

aufzuheben, ohne dass er die betreffenden Nebenfolgen der Scheidung positiv regeln könnte, da hiefür nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung allein der Scheidungsrichter zuständig ist (BGE 44 I 155). Wenn dagegen die Konvention auf dem Wege der Urteilsrevision beim Scheidungsrichter angefochten werden muss, kann dieser eine neue Regelung treffen.

Die kantonalen Gerichte sind somit auf die zivilrechtliche Anfechtung der Scheidungskonvention mit Recht nicht eingetreten. Eine Revision des Scheidungsurteils auf Grund der Bestimmungen des kantonalen Zivilprozessrechtes ist aber nicht verlangt worden und hätte nach der für das Bundesgericht massgebenden Erklärung der Vorinstanz auch nicht mehr verlangt werden können, weil die dafür vorgeschriebene 30-tägige Frist längst abgelaufen war.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 23. November 1933 bestätigt.

**18. Urteil der II. Zivilabteilung vom 27. April 1934
i. S. Walter gegen Bigler.**

ZGB Art. 314 Abs. 2: Blutuntersuchung zum Nachweis erheblicher Zweifel über die Vaterschaft des Beklagten.

A. — Zu seiner Verteidigung gegen die vorliegende Vaterschaftsklage bestreitet der Beklagte jeden Geschlechtsverkehr mit der Klägerin und beantragt er eine Blutuntersuchung zum Zweck der Feststellung, dass der Zweitkläger nicht von ihm abstammen könne.

B. — Das Obergericht des Kantons Solothurn hat die Blutuntersuchung nicht angeordnet, dagegen der Klägerin den Eid dafür abgenommen, dass ihr der Beklagte in der Empfängniszeit beigewohnt habe, und die Vater-

schaftsklage zugesprochen. Den Urteilsgründen ist zu entnehmen: « Die Blutgruppenuntersuchung bildet nach dem heutigen Stand der Medizin und der Wissenschaft noch kein absolut sicherer Beweis (sic) dafür, dass ein bestimmtes Kind von einem bestimmten Mann gezeugt worden ist oder nicht. Daher könnte auch in casu eine Expertise betr. Blutgruppenuntersuchung kein absolut sicheres Beweismittel darstellen für den Nachweis von Tatsachen, welche erhebliche Zweifel über die Vaterschaft des Beklagten im Sinne von Art. 314 Abs. 2 ZGB rechtfertigen könnten. In casu erscheint eine solche Blutgruppenexpertise schon nach der Aktenlage als unerheblich und überflüssig. Die Kindsmutter hat für die Tatsache der Beiwohnung in der kritischen Zeit einen derart überzeugenden Indizienbeweis erbracht, dass die Blutuntersuchung, falle sie positiv oder negativ aus, gar keine Bedeutung mehr haben kann. Der Beklagte hat nicht beweisen können, dass die Kindsmutter in der kritischen Zeit vom 7. März bis 4. Juli 1932 verdächtige Beziehungen mit andern Männern unterhielt. Die Angaben derselben über den Urheber der Vaterschaft erscheinen im Lichte des Gesamtbeweisergebnisses als durchaus glaubwürdig. Die Bewilligung oder Nichtbewilligung des Eides, bezw. die Beurteilung der Voraussetzung nach § 107 Ziffer 3 des EG zum ZGB hängt in casu nicht von einer positiven oder negativen Blutuntersuchung ab, sondern von der Aktenlage und den Beweisergebnissen, da bei der vorliegenden Sachlage auf die Expertise betr. Blutuntersuchung nicht ausschlaggebend abgestellt werden könnte. Da die Blutuntersuchung nach dem Stand der Wissenschaft heute noch keine genügende Gewähr dafür bietet, dass Fehlergebnisse ganz ausgeschlossen sind, so können die andern Tatsachen, welche gegen das Vorliegen von Zweifel im Sinne des Art. 314 lemma 2 ZGB sprechen, auch dann nicht einfach ignoriert werden, wenn in casu durch die Blutuntersuchung ein negatives Ergebnis herauskommen sollte. Unter

solchen Umständen wird die Expertise betr. Blutuntersuchung als untauglich und überflüssig erachtet und daher nicht bewilligt.»

