

über Starkstromeinflüssen, die eine sichere Feststellung der Herkunft der störenden Einwirkung häufig gar nicht ermöglichen, richtigerweise, wie es in Schweden geschehe, überhaupt doppeldrätig angelegt werden sollten, was denn auch die Eidg. Telegraphen- und Telephonverwaltung selber dadurch anerkenne, dass sie die nachträgliche Erstellung des Doppeldrahtes von sich aus bereits in grösserem Umfange durchgeführt habe. Beide Räte pflichteten dieser Erwägung durch entsprechende Fassung des Art. 3 Abs. 2 (nunmehr Art. 4 Abs. 2) über die Benutzung der Erde als Leitung bei Schwachstromanlagen und durch Annahme des Art. 17 Abs. 3 und 5 im Gesetz gewordenen Inhalte bei (vergl. aus der Gesetzesberatung namentlich die Aeusserungen der Berichterstatter Blumer und Paillard und der Votanten Köchlin und Dinkelmann im Nationalrat, sowie des Berichterstatters Geel im Ständerat: Stenogr. Bulletin der Bundesversammlung, 1900, S. 585 f., 588, 603 und 609; 1901, S. 230, 244, 249 und 256). Von den Telegraphenlinien war dabei gar nicht die Rede, weil eben eine besondere Regelung der Kostentragung ihrer technisch nicht in gleicher Weise gebotenen Verdoppelung nicht gewünscht wurde. Daraus folgt zwingend, dass Verdoppelungen von Telegraphendrähten, die als Sicherungsmassnahmen im Sinne des Art. 17 ElG notwendig sind, wie dass vorliegend für die Leitung St. Moritz-Schuls anerkanntermassen der Fall war, der Regel des Art. 17 Abs. 4 Ziff. 1 ElG unterstehen. Diese Auffassung ist denn auch, nach den unbestrittenen Angaben der Replik, in den bisherigen aussergerichtlichen Anwendungsfällen stets zur Geltung gelangt. Der zweite Posten der Klageforderung muss daher ebenfalls zugesprochen werden.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

In Gutheissung der Klage wird die Beklagte verurteilt, der Klägerin 1 2, 193 Fr. 20 Cts. nebst 5% Zins seit dem 1. Januar 1916 zu bezahlen.

I. FAMILIENRECHT

DROIT DE LA FAMILLE

73. Urteil der II. Zivilabteilung vom 15. Oktober 1919 i. S. Brändli gegen Tgetgel.

Vaterschaftsklage. Berechnung der Frist des Art. 314 Abs. 1 ZGB. Gegenbeweis des Beklagten nach Absatz 2 ebenda. Abweisung der Klage trotz des von der Klägerin geschworenen Eides, in der kritischen Zeit mit keinem anderen Manne verkehrt zu haben, wenn die vom Beklagten i. S. der letzteren Vorschrift angerufenen und an sich feststehenden Tatsachen derart sind, um nicht nur Zweifel an seiner Vaterschaft zu erregen, sondern dieselbe geradezu als unmöglich erscheinen zu lassen.

A. — Die Klägerin 1 Gertrud Tgetgel kam am 2. März 1918 in Chur ausserehelich mit einem Mädchen Hedwig, der heutigen Klägerin 2 nieder, als dessen Vater sie den Beklagten Jakob Brändli bezeichnet. Mit der vorliegenden Klage verlangen Mutter und Kind, dass das letztere dem Beklagten unter Standesfolge zugesprochen und er verpflichtet werde, an die Mutter 300 Fr. als Auslagen nach Art. 317 und 500 Fr. als Genugtuung nach Art. 318 ZGB zu bezahlen.

