

## I. FAMILIENRECHT

### DROIT DE LA FAMILLE

#### 48. Urteil der II. Zivilabteilung vom 5. Dezember 1946 i. S. Williner gegen Williner-Jau.

*Ehescheidung. Örtliche Zuständigkeit* für Scheidungsklage und vorsorgliche Massnahmen bei selbständigen Gerichtsständen beider Ehegatten (Art. 144, 145 ZGB): für die *Priorität der Rechtshängigkeit* darf ein Vorsprung nicht gelten, der nur dank gesetzwidriger Abkürzung des Verfahrens (Übergehung des obligatorischen Aussöhnungsversuchs) erreicht wurde.

*Divorce. Compétence ratione loci* pour statuer sur une action en divorce et une demande de mesures provisoires (art. 144 et 145 CC) en cas de for indépendant de chacun des époux: pour déterminer la demande introduite en premier lieu, on ne peut tenir compte de l'avantage qu'une des parties s'est assuré en abrégant illégalement la procédure (suppression de la tentative de conciliation).

*Divorzio. Competenza ratione loci* per statuire su una domanda di divorzio e una domanda provvisoria (art. 144 e 145 CC) quando ciascun coniuge ha un foro indipendente. Per stabilire quale è la domanda introdotta per la prima, non si può tenere conto del vantaggio che l'una delle parti si è assicurato abbreviando illegalmente la procedura (soppressione dell'esperimento di conciliazione).

A. — Die seit 15. Mai 1945 verheiratete, inzwischen schwanger gewordene Ehefrau verliess am 13. Oktober desselben Jahres mit Zustimmung ihres Ehemannes den ehelichen Wohnsitz in Visp und begab sich zu ihren Eltern nach Bern, wo sie am 2. Mai 1946 das Kind Anneli gebar. Am 24. Juli 1946 stellte sie beim Richteramt I Bern das (vom 16. Juli datierte) Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen nach Art. 169 ff. ZGB, indem sie unter Berufung auf drei Arztzeugnisse geltend machte, dass durch das Zusammenleben mit dem Ehemanne ihre Gesundheit ernstlich gefährdet würde.

Der Ehemann liess sich hierauf vom Richteramt Bern vorerst die Frist zur Vernehmung auf das Gesuch er-

strecken. Vor deren Erstattung erwirkte er jedoch am 23. August in Visp die Vorladung der Ehefrau vor den dortigen Gemeinderichter zum Aussöhnungsversuch in Sachen Ehescheidung auf den 9. September, und ersuchte gleichzeitig unter Hinweis auf diese « Eintagung » den Instruktionsrichter des Bezirks Visp um Erlass vorsorglicher Massnahmen nach Art. 145 ZGB, worauf dieser die Parteien auf den 30. August zu einer Verhandlung vorlud.

Die Ehefrau beantwortete dieses Vorgehen des Mannes damit, dass ihr Anwalt am 28. August beim Richteramt in Bern die Scheidungsklage einreichte und gleichzeitig um Erlass vorsorglicher Massnahmen nach Art. 145 ZGB ersuchte. Im Begleitbrief an den Gerichtspräsidenten wies der Anwalt darauf hin, dass ein Aussöhnungsversuch nicht stattgefunden habe, und bat ihn, die Klage trotzdem zuzustellen; der Ehemann versuche nämlich, die mit dem Gesuch der Frau vom 16./24. Juli in Bern begründete Hängigkeit des Verfahrens durch seine Schritte vom 23. August in Visp zu durchkreuzen. Gestützt auf diese Klageeinreichung erliess der Gerichtspräsident von Bern am 10. September 1946 für die Dauer des Scheidungsprozesses die verlangten vorsorglichen Massnahmen (getrennter Wohnsitz, Zuteilung des Kindes an die Mutter, Unterhalt von Frau und Kind).

Nach dem Scheitern des Vermittlungsversuchs vom 9. September reichte der Ehemann am 14. September in Visp Trennungsklage ein, worauf der Instruktionsrichter von Visp am gleichen Tage auf Grund des Rechtsbots vom 23. August seinerseits vorsorgliche Massnahmen erliess, indem er den Parteien das getrennte Leben bewilligte und das vier Monate alte Kind für die Dauer des Prozesses dem Vater zuteilte.

