

Obergericht war aber die Scheidungsfrage, zu der die Wartefrist gehört, noch streitig. Wann die Rechtskraft des letztinstanzlichen kantonalen Urteils frühestens eintritt, bestimmt das Bundesrecht. Nach Art. 65 des auf die vorliegende Berufung noch anwendbaren alten OG (Art. 171 Abs. 1 rev. OG), wie auch nach Art. 54 Abs. 2 rev. OG tritt die Rechtskraft des (ganzen) letztinstanzlichen Urteils nicht vor Ablauf der Berufungsfrist ein. Da die Zustellung an die Parteien am 23. Dezember 1944 erfolgte, ergibt sich als Datum der Rechtskraft im Scheidungspunkte und damit des Beginns der Wartefrist — und zwar bezüglich *beider* Parteien — der 13. Januar 1945.

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Die Hauptberufung wird gutgeheissen, Disp. 5 des angefochtenen Urteils aufgehoben und das Begehren der Klägerin betr. Unterhaltsbeitrag abgewiesen.

Die Anschlussberufung wird abgewiesen.

Disp. 2 des angefochtenen Urteils wird dahin abgeändert bzw. ergänzt, dass die dem Beklagten auferlegte Wartefrist auf 3 Jahre erhöht und auch der Klägerin eine solche von einem Jahr auferlegt wird.

Im übrigen wird das Urteil des Obergerichts, soweit angefochten, bestätigt, auch in Disp. 6 betr. Kosten.

16. Urteil der II. Zivilabteilung vom 24. Mai 1945  
i. S. Erb gegen Erb-Frick.

*Art. 254 ZGB, Anfechtung der Ehelichkeit.*

Das die Vaterschaft des Ehemannes ausschliessende Ergebnis der *Blutprobe* ist zum Nachweis der *Unmöglichkeit* derselben tauglich (Änderung der Rechtsprechung). Voraussetzungen für ein Begehren des Ehemannes um Anordnung der Blutprobe; Anforderungen bezügl. Sicherheit des Ergebnisses (Erw. 3 i. f.).

*Désaveu.* — Lorsque l'analyse du sang exclut la paternité du mari, elle peut aussi en établir l'impossibilité selon l'art. 254 CC (changement de jurisprudence). Condition de la recevabilité du mari à administrer cette preuve. Exigences quant à la valeur probante de l'analyse (consid. 3 in fine).

*Art. 254 CC, disconoscimento della paternità.*

La perizia ematologica che esclude la paternità dell'attore nel processo di disconoscimento è ammissibile come prova dell'illegittimità (cambiamento di giurisprudenza). Condizioni della proponibilità della prova del sangue e della sua concluzenza (consid. 3 i. f.).

A. — Der Kläger ficht die Ehelichkeit des von seiner Frau am 3. Januar 1944 geborenen Kindes Peter an. Er stellt nicht in Abrede, in der kritischen Zeit mit seiner Frau Verkehr gehabt zu haben, bezeichnet jedoch eine daherige Schwängerung zufolge des Gebrauchs von Schutzmitteln als ausgeschlossen. Andererseits geben die beklagte Ehefrau und ein gewisser Werner Meier zu, in jener Zeit wiederholt miteinander geschlechtlich verkehrt zu haben. Eine Blutuntersuchung durch das gerichtlich-medizinische Institut der Universität Zürich ergab, dass die Vaterschaft des Klägers sowohl nach der klassischen Blutgruppenbestimmung (O, A, B) als nach der Prüfung bezüglich der Faktoren M und N ausgeschlossen erscheint.

Beide Vorinstanzen haben darin einen hinreichenden Nachweis der Unmöglichkeit der Vaterschaft des Klägers im Sinne des Art. 254 ZGB erblickt, die Klage geschützt und das Kind Peter als unehelich erklärt.

B. — Mit der vorliegenden Berufung beantragt der Amtsvormund namens des verbeiständeten Kindes Abweisung der Klage. Zur Begründung wird ausgeführt, nach der wohlfundierten Praxis des Bundesgerichtes genüge die Blutprobe bei schlüssigem Ergebnis zur Rechtfertigung erheblicher Zweifel im Sinne des Art. 314 Abs. 2 ZGB, nicht aber zum Beweis der Unmöglichkeit der Vaterschaft des Ehemannes gemäss Art. 254. Deren Ausschluss nach beiden Untersuchungsverfahren bedeute nicht eine der Multiplikation der beiden Fehlerquellenverhältnisse entsprechende Erhöhung der Sicherheit, weil es sich dabei um reine Schätzungen handle und die Ärzte selber auf mögliche Fehlerquellen in den Untersuchungsmethoden hinwiesen. Der Vergleich der Zuverlässigkeit der Blutprobe mit derjenigen des zum Beweis der Unmöglichkeit

nach Art. 254 auch zugelassenen Zeugnisses der Kindsmutter sei nicht stichhaltig, weil sich letzterer Beweis nur auf die eheliche Beiwohnung, die Blutuntersuchung aber auf die Tatsache der Zeugung beziehe, die menschlicher Wahrnehmung entzogen sei. Die Zulassung der Blutuntersuchung zum Nachweis nach Art. 254 würde notwendigerweise die Statuierung eines Rechts jedes Ehemannes gegenüber seiner Frau auf Vornahme der Blutuntersuchung nach sich ziehen.

