

dann nicht, wenn als angenommener Inhalt ausländischen Rechtes schweizerische Bestimmungen angewendet worden sind. Inwieweit aus diesem Gesichtspunkte allenfalls die Überprüfung durch das Bundesgericht zu entfallen hätte, braucht jedoch nicht entschieden zu werden, wenn das Urteil der Vorinstanz einer materiellen Überprüfung nach den Grundsätzen des schweizerischen Rechtes — den Bestimmungen über die Verbindlichkeiten aus ungerechtfertigter Bereicherung, Art. 62 ff. OR — ohnehin standhält. Das ist nun in der Tat der Fall.

Dass nach dem schweizerischen Bereicherungsrechte das ungültig zugewendete Kapital zurückzugeben ist, bedarf keiner Begründung. Aber auch die aus dem einkassierten Betrag bezogenen Zinse sind zurückzuerstatten (BGE 25 II 126 ; 32 II 638 ; 40 II 259 ; VON TUHR, Schweiz. OR 388). Es ist nicht bestritten, dass das Kapital zinstragend angelegt wurde, und auch betreffend die Höhe des Zinssatzes ist keine Berichtigung angebracht worden (VI der Klagebeantwortungsschrift). Freilich entfällt grundsätzlich ein Erstattungsanspruch, sowohl hinsichtlich des Kapitals wie der Zinse, soweit der Empfänger zur Zeit der Rückforderung nachweisbar nicht mehr bereichert ist (Art. 64 OR). Diesen Nachweis hat aber die Beklagte nicht geleistet. Dass sie das Kapital nicht mehr besitze, behauptet sie gar nicht, und was sie bezüglich der Zinse vorbringt, ist gleichfalls nicht tauglich, einen Wegfall der Bereicherung darzutun. Sie erklärt, die Zinse hätten zu ihrem Unterhalt gedient, und zwar habe sie infolge der grossen Aufregungen, welche die Pflege des kranken Mannes mit sich gebracht, grosse Ausgaben für ärztliche Behandlungen, Kuren usw. gehabt. Gesetzt, die Zinse seien zu solchen Unterhaltzwecken der Beklagten verwendet worden, so hat sie das Geld allerdings nicht mehr, allein sie hat dann eben andere Mittel erspart, die sie sonst für die betreffenden, nach ihrer Darstellung notwendigen Ausgaben hätte aufwenden müssen, und ist somit um den Betrag der Ersparnis bereichert.

5. — Der Hinweis auf Art. 173 ZGB geht ebenfalls fehl. Diese Bestimmung verbietet lediglich die Zwangsvollstreckung zwischen Ehegatten, nicht auch die gerichtliche Belangung und auch nicht die Einforderung von Verzugszinsen, wie die Beklagte geltend macht. Hier stehen übrigens nicht Verzugszinse in Frage, sondern es handelt sich um die Erstattung von Erträgnissen einer ungerechtfertigten Zuwendung, einen Teil des Bereicherungsanspruches, wie oben dargetan worden ist.

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 20. April 1934 wird bestätigt.

**5. Urteil der II. Zivilabteilung vom 8. Februar 1935**  
i. S. **Ermel** gegen **Ermel**.

Anfechtung der Ehelichkeit eines Kindes bei Zeugung vor der Ehe, Art. 255 Abs. 2 ZGB :

1. Der Nachprüfung durch das Bundesgericht ist regelmässig entzogen, ob Beiwohnung des Ehemannes um die Zeit der Empfängnis « glaubhaft gemacht » werde.
2. « Um die Zeit der Empfängnis » = in der Zeit vom 300. bis zum 180. Tage vor der Geburt.
3. Auch diese Vermutung der Ehelichkeit kann nur durch den Nachweis der Unmöglichkeit der Vaterschaft entkräftet werden.

A. — Mit der vorliegenden Klage ficht der Kläger die Ehelichkeit des von der Erstbeklagten, mit der er am 23. Juli 1932 die Ehe eingegangen ist, am 11. Oktober 1932 geborenen Kindes, der Zweitbeklagten, an. Der Kläger gesteht zu, schon am 27. Februar 1932 mit der Erstbeklagten geschlechtlich verkehrt zu haben.

B. — Das Obergericht des Kantons Aargau hat am 5. Oktober 1934 die Klage abgewiesen, indem es als glaubhaft erachtete, dass der Kläger schon am 17. Januar 1932 mit der Erstbeklagten geschlechtlich verkehrt habe.

