**Zeitschrift:** Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

**Herausgeber:** Schweizerischer Juristenverein

**Band:** 67 (1948)

**Artikel:** Die Blutprobe als Beweismittel im Zivilprozessrecht der Schweiz

**Autor:** Brand, Ernst

**DOI:** https://doi.org/10.5169/seals-896413

**Nutzungsbedingungen**

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

**Conditions d'utilisation**

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

**Terms of use**

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

**Download PDF:** 03.10.2025

**ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, https://www.e-periodica.ch**

# Die Blutprobe als Beweismittel im Zivilprozeßrecht der Schweiz

Von Dr. Ernst Brand, Lausanne

---

Inhaltsübersicht

Seite

I. Ergebnisse der wissenschaftlichen Forschung . . . . . 40

II. Die materiellrechtliche Bedeutung . . . . . 47

1. Im Vaterschaftsprozeß . . . . . 47

2. Im Prozeß auf Aufhebung der Anerkennung eines außerehelichen Kindes . . . . . 49

3. Im Anfechtungsprozeß über die Ehelichkeit des Kindes . . . . . 51

a) Die kantonale Rechtsprechung . . . . . 51

b) Die bundesgerichtliche Rechtsprechung . . . . 54

α) Der frühere Standpunkt . . . . . 54

β) Die Änderung der Rechtsprechung . . . . . 56

Das grundlegende Gutachten . . . . . 56

Die neue bundesgerichtliche Praxis . . . . . 58

c) Der Einwand des Verstoßes gegen den «ordre public» . . . . . 61

III. Fragen des Zivilprozeßrechtes . . . . . 65

1. Einfluß des materiellen eidgenössischen Rechtes auf das kantonale Prozeßverfahren . . . . . 65

2. Die Natur des Blutprobebeweises . . . . . 68

3. Die Prozeßparteien . . . . . 72

a) Im Vaterschaftsprozeß . . . . . 72

b) Im Anfechtungsprozeß der Vaterschaftsanerkennung . . . . . 73

c) Im Verleugnungsprozeß . . . . . 75

4. Anordnung und Durchführung des Blutprobebeweises 76

a) Verhandlungs- und Offizialmaxime. Prozeßleitungsbefugnis des Richters . . . . . 76

b) Die richterliche Verfügung . . . . . 81
α) Grundsätzliches . . . . . 81
β) Nichterzwingbarkeit der Vollziehung . . . . 82
c) Folgen der Verweigerung der Blutentnahme . . 86
α) Seitens einer Prozeßpartei . . . . . 86
β) Seitens eines Dritten . . . . . 89

---

## I. Ergebnisse der wissenschaftlichen Forschung

Zur Beleuchtung der praktischen Bedeutung der Blutuntersuchungen im Zivilprozeß wird eine Übersicht über die hauptsächlichen einwandfrei feststehenden wissenschaftlichen Untersuchungsergebnisse vorausgeschickt[1].

Das Blut der Menschen weist bestimmte Eigenschaften auf, die voneinander deutlich verschieden, nach dem Mendelschen Gesetz von Generation zu Generation ohne Ausnahme vererblich und während der ganzen Lebensdauer eines Menschen konstant sind. Nach der Zusammensetzung des Blutes unterscheidet man vier Blutgruppen und drei

---

[1] Von der umfangreichen naturwissenschaftlichen und medizinischen Literatur konnte ich folgende neuern Veröffentlichungen benützen: R. Dujarric de la Rivière et N. Kossovitch, Les groupes sanguins, Paris 1936. Ludwik Hirszfeld, Les groupes sanguins, leur application à la biologie, à la médecine et au droit, Paris 1936. Gottfried Jungmichel, Die Bedeutung der Blutgruppen und Blutkörperchenmerkmale (Faktoren) in der gerichtlichen Praxis. Erschienen in Gerichtsmedizinische Forschungen, Schriften über Forschungsergebnisse auf dem Gebiet der gerichtlichen Medizin und der Kriminalistik, Berlin 1940. Werner Fischer, Beitrag zur Vererbung der Blutgruppen, Untergruppen und Blutkörperchenmerkmale. (Bericht über die gerichtlichen Blutgruppenbestimmungen, die in den Jahren 1938 und 1939 von den ermächtigten Blutgruppensachverständigen durchgeführt wurden.) Erschienen aus der serodiagnostischen Abteilung des Institutes für Infektionskrankheiten Robert Koch in den Veröffentlichungen aus dem Gebiete des Volksgesundheitsdienstes, Berlin 1942. David Harlev, Medico-Legal Blood Group Determination. Researches from the Inoculation Dept., St. Mary's Hospital, second impression, London 1944.

Faktoren, Blutkörperchenmerkmale, die in keinem Abhängigkeitsverhältnis zueinander stehen und keinen wechselseitigen Kombinationen unterliegen.

Die vier Blutgruppen, deren Feststellung und wissenschaftliche Prüfung auf den Anfang unseres Jahrhunderts zurückreicht, werden nach einem Vorschlag des Hygienekomitees des Völkerbundes seit geraumer Zeit mit A, B, AB und O (Null) bezeichnet; sie heißen die klassischen Bluteigenschaften; die Untersuchung auf diese Eigenschaften wird die klassische Methode oder das klassische System genannt.

Vor nicht ganz 20 Jahren gelang die Entdeckung der drei typischen Blutkörperchenmerkmale, für die man die Bezeichnung Faktoren und die Buchstaben M, N und MN gewählt hat. Die Untersuchung auf diese Merkmale nennt man die Faktorenbestimmung oder das Faktorensystem.

Die forensische Bedeutung der Untersuchung des Blutes auf dessen spezifische vererbliche Eigenschaften besteht darin, daß der Untersuchungsbefund gestattet, einen bestimmten Mann als Erzeuger eines bestimmten Kindes auszuschließen (oder, im Strafprozeß, wo Blutspuren abzuklären sind, zum Beispiel als Urheber einer Tötung oder einer Körperverletzung). Dagegen kann mit der Blutprobe nicht bewiesen werden, daß ein bestimmter Mann der Erzeuger eines bestimmten Kindes ist.

Diese Erkenntnis darf nicht zu einer Unterschätzung des Beweiswertes der Blutprobe führen, indem man etwa sagt, sie könne stets nur ein negatives Ergebnis haben, eine positive Beweiskraft komme ihr nie zu. Die Feststellung, daß eine vom Gesetz vermutete eheliche Vaterschaft oder eine durch Anerkennung begründete oder eine von der Kindesmutter behauptete außereheliche Vaterschaft nach den ehernen Regeln der Vererbung spezifischer Bluteigenschaften nicht entstanden sein kann, ist nur in der formellen Ausdrucksweise negativ, in ihrer materiellen Auswirkung aber durchaus positiv.

Die Blutgruppe und die Blutfaktoren sind unter den Menschen des gleichen Volkes sowie unter den verschiedenen Völkern und Stämmen ungleichmäßig verteilt[2].

In Zentraleuropa beträgt die Zugehörigkeit, in runden Zahlen, zur

| | |
|---|---|
| A-Gruppe etwas über | 40 % |
| O-Gruppe etwas unter | 40 % |
| B-Gruppe etwa | 12 % |
| AB-Gruppe etwa | 5 % |

Nach den Faktoren gliedern sich die Zentraleuropäer in

| | |
|---|---|
| MN etwa | 50 % |
| M und N je etwa | 25 % |

Daraus folgt, daß zur Gewinnung eines genauen vergleichenden Überblickes die Möglichkeit der Ausschließung eines Mannes für jede Gruppen- oder Faktoreneinheit besonders zu ermitteln ist. Die zeitlich einige Jahre auseinander liegenden, auf Tausenden von Untersuchungen beruhenden Zusammenfassungen bei Hirszfeld (p. 76) und Fischer (p. 19) weichen in ihren Ergebnissen nur unwesentlich voneinander ab, wenngleich sie sich auf ganz verschiedene Unterlagen (das heißt untersuchte Menschen) stützen. Danach konnten von den als Vater in Anspruch genommenen Männern ausgeschlossen werden:

| | | |
|---|---|---|
| in der Gruppe O | jeder 4.—5. | Mann |
| in der Gruppe A | jeder 14.—17. | Mann |
| in der Gruppe B | jeder 7. | Mann |
| in der Gruppe AB | jeder 2.—3. | Mann |

Entsprechende Berechnungen fehlen für die Blutkörperchenmerkmale, die M/N-Faktoren. Doch hat Fischer auf Grund der Blutproben, die in Deutschland in den Jahren 1938 und 1939 von den ermächtigten Sachverständigen durchgeführt und im Institut Robert Koch bearbeitet worden sind, festgestellt, daß von 32 465 Männern nach der klassischen Methode 2809, nach der Faktorenmethode 3315

[2] Detaillierte Zusammenstellungen bei R. Dujarric de la Rivière et N. Kossovitch, gew. Mitarbeiter am Institut Louis Pasteur, 108 ff. und 126.

auszuschließen waren und daß die beiden Zahlen je 460 Doppelausschlüsse enthielten (a. a. O. 19, 31, 34, 57).

Jungmichel hat 320 Fälle aktenmäßig untersucht und gefunden (a. a. O. 32/3), daß 71 Männer auszuschließen waren, und zwar auf Grund der

| | | |
|---|---|---|
| Blutgruppen (klassischer Ausschluß) . . . . . | 28 | (8,75 %) |
| Blutkörperchenmerkmale (Faktorenausschluß) . | 37 | (11,56 %) |
| beiden Methoden (sog. doppelter Ausschluß) . . | 6 | (1,88 %) |
| somit | 71 = 22,2 % | |

Ein anderer Forscher, Merkel, hat, wie Jungmichel berichtet (a. a. O. 32), auf Grund eines Untersuchungsmaterials aus den Jahren 1933—1938, dessen Umfang nicht mitgeteilt ist, folgende Ausschlußzahlen gefunden:

| | |
|---|---|
| nach der klassischen Methode . . | 9,5 % |
| nach der Faktorenmethode . . . | 12,05 % |
| nach beiden Methoden . . . . . | 2,12 % |
| zusammen | 23,67 % |

Gestützt auf Londoner Material gibt Harley (a. a. O. 31—33) die durchschnittliche Ausschließungsmöglichkeit auf 29,9 % an, bei Untersuchung des Blutes von Mann, Mutter und Kind nach beiden Systemen, auf 14,4 % bei Beschränkung der Untersuchung auf das Blut von Mann und Kind. Doch fügt er bei, was zur Vermeidung unzutreffender Schlußfolgerungen wohl zu beachten ist, daß die wirkliche Ausschlußziffer je nach der Gruppenzugehörigkeit und den Faktorenmerkmalen wechselt. Er fand zum Beispiel in der Konstellation[3] AMN beim Manne nur eine Ausschlußwahr-

[3] In der fachtechnischen Literatur wird auch hiefür der Ausdruck «Gruppe» gebraucht, der mir irreführend erscheint, weil er zu der irrigen Vorstellung verleiten kann, daß es Blutgruppen AMN, ABN usw. gebe — was nicht zutrifft. Prof. Dr. Fritz Schwarz, Direktor des gerichtlich-medizinischen Institutes der Universität Zürich, dem ich meine Bedenken vorgetragen habe, hat zur Verhütung falscher Begriffsbildungen die weitere und allgemeinere Bezeichnung «Konstellation» vorgeschlagen. Ich halte diese für glücklich und habe sie an die Stelle des von den zitierten Autoren verwendeten Ausdruckes «Gruppe» gesetzt.

scheinlichkeit von 5,3%, in der zahlenmäßig niedrigsten Konstellation ABN dagegen die sehr hohe von 68,5%.

Nach der gleichen Berechnungsart war vor ihm Hirszfeld (a. a. O. 77) gestützt auf das ihm zur Verfügung stehende Untersuchungsmaterial auf eine durchschnittliche Ausschließungsmöglichkeit von 33,07% gekommen, mit einem Minimum von 9,05% für die Konstellation AMN und einem Maximum von 62,67% in der Konstellation ABN. Die Zuverlässigkeit der Blutproben und damit deren praktischer Wert gehen besonders eindrücklich aus den Angaben Fischers hervor. Danach sind, soweit die Untersuchungsergebnisse der Jahre 1926 bis 1939 in der von ihm geleiteten serodiagnostischen Abteilung des Institutes Robert Koch verarbeitet worden sind, etwa 132 000 Personen auf die klassischen Blutgruppen untersucht worden und etwa 120 000 auf die Blutkörperchenmerkmale. Zusammenfassend erklärt Fischer: «Bei gewissenhafter Ausführung der Untersuchungen durch sachverständige Untersucher sind die Zweifel am Beweiswert der Blutgruppenbestimmungen[4] unberechtigt.» Die schweizerischen Forscher mußten entsprechend unserer bescheidenen Bevölkerungszahl mit einem viel beschränkteren Material arbeiten. Allein es genügte ihnen, um in Übereinstimmung mit der ausländischen Wissenschaft zu sicheren und zuverlässigen Ergebnissen zu gelangen[5]. «Le texte que vous me soumettez correspond tout à fait à mon expérience, et vous pouvez le dire. La méthode des groupements sanguins permet des conclusions absolument formelles et basées sur des expériences scientifiques innombrables et concluantes» (Prof. Naville).

---

[4] Darunter sind auch die Faktorenbestimmungen zu verstehen. Die Bezeichnung «Blutgruppen» ist seit der Entdeckung der Blutkörperchenmerkmale etwas zu eng geworden, doch als Oberbegriff gebräuchlich geblieben.

[5] Die zusammenfassende Darstellung beruht auf Auskünften, die mir liebenswürdigerweise die Professoren Schwarz (Zürich), Schönberg und Tomcsik (Basel), Hallauer (Bern) und Naville (Genf) erteilt haben.

Über die Vaterschaftsausschlüsse, die den Juristen vornehmlich interessieren, können folgende Zahlen mitgeteilt werden:

Das Schweiz. Serum- und Impfinstitut in Bern hat in der Zeit von 1940—1946 insgesamt 400 gerichtliche Expertisen ausgeführt, mit dem Ergebnis, daß die Vaterschaft in 23 Fällen (= 5,75%) durch die Gruppenbestimmung und in 29 Fällen (= 7,25%) durch die Faktorenbestimmung ausgeschlossen werden konnte.

Fast den nämlichen Prozentsatz der Ausschlüsse ergaben die Blutuntersuchungen, die das hygienische und das gerichtsärztliche Institut der Universität Basel von Ende 1929 bis Mitte 1945 gemeinsam vorgenommen haben. Von 260 Fällen konnte die Vaterschaft nach der einen oder andern Methode in 32 (= 12,3%), nach beiden Methoden in 3 Fällen ausgeschlossen werden.

Das gerichtlich-medizinische Institut der Universität Zürich hat in den Jahren 1928 bis anfangs 1947 die Expertise in 1090 streitigen Vaterschaftssachen auf die klassischen Blutgruppen, in den Jahren 1933 bis anfangs 1947 in 1066 Streitfällen auf die Faktoren durchgeführt. Nach der klassischen Blutgruppenbestimmung konnten 51 angebliche Väter = 4,68%, nach der Faktorenbestimmung 54 = 5,07% ausgeschlossen werden.

Bemerkenswert ist, daß die schweizerischen Forschungsinstitute eine Reihe von Gutachten abgegeben haben, die auf Doppelausschluß lauten, auch in Ehelichkeitsanfechtungsprozessen. In solchen Fällen hatten die Untersuchungen sowohl nach den klassischen Blutgruppen als auch nach den Faktoren M und N ergeben, daß die bestrittene Vaterschaft nicht möglich, somit ausgeschlossen war, weil das Kind die bei ihm festgestellte Blutbeschaffenheit nicht von dem Manne ererbt haben konnte, der von der Mutter als Vater bezeichnet worden war oder nach gesetzlicher Vermutung als Vater galt. Das Gutachten im Falle Erb, das der Änderung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zugrunde liegt (vgl. II 3 $\beta$ hienach), ist nicht einzig in seiner Art.

