

werden sollte. Es kann auch nicht eingewendet werden, die Situation sei dieselbe wie im Falle der Wiederverheiratung der Witwe, die dadurch ihren Versorgerschadensanspruch verliert. Denn im Unterschied zum Stiefvater ist der Ehemann seiner Ehefrau gegenüber unterhaltspflichtig ohne Rücksicht darauf, ob sie eigenes Vermögen oder eigene Einkünfte hat oder nicht.

Die Beklagte macht weiter geltend, die Vorinstanz habe der Klägerin Nr. 4, Madeleine Linder, der Stieftochter des verunfallten Emil Studer, einen Versorgerschadensanspruch zuerkannt mit der Begründung, dieser sei der Versorger seiner Stieftochter gewesen. Im vorliegenden Falle habe die Vorinstanz dann aber nicht die Konsequenz gezogen aus der Tatsache, dass der Stiefvater Versorger seines Stiefkindes sei.

Diese Argumentation stellt aber einen Trugschluss dar. Das Stiefkind Madeleine Linder hat einen Versorgerschadensanspruch, weil sein ums Leben gekommener Stiefvater sein Versorger war, und nicht deswegen, weil Studer sein Stiefvater war. Denn ein Versorgeranspruch steht nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts jedem zu, der seinen tatsächlichen Versorger infolge der unerlaubten Handlung eines Dritten verliert.

9. — c) Endlich beantragt die Beklagte, die von der Vorinstanz der Klägerin Nr. 6, dem Kinde Margarethe Elisabeth Studer, zugesprochene Genugtuungssumme von Fr. 2000.— aufzuheben; dies deswegen, weil das Kind erst zwei Monate nach dem Tod seines Vaters zur Welt gekommen sei und durch die Wiederverheiratung seiner Mutter mit Inäbnit schon im Alter von einem Jahr einen Stiefvater erhalten habe; das Gefühl, ohne Vater aufwachsen zu müssen und die daraus resultierende psychische Belastung bestehe daher in diesem Falle nicht.

Es mag richtig sein, dass das Kind, das seinen eigenen Vater nie gekannt und schon in frühester Jugend einen Stiefvater erhalten hat, vorerst nicht das Gefühl hat, ohne Vater aufwachsen zu müssen. Immerhin darf man sich

nicht verhehlen, dass ein Stiefkind, namentlich wenn daneben noch Kinder aus der zweiten Ehe vorhanden sind, bisweilen vom Stiefvater als Fremdkörper in der Familie empfunden und behandelt wird. In einem solchen Falle ist dann das Los des Kindes sicherlich derart, dass die Voraussetzung für eine Genugtuung erfüllt ist. Aber selbst wenn das Kind vom Stiefvater mit der gleichen Liebe und Sorgfalt umgeben wird, die er einem eigenen Kinde zukommen liesse, so wird gleichwohl, wie die Vorinstanz mit Recht ausführt, einmal der Moment kommen, wo das Kind den wahren Sachverhalt erfahren muss. Das wird für es mit Sicherheit einen schweren psychischen Schock bedeuten. Der Mann, zu dem es bisher mit Liebe als zu seinem Vater aufgeblickt hat, erweist sich als ein Fremder; vom wirklichen Vater hat es keine Vorstellung. Damit entsteht für das Kind eine Lücke, die sich nie ausfüllen lässt und darum um so schmerzlicher empfunden und um so länger die Phantasie des Kindes namentlich im Entwicklungsalter beschäftigen wird. Dass dieser Schmerz nicht sofort mit dem Unfallereignis, sondern erst Jahre später ausgelöst wird, vermag die Kausalität im Rechtssinne nicht zu beseitigen und ist darum unerheblich. Die Berufung der Beklagten ist daher auch in dieser Hinsicht unbegründet.

28. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 26. März 1946 i. S. A. und R. gegen L.

Vergewaltigung einer Frauensperson durch drei Soldaten mit gegenseitiger Beihilfe. Aussereheliche Geburt. Keine Vaterschaftsklage erhoben, dagegen Klage auf Genugtuung gegen die drei Soldaten. Gutheissung. Art. 307 ff. ZGB, 49 OR.

Femme violente par trois soldats s'entr'aidant. Naissance d'un enfant naturel. Sans ouvrir d'action en paternité, la mère a réclamé aux trois soldats une indemnité pour tort moral. Demande accueillie. Art. 307 ss CC, 49 CO.

Donna violentata da tre soldati aiutatisi vicendevolmente. Senza promuovere un'azione di paternità, la madre ha domandato ai tre soldati un indennizzo per riparazione morale. Domanda accolta. Art. 307 e seg. CC, 49 CO.

