

## II. FAMILIENRECHT

### DROIT DE LA FAMILLE

#### 11. Urteil der II. Zivilabteilung vom 17. Februar 1944 i. S. Dreyer gegen Vonwil.

Art. 314 Abs. 1 ZGB: Die Vaterschaft dessen, der in der Zeit vor dem 300. Tage vor der Geburt des Kindes der Mutter beigezogen hat, wird auch im Falle der Spätgeburt nicht vermutet. Änderung der Rechtsprechung.

Art. 314 al. 1 CC: La paternité de celui qui a cohabité avec la mère antérieurement au 300<sup>e</sup> jour avant l'accouchement n'est pas présumée, même en cas de naissance tardive. Changement de jurisprudence.

Art. 314 cp. 1 CC: La paternità di colui che ha avuto concubito con la madre anteriormente al 300<sup>o</sup> giorno prima della nascita non è presunta nemmeno in caso di nascita tardiva. Cambiamento della giurisprudenza.

A. — Marie Vonwil und ihr am 23. Januar 1940 ausserhelich geborenes Kind Marlis reichten am 6. Februar 1941 beim Amtsgericht von Luzern-Land gegen Hans Dreyer Vaterschaftsklage auf Vermögensleistungen ein. Der Beklagte erhob die Einrede, die Klage sei verspätet. Eventuell beantragte er deren Abweisung, da der angebliche Geschlechtsverkehr zwischen ihm und der Erstklägerin noch vor dem dreihundertsten Tage vor der Geburt stattgefunden habe, die indessen keine Spätgeburt gewesen sei; ausserdem machte er geltend, die Erstklägerin habe ein leichtes Leben geführt und während der kritischen Zeit mit andern Männern intim verkehrt.

B. — Das Amtsgericht verwarf die Einrede der Klageverwirkung, da der Friedensrichtervorstand, den die luzernische ZPO in Vaterschaftssachen für obligatorisch erkläre, vor Ablauf eines Jahres nach der Geburt des Kindes abgehalten worden sei, wies aber die Klage ab, weil nach dem Gutachten des kantonalen Sanitätsrates nur eine « unwahr-

scheinliche Möglichkeit » bestehe, dass das Kind mindestens 319 Tage getragen worden sei, und weil die Mutter zur kritischen Zeit verschiedene Männerbekanntschaften unterhalten habe. Jene Mindestdauer der Schwangerschaft leitete das Amtsgericht aus dem Zugeständnis des Beklagten ab, mit der Erstklägerin einmal zwischen dem 27. Februar und dem 10. März 1939, eben dem 319. Tage vor der Geburt, zusammengetroffen zu sein.

C. — Das Obergericht des Kantons Luzern hiess die Klage am 20. November 1943 teilweise gut. Es ging davon aus, dass die Erstklägerin gemäss dem von ihr inzwischen abgelegten Selbsteid in der Zeit vom 17. März bis zum 2. April 1939 einmal mit dem Beklagten geschlechtlich verkehrt habe. Ein Verkehr am 17. März, am 312. Tage vor der Geburt, ziehe aber nach der Rechtsprechung die Vermutung der Vaterschaft des Beklagten nach sich; denn das Kind sei bei der Geburt mindestens 4 cm länger als normal gewesen, so dass nach der Auffassung des Sanitätsrates, die dem heutigen Stand der medizinischen Forschung entspreche, eine Schwangerschaftsdauer von 312 Tagen möglich sei. Einreden aus Art. 314 Abs. 2 und 315 ZGB seien nicht begründet.

D. — Mit der Berufung beantragt der Beklagte dem Bundesgericht, das Urteil des Obergerichts aufzuheben und ein Gutachten über die mögliche und wahrscheinliche Höchstdauer der Schwangerschaft einzuholen oder die Akten an die Vorinstanz zum Beizug eines solchen Gutachtens und zur Abnahme weiterer Beweise zurückzuweisen, eventuell selbst die Klage abzuweisen.

#### *Das Bundesgericht zieht in Erwägung:*

Über die Einrede der Klageverwirkung, woran der Beklagte festhält, hat sich die Vorinstanz nicht ausgesprochen. Das ist nachzuholen, da das Bundesgericht über diese Frage ohne Kenntnis der Auslegung des einschlägigen kantonalen Prozessrechts durch die Vorinstanz nicht entscheiden kann.