Die praktischen Ergebnisse der wissenschaftlichen Forschung nach den vererbten spezifischen Bluteigenschaften werden üblicherweise graphisch dargestellt, und zwar so, daß gezeigt wird, welche Blutgruppenzugehörigkeit oder Blutfaktoreneigenschaft die Vaterschaft als möglich erscheinen läßt, und welche sie ausschließt.

Tabelle der Untersuchungsergebnisse nach dem klassischen System[6]

| Mögl. Blutgr.-Kombinationen | | Vater | |
|---|---|---|---|
| Mutter | Kind | möglich | ausgeschlossen |
| AB | AB | AB, A, B | O |
| AB | A | AB, A, B, O | — |
| AB | B | AB, A, B, O | — |
| A | AB | AB, B | A, O |
| A | A | AB, A, B, O | — |
| A | B | AB, B | A, O |
| A | O | A, B, O | AB |
| B | AB | AB, A | B, O |
| B | A | AB, A | B, O |
| B | B | AB, A, B, O | — |
| B | 0 | A, B, O | AB |
| O | A | AB, A | B, O |
| O | B | AB, B | A, O |
| O | O | A, B, O | AB |

Tabelle der Untersuchungsergebnisse nach dem Faktorensystem

| Mögl. Faktorenkombinationen | | Vater | |
|---|---|---|---|
| Mutter | Kind | möglich | ausgeschlossen |
| M | M | M, MN | N |
| M | MN | MN, N | M |
| MN | M | M, MN | N |
| MN | MN | M, MN, N | — |
| MN | N | MN, N | M |
| N | MN | M, MN | N |
| N | N | MN, N | M |

[6] Die Tabellen entsprechen der Fassung bei Harley, a. a. O. 30; diejenigen bei Hirszfeld, a. a. O. 74 und 76, und Jungmichel, a. a. O. 21 und 30, unterscheiden sich davon leicht in der Form, stimmen aber inhaltlich überein.

## II. Die materiellrechtliche Bedeutung

Die wissenschaftlich durchgeführte Blutgruppen- und Blutfaktorenbestimmung ist heute im Zivil- und Zivilprozeßrecht der Schweiz — wovon fast ausschließlich die Rede sein wird — als ein Beweismittel anerkannt, dem volle Beweiskraft zukommt[7].

### 1. Im Vaterschaftsprozeß

Das Bundesgericht hat durch Urteil vom 14. Juni 1935 (i. S. Walter c. Bigler) in grundsätzlicher Änderung seiner Rechtsprechung erkannt, daß jeder Vaterschaftsbeklagte von Bundesrechts wegen einen Anspruch auf fachmännische Blutuntersuchung hat (BGE 61 II 72 ff.). Das Urteil stützt sich auf ein Gutachten über die Vererbung des Blutes, das der Gerichtshof von Amtes wegen bei Prof. Dr. Heinrich Zangger, damals Direktor des gerichtlich-medizinischen Institutes der Universität Zürich, eingeholt hatte. Dieses Gutachten enthält folgende bedeutsamen Ausführungen, die im bundesgerichtlichen Urteil nicht wiedergegeben sind, doch angesichts ihrer durchschlagenden Beweiskraft auch heute noch verdienen, von Anwälten und Richtern als Erkenntnisquelle zu Rate gezogen zu werden:

«Die Vererbung der vier klassischen Blutgruppen O, A, B und AB von Eltern auf Kinder erfolgt ohne Zweifel gesetzmäßig, das heißt nach mathematischen Regeln, wie sie von Mendel festgelegt worden sind. Diese Gesetzmäßigkeit ist durch unzählige Einzelbeobachtungen je und je festgelegt worden... Wir haben heute keine Bedenken, die Vererbung der klassischen Blutgruppen für Klärung strittiger Abstammungsfragen heranzuziehen. Ja wir haben die Überzeugung, daß die Blutgruppenbestimmung heute

---

[7] Vgl. über den frühern Stand der Rechtsprechung meinen Aufsatz: «Zur forensischen Bedeutung der Blutgruppenuntersuchung nach der neuen bundesgerichtlichen Praxis» in SJZ 36, 77 ff.; über die Entwicklung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bis in die neueste Zeit die klare, knappe und doch alles Wesentliche erfassende Darstellung von Charles Pictet: «L'expertise du sang» im JdT 1946 I 66 ff.

die sicherste Methode ist, welche die Medizin dem Recht zur Klärung solcher Fragen (gemeint sind diejenigen, die sich aus Art. 314 Abs. 2 ZGB ergeben) zur Verfügung stellen kann; weitaus sicherer als alle in solchen Prozessen bis heute verwendeten Methoden, ebenbürtig jeder andern naturwissenschaftlich fundierten Untersuchungsart... Neben den vier klassischen Blutgruppen sind als vererbbare Bluteigenschaften die Faktoren M und N vor wenigen Jahren entdeckt worden. Auch diese Eigenschaften vererben sich gesetzmäßig von Eltern auf Kinder, so daß wir keine Bedenken haben, in Vaterschaftsprozessen auch diese Eigenschaften zur Klärung der Abstammung herbeizuziehen... Kommt man auf Grund der Blutgruppenbestimmung dazu, eine Vaterschaft auszuschließen, dann ist der Ausschluß mit einem Wahrscheinlichkeitsgrad, der an Sicherheit grenzt, möglich[8].»

Unerläßliche Voraussetzungen für die forensische Anerkennung der Beweiskraft der Blutproben sind die Entnahme, die Untersuchung und die Interpretation der Ergebnisse durch wissenschaftlich ausgebildete Spezialisten in entsprechend eingerichteten Instituten. Wenn die Gutachten diesen hohen Anforderungen entsprochen haben, hat das Bundesgericht seit 1935 in ständiger Praxis in Vaterschaftssachen darauf abgestellt. Es hat insbesondere auch anerkannt, daß die neuere Untersuchungsmethode nach den Faktoren M und N in ihren Schlüssen derjenigen nach den klassischen Blutgruppen gleichwertig ist und daß es zur Abweisung der Vaterschaftsklage genügt, wenn die Vaterschaft des Beklagten nach der einen oder andern Untersuchungsmethode ausgeschlossen wird. Die Faktoren M und N sind von den klassischen Blutgruppen unabhängig; gelangt die eine Methode zu einem «non liquet», so wird dadurch die andere, die ein sicheres, die Vaterschaft ausschließendes Resultat zeitigt, weder entkräftet noch gar aufgehoben. (Vgl. BGE 61 II 76, 147 Erw.

---

[8] Prof. Dr. H. Zangger hat in einem Privatbrief diese Ausführungen als heute noch richtig bezeichnet und die Ermächtigung erteilt, sie hier wiederzugeben, mit der für seine Bescheidenheit charakteristischen Bemerkung, wenn ich glaube, damit der Rechtssicherheit zu nützen, trotzdem sein Gutachten nahezu zwölf Jahre zurückliege.

3, 64 II 253, nicht publizierter Entscheid i. S. Schmid c. Martin vom 2. Juni 1939, 65 II 124 ff., 66 II 66 ff., 79, 67 II 85, 71 II 57 ff.).

Das Beweismittel der Blutprobe steht im Vaterschaftsprozeß nicht nur dem Beklagten zur Verfügung, um erhebliche, zur Abweisung der Klage führende Zweifel über seine Vaterschaft zu begründen, sondern auch der Klägerinmutter, um der «exceptio plurium» wirksam zu begegnen. Das Bundesgericht hat es in seinem Urteil i. S. Frisch c. Baumann, vom 30. September 1938, zutreffend als «ein Gebot der Logik und der Billigkeit» bezeichnet, daß der Klägerin, die während der kritischen Zeit noch mit einem Dritten geschlechtlich verkehrt hat, das Recht gewährt werde, durch die Blutgruppenuntersuchung die Vaterschaft des Dritten auszuschließen (BGE 64 II 253). Allerdings dürfte, auch wenn die Expertise in diesem Sinn ausfällt, der Vaterschaftsklage nur in seltenen Fällen Erfolg beschieden sein; denn der zugegebene oder nachgewiesene Mehrverkehr wird, wenn auch nicht immer, so doch häufig zur Gutheißung der Einrede des unzüchtigen Lebenswandels der Kindesmutter nach Art. 315 ZGB führen — wie sie das Bundesgericht beispielsweise in seinem Urteil i. S. Neuenschwander c. Zürcher, vom 9. Mai 1940, ausgesprochen hat (BGE 66 II 69 Erw. 2).

### 2. Im Prozeß auf Aufhebung der Anerkennung eines außerehelichen Kindes

Angesichts der Entwicklung und Verfeinerung der wissenschaftlichen Untersuchungsmethoden lag es nahe, daß die Einspruchsberechtigten sich auch auf das Beweismittel der Blutprobe beriefen, um die Anerkennung eines außerehelichen Kindes durch den — angeblichen — Vater oder den väterlichen Großvater anzufechten (Art. 305 und 306 ZGB). Dem ersten Fall, der vor das Bundesgericht gebracht wurde, lag folgender Tatbestand zugrunde:

Eine 37jährige, geistesschwache Dienstmagd gebar außerehelich einen Knaben, als dessen Vater sie einen etwa 20jährigen Knecht bezeichnete. Dieser gab zu, daß er vor

ungefähr vier Jahren, als 16jähriger, einmal mit ihr geschlechtlich verkehrt habe, als sie beide auf dem gleichen Hof in Dienst gestanden hatten, bestritt aber weitere Beziehungen, abgesehen von unzüchtigen Betastungen. Trotzdem anerkannte er den Knaben unter dem Einfluß der Meistersleute und des Vormundes der Magd (Art. 303 ZGB). Seine Heimatgemeinde focht diese Anerkennung gemäß Art. 306 ZGB an, wobei sie sich für den ihr obliegenden Beweis, «daß der Anerkennende nicht der Vater des Kindes ist», vornehmlich auf ein Gutachten des gerichtlich-medizinischen Instituts der Universität Zürich stützte. Danach hatte die Vaterschaft nach den klassischen Blutgruppen A — B nicht ausgeschlossen werden können, wohl aber nach den Blutfaktoren M, N und MN.

In Bestätigung der Urteile des erstinstanzlich zuständigen Bezirksgerichtes Affoltern und des Obergerichtes des Kantons Zürich hat das Bundesgericht die Klage gutgeheißen und die Kindesanerkennung ungültig erklärt. Es pflichtete in seinen Erwägungen der Vorinstanz zunächst darin bei, daß für den zur Begründung der Klage erforderlichen Nachweis «die scharfen Grenzen, die der Gesetzgeber der Anfechtung der Ehelichkeit des wenigstens 180 Tage nach Abschluß der Ehe geborenen Kindes (Art. 254 ZGB) gezogen hat, der Klage aus Art. 306 nicht entgegenstehen». Sodann führte es aus, für den Nachweis, daß der Anerkennende nicht der Vater des Kindes ist, gelten von Bundesrechts wegen die gewöhnlichen Beweisregeln.

«Gegen die Anwendung der Blutprobe, handle es sich um diejenige nach den Gruppen A-B oder diejenige nach den Faktoren M-N, auch zum Beweise gemäß Art. 306 ZGB... ist von Bundesrechts wegen nichts einzuwenden[9]. Wenn die kantonalen Richter auf Grund des Ergebnisses des ärztlichen Gutachtens, das den in BGE 61 II 72 ff. aufgestellten Anforderungen entspricht, sich als überzeugt erklärt haben, daß T. nicht der Vater des Kindes sei, so liegt darin keinerlei Rechtsverletzung.» (Urteil i. S. T. c. Gemeinderat Hedingen, vom 11. Juli 1940, BGE 66 II 77 ff.)

[9] Die Stelle ist im Urteil nicht hervorgehoben.

Zwischen dem Beweisthema des die Vaterschaft bestreitenden Beklagten: Nachweis von Tatsachen, die erhebliche Zweifel über seine Vaterschaft rechtfertigen, und demjenigen des die Anerkennung eines außerehelichen Kindes anfechtenden Klägers: Nachweis, daß der Anerkennende nicht der Vater ist, — besteht ein erheblicher qualitativer Unterschied. Das Bundesgericht hat durch die konsequente, wenn auch vorsichtige Änderung seiner Rechtsprechung nicht nur das forensische Anwendungsgebiet der Blutprobe erweitert, sondern überdies deren Beweiskraft eine beträchtlich verstärkte Bedeutung beigemessen.

### 3. Im Anfechtungsprozeß über die Ehelichkeit des Kindes

Eine begrifflich geringere, aber in ihrer praktischen Tragweite folgenschwerere Weiterentwicklung bildet die bundesrechtliche Anerkennung der Blutprobe zur Substanzierung der Verleugnungsklage, der Anfechtung der Ehelichkeit eines nach gesetzlicher Vermutung als ehelich geltenden Kindes (Art. 254 ZGB). Diese Klage verlangt zu ihrer Gutheißung den Nachweis des Ehemannes, «daß er unmöglich der Vater des Kindes sein könne[10]».

#### a) Die kantonale Rechtsprechung

Diese Etappe ist zuerst von kantonalen Gerichten zurückgelegt worden. Durch Veröffentlichungen sind bekannt geworden:

α) Ein Urteil des Obergerichts des Kantons Aargau, vom 29. Oktober 1937, durch das zum ersten Male in der Schweiz eine Verleugnungsklage gutgeheißen wurde. Es

---

[10] Übereinstimmend der italienische Text: «dimostrando l'impossibilità ch'egli ne sia il padre», während der französische das Beweisthema um eine Nuance weniger strikt dahin umschreibt: «s'il établit qu'il ne saurait en être le père».

stützte sich auf das Gutachten des Vorstehers des gerichtsärztlichen Instituts der Universität Basel, Prof. Dr. Schönberg, das nach der sogenannten Bernsteinschen Regel und dem Faktorenbefund zum Schlusse gekommen war, daß «der Kläger als Vater des Zweitbeklagten (des Kindes) mit aller Bestimmtheit auszuschließen ist» (SJZ 36, 131 ff.).

*β*) Ein Urteil des Zivilgerichtes Basel-Stadt, vom 12. September 1939, dem ein Gutachten des Vorstehers des hygienischen Institutes der Universität Basel, Prof. Dr. Dörr, zugrunde lag. Der Schluß des Gutachtens lautete dahin, daß «auf Grund der Untersuchung der vier Blutgruppen O, A, B und AB sowie der Blutfaktoren M und N der Kläger keinesfalls Vater des Beklagten II sein könne». Der Vertreter der Beklagten hatte die Zuverlässigkeit und demgemäß die Beweiskraft der Blutuntersuchungen angefochten unter Verweisung auf einen Rundbrief des deutschen Institutes für Jugendhilfe, vom 31. Januar 1939, worin mit Nachdruck darauf gedrungen worden war, daß Blutuntersuchungen wiederholt werden, und zwar durch ein anderes Institut. Die daraufhin vom Basler Zivilgericht angeordnete Kontrolluntersuchung durch das gerichtlich-medizinische Institut der Universität Zürich stimmte im Ergebnis mit demjenigen der ersten Untersuchung überein. Der Leiter des Zürcher Institutes hatte zum Einwand der Möglichkeit von Fehldiagnosen bemerkt, mit Abweichungen von den Erbgesetzen sei nicht zu rechnen; in den vielen Tausenden von Untersuchungen der letzten Jahre seien keine solchen bekannt geworden, mit Ausnahme eines einzigen Falles, bei dem es sich um ein physisch defektes, schwachsinniges Kind gehandelt hat. Prof. Dr. Dörr seinerseits hatte die Behauptung in Abrede gestellt, daß die Blutfaktoren des Kindes sich bis zum 18. Lebensmonat verändern können. Das wohlfundierte Urteil faßte die richterliche Überzeugung in den Satz zusammen: «In jedem Fall darf im Prozeß auf Anfechtung der Ehelichkeit dann auf das Resultat einer Blutuntersuchung abgestellt werden, wenn dasselbe durch starke andere Indizien gestützt wird» (SJZ 37, 191).

