

période critique ». Ainsi que le Tribunal fédéral a déjà eu l'occasion de le relever, cette thèse est erronée. Sous réserve des cas où les doutes résulteraient soit du degré de développement de l'enfant au moment de la naissance, soit de l'analyse des sangs, une seule chose est de nature à faire naître des doutes sérieux dans le sens de l'art. 314 al. 2, c'est le fait que la mère a eu, durant la période critique, des relations intimes avec un tiers.

La preuve de ce fait, qui incombe tout naturellement au défendeur, n'a sans doute pas besoin d'être *directe* et peut résulter d'*indices* ; encore faut-il cependant qu'il ressorte clairement du jugement que le juge l'ait considérée comme rapportée. C'est d'ailleurs en ce sens que le Tribunal fédéral s'est prononcé dans l'arrêt G. contre B. (RO 77 II 292) et précédemment déjà dans l'arrêt B. contre R. (RO 44 II 24). La preuve n'ayant pas été rapportée en l'espèce, ni directement ni par indice, que la recourante ait eu des relations intimes avec un tiers durant la période critique, l'exception tirée de l'art. 314 al. 2 ne pouvait donc être opposée à la demande.

55. Urteil der II. Zivilabteilung vom 18. September 1952
i. S. Sacker gegen Kaufmann.

Aussereheliches Kindesverhältnis. Voraussetzungen einer Hinfalligerklärung des urteilsgemässen Unterhaltsbeitrages des ausserehelichen Vaters ; « hinreichendes selbständiges Einkommen » des Kindes (Art. 320 ZGB).

Filiation illégitime. Conditions dans lesquelles la pension imposée par jugement au père naturel peut être supprimée ; « ressources personnelles suffisantes de l'enfant » (art. 320 CC).

Filiazione naturale. Condizioni in cui la pensione imposta per sentenza al padre naturale può essere soppressa ; sufficienti « risorse proprie » del figlio (art. 320 CC).

A. — Mit Beschluss des Bezirksgerichts Zürich vom 2. September 1947 wurde der Beklagte Sacker auf Grund seiner Klageanerkennung als ausserehelicher Vater des

Hans Kaufmann (geb. 1947) erklärt und verpflichtet, an diesen monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 60.— bis zu dessen zurückgelegtem 18. Altersjahre zu bezahlen. Seit August 1947 ist der Knabe durch Vermittlung der Amtsvormundschaft bei einem kinderlosen Ehepaar unentgeltlich in Pflege, das ihn später, wenn die Voraussetzungen hinsichtlich des Mindestalters für Adoptiveltern gegeben sein werden, an Kindesstatt annehmen will. Das Ehepaar erklärte dem Vormund des Knaben schriftlich : « Eine Unterstützung von Seiten des ausserehelichen Vaters kommt für uns nicht in Frage, denn dann wäre Hansli nicht mehr unser Kind. Andernfalls wäre es nur recht und billig, wenn der aussereheliche Vater weiss, wo das Kind ist, für das er zahlt, was für uns erst recht nicht in Frage kommt. Wir haben das Kind als unser eigen angenommen, somit ist es selbstverständliche Pflicht, voll und ganz für dessen Unterhalt aufzukommen. Wir erklären hier ausdrücklich, dass wir den Unterhalt für Hansli an Stelle der leiblichen Eltern übernehmen. » Der Vormund teilte dem ausserehelichen Vater am 6. August 1948 mit : « Nachdem es uns möglich war, den Knaben Hans in unentgeltliche Pflege zu einem kinderlosen Ehepaar zu geben, können wir Sie einstweilen von der Leistung weiterer Alimentenzahlung entbinden. Sollte sich das Pflegeverhältnis ändern und wir genötigt werden, wieder Kostgeldzahlungen für Hans leisten zu müssen, haben auch Sie unverzüglich wieder die gemäss Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 2. September 1947 festgestellten Unterhaltsbeiträge zu entrichten. Diesem unserem Entgegenkommen zur einstweiligen Einstellung der Zahlung der Unterhaltsbeiträge kommt keinesfalls die Bedeutung einer Änderung des Vaterschaftsurteils zu. »

B. — Ohne dass im Pflegeverhältnis eine Änderung eingetreten wäre, forderte im Dezember 1950 die Amtsvormundschaft auf Grund einer entsprechenden Weisung der Vormundschaftsbehörde den Kindsvater auf, wieder Unterhaltsbeiträge zu bezahlen. Sacker lehnte dies ab und

erhob im Januar 1951 beim Bezirksgericht Zürich gegen den Knaben Hans Kaufmann, verbeiständet durch den Amtsvormund, gestützt auf Art. 320 ZGB Klage mit den Rechtsbegehren, es sei ab 1. Dezember 1950 seine Unterhaltsbeitragspflicht aufzuheben, eventuell einstweilen zu sistieren, subeventuell der Unterhaltsbeitrag nach richterlichem Ermessen herabzusetzen.

