

La compétence du juge suisse, soit du juge du domicile des époux, résulte de l'art. 5 ch. 2 de la convention, car la réserve de la juridiction nationale insérée à la fin du même article ne s'applique pas en l'espèce, le droit italien n'excluant pas la compétence des tribunaux étrangers en matière d'action en séparation de corps de conjoints italiens (v. RO 40 II p. 307 et les références).

A teneur de l'art. 1 de la Convention la demande en séparation de corps est recevable lorsque la loi nationale et la lex fori admettent l'une et l'autre la séparation de corps. Tel est bien le cas de la législation italienne et de la législation suisse. La séparation de corps du CCS diffère, il est vrai, de celle du CC italien en ce qu'elle peut prendre fin lorsqu'à l'expiration d'un délai de trois ans l'un des époux le demande. Mais la Convention de La Haye n'exige pas une identité absolue de réglementation — qui ne se rencontre guère — et la différence signalée n'est pas suffisante pour altérer la ressemblance foncière des deux institutions du droit suisse et du droit italien. D'après le droit suisse, la séparation de corps prononcée pour une durée indéterminée ne constitue pas un simple acheminement au divorce (caractère qui pouvant être attribué à la séparation de corps seulement temporaire serait de nature à empêcher l'assimilation à la séparation du Code italien); c'est une mesure qui, comme en droit italien, remplace le divorce, ses effets étant permanents, pour peu qu'aucun des époux ne demande à ce qu'elle prenne fin. Vu cette similitude de but et de nature des institutions des deux législations, on doit considérer comme réalisée la condition posée à l'art. 1 de la Convention (v. dans ce sens Travers p. 73, Vallotton, Etude de la Convention de la Haye du 12 juin 1902 p. 60 et 215; cf. RO 40 II p. 307-308 qui laisse la question ouverte, mais admet que, en tout état de cause, le juge suisse peut prononcer la séparation de corps telle qu'elle est instituée par le droit italien.) »

2. Auszug aus dem Urteil der II. Zivilabteilung vom 20. Januar 1918 i. S. Müller gegen Karg.

Vaterschaftsklage. Bedeutung der aussergerichtlichen Erklärung des Beklagten, dass er sich als Vater des ausserehelichen Kindes betrachte. Kein Verzicht auf die Einrede des unzüchtigen Lebenswandels nach Art. 315 ZGB. Rechtsgiltigkeit formloser Verträge, durch welche die Pflicht zu bestimmten Alimentationsleistungen an ein aussereheliches Kind übernommen wird.

« 1. — Nach Art. 303 erfolgt die Anerkennung eines ausserehelichen Kindes in der Form einer öffentlichen Urkunde. Da das Gesetz nichts anderes vorschreibt, ist die Erfüllung dieser Form nach Art. 11 OR, der gemäss Art. 7 ZGB auch auf Rechtsgeschäfte des Familienrechtes Anwendung findet, Giltigkeitserfordernis: ihre Nichtbeachtung macht daher die Anerkennung unwirksam. Und zwar gilt dies für die Anerkennung ausserehelicher Kinder schlechtweg, nicht nur für diejenige, durch welche dem Kinde Standesrechte verliehen werden sollen. Die Standesrechte des anerkannten Kindes sind nach dem Gesetze (Art. 325) eine Folge der formgiltigen Anerkennung: sie bilden nicht eine differenzierende Eigenschaft der Vaterschaft in dem Sinne, dass die Vaterschaft, welche Standesfolgen nach sich ziehen soll, zwar nur durch öffentliche Urkunde anerkannt werden könnte, für ihre Anerkennung als einer lediglich die Unterhaltspflicht begründenden Tatsache dagegen auch eine formlose Erklärung genügen würde. Sonst wäre es nicht verständlich, weshalb das Gesetz im Anschluss an den in Art. 302 Abs. 2 aufgestellten Grundsatz, dass das aussereheliche Kindesverhältnis zwischen dem Vater und dem Kinde durch Anerkennung oder durch den Richter festgestellt werde, als Anerkennung nur diejenige des Art. 303, d. h. die in einer öffentlichen Urkunde enthaltene Erklärung erwähnen würde. Da als Mittel der Feststellung der Vaterschaft ausdrücklich nur die zwei angeführten

