei aufzuheben und die Ehe des Berufungsklägers und der Berufungsbeklagten 1 sei ungültig zu erklären;

2. Eventualiter sei Dispositiv Ziffer 1 des Teilurteils der Einzelrichterin am Bezirksgericht Zürich vom 16. Oktober 2013 (FE101134-L) aufzuheben und die Angelegenheit zur Durchführung eines Beweisverfahrens und Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen;

3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt. 8%) zulasten der Berufungsbeklagten;

4. Dem Berufungskläger sei für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und in der Person der Unterzeichneten eine unentgeltliche Rechtsvertreterin zu bestellen."

**Erwägungen:**

**A.**

1. Am 20. Oktober 2010 machte der Kläger die vorliegende Eheungültigkeits- ev. Scheidungsklage beim Bezirksgericht Zürich mit der Weisung des zuständigen Friedensrichters rechtshängig. Nach durchgeführtem Hauptverfahren erliess die Vorinstanz am 16. Oktober 2013 einen Vorentscheid im Sinne eines Teilurteils über das Rechtsbegehren des Klägers zur Ungültigerklärung der Ehe, welches sie abwies (Urk. 2). Gegen dieses Teil-Urteil erhob der Kläger am 18. November 2013 rechtzeitig die vorliegende Berufung (Urk. 1).

2. Da das angefochtene Urteil erst nach dem Inkrafttreten der Schweizerischen Zivilprozessordnung ergangen ist, richtet sich das Berufungsverfahren nach deren Bestimmungen (Art. 405 Abs. 1 ZPO/CH). Erweist sich eine neurechtliche Berufung - wie vorliegend - als offensichtlich unbegründet, kann sofort und ohne prozessuale Weiterungen ein Entscheid ergehen (Art. 312 Abs. 1 ZPO).

3. Die Parteien haben am tt. Juli 2003 in der Schweiz geheiratet. Der Kläger und Berufungskläger (nachfolgend nur noch Kläger) ist Schweizer Bürger, die Beklagte und Berufungsbeklagte türkische Staatsangehörige. Am tt.mm.2006 gebar die Berufungsbeklagte das Kind C.\_\_\_\_\_. Am 1. Januar 2008 ist Art. 105 Ziff. 4 ZGB in Kraft getreten, welche Bestimmung die unbefristete Ungültigkeit einer Ehe statuiert, welche nicht die Begründung einer Lebensgemeinschaft sondern einzig die Umgehung der Bestimmungen über die Zulassung und den Aufenthalt von Ausländerinnen und Ausländern bezweckt. Im Berufungsverfahren ist einzig strittig, ob diese Bestimmung auch rückwirkend auf die vor dem 1. Januar 2008 geschlossene Ehe der Parteien Anwendung findet, sollte es sich dabei um eine solche Ausländerrechtsehe handeln.

## **B.**

### 1. Erstinstanzliche Erwägungen

Die Vorinstanz hat eine Rückwirkung von Art. 105 Ziff. 4 ZGB auf vor dem 1. Januar 2008 geschlossene Ehen verneint.

Sie hat sich dabei auf die Mehrheit der Autorenmeinungen abgestützt, die sich zur intertemporalen Anwendung von Art. 105 Ziff. 4 ZGB äussern. Nach deren Argumentation spreche das Wesen der Eheungültigkeit dafür, dass die verpönten Umstände einer Eheschliessung bereits im Zeitpunkt der Heirat vorliegen müssten; erst später gesetzlich eingeführte Eheungültigkeitsgründe stellten begrifflich eine Scheidung dar. Auch wenn ein späterer, unbefristeter Eheungültigkeitsgrund um der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit willen eingeführt werde, so überwiege der Charakter der Ehe als (zivilrechtliches) Institut diese Interessen, was gegen eine rückwirkende Anwendung gemäss Art. 2 SchIT ZGB spreche (BSK ZGB I-Geiser/Lüchinger, vor Art. 104ff N 6a; Fankhauser/Wüscher, FamPra.ch 2008 S. 761, 763; M. Kradolfer, Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer [AuG], Bern 2010, N 11 zu Art. 125 AuG). Die einzige abweichende Lehrmeinung verweise ohne weitere Begründung auf Art. 2 SchIT ZGB (CR CC I-J.Ch. a Marca, art. 105 N 9). Der letztzitierte Autor stellt seine Meinung allerdings in den Zusammenhang mit dem absoluten Charakter eines unbefristeten Ungültigkeitsgrundes

und begründet sie insofern auch.