C. — Das Bezirksgericht Zürich hob in Gutheissung des Hauptbegehrens die Beitragspflicht des Klägers mit Wirkung ab 1. Dezember 1950 auf. Es führte aus, die Frage, ob der Unterhaltsanspruch des ausserehelichen Kindes gegen seinen natürlichen Vater dahinfalle, wenn sein Unterhalt von einem Dritten, hiezu nicht Verpflichteten, geleistet werde, sei kontrovers und lasse sich nicht allgemein beantworten. Es komme darauf an, ob der Dritte seine Leistungen nur gegenüber dem Kinde oder auch zur Entlastung des ausserehelichen Vaters erbringen wolle. Im vorliegenden Falle habe man es mit einer befreienden Schuldübernahme im Sinne von Art. 176 OR durch die Pflegeeltern zu tun.

Auf Rekurs des Kindes hat das Obergericht des Kantons Zürich mit Urteil vom 17. März 1952 die Klage des Vaters auf Aufhebung, eventuell Sistierung des Unterhaltsbeitrags abgewiesen und nur eine Herabsetzung desselben von Fr. 60.— auf Fr. 50.— ab 1. Dezember 1950 verfügt. Die Begründung geht dahin, da die Unterhaltspflicht des ausserehelichen Vaters nach dem schweizerischen Recht (Art. 319 ZGB) nicht von der Bedürftigkeit des Kindes oder der Leistungsfähigkeit des Vaters abhängt, sondern einzig die Folge der Vaterschaft sei, habe der Vater Unterhaltsbeiträge auch dann zu leisten, wenn das Kind seinen Unterhalt von dritter Seite erhalte. Eine Schuldübernahme mit befreiender Wirkung setze nach Art. 175 Abs. 1 OR einen dahingehenden Vertrag zwischen Schuldner und Schuldübernehmer voraus; die Erklärung der Pflegeeltern, dass sie den Unterhalt des Kindes anstelle der leiblichen Eltern übernähmen, sei aber in casu lediglich dem Vor-

mund des Kindes, also dem Gläubiger abgegeben worden. Aber selbst wenn angenommen werde, diese Erklärung gelte auch als dem Vater abgegeben und dieser habe sie angenommen, so folge daraus noch nicht ohne weiteres, dass dies in der Absicht (zum Zwecke), ihn zu entlasten, erfolgt sei; vielmehr hätten die Pflegeeltern bezweckt, das Kind anzunehmen, und *daher* sich verpflichtet, für dessen ganzen Unterhalt aufzukommen; und nur um dem Vater gänzlichen Verzicht auf Kunde von seinem Kinde und auf jegliche Einmischung zumuten zu können, hätten sie ihrerseits auf seine Beiträge verzichten wollen. Der aussereheliche Vater habe aber weder auf persönlichen Verkehr mit dem Kinde noch auch nur auf Kenntnis seines Aufenthaltsortes Anspruch. Die Befreiung des Vaters von seiner Unterhaltspflicht sei somit von den Pflegeeltern irrtümlich als Voraussetzung oder Folge eines ungestörten Pflegeverhältnisses betrachtet worden. Im weiteren erfolge nach Art. 176 Abs. 1 OR der Eintritt eines Schuldübernehmers in das Schuldverhältnis anstelle und mit der Wirkung der Befreiung des bisherigen Schuldners durch Vertrag des Übernehmers mit dem Gläubiger. Die das Kind vertretenden vormundschaftlichen Organe hätten aber einer Befreiung des Vaters von der Unterhaltspflicht nicht zugestimmt. Ein gesetzlicher Übergang des Unterhaltsanspruchs des Kindes gegenüber dem Vater auf die Pflegeeltern finde nicht statt, weshalb ein Verzicht derselben auf Beiträge des erstern unerheblich sei. Dass endlich infolge der Unterhaltsgewährung durch die Pflegeeltern und deren Verzicht auf ein Kostgeld die Leistungen des ausserehelichen Vaters nicht mehr für den laufenden Unterhalt des Kindes benötigt werden, sei gemäss dem Entscheid des Kassationshofes (BGE 71 IV 195) ohne Belang.

Dem Subeventualantrag des Klägers auf Reduktion des Unterhaltsbeitrags gemäss Art. 320 ZGB entsprach die Vorinstanz nur, weil sich die Verhältnisse des Klägers seit 1947 infolge von Heirat und Krankheiten im Sinne

einer Verminderung seiner Leistungsfähigkeit verändert hatten.