Das Bundesgericht hatte sich weder mit dem Aargauer noch mit dem Basler Fall zu befassen.

γ) Ein Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, vom 6. Dezember 1939, das gestützt auf eine Blutuntersuchung des gerichtlich-medizinischen Institutes der Universität Zürich sowie unter Verweisung auf das unter α) erwähnte Urteil des aargauischen Obergerichtes keine Bedenken trug, «den Beweis der Unmöglichkeit der Vaterschaft des Klägers durch das vorliegende Blutgruppengutachten als geleistet zu betrachten, da dieser nach den derzeitigen wissenschaftlichen Erfahrungen mit sehr großer, praktisch absoluter Sicherheit sehr nahekommender Wahrscheinlichkeit als Erzeuger des Kindes ausgeschlossen ist» (ZR 41 Nr. 52).

δ) Ein weiteres Urteil des Zürcher Obergerichtes, vom 19. Februar 1941, dessen wissenschaftliches Fundament Blutuntersuchungen durch das Schweizerische Serum-Institut in Bern (Dr. Ottensooser) bildeten. Auch in diesem Falle anerkannte das Gericht, daß die Blutprobe ein zur Begründung der Anfechtung taugliches Beweismittel ist, da ihr eine so hohe Wahrscheinlichkeit innewohne, daß sie der Unmöglichkeit im Sinne des Art. 254 ZGB praktisch gleichzuachten sei. Eine Reihe von Indizien unterstützten diese Würdigung und damit die Sicherheit des Urteils (ZR 42 Nr. 86).

Gegen beide Zürcher Urteile wurde die Berufung an das Bundesgericht erklärt. Doch konnte dieses in beiden Fällen von einer grundsätzlichen Stellungnahme zum Problem des Ausschlusses der ehelichen Vaterschaft auf Grund der Blutuntersuchung absehen. Im ersten Fall wies es die Anfechtungsklage im Gegensatz zum Zürcher Obergericht wegen Verwirkung des Klagerechtes ab (Art. 257 ZGB), im zweiten Falle hieß es sie in Übereinstimmung mit dem Zürcher Obergericht gut, weil zum Beweis der Unmöglichkeit der Vaterschaft nicht der Nachweis der Unmöglichkeit der Beiwohnung in der kritischen Zeit erforderlich sei, sondern lediglich der Nachweis, daß eine solche tatsächlich nicht statt-

gefunden habe, und auf Grund des von der kantonalen Instanz festgestellten Tatbestandes dieser Beweis als erbracht angesehen werden dürfe[11].

ε) Ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, vom 29. Juni 1943, das auf ein Gutachten des gerichtlich-medizinischen Institutes der Universität Zürich abstellte. Für die Tauglichkeit der Blutprobe zur Begründung der Anfechtungsklage berief sich das Bezirksgericht in rechtlicher Hinsicht auf die beiden Urteile des Zürcher Obergerichtes und schloß daran die zutreffende Überlegung: «Keine Einschränkung der Zulassung der Blutprobe als Beweismittel bedeutet es, wenn gleichzeitig neben dem Nachweis der Unmöglichkeit der Vaterschaft des Ehemannes der Richter sich auch die Überzeugung von der Möglichkeit der Vaterschaft des Dritten zu verschaffen sucht» — die es im konkreten Fall als nachgewiesen erachtete — (SJZ 39, 554 ff.).

Wie sich aus den beachtenswerten Bemerkungen des Referenten, Rechtsanwalt Dr. Hugo Wyler, ergibt, ist das Urteil in Rechtskraft erwachsen, da die Beklagten es nicht an die obern Instanzen weitergezogen haben.

### b) Die bundesgerichtliche Rechtsprechung

Die dritte Anfechtungsklage aus dem Kanton Zürich, die 1945 zur Entscheidung vor das Bundesgericht gelangte, versetzte dieses dann aber in die Notwendigkeit, seine Zurückhaltung aufzugeben und sich ein für allemal mit der Frage auseinanderzusetzen, ob es bei seinem Urteil in Sachen Hochuli, vom 22. November 1935, bleiben dürfe.

#### α) Der frühere Standpunkt

Durch jenes Urteil hatte das Bundesgericht die Klage des Ehemannes in Aufhebung des Urteils des Obergerichts des Kantons Solothurn abgewiesen, wiewohl die Ehefrau mehr-

---

[11] Die bundesgerichtlichen Urteile vom 19. September 1940 und 26. Juni 1941 sind in der amtlichen Sammlung nicht enthalten, doch in ihren maßgebenden Erwägungen in ZR a. a. O. wiedergegeben.

maligen Geschlechtsverkehr mit einem namentlich bezeichneten Dritten in der kritischen Zeit zugestanden hatte und das vom Kläger eingeholte Gutachten des gerichtsärztlichen Institutes Basel über die Blutuntersuchung dahin lautete: «Da der Faktor N, der sich im Blute des Kindes findet, weder bei der Mutter noch beim Kläger konstatiert werden kann, so ergibt sich daraus die zwingende Schlußfolgerung, daß das Kind seinen Blutfaktor N von anderer Seite her ererbt hat, so daß der Kläger unmöglich der Vater des Kindes sein kann.» Das Bundesgericht hielt damals trotzdem an seiner Auffassung fest, «daß die Gutheißung der Anfechtungsklage auf Grund der richterlichen Überzeugung erfolgt, daß überhaupt gar keine Möglichkeit der Vaterschaft des Ehemannes besteht. Eine solche Überzeugung zu vermitteln, ist die Blutprobe wegen der ihr anhaftenden Fehlerquellen nicht tauglich, mag die Fehlergrenze noch so eng sein» (BGE 61 II 300 ff.)[12].

In seinem — nicht veröffentlichten — Urteil i. S. Kägi, vom 26. Juni 1941, hatte es das Bundesgericht erneut abgelehnt, die Blutuntersuchung allein zum Beweis der Unmöglichkeit der Vaterschaft im Sinne von Art. 254 ZGB als genügend anzuerkennen. Doch gelangte es gleichwohl in Übereinstimmung mit der Vorinstanz zur Gutheißung der Verleugnungsklage. Es führte aus, in etwelcher Lockerung früher gestellter strengerer Anforderungen und unter Bezugnahme auf sein Urteil i. S. F., vom 28. Mai 1936 (BGE 62 II 76 ff.), daß nicht der Nachweis der Unmöglichkeit der Beiwohnung in der kritischen Zeit erforderlich sei, sondern der durch Zeugen oder — nach dem kantonalen Prozeßrecht zulässige — Parteieinvernahmen erbrachte Beweis genüge, daß eine Beiwohnung während jener Zeit tatsächlich nicht stattgefunden hat. Da in beiden Fällen die kantonalen Instanzen das Beweisergebnis in diesem Sinne gewürdigt hatten[13],

[12] Vgl. die Bedenken gegen die Abweisung der Klage in meinem Aufsatz SJZ 36, 80/1.

[13] Im Falle F. war eine Blutprobe überhaupt nicht angeordnet worden und daher nicht Gegenstand der Erörterung gewesen; aus

konnte das Bundesgericht darauf abstellen, daß die kantonalen Obergerichte (von Zürich und Wallis) die Klage im Rahmen ihrer Kompetenz gutgeheißen und gegen keine eidgenössische Beweisregel verstoßen haben.

### β) Die Änderung der Rechtsprechung

Im Anfechtungsprozeß Erb stellte sich das Problem der forensischen Bedeutung der Blutuntersuchungen mit einer Präzision, daß dessen grundsätzliche Wiedererwägung und Lösung nicht zu umgehen waren. Das erstinstanzlich zuständige Bezirksgericht Bülach hatte eine Blutuntersuchung durch das gerichtlich-medizinische Institut der Universität Zürich angeordnet. Das von Oberarzt Dr. med. E. Hardmeier erstattete Gutachten, vom 5. Oktober 1944, wird mit Erlaubnis des Verfassers und des Institutsvorstehers hier in seinem wesentlichen Inhalt (ohne die Untersuchungsprotokolle) mitgeteilt, da es über den Einzelfall hinaus wertvolle Aufschlüsse enthält, die gleichermaßen für die Zuverlässigkeit der Untersuchungsmethoden sowie die absolute Schlüssigkeit des Befundes zeugen, und da es in entscheidender Weise zur grundsätzlichen Änderung der bundesgerichlichen Rechtsprechung beigetragen hat.

#### Das grundlegende Gutachten

Der Gutachter vergewisserte sich vor allem über die Identität der drei Personen, die miteinander sich bei ihm einfanden (der Ehemann und die Ehefrau mit dem zehn Monate alten Kind Peter), und entnahm ihnen alsdann das für die Untersuchung benötigte Blut[14]. Die Untersuchung ergab eindeutige Resultate:

«... Wir fanden bei der Mutter die klassische Blutgruppe A (Serumeigenschaft beta) und bei ihrem Kind die klassische Blut-

---

der Art, wie er in BGE 71 II 56/7 zitiert ist, zieht man freilich die gegenteilige Folgerung, die jedoch dem Tatbestand nicht entspricht.

[14] Die erforderlichen Mengen sind, laut freundlicher Auskunft von Prof. Dr. Fritz Schwarz, 5—7 ccm bei den Erwachsenen, 1 ccm beim Kind.

gruppe B (Serumeigenschaft alpha). Nach den Mendelschen Erbgesetzen der klassischen Blutgruppen muß im vorliegenden Fall das Kind die Eigenschaft B von seinem Vater geerbt haben, das heißt, dieser muß entweder der Gruppe B oder der Gruppe AB angehören, während ein Mann mit der Blutgruppe O oder A als Vater des Kindes ausgeschlossen werden könnte. Beim Ehemann Erb fanden wir die klassische Blutgruppe O (Serumeigenschaften alpha-beta). Er kann somit auf Grund der Erbgesetze der klassischen Blutgruppen als Vater des Kindes Peter ausgeschlossen werden.

Neben den klassischen Blutgruppen bestimmten wir bei allen drei Personen auch noch die Faktoren M und N. Wir benutzten dazu spezielle Testseren des Hygiene-Institutes der Universität Zürich. Die benützten Seren wurden gleichzeitig mit der Vornahme der Bestimmung nochmals auf ihre Zuverlässigkeit geprüft.

Die Untersuchung ergab bei der Mutter und ihrem Kind Peter den reinen Typus M. Nach den Erbgesetzen der Faktoren M und N kann unter den Eltern eines Kindes mit dem reinen Typus M der entgegengesetzte reine Typus N nicht vertreten sein; ein Mann mit diesem reinen Typus N könnte also als Vater des Kindes Peter ausgeschlossen werden, während die Vaterschaft eines Mannes mit dem reinen Typus M oder dem gemischten Typus MN möglich ist. Beim Ehemann Erb ergab die Untersuchung den reinen Typus N. Er kann also auch auf Grund der Erbgesetze der Faktoren M und N als Vater des Kindes Peter ausgeschlossen werden . . . Für die Beurteilung ist von Bedeutung, daß nach übereinstimmenden wissenschaftlichen Erfahrungen die Faktoren M und N von den klassischen Blutgruppen vollständig unabhängig sind.

Im vorliegenden Fall wurde also mit zwei in ihren Voraussetzungen verschiedenen und voneinander unabhängigen Methoden, von denen sich jede für den Ausschluß der Vaterschaft bewährt hat und die beide einen außerordentlich hohen Sicherheitsgrad erreicht haben, dasselbe Resultat erzielt, nämlich das Resultat, daß eine Vaterschaft des Ehemannes Erb für das Kind Peter nicht in Frage komme. Wir sind deshalb der Auffassung, daß bei einer solchen Kombination (Ausschluß durch die klassischen Blutgruppen und gleichzeitiger Ausschluß durch die Faktorenbestimmung) von einer praktisch absoluten Sicherheit des Vaterschaftsausschlusses gesprochen werden kann, daß also der Ehemann Erb unmöglich der Vater des Kindes Peter sein kann.»

## Das übrige Beweisergebnis

Der Kläger stellte nicht in Abrede, daß er in der kritischen Zeit mit seiner Frau intimen Verkehr gepflogen habe, betonte aber, er sei sicher, daß das Kind nicht von ihm ge-

zeugt worden sein könne, da er sich immer eines Schutzmittels bedient habe. Die beklagte Ehefrau gab vor Gericht zu, daß sie in jener Zeit mit einem Dritten ehebrecherische Beziehungen gehabt habe, und der Dritte bestätigte diese Aussage als Zeuge.

## Die kantonalen Urteile

Sowohl das Bezirksgericht Bülach (Urteil vom 11. Januar 1945) als das Obergericht des Kantons Zürich (Urteil vom 16. Februar 1945) entschieden, daß der Kläger den ihm obliegenden Nachweis der Unmöglichkeit seiner Vaterschaft durch das Gutachten über die Blutuntersuchungen erbracht habe, und erklärten das Kind Peter als unehelich.

## Die neue bundesgerichtliche Praxis

Der Amtsvormund reichte namens des durch ihn verbeiständeten Kindes die Berufung ans Bundesgericht ein[15]. Sie durfte nur geschützt werden, wenn die kantonalen Entscheide auf einer Verletzung des Bundesrechts beruhten, mit andern Worten, wenn sie den bundesrechtlichen Begriff der Unmöglichkeit der Vaterschaft unrichtig ausgelegt und infolgedessen von einer unzutreffenden Rechtsgrundlage aus die Verleugnungsklage gutgeheißen hatten. «Das Bundesrecht ist verletzt, wenn ein in einer eidgenössischen

[15] Die recht geschickte Begründung lautete nach der Zusammenfassung im bundesgerichtlichen Urteil: Nach der wohlfundierten Praxis des Bundesgerichts 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 — wie die kantonalen Gerichte angenommen hatten —, weil es sich dabei um reine Schätzungen handle und die Ärzte selber auf mögliche Fehlerquellen in den Untersuchungsmethoden hingewiesen haben. Die Zulassung der Blutuntersuchung zum Nachweis nach Art. 254 würde notwendigerweise die Statuierung eines Rechtes jedes Ehemannes gegenüber seiner Frau auf Vornahme der Blutuntersuchung nach sich ziehen.

Vorschrift ausdrücklich ausgesprochener oder daraus sich ergebender Rechtssatz nicht oder nicht richtig angewendet worden ist» (Art. 43 Abs. 2 OG).

Durfte eine solche Rechtsverletzung darin erblickt werden, daß die kantonalen Gerichte die Ehelichkeit des Kindes aberkannt hatten auf Grund eines Gutachtens, das die Ergebnisse zweier als zuverlässig anerkannter, voneinander unabhängiger wissenschaftlicher Untersuchungsmethoden in den sichern Ausschluß der Vaterschaft des Klägers zusammenfaßte?

Das Bundesgericht prüfte die Frage unbefangen in ihrer vollen Tragweite, ohne sich an seine frühere Rechtsprechung gebunden zu fühlen. Es richtete, bevor es zum Urteil schritt, an den Direktor des gerichtlich-medizinischen Institutes der Universität Zürich, Prof. Dr. Fritz Schwarz, die Anfrage, in welchem Umfange heute noch mit Fehlergebnissen der Blutprobe gerechnet werden müsse, sei es, weil die Blutprobe an sich noch Fehlergebnisse zulasse, sei es, weil die Untersuchungsmethode noch nicht vervollkommnet genug sei. Prof. Schwarz antwortete, daß bei der Untersuchung auf die Faktoren M und N allerdings noch Fehlbestimmungen vorgekommen seien, die aber nur von Schwierigkeiten herrührten, sich zuverlässige Seren zu beschaffen, und bei normaler Serumproduktion wieder verschwinden werden. Allein 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 selbstverständlich nur unter der Voraussetzung, daß die Blutgruppenbestimmungen fachmännisch vorgenommen werden.»

