

35. Urteil der II. Zivilabteilung vom 5. Juli 1935  
i. S. Dürger c. Stutz.

Art. 139 OR (Nachfrist bei Rückweisung der Klage) ist auf die Frist zur Anhebung der Vaterschaftsklage nach Art. 308 ZGB anwendbar (Änderung der Rechtsprechung).

A. — Die Erstklägerin knüpfte im Februar 1930 in Zürich, wo sie als Zimmermädchen angestellt und wohnhaft war, mit dem Kaufmann O. St., wohnhaft in Paris, ein Verhältnis an, das unbestrittenermassen zum Geschlechtsverkehr führte. Ende März 1930 verliess sie Zürich und hielt sich in der Folge nacheinander in Luzern, St. Moritz, Lausanne, Villars in Stellen und dann zwei Monate in Lausanne als Spitalpatientin auf, überall ohne polizeiliche Anmeldung. Im Oktober 1930 begab sie sich zu St. nach Paris, wo sie sich vor und nach der am 17. November 1930 erfolgten Geburt des Kindes Yolanda in einem Mütterheim aufhielt. Ende März 1931 in die Schweiz zurückgekehrt, erhoben Mutter und Kind am 27. Oktober 1931 beim Bezirksgericht Bremgarten als dem Gerichte des Heimatortes des St. die Vaterschaftsklage. Das Bezirksgericht und in letzter Instanz das Obergericht des Kantons Aargau wiesen die Klage wegen örtlicher Unzuständigkeit von der Hand, da die Klägerinnen ihren Wohnsitz nicht im Auslande, sondern in Zürich hätten und daher der Gerichtsstand der Heimat nach Art. 313 ZGB nicht gegeben sei. Der Entscheid des Obergerichts vom 24. August 1933 wurde den Klägerinnen am 11. September 1933 zugestellt. Am 10. November 1933 erhoben sie die Vaterschaftsklage in Zürich als ihrem Wohnsitz zur Zeit der Geburt gemäss Art. 312. Auch hier erhob der Beklagte die Einrede der Unzuständigkeit mit der Behauptung, dieser Wohnsitz sei nicht Zürich, sondern Lausanne gewesen. Das Bezirksgericht Zürich und das Obergericht verwarfen jedoch die Einrede, da die Mutter nach ihrem Weggange von Zürich Ende März 1930 nirgends ein neues Domizil begründet und

somit zur Zeit der Geburt dasjenige von Zürich gemäss Art. 24 ZGB noch bestanden habe. Der Beklagte beantragte nun Abweisung der Klage als verspätet, weil erst am 10. November 1933, also lange nach dem am 17. November 1931 erfolgten Ablauf der Jahresfrist nach Art. 308 ZGB, vor dem zuständigen Richter erhoben.

B. — Das Bezirksgericht und das Obergericht haben die Klage wegen Verwirkung der Frist abgewiesen, im wesentlichen unter Hinweis auf die bisherige Praxis.

C. — Gegen dieses Urteil haben die Klägerinnen Berufung an das Bundesgericht eingelegt. Zur Begründung des Begehrens um Zulassung der Klage trotz Ablaufs der Jahresfrist berufen sie sich auf die schon bisher zugelassene Durchbrechung des Art. 308 aus dem Gesichtspunkte des Rechtsmissbrauchs (BGE 46 II 93; 49 II 321), und zwar in dem Sinne, dass in jenen Fällen, wie auch im vorliegenden, in der strikten Anwendung des Art. 308, da sie gegen die *ratio legis* verstiesse, ein Missbrauch einer objektiven Rechtsnorm läge, welcher die analoge Anwendung des Art. 2 Abs. 2 ZGB rechtfertige.

D. — Der Beklagte beantragt Abweisung der Berufung unter Verweisung auf die Motive der Vorinstanz und die bisherige Praxis zu Art. 308 ZGB, von der abzuweichen der vorliegende Fall keinen Anlass biete.

