

un mariage tel que celui de B. (cf. RO 43 II p. 742 ; 47 II p. 125 et suiv. ; EGGER, Familienrecht p. 29 ; Zeitschr. f. schw. Recht, année 1917 p. 233 et suiv.). Que les défendeurs, ainsi que l'observe le jugement attaqué, continuent à vivre ensemble et que la possibilité existe de transmettre les tares de l'un d'eux à leurs descendants, cette circonstance ne peut être prise en considération pour justifier la consécration par le mariage d'une situation de fait contraire à l'intérêt social et qui, dans plusieurs cantons, serait en outre contraire à la loi pénale. Il est sans intérêt au point de vue de l'unité de l'application du droit fédéral que la législation vaudoise ne contienne aucune disposition réprimant le concubinage qui diminue, dans une certaine mesure, les effets de l'interdiction de mariage.

6. — Le mariage étant prohibé par l'art. 97 al. 2, il n'y a pas lieu de rechercher s'il ne devrait pas être interdit également pour cause d'incapacité de discernement du fiancé.

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :

1. Il n'est pas entré en matière sur le recours de la Commune de Dizy.

2. Le recours du Ministère public vaudois est admis et le jugement attaqué réformé en ce sens qu'il ne pourra être procédé au mariage des défendeurs.

27. Urteil der II. Zivilabteilung vom 11. Mai 1922

i. S. Stadtrat und Regierungsrat Zürich gegen Hänigsen.

Die Ehe kann nur aus den in ZGB Art. 120 ff. aufgeführten Gründen, nicht aber wegen Simulation oder gestützt auf Art. 20 OR oder Art. 2 ZGB oder wegen Gesetzesumgehung ungültig erklärt werden.

A. — Am 27. Mai 1920 entzog der Stadtrat von Zürich gestützt auf Art. 46 in Verbindung mit Art. 44 des

Bundesratsbeschlusses betreffend Bekämpfung der Miet- und Wohnungsnot vom 9. April 1920 der dort wohnenden Beklagten Nr. 2 die Niederlassung mit der Begründung, sie verfolge mit ihrer Wohnsitznahme in Zürich keinen schutzwürdigen Zweck, indem sie ihren Unterhalt teilweise aus der Hingabe zum Geschlechtsverkehr, speziell an Kohlenhändler X. und Redakteur Y. ziehe. Die gegen diesen Beschluss an die Baudirektion, alsdann an den Regierungsrat und schliesslich an das Bundesgericht erklärten Rekurse wurden abgewiesen, vom Bundesgericht am 6. November 1920. Am 12. November verheiratete sich die Beklagte Nr. 2 mit dem Beklagten Nr. 1, der Bürger der Stadt Zürich ist, jedoch als Hausbursche eines Hotels auf dem Uetliberg in der Gemeinde Stallikon wohnt. Doch nahmen die Beklagten das Zusammenleben nicht auf ; im Gegenteil verbrachte die Beklagte Nr. 2 die folgenden Weihnachts- und Neujahrsferien mit Dr. Y. in einem Hotel in St. Moritz, der sie dort als seine Frau anmeldete. Infolge ihrer Heirat mit einem Stadtbürger sah der Stadtrat von Zürich davon ab, die Beklagte Nr. 2 auszuweisen. Als aber der Beklagte Nr. 1 schon im Frühjahr 1921 Ehescheidungsklage erhob, strengte der Stadtrat die vorliegende Ehenichtigkeitsklage an. Der Regierungsrat des Kantons Zürich trat als Nebenintervenient der Klage bei.

B. — Durch Urteil vom 23. November 1921 hat das Obergericht des Kantons Zürich die Klage abgewiesen.

C. — Gegen dieses am 26. Januar zugestellte Urteil haben am 14. Februar der Regierungsrat des Kantons Zürich und am 15. Februar der Stadtrat von Zürich die Berufung an das Bundesgericht eingelegt mit den Anträgen auf Gutheissung der Klage.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. — Der Kläger und sein Nebenintervenient wollen die Klage nicht nur als Klage auf Nichtigerklärung der Ehe im Sinne der Art. 120 ff. ZGB, sondern eventuell