Nach der Darstellung der Klägerin 1 hätte der Beklagte, den sie als Nachbarskind von Jugend auf kannte, sich im Jahre 1915 mit ihr verlobt; man sei dann aber über-
eingekommen, die Verehelichung bis nach Ende des Krieges zu verschieben. Im August 1917 habe sich die Klägerin aus ihrer Stellung in Zürich vorübergehend zu ihrem Vater nach Chur begeben. Ungefähr zu gleicher Zeit, am 25. August 1917 sei auch der Beklagte aus dem Militärdienst dorthin zurückgekehrt. Kurz nachher, spätestens aber am 1. September 1917 sei es zwischen den

Parteien zum geschlechtlichen Verkehre gekommen, dem das Kind entsprungen sei.

Der Beklagte anerkannte vor Gericht, der Klägerin 1 seinerzeit die Ehe versprochen zu haben. Nachdem er in der schriftlichen Klagebeantwortung « mit gutem Gewissen und Entschiedenheit » bestritten hatte, ihr zwischen dem 25. August und 1. September 1917 beige-wohnt zu haben, gab er anlässlich der Hauptverhandlung auch zu, nach dem 25. August 1917 mit ihr geschlechtlichen Verkehr gepflogen zu haben, der indessen nach seiner Art ungeeignet gewesen sei, zur Konzeption zu führen. Auch sonst sei es ausgeschlossen, dass das Kind daraus herkommen könnte. Da dasselbe bei der Geburt völlig ausgetragen und reif gewesen sei, müsse die Empfängnis schon lange vor dem 25. August 1917 stattgefunden haben, die Klägerin 1 also beim Verkehre mit dem Beklagten schon seit Monaten schwanger gewesen sein. Damit stimme überein, dass der Arzt Dr. Denzler in Zürich, den sie Ende Januar 1918 konsultiert, eine Schwangerschaft im achten Monat festgestellt habe, und dass die Klägerin sich schon im Juli 1917 durch die Aertzin Dr. von Wartburg in Zürich habe untersuchen lassen, weil sie seit Ende Mai 1917 die Periode verloren habe. Die Geburt Anfang März 1918 würde mit dem Ausbleiben der Periode seit jenem Zeitpunkt im Einklang stehen. Verdächtig erscheine ferner, dass die Klägerin dem Beklagten erst Anfang Februar 1918 von ihrem Zustande Mitteilung gemacht und den verschiedenen von ihr konsultierten Aerzten jeweilen verheimlicht habe, dass sie schon vorher auf Schwangerschaft untersucht worden sei. Nach den Erkundigungen des Beklagten habe sie denn auch während ihres Zürcher Aufenthaltes zu einem Soldaten und einem russischen Studenten Beziehungen unterhalten.

Die erste Instanz, das Bezirksgericht Plessur leitete über die Behauptungen des Beklagten in bezug auf den Reifegrad des Kindes ein Beweisverfahren ein. Der

bestellte Sachverständige Dr. Lardelli in Chur erklärte zunächst, dass es ihm unmöglich sei, ein Urteil abzugeben, weil die dazu nötigen Angaben über Masse, Gewicht usw. des Neugeborenen fehlten. Nachdem dann nachträglich die Hebamme über die Beobachtungen, die sie in dieser Hinsicht bei der Geburt gemacht hatte, als Zeugin eingenommen worden war, sprach er sich dahin aus: das am 2. März 1918 zur Welt gekommene Kind sei beinahe ausgetragen gewesen, die Konzeption sei wahrscheinlich zwischen dem 1. und 15. Juli, keinesfalls aber nach dem 17. Juli 1917 erfolgt.

Am 30. Juni 1919 beschloss darauf das Bezirksgericht, der Klägerin 1 den Eid dafür aufzulegen:

» dass der Beklagte nach dem 25. August und vor dem 5. September 1917 mit ihr fleischlichen Umgang gehabt, und dass sie während des Zeitraums von 300 bis 180 Tagen vor der Niederkunft, d. h. vom 7. Mai bis 4. September 1917 mit keinem anderen Manne geschlechtlich verkehrt habe. »

Nach Leistung des Eides hiess es durch Urteil vom gleichen Tage die Klage im Sinne der gestellten Begehren gut.

