

forderung der Beklagten für Eingebrahtes endgültig auf Fr. 2900.— bestimmte und eine Reihe von Posten der Vorschlagsberechnung beurteilte, soweit diese Posten überhaupt streitig waren.

Hievon abweichend möchte der Kläger nachträglich den Vor- bzw. Rückschlag im gesamten neu auf den Tag der rechtskräftigen Scheidung, 22. Januar 1942, berechnet wissen. Indessen waren die Parteien im Verfahren vor der Rückweisung von einem auf den 21. März 1941 aufgestellten amtlichen Inventar ausgegangen, und im Rückweisungsentscheid des Bundesgerichts vom 22. Januar 1942 ist bereits gesagt, dass die an sich auf den Tag der rechtskräftigen Scheidung vorzunehmende güterrechtliche Auseinandersetzung im Einverständnis der Parteien auf einen früheren Zeitpunkt vorgenommen werden kann. Es hat als Wille des ZGB zu gelten, dass die bei Scheidung der Ehe notwendige güterrechtliche Auseinandersetzung wenn möglich im Scheidungsprozess selbst vorgenommen werde. Diesem Gesetzeswillen dient die Annahme eines Tages der Abrechnung, der so weit zurückliegt, dass die tatbeständlichen Grundlagen noch im Scheidungsprozesse vollständig beigebracht werden können. Bis zu welchem Prozessstadium dies geschehen kann, bestimmt das Prozessrecht. Zur rechtswirksamen Annahme eines solchen Abrechnungstages bedarf es entgegen der Ansicht des Klägers keines privatrechtlichen Vertrages. Vielmehr handelt es sich um prozessuale Anträge der Parteien. Es ist also eine Frage des Prozessrechts, ob ein derartiger Abrechnungstag mit genügender Bestimmtheit beiderseits angenommen, d. h. eben beantragt sei, ausdrücklich oder allenfalls nur stillschweigend, und ob diese Annahme als vorbehaltlos zu gelten habe, ohne Rücksicht auf allfällige bis zur rechtskräftigen Scheidung der Ehe noch eintretende Änderungen. Indem die Vorinstanz dies im vorliegenden Falle bejaht, wendet sie somit kantonales Prozessrecht an, das vom Bundesgericht im Berufungsverfahren nicht zu überprüfen ist.

2. — Für die demnach auf den 21. März 1941 vorzunehmende Auseinandersetzung (mit Einschluss transitiver Posten) waren andererseits in dem auf den Rückweisungsentscheid des Bundesgerichts folgenden Verfahren vor Obergericht neue Tatsachen und Beweismittel nicht von Bundesrechts wegen ausgeschlossen. Der Streit war im Rahmen des von der Rückweisung betroffenen Streitpunktes in die Lage versetzt, in der er sich vor Ausfällung des vom Bundesgericht aufgehobenen früheren kantonalen Urteils befunden hatte. Das nunmehr einzuschlagende Verfahren war wiederum vom kantonalen Prozessrecht beherrscht, insbesondere auch hinsichtlich der Zulassung neuer Tatsachen und Beweismittel (BGE 61 II 358). Solche waren aber, ebenso neue Rechtsbegehren, nach dem Entscheid des Obergerichts in diesem Prozessstadium nicht mehr zulässig. Dabei muss es sein Bewenden haben.

35. Urteil der II. Zivilabteilung vom 25. Juni 1943 i. S.
Frei gegen Frei.

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

« Um die Zeit der Empfängnis » : die normale Empfängniszeit, die dem Grad der Reife des Kindes bei der Geburt entspricht. Änderung der Rechtsprechung.

Désaveu d'un enfant conçu avant le mariage, art. 255 al. 2 CC.
« L'époque de la conception » : c'est l'époque normale qui correspond au développement de l'enfant à sa naissance. Changement de jurisprudence.

Contestazione della paternità d'un infante concepito prima del matrimonio, art. 255 cp. 2 CC.

« Al tempo del concepimento » : è il tempo normale che corrisponde allo sviluppo dell'infante alla sua nascita. (Cambiamento della giurisprudenza).

A. — Wilhelm Frei erfuhr im September 1940 von seiner nachmaligen Ehefrau Margrit geb. Küng, die er

im Jahre 1937 kennengelernt hatte, dass sie sich von ihm schwanger fühle. Am 30. Dezember 1940 fand die Trauung statt. Am 3. Februar 1941 gebar Frau Frei im Basler Frauenspital einen Knaben Willy.