C. — Gegen dieses Urteil hat der Kläger die Berufung an das Bundesgericht erklärt mit dem Antrag auf Gutheissung der Klage.

*Das Bundesgericht zieht in Erwägung :*

Von während der Ehe geborenen Kindern wird die Ehelichkeit vermutet (Art. 252 ZGB). Diese Vermutung der Ehelichkeit fällt bei Geburt wenigstens 180 Tage nach Abschluss der Ehe nur durch den Nachweis der Unmöglichkeit der Vaterschaft weg (Art. 254), bei Geburt vor dem 180. Tage jedoch schon infolge der blossen Erhebung der Klage auf Anfechtung der Ehelichkeit (Art. 255 Abs. 1), ausser wenn glaubhaft gemacht wird, dass der Ehemann um die Zeit der Empfängnis der Mutter beigewohnt habe (Art. 255 Abs. 2). Im letzteren Falle kann die Vermutung der Ehelichkeit ebenfalls nur durch den Nachweis der Unmöglichkeit der Vaterschaft entkräftet werden, nicht schon durch den Nachweis irgendeiner Tatsache, die erhebliche Zweifel über die Vaterschaft des Ehemannes rechtfertigt, oder durch unzüchtigen Lebenswandel der Mutter um die Zeit der Empfängnis (Art. 314 Abs. 2 und 315 ZGB). Und die von Art. 255 Abs. 2 gebrauchte Wendung « um die Zeit der Empfängnis » will nichts anderes sagen als : in der Zeit vom 300. bis zum 180. Tage vor der Geburt. Denn der Regelung des Art. 254, dass bei Geburt des Kindes wenigstens (also gegebenenfalls nur) 180 Tage nach Abschluss der Ehe der Ehemann seine Klage nur durch den Nachweis zu begründen vermag, dass er unmöglich der Vater des Kindes sein könnte, würde es nicht entsprechen, wenn die Anfechtung der Ehelichkeit eines zwar während der Ehe, aber früher als 180 Tage nach deren Abschluss geborenen Kindes erleichtert würde, obschon anzunehmen ist, dass der Ehemann ebensolange vor Abschluss der Ehe der Mutter beigewohnt hat. Insbesondere liegt kein zureichender Grund dafür vor, die Stellung des Kindes dadurch zu erschweren, dass Glaubhaftmachung einer Beiwohnung

im Zeitpunkte gefordert wird, der nach dem Grad der Reife des Kindes bei der Geburt der mutmasslichen Empfängniszeit ungefähr entspricht. Nicht nur ist jeder derartige Beweis erfahrungsgemäss wenig zuverlässig, sondern es wird auch für die Mutter meist gar keine Veranlassung vorliegen, in dem für sie kritischen Zeitpunkt der Geburt irgendetwas zur Sicherung eines derartigen Beweises vorzukehren. Würde ihr ein solcher Beweis nicht gelingen, so könnten unter Umständen doch noch die Voraussetzungen für eine Vaterschaftsklage gegeben sein, weil jener Beweis misslingen kann, ohne dass geradezu Tatsachen vorliegen, die erhebliche Zweifel über die Vaterschaft des nunmehrigen Ehemannes rechtfertigen. Allein es kann nicht als Meinung des Gesetzes angesehen werden, dass sich bezüglich eines während der Ehe geborenen Kindes zwischen den Ehegatten die Frage einer Vaterschaftsklage erheben könne ; somit darf die Vermutung der Ehelichkeit eines solchen Kindes nicht an schwerere Voraussetzungen geknüpft werden als diejenigen, unter welchen die Vaterschaft des nunmehrigen Ehemannes vermutet worden wäre, wenn es nicht zum Abschluss der Ehe gekommen wäre, also an und für sich an jede Beiwohnung in der Zeit vom 300. bis zum 180. Tage vor der Geburt des Kindes. Art. 255 Abs. 2 ZGB weicht somit in seinen Voraussetzungen von Art. 314 Abs. 1 nur insofern zugunsten des während der Ehe geborenen Kindes ab, als bloss glaubhaft gemacht zu werden braucht, dass der nunmehrige Ehemann in der Zeit vom 300. bis zum 180. Tage vor der Geburt des Kindes der Mutter beigewohnt hat, um die Vermutung der Ehelichkeit des Kindes zu begründen.