Der Beschluss über Zulassung des Eides stützt sich auf Art. 17 und 18 des graubündnerischen EG z. ZGB lautend:

» Art. 17: Wenn die Klägerin den Beweis der Vaterschaft weder durch das Geständnis des Beklagten noch auf andere genügende Weise zu erbringen vermag und auch der Beklagte keinen Gegenbeweis erbringt, so kann das Gericht die Klägerin zum Bestätigungseide zulassen unter folgenden Voraussetzungen:

1. dass ihre Angaben nicht verdächtig erscheinen und durch anderweitige Umstände unterstützt werden;
2. dass sie einen guten Leumund besitzt. »

« Art. 18. Die Klägerin hat den Bestätigungseid nach Belehrung über die Bedeutung desselben in der Regel nach folgender Formel zu leisten:

« Ich schwöre zu Gott dem Allwissenden, dass N. N. (Name des Beklagten) zu der von mir angegebenen Zeit mit mir fleischlichen Umgang gepflogen hat, und dass ich während des Zeitraums vom 300. bis 180. Tage vor meiner Niederkunft mit keinem anderen Manne fleischlichen Umgang hatte. (Dieser Zeitraum soll in der Regel in der Eidesformel durch Angabe der Kalendertage näher bezeichnet werden.)

Für besondere Fälle soll der Richter die Formel entsprechend modifizieren. »

In den Erwägungen des Urteils, die zugleich auch die Begründung des Eidesdekretes enthalten, wird ausgeführt: das Gutachten des gerichtlichen Sachverständigen sei an sich geeignet « etwelche Zweifel » an der Vaterschaft des Beklagten zu erwecken. Da die Klägerin den Beweis der Vaterschaft « auf andere Weise » nicht zu erbringen vermöge, sei sie deshalb zum Bestätigungseide zuzulassen, sofern nicht etwa der Beklagte den « Gegenbeweis » erbracht habe oder ihre Angaben sonst als verdächtig erschienen. Dies treffe indessen nicht zu. Für die behaupteten Beziehungen der Klägerin zu anderen Männern, liegen keinerlei bestimmte Anhaltspunkte vor und die ärztliche Expertise könne deshalb nicht als Gegenbeweis gelten, weil ihre Folgerungen ausschliesslich auf den Angaben der Hebamme Hunger beruhten. Diese seien aber, da die Zeugeneinvernahme erst ein Jahr nach der Geburt erfolgt sei und die Zeugin über ihre Wahrnehmungen bei der letzteren keine schriftlichen Aufzeichnungen gemacht habe, nicht zuverlässig genug, um darauf abzustellen. Auch die vom Beklagten angerufene schriftliche Erklärung der Aerztin von Wartburg sei nicht schlüssig, da das Ausbleiben der Periode im Juni 1917 nicht notwendig auf eine damals bereits bestehende Schwangerschaft zurückgeführt werden müsse, sondern sich auch mit dem schlechten Allgemeinbefinden der Klägerin zu jener Zeit erklären lasse.

C. — Gegen dieses nach der kantonalen Prozessord-

nung letztinstanzliche Urteil richtet sich die vorliegende Berufung des Beklagten mit dem Antrage auf Abweisung der Klage.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