Aus dem Tatbestande :

Die ledige Klägerin wurde am 12. Oktober 1943 nach 21 Uhr von drei Soldaten vergewaltigt. Diese vollzogen der Reihe nach mit ihr den Geschlechtsakt, wobei die Mitbeteiligten sie an Armen und Beinen festhielten. Am 4. Juli 1944 gebar sie einen Knaben. Sie belangte nun die vom Militärgericht zwar mangels Beweises des subjektiven Tatbestandes nicht wegen Notzucht, jedoch wegen öffentlicher unzüchtiger Handlung verurteilten drei Übeltäter auf Genugtuung nach Art. 49 OR. Die zwei in Obwalden Belangten wurden je zu Fr. 2400.— ohne Solidarität verurteilt. Mit der vorliegenden Berufung an das Bundesgericht halten sie am Antrag auf Abweisung der Klage fest.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. — (Streitwert, Zusammenrechnung entsprechend BGE 63 II 20).
2. — (Die Beiwohnung erfolgte widerrechtlich, mit Anwendung von Gewalt).

Die Beklagten sind indessen der Meinung, jeglicher Anspruch wegen dieser Handlungen sei ausgeschlossen, nachdem die Klägerin selbst (wie auch das Kind) auf eine Vaterschaftsklage wegen der dieser entgegenstehenden Einrede des Mehrverkehrs (Art. 314 Abs. 2 ZGB) verzichtet habe. Sie berufen sich auf BGE 67 II 78. Darnach kommt in der Tat der Vaterschaftsklage in gewissem Sinne ausschliessende Bedeutung zu, so dass daneben oder an deren Stelle nicht noch Ansprüche aus unerlaubter Handlung erhoben werden können. Aber diese Ausschliesslichkeit der familienrechtlichen Klage mit den dafür gegebenen Voraussetzungen gilt nicht schlechthin.

Schon vor dem Erlass des ZGB war streitig, ob und wie weit eine aussereheliche Beiwohnung Ansprüche aus unerlaubter Handlung zu begründen vermöge. Das Bundesgericht hatte sich mit dieser Frage unter dem Gesichtspunkt des Art. 76 des alten OR zu befassen und die grund-

sätzlich vom kantonalen Recht beherrschten Klagen des Familienrechts gegenüber denjenigen des Obligationenrechts aus unerlaubter Handlung abzugrenzen. Es entschied sich für die familienrechtliche Natur der Forderung, wenn einzig wegen der ausserehelichen Schwängerung als solcher geklagt werde und keine Umstände geltend gemacht werden, die der Beiwohnung deliktischen Charakter geben würden, wie etwa Verführung, Gewalt und Täuschung (BGE 14 S. 120). Darauf stützte TH. WEISS (Vaterschaftsklage und Art. 50 ff. OR, ZSR NF 15 S. 32 ff.) entgegen abweichenden Lehrmeinungen und kantonalen Entscheidungen seine Thesen, insbesondere : « 2. Nur wo der aussereheliche Beischlaf sich als widerrechtliche (unerlaubte) Handlung im Sinne der Art. 50 ff. OR (= Art. 41 ff. des geltenden OR) qualifiziert (z. B. bei Notzucht, Verführung), hat die Geschwängerte einen Anspruch auf Genugtuung gemäss Art. 55 (= 49 nOR) und einen solchen auf Ersatz des ihr durch die Unterhalts- und Erziehungskosten erwachsenden materiellen Schadens. 3. Im letztern Falle sind die beiden Ansprüche — derjenige des kantonalen Rechts *ex lege* und derjenige des eidgenössischen Rechts *ex delicto* — ganz unabhängig von einander, und es muss jeder nach der ihm eigenen Natur beurteilt werden. »

In den Vorarbeiten zum ZGB rechnete man zuerst mit einer indirekten Mithaftung anderer Beischläfer neben dem Beklagten, indem dieser verhältnismässig Rückgriff nehmen könne. Schon der Entwurf von 1896 ging aber davon ab, auch abgesehen vom Fall eines unzüchtigen Lebenswandels der Mutter. Vollends ging man bei der Gesetzesberatung davon aus, dass das Kind nur einen Vater haben kann (Erläuterungen zu den Art. 344-349 des Vorentwurfs; EUGEN HUBER, Sten. Bull. der Bundesversammlung 1905 S. 781). Darauf beruht die gesetzliche Ordnung mit der *exceptio plurium* (Art. 314 Abs. 2 ZGB), die auch bei Unschuld der Mutter Platz greift, z. B. gerade wenn sie das Opfer von Gewaltakten geworden ist. Daraus folgt, dass, wenn die Vermutung der Vaterschaft gegenüber dem einen

wie dem andern Beischläfer gemäss der soeben angeführten Vorschrift entkräftet ist, niemand als Schwängerer in Anspruch genommen werden kann.

