

39. Auszug aus dem Urteil der II. Zivilabteilung vom 3. April 1952 i. S. Rehbeil gegen Habegger.

Vaterschaftsklage gegen einen Auslandschweizer. Anwendbares Recht. Art. 28 NAG.

Die Klage untersteht dem schweizerischen Heimatrecht des Beklagten, sofern die Gesetzgebung seines Wohnsitzstaates nicht das dort geltende materielle Recht angewendet wissen will. Massgebend ist der Wohnsitz des Beklagten zur Zeit der Schwängerung.

Action en paternité dirigée contre un Suisse domicilié à l'étranger. Droit applicable. Art. 28 LRDC.

L'action est régie par le droit suisse, loi nationale du défendeur, à moins que la loi du pays de son domicile n'exige l'application du droit en vigueur en ce pays. C'est le domicile du défendeur au moment de la conception qui est déterminant.

Azione di paternità contro uno Svizzero domiciliato all'estero. Diritto applicabile. Art. 28 LDD.

L'azione è disciplinata dal diritto svizzero, legge nazionale del convenuto, a meno che la legge dello stato in cui egli ha il suo domicilio esiga l'applicazione del diritto ivi vigente. Determinante è il domicilio del convenuto all'atto del concepimento.

Aus dem Tatbestand :

Der damals in Vichy (Frankreich) wohnende Beklagte Habegger, Schweizerbürger, lernte am 16. November 1948 in Frankfurt a.M. die Deutsche Gerda Rehbeil kennen. Nach einer mit ihr im Freundeskreise verbrachten Nacht hatte er mit ihr Geschlechtsverkehr. Sie gebar am 15. August 1949 das Mädchen Karin Veronika. Mutter und Kind erhoben in Basel, wohin der Beklagte schon im Frühjahr 1949 übergesiedelt war, Vaterschaftsklage auf Vermögensleistungen.

Sowohl das Zivilgericht wie das Appellationsgericht wiesen die Klage ab, jenes in Anwendung von Art. 340 des französischen Code civil, dieses nach Art. 315 des schweizerischen ZGB.

Das Kind legte Berufung an das Bundesgericht ein. Es stützt sich in erster Linie auf deutsches Recht (dem die Einrede des unzüchtigen Lebenswandels der Mutter unbekannt sei), eventuell auf schweizerisches Recht (indem diese Einrede nicht als begründet erachtet werden dürfe).

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. — Die schweizerische Rechtsprechung unterstellt die auf Vermögensleistungen gehende Vaterschaftsklage dem Wohnsitzprinzip des Art. 2 NAG, mit der Massgabe, dass der Wohnsitz des Beklagten zur Zeit der Schwängerung unveränderlich massgebend bleibt (BGE 77 II 113 ; vgl. über veränderliche und unveränderliche Anknüpfungspunkte LEWALD, Règles générales des conflits de lois, S. 38 ff., und BGE 56 II 178). In der Tat besteht der Rechtsgrund solcher Ansprüche im Akt der Schwängerung, und es soll für die Beurteilung nichts darauf ankommen, ob der Beklagte seinen damaligen Wohnsitz allenfalls aufgegeben hat. Von diesem Grundsatz geht das erstinstanzliche Urteil aus, indem es materielles französisches Recht zur Anwendung bringt. Die Klägerschaft will dieselbe Kollisionsnorm angewendet wissen, jedoch im weitern Sinn einer « Gesamtverweisung », also unter Berücksichtigung der in Frankreich geltenden Kollisionsnormen, die ihrerseits auf das deutsche Recht (als Heimatrecht des Kindes) verweisen. Art. 28 NAG ändere daran nichts, da die dort aufgestellten Voraussetzungen für die Anwendung des Heimatrechtes des Beklagten nicht erfüllt seien. Deutsches Recht sei um so mehr anzuwenden, als die deutsche Rechtsordnung ihrerseits nach Art. 21 des Einführungsgesetzes zum BGB (als Heimatrecht der Mutter) angewendet werden wolle. Diese Betrachtungsweise entspricht der Lehre, wonach eine « Weiterverweisung » jedenfalls dann beachtlich sein soll, wenn sie zum « Entscheidungseinklang » führt (vgl. PAGENSTECHE, Der Grundsatz des Entscheidungseinklangs im internationalen Privatrecht, 1951 ; dazu die Besprechungen von KEGEL in der (deutschen) Juristenzeitung 1952, S. 191, und von NUSSBAUM in der Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht 1952, S. 317). Indessen handelt es sich um (übrigens umstrittene) Lehrmeinungen, die keinesfalls im Widerspruch zu den in den einzelnen Staaten geltenden

