

ihn nur vor einem französischen Gericht anhängig gemacht werde, und brauche sich daher auf eine solche vor einem ausländischen Gerichte nicht einzulassen (ZbJV 56 S. 592 ; SECRETAN, JdT a.a.O. S. 418 Anm. 1, 420 Anm. 1, 434). Die konsequente Anwendung des Art. 2 des französisch-schweizerischen Gerichtsstandsvertrages auf Ehescheidungsklagen erscheint somit zur Zeit nicht als allgemein anerkannter Grundsatz der französischen Rechtsprechung. Es ist nicht ausgeschlossen, dass die Cour de cassation selbst, wenn sie über die Vollstreckung eines schweizerischen Urteils, das die Ehe von Franzosen scheidet, zu befinden haben wird, die Anwendung des Art. 2 des französisch-schweizerischen Gerichtsstandsvertrages in gleicher Weise beschränken würde wie das Tribunal civil de Toulouse. Demnach hat das Bundesgericht keinen genügenden Grund zur Annahme, dass der schweizerische Gerichtsstand in einem Fall wie dem vorliegenden nach dem französischen Gerichtsgebrauch anerkannt sei, und zwar umsoweniger, als es selbst die Auffassung derjenigen französischen Urteile teilt, die die Anwendung des Art. 2 des französisch-schweizerischen Gerichtsstandsvertrages auf Ehescheidungsklagen ablehnen.

3. — Die Klägerin gibt zu, dass kein französischer Gerichtsentscheid ermittelt werden konnte, der die Frage der Anerkennung der Zuständigkeit des Schweizer Richters in einem Fall wie dem vorliegenden bejahen würde. Das kann aber entgegen ihrer Auffassung nicht zum Schluss führen, der Beweis dafür, dass die Frage im französischen Gerichtsgebrauch bejaht werde, könne unmöglich erbracht und daher von ihr nicht gefordert werden. Dieser Standpunkt der Klägerin steht in klarem Widerspruch mit Art. 7 h Abs. 1 NAG, der um der guten Ordnung willen kein Scheidungsurteil zulassen will, das im Heimatstaat der Ehegatten möglicherweise nicht anerkannt würde (BGE 57 II 242 f. ; 59 II 114 ; 73 II 93 Erw. 1).

Ebensowenig geht es an, über die Inkompetenzinrede des Beklagten deshalb hinwegzugehen, weil diese, wie die

Klägerin meint, eine Schikane sei mit Rücksicht darauf, dass der Beklagte keinen französischen Entscheid gefunden hat, der die Anerkennung eines schweizerischen Scheidungsurteils in einem Fall wie dem vorliegenden ablehnt. Es war nicht Sache des Beklagten, einen solchen Entscheid ausfindig zu machen. Zudem wird die Inkompetenzinrede im vorliegenden Fall deshalb gutgeheissen, weil sie nach der französischen Rechtsprechung die Anerkennung des Scheidungsurteils in Frankreich unsicher machen würde. Der schweizerische Richter könnte daher die Einrede nur dann als Schikane unberücksichtigt lassen, wenn es feststünde, dass auch der französische Richter, der über die Anerkennung des Scheidungsurteiles zu entscheiden hätte, das gleiche tun würde. Dass diese Voraussetzung zutrefte, hat aber die Klägerin nicht dargetan. Im übrigen ist darauf hinzuweisen, dass nach schweizerischem Recht wohl unter Umständen in der Anrufung von Vorschriften des materiellen Rechts, nicht aber in der Berufung auf prozessuale Bestimmungen, wie in einer Inkompetenzinrede, die sich auf Art. 15 des französischen CC stützt, ein Rechtsmissbrauch erblickt werden kann (BGE 40 III 160 ; 60 II 490).

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird abgewiesen und das angefochtene Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 30. September 1952 bestätigt.

4. Urteil der II. Zivilabteilung vom 30. April 1953 i. S. B. gegen B.

Anfechtung der Ehelichkeit (Art. 254 ZGB). Unter welchen Voraussetzungen kann die Blutuntersuchung, insbesondere die Bestimmung der Rhesusfaktoren, zum Nachweis der Unmöglichkeit der Vaterschaft des Ehemannes dienen ?

Désaveu (art. 254 CC). A quelles conditions l'analyse du sang, en particulier la détermination des facteurs rhésus, peut-elle servir à prouver que le mari ne saurait être le père de l'enfant ?

Contestazione della paternità (art. 254 CC).

A quali condizioni l'analisi del sangue, in particolare la determinazione dei fattori rhesus, può servire a provare che il marito non è il padre dell'infante?