Diese Voraussetzung war gegeben, das Ergebnis der Expertise eindeutig schlüssig.

Neben den, wenn auch noch geringen Fehlerquellen, mit denen die Blutuntersuchung damals noch belastet war, hat-

ten Überlegungen allgemeiner, mehr moralischer und sozialer Art, den bundesgerichtlichen Entscheid Hochuli vom Jahre 1935 mitbeeinflußt: Rücksichten auf eine makellos dastehende Ehefrau und ein gesetzlich als ehelich vermutetes Kind. Dessen Unehelichkeit solle nicht ausgesprochen werden, solange der Richter nicht davon überzeugt sein kann, «daß auch wirklich gar keine Möglichkeit bestehe, der Ehemann der Mutter könne doch der Vater sein» (BGE 61 II 303). Diese Überlegung verlor aber im Falle Erb ihre Berechtigung. «Auf Grund des doppelt schlüssigen Blutprobeergebnisses in Verbindung mit dem festgestellten Ehebruch muß die Anfechtungsklage gutgeheißen werden» (BGE 71 II 60), entschied das Bundesgericht am 24. Mai 1945 in grundsätzlicher Änderung seiner Rechtsprechung[16]. Es dient der Wahrung der Würde der Ehefrau und dem Schutz der Heiligkeit der Ehe, wenn die beiden Richtlinien — so darf man sie wohl bezeichnen — allgemeine Beachtung finden, die das Bundesgericht in seine Erwägungen aufgenommen hat: «Jedenfalls 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... 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» (a. a. O. 60 und 61).

Anschließend darf mitgeteilt werden, daß der wissenschaftliche Leiter des Schweiz. Serum- und Impfinstitutes, Prof. Dr. C. Hallauer, sich auf Anfrage hin über die Zuverlässigkeit der Testsera in folgendem Sinne geäußert hat:

---

[16] Demnach ist die gegenteilige Auffassung von Egger, Kommentar zum Familienrecht, zweite Aufl., Art. 314 N. 15, überholt. Sie steht übrigens nicht im Einklang mit dessen N. 8—10 zu Art. 254.

«Die zur Gruppenbestimmung verwendeten Sera sind bei geeigneter Auswahl (Verwendung nur hochwertiger Sera) wohl stets zuverlässig. Das Risiko, wonach schwach ausgebildete Gruppensubstanzen nicht erfaßt werden und hierdurch Fehlbestimmungen unterlaufen, dürfte kaum bestehen, wenn gleichzeitig auch das Serum des zu untersuchenden Blutes auf Isoagglutinine geprüft wird, eine Kontrollprüfung, die in jedem qualifizierten Laboratorium durchgeführt wird.

Die Testsera gegen Faktoren sind dagegen zweifellos weniger zuverlässig und müssen mit größter Sorgfältigkeit an einer Reihe von Blutproben bekannter Faktorenzugehörigkeit titriert werden. Die Gefahr, daß der Faktor MN, dessen N-Quote eventuell mangelhaft ausgebildet ist, als M-Faktor diagnostiziert wird, läßt sich nur durch die gleichzeitige Verwendung von mehreren Sera und durch die eventuelle Anstellung eines Adsorptionsversuches, als Bestätigungsreaktion, auf ein Minimum einschränken.»

Es ergibt sich aus diesen aufklärenden und eindringlichen fachmännischen Ausführungen erneut, daß das Bundesgericht für seine vorsichtige, ja zögernde Einstellung gegenüber der Blutprobe triftige Gründe hatte. Mit vollem Recht hat es insbesondere von Anfang an, entsprechend dem Gutachten von Prof. Zangger vom 8. Mai 1935, für die Berücksichtigung der Blutprobe verlangt, daß sowohl die Entnahme als auch die Untersuchung des Blutes und deren Wertung unter Beobachtung aller von der Wissenschaft und Technik für unerläßlich erachteten Kautelen erfolgen.

Wenn die Blutprobe unter den dargestellten Voraussetzungen ausgeführt worden ist, so wird sie vom Bundesgericht nunmehr als ein taugliches und schlüssiges Erkenntnismittel zur richtigen Anwendung des Bundeszivilrechts auf dem Gebiete des Ausschlusses der Vaterschaft anerkannt, ohne Unterschied ob eine behauptete außereheliche oder eine gesetzlich vermutete eheliche Vaterschaft streitig ist.

### c) Der Einwand des Verstoßes gegen den «ordre public»

Gegen die Zulassung des Blutprobebeweises zur Begründung der Verleugnungsklage nach Art. 254 ZGB hat Marc-

Henri Thélin-Campiche eingewendet, er verstoße gegen den «ordre public», weil er mit dem gesetzgeberischen Ziel des Familienschutzes in Konflikt gerate und zudem eine unerträgliche, vom Spiel des Zufalls abhängige Ungleichheit unter den als ehelich geltenden Kindern schaffe; er sollte daher im Vorfragestadium («préjudiciellement») ausgeschlossen werden (SJZ 39, 294 ff., spez. 297).

Das Bundesgericht hat sich zu diesem Einwand in seinem grundsätzlichen Entscheid i. S. Erb nicht geäußert. Doch erscheint es nicht müßig, dazu Stellung zu nehmen.

*a*) Vor allem überrascht der Mangel an Folgerichtigkeit. Thélin anerkennt nämlich auf Grund des Studiums der Literatur und eigener praktischer Anwendung rückhaltlos die Zuverlässigkeit der Untersuchungsmethoden und die Beweiskraft der Ergebnisse: . . . «l'absolue légitimité des conclusions auxquelles on aboutit par cette épreuve biologique... l'impossibilité d'une paternité, lorsque l'épreuve des groupes sanguins conduit à son exclusion... l'exclusion par les groupes sanguins nous fournit la preuve péremptoire de l'adultère.» Trotzdem erklärt er es für wünschbar, daß dieses Beweismittel im Anfechtungsprozeß über Ehelichkeit eines Kindes nicht zugelassen werde, weil es in den Fällen nicht zur Gutheißung der Klage führen könne, wo der Ehemann und der wirkliche Erzeuger, der «amant» der Mutter, die nämlichen Bluteigenschaften besitzen, und deswegen nicht zu ermitteln sei, welcher von beiden sie auf das Kind vererbt habe.

Wenn auch richtig ist, daß in solchen Fällen die Blutprobe zum Nachweis der Unehelichkeit des Kindes nichts beiträgt, so folgt daraus doch nicht, daß auf sie ein für allemal verzichtet werden muß, wiewohl ihre Tauglichkeit in andern Fällen einwandfrei feststeht[17]. Eine ungleiche Behandlung der Kinder, die gleichermaßen die Präsumtion der Ehelichkeit genießen, liegt nicht vor. Die Präsumtion

[17] In ähnlichem Sinn Wyler in seinen Bemerkungen zum Urteil des Bezirksgerichts Zürich, vom 29. Juni 1943 (SJZ 39, 556, 2. Spalte).

der Legitimität gilt für alle, bis sie durch den — durch die Blutprobe oder auf andere Weise erbrachten — gesetzlichen Nachweis entkräftet wird, «daß der Ehemann unmöglich der Vater des Kindes sein könne».

Daß dieser Nachweis, wenn er versucht wird, nicht für alle im Ehebruch erzeugten Kinder gelingt, mag als «Zufall» bezeichnet werden. Ein ähnlicher «Zufall» kann auch in Vaterschaftssachen von Bedeutung sein, wenn die Blutprobe ein «non liquet» ergibt; und doch erhebt Thélin gegen die Verwendung der Blutprobe in diesen Prozessen mit Recht nicht Widerspruch. Kein Beweismittel wird durch den «ordre public» ausgeschlossen, weil mit ihm nicht in allen Fällen die Tatsache bewiesen werden kann, für die es angerufen worden ist.

*β*) Aber im Falle des Art. 254 ZGB soll nach Thélin die Zulassung des Blutprobebeweises dem «ordre public» widersprechen, weil sie in ihren Auswirkungen die Absichten des Gesetzgebers durchkreuze, die Familie zu schützen. Gegen diese — nicht näher begründete — Annahme spricht in entscheidender Weise, daß der Gesetzgeber nicht eine «praesumptio juris et de jure» der Ehelichkeit der in der Ehe geborenen Kinder aufgestellt (Art. 252 ZGB), sondern eine Anfechtung unter bestimmten Voraussetzungen ausdrücklich vorgesehen hat (Art. 253—256 ZGB).

Wenn es auch schwer hält, den Begriff des «ordre public» in allgemeingültiger Weise zu umschreiben (BGE 64 II 97 Erw. 5), so darf doch davon ausgegangen werden, daß er die Grundlagen der staatlichen Ordnung, der Gesetzgebung sowie der rechtlichen und ethischen Überzeugung des Volkes umfaßt. Die spoliativen Eingriffe in wohlerworbene Rechte zum ausschließlichen Vorteil der eigenen Staatsangehörigen, wie sie durch die deutschen Devisenvorschriften und andere Erlasse (zur «Legitimierung» entschädigungsloser Enteignungen) eingeführt wurden und aufgedrängt werden wollten, verletzen das gesunde Rechtsempfinden, die «aequitas»; sie standen in unüberbrückbarem Gegensatz zu den Grundsätzen, auf denen vernünftiger- und loyalerweise

das Zusammenleben der Menschen beruhen muß, und wurden darum — nicht nur in der Schweiz, sondern in allen Ländern, die Rechtsstaaten geblieben waren — als ordnungswidrig entschieden abgelehnt (vgl. neben andern BGE 60 II 310 ff. Erw. 5, 61 II 246 ff. Erw. 3 und 4, 68 II 380 ff. Erw. 2—4).

Auf dem Gebiete des Familienschutzes entsprechen dem «ordre public» das grundsätzliche Verbot der Zwangsvollstreckung unter den Ehegatten während des Bestandes der Ehe (Art. 173 ZGB; BGE 63 III 141 ff., unter Aufgabe der gegenteiligen Auffassung in 53 III 36 ff. Erw. 2, 56 III 173), ferner die nach dem Bundesstrafrecht zulässigen kantonalen Strafbestimmungen gegen das Konkubinat (BGE 71 IV 46 ff., 52 ff.).

Nicht gegen, sondern für die Wahrung der Familiengemeinschaft sprechen die vom Zivilgesetzbuch anerkannten Möglichkeiten, die Scheidung der Ehe wegen Ehebruchs (Art. 137) und die Aberkennung der Ehelichkeit eines von der Ehefrau im Ehebruch empfangenen Kindes (Art. 254) zu verlangen. Dem «ordre public» läuft die Verleugnungsklage so wenig zuwider wie die Scheidungsklage wegen Ehebruchs. Die Untersuchung des Blutes auf die spezifischen vererblichen Substanzen, die zum Ausschluß der Vaterschaft und damit zur Begründung der Verleugnungsklage in einer Anzahl von Fällen geeignet ist, verletzt weder das materielle Recht noch die sittlichen Gefühle. Die daraus gezogenen Schlüsse können demnach nicht im Rahmen («dans le cadre») des Art. 254 im Gegensatz zum «ordre public» stehen. Es ist wohl ein elegantes, aber in keiner Hinsicht beweiskräftiges Wortspiel, wenn Thélin sagt, die Möglichkeit der Verleugnung dürfe nicht von den Launen des Zufalles und den Zufälligkeiten (= Chancen, Glück) beim Ehebruch abhängen («des fantaisies du hasard et des hasards de l'adultère»)[18].

[18] Nicht als Argument gegen Thélins Auffassung vom «ordre public», sondern als symptomatisches Beispiel nationalsozialistischer Verzerrung des Rechts wird in dem Zusammenhang eine Zu-

## III. Fragen des Zivilprozeßrechtes

### 1. Einfluß des materiellen eidgenössischen Rechtes auf das kantonale Prozeßverfahren

Die Anerkennung eines bundesrechtlichen Anspruches auf Durchführung einer Blutprobe zur Abklärung der Frage, sei es der außerehelichen, sei es der ehelichen Vaterschaft, bedeutet einen Einbruch in das grundsätzlich den Kantonen vorbehaltene Prozeßrecht. Ob das Beweismittel zuzulassen und wie das Ergebnis zu würdigen sei, steht nicht mehr im freien Ermessen der kantonalen Richter — wie das Bundesgericht in seinem ersten Urteil i. S. Walter c. Bigler, vom 27. April 1934, ausgeführt hat (BGE 60 II 87/9). Vielmehr muß der kantonale Richter von Bundesrechts wegen die Blutprobe — sofern sie nicht von vorneherein mit Rücksicht auf die Prozeßlage als unnötig oder unerheblich erscheint — auf

---

sammenstellung vorwiegend deutscher Literatur und Rechtsprechung von knapp 50 Seiten erwähnt, die einen Hamburger Amtsrichter zum Verfasser hat und von der juristischen Fakultät der Hamburger Hochschule als Dissertation angenommen worden ist. In dieser Arbeit, die erheiternd wirken würde, gäbe sie nicht Anlaß zu ernster Besorgnis über die Zukunft der Rechtswissenschaft in Deutschland, steht u. a. zu lesen: Das Kammergericht in Berlin habe erklärt, daß die Feststellung der blutmäßigen Abstammung im heutigen nationalsozialistischen Staat für jeden deutschen Reichsangehörigen von weitgehender Bedeutung sei, zum Beispiel für die Fähigkeit zur Bekleidung von Ämtern und für die Bauernfähigkeit. Diese Entscheidung komme der Bejahung der Frage auf Duldung der Blutentnahme «aus Gründen völkischen Pflichtbewußtseins» bereits recht nahe. «Der rassisch-weltanschauliche Inhalt des nationalsozialistischen Rechts verträgt es nicht, daß ein Ehemann die Aufklärung des unehelichen Kindes seiner Ehefrau verhindert (durch Verweigerung der Blutentnahme bei seiner Ehefrau). Er handelte dadurch pflichtwidrig gegen die Gemeinschaft.» (Robert Weber: Die Blutgruppenbestimmung für die gerichtliche Praxis, unter besonderer Berücksichtigung des Familienrechts, S. 40, herausgegeben im «Archiv für Beiträge zum deutschen, schweizerischen (!) und skandinavischen Privatrechte», Leipzig 1936, gedruckt in Quakenbrück.)

Verlangen einer Partei oder sogar von Amtes wegen (vgl. Ziff. 4 lit. a hienach) anordnen und deren schlüssigen Befund seinem Urteil zugrunde legen (BGE 61 II 75 ff., 147 Erw. 3, 64 II 253, 65 II 124 ff., 66 II 78 ff., 67 II 84 ff.). Geschieht es nicht, so wird der Grundsatz der derogatorischen Kraft des Bundesrechts verletzt (Art. 2 Übergangsbest. BV) und damit eine Rechtsverweigerung begangen. Dagegen wäre nach ständiger Praxis als subsidiärer Rechtsbehelf die staatsrechtliche Beschwerde zulässig, die den Staatsgerichtshof des Bundesgerichts zu freier Überprüfung des angefochtenen Entscheides berechtigt (vgl. zum Beispiel BGE 71 I 437/8 Erw. 3 und die dort zitierten Entscheide sowie 64 I 199/200), wenn kein ordentliches Rechtsmittel zu Gebote stände. Ein solches ist jedoch gegeben; angesichts der Natur des Rechtsstreites als einer reinen Zivilsache mit ausschließlich zivilrechtlichen Wirkungen treffen die Voraussetzungen der Berufung oder der Nichtigkeitsbeschwerde zu. Die Verletzung des Bundesrechtes muß darum mit einem von diesen beiden ordentlichen Rechtsmitteln gerügt werden (BGE 51 III 193 ff. Erw. 2, 65 I 262 ff. Erw. 1, 67 I 219 ff., 68 I 89 ff. Erw. 2 und 3).

