

Beklagte beim Verlassen des gemeinsamen Domizils nichts zu beweisen; denn durch diese einseitige Massnahme konnte sie die damals gegebene Rechtslage nicht ändern. Eine Erklärung der Beklagten gegenüber dem Vizegerichtspräsidenten von Sargans, wonach sie den fraglichen Schmuck nach dem Willen des Klägers nur zum Tragen, aber nicht zu Eigentum erhalten habe, wird von ihr angefochten. Ob eine derartige bloss leihweise Hingabe von wertvollem Familienschmuck vom Ehemann an die Frau tatsächlich, wie die Vorinstanz annimmt, die Regel bildet, erscheint jedenfalls mit Bezug auf Gesellschaftskreise, in denen solcher Schmuck vorhanden ist, mindestens zweifelhaft. Beide Erwägungen können indessen bei Seite bleiben. Wenn ein Ehemann derartige Familienerbstücke seiner Ehefrau zu Eigentum schenkt, darf angenommen werden, dass es unter der stillschweigenden Bedingung geschieht, dass die Ehe nicht aus Verschulden der Frau geschieden werde. Es würde gegen das Rechtsgefühl verstossen, wenn wertvolle, in der Familie vererbte Kleinodien, die der Ehemann der Frau gewissermassen als Nachfolgerin seiner Mutter in ihrer Stellung in der Familie geschenkt hat, der Ehefrau verbleiben sollten, nachdem sie aus eigenem Verschulden aufhört, diese Stellung einzunehmen. Da vorliegend die zu vermutende, an die Schenkung geknüpfte Resolutivbedingung mit der Gutheissung der Scheidungsklage des Mannes eingetreten ist, hat die Beklagte den Schmuck zurückzugeben.

60. Auszug aus dem Urteil der II. Zivilabteilung vom 8. November 1945 i. S. Gindl gegen Gindl-Roth

Anfechtung der Ehelichkeit; Verwirkungsfrist. Unkenntnis der zum Beweise im Sinne des Art. 254 ZGB angerufenen Zeugungsunfähigkeit als wichtiger Grund zur Entschuldigung der Verspätung gemäss Art. 257 Abs. 3 ZGB.

Action en désaveu. Déchéance: art. 254 et 257 al. 3 CC. Le mari qui fonde son action sur le fait qu'il est incapable de procréer peut être considéré comme excusable de n'avoir pas agi dans les délais légaux s'il ignorait son état.

Contestazione della paternità; perenzione: art. 254 e 257 cp. 3 CC. Il marito, che basa la sua azione sul fatto che è incapace di procreare, può essere scusato di non aver agito nei termini legali, s'egli ignorava il suo stato.

A. — Den seit 1937 verheirateten Eheleuten Gindl-Roth wurde am 2. Mai 1943 die Tochter Irène geboren. Vom März 1944 an rief die Ehefrau wegen schlechter Behandlung durch den Ehemann wiederholt den Eheschutzrichter an. In der 5. Eheaudienz vom 7. Juli 1944 legte die Ehefrau ein Geständnis über ihr ehebrecherisches Verhältnis mit einem verheirateten Manne namens Hofer ab, dessen sie der Ehemann seit einiger Zeit verdächtigt hatte, und erklärte, das Kind sei auch von Hofer gezeugt; ihr Ehemann sei nicht zeugungsfähig, da sein Samen unfruchtbar sei. Mit Urteil vom 18. Juli 1944 wurde die Ehe in Anwendung von Art. 137 ZGB geschieden, das Kind der Mutter zugesprochen und der Ehemann zu monatlichen Unterhaltsbeiträgen von Fr. 35.— verpflichtet mit der Beschränkung, « solange nicht durch Urteil festgestellt ist, dass es nicht sein Kind ist ».

Nach der Eheaudienz vom 7. Juli hatte Gindl am 11. Juli 1944 durch Dr. Brunnschweiler seine Samenflüssigkeit untersuchen lassen; der Arzt attestierte ihm das Fehlen von beweglichen geschwänzten Spermatozoen und daherige Zeugungsunfähigkeit. Gestützt darauf sowie auf das von der Ehefrau zugegebene ehebrecherische Verhältnis mit Hofer focht Gindl mit Klage vom 14. Juli 1944 die Ehelichkeit des Kindes an.

Die vom Instruktionsrichter angeordnete Blutprobe nach Gruppen und Faktoren erlaubte keinen Ausschluss der Vaterschaft des Klägers. Das vom Direktor des Frauenspitals Basel, Prof. Koller, über die Frage der Zeugungsfähigkeit des Klägers erstattete Gutachten stellte eine auf schwere chronische degenerative Schädigung des samenbildenden Epithels zurückzuführende Zeugungsunfähigkeit fest, die « mit grosser Wahrscheinlichkeit » bereits im Sommer 1942 bestanden habe.

