

**Principe de non-rétroactivité.** L'art. 105 ch. 4 CC prévoit que le mariage doit être annulé lorsque l'un des époux ne veut pas fonder une communauté conjugale mais éluder les dispositions sur l'admission et le séjour des étrangers. Cette disposition est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2008. Lorsque le législateur ne régit pas expressément le champ d'application temporelle du nouveau droit, les art. 1 à 4 du Titre final du CC trouvent application, spécialement le principe de non-rétroactivité (art. 1 du Titre final du CC). L'effet rétroactif de l'art. 2 du Titre final du CC constitue l'exception (consid. 4).

**Annulation du mariage.** Le législateur n'a pas régi expressément l'application temporelle de l'art. 105 ch. 4 CC. Le principe de non-rétroactivité s'applique, car la norme n'a pas été établie dans l'intérêt de l'ordre public et des mœurs. En l'espèce, le mariage a été conclu en 2003 et l'époux ne peut par conséquent pas se prévaloir de l'art. 105 ch. 4 CC (consid. 4).

**Besetzung**

Bundesrichter von Werdt, Präsident,  
Bundesrichter Marazzi, Herrmann, Schöbi, Bovey,  
Gerichtsschreiber Möckli.

**Verfahrensbeteiligte**

A.A.,  
vertreten durch Rechtsanwältin Karin Meyer,  
Beschwerdeführer,

gegen

B.A.,  
vertreten durch Fürsprecher Rolf Moser,  
Beschwerdegegnerin,

C.A.,  
vertreten durch Rechtsanwältin Sandra Joos.

**Gegenstand**

Ungültigkeit der Ehe,

Beschwerde gegen den Beschluss und das Urteil  
des Obergerichts des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, vom 5. Februar 2014.

**Sachverhalt:**

A.

A.A. (Jahrgang 1963, schweizerischer Staatsangehöriger) und B.A. (Jahrgang 1971, türkische Staatsangehörige) heirateten am 22. Juli 2003. Sie sind die Eltern des am xx.xx.2006 geborenen Kindes C.A..

B.

Am 20. Oktober 2010 reichte A.A. beim Bezirksgericht Zürich eine Eheungültigkeits-, evtl. Ehescheidungsklage ein, mit welcher er den Ungültigkeitsgrund von Art. 105 Ziff. 4 ZGB anrief.

Am 16. Oktober 2013 fällte das Bezirksgericht über die Frage der Eheungültigkeit ein Teilurteil, nicht zuletzt mit Blick auf die ebenfalls anhängig gemachte Anfechtung der Vaterschaft, welche bei Bejahung der Eheungültigkeit kraft Art. 109 Abs. 3 ZGB gegenstandslos würde. Das Bezirksgericht erwog, die zwischen den Parteien umstrittene Frage, ob sie sich geliebt und die Ehe vollzogen hätten, brauche nicht näher untersucht zu werden, weil der per 1. Januar 2008 eingeführte Ungültigkeitsgrund von Art. 105 Ziff. 4 ZGB ohnehin nicht auf die im Jahr 2003 geschlossene Ehe zurückwirken könne. Als Folge wies es die Ungültigkeitsklage ab.

Mit der gleichen intertemporalen Begründung, wonach der erst Jahre nach dem Eheschluss ins Gesetz aufgenommene Ungültigkeitsgrund von Art. 105 Ziff. 4 ZGB nicht auf diesen zurückwirke, wies das Obergericht des Kantons Zürich in seinem Urteil vom 5. Februar 2014 die gegen das Teilurteil erhobene Berufung ab.

C.

Gegen dieses Urteil hat A.A. am 10. März 2014 eine Beschwerde in Zivilsachen erhoben, mit welcher er dessen Aufhebung und die Ungültigerklärung der am 22. Juli 2003 geschlossenen Ehe, eventualiter die Rückweisung der Sache an das Obergericht verlangt. Es wurden keine Vernehmlassungen eingeholt.

Erwägungen:

1.

Angefochten ist ein kantonal letztinstanzliches Teilurteil über ein unabhängiges Begehren in einer nicht vermögensrechtlichen Zivilsache; die Beschwerde in Zivilsachen steht offen (Art. 72 Abs. 1, Art. 75 Abs. 1 und Art. 91 lit. a BGG).

2.

Gegenstand der Beschwerde ist die Frage der Rückwirkung des per 1. Januar 2008 in Kraft getretenen Eheungültigkeitsgrundes gemäss Art. 105 Ziff. 4 ZGB auf vor diesem Datum geschlossene Ehen. Diese ZGB-Norm wurde eingefügt im Zusammenhang mit dem Inkrafttreten des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer (Ausländergesetz, AuG, SR 242.20) vom 16. Dezember 2005 (vgl. AS 2007 5495).

