

I. FAMILIENRECHT

DROIT DE FAMILLE

96. Urteil der II. Zivilabteilung vom 12. November 1914
i. S. Wüthrich, Kläger,
gegen Wüthrich und Hadorn, Beklagte.

Klage auf Aberkennung des ehelichen Standes. Auslegung der Worte « durch gerichtliches Urteil getrennt » in Art. 255 ZGB. Anforderungen an den nach Art. 254 vom Ehemann zu erbringenden Beweis, dass er « unmöglich der Vater des Kindes sein könne ». Inwieweit Tatfrage? inwieweit Rechtsfrage?

A. — Der Kläger und die Beklagte Verena Hadorn verehelichten sich im Jahre 1900. Während ihrer Ehe wurden geboren :

am 19. September 1900 ein Knabe Hans, der vom Kläger stets als eheliches Kind anerkannt wurde;

am 4. August 1901 ein Kind, das am gleichen Tage starb;

am 8. April 1911 ein Knabe Alfred;

am 19. Mai 1912 ein Knabe Daniel.

Die beiden letztern Kinder wurden vom Kläger nicht als ehelich anerkannt.

Nachdem die Ehegatten schon kurze Zeit nach der Geburt und dem Tode des zweiten Kindes aufgehört hatten, zusammenzuleben (einen eigenen Hausstand hatten sie nie begründet, sondern sie hatten einfach bei den Eltern des Klägers gewohnt), reichte die Ehefrau am 22. Juni 1909 die Scheidungsklage ein. Am 10. September 1909 wurde ihr durch das Amtsgericht Konolfingen gestattet, « mit ihrem Kinde während der Dauer des Scheidungsprozesses getrennt zu leben ».

Nach einem von beiden Seiten hartnäckig geführten Scheidungsprozesse, in welchem die Parteien namentlich um die Zuteilung des Knaben Hans stritten, wurde schliesslich durch Urteil des Bundesgerichts vom 20. März 1913 die Ehe der Litiganten gänzlich geschieden.

Während des Scheidungsprozesses, und zwar im Juni 1911, hatte der Kläger behufs Anfechtung der Ehelichkeit des Knaben Alfred einen « Beweis zum ewigen Gedächtnis » geführt, der in Bezug auf den genannten Knaben erhebliche Zweifel an der Vaterschaft des Klägers ergeben hatte. Dieser musste sich jedoch davon überzeugen, dass eine Aberkennungsklage in Bezug auf jenen, noch unter der Herrschaft des kantonalen Rechts geborenen Knaben erfolglos sein würde, und er verzichtete deshalb auf die Einreichung einer solchen Klage. Dagegen hat er im August 1912 in Bezug auf den unter der Herrschaft des neuen Rechts geborenen Knaben Daniel gegen diesen und gegen Frau Hadorn gesch. Wüthrich die in Art. 253 ff. vorgesehene Aberkennungsklage erhoben, zu deren Begründung er sich zunächst nur auf Art. 255, dann aber auch auf Art. 254 ZGB berief.

In einer von der ersten Instanz angeordneten Parteibefragung verwickelte sich die Beklagte Frau Hadorn gesch. Wüthrich bei dem Versuch, über die Umstände ihrer Schwängerung durch den Kläger Auskunft zu geben, in verschiedene Widersprüche, sodass die erste Instanz ihre Aussagen als höchst unglaubwürdig erklärte.