Die seit 1941 verheiratete Frau B. gebar am 5. Februar 1951 einen Knaben. Mit Klage vom 2. Mai 1951 focht B. die Ehelichkeit dieses Kindes an. Er behauptete, er habe während der Empfängniszeit mit der Mutter keinen Geschlechtsverkehr gehabt; diese habe damals mit M. intime Beziehungen unterhalten. Die Beklagten bestritten diese Darstellung.

Das Amtsgericht ordnete auf Antrag des Klägers eine Blutuntersuchung an. Auf Grund der Bestimmung der klassischen Blutgruppen und der Faktoren M und N liess sich die Vaterschaft des Klägers nicht ausschliessen. Dagegen kam der Experte Prof. Dr. C. Hallauer, Direktor des hygienisch-bakteriologischen Instituts der Universität Bern und wissenschaftlicher Leiter des Schweiz. Serum- und Impfinstituts in Bern, in seinem Berichte vom 21. März 1952 zum Schluss, auf Grund des Ergebnisses der Bestimmung der Rhesusfaktoren (Kläger und Mutter CcDee, Kind ccDEe) müsse der Kläger als Vater ausgeschlossen werden, weil beim Kind der weder bei ihm noch bei der Mutter vorhandene Faktor E nachgewiesen sei. Als Zeuge äusserte sich Prof. Hallauer über die durchgeführte Untersuchung wie folgt:

« Im vorliegenden Falle fand sich beim Kind der Rhesusfaktor E, welcher weder beim Vater noch bei der Mutter nachzuweisen war.

Wir haben zwei Serumproben verwendet und hierauf haben wir mit drei Serumproben verifiziert. Das Resultat war immer dasselbe. Eine weitere Nachprüfung ist vollständig unnötig.

Die Rhesusfaktorenbestimmung vermittelt eine derartige Sicherheit, wie sie bei einem biologischen Versuche überhaupt vermittelt werden kann. Sie bietet heute ungefähr die gleiche Sicherheit wie das Vorgehen bei der Hauptgruppenbestimmung. Die gerichtliche Verwendbarkeit der Rhesusfaktorenbestimmung kann nicht mehr bezweifelt werden.

Eine absolute Sicherheit besteht natürlich im biologischen Sinne nicht. Sie besteht auch bei der Untersuchung der Hauptgruppen- und MN-Faktoren nicht. Die Hauptgruppenbestimmung und sogar die Bestimmung nach den MN-Faktoren wurden vom

Bundesgericht anerkannt. Wenn diese anerkannt werden, so müssen auch die Untersuchungen nach den Rhesusfaktoren anerkannt werden, da letztere, wie ich anführte, heute ungefähr die gleiche Sicherheit bieten wie die Hauptgruppenbestimmungen.»

Das Amtsgericht schloss aus dem Berichte vom 21. März 1952 und den mündlichen Angaben des Experten, dass der Kläger nicht der Vater des Kindes sein könne, und hiess die Klage gut. Es berücksichtigte dabei auch, dass die Mutter mit M. nach dem Ergebnis des Beweisverfahrens Beziehungen unterhalten habe, aus denen sich ergebe, dass « sehr wohl ein anderer Mann als der Kläger als Vater des Kindes in Frage kommen kann.»

Der Appellationshof des Kantons Bern hat dieses Urteil am 22. September 1952 bestätigt.

Vor Bundesgericht beantragen die Beklagten wie im kantonalen Verfahren Abweisung der Klage. Der Kläger schliesst auf Abweisung der Berufung.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. — Ist ein Kind wenigstens 180 Tage nach Abschluss der Ehe geboren, so vermag der Ehemann die Anfechtungsklage nach Art. 254 ZGB nur durch den Nachweis zu begründen, dass er unmöglich der Vater des Kindes sein könne.

Im Falle BGE 61 II 300 ff., wo ein Gutachten zum Schlusse gekommen war, der Ehemann könne unmöglich der Vater des Kindes sein, weil der im Blut des Kindes befindliche Faktor N weder bei der Mutter noch bei ihm feststellbar sei, hat das Bundesgericht angenommen, durch die Blutprobe könne die Unmöglichkeit der Vaterschaft nicht nachgewiesen werden, weil Art. 254 ZGB einen strikten, jede « noch so entfernte » Möglichkeit der Vaterschaft ausschliessenden Beweis fordere und die Blutprobe wegen der ihr auch bei sorgfältigster Durchführung anhaftenden Fehlerquellen dem Richter nicht die Überzeugung verschaffen könne, dass « überhaupt gar keine Möglichkeit der Vaterschaft des Ehemannes besteht »,