In materieller Beziehung ist das Bundesgericht nach Art. 81 OG an die Feststellung der Vorinstanz gebunden, wonach der Beklagte mit der Erstklägerin in der Zeit zwischen dem 17. März und dem 2. April 1939 einmal geschlechtlich verkehrt hat. Das genaue Datum steht jedoch nicht fest, was sich bei der Beantwortung der Frage, ob diese Beiwohnung die Vermutung nach Art. 314 Abs. 1 ZGB zu begründen vermöge, zu Ungunsten der Klägerinnen auswirken muss. Deshalb ist mit der Vorinstanz auf den 17. März 1939 als den vom Standpunkt des Beklagten aus günstigsten Zeitpunkt der Beiwohnung abzustellen.

Obwohl dies der 312. Tag vor der Geburt des Kindes ist, hat die Vorinstanz den Beklagten als Vater vermutet, da nach Ansicht der medizinischen Sachverständigen eine Schwängerung in diesem Zeitpunkt angesichts des Grades der Reife des Kindes bei der Geburt als möglich erscheine. Sie beruft sich dabei auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts, wonach in solchen Fällen eine Beiwohnung auch ausserhalb der in Art. 314 Abs. 1 ZGB festgesetzten Zeit vom dreihundertsten bis zum hundertachtzigsten Tage vor der Geburt die Vermutung der Vaterschaft begründe.

In der Tat hat das Bundesgericht in BGE 43 II 135 ff. entschieden, die gesetzliche Begrenzung der kritischen Zeit sei nicht wörtlich zu verstehen; vielmehr gelte die Vermutung der Vaterschaft des Beklagten für jeden Verkehr, der in die Empfängniszeit falle, d. h. in die Zeit, in der das Kind nach dem Grad seiner Reife bei der Geburt gezeugt worden sein könne. Sofern eine Früh- oder Spätgeburt nachgewiesen werde, welche auf eine Zeugung ausserhalb der gesetzlichen Frist zurückgeführt werden könne, stehe der Anwendung der Vaterschaftsvermutung jedenfalls dann nichts im Wege, wenn diese Frist nur um wenige Tage über- oder unterschritten werde. Nach diesem Grundsatz hat das Bundesgericht im damals zu beurteilenden Falle einer Zeugung am 302. Tage vor der Geburt die Vermutung eingreifen lassen. In BGE 55 II 233 f. hat es diese Auslegung bestätigt; ob die diesmal in Frage

stehende Beiwohnung fast zwei Wochen vor dem Beginn der gesetzlichen Frist die Vermutung zu begründen vermöge, hat es mangels Nachweises einer Spätgeburt offen gelassen. In BGE 62 II 65 ff. sodann hat es die Vermutung aus einem Verkehr am 301. Tage vor der verspäteten Geburt hergeleitet, mit der Begründung, in solchen Fällen brauche nicht die Wahrscheinlichkeit, sondern nur die Möglichkeit dargetan zu werden, dass das Kind zur Zeit des nachgewiesenen ausserhalb der gesetzlichen kritischen Zeit liegenden Verkehrs gezeugt worden sei, besonders dann, wenn ausser der Verspätung der Geburt nichts erhebliche Zweifel über die Vaterschaft des Beklagten rechtfertige. Wenn dagegen solche Zweifel vorhanden seien, müsse der Richter über den Grad der Wahrscheinlichkeit der Vaterschaft befinden und dabei neben den andern Tatsachen auch die Verspätung der Geburt berücksichtigen.

Eine neue Prüfung der Frage lässt es indessen als angezeigt erscheinen, die Vermutung nur an eine Beiwohnung zu knüpfen, die innerhalb der gesetzlich festgelegten Zeit vom dreihundertsten bis zum hundertachtzigsten Tage vor der Geburt stattgefunden hat. Freilich ist vom medizinischen Standpunkt aus eine Empfängnis ausserhalb dieser Zeitspanne möglich. Das war aber beim Erlass des ZGB bekannt. Weil es jedoch wahrscheinlicher ist, dass eine spätere als die über dreihundert Tage oder eine frühere als die weniger als hundertachtzig Tage vor der Geburt zurückliegende Beiwohnung zur Schwängerung geführt hat, ist es dem Gesetzgeber nicht als richtig erschienen, die Vaterschaftsklage auch schon ohne weiteres auf Grund der weniger wahrscheinlichen Beiwohnung durchdringen zu lassen und den Beklagten einfach auf die Einreden aus Art. 314 Abs. 2 und 315 ZGB zu verweisen (BGE 55 II 234). Mit diesem Grundgedanken des Gesetzes ist die bisherige Auslegung nicht vereinbar. Das Bundesgericht hat sie denn auch, wie erwähnt, insofern eingeschränkt, als es sich mit dem Nachweis der blossen Möglichkeit, dass das ver-

