

von Scheinehen, die dem Unwesen der Bürgerrechtsehen keineswegs ausreichend zu begegnen vermag» (BBlatt 1941 S. 385); und auch der Vollmachtenbericht vom 1. Mai 1942, der nach dem zit. Urteil i. S. Boschenrieder (10. Juli 1941, BGE 67 II 63) erstattet wurde, verliert kein Wort über eine Beeinflussung des gerichtlichen Nichtigkeitsverfahrens nach ZGB durch den (erneuerten) BRB bzw. über eine sonst eintretende unzutragliche Zweispurigkeit. Auf die eingeschlagene Praxis zurückzukommen bietet der vorliegende Fall umso weniger Anlass, als eine Verwaltungsverfügung auf Entziehung des Bürgerrechts gegenüber der Berufungsklägerin zur Zeit der Einleitung der vorliegenden Nichtigkeitsklage (2. Oktober 1940) noch nicht in Frage kam, weil der BRB vom 20. Dezember 1940 noch nicht existierte, und nach dessen Inkrafttreten nicht mehr möglich war, weil die Fünfjahresfrist seit Eheschluss bereits am 1. Juni 1940 abgelaufen war. Es liefe dem Zweck des BRB zuwider, wenn daraus eine Einschränkung der bisher nach ZGB gegebenen Möglichkeiten der Nichtigkeitsklärung von Scheinehen abgeleitet würde.

3. — In BGE 66 II 225 wurde ferner ausgesprochen, dass der gutgläubige Partner einer Scheinehe, der den Willen zur Begründung einer wirklichen ehelichen Gemeinschaft hatte und das Fehlen dieses Willens beim andern Ehegatten nicht kannte, zur Nichtigkeitsklage legitimiert ist. Die Gutgläubigkeit des einen Ehegatten kann auch der Nichtigkeitsklärung der Scheinehe zufolge Klage der zuständigen Behörde nicht entgegenstehen, im vorliegenden Falle umso weniger, als der gutgläubige mitbeklagte Ehemann sich der Stellungnahme gegenüber der Klage enthielt.

(4. — Die Berufung wird gestützt auf die Beweiswürdigung der Vorinstanz — BGE 66 II 226 — abgewiesen und das angefochtene Urteil bestätigt.)

43. Auszug aus dem Urteil der II. Zivilabteilung vom 14. Dezember 1942 i. S. Knöpfel-Pfäffli gegen Baur.

Art. 314 Abs. 2 ZGB: *Der Reifegrad des Kindes* rechtfertigt dann erhebliche Zweifel an der (nach Abs. 1 zu vermutenden) Vaterschaft des Beklagten, wenn sich bei Zeugung am Tage der Beiwohnung durch den Beklagten eine Schwangerschaftsdauer ergäbe, die für den festgestellten Reifegrad *ausserordentlich unwahrscheinlich* wäre.

Art. 314 al. 2 CC: *L'état de maturité* de l'enfant permet d'élever « des doutes sérieux sur la paternité du défendeur » lorsque, compte tenu de cet état, il paraît *hautement invraisemblable* que la mère ait porté l'enfant le temps qu'aurait duré la grossesse s'il avait été conçu lors de la cohabitation prétendue.

Art. 314 ep. 2 CC: Il *grado di maturanza* dell'infante fa sorgere « seri dubbi sulla paternità del convenuto », qualora, tenuto conto di questo grado, appare *straordinariamente inverosimile* che la madre abbia portato l'infante il tempo che sarebbe durata la gravidanza se egli fosse stato concepito nel preteso concubito.

Hedwig Pfäffli, geb. 1919, gebar am 17. August 1939 ausserehelich ein Kind Erika. Als Vater bezeichnete und belangte sie Karl Baur in Wetzikon, mit der Behauptung, sie habe mit ihm in der kritischen Zeit (21. Oktober — 18. Februar 1939) Geschlechtsverkehr gehabt, nämlich zum ersten Mal am 22. Januar 1939 (d. i. 207 Tage vor der Geburt), ferner am 11. Februar und ein letztes Mal am 15. März 1939. Der Beklagte gab diese Beiwohnungen zu, erhob jedoch die Einreden der erheblichen Zweifel und des unzüchtigen Lebenswandels.

Das Bezirksgericht Gaster wies die Klage in Anwendung von Art. 314 Abs. 2 ZGB ab. Gestützt einerseits auf den Bericht des Chefarztes des kantonalen Krankenhauses in Uznach, der feststellt, dass das Kind bei der Geburt alle Merkmale der Reife aufgewiesen habe, und andererseits auf medizinische Werke, welche es als ausgeschlossen bezeichnen, dass ein Kind mit diesen Merkmalen nach einer Schwangerschaftsdauer von nur 207 Tagen zur Welt kommen könne, erklärte das Bezirksgericht erhebliche Zweifel an der Vaterschaft des Beklagten als begründet.