möge die Fehlergrenze noch so eng sein. Im Falle BGE 71 II 54, wo die Vaterschaft des Klägers sowohl auf Grund der Bestimmung der klassischen Blutgruppen als auch der Faktoren M und N als ausgeschlossen erschien und wiederholter Ehebruch der Mutter während der kritischen Zeit nachgewiesen war, hat dann aber das Bundesgericht die Anfechtungsklage auf Grund dieser Beweise gutgeheissen. Die damit erfolgte Änderung der Rechtsprechung beruhte nicht nur auf der Erwägung, dass die im Anfechtungsprozess bisher geübte Zurückhaltung gegenüber dem Blutprobeweis nicht mehr gerechtfertigt sei, nachdem die medizinische Wissenschaft seine Bedeutung in den letzten Jahren immer entschiedener anerkannt habe, sondern auch auf einer etwas weniger strengen Auslegung von Art. 254 ZGB. Das früher aufgestellte Erfordernis eines absolut sichern Beweises wurde in BGE 71 II 54 ff. insofern etwas gemildert, als (namentlich im Hinblick auf die auch andern Arten der Beweisführung anhaftende Unvollkommenheit) angenommen wurde, eine einwandfrei durchgeführte Blutuntersuchung, welche die Vaterschaft des Ehemannes mit solcher Sicherheit auszuschliessen gestatte, dass mit einem Fehler praktisch nicht zu rechnen sei, genüge zum Beweis der Unmöglichkeit seiner Vaterschaft, wenn bereits durch andere Beweismittel die Möglichkeit einer ausserehelichen Erzeugung des Kindes dargetan, d. h. Ehebruch der Mutter bewiesen oder wenigsten glaubhaft gemacht sei. Trifft dies zu, so steht die Rücksicht auf die Ehre der Mutter, welche die frühere Praxis mitbestimmt hatte, der Anordnung einer Blutprobe nicht mehr im Wege und braucht bei einem Befunde, der die Vaterschaft des Ehemannes zwar nicht mit absoluter Sicherheit, aber doch mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit auszuschliessen gestattet, nicht damit gerechnet zu werden, dass es sich dabei um einen der theoretisch möglichen, aber praktisch kaum vorkommenden Ausnahmefälle handeln könnte, in denen ein solcher Befund trägt.

2. — Über die Zuverlässigkeit des Ausschlusses der Vaterschaft auf Grund der Bestimmung der Rhesus-Eigenschaften, die seit 1940 Gegenstand der Forschung sind, hat Prof. F. Schwarz, der Direktor des Gerichtlichen Medizinischen Instituts der Universität Zürich, in einem dem Bezirksgerichte Zürich am 19. Februar 1951 abgegebenen Gutachten (SJZ 47 S. 321 ff.), das in den hier interessierenden Punkten dem ausführlichen Gutachten von Dr. E. Hardmeier vom 19. Januar 1951 im Falle Schnell gegen Albrecht (vgl. BGE 78 II 311 ff.) folgt, u. a. erklärt, ein Ausschluss der Vaterschaft auf Grund des Nachweises, dass die Rhesus-Eigenschaft C, D oder E zwar beim Kinde, dagegen weder bei der Mutter noch beim angeblichen Vater vorhanden ist (sog. C-, D- oder E- Ausschluss), dürfe einen hohen Grad von Sicherheit beanspruchen. Für die Bestimmung dieser Eigenschaften verfüge man über spezifische Seren mit hohem Titer. «Bei einer solchen Ausschlusskonstellation dürfte auf Grund der bis heute vorliegenden Beobachtungen die Fehlermöglichkeit, wenn Fehler überhaupt vorkommen, kleiner als 1 : 1000 sein. Vermutlich werden sich in der nächsten Zeit die Erfahrungen so weit festigen, dass man die Fehlermöglichkeiten noch weiter herabsetzen darf. Der Erbbiologe wird bei einer solchen Konstellation zur Überzeugung gelangen, dass mit einer Vaterschaft des betreffenden Mannes nicht zu rechnen sei, dass also zum mindesten erhebliche Zweifel an der Vaterschaft gerechtfertigt seien. Ob sich diese Anschauung decken lässt mit den «erheblichen Zweifeln», wie sie der Art. 314 ZGB meint, möge der Richter... entscheiden.» Zwei andere, auf dem Nachweis von sog. Homo- und Heterozygotie beruhende Arten des Vaterschaftsausschlusses seien etwas weniger sicher. «Wenn der Richter schliesslich die Frage an den Experten stellt, ob der Ausschluss einer Vaterschaft auf Grund der C- D- E- Eigenschaft heute mit einem solchen Grad von Sicherheit erfolgen könne, dass die Unmöglichkeit der Vaterschaft dadurch erwiesen sei, so

