

ordinaire, c'est-à-dire celle qui n'a pour objet que d'assurer le paiement de prestations pécuniaires, un principe tel que celui suivant lequel il appartient au juge dans certains cas d'ordonner d'office l'administration des preuves, car un tel principe ne concerne manifestement que les actions où l'ordre public est réellement intéressé, ce qui, comme on vient de le dire, n'est pas le cas de l'action en paternité ordinaire. Or telle est précisément l'erreur commise par l'instance cantonale. L'article 357 du code de procédure civile neuchâtelois dispose expressément que « la partie qui fait défaut et se trouve exclue de la procédure avant de s'être expliquée sur les faits allégués par l'autre est réputée les reconnaître » et l'art. 211, rangé dans le chapitre « de la preuve et de la procédure probatoire », précise les conséquences de cet aveu, en prescrivant que les faits « reconnus par les parties » doivent être tenus pour « constants », ce qui équivaut à dire que la partie qui les a allégués est dispensée d'en rapporter la preuve. Que ces dispositions dussent trouver leur application en l'espèce, c'est ce qui ressort sans autre des explications ci-dessus sur la nature juridique de l'action en paternité, dans le cas du moins où cette action doit être considérée comme une action pécuniaire. Au surplus si, comme on l'a dit, la matière de l'action en paternité ordinaire peut faire l'objet d'un passé expédient ou d'une transaction en justice sans que l'ordre public y soit intéressé, à plus forte raison doit-on admettre que la partie défenderesse puisse formuler un aveu sur tel ou tel des faits allégués par sa partie adverse, fût-ce même celui des rapports sexuels durant l'époque critique. En pareil cas, l'office du juge est de tenir le fait pour constant et de se borner à l'application du droit.

Il se justifie donc, en l'espèce, d'admettre partiellement le recours en renvoyant la cause à l'instance cantonale pour y être statué à nouveau sur la base des faits allégués par les parties demanderesses. Il appartiendra d'ailleurs à l'instance cantonale d'examiner d'office la

question de savoir quel droit est applicable au fond du litige, étant donné le fait que la conception de l'enfant aurait eu lieu en territoire étranger. Cette question ne préjuge en rien la solution à donner au présent recours, attendu que l'art. 310 al. 2, à titre de disposition de procédure, apparaît en tout état de cause comme applicable en l'espèce.

*Le Tribunal fédéral prononce :*

Le recours est admis en ce sens que le jugement rendu par le Tribunal cantonal de Neuchâtel est annulé et la cause renvoyée devant l'instance cantonale pour nouveau jugement sur la base des considérants ci-dessus.

**43. Auszug aus dem Urteil der II. Zivilabteilung vom 30. Juni 1921 i. S. Reber gegen Bonadurer gesch. Reber.**

ZGB 158 Ziff. 5: Vereinbarungen, die geschiedene Ehegatten nach vollzogener Scheidung über deren Nebenfolgen miteinander eingehen, bedürfen der gerichtlichen Genehmigung nicht. — Deutsches und schweizerisches Recht betr. Nebenfolgen der Ehescheidung. — Art. 158 Ziff. 1 bis 5 ZGB. Verfahrensvorschriften.

Die materielle Einwendung des Beklagten, der Vertrag vom 12. Februar sei nicht verbindlich, weil er der Genehmigung des Scheidungsrichters entbehre, hat die Vorinstanz mit zutreffender Begründung, auf die hier im übrigen verwiesen wird, nicht gehört, da Vereinbarungen, welche geschiedene Ehegatten nach vollzogener Scheidung über deren Nebenfolgen mit einander eingehen, der gerichtlichen Genehmigung nicht mehr bedürfen.