Weiter erwog die Vorinstanz, eine Rückwirkung neuer Gesetzesbestimmungen im Sinne von Art. 2 Abs. 1 SchIT ZGB komme nur in ordre public-Fällen in Betracht. Der ordre public-Charakter einer neuen Vorschrift ergebe sich nicht allein daraus, dass sie zwingendes Recht sei, sondern nur, wenn sie Ausfluss grundlegender sozialpolitischer und ethischer Anschauungen sei, denen das alte Recht widerspreche. Dabei habe der Richter auch eine Abwägung der auf dem Spiel stehenden Interessen vorzunehmen und zu prüfen, ob das neue Recht einem öffentlichen Interesse entspreche, welches die ihm gegenüber stehenden privaten Interessen überwiege, insbesondere das Vertrauen auf die Anwendung des bisherigen Rechtes. Bei dieser Interessenabwägung sei vorliegend einerseits das öffentliche Interesse am Schutz aufenthaltsrechtlicher Normen zu beachten, welches aber auch auf anderem Weg als der Eheungültigkeit durchgesetzt werden könne und eine solche dafür nicht zwingend sei. Andererseits stehe der Ungültigerklärung das private Interesse an der Rechtssicherheit und am Vertrauen auf Anwendung des bisherigen Rechts gegenüber. Besonders ins Gewicht falle dabei das Interesse des in dieser Ehe geborenen Kindes, das bei einer Ungültigerklärung unversehens keinen (rechtlichen) Vater mehr habe und dessen leiblicher Vater sich heute kaum mehr finden lasse. Die Stellung des unbeteiligten Kindes würde daher schwer beeinträchtigt.

Zusammenfassend kam die Vorinstanz zum Schluss, dass die Anwendung der Grundregel über die Nichtrückwirkung von neuen Gesetzesbestimmungen gemäss Art. 1 SchIT ZGB vorliegend weder zu einer Unvereinbarkeit mit der schweizerischen Rechts- und Werteordnung führe noch fundamentale Rechtsgrundsätze verletze. Das vorliegend betroffene öffentliche Interesse habe nicht ordre public-Charakter und sei mit diesem nicht unvereinbar. Mangels Rückwirkung der neuen Eheungültigkeitsbestimmung von Art. 105 Ziff. 4 ZGB wies die Vorinstanz die Eheungültigkeitsklage ab (Urk. 2 S. 12ff).

## 2. Berufungsbegründung

In seiner Berufung gegen die erstinstanzliche Abweisung der Ungültigkeitsklage verweist der Kläger auf den Zweck der Bestimmung von Art. 105 Ziff. 4 ZGB als Ausdruck eines sozio-politischen Konzepts und als migrationspolitisches Instru-

ment. Diese Norm unterstütze die aufenthaltsrechtlichen Normen, sei Teil der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit und sei im öffentlichen Interesse erlassen worden. Ausdruck des ordre public-Charakters sei die Aufnahme dieser Bestimmung in die unbefristeten Ungültigkeitsbestimmungen des ZGB, ebenso der Hinweis in der Botschaft zum Ausländergesetz auf die ordre public-Bestimmung von Art. 45 Abs. 2 IPRG. Eine dem ordre public zuzurechnende neue Gesetzesbestimmung sei aber in Anwendung von Art. 2 Abs. 1 SchIT ZGB rückwirkend anzuwenden. Art. 105 Ziff. 4 ZGB sei letztlich ein Anwendungsfall des Rechtsmissbrauchsverbotes und ein solcher Missbrauch dürfe nie geschützt werden.

Sodann verweist der Berufungskläger auf Bundesgerichtsentscheide zum Ausländerrecht, in denen betont werde, dass die aufenthaltsrechtlichen Normen dem Schutz der öffentlichen Ordnung dienten, sowie auf BGer. 2C\_841/2009 vom 19.5.2011, wo das Bundesgericht für einen analogen Fall indirekt auf die rückwirkende Anfechtbarkeit einer altrechtlichen Ehe wegen Ungültigkeit hinweise. Die von der Vorinstanz zitierten Autoren äusserten sich nur zurückhaltend zur Nichtrückwirkung. Das Wesen der Eheungültigkeit erfordere einzig, dass die massgeblichen Umstände bereits bei der Heirat bestanden haben müssten, nicht aber die entsprechende Verbotsnorm. Dass mit der Ungültigerklärung der Ehe ein zivilrechtliches Verhältnis aufgelöst werde, widerspreche dem Umstand nicht, dass dies aus Gründen der öffentlichen Ordnung und der Sittlichkeit geboten sei. Sodann habe der Gesetzgeber in Art. 109 Abs. 3 ZGB ausdrücklich bestimmt, dass Kinder aus ungültig erklärten Ehen ihren rechtlichen Vater verlören und damit auch das zu Unrecht erlangte Bürgerrecht des Ehemannes der Mutter. Damit habe der Gesetzgeber bereits selber eine Abwägung mit den Interessen des Kindes vorweg genommen; eine solche könne nicht mehr zur Ablehnung einer rückwirkenden Anwendung der Ungültigkeitsbestimmung herangezogen werden (Urk. 1).