Nach Art. 314 Abs. 1 ZGB ist die Vaterschaft zu vermuten, wenn der Beklagte nachweisbar in der Zeit vom dreihundertsten bis zum hundertachtzigsten Tage vor der Geburt des Kindes der Mutter beigewohnt hat. Hätte der Beklagte im vorliegenden Falle zugestanden, mit der Klägerin 1 w ä h r e n d jener Frist geschlechtlich verkehrt zu haben, so müsste demnach die Klage schon auf Grund dieses Geständnisses gutgeheissen werden, sofern es nicht dem Beklagten andererseits gelungen sein sollte, die daraus folgende Vermutung durch den Nachweis von Tatsachen im Sinne von Abs. 2 der nämlichen Gesetzesvorschrift zu entkräften oder darzutun, dass die Klägerin um die Zeit der Empfängnis einen unzüchtigen Lebenswandel führte (Art. 315 ebenda). Mit der Anforderung, dass der Beklagte der Mutter « beigewohnt » haben müsse, verlangt das Gesetz von der Vaterschaftsklägerin nur den Nachweis des Geschlechtsverkehrs binnen des kritischen Zeitraums. Die Behauptung, dass der an sich zugegebene oder festgestellte Verkehr nicht zur Konzeption habe führen können, stellt sich als Einrede nach Abs. 2 des Art. 314 dar, deren Beweis dem Beklagten obliegt. Sie wird überdies nur in den seltenen Fällen Erfolg haben können, wo etwa durch ärztliches Gutachten die Zeugungsunfähigkeit des Beklagten mit Sicherheit festgestellt werden kann. Die blossе Berufung auf die Verwendung von Schutzmitteln zur Verhütung der Empfängnis reicht dazu, wie schon wiederholt entschieden wurde, nicht aus.

Nun vermag aber im heutigen Falle das Geständnis des Beklagten allein die Vermutung des Art. 314 Abs. 1 ZGB deshalb noch nicht herzustellen, weil es nur dahin geht, dass er mit der Klägerin n a c h dem 25. August 1917

geschlechtlich verkehrt habe, was bei dem geringen Abstand dieses Tages vom Ende der gesetzlichen Frist die Möglichkeit offen lässt, dass der Umgang auch erst nach Ablauf der letzteren stattgefunden haben könnte. Offenbar zum Teil deshalb hat sich denn auch die Vorinstanz damit nicht begnügt und der Klägerin dafür, dass jenes nicht der Fall sei, sondern er noch in die kritische Zeit falle, den Ergänzungs Eid auferlegt. Auch dieser erbringt indessen, so wie er geschworen wurde, den gesetzlichen Beweis noch nicht, weil der Vorinstanz bei Berechnung des in Betracht kommenden Zeitraums ein Versehen unterlaufen ist. Aus der Fassung des Gesetzes, welches die Beiwohnung in der Zeit vom dreihundertsten bis zum hundertachtzigsten Tage vor der Geburt verlangt, ergibt sich ohne weiteres, dass dabei entgegen der Berechnungsweise, von der offenbar die Vorinstanz ausgegangen ist, der Tag der Geburt selbst nicht mitgezählt werden darf. Zweifelhaft kann nur sein, wie die Worte « vom dreihundertsten bis zum hundertachtzigsten Tage » zu verstehen seien, ob es noch genüge, wenn am hundertachtzigsten Tage ein Geschlechtsverkehr zwischen der Klägerin und dem Beklagten erfolgt ist, sodass die gesetzliche Konzeptionszeit 121 Tage umfassen würde, oder ob die Frist mit dem Ende des 181. Tages als abgelaufen zu betrachten ist. Diese Frage ist indessen unbedenklich im ersteren der Klage günstigeren Sinne zu lösen. Nicht nur entspricht es dem Sprachgebrauch, da, wo eine Frist unter Bezeichnung des Anfangs- und Endtages angegeben wird, diese beiden Tage mitzurechnen. Entscheidend fällt namentlich auch in Betracht, wie in Art. 254, 255 ZGB die Anfechtung der Ehelichkeit während der Ehe geborener Kinder geordnet ist. Wenn hier — wie nach dem Wortlaut des Gesetzes zweifellos ist — die Vermutung für die Ehelichkeit auch dann noch besteht, wenn die Ehe am hundertachtzigsten Tage vor der Geburt abgeschlossen worden war, so erscheint es gegeben, den nämlichen Grundsatz analog