C. — Gegen das Urteil des Obergerichtes vom 22. Dezember 1933 richtet sich die vorliegende Berufung des Beklagten mit dem Antrag auf Aufhebung des angefochtenen Urteils und Rückweisung der Akten an die Vorinstanz zur Aufnahme weiterer Beweise, insbesondere zur Abnahme der beantragten Blutprobe, eventuell Abweisung der Klage.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

Die Ablehnung der Blutuntersuchung durch die Vorinstanz beruht unter zwei Gesichtspunkten auf einer Verletzung von Bundesrecht.

In erster Linie ist die Ansicht der Vorinstanz unhaltbar, dass die Blutuntersuchung, falle sie positiv oder negativ aus, gar keine Bedeutung mehr haben könne angesichts des von der Klägerin für die Tatsache der Beiwohnung (des Beklagten) in der kritischen Zeit erbrachten überzeugenden Indizienbeweises. Die beantragte Blutuntersuchung betrifft ein ganz anderes Beweisthema als dieser Indizienbeweis, nämlich ob der Zweitkläger von einem andern Mann als dem Beklagten abstamme. Damit wäre nämlich eine Tatsache nachgewiesen, die erhebliche Zweifel über die Vaterschaft des Beklagten rechtfertigen und die durch die Beiwohnung des Beklagten in der Empfängniszeit begründete Vermutung seiner Vaterschaft beseitigen würde, gleichgültig ob die Beiwohnung des Beklagten durch dessen Geständnis oder durch direkten Zeugen oder Eides-Beweis oder endlich durch überzeugenden Indizienbeweis dargetan wäre, und gleichgültig, wie oft solche Beiwohnung in der Empfängniszeit stattgefunden haben mag.

In zweiter Linie erweckt die Argumentation der Vorinstanz Bedenken, dass eine Blutgruppenuntersuchung kein a b s o l u t sicheres Beweismittel für den Nachweis

von Tatsachen darstellen könnte, welche erhebliche Zweifel über die Vaterschaft des Beklagten im Sinne von Art. 314 Abs. 2 ZGB rechtfertigen könnten, weil die Blutgruppenuntersuchung nach dem heutigen Stand der Medizin und der Wissenschaft noch keinen absolut sicheren Beweis dafür bilde, dass ein bestimmtes Kind von einem bestimmten Manne gezeugt worden sei oder nicht. Freilich wurde in BGE 59 II 343 ausgeführt, es könne heute noch keine Rede davon sein, dass die absolute Zuverlässigkeit der Ergebnisse einer Blutgruppenuntersuchung allgemein anerkannt wäre, aber nur in der Meinung, dass deshalb die ablehnende Stellungnahme einer kantonalen Vorinstanz zum damals verwendeten Beweismittel der Blutprobe nicht auf eine Verletzung b u n d e s r e c h t l i c h e r Beweisvorschriften hinauslaufe, und durchaus nicht etwa in der Meinung, dass den kantonalen Gerichten verwehrt wäre, auf das Ergebnis der Blutuntersuchung mitabzustellen. Aus neuesten Publikationen ergibt sich jedoch, dass die Blutgruppenbestimmung sicherere Ergebnisse liefert, als damals angenommen wurde, und deshalb von der ausländischen Rechtsprechung weitgehendst anerkannt wird, wo nach der dortigen gesetzlichen Ordnung überhaupt etwas darauf ankommen kann (vgl. einerseits OTTENSOOSER in der Schweizerischen Juristenzeitung 30 S. 118 zum gleichen, ebenda Seite 50 veröffentlichten, Urteil des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 30. Mai 1933, auf welches sich das Berufungsurteil in BGE 59 II 339 ff. bezieht, und andererseits Willy und Pia SCHUMACHER-WEBER, Die Blutprobe als zivil- und strafprozessuales Beweismittel nach deutschem und ausländischem Recht, Berlin 1933). Zwar ist sie überhaupt nur für den Nachweis des Nichtbestehens der Vaterschaft tauglich, worum es sich hier auch einzig handelt, lässt sich von vorneherein nur auf rund 25 % der möglichen Kombinationen anwenden und führt in weiteren rund 15 % zu einem non liquet, sodass nur ein Rest von rund 10 % verwertbare Ergebnisse liefert.

