

tiers ne suscite plus de doutes sérieux sur cette paternité, qui doit donc être admise.

Tel est le vœu de la loi. En admettant au contraire que la simple coexistence de rapports sexuels avec deux hommes suffisait, au regard de l'art. 314 al. 2, la Cour a donc faussement appliqué cette disposition, et cette erreur de droit doit être redressée par le Tribunal fédéral.

5. — En fait, l'examen auquel la Cour aurait dû procéder donne les résultats suivants :

Z. a cohabité avec D^{lle} M. 283 jours avant la naissance. B. a également cohabité avec elle le 30 juillet, c'est-à-dire 244 jours avant la naissance.

Or la durée de 283 jours correspond sensiblement au terme ordinaire reconnu par la physiologie. Il suit de là que la naissance d'un enfant à terme, le 31 mars 1932, accuse une cohabitation originelle à une date qui correspond à celle des dernières relations de D^{lle} M. avec son ami Z.

Le délai de 244 jours qui sépare la naissance et les rapports de la mère avec le nommé B. est, au contraire, nettement inférieur à la moyenne. En d'autres termes, si D^{lle} M. avait conçu des œuvres de B., sa grossesse aurait été anormalement brève. Or rien ne permet d'admettre que tel ait été le cas ; car la sage-femme qui a assisté la parturiente a déclaré que le nouveau-né portait tous les signes d'un enfant mis au monde à terme.

Pour cette raison déjà, la paternité de Z. est beaucoup plus vraisemblable que celle de B.

Mais il y a plus : la Cour a constaté que D^{lle} M. n'avait pas eu ses règles en juillet 1931. Elle ajoute que cette circonstance n'est pas, en soi, une preuve que la jeune fille fût enceinte à ce moment-là. Cette observation est théoriquement juste. Mais, du moment qu'on a constaté plus tard une grossesse, dont le début devait normalement être antérieur au moment où les règles de D^{lle} M. furent interrompues, cette interruption constitue à tout le moins un indice qui renforce considérablement la

vraisemblance de la paternité Z. A cela s'ajoute le fait qu'en juillet 1931, D^{lle} M. — vraisemblablement avertie par les malaises propres à cet état — se sentait déjà enceinte.

Bref, si la cohabitation avec B. permet de conserver théoriquement quelques doutes sur la paternité du défendeur, ces doutes sont infimes et ne sauraient mériter le qualificatif de sérieux (*erheblich*) au sens de l'art. 314 al. 2 CC.

Contrairement à ce qu'a jugé la Cour cantonale, l'exception prévue par cette disposition doit donc être rejetée et la paternité du défendeur admise.

Par ces motifs,

le Tribunal fédéral prononce :

Le recours est partiellement admis.

70. Urteil der II. Zivilabteilung vom 6. Dezember 1935 i. S. Stucki gegen Kleeb und Amport.

ZGB Art. 314 Abs. 2: Wann rechtfertigt der Reifegrad des Kindes erhebliche Zweifel über die Vaterschaft des Beklagten, welcher der Mutter in der Zeit vom 300. bis zum 180. Tage vor der Geburt beigewohnt hat ?

A. — Auf Vaterschaftsklage der damals 19 jährigen unverheirateten Erstbeklagten und ihres am 30. Juni 1931 geborenen Knaben wurde der Kläger wegen einer am 6. September 1930 erfolgten Beiwohnung durch (rechtskräftig gewordenes) Urteil des Amtsgerichtes von Aarwangen vom 13. Februar 1932 zu Ersatzleistungen an die Mutter, Unterhaltsleistungen an das Kind und Prozesskostenersatz an beide verurteilt. Als sich die Parteien später verlobten, konnte der Kläger der Beklagten das Geständnis entlocken, sie habe das Kind aus der spätern Beiwohnung eines Dritten empfangen, der seinerzeit im Vaterschaftsprozess als Zeuge jeden Geschlechts-