Sodann kann auch in Rücksicht auf die internationalen Rechtsbeziehungen des vorliegenden Falls von

einer Unverbindlichkeit des Vertrages mangels richterlicher Genehmigung nicht gesprochen werden. Für die Scheidung der in München wohnhaften schweizerischen Ehegatten war in erster Linie die Haagerkonvention massgebend. Diese regelt nur die Frage der Scheidung selbst, nicht aber die der Nebenfolgen, für die das Recht gilt, das nach seiner Kollisionsnorm der Scheidungsrichter anzuwenden hat, weshalb z. B. das Bundesgericht für die Nebenfolgen bei der Scheidung von Deutschen das ZGB zur Anwendung bringt. Da Art. 17 des Einführungsgesetzes zum deutschen BGB die Anwendung des Heimatrechts für die Scheidung vorschreibt, was die deutsche Gerichtspraxis und Doktrin dahin auslegt, dass auch für die Nebenfolgen das Recht des Heimatstaates massgebend sei, hat das Landgericht München für die Scheidung der Parteien schweizerisches Recht angewendet.

Nun ergibt sich aber folgender Konflikt. Das ZGB verlangt in Art. 156, dass der Scheidungsrichter im Scheidungsurteil über die Elternrechte und die persönlichen Beziehungen der Ehegatten die nötigen Verfügungen trifft. Das Scheidungsrecht des deutschen BGB aber steht auf einem grundsätzlich andern Boden. Nach § 1574 BGB hat der Richter im Scheidungsurteil auszusprechen, welche der Parteien die Schuld trägt. Mit dem Ausspruch über die Schuldfrage sind dann grundsätzlich auch die Nebenfolgen geregelt; denn § 1578 BGB verpflichtet den allein für schuldig erklärten Mann, der geschiedenen Frau den standesgemässen Unterhalt zu bewahren, sofern diese ihn selbst nicht bestreiten kann; die Sorge für die Kinder steht nach § 1635 BGB von Gesetzes wegen dem als nicht schuldig erklärten Eltern teil zu, in der Meinung, dass nach Eintritt der Rechtskraft des Urteils der Scheidungsrichter von Amtes wegen die Vormundschaftsbehörde benachrichtige (§ 630 ZPO). Das BGB setzt also automatisch auf Grund des richterlichen Entscheides über die Schuldfrage selbst

die Nebenfolgen der Scheidung fest. Dazu kommt in prozessualer Hinsicht, dass ein eventueller Streit der Ehegatten über die Höhe der auf Grund der §§ 1578-1580 dem nicht schuldigen Teil zu gewährenden Alimentation nach § 606 ZPO nicht als Ehesache gilt und daher überhaupt nicht mit der Scheidungsklage verbunden werden kann. (STAUDINGER, Kommentar § 1578 Ziff. 11.) Deshalb wird im deutschen Scheidungsprozess nur der Antrag über die Schuldfrage gestellt. Ist darüber entschieden, so ergeben sich die Nebenfolgen von selbst. Können sich die Parteien z. B. über die Höhe der Alimentation nicht verständigen, wozu keinerlei Genehmigung notwendig ist, so muss darüber ein selbständiger Prozess geführt werden. Infolge dieser Gestaltung des deutschen Scheidungsprozessrechtes hatte die Klägerin in ihrem Scheidungsprozess vor dem Münchener Landgericht keine Anträge über die Nebenfolgen gestellt, wie sie in der Schweiz üblich sind, und der Scheidungsrichter in München war daher gar nicht in der Lage, die Nebenfolgen festzusetzen, obgleich wahrscheinlich das Landgericht, das im weitesten Sinne Schweizerrecht anwenden wollte, es nicht abgelehnt hätte, sich darüber auszusprechen; aber das kam nicht in Frage, da der deutsche Scheidungsrichter auch im Scheidungsprozess nicht über die materiellen Anträge der Parteien hinausgehen darf. Eine Genehmigung der erst nach der Rechtskraft des Scheidungsurteils zwischen den Parteien über die Nebenfolgen abgeschlossenen Vergleiches war aber, wie durch das Urteil des Landesgerichts feststeht, nicht möglich.