(allenfalls staatsvertraglich festgelegten) Kollisionsnormen zur Geltung kommen dürfen. Der eingangs erwähnte Grundsatz des schweizerischen internationalen Privatrechtes ist nun allerdings nach BGE 77 II 113 nicht unbedingt als reine Sachnormverweisung aufzufassen. Doch war im damaligen Falle nicht näher dazu Stellung zu nehmen, inwieweit allenfalls auf das internationale Privatrecht des Wohnsitzstaates Rücksicht zu nehmen sei. Insbesondere blieb offen, ob auch gesetzlich nicht festgelegte Kollisionsnormen zu beachten seien, zumal solche, die gar nicht an die Person des als Vater in Anspruch Genommenen anknüpfen, und ob, falls dies bejaht würde, dann nicht die Schranken, mit denen die betreffende Kollisionsnorm im Wohnsitzstaate selbst umgeben wird, vom schweizerischen Richter ebenfalls einzuhalten wären (vgl. zur französischen Praxis BATIFFOL, *Droit international privé*, 1949, N. 486, S. 494; ROUAST im *Traité de droit civil français* von Planiol et Ripert, 2^e édition, tome II, N. 934 ff., S. 800 ff.).

2. — Auch im vorliegenden Falle braucht die Tragweite der erwähnten schweizerischen Kollisionsnorm nicht erörtert zu werden. Dem Appellationsgericht ist nämlich darin beizustimmen, dass die für Auslandschweizer geltenden besondern Bestimmungen von Art. 28 NAG nur in beschränktem Sinne auf das Wohnsitzrecht verweisen. Es gilt daher, die sich aus Art. 28 NAG ergebenden Rechtsanwendungsregeln zu ermitteln. Soweit dabei das Wohnsitzrecht zur Geltung zu kommen hat, muss freilich gleichfalls auf den Wohnsitz des Vaterschaftsbeklagten im Zeitpunkt der Schwängerung abgestellt werden, was eben der schweizerischen Auffassung von der Rechtsnatur der (gewöhnlichen, auf Vermögensleistungen gehenden) Vaterschaftsklage entspricht. Die vorliegende Klage ist also hinsichtlich des anzuwendenden Rechtes gleich zu beurteilen, wie wenn der Beklagte in Frankreich wohnen geblieben wäre (und die schweizerischen Gerichte gemäss Art. 313 ZGB angerufen worden wären, vgl. BGE 53 II 90), während im umgekehrten Fall eines zur Zeit der Schwängerung in der

Schweiz wohnhaft gewesenen Schweizerbürgers ein- für allemal (nach dem in Erw. 1 erwähnten Grundsatz) das schweizerische Recht anwendbar wäre, ohne Rücksicht auf eine seither eingetretene Wohnsitzverlegung ins Ausland.

3. — Die für mehrere Rechtsgebiete aufgestellten, auf Systembegriffen aufgebauten Regeln des Art. 28 NAG weisen notwendigerweise gewisse Lücken auf (vgl. LEWALD, a.a.O., S. 9, Ziff. 5). Das Gesetz zieht augenscheinlich nur das Personalstatut (Heimat und Wohnsitz) des betreffenden Auslandschweizers in Betracht. Es ist fraglich, ob nicht unter Umständen das Recht der Ortslage oder der Handlung, namentlich bei rechtsgeschäftlichen Verfügungen der Satz *locus regit actum* zur Anwendung zu kommen habe. Das ist jedoch hier nicht näher zu prüfen. Für die vorliegende familienrechtliche Klage kommt nur das Personalstatut (Heimat oder Wohnsitz) einer der am Rechtsverhältnis beteiligten Personen in Frage, und zwar nach der dargelegten schweizerischen Rechtsauffassung das Personalstatut des Beklagten.

Damit ist bereits gesagt, dass dem Art. 28 NAG eine Ordnung, die auf Heimat oder Wohnsitz des Kindes oder der Mutter abstellt, fremd ist. Mit einem Konflikt, wie er sich aus dem Hinweis auf die erwähnte französische Kollisionsnorm ergibt, rechnet Art. 28 NAG gar nicht. Er fasst nur eben die Verhältnisse des betreffenden Auslandschweizers ins Auge. Der Vorbehalt der « ausländischen Gesetzgebung » in Ziff. 2 bezieht sich zweifellos auf diejenige des Wohnsitzstaates dieses Schweizlers. Und wenn hiebei von dessen « Unterwerfung unter das ausländische Recht » gesprochen wird, so kann nichts anderes als die Unterwerfung desselben Auslandschweizers unter das materielle Recht eben des Wohnsitzstaates gemeint sein. Art. 28 Ziff. 2 NAG will also das Heimatprinzip für Auslandschweizer lediglich vor einem im Wohnsitzstaate etwa geltenden Wohnsitzprinzip zurücktreten lassen. Dem entspricht der Ausgangspunkt des Art. 28 NAG, der sich nur mit der Person des Auslandschweizers befasst, und auch