*Das Bundesgericht zieht in Erwägung:*

1. — Die Berufungsklägerinnen bestreiten nicht, dass der angefochtene Entscheid des Obergerichts Zürich mit der Rechtsprechung des Bundesgerichts in jeder Beziehung im Einklang steht. In der Tat hat dieses hinsichtlich der Klagefrist für die Vaterschaftsklage nach Art. 308 ZGB sich dahin ausgesprochen,

dass die Frist des Art. 308 eine Verwirkungs- und nicht eine Verjährungsfrist ist (BGE 42 II 101 E. 2, 333; 45 II 237; 55 II 17),

dass sie daher weder unterbrochen werden noch stillstehen kann (BGE 42 II 101 E. 3; 45 II 237; 44 II 461),

dass sie nur durch Klage beim zuständigen Richter gewahrt wird (BGE 44 II 461 ; 55 II 18),

dass gegen ihre Versäumnis eine Wiederherstellung aus wichtigen Gründen analog Art. 257 Abs. 3 ZGB nicht zulässig ist (BGE 45 II 237),

dass Art. 139 OR (Nachfrist bei Rückweisung und Verjährung der Klage) nicht anwendbar ist (BGE 55 II 17 ; bezüglich anderer Verwirkungsfristen : BGE 51 II 239).

Eine Klageerhebung nach Ablauf der Jahresfrist wurde einzig dann als zulässig erklärt, wenn die Geltendmachung der Fristversäumnis durch den Beklagten wider Treu und Glauben verstösst, weil dieser die Versäumnis selber, wenn auch nicht dolos, veranlasst hat (BGE 46 II 93 ; 49 II 321).

2. — Wie das Bezirksgericht Zürich (S. 8) zutreffend ausführt, kann die mit diesem Grundsatz bereits vorhandene Durchbrechung der absoluten Geltung des Art. 308 im vorliegenden Falle den Klägerinnen nicht zugutekommen. Wollte man noch annehmen, das Verhalten des Beklagten in der ersten Zeit nach der Geburt wäre an sich geeignet gewesen, die Klägerin von der Klageerhebung abzuhalten, so hat es tatsächlich diese Wirkung eben nicht gehabt ; denn die Mutter hat ja innert der Frist in Bremgarten geklagt. Dass sie dies beim unzuständigen Richter tat, ist nicht auf ein Verhalten des Beklagten zurückzuführen. Der Umstand, dass dieser sie zur Niederkunft nach Paris kommen liess und nachher längere Zeit dort behielt, hat zwar die Gerichtsstandsfrage kompliziert ; von einem adäquaten Kausalzusammenhang zwischen diesem Verhalten des Beklagten und der unrichtigen Wahl des Klageortes kann jedoch keine Rede sein, denn es war nicht dazu angetan, die Kindsmutter und ihren Anwalt daran zu hindern, die Frage ihres Wohnsitzes, die in jedem Falle zu prüfen war, richtig zu beurteilen. Im Rahmen der bisherigen Praxis ist somit eine Zulassung der Klage nicht möglich.

