Urteilskopf

84 II 593

80. Auszug aus dem Urteil der II. Zivilabteilung vom 27. November 1958 i.S. Eheleute F.
Regeste (de):
Berufung an das Bundesgericht. Novenverbot (Art. 55 lit. c OG). Ehescheidung.

1. Frist für die Klage auf Scheidung wegen Ehebruchs (Art. 137 Abs. 2 ZGB). Nachweis des Zeitpunktes, in welchem der beleidigte Ehegatte Kenntnis vom Ehebruch erhalten hat. Beweislast.

2. Zustimmung zum Ehebruch (Art. 137 Abs. 3 ZGB).

Regeste (fr):
Recours en réforme au Tribunal fédéral. Interdiction des nova (art. 55 lett. c OJ).

Divorce.

1. Délai de l'action en divorce pour cause d'adultère (art. 137 al. 2 CC). Preuve du moment auquel l'époux offensé a eu connaissance de l'adultère. Fardeau de la preuve.

2. Consentement à l'adultère (art. 137 al. 3 CC).

Regesto (it):
Ricorso per riforma al Tribunale federale. Divieto di allegazioni nuove (art. 55 lett. c OG).

Divorzio.

1. Termine dell'azione di divorzio per causa di adulterio (art. 137 cp. 2 CC). Prova del momento in cui il coniuge offeso ha avuto conoscenza dell'adulterio. Onere della prova.

2. Consenso all'adulterio (art. 137 cp. 3 CC).

Sachverhalt ab Seite 593

Die Parteien sind seit dem Jahre 1943 verheiratet und haben zwei Kinder. Im Frühjahr 1954 knüpfte der Ehemann mit Fräulein B. ein ehebrecherisches Verhältnis an, das heute noch besteht. An Ostern 1955 schickte er seine Ehefrau nach S. in die Ferien. Dort beging sie einen Ehebruch,

was sie dem Ehemann nach ihrer Behauptung am 29. Juni, nach Darstellung des Mannes am 30. Juni 1955 gestand. Am 30. Dezember 1955 reichte der Ehemann Klage auf Scheidung ein. Er warf der Beklagten Vernachlässigung des Haushalts und der Kinder vor, weswegen die Ehe schon vor den Ehebrüchen der Parteien zerrüttet gewesen sei, verlangte aber die Scheidung nur wegen des Ehebruchs der Beklagten. Diese beantragte Abweisung der Klage... In Übereinstimmung mit der ersten Instanz hat das obere kantonale Gericht die Scheidung ausgesprochen. Mit ihrer Berufung an das Bundesgericht beantragt die Beklagte Rückweisung der Sache an die Vorinstanz, eventuell Abweisung der Klage.

Erwägungen

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Den Antrag auf Rückweisung der Sache an die Vorinstanz begründet die Beklagte einzig damit, dass sie neue Tatsachen vorbringt, die sie nach ihrer Darstellung bisher deswegen nicht vorgebracht hat, weil sie dem Kläger versprochen habe, darüber zu schweigen, welches Entgegenkommen der Kläger ihr aber schlecht vergolten habe. Sie möchte mit der Rückweisung die Abklärung dieser Tatsachen erreichen, aus denen sich ergeben soll, dass die Parteien sich um Weihnachten 1957 versöhnt haben. Das Vorbringen neuer Tatsachen ist jedoch im Berufungsverfahren gemäss Art. 55 lit. c OG schlechthin unzulässig, und zwar bedeutet dies nicht etwa bloss, dass das Bundesgericht keinen Sachentscheid fällen kann, der sich auf neue Tatsachen stützen würde, sondern es kann neue tatsächliche Vorbringen überhaupt nicht berücksichtigen, auch nicht als Motive für eine Rückweisung der Sache an die Vorinstanz. Auf den Rückweisungsantrag, für den eine zulässige Begründung fehlt, ist also nicht einzutreten. 2./3.- .....