verkehr mit der Beklagten bestritten hatte. In der daraufhin gegen diesen Dritten wegen falschen Zeugnisses eröffneten Strafuntersuchung bezeichnete jedoch die Beklagte dieses Geständnis als unwahr und hielt auch der angeschuldigte Dritte an seiner frühern Aussage fest, weshalb die Strafuntersuchung mangels Schuldbeweises aufgehoben wurde. Dagegen wurde einem Begehren des Klägers um neues Recht auf Grund eines gynäkologischen Gutachtens vom Appellationshof des Kantons Bern am 14. November 1934 entsprochen und der Kläger « gegenüber dem Urteil des Amtsgerichtes von Aarwangen vom 13. Februar 1932 in die frühere Stellung eingesetzt ». Hierauf erhob der Kläger die vorliegende Klage mit den Anträgen auf Abänderung des Urteils des Amtsgerichtes von Aarwangen vom 13. Februar 1932, Abweisung der damaligen Vaterschaftsklage und Rückerstattung der bisher von ihm bezahlten Vaterschaftsleistungen und Prozesskosten und Herausgabe eines für den Rest ausgestellten Verlustscheines.

Dem erwähnten Gutachten mit Nachträgen ist zu entnehmen :

« Das Kind war unmittelbar nach der Geburt 48 cm lang und wog 2750 gr. Körperlänge und -gewicht waren also unter dem Durchschnittswert reifer Neugeborener. Der übrige Entwicklungszustand war entsprechend. Das Kind wurde mit allergrösster Wahrscheinlichkeit etwa 7-14 Tage vor der vollkommenen Reife geboren. Es ist zunächst der engste Zeitraum festzulegen, innerhalb welchem die Konzeption mit der grössten Wahrscheinlichkeit stattgefunden hat. Unter Zugrundelegung einer normalen Schwangerschaftsdauer von 270 (Vignes) bis 275 Tagen (Hüsey) und einem 7-14 Tage zu frühen Eintritt der Geburt hat man vom Datum der Geburt wenigstens 256 und höchstens 268 Tage zurückzurechnen. Damit kommt man auf den Zeitraum vom 5. bis 17. Oktober 1930. Es ist zuzugeben, dass auch ausserhalb dieses Zeitraumes eine Konzeption möglich war. Die Wahr-

scheinlichkeit nimmt aber von Tag zu Tag unsomehr ab, je grösser die Entfernung vom 5. Oktober rückwärts oder vom 17. Oktober vorwärts gezählt wird. Für den vorliegenden Fall eines um 7-14 Tage zu früh geborenen Kindes hat man als äusserste Grenze 226 bis höchstens 295 Tage zu bezeichnen. Dabei sind die extremen Grenzen bereits als sehr unwahrscheinliche Zahlen zu bezeichnen. Was jenseits dieser Grenzen liegt, ist als Schwangerschaftsdauer nach menschlichem Ermessen als ausgeschlossen zu betrachten, weil solche Fristen noch von niemand einwandfrei nachgewiesen worden sind, obwohl natürlich zahllose Beobachtungen über die Schwangerschaftsdauer vorliegen. Als ausgeschlossen ist demnach eine Konzeption vor dem 8. September und nach dem 16. November 1930 zu betrachten... Angesichts des Reifegrades des Kindes liegt die Konzeption mit allergrösster Wahrscheinlichkeit im Zeitraum vom 5. bis 17. Oktober 1930. Als möglich, aber unwahrscheinlich wäre eine Konzeption ausserhalb des eben genannten Zeitraumes nach dem 8. September 1930 und vor dem 16. November 1930 zu betrachten. Je mehr sich aber zwischen dem 8. September und dem 16. November 1930 ein Tag diesen extremen Grenztagen nähert, umso grösser ist die Unwahrscheinlichkeit, dass er als Konzeptionstag in Betracht kommt. Jedes Datum ausserhalb der eben genannten Frist ist nach jedem menschlichen Ermessen als Konzeptionstag ausgeschlossen ; denn unter unzähligen Beobachtungen, die in der Literatur niedergelegt sind, befindet sich keine einzige, welche die Möglichkeit einer entsprechend langen oder kurzen Schwangerschaftsdauer mit lebend geborenem Kind einwandfrei beweisen würde.» (Ergänzung :) « Einer gewissen physiologischen Schwankung ist, wie es in meinem Gutachten geschah, Rechnung zu tragen. Es wurde von mir eine Breite vom 8. September bis zum 16. November 1930 in Betracht gezogen. Eine Ausdehnung dieser Frist bis zum 1. September 1930 nach rückwärts bei einem 48 cm langen, 2750 gr. schweren