der Wortlaut, speziell der Text des in Frage stehenden Vorbehaltes. Danach kommt es darauf an, ob der Auslandschweizer an seinem (für die Klage massgebenden) ausländischen Wohnorte « dem » ausländischen Recht, also einem bestimmten, eben dem dort geltenden, nicht beliebigem « ausländischem Recht », unterworfen ist. Und zwar deutet die Wendung « dem ausländischen Recht (nicht) unterworfen », « (ne sont point) régis par le droit étranger », allgemeinem Sprachgebrauch entsprechend, einfach auf das materielle Recht hin. Eine Gesamtverweisung mit ihren verwickelten Problemen liegt völlig ausser dem Gesichtskreis dieser gesetzlichen Norm.

4. — Stellt man die Frage, der heutigen Lehre des internationalen Privatrechts entsprechend, dahin, ob Art. 28 Ziff. 2 NAG eine bloss Sächnorm- oder eine Gesamtverweisung enthalte, so ist es allerdings nicht leicht, diese eigenartige Bestimmung einzureihen. Einige Autoren sprechen sich denn auch für Gesamtverweisung aus und wollen dabei, im Gegensatz zum oben Gesagten, grundsätzlich eine Weiterverweisung beachten wissen (so namentlich PILLER, *La condition juridique des Suisses à l'étranger*, S. 36 ff.; ihm zustimmend STAUFFER, N. II zu Art. 28 NAG; BECK, N. 105 der Vorbemerkungen zu Art. 59 des Schlusstitels des ZGB). Diese Ansicht wird in erster Linie auf die bundesrätliche Botschaft vom 28. Mai 1887 gestützt (Bundesblatt 1887 III 113 deutsch, II 630 französisch). Nach deren Ausführungen wolle das Gesetz nur präzisieren, *was* unter dem Heimatrecht des Auslandschweizers zu verstehen sei (nämlich das Recht seines Heimatkantons, nicht etwa des letzten schweizerischen Wohnsitzes usw.). *Ob* aber das Heimatrecht zur Anwendung komme, sei der Gesetzgebung des Wohnsitzstaates völlig anheimgestellt. Es mag nun ungeprüft bleiben, ob Art. 20 des Entwurfes, auf den sich die Botschaft bezieht, in solchem Sinne auszulegen war. Wie dem auch sei, trifft dies jedenfalls für den ganz anders gefassten Art. 28 NAG nicht mehr zu. In der geltenden Fassung, wie sie aus einem dann noch vom Bundesrate

bereinigten übereinstimmenden Vorschlag der beiden Räte vom 10. und 17. April 1891 hervorgegangen ist (vgl. den Bericht des Bundesrates vom 8. Juni 1891, mit Gegenüberstellung des von den Räten vorgeschlagenen und des bereinigten Textes, Bundesblatt 1891 III 551 deutsch, 462 französisch), erscheint das Heimatrecht nunmehr zur selbständigen schweizerischen Kollisionsnorm erhoben, wenn auch unter Vorbehalt einer auf die ausländische Gesetzgebung hinweisenden negativen Bedingung. Es ist denn auch anerkannt, dass das Heimatrecht nach Art. 28 Ziff. 2 NAG selbst dann anzuwenden ist, wenn der Wohnsitzstaat gar keine unbedingte Kollisionsnorm, sondern nur etwa eine Aushülfnorm aufgestellt hat (wie Art. 27 des Einführungsgesetzes zum deutschen BGB; vgl. STAUFFER a.a.O.; Blätter für zürcherische Rechtsprechung NF 32 N. 128). Somit lässt sich für die Auslegung von Art. 28 NAG nichts mehr daraus herleiten, dass der Vorentwurf an den Fall eines im Wohnsitzstaate geltenden Heimatprinzips angeknüpft hatte.

Ein anderer Grund zur Annahme einer « Gesamtverweisung » (mit grundsätzlicher Berücksichtigung von Weiterverweisungen auf Rechtsordnungen dritter Staaten) wird darin gesehen, dass Art. 28 NAG nicht unmittelbar auf Sachnormen hinweist, sondern auf Normen des internationalen Privatrechts des Wohnsitzstaates, die eben den Auslandschweizer « dem ausländischen Recht unterwerfen » (vgl. ausser PILLER a.a.O. CARASSO, *Des conflits de lois en matière de capacité civile*, S. 118: Art. 28 Ziff. 2 NAG gebe eine doppelt indirekte Lösung, indem er nicht einmal selber das anwendbare Recht bezeichne, sondern nur die Gesetzgebung, die dieses Recht zu bezeichnen habe). Gewiss zieht die in Frage stehende Bestimmung das im Wohnsitzstaate des Auslandschweizers geltende internationale Privatrecht in Betracht, aber, wie oben dargetan, nur insoweit, als es jenen eben dem Wohnsitzrecht, also dem eigenen materiellen Recht, unterwirft.