B. — Mit Klage vom 3. Mai 1941 focht der Ehemann die Ehelichkeit dieses Kindes an, weil er der Mutter im Jahre 1940 erstmals am 14. Juni beigewohnt habe, also nur 234 Tage vor der Geburt des Kindes, das aber völlig ausgetragen zur Welt gekommen sei und deshalb nicht von ihm stammen könne; die Beklagte habe durch unwahre Angaben über den voraussichtlichen Zeitpunkt der Geburt die Trauung erschlichen.

C. — Das Zivilgericht des Kantons Basel-Stadt hiess die Klage gut, da eine Beiwohnung um die Empfängniszeit im Sinne von Art. 255 Abs. 2 ZGB nicht glaubhaft gemacht sei.

Das Appellationsgericht teilte zwar diese Auffassung nicht, gelangte aber doch zur Bestätigung des erstinstanzlichen Entscheides, indem es aus dem Reifegrad des Kindes bei der Geburt und den übereinstimmenden Ergebnissen der Untersuchung des Blutes der Parteien nach dem M-N-System durch zwei voneinander unabhängige Institute auf Unmöglichkeit der Vaterschaft des Klägers schloss.

D. — Mit der vorliegenden Berufung halten die Beklagten am Antrag auf Klagabweisung fest.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

Da das beklagte Kind vor dem 180. Tage nach Abschluss der Ehe geboren wurde, braucht der Kläger nach Art. 255 Abs. 1 ZGB seine Anfechtung nicht weiter zu begründen. Gemäss Abs. 2 besteht jedoch die Vermutung der Ehelichkeit des Kindes auch in diesem Falle, wenn die Beklagten glaubhaft machen, dass der Kläger um die Zeit der Empfängnis der Mutter beigewohnt habe. Das Bundesgericht hat in BGE 61 II 22 ff. die Wendung « um die Zeit der Empfängnis » in Art. 255 Abs. 2 in

gedanklicher Verbindung mit Art. 314 gleichgesetzt mit: in der Zeit vom 300. bis zum 180. Tage vor der Geburt des Kindes. Eine erneute Prüfung der Frage lässt es angezeigt erscheinen, die Worte « um die Zeit der Empfängnis » in Abs. 2 des Art. 255 der Wendung « zur Zeit der Empfängnis » in Abs. 1 des gleichen Artikels gleichzusetzen; denn eben für den Fall, dass die Ehegatten zu dieser Zeit durch gerichtliches Urteil getrennt waren, wie für den in Abs. 1 weiterhin genannten Fall der Zeugung vor der Ehe, sollen nach Abs. 2 die Beklagten die Vermutung der Ehelichkeit des Kindes dadurch wiederherstellen können, dass sie glaubhaft machen, der Kläger habe der Mutter um die nämliche Zeit beigewohnt. Diese Auslegung findet ihre Grundlage besonders im französischen Text, der den Gedanken mit « au moment de la conception » wiedergibt, während er in Abs. 2, allerdings ebenso unklar wie die deutsche Fassung, « à l'époque de la conception » sagt. Diese französischen Wendungen bedeuten aber wie die entsprechenden deutschen ein und dasselbe, was der italienische Text klarstellt, indem er in beiden Absätzen « al tempo del concepimento » enthält. Freilich versteht die Rechtsprechung (BGE 40 II 6, 168; 66 II 69) unter den gleichen Worten « um die Zeit der Empfängnis » in Art. 315 ZGB eine Zeitspanne, die über die kritische Zeit des Art. 314 unter Umständen noch hinausgehen kann; allein die Wendung wird in Art. 315 in ganz anderm Zusammenhang als in Art. 255 gebraucht, und übrigens besteht die Übereinstimmung im italienischen Text nicht, indem er in Art. 255 « al tempo », in Art. 315 dagegen « all'epoca del concepimento » sagt.

