

Zeit der Empfängnis fallenden Geschlechtsverkehrs begründet ist.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Appellationshofes des Kantons Bern vom 22. Februar 1940 bestätigt.

**16. Auszug aus den Urteil der II. Zivilabteilung vom 10. Mai 1940
i. S. von Arx-Leuenberger gegen von Arx.**

Der Ehemann ist von Bundesrechts wegen verpflichtet, der Ehefrau die *Kosten des Scheidungsprozesses vorzuschüssen* (Art. 159 Abs. 3, 160 Abs. 2 ZGB). Die Frau kann jedoch nach dem kantonalen Prozessrecht im Rahmen des Kostenentscheids zur *Rückerstattung* der empfangenen Vorschüsse verurteilt werden.

Le mari est obligé, de par le droit fédéral, d'avancer à sa femme les frais de l'instance en divorce (art. 159 al. 3 ; 160 al. 2 CC). Cependant, la femme peut, dans le cadre du prononcé sur les frais, être condamnée, en vertu du droit cantonal, à rembourser les avances que lui a faites son mari.

Il marito è obbligato, in virtù del diritto federale, ad anticipare a sua moglie le spese concernenti la causa di divorzio (art. 159 cp. 3 e 160 cp. 2 CC). Tuttavia, in virtù del diritto cantonale, la moglie può essere condannata, entro i limiti del dispositivo sulle spese, a rimborsare le somme che il marito le ha anticipate.

Nachdem der Ehemann Klage und die Ehefrau Widerklage auf Scheidung erhoben hatten, leistete auf Verfügung des Amtsgerichts Luzern der Kläger der Ehefrau Vorschüsse im Betrage von zusammen Fr. 400.— für die Prozesskosten. Die kantonalen Gerichte sprachen die Scheidung in Gutheissung der Klage des Mannes aus und verurteilten die Beklagte zu den Kosten und zur Rückerstattung der Prozesskostenvorschüsse an den Mann.

Mit der vorliegenden Berufung verlangt die Beklagte, die Scheidung sei auf Begehren beider Parteien auszusprechen, ... die kantonalen Kosten seien zu teilen bzw. wettzuschlagen, jedenfalls die Beklagte von der Rückerstattung der vom Kläger geleisteten Vorschüsse zu entheben...

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

(1, 2. In der Sache selbst wird das Urteil bestätigt.)

3. — Die Rückerstattung der vom Kläger für die Beklagte geleisteten Prozesskostenvorschüsse ist der letzteren durch die Vorinstanz im Dispositiv über die Kostentragung auferlegt worden. Das Bundesgericht hat immer die Regel befolgt, dass es im Falle der materiellen Abweisung der Berufung sich mit den Kosten des kantonalen Verfahrens, die dem kantonalen Prozessrecht unterstehen, nicht zu befassen habe. Im vorliegenden Falle macht jedoch die Berufungsklägerin geltend, die von der Vorinstanz getroffene Anordnung der Rückerstattung des Kostenvorschusses sei bundesrechtswidrig. Die Kostenvorschusspflicht des Ehemannes stütze sich auch im Verfahren nach Art. 145 ZGB auf die generelle Unterhaltspflicht gegenüber der Ehefrau gemäss Art. 160. Diese wäre nun aber illusorisch, wenn die Ehefrau nachträglich nicht bloss zur Tragung der dem obsiegenden Ehemanne erwachsenen Prozesskosten verhalten würde, sondern auch zur Rückerstattung der erhaltenen Kostenvorschüsse, ohne die sie den Prozess gar nicht hätte führen können.

Die Pflicht des Ehemannes, der Ehefrau die Kosten des Scheidungsprozesses vorzuschüssen, um ihr die Wahrung ihrer Interessen zu ermöglichen, ist eine bundesrechtliche. Denn sie ist Ausfluss seiner Verpflichtung zu Beistand und Unterhalt (Art. 159 Abs. 3, 160 Abs. 2 ZGB). Der Zweck der Institution erheischt jedoch nicht, dass die der Frau aus der Prozessführung erwachsenden Kosten notwendigerweise *definitiv* zu Lasten des Mannes fallen. Er ist erreicht, wenn dank den Vorschüssen die Ehefrau ihre Interessen im Prozesse hat wahren können, und er wird nicht dadurch illusorisch gemacht, dass sie nachher, nach durchgeführter Wahrung ihrer Interessen, den erhaltenen Vorschuss zurückerstatten muss. Es unterliegt keinem Zweifel, dass die Ehefrau im Scheidungsprozess