BGE 84 II 593 S. 595

4. Die Klage aus Ehebruch, die im vorliegenden Fall allein zur Diskussion steht, verjährt gemäss Art. 137 Abs. 2 ZGB mit Ablauf von sechs Monaten, nachdem der klageberechtigte Ehegatte vom Scheidungsgrunde Kenntnis erhalten hat. Obwohl das Gesetz von Verjährung spricht, handelt es sich hier um eine Verwirkungsfrist (BGE 65 II 102 ff.). Mit dem Ablauf der Frist des Art. 137 Abs. 2 ZGB erwächst also dem Ehegatten, der einen Ehebruch begangen hat, nicht bloss eine Einrede, die zu erheben oder nicht zu erheben wie im Falle der Verjährung (Art. 142 OR) in seinem Belieben stünde. Vielmehr geht bei unbenütztem Ablauf dieser Frist das Klagerecht kraft Gesetzes unter. Wird eine nur auf Ehebruch gestützte Klage erst später angehoben, so ist sie demgemäss ohne Rücksicht darauf, ob der beklagte Ehegatte sich ausdrücklich auf die Verspätung berufe oder nicht, von Amtes wegen abzuweisen. Im vorliegenden Fall ist streitig, wann der Kläger vom Ehebruch der Beklagten Kenntnis erhalten hat. Die Vorinstanz hat über diesen Punkt keine tatsächliche Feststellung getroffen, die für das Bundesgericht verbindlich wäre. Ihr Schluss, "der vom Kläger anerkannte 30. Juni 1954" (richtig: 1955) müsse als Tag der Kenntnisnahme des Ehebruchs gelten, ist nicht etwa das Ergebnis einer Beweiswürdigung, welche die Vorinstanz zur Auffassung geführt hätte, die Angabe des Klägers (30. Juni 1955) verdiene mehr Glauben als diejenige der Beklagten (29. Juni 1955). Die Vorinstanz hat vielmehr angenommen, es sei unklar, welche der beiden Angaben richtig sei. Bei solcher Unklarheit treffe die Beweislast gemäss Art. 8 ZGB diejenige Partei, die sich auf die Verwirkung berufe. Da die Beklagte die Richtigkeit ihrer Angabe nicht zu beweisen vermöge, müsse auf das vom Kläger angegebene Datum des 30. Juni abgestellt werden. Die Schlussfolgerung der Vorinstanz, dass der Kläger rechtzeitig geklagt habe, stützt sich also auf eine Beweislastverteilung, die als Rechtsfrage vom Bundesgericht überprüft werden kann.

Auf Grund von Art. 46 lit. a des Zivilstands- und Ehegesetzes vom 24. Dezember 1874, der bestimmte, die Ehe müsse auf Begehren eines der Ehegatten wegen Ehebruchs getrennt (geschieden) werden, "sofern nicht mehr als sechs Monate verflossen sind, seitdem der beleidigte Teil davon Kenntnis erhielt", hat MARTIN in seinem Kommentar angenommen, wenn die angerufene Tatsache (der Ehebruch) mehr als sechs Monate zurückliege, habe der Kläger zu beweisen, dass er davon erst seit weniger als sechs Monaten Kenntnis habe (S. 159). Das Zivilgericht Basel-Stadt hat dagegen in einem in der Revue der Gerichtspraxis im Gebiete des Bundeszivilrechts (11. Band, S. 81 Nr. 61) veröffentlichten Urteil vom 2. November 1892 entschieden. der Partei, die sich auf den Ehebruch des Gegners berufe, liege nicht der Beweis ob, dass sie nicht früher als sechs Monate vor Anbringen des Scheidungsbegehrens von dem Ehebruchs Kenntnis gehabt habe, sondern der Gegner habe den Beweis des Gegenteils zu erbringen. Die gleiche Auffassung wird für das ZGB von CURTI (N. 11 zu Art. 137), ROSSEL und MENTHA (Manuel, 2. Aufl., I S. 236/37) und GMÜR (2 Aufl., N. 23 zu Art. 137) vertreten, ebenso im Zusammenhang des Art. 127 ZGB von EGGER (2. Aufl., N. 3 zu Art. 127). Am bestimmtesten äussern sich ROSSEL und MENTHA, die erklären, der Kläger habe nichts anderes als das Bestehen des Scheidungsgrundes, d.h. des Ehebruchs, darzutun, und es scheine klar, dass nicht er die Beweislast dafür trage, dass er die Frist von sechs Monaten nicht habe verstreichen lassen. CURTI sagt dagegen einschränkend, der Beklagte sei "grundsätzlich" für die Verjährung beweispflichtig, "wenn auch der Richter, da die Verjährungsfrist aus Gründen der öffentlichen Ordnung im Interesse der Aufrechterhaltung des Ehebundes eingeführt ist, nicht an die strengen Regeln über die Beweislastverteilung, wie sie im Vermögensrecht gelten, gebunden ist." Dies soll offenbar bedeuten, dass der Richter die Beweislast unter Umständen auch anders verlegen, d.h. dem Kläger den Beweis der Rechtzeitigkeit der