### 3. Erwägungen zur Rückwirkung

3.1. Soweit sich die Lehre mit der intertemporalen Anwendung von Art. 105 Ziff. 4 ZGB bislang überhaupt befasst hat, lehnt sie eine rückwirkende Anwendung auf unter dem alten Recht zivilrechtlich gültig gegründete Ausländerehen mehrheitlich ab. Nach Th. Geiser (Scheinehe, Zwangsehe und Zwangsscheidung aus zivilrechtlicher Sicht, ZBJV Bd. 144/2008, S. 833) muss ein Eheungültigkeitsgrund begriffswesentlich bereits im Zeitpunkt der Eheschliessung vorhanden sein. Eine einmal fehlerfrei gültige Ehe könne nicht nachträglich ungültig werden. Diese Logik überzeugt und entspricht auch dem Vertrauen in die Rechtsbeständigkeit von Rechtsverhältnissen.

R. Fankhauser/K. Wüscher verweisen auf die Übergangsregelung von Art. 7 Abs. 2 SchIT ZGB, wonach aufgehobene Eheungültigkeitsgründe keine Anwendung mehr auf altrechtliche, an diesem Ungültigkeitsgrund leidende Ehen finden dürfen, und plädieren für die sinngemässe, einschränkende Anwendung auf nachträglich eingeführte Ungültigkeitsgründe, die auch nicht auf frühere Ehen angewendet werden dürften (FamPra.ch 4/2008 S. 762f; ebenso M. Kradolfer, in Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer [AuG], Bern 2010, S. 761, 763). Geiser/Lüchinger verweisen auf die Aufhebung von aArt. 8 Abs. 4 SchIT ZGB, womit eine altrechtliche Bürgerrechtsehe nach Aufhebung dieses Eheungültigkeitsgrundes nicht mehr rückwirkend angefochten werden konnte (BSK ZGB I, vor Art. 104ff N 6). Diese Autoren plädieren damit grundsätzlich für die zeitlich möglichst eingeschränkte Anwendung von jeweils ändernden Eheungültigkeitsbestimmungen und zugunsten der Gültigkeit einer Ehe im intertemporalen Übergangsrecht.

Einzig J.Ch. a Marca befürwortet eine rückwirkende Anwendung von Art. 105 Ziff. 4 ZGB auf früher geschlossene Ehen in Anwendung von Art. 2 SchIT ZGB, allerdings ohne weiter auf eine Interessenabwägung einzugehen (CR CC I, Art. 105 CC N 9).

Der Berufungskläger beruft sich sodann auf den Bundesgerichtsentscheid 2C\_841/2009 vom 19. Mai 2011, den er als gleich gelagerten Fall betrachtet (Eheschliessung 2003, Geburt des Kindes 2006, Inkrafttreten des neuen Eheun-

gültigkeitsgrundes am 1. Januar 2008). Hier habe das Bundesgericht bei seinem Entscheid über eine Aufenthaltsbewilligungsverlängerung ausdrücklich auf den Vorbehalt der Eheungültigerklärung hingewiesen (Urk. 1 S. 4). Im zitierten Entscheid hat sich das Bundesgericht einlässlich mit der Abwägung des öffentlichen Interesses an der Verhinderung von Missbräuchen zur Erlangung einer Aufenthaltsbewilligung und dem entgegenstehenden Interesse eines Schweizer Kindes an einem Verbleib seines ausländischen Elternteils in der Schweiz befasst. Im Zusammenhang mit der verschärften Missbrauchsbekämpfung im Bewilligungsrecht hat das Bundesgericht in Erw. 2.4.2. auf die Gesetzesrevisionen der letzten Jahre verwiesen und dabei unter anderen Beispielen auch den Eheungültigkeitsgrund von Art. 105 Ziff. 4 ZGB aufgezählt. In Erw. 2.4.3. bzw. 3.4. hat es dann auf die aktuelle Rechtssituation der (noch) gültigen Ehe, der (noch) bestehenden Ehelichkeitsvermutung des Kindes und seines Schweizer Bürgerrechts hingewiesen und dem Interesse des Kindes an einer Aufenthaltsbewilligung für seine Mutter schliesslich den Vorrang eingeräumt. Im Ergebnis hat sich das Bundesgericht damit aber nicht über die rückwirkende Anwendung des Eheungültigkeitsgrundes von Art. 105 Ziff. 4 ZGB auf altrechtliche Ehen ausgesprochen, weder im positiven noch im negativen Sinn. Es hat vielmehr die Möglichkeit der tatsächlichen Ungültigerklärung einer Ausländerrechtsehe als eine gesetzliche Möglichkeit im Raum stehen gelassen. Ähnlich hat das Bundesgericht in den gleichentags erlassenen Entscheiden 2C\_327/2010 und 2C\_328/2010 (publ. in BGE 137 I 247) ausgeführt, es sei für das Interesse des Kindes an seinem und seiner Mutter Verbleib in der Schweiz (sc. trotz Anhaltspunkten für einen durch Scheinehe der Mutter mit einem Dritten begangenen Missbrauch) so lange von den zivilrechtlichen Vorgaben - Vaterschaftsanerkennung durch einen Schweizer und schweizerisches Bürgerrecht des Kindes - auszugehen, als diese nicht auf den dort vorgesehenen Rechtswegen modifiziert worden seien (Erw. 5.2.3.). Auch mit dieser Feststellung hat sich das Bundesgericht - entgegen dem Berufungskläger (Urk. 1 S. 4f) - nicht ausdrücklich über bzw. nicht ausdrücklich für die rückwirkende Ungültigerklärung gestützt auf Art. 105 Ziff. 4 ZGB für altrechtliche Ehen ausgesprochen, sondern auf den aktuellen ausländerrechtlichen status quo abgestellt. In diesem Sinne