auch als negative Feststellungsklage aufgefasst wissen und führen zur Begründung der Zulässigkeit einer solchen Klage aus, sie müsse z. B. auch dann erhoben werden können, wenn die Ehe nur vermeintlich vor einem Zivilstandsbeamten geschlossen worden ist, weil dies keinen Grund zur Nichtigkeitsklage im Sinne der genannten Bestimmungen abgebe. Allein dabei übersehen sie gänzlich, dass die Ehe überhaupt nur vor dem Zivilstandsbeamten geschlossen werden kann, ohne Erfüllung dieses Formerfordernisses also gar nicht existiert (Art. 131 ZGB), was bei Bedürfnis freilich durch negative Feststellungsklage muss geltend gemacht werden können. Haben aber die Nupturienten die Ehe vor einem Zivilstandsbeamten geschlossen, indem sie dessen Frage, ob sie die Ehe miteinander eingehen wollen, bejahten, so sieht das Gesetz die Ehe als bestehend an, auch wenn sie an einem Mangel leidet, welcher ihre Ungültigkeit nach sich zieht, mit der Massgabe, dass nur die durch Nichtigkeits- oder Anfechtungsklage zu erwirkende gerichtliche Ungültigkeitserklärung sie wieder aufzuheben vermag, so zwar, dass die Ungültigkeit erst wirksam wird, nachdem das Gericht die Ungültigkeitserklärung ausgesprochen hat (Art. 132 ZGB). Kann sonach von einer Klage auf Feststellung der Nichtexistenz einer vor dem Zivilstandsbeamten geschlossenen Ehe keine Rede sein, so ist nur zu prüfen, ob die vorliegend angefochtene Ehe an einem Mangel leidet, welcher deren gerichtliche Ungültigkeitserklärung im erwähnten Sinne nach sich zu ziehen vermag, genauer: welcher einen Nichtigkeitsgrund abgibt, weil der Kläger (wie auch der Nebenintervenient) nur einen solchen geltend zu machen legitimiert ist (Art. 121 im Gegensatz zu Art. 123 bis 128 ZGB).

2. — Nun können aber andere als die in Art. 120 ZGB aufgeführten Ehenichtigkeitsgründe nicht anerkannt werden. Dies ergibt sich zunächst daraus, dass sie in scharfer Umschreibung aufgezählt sind; eine solche Aufzählung muss als erschöpfend betrachtet werden. Vor allem zwin-

gend aber ist der Schluss aus dem materiellen Inhalt der Vorschriften über die Gründe der Nichtigkeit und der Anfechtbarkeit der Ehe, indem sich daraus ersehen lässt, dass entgegen der Regel des Art. 7 ZGB die allgemeinen Bestimmungen über die Entstehung und Aufhebung der Verträge auf die Ehe nicht Anwendung finden. Während nach Art. 18 ZGB der Urteilsunfähige durch seine Handlungen im allgemeinen überhaupt keine rechtliche Wirkung herbeizuführen vermag, müssen sich Dritte die von einer urteilsunfähigen Person geschlossene, von dieser selbst, von ihren Eltern oder ihrem Vormunde nicht angefochtene Ehe entgegenhalten lassen, wenn jene nur aus einem vorübergehenden Grunde bei der Trauung nicht urteilsfähig gewesen oder wenn die Urteilsunfähigkeit seither gehoben ist (Art. 123, 122 Abs. 2, 128 ZGB), und der Ehegatte selbst, welcher bei der Trauung nur aus einem vorübergehenden Grunde nicht urteilsfähig war, ist an die Ehe gebunden, wenn sie nicht auf Anfechtungsklage seiner Eltern oder seines Vormundes hin ungültig erklärt worden ist, bevor er mündig oder die Frau schwanger geworden ist, und er selbst die Anfechtungsfrist hat verstreichen lassen (Art. 123, 127, 128 ZGB). Und während nach Art. 19 ZGB urteilsfähige unmündige oder entmündigte Personen sich im allgemeinen nur mit Zustimmung ihrer gesetzlichen Vertreter durch ihre Handlungen verpflichten können, dagegen Rechte ausüben vermögen, die ihnen um ihrer Persönlichkeit willen zustehen, ist die von einer solchen Person ohne Einwilligung der Eltern oder des Vormundes geschlossene Ehe für jene selbst verbindlich, kann aber von den Eltern oder dem Vormunde angefochten werden, doch nur solange, als jene nicht inzwischen mündig oder die Frau schwanger geworden ist (Art. 128 ZGB). Endlich ist auch der Anfechtung der Ehe wegen Willensmängeln ein viel beschränkterer Umfang gezogen als der Anfechtung der Verträge im allgemeinen (Art. 124-127 ZGB im Gegensatz zu Art. 23-31 OR). Mit dieser der Ungültigkeitserklärung