Das Appellationsgericht wies die Klage wegen Verwir-

kung nach Art. 257 Abs. 3 ZGB ab. Der Kläger habe schon lange bevor ihm der Ehebruch seiner Frau zur Gewissheit wurde, triftige Gründe gehabt, seine Zeugungsunfähigkeit mindestens für fraglich zu halten. Die Ehefrau habe in einem früheren Stadium der Ehe wegen Ausbleibens einer Schwangerschaft trotz ehelichem Verkehr eine Frauenärztin konsultiert und den Bescheid erhalten, ein Konzeptionshindernis finde sich bei ihr nicht; der Ehemann solle seinen Samen untersuchen lassen. Dies habe der Kläger damals abgelehnt. Wenn nun nach sechsjähriger, trotz normalem Verkehr kinderlos gebliebener Ehe eine Schwangerschaft eingetreten sei, habe dem Kläger die Frage nach seiner Zeugungsfähigkeit sich zwingend stellen müssen, und er hätte sie im Hinblick auf eine Anfechtung der Ehelichkeit sofort und nicht erst mehr als ein Jahr nach der Geburt abklären sollen. Es dürfe vermutet werden, dass er die Möglichkeit einer Schädigung seines Zeugungsvermögens im Zusammenhang mit dem Bruch und dessen Operation früher, vielleicht schon zur Zeit seiner Weigerung, seinen Samen untersuchen zu lassen, erwogen habe. Ferner habe er erklärt, er habe schon im Oktober 1943 Verdacht gehabt, das Kind stamme nicht von ihm. Das hätte ihn veranlassen sollen, sich dieser längst versäumten Untersuchung zu unterziehen. Überdies sei der Kläger in Bezug auf den Ehebruch seiner Frau vor deren förmlichem Geständnis in der Eheaudienz vom 7. Juli 1944 keineswegs ahnungslos gewesen; schon in der Audienz vom 23. Mai 1944 habe er sie des Ehebruchs mit Hofer bezichtigt und sogar behauptet, sie habe ihm dessen Vaterschaft zugegeben. Ob er den Ehebruch damals hätte beweisen können, tue nichts zur Sache; jedenfalls sei der Glaube an seine Erzeugerschaft schon damals zerstört oder doch stark erschüttert gewesen. Er habe sich daher sofort schlüssig machen müssen, ob er die Ehelichkeit des Kindes anfechten wolle, und bejahendenfalls sich sofort den Beweis für die Unmöglichkeit seiner Vaterschaft zu beschaffen suchen sollen. Unter diesen Umständen könne

von einer Entschuldigung der Fristversäumnis durch wichtige Gründe keine Rede sein. Auf die materielle Frage, ob er der Vater sein könne, sei daher nicht einzutreten.

B. — Mit der vorliegenden Berufung hält der Kläger an seinem Antrag auf Unehelicherklärung des Kindes fest. Dieses und die geschiedene Frau tragen auf Bestätigung des Urteils an.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

Die dreimonatige Anfechtungsfrist nach Art. 253 ZGB war bei Erhebung der vorliegenden Klage längst abgelaufen (Geburt 2. Mai 1943, Klageerhebung 14. Juli 1944). Die Nachfrist von 3 Monaten im Falle arglistiger Abhaltung des Ehemannes von rechtzeitiger Anfechtung nach Art. 257 Abs. 2 fällt ausser Betracht, da als arglistige Abhaltung einzig das Abstreiten des Ehebruchs durch die Beklagte in Frage kommt, was jedoch nach der Praxis hiezu nicht genügt (BGE 61 II 301 E. 1).

Nach Ablauf der ordentlichen Anfechtungsfrist und bei Wegfall der Nachfrist wegen Arglist ist die Anfechtung nach Art. 257 Abs. 3 ZGB nur noch zulässig, wenn die Verspätung mit wichtigen Gründen entschuldigt wird. Solche liegen nach der Rechtsprechung vor, wenn der Kläger bis anhin keine zureichende Veranlassung zu Zweifeln an der Ehelichkeit des Kindes und zur Anhebung einer Anfechtungsklage hatte (a.a.O.). Ausgehend von dieser Umschreibung ist zunächst zu berücksichtigen, dass bloss, wenn auch noch so begründete Zweifel eines Ehemannes an seiner Vaterschaft keine Grundlage zur Anfechtungsklage bilden, mit der nicht, wie es etwa im Rahmen des Art. 314 Abs. 2 ZGB der Fall ist, lediglich erheblicher Zweifel an der präsumtiven Vaterschaft begründet, sondern deren Unmöglichkeit nachgewiesen werden muss. Es geht jedoch nicht an, einem Klageberechtigten die Klageerhebung zuzumuten, bevor er die erforderlichen tatsächlichen Grundlagen zur Klage besitzt. Die blosser Ungewissheit des Ehemannes hinsichtlich seiner Zeugungs-

