

Le mari a recouru en réforme en reprenant ses conclusions.

La femme a conclu au rejet du recours et à la confirmation du jugement.

*Extrait des motifs :*

Autre est la question de savoir si les constatations du jugement autorisaient à prononcer le divorce en vertu de l'art. 138 CC. Sur ce point, les griefs du recourant ne sont pas dépourvus de fondement. En effet, si le jugement dit bien que le recourant s'est rendu coupable d'injures et de sévices graves envers sa femme, il n'indique pas quels sont les faits qui motivent cette accusation ; il met ainsi le Tribunal fédéral dans l'impossibilité d'en vérifier le bien fondé et de juger de l'applicabilité de l'art. 138. Faute d'une autre cause de divorce, le jugement devrait donc être cassé d'office et la cause renvoyée devant les premiers juges pour compléter l'état de fait suivant l'art. 64 OJ. Mais il n'est pas nécessaire en réalité de recourir à cette solution, car si les constatations du jugement ne permettent pas, en l'état, de dire si l'action de la demanderesse est justifiée au regard de l'art. 138 (qu'elle n'a du reste pas expressément invoqué), elles suffisent cependant à la faire admettre en vertu de l'art. 142 CC, et, cela étant, le recours, en tant qu'il viserait simplement à faire substituer l'application de l'art. 142 à celle de l'art. 138 ou à faire juger d'abord du mérite de la demande au regard de l'art. 138, serait irrecevable, car il se caractériserait comme un recours portant uniquement sur les motifs du jugement. Suivant une jurisprudence déjà ancienne (RO 47 II 249) — et dont le Tribunal fédéral n'entend du reste pas se départir, malgré ce que les termes trop généraux de l'arrêt Harder (RO 68 II 68) pourraient laisser croire —, un recours tendant simplement à faire substituer une cause de divorce à une autre n'est recevable que si cette substitution peut avoir une conséquence quant aux effets accessoires du divorce, ou si, le divorce ayant été demandé pour cause

d'adultère, le juge cantonal l'a prononcé pour une autre cause, soit parce qu'il n'a pas admis que l'art. 137 fût applicable, soit encore parce que (comme dans l'arrêt RO 47 II 249 précité) il n'a pas estimé nécessaire de s'exprimer sur ce point. Or ces hypothèses ne sont pas réalisées en l'espèce.

**53. Urteil der II. Zivilabteilung vom 26. November 1942  
i. S. Rentsch gegen Oberli.**

*Vaterschaftsklage*, erhebliche Zweifel nach Art. 314 Abs. 2 ZGB : Sind solche begründet, weil der Beklagte der Kindsmutter erst 233 Tage vor der Geburt beigewohnt hat ? Bedeutung des Reifegrades des Kindes.

*Action en recherche de paternité*. Doutes sérieux selon art. 314 al. 2 CC : Sont-ils fondés lorsque le défendeur a cohabité avec la mère pour la première fois le 233<sup>e</sup> jour avant la naissance ? Importance du développement de l'enfant au moment de sa naissance.

*Azione di paternità*. Seri dubbi a'sensi dell'art. 314 cp. 2 CC : esistono quando il convenuto ha avuto il primo concubito con la madre soltanto il 233<sup>o</sup> giorno prima della nascita dell'infante ? Portata del grado di maturanza dell'infante al momento della sua nascita.

Die vorliegende Vaterschaftsklage auf Vermögensleistungen gemäss Art. 317 und 319 ZGB wurde von der 1. Instanz abgewiesen, vom Appellationshof des Kantons Bern dagegen am 7. Juli 1942 gutgeheissen. Mit der vorliegenden Berufung hält der Beklagte am Antrag auf Abweisung fest.

*Das Bundesgericht zieht in Erwägung :*

1. — Das Kind wurde am 10. Dezember 1940 geboren. Die kritische Zeit nach Art. 314 Abs. 1 ZGB geht vom 14. Februar bis zum 13. Juni 1940. Innerhalb dieser Zeit, in der Nacht vom 21. auf den 22. April 1940, hat der Beklagte der Mutter des Kindes beigewohnt. Somit ist er als Vater zu vermuten. Seine Einreden aus Art. 314 Abs. 2 und Art. 315, soweit sie sich auf das Verhalten der Kindsmutter stützen, scheitern an den Tatsachenfeststel-