Die weit überwiegende Mehrzahl der Fälle wird der Berufung unterliegen, vor allem die Standesprozesse (Art. 305 Abs. 2, Art. 306, Art. 309 Abs. 1, 2. Teil, Art. 254 ZGB), die «nicht vermögensrechtliche Zivilrechtsstreitigkeiten» sind (Art. 43 und 44 Abs. 1 OG)[19], bei den gegenwärtigen wirtschaftlichen Verhältnissen aber auch die einfachen Vaterschaftsprozesse, in denen lediglich Vermögensleistungen eingeklagt werden (Art. 309 Abs. 1, 1. Teil ZGB).

Sollte es ausnahmsweise vorkommen, daß zufolge überaus niedriger Bemessung der Unterhaltsbeiträge des Vaters die Berufungsgrenze von 4000 Fr. (Art. 46 OG) nicht er-

[19] Nach dem alten OG war Art. 61 maßgebend: «Unterliegt der Streitgegenstand nach seiner Natur keiner vermögensrechtlichen Schätzung, so ist die Zulässigkeit der Berufung vom Streitwert unabhängig.»

reicht wird (BGE 61 II 69 ff. Erw. 2 und 3)[20] oder daß das Kind während der Dauer des Prozesses vor den kantonalen Gerichten stirbt und der Streitwert sich aus diesem Grunde auf die Vermögensleistungen an die Mutter und einige Monatsbeiträge an das Kind beschränkt, infolgedessen unter der Berufungsgrenze bleibt, so wäre gegen den kantonalen Entscheid die Nichtigkeitsbeschwerde zu erheben (Art. 68 Abs. 1 lit. a OG).

Wenn der kantonale Richter die Anordnung der Blutprobe abgelehnt hat — zum Beispiel mit der Begründung, sie sei im kantonalen Prozeßgesetz nicht vorgesehen, oder sie lasse sich im Kanton nicht durchführen, oder ihr Ergebnis sei nicht beweiskräftig —, so wird er vom Bundesgericht dazu verhalten werden durch Gutheißung der Berufung oder der Nichtigkeitsbeschwerde im Sinne der Rückweisung der Sache an ihn, weil der kantonale Entscheid Bundesrecht verletzt (Art. 43 Abs. 1 und 2, Art. 68 Abs. 1 lit. a OG).

Hat der kantonale Richter der Blutprobe trotz ihrer wissenschaftlich einwandfreien Durchführung und ihrer Schlüssigkeit die Beweiskraft versagt, so kann das Bundesgericht das auf dem Wege der Berufung angefochtene kantonale Urteil aufheben und durch sein eigenes ersetzen (Art. 63 und 64 Abs. 2 OG), während es, wenn es die Nichtigkeitsbeschwerde begründet findet, nur berechtigt ist, das kantonale Urteil aufzuheben und die Sache zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 73 Abs. 2 OG), unter Erteilung maßgebender Weisungen für die Neubeurteilung der Streitsache.

---

[20] In den einfachen Vaterschaftsprozessen gelangt vor Bundesgericht das mündliche Verfahren zur Anwendung, wenn die auf den Tag der Klageanhebung kapitalisierten Unterhaltsbeiträge für das Kind zusammen mit den Vermögensleistungen an die Mutter (317 und 318 ZGB) den Wert von wenigstens 8000 Fr. erreichen. (Vgl. Art. 55 Abs. 1 lit. a und Art. 62 OG; BGE 52 II 95 ff., 59 II 341 ff. Erw. 1. Diese Entscheide aus der Zeit des alten OG behalten ihre Geltung auch unter dem neuen.)

## 2. Die Natur des Blutprobebeweises

Die Blutprobe ist ein durch naturwissenschaftliche Forschungsmethoden gewonnenes Erkenntnismittel zur Abklärung biologischer Verhältnisse. Ihrer Natur nach gehört sie in der Beweismittellehre zum Sachverständigenbeweis, sie ist ein Expertengutachten.

Es beruhte auf einer Verkennung des Wesens der subtilen Spezialuntersuchungen, die einzig zu einem zuverlässigen Ergebnis führen können, daß in Deutschland der Blutprobebeweis als «ein Beweis durch Sachverständigen-Gutachten und richterliche Augenscheinseinnahme», als «eine Verbindung zwischen Sachverständigen- und Augenscheinsbeweis» bezeichnet worden ist[21], oder sogar als eine «richterliche Augenscheinseinnahme», weil «der Richter sich durch die sinnliche Wahrnehmung der Zusammensetzung des Blutes das Urteil über das bilden soll, was er wahrnimmt», wobei es sich «um einen von einem Beweisvermittler, nämlich dem Sachverständigen, vermittelten Augenschein des Gerichtes handelt»[22]. Aus dem gleichen Grund muß dem von einem Schweizer Autor aufgestellten Satz widersprochen werden: «Bei der Blutprobe ist das Blut begrifflich Augenscheinsobjekt[23].»

Augenscheinsobjekt kann nur ein sinnlich wahrnehmbarer Gegenstand sein, durch dessen bloße Besichtigung der Richter eine streitige, für die Entscheidung des Prozesses erhebliche Tatsache persönlich erkennt und klarstellt.

Augenschein ist eigene sinnliche Wahrnehmung des Richters, Expertise ist Erkenntnis auf Grund

---

[21] Von Willy und Pia Schumacher, Die Blutprobe als zivil- und strafprozessuales Beweismittel nach deutschem und ausländischem Recht, Berlin 1933, S. 22, 35, 89.

[22] Carl Hiller, Der Beweiswert der Blutprobe, Leipzig 1938, S. 46.

[23] Rudolf Schweizer, Die Leistung des Beweises im Vaterschaftsprozeß, unter spezieller Berücksichtigung des Zürcher Prozeßrechts, Heft 48 n. F. Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft, Aarau 1936, S. 95.

wissenschaftlicher oder technischer Prüfung. Allerdings erfordert diese auch eine Besichtigung, doch ist sie wesensverschieden von einer bloßen sinnlichen Wahrnehmung. Zutreffend umschreibt Art. 260 bern. ZPO die «Bedeutung des Augenscheins» (Marginalie) mit den Worten: «Der Augenschein dient zur Erwahrung einer Tatsache durch die eigene sinnliche Wahrnehmung des Gerichts.» Der Augenschein setzt den Richter in den Stand, die für sein Urteil wesentliche Beschaffenheit eines Gegenstandes mit seinen Sinnen herauszufinden. Reichen diese dazu nicht aus, so nimmt er die Hilfe eines Experten in Anspruch, der über die nötigen Fachkenntnisse verfügt, um Art und Eigenschaften des Gegenstandes zu ergründen. — Der Blutsachverständige ist keineswegs der «Beweisvermittler», der dem Richter die Sinne schärft, ihn ein Augenscheinsobjekt genauer sehen läßt, ihm das Ergebnis seines Augenscheins, seiner sinnlichen Wahrnehmung der Zusammensetzung des Blutes zur Verfügung stellt. Vielmehr nimmt er auf Grund seiner wissenschaftlichen Kenntnisse und Erfahrungen und unter Verwendung der geeigneten Hilfsmittel in seinem Laboratorium eine Untersuchung vor, die eine Geistes-, nicht eine Sinnen- (Augen-) arbeit darstellt[24].

---

[24] Da sich zu meiner Überraschung namhafte Schweizer Juristen im Privatgespräch dahin äußerten, nach ihrem Dafürhalten sei die Blutprobe als Augenschein zu werten, nahm ich Veranlassung, einige unserer Fachgelehrten, die dank ihrer Forschungsarbeiten und deren praktischen Anwendung mit dem Wesen der Blutprobe wohl vertraut sind, um ihre Ansicht zu bitten. Aus ihren Antworten darf ich folgende Stellen wiedergeben, die mir für Richter und Anwälte aufschlußreich zu sein scheinen: «Die Blutprobe ist keine ‚Beaugenscheinigung'. Mit einer bloßen Besichtigung des Blutes ist überhaupt nichts anzufangen. Die Entnahme einer Blutprobe hat nur einen Sinn, wenn mit dem entnommenen Blut nachträglich die in Aussicht genommenen Untersuchungen durchgeführt werden und wenn über das Resultat dieser Untersuchungen ein bestimmter Bericht in Form eines Urteils abgegeben wird... Für uns (gerichtliche Mediziner) ist der Augenschein immer eine Untersuchung beziehungsweise Feststellung am Orte eines Geschehens. Vieles können wir dabei ohne weitere Hilfsmittel

Auch der sachverständige Richter in den kantonalen Handelsgerichten gibt seinen Befund nicht gestützt auf schärferes sinnliches Wahrnehmungsvermögen ab, wenn er sich zum Beispiel über die gerügten Mängel einer Kaufsache oder eines Werkes ausspricht, sondern gestützt auf die von

---

tatsächlich feststellen und auswerten. Ebenso vieles aber ist an Ort und Stelle nicht festzustellen und nicht auszuwerten. Hier handelt es sich beim Augenschein dann lediglich darum, Material und Spuren zu sichern und zu asservieren. Mit diesem Material beziehungsweise mit diesen Spuren werden dann weitere Untersuchungen im Laboratorium vorgenommen. Dazu werden die verschiedensten Methoden und Instrumente benützt. Für uns Mediziner hat aber diese Laboratoriumsarbeit mit dem Augenschein rein nichts zu tun. Auch protokollarisch werden Augenschein und Laboratoriumsuntersuchungen streng auseinandergehalten» (Prof. Schwarz). «Im eigentlichen Sinn der Bedeutung versteht man unter ‚Augenschein' nur die Besichtigung eines Tatortes. Im erweiterten Sinn gehört aber auch eine Untersuchung einer Person oder einer Leiche ebenfalls zum Augenschein, ebenso auch die Spurenuntersuchung (Blut, Haare, Samen usw.), die zur Klärung des Tatbestandes gehört. Es läßt sich daher auch die Ansicht vertreten, daß die Vornahme einer Blutprobe, die zur Klärung des Tatbestandes einer Vaterschaft beiträgt, ebenfalls als Augenscheinsbefund angesehen werden kann. Daß es sich dabei um eine Expertise handelt, wird durch eine solche Annahme nicht ausgeschlossen» (Prof. Schönberg). «Il est évident que tout ce qui s'observe avec la vue est un «Augenschein», mais ce n'est pas le juge qui observe le résultat d'expertises compliquées comme celles des groupements sanguins. C'est une analyse de propriétés invisibles à l'œil nu sans une technique spéciale. On peut comparer son résultat à celui d'une coloration de microbes, d'un examen de culture microbienne, de l'examen de sédimentation de globules rouges, d'une précipitation de microbes par des serums appropriés, d'une numération de globules rouges ou de globules blancs, d'une réaction cutanée à une inoculation de vaccins ou de toxines tuberculeuses, etc. Ces résultats ne peuvent pas être simplement des «Augenschein» mais proviennent d'expertises qualifiées» (Prof. Naville). «Ich schließe mich der Ansicht an, daß die Blutanalyse als wissenschaftlicher Expertenbericht und nicht als richterlicher Augenscheinsbefund zu bewerten ist» (Prof. Hallauer). «Die Blutprobe ist eine wissenschaftliche Laboratoriumsuntersuchung mit Vergleichsserum» (Prof. Zangger).

ihm durchgeführte fachtechnische oder wissenschaftliche Prüfung.

Eine «richterliche Augenscheinseinnahme» des Blutes zwecks Vornahme einer Blutprobe zu beantragen oder anzuordnen, wäre sinnlos, weil sie gar nichts zur Klärung des Tatbestandes beizutragen vermöchte. Folgerichtig sind Erörterungen, wie sie insbesondere in Deutschland einen breiten Umfang angenommen hatten, müßig über die Fragen, ob es eine Pflicht zur Duldung des Augenscheins am Blut gebe, und ob eine Pflicht zur Blutabgabe zwecks Vornahme einer Expertise aus der Urkunden-Editionspflicht der Parteien abgeleitet werden könne, ihrer Pflicht, eine in ihrem Besitz befindliche Urkunde dem Gericht zur Prüfung vorzulegen.

Durch die Ablehnung solcher abwegiger Diskussionen wird die Untersuchung der praktisch wichtigen und prozeßrechtlich heiklen Frage, ob sich ein Zwang zur Blutabgabe beziehungsweise eine zwangsweise Blutentnahme zwecks Vornahme einer Expertise in einem bestimmten Streitfall begründen lasse, weder präjudiziert noch ausgeschlossen (vgl. hienach Ziff. 4 lit. b und c). Hingegen wird auf die Feststellungen Gewicht gelegt,

einmal: daß der Blutsachverständige das Blut nicht einfach «beaugenscheinigt» und einen Augenscheinsbefund abgibt, ein Augenscheinsprotokoll abfaßt;

sodann: daß sein schriftliches Gutachten, wenn es auch — formell — unter den Begriff der Privaturkunde fällt, nicht wie ein Vertrag oder ein Testament oder ein Brief, eine Willenskundgebung oder eine Gedankenäußerung enthält und dafür Urkundenbeweiswert besitzt. Vielmehr untersucht der Blutsachverständige auf Grund seiner besondern Fachkenntnisse das Blut wissenschaftlich auf die spezifischen vererblichen Merkmale, faßt die Ergebnisse in seinen Expertenbericht zusammen, und vermittelt durch ihn dem Richter die Entscheidungsgrundlage. Dem Blutexperten kommt eine ganz besondere Qualifikation zu: er ist ein Richtergehilfe von unbedingter Kompetenz. Für

eine freie Würdigung der Schlüsse seines Gutachtens durch den Richter bleibt kein Spielraum, weil sie auf mathematisch-naturwissenschaftlichen Gesetzen beruhen[25]. Dadurch unterscheidet sich die Blutprobe von andern Expertisen, die den Richter nicht binden, nicht binden können, weil sie bestimmungsgemäß lediglich eine Tatsache oder einen Tatsachenkomplex aufhellen, aber nicht unmittelbar die zu entscheidende Rechtsfrage lösen.

Zur Verdeutlichung zwei Beispiele:

Wenn der Vaterschaftsbeklagte durch die Blutprobe ausgeschlossen wird, so darf der Richter nicht mehr, wie das Zürcher Obergericht und das Bundesgericht i. S. Locher c. Kuratli im Jahre 1933 entschieden haben (vgl. BGE 59 II 339 ff.), die Klage doch gutheißen, mit der Begründung, daß der Geschlechtsverkehr mit der Klägerinmutter in der kritischen Zeit nachgewiesen sei und demnach die gesetzliche Vermutung des Art. 314 Abs. 1 ZGB zutreffe.

Wenn hingegen durch ein psychiatrisches Gutachten geistige Defekte einer Person festgestellt worden sind, so ist damit dem Richter die ihm allein zustehende Entscheidung der Rechtsfrage nicht vorweggenommen, ob ein von dieser Person abgeschlossener Vertrag oder ein von ihr errichtetes Testament gültig oder eine von ihr beabsichtigte Eheschließung zulässig sei, oder ob sie unter Vormundschaft gehöre. In solchen Fällen urteilt der Richter in freier Würdigung des gesamten Tatsachen- und Beweismaterials.

### 3. Die Prozeßparteien

Nach dem allgemeinen Grundsatz des Art. 8 ZGB hat den Blutprobebeweis zu beantragen und zu erbringen, wer daraus ein Recht abzuleiten gedenkt.

a) Im Vaterschaftsprozeß fällt als Beweisführer und Antragsteller am häufigsten der Beklagte in

[25] Daraus folgt, daß zum Beispiel ein Neuenburger Richter der Blutprobe nicht die Anerkennung versagen dürfte unter Berufung auf Art. 257 Neuenb. ZPO: «L'avis des experts ne lie pas le tribunal.»