Indessen sind diese Ergebnisse bei korrekter praktischer Handhabung durch Spezialisten sozusagen sicher; denn es steht dahin, ob die bei der Bestimmung der bezüglichen medizinischen Erfahrungssätze aus dem Blut ehelicher Kinder entdeckten Ausnahmen von 1,5 ‰ wirklich solche gewesen seien und nicht einfach Trugschlüsse aus falschen Prämissen. Übrigens liesse sich wegen einer so geringfügigen Möglichkeit von Ausnahmen nicht mit Fug sagen, es werden nicht erhebliche Zweifel über die Vaterschaft des Beklagten gerechtfertigt durch die aus der Blutuntersuchung der Eltern und des Kindes gefundene Feststellung, dass das Kind Blut mit Gruppeneigenschaften aufweist, die nach den medizinischen Erfahrungen über die Vererbung der Beschaffenheit des Blutes nicht aus der Kombination der Blutgruppen, denen einerseits die Mutter und andererseits der Beklagte angehört, entstehen können. Freilich will mit diesen Darlegungen nicht das Ziel verfolgt werden, die Vorinstanz geradezu zur Anordnung einer Blutuntersuchung anzuweisen; es soll überhaupt dahingestellt bleiben, ob die neueren Ergebnisse der Blutprobe eine grundsätzliche Änderung der Rechtsprechung zu rechtfertigen vermögen. Dagegen erscheint es dem Bundesgericht nicht unmöglich, dass die Vorinstanz zu einer andern Stellungnahme in dieser Frage gelangen könnte, wenn sie an den beiden im vorigen erörterten Gründen ihrer Ablehnung nicht festhalten kann. Nachdem es der Klägerin verstattet worden ist, durch das einzig auf ihre Gewissenhaftigkeit abgestellte Beweismittel des Eides die Vermutung der Vaterschaft des Beklagten zu begründen, dürften hier die Bedenken gegen das neue, an objektive Umstände anknüpfende Beweismittel nicht allzusehr betont werden, welches das einzige Beweismittel ist, das dem Beklagten zur Verteidigung bleibt und ihm zudem nur eine verhältnismässig geringe Chance lässt, sich erfolgreich auf Art. 314 Abs. 2 ZGB berufen zu können. Der Vorinstanz wird also anheimgestellt, neuerdings darüber zu befinden, ob sie die Blutuntersuchung an-

ordnen wolle, oder ob die von ihren früheren ablehnenden Entscheidungsgründen unangetastet verbleibenden Bedenken sie neuerdings davon abhalten. Ebenso bleibt sie gemäss Art. 81 Abs. 1 OG in der Würdigung eines allfälligen Gutachtens, im Zusammenhang mit dem übrigen Prozessstoff, frei. Insbesondere wird sie gegebenenfalls zu entscheiden haben über die Rechtsfolgen einer allfälligen endgültigen Weigerung der Mutter und für das Kind, sich das nötige Blut entnehmen zu lassen.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Berufung wird begründet erklärt, das angefochtene Urteil aufgehoben und die Sache zu neuer Beurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

II. SACHENRECHT

DROITS RÉELS

19. Arrêt de la II^e Section civile du 24 mai 1934
dans la cause **Banque Populaire de la Broye et Dame Besse**
contre **Treyvand.**

Hypothèque. Possibilité de transférer au profit d'un autre créancier la garantie réelle (hypothèque) attachée à une créance éteinte par le paiement ?

A. — Emile Besse était débiteur de Samuel Furi d'une somme de 26 000 fr. en garantie de laquelle il avait, par acte notarié du 7 juin 1922, constitué une hypothèque en deuxième rang sur ses immeubles. Le 26 décembre 1926, le notaire Servien, agissant au nom de Furi, a exigé d'Emile Besse l'acquittement du capital et des intérêts de l'obligation hypothécaire. N'ayant pas les fonds nécessaires, Emile Besse s'est adressé à l'Agence de la Banque Populaire de la Broye à Avenches. L'agent de la Banque, Jean Baillif, lui a expliqué que si la Banque lui ouvrait le