Klage überbinden könne. GMÜR bemerkt vorsichtig, wenn der verletzte Ehegatte klage, so liege "wohl" nicht ihm, sondern (sofern sich der Richter nicht anderweitig überzeuge) dem Beklagten der Nachweis ob, dass 6 Monate nach der Entdeckung verstrichen seien, und EGGER erklärt wie CURTI, die Beweislast treffe "grundsätzlich" den Beklagten, der den Ablauf der Frist behaupte. Das Bundesgericht hat zur Frage, ob der Kläger die Einhaltung oder der Beklagte den Ablauf der sechsmonatigen Verwirkungsfristen von Art. 137 Abs. 2 und 138 Abs. 2 ZGB zu beweisen habe, noch nicht Stellung genommen. Ebensowenig hat es sich über die entsprechende Frage ausgesprochen, die sich bei Art. 127 ZGB ("Verjährung" der Klage auf Anfechtung der Ehe) stellt. Mit Bezug auf die Verwirkungsfrist, die Art. 262 ZGB für die Klage auf Anfechtung der Ehelicherklärung vorsieht und die drei Monate vom Bekanntwerden dieses Aktes an beträgt, hat es dagegen ausgeführt, da die Einhaltung der Frist eine Voraussetzung des Anspruchs sei, müsse sie vom Kläger behauptet werden; jedenfalls müsse sie beim Fehlen einer solchen Behauptung aus den Akten hervorgehen (BGE 54 II 409). Für das deutsche Recht, das für die Klage auf Scheidung wegen Ehebruchs (oder eines andern auf Schuld beruhenden Scheidungsgrundes) ebenfalls eine Ausschlussfrist von sechs Monaten von der Kenntnis des Scheidungsgrundes an vorsieht (§ 1571 Abs. 1 BGB, nun § 50 des Ehegesetzes von 1946), hat das Reichsgericht angenommen, eine eigentliche Beweislast liege dem Kläger hinsichtlich der Zeit der Kenntnis nicht ob. Es genüge, dass er unter Darlegung des Sachverhältnisses angebe, wann er zuerst Kenntnis erhalten habe. Sache des Gegners sei es dann, den Nachweis zu führen, dass in Wirklichkeit die Kenntnis schon früher eingetreten sei. Diese Beweislastregelung entspreche den allgemeinen Grundsätzen, wie sie auch für die Vorschriften der §§ 1339, 121 und 124 BGB (Anfechtung der Ehe; Anfechtung von Willenserklärungen

wegen Irrtums, Täuschung oder Drohung) massgebend seien. Wer sich darauf berufe, dass eine vom Gesetz gewährte Berechtigung durch Ablauf der Frist erloschen sei, sei dafür beweispflichtig (Urteil vom 20. Juni 1918 in "Die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts...", herausgegeben von Otto Warneyer, 11. Jahrgang, 1918, Nr. 211; Urteil vom 27. März 1922 in "Das Recht", 27. Jahrgang, 1923, Nr. 898; Urteil vom 17. Dezember 1934 in RGZ 146 Nr. 33 S. 230/31). Die deutsche Lehre billigt diese Rechtsprechung (STAUDINGER, 9. Aufl. 1926, Bem. 5 zu § 1571 BGB; PLANCK, 4. Aufl. 1928, Bem. 14 zu § 1571 BGB; WARNEYER, 2. Aufl. 1930, Bem. V zu § 1571 BGB; SOERGEL, 8. Aufl. 1955, Bem. 11 zu § 50 des Ehegesetzes; PALANDT, 17. Aufl. 1958, Bem. 4 zu § 50 des Ehegesetzes). Richtigerweise ist bei der Klage auf Scheidung wegen Ehebruchs die Einhaltung der Klagefrist von sechs Monaten seit Kenntnis des Scheidungsgrundes zum Klagefundament zu rechnen, wie dies in BGE 54 II 409 bereits mit Bezug auf die Frist für die Klage auf Anfechtung der Ehelicherklärung angenommen worden ist. Der aus dem Ehebruch sich ergebende Scheidungsanspruch hat zur Voraussetzung, dass innert dieser Frist geklagt wird. Dies ergibt sich besonders deutlich aus der oben wiedergegebenen Fassung von Art. 46 lit. a des alten Zivilstands- und Ehegesetzes, welche Vorschrift durch das ZGB nur insofern abgeändert worden ist, als dieses neben der mit der Kenntnis des Ehebruchs beginnenden Frist von sechs Monaten noch eine solche von fünf Jahren seit dem Ehebruch vorsieht. Der Richter darf also die Scheidung wegen Ehebruchs gemäss Art. 158 Ziff. 1 ZGB nur aussprechen, wenn er sich nicht bloss vom Vorhandensein des Scheidungsgrundes selber, sondern auch davon überzeugt hat, dass dieser rechtzeitig geltend gemacht wurde. Dem Richter diese Überzeugung zu verschaffen, ist Sache des Klägers, der die Scheidung verlangt. Er hat nach Art. 8 ZGB die hiefür nötigen Beweise zu leisten. Ein prozessuales