der Ehe engste Grenzen ziehenden Sonderregelung liesse es sich schlechthin nicht vereinbaren, die übrigen allgemeinen Bestimmungen des OR bzw. des Zivilrechts überhaupt über die Ungültigkeit von Verträgen auf die Ehe anzuwenden, was übrigens angesichts ihres teilweise öffentlichrechtlichen Charakters sachlich auch gar nicht zu rechtfertigen wäre. Hieraus einzig lässt sich denn auch die Vorschrift des Art. 108 Abs. 3 ZGB erklären, wonach der Einspruch gegen die Eheschliessung nur auf den Mangel der Ehfähigkeit oder ein gesetzliches Egehindernis gestützt werden kann, welche gemäss Art. 120 ff. ZGB allein die Gründe der Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit der Ehe abgeben. Zu Unrecht glaubt der Kläger, aus Art. 129-131 ZGB, wo gewisse Gründe aufgeführt werden, aus welchen die Ehe nicht für ungültig erklärt werden kann, folgern zu dürfen, dass noch weitere Eheungültigkeitsgründe bestehen, mit der Argumentation, jene Vorschriften wären sonst überflüssig. Denn sie haben ohnehin den guten Sinn, von vorneherein jeden Zweifel über das rechtliche Schicksal von trotz Vorliegens der in Art. 100 Ziff. 3 und 103 f. ZGB genannten Egehindernisse oder aber unter Verletzung von Formvorschriften, welche im allgemeinen die Ungültigkeit des Vertrages nach sich zieht (Art. 11 Abs. 2 OR), geschlossenen Ehen auszuschliessen, bekräftigen also geradezu, dass die Aufzählung der Ehenichtigkeits- wie auch der Eheanfechtungsgründe erschöpfend ist.

3. — Danach kann die Ehe nicht etwa wegen Simulation nichtig erklärt werden. Im Gegensatz zur Auffassung des Klägers erscheint es übrigens ausgeschlossen, dass die Beklagten nur zum Schein die Ehe eingehen wollten, weil der Zweck, auf den sie es abgesehen hatten, nämlich der Beklagten Nr. 2 das Bürgerrecht der Stadt Zürich zu verschaffen, nur durch eine gültige Ehe erreicht werden konnte. Hievon abgesehen lässt sich nicht schon deswegen auf Simulation schliessen, weil die Beklagten eheliches Zusammenleben offenbar gar nie ins Auge ge-

fasst haben. Denn das Gesetz sieht die Willensrichtung auf eheliches Zusammenleben nicht als unerlässliches Requisite des Eheschliessungswillens an, wie sich daraus ergibt, dass es den Nupturienten im Falle tödlicher Erkrankung des einen, welche doch die Aufnahme des ehelichen Zusammenlebens ausgeschlossen erscheinen lässt, den Eheschluss noch besonders erleichtert (Art. 115 ZGB).

Ferner lässt sich danach die Nichtigkeit der Ehe auch nicht aus Art. 20 OR herleiten, wonach ein Vertrag, der einen widerrechtlichen Inhalt hat oder gegen die guten Sitten verstösst, nichtig ist. Uebrigens kann der Inhalt der Ehe, der ja vom Gesetz umschrieben ist, unter keinen Umständen widerrechtlich sein (sondern höchstens die Nebenabreden, durch welche jener teilweise wegbedungen werden will). Dagegen ist von Bedeutung, dass die Ehe von jener Vorschrift auch dann nicht getroffen wird, wenn der mit ihrem Abschluss verfolgte Zweck gegen die guten Sitten verstösst, wie es hier, aber freilich auch noch in zahlreichen anderen Fällen zutrifft (wobei dahingestellt bleiben mag, ob jene Vorschrift wirklich dahin auszulegen ist, dass schon der gegen die guten Sitten verstossende Zweck den Vertrag nichtig macht; vgl. einerseits OSER, Bem. IV 2 c zu Art. 20, andererseits BECKER, Noten 16 ff. zu Art. 19).