auch bei der Berechnung der Frist des Art. 314 Abs. 1 anzuwenden, da der für die Konzeption in Betracht fallende Zeitraum für eheliche und uneheliche Kinder naturgemäss der nämliche sein muss. Lässt man demnach den Tag der Geburt selbst (2. März 1918) ausser Ansatz, so ergibt sich aber, auch wenn man andererseits den hundertachtzigsten Tag vor der Geburt mit in die gesetzliche Frist einrechnet, als spätestens noch von der letzteren umfasstes Datum hier der 3. und nicht der 4. oder 5. September 1917. Da die Klägerin lediglich geschworen hat, in der Zeit nach dem 25. August bis zum 5. September 1917 mit dem Beklagten geschlechtlich verkehrt und vom 7. Mai bis 4. September 1917 mit keinem anderen Manne Umgang gehabt zu haben, bleibt demnach nach wie vor die Möglichkeit bestehen, dass der Umgang ausser die gesetzliche Frist falle, in welchem Falle die Vermutung des Art. 314 Abs. 1 nicht eintreten würde und die Klage schon deshalb abzuweisen wäre. Die Sache müsste demnach an die Vorinstanz zurückgewiesen werden, damit sie der Klägerin den Eid neuerdings mit entsprechend richtigem Inhalt abnehme, falls nicht Tatsachen dargetan sind, welche die Vaterschaft des Beklagten auch beim Nachweise des Geschlechtsverkehrs in der Zeit nach dem 25. August bis und mit dem 3. September 1917 ausgeschlossen erscheinen lassen oder doch erhebliche Zweifel an derselben im Sinne des Art. 314 Abs. 2 ZGB erwecken.

Eine solche Entkräftung der gesetzlichen Vermutung würde dann zweifellos vorliegen, wenn das am 2. März 1918 geborene Kind damals voll oder doch annähernd voll ausgetragen gewesen wäre, da in diesem Falle nach dem erhobenen Gutachten die Konzeption spätestens Mitte Juli 1917 erfolgt sein müsste. Nun hat aber die Vorinstanz jene Tatsache (Reife bei der Geburt) als nicht nachgewiesen erklärt, weil die Aussagen der Hebamme, die darüber allein unmittelbar Aufschluss geben, wegen des beträchtlichen von der Geburt bis zur Zeugeneinver-

nahme verstrichenen Zeitraums und weil nur auf das Gedächtnis, nicht auf schriftliche Aufzeichnungen gestützt, nicht hinreichend zuverlässig erscheinen, um als Beweis gelten zu können. Da es sich dabei um eine Tatfrage handelt, ist das Bundesgericht an diese Beweiswürdigung gebunden. Mit ihr wird aber auch dem Gutachten Lardelli die Grundlage entzogen, da seine Annahmen über den Reifegrad des Kindes ausschliesslich auf den Depositionen der Hebamme über ihre Beobachtungen bei der Geburt beruhen. An dieser Sachlage vermag auch die schriftliche Erklärung der Aerztin von Wartburg nichts zu ändern; auch sie ist von der Vorinstanz nicht übersehen, aber deshalb als nicht beweisbildend bezeichnet worden, weil das Ausbleiben der Periode im Juni 1917 nicht notwendig auf Schwangerschaft deute, sondern auch andere Gründe haben könne, eine Möglichkeit, welche von der Ausstellerin des Zeugnisses selbst erwähnt wird. Gleiches gilt für die Aussage des Dr. Denzler, dass er bei der Untersuchung der Klägerin Ende Januar 1918 Schwangerschaft im achten Monate festgestellt habe. Wenn schon in diesem Zeugnis ein gewichtiges unterstützendes Indiz für die Richtigkeit der Angaben der Hebamme liegt, das die Vorinstanz wohl zu einem anderen Schlusse als dem von ihr gezogenen hätte führen können, kann doch bei dem mehr oder minder problematischen Charakter, der der Schätzung des Reifegrades des Kindes im Mutterleib stets innewohnt, darin keine Aktenwidrigkeit gesehen werden, dass mangels unbedingt zuverlässiger Beobachtungen bei der Geburt selbst die Tatsache der völligen oder doch annähernden Reife des Kindes im letzteren Zeitpunkte als nicht festgestellt erklärt worden ist.

