

23. Auszug aus dem Urteil der II. Zivilabteilung vom 25. Juni 1942 i. S. Boog gegen Boog.

1. Der Vormund eines urteilsunfähigen Ehegatten kann für diesen kein Scheidungsbegehren stellen. Dagegen liegt ihm ob, den Mündel in einem vom andern Ehegatten angehobenen Scheidungsprozess zu verteidigen, und er hat ferner das Antragsrecht bezüglich der Nebenfolgen. Art. 19, 137 ff., 407 ZGB.
 2. Auch demjenigen Ehegatten, auf dessen alleiniges Begehren die Ehe geschieden wird, kann ein Eheverbot auferlegt werden, wenn ihm erhebliche Ehewidrigkeiten zur Last fallen. Art. 150 ZGB. (Änderung der Rechtsprechung).
1. Le tuteur d'un époux incapable de discernement n'a pas qualité pour conclure au divorce au nom de son pupille. En revanche il a qualité pour défendre dans le procès en divorce intenté contre le pupille et prendre des conclusions au sujet des effets accessoires du divorce (art. 19, 137 et suiv., 407 CC).
 2. L'interdiction de remariage peut être prononcée même contre l'époux qui a été seul à conclure au divorce, s'il s'est rendu coupable de graves manquements aux obligations découlant du mariage (art. 150 CC). (Changement de jurisprudence).
1. Il tutore d'un coniuge incapace di discernimento non ha veste per proporre il divorzio in nome del suo tutelato. E' invece suo compito difendere il pupillo in una causa di divorzio intentata a quest'ultimo dall'altro coniuge e formulare conclusioni concernenti gli effetti accessori del divorzio (art. 19, 137 e seg., 407 CC).
 2. Il divieto di celebrare un nuovo matrimonio può essere pronunciato anche contro il coniuge che è stato solo a concludere pel divorzio, se stanno a suo carico gravi violazioni degli obblighi derivanti dal matrimonio (art. 150 CC). (Cambiamento della giurisprudenza).

Aus dem Tatbestand :

A. — Am 17. Februar 1941 reichte der Kläger gegen die wegen Geisteskrankheit bevormundete Ehefrau unter Anrufung von Art. 141 und 142 ZGB Scheidungsklage ein... Die Vormünderin der Beklagten verlangte in deren Namen widerklageweise ebenfalls Scheidung, nach Art. 137 und Art. 142 ZGB...

B — Sowohl das Amtsgericht Sursee wie das Obergericht des Kantons Luzern bejahten den dem Kläger vorgeworfenen Ehebruch, hiessen aber die Verjährungseinrede des Klägers gut und wiesen aus diesem Grunde die Widerklage der Frau aus Art. 137 ZGB ab. Ander-

seits sprachen sie die Scheidungsklage des Mannes aus Art. 141 und diejenige der Frau aus Art. 142 ZGB zu. Sie legten dem Kläger ein Eheverbot von einem Jahr auf, da er durch seine ehebrecherischen Beziehungen « das Seine » zu der in der Hauptsache durch die Geisteskrankheit der Frau verursachten Zerrüttung der Ehe beigetragen habe...

C. — Gegen das Urteil des Obergerichtes vom 27. Januar 1942 legte der Kläger Berufung ein mit folgenden Anträgen :

1. Die Ehe der Parteien sei auf Verlangen des Berufungsklägers zu scheiden.
2. Der Berufungskläger sei schuldlos zu erklären und daher das Eheverbot aufzuheben...

