

selber bemerkt — mit der vom Bundesgericht in konstanter Rechtsprechung dem Art. 145 ZGB gegebenen Auslegung nicht vereinbar, die dahin geht, dass Art. 145 nur zur Anwendung kommt, wenn der Scheidungsprozess nach Massgabe des kantonalen Prozessrechts bereits rechtshängig geworden ist, also nicht schon nach Anrufung des Aussöhnungsrichters, wenn das Prozessrecht des betreffenden Kantons damit die Rechtshängigkeit der Klage noch nicht eintreten lässt (BGE 64 II 177, 184, 72 II 323). Vor Eintritt der Rechtshängigkeit ist es Sache des Eheschutzrichters, allenfalls vorsorgliche Massnahmen auf Grund von Art. 169 ff. ZGB zu treffen. Nach zürcherischem Prozessrecht tritt die Rechtshängigkeit erst mit der Einreichung der Weisung beim Gericht ein (§ 121 ZPO; Komm. STRÄULI hiezu).

Das Kriterium der Rechtshängigkeit als Beginn der Anwendbarkeit der Massnahmen gemäss Art. 145 ZGB ist in dieser Bestimmung selbst ausdrücklich aufgestellt. Als Zeitpunkt, da «die Klage angebracht ist», kann nur der Beginn des eigentlichen Prozesses, also der Eintritt der Litiskontestation gemeint sein. Diese erst hat zur Folge, dass von nun an, solange der Prozess nicht beendet ist, weder der klagende noch der beklagte Ehegatte an einem andern Orte eine weitere Scheidungsklage anheben kann. Gerade in der Einrede der bereits begründeten Rechtshängigkeit der Scheidungsklage findet die ausschliessliche Zuständigkeit des Scheidungsrichters zu vorsorglichen Massregeln während des Prozesses die eigentliche Rechtfertigung (BGE 64 II 177). Die Gleichsetzung des in Art. 145 ZGB verwendeten Begriffs der «Anbringung der Klage» mit dem Eintritt der Rechtshängigkeit hat den Vorzug, auf ein in jeder Prozessordnung klar definiertes Kriterium abzustellen und zugleich den Verschiedenheiten der kantonalen Regelungen Rechnung zu tragen. Lässt eine Prozessordnung die Rechtshängigkeit schon mit der Anrufung des Friedensrichters eintreten, so wird damit auch die Anwendbarkeit des Art. 145

begründet. Tritt die Litispendenz aber erst mit der Einreichung der Klage bezw. der Weisung beim Gericht ein, so hätte die Anwendung von Art. 145 und Art. 170 Abs. 2 schon von der Anrufung der Aussöhnungsinstanz an die Wirkung, dass die Eheleute in allen Fällen ipso iure zur Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes berechtigt wären, ohne dass schon feststeht, ob es überhaupt zur Litispendenz kommt und ohne dass eine Behörde über das Vorhandensein wichtiger Gründe für eine Trennung im Sinne von Art. 170 Abs. 1 zu befinden hat. Das Fehlen der Voraussetzung zur Anwendung von Art. 145 — der Rechtshängigkeit der Scheidungsklage — zur Zeit der Anordnung der vorsorglichen Massnahmen wird durch die nachträgliche Klageeinreichung nicht gedeckt.

Ist mithin der angefochtene Entscheid aus diesem Grunde aufzuheben, kann die Frage der örtlichen Zuständigkeit des zürcherischen Richters dahingestellt bleiben.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird gutgeheissen, und die Beschlüsse des Obergerichts des Kantons Zürich vom 22. Oktober 1948 und des Bezirksgerichts Zürich, 5. Abteilung, vom 3. August 1948 werden aufgehoben.

15. Urteil der II. Zivilabteilung vom 20. Mai 1949
i. S. Schlumberger gegen Schlumberger.

Scheidung französischer Ehegatten. Wohnt der beklagte Ehemann nicht in der Schweiz, so haben sich die schweizerischen Gerichte von Amtes wegen als unzuständig zu erklären.
Art. 1 und 2 des Gerichtsstandsvertrages vom 15. Juni 1869.
Art. 7 h NAG.

Divorce d'époux français. Si le mari défendeur n'habite pas la Suisse, les tribunaux suisses doivent se déclarer d'office incompetents.
Art. 1^{er} et 2 de la Convention franco-suisse du 15 juin 1869.
Art. 7 h LRDC.

