

51. Wann kann das ersuchte Gericht die Vernehmung der Mutter eines unehelichen Kindes als Zeugin über ihren Mehrverkehr in der Empfängniszeit ablehnen?

GG. § 158 Abs. 2. ZPO. § 373.

II. Zivilsenat. Beschl. v. 24. Januar 1940 i. S. G. (M.) w. Pf. (Wef.). II B 1/40.

I. Amtsgerichte Eßlingen und Rosbach.
II. Oberlandesgericht Karlsruhe.

Der Sachverhalt und die Entscheidung ergeben sich aus den

Gründen:

1. Das Amtsgericht E. hat in einem Rechtsstreit über Ansprüche aus einem außerehelichen Weischlase (Klage des Kindes auf Feststellung der Vaterschaft und Zahlung von Unterhalt) einen Beweisbeschuß dahin erlassen, die Kindesmutter solle durch das Gericht ihres Aufenthaltsortes eidlich darüber vernommen werden, ob sie in der gesetzlichen Empfängniszeit außer mit dem Beklagten noch mit anderen Männern Geschlechtsverkehr gehabt habe. Das um Ausführung dieser Vernehmung ersuchte Amtsgericht M. hat das Ersuchen auf Grund des § 158 Abs. 2 GG. abgelehnt. Zur Erfüllung der für einen Beweistritt nach § 373 ZPO. erforderlichen Voraussetzungen habe es der näheren Bezeichnung von Personen, Tatsachen oder sonstigen Umständen „im Zusammenhang mit einem etwaigen Mehrverkehr der als Zeugin aufgerufenen Kindesmutter“ bedurft. Sie darüber zu vernehmen, ob sie „überhaupt“ mit anderen Männern in der Empfängniszeit Verkehr gehabt habe, diene der Ausforschung zur Gewinnung von Streitstoff für den Beklagten und sei daher unzulässig.

Im Beschwerdeverfahren ist das von dem ersuchenden Gericht angerufene Oberlandesgericht Karlsruhe dem Amtsgericht M. beigetreten. Daß nach § 159 Abs. 2 GVG. hierzu befugte Amtsgericht E. hat mit der weiteren Beschwerde, die nach § 159 Abs. 1 Satz 2 GVG. zulässig ist, weil die beiden Amtsgerichte verschiedenen Oberlandesgerichten angehören, die Entscheidung des Reichsgerichts nachgesucht. Die Beschwerde ist auch begründet.

Die Ablehnung des Ersuchens eines nicht im Instanzenzuge vorgelegten Gerichts ist, abgesehen von dem hier nicht gegebenen Fall des Fehlens der örtlichen Zuständigkeit des ersuchten Gerichts, statthaft und geboten, wenn „die vorzunehmende Handlung“ nach dem Rechte des ersuchten Gerichts „verboten ist“. Ein „nach dem Rechte des ersuchten Gerichts“ bestehendes Verbot ist auch dann zu beachten, wenn die beiden Gerichte, wie es hier zutrifft, demselben Rechtsgebiet angehören. Vorliegen muß aber ein Verbot der Handlung an sich, begrifflich gesehen; nicht etwa kann genügen, daß sie dem ersuchten Gericht nach der Lage des Rechtsstreits nicht angemessen erscheint.

2. Die Meinungsverschiedenheit der beteiligten Gerichte hängt zusammen mit dem alten Streite darüber, ob in solchen Rechtsstreitigkeiten über Ansprüche aus außerehelicher Beibwohnung, in denen früher meist die Kindesmutter mit eigenen Ansprüchen wegen der Entbindungskosten als Mitklägerin aufzutreten pflegte, der Kindesmutter ein Eid über einen Geschlechtsverkehr mit anderen Männern in der Empfängniszeit ohne namentliche oder sonst erkennbare Bezeichnung eines anderen Mannes oder ohne Anführung eines bestimmten Beibwohnungsvorgangs zugeschoben werden könne. Für eine solche Eideszuschreibung forderte der jetzt mit dem „Beweis durch Eid“ beseitigte § 451, vordem § 416, BPO. alter Fassung, die Angabe einer „bestimmt zu bezeichnenden Tatsache“ in gleicher Weise, wie damals und heute für den Beweistritt mit Zeugen nach § 373, früher § 316, BPO. die Bezeichnung „der Tatsachen“ gefordert war und ist, über welche die Vernehmung des Zeugen stattfinden soll. Hier wie dort wurde und wird gesagt, eine Ausforschung, „um erst Stoff für den Rechtsstreit zu gewinnen“, sei unzulässig. Wegen der Zulassung jener allgemein gefaßten, nur durch Beginn und Ende der Empfängniszeit begrenzten Eideszuschreibung war die Übung der Gerichte, wohl unter dem Einfluß des alten sachlichen Landesrechts, verschieden. Wie in dem in J.B. 1904 S. 606 Nr. II abgedruckten Urteil des Landgerichts Ulm