fähigkeit genügt als Fundament zur Anfechtungsklage nicht; es kann von ihm nicht verlangt werden, auf Grund seiner blossen Zweifel und Befürchtungen die Klage einzuleiten und es darauf ankommen zu lassen, ob das gerichtlich anzuordnende Beweisverfahren die nach Art. 254 ZGB erforderliche Klagegrundlage zu liefern vermöge. Wohl können die Umstände so liegen, dass der Kläger gehalten ist, sich über den Tatbestand Gewissheit zu verschaffen, und dass das Unterlassen einer Abklärung als unentschuldig erscheint. Dass im vorliegenden Falle im ersten Jahre der Ehe die von der Ehefrau konsultierte Ärztin die Ursache der Unfruchtbarkeit der Ehe beim Manne vermutet und ihm zu einer Samenuntersuchung geraten hatte, bildete indessen noch keinen solchen Umstand. Wenn im ersten Ehejahr trotz normalem Verkehr und dem Wunsche nach Kindern keine Schwangerschaft eintrat, liess sich das auch ohne Annahme der von der Ärztin angetönten Möglichkeit durch andere Ursachen oder durch Zufall erklären. Ebenso wenig rechtfertigt sich die Mutmassung der Vorinstanz, der Kläger habe wegen einer im Jahre 1934 durchgemachten Bruchoperation « offenbar » die Möglichkeit einer Schädigung seines Zeugungsvermögens ins Auge gefasst. Wenn durch diesen Eingriff seine *potentia coeundi* nicht gelitten hatte, lag eine Befürchtung bezüglich der *potentia generandi* für den Laien keineswegs nahe. Auch als das erhoffte Ereignis im Laufe der weiteren Jahre nicht eintrat, brauchte der Ehemann noch nicht unabweislich mit seiner Zeugungsunfähigkeit zu rechnen; denn es war ihm wie jedermann bekannt, dass eine erst nach mehreren Jahren beginnende Fruchtbarkeit der Ehe keine seltene Erscheinung ist. Nachdem der Mann aber im Hinblick auf diese Erfahrungstatsache die Hoffnung auf Nachkommenschaft nicht aufgegeben hatte, war dann der Eintritt der Schwangerschaft im 6. Jahre nicht dazu angetan, ihm Zweifel an seinem Zeugungsvermögen zu erwecken bzw. vorhandene so zu verstärken, dass er rechtliche Konsequenzen daraus ziehen

musste. Denn ebensogut, wie die Konzeption als auffällige und verdächtige Wendung der Dinge aufgefasst werden konnte, mochte sie der Kläger gegenteils als die endliche Erfüllung seiner nie aufgegebenen Hoffnung und die Bestätigung seiner — wenn auch vielleicht geschwächten — Überzeugung von seiner Fortpflanzungsfähigkeit empfinden. Für die Beurteilung des Ereignisses kam es wesentlich darauf an, wie man zum voraus zur Möglichkeit seines Eintritts eingestellt war. Zu diesem ersten psychologischen Faktor in der Person des Ehemannes kommt nun aber ein zweiter. Der Zweifel des Ehemannes an seiner Vaterschaft ist gleichbedeutend mit der Bejahung der Möglichkeit eines Ehebruchs der Frau. Es ist daher erklärlich, wenn der Kläger, selbst wenn sein später Erfolg ihn selber überrascht hätte, einen dahingehenden Gedanken gar nicht aufkommen liess, solange er keinen anderweitigen, direkten Anhaltspunkt für ehebrecherische Beziehungen seiner Frau hatte. Aus der Aussage des Klägers, er habe schon im Oktober 1943 Verdacht gehabt, dass das Kind nicht von ihm sei, lassen sich bezügliche Konsequenzen nicht ableiten, da aus dieser Aussage nicht hervorgeht, worauf sich der Verdacht bezog, auf den blossen Ehebruch, der an sich seine Vaterschaft nicht ausschloss, oder auch auf seine Zeugungsunfähigkeit. Dasselbe gilt vom Vorhalt des Ehebruchs, den der Kläger in der Eheaudienz vom 23. Mai 1944 seiner Frau machte, den sie aber in dieser sowie in der nächsten Audienz vom 14. Juni kategorisch bestritt. Erst in der Audienz vom 7. Juli 1944 gab dann die Frau den Ehebruch mit Hofer zu und erklärte gleichzeitig, das Kind stamme von diesem und der Ehemann sei zeugungsunfähig.