Divorzio di coniugi francesi. Se il marito debitore non abita la Svizzera, i tribunali svizzeri debbono dichiararsi d'ufficio incompetenti.
Art. 1 e 2 della Convenzione franco-svizzera del 15 giugno 1869.
Art. 7 h LR.

A. — Die Ehegatten Schlumberger - van Ouwenaller haben sich im Jahre 1932 in Holland geheiratet. Schlumberger ist Franzose. Die Ehefrau, gebürtige Holländerin, ist durch die Heirat Französin geworden und hat die holländische Staatsangehörigkeit verloren. Den ehelichen Wohnsitz hatten die Ehegatten stets in La Seyne, Frankreich. Der Ehemann wohnt noch heute dort. Seit 1936 leben die Ehegatten getrennt, die Ehefrau in Zürich.

B. — Im Jahre 1946 hat die Ehefrau beim Bezirksgericht Zürich eine Scheidungsklage anhängig gemacht, unter Anrufung von Art. 142 des schweizerischen ZGB und Art. 231 der französischen Ordonnance sur le divorce et la séparation de corps vom 12. April 1945.

Der Beklagte hat sich mit der Scheidung und mit der Durchführung des Prozesses in Zürich einverstanden erklärt und auch seinerseits um Genehmigung der Scheidungskonvention ersucht.

C. — Das Bezirksgericht und das Obergericht von Zürich, dieses mit Urteil vom 9. März 1949, haben sich unzuständig erklärt und die Klage von der Hand gewiesen.

D. — Mit vorliegender Berufung beantragt die Klägerin, die Zürcher Gerichte seien zuständig zu erklären, und die Sache sei zu materieller Beurteilung an diese Gerichte zurückzuweisen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Klagen auf Scheidung oder gerichtliche Trennung einer Ehe gehören nach ständiger schweizerischer Rechtsprechung nicht zu den « contestations en matière mobilière et personnelle, civile ou de commerce » im Sinne von Art. 1 des zwischen der Schweiz und Frankreich bestehenden Gerichtsstandsvertrages vom 15. Juni 1869. Auf solche Streitigkeiten zwischen Ehegatten französischer Staatsangehörigkeit findet daher Art. 2 des Gerichtsstandsvertrages nicht Anwendung (BGE 4 S. 662). Demgemäss hat das Bundesgericht die Zuständigkeit schweizerischer Gerichte zur Beurteilung von Scheidungs- oder

Trennungsklagen französischer Ehegatten, abgesehen von der Epoche der Haager Übereinkunft betreffend Ehescheidung (von der Frankreich im Jahre 1914 zurückgetreten ist), stets nach intern-schweizerischem Rechte beurteilt (vgl. BGE 43 II 282, 47 II 11, 58 II 186). Es besteht kein Grund, davon abzugehen. Einzelne französische Autoren teilen übrigens diese Betrachtungsweise (vgl. PILLET, Les conventions internationales, 98), während die französische Rechtsprechung nicht einheitlich ist und teilweise den Art. 2 des Gerichtsstandsvertrages auch auf Klagen der in Frage stehenden Art anwendet: so namentlich der Kassationshof in den Urteilen vom 1. Juli 1878 und vom 22. Juni 1927 (CLUNET 1879, 177; SIREY 1927 I 344; in beiden Fällen wurde die Zuständigkeit des französischen Gerichtes am Domizil der schweizerischen Ehegatten auf Grund des Staatsvertrages bejaht). Im vorliegenden Falle liesse sich die Zuständigkeit der zürcherischen Gerichte übrigens nicht auf Art. 2 des Staatsvertrages stützen, der ja an den Wohnsitz der beklagten Partei anknüpft.

2. — Art. 7 h NAG lässt die Scheidungs- oder Trennungsklage eines ausländischen Ehegatten vor dem schweizerischen Richter zu, sofern er in der Schweiz wohnt und nachweist, dass nach dem Gesetz oder Gerichtsgebrauch seiner Heimat sowohl der geltend gemachte Scheidungsgrund wie auch die schweizerische Gerichtsbarkeit anerkannt ist.