Mit einem ersten Entscheid vom 23. Mai 1942 erklärte

das Kantonsgericht den Nachweis eines unzüchtigen Lebenswandels sowie den Nachweis, dass die Kindsmutter ihre geschlechtlichen Beziehungen vom Jahre 1938 zu einem Gabriel Gallati bis in die kritische Zeit hinein fortgesetzt habe, als nicht erbracht. Hinsichtlich der vom Bezirksgericht geschützten Einrede, das Kind könne nach seinem Reifegrad nicht am 22. Januar 1939 gezeugt worden sein, ordnete es die Einholung des Gutachtens eines Gynäkologen an.

Der bestellte Experte Dr. Jung, gewesener Chefarzt der st. gallischen Frauenklinik, gelangte in seinem Gutachten zu dem Schlusse :

« Es ist höchst unwahrscheinlich, wenn auch vielleicht nicht ganz ausgeschlossen, dass das am 17. August 1939 geborene 50 cm lange und 3000 gr schwere, mit allen üblichen Reifezeichen ausgestattete Kind Erika Pfäffli am 22. Januar 1939 gezeugt wurde. »

Nachdem auch die gemeinsame Befragung der Parteien stattgefunden hatte, gelangte das Kantonsgericht mit Urteil vom 25. September 1942 zur Abweisung der Klage. Es führte aus, die Parteibefragung habe nichts ergeben, was die Annahme eines Geschlechtsverkehrs mit dem Beklagten vor dem 22. Januar 1939 wahrscheinlicher zu machen vermöchte. Andererseits seien die erwähnten Feststellungen des Gutachtens geeignet, erhebliche Zweifel an der Zeugung des Kindes am 22. Januar 1939 oder später zu erwecken, womit die Vermutung der Vaterschaft des Beklagten dahinfalle.

Mit der vorliegenden Berufung beantragen die Klägerinnen Gutheissung der Klage unter Kostenfolge zu lasten des Beklagten.

*Das Bundesgericht zieht in Erwägung :*

1. — .....
2. — .....
3. — Es bleibt zu prüfen, ob die Vorinstanz dadurch Bundesrecht verletzt habe, dass sie in den Feststellungen

des Experten Tatsachen erblickte, welche erhebliche Zweifel an der Vaterschaft des Beklagten rechtfertigten.

Das Bundesgericht hat wiederholt ausgesprochen, und hält an diesem Standpunkt fest, dass aus dem Reifegrad des Kindes in Verbindung mit dem nachgewiesenen Datum des Geschlechtsverkehrs sich « erhebliche Zweifel » über die Vaterschaft des Beklagten im Sinne des Art. 314 Abs. 2 ergeben können (BGE 39 II 507, 45 II 494), dass indessen in der Anwendung des Grundsatzes auf konkrete Fälle Zurückhaltung am Platze ist. Im Entscheid BGE 51 II 112, wo es sich um eine Schwangerschaftsdauer von 240 Tagen handelte, wurde die Einrede abgelehnt, weil eine Zeugung in diesem Zeitpunkt vom Experten lediglich als « nicht ausgeschlossen » und nach dem festgestellten Reifegrad des Kindes « als nicht unmöglich » bezeichnet wurde. In einem spätern Entscheid ist gesagt, erhebliche Zweifel seien anzunehmen, wenn sich bei Annahme der Zeugung beim festgestellten Geschlechtsverkehr eine « nie beachtete Ausnahme » von den bekannten Schwangerschaftsdauern ergeben würde (BGE 61 II 313).

Diese Formulierungen erweisen sich als etwas zu eng. Art. 314 Abs. 2 verlangt zur Beseitigung der Vermutung nach Abs. 1 nicht, dass die Vaterschaft des Beklagten als absolut ausgeschlossen oder nach den bisherigen Kenntnissen undenkbar nachgewiesen werde, sondern lediglich den Nachweis von Tatsachen, die sie als in erheblichem Masse *zweifelhaft* erscheinen lassen. Die exceptio des Abs. 2 richtet sich nicht gegen das Ergebnis eines direkten Beweises, sondern gegen eine blosser Vermutung ; man bewegt sich sowohl hinsichtlich These als Antithese auf dem Boden nicht der Gewissheiten, sondern der Wahrscheinlichkeiten. Zur Begründung erheblicher Zweifel an der Vaterschaft muss es daher für den Experten wie für den Richter genügen, dass nach dem Reifegrad des Neugeborenen seine Zeugung an dem bestimmten Datum *äusserst unwahrscheinlich* sei.