liegt kein einschlägiger Bundesgerichtsentscheid vor, der sich ausdrücklich mit der hier umstrittenen Rechtsfrage befasst.

3.2. Mit dem Erlass von Art. 105 Ziff. 4 ZGB wurden keine intertemporalen Übergangsregeln aufgestellt. Es gelten daher die ordentlichen Übergangsbestimmungen von Art. 1 und 2 des Schlusstitels zum ZGB. Nach der Grundregel von Art. 1 SchlIT ZGB werden die rechtlichen Wirkungen von Tatsachen, die vor dem Inkrafttreten einer neuen Gesetzesbestimmung eingetreten sind, nach dem Recht beurteilt, das zur Zeit des Eintrittes dieser Tatsachen gegolten hat. Mithin gilt die Grundregel der Nichtrückwirkung neuer Gesetzesbestimmungen im Sinne des Vertrauensschutzes in erlangte Rechtspositionen. Als Ausnahme davon statuiert Art. 2 SchlIT ZGB, dass neue Gesetzesbestimmungen, die um der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit willen aufgestellt worden sind, auf alle Tatsachen Anwendung finden; Vorschriften des bisherigen Rechts, die nach der Auffassung des neuen Rechts der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit widersprechen, finden nach dessen Inkrafttreten keine Anwendung mehr. Ob dies der Fall ist, ist anhand des Zwecks und der Stossrichtung des neuen Gesetzes zu würdigen und gegen das ihnen regelmässig entgegenstehende Vertrauen auf den Fortbestand früher begründeter Rechte abzuwägen. Dass das neue Gesetz zwingender Natur und um der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit willen erlassen worden ist, spricht eher für ein überwiegendes Interesse an seiner rückwirkenden Anwendung gegenüber dem Vertrauensinteresse am Fortbestand früher begründeter Rechtsverhältnisse, ist aber nicht allein ausschlaggebend. Vielmehr ist zu berücksichtigen, ob die Anwendung des alten Rechtes auf altrechtliche Rechtsverhältnisse in Anlehnung an die negative *ordre public*-Klausel von Art. 2 Abs. 2 SchlIT ZGB zu einer Verletzung grundlegender aktueller sozialpolitischer und ethischer Anschauungen führen würde bzw. die neue Bestimmung zu den Grundpfeilern der heutigen Rechtsordnung gehört, die in jedem Fall Vorrang vor dem Vertrauensschutz der Parteien in ein bestehendes Rechtsverhältnis haben müsste (BGE 133 III 105 Erw. 2.1.2ff; 119 II 46; 116 III 124, 100 II 105, 112; BSK ZGB I - Vischer, Art. 2 SchlIT N 4; G. Brogini, SPR Bd. I, S. 451). Im Bereich der Eheschliessung verstossen gegen den *ordre public* als grundlegende ethische Überzeugung z.B. bigamische Ehen, Ehen zwischen Verwandten gerader Linie und Geschwister-

ehen, Ehen die nicht dem freien Willen und Selbstbestimmungsrecht eines urteilsfähigen Ehegatten entsprechen oder Eheverbote aus Gründen der Religion oder Rasse (BSK IPRG-M. Courvoisier, Art. 44 N 19, Art. 45 N 21ff). In Statusfragen ist sodann allgemein besondere Zurückhaltung bei der Annahme eines Rechtsmissbrauchs und einer entsprechenden Rechtsfolgeverweigerung am Platz (Th. Geiser, ZBJV Bd. 144/2008, S. 823).

