

I. FAMILIENRECHT
DROIT DE LA FAMILLE

**17. Urteil der II. Zivilabteilung vom 24. März 1927
i. S. Pomarolli gegen Furrer.**

Internationales Privatrecht; Vaterschaftsklage :

Anwendung österreichischen Rechtes auf die Vaterschaftsklage einer Österreicherin gegen einen Schweizer, wenn beide zur Zeit der Schwängerung in Österreich gewohnt haben (Ziv. Verh. Ges. Art. 28), ungeachtet beidseitiger Anrufung schweizerischen Rechtes. Unanwendbarkeit des Art. 315 ZGB.

A. — Mit der vorliegenden gewöhnlichen Vaterschaftsklage belangt der am 20. Juni 1924 in Innsbruck geborene aussereheliche Knabe der inzwischen verstorbenen Österreicherin Cäcilie Pomarolli den Beklagten Albert Furrer von Wald, Kanton Zürich. Die Klage wird darauf gestützt, dass der Beklagte und die Mutter des Klägers während der kritischen Zeit am damaligen gemeinsamen Wohnort in Innsbruck geschlechtlich verkehrt haben. Seither hat der Beklagte zunächst kurz vor der Geburt des Kindes in Winterthur und kurz nach der Geburt in Schaffhausen Wohnsitz genommen, wo die vorliegende Klage angebracht wurde.

B. — Durch Urteil vom 1. Oktober 1926 hat das Obergericht des Kantons Schaffhausen die Klage in Anwendung des Art. 315 ZGB abgewiesen.

C. — Gegen dieses Urteil hat der Kläger die Berufung an das Bundesgericht eingelegt mit dem Hauptantrag auf Gutheissung der Klage.

D. . . .

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1....

2. — Die Vorinstanz ist davon ausgegangen, über die vorliegende Klage sei grundsätzlich in Anwendung des schweizerischen Rechtes zu entscheiden.

Diese Auffassung lässt sich jedenfalls von vorneherein nicht darauf stützen, wie der Beklagte meint, dass vor der ersten Instanz keine Partei, auch der Kläger nicht, österreichisches Recht angerufen hat. Denn der übereinstimmenden Anrufung bezw. Nichtanrufung der inländischen bezw. einer ausländischen Rechtsordnung im Prozess kann nur unter dem Gesichtspunkt Bedeutung beigemessen werden, dass die Parteien die Anwendung des inländischen bezw. des betreffenden ausländischen Rechtes auf das streitige Rechtsverhältnis stillschweigend vorausgesetzt haben. Indessen kommt nur bei der Bestimmung der Rechtswirkungen von Rechtsgeschäften etwas auf den Parteiwillen an, während es sich bei der Vaterschaftsklage um ein vom Parteiwillen unabhängiges Rechtsverhältnis handelt.

Anhaltspunkte für die Anwendung des schweizerischen Rechtes könnten dagegen dem Art. 313 ZGB entnommen werden, sofern angenommen wird, er enthalte nicht nur eine Anordnung über den Gerichtsstand, sondern auch eine entsprechende Vorschrift über das anzuwendende Recht. Wenn nämlich nach dieser Bestimmung gegen einen Schweizer, der im Ausland wohnt, sofern Mutter und Kind ebenfalls im Auslande ihren Wohnsitz haben, die Vaterschaftsklage beim Richter seines Heimortortes angebracht werden kann und dieser eine solche Klage in Anwendung des schweizerischen Rechtes zu beurteilen hätte, so wäre nicht einzusehen, warum nicht ebenfalls schweizerisches Recht anzuwenden wäre auf eine Vaterschaftsklage, die zwar nicht mehr beim Richter des Heimortortes des Beklagten angebracht werden kann, weil dieser seinen Wohnsitz noch vor der Klage-