B. — Durch Urteil vom 28. April 1914 hat der Appellationshof des Kantons Bern unter Aufhebung eines die Klage gutheissenden Urteils der ersten Instanz erkannt: « Der Kläger wird mit seiner Klage abgewiesen. »

Dieses Urteil ist in Bezug auf die Frage der Unmöglichkeit der Vaterschaft des Klägers folgendermassen begründet: Sei auch das Ergebnis der « Beweisführung zum ewigen Gedächtnis » hinsichtlich der Abstammung des Knaben Alfred für die Ehefrau sehr belastend, so gebe

doch, was die Abstammung des Knaben Daniel betreffe, die von der ersten Instanz vorgenommene Parteibefragung « keine bestimmten Anhaltspunkte » dafür, dass Frau Wüthrich in der kritischen Zeit (25. Juli bis 22. November 1911) mit andern Männern als dem Kläger geschlechtlich verkehrt habe. Der Kläger bestreite einfach jeglichen Geschlechtsverkehr mit der Beklagten, während diese daran festhalte, dass er der Vater des Kindes sei. Andererseits stehe fest, dass Frau Wüthrich je und je an den Ehemann das Verlangen gestellt habe, mit ihr einen gemeinsamen Haushalt zu begründen. Es sei nun nicht ausgeschlossen, dass die Ehefrau dem Ehemanne, um ihn zur Begründung eines eigenen Haushaltes zu veranlassen, den geschlechtlichen Verkehr gestattet habe; es sei jedenfalls moralisch nicht unmöglich, dass die Ehefrau einen solchen Verkehr auch nach der Beweisführung zum ewigen Gedächtnis, um die Zweifel des Ehemannes zu zerstreuen, gestattet habe. Die Empfängnis falle in die Zeit vom 25. Juli bis 22. November 1911, die letzte Verhandlung in der Beweisführung zum ewigen Gedächtnis habe am 19. Juli stattgefunden. Erst als Frau Wüthrich einsehen musste, dass alle ihre Bemühungen zur Wiedervereinigung fruchtlos seien, habe sie in die Scheidung eingewilligt. Bei den Vermittlungsverhandlungen vor der oberinstanzlichen Beurteilung des Scheidungsstreites habe nur der Ehemann, nicht auch die Ehefrau in eine Wiederaufnahme des ehelichen Verhältnisses eingewilligt. Unter diesen Umständen könne von einer solchen Abneigung des Klägers gegen seine Ehefrau, dass daraus eine moralische Unmöglichkeit eines Geschlechtsverkehrs sich ergeben würde, nicht gesprochen werden.

C. — Gegen dieses Urteil richtet sich die vorliegende Berufung an das Bundesgericht, mit dem Antrag auf Gutheissung der Aberkennungsklage.

Das Bundesgericht zieht
in Erwägung :

1. — Mit Unrecht beruft sich der Kläger zunächst auf Art. 255 ZGB, indem er geltend macht, dass er und seine Ehefrau zur Zeit der Empfängnis des in Frage stehenden Kindes infolge provisorischer Verfügung im Scheidungsprozesse « getrennt lebten ». Nach dem deutschen, wie auch nach dem italienischen Text der angeführten Gesetzesbestimmung braucht der Ehemann seine Klage nur dann « nicht weiter zu begründen », wenn die Ehegatten zur Zeit der Empfängnis « durch gerichtliches Urteil getrennt » waren. Nun erfolgt in den meisten Kantonen die blosse Gestattung des « Getrenntlebens » für die Dauer eines Scheidungsprozesses, die zu den « vorsorglichen Massregeln » der Art. 145 und 170 gehört, nicht durch gerichtliches Urteil, sondern durch gerichtliche, meist ein z e lrichterliche V e r f ü g u n g. Schon aus diesem Grunde ist daher anzunehmen, dass in Art. 255 unter der « Trennung durch gerichtliches Urteil » nicht die für die Dauer des Scheidungsprozesses getroffene Verfügung betr. Gestattung des Getrenntlebens, sondern die « Trennung » im Sinne der Art. 143 und 146 bis 148, (« Trennung von Tisch und Bett ») verstanden sein will, gerade wie es auch bei der in Art. 150 Abs. 2 erwähnten « gerichtlichen Trennung » der Fall ist und nie in Frage gestellt wurde.