Im vorliegenden Falle hätte, wenn das am 17. August

1939 reif geborene Kind anlässlich der (für das Bundesgericht verbindlich festgestellten) ersten Beiwohnung des Beklagten vom 22. Januar 1939 konzipiert worden wäre, die Schwangerschaft nur 207 Tage gedauert, was der Gutachter als « *höchst unwahrscheinlich*, wenn auch vielleicht nicht ganz ausgeschlossen » bezeichnete. Er fügte bei, es sei ihm in den 41 Jahren seiner geburtshilflichen Tätigkeit kein derartiger Fall begegnet, und erklärt: « *Unter* eine Grenze von 220 Tagen will beim heutigen Stand unserer Kenntnis kein Fachvertreter gehen ». Endlich weist er darauf hin, dass von 36 der angesehensten deutschen Geburtshelfer 28 eine untere Grenze von weniger als 230 Tagen ablehnen und 15 davon überhaupt nicht unter 240 Tage gehen wollen.

Die Berufung rügt allerdings in diesem Zusammenhang als aktenwidrig die Feststellung der Vorinstanz, dem Gutachten sei zu entnehmen, « dass eine Zeugung am 22. Januar 1939 oder später eine nie beobachtete Ausnahme darstellen würde »; während aus der im Gutachten wiedergegebenen Tabelle gerade hervorgehe, dass von den 50 cm langen Neugeborenen 0,1 % eine Tragzeit von 200-210 Tagen aufweisen. Diese Statistik ist allerdings nicht im Einklang mit der Erklärung des Experten, « unter eine Grenze von 220 Tagen will beim heutigen Stand unserer Kenntnis kein Fachvertreter gehen ». Der Widerspruch besteht jedoch vielmehr zwischen einzelnen Teilen des Gutachtens als zwischen dessen Schlussfolgerungen und dem angefochtenen Urteile, sodass es sich nicht um eine Aktenwidrigkeit im Sinne des Art. 81 OrgG handeln kann. Übrigens ist, wie dargetan, die beanstandete (aus BGE 61 II 311 übernommene) Formulierung der Vorinstanz zu eng; es genügt, dass die sich ergebende Schwangerschaftsdauer *ausserordentlich unwahrscheinlich* sei, und gerade das stellt der Experte abschliessend fest.

Unter diesen Umständen waren die Feststellungen des Gutachtens geeignet, erhebliche Zweifel an der Vaterschaft des Beklagten zu rechtfertigen.

Wenn das Bundesgericht kürzlich ein kantonales Urteil bestätigte, das die Einrede des Art. 314 Abs. 2 verwarf, obgleich der Experte die Zeugung am Tage der nachgewiesenen Beiwohnung des Beklagten als wenig wahrscheinlich bezeichnet hatte, geschah es, weil es sich dort immerhin um eine Tragzeit von 233 Tagen und nicht nur 207 handelte und überdies das Kind nicht die Merkmale voller Reife aufwies (26. November 1942 i. S. Rentsch c. Oberli). Der Unterschied in diesen wesentlichsten Punkten rechtfertigt im vorliegenden Fall die entgegengesetzte Lösung. Übrigens mag darauf hingewiesen werden, dass im Zeitpunkt, der dem Beginn einer Schwangerschaft von normaler Dauer entsprechen würde (Mitte November 1938), die Klägerin noch immer in Beziehungen zu Gallati stand, mit dem sie im Laufe des Jahres 1938 wiederholt geschlechtlich verkehrt hatte; dieser Umstand ist geeignet, die Zweifel hinsichtlich der Vaterschaft des Beklagten zu verstärken, obgleich dieser den formellen Beweis für eine Fortsetzung des Geschlechtsverkehrs der Klägerin mit Gallati bis in die kritische Zeit nicht erbringen konnte.

*Demnach erkennt das Bundesgericht:*

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Kantonsgerichtes St. Gallen vom 28. September 1942 bestätigt.

#### 44. Auszug aus dem Urteil der II. Zivilabteilung vom 17. Dezember 1942 i. S. Lüscher gegen Wenzinger.

*Vaterschaftsklage.* Die Auslagen für den *Unterhalt des Kindes* in der Gebäranstalt und für die Anschaffung der *Kinderausstattung* können nicht unter dem Titel des Art. 317 ZGB extra verlangt werden, sondern gehören zum *Unterhalt des Kindes*, an den der Beklagte den Beitrag nach Art. 319 leistet.

*Action en recherche de paternité.* Les frais de la layette et de l'entretien du nouveau-né à la maternité ne sont pas dus spécialement en vertu de l'art. 317 CC., ils rentrent dans la contribution due par le défendeur pour l'entretien de l'enfant en vertu de l'art. 319 CC.

*Azione di paternità.* Le spese di mantenimento dell'infante alla maternità e quelle relative al suo corredo non possono essere