neugeborenen Knaben zieht eine Ausnahmefähigkeit von so grosser Unwahrscheinlichkeit in Betracht, dass ich sie « nach jedem menschlichen Ermessen als ausgeschlossen » bezeichnet habe. So extreme Ausnahmen sind naturgemäss äusserst schwierig zu beurteilen. Es wird dies z. B. die Tatsache beleuchten, dass in schwierigen Fällen zwar eine extreme Schwangerschaftsdauer von Richtern und Experten nicht als « absolut unmöglich », wohl aber als « offenbar unmöglich » bezeichnet wurde. Zuzugeben ist, dass die auf den 8. September 1930 gesetzte äusserste Grenze so nahe an dem wichtigen Datum des 6. September 1930 liegt, dass der Schein einer gewissen Willkür entsteht, welcher Schein mir heute, in Kenntnis der Akten, noch mehr auffällt als bei Abfassung des Gutachtens. Allein der 8. September 1930 ist errechnet unter einer Annahme, dass die Geburt, nach dem Längenmass beurteilt, nur eine Woche zu früh erfolgte, und dass demnach die Schwangerschaft 295 Tage gedauert hätte, d. h. bereits 20 bis 25 Tage über dem Mittelwert von 270 bis 275 Tagen (gerechnet von der Beiwohnung bis zur Geburt). In Wirklichkeit fiel die Kurve der Wahrscheinlichkeit bei graphischer Darstellung von ihrem Maximum weg (5. bis 17. Oktober 1930) allmählich ab, näherte sich immer mehr der Nullabszisse, der sie Mitte September schon sehr nahe ist, um dann am 8. September 1930 fast unmerklich in sie überzugehen. Es scheint mir Pflicht des Experten zu sein, hier vielleicht noch besonders deutlich auszudrücken, dass die minimale noch zu berücksichtigende Wahrscheinlichkeit des 8. September 1930, entsprechend dem eben gegebenen Bilde, der von mir als nicht mehr zu berücksichtigenden Unwahrscheinlichkeit des 6. September 1930 als Konzeptionstag sehr nahe liegt. Dass die Begrenzung gerade so fiel, erklärt sich daraus, dass die maximale Schwangerschaftszeit bei völlig reifem Kind mit 302 Tagen angegeben wird (Hüssy). Berücksichtigt man noch, dass junge Mütter in der Regel etwas leichtere und wohl auch eher

etwas unter Mittel lange Kinder haben, was Anlass zur Berücksichtigung der Möglichkeit gab, dass das 48 cm lange Kind nur eine Woche zu früh geboren sei, so hat der Experte sein Mögliches getan, um den Richter über den hohen Grad der Unwahrscheinlichkeit des 6. September 1930 als Konzeptionstag zu orientieren. Es sei wiederholt: der « Unwahrscheinlichkeit », nicht der « absoluten Unmöglichkeit ».

(Weitere Ergänzung :) « Der 6. September 1930 kann als Konzeptionsdatum nicht mit absoluter, sondern mit offener Unmöglichkeit, mit ausserordentlich hoher Unwahrscheinlichkeit nicht in Betracht kommen. »

B. — Der Appellationshof des Kantons Bern hat am 3. Oktober 1935 die Klage (auf Abänderung des frühern, die Vaterschaftsklage zusprechenden Urteiles usw.) abgewiesen.

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

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. — In diesem Vaterschaftsprozess mit umgekehrten Parteirollen ist nurmehr streitig, ob der Reifegrad des Kindes bei der Geburt am 30. Juni 1931 erhebliche Zweifel darüber rechtfertige, dass es vom Kläger durch seine von der Vorinstanz für das Bundesgericht verbindlich festgestellte Beiwohnung am 6. September 1930, also 297 Tage vor der Geburt, erzeugt worden sei. Die Vorinstanz bezeichnet das vorliegende, auf dem heutigen Stande der Wissenschaft beruhende Gutachten, das die Möglichkeit der Vaterschaft des Klägers zwar nicht kraft eines allgemein gültigen Satzes auszuschliessen vermöge, sie aber mit Sicherheit als mit den bisherigen, durch Generationen unter sorgfältiger kritischer Sichtung des Materials gesammelten Erfahrungen widersprechend bezeichnen könne, als gewiss geeignet, erhebliche Zweifel an der Vaterschaft des Klägers zu rechtfertigen. Allein weil

das Gutachten nicht volle Gewissheit schaffe, die Vermutung der Vaterschaft des Klägers zu erschüttern, bezeichnet die Vorinstanz das Gutachten doch als ungenügend vor der Rechtsprechung des Bundesgerichtes in BGE 51 II 112, der sie sich anschliesst, obwohl ihr die daherige Auslegung des Art. 314 Abs. 2 ZGB nicht zwingend erscheint.