könnte... der Experte ein solches « Unmöglich » nicht aussprechen. Wenn es später dazu kommen wird, wird man sich bewusst bleiben müssen, dass ein « Unmöglich » in der Biologie nie etwas Absolutes bedeutet, sondern sich stets auf konkrete Erfahrungen, gewonnen mit den jeweils zur Verfügung stehenden Methoden stützen muss. Ein « Unmöglich » in der Biologie dürfte grundsätzlich bedeuten, dass Ausnahmen von einer als richtig befundenen Regel bis zum betreffenden Zeitpunkt entweder überhaupt nicht oder dann höchstens ganz ausnahmsweise beobachtet wurden und dass deshalb Abweichungen im ungünstigsten Fall derart selten sind, dass man mit ihnen praktisch überhaupt nicht zu rechnen hat.»

Auf Grund dieses Gutachten, das auf dem Stand der Forschung zu Beginn des Jahres 1951 beruht, hätte ein sog. E-Ausschluss, wie er hier in Frage steht, nicht als tauglich anerkannt werden können, um die Unmöglichkeit der Vaterschaft des Ehemannes im Sinne von Art. 254 ZGB zu beweisen. Bei seiner Feststellung, dass ein solcher Ausschluss die Unmöglichkeit der Vaterschaft noch nicht beweise, ist Schwarz nicht etwa von einer zu engen Auffassung des Begriffes der Unmöglichkeit ausgegangen. Wie seine Ausführungen über die Bedeutung dieses Wortes in der Biologie zeigen, betrachtet er als Voraussetzung für die Aussage, dass die Vaterschaft eines bestimmten Mannes unmöglich sei, nicht den (nach seinen Darlegungen durch das Mittel der Blutprobe überhaupt nie zu erbringenden) absolut sichern Beweis, sondern nur einen Beweis von so hoher Zuverlässigkeit, dass dabei mit einem Fehler praktisch nicht zu rechnen ist. Dies ist gerade der Grad von Sicherheit, der nach der heute massgebenden Rechtsprechung erreicht sein muss, damit bei nachgewiesener Möglichkeit der ausserehelichen Erzeugung des Kindes die Vaterschaft des Ehemannes auf Grund der Blutprobe als unmöglich bezeichnet werden darf. Dieser Sicherheitsgrad war nach der Auffassung von Schwarz bei der Rhesusprobe noch nicht erreicht, als er sein Gutachten abgab.

Schwarz billigte aber einem C-, D- oder E- Ausschluss immerhin bereits einen hohen Sicherheitsgrad zu. Wenn er noch mit der Möglichkeit von Fehlergebnissen rechnete, so nicht wegen irgendwelcher Zweifel an der gesetzmässigen Vererbung der Rhesuseigenschaften, die er vielmehr als sicher erwiesen betrachtete, sondern deswegen, weil die Technik der Rhesusbestimmung seines Erachtens noch nicht so weit entwickelt war, dass man mit Fehlbestimmungen nicht zu rechnen brauchte. Er schätzte die Fehlermöglichkeit aber bereits auf weniger als 1 : 1000 und äusserte die Vermutung, dass eine Festigung der Erfahrungen es « in nächster Zeit » gestatten werde, sie noch herabzusetzen. Mit raschen Fortschritten zu rechnen, erlaubte offenbar der Umstand, dass die Forschung auf diesem Gebiete wegen der enormen Bedeutung der Rhesuseigenschaften für die Klinik (SCHWARZ S. 322) sehr intensiv und auf breitester Grundlage betrieben wird. Wenn der im vorliegenden Prozess beigezogene Experte Hallauer, ebenfalls ein angesehener Fachmann auf dem Gebiete der Blutuntersuchung, ein gutes Jahr später erklärt hat, die Rhesusbestimmung vermittele heute eine derartige Sicherheit, wie ein biologischer Versuch sie überhaupt bieten könne, nämlich ungefähr die gleiche Sicherheit wie die Hauptgruppenbestimmung, durfte es die Vorinstanz also wohl verantworten, dieser Auffassung zu folgen. (Da es sich im vorliegenden Falle um einen sog. E-Ausschluss handelt, dürften sich die Äusserungen des Experten über den Wert der Rhesusbestimmung trotz ihrer allgemeinen Fassung nur auf die sog. C-, D- und E-Ausschlüsse beziehen, nicht auch auf die andern, von Schwarz mit grösserer Zurückhaltung gewürdigten Arten des Rhesusausschlusses, über die sich auszusprechen der Experte keinen Anlass hatte.) Auf jeden Fall lässt sich nicht sagen, dass die auf das Gutachten Hallauer gestützte Annahme der Vorinstanz, ein Rhesusausschluss der hier gegebenen Art könne heute den gleichen Beweiswert beanspruchen wie ein Ausschluss auf Grund der Bestimmung der klassischen Blutgruppen und der Faktoren M und N, gegen einen Satz des Bundes-