3. — Ihre Abweisung würde jedoch unter den vorlie-

genden Umständen ein im höchsten Grade unbefriedigendes Ergebnis bilden. Die materielle Begründetheit der Klage ist offensichtlich, da die Beiwohnung in der kritischen Zeit zugegeben ist. Die Klägerin hat zirka 20 Tage vor Ablauf der Jahresfrist durch einen Anwalt Klage eingeleitet. Das Verfahren vor den aargauischen Gerichten von der Klageerhebung an bis zum obergerichtlichen Unzuständigkeitsentscheid hat 22 Monate gedauert. Auch wenn also die Klägerin sofort nach der Geburt geklagt hätte, so hätte die Jahresfrist zur Abklärung der Kompetenzfrage und Klageerhebung am richtigen Orte nicht ausgereicht. Die unrichtige Wahl des Forums kann den Klägerinnen nicht zum Verschulden angerechnet werden, da die Gerichtsstandsfrage in der Tat nicht einfach war. Ausser Bremgarten und Zürich kam auch Lausanne in Frage. Sicher ist nur, dass auch hier der Beklagte die Einrede der Unzuständigkeit erhoben hätte, wie an den beiden andern Orten. Einer Klageerhebung an allen drei Orten zugleich stand der Kostenpunkt entgegen. Wie die Vorinstanz zutreffend bemerkt, sind gewisse Zweifel möglich, ob nicht doch die Zuständigkeit des Bezirksgerichts Bremgarten hätte bejaht werden sollen. Unter diesen Umständen wäre der gänzliche Rechtsverlust der Klägerinnen ein so sehr gegen Rechtsgefühl und Billigkeit verstossendes Resultat, dass sich der Richter damit nur abfinden darf, wenn sich im Rahmen des Gesetzes keine befriedigende, juristisch mögliche Lösung finden lässt.

4. — a) Um dem beanstandeten begrifflichen Widerspruche zu entgehen, wird in der Berufungsbegründung die Annahme des Begriffs eines « Missbrauchs einer objektiven Rechtsnorm » und die analoge Anwendung des Art. 2 Abs. 2 ZGB darauf empfohlen. Diese Konstruktion leidet jedoch an einem nicht weniger grossen inneren Widerspruche. Die nach dieser Theorie missbrauchte objektive Rechtsnorm besteht im vorliegenden Falle in der Verwirkungsbestimmung des Art. 308. Die Tatsache des Fristablaufs muss vom Richter von Amtes wegen berücksich-

tigt werden, auch wenn der Beklagte sie nicht einwendungsweise geltend macht. In diesem Falle wäre also der diese Tatsache bezw. die objektive Rechtsnorm Missbrauchende nicht der Beklagte, sondern der Richter. Nach dem Sinn des Art. 2 ZGB aber ist als Subjekt der Rechtsausübung bezw. des Rechtsmissbrauchs allein die Partei vorausgesetzt. Eine derartige extensive Interpretation des Art. 2 ZGB würde allgemein eine weitgehende Entbindung der Gerichte vom Gesetze bedeuten und im besonderen die Anwendung der Fristbestimmungen zu einer Ermessenssache machen.

b) Ebensowenig gangbar ist eine — übrigens auch von den Berufungsklägerinnen abgelehnte — analoge Anwendung des Art. 257 Abs. 3 ZGB, wonach nach Ablauf der Verwirkungsfrist eine Klage noch zugelassen wird, wenn die Verspätung mit wichtigen Gründen entschuldigt wird. Nachdem das Gesetz für die Verwirkungsfrist nach Art. 257 eine Ausnahme von der Regel der Nichtwiederherstellung aus wichtigen Gründen ausdrücklich statuiert, hätte es das offenbar auch beim Art. 308 getan, wenn der Gesetzgeber die beiden Fälle in dieser Hinsicht auf die gleiche Linie zu stellen beabsichtigt hätte. Insbesondere aber würde die Zulassung einer Entschuldigung mit wichtigen Gründen beim Art. 308 viel zu weit gehen. Der zu einer Durchbrechung dieser Bestimmung drängende Umstand, also der « wichtige Grund » ist im vorliegenden Falle ein ganz spezifischer, nämlich der, dass die Klägerinnen binnen der Frist tatsächlich geklagt haben, aber beim unzuständigen Gericht. Nur für diesen Fall ist hier eine Lösung zu suchen. Es wäre aber ausgeschlossen, den Begriff « wichtiger Grund » für seine Anwendung bei Art. 308 auf diesen Fall der rechtzeitigen Klageerhebung beim unzuständigen Richter zu beschränken. Vielmehr würde durch dessen analoge Anwendung die Regel des Art. 308 für eine nicht genau begrenzbare Mehrzahl von Fällen durchbrochen, was dem Willen des Gesetzes offenbar zuwiderliefe.