Zu keiner andern Auslegung führt die Berücksichtigung des französischen Textes. Einerseits zwar ist darin die Spezifizierung « durch gerichtliches Urteil » nicht wörtlich wiedergegeben, andererseits aber ist das Wort « Trennung » durch den Ausdruck *séparation de corps* übersetzt, der keinen Zweifel darüber bestehen lässt, dass es sich um diejenige « Trennung » handelt, die auch in Art. 143, 146, 147, 150 Abs. 2 und 170 als « *séparation de corps* » bezeichnet wird, also um

die durch gerichtliches Urteil ausgesprochene Trennung von Tisch und Bett.

Dasselbe Resultat ergibt sich endlich auch aus der Entstehungsgeschichte des heutigen Art. 255. Während der Vorentwurf vom Jahre 1900 in Art. 280 den Ehemann von der Begründung seiner Anfechtungsklage für den Fall befreite, dass die Ehegatten zur Zeit der Zeugung « nach gerichtlicher Verfügung getrennt gelebt » hatten (*vivaient séparés en vertu d'une décision du juge*), was in den « Erläuterungen » (2. Aufl. I, S. 254) ausdrücklich dahin erklärt wurde, dass darunter « das provisorische Getrenntleben nach richterlicher Anordnung gemäss Art. 193 » (heute Art. 170) « zu verstehen » sei, — lautete in der Fassung der Expertenkommission laut Beschluss vom Oktober 1901 die entsprechende Bestimmung: « Das Gleiche gilt in den Fällen, wo die Ehegatten zur Zeit der Zeugung des Kindes in gerichtlicher Trennung gelebt haben », — eine Fassung, die vom Referenten damit begründet wurde, dass dadurch « besser zum Ausdruck komme », was schon der Vorentwurf habe sagen wollen, nämlich dass nur die « vom Gericht ausgesprochene Trennung von Tisch und Bett gemeint » sei. Im bundesrätlichen Entwurf vom 18. Mai 1904 (Art. 265) wurden darauf, entsprechend dem erwähnten Beschluss der Expertenkommission, die Worte « nach gerichtlicher Verfügung getrennt gelebt » durch « gerichtlich getrennt » ersetzt, während allerdings der französische Text unverändert gelassen wurde. In der parlamentarischen Redaktionskommission vom Jahre 1907 endlich wurde der deutsche Text durch Beifügung der Worte « durch gerichtliches Urteil » in dem angegebenen Sinne präzisiert und ihm zugleich der französische dadurch angepasst, dass an Stelle der Worte « *vivaient séparés en vertu d'une décision du juge* » nunmehr gesagt wurde: « *étaient séparés de corps* ».

Sowohl nach dem vorliegenden Wortlaut aller drei Gesetzestexte, als auch nach der Entstehungsgeschichte des Art. 255 kann somit keinem Zweifel unterliegen, dass der Gesetzgeber den Ehemann, der auf Aberkennung eines nach dem 180. Tage seit dem Eheabschluss und vor dem 300. Tage nach Auflösung der Ehe geborenen Kindes klagt, nur dann von der Begründung seiner Anfechtungsklage befreien wollte, wenn die Ehegatten zur Zeit der Empfängnis im Sinne der Art. 143 und 146 bis 148 «getrennt», d. h. «von Tisch und Bett getrennt» oder, m. a. W., temporär geschieden waren, — eine Voraussetzung, die im vorliegenden Falle nicht erfüllt ist.

2. — Fragt es sich sodann, ob der Kläger im Sinne des Art. 254 (vergl. darüber BGE 39 II S. 12) den Beweis der Unmöglichkeit seiner Vaterschaft erbracht habe, so ist vor allem zu ermitteln, ob und inwieweit in dieser Beziehung von verbindlichen tatsächlichen Feststellungen des kantonalen Richters gesprochen werden kann.