Es entbehrt nun jeder rechtlichen Grundlage, wenn sich der Beklagte bei dieser Situation auf den Standpunkt stellt, dass der Vertrag vom 12. Februar mangels der Genehmigung durch den Scheidungsrichter nicht verbindlich sei, dass aber dem schweizerischen Richter zur Genehmigung des Vertrages die Zuständigkeit fehle, so dass der Beklagte zu Leistungen an seine Frau über-

haupt nicht verpflichtet werden könne. Auch das ZGB geht grundsätzlich davon aus, dass sich die Ehegatten über die ökonomischen Folgen der Scheidung durch Vertrag verständigen können, dass allerdings eine derartige Vereinbarung im bereits erwähnten Sinne der Genehmigung des Scheidungsrichters unterliegt. Dabei ergibt sich aus dem Eingang des Art. 158 selbst, der für den Scheidungsprozess auf das kantonale Prozessrecht abstellt, dass die Ziffer 1 bis 5 dieses Artikels, wie übrigens der Randtitel deutlich erklärt, als Verfahrensvorschriften, also Vorschriften prozessualer Natur aufzufassen sind. Daraus ergibt sich klar, dass Art. 158 ZGB grundsätzlich nur für den schweizerischen Richter Normen aufstellt, für den ausländischen Richter aber nur soweit, als dieser nach seinem Prozessrecht diese Vorschriften bei Scheidungen von Schweizerbürgern anwenden kann oder anwenden will. Nach der Haagerkonvention und auch sonst im Umfang des Art. 59 Ziff. 7 g der Anwendungsbestimmungen des ZGB wird die Zuständigkeit von ausländischen Gerichten zur Scheidung von Schweizern anerkannt. Keine Rede ist aber davon, dass die Verfahrensvorschriften des Art. 158 ZGB für die im Ausland durchzuführenden Scheidungen verbindlich wären.

Daraus folgt, dass, wenn, wie im vorliegenden Fall, rechtsverbindlich feststeht, dass die Genehmigung des Vergleiches über die Nebenfolgen im Scheidungsprozess nicht erfolgen konnte oder nicht erfolgt ist, der zwischen den Parteien abgeschlossene, den Vorschriften des deutschen Rechts entsprechende und keine zwingende materiellen Vorschriften des schweizerischen Rechts verletzende Vertrag auch ohne richterliche Genehmigung gültig ist.

Diese Lösung entspricht einzig einer vernünftigen Rechtsanwendung und verletzt keinerlei zu schützende Interessen des Beklagten. Auf den streitigen Vertrag findet natürlich, wie auf einen richterlichen Ausspruch

über die Nebenfolgen auch Art. 153 ZGB Anwendung, sodass auch in diesem Verfahren der Standpunkt zu hören wäre, es sei dem Beklagten wegen Aenderung seiner ökonomischen Verhältnisse die Erfüllung des Vertrages nicht mehr zuzumuten; er hat aber diese Behauptung gar nicht aufgestellt.

#### 44. Urteil der II. Zivilabteilung vom 18. Juli 1921

i. S. B. gegen B.

**Ehescheidung:** Der Ehebruch kann als Grund der Scheidung zum selbständigen Gegenstand einer Berufung gemacht werden. — Verhältnis von Art. 137 zu Art. 142 ZGB. — Entschädigung und Genugtuung: Art. 151 ZGB.

A. — Der Kläger F. B., war in erster Ehe verheiratet, als er 1913 die Beklagte J. C. D. im Café M. in Zürich kennen lernte, wo sie bei ihrem Bruder in Stellung war. Es bildete sich zwischen ihnen ein Liebesverhältnis mit Geschlechtsverkehr. Der Kläger liess sich von seiner ersten Frau durch Urteil vom 14. Juni 1917 scheiden, nachdem er sie durch das Versprechen eines jährlichen Unterhaltsbeitrages zum schliesslichen Einverständnis hatte bewegen können. Am 24. April 1919 heiratete er die Beklagte, die ihn jedoch, nachdem es zwischen ihr und dem Kläger und den Kindern erster Ehe wiederholt zu Tätlichkeiten und Beschimpfungen gekommen war, bereits am 15. Juli gleichen Jahres verliess und zu ihrem Bruder zurückkehrte. Der Kläger nahm darauf E. P., die Erzieherin seiner Kinder, mit der er während seiner ersten Ehe ebenfalls Geschlechtsverkehr gepflogen, sie aber während der Dauer der zweiten Ehe entlassen hatte, wieder zu sich.

B. — Der Kläger erhob Scheidungsklage, der sich die Beklagte anfänglich widersetzte; sie verlangte dann