Der Kläger trägt auf Abweisung der Berufung an.

*Das Bundesgericht zieht in Erwägung :*

1. — Im Falle Hochuli (BGE 61 II 300), wo das Bundesgericht zum ersten Mal die Frage des Genügens des Blutprobeweises für die Anfechtung der Ehelichkeit zu beurteilen hatte, war der Verkehr der Mutter mit einem Dritten in der kritischen Zeit festgestellt und die Vaterschaft des Ehemannes nach der Gruppenbestimmung ausgeschlossen. Die Frage wurde verneint und die Klage abgewiesen mit der Begründung, der Nachweis, dass der Ehemann « unmöglich » der Vater des Kindes sein könne, müsse strikte geleistet sein ; die Unehelichkeit könne nur ausgesprochen werden, wenn « überhaupt keine Möglichkeit » der Vaterschaft des Ehemannes bestehe. Da bei der Blutuntersuchung Fehlschlüsse möglich bleiben, wenn auch nach einem Gutachten von Prof. Zangger mit weniger als einem Fehlschluss auf 1000 Fälle zu rechnen sei, könne durch die Blutprobe zwar erheblicher Zweifel an der Vaterschaft im Sinne des Art. 314 Abs. 2 ZGB begründet, nicht aber eine « Unmöglichkeit » derselben im Sinne des Art. 254 nachgewiesen werden. Solange bei der Blutprobe noch mit Fehlschlüssen gerechnet werden müsse, könne der Richter nicht überzeugt sein, dass gar keine Möglichkeit der Vaterschaft des Ehemannes bestehe, und solange dürfe ein als ehelich geborenes Kind auch nicht mit dem Makel der Unehelichkeit behaftet werden. Das Bundesgericht hat diese Praxis seither wiederholt bestätigt

(BGE 62 II 78 ; Urteil vom 26. Juni 1941 i. S. Kägi).

Der vorliegende Fall unterscheidet sich vom Falle Hochuli insofern, als damals die Vaterschaft des Ehemannes nur durch *eine* der beiden Blutuntersuchungsmethoden, nämlich nach den klassischen Blutgruppen (O, A, B) ausgeschlossen war, während heute der vom Experten als « ziemlich selten » bezeichnete Fall vorliegt, dass die Vaterschaft sowohl auf Grund der klassischen Blutgruppen als auf Grund der Faktoren M und N ausgeschlossen erscheint. Der Experte führt in seinem Gutachten aus, schon der Ausschluss der Vaterschaft auf Grund der klassischen Blutgruppen erreiche einen « ausserordentlich hohen Sicherheitsgrad » ; Fehlbestimmungen seien bei sachgemässer Technik, wie das Institut sie anwende, praktisch ausgeschlossen. Abweichungen von den Erbgesetzen der klassischen Blutgruppen seien in den letzten Jahren trotz vielen Tausenden von Untersuchungen nicht bekannt geworden ; der einzig bekannt gewordene Fall sei nicht stichhaltig, weil es sich dabei um ein physisch defektes, schwachsinniges Kind gehandelt habe. Aber auch ein Vaterschaftsausschluss auf Grund der Faktoren M und N gebe für sich allein einen sehr hohen Sicherheitsgrad, der vielleicht denjenigen der klassischen Blutgruppen nicht ganz erreiche, ihm aber recht nahe komme. Nun sei zu beachten, dass die Faktoren M und N von den Blutgruppen gänzlich unabhängig seien ; daher könne in Fällen, wo die Vaterschaft nach beiden Verfahren auszuschliessen sei, von einer praktisch absoluten Sicherheit gesprochen werden. In einer Vernehmlassung an das Bundesgericht äussert sich Prof. Dr. F. Schwarz vom gerichtlich-medizinischen Institut der Universität Zürich dahin, seine « persönliche Überzeugung sei, dass die Vererbung der Blutgruppen heute über jeden Zweifel erhaben ist und Ausnahmen von den Erbgesetzen nicht vorkommen. Die Untersuchungsmethoden sind heute derart ausgebaut, dass auch mit untersuchungstechnischen Fehlern praktisch nicht zu rechnen ist. Dies gilt selbstver-

ständiglich nur unter der Voraussetzung, dass die Blutgruppenbestimmungen fachmännisch vorgenommen werden ».