Gegenstand der Beweisführung können im Allgemeinen nur Tatsachen sein. Nun ist aber die «Unmöglichkeit», dass eine bestimmte Person der Vater eines bestimmten Kindes sei, keine Tatsache im Rechtssinne, sondern eine Schlussfolgerung aus Tatsachen. Wenn also das Gesetz dem die Ehelichkeit eines Kindes anfechtenden Ehemann den «Nachweis» auferlegt, dass er «unmöglich der Vater sein könne», so bedeutet dies, dass der Kläger solche Tatsachen zu beweisen habe, aus denen der Richter den Schluss auf die Unmöglichkeit seiner Vaterschaft ziehen muss. Während nun die Frage, ob bestimmte vom Kläger nachgewiesene Tatsachen diesen Schluss rechtfertigen, eine Rechtsfrage ist, qualifiziert sich dagegen die Frage, ob diejenigen konkreten Tatsachen, aus denen der Richter jenen Schluss zu ziehen geneigt wäre, nachgewiesen seien, als eine Tatsache. Die «Unmöglichkeit der Vater-

schaft» ist ebensowohl ein Rechtsbegriff, wie z. B. im Gebiete des Haftpflicht- oder Versicherungsrechts der Begriff des «Kausalzusammenhangs», oder wie bei der Vaterschaftsklage die «erheblichen Zweifel» im Sinne des Art. 314 Abs. 2 ZGB. Aber, gleichwie die einzelnen Tatsachen, aus denen z. B. auf das Vorhandensein des Kausalzusammenhangs zwischen einem Unfall und einer ihm zeitlich vorangegangenen unvorsichtigen Handlung geschlossen wird, oder die einzelnen Tatsachen, auf Grund deren im Sinne des Art. 314 «erhebliche Zweifel» in die Vaterschaft des Beklagten gesetzt werden, Gegenstand der Tatbestandsfeststellung sind (vergl. über Art. 314: BGE 39 II S. 507), so sind es auch die einzelnen Tatsachen, aus denen bei der Anwendung des Art. 254 auf die «Unmöglichkeit» der Vaterschaft des Klägers geschlossen wird.

Nach dem Gesagten ist im vorliegenden Falle zwar die Erklärung des kantonalen Richters, dass der Kläger den Beweis der Unmöglichkeit seiner Vaterschaft nicht geleistet habe, als solche für das Bundesgericht nicht verbindlich. Wohl aber sind es allfällige Feststellungen über die Lebensweise sowohl des Klägers als der Beklagten während der kritischen Zeit, über Beziehungen der Beklagten zu andern Mannspersonen, über Gelegenheiten, bei denen die Ehegatten ohne Zeugen zusammenzukommen pflegten, über die Veranlagung eines jeden von ihnen in sexueller Beziehung, über den Grad des bei ihnen vorhandenen Anstands- und Ehrgefühls, bzw. über den Mangel eines solchen, über den Grad der Leidenschaftlichkeit, mit welcher sie den damals zwischen ihnen obschwebenden Scheidungsprozess führten, über allfällig bei andern Gelegenheiten zu Tage getretene Skrupellosigkeit der Ehefrau in der Wahl geeigneter Mittel zur Erreichung prozessualer oder anderer Vorteile, usw.

Nun enthält das angefochtene Urteil über derartige Momente, die eine zuverlässige Beurteilung der beiden in Betracht kommenden Charaktere gestatten würden,