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. — Der erste Berufungsantrag des Klägers zielt nach seinem Wortlaut auf Gutheissung eines Begehrens ab, das schon die Vorinstanz geschützt hat. Darauf wäre mangels Interesses nicht einzutreten. Der Sinn des Antrages geht jedoch nach der Begründung dahin, die Scheidung sei *nur* auf Klage des Mannes auszusprechen, die Widerklage der Frau dagegen abzuweisen. Hinsichtlich dieses namens der Frau durch deren Vormund gestellten Scheidungsbegehrens erhebt sich vorweg die Frage, ob es überhaupt in der Handlungsmacht des Vormundes liege (mit Zustimmung der Vormundschaftsbehörde zur Prozessführung, Art. 421 Ziff. 8 ZGB) für den Mündel Scheidungsklage zu erheben. Der Scheidungsanspruch gehört zu den Rechten, die dem Ehegatten um seiner Persönlichkeit willen zustehen, die daher auch ein entmündigter Ehegatte selbständig, ohne der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters zu bedürfen, ausüben kann, sofern er nur urteilsfähig ist (Art. 19 Abs. 2 ZGB). Indessen ist umstritten, wie es sich bei Urteilsunfähigkeit des entmündigten Ehegatten verhält : ob in diesem Falle, da der Ehegatte nicht selbst klagen kann, die Handlungsmacht des Vormundes sich auch auf

die Geltendmachung eines Scheidungsanspruchs des Mündels erstrecke, oder ob ein solcher Anspruch derart höchstpersönlicher Natur sei; dass die Ausübung bei Urteilsunfähigkeit des Ehegatten eben unterbleiben müsse. Im erstern Sinne hat der Appellationshof des Kantons Bern am 5. Oktober 1929 entscheiden (Z. bern. Jur. V. 66 S. 514 = Schweiz. Jur. Ztg. 26 S. 286 Nr. 55 = WEISS, Entscheidungen 1922-1937 Art. 18 ZGB Nr. 333). Die Begründung geht dahin: Wenn der Ehegatte selbst zur Geltendmachung des Scheidungsanspruchs unfähig sei, müsse die gesetzliche Vertretung Platz greifen. Andernfalls wäre der Mündel « mitunter skandalösen Verletzungen seiner Persönlichkeit ausgesetzt ». Für Zulassung einer durch den Vormund zu erhebenden Scheidungsklage sprechen sich ferner aus ROSSEL und MENTHA, droit civil I Nr. 386 S. 251. Verneint wird die Möglichkeit einer solchen Klagerhebung durch den gesetzlichen Vertreter von GMÜR, Vorbemerkungen zu Art. 137 ff. N. 15 und 15 a und Art. 144 N. 8; sehr entschieden ablehnend insbesondere EGGER, Art. 19 N. 10 und Art. 143 N. 5.

Die höchstpersönliche Natur der in Frage stehenden Rechte und Entschliessungen ist anzuerkennen und gibt den Ausschlag. Wie die Eingehung der Ehe, so muss auch eine Klage auf Scheidung oder Trennung der Ehe auf persönlichem Willensentschluss des Ehegatten beruhen. Ohne solchen Entschluss darf die Scheidung oder Trennung in seinem Namen nicht begehrt werden, auch dann nicht, wenn der betreffende Ehegatte in der Frage der Gestaltung seiner Ehe urteilsunfähig ist und einen massgebenden Entschluss solcher Art gar nicht fassen kann. Der Einwand, auf diese Weise komme der Ehegatte um einen ihm zustehenden Anspruch, ist nicht stichhaltig. Die Ehe ist eine Gemeinschaft auf Lebenszeit. Im Vordergrund steht das Recht jedes Ehegatten auf Wahrung des Bestandes der Ehe. Nur ausnahmsweise kann ein Ehegatte, statt an der Ehe festzuhalten, deren Scheidung (oder Trennung) verlangen. Aber nur ihm selbst steht es zu, sich allenfalls

