

## I. FAMILIENRECHT

## DROIT DE LA FAMILLE

33. Urteil der II. Zivilabteilung vom 9. Juli 1947 i. S. R. gegen  
M. und R.

*Anfechtung der Ehelichkeit.* Das Kind ist zur Anfechtung seiner Ehelichkeit nicht legitimiert, auch dann nicht, wenn der angebliche aussereheliche Erzeuger inzwischen mit der Mutter die Ehe eingegangen ist (Art. 253 ff ZGB).

*Action en désaveu.* L'enfant n'a pas qualité pour exercer l'action en désaveu même dans le cas où la mère aurait par la suite épousé le prétendu père de l'enfant (art. 253 et suiv. CC).

*Azione di contestazione della paternità.* L'infante non ha veste per promuovere l'azione di contestazione della paternità nemmeno nel caso in cui la madre ha nel frattempo contratto matrimonio col preteso padre dell'infante (art. 253 e seg. CC).

A. — Nach 4 ½ jähriger Dauer der Ehe R.-B. gebar die Ehefrau am 16. August 1944 das Kind Susanna Margrith. Am 19. Juni 1945 reichte der Ehemann R. beim Bezirksgericht Zürich Klage auf Scheidung ein. Diese wurde mit Urteil vom 28. August 1945 in Anwendung von Art. 142 ZGB ausgesprochen. Als Hauptgrund der Zerrüttung wurde im Scheidungsurteil festgestellt, dass die Ehefrau zugebenermassen ehebrecherische Beziehungen mit Ernst M. unterhalten habe, aus denen nach Angabe der Ehefrau das Kind Susanna hervorgegangen sei. Das Kind wurde der Mutter zugesprochen. Auf Unterhaltsbeiträge hatte diese verzichtet.

Am 31. Dezember 1945 ging die geschiedene Frau mit Ernst M. die Ehe ein.

Am 15. April 1946 reichte Rechtsanwalt Dr. Kägi als von der Vormundschaftsbehörde mit dahingehendem Auftrag bestellter Beistand des Kindes Susanna R. beim Bezirksgericht Zürich gegen Frau M. und ihren frühern

Ehemann R. Anfechtungsklage ein mit dem Antrag, es sei gerichtlich festzustellen, dass die Klägerin nicht das eheliche Kind der frühern Eheleute R., sondern das uneheliche Kind der Ehefrau und ihres nunmehrigen Ehemannes M. sei.

Die Beklagten anerkannten die Klage. Frau M. behauptete, in der kritischen Zeit (21. Oktober 1943 bis 18. Februar 1944) mit M. Geschlechtsverkehr gehabt und von ihm am 13. November 1943 das Kind empfangen zu haben, während sie mit dem im Militärdienst abwesenden Ehemann von Ende Oktober bis Dezember 1943 nicht verkehrt habe. R. bestätigte, Ende Oktober bei seiner Frau im Urlaub gewesen zu sein; zum Geschlechtsverkehr sei es aber bei diesem Anlass nicht gekommen. M. erklärte als Zeuge, er sei der Vater des Kindes; die Beklagte sei beim ersten Geschlechtsverkehr mit ihm schwanger geworden.

Sowohl das Bezirksgericht als das Obergericht haben die Aktivlegitimation des Kindes zur Anfechtung seiner Ehelichkeit bejaht und eine Verwirkungsfrist für dessen Klage abgelehnt, jedoch die Klage abgewiesen, weil die Möglichkeit, ja Wahrscheinlichkeit mehrmaligen Verkehrs der Mutter mit dem Ehemann in der kritischen Zeit nicht schlüssig widerlegt, geschweige denn ein Beweis der Unmöglichkeit der Vaterschaft desselben erbracht worden sei.