Es besteht kein hinreichender Grund, das in Art. 28

Ziff. 2 NAG für Auslandschweizer aufgestellte Heimatprinzip weitergehend einzuschränken. Mit Recht erklärt MÖLICH (Die erbrechtliche Stellung der Schweizer in Deutschland und der Deutschen in der Schweiz, S. 38), Art. 28 Ziff. 2 NAG treffe eine positive Regelung dahin, « dass soweit immer möglich schweizerisches Recht zur Anwendung zu kommen hat, d.h. immer dann, wenn nicht zwingend die ausländischen Normen das Domizilrecht fordern » (damit übereinstimmend neuestens LEWALD, Renvoi revisited ?, in der Festschrift zum 70. Geburtstag von Hans Fritzsche, S. 176 ff., der zutreffend hervorhebt, Art. 28 Ziff. 2 NAG ordne die *lex domicilii* nicht an, sondern anerkenne nur die von ihr beanspruchte Herrschaft, nicht dagegen eine « Weiterverweisung »; ebenso ENNECCERUS-NIPPERDEY, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 14. Auflage 1952, S. 260; RAAPE in Staudingers Kommentar zum deutschen BG, 9. Auflage, Band VI, Bemerkung C VI 2 a zu Art. 25 und C V 1 zu Art. 27 des Einführungsgesetzes). Man hat es also bloss mit einer Sachnormverweisung zu tun, die zudem nicht zum Grundsatz erhoben, sondern durch das (nur insofern vom schweizerischen Richter zu beachtende) internationale Privatrecht des Wohnsitzstaates bedingt ist. Da nun die französische Gesetzgebung (und Praxis) für Klagen wie die vorliegende keine Kollisionsnorm aufgestellt hat, die nach dem Gesagten vom schweizerischen Richter zu beachten wäre, bleibt diese gegen einen Schweizerbürger gerichtete Klage nach dessen Heimatrecht zu beurteilen.

Verschiedene frühere Entscheidungen stehen anscheinend bereits auf diesem Boden; doch stand damals die Frage nach der Beachtlichkeit einer « Weiterverweisung » nicht zur Erörterung (BGE 24 I 7, 53 II 89, 75 II 280). Andere Entscheidungen nehmen allerdings auf den Fall Bezug, dass der Wohnsitzstaat sich zum Heimatprinzip bekenne (BGE 63 II 5, 77 II 116). Dies ist aber nicht als unerlässliche Voraussetzung zur Anwendung des Heimatrechtes des Auslandschweizers (auch) in der Schweiz zu

verstehen. Vielmehr spielen jene Urteilsstellen nur auf die Sachlage an, wie sie sich am häufigsten darbietet, wenn der Wohnsitzstaat nicht sein eigenes materielles Recht als anwendbar erklärt. Nur auf letzteres aber kommt es an. Der Auslandschweizer untersteht vor schweizerischen Gerichten nach Art. 28, Ziff. 2 NAG dem Heimatrecht (und zwar, soweit kantonales in Frage kommt, demjenigen des Heimatkantons), sofern der Wohnsitzstaat ihn nur nicht gerade dem Wohnsitzrecht unterwirft.

5. — (Zur Sache selbst.)

II. ERBRECHT

DROIT DES SUCCESSIONS

Vgl. Nr. 49. — Voir n° 49.

III. SACHENRECHT

DROITS RÉELS

40. Urteil der II. Zivilabteilung vom 13. Juni 1952 i. S. Gehrig gegen Wanner.

Fahrniseigentum, Erwerb ohne Besitz (Art. 717 ZGB).

Unter welchen Voraussetzungen ist anzunehmen, dass die Umgehung der Bestimmungen über das Faustpfand oder die Benachteiligung Dritter beabsichtigt worden ist? (Art. 717 Abs. 1). Fall des Kaufs mit gleichzeitiger Vermietung der Kaufsache an den Veräusserer. Richterliches Ermessen (Art. 717 Abs. 2). Überprüfungsbefugnis des Bundesgerichtes.

Propriété mobilière. Constitut possessoire (art. 717 CC).

Dans quelles conditions doit-on admettre que les règles concernant le gage mobilier et la protection des tiers ont été intentionnellement éludées (art. 717 al. 1 CC)? Cas d'une vente accompagnée de la location de la chose au vendeur. Pouvoir d'appréciation du juge (717 al. 2 CC). Pouvoir de contrôle du Tribunal fédéral.