in diesem Sinne zu entschliessen. Im Falle der Urteilsunfähigkeit ist dies ausgeschlossen, und es kann niemals mit Sicherheit angenommen werden, bei Urteilsfähigkeit hätte sich der betreffende Ehegatte dahin entschieden; ganz abgesehen davon, dass eine solche Vermutung den wirklichen, allein massgebenden persönlichen Entschluss nicht zu ersetzen vermöchte. Häufig sieht ein Ehegatte, aus welchen Gründen immer, von der Geltendmachung eines Scheidungsgrundes ab. Das Gesetz lässt ihm darin volle Freiheit; ja, es lässt in gewissen Fällen die Klage verjähren und behandelt die Verzeihung gewisser Scheidungsgründe als Klagausschlussgrund (Art. 137 und 138). Beim Entschluss, den Bestand der Ehe nicht anzutasten, mag den Ehegatten die grundsätzliche Ablehnung einer Scheidung oder auch nur einer gerichtlichen Trennung bestimmen. Oder er mag von der Klage absehen um des (wenn gleich als schuldig betrachteten) andern Ehegatten oder besonders um der Kinder willen. Oder die Ehe bedeutet ihm einfach trotz des Sachverhalts, der wirklich oder vermeintlich einen Scheidungsgrund ausmacht, noch so viel, dass er aus diesem Grunde daran festhält. Der Scheidungsanspruch gehört nicht zu den Rechten, die normalerweise ausgeübt werden oder ausgeübt werden sollen. Wie EGGER (Art. 143 N. 5) treffend bemerkt, ist die Entschliessung über das Festhalten an der Ehe oder die Erhebung einer Scheidungs- oder Trennungsklage stets persönliche Gewissensangelegenheit des Ehegatten. Darin gibt es keine Vertretung. Die Ehe ist zudem die Grundlage der staatlichen Gemeinschaft. Eine Scheidung oder gerichtliche Trennung ist nur in dem Sinne vorbehalten, dass dem Ehegatten ein als höchstpersönlich gedachtes Klagrecht zusteht. Die Scheidungs- oder Trennungsklage steht unter der Voraussetzung, dass der Ehegatte selbst zu ihrer Erhebung fähig und willens sei.

Diese Lösung liegt in der Linie der Rechtsprechung des Bundesgerichts, das sich freilich bisher mit der vorwürfigen Frage als solcher nicht zu befassen hatte (BGE 41 II 556,

44 II 211, 51 II 541). Mit der letztgenannten Entscheidung wurde in einem Scheidungsprozess die analoge Anwendung von Art. 135 Abs. 2 ZGB (betreffend Legitimation zur Eheungültigkeitsklage, die im übrigen namentlich in den Nichtigkeitsfällen ganz anders geordnet ist als die Legitimation zur Scheidungsklage) abgelehnt, « weil es der hieort geltenden Auffassung über das Wesen der Ehe widerspricht, andern als den Ehegatten selbst ein Dispositionsrecht über die Frage einer Ehescheidung zu gewähren ». Aus dem gleichen Gesichtspunkt ist, wie dargetan, die Erhebung einer Scheidungsklage auch der Handlungsmacht eines gesetzlichen Vertreters entzogen.

Es bestehen auch keine praktischen Gründe, eine Lücke des ZGB anzunehmen und diese im Sinne der Zulassung einer durch den Vormund anzuhobenden Scheidungsklage auszufüllen. Um dem urteilsunfähigen Gatten den notwendigen Schutz zu bieten, bedarf es einer Antastung der Ehe nicht. Der Vormund hat es in der Hand, für den urteilsunfähigen Gatten richterlichen Schutz nach Art. 169 ff. ZGB anzurufen. Er kann ferner für eine Ehefrau, deren eingebrachtes Vermögen unter ehemännlicher Verwaltung steht, Sicherstellung verlangen (Art. 205 ZGB) und gegebenenfalls Gütertrennung erwirken (Art. 183 ZGB), um es in eigene Verwaltung zu nehmen (BGE 50 II 439). ROSSEL hält die Scheidung für einen urteilsunfähigen Ehemann für geboten, falls die Ehefrau in Konkubinat lebt und Kinder gebiert, deren Ehelichkeit angefochten werden sollte. Aber in diesem Falle ist die Lösung nicht über das Scheidungsrecht zu suchen. Das ZGB hat in Art. 256 vorgesorgt.