Das Obergericht lässt das Erfordernis des schweizerischen (zürcherischen) Wohnsitzes der Klägerin auf sich beruhen. Wie es sich damit auch verhalten möge, fehle es am Nachweis dafür, dass in Frankreich der schweizerische Gerichtsstand anerkannt sei. Dieser Entscheidung ist beizustimmen. Während früher ganz allgemein als unsicher erschien, ob ein schweizerisches Scheidungs- oder Trennungsurteil betreffend französische Ehegatten mit Wohnsitz in der Schweiz von den französischen Gerichten anerkannt werde (vgl. BGE 43 II 277, 47 II 11), hält allerdings

das Bundesgericht seit dem Urteil im Falle Sauthier (BGE 58 II 183) den Nachweis dieser Anerkennung der schweizerischen Gerichtsbarkeit für erbracht, wenn *a*) beide Ehegatten in der Schweiz wohnen und *b*) die Zuständigkeit von der beklagten Partei nicht bestritten ist. Davon geht auch das Urteil im Falle Schmidlin (BGE 59 II 113) aus, indem es erklärt, angesichts des französischen Wohnsitzes des Beklagten, französischer Staatsangehörigkeit, könne nicht als nachgewiesen gelten, dass der schweizerische Gerichtsstand von Frankreich anerkannt sei. Auch im vorliegenden Falle fehlt es an einem schweizerischen Wohnsitz des Beklagten. Die Klägerin versucht indessen darzutun, dass Frankreich sogar unter solchen Umständen den schweizerischen Gerichtsstand anerkenne, sofern dieser, wie hier, zwischen den Parteien unbestritten ist. Sie weist auf ein Gutachten von Prof. Roger Secrétan vom 14. Dezember 1946 und auf mehrere Darlegungen des Rechtsanwaltes Lescaze hin. Die kantonalen Gerichte haben sich ausserdem beim eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement erkundigt, und es liegt ein Bericht der schweizerischen Gesandtschaft in Paris sowie des französischen Aussenministeriums vor. Mit Recht kommt aber das Obergericht zum Schlusse, aus alledem ergebe sich kein sicherer Nachweis für die Anerkennung des schweizerischen Gerichtsstandes in Frankreich für den vorliegenden Fall. Die von Secrétan erwähnten bundesgerichtlichen Urteile i. S. Hernandez vom 16. September 1937 (BGE 63 II 264, vollständiger abgedruckt im Journal des Tribunaux 1937 I 611) und Rigolone vom 16. September 1938 (nicht in der amtlichen Sammlung, jedoch im JdT 1939 S. 289) befassen sich vornehmlich mit dem Wohnsitz des klagenden Ehegatten; im übrigen handelte es sich um Spanier bzw. Italiener, so dass daraus nichts für den vorliegenden Fall zu folgern ist; im erstern Falle wohnte der Beklagte zudem in der Schweiz, und im zweiten gab er das schweizerische Domizil erst während des Prozesses auf. Das ferner erwähnte Urteil des Kantonsgerichts von Neuenburg vom

3. Juli 1920 (Schweizerische Juristenzeitung 17 S. 109) beruft sich freilich auf den Fall einer Exequaturerteilung durch ein französisches Gericht erster Instanz, betreffend ein Scheidungsurteil, das in Genf auf Begehren der dort wohnenden Ehefrau gegen den in Frankreich wohnenden Ehemann französischer Staatsangehörigkeit ergangen war. Dieses vereinzelte Beispiel vermag jedoch den erforderlichen Nachweis nicht zu erbringen. Das Urteil des Bezirksgerichtes Zürich vom 20. September 1928, von dem auch die Rede ist, wird nunmehr vom nämlichen Gericht als irrtümlich bezeichnet. Es stützt sich nicht auf eine französische Gerichtspraxis, sondern auf eine unrichtige Auslegung von BGE 50 I 43. Die eidgenössische Justizabteilung hat ebenfalls keine französischen Gerichtsurteile ausfindig gemacht, wonach bei französischem Wohnsitz des beklagten Ehemannes der schweizerische Gerichtsstand anerkannt würde, auch wenn sich der Beklagte ihm unterwirft. Auch die schweizerische Gesandtschaft in Paris verneint einen solchen Gerichtsgebrauch Frankreichs. Und das französische Ministère des affaires étrangères äussert sich am 22. Dezember 1948 dahin, bei französischem Wohnsitz des Ehemannes befinde sich das Domizil der (nicht gerichtlich getrennten) Ehefrau gleichfalls in Frankreich; die schweizerischen Gerichte hätten sich daher von Amtes wegen unzuständig zu erklären, im übrigen könne der beklagte Ehegatte die Einlassung ablehnen. Beigefügt wird allerdings, die in Frage stehenden Zuständigkeitsnormen seien nicht « d'ordre public », die Parteien können vielmehr « au bénéfice de la Convention ou à celui de l'article 15 du Code civil » verzichten. Aber einmal ist nicht dargetan, dass diese Ansicht von den französischen Gerichten geteilt wird, was massgebend sein muss (vgl. BGE 43 II 284 Erw. 4), und sodann ist die Beachtung einer (auch nach den Ausführungen des Ministeriums) von Amtes wegen anzuwendenden Zuständigkeitsnorm auf alle Fälle nicht anfechtbar.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichts des Standes Zürich vom 9. März 1949 bestätigt.