4. — Im weiteren kann aber auch Art. 2 ZGB nicht zur Anwendung gelangen. Abgesehen davon, dass die Versagung des Rechtsschutzes nicht in der Ungültigerklärung von Verträgen, sondern gegebenenfalls nur darin bestehen kann, dass die Ausübung oder die Geltendmachung vertraglicher Rechte gegenüber dem Vertragsgegner ausgeschlossen wird, bezieht sich diese Vorschrift überhaupt nicht auf den Missbrauch öffentlicher Rechte wie des verfassungsmässigen Rechts zur Ehe, der hier allein in Frage steht. Unbehelflich ist endlich der Hinweis darauf, dass der angefochtene Eheschluss einer Gesetzesumgehung diene. Fällt dieser Gesichtspunkt bei der

Frage der Gültigkeit der Ehe zwar in Betracht, so doch nur dann, wenn es sich um die Umgehung der Ehenichtigkeitsgründe handelt (N u. AG Art. 7 f.). Die Umgehung von Vorschriften des Verwaltungsrechts zu verunmöglichen aber ist Aufgabe des Verwaltungsrechts selbst und seiner Rechtsprechung.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 23. November 1921 bestätigt.

28. Urteil der II. Zivilabteilung vom 13. Mai 1922

i. S. **Knabenhans** und **Gemeinde Wädenswil** gegen **Bolliger**.

Art. 312 ZGB: Recht der Heimatgemeinde zur Berufung gegen ein die Vaterschaft mit Standesfolge zusprechendes Urteil (Erw. 1).

Art. 323 ZGB: Zusprechung eines ausserehelichen Kindes mit Standesfolge auf Grund des von einem Bevormundeten gegebenen Eheversprechens. Gutgläubigkeit der Geschwängerten. Bevormundung der Geschwängerten selbst hindert deren Gutgläubigkeit nicht ohne weiteres (Erw. 2).

Beweis der Urteilsunfähigkeit des Schwängerers (Erw. 3).

A. — Mit Urteil vom 16. Januar 1922 hat das Obergericht des Kantons Zürich den Beklagten, der mit der Klägerin, nachdem er ihr die Ehe versprochen hatte, im Herbst und Winter 1920 geschlechtlich verkehrte, als Vater des von dieser am 13. Juli 1921 in Zürich ausserehlich geborenen Knaben Gottlieb erklärt, ihm diesen mit Standesfolgen zugesprochen und ihn verhalten, der Klägerin 200 Fr. für die Entbindungskosten und monatlich wenigstens 25 Fr. an den Unterhalt des Kindes bis zu dessen erfülltem 18. Altersjahr zu entrichten.

B. — Gegen dieses Urteil hat sowohl der Vormund des Beklagten als auch dessen Heimatgemeinde Wä-

denswil, sie sich auf Grund von Art. 312 Abs. 2 ZGB als Nebenintervenientin am Prozess beteiligte, die Berufung an das Bundesgericht erklärt, mit dem Antrag, das Begehren um Zusprechung mit Standesfolgen sei abzuweisen, eventuell seien die Akten zur Beweiserhebung darüber an die Vorinstanz zurückzuweisen, dass der Beklagte zur Zeit, als er der Klägerin die Ehe versprochen habe, urteilsunfähig gewesen sei.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Als Nebenintervenientin ist die Gemeinde Wädenswil berechtigt, Berufung an das Bundesgericht einzulegen, wenn ihr nach der kantonalen Prozessordnung Parteirechte zukommen (OG 66, BGE 1918, II 209). Dies ist hier nach der Feststellung der Vorinstanz der Fall, weshalb auch auf ihre Berufung einzutreten ist.

2. — Der Beklagte anerkennt, die Klägerin geschwängert und ihr vorher die Ehe versprochen zu haben. Doch halten die Berufungskläger das Eheversprechen deshalb für rechtlich bedeutungslos, weil der Beklagte zur Zeit der Abgabe dieses Versprechens bevormundet gewesen sei und daher ein rechtlich relevantes Eheversprechen nicht abgeben können, und weil in diesem Zeitpunkte auch die Klägerin unter Vormundschaft gestanden und deshalb ein Eheversprechen ohne Zustimmung ihres Vormundes nicht abgeben entgegennehmen können. Das Eheversprechen, wie es Art. 323 ZGB vorsieht, hat indessen seine Bedeutung darin, dass dadurch in der Mutter Hoffnung auf spätere Legitimation des Verhältnisses begründet und ihr Wille zur Hingabe beeinflusst wird. Diese Beeinflussung liegt auch dann vor, wenn das Eheversprechen nicht ein verbindliches im Sinne des Art. 90 ZGB ist, sofern nur die Mutter den die Verbindlichkeit ausschliessenden Mangel nicht kannte, sich also gutgläubig im Vertrauen auf die künftige Ehe hingegeben hat. Das Bundesgericht hat mehrfach