Auch in einem vom andern Ehegatten angehobenen Scheidungsprozess ist der entmündigte urteilsunfähige Gatte nicht schutzlos. Der Vormund ist nur gehindert, für den Mündel seinerseits Scheidung zu beantragen. Im übrigen hat er ihn zu vertreten. Er kann Abweisung der gegen den Mündel erhobenen Klage beantragen und hat das uneingeschränkte Antragsrecht bezüglich der Neben-

folgen. Insbesondere bei Erhebung von Ansprüchen aus Art. 151 ZGB für den Mündel kann und soll er alles vorbringen, was dem Andern zur Last fällt.

Auf das namens der beklagten Ehefrau von deren Vormund gestellte Scheidungsbegehren ist demnach nicht einzutreten.

2. — Das Eheverbot gemäss Art. 150 ZGB ist eine um der öffentlichen Ordnung willen zu verhängende, jeglichem Verfügungsrecht der Parteien entzogene Massnahme gegenüber dem schuldigen Ehegatten. Voraussetzung ist, dass die Ehe geschieden wird; im übrigen ist der Entscheid über das Eheverbot rechtlich unabhängig vom Scheidungserkenntnis (BGE 38 II 56). Freilich ist im nämlichen Urteil (S. 62) die dem Richter obliegende Zurückhaltung bei Anwendung von Art. 150 u. a. damit begründet, « dass sonst in den Scheidungsfällen des Art. 142, auch bei einem geringen gegenseitigen Verschulden der Ehegatten, beiden ein Eheverbot auferlegt werden müsste, während bei den Scheidungen aus einem bestimmten Grunde der Kläger von dieser Massnahme von vornherein verschont bliebe, auch wenn der Richter zur Überzeugung gelangen sollte, dass ihn ebenfalls ein erhebliches Verschulden an der Scheidung treffe ». An der Ansicht, dass bei Scheidung aus einem bestimmten Grunde dem Kläger von vornherein kein Eheverbot aufzuerlegen sei, kann indessen nicht festgehalten werden. Gerade der vorliegende Fall zeigt, dass damit dem öffentlichrechtlichen Charakter des Eheverbotes nicht genügt würde. Nicht nur sind die das Eheverbot selbst beschlagenden Anträge der Parteien unmassgeblich; es kommt auch nicht darauf an, für wen allein allenfalls die Scheidungsklage wirksam angehoben ist. Der Umstand, dass hier die Scheidung nur auf Begehren des Mannes ausgesprochen bleibt, schliesst nicht aus, dass ihm ein erhebliches ehewidriges Verhalten vorgeworfen werden muss. Trifft dies zu, so ist Art. 150 ZGB von Amtes wegen gegenüber ihm anzuwenden.

So verhält es sich in der Tat angesichts der Feststellung

des Obergerichts, dass der Kläger Ehebruch begangen und damit zu der vornehmlich durch die Geisteskrankheit der Beklagten verursachten Zerrüttung der Ehe beigetragen habe. Zwar hält der Kläger an der Bestreitung dieser Feststellung fest. Allein die Würdigung der Tatsachen durch das Obergericht ist aus keinem bundesrechtlichen Gesichtspunkte zu beanstanden (Art. 81 OG). Durch Bemessung der Wartefrist auf die Mindestdauer eines Jahres ist den besondern Umständen Rechnung getragen. Die Frist läuft von heute an, da die Scheidungsfrage erst durch das Bundesgericht endgültig erledigt wird (BGE 62 II 273).

.....

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung des Klägers wird teilweise gutgeheissen und das Urteil des Obergerichtes des Kantons Luzern vom 27. Januar 1942 dahin abgeändert, dass die Ehe der Parteien auf Begehren des Ehemannes in Anwendung von Art. 141 ZGB geschieden, auf die namens der bevormundeten Beklagten erhobene Scheidungs(wider)klage dagegen nicht eingetreten wird.