Mit dieser Ordnung sind jedoch Ansprüche aus unerlaubter Handlung nicht in allen Fällen ausgeschlossen. Den Fall, dass der (erfolgreich mit der Vaterschaftsklage belangte) Schwängerer mit der Beiwohnung ein Verbrechen gegen die Mutter begangen hat, ordnet das ZGB selbst. Es sieht einen Genugtuungsanspruch der Mutter (Art. 318) und die Zusprechung des Kindes an den Vater mit Standesfolge vor (Art. 323). Daraus möchte vielleicht gefolgert werden, die familienrechtliche Ordnung sei auch für die Ansprüche bei deliktischer Beiwohnung abschliessend. Aber das kann nicht vom Gesetz gewollt sein und nicht anerkannt werden, jedenfalls nicht für Genugtuungsansprüche wie den vorliegenden. Bereits bei der Gesetzesberatung kam zum Ausdruck, dass der Genugtuungsanspruch der Mutter gegenüber dem Vater nur als Spezialfall eines Genugtuungsanspruches nach Art. 55 OR (= 49 nOR) erscheine (HOFFMANN, Sten. Bull. Ständerat 1905 S. 1197). Dann ist aber nicht einzusehen, wieso die familienrechtliche Ordnung Ansprüche aus OR gegen andere Personen als den allenfalls erfolgreich als Vater Belangten ausschliessen sollte, sofern die Voraussetzungen solcher Ansprüche nach OR erfüllt sind.

Bereits durch die Beiwohnung als solche, also auch, wenn es nicht zu einer Schwängerung kommt, kann die betreffende Frauensperson z. B. gesundheitlich, aber auch sonstwie geschädigt und ausserdem in ihren persönlichen Verhältnissen verletzt werden. Daraus hergeleitete Ansprüche, die mit dem Familienrecht nichts zu tun haben, wollte das ZGB zweifellos nicht ausschliessen. BGE 67 II 78 behält sie denn auch vor. Da sie im ZGB nicht geordnet sind, ist hiefür das diese Lücke ausfüllende OR anzuwenden.

Hier ist nur ein Genugtuungsanspruch streitig. Die Verletzung in den persönlichen Verhältnissen ist um so schwerer, wenn wie hier Mehrere zusammengewirkt und

der Reihe nach den Geschlechtsakt ausgeübt haben. Der vom Militärgericht gehegte Zweifel, ob sich die Täter «hinlänglich bewusst waren, dass sie einen ernsthaften Widerstand brachen», lässt die Tatsache des gewaltsamen Vorgehens bestehen. Das Militärgericht selbst spricht denn auch von einem bandenmässigen Überfall. Die Verneinung einer Notzucht im Strafprozess bindet übrigens den Zivilrichter nicht. Dieser kann die Tatsachen anders würdigen und eine vorsätzliche Vergewaltigung annehmen, gleichgültig ob diese eigentlich auch den Strafrechtstatbestand der Notzucht erfüllen würde. Hier entspricht die Annahme einer solchen Vergewaltigung dem Hergang der Tat. Die Klägerin trifft kein Selbstverschulden. Sie wehrte sich bis zuletzt. Es tut ihren Ansprüchen gegen die Beklagten keinen Abbruch, dass sie sich einschüchtern liess und nicht um Hilfe rief.

Bei der Bemessung der Genugtuungsansprüche haben die Vorinstanzen neben der Gewalttat an sich auch die Schwangerschaft und deren Folgen berücksichtigt. Es ist die Rede von der Erschwerung des Fortkommens und dem zeitlebens an der Klägerin haftenden Makel. Diese selbst weist noch vor Bundesgericht auf die «ihr aufgezwungene aussereheliche Mutterschaft» hin. Damit erhebt sich die Frage, ob die Voraussetzungen für Ansprüche wegen der Schwängerung gegeben seien, obschon keiner der Beklagten als Schwängerer nach Familienrecht gelten kann. Wären noch Schadenersatzansprüche streitig, so erschiene angesichts des erwähnten Präjudizes BGE 67 II 78 ein Meinungsaustausch mit der II. Zivilabteilung als unumgänglich. Zur Frage einer Genugtuung nach OR nimmt jedoch jener Entscheid offensichtlich nicht abschliessend Stellung. Er hebt hervor, dass im damaligen Fall die verschiedenen Beischläfer «unabhängig voneinander gehandelt haben». Im Unterschied dazu verübten die hier Beklagten ihre Gewaltakte gemeinsam, indem sie einander Beihilfe leisteten. Wenn auch ungewiss ist, welcher der drei Übeltäter der Schwängerer ist, muss doch analog Art. 314 ZGB