D. — Mit der vorliegenden Berufung erneuert der Kläger seine Klagebegehren und verlangt eventuell Rückweisung an die Vorinstanz zur Aktenergänzung und Neuentscheidung.

Für den Beklagten ist keine Berufungsantwort erstattet worden.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. — Die Vorinstanzen gehen zutreffend davon aus, dass der Anspruch des ausserehelichen Kindes gegen seinen Erzeuger gemäss Vaterschaftsurteil zwar seinen Rechtsgrund in der natürlichen Verwandtschaft zwischen Vater und Kind hat, in seinem Bestande jedoch obligationenrechtlicher Natur ist. Er ist bestimmt, einen Teil der Kosten des Unterhalts und der Erziehung des Kindes, in die sich die ausserehelichen Eltern teilen, zu decken. Er besteht jedoch unabhängig davon, ob das Kind nach seinen finanziellen Verhältnissen oder denjenigen seiner Mutter tatsächlich auf die Beiträge angewiesen ist oder nicht, und demgemäss auch unabhängig davon, ob der Unterhalt des Kindes von der ausserehelichen Mutter ganz bestritten wird oder werden kann oder von dritter Seite übernommen wird. Als Rechtsgründe einer Änderung bezw. Beendigung des Beitragsanspruchs kommen, ausser dem Tode des Kindes und dem Ablauf der Beitragszeit (Art. 319 Abs. 2 ZGB) in Frage, a) rechtsgeschäftliche Verfügung des Berechtigten, d. h. des Kindes, vertreten durch seinen Vormund als gesetzlichen Vertreter, über den Anspruch, und b) die gesetzlichen Änderungs- bezw. Hinfallsgründe des Art. 320 ZGB.

a) (Eine Befreiung des Klägers hat in casu weder zufolge privativer Schuldübernahme seitens der Pflegeeltern noch durch ein anderes Rechtsgeschäft stattgefunden ; Zustimmung zur Vorinstanz.)

b) Weiter fragt es sich, ob der gesetzliche Grund für

den Wegfall der Beitragspflicht gemäss Art. 320 ZGB vorliegt. Dabei ist zu beachten, dass diese Bestimmung zwischen zwei Tatbeständen unterscheidet (wie im französischen und italienischen Text deutlicher in Erscheinung tritt, wo der Artikel aus zwei selbständigen Sätzen besteht): erhebliche Veränderung der Verhältnisse begründet nur eine Erhöhung oder Herabsetzung des Unterhaltsbeitrags ; für eine Hinfälligerklärung desselben genügt keine noch so erhebliche Veränderung der Verhältnisse, wenn sie nicht im Erwerb eines « nach der Lebensstellung des Kindes hinreichenden selbständigen Einkommens » (resources personnelles, risorse proprie) besteht. Was darunter zu verstehen sei, ist durch das Urteil des Kassationshofs i. S. Kalt (BGE 71 IV 194 f) in keiner Richtung präjudiziert. Die Befreiung des ausserehelichen Vaters von der Beitragspflicht findet mit dem Eintritt jener Voraussetzung nicht etwa automatisch statt, sondern der Beitrag kann hinfällig *erklärt* werden, nämlich auf Begehren des Pflichtigen durch den zuständigen Zivilrichter ; solange dies nicht geschehen ist, hat der aussereheliche Vater den Unterhaltsbeitrag weiterzuleisten, gleichgültig ob dieser für den Unterhalt des Kindes gebraucht werde oder nicht, und macht sich im Falle der Nichtbezahlung nach Art. 217 Abs. 2 StGB straffällig. Zur hier streitigen Frage, ob die erfolgte unentgeltliche Versorgung des Kindes eine Hinfälligerklärung des Unterhaltsbeitrags gemäss Art. 320 ZGB rechtfertige oder nicht, hatte sich daher der Kassationshof nicht auszusprechen und hat es auch nicht getan.

Mit dem Erfordernis eines hinreichenden selbständigen Einkommens ist nicht ein Hinweis auf den Gegensatz zwischen selbständigem und unselbständigem Erwerb im Sinne des Steuerrechts gemeint ; auch ein Lohneinkommen des Kindes genügt. Verlangt ist eine vom Gutfinden Dritter unabhängige Existenz, sei es kraft eigener Arbeit, sei es auf Grund eigenen Vermögens (wie Nutzniessung, Leibrente usw.). Wesentlich ist, dass das Kind einen eigenen festen Rechtsanspruch besitze ; wobei immerhin zu

berücksichtigen ist, dass die eigenen Einkünfte, um nach Art. 320 zu genügen, die Existenz des Kindes nicht lebenslang, sondern nur für die Dauer der Beitragspflicht des ausserehelichen Vaters, also bis zu seinem vollendeten 18. Altersjahre zu sichern brauchen.