In der Tat hat das Bundesgericht damals ausgesprochen, dass in einem Falle wie dem vorliegenden erhebliche Zweifel gemäss Art. 314 Abs. 2 ZGB nach dem Sinn und Geist dieser Gesetzesbestimmung wohl nur dann in Frage kommen können, wenn die Zeugung durch den festgestellten Geschlechtsverkehr vom Experten direkt als ausgeschlossen bezeichnet wird, sei es dass... das Kind bei der Geburt eine körperliche Entwicklung aufwies, die auch bei weitester Berücksichtigung der möglichen Entwicklungsschwankungen des Fötus die Zeugung durch den festgestellten Geschlechtsverkehr als unmöglich erscheinen lässt. Daraus zog das Bundesgericht für den damals vorliegenden Fall den Schluss: « Diese Voraussetzungen liegen nun aber im gegebenen Fall nicht vor, da hier zwischen der vom Experten als sehr wahrscheinlich bezeichneten Konzeptionszeit und dem Zeitpunkt des festgestellten Geschlechtsverkehrs eine Differenz von nur 18 Tagen besteht und der Experte es infolgedessen auch nicht für ausgeschlossen, sondern nur für äusserst unwahrscheinlich erachtet hat, dass die Zeugung bei dem am 18. September vollzogenen Geschlechtsverkehr stattgefunden habe. »

Diesen Ausführungen gibt jedoch die Vorinstanz eine zu enge Auslegung, wenn sie glaubt, ihnen auch den jetzt vorliegenden Fall subsumieren zu sollen. Anlass dazu mag die etwas starre Formulierung des früheren Präjudizes gewesen sein. Sie ist insofern unangebracht, als sich die experimentelle Wissenschaft wohl davor wird hüten müssen, in den den bisher beobachteten Grenzfällen der Schwangerschaftsdauer naheliegenden Fällen

geradezu von Unmöglichkeit im eigentlichen Sinn des Wortes zu sprechen. Nur aus diesem Bestreben heraus lässt sich verstehen, dass die Redewendungen des vorliegenden Gutachtens bei der von den Beklagten veranlassten Ergänzung und bei der gerichtlichen Einvernahme des Gutachters einigermaßen abgeschwächt wurden; sachlich ist der Gutachter in keiner Weise von seinem ursprünglich eingenommenen Standpunkt abgewichen und hat er sich nicht etwa nachträglich selbst widersprochen. Der Gutachter kann es freilich nicht mit den Methoden der exakten Wissenschaft beweisen, dass das am 30. Juni geborene nicht voll ausgereifte Kind der Beklagten « unmöglich » am 6. September des Vorjahres gezeugt worden sei, sondern er muss sich darauf beschränken, dies als eine nie beobachtete Ausnahme zu bezeichnen, deren Eintreffen um so unwahrscheinlicher sei, als zwar unter ähnlichen Verhältnissen schon ganz wenig kürzere Schwangerschaftsdauern haben beobachtet werden können, jedoch nur äusserst selten. Dies muss aber genügen, um erhebliche Zweifel über die Vaterschaft des Klägers aus seiner Beiwohnung vom 6. September 1930 zu rechtfertigen, ebensogut wie das negative Ergebnis einer Blutprobe als hierfür ausreichend angesehen wird, obwohl dieses Beweismittel nicht absolut zuverlässige Ergebnisse liefert, weshalb nicht ausser dem Bereich der Möglichkeiten liegt, dass ganz ausnahmsweise einmal doch der wirkliche Vater sein könnte, wer durch die Blutprobe von der Vaterschaft ausgeschlossen wird (BGE 61 II 72). Von dem früher beurteilten Fall unterscheidet sich der vorliegende denn auch dadurch, dass die Beiwohnung des Klägers nicht nur 18, sondern mindestens 29 Tage vor dem Beginn der wahrscheinlichen Empfängniszeit stattgefunden hat. Aus dem vorliegenden Gutachten ergibt sich aber, dass die Beobachtungen über längere Schwangerschaftsdauern nicht mehr die ganze Zwischenzeit von 11 Tagen umfassen. Somit sprengt der Entscheid der Vorinstanz den Rahmen des früheren Präjudizes und ist

umgekehrt die gegenteilige Entscheidung sehr wohl mit ihm zu vereinbaren. In der Tat ergibt sich aus dem Gutachten und dem angefochtenen Urteil, dass sowohl der Gutachter als die Vorinstanz davon überzeugt sind, dass das Kind der Beklagten nicht schon am 6. September 1930 gezeugt worden ist, und auf diese Überzeugung darf abgestellt werden, da nicht ersichtlich ist, inwiefern ein Rechtsirrtum auf sie eingewirkt hätte.