Damit ist indessen die Frage, ob dem Beklagten die Widerlegung der gesetzlichen Vermutung des Art. 314 Abs. 1 gelungen sei, noch nicht erledigt. Nach der eigenen Darstellung der Klägerin hat der Beklagte erst nach dem 25. August 1917 und früher nie geschlechtlich mit

ihr verkehrt. Gesetzt also der Umgang habe am 26. August 1917 — als dem frühesten danach in Betracht fallenden Termine — stattgefunden, so wäre das am 2. März 1918 geborene Kind nur 188 Tage im Mutterleibe getragen worden. Nun ist allerdings in der Medizin anerkannt, dass auch bei einer so kurzen, ja sogar bei einer noch kürzeren Schwangerschaftsdauer ein lebendes Kind zur Welt kommen kann, weshalb denn auch Art. 314 Abs. 1 ZGB den Nachweis eines nicht näher als hundertachtzig Tage vor der Geburt liegenden Geschlechtsverkehrs zur Begründung der Vermutung der Vaterschaft genügen lässt. Andererseits steht aber die medizinische Wissenschaft auch nicht an zu erklären, dass ein solches Kind nicht lebensfähig sei, also (von Mittel der künstlichen Aufzucht in einem Brutkasten abgesehen) nicht weiterleben kann, sondern es zur Lebensfähigkeit einer Schwangerschaft von mindestens 28 bis 30 Wochen bedarf. Geburten vor der 28. Woche werden in der Medizin geradezu als Fehlgeburten, Abortus bezeichnet. Erst nach der 28. Woche beginnen die Frühgeburten (vergl. HOFFMANN Lehrbuch der gerichtlichen Medizin 9. Aufl. S. 182; OLSHAUSEN zitiert bei NAGORSKY, Rechtsverhältnis des unehelichen Kindes S. 93 f.). Im vorliegenden Falle steht aber wiederum unbestritten fest, dass das als Mitklägerin auftretende Kind durchaus lebensfähig war und heute noch am Leben ist, was nach dem Gesagten ausschliesst, dass es erst am 26. August 1917 erzeugt, also nur 188 Tage oder nicht ganz 27 Wochen getragen sein könnte. Das eigene Zugeständnis der Klägerin, mit dem Beklagten erst nach dem 25. August 1917 geschlechtlich verkehrt zu haben, in Verbindung mit der ebenfalls aktenmässig feststehenden Tatsache der Geburt eines lebensfähigen Kindes am 2. März 1918 muss demnach allein schon dazu führen, nicht nur Zweifel an der Vaterschaft des Beklagten zu erregen, sondern dieselbe geradezu als unmöglich erscheinen zu lassen.