Einen solchen eigenen Rechtsanspruch hat in casu das Kind durch die unentgeltliche Aufnahme durch die Pflegeeltern nicht erworben. Ihm gegenüber könnte es sich bei der bezüglichen Willenserklärung derselben nur um ein Schenkungsversprechen (auf unentgeltliche Zuwendung des gesamten Unterhalts) handeln, das aber widerruflich ist (Art. 250 OR). Dass die Fürsorge bis zum vollendeten 18. Altersjahre dauern soll, ist in der Erklärung nicht ausdrücklich gesagt. Die Pflegeeltern könnten aber dem begonnenen Pflegeverhältnis nicht nur aus den Widerrufsgründen nach Schenkungsrecht ein Ende setzen, sondern wohl auch aus andern, persönlichen Gründen, z. B. weil sie ihm gesundheitlich nicht mehr gewachsen wären oder einfach sich anders besonnen hätten. Selbst wenn sie gewillt sind, an der Zusage festzuhalten, kann ihnen die Erfüllung aus objektiven Gründen unmöglich werden, sei es dass sie sterben oder sich ihre finanziellen Verhältnisse verschlechtern. Solche Gewährung des Unterhalts von dritter Seite, selbst mit der Absicht auf dauernde Leistung und spätere Adoption, verschafft dem Kinde keinen hinreichend sichern Rechtstitel, dass von einem eigenen, selbständigen Einkommen gesprochen werden könnte.

2. — Damit ist freilich nicht gesagt, dass die Begründung eines derartigen unentgeltlichen Pflegeverhältnisses mit der Absicht der spätern Kindesannahme grundsätzlich in keinem Falle Anlass zur Aufhebung der Beitragspflicht des ausserehelichen Vaters geben könne. Es liegt in der Macht des Anspruchsberechtigten bzw. seines gesetzlichen Vertreters und eventuell der vormundschaftlichen Behörden, den ausserehelichen Vater von der Zahlung der Unterhaltsbeiträge zu entbinden. Wie die Erfahrung lehrt,

gibt es Fälle, wo die Pflegeeltern für die Begründung eines Pflegekindverhältnisses im Hinblick auf künftige Adoption zur absoluten Bedingung machen, dass der aussereheliche Vater vom Aufenthalt des Kindes keine Kenntnis erhalte, welchen Verzicht sie ihm eher zumuten zu dürfen glauben, wenn er keine Beiträge mehr zu zahlen hat. Es wäre unter Umständen nicht zu verantworten, wollte man aus dogmatischen Gründen oder in der Erwägung, dass auch für ein bei Pflegeeltern wohlversorgtes Kind der Unterhaltsbeitrag vom ausserehelichen Vater noch eine schätzenswerte Reserve bilden kann, auf dessen Einzug nicht verzichten und damit allenfalls eine Kindesannahme zum Scheitern bringen, die verglichen mit dem ohnehin in der Regel geringen und dazu meist prekären Unterhaltsbeitrag für das Kind auf lange Sicht viel vorteilhafter wäre. Darüber zu entscheiden, ob der Abschluss des Pflegeverhältnisses den Verzicht auf den Unterhaltsbeitrag des ausserehelichen Vaters erfordert und rechtfertigt, ist Sache des Vormundes und der vormundschaftlichen Behörden. Sie sind in der Lage, in Kenntnis der Personen und Verhältnisse, einerseits des Wertes des Beitragsanspruchs an den Vater und andererseits der gegenwärtigen und zukünftigen Vorteile der sich bietenden Versorgung zwecks späterer Adoption, die Interessen des Kindes an der einen und andern Lösung abzuwägen und die nach menschlicher Voraussicht beste Gestaltung zu wählen, wobei selbstverständlich nicht nur rein finanzielle, sondern auch soziale und menschliche Gesichtspunkte ins Gewicht fallen. Haben die Pflegeeltern nichts dagegen, so wird der Weiterbezug der Unterhaltsbeiträge vom Vater und ihre Anlage als Sparguthaben das Gegebene sein. Stellen die Pflegeeltern die Bedingung der gänzlichen Ausschaltung des Vaters, so kommen verschiedene Lösungen in Betracht. Ob ein gänzlicher Erlass der Beitragsschuld, der gegenüber dem Schuldner sich als Schenkung zulasten des Mündels darstellen würde, angesichts des Verbots in Art. 408 ZGB zulässig wäre, erscheint allerdings