2. — Ist somit die Klage auf Abänderung des früheren Urteils grundsätzlich gutzuheissen, so ist die Sache im übrigen an die Vorinstanz zurückzuweisen zur Anwendung des Art. 372 der Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, wonach « die Zurückerstattung des infolgedessen Geleisteten » verlangt werden kann, und insbesondere zur Ausmittlung der zu ersetzenden Kosten des früheren Prozesses.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird dahin begründet erklärt, dass in Aufhebung des Urteils des Appellationshofes des Kantons Bern vom 3. Oktober 1935 das Urteil des Amtsgerichtes Aarwangen vom 13. Februar 1932 aufgehoben, die Vaterschaftsklage abgewiesen und im übrigen die Sache an die Vorinstanz zurückgewiesen wird, dies auch zur Verlegung der Kosten des kantonalen Verfahrens.

**71. Urteil der II. Zivilabteilung vom 12. Dezember 1935
i. S. Grau gegen Schnyder.**

ZGB Art. 188 findet keine Anwendung auf Schenkungen unter Ehegatten, ebensowenig auf den Wechsel vom Güterstand der Güterverbindung zu demjenigen der Gütertrennung (ausgenommen auf bares Geld, andere vertretbare Sachen und nur der Gattung nach bestimmte Inhaberpapiere der Ehefrau) (Erw. 1). Behauptet beim Güterstand der Gütertrennung ein Ehegatte (gegenüber der Pfändung des anderen), ein (gepfändetes)

Vermögensstück gehöre ihm, so ist er hiefür beweispflichtig, und zwar auch als Beklagter im Widerspruchsprozess (Erw. 2).

A. — Der Kläger betreibt den Beklagten aus Rückbürgschaft, welche dieser am 19. Februar 1932 eingegangen war. Von den hiebei gepfändeten Sachen beansprucht des Beklagten Ehefrau eine Anzahl als ihr Eigentum.

Mit der vorliegenden, gegen beide Ehegatten (den Ehemann « gemäss ZGB Art. 168 Abs. 2 und SchKG Art. 285 ff. » erhobenen Klage (« Widerspruchsklage » gemäss Art. 109 SchKG) verlangt der Kläger Feststellung, dass diese Sachen zu seinen Gunsten der Pfändung und Verwertung unterliegen. Die seit 1903 verheirateten Beklagten schützen folgende Rechtsgeschäfte vor :

einen am 23. November 1920 am damaligen ehelichen Domizil in Zug geschlossenen Ehevertrag auf Gütertrennung, der ins dortige Güterrechtsregister eingetragen, jedoch bei der späteren Verlegung des Wohnsitzes nach Luzern nicht in das luzernische Güterrechtsregister übertragen wurde,

eine in gleicher Weise eingetragene, ebenfalls nicht übertragene Vereinbarung vom 15. Dezember 1920, wonach der Ehemann « das von seiner Ehefrau in die Ehe gebrachte Frauengut wie folgt anerkennt » : (folgt ein Verzeichnis von Möbeln, Wäsche, Haus- und Küchengeräten im angegebenen Werte von 11,000 Fr.),

einen am 10. Februar 1933 in Luzern geschlossenen und ins dortige Güterrechtsregister eingetragenen Ehevertrag auf Gütertrennung « in Abänderung ihres in letzten Jahren gehaltenen Güterstandes der Güterverbindung » mit der Klausel : « Die Ehefrau hält aufrecht und der Ehemann anerkennt das unbeschränkte Eigentum der ersteren an folgenden Vermögenswerten : 1. Nicht in Geld bestehende Vermögenswerte (folgt ein Verzeichnis von Fahrnissachen aller Art im angegebenen Werte von 40,100 Fr.), 2. Barvermögen bzw. Vermögen in Wertpapieren : 50 Stück Aktien zu 500 Fr. nom. der Hch. Grau A.-G. = 25,000 Fr. »