Die imperativen Vorschriften des *ordre public* als Grundpfeiler des ethischen und moralischen Gesellschaftskonsenses im Sinne von Art. 2 SchlT ZGB, die eine rückwirkende Anwendung neuer gesetzlicher Vorschriften erlauben, sind nicht gleichzusetzen mit dem allgemeinen öffentlichen Interesse im Sinne von Gemeinwohl oder mit öffentlichen Sicherheits- und Sittlichkeitsinteressen im Sinne polizeilicher Schutzgüter. Solche Interessen legitimieren bzw. begrenzen staatliches Handeln und erlauben auch beschränkte gesetzliche Eingriffe in verfassungsmässige Grundrechte, sind örtlich und zeitlich indessen wandelbar (Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. A. S. 124 Rz 537a ff, Rz 2437). Polizeilich oder ordnungspolitisch motivierte Einschränkungen geschützter Freiheitsrechte müssen stets verhältnismässig sein und den Kerngehalt der wesentlichen Grundrechte respektieren. V.a. die Einschränkung von Individualrechten ist stets auch auf ihre Vereinbarkeit mit den entsprechenden Bestimmungen der EMRK zu prüfen (Häfelin/Haller/Keller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 8. A. S. 96 Rz 302ff). Bloss polizeilich motivierte neue Gesetzesbestimmungen sind in der Regel daher nicht rückwirkend anzuwenden.

3.3. Die Meinung des Gesetzgebers zur Ungültigkeit von Ehen, die einzig zur Erlangung einer Aufenthaltsbewilligung geschlossen werden, schwankte in den letzten 15 Jahren und war nicht völlig unumstritten. Bei der Beratung des Bundesgesetzes über die Änderung des ZGB (Personenrecht, Eheschliessung, Scheidung etc.) vom 26. Juni 1998 lehnten es Bundesrat und Ständerat ab, die Umgehung der ausländerrechtlichen Aufenthaltsbestimmungen neu als Eheungültigkeitsgrund einzuführen; die ausländerrechtlichen Vorschriften des ANAG über den Verlust der erworbenen Aufenthaltsbewilligung bei einer Scheinehe wurden als ausreichend erachtet. Im Zusammenhang mit dem Partnerschaftsgesetz wurden die Eheungültigkeitsbestimmungen ab dem Jahr 2006 sogar noch weiter einge-

schränkt. Erst mit dem Erlass des neuen Ausländergesetzes (AuG) wurde ab dem Jahr 2008 das Rad in Bezug auf Scheinehen wieder zurückgedreht, der neue Ungültigkeitsgrund der ausländerrechtlichen Scheinehe von Art. 105 Ziff. 4 ZGB eingeführt sowie die Zivilstandsbehörde zur Ablehnung entsprechender Eheschliessungen verpflichtet (BBI 1996 I S. 1ff; Art. 97a ZGB; vgl. dazu BSK ZGB I-Geiser/Lüchinger Art. 105 N 4f). Selbst diese Neuerung wurde aber erst nach dem Vernehmlassungsverfahren in die Gesetzesvorlage aufgenommen (BBI 2002 S. 3755). Schliesslich trat per 1. Januar 2011 eine weitere Verschärfung in Kraft, indem die ausländischen Brautleute nunmehr auch verpflichtet sind, ihren rechtmässigen Aufenthalt in der Schweiz nachzuweisen (Art. 98 Abs. 4 ZGB). Bereits diese wechselhafte und noch relativ junge Gesetzesentwicklung zur Aufenthaltsrechtsehe rechtfertigt die Zurechnung der Ungültigkeit einer solchen Ehe im Sinne von Art. 105 Ziff. 4 ZGB zum allgemein anerkannten, ethisch-moralischen Grundpfeiler der Schweizerischen Gesellschaftsordnung im Sinne des *ordre public* nicht, der über die jeweilige aktuelle gesetzliche Regelung hinaus auch zeitlich rückwirkend Geltung beanspruchen müsste. Diese Ungültigkeitsvorschrift ist vielmehr (nur) dem allgemeinen öffentlichen Interesse zuzurechnen.

Im Bereich des Rechts auf Ehe und Familie und dessen Einschränkung durch migrationspolitische Vorschriften hat sich das Bundesgericht sodann bereits mehrfach zu Art. 98 Abs. 4 ZGB geäussert, welcher den Zivilstandsbehörden die Trauung von Ausländern ohne rechtmässigen Aufenthalt in der Schweiz verbietet. Das Bundesgericht hat erkannt, dass aus dieser Bestimmung vor dem Hintergrund der EMRK kein generelles, automatisches und undifferenziertes Eheverbot für Ausländer ohne gültige Aufenthaltsbewilligung abgeleitet werden dürfe. Massnahmen zur Verhinderung von Gefälligkeitsehen im konkreten Einzelfall seien nur zulässig, soweit sie vernünftig und angemessen seien und der Feststellung eines echten Ehemillens dienen. Den betroffenen Brautleuten sei vor der Ablehnung einer Trauung daher zunächst Gelegenheit zu einer Legalisierung ihres ausländerrechtlichen Aufenthaltsstatus und damit zur Schaffung der Voraussetzungen für eine Eheschliessung zu geben, sofern nicht zum vorneherein feststehe, dass dies nicht möglich sei, oder Anhaltspunkte für einen Rechtsmissbrauch vorlägen (BGE 137 I 351, bestätigt in BGE 138 I 41). Bei diesen Entscheiden konnte sich das