lungen des Appellationshofes. Dessen rechtliche Erwägungen entsprechen dem Bundesrecht. Dass die Klägerin schon im Jahre 1936 ausserehelich geboren hatte, dass sie im vorliegenden Prozesse den Vater jenes Kindes verschwieg und dass sie sich dem Beklagten, den sie immerhin kannte, etwas unvermittelt hingab : das alles sind nach dem vorliegenden Sachverhalt keine Tatsachen, die erhebliche Zweifel an der Vaterschaft des Beklagten rechtfertigen, d. h. dringend den Verdacht anderweitigen in die kritische Zeit fallenden Geschlechtsverkehrs der Kindsmutter erwecken müssten. Auch ein unzüchtiger Lebenswandel im Sinne von Art. 315 ZGB ist nicht bewiesen.

2. — Indessen wird die Einrede aus Art. 314 Abs. 2 namentlich darauf gestützt, dass sich nach der Zeit der Beiwohnung eine Schwangerschaftsdauer von bloss 233 Tagen ergäbe ; eine so kurze Schwangerschaftsdauer müsse aber als ausgeschlossen gelten.

Das Bundesgericht hat schon mehrfach entschieden, dass sich « erhebliche Zweifel » gemäss Art. 314 Abs. 2 auch aus dem Reifegrad des Kindes ergeben können, sei es in Verbindung mit andern Umständen, sei es für sich allein, BGE 51 II 113/5, 61 II 305, 68 II 150/5. So stellt BGE 45 II 494 darauf ab, dass ein lebensfähiges Kind nach den Ergebnissen der biologischen Forschung mindestens 28 bis 30 Wochen (196 bis 210 Tage) getragen worden sein muss, also nicht einem bloss 188 Tage vor der Geburt erfolgten Beischlaf entstammt sein kann. Dagegen wurden in BGE 51 II 112 erhebliche Zweifel an der Vaterschaft eines Beklagten verneint, welcher der Mutter des Kindes 240 Tage vor der Geburt beigewohnt hatte ; das waren nur 18 Tage vor der vom Experten als sehr wahrscheinlich bezeichneten Empfängniszeit. In BGE 61 II 307 wurde von einer Begutachtung ausgegangen, wonach ein etwa 7-14 Tage vor der vollkommenen Reife geborenes Kind 226-295 Tage vor der Geburt gezeugt worden sein kann, wogegen ein früheres Zeugungsdatum als zwar nicht « absolut », aber doch « offenbar unmöglich » zu gelten

habe. Im vorliegenden Falle wies das Kind bei der Geburt nicht alle Zeichen vollkommener Reife auf. Der Knabe wog 2870 gr und war 48 cm lang, gegenüber den Durchschnittswerten von 3200 gr Gewicht und 50 cm Länge. Das ärztliche Zeugnis geht dahin : « Nach diesen Konstatierungen ist man berechtigt anzunehmen, dass das Kind am normalen Termin geboren wurde, oder dass die Geburt nur wenig (2 Wochen ?) zu früh erfolgte. » Der gerichtliche Experte bestätigte das Fehlen vollkommener Reife mit den Worten : « Ein Kind dessen Durchschnittsmasse an Länge und Gewicht sowie am Kopf nicht den allgemein bekannten entspricht, darf nicht als reif bezeichnet werden, auch wenn es eine kräftige Stimme hat und heftige Saugbewegungen ausführt » (Antwort vom 9. Oktober 1941 auf die zweite Erläuterungsfrage). Freilich hat nach den Feststellungen des Experten eine Tragzeit von nur 233 Tagen trotzdem als von der Norm abweichend, ja als eine grosse Seltenheit zu gelten. Aber der im Gutachten vom 17. September 1941 gezogene Schluss, « dass das Kind Rudolf Oberli, geboren am 10. Dezember 1940, durch eine Konzeption vom 21. auf den 22. April 1940 entstanden sein kann », ist unerschüttert geblieben. Eine Tragzeit von 233 Tagen ist angesichts der bei der Geburt nicht ganz erreichten Reife des Kindes nicht derart abnorm, dass mit einer am 21./22. April erfolgten Zeugung praktisch nicht mehr zu rechnen wäre. Bei diesem, dem Stande der biologischen Forschung entsprechenden Ergebnis (vgl. SCHWEIZER, Die Leistung des Beweises im Vaterschaftsprozess, S. 44 ff.) verstösst die Ablehnung der Einrede des Beklagten keineswegs gegen Bundesrecht.

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Appellationshofes des Kantons Bern vom 7. Juli 1942 bestätigt.