B. — Mit der vorliegenden Berufung hält die Klägerin an ihrem Begehren fest mit der Begründung, die Vorinstanz habe Art. 254 und 256 ZGB zu Unrecht und unrichtig angewendet und Art. 1 Abs. 2 ZGB verletzt, indem sie von der Klägerin gemäss jenen, nur auf die Klage des Ehemannes gemünzten Bestimmungen den Nachweis der Unmöglichkeit der Vaterschaft desselben verlangt habe, statt in Anwendung von Art. 1 Abs. 2 ZGB die Wahrscheinlichkeit der einen oder andern Vaterschaft frei zu würdigen. Event. verlangt die Klägerin die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur Abnahme des von ihr

beantragten Beweises dafür, dass der Ehemann R. im November 1943 seine Frau nie besucht habe.

Die Berufungsbeklagte Frau M. hat sich zur Berufung nicht geäußert; R. beantragte Gutheissung derselben.

*Das Bundesgericht zieht in Erwägung:*

1. — Die Vorinstanzen haben die Legitimation des Kindes zur Anfechtung seiner eigenen Ehelichkeit bejaht unter Berufung auf eine dahingehende Praxis vorwiegend zürcherischer Gerichte, die sich der gegen die negativen Präjudizien des Bundesgerichts von 1918 und 1923 (BGE 44 II 223, 49 II 319) laut gewordenen Kritik anschliesst (vgl. insbesondere GAUTSCHI SJZ 18, 317 ff.; BRIDEL, La règle « pater is est... »; LEEMANN SJZ, 29, 273 ff.; COMMENT ZBJV 71, 541; SANDMEIER, Die Ehelichkeitsvermutung und ihre Anfechtung; SILBERNAGEL II. Aufl. N. 3 zu Art. 253; EGGER II. Aufl. N. 3 zu Art. 253 und dort zit. Literatur). Diese Auffassung geht davon aus, es könne nicht der Wille des Gesetzgebers sein, die Richtigstellung des anerkanntermassen wahrheitswidrigen Zivilstandseintrags von der Laune des « Registervaters » abhängig zu machen bzw. diesen im offensichtlichen Missbrauch seines Rechts aus dem Eintrag zu unterstützen. Art. 256 ZGB gebe, wenn der Ehemann nicht selber anfechten könne, das Recht hiezu jedem neben oder hinter dem Kinde Erbberechtigten; es werde also auf die Verletzung noch so geringfügiger oder hypothetischer Erbrechte abgestellt. Die Erbrechte und die Unterstützungsansprüche des Kindes dagegen, die unter Umständen viel wichtigere Interessen darstellen könnten als diejenigen der subsidiären Kläger aus Art. 256, würden ganz ausser Acht gelassen, also das Kind schlechter gestellt als seine und des « Registervaters » Verwandte, was das Gesetz sicher nicht bezweckt habe. Die Annahme, es liege eine negative Norm vor, führe zu einem unbefriedigenden, unzweifelhaft schutzwürdige Interessen schutzlos lassenden Ergebnis. Es handle sich um einen

im Gesetz nicht vorgesehenen Tatbestand. Das Gesetz weist somit bezüglich der klageberechtigten Personen eine Lücke auf, die nach Art. 1 ZGB im Sinne der Anerkennung der Klagelegitimation des Kindes auszufüllen sei (Kassationsgericht Zürich, SJZ 29, 274).

Soweit die Frage der Wünschbarkeit einer Ausdehnung der Klageberechtigung auf das Kind *de lege ferenda* aufgeworfen wird, hat das Bundesgericht dazu nicht Stellung zu nehmen. Soweit es sich aber um die Anwendung des geltenden Rechts handelt, kann es nach neuer Prüfung seinen in den Präjudizien von 1918 und 1923 begründeten Standpunkt durch die seitherige Kritik nicht als widerlegt anerkennen. Die Schaffung der gewünschten Abhilfe vermittels der Annahme einer Lücke im Gesetz läuft auf eine *petitio principii* hinaus. Der Ausschluss des Kindes vom Klagerecht ist in Art. 252 ff. ZGB sowohl positiv als auch negativ ausgesprochen; letzteres dadurch, dass in Art. 253 Abs. 1, 254, 255 Abs. 1 der Ehemann als einziger Anfechtungsberechtigter und in Art. 256 als subsidiäre Kläger (ausser der zuständigen Behörde) abschliessend die neben oder hinter dem Kinde Erbberechtigten, also vom Kinde verschiedene Personen genannt werden; ersteres indem in Art. 253 Abs. 2 das Kind schlechthin in die Beklagtenrolle verwiesen wird. Angesichts dieser genauen Umschreibung der möglichen Prozessparteien kann nicht angenommen werden, man habe bei der Ausarbeitung des ZGB nicht an den Fall gedacht, wo das Kind selber ein Interesse an der Beseitigung seiner Ehelichkeit haben könnte. Die Möglichkeit einer *actio filiationis negativa* kann nicht übersehen worden sein angesichts der Aufmerksamkeit, die ihr in den Vorarbeiten und Kommentaren zum deutschen BGB gewidmet worden war (vgl. Motive zum Entwurfe eines BGB, IV S. 658; § 1593 BGB; STAUDINGER, N. 1 zu § 1593). Dass bei der Beratung des ZGB dem Texte kein anderer Sinn beigelegt wurde, geht aus der Bemerkung der Botschaft des Bundesrates hervor: « Zur Anfechtung ist regelmässig