Mangels spezifischer intertemporalrechtlicher Bestimmungen im Zusammenhang mit dem Inkrafttreten von Art. 105 Ziff. 4 ZGB sind die kantonalen Gerichte von der allgemeinen Regel gemäss Art. 1 SchlT ZGB ausgegangen, wonach die rechtlichen Wirkungen von Tatsachen nach demjenigen Recht beurteilt werden, das zur Zeit des Eintrittes dieser Tatsachen gegolten hat (Grundsatz der Nichtrückwirkung).

In ihren weiteren Ausführungen haben die Zürcher Gerichte das Vorliegen einer Ausnahme gemäss Art. 2 SchlT ZGB verneint mit der Begründung, bei Art. 105 Ziff. 4 ZGB handle es sich nicht um eine Norm, die um der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit willen aufgestellt sei. Aufgrund der schwankenden und wenig gefestigten Gesetzgebung in den letzten 15 Jahren lasse sich nicht sagen, dass es sich bei der neu eingeführten Norm um eine imperative Vorschrift des Ordre public als Grundpfeiler des ethischen und moralischen Gesellschaftskonsenses handle, wie dies etwa im Zusammenhang mit der bigamischen Ehe, der Ehe zwischen nahen Verwandten oder der Zwangsehe der Fall wäre. Entsprechendes ergebe sich auch nicht aus dem in der Botschaft zum AuG erfolgten Hinweis auf Art. 27 IPRG; dort gehe es um den nicht vergleichbaren Tatbestand, dass gemäss Art. 45

Abs. 2 IPRG Eheschliessungen, die in offensichtlicher und vorsätzlicher Umgehung schweizerischer Rechtsvorschriften ins Ausland verlegt worden seien, die also zur Zeit ihres Abschlusses nach schweizerischem Recht ungültig gewesen wären, nicht anerkannt werden könnten. Ferner hat das Obergericht auch eine auf Art. 3 SchIT ZGB gestützte Rückwirkung verneint.

Hilfsweise hat das Obergericht erwogen, dass bei der gegenteiligen Annahme, dass die neue Eheungültigkeitsnorm zurückwirken würde, jedenfalls eine Interessenabwägung mit dem Vertrauensschutz in den Bestand der Ehe vorzunehmen wäre, welche zugunsten der Fortdauer des rechtsgültig begründeten Statusrechtes zu entscheiden wäre, zumal den migrationspolitischen Zielen mit den einschlägigen Vorschriften des AuG genügend Rechnung getragen werden könne.

3.

Der Beschwerdeführer sieht in diesen Erwägungen Bundesrecht verletzt. Er macht geltend, bei der Ehe handle es sich um einen Dauersachverhalt und der Ungültigkeitsgrund von Art. 105 Ziff. 4 ZGB sei unbefristet. Die Norm sei Bestandteil der öffentlichen Ordnung und Ausdruck eines sozio-politischen Konzepts, weil sie dem Ziel eines ausgewogenen Verhältnisses zwischen schweizerischer und ausländischer Wohnbevölkerung diene. Als wesentliches Prinzip der aktuellen Ordnung falle Art. 105 Ziff. 4 ZGB mithin in den Anwendungsbereich von Art. 2 SchIT ZGB. Im Übrigen falle der Ungültigkeitsgrund von Art. 105 Ziff. 4 ZGB unter Art. 45 Abs. 2 IPRG und gehöre mithin zum schweizerischen Ordre public. Die Norm betreffe letztlich einen Anwendungsfall des Rechtsmissbrauchs (Scheinehe) und Rechtsmissbrauch dürfe nie geschützt werden; entsprechend könne es auch keinen Vertrauensschutz geben.

4.

Die Frage der Rückwirkung von Art. 105 Ziff. 4 ZGB auf frühere, gültig geschlossene Ehen wurde vom Bundesgericht bislang nie ausdrücklich entschieden; insbesondere äussern sich die Urteile 2C\_841/2009 sowie 2C\_327/2010 und 2C\_328/2010 entgegen der Behauptung des Beschwerdeführers nicht zu dieser Frage.