Zugeständnis des Beklagten kann ihn gemäss Art. 158 Ziff. 1 ZGB nicht von dieser Beweislast befreien. Der Richter darf auf eine solche Erklärung des Beklagten vielmehr nur dann abstellen, wenn er sich von ihrer Glaubwürdigkeit überzeugt hat. Kann der Kläger den ihm obliegenden Beweis nicht leisten, so muss die Klage aus Art. 137 ZGB abgewiesen werden. Die entgegengesetzte Annahme, dass nicht der Kläger die Rechtzeitigkeit, sondern der Beklagte die Verspätung der Klage nachzuweisen habe und dass beim Scheitern dieses Beweises die Klage als rechtzeitig zu erachten sei, hätte zur Folge, dass es zur Scheidung kommen könnte, obwohl sich der Richter vom Vorhandensein einer Klagevoraussetzung (nämlich eben von der Einhaltung der Klagefrist) nicht zu überzeugen vermochte, was mit Art. 158 Ziff. 1 ZGB unvereinbar wäre. Für den Nachweis der rechtzeitigen Klageanhebung muss es indessen vernünftigerweise genügen, wenn der Kläger beweist, dass er innert sechs Monaten vor Einleitung der Klage eine Mitteilung erhalten oder eine Entdeckung gemacht hat, die sich auf den Ehebruch bezog (und von der nicht etwa gesagt werden kann, sie bilde ganz offensichtlich nur die Bestätigung einer frühern Mitteilung oder Entdeckung, die ihm bereits Kenntnis vom Ehebruch verschafft hätte). Gelingt dem Kläger dieser Nachweis, so braucht er nicht darüber hinaus auch noch zu beweisen, dass er erst durch den nachgewiesenen Vorgang vom Ehebruch erfuhr, m.a.W. dass er vorher davon noch nichts gewusst habe; denn der Beweis der Unkenntnis eines Ereignisses ist wie allgemein der Beweis des Nichtvorhandenseins einer Tatsache in der Regel äusserst schwierig, wenn nicht unmöglich zu erbringen, so dass das Klagerecht des beleidigten Ehegatten praktisch vereitelt würde, wenn er, nachdem er den erwähnten positiven Nachweis einer in die Frist von Art. 137 Abs. 2 ZGB fallenden Mitteilung oder Entdeckung geleistet hat, auch noch beweisen müsste, dass ihm der Ehebruch

vorher nicht bekannt gewesen sei. In solchen Fällen ist es (unter Vorbehalt der Befugnisse, die sich für den Richter aus der Offizialmaxime ergeben können, vgl. BGE 81 II 3 oben) vielmehr Sache des Beklagten, den Beweis zu erbringen, dass der Kläger vom Ehebruch schon früher Kenntnis gehabt habe. Im vorliegenden Falle kommt als Mitteilung oder Entdeckung, die dem Kläger Kenntnis vom Ehebruch der Beklagten vermittelte, nur ihr Geständnis in Frage. Der Kläger hätte also nachweisen müssen, dass dieses Geständnis innert sechs Monaten vor der Klageeinleitung vom 30. Dezember 1955, d.h. am 30. Juni 1955 oder später erfolgt sei. Diesen Beweis ist er nach den tatsächlichen Annahmen der Vorinstanz, die den Zeitpunkt des Geständnisses als nicht feststellbar betrachtet, schuldig geblieben. Schon deswegen kann seine Klage nicht geschützt werden.