2. — Ein absolut sicherer Beweis der Unmöglichkeit der Vaterschaft des Ehemannes ist nur dann gegeben, wenn absolut sicher ist, dass er mit seiner Frau in der Zeit, in der die Zeugung des Kindes stattgefunden haben kann, keinen Geschlechtsverkehr hatte (BGE 62 II 78). Die absolute Unmöglichkeit der Vaterschaft wird durch die Unmöglichkeit der Beiwohnung bewiesen. Ausser der materiellen Unmöglichkeit des Verkehrs (grosse Entfernung der Aufenthaltsorte, strenge Internierung des einen Gatten, Zeugungsunfähigkeit des Mannes, BGE 62 II 77) hat die bisherige Rechtsprechung des Bundesgerichtes auch eine moralische Unmöglichkeit, begründet in unüberwindlichem Abscheu des einen Ehegatten gegenüber dem andern, als genügend anerkannt (BGE 40 II 585, 62 II 78). Indessen verlangt das Gesetz nicht die Unmöglichkeit der *Beiwohnung* des Ehemannes, sondern nur seiner Vaterschaft; und diese letztere Unmöglichkeit ist nicht nur durch positive, eine anderweitige Vaterschaft beweisende Merkmale des Kindes (Rassenmerkmale, BGE 55 II 297), sondern auch einfach durch den Nachweis erstellt, dass die Ehegatten — trotz allfälliger Gelegenheit — tatsächlich nicht miteinander verkehrt haben (BGE 62 II 76, 78). Für diesen Nachweis kann nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes das Tatsachengericht sogar auf die Aussagen der beklagten Ehefrau abstellen, wenn das kantonale Prozessrecht die Einvernahme der Parteien als Beweismittel zulässt (a.a.O. 79).

Es ist nicht zu bestreiten, dass nach der heutigen Beurteilung des Wertes der Blutprobe durch die medizinische Wissenschaft der Nachweis der « Unmöglichkeit » der Vaterschaft durch diese Beweismethode zum mindesten nicht schwächer erscheint als ein Beweis durch die sog. moralische Unmöglichkeit der Beiwohnung oder durch Zeugen- bzw. Parteiaussage, die schliesslich ja doch auch

unrichtig sein kann und daher an sich nur relative Beweiskraft hat. Nachdem die medizinische Wissenschaft in den letzten Jahren die Bedeutung des Blutprobeweises immer entschiedener anerkannt hat, ist die bisherige Zurückhaltung des Bundesgerichtes diesem Beweismittel gegenüber nicht mehr gerechtfertigt. Dessen bisherige bundesrechtliche Anerkennung hat sich übrigens nicht auf seine Anwendung im Rahmen des Art. 314 Abs. 2 ZGB sowohl zur Begründung als zur Entkräftung (BGE 64 II 253) der *exceptio plurium* beschränkt, wo die Erweckung blosser erheblicher Zweifel genügt. Das Bundesgericht hat es auch zur Anfechtung der Kindesanerkennung nach Art. 306 ZGB tauglich erklärt, nämlich zum Beweise, dass der Anerkennende nicht der Vater bzw. Grossvater des Kindes *ist* (BGE 66 II 78). Dieser Beweis, der die Feststellung der Tatsache schlechthin verlangt, steht hinsichtlich des geforderten Sicherheitsgrades demjenigen nach Art. 254 (Unmöglichkeit) offenbar näher als demjenigen nach Art. 314 Abs. 2, wo blosser Zweifel ausreichen.

3. — In seiner bisherigen Ablehnung der Blutprobe für die Ehelichkeitsanfechtung wurde das Bundesgericht nicht allein durch die dem Beweismittel noch anhaftenden Fehlerquellen, sondern auch durch Überlegungen allgemeiner, mehr moralischer und sozialer Art bestimmt. « Es darf nicht zugelassen werden, dass je einmal, sei es auch in noch so seltenen Fällen, eine Ehefrau, die sich keinen Ehebruch oder ein ähnliches ehewidriges Verhalten hat zuschulden kommen lassen, welches zu ausserehelicher Befruchtung führen konnte, der Anfechtung der Ehelichkeit ihres Kindes ausgesetzt werde, bloss weil die nicht im strengsten Sinne des Wortes absolut zuverlässige Blutprobe den Ehemann als Vater ihres Kindes ausgeschlossen erscheinen lässt. Und noch weniger darf ein als ehelich vermutetes Kind mit dem Makel der Unehelichkeit behaftet werden, solange wegen der der Blutprobe anhaftenden, zwar nur geringen Fehlerquellen der Richter nicht davon überzeugt sein kann, dass auch wirklich gar keine