Betracht, gegen den, weil er die Vaterschaft bestreitet, eine Klage, sei es nur auf Vermögensleistungen an Mutter und Kind, sei es überdies auf Zusprechung des Kindes mit Standesfolge, eingereicht worden ist. Kann der Beklagte nach den Blutproben, die für ihn, die Mutter und das Kind durchzuführen sind, der Vater sein, so hängt das Schicksal der Klage vom übrigen Beweisergebnis ab; wird er aber ausgeschlossen, weil das Kind keine spezifischen Blutmerkmale von ihm ererbt hat, so ist die Abweisung der Klage unabwendbar.

Die Klägerinmutter und das durch den Beistand vertretene Kind ihrerseits können ein Interesse an den Blutproben haben, wenn bei Mehrverkehr geltend gemacht wird, daß der Dritte, auf den sich die Blutuntersuchung auszudehnen hätte, nicht der Erzeuger des Kindes ist (sein kann). Die Prozeßlage kann derart sein, daß die Kläger und der Beklagte neben- und miteinander als Beweisführer und Antragsteller auftreten. Sie stehen in beiden Eigenschaften gegenseitig in den Verpflichtungen, die ihnen das kantonale Prozeßrecht auferlegt.

Wenn die Mutter ihr Klagerecht nicht ausübt oder wegen vorzeitigen Todes nicht ausüben kann, oder wenn sie einen Antrag auf Vornahme der Blutuntersuchung nicht stellt, so ist der Beistand des Kindes verpflichtet, durch einen darauf gerichteten Antrag dessen Interessen wahrzunehmen und dabei die Anweisungen der Vormundschaftsbehörde zu beobachten (Art. 311 und 418 ZGB).

b) Im Anfechtungsprozeß der Vaterschaftsanerkennung stehen sich in der Regel gegenüber:

als Kläger und Beweisführer die zuständige Behörde des Heimatkantons des Vaters (recte: des Anerkennenden) oder eines Dritten, der ein Interesse an der Aufhebung der Vaterschaftsanerkennung hat, insbesondere wer Erbansprüche gegenüber dem Anerkennenden besitzt oder wer seinerseits das Kind anerkennen will;

als Beklagte und Beweisgegner der Anerkennende

und das Kind als notwendige passive Streitgenossen (Art. 306 ZGB)[26].

Das Beweisthema geht dahin, daß der Anerkennende nicht der Vater des Kindes ist. Es erfordert auch in diesem Prozesse die Untersuchung des Blutes auf die spezifischen vererblichen Eigenschaften des Anerkennenden, der Mutter und des Kindes. Führt sie zu einem die Vaterschaft des Anerkennenden ausschließenden Befund, so ist der gesetzliche Beweis erbracht, ohne Unterschied, ob der Ausschluß sich nach der einen oder andern Untersuchungsmethode oder nach beiden zusammen ergibt (vgl. I Ziff. 2).

Die Mutter kann in einem solchen Anfechtungsprozeß nicht Partei sein, sondern nur Zeuge. Sie hat, wenn sie die Anerkennung bestreiten will, binnen drei Monaten nachdem sie von ihr Kenntnis erhalten hat, beim Zivilstandsamt der Heimat des Anerkennenden Einspruch zu erheben. Darauf ergeht an den Anerkennenden die Aufforderung, auf Abweisung des Einspruches zu klagen (Art. 305 und 303 Abs. 2 ZGB). Den ihm obliegenden Beweis, daß der Einspruch unbegründet ist, kann er mit Blutuntersuchungen nicht erbringen, da diese nicht zum Schlusse kommen können, daß er der Vater ist. Darum soll der Richter in einem Prozeß auf Abweisung des Einspruches einem Antrag auf Anordnung der Blutprobe nicht entsprechen.

Dagegen können die Voraussetzungen für einen Blutprobebeweis gegeben sein, wenn ausnahmsweise die Anfechtungsklage vom Anerkennenden selber ausgeht, indem dieser geltend macht, daß die Anerkennung der Wirklichkeit nicht entspreche oder daß sie unter einem Willensmangel ausgestellt worden sei. Es handelt sich dabei um eine Anwendung nicht des Art. 306 ZGB, sondern der allgemeinen obligationenrechtlichen Bestimmungen über die Anfechtung von Rechtsgeschäften wegen Irrtums, Betruges

---

[26] Vgl. BGE 51 II 6 ff.; Egger, a. a. O. Art. 306 N. 1 und 2; Silbernagel, Kommentar zum Familienrecht, 2. Aufl., Art. 306 N. 3, 4 und 9.

oder Zwanges[27]. Der Anerkennende kann mit der Blutprobe beweisen, falls sie für ihn günstig ausfällt, daß er nicht der Vater des anerkannten Kindes ist; darum muß dieser Beweis auf seinen Antrag abgenommen werden. Die Klage wäre nicht nur gegen das Kind anzuheben, dem ein Beistand ad hoc zu bestellen wäre (Art. 392 Ziff. 2 ZGB), sondern auch gegen die Mutter, deren persönliche und vermögensrechtliche Interessen durch eine Aufhebung der Anerkennung stark berührt würden. In einem solchen Prozeß wären Mutter und Kind notwendige passive Streitgenossen und unterständen den für die Beklagten gültigen kantonalen Prozeßvorschriften.

c) Der Verleugnungsprozeß wird in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle vom Ehemann angehoben (Art. 253 Abs. 1 ZGB), doch steht das Klagerecht subsidiär jedermann zu, der neben oder hinter dem Kinde erbberechtigt ist, falls der Ehemann vor Ablauf der dreimonatigen Anfechtungsfrist gestorben oder urteilsunfähig geworden ist oder wegen unbekannten Aufenthaltes oder aus einem andern Grunde von der Geburt nicht in Kenntnis gesetzt werden konnte (Art. 256 Abs. 1). In den meisten dieser Ausnahmefälle kommt eine Blutuntersuchung nicht in Frage, weil sie ohne das Blut des Ehemannes nicht zu dessen Ausschluß als Vater führen kann.

Die Beklagten sind das Kind und die Mutter (Art. 253 Abs. 2), die, gleich wie der Anerkennende und das Kind, im Falle der Anfechtungsklage gemäß Art. 306,

---

[27] Über die Zulässigkeit dieser Anfechtung sind zu vergleichen, teilweise abweichend vom Text und unter sich, BGE 49 II 154 ff., Rossel-Mentha, Manuel du droit civil suisse, 2. Aufl., 1 Nr. 686 und 670, Silbernagel, a. a. O. Art. 306 N. 5—9 und 11. — Ob das Bundesgericht unter gleichen tatbeständlichen Verhältnissen auch heute zur Abweisung der Klage des Anerkennenden käme, wie im zitierten Fall, bleibe dahingestellt. Bestimmt trifft die Erwägung nicht mehr zu, daß für den als Vater Angesprochenen nach der Natur der physiologischen Vorgänge objektiv immer Unsicherheit darüber besteht, ob seine Beiwohnung die Konzeption verursacht hat (a. a. O. 158).

notwendige passive Streitgenossen sind (vgl. BGE 55 II 326). Daß sie auch Kläger sein können, ist mit dem Bundesgericht entschieden abzulehnen[28]. Es liegt keine Gesetzeslücke vor, die «nach den Anforderungen richtiger Rechtsordnung» gemäß Art. 1 Abs. 2 ZGB vom Richter auszufüllen ist. Der Gesetzgeber hat grundsätzlich dem Ehemann die Entscheidung darüber anheimgestellt, ob er ein als ehelich geltendes Kind verleugnen wolle. Verzichtet er darauf, so hat es dabei sein Bewenden. Es besteht weder ein öffentliches noch ein schutzwürdiges privates Interesse von Mutter und Kind oder andern Erbberechtigten, die gesetzlich vermutete und vom Ehemann durch Unterlassung der Anfechtungsklage konkludenterweise anerkannte Ehelichkeit aufzuheben. Bestreitet jedoch der Ehemann auf dem Klageweg seine Vaterschaft, so muß die Klage geschützt werden, wenn er durch die von ihm beantragte Blutprobe als Erzeuger ausgeschlossen wird.

Die Blutprobe führt auch zur Gutheißung der Klage, mit der die zuständige Behörde des Heimatkantons des Ehemannes von ihrem Recht Gebrauch macht, die Ehelichkeit eines vor Abschluß der Ehe gezeugten, vom Ehemann anerkannten Kindes anzufechten, mit der Begründung, daß der Ehemann «unmöglich der Vater des Kindes sein kann» (Art. 256 Abs. 2 ZGB).

## 4. Anordnung und Durchführung des Blutprobebeweises

### a) Verhandlungs- und Offizialmaxime. Prozeßleitungsbefugnis des Richters

Das Zivilprozeßverfahren in den Kantonen war früher im allgemeinen von der streng und starr befolgten Verhandlungsmaxime beherrscht, das Strafprozeßverfahren im Gegensatz dazu von der Offizialmaxime.

[28] BGE 44 II 224 ff. Erw. 2, 49 II 319; ebenfalls zustimmend Silbernagel, a. a. O. Art. 253 N. 2 und 3; a. A. Egger, a. a. O. Art. 253 N. 2 und 3, sowie die von ihm zitierte Literatur.

Die Verhandlungsmaxime wurde für den Zivilprozeß damit gerechtfertigt, daß dessen Gegenstand privatrechtliche Verhältnisse bilden, über die den Parteien das freie Verfügungsrecht zustehe. Was darüber zwei bedeutende Schweizer Juristen und Gesetzgeber im ersten Drittel des 19. Jahrhunderts gedacht und geschrieben haben, ist rechtshistorisch und staatsrechtlich gleichermaßen aufschlußreich.

Der Berner S. L. Schnell, Professor des vaterländischen Rechtes und der Geschichte an der Akademie — die Hochschule wurde erst 1834 gegründet —, begrüßte in seinem Kommentar zu dem von ihm redigierten «Gesetzbuch über das gerichtliche Verfahren in Civil-Rechtssachen», vom 26. März 1821, die Verhandlungsmaxime als die von den Voreltern übernommene Prozeßform, durch die «das Gefühl der Freiheit nicht unterdrückt werde» und «die Instruktion des Rechtsstreits zur Sache der Beteiligten ohne weitere Anleitung von Oben herab gemacht werde»[29].

Wiewohl in seiner geistigen und politischen Einstellung verschieden, äußerte sich zehn Jahre später der Zürcher Friedrich Ludwig Keller ganz ähnlich. Als temperamentvoller, wissenschaftlich wohlausgerüsteter, von neuen Ideen erfüllter Rechtslehrer — schon vor der 1833 erfolgten Gründung der Hochschule —, als radikaler Großrat und insbesondere als Referent der Gesetzgebungskommission sowie als Präsident des Obergerichts übte er in der Regenerationszeit im Kanton Zürich einen maßgebenden Einfluß auf Gesetzgebung und Rechtsprechung aus. Er nannte die Verhandlungsmaxime «eines der besten Kleinodien unserer Gesetzgebung»[30]. In einem Aufsatz, der nach Prof. Dr. Hans Fritzsche unzweifelhaft von ihm stammt, schrieb er mit der ihm eigenen Schärfe und Folgerichtigkeit:

«Wenn wir das Verhältnis des Staates zu den privatrechtlichen Verhältnissen des Einzelnen betrachten, so tut jener gewiß am

---

[29]) Schurter und Fritzsche, Das Zivilprozeßrecht der Schweiz II 1, 70.

[30] Schurter und Fritzsche, a. a. O. II 1, 148 ff.

besten, wenn er sich in dieselben so wenig als möglich einmischt... ‚Wo kein Kläger, da ist kein Richter'; das ist für alle Zeitverhältnisse ein goldenes Sprichwort... Immer bleibt die streitige Rechtssache ein Privatverhältnis der Parteien... Da niemand als der Beteiligte wissen kann, wie die Streitsache mit der übrigen Ökonomie der Parteien zusammenhängt, so soll sich der Richter wohl hüten, von sich aus allem nachzufragen und die Parteien zur Mitteilung von Dingen, die ihn nichts angehen, zwingen oder auch nur veranlassen zu wollen; sondern er soll ganz ruhig die Parteien vorladen und dann dem Kläger, als einem selbständigen Menschen, der sein Interesse in der Regel am besten kennt, überlassen, wie und womit er seine Klage begründe; und ebenso seinem Gegner, wie er sich verteidigen wolle...»

Der Grundsatz der Verhandlungsmaxime hat das ganze 19. Jahrhundert hindurch in allen Kantonen für das Zivilprozeßverfahren gegolten[31]. Er ist nirgends allgemein durch die Offizialmaxime ersetzt worden, wonach der Richter, wie es ihm die Strafprozeßordnungen vorschreiben, den Tatbestand von Amtes wegen festzustellen und alle hiezu geeigneten Beweismittel beizuziehen hat, um sich darüber Rechenschaft geben zu können, ob eine mit Strafe bedrohte Handlung begangen worden ist. Doch hat allmählich der Richter neben der rein formellen Prozeßleitungsbefugnis die Kompetenz erhalten, durch geeignete Anordnungen dahin zu wirken, daß der wirkliche Sachverhalt aktenkundig und dadurch eine objektiv richtige Urteilsgrundlage geschaffen werde. Das Zivilprozeßverfahren durfte nicht die Arena bleiben, wo juristische Akrobatik um ihrer selbst willen vorgeführt wurde, unbekümmert darum, ob das materielle Recht verwirklicht oder erstickt werde. Diese Erkenntnis wurde lebendig und fand ihren beachtenswerten Ausdruck in neuern Zivilprozeßordnungen. Als Beispiele werden in diesem Rahmen lediglich die von Bern, Neuenburg und Zürich angerufen, die alle dem Richter nicht nur gestatten, sondern zur Pflicht machen, das Streit-

[31] Zum Nachweis wird auf das umfassende Werk von Schurter und Fritzsche verwiesen, Bd. II, 1. Hälfte: Die geschichtlichen Grundlagen der kantonalen Rechte. 2. Hälfte: Letzte Wandlungen und heutiger Stand der kantonalen Rechte (1866 bis 1932).

verhältnis, soweit es ihm von den Parteien zur Beurteilung unterbreitet wird, in tatsächlicher Hinsicht abzuklären.

Das Gesetz betreffend die Zivilprozeßordnung für den Kanton Bern, vom 7. Juli 1918, bestimmt in Art. 89 unter der Marginale «Richterpflicht»:

«Der Richter handelt von Amtes wegen, soweit er nicht auf den Antrag einer Partei verwiesen ist. Er kann in jedem Stadium des Prozesses von Amtes wegen zur Ergänzung oder wahrheitsgemäßen Feststellung des Tatbestandes der von den Parteien behaupteten Rechte und Ansprüche die Einvernahme der Parteien anordnen und die ihm notwendig scheinenden Beweisverfügungen treffen.»

Damit hat die bern. ZPO nicht die Offizialmaxime eingeführt[32], denn der Beurteilung des Gerichts unterliegen nur die von den Parteien in der Verhandlung gestellten Anträge, und zur Begründung des Urteils dürfen nur Tatsachen benutzt werden, welche in den Schriftsätzen der Parteien enthalten oder in der Verhandlung festgestellt worden sind (Art. 202). Aber der Richter darf nicht mehr, wie früher, untätig bleiben, wenn er die Anbringen einer Partei für unklar, widerspruchsvoll oder lückenhaft erachtet. Er ist befugt, von den Parteien nicht angerufene Beweismittel herbeizuziehen (Art. 214).

Der neuenburgische Code de procédure civile, vom 7. April 1925[33], hat ebenfalls die Verhandlungsmaxime zwar grundsätzlich beibehalten, aber durch eine Erweiterung der Prozeßleitungsbefugnis des Richters wesentlich gemildert:

«Sous réserve des exceptions établies par la loi, le juge ne peut ni suppléer, ni suggérer des faits ou des moyens qu'une partie

---

[32] Vgl. dazu Kommentar von G. Leuch, 2. Aufl., Art. 89 N. 1, Art. 202 N. 2 und 3; Schurter und Fritzsche, a. a. O. II 2, 615 ff., 632, 635.