Bundesgericht auch auf eine einhellige Lehre stützen (vgl. statt vieler z.B. J.P. Müller, Bekämpfung von Scheinehen im Konflikt mit der Ehefreiheit, Asyl 4/09 S. 14; M. Caroni/S. Schädler, Lex Brunner und EMRK, Asyl 4/11 S. 25; M-L. Pappaux van Delden, Le droit au mariage et à la famille, FamPra.ch 3/2011 S. 600f). Diese Lehre und Rechtsprechung belegt eine grundsätzliche Unvereinbarkeitsproblematik migrationspolitisch motivierter Heiratsschranken mit dem Recht auf Eheschliessung. Migrationspolitische Vorschriften können nicht generell und undifferenziert Anwendung auf alle vom Gesetzeswortlaut erfassten Fälle einer Einschränkung der Ehefreiheit finden, sondern verlangen eine Abwägung der Interessen im Einzelfall. Auch unter diesem Aspekt können migrationspolitische Ehebeschränkungen daher nicht dem schweizerischen ordre public zugerechnet werden, der aufgrund eines allgemeinen ethischen und moralischen Gesellschaftskonsenses automatisch und systematisch in jedem Fall Anwendung finden müsste und einer tief verwurzelten moralischen Überzeugung entspringen würde. Die zu Art. 98 Abs. 4 ZGB entwickelte Lehre und Rechtsprechung und der konventionsrechtliche Eheschutz bezieht sich zwar nur auf Eheschliessungen echt ehewilliger Parteien, kann aber mindestens für die Beurteilung des ordre public-Charakters von Art. 105 Ziff. 4 ZGB auch mit in Betracht gezogen werden. Diese Bestimmung sanktioniert nach ihrem Wortlaut nämlich nicht nur beidseits gewollte Scheinehen zur Umgehung der ausländerrechtlichen Vorschriften und damit einen offenkundigen Rechtsmissbrauch, sondern sie sieht die Ungültigkeit der Ehe bereits vor, wenn auch nur einer der beiden Eheleute eine Scheinehe begründen will. Damit wird aber das Recht auf Ehe und Familie des gutgläubigen Gatten tangiert. Es ist auch nicht ausgeschlossen, dass eine anfänglich als Aufenthaltsrechtsehe gegründete Ehe anschliessend doch noch zur Lebensgemeinschaft wird und aus ihr Kinder hervorgehen, die Anspruch auf den konventionsrechtlichen Familienschutz haben. In solchen Konstellationen eine Ehe wegen der Anfangsumstände im nachhinein ungültig zu erklären, entspricht nicht der tief verwurzelten Überzeugung der schweizerischen Gesellschaft und ist allenfalls sogar EMRK-widrig.

3.4. Ist der ordre public-Charakter von Art. 105 Ziff. 4 ZGB zu verneinen, ist seine rückwirkende Anwendung auf vor dem 1. Januar 2008 geschlossene Ehen in An-

wendung von Art. 2 Abs. 1 SchIT ZGB abzulehnen. Der Hinweis in der Botschaft zum Ausländergesetz auf die *ordre public*-Bestimmung von Art. 27 IPRG widerspricht dieser Feststellung nicht. Diese Bestimmung bezieht sich auf die Anerkennung von ausländischen *Urteilen* und ist damit nicht einschlägig. Auf den einschlägigen Art. 45 Abs. 2 IPRG zur Nichtanerkennung *ausländischer* Eheschliessungen verweist die Botschaft nur für den Fall der offensichtlichen und vorsätzlichen Umgehung Schweizerischer Rechtsvorschriften durch Verlegung der Eheschliessung ins Ausland und damit für Ehen, die bereits zur Zeit ihres Abschlusses nach schweizerischem Recht ungültig wären. Diese Konstellation der anfänglichen Rechtsumgehung ist mit der vorliegenden nicht vergleichbar. Aufenthaltsbewilligungsehen sind sodann nicht in jedem Fall offensichtlich rechtsmissbräuchlich, da die Absicht der Rechtsumgehung unter Umständen bei einem der beiden Ehegatten fehlt (vgl. dazu auch Th. Geiser, ZBJV Bd. 144/2008 S. 834f.).

Der Berufungskläger verweist zur Berufungsbegründung nebst Art. 2 SchIT auch auf Art. 3 SchIT ZGB. Danach sind Rechtsverhältnisse, deren Inhalt unabhängig vom Willen der Beteiligten durch Gesetz umschrieben wird, nach Inkrafttreten eines neuen Gesetzes nach diesem zu beurteilen, auch wenn sie nach dem alten Recht begründet wurden (Urk. 1 S. 3). Diese Bestimmung bezieht sich zum einen jedoch auf *rechtsgeschäftlich erworbene Rechtspositionen* und nicht auf gesetzliche Rechtspositionen wie die Ehe. Zum anderen sieht auch diese Bestimmung grundsätzlich einen Bestandesschutz für solche rechtsgültig nach altem Recht begründeten Verhältnisse vor, indem sie lediglich gewisse Folgen daraus nach dem neuen Recht beurteilt haben will, wobei diese Beurteilung im Licht von Art. 2 SchIT ZGB zu erfolgen hat (BSK ZGB II - Vischer Art. 3 SchIT N 3ff). Eine abweichende Beurteilung des *ordre public*-Charakters der Eheungültigkeit gemäss Art. 105 Ziff. 4 ZGB gestützt auf die Art. 1 und 2 SchIT ZGB ergibt sich daraus nicht.