B. — Gegen die Verfügungen der Richter von Bern und von Visp legten der Ehemann bzw. die Ehefrau die vorliegenden Nichtigkeitsbeschwerden ein mit dem Antrag auf Aufhebung derselben mangels örtlicher Zuständigkeit des von der Gegenpartei angerufenen Richters.

C. — Der Gerichtspräsident von Bern und der Instruktionsrichter von Visp beantragen je Abweisung der gegen ihre Verfügung gerichteten Beschwerde.

*Das Bundesgericht zieht in Erwägung :*

1. — Die Nichtigkeitsbeschwerde des Art. 68 OG ist sowohl gegen die Verfügung des Gerichtspräsidenten I von Bern als gegen die des Instruktionsrichters von Visp zulässig, da beide Verfügungen, jene nach Art. 299 der bernischen, diese nach Art. 345 der Walliser ZPO, letztinstanzliche Entscheide und als vorsorgliche Massregeln nach Art. 145 ZGB keine Endurteile im Sinne des Art. 48 OG (BGE 72 II 56), aber auch keine nach Art. 49 OG berufungsfähige Vor- oder Zwischenurteile sind.

2. — Die Zuständigkeit des Scheidungsrichters zu vorsorglichen Massnahmen im Sinne von Art. 145 ZGB wird erst durch den Eintritt der Rechtshängigkeit der Scheidungs- (bzw. Trennungs-) klage begründet (BGE 64 II 176, 184). In den Fällen, wo jedem Ehegatten zur Erhebung der Scheidungsklage nach Art. 144 ZGB ein eigener Gerichtsstand zur Verfügung steht, weil die Ehefrau zum getrennten Wohnsitz berechtigt ist und einen solchen an einem vom ehelichen Domizil verschiedenen Ort auch tatsächlich begründet hat, wird der aus der Klageerhebung an beiden Gerichtsständen entstehende positive Kompetenzkonflikt durch den von der Praxis eingeführten bundesrechtlichen Gerichtsstand des Sachzusammenhanges in Verbindung mit dem Grundsatz der Priorität gelöst: der zuerst angerufene Scheidungsrichter ist auch für die Scheidungsklage der andern Partei ausschliesslich zuständig (BGE 64 II 182 ff.). Dabei beurteilt sich die Frage, in welchem Zeitpunkt die Rechtshängigkeit eintritt, insbesondere ob die Einleitung eines Aussöhnungsverfahrens diese bewirke, nicht nach einem bundesrechtlichen Begriff der Klageerhebung, sondern für jede der beiden Klagen nach dem kantonalen Prozessrecht, dem sie untersteht (a.a.O. 177, 185).

Die beiden vorliegend in Frage stehenden Prozessordnungen der Kantone Wallis und Bern stimmen nun darin überein, dass sie für die Scheidungs- (bezw. Trennungs-) Klage ein obligatorisches Aussöhnungsverfahren vorsehen (Wallis Art. 127, Bern Art. 144 f. ZPO), dass aber die Rechtshängigkeit nicht schon mit der Anrufung des Aussöhnungsversuchs, sondern erst durch die Einreichung der eigentlichen Klage beim Instruktionsrichter begründet wird (Wallis Art. 86, 137; Bern Art. 160 ZPO, LEUCH, Komm. Art. 144 N. 1, Art. 160 N. 1).