— « Anerkennung » oder richterliches Urteil — zugelassen werden, ist damit die Begründung der Vaterschaft selbst, als familienrechtlichen Bandes des Eltern- und Kindesverhältnisses durch formlosen Akt ausgeschlossen. Der formlosen, aussergerichtlichen Erklärung, der Vater eines Kindes zu sein, kann demnach höchstens die Bedeutung eines aussergerichtlichen Geständnisses hinsichtlich der der Vaterschaftsklage regelmässig zu Grunde liegenden Tatumstände, d. h. eines Indizes für den Geschlechtsverkehr innert der kritischen Zeit und gegen die Tatsachen zukommen, welche nach Gesetz Einreden gegen die Vaterschaft begründen. Die Frage, welcher Beweiswert ihm in dieser Beziehung beizumessen sei, ist eine solche des kantonalen Prozessrechtes: es bleibt daher den Kantonen überlassen, ob sie ihm schlechtweg Beweiskraft zuschreiben oder, wie es dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung allein entsprechen würde, einen Gegenbeweis zulassen wollen. Ausschlaggebend ist, dass es sich jedenfalls nur auf Tatsachen und nicht auf das den Klagegegenstand bildende Rechtsverhältnis selbst beziehen kann. Sonst würde es seine rein prozessuale, lediglich die Beweislage beeinflussende Bedeutung verlieren und zu einer Anerkennung der Vaterschaft als solcher werden, die eben nach dem Gesetze nur in der Form der öffentlichen Urkunde erklärbar ist. Es kann daher durch Aeusserungen dieser Art dem Beklagten die Berufung auf Art. 315 ZGB nicht abgeschnitten werden. Denn der unzüchtige Lebenswandel der Kindesmutter um die Zeit der Empfängnis im Sinne dieser Bestimmung ist keine blosser Tatsache, sondern ein Rechtsbegriff. Er hat nicht nur die Bedeutung einer entkräftbaren Vermutung gegen die Vaterschaft des Beklagten, sondern eines Klageausschlussgrundes. Ist er einmal festgestellt, so muss die Klage abgewiesen werden, ohne dass demgegenüber der Mutter bzw. dem Kinde noch der Beweis gestattet wäre, dass trotzdem die grösste Wahrscheinlichkeit für die Vaterschaft des Beklagten

spreche (AS 39 II S. 687 f.). Spielt demnach für die Abweisung der Klage auf Grund des Art. 315 die wirkliche Vaterschaft (im physiologischen Sinne) keine Rolle, so kann aber auch das blosser aussergerichtliche Geständnis des Beklagten, dass er sich als Vater betrachte, keinen Verzicht auf die Einrede aus Art. 315 in sich schliessen. Es mag daraus hervorgehen, dass der Beklagte selbst ursprünglich die Lebensführung der Kindesmutter nicht als unzüchtige betrachtete, und damit eine gewisse Vermutung gegen die Wahrheit der Tatsachen begründet werden, auf die er nunmehr im Prozesse die Behauptung des unzüchtigen Lebenswandels stützt. Das Recht, aus ihnen die vom Gesetze vorgesehenen Konsequenzen zu ziehen, kann ihm dadurch nicht genommen werden. Denn für die rechtliche Tragweite dieser Tatsachen, kommt es nicht darauf an, wie er sie früher einschätzte, sondern wie der Richter sie beurteilt. Ueber die Umstände, welche die Annahme des unzüchtigen Lebenswandels begründen, als solche besteht aber hier kein Streit.

» 2. — Dies schliesst nicht aus, dass die Verpflichtung zu bestimmten Alimentationen an ein aussereheliches Kind auch aussergerichtlich und formlos in verbindlicher Weise übernommen werden kann. Gleichwie die Parteien sich über die Alimentations- und sonstigen Geldansprüche, die bei einer Vaterschaft gegeben wären, durch gegenseitiges Nachgeben aussergerichtlich vergleichen können, so kann ohne Zweifel auch der als präsumtiver Vater in Anspruch Genommene den ganzen ihm gegenüber erhobenen Geldanspruch anerkennen. Ein stichhaltiger Grund, die Parteien in allen Fällen, selbst wo der Beklagte die ihm zugemuteten Leistungen freiwillig übernehmen will, auf den Weg des Prozesses zu verweisen, ist nicht ersichtlich. Er wäre allerdings dann gegeben, wenn man mit EGGER zu Art. 319 Nr. 7 a als Zweck des Vertrages und damit als Grund der übernommenen Verpflichtungen die « rechtswirksame Feststellung der Vaterschaft » ansehen wollte. Denn diese Feststellung ist eben