3.5. Liesse man – entgegen der vorstehenden Erwägung 3.2. – bereits ein allgemeines öffentliches Interesse im Sinne eines polizeilichen bzw. migrationspolitischen Interesses für die rückwirkende Anwendung der neuen Eheungültigkeitsnorm auf gesetzeskonform eingegangene altrechtlichen Ehen genügen, so müss-

te eine Interessenabwägung mit dem Vertrauensschutz in die Ehe vorgenommen werden (Vischer, a.a.O Art. 2 SchIT N 4).

Bei Statusfragen ist grundsätzlich dem Interesse an der Fortdauer einer einmal rechtsgültig begründeten Rechtsstellung der Vorzug zu geben. Bereits die Vorinstanz hat diesbezüglich auf das Interesse des während der Ehe geborenen Kindes verwiesen, für welches grundsätzlich eine Ehelichkeitsvermutung mit allen rechtlichen Folgen besteht (Unterhaltsanspruch gegenüber dem Vater, Schweizer Bürgerrecht) und die es bei einer nicht zwingenden Rückwirkung eines neu eingeführten Eheungültigkeitsgrundes verlieren würde.

Dieses Kind hat sodann auch ein Recht auf das Zusammenleben und die Betreuung durch den ausländischen Elternteil. Es darf dieses Recht nach der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung gestützt auf die Kinderrechtskonvention in der Schweiz beanspruchen und von den hiesigen Ausbildungsmöglichkeiten und allgemeinen Lebensbedingungen profitieren (BGE 135 I 153 Erw. 4.3). Dem steht das einzig in der Eingehung einer Scheinehe bestehende rechtsmissbräuchliche Verhalten des sorgeberechtigten ausländischen Elternteils nicht entgegen (BGE 136 I 287; BGer. 2C\_841/2009, vom 19.5.2011, Erw. 2.3 m.w.H., Erw. 2.4.3.).

Dieses von der Rechtsprechung zwar nur einem anerkannten Kind mit Schweizer Staatsangehörigkeit zugebilligte Recht kann aber durchaus auch für die ermessensweise Interessenabwägung im Hinblick auf eine allenfalls rückwirkende Anwendung neuer zivilrechtlicher Eheungültigkeitsgründe zufolge Gesetzesrevision aus migrationspolitischen Motiven in die Waagschale gelegt werden.

Für den migrationspolitisch erwünschten Widerruf einer durch Eheschliessung unrechtmässig erlangten Aufenthaltsbewilligung des ausländischen Ehegatten ist die zusätzliche Ungültigerklärung der Ehe auch aus Kohärenzgründen weder nötig noch ausreichend (a.M. a Marca CR CC I, art. 105 CC N 26). Der Widerruf von durch Scheinehen erlangten Aufenthaltsbewilligungen kann einerseits bereits aufgrund der einschlägigen Vorschriften des Ausländergesetzes erfolgen (Art. 62 lit. a bzw. Art. 63 lit. a AuG), ebenso die Nichtigkeitsklärung einer allfälligen Einbürgerung (Art. 41 BüG). Andererseits anerkennt selbst das polizeilich motivierte Migrationsrecht in gewissen Konstellationen die mit einer Ehe und Familiengründung geschaffene faktische Integration, allenfalls verbunden mit der Unzumutbar-

keit der Rückkehr ins Heimatland, im Rahmen der Härtefallklausel von Art. 30 AuG als der Durchsetzung der ordentlichen Aufenthaltsvorschriften vorgehend (Spescha/Thür/Zünd/Bolzli, Migrationsrecht, 3.A. 2012, Art. 30 N 10). Bei Anerkennung der mit einer Ehe und Familiengründung und einem längeren Aufenthalt in der Schweiz geschaffenen faktischen Verhältnisse sogar im polizeilich motivierten Migrationsrecht selber ist kein zusätzliches öffentliches bzw. migrationspolitisches Interesse mehr ersichtlich, die Ehe trotzdem rückwirkend ungültig zu erklären. Die Ungültigerklärung gemäss Art. 104 Ziff. 4 ZGB erscheint vielmehr als zusätzliche Sanktion, die abschreckend wirken soll (vgl. auch Art. 118 AuG); rückwirkende Sanktionen sind aber grundsätzlich unzulässig. In diesem Sinne ist die Verhältnismässigkeit der zivilrechtlichen Eheungültigkeit zur Erreichung des angestrebten ausländerrechtlichen Ziels bereits im Grundsatz zweifelhaft (Th. Geiser, ZBJV Bd. 144/2008, S. 846), spricht jedenfalls aber gegen eine rückwirkende Anwendung auf altrechtlich gültige Ehen.