vom 11. Mai 1904 bezeugt ist, war die Übung der württembergischen Gerichte aus der Ermägung der schweren Folgen der Feststellung der Vaterchaft, gerade der sog. Zahlvaterchaft, und der regelmägigen Verborgtheit der Beivohnungsgestattung überwiegend entgegenkommend. Hier braucht jedoch nicht entschieden zu werden, was jetzt für die Heranziehung der Kindesmutter zur Leistung eines uneidlichen oder eidlichen Zeugnisses über ihren Geschlechts Umgang mit anderen Männern in der Empfängniszeit als das Mindeste gefordert werden muß. Denn hier handelt es sich nicht um die verfahrensrechtliche Frage, ob das ersuchende Gericht ausreichenden Grund gehabt hat, die Vernehmung der Kindesmutter über ihren Geschlechts Umgang mit anderen Männern in der Empfängniszeit auf den Beweis antritt des Beklagten anzuordnen. Diese Frage wäre im Rechtszuge der Prozeßgerichte zu entscheiden. Hier handelt es sich vielmehr darum, ob das ersuchte Gericht dem Rechtshilfeersuchen des Prozeßgerichts nachkommen muß.

3. Bei Entscheidung dieser Frage kann kein Gewicht darauf gelegt werden, wie der Beweisbeschluß gefaßt ist, daß darin das Fragewort „ob“ an Stelle des Bindeworts „daß“ an die Spitze des Beweisfages gestellt ist, woran das Oberlandesgericht besonderen Anstand nimmt und woraus es mit herleitet, daß es sich um eine grundlose Ausforschung handele. Hier ist dem Verfasser des Beweisbeschlusses die an die Zeugin zu stellende Frage statt der Behauptung des Beklagten in die Feder geflossen, der nach der vom Oberlandesgericht angeführten Sitzungsniederschrift „die exceptio plurium“ erhob und demnach behauptete, daß die Kindesmutter in der Empfängniszeit noch mit anderen Männern Geschlechtsverkehr gehabt habe. Das Oberlandesgericht zieht eine Zuschrift des Beklagten an das Gericht aus der Zeit vor dem Verhandlungstermine heran, um von sich aus zu dem Ergebnis zu gelangen, die im gerichtlichen Termin aufgestellte Behauptung des Mehrverkehrs erscheine als aus der Luft gegriffen. Die gerichtliche Entscheidung, die in dem Beweisbeschluß liegt, ist jedoch auf Grund einer mündlichen Verhandlung erlassen, und was in dieser Verhandlung vorgetragen worden ist, kann das Beschwerdegericht so wenig wissen wie das ersuchte Gericht. Wenn das ersuchende Gericht, das nicht gehalten ist, Akten mitzuschicken, nichts als den Beweisbeschluß übersendet, so kann eine derartige Prüfung nach dem Akteninhalte gar nicht stattfinden.

Das ersuchte Gericht bleibt darauf angewiesen, unabhängig von der Prozeßlage darüber zu befinden, ob nach seinem Rechte die ihm angeforderte Rechtshilfebehandlung an sich verboten ist. Das kann aber nach der Gesetzeslage nicht bejaht werden, namentlich dann nicht, wenn „unter Umständen“ — anderen, als sie das Oberlandesgericht den Akten entnimmt — eine detartige Befragung der Kindesmutter doch statthaft sein sollte, also dann, wenn etwa der Beklagte mehrfache gewichtige Verdachtsgründe gegen seine alleinige Beirwohnung vorgebracht hat, diese Gründe sich aber nicht dazu eignen, zum selbständigen Gegenstande des Beweisfahes gemacht zu werden. Es liegt ein Beschluß des Reichsgerichts, IV. Zivilsenats, vom 16. Dezember 