Gegen die dadurch bewirkte Zerstörung der Vermutung

nach Art. 314 Abs. 1 ZGB vermag der Klägerin auch der von ihr geschworene Eid, dass sie in der Zeit vom 7. Mai bis und mit 4. September 1917 mit keinem anderen Manne Umgang gehabt habe, nicht zu helfen. Zur Herstellung der erwähnten Vermutung war er überflüssig, weil dazu die positive Tatsache des Geschlechtsverkehrs mit dem Beklagten innert der Zeit des Art. 314 Abs. 1 genügt. Und als Gegenbeweis gegen den vom Beklagten geleisteten Beweis nach Art. 314 Abs. 2 kann er nicht in Betracht fallen, weil er hiefür nach der Natur der Tatsachen, auf welche sich der Beklagte bei der Berufung auf die letztere Vorschrift stützt, untauglich ist. Da der Vaterschaftsbeklagte seiner Beweispflicht nach Art. 314 Abs. 2 damit genügt, dass er Umstände dartut, welche erfahrungsgemäss, der Regel nach geeignet sind, Zweifel an seiner Vaterschaft zu erregen, muss der Klägerin demgegenüber allerdings vorbehalten bleiben zu beweisen, dass die fraglichen Zweifel dennoch deshalb nicht bestehen können, weil die Tatsachen, welche sie an sich hervorrufen müssten, infolge besonderer Umstände im konkreten Falle der Schlüssigkeit entbehren, wie z. B. beim festgestellten Umgang auch noch mit anderen Männern, dass die Klägerin im Zeitpunkte des letzteren bereits schwanger gewesen sei usw. In diesem Sinne hat denn auch das Bundesgericht die Möglichkeit eines Gegenbeweises zur Wiederherstellung der Vermutung des Art. 314 Abs. 1, durch die Klägerin wiederholt anerkannt. Die Frage, ob er n u r in der erwähnten Weise d. h. durch die Berufung auf bestimmte Umstände, welche die vom Beklagten dargetanenen Tatsachen als nicht schlüssig erscheinen lassen, geleistet werden und demgemäss auch ein allfälliger Eid der Klägerin sich nur auf das Zutreffen jener Umstände beziehen könne, oder ob dazu nach Lage des Falles auch der allgemeine Reinigungseid, mit keinem anderen Manne verkehrt zu haben, genügen könne, braucht hier nicht untersucht zu werden. Auch wenn man die Erbringung des Gegenbeweises in der letzteren Form

nicht überhaupt, grundsätzlich ausschliessen will, kann sie jedenfalls dann nicht in Betracht fallen, wenn der fragliche Eid nach dem, was der Beklagte seinerseits zur Entkräftung der Vermutung des Art. 314 Abs. 1 dargetan hat, auf etwas Unmögliches gehen würde. So verhält es sich aber hier. Da nach den obigen Ausführungen ein am 2. März 1918 lebensfähig zur Welt gekommenes Kind nicht aus einem erst am 26. August 1917 erfolgten Geschlechtsverkehr stammen kann, die Klägerin aber selbst nicht behauptet, vor diesem Tage mit dem Beklagten verkehrt zu haben, folgt daraus notwendig, dass sie während der Konzeptionszeit noch mit einem anderen Manne Umgang gehabt haben m u s s , weil ohne solchen Geschlechtsverkehr es überhaupt nicht zur Konzeption hätte kommen können. Der der Klägerin auferlegte Eid dafür, dass sie in der Zeit vom 7. Mai bis 4. September 1917 mit keinem anderen Manne verkehrt habe, richtet sich demnach auf etwas, was nach den Folgerungen, die aus den vom Beklagten angerufenen, Zweifel an der Vaterschaft begründenden Umständen gezogen werden müssen, von vorneherein als Unmöglichkeit erscheint. Er durfte deshalb nicht abgenommen werden, wenn nicht das dem Beklagten durch Art. 314 Abs. 2 gewährleistete Recht auf Entkräftung der Vermutung des Abs. 1 ebenda bedeutungslos werden soll. Da die Frage, ob die vom Vaterschaftsbeklagten nachgewiesenen Tatsachen die Zweifel des Art. 314 Abs. 2 rechtfertigen und welche Folgen sich daraus hinsichtlich der Möglichkeit eines Gegenbeweises der Klägerin ergeben, eine Rechtsfrage ist, die weil vom Bundesrecht beherrscht der freien Nachprüfung des Bundesgerichts unterliegt, kann letzteres demnach auch durch die Leistung des unzulässiger Weise abgenommenen Eides nicht gebunden werden, und ist es bei der Beurteilung so zu halten, wie wenn derselbe überhaupt nicht vorläge.

Die Klage ist somit schon aus diesen Gründen und ohne dass es der vorhergehenden Rückweisung zur Wie-

derholung des Eidesverfahrens inbezug auf den Geschlechtsverkehr mit dem Beklagten innert der kritischen Zeit bedürfte, abzuweisen.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird gutgeheissen, das Urteil des Bezirksgerichts Plessur vom 30. Juni 1919 aufgehoben und die Klage abgewiesen.