.....

24. Urteil der II. Zivilabteilung vom 2. Juli 1942 i. S. Eggenberger gegen Manco.

Vaterschaftsklage. Einrede des Mehrverkehrs. Der nachgewiesene Verkehr der Kindsmutter mit einem Dritten in der kritischen Zeit vermag nur dann die Einrede des Art. 314 Abs. 2 ZGB nicht zu begründen, wenn die Wahrscheinlichkeit der Vaterschaft des Dritten, verglichen mit der des Beklagten, so gering ist, dass die Möglichkeit der erstern sogut wie ausgeschlossen erscheint. Wäre die Schwangerschaftsdauer im Falle der Zeugung (des reif geborenen Kindes) durch den Dritten abnormal kurz, bei Zeugung durch den Beklagten aber abnormal lang, so greift die Regel des Art. 314 Abs. 2 Platz.

Action en recherche de paternité. Exceptio plurimum.
La cohabitation de la mère avec un autre homme que le défendeur pendant la période critique permet d'élever des doutes sérieux

sur la paternité de celui-ci (art. 314 al. 2 CC) sauf si la paternité du tiers comparée à celle du défendeur est à un tel point improbable qu'elle paraît pour ainsi dire comme exclue. Lorsque, en cas de paternité du tiers, la durée de la grossesse serait anormalement courte (l'enfant paraissant né à terme) tandis qu'elle serait anormalement longue en cas de paternité du défendeur, la règle de l'art. 314 al. 2 est applicable.

Azione di paternità. Exceptio plurimum.
Il concubito della madre con un terzo durante il periodo critico fa sorgere seri dubbi sulla paternità del convenuto (art. 314 cp. 2 CC) salvo se la paternità del terzo in confronto con quella del convenuto è così improbabile che può essere ritenuta, per così dire, esclusa. Qualora, in caso di paternità del terzo, la durata della gravidanza fosse di una brevità anormale (l'infante essendo nato a termine), mentre sarebbe di una lunghezza anormale in caso di paternità del convenuto, è applicabile la regola dell'art. 314 cp. 2 CC.

A. — Anna Manco, geb. 1920, brachte am 20. Februar 1940 ausserehelich das Kind Anita zur Welt. Als Vater bezeichnete sie den 1919 geborenen André Eggenberger, der zugab, mit der Kindsmutter vom Februar 1939 an in Luzern und dann in Abtwil (St. Gallen), wo er Ende April bei ihr in der von ihrer Mutter geführten Wirtschaft « Zum Gemsli » auf Besuch war, geschlechtliche Beziehungen gehabt zu haben, zum letzten Mal am 29. oder 30. April 1939. Er widersetzte sich jedoch der Klage mit der Behauptung, die Klägerin habe während der kritischen Zeit (26. April - 24. August 1939) auch mit einem August Egle geschlechtlich verkehrt und überhaupt einen unzüchtigen Lebenswandel geführt. Die Klägerin gab zu, mit Egle verkehrt zu haben, jedoch erst nachdem sie dem Beklagten von der eingetretenen Schwangerschaft Mitteilung gemacht und dieser sich von ihr zurückgezogen habe. Nach der Feststellung der Vorinstanz fand der erste Geschlechtsverkehr mit Egle frühestens Anfangs Juli 1939 statt. Das Kind wies bei der Geburt alle Zeichen der Reife auf.

B. — Gestützt auf diese Feststellungen schützte das Amtsgericht Luzern-Stadt die Einrede des Mehrverkehrs nach Art. 314 Abs. 2 ZGB und wies die Vaterschaftsklage ab. Auf Appellation der Klägerinnen verwarf jedoch das Obergericht des Kantons Luzern jene Einrede sowie die-