Die Entstehungsgeschichte des Art. 255 bestätigt diese neue Auslegung. Denn an Stelle des nunmehrigen Anfangs: « Ist ein Kind vor dem 180. Tage nach Abschluss der Ehe geboren, ... » stand in Art. 280 des Vorentwurfes von 1900 die Wendung: « Kann das Kind nach dem Grade seiner Reife bei der Geburt nicht während der Ehe empfangen sein, ... », während Art. 265 des bundes-

rätlichen Entwurfes von 1904 begann: « Kann ein früher (scil. als 180 Tage nach Eheabschluss) geborenes Kind nach dem Grade seiner Reife nicht während der Ehe empfangen sein, ... ». Dass der Reifegrad in Art. 255 des Gesetzes nicht mehr ausdrücklich erwähnt wird, ist auf eine bloss redaktionelle Änderung zurückzuführen, welche diese Bestimmung besser mit dem vorhergehenden Artikel, der schon in den Entwürfen die feste Grenze des 180. Tages nach Eheabschluss enthalten hatte, verbinden sollte, während das Moment des Reifegrades in das Beweisverfahren verwiesen wurde (Prot. der Expertenkommission 1901/02, S. 263 f.; Erläuterungen, S. 253, Anm. 3, S. 254, Anm. 3 und 4). Daraus geht hervor, dass der Reifegrad bei der Geburt zur Abgrenzung der Zeit der Zeugung im Sinne von Art. 255 Abs. 1 heranzuziehen ist und damit auch die Tragweite der Wendung « um die Zeit der Empfängnis » in Abs. 2 näher bestimmt.

BGE 61 II 22 f. hält dieser einschränkenden Interpretation entgegen, dass sie die Stellung des Kindes ohne zureichenden Grund erschwere. Allein die Erleichterung der Anfechtung bei Zeugung vor der Ehe oder während der gerichtlichen Trennung derselben ist vom Gesetze selbst gewollt. Das System der Anfechtung der Ehelichkeit ist ohnehin dem Ehemann nicht günstig. So fällt denn auch jene Erleichterung schon durch blosser Glaubhaftmachung des Verkehrs zwischen Kläger und Mutter um die Zeit der Empfängnis dahin. Wie im erwähnten Entschcheid selbst ausgeführt ist, kann nämlich der Ehemann die durch solche Glaubhaftmachung wiederhergestellte Vermutung der Ehelichkeit wiederum, wie nach Art. 254, nur durch den Nachweis entkräften, dass er unmöglich der Vater des Kindes sein könne. In BGE 61 II 23 wird ferner eine restriktive Auslegung auch deshalb abgelehnt, weil sonst unter Umständen doch noch die Voraussetzungen für eine Vaterschaftsklage gegeben sein könnten, indem die Glaubhaftmachung im Sinne von Art. 255 Abs. 2 misslingen könne, ohne dass geradezu Tatsachen vor-

lägen, welche erhebliche Zweifel über die Vaterschaft des nunmehrigen Ehemannes rechtfertigten. Doch einmal verlangt Art. 314 von Mutter und Kind, dass sie den Verkehr während der kritischen Zeit nachweisen, d. h. wenn auch nicht die Gewissheit, so doch die hohe Wahrscheinlichkeit dieses Umstandes dartun, was mehr ist als blosser Glaubhaftmachung (BGE 43 II 564; 44 II 236; 61 II 24). Und zum andern ist die Möglichkeit, dass eine Vaterschaftsklage durchdringen könnte, besonders im Hinblick auf die neuere Rechtsprechung über den Reifegrad des ausserhelichen Kindes (BGE 68 II 340) doch wohl eher entfernt und kann schon deshalb nicht eine Auslegung rechtfertigen, die sich mit Wortlaut und Sinn des Art. 255 nicht vereinigen lässt.

Im vorliegenden Falle kommt nach der Feststellung der Vorinstanz für das Jahr 1940 als frühester Geschlechtsverkehr zwischen den nachmaligen Ehegatten der vom Kläger zugestandene vom 14. Juni in Frage. Zu Unrecht bezeichnen die Berufungskläger diese tatsächliche Feststellung als aktenwidrig, beruht sie doch darauf, dass die Vorinstanz die gegenteiligen Aussagen der Mutter, schon im April oder Mai mit dem Kläger verkehrt zu haben, nicht als glaubwürdig erachtet hat, woran das Bundesgericht gebunden ist. Eine Beiwohnung am 14. Juni würde einer Schwangerschaftsdauer von 234 Tagen entsprechen. Nach der massgebenden Feststellung der Vorinstanz lassen aber die Reifemerkmale, die der Knabe bei der Geburt aufwies, auf eine durchschnittliche Tragzeit von 274 Tagen schliessen. Daraus ergibt sich, dass die Zeit um den 14. Juni 1940 als normale Empfängniszeit im Sinne des Art. 255 Abs. 2 ZGB ausser Betracht fällt.