nur der Ehemann berechtigt, jedenfalls Niemand neben ihm ». Die negative Entscheidung der Frage entspricht auch durchaus dem Geist und System, die der Regelung des ehelichen Kindesverhältnisses im Gesetz zugrunde liegen. Das individuelle Interesse des Kindes bildet dabei nicht den obersten, geschweige denn den einzigen leitenden Gesichtspunkt, wie die Kritik meistens annimmt. In erster Linie hat das Gesetz die Festigkeit der Familie im Auge. Das grundsätzlich ausschliessliche Anfechtungsrecht des Ehemannes folgt einerseits aus der ehelichen Treuepflicht der Ehefrau, andererseits aus der gesetzlichen Ehelichkeitsvermutung. Um des Ehemannes willen hat die verheiratete Frau kein Recht, von einem andern Manne Kinder zu empfangen; der Ehemann allein soll daher in der Regel darüber zu befinden haben, ob er aus der Verletzung dieses seines Rechts Folgerungen ziehen will oder nicht. Liegt keiner der Ausnahmefälle des Art. 256 ZGB vor, das heisst ist der Ehemann nicht an der Anfechtung gehindert, und will er das fremde Blut in seiner Familie dulden, so müssen es auch seine andern Kinder tun. Diese Ermessensbefugnis des Ehemannes stellt eine aus dem Wesen der Ehe sich ergebende Wirkung derselben dar. Der — von der Kritik als mit der Menschenwürde unvereinbar bezeichnete — « Anspruch » des Ehemannes auf die Kinder seiner Frau, gleichgültig von wem sie stammen mögen, ist einfach das Gegenstück zur gesetzlichen Ehelichkeitsvermutung, kraft deren er die Kinder seiner Frau als die seinigen anerkennen muss, sofern seine Vaterschaft nicht geradezu unmöglich erscheint, also ungeachtet aller noch so schwerwiegenden Verdachtsgründe, dass mindestens ebensogut ein anderer Mann der Vater sein könne. Dieser gesetzlichen Vermutung kann auch er sich nicht durch den Hinweis auf seine doch gewiss ebenfalls auf dem Spiele stehende Menschenwürde entziehen, weil sonst überhaupt das ganze Familienrecht in seinem Gefüge erschüttert und der Bestand der Familie in Frage gestellt würde. Die Zulassung einer « Sanierung »

der durch Ehebruch der Frau in Unordnung gebrachten Familienverhältnisse in einem weitem als dem vorgesehenen Mindestumfang würde diesen Grundpfeiler der Familienrechtsordnung schwächen und eine starke Hemmung vor ehelicher Untreue wegfallen lassen. Dem unter Umständen wie den vorliegenden zweifellos vorhandenen Interesse des Kindes daran, seinen familienrechtlichen Status mit dem — allseitig anerkannten — tatsächlichen in Übereinstimmung zu bringen, steht das öffentliche Interesse an der Beschränkung des Anfechtungsrechts auf den Ehemann entgegen, und dieses allgemeine Interesse hat das ZGB jenem individuellen vorangestellt. Gesichtspunkte der Generalprävention sind es, aus denen dem von der beklagten Mutter und ihrem nunmehrigen Ehemann betätigten Willen, « am Kinde wieder gut zu machen, was sie vorher gesündigt hätten », mit grösster Vorsicht begegnet werden muss. Der Umstand, dass in den bisher bekannt gewordenen, von den Gerichten *contra legem* entschiedenen Fällen das Ergebnis als die menschlich richtige und befriedigende Lösung empfunden wird, darf nicht vergessen lassen, dass eben gerade die strenge gesetzliche Regelung zweifellos in viel zahlreichern andern, weniger klar liegenden Fällen die gerichtliche Austragung mit familiengefährdender Wirkung verhindert hat.