5. — Eine praktisch wie juristisch befriedigende Lösung

bietet dagegen die Anwendung von Art. 139 OR, wonach bei Rückweisung der Klage wegen Unzuständigkeit des angerufenen Richters oder wegen eines verbesserlichen Fehlers und inzwischen abgelaufener Verjährungsfrist eine neue Frist von 60 Tagen beginnt. Die bisherige, die Anwendung dieser Bestimmung auf die Frist des Art. 308 ZGB aus begrifflich-konstruktiven Gründen ablehnende Praxis erweist sich bei neuer Prüfung der Frage als nicht haltbar.

a) Für die Anwendung spricht zum vorneherein die Gleichheit der Sach- und Interessenlage in beiden Fällen. Die ratio legis des Art. 139 OR trifft in genau gleicher Weise wie auf die Verjährungsfrist auf die Klagefrist nach Art. 308 ZGB zu. Die Regel des Art. 139 OR hat vor den übrigen Bestimmungen über Fristverlängerung den Vorteil, dass sie die Voraussetzungen der Nachfristgewährung genau umschreibt, und dass sie die Nachfrist zeitlich fest begrenzt auf 60 Tage. Ein schutzwürdiges Interesse des Beklagten wird durch seine Anwendung nicht verletzt. Ein Recht des ausserehelichen Schwängerers, längstens binnen eines Jahres seit der Geburt des Kindes belangt zu werden, gibt es nach der geltenden gesetzlichen Ordnung nicht; denn abgesehen von den vom Bundesgericht zugelassenen Fällen, wo der Beklagte die Fristversäumnis selber veranlasst hat, ist eine Klage gegen ihn nach Ablauf der Jahresfrist in den Fällen des Art. 316 ZGB möglich, und zwar nicht nur dann, wenn die Mutter zur Zeit der Empfängnis verheiratet war, sondern auch wenn sie zwischen Empfängnis und Geburt einen Dritten geheiratet hat (BGE 56 II 342). Grundsätzlich gibt es somit keinen Fall, wo der Schwängerer absolut sicher ist, nach Ablauf eines Jahres seit der Geburt nicht mehr belangt zu werden. Prozessual wird die Lage des Beklagten durch die Anwendung des Art. 139 OR nicht verschlechtert. Durch die fehlerhafte Klageerhebung innert der gesetzlichen Frist ist er von den Begehren der Klägerschaft informiert und kann die Vorkehrungen für seine Verteidigung treffen.

b) Die gesetzestechnische Möglichkeit der Anwendung

des Art. 139 OR auf die Klagefrist nach Art. 308 ZGB ist durch Art. 7 ZGB gegeben, wonach die allgemeinen Bestimmungen des OR « über die Entstehung, Erfüllung und Aufhebung der Verträge » auch auf andere zivilrechtliche Verhältnisse Anwendung finden. Art. 139 OR steht im Dritten Titel über « Das Erlöschen der Obligationen », hat also die « Aufhebung der Verträge » zum Gegenstande. Andererseits beschränkt Art. 7 die Anwendung der allgemeinen Bestimmungen des Vertragsrechts nicht etwa auf die Vertragsverhältnisse des ZGB, sondern schreibt sie allgemein « auf andere zivilrechtliche Verhältnisse » vor, worunter die Vaterschaftsklage selbstverständlich gehört.

c) Ebensowenig kann aus dem Umstande, dass Art. 139 OR in dem Abschnitte über die Verjährung steht und sich seinem Wortlaute nach nur auf diese bezieht, e contrario gefolgert werden, die Bestimmung wolle nur auf die Verjährung und nicht auch auf die Verwirkung angewendet werden. Das OR kennt wohl Verwirkungsfristen (z. B. Art. 31, 181, Abs. 2, 201, 502, 750, 762, 798, 854), während es den Begriff der Verwirkung überhaupt nirgends nennt und das Institut als solches nicht regelt. Wenn daher in Art. 139 die Verwirkung nicht genannt ist, so ist damit noch nichts gegen seine Anwendbarkeit auch auf sie gesagt. Die Praxis hat denn auch, in Ermangelung einer besonderen Norm und ebenfalls gestützt auf Art. 7 ZGB, bereits die Vorschriften des OR über die Berechnung der Verjährungsfristen als auf die Verwirkungsfristen anwendbar erklärt (BGE 42 II 333).