74. Urteil der II. Zivilabteilung vom 21. Oktober 1919

i. S. Jermann gegen Basel-Stadt.

Klage gegen den Kanton auf Feststellung, dass der Klägerin die elterliche Gewalt über ihr Kind zustehe: keine Zivilstreitigkeit im Sinne von Art. 56 OG. — Die elterliche Gewalt fällt, wie die Auslegung von Art. 268 Abs. 2 ZGB ergibt, mit dem Tode des Adoptivparens nicht an die leiblichen Eltern zurück, sondern erlischt, sodass dem Kind ein Vormund zu bestellen ist. (Art. 368 ZGB).

A. — Im Mai 1914 adoptierte Witwe Dietzi-Tegtmeier das am 8. Mai 1906 geborene Kind Nora, das der am 15. Mai 1906 geschiedenen Ehe ihrer Schwester Mathilde Tegtmeier mit Karl Wiedmayer entstammte, und das bei der Scheidung der Mutter zugesprochen worden war. Als am 9. September 1918 die Adoptivmutter starb, ernannte die Vormundschaftsbehörde des Kantons Basel-Stadt Dr. Paul Lorenz zum Vormund des Kindes. Dagegen beschwerte sich Mathilde Tegtmeier, die inzwischen mit Hermann Jermann von Laufen eine zweite Ehe eingegangen war und nunmehr das Kind zu sich nehmen wollte, wurde jedoch sowohl vom Justizdepartement als auch vom Regierungsrat des Kantons Basel-Stadt abgewiesen.

Darauf reichte Frau Jermann am 25. April 1919 beim Zivilgericht Basel-Stadt folgende, gegen den Kan-

ton Basel-Stadt gerichtete Klage ein: « Es sei festzustellen, dass der Klägerin die elterliche Gewalt über das Kind Nora Dietzi zusteht. » Zur Begründung machte sie geltend, dass mit dem Tode der Adoptivmutter die elterliche Gewalt ipso jure an sie, die leibliche Mutter, zurückgefallen sei (THALBERG, Adoption S. 207; EGGER, Komm. zu Art. 268 ZGB S. 352; SILBERNAGEL, Komm. zu Art. 268 ZGB, S. 70).

Der Beklagte bestritt sowohl die Zuständigkeit des Zivilrichters als seine Passivlegitimation und trug in der Sache selbst auf Abweisung der Klage an.

Durch Urteil vom 26. August 1919 hat das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt in Uebereinstimmung mit der ersten Instanz die Klage abgewiesen. Den Motiven ist zu entnehmen: Für die zu entscheidende Hauptfrage, ob der Klägerin die elterliche Gewalt über das Kind Nora zustehe, sei privates Recht massgebend; es handle sich somit um eine Zivilstreitigkeit. Dabei komme dem Kanton Basel-Stadt die Rolle des Beklagten zu, da er durch seine Organe der Klägerin die elterlichen Gewaltrechte bestreite. Auf die materielle Frage selbst gebe das Zivilgesetzbuch keine Antwort. Bei der nach Art. 1 ZGB vorzunehmenden Ausfüllung der Lücke könne weder auf ein Wohnheitsrecht noch auf bewährte Lehre und Ueberlieferung, woran es fehle, abgestellt werden. Demnach habe der Richter nach der Regel zu entscheiden, die er als Gesetzgeber aufstellen würde. Dabei falle namentlich ins Gewicht, dass das Kind durch die Adoption regelmässig in durchaus andere und zwar bessere Verhältnisse komme. Eine Rückversetzung in den ihm völlig fremden Lebenskreis der leiblichen Eltern würde daher weder seinen Interessen noch dem Sinn und Geiste des Institutes der Adoption entsprechen. Die Eltern dürften sich über den endgültigen Verlust ihrer Gewaltrechte nicht beklagen, da sie durch die Zustimmung zur Adoption selbst darauf verzichtet hätten.