Bei der Entscheidung des Ehemannes darüber, ob er das Kind als das seinige gelten lassen wolle, muss es insbesondere auch dann das Bewenden haben, wenn er sein Anfechtungsrecht durch Fristablauf verwirkt hat. Ist dies einmal geschehen, so ist auch über sein Leben hinaus die Ehelichkeit des Kindes ebenso unwiderleglich festgestellt wie durch ein seine Klage abweisendes, das Nichtbestehen eines Anfechtungsrechts aussprechendes Gerichtsurteil. Dann ist insbesondere auch kein Raum für eine gegenteilige negative Feststellungsklage (ZBJV 71, 541), ganz abgesehen davon, dass zum Gegenstand einer solchen nur die Frage nach dem Bestehen oder

Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses gemacht werden kann, keinesfalls aber die Änderung eines bereits bestehenden und klar festgelegten Rechtsverhältnisses.

Der Umstand, dass im deutschen BGB und im Gemeinen Recht die *legitimatio per subsequens matrimonium* bezüglich im Ehebruch erzeugter Kinder ausgeschlossen, im ZGB dagegen — im Gegensatz zur Anerkennung — erlaubt ist, mag ein Motiv mehr zur Rechtfertigung des Ausschlusses des Kindes vom Anfechtungsrecht in jenen Rechten bilden, spricht jedoch keinesfalls für eine gegenteilige Auslegung des ZGB; denn die Zulassung der *Legitimation* nach Art. 258 findet auch ohne diesen Sonderfall der Unehelichkeit ihr Anwendungsgebiet und ihre Rechtfertigung an den ausserehelich geborenen Kindern.

Muss demnach *de lege lata* das Anfechtungsrecht der Kinder grundsätzlich verneint werden, so braucht auf die Schwierigkeiten, mit denen im Falle der Bejahung seine Ausgestaltung verbunden wäre, nur hingewiesen zu werden. Die Auffassung des Anfechtungsrechts als eines höchst persönlichen Rechts verträge sich nicht wohl mit dessen Ausübung durch einen Vertreter für das urteilsunfähige Kind, wie denn auch bei Urteilsunfähigkeit des Ehemannes nicht ein Vertreter für ihn, sondern eine gemäss Art. 256 Abs. 1 legitimierte Person aus eigenem Rechte klagt. Andererseits aber stände das Absehen von jeglicher Klageverwirkungsfrist mit der kurzen Frist des Art. 253 und mit dem unabweisbaren Bedürfnis nach Stabilität der Rechtsverhältnisse in einem schwer vereinbaren Widerspruch.

Offen bleiben kann schliesslich die Frage, ob nicht in Fällen eigentlich missbräuchlicher Nichtausübung seines Anfechtungsrechts seitens des Ehemannes in Anwendung von Art. 2 ZGB eine Ausnahme von der Regel zuzulassen wäre, z. B. wenn der Ehemann die Ausübung des Anfechtungsrechts zu einem Geldgeschäft hatte machen wollen und, als die Interessierten darauf nicht eingingen, es durch

Ablauflassen der Anfechtungsfrist untergehen liess (vgl. LEBMANN SJZ 29, 273).