Möglichkeit bestehe, der Ehemann der Mutter könne doch sein Vater sein » (BGE 61 II 303). Die letztere Befürchtung ist durch die erhöhte Beweiskraft, die nach medizinischer Auffassung heute dem Blutprobeweis zuerkannt werden darf, wenn nicht völlig beseitigt, so doch sehr stark vermindert, zumal wenn, wie im vorliegenden Falle, die Blutprobe nach beiden Untersuchungsmethoden schlüssig ausfällt. Dagegen besteht die Überlegung hinsichtlich der Mutter und ihrer Ehre völlig zu Recht. Aber sie entfällt dann, wenn durch andere Beweismittel bereits die Möglichkeit einer ausserhelichen Erzeugung des Kindes dargetan ist, weil der Mutter durch direkten Beweis Ehebruch oder doch ein Lebenswandel, der mit Ehebruch zu rechnen erlaubt, nachgewiesen ist. Dies trifft im vorliegenden Falle zu. In grundsätzlicher Hinsicht haben die Zürcher Gerichte diesem Gesichtspunkt mit der Auffassung Rechnung getragen, der Richter solle sich neben dem Blutprobeweis auch die Überzeugung von der Möglichkeit der Vaterschaft eines Dritten zu verschaffen versuchen und diese Möglichkeit noch als Voraussetzung der Klagegutheissung neben dem Blutprobeweis betrachtet werden (SJZ 1942/43 S. 554 ff.). Es lassen sich allerdings Fälle denken, wo der Ehemann über den Lebenswandel der Ehefrau, z.B. wegen räumlicher Trennung, nichts wissen kann, andererseits gute Gründe hat, für sich selbst überzeugt zu sein, dass er nicht der Vater sein könne, diese Überzeugung aber nicht zu beweisen vermag. Jedenfalls aber ist als Voraussetzung für ein *Begehren* des Ehemannes um Anordnung der Blutprobe zu verlangen, dass er stichhaltige Gründe zu Zweifeln an seiner Vaterschaft darzutun vermöge.

Vorliegend muss demnach auf Grund des doppelt schlüssigen Blutprobeergebnisses in Verbindung mit dem festgestellten Ehebruch die Anfechtungsklage gutgeheissen werden. Wo nur *eine* Methode, die Gruppen- oder die Faktorenbestimmung, den Ausschluss erlaubt, kann ein höherer Grad der Sicherheit dadurch erreicht werden, dass

von Amtes wegen noch eine zweite Expertise durch ein anderes Institut durchgeführt wird, damit die Gefahr von Fehlern aus Mängeln der Untersuchungsmethode und -technik und des Testmaterials möglichst ausgeschaltet sei.

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 16. Februar 1945 bestätigt.

**17. Urteil der II. Zivilabteilung vom 15. März 1945 i. S. Dilpert gegen Schweiz. Anstalt für Epileptische und Dr. Braun.**

*Haftung des Familienhauptes, Art. 333 ZGB.*

1. Findet ein unmündiger oder entmündigter, ein geistesschwacher oder geisteskranker Hausgenosse gemäss besonderer Vereinbarung abwechslungsweise in verschiedenen Hausgemeinschaften Aufnahme, so wechselt die Hausgewalt über ihn periodisch.
2. Verletzung einer Sorgfaltspflicht durch Beurlaubung eines geisteskranken Anstaltsinsassen zu seinen Eltern ? Mangelhafte Beaufsichtigung in der Anstalt ?

1. Lorsqu'en vertu d'une convention spéciale, un mineur ou un interdit, une personne atteinte de maladie mentale ou un faible d'esprit est placé à tour de rôle dans diverses communautés domestiques, l'autorité dont il dépend change périodiquement.
2. Violation d'un devoir d'attention de la part d'un établissement qui accorde à un de ses pensionnaires, atteint d'une maladie mentale, un congé pour se rendre chez ses parents ? Défaut de surveillance dans l'établissement ?

*Responsabilità del capo di famiglia, art. 333 CC.*

1. Quando, in virtù di una convenzione particolare, un minorenne o un interdetto, un infermo o un debole di mente trovi asilo alternatamente in due comunioni domestiche, la potestà cui è subordinato cambia ogni qualvolta egli passi dall'una all'altra economia domestica, ed è quindi esercitata dal preposto alla comunione in cui il bisognoso di vigilanza soggiorna, di volta in volta.
2. Violazione di un obbligo di diligenza da parte di un istituto che permette ad un ricoverato psicopatologico di far visita ai propri genitori ? *Culpa in vigilando* da parte dell'istituto ?

A. — Am 23. März 1940 (Karsamstag) verübte der am 12. Januar 1920 geborene Paul Handel, ein imbeziller Epileptiker, der zu jener Zeit in der Schweiz. Anstalt für Epileptische in Zürich 8 untergebracht war, das Wochen-