Ob nun die damit eingetretene Sachlage so war, dass ein weiteres Zuwarten mit der Untersuchung der Zeugungsunfähigkeit als nicht mehr entschuldigbar die Verwirkung der Anfechtungsklage nach sich gezogen hätte, kann dahingestellt bleiben. Tatsächlich unterzog sich der Kläger vier Tage später der Untersuchung durch Dr. Brunnschweiler.

Erst durch diese erhielt er — ihre Richtigkeit vorausgesetzt — Kenntnis von seiner Zeugungsunfähigkeit und damit die Grundlage zur Anfechtungsklage, die er nach weitem drei Tagen einreichte. Damit wird der Anforderung der Praxis Genüge getan, dass nach Wegfall des Entschuldigungsgrundes nach Art. 257 Abs. 3 ZGB die Klage mit aller nach den Umständen gebotenen Beschleunigung zu erheben ist (BGE 55 II 12). Die Klage ist daher noch als zulässig zu betrachten und materiell zu prüfen.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird dahin gutgeheissen, dass das angefochtene Urteil aufgehoben und die Sache zu neuer Beurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen wird.

II. SACHENRECHT

DROITS RÉELS

61. Urteil der II. Zivilabteilung vom 6. Dezember 1945 i. S. Aebischer gegen Schweizerische Bankgesellschaft.

Die Verpflichtung des Grundeigentümers zur Verpfändung eines erst noch zu errichtenden Eigentümer- oder Inhaberschuldbriefs bedarf der öffentlichen Beurkundung (arg. Art. 799 Abs. 2 ZGB).

Le contrat par lequel le propriétaire d'un immeuble s'oblige à donner en gage une cédula hypothécaire qui doit encore être créée en son nom ou au porteur n'est valable que s'il est passé en la forme authentique (arg. art. 799 al. 2 CC).

Il contratto, col quale il proprietario d'un immobile si obbliga a dare in pegno una cartella ipotecaria, che dev'essere ancora creata a suo nome o al portatore, è valido soltanto se stipulato mediante atto pubblico (arg. art. 799 cp. 2 CC).

A. — Die Beklagte, Fräulein Louise Aebischer in Zürich, kaufte am 21. Juni 1943 das Grundstück Neuhof/Seeblick in Meggen für Fr. 60,000.—. Der Verkäufer, Kurt von Jahn, verpflichtete sich, die bestehenden Grundpfandrechte

(einen Schuldbrief von Fr. 6000.— und eine Grundpfandverschreibung von Fr. 27,500.—) auf den 1. Juli 1943 abzulösen und löschen zu lassen. An deren Stelle sollte eine neue Grundpfandverschreibung von Fr. 31,000.— auf Rechnung des Kaufpreises errichtet werden, « Maximalzins 5 %, Gläubiger nach Wahl des Verkäufers ». Die Restsumme des Kaufpreises wurde teilweise mit Gegenforderungen verrechnet, für den übrigen Teil sollte eine Grundpfandverschreibung, der erwähnten nachgehend, errichtet werden. Diese letztere Pfandbelastung ist nicht streitig. Dagegen kam es nicht zur Errichtung der an erster Stelle vorgesehenen Pfandverschreibung von Fr. 31,000.—.

B. — Am 15. Juli 1943 zahlte die « Creditanstalt in Luzern » (Rechtsvorgängerin der Klägerin) im Auftrage des Verkäufers Fr. 30,000.— an die Gläubigerin der Grundpfandverschreibung von Fr. 27,500.—. Sie liess sich diese abtreten und ausserdem den Schuldbrief von Fr. 6000.— aushändigen. Den Verkäufer behielt sie vorderhand als Schuldner bei. Am 25. August 1943 schloss sie mit der Beklagten einen Faustpfandvertrag in einfachschriftlicher Form ab. Darnach « verschreibt und übergibt » ihr die Beklagte « als Pfand ... zur speziellen Sicherstellung aller Ansprüche an Kapital, Zinsen, Provisionen und Kosten, welche die Creditanstalt in Luzern aus irgendwelchem Rechtsgrunde an Fräulein Louise Aebischer ... derzeit besitzt oder in Zukunft haben wird », den (bisherigen) Schuldbrief von Fr. 6000.— und zwei weitere (noch zu errichtende) Schuldbriefe von Fr. 14,000.— und Fr. 10,000.—.

C. — Am 28. Oktober 1943 erklärte sich die Creditanstalt in Luzern beim Grundbuchamt mit der Löschung der Grundpfandverschreibung von Fr. 27,500.— (aber nicht des Schuldbriefes von Fr. 6000.—) einverstanden unter der Bedingung, dass ihr ein Schuldbrief von Fr. 14,000.— mit einem Vorgang von Fr. 6000.— (eben dem bereits bestehenden Schuldbrief) und ein solcher von Fr. 10,000.— (mit einem Vorgang von Fr. 20,000.—) unbeschwert zugestellt