5. Die Klage müsste im übrigen, wenn rechtzeitig angehoben, gestützt auf Art. 137 Abs. 3 ZGB wegen Zustimmung des Klägers zum Ehebruch der Beklagten abgewiesen werden. Der Kläger selber unterhielt zugegebenermassen seit 1954 ein intimes Liebesverhältnis mit einer andern Frau. Er erklärt, er habe seiner Ehefrau gegenüber "mit völlig offenen Karten gespielt", so dass er sich hinsichtlich dieses Verhältnisses nichts vorzuwerfen habe (!). Er erwartete also von der Beklagten offenkundig Verständnis für sein Verhalten. Nach seiner Darstellung hat diese seine Freundschaft mit Fräulein B. zunächst in der Tat gebilligt, dann aber ihre Einstellung geändert. Obwohl nach seiner Behauptung die Ehe schon vor seiner Bekanntschaft mit Fräulein B. zerrüttet war, gab er sich doch unzweifelhaft davon Rechenschaft, dass er eine Scheidung gegen den Widerstand der Beklagten nicht durchsetzen könne; denn er hat sich, als er dann nach dem Ehebruch der Beklagten schliesslich die Scheidung verlangte, einzig auf Art. 137 ZGB berufen, nicht auch zusätzlich oder eventuell auf Art. 142 ZGB. Vom Beginn

seines Verhältnisses mit Fräulein B. an wurden die geschlechtlichen Beziehungen zwischen den Parteien festgestelltermassen immer seltener, d.h. die Beklagte wurde vom Kläger sexuell vernachlässigt. Bei diesem Stande der ehelichen Beziehungen beantwortete der Kläger (der dies selber als möglich einräumt) Vorwürfe der Beklagten einmal mit der Bemerkung, es werde sich für sie schon ein Freund oder eine Freundin finden, dem oder der sie ihr Herz ausschütten könne. In der Folge schickte er sie allein in die Ferien. Unter diesen Umständen durfte die Beklagte in guten Treuen annehmen, der Kläger sei damit einverstanden, dass sie sich einen Freund suche, und werde ihr eine sie tröstende Verbindung mit einem solchen auch dann nicht übel nehmen, wenn sie - nach dem Beispiel seines eigenen Verhältnisses mit Fräulein B. - intim werden sollte. Dass die Beklagte seine Äusserung bloss als Zustimmung zum Anknüpfen einer rein seelischen Freundschaft auffassen werde, konnte er angesichts der Freiheit, die er für sich selber in Anspruch nahm, und der sexuellen Vernachlässigung der Beklagten durch ihn unmöglich erwarten. Er muss sich daher die Annahme gefallen lassen, dass er mit einem Ehebruch der Beklagten einverstanden gewesen sei. Der vorliegende Fall ist grundverschieden von dem in BGE 69 II 209 ff. beurteilten, wo der Ehemann zwar (wegen enger Unterkunftsverhältnisse) eine eigenartige Schlafgemeinschaft geduldet, aber nichts gesagt oder getan hatte, was als Billigung eines Ehebruchs hätte gedeutet werden können. Bezeichnend ist im übrigen auch die Art, wie der Kläger sich verhielt, nachdem er vom Ehebruch der Beklagten Kenntnis erhalten hatte. Gemäss Feststellung der Vorinstanz brach er zwar die geschlechtlichen Beziehungen mit der Beklagten - die indessen schon bisher nur noch selten gepflegt worden waren - nach dem Geständnis der Beklagten gänzlich ab. Auch leitete er Verhandlungen über eine einverständliche Scheidung ein. Über den Ehebruch der Beklagten zeigte er sich aber nicht empört. Er

erwies ihr vielmehr auch nach ihrem Geständnis noch Aufmerksamkeiten, machte ihr Geschenke (so zum Geburtstag, 4. Oktober) und nahm sie auf eine Reise mit. Dies kann nicht nur zur Wahrung des äussern Scheins oder um der Kinder willen geschehen sein, sondern bestätigt in Verbindung mit seinem frühern Verhalten, dass der Ehebruch mit seiner Zustimmung erfolgt war.

Dispositiv

Demnach erkennt das Bundesgericht:
Die Berufung wird gutgeheissen, das angefochtene Urteil aufgehoben und die Scheidungsklage abgewiesen.