**Die herrschende Lehre geht davon aus, dass Art. 105 Ziff. 4 ZGB nicht auf früher geschlossene Ehen zurückwirken kann, weil Art. 1 SchIT ZGB greift ( GEISER, Scheinehe, Zwangsehe und Zwangsscheidung aus zivilrechtlicher Sicht, in: ZBJV 2008, S. 833; FANKHAUSER/WÜSCHER, Die neuen Eheungültigkeitsgründe nach Inkrafttreten des neuen Ausländergesetzes, in: FamPra.ch 2008, S. 763; GEISER/LÜCHINGER, in: Basler Kommentar, 4. Aufl., N. 6a vor Art. 104 ff. ZGB; KRADOLFER, in: Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG), Kommentar, Bern 2010, N. 11 zu Art. 125 AuG; a.M. A MARCA, in: Commentaire Romand, N. 9 zu Art. 105 ZGB).**

**Der herrschenden Lehre und der Ansicht der Vorinstanzen ist zu folgen. Regelt der Gesetzgeber den zeitlichen Anwendungsbereich bei einer Gesetzesrevision nicht besonders, so sind die Art. 1 bis 4 SchIT ZGB massgebend. Ausgangspunkt bildet dabei die in Art. 1 SchIT ZGB enthaltene Grundregel der Nichtrückwirkung einer Gesetzesänderung, welche für den gesamten Bereich des Zivilrechts gilt (BGE 133 III 105 E. 2.1 S. 108; 138 III 659 E. 3.3 S. 622; VISCHER, in: Basler Kommentar, N. 2 zu Art. 1 SchIT ZGB). Eine Ausnahme gemäss Art. 2 SchIT ZGB, welcher eine echte Rückwirkung vorsieht, ist eher selten gegeben. Es reicht nicht, dass die neue Norm imperativer Natur ist; der Ordre public und die Sittlichkeit erlauben eine rückwirkende Anwendung einzig dann, wenn die Norm zu den fundamentalen Prinzipien der aktuellen Rechtsordnung gehört, d.h. wenn sie grundlegende sozialpolitische und ethische Anschauungen verkörpert (BGE 133 III 105 E. 2.1.3 S. 109; VISCHER, a.a.O., N. 2 zu Art. 2 SchIT ZGB; HÜRLIMANN-KAUP/SCHMID, Einleitungsartikel des ZGB und Personenrecht, 2. Aufl., Zürich 2010, N. 525). Solches kann vorliegend aus mehreren Gründen nicht zur Debatte stehen.**

Zunächst hat das Obergericht zu Recht auf die oszillierende Gesetzgebung im Zusammenhang mit der

zivilrechtlichen Verstärkung fremdenrechtlicher Ziele hingewiesen. So wurde der Ehenichtigkeitsgrund der sog. Bürgerrechtsehe gemäss aArt. 120 ZGB per 1. Januar 1992 aufgehoben (vgl. Ziff. II des Bundesgesetzes über die Änderung des BüG, BBl 1987 III 342). Bei der grossen ZGB-Novelle vom 26. Juni 1998 (Personenrecht, Eheschliessung, Scheidung, etc.), welche am 1. Januar 2000 in Kraft getreten ist (AS 1999 1118 ff.), wurde die Einführung eines Ehenichtigkeitsgrundes im Zusammenhang mit der Umgehung der ausländerrechtlichen Aufenthaltsbestimmungen als unnötig und die Vorschriften des seinerzeitigen ANAG als ausreichend erachtet (vgl. Botschaft, BBl 1996 I 77). Dies änderte sich wiederum im Zuge des Erlasses des AuG, bei welcher Gelegenheit per 1. Januar 2008 mit Art. 105 Ziff. 4 ZGB ein Ehenichtigkeitsgrund im Zusammenhang mit der Scheinehe zur Umgehung der aufenthaltsrechtlichen Bestimmungen eingeführt wurde (AS 2007 5495).

Dieser Umgehungstatbestand kann, wie die Vorinstanzen zutreffend festgehalten haben, nicht gleichgesetzt werden mit bi- bzw. polygamen Ehen oder mit Zwangsehen (vgl. nun auch Art. 105 Ziff. 5 ZGB), welche mit den hiesigen Grundauffassungen über das Institut der Ehe unvereinbar sind und als Ordre public-widrig gelten (vgl. statt vieler: COURVOISIER, in: Basler Kommentar, N. 20 ff. zu Art. 45 IPRG). In der Botschaft zum AuG wird die Scheinehe im Zusammenhang mit der Umgehung aufenthaltsrechtlicher Vorschriften denn auch unter dem Aspekt des Rechtsmissbrauchs abgehandelt; hingegen ist nirgends davon die Rede, dass Art. 105 Ziff. 4 ZGB um der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit willen aufgestellt werde (vgl. BBl 2002 3757). Ferner kann die Umgehung der aufenthaltsrechtlichen Bestimmungen im Einzelfall auch ein blosser Nebenzweck einer zivilrechtlich durchaus gewollten Ehe sein.