[33] Vgl. Schurter und Fritzsche, a. a. O. II 2, 719 ff. Aus den hier abgedruckten grundsätzlichen Erwägungen der Gesetzgebungskommission sei nur der eine, die neue Stellung des Instruktionsrichters charakterisierende Satz hervorgehoben: «Le juge instructeur devient pour ainsi dire maître de la procédure.»

n'alléguerait pas spontanément, mais il peut exiger des explications sur les moyens ou conclusions qui lui paraissent obscurs ou contradictoires.

«Dans la limite des allégués des parties, le juge peut d'office et, en tout état de cause, entendre celles-ci et faire administrer les preuves qui lui paraissent nécessaires» (art. 69).

Diese richterliche Kompetenz wird im Abschnitt über die Prozeßinstruktion wiederholt und näher umschrieben (Art. 187—195). Sie wird im Anschluß an die Vorschriften über die Beweismittel und das Beweisverfahren unter dem Titel «Des moyens de preuve spéciaux» ergänzt durch Art. 309:

«Le juge instructeur peut, d'office ou sur demande, décider l'administration de tous moyens de preuves autres que ceux expressément prévus au présent code. Il ordonne, à cet effet, les mesures nécessaires, après avoir entendu les parties[34].»

Eine von Bern etwas abweichende Entwicklung hat Zürich durchgemacht, die aber im Endziel doch auch auf eine Milderung der Verhandlungsmaxime und eine Verstärkung des richterlichen Einflusses zwecks materiell richtiger Beurteilung der Streitsache gerichtet war[35]. Nach dem Gesetz betreffend den Zivilprozeß (Zivilprozeßordnung) vom 13. April 1913/7. April 1935, teilweise abgeändert durch Gesetz vom 20. Februar 1938, obliegt dem Richter die (formelle) Leitung des Verfahrens (§ 96 ZPO), was die Marginale als «Amtsbetrieb» bezeichnet. «Im allgemeinen ist es Sache der Parteien, dem Richter das Tatsächliche des Streitfalles darzulegen; tatsächliche Behauptungen und

---

[34] Der staatsrätliche Bericht zum Gesetzesentwurf nannte als spezielle Beweismittel «audition musicale, fonctionnement d'un appareil spécial, dégustation d'un produit». Zutreffend hat Fritzsche dazu bemerkt: «Das sind wohl Dinge, die unter Augenschein oder Expertenbeweis fallen», und richtig vorausschauend beigefügt: «Man denke an Blutuntersuchungen im Vaterschaftsprozeß, die vielleicht in absehbarer Zeit doch zu praktischer Bedeutung gelangen.»

[35] Sie ist dargestellt bei Schurter und Fritzsche, II 2, 9 ff., 23 ff., 538, 554.

Einreden dürfen nicht von Amtes wegen ergänzt werden» (§ 98). Damit ist gesagt, daß immer noch der Grundsatz der Verhandlungsmaxime gilt. Doch ist dieser Grundsatz erheblich abgeschwächt: Einmal hat der Richter allgemein das Recht und die Pflicht, «wenn es den Vorträgen der Parteien an der erforderlichen Klarheit, Vollständigkeit oder Bestimmtheit gebricht, den Mangel durch geeignete Fragen zu heben» (§ 99 Abs. 1), und er kann «ausnahmsweise auch von Amtes wegen Beweise abnehmen, welche die Parteien nicht speziell anerboten haben, sofern sich aus den Akten Anhaltspunkte ergeben, daß dadurch die Feststellung des wahren Sachverhalts gefördert wird» (§ 166).

Sodann gilt in Ehe- und Vaterschaftssachen, in Prozessen über den Entzug der elterlichen Gewalt und über die Entmündigung die Offizialmaxime: «der Richter ist nicht an die Eröffnungen und Zugeständnisse der Parteien gebunden, vielmehr soll er hier die nähern Verhältnisse von Amtes wegen erforschen» (§ 98 Abs. 2). «Der Richter ist auch hinsichtlich der Beweiserhebung nicht an die Anträge der Parteien gebunden» (§ 251 Abs. 2)[36].

Diese Rechtssachen betreffen nicht nur persönliche Beziehungen privatrechtlicher Natur, die von den Parteien nach ihrem freien Ermessen geordnet werden können; sie sind mit Recht besondern Verfahrensbestimmungen unterworfen worden, deren Anwendung gestattet, die legitimen öffentlichen Interessen mitzuberücksichtigen.

### b) Die richterliche Verfügung

#### α) Grundsätzliches

Dem Zivilrichter werden durch die Anträge der Parteien die Schranken seiner Kognition und seines Urteils gezogen. Doch ist er in der rechtlichen Würdigung des Tatbestandes frei und von den Rechtsauffassungen der Parteien auch insoweit unabhängig, als er zu bestimmen hat,

[36] Vgl. Näheres im Kommentar von Sträuli und Hauser, II, 2. Aufl., zu den §§ 96, 98, 99, 166, 265 ZPO.

welche Beweismittel für die Beurteilung des Streitverhältnisses erheblich sein können. Da die Blutuntersuchung geeignet ist, der richtigen Anwendung des materiellen Rechtes zu dienen, indem sie zur Widerlegung objektiv unrichtiger Vaterschaftsbeschuldigungen, -anerkennungen und (gesetzlicher) -vermutungen führen kann, ist der Zivilrichter zu deren Anordnung berechtigt, unabhängig von den im Prozeßkanton maßgebenden Verfahrensgrundsätzen. Auch wo die Prozeßleitungsbefugnis des Richters, anders als in den Kantonen Bern, Neuenburg und Zürich, sich nur in den engen formellen Grenzen der Verhandlungsmaxime Geltung verschaffen darf, ist es Richterpflicht, dem materiellen Recht zum Durchbruch zu verhelfen.

Von einer solchen Überlegung scheint das Bundesgericht ausgegangen zu sein, als es im Jahre 1935 beschloß, durch ein Gutachten einer inländischen Autorität (Prof. Zangger) sich zuverlässige Kenntnis von den Ergebnissen der medizinischen Forschung über die Vererbung der Bluteigenschaften zu verschaffen. War der Beschluß auch ungewohnt und kühn, so stand ihm doch, wie in Zustimmung zum Bundesgericht festzuhalten ist, Artikel 80 aOG nicht entgegen, wonach neue Tatsachen und Beweismittel in der bundesgerichtlichen Instanz ausgeschlossen waren (vgl. Art. 55 lit. c nOG). Es ging darum, durch Sachverständigengutachten zu ermitteln, «ob ein Satz des Bundesrechtes anzuwenden sei» (BGE 61 II 74 ff.).

Ganz ähnlich kann sich für jeden kantonalen Richter in einem konkreten Fall die Frage stellen, ob nach Bundesrecht eine streitige eheliche oder außereheliche Vaterschaft ausgeschlossen ist. Soweit zur Lösung dieser materiellrechtlichen Frage die Blutuntersuchung beitragen kann, darf und soll sie der kantonale Richter anordnen.

### β) Nichterzwingbarkeit der Vollziehung

Die Frage, ob eine gerichtlich angeordnete Blutuntersuchung erzwungen werden könne, ist wiederholt erörtert und stets negativ beantwortet worden, sofern nicht eine

gesetzliche Bestimmung den Richter zur Blutentnahme ermächtige[37]. Das nationalsozialistische Deutschland hat die Grundlage hiezu, die es im Hinblick auf seine Rassenlehre stark vermißt hatte, geschaffen durch das «Gesetz über die Änderung und Ergänzung familienrechtlicher Vorschriften und über die Rechtsstellung der Staatenlosen», vom 12. April 1938[38]. Unter dem Titel «Abstammungsfeststellung mittels erb- und rassenkundlicher Untersuchungen», der Anlaß und Zweck des Gesetzes deutlich erkennen läßt, heißt es in Art. 3 § 9:

«In familienrechtlichen Streitigkeiten haben sich Parteien und Zeugen, soweit dies zur Feststellung der Abstammung eines Kindes erforderlich ist, erb- und rassenkundlichen Untersuchungen zu unterwerfen, insbesondere die Entnahme von Blutproben zum Zwecke der Blutgruppenuntersuchungen zu dulden.

Weigert sich eine Partei oder ein Zeuge ohne triftigen Grund, so kann unmittelbarer Zwang angewendet, insbesondere die zwangsweise Vorführung zum Zwecke der Untersuchung angeordnet werden. Über die Rechtmäßigkeit der Weigerung entscheidet das Gericht durch Beschluß...» (der durch sofortige Beschwerde angefochten werden kann).

Gegen die Erzwingbarkeit der Blutuntersuchung ist in der Schweiz geltend gemacht worden, daß die Blut-

---

[37] Vgl. in diesem Sinn die Ausführungen von Willy und Pia Schumacher, a. a. O. 57 ff., 65 ff., 120, 122/3; Stein/Jonas, Kommentar zur deutschen Zivilprozeßordnung, 15. Aufl., Vorbemerkung III zu § 371; Rudolf Schweizer, a. a. O. 107 ff.; Carl Hiller, a. a. O. 48 ff.; ferner die von diesen Autoren angerufene Rechtsprechung und Literatur.

[38] Reichsgesetzblatt 1938 Teil I, 380 ff. — Durch «Ausführungsgesetz zu dem Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Sicherung und Besserung», vom 24. November 1933, war der Strafprozeßordnung § 81 a eingefügt worden, der in Abs. 1 die körperliche Untersuchung des Beschuldigten erlaubt und anschließend in Abs. 2 bestimmt: «Entnahme von Blutproben und andere Eingriffe, die nach den Regeln der ärztlichen Kunst zu Untersuchungszwecken vorgenommen werden, sind ohne Einwilligung des zu Untersuchenden zulässig, wenn kein Nachteil für seine Gesundheit zu besorgen ist» (RGBl. 1933 Teil 1, 1000).

entnahme trotz ihrer Harmlosigkeit einen Eingriff in die körperliche Integrität bedeute, die durch Art. 28 ZGB geschützt sei, gleich wie in Deutschland durch Art. 114 der Weimarer Verfassung[39]. Dieser Auffassung kann nicht beigepflichtet werden.

Der Einstich zwecks Blutentnahme in die Vene oder — beim Kind — in das Ohrläppchen oder die Ferse ist, wenn er fachmännisch richtig durchgeführt wird, schmerzlos und vollkommen ungefährlich[40]. Er hinterläßt keine Spuren. Wenn man ihn trotzdem als eine Verletzung der Persönlichkeit (Art. 27 und 28 ZGB) oder gar als eine Körperverletzung, als eine Schädigung an Körper oder Gesundheit (Art. 123 und 125 StGB) beurteilt, so verkennt man die Wirklichkeit und überspitzt Rechtsbegriffe derart, daß aus dem vermeintlichen «summum jus» die «summa injuria» wird. Die einige wenige Minuten dauernde Blutentnahme — in dem hier besprochenen Rahmen — ist keine rechtlich relevante Störung der persönlichen Verhältnisse. Zudem fällt

---

[39] So Rudolf Schweizer, a. a. O. 107. Doch ist dazu zu bemerken, daß Art. 114, der jedem Deutschen die Unverletzlichkeit seiner Person zusicherte, mit mehreren andern Verfassungsbestimmungen schon durch «Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutz von Volk und Staat», vom 8. Februar 1933, «bis auf weiteres außer Kraft gesetzt» (RGBl. 1933 Teil 1, 83) und nie mehr in Kraft gesetzt worden ist.

[40] Freundliche Mitteilung von Prof. Dr. Fritz Schwarz. — Bei der durch Armeebefehl angeordneten Untersuchung der vielen Hunderttausenden von schweizerischen Wehrmännern mit Einschluß der Hilfsdienstpflichtigen auf ihre Blutgruppenzugehörigkeit haben sich keine Unzukömmlichkeiten irgendwelcher Art ergeben. Weigerungsfälle sind laut gefl. Auskunft des Rotkreuz-Chefarztes nicht bekannt geworden. — In Deutschland hat man weder aus dem Schrifttum noch aus der Praxis vernommen, daß sich aus der zwangsweisen Blutentnahme irgendwelche Mißstände ergeben hätten. Diesen Bericht verdanke ich dem frühern Landgerichtspräsidenten des Saargebietes, Dr. Franz Schäfer. Vorab die Schweizer Juristen, die in der Saar tätig gewesen sind und dort diesen loyal gesinnten und charakterfesten Richter kennengelernt haben, werden mit Genugtuung vernehmen, daß er dem Naziterror nicht zum Opfer gefallen ist.

mitentscheidend ins Gewicht, daß sie nicht «unbefugterweise» stattfindet. Der Richter ordnet sie in Ausübung seiner Amtspflicht an, um Recht sprechen zu können, und der Experte nimmt sie im richterlichen Auftrag vor, um ihm dazu eine wesentliche Unterlage zur Verfügung zu stellen. Der gesetzliche Schutz der Persönlichkeit gewährleistet nicht absolute Unantastbarkeit. Allgemein gilt, was das Bundesgericht wohlabgewogen in einem neuern Urteil über Eingriffe in die Persönlichkeitssphäre durch Presseäußerungen hervorgehoben hat: «Die Frage, ob ein bestimmtes Verhalten widerrechtlich ist, muß vom Richter in jedem Einzelfall in Würdigung aller Umstände und in Abwägung der im Spiele stehenden Interessen entschieden werden, wobei für diese Würdigung und Abwägung die Vorschriften der gesamten, ein einheitliches Ganzes bildenden Ordnung des privaten und öffentlichen Rechtes maßgebend sind» (BGE 71 II 192)[41].

Damit ist nicht gesagt, daß in einem Zivilprozeß zwecks Vollziehung des richterlich angeordneten Blutprobebeweises physischer Zwang angewendet werden darf. In keinem Kanton der Schweiz ist es zulässig, daß der Richter eine Partei oder einen Zeugen gewaltsam zum Experten führen und festhalten läßt, bis die für die Untersuchung benötigten wenigen ccm Blutes entnommen sind. Hingegen ist der Richter befugt, seine Verfügung unter der Strafdrohung des Art. 292 StGB zu erlassen und auf diese Weise einen erlaubten moralischen Druck auszuüben. Wenn der Zivilrichter seiner Beweisverfügung die Ankündigung beifügt, daß Ungehorsam mit Haft oder Buße bestraft werde, so dürfte er damit nicht selten der Absicht, durch Verweigerung der Blutentnahme den Beweis zu vereiteln, wirksam entgegentreten. Es erscheint angezeigt, daß in allen Fällen, wo diese Absicht erkennbar wird, der Richter von seiner Befugnis Gebrauch macht. Dann werden die

[41] Vgl. dazu auch Hafter, Kommentar zum Personenrecht, 2. Aufl., Art. 28 N. 1, 9, 14, 16, 17; Egger, Kommentar zum Personenrecht, 2. Aufl., Art. 28 N. 8, 9, 23, 53, 54, 70.

Experten nicht immer wieder erleben müssen — was Prof. Schwarz mitgeteilt hat —, daß in einem Vaterschaftsprozeß die Beteiligten den Vorladungen keine Folge leisten. — Die Ungehorsamsstrafe darf nur verhängt werden, wenn der Richter in seiner Verfügung ausdrücklich auf die Strafdrohung des Art. 292 StGB hingewiesen hat[42]. Diese Androhung kann sich gleichermaßen gegen die Prozeßparteien wie gegen Zeugen richten. Das ergibt sich aus dem Zweck der Blutprobe, einen für die richtige Entscheidung des Rechtsstreites wichtigen Sachverhalt abzuklären[43].