d) Begrifflich steht der Anwendung des Art. 139 OR auf die Klagefrist des Art. 308 nichts im Wege. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass weder Art. 308 ZGB noch sonst eine Bestimmung, welche die Wahrung einer Frist durch Klageerhebung betrifft, ausdrücklich sagt, dass die Frist nur durch Klageerhebung beim zuständigen Richter gewahrt werde. Der dahingehende allgemeine Grundsatz ist von der Praxis aufgestellt; diese kann daher, ohne das Gesetz zu verletzen, eine unter bestimmten Voraussetzungen eintretende Ausnahme von dieser Regel zulassen.

e) Ebensowenig kann gesagt werden, dass die Anwendung des Art. 139 aus dem Verjährungsrecht auf die Verwirkung mit der innern Natur der letztern unvereinbar sei. Hinsichtlich des Resultates nähert sich das Institut der Verwirkung, wenn die innerhalb der Frist vorzunehmende Handlung in der Erhebung einer Klage besteht, ohnehin der Verjährung. Der wesentliche Unterschied, der darin besteht, dass durch Versäumung der Präklusivfrist das Recht untergeht, während aus der Verjährung nur eine Einrede entsteht, wird durch die Anwendung des Prinzips des Art. 139 OR auf die Verwirkungsfrist nicht verwischt. Wäre in Art. 308 ZGB selber die Regel des Art. 139 OR ausdrücklich als anwendbar erklärt worden, so hätte sich dadurch an der Natur der Klagefrist des Art. 308 als Verwirkungsfrist offenbar nichts geändert. Wenn das wesentliche Kriterium der Verwirkung, dass nämlich das verwirkbare Recht a priori, seiner inneren Natur nach, zeitlich auf die Frist begrenzt sei, dahin zu verstehen wäre, dass vom Momente der Entstehung des Rechts an der Zeitpunkt seines Unterganges zum voraus feststehe, so würde ihm die Verwirkung des ZGB schon nach der klaren Gesetzeslage nicht entsprechen. Das Recht zur Anfechtung der Ehelichkeit eines Kindes entsteht in dem Zeitpunkte, da der Ehemann von der Geburt Kenntnis erhält (Art. 253); die gleichzeitig beginnende Verwirkungsfrist von 3 Monaten unterliegt einer Erstreckung bezw. Wiederherstellung aus den Gesichtspunkten der Arglist (Art. 257 Abs. 2) und ausserdem der wichtigen Gründe (Abs. 3). Ob und wann aber eine dieser Voraussetzungen künftig gegeben sein werde, ist im Zeitpunkte der Entstehung des Anfechtungsrechts durchaus ungewiss, daher auch die zeitliche Grenze des Rechts. Aber auch das Klagerecht auf Vaterschaft (Art. 307) trägt die Bestimmung seiner zeitlichen Dauer keineswegs von seiner Entstehung an in sich. Es entsteht schon vor der Geburt mit der Schwangerschaft (Art. 308); wird das Kind unter der Vermutung der Ehelichkeit geboren, so beginnt die Frist für die Vaterschaftsklage erst mit der rechtskräftigen