Indessen genügt die vom Kläger zugestandene Beiwohnung vom 27. Februar 1932 zur Begründung der Ehelichkeitsvermutung doch deswegen nicht, weil die Erstbeklagte schon am 8. März von einem Arzt als « erinnerungsgemäss im 3. Monat » schwanger befunden wurde, woraus sich ergibt, dass jene Beiwohnung unmöglich hat

zur Schwängerung führen können (gleichwie entsprechend im Vaterschaftsprozess gemäss BGE 45 II 487). Dagegen erachtet die Vorinstanz als « glaubhaft gemacht », dass der Kläger der Erstbeklagten erstmals schon am 17. Januar beigewohnt habe. Dass die Umstände des Falles schlechterdings nicht auf den von Art. 255 Abs. 2 ZGB geforderten geringen Grad der Wahrscheinlichkeit einer solchen früheren Beiwohnung schliessen lassen, kann nicht gesagt werden; diese Annahme lässt sich also nicht etwa als bundesrechtswidrig beanstanden. Daran scheidet aber der Nachweis des Klägers, dass er unmöglich der Vater des Kindes sein könne. Insbesondere hat der Kläger mit Recht nicht geltend gemacht, dieser Nachweis folge von Bundesrechts wegen schon aus der Weigerung der Erstbeklagten, sich der Blutprobe zu unterziehen.

*Demnach erkennt das Bundesgericht:*

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichtes des Kantons vom 5. Oktober 1934 bestätigt.

## **6. Urteil der II. Zivilabteilung vom 1. März 1935**

### **i. S. Vormundschaftsbehörde Sumiswald gegen Schütz.**

Art. 157 ZGB: Begehren von Vater oder Mutter um Anordnung von Änderungen in der Gestaltung der Elternrechte sind gegebenenfalls gegen die Vormundschaftsbehörde zu richten, und diese kann gegen die Gutheissung Rechtsmittel ergreifen.

A. — Der in Paris wohnende Kläger, Bürger von Sumiswald, schloss am 9. Oktober 1931 mit seiner damaligen Ehefrau « im Hinblick auf die gerichtliche Scheidung ihrer Ehe » eine « Ehescheidungskonvention » ab, wonach das am 9. Januar 1928 geborene gemeinsame Kind Rose-Marie zur Pflege und Ausbildung seiner Mutter anvertraut wurde. Diese Konvention wurde durch das Scheidungsurteil des Amtsgerichtes Trachselwald vom 11. Dezember 1931 genehmigt.

Am 15. Juni 1932 starb die Mutter.

Am 10. August 1932 erhob der Kläger beim Amtsgericht Trachselwald Klage mit dem Antrag, das Scheidungsurteil sei in dem Sinne abzuändern, dass das aus der Ehe entsprossene Kind zur Pflege, Erziehung und Ausbildung seinem Vater zugesprochen und seiner väterlichen Gewalt unterstellt wird.

B. — Mit « Eingabe » vom 24. Januar 1933 stellten die Vormundschaftsbehörde von Sumiswald und N. Solari in Mailand (dieser in seiner Eigenschaft als am 28. Oktober 1932 von der Vormundschaftsbehörde Sumiswald dem Kinde bestellter Vormund) den Antrag: Das Begehren um Unterstellung des Kindes unter die väterliche Gewalt sei abzuweisen.

C. — Das Amtsgericht Trachselwald hat am 5. Oktober 1934 die Klage gutgeheissen.

D. — Auf die Appellation der Vormundschaftsbehörde von Sumiswald und der mütterlichen Grossmutter des Kindes ist der Appellationshof des Kantons Bern am 5. Dezember 1934 nicht eingetreten.

In den Entscheidungsgründen wird unter Hinweis auf ein früheres, in der Zeitschrift des bernischen Juristenvereins 61, 276 abgedrucktes Urteil verneint, dass im Verfahren nach Art. 157 ZGB eine Vormundschaftsbehörde als passivlegitimierte Partei ins Recht gefasst werden könne, und weiter wird verneint, dass aus dem in Art. 157 ZGB festgelegten Recht der Vormundschaftsbehörde, Begehren zu stellen, das Recht abgeleitet werden könne, die Abänderung eines erstinstanzlichen Urteils zu beantragen.

E. — Gegen dieses Urteil hat die Vormundschaftsbehörde von Sumiswald die Berufung an das Bundesgericht eingelegt mit den Anträgen, es sei aufzuheben, die Sachlegitimation der Vormundschaftsbehörde sei zu bejahen und das Klagebegehren unter Aufrechterhaltung der von der Vormundschaftsbehörde am 28. Oktober 1932 verfügten Vormundschaft abzuweisen, eventuell sei die Sache zur materiellen Beurteilung zurückzuweisen.