erhebung in die Schweiz verlegt hat, jedoch bei einem andern schweizerischen Gerichte, eben demjenigen des neuen Wohnortes des Beklagten. Indessen sprechen überwiegende Gründe dafür, dem Art. 313 ZGB die Bedeutung einer Kollisionsnorm abzusprechen. Einmal ist er jedenfalls nicht in dieser Meinung (als Art. 342) in den Vorentwurf des Eidgenössischen Justizdepartementes eingestellt worden, — was übrigens nur mit den weitgehenden Einschränkungen erfolgt ist, dass auch die Mutter Schweizerin sei und die Klage im Auslande nicht erhoben werden könne. Denn damals war noch vorgesehen, im Schlusstitel umfassende Vorschriften nicht nur über die Anwendung bisherigen und neuen, sondern auch fremden und einheimischen Rechtes aufzustellen, was denn in der Ergänzung des Entwurfes des Bundesrates zum ZGB vom 3. März 1905 auch geschehen ist. In den Entwurf des Bundesrates zum ZGB war diese Vorschrift nicht aufgenommen, sondern von der Expertenkommission gleich den übrigen Zuständigkeitsbestimmungen der Art. 339 ff. des Vorentwurfes wegen des engen Zusammenhanges mit der Regelung der Vaterschaftsklage in internationaler Beziehung bis zur Entscheidung über die Anwendung der internationalen Grundsätze seitens der Spezialkommission über internationales Privatrecht zurückgestellt worden (Protokoll der Expertenkommission 1 S. 309). Auch der eben erwähnte Ergänzungsentwurf enthielt eine entsprechende Bestimmung nicht, mindestens nicht zu Gunsten ausländischer Mütter und Kinder (vgl. Art. 1760 und 1761 in Verbindung mit Art. 1743 und 1744). Von welchen Erwägungen sich dann die vorberatende Kommission des Nationalrates leiten liess, als sie diese Vorschrift, « die in das internationale Privatrecht hinüber geraten war, wieder in das interne Schweizerrecht zurückgenommen hat » (so HUBER im stenographischen Bulletin der Bundesversammlung 1905 S. 780), zumal mit den bereits angegebenen weitgehenden Ausdehnungen,

ist aus den Gesetzesmaterialien nicht zu ersehen. Wäre sie als Kollisionsnorm aufzufassen, so könnten gestützt auf sie Mutter und Kind, die einem Staate angehören, der die Vaterschaftsklage überhaupt nicht anerkennt, aus der dort erfolgten Beiwohnung eines dort wohnenden Schweizers gegen diesen Ansprüche herleiten und in der Schweiz geltend machen, für die das Recht ihrer Heimat und zugleich ihres Wohnsitzes überhaupt keine Grundlage abzugeben vermöchte, und ferner könnten Angehörige eines Auslandstaates, nach dessen Kollisionsnormen die aus der dort erfolgten Beiwohnung eines dort wohnenden Fremden hergeleitete Vaterschaftsklage in Anwendung des eigenen Rechtes jenes Staates zu beurteilen ist, durch die blosse Wahl des schweizerischen Gerichtsstandes das Rechtsverhältnis der ausserehelichen Vaterschaft dem schweizerischen Recht unterwerfen. Dass die gesetzgebenden Organe je eine solche Regelung hätten treffen wollen, zumal ohne darüber auch nur ein Wort zu verlieren, kann nicht angenommen werden. Vielmehr hat Art. 313 ZGB offenbar nur den Fall im Auge, dass ein nicht in der Schweiz wohnender Schweizer, gegen den im Ausland nach dortigem Recht eine Vaterschaftsklage angestellt werden könnte, sich dieser nicht durch Wegzug in ein Land, wo die Vaterschaftsklage verpönt ist, oder unbekannt wohin soll entziehen können.

Ferner würde die Klage auch dann nach dem schweizerischen Rechte zu beurteilen sein, wenn für die Frage des anwendbaren Rechtes der Wohnsitz des Beklagten zur Zeit der Geburt und nicht zur Zeit der Beiwohnung massgebend wäre. Gegen diese Auffassung spricht jedoch die Überlegung, dass der Rechtsakt des Beklagten, welcher seine Pflichten aus der ausserehelichen Vaterschaft begründet, in der Beiwohnung besteht, wenn auch nur unter der Bedingung, dass sie zur Schwängerung und diese zur Geburt eines Kindes führt. Zuzugeben ist, dass durch die Verlegung des Wohnsitzes des Beklagten

während der kritischen Zeit Unsicherheit über die Rechtsanwendung einträte, sofern der Geschlechtsverkehr gleichwohl fortgesetzt wird; allein dieser Nachteil wiegt weniger schwer als der mit der gegenteiligen Lösung verbundene, dass der Beklagte durch die Wohnsitzverletzung während der Schwangerschaft das anwendbare Recht nach seinem Belieben bestimmen könnte. Dem Falle aber, dass die Beiwohnung mit einer in der Schweiz wohnenden Schweizerin stattfand, während der Beklagte in einem Lande wohnt, welches die Vaterschaftsklage überhaupt nicht oder doch nur für besondere Verhältnisse kennt, könnte dadurch beizukommen versucht werden, dass ausnahmsweise die Entscheidung über das anzuwendende Recht nicht an den Wohnsitz des Beklagten angeknüpft würde.