Muss deshalb die Klage schon mangels Glaubhaftmachung einer Beiwohnung um die Empfängniszeit gutgeheissen werden, so kann offen bleiben, ob der Kläger den Nachweis erbracht habe, dass er unmöglich der Vater des Kindes sein könne.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Appellationsgerichtes des Kantons Basel-Stadt vom 29. Januar 1943 bestätigt.

Vgl. auch Nr. 38. — Voir aussi N° 38.

II. ERBRECHT

DROIT DES SUCCESSIONS

36. Urteil der II. Zivilabteilung vom 2. Juli 1943 i. S.
Brunner gegen Brunner.

Intertemporales Erbrecht.

Teilung des Vermögens des vor 1912 gestorbenen Vaters und der seither gestorbenen Mutter : Die beiden Erbschaften sind jede für sich zu teilen, jene nach altem, diese nach neuem Recht. Entsprechend verschiedene Rechtsanwendung auf Ausgleichungsansprüche. ZGB Art. 633, SchT Art. 15.

Droit successoral transitoire.

Partage de la fortune d'un père et d'une mère, le premier étant décédé avant 1912 et la seconde, après. Le partage doit se faire séparément pour chacune des successions et pour chacune d'elles selon le droit qui lui est applicable, c'est-à-dire la succession paternelle d'après le droit ancien et la succession maternelle d'après le droit nouveau. La question des indemnités dues en raison des sacrifices faits pour la famille se règle également d'après les deux droits. Art. 633 CC, 15 Tit. fin. CC.

Diritto successorio intertemporale.

Divisione della sostanza di un padre e di una madre, l'uno morto prima del 1912 e l'altra dopo il 1912. La divisione dev'essere fatta separatamente per ciascuna delle successioni : per quella paterna, secondo il vecchio diritto, per quella materna, secondo il nuovo diritto. Lo stesso vale anche per quanto concerne i compensi per contribuzione alle spese domestiche. Art. 633 CC, art. 15 Tit. fin. CC.

A. — Im Jahre 1900 starb Maria Josef Brunner. Er hinterliess die Ehefrau Barbara Brunner-Jörg und fünf Söhne, worunter den Beklagten und den im Jahre 1932 gestorbenen Vater des Klägers. Die Erbschaft blieb ungeteilt. Erst nach dem Tode der Witwe Brunner-Jörg, 1939,

schrift man zur Erbteilung. Ein amtliches Inventar über den Vermögensstand der beiden verstorbenen Eheleute wies Aktiven von Fr. 20,241.10 und Passiven von Fr. 19,230.10 aus, insbesondere eine Schuld an den Beklagten von Fr. 14,179.55.

B. — Der Kläger liess diese — vom Beklagten selbst auf Fr. 14,925.— bezifferte — Schuld nur im Teilbetrage von Fr. 4,552.35 gelten. Die übrigen Fr. 10,372.65 bestritt er und klagte auf « Aberkennung der Ansprüche des Beklagten gegenüber der Hinterlassenschaft der Eheleute ... » Das Bezirksgericht Imboden und das Kantonsgericht Graubünden schützten indessen die Ansprüche des Beklagten zum grössern Teil, gestützt auf Art. 633 ZGB, im Umfang der vom Beklagten seit dem Tode des Vaters für die Erbengemeinschaft erbrachten Leistungen. Der Beklagte habe zwar die meiste Zeit nicht im gemeinsamen Haushalt in Ems (Graubünden), d. h. auf dem väterlichen Heimwesen gelebt, jedoch dort den Mittelpunkt seines Lebens ständig behalten.

C. — Mit der vorliegenden Berufung beantragt der Kläger neuerdings Aberkennung der ganzen streitig gebliebenen Ansprüche des Beklagten.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. — Dem amtlichen Inventar und der Betrachtungsweise der Parteien folgend, geht die Vorinstanz von einer einzigen Hinterlassenschaft der Eheleute Brunner-Jörg aus. Es ist jedoch zwischen der Erbschaft des Ehemannes, nach güterrechtlicher Auseinandersetzung, und derjenigen der Witwe zu unterscheiden. Jene Erbschaft, samt der vorerst vorzunehmenden güterrechtlichen Auseinandersetzung, ist vom frühern kantonalen Rechte beherrscht (Art. 15 ZGB SchT). Das gilt wie für die Erbfolgeordnung so auch für die Durchführung der Teilung (BGE 50 II 347). Das neue Recht, insbesondere Art. 633 ZGB, ist hierbei nicht anwendbar. Der Beklagte macht freilich keine Zuwendungen an den Vater geltend. Er verlangt