**Ausschlaggebend für die Entscheidungsfindung ist jedoch, dass im vorliegend interessierenden Kontext nicht das durative Element des Ehebestandes (vgl. Art. 8 SchlT ZGB zum intertemporalen Recht betreffend Wirkungen der Ehe), sondern das punktuelle Element der Eheschliessung im Vordergrund steht.** Bei den Ehenichtigkeitsgründen von Art. 105 Ziff. 1 und 2 ZGB zeigt sich dies direkt im Gesetzeswort. Dass auch beim Ehenichtigkeitsgrund von Art. 105 Ziff. 4 ZGB die Umstände im Zeitpunkt des Eheschlusses massgeblich sein müssen, geht aus der im Zusammenhang mit dem Bundesgesetz über die Änderung des ZGB vom 26. Juni 1998 (AS 1999 1118 ff.) erlassenen übergangsrechtlichen Norm von Art. 7 Abs. 2 SchlT ZGB hervor.

Gemäss dieser Bestimmung können Ehen, für die nach dem früheren Recht ein Ungültigkeitsgrund vorlag, ab dem Inkrafttreten des neuen Rechts (d.h. ab dem 1. Januar 2000) nur noch nach den neuen Bestimmungen für ungültig erklärt werden. Daraus ergibt sich, dass der Gesetzgeber vom Grundsatz gemäss Art. 1 SchlT ZGB ausging, wonach ohne spezielle übergangsrechtliche Norm die rechtlichen Wirkungen von Tatsachen nach demjenigen Recht zu beurteilen sind, das zur Zeit des Eintrittes dieser Tatsachen gegolten hat. Diese Sichtweise geht auch aus der Botschaft zur betreffenden ZGB-Novelle hervor, wo festgehalten wurde, dass die Ungültigerklärung der Ehe den Umständen vor und bei der Eheschliessung Rechnung trage (vgl. BBl 1996 I 14). Diesen Grundsatz wollte der Gesetzgeber im Zusammenhang mit den per 1. Januar 2000 in Kraft gesetzten Änderungen des ZGB offensichtlich derogieren, indem mit der übergangsrechtlichen Spezialnorm von Art. 7 Abs. 2 SchlT ZGB nicht das im Zeitpunkt des Eheschlusses gültige, sondern das neue Recht als anwendbar erklärt wurde.

**Demgegenüber hat der Gesetzgeber acht Jahre später bei der im Zusammenhang mit dem Erlass des AuG erfolgten Inkraftsetzung von Art. 105 Ziff. 4 ZGB, der ebenfalls die Thematik der Eheungültigkeit betrifft, keine neue übergangsrechtliche Norm erlassen, weshalb es diesbezüglich beim Grundsatz der Nichtrückwirkung gemäss Art. 1 SchlT zu bleiben hat.** Dies wird bekräftigt aufgrund eines weiteren Schlusses, welcher sich ebenfalls aus Art. 7 Abs. 2 SchlT ZGB ergibt. Aus dieser Norm geht nämlich hervor, dass im Zusammenhang mit der Novelle 1998 zwar das neue Recht anwendbar sein sollte, aber im Zeitpunkt des Eheschlusses ein Ungültigkeitsgrund bereits nach altem Recht (d.h. dem Recht vor dem 1. Januar 2000) vorgelegen haben musste. Diese sich allein schon aus

der Rechtslogik ergebenden Grundsätze müssen auch im Zusammenhang mit der acht Jahre später erfolgten Inkraftsetzung von Art. 105 Ziff. 4 ZGB gelten.

**Zusammenfassend ergibt sich, dass nachträglich eingeführte Ungültigkeitsgründe - unter Vorbehalt einer vom Gesetzgeber bewusst angeordneten echten Rückwirkung - eine zu einem früheren Zeitpunkt zivilrechtlich gültig abgeschlossene Ehe nicht ungültig machen. Es bleibt somit einzig die Scheidung dieser Ehe, welche zufolge des entsprechenden Eventualbegehrens kantonal nach wie vor hängig ist.**

5.

Aufgrund des Gesagten verstösst der angefochtene Entscheid nicht gegen Bundesrecht und ist die dagegen erhobene Beschwerde abzuweisen. Bei diesem Verfahrensausgang sind die Gerichtskosten dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 1 BGG). Angesichts der vorstehenden Erwägungen, welche mit denjenigen der beiden kantonalen Instanzen übereinstimmen, muss die Beschwerde als von Anfang an aussichtslos bezeichnet werden, weshalb es an den materiellen Voraussetzungen der unentgeltlichen Rechtspflege fehlt (Art. 64 Abs. 1 BGG) und das betreffende Gesuch abzuweisen ist.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde in Zivilsachen wird abgewiesen.

2.

Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wird abgewiesen.

3.

Die Gerichtskosten von Fr. 2'000.-- werden dem Beschwerdeführer auferlegt.

4.

Dieses Urteil wird den Parteien, C.A. und dem Obergericht des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 27. November 2014

Im Namen der II. zivilrechtlichen Abteilung  
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: von Werdt

Der Gerichtsschreiber: Möckli