Wird für die Bestimmung des anzuwendenden Rechtes auf den Wohnort des Beklagten zur Zeit der Schwängerung abgestellt (vgl. in diesem Sinne Urteil der staatsrechtlichen Abteilung in BGE 51 I S. 105 f.), so gilt für das Rechtsverhältnis der ausserehelichen Vaterschaft eines Schweizers, welcher im Zeitpunkt der Schwängerung seinen Wohnsitz im Ausland hatte, wie überhaupt für die familienrechtlichen Verhältnisse der Schweizer, welche im Ausland ihren Wohnsitz haben, dass diese Schweizer dem Recht (und dem Gerichtsstand) der Heimat nur dann unterstehen, wenn sie nicht nach Massgabe der ausländischen Gesetzgebung dem ausländischen Recht (ihres Wohnsitzes) unterworfen sind (Art. 28 ZivRVG). In der Tat sind nun die in Österreich wohnenden ausländischen Väter von ausserehelichen Kindern österreichischer Mütter den bezüglich österreichischen Rechtsvorschriften unterworfen, indem nach dem internationalen Privatrecht Österreichs für die Ansprüche des österreichischen Kindes gegen den ausländischen Erzeuger die Staatsangehörigkeit des letzteren nicht von ausschlaggebender Bedeutung ist (vgl. MAYR, Bürgerliches Recht I S. 62

zu Note 65, EHRENZWEIG; Österreichisches allgemeines Privatrecht I, 1, S. 106; WALKER, Internationales Privatrecht S. 718 ff.).

Österreichisches Recht wäre übrigens auch dann anwendbar, wenn auf den Wohnsitz der Mutter zur Zeit der Schwängerung abgestellt werden wollte.

3. — Auch für den Fall der grundsätzlichen Anwendbarkeit österreichischen Rechtes hat die Vorinstanz jedoch die Anwendung des Art. 315 ZGB, wonach die Klage abzuweisen ist, wenn die Mutter um die Zeit der Empfängnis einen unzüchtigen Lebenswandel geführt hat, vorbehalten mit der Begründung, es sei dies eine um der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit willen aufgestellte Bestimmung (vgl. Art. 2 des Schlusstitels zum ZGB). Indessen hat das Bundesgericht bereits verneint, dass Art. 315 ZGB in intertemporaler Beziehung zwingend sei, wobei es freilich gelten liess, dass die Vorschriften über das aussereheliche Kindesverhältnis vor allem um der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit willen erlassen wurden, jedoch in Art. 13 Abs. 2 des Schlusstitels eine Ausnahme von Art. 2 erblickte (BGE 39 II S. 408 ff.). Muss aber eine Vorschrift in intertemporaler Beziehung nicht als zwingend erachtet werden, so liegen auch keine zureichenden Gründe dafür vor, sie in internationaler Beziehung als zwingend zu erachten. Insbesondere ist dem Einwand, die ausländische aussereheliche Mutter werde besser gestellt als die inländische, jede Bedeutung abzusprechen, da derartige Ungleichheiten in dem das internationale Privatrecht in der Schweiz beherrschenden Territorialitätsprinzip begründet sind. Endlich erschiene es auch bedenklich, dem im Ausland von einer Vaterschaftsklage Bedrohten die Möglichkeit einzuräumen, durch nachträgliche Verlegung seines Wohnsitzes in die Schweiz die Einrede des unzüchtigen Lebenswandels vorzuschützen, selbst wenn das grundsätzlich anwendbare Auslandsrecht eine solche Einrede nicht zulässt.

4. — Kommt somit für die Entscheidung über die vorliegende Klage ausschliesslich österreichisches Recht zur Anwendung, so ist die Sache zu neuer Beurteilung in Anwendung dieses Rechtes an die Vorinstanz zurückzuweisen (*arg. e contrario* Art. 83 OG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Berufung wird dahin begründet erklärt, dass das Urteil des Obergerichts des Kantons Schaffhausen vom 1. Oktober 1926 aufgehoben und die Sache zurückgewiesen wird.

18. Auszug aus dem Urteil der II. Zivilabteilung vom 6. April 1927 i. S. Schaub gegen Schaub.

Anfechtung der Anerkennung eines ausserehelichen Kindes. Beweis der Unmöglichkeit der Vaterschaft des Anerkennenden und seiner absichtlichen Täuschung durch die aussereheliche Mutter. An diesen Beweis ist ein strenger Masstab anzulegen.

Wie das Bundesgericht in seinem Urteil vom 6. Juni 1923 i. S. Meier gegen Meier ausgesprochen hat, kommt jeder Anerkennung eines ausserehelichen Kindes die Eigenschaft eines Vergleiches zu, durch den der Anerkennende Verzicht leistet auf die Einreden, die er im Vaterschaftsprozess trotz dem Nachweis seiner Bewohnung hätte erheben können, nämlich die Einrede der erheblichen Zweifel in die Vaterschaft und des unzüchtigen Lebenswandels der ausserehelichen Mutter. Diese Einrede kann daher der Anerkennende zur Anfechtung seiner Anerkennung nicht mehr geltend machen. Dagegen steht ihm die Möglichkeit offen, Willensmängel, die ihn zur Anerkennung geführt haben, auf Grund der allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechts über die Anfechtung von Rechtsgeschäften wegen Irrtums, Betrugs oder Zwangs geltend zu machen und gestützt