spätet geborene Kind bei der fraglichen Beiwohnung vor dem dreihundertsten Tage gezeugt worden sei, nur dann begnügt hat, wenn gegen die Kindsmutter nichts Nachteiliges vorliegt, das die Vermutung zu entkräften geeignet wäre. Gerade dieser Vorbehalt zeigt aber, zu welchen Unzukömmlichkeiten die ausdehnende Auslegung führt. Ein weiterer Nachteil ist die daraus sich ergebende Besserstellung des ausserehelichen gegenüber dem ehelichen Kinde, indem Art. 252 Abs. 2 ZGB ausdrücklich die Vermutung der Ehelichkeit eines später als dreihundert Tage nach Auflösung der Ehe geborenen Kindes ausschliesst; eine solche Besserstellung kann aber vom Gesetz nicht gewollt sein.

Bei Spätgeburten, die auf eine mehr als dreihundert Tage zurückliegende Beiwohnung zurückgeführt werden, haben somit die Kläger nach der allgemeinen Regel des Art. 8 ZGB, soweit dies nach der Natur der Sache überhaupt möglich ist, den Beweis für die Vaterschaft des Beklagten zu erbringen. Dass dies oft schwierig sein wird, ist kein zureichender Grund für eine Auslegung, die sich mit Wortlaut und Sinn des Art. 314 ZGB nicht vereinen lässt. Welche Anforderungen an diesen Beweis zu stellen sind, hat der Tatsachenrichter im einzelnen Falle zu prüfen. Sie werden zu erschweren sein, wenn Umstände vorliegen, welche die Vermutung, sofern sie zur Anwendung käme, gemäss Art. 314 Abs. 2 ZGB entkräften würden.

Die Akten sind deshalb zur Entscheidung über die Verwirkungseinrede und gegebenenfalls zur neuen Beurteilung der Sache selbst im Sinne vorstehender Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen.

*Demnach erkennt das Bundesgericht:*

Die Berufung wird in dem Sinne gutgeheissen, dass das angefochtene Urteil aufgehoben und die Sache zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen wird.

## 12. Urteil der II. Zivilabteilung vom 23. März 1944 i. S. Rohrer gegen Sachseln.

*Entmündigung* wegen Geisteskrankheit oder Geistesschwäche. Die Anhörung des zu Entmündigenden darf nicht verweigert werden, bevor sich das Gutachten von Sachverständigen über deren Zulässigkeit ausgesprochen hat. Art. 374 Abs. 2 ZGB.

*Interdiction* pour cause de maladie mentale ou de faiblesse d'esprit. L'audition du malade ne doit pas être refusée avant que le rapport d'expertise se soit prononcé sur son admissibilité. Art. 374 al. 2 CC.

*Interdizione* per infermità o debolezza di mente. L'audizione dell'interdicendo non può essere rifiutata prima che la perizia si sia pronunciata sulla sua ammissibilità. Art. 374 cp. 2 CC.

A. — Am 29. Dezember 1943 stellte der Bürgergemeinderat Sachseln die Brüder Werner, Nikolaus und Ignaz Rohrer, von Sachseln, in Alpnach-Stad, wegen Geistesschwäche gemäss Art. 369 ZGB unter Vormundschaft. Der Beschluss stützte sich im wesentlichen auf das Gutachten eines Arztes, worin die Genannten als schwachsinnig bezeichnet werden. Der Gemeinderat fügte bei, dass die Bevormundung auch wegen Misswirtschaft im Sinne des Art. 370 ZGB möglich wäre. Die Brüder Rohrer waren vor der Entmündigung nicht angehört worden. Das Gutachten hatte sich über die Zulässigkeit einer solchen Anhörung nicht ausgesprochen.

B. — Auf Rekurs der Entmündigten hin bestätigte der Regierungsrat des Kantons Obwalden am 22. Januar 1944 die Bevormundung wegen Geistesschwäche. Die Auffassung der Rekurrenten, dass sie vor der Entmündigung hätten angehört werden müssen, lehnte er unter Hinweis auf ihre Erregbarkeit und Gefährlichkeit ab.

C. — Gegen diesen Entscheid richtet sich die vorliegende zivilrechtliche Beschwerde der Entmündigten. Sie halten am Einwand fest, dass sich das Gutachten über die Zulässigkeit ihrer vorgängigen Anhörung nicht geäussert habe. Ausserdem bestreiten sie, schwachsinnig zu sein.