Die Klageeinleitung in diesem Sinne erfolgte in Bern am 28. August, in Visp am 14. September 1946. Die Ehefrau verschaffte sich jedoch diesen zeitlichen Vorsprung dadurch, dass sie den Gerichtspräsidenten veranlassen konnte, die Klage ohne vorausgegangenen Aussöhnungsversuch entgegenzunehmen. Indem der Richter dazu Hand bot, obwohl der Anwalt der Klägerin ihm auf den Mangel hinwies, verletzte er die Vorschriften der bernischen ZPO. Ein Fall der Entbindung vom Aussöhnungsversuch wegen drohenden Rechtsverlusts infolge Zeitknappheit gemäss Art. 144 ZPO lag nicht vor; die Möglichkeit, dass bei vorschriftsgemässer Abhaltung des Aussöhnungsversuchs die Priorität des Scheidungsgerichtsstandes dem Kanton Wallis zufallen könnte, stellt natürlich keinen Rechtsverlust im Sinne jener Bestimmung dar. Die Vorschrift von Art. 145 Abs. 2 ZPO, wonach « ein Aussöhnungsversuch nicht mehr erforderlich ist, wenn der Instruktionsrichter trotz Fehlens eines solchen die Zustellung der Klage verfügt hat », will dem Richter nicht etwa weitere Möglichkeiten der Entbindung vom Aussöhnungsversuch geben, sondern nur in den Fällen, in denen der Mangel eines solchen von ihm übersehen worden ist, die nachträgliche Rückweisung der Klage ausschliessen (LEUCH, zu Art. 145 N. 6). Von einem Übersehen des Mangels kann angesichts des brieflichen Hinweises des Anwalts der Ehefrau weder bei diesem noch beim Gerichtspräsidenten die Rede sein. Letzterer hätte mithin die Klage nicht entgegennehmen

dürfen (Art. 161 ZPO). Nur mit Hilfe dieser bewussten Umgehung des Gesetzes vermochte die Ehefrau mit der Klageeinreichung dem Manne, dessen Aussöhnungsbeghären seit 23. August hängig war, zuvorzukommen.

Der Grundsatz der Priorität der Anrufung des Richters bei konkurrierenden Gerichtsständen führt in vielen Fällen zu einem bedauerlichen Wettlauf zwischen den Scheidungsparteien. Das Prinzip ist jedoch zur Vermeidung des positiven Kompetenzkonflikts unentbehrlich. Aber dessen Anwendung verlangt, dass es bei der Klageeinreichung ordnungsgemäss zugegangen ist; ein nur dank gesetzwidriger Abkürzungen des vorgeschriebenen Verfahrensganges erreichter Vorsprung darf nicht gelten. Dass vorliegend die bewusste Umgehung nicht eine Bestimmung des Bundesrechts, sondern eine blosser Ordnungsvorschrift des kantonalen Prozessrechts betrifft, kann in dieser Hinsicht keinen Unterschied ausmachen. Die Umgehung des vorgeschriebenen Aussöhnungsverfahrens darf umso weniger toleriert werden, als es anerkanntermassen für das Scheidungsverfahren von besonderer Bedeutung ist. Die Klageeinreichung der Ehefrau vom 28. August 1946 fällt demnach für die Priorität ausser Betracht, und da die Frage, ob die Klägerin auch bei korrekter Beobachtung des Verfahrens die Klage noch vor dem 14. September hätte einreichen können, rein hypothetischer Natur ist, so muss eben die Klageerhebung des Mannes in Visp von jenem Datum als für die Begründung des Gerichtsstandes entscheidend betrachtet werden.

Die Lösung darin zu suchen, dass im Verhältnis zwischen zwei Kantonen, in denen der Aussöhnungsversuch obligatorisch ist, überhaupt grundsätzlich auf die Priorität der Anrufung des Aussöhnungsrichters abgestellt würde, empfiehlt sich deshalb nicht, weil dadurch neben dem kantonal-prozessrechtlichen Begriff der Rechtshängigkeit, welche nach ausdrücklicher Vorschrift der beiden hier in Frage stehenden Kantone erst mit der Einreichung der Klage selbst eintritt, ein abweichender bundesrechtlicher

Begriff derselben eingeführt würde, was in andern Fällen wieder zu Komplikationen führen müsste. Übrigens fiel nach diesem Kriterium die Priorität erst recht dem Gerichtsstande Visp zu, wo der Ehemann die Aussöhnung am 23. August verlangte, während vor diesem Zeitpunkt in Bern nur Eheschutzmassnahmen im Sinne von Art. 169 ZGB verlangt wurden.