Unehelicherklärung (Art. 316). Dass aber diese Vermutung im Zeitpunkte der Geburt nicht platzgreifen oder, wenn doch, eine Anfechtung nicht stattfinden und daher eine Hinausschiebung des Fristbeginns für die Vaterschaftsklage nicht erfolgen werde, ist vor der Geburt, wo doch das Klagerecht schon besteht, ungewiss (die unverheiratete Schwangere kann sich vor der Geburt mit einem Dritten verheiraten, BGE 56 II 342). Das Vaterschaftsklagerecht ist somit keineswegs seit Beginn seines Bestehens auf eine vorausbestimmte Dauer begrenzt. Im gleichen Sinne spricht auch die vom Bundesgericht bereits zugelassene nachträgliche Klageerhebung bei durch den Beklagten veranlasster Fristversäumnis.

f) Gegen die Anwendung des Art. 139 OR auf die Verwirkung besteht umsoweniger Bedenken, als diese Bestimmung im Abschnitt über die Verjährung eine von Hinderung und Stillstand (Art. 134 OR) und Unterbrechung (135) unabhängige Sonderstellung einnimmt, so dass ihre Anwendung nicht eine Herübernahme eines Elementes dieser nur für die Verjährung brauchbaren Rechtsfiguren bedeutet.

6. — Der Beschwerdeentscheid des aargauischen Obergerichts vom 24. August 1933 wurde mit seiner Zustellung am 11. September 1933 rechtskräftig (Aarg. ZPO §§ 334, 348). Die Klageerhebung in Zürich ist am 10. November 1933, also am 60. Tage nach rechtskräftiger Unzuständigkeitsklärung des erstangegangenen Richters und somit innerhalb der Nachfrist nach Art. 139 OR erfolgt. Die Vorinstanz hat daher die Klage auf ihre Begründetheit zu prüfen.

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Die Berufung wird dahin gutgeheissen, dass die Sache zu materieller Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen wird.

### 36. Urteil der II. Zivilabteilung vom 11. Juli 1935 i. S. Dinkel gegen Gemeinderat Eiken.

Art. 369 ZGB. Der Umstand, dass für eine nach Art. 369 ZGB bevormundungsbedürftige Person von Angehörigen gesorgt wird, macht ihre Entmündigung nicht unnötig.

A. — Auf Klage des Gemeinderates Eiken sprach das Bezirksgericht Laufenburg gemäss Art. 369 ZGB über den Beschwerdeführer die Entmündigung aus gestützt auf ein Gutachten des Bezirksarztes Dr. Beck, das zu dem Schlusse kommt, dass Dinkel, geb. 1913, an angeborenem Schwachsinn leidet, sein Bewusstsein nur von sinnlichen, durch unmittelbare Wahrnehmungen aufgenommenen Vorstellungen und daraus gebildeten primitiven Urteilen und Begriffen erfüllt ist und ihm die Fähigkeit zur Aufnahme und Verarbeitung abstrakter Vorstellungen und Urteile fehlt, weshalb er keine Einsicht in die rechtliche Bedeutung von Verhältnissen und Handlungen habe, seine Rechte und Pflichten nicht richtig zu beurteilen und daher seine materiellen Interessen nicht selber zu wahren vermöge. In seinem die Entmündigung bestätigenden Urteile stellt das Obergericht des Kantons Aargau ferner fest, dass in der aus der betagten Mutter, einem Bruder, einer Schwester und dem Interdizenden bestehenden Familie Dinkel eine derartige Nachlässigkeit in der Besorgung der Haus- und Feldarbeit herrsche, dass die Versetzung des erst 22jährigen Heinrich in ein gesundes und geordnetes Milieu unerlässlich sei.

B. — In der vorliegenden zivilrechtlichen Beschwerde an das Bundesgericht gibt der Vertreter des Dinkel eine gewisse Geistesschwäche bei diesem zu ; sie sei jedoch nicht so ausgesprochen, dass er seine eigenen Angelegenheiten nicht selber zu besorgen vermöchte. Diese seien die denkbar einfachsten. Dinkel betätige sich auf dem Lande seiner Mutter und zeitweise als Weg- oder Gelegenheitsarbeiter. Jedenfalls lebe er mit seinen Angehörigen zusammen und