fraglich. Nicht unter dieses Verbot fallen Lösungen, bei denen die Entlastung des Vaters auch formell auf Kosten der Pflegeeltern geht : z. B. indem das Kind seinen Beitragsanspruch den Pflegeeltern zediert und als Gegenleistung die Unterhaltsforderung gegenüber diesen erwirbt, sodass dann der Erlass zugunsten des Vaters zulasten der Pflegeeltern erfolgt ; oder mittelst der (privativen) Schuldübernahme nach Art. 176 OR, wobei die Pflegeeltern als Übernehmer der Beitragsschuld dem Vater gegenüber als Schenker auftreten. Wird der aussereheliche Vater gänzlich befreit, so ist ein Zurückgreifen auf ihn, falls etwa das Pflegeverhältnis ein vorzeitiges Ende nehmen sollte, nicht mehr möglich, da eine zweite Vaterschaftsklage ausgeschlossen ist. In der Mehrzahl der Fälle wird daher der Vormund in Würdigung der dem Pflegeverhältnis anhaftenden Unsicherheitsfaktoren den ausserehelichen Vater nicht endgültig befreien, um nötigenfalls wieder auf ihn zurückgreifen zu können. Er wird dann an die Schuldübernahme durch die Pflegeeltern die Resolutivbedingung knüpfen, dass sie dahinhält, falls jene ihrer Unterhaltspflicht nicht mehr nachkommen sollten ; oder er kann gegenüber dem Schuldner die Beitragspflicht auf Zusehen hin sistieren (ohne Nachzahlung), solange die Pflegeeltern für den Unterhalt aufkommen, oder lediglich auf den Einzug der einzelnen Beiträge verzichten. Damit wird verhindert, dass das Vaterschaftsurteil seiner Geltung verlustig gehe. Diese bedingte bzw. befristete Entlastung des ausserehelichen Vaters dürfte in der Regel den Bestrebungen der Vormünder und den Wünschen der Pflegeeltern, dass jener ausgeschaltet werde, genügen ; denn solange das Pflegeverhältnis seinen Zweck erfüllt, wird der Vater nicht behelligt, und wenn das einmal nicht mehr der Fall ist, wird seine Wiederinanspruchnahme jenes ohnehin nicht mehr stören. Dem ausserehelichen Vater gegenüber wird aber auf alle Fälle eine klare Stellungnahme am Platze sein ; denn er muss wissen, woran er ist, schon im Hinblick auf Art. 217 StGB.

Die den vormundschaftlichen Organen in diesem Zusammenhang zufallenden Entscheidungen stehen freilich unter der Verantwortlichkeit gemäss Art. 426 ff. ZGB. Eine allzu grosse Starrheit in der Tendenz, die Früchte des erstrittenen Vaterschaftsurteils grundsätzlich nicht preiszugeben und den ausserehelichen Vater als zusätzliche oder subsidiäre Unterhaltsquelle zu erhalten, etwa mit Rücksicht darauf, dass die Pflegeeltern sterben oder verarmen könnten, dürfte aber nicht angebracht sein ; denn es darf immer in Rechnung gestellt werden, dass vor solchen Schicksalswendungen auch der aussereheliche Vater, ja sogar eheliche Eltern nicht gefeit sind, und dass es unbegründet wäre, für aussereheliche Pflegekinder grundsätzlich eine doppelte Sicherheit zu verlangen. Sobald übrigens das Pflegeverhältnis zur Kindesannahme geführt hat, wird ohnehin der aussereheliche Vater frei, so wie bei der Adoption eines ehelichen Kindes dessen Eltern von ihrer Unterhaltspflicht (Art. 272 ZGB) zufolge Übergangs der elterlichen Pflichten auf den Annehmenden nach Art. 268 Abs. 2 befreit werden.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, vom 17. März 1952 bestätigt.

**56. Urteil der II. Zivilabteilung vom 12. Dezember 1952
i. S. Beck gegen Stadtgemeinde Zürich.**

Verwandtenunterstützung, Art. 329 ZGB.

Wird ein in der Unterstützungsspflicht nachgehender Blutsverwandter (Bruder) in Anspruch genommen, so ist es Sache des Ansprechers, nicht des Belangten, zu behaupten und zu beweisen, dass die Vorgehenden (z.B. Söhne) nicht in der Lage sind, die Unterstützung (voll) zu leisten. — Bei der Beurteilung der Unterstützungsfähigkeit der vorgehenden Pflichtigen ist die begrenzte Dauer von Abzahlungsverpflichtungen zu berücksichtigen.