4. Aufgrund dieser Erwägungen ist die rückwirkende Anwendung des im Januar 2008 in Kraft getretenen Eheungültigkeitsgrundes von Art. 105 Ziff. 4 ZGB auf früher geschlossene Ehen abzulehnen. Damit ist die Eheungültigkeitsklage des Klägers und Berufungsklägers auch im Berufungsverfahren unbesehen der konkreten Ehesituation abzuweisen und das vorinstanzliche Teilurteil auch in den weiteren Punkten zu bestätigen. Das Verfahren ist damit zur Fortsetzung des Verfahrens auf Ehescheidung an die Vorinstanz zu überweisen.

## C

1. Bei diesem Ausgang des Berufungsverfahrens wird der Berufungskläger kostenpflichtig.

2. Der Berufungskläger hat zusammen mit seiner Berufungsbegründung ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren gestellt. Er sei arbeitslos und lebe von der Sozialhilfe. Er hat dafür am 18. November 2013 auf eine vor Vorinstanz eingereichte Budgetberechnung der zuständigen Sozialhilfebehörde vom September 2010 verwiesen, die als überholt gelten

muss, und die Nachreichung eines aktuellen Belegs über einen aktuellen Sozialhilfebezug und seine Schulden in Aussicht gestellt (Urk. 1 S. 10 i.V.m. Urk. 14/19). Mit Verfügung vom 19. Dezember 2013 wurde er nochmals ausdrücklich zur Einreichung dieser versprochenen bzw. anderer tauglicher Unterlagen zum Nachweis der prozessualen Bedürftigkeit aufgefordert (Urk. 7). Er hat dafür am 13. Januar 2014 eine aktuelle Bestätigung des zuständigen Sozialamtes über seine anhaltende Unterstützungsbedürftigkeit seit Juni 2010 nachgeliefert (Urk. 10/1). Weiter hat er einen aktuellen Bankauszug mit einem aktuellen Kontostand von Fr. 7.45 sowie einen aktuellen Rechtsöffnungsentscheid über eine Verlustscheinforderung von Fr. 24'782.40 eingereicht (Urk. 10/2+4). Damit ist seine Mittellosigkeit ausreichend belegt. Nach dem Entscheid des Bundesgerichtes vom 21. Dezember 2011 kann nicht von einer von allem Anfang an bestehenden Aussichtslosigkeit des Verfahrens ausgegangen werden, weil sich dieses Gericht bislang noch nicht zur massgeblichen Rechtsfrage der rückwirkenden Anwendung von Art. 105 Ziff. 4 ZGB auf altrechtliche Ehen geäussert habe (Urk. 44). Damit sind die Voraussetzungen für die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung im Berufungsverfahren erfüllt und diese zu bewilligen.

3. Wegen Unterliegens des Berufungsklägers und mangels wesentlicher Umtriebe der Berufungsbeklagten sind im Berufungsverfahren keine Parteientschädigungen zuzusprechen.

**Es wird beschlossen :**

1. Das Gesuch des Berufungsklägers um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung für das Berufungsverfahren wird bewilligt und es wird seine bisherige Rechtsvertreterin, Rechtsanwältin lic. iur. X.\_\_\_\_\_, zur unentgeltlichen Rechtsvertreterin bestellt.
2. Schriftliche Mitteilung an die Parteien mit nachfolgendem Erkenntnis.

**Es wird erkannt:**

1. Die Klage betreffend Ungültigkeit der Ehe wird abgewiesen und das Urteil des Bezirksgerichts Zürich (8. Abteilung - Einzelgericht) vom 16. Oktober 2013 auch in den übrigen Punkten bestätigt.
2. Das Verfahren wird zur Fortsetzung als Scheidungsverfahren an das Bezirksgericht Zürich (8. Abteilung - Einzelgericht) überwiesen.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird festgesetzt auf Fr. 4'000.–.
4. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Kläger und Berufungskläger auferlegt, jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung einstweilen auf die Staatskasse genommen. Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
5. Es werden für das Berufungsverfahren keine Parteientschädigungen zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte und Berufungsbeklagte sowie an die Prozessvertretung des Kindes je unter Beilage einer Kopie von Urk. 1, 8 und 9, an das Migrationsamt des Kantons Zürich sowie an das Bezirksgericht Zürich (8. Abteilung - Einzelgericht), je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

7. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Teilentscheid im Sinne von Art. 91 BGG.

Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 5. Februar 2014

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Die Präsidentin:

Der Gerichtsschreiber:

Dr. L. Hunziker Schnider

lic. iur. G. Kenny

versandt am: js