nach Art. 302 Abs. 2 nur im Wege der formellen Anerkennung gemäss Art. 303 ff. oder des Urteils im Vaterschaftsprozesse möglich. Nun geht aber der Wille der Parteien bei derartigen Vereinbarungen in Wirklichkeit gar nicht auf die Feststellung der Vaterschaft : vielmehr ist ihre Absicht gerade, dieselbe dadurch zu vermeiden, dass zu Gunsten der Mutter bzw. des Kindes eine selbständige, davon unabhängige Forderung begründet wird. Der Versprechende will es entweder dahingestellt sein lassen, ob er wirklich der Vater sei, oder sich geradezu trotz Kenntnis seiner gesetzlichen Nichtschuld aus Gründen anderer Art, wie Vermeidung von Aufsehen u.s.w., als Schuldner konstituieren. Der Rechtsgrund, aus dem sich die Zahlungspflicht ergibt, liegt demnach nicht in der ausserehelichen Vaterschaft sondern in der Anerkennung der geltend gemachten Geldansprüche, die eine von dem Titel, aus dem die Ansprüche ursprünglich hergeleitet wurden, unabhängige Verpflichtung schafft. Deshalb kann auch derjenige, der ein solches Versprechen abgegeben hat, die Zahlung nicht hinterher deshalb verweigern, weil er in Wirklichkeit nicht der Vater sei, sondern seine Schuldpflicht nur wegen Willensmängeln, welche dem Schuldanerkennungsakte selbst anhaften, bestreiten oder eventuell eine Kondition wegen ungerechtfertigter Bereicherung anstellen, sofern die besonderen Voraussetzungen für eine solche gegeben sind.

» Im vorliegenden Falle steht indessen fest, dass der Beklagte ein Schuldversprechen des erwähnten Inhalts in Bezug auf die Leistungen, welche heute von ihm verlangt werden, nie abgegeben, sondern gegenteils der als Vermittlerin oder Botin des Beistandes mit ihm verhandelnden Kindesmutter ausdrücklich erklärt hat, dass er von periodischen Renten nichts wissen wolle, sondern sich höchstens zur Entrichtung einer einmaligen Abfindung verstehen könne. Ob eine Einigung über die Höhe der letzteren als zustande gekommen betrachtet werden könnte, ist nicht zu untersuchen, weil die Klage nicht

auf Zahlung eines derartigen Pauschalbetrages geht und für die allein eingeklagten Rentenbeträge eine Schuldanerkennung jedenfalls nicht vorliegt. Es hat denn auch die Vorinstanz die Verurteilung nicht auf eine solche, sondern auf die aus jenen Erklärungen in Verbindung mit den Briefen des Beklagten sich ergebende Anerkennung der Vaterschaft selbst gestützt, ein Standpunkt, der nach dem Gesagten nicht haltbar ist. »

3. Arrêt de la II^e Section civile du 23 janvier 1913 dans la cause Gerber contre Jaccard.

Responsabilité du maître de pension : Art. 333 CCS. Blessure causée à un pensionnaire par l'emploi imprudent d'une arme à feu par un autre pensionnaire ; responsabilité du maître de pension à raison de l'insuffisance de la surveillance des élèves.!

Les défendeurs Hermann et Ulysse Jaccard tiennent à Champagne un pensionnat, dit Institut Mont-Fleury, où ils reçoivent un certain nombre d'élèves (en général 16 ou 17). L'institut comprend une maison d'habitation entourée d'un vaste parc.

Hans Gerber, né le 16 juillet 1896, est entré comme pensionnaire à l'institut Jaccard le 4 juillet 1913. Il est allé passer les fêtes de Noël et de Nouvel-An à Zurich chez ses parents et est rentré à l'institut le 12 janvier 1914 dans l'après-midi. Après le souper il a joué au jass avec Ulysse Jaccard ; il est allé ensuite dans le parc, puis est rentré au réfectoire où il s'est mis à jouer « au détective » avec plusieurs autres pensionnaires âgés de 16 à 17 ans. Au cours du jeu, l'un des élèves Otto Steffen, né le 3 décembre 1897, a tiré à bout portant un coup de pistolet (le jugement attaqué ne précise pas le genre de pistolet ; d'après le jugement pénal rendu contre Steffen, c'était un pistolet flobert) qui a atteint Hans Gerber à la tête. La scène s'est déroulée de la façon suivante :