Ist mithin der Klageerhebung des Ehemannes in Visp die Priorität zuzuerkennen, so kann dahingestellt bleiben, ob die Ehefrau überhaupt zur Begründung eines selbständigen Wohnsitzes nach Art. 170 ZGB berechtigt war, und wenn ja, ob sie in Bern einen solchen tatsächlich begründet hatte.

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Die Nichtigkeitsbeschwerde der Ehefrau wird abgewiesen, diejenige des Ehemannes gutgeheissen, der Instruktionsrichter von Visp zum Erlass vorsorglicher Massnahmen im Sinne von Art. 145 ZGB zuständig erklärt und die Verfügung des Gerichtspräsidenten I von Bern vom 10. September 1946 aufgehoben.

**49. Arrêt de la II<sup>e</sup> Cour civile du 7 novembre 1946 dans la cause P. contre M.**

*Action en paternité. Péremption* (art. 308 CC, 139 CO).  
Application de l'art. 139 CO au cas dans lequel les demandeurs, au lieu d'attendre de se voir déboutés de leurs conclusions en raison d'un vice de forme dont leur action est entachée, renoncent à cette action pour en engager une nouvelle. Conditions, réserves.

*Vaterschaftsklage, Verwirkung* (Art. 308 ZGB, 139 OR).  
Anwendung von Art. 139 OR auf den Fall, dass die Kläger, statt die Abweisung ihrer Vaterschaftsklage wegen eines ihr anhaftenden Formfehlers abzuwarten, diese Klage zurückziehen, um eine neue einzureichen. Voraussetzungen, Vorbehalte.

*Azione di paternità. Perenzione* (art. 308 CC, 139 CO).  
Applicazione dell'art. 139 CO al caso in cui gli attori, invece di attendere il rigetto della loro azione di paternità a motivo d'un vizio di forma, rinunciano a quest'azione per promuoverne una nuova. Condizioni, riserve.

A. — Lucette M. est accouchée le 30 décembre 1943 d'un enfant illégitime, Alain, dont René M., père de Lucette, a été nommé curateur.

L'avocat S. a été désigné comme avocat d'office de Lucette et Alain M. pour le procès en paternité à intenter à M. Pitton. Il a ouvert action par citation en conciliation du 24 octobre 1944 devant le Juge de paix du cercle de Moudon. L'audience a eu lieu le 9 novembre et, la tentative de conciliation n'ayant pas abouti, le Juge de paix a aussitôt adressé l'acte de conciliation au curateur de l'enfant, sans d'ailleurs informer l'avocat d'office des demandeurs, ni de la fixation de l'audience, ni de la délivrance de l'acte de non-conciliation, et sans inviter le curateur à renseigner l'avocat.

C'est seulement le 18 janvier 1945 que le curateur a écrit à M<sup>e</sup> S. que l'audience avait eu lieu le 9 novembre. A cette date du 18 janvier, le délai de 30 jours dès l'acte de non-conciliation prévu par l'art. 57 du code de procédure civile du canton de Vaud (CPC) était expiré. Les demandeurs ont alors fait notifier le 7 février 1945 un nouvel exploit de citation en conciliation. Le défendeur ne s'étant pas présenté à l'audience fixée au 15 février 1945, le Juge de paix a délivré le même jour aux demandeurs un acte de non-comparution équivalant à un acte de non-conciliation. Les demandeurs ont déposé leur demande le 23 février.

Le défendeur ayant excipé de la tardiveté de l'action, moyen pris du fait que la demande n'avait été ouverte que le 7 février 1945, c'est-à-dire plus d'un an après la naissance (art. 308 CC), le Président du Tribunal du district de Moudon a décidé de surseoir à l'instruction sur le fond et de faire trancher d'abord la question de la tardiveté.

Par jugement du 14 février 1946, le Tribunal, admettant que l'action avait été introduite tardivement et que l'art. 139 CO ne pouvait être invoqué en l'espèce, a rejeté la demande et condamné les demandeurs aux dépens.

Sur recours des demandeurs, le Tribunal cantonal vau-