### c) Folgen der Verweigerung der Blutentnahme

#### α) Seitens einer Prozeßpartei

Die Lösung dieser Frage ist wesentlich einfacher, als die deutsche Literatur und Judikatur angenommen haben, die sich vielfach in Haarspaltereien verloren haben.

Es ist unzutreffend, weil die Voraussetzungen fehlen, zudem unnötig, auf die Verweigerung der Blutabgabe einer Partei zu Beweiszwecken analog die Vorschriften anzuwenden, sei es über

das Ausbleiben, wenn das persönliche Erscheinen aufgegeben worden ist,

---

[42] BGE 68 IV 45 ff.; Hafter, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil, zweite Hälfte, 730.

[43] Man darf annehmen, daß die Einsicht in die Tauglichkeit und Notwendigkeit der Blutuntersuchungen im Schweizervolk stark gewachsen ist, einmal zufolge der reibungslosen Durchtestung der gesamten schweizerischen Armee, sodann dank der vielfachen und wertvollen Erfahrungen, die in Strafuntersuchungen, insbesondere bei der Feststellung der Alkoholkonzentration, gewonnen worden sind. Mehrere Kantone haben in ihren EG zum StGB die Pflicht zur Duldung der Blutprobe statuiert: St. Gallen, Gesetz vom 17. Februar 1941, Art. 95 durch Einführung von Art. 49b in die StPO; Graubünden, Gesetz vom 2. März 1941, Art. 92 Abs. 3; Zürich, Gesetz vom 6. Juli 1941, Art. 30 durch Neufassung des § 156 StPO; Schaffhausen, Gesetz vom 22. September 1941, Art. 37 Abs. 4.

oder die Verhinderung eines richterlich angeordneten Augenscheins,
oder die Nichtvorlage einer Urkunde, deren Herausgabe der Richter verfügt hat,
oder die Widerhandlung gegen Treu und Glauben, Arglist usw.

Wirklichkeitsfremd war es auch, eine «Theorie der Umkehr der Beweislast» aufzustellen[44].

Der Richter kommt aus mit dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung[45].

Verweigert der Vaterschaftsbeklagte die Blutentnahme, zum Beispiel mit der Behauptung, er habe mit der Klägerinmutter überhaupt nicht intim oder doch nicht so verkehrt, daß er der Erzeuger des Kindes sein könne, so wird der Richter die Klage unbedenklich gutheißen, wenn die Klägerinmutter Indizien bewiesen hat, die den Schluß auf intimen Verkehr in der kritischen Zeit nahelegen, und wenn gegen ihren Lebenswandel um die Zeit der Empfängnis nichts Stichhaltiges vorgebracht worden ist.

Lehnt umgekehrt die Klägerinmutter die Blutentnahme ab, so muß sie die Abweisung der Klage gewärtigen, wenn sich zwar Anhaltspunkte, die immerhin nicht vollen Beweis schaffen, für die Beiwohnung des Beklagten ergeben haben, zugleich aber auch Verdachtsgründe für einen Mehrverkehr, selbst in dem Falle, wo diese nicht die Einrede des unzüchtigen Lebenswandels zu rechtfertigen vermögen.

Sollte der Beistand des Kindes die Blutentnahme bei diesem verweigern, trotz der ihm angedrohten Ungehorsamsstrafe, so wäre durch Beschwerde an die Vormundschaftsbehörden dafür zu sorgen, daß aus dieser Verweigerung dem Kind kein Nachteil erwächst. Zur Be-

---

[44] Nachweise hierüber bei Schumacher, a. a. O. 63 ff., Hiller, a. a. O. 50, Schweizer, a. a. O. 94 ff.

[45] Vgl. in diesem Sinne auch die knappe Bemerkung im Kommentar Leuch, a. a. O. Art. 264 N. 3.

schwerde wären die Prozeßparteien legitimiert; überdies dürfte sie das Vaterschaftsgericht im Interesse des Kindes von Amtes wegen erheben.

Im Anfechtungsprozeß auf Aberkennung der Vaterschaft kann die Verweigerung der Blutabgabe seitens des Anerkennenden zur Aufhebung seiner Vaterschaftsanerkennung führen, wenn im übrigen Umstände nachgewiesen sind, die zu ernstlichen Zweifeln an der Richtigkeit seiner Anerkennung Anlaß geben.

Im Verleugnungsprozeß läuft die Ehefrau durch die Ablehnung der Blutprobe keine Gefahr, wenn die Klage sich als frivoler Angriff auf ihre Ehre darstellt, als ein der Vernunft widersprechender Akt eines grundlos eifersüchtigen Ehemannes. Wenn sie sich aber Liebeleien hingegeben und zum mindesten mit dem Feuer gespielt hat, so erscheint eine Verweigerung der Blutabgabe verdächtig. Und wenn sich aus der Untersuchung des Blutes des Ehemannes und des Kindes allein ergibt, daß diesem die spezifischen Bluteigenschaften nicht vom Ehemann vererbt worden sind, so ist der gesetzlich erforderliche Beweis der Unmöglichkeit der Vaterschaft geleistet, die Verleugnungsklage begründet.

In allen Fällen der Verweigerung der Blutentnahme seitens einer Partei wird der Richter ohne Anwendung physischen Zwanges zu einem richtigen Urteil gelangen können, wenn er den Grundsatz der freien Beweiswürdigung so zur Anwendung bringt, wie er im bundesgerichtlichen «Reglement für das Verfahren betreffend die Klagen auf Rückgabe in kriegsbesetzten Gebieten weggenommener Vermögenswerte», vom 15. Januar 1946, prägnant umschrieben ist. Art. 26 dieses Reglementes, das sich auf Art. 10 Abs. 1 BRB vom 10. Dezember 1945 stützt, lautet:

«Der Richter würdigt die Beweise nach freier Überzeugung. Er wägt mit — il prend en considération — das Verhalten der Parteien im Prozesse, insbesondere gegegenüber den Maßnahmen der Prozeßinstruktion, wie

die Nichtbefolgung persönlicher Ladung, Verweigerung der Beantwortung richterlicher Fragen und Vorenthaltung angeforderter Beweismittel[46].»

### β) Seitens eines Dritten

Weniger einheitlich gestaltet sich die Lösung, wenn Dritte, die als Zeugen angerufen worden sind, die Blutabgabe zu Untersuchungszwecken verweigern. Es lassen sich folgende Fälle unterscheiden:

Im Vaterschaftsprozeß erhebt der Beklagte die «exceptio plurium concumbentium»; der von ihm bezeichnete Dritte bestreitet den Verkehr. Anhaltspunkte, daß die Bestreitung unwahr ist, liegen nicht vor. Richtigerweise wird der Richter eine Blutentnahme beim Zeugen nicht anordnen. Sollte es doch geschehen, so wäre die Weigerung des Zeugen berechtigt; es ließe sich daraus kein Schluß zugunsten oder zu Lasten einer Partei ableiten.

Wenn die Klägerinmutter den Mehrverkehr zugibt, aber geltend macht, daß das Kind aus dem Verkehr mit dem Beklagten, nicht mit dem Dritten entstanden ist, und der Dritte die Blutentnahme ablehnt, so muß die Klage abgewiesen werden[47]. Der Beweis, daß der Dritte nicht der Vater sein kann, ist nicht erbracht, andererseits die gesetzliche Vermutung der Vaterschaft des Beklagten zerstört (Art. 314 Abs. 2 ZGB).

---

[46] AS 1946, 225 ff. Das Reglement enthält auch im übrigen höchst beachtenswerte Prozeßvorschriften. Es basiert auf dem — noch nicht veröffentlichten — Entwurf von Bundesrichter Dr. Leuch zu einem neuen Bundeszivilprozeß (Verfahren in den «direkten» Rechtsstreitigkeiten vor Bundesgericht). — Seit der Abfassung meiner Arbeit haben die eidgenössischen Räte den Entwurf durchberaten und mit wenigen Änderungen angenommen. Der neue Bundeszivilprozeß datiert vom 4. Dezember 1947. Sein Art. 40, der den Grundsatz der freien Beweiswürdigung statuiert, stimmt inhaltlich mit dem im Text zitierten Art. 10 des Reglements überein. Der Bundesrat hat den Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gesetzes auf den 1. Juli 1948 bestimmt (AS 1948, 485 ff.).

[47] Näheres über die weitere Rechtsfolge hienach.

Die Abweisung der Klage ist auch unumgänglich, ohne daß die Weigerung des Dritten darauf von Einfluß ist, wenn die Klägerinmutter den Mehrverkehr bestritten hat, dieser aber nachgewiesen worden ist.

Falls die Vaterschaftsklage nur für das Kind angehoben worden ist, so kann die Mutter als Zeugin in Betracht kommen. Ergibt die Untersuchung des Blutes des Kindes und des Beklagten, daß dieser als Vater nicht auszuschließen ist, so kommt der Weigerung der Mutter rechtlich keine Bedeutung zu; es darf aus ihr nicht auf Mehrverkehr geschlossen werden.

Die Klage des Kindes ist begründet, sofern der Nachweis für die Beiwohnung des Beklagten in der kritischen Zeit erbracht worden ist, nicht aber für die vom Beklagten erhobenen Einreden des Mehrverkehrs oder des unzüchtigen Lebenswandels.

Dritte ist die Kindesmutter auch im Anfechtungsprozeß der Vaterschaftsanerkennung. In einem solchen Fall ist ihre Weigerung ebenfalls unerheblich, da sich die Klage als begründet erweist, wenn durch die Untersuchung des Blutes des Kindes und des Anerkennenden dessen Vaterschaft ausgeschlossen wird.

Im Kindesverleugnungsprozeß ist die Verweigerung der Blutabgabe seitens des Dritten ebenfalls irrelevant: abgesehen davon, daß dieser die Aussage verweigern darf, weil er des Ehebruches und damit einer unehrenhaften Handlung bezichtigt wird, entscheidet sich das Schicksal der Klage durch die Untersuchung des Blutes der beiden Ehegatten und des Kindes, der Prozeßparteien, oder auch nur des Ehemannes und des Kindes. Ergibt die Untersuchung den Ausschluß des Ehemannes als Erzeuger, so ist seine Klage gutzuheißen, andernfalls abzuweisen. Dieses Ergebnis würde durch die Blutgruppen- oder Faktoreneigenschaften des Dritten, wenn sie festgestellt werden könnten, in keiner Weise abgewendet.

Aus dieser Übersicht ergibt sich, daß in der Schweiz die Frage, ob die Zeugenpflicht die Pflicht in sich schließe, die Blutentnahme zu dulden, im allgemeinen der praktischen Bedeutung entbehrt.

Doch erscheint die Rechtsfolge in dem wohl seltenen Fall noch der Prüfung wert, daß im Vaterschaftsprozeß bei zugestandenem oder nachgewiesenem Mehrverkehr der Dritte die Blutabgabe verweigert. Die Klägerinmutter möchte durch die Untersuchung des Blutes des Dritten beweisen, daß er nicht der Erzeuger ihres Kindes sein kann. Wenn ihr dieser Beweis gelingt, so kann ihre Klage gutgeheißen werden, vorbehältlich der Einrede aus Art. 315 ZGB — deren Grundlage zum Beispiel immer dann fehlt, wenn der Dritte die Kindesmutter überrascht, überlistet, verführt oder vergewaltigt hat. Verhindert der Dritte den der Klägerin obliegenden Beweis durch seine Renitenz, die nicht durch Polizeigewalt gebrochen werden kann, und muß deswegen die Klage abgewiesen werden, so trägt er die Schuld daran. Das hat zur Folge: zunächst, daß er entweder nach dem primär in Betracht fallenden kantonalen Recht — sofern es einen Ungehorsamstatbestand kennt — oder nach dem subsidiär[48] geltenden Art. 292 StGB bestraft wird; überdies, daß er als widerspenstiger Zeuge zu behandeln (vgl. Art. 250 bern. ZPO, Art. 243 neuenburg. ZPO, § 196 zürcher. ZPO), und in einem besondern Prozeß für den Schaden, den er der Klägerschaft durch seine Weigerung zugefügt hat, auf deren Verlangen ersatzpflichtig zu erklären ist.

Der Dritte könnte sich von seiner Haftpflicht nicht mit der Einrede befreien, die eine leere Ausrede wäre, daß er zur Verweigerung der Blutentnahme berechtigt gewesen

---

[48] Den subsidiären Charakter des eidgenössischen Ungehorsamstatbestandes haben schon hervorgehoben: BGE 69 IV 210; Thormann und Overbeck, Kommentar 2, Art. 292 N. 2; Hafter, Schweizerisches Strafrecht a. a. O. 724 ff. — wo zudem die kantonalen Vorläufer des bundesrechtlichen «Blankettatbestandes» zitiert und besprochen sind.

sei, weil sie einen unbefugten Eingriff in seine Persönlichkeitssphäre oder in seine körperliche Integrität bedeutet hätte. Zur Begründung wird auf das verwiesen, was hievor unter lit. b zu Anm. 40 und 41 angebracht worden ist. Es wäre abwegig, darüber zu spintisieren, ob die Zulässigkeit der Blutentnahme beim Zeugen sich aus dessen Verpflichtung ableiten lasse, einen Augenschein an einer ihm gehörenden Sache oder an seinem Körper zu dulden oder eine in seinem Gewahrsam befindliche Urkunde vorzulegen. Die Duldung der Blutentnahme gehört nach dem Stand der wissenschaftlichen Forschung und dem Beweiswert der Blutprobe, weil diese der Verwirklichung des materiellen Rechtes dient, zur Auskunftspflicht des Dritten, der des Verkehrs mit der Kindesmutter in der kritischen Zeit geständig oder überführt ist.

Es wird nicht verkannt, daß mit dieser Auffassung der Rahmen der Zeugenpflicht in ihrer üblichen Umschreibung: wahrheitsgetreu auszusagen und nichts zu verheimlichen, erweitert wird. Aber der Rahmen wird nicht gesprengt; es darf dem Dritten zugemutet werden, zur Abklärung einer durch ihn mitverursachten Sachlage beizutragen, soweit er dazu imstande ist, auf Grund nicht bloß seiner eigenen Beobachtungen, sondern auch seiner durch Sachverständige festzustellenden innern Eigenschaften. Beharrt er in Mißachtung der richterlichen Verfügung und Sanktion auf seiner Weigerung, so trifft ihn die Verantwortung für deren Folgen. Diese bestehen in der Schädigung, die sich für die Kläger, die Kindesmutter und das Kind, aus der Abweisung ihrer Klage ergibt. Die Verantwortung darf dem Dritten nicht dadurch abgenommen werden, daß seine Weigerung — woran gedacht werden könnte — so ausgelegt wird, wie wenn die Blutprobe ihn als Erzeuger ausgeschlossen hätte, und daß demgemäß die Vaterschaftsklage gestützt auf eine Interpretation, die einer Fiktion gleichkäme, gutgeheißen würde. Eine solche Überwälzung der Folgen der Zeugnisverweigerung auf den Vaterschaftsbeklagten wäre unbillig und würde zudem der

rechtlichen Grundlage entbehren. Sie verstieße gegen die vom Gesetzgeber getroffene Ordnung, daß die durch den Mehrverkehr physiologisch begründeten Zweifel über die Vaterschaft die Abweisung der Vaterschaftsklage rechtfertigen. Die auf wissenschaftlicher Erkenntnis beruhende gesetzliche Ordnung darf nicht durch eine sie ignorierende Auslegung eines immerhin nicht eindeutig schlüssigen Verhaltens eines als Zeugen angerufenen dritten Konkumbenten durchbrochen werden.

Auch in den Kantonen, wo die Haftung des Zeugen für die Folgen seines pflichtwidrigen Verhaltens nicht ausdrücklich statuiert ist, besteht sie zu Recht. Sie gründet sich dort auf die allgemeinen Grundsätze des Schadenersatzrechtes (Art. 41 ff. OR), die als kantonales Recht subsidiär zur Anwendung gelangen.

---