rechtes oder gegen eine allgemeingültige Erfahrungsregel verstosse, die berufungsrechtlich einem Bundesrechtssatz gleichzustellen wäre. Wenn aber ein solcher Rhesusausschluss tatsächlich die gleiche Sicherheit bietet wie die schon in BGE 71 II 54 ff. anerkannten Ausschlussarten, d. h. wenn dabei praktisch mit Fehlern nicht zu rechnen ist, so ist der Vorinstanz darin beizupflichten, dass ein solcher Ausschluss in Verbindung mit konkreten Anhaltspunkten für die Möglichkeit einer ausserehelichen Zeugung die Aberkennung der Ehelichkeit nach Art. 254 ZGB rechtfertigt.

3. — Selbstverständliche Voraussetzung für die Verwertung der Blutprobe als Beweismittel ist, dass die Untersuchung im konkreten Fall von fachkundigem Personal mit der gebotenen Sorgfalt durchgeführt wurde. Dies ist hier nach den tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz geschehen. Insbesondere wurden verschiedene Testseren verwendet und blieb das Ergebnis immer dasselbe. Wenn in BGE 71 II 60/61 gesagt wurde, wo nur eine Methode den Ausschluss erlaube, könne ein höherer Grad von Sicherheit dadurch erreicht werden, dass von Amtes wegen noch eine weitere Expertise durch ein anderes Institut angeordnet werde, so kann und will dies nicht heissen, dass in jedem derartigen Falle von Bundesrechts wegen eine zweite Expertise unerlässlich sei. Auf Grund der Erklärung des Experten Hallauer, dass angesichts der in seinem Institut durchgeführten Kontrollen eine weitere Nachprüfung vollständig überflüssig sei, konnte die Vorinstanz von der Einholung eines weiteren Gutachtens absehen, ohne Bundesrecht zu verletzen.

Die Feststellung des Experten, dass das Kind die bei der Mutter und deren Ehemann nicht vorhandene Rhesuseigenschaft E besitze und daher einen andern Mann zum Vater haben müsse, erlaubt demnach den Schluss, dass die Vaterschaft des Ehemannes im Sinne von Art. 254 ZGB unmöglich sei, wenn durch andere Beweismittel die Möglichkeit der Zeugung durch einen Dritten dargetan ist.

4. — Diese letzte Voraussetzung ist zweifellos erfüllt. Die Vorinstanz hat festgestellt, dass die Mutter zur Zeit der Empfängnis mit M. ein ehebrecherisches Verhältnis unterhalten habe. Es kann keine Rede davon sein, dass diese tatsächliche Feststellung unter Verletzung bundesrechtlicher Beweisvorschriften zustande gekommen sei oder offensichtlich auf Versehen beruhe. Sie ist daher für das Bundesgericht massgebend. Im übrigen ist, wie dargelegt, der volle Beweis eines Ehebruchs nicht einmal nötig, um das Abstellen auf einen Blutbefund zu rechtfertigen, der die Vaterschaft des Ehemannes mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit ausschliesst, sondern es genügt, wenn Umstände bewiesen sind, die ernsthaft mit der Möglichkeit eines Ehebruchs zu rechnen erlauben. Die vorliegenden, äusserst kompromittierenden Briefe M.s an die Mutter vom Anfang des Jahres 1950, der zugestandene gemeinsame Ausflug nach Stresa vom 17./18. Mai 1950 und die von M. bezeugte Tatsache, dass die Mutter und er im Jahre 1950 einmal in Zürich im gleichen Hotelzimmer übernachteten, bilden ohne Zweifel derartige Umstände, auch wenn die Mutter und M. (dieser wenigstens für das Jahr 1950) jeden intimen Verkehr abstreiten.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Appellationshofes des Kantons Bern 22. September 1952 bestätigt.

5. Auszug aus dem Urteil der II. Zivilabteilung vom 12. März 1953 i. S. Höhener gegen Hunziker.

Vaterschaftsklage, Einrede des unzüchtigen Lebenswandels (Art. 315 ZGB). Voraussetzungen. Kognition des Bundesgerichts.

Action en paternité, exception fondée sur l'inconduite de la mère (art. 315 CC). Conditions. Pouvoir de contrôle du Tribunal fédéral.