2. — Wäre die Berufung nicht schon mangels Klagelegitimation der Berufungsklägerin abzuweisen, so müsste ihr dasselbe Schicksal aus beweisrechtlichen Gründen beschieden sein. Die Frage, ob der Ehemann unmöglich der Vater sein könne, ist tatsächlicher Natur und die Feststellung der Vorinstanz hierüber, dass dieser Beweis nicht erbracht sei, daher für das Bundesgericht verbindlich. Die klägerische Auffassung, dass im Falle der Anfechtung durch das Kind die strenge Beweisvorschrift des Art. 254 ZGB nicht gelte, weil die Vermutung der Vaterschaft des Ehemannes zur Zeit der Zeugung und Geburt gleichsam durch eine solche zu Gunsten des jetzigen Ehemannes der Mutter neutralisiert würde, müsste mit den zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz abgelehnt werden.

*Demnach erkennt das Bundesgericht:*

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 28. März 1947 bestätigt.

## II. ERBRECHT

### DROIT DES SUCCESSIONS

34. Urteil der II. Zivilabteilung vom 11. Dezember 1947  
i. S. Näf gegen Näf.

*Eigenhändiges Testament* (Art. 505 ZGB).

Angabe des Errichtungsortes. Deutung einer verstümmelten Bezeichnung unter Zuhilfenahme äusserer Umstände.

*Enterbung* (Art. 477 ff. ZGB).

1. Die nach Art. 479 Abs. 1 ZGB erforderliche Angabe des Enterbungsgrundes kann unter Umständen darin bestehen, dass der Erblasser in seiner Verfügung auf eine andere Urkunde (z. B. eine Strafklage) hinweist.
2. Begriff des schweren Verbrechens (Art. 477 Ziff. 1 ZGB).

3. Die blosse Tatsache, dass der Erblasser dem Enterbten seine Verfehlung verzeiht, hat auf die erfolgte Enterbung keinen Einfluss.

*Testament olographe* (art. 505 CC).

Indication du lieu où l'acte a été dressé. Recours à des éléments extrinsèques pour déterminer un lieu dont le nom a été mutilé.

*Exhérédation* (art. 477 CC).

1. L'indication de la cause de l'exhérédation, exigée par l'art. 479 al. 1 CC, peut consister dans le fait que le défunt, dans son testament, s'est référé à un autre document (une plainte pénale, par exemple).
2. Notion du délit grave (art. 477 ch. 1 CC).
3. Le fait que le défunt a pardonné à l'exhéredé n'a pas par lui seul d'influence sur l'exhérédation.

*Testamento olografo* (art. 505 CC).

Indicazione del luogo ove l'atto è stato fatto. Elementi estrinseci per stabilire la designazione mutilata d'un luogo.

*Diseredazione* (art. 477 CC).

1. L'indicazione della causa di diseredazione richiesta dall'art. 479 cp. 1 CC può consistere nel fatto che il defunto si è riferito, nel suo testamento, ad un altro documento (p. es. ad una querela penale).
2. Nozione del reato grave (art. 477, cifra 1 CC).
3. Il fatto che il defunto ha perdonato al diseredato non ha per sé solo un influsso sulla diseredazione.

A. — Ende April 1942 starb Gottlieb Näf, der seit August 1940 bei seinem Neffen Jakob Näf, dem heutigen Kläger, gewohnt hatte. Er hinterliess kein gültiges Testament. Seine gesetzlichen Erben waren sein Bruder Josef Näf-Zirn, der Vater des Klägers, und die Tochter einer vorverstorbenen Schwester. Der Kläger erstellte ein Erbschaftsinventar, das an Aktiven nur die bei der amtlichen Inventarisierung vorgefundene Barschaft von rund Fr. 2000.— aufführte. Das Vorhandensein weiterer Vermögenswerte bestritt er. Der Anwalt der Erben konnte jedoch ermitteln, dass Gottlieb Näf nach seiner Übersiedelung zum Kläger Sparguthaben von über Fr. 20,000.— abgehoben hatte, und verzeigte deshalb den Kläger am 10. Juni 1942 wegen Unterschlagung, eventuell Diebstahls. Vor dem Untersuchungsbeamten wollte der Kläger zunächst glaubhaft machen, Gottlieb Näf habe sein Geld teils in Wirtschaften verbraucht, teils infolge Unachtsamkeit verloren. Er müsste dann aber beim Verhör vom