zur Tragung der Prozesskosten des Mannes verurteilt werden kann. Es ist nicht einzusehen, warum in diesen nicht auch die von ihm der Ehefrau vorgeschossenen Prozesskosten inbegriffen sein sollten. Wenn die Ehefrau zur Tragung der Anwaltskosten des Mannes verhalten werden kann, so muss sie auch, ja erst recht, zur Bezahlung ihrer eigenen Anwaltskosten — in der Form der Rückerstattung der ihr vom Manne zu diesem Zwecke vorgeschossenen Beträge — verpflichtet werden können. Es handelt sich schliesslich, trotz der Herkunft der Pflicht des Mannes aus der Unterhalts- bzw. Beistandspflicht, doch nur um einen *Vorschuss*. Die definitive Regelung, welche Partei die Kosten tragen soll, hat im Urteil nach Massgabe des kantonalen Prozessrechts zu erfolgen; bundesrechtlich ist lediglich die Pflicht des Mannes, der Frau die ihrigen *vorzuschüssen*. Der kantonale Richter kann somit, wie er es vorliegend getan hat, ohne Bundesrecht zu verletzen, in die der Ehefrau aufzuerlegenden Prozesskosten die ihr vom Manne vorgeschossenen einbeziehen.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichts des Kantons Luzern vom 27. Dezember 1939 bestätigt.

17. Urteil der II. Zivilabteilung vom 20. Juni 1940 i. S. Poyet.

Ehelicherklärung eines Kindes (Art. 260/61 ZGB) :

- darf nur beim Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen, nach Abklärung des Sachverhaltes, ausgesprochen werden ;
- darf andererseits nur wegen Fehlens dieser Voraussetzungen abgelehnt werden.

Stellung des Kindes im Verfahren :

- Zustimmung ist nur erforderlich, wenn es mündig ist (Art. 260^u) ;
- Das unmündige Kind bzw. sein gesetzlicher Vertreter kann die vom « andern Verlobten » begehrte Ehelicherklärung nicht durch blossen Einspruch hindern ;
- Dagegen widerspricht der bundesrechtlichen Ordnung nicht, dem unmündigen Kind ein Interventionsrecht in dem Sinne einzuräumen, dass es unter dem Gesichtspunkt der gesetz-

lichen Voraussetzungen der Ehelicherklärung zur Sache Stellung nehmen kann.

Mitwirkung der Staatsanwaltschaft nach Massgabe des kantonalen Prozessrechts ist zulässig.

Streitige und nichtstreitige Gerichtsbarkeit : Das Gesuch um Ehelicherklärung nach Art. 260 ist keine Klage und die Erklärung des Richters kein Urteil, sondern ein Akt der nichtstreitigen Gerichtsbarkeit, dem gegenüber die Anfechtungsklage des Art. 262 vorbehalten bleibt.

Légitimation (art. 260 s. CC) :

- La légitimation ne peut avoir lieu que dans les conditions prévues par la loi et après enquête sur les faits.
- Elle ne peut être refusée que dans le cas où les conditions requises font défaut.

Situation de l'enfant dans la procédure :

- Son assentiment n'est requis que lorsqu'il est majeur (art. 260 al. 2).
- L'enfant mineur ou son représentant légal ne peuvent, par le simple fait de leur opposition, empêcher la légitimation demandée par l'« autre fiancé ».
- En revanche, il n'est pas incompatible avec le droit fédéral d'accorder à l'enfant mineur un droit d'intervention, c'est-à-dire, de lui permettre de prendre parti à l'égard de la demande, du point de vue des conditions requises par la loi.

Le *ministère public* peut intervenir conformément aux règles de la procédure cantonale.

Procédure contentieuse et gracieuse : La requête tendante à la légitimation (art. 260 CC) n'est pas une demande et la déclaration du juge n'est pas un jugement. Ce sont des actes de la procédure gracieuse à l'égard desquels l'action en nullité prévue par l'art. 262 CC demeure néanmoins réservée.

Legittimazione (art. 260 e seg. CC) :

- La legittimazione può essere pronunciata soltanto se si verificano le condizioni legali, dopo che la situazione di fatto sia stata chiarita ; d'altra parte, può essere rifiutata soltanto se le condizioni legali fanno difetto.

Posizione del figlio nella procedura :

- Il consenso del figlio è necessario soltanto se egli è maggiorenne (art. 260 cp. 2 CC).
- Il figlio minore o il suo rappresentante legale non possono impedire, mediante la loro opposizione, la legittimazione chiesta dall'« altro fidanzato ».
- Invece non è incompatibile col diritto federale accordare al figlio un diritto d'intervento, ossia permettergli di pronunciarsi sull'istanza per quanto concerne le condizioni legali della legittimazione.

Il *ministero pubblico* può intervenire conformemente alle norme della procedura cantonale.

Procedura contenziosa e non contenziosa : L'istanza volta a far pronunciare la legittimazione (art. 260 CC) non è una domanda giudiziale e la dichiarazione del giudice non è una sentenza. Sono atti della procedura non contenziosa, riguardo ai quali è tuttavia riservata la contestazione prevista dall'art. 262 CC.