allerdings nur spärliche Feststellungen, und die Bemerkung, dass die Beklagte erst nach dem 19. Juni 1911 « in die Scheidung eingewilligt » habe (S. 6 des Urteils), ist sogar direkt aktenwidrig, da die heutige Beklagte schon im Jahre 1909, nicht nur « in die Scheidung eingewilligt », sondern selber den Scheidungsprozess eingeleitet hatte. Auch fehlt in dem vorliegenden Urteil eine unumwundene Erklärung darüber, wie der Appellationshof das Resultat der vom erstinstanzlichen Richter vorgenommenen persönlichen Befragung der beklagten Ehefrau auffasse. Es erscheint daher die Frage, ob der Kläger der Vater des Kindes sei, um dessen eheliche Abstammung es sich handelt, in der Tat als äusserst zweifelhaft. Allein, da nach Art. 254 die Unmöglichkeit der Vaterschaft des klagenden Ehemanns feststehen muss, und für diese Unmöglichkeit der Kläger beweispflichtig ist, führt im vorliegenden Falle gerade die Spärlichkeit jener Feststellungen, bezw. der Mangel an vom Kläger bewiesenen Tatsachen, aus denen auf jene « Unmöglichkeit » geschlossen werden könnte, zur Abweisung der Klage. Freilich hat ihrerseits die beklagte Ehefrau für ihre Behauptung, dass der Kläger in der kritischen Zeit mit ihr geschlechtlich verkehrt habe, ebenfalls keinen Beweis zu erbringen vermocht und sich bei ihren bezüglichen Erklärungsversuchen sogar in auffallende Widersprüche verwickelt. Allein nach Art. 254 hat, wie bereits bemerkt, nicht die Ehefrau oder das Kind den Beweis der ehelichen Abstammung oder der Wahrscheinlichkeit dieser Abstammung zu erbringen, sondern im Gegenteil der klagende Ehemann den Beweis, nicht nur der Unwahrscheinlichkeit, sondern sogar der Unmöglichkeit seiner Vaterschaft. Die hienach ihm obliegende Beweislast kann er nicht dadurch auf die Gegenpartei abwälzen, dass er abwartet, ob vielleicht die beklagte Ehefrau anlässlich ihrer allfälligen persönlichen Einvernahme sich als unfähig erweisen wird, den ihr nach dem Gesetz gar nicht ob-

liegenden gegenteiligen Beweis zu leisten. Selbst wenn es, was hier dahingestellt bleiben kann, bundesrechtlich zulässig sein sollte, dass der Kläger behufs Leistung des ihm obliegenden Beweises auf das Ergebnis einer vom Richter im Rahmen der kantonalen Prozessordnung angeordneten persönlichen Befragung der beklagten Ehefrau abstelle, und selbst wenn es ausserdem als zulässig betrachtet würde, den Erklärungen der Mutter einen entscheidenden Einfluss auf die Rechtsstellung des mitbeklagten Kindes zuzuerkennen, so kann durch die persönliche Befragung der Mutter doch jedenfalls das aus Art. 254 sich ergebende Beweisthema nicht abgeändert werden, d. h. es genügt auch dann nicht, dass Tatsachen festgestellt werden, aus denen die Unsicherheit oder Unwahrscheinlichkeit der Vaterschaft des Klägers hervorgeht, sondern es müssen auch in diesem Fall solche Tatsachen nachgewiesen werden, aus denen sich die Unmöglichkeit seiner Vaterschaft ergibt. Dass aber im vorliegenden Fall diese Voraussetzung erfüllt sei, weil die frühere Ehefrau des Klägers nicht im Stande oder vielleicht nicht gewillt war, zuverlässige Angaben über die Umstände ihrer Schwängerung zu machen, kann nicht als richtig anerkannt werden. Ausschlaggebend ist, dass trotz aller Widersprüche in den Angaben der beklagten Ehefrau und trotz der Leidenschaftlichkeit, mit welcher beide Ehegatten den zwischen ihnen obschwebenden Prozess, insbesondere die Verhandlungen über die Zuteilung des vom Kläger anerkannten ältesten Kindes führten, immer noch die von der Vorinstanz angenommene Möglichkeit einer auf Berechnung beruhenden Verleitung des Klägers zum Geschlechtsumgang seitens der Klägerin übrigbleibt. Denn es ist nicht etwa festgestellt, dass der eine Ehegatte gegenüber dem andern einen physischen Abscheu hatte, oder dass der eine zu feinfühlig gewesen wäre, um während des Ehescheidungsprozesses und während des Getrenntlebens geschlechtlichen Umgang mit dem andern Teil zu pflegen. Bleibt