vermutet werden, dass es einer von ihnen war. Denn für sonstigen Mehrverkehr der Klägerin liegt nichts vor. Nun würde es gegen jedes Rechtsgefühl verstossen, die Beklagten eben wegen des gemeinsam verübten Gewaltstreiches für die der Klägerin, abgesehen von der Vergewaltigung an sich, noch insbesondere durch die Schwängerung zugefügte Unbill nicht gemäss Art. 49 OR zur Verantwortung zu ziehen. Sie können sich der Pflicht, dafür Genugtuung zu leisten, umsoweniger entziehen, als sie alle mit dem Eintritt einer Schwangerschaft zu rechnen hatten.

Die Bemessung der Genugtuungsforderung gegen jeden Beklagten auf Fr. 2400.— ist nicht übersetzt.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteils des Obergerichts des Kantons Obwalden vom 3. Januar 1946 bestätigt.

29. Extrait de l'arrêt de la I^{re} Cour civile du 7 juin 1946 dans la cause Poncet contre Hoirie Lavit.

Responsabilité du propriétaire d'un ouvrage, art. 58 CO.
Vizio de construction et inobservation d'une règle de police des constructions.

L'interruption de la balustrade d'un escalier le long du mur qui le ferme de côté et l'absence sur cet espace d'une main courante ne constituent pas en principe un vice de construction.

Werkhafung, Art. 58 OR.

Werkmangel und Nichtbeachtung einer Baupolizeivorschrift.
Die Unterbrechung des Treppengeländers längs einer die Treppe seitlich abschliessenden Mauer und das Fehlen eines Handlaufs auf dieser Strecke stellen grundsätzlich keinen Mangel in der Anlage des Werkes dar.

Responsabilità del proprietario d'un'opera (art. 58 CO).

Vizio di costruzione e inosservanza d'una norma di polizia edilizia.
L'interruzione della balaustrata d'una scala lungo il muro che la chiude lateralmente e la mancanza d'un appoggiatoio in questo spazio non costituiscono, in linea di massima, un vizio di costruzione.

Xavier Poncet habite avec sa famille une villa de construction ancienne, propriété de l'hoirie Lavit. Le 10 février 1942, Micheline Poncet, âgée alors de 14 ans, a fait une chute dans la maison en descendant l'escalier de pierre qui relie le premier étage au second. En tombant sur les reins, elle s'est fait une lésion qui a nécessité l'intervention des médecins, le séjour dans une clinique et divers traitements.

L'escalier où s'est produit la chute tourne autour d'un pan de mur qui s'élève d'un étage à l'autre. Il est muni d'une rampe, mais celle-ci s'interrompt au moment où elle rejoint le mur, long d'un peu plus d'un mètre, pour reprendre ensuite. Au haut de l'escalier, à droite en descendant, la balustrade de bois qui longe les trois premières marches, est terminée par un montant d'un mètre de hauteur, au pied duquel s'adapte, sur la maçonnerie, une moulure située de l'autre côté du tournant. La balustrade de fer, qui borde les quatre dernières marches au bas de l'escalier, a 1 m. 25 de long.

Xavier Poncet, agissant en qualité de représentant légal de sa fille Micheline, a intenté à l'hoirie Lavit une action en responsabilité fondée sur l'art. 58 CO. Il prétendait que la chute de l'enfant était due au fait que l'escalier était asphalté, étroit et glissant, et surtout qu'il n'était pas muni d'une main courante.

Le Tribunal fédéral, confirmant les jugements cantonaux, a rejeté cette action.

Extrait des motifs :

2. — Le demandeur prétend que l'interruption de la balustrade sur plus d'un mètre constitue un vice de construction. Il invoque d'abord à ce sujet la loi genevoise du 27 avril 1940, dont l'art. 61 al. 4 prescrit que tout escalier doit être muni d'une main courante. Mais, pour décider si l'on est en présence d'un défaut au sens de l'art. 58 CO, on ne doit pas commencer par rechercher si l'ouvrage satisfait ou non à certaines exigences légales, qui ne sont