16. Arrêt de la II^e Cour civile du 8 juillet 1949 dans la cause Dewarrat contre Déglise.

Art. 314 al. 1 CC. Admissibilité de la preuve par indices. Portée de la *violenta suspicio fornicationis*.

Art. 314^A ZGB. Zulässigkeit des Indizienbeweises. Tragweite der *violenta suspicio fornicationis*.

Art. 314 cp. 1 CC. Ammissibilità della prova indiziaria. Portata della *violenta suspicio fornicationis*.

Confirmant le jugement rendu le 30 juin 1948 par le Tribunal de l'arrondissement de la Veveyse, la Cour d'appel de l'Etat de Fribourg a condamné André Dewarrat à payer à l'enfant naturel Marie-Françoise Déglise, née le 29 avril 1947, une pension mensuelle de 50 fr. jusqu'à l'âge de 18 ans révolus et à la mère une indemnité de 300 fr.

Malgré les dénégations du défendeur, elle a admis qu'il avait entretenu des relations intimes avec Adèle Déglise, le 2 août 1946 après 3 heures du matin, dans un pré situé à proximité de la demeure de ses parents. Sa paternité est dès lors présumée. Ses efforts pour détruire la présomption ont échoué.

Dewarrat a recouru en réforme au Tribunal fédéral. Il soutient en substance qu'on ne saurait parler d'une très grande probabilité de cohabitation.

Considérant en droit :

1. — La réalité de la cohabitation durant la période critique est un point de fait, dont la solution lie le Tribunal fédéral, à moins que des règles fédérales de preuve n'aient été violées (art. 63 al. 2 OJ). L'art. 8 CC, auquel l'art. 314

al. 1 CC se réfère implicitement, astreint chaque partie à prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit. S'il ne permet donc pas de retenir de simples allégations, car cela reviendrait à libérer les plaideurs de la preuve qui leur incombe (RO 43 II 559 ; 46 II 348 ; 71 II 127), il ne limite pas les moyens de preuve admissibles ni ne prescrit au juge comment il doit former sa conviction. Ces questions relèvent de la procédure cantonale. La façon d'apprécier les preuves administrées ne saurait par conséquent porter atteinte à l'art. 8 CC (RO 42 II 62 s.). Il en résulte en particulier que le droit fédéral ne proscrie pas la preuve par indices et que la Cour de céans n'a pas à contrôler la force probante des indices qui ont engagé la juridiction cantonale à tenir un fait pour constant (RO 54 II 478 ; 55 II 83 cons. 2 ; 61 II 40).

Ces principes valent également pour un procès en paternité, puisque l'art. 310 al. 2 CC interdit aux cantons d'établir des règles plus rigoureuses que celles de leur procédure ordinaire (RO 45 II 247). Aussi le Tribunal fédéral a-t-il jugé à plusieurs reprises que les rapports sexuels entretenus par la mère et le défendeur à l'époque de la conception pouvaient être établis par indices (RO 39 II 506 cons. 4 ; 44 II 236 ; 57 II 394 cons. 1 ; 66 II 82). Or, ici comme ailleurs, l'appréciation des indices échappe à sa censure. Si, dès lors, les autorités cantonales, tablant sur les allégations de la mère corroborées par divers adminicules, admettent la cohabitation, le juge de réforme n'est pas en mesure d'intervenir. Il n'en va d'ailleurs pas autrement si elles l'estiment prouvée par le serment de la demanderesse ou par une déclaration qui, telle l'affirmation supplétoire de la procédure bernoise (art. 279 CPC), est faite sous menace de peine et constitue partant un moyen de preuve (RO 46 II 348 ; 51 II 368 ; 57 II 1).

Le rappel de cette jurisprudence révèle le mal-fondé du recours. Dewarrat reproche aux premiers juges d'avoir déplacé le fardeau de la preuve. Ce n'eût été le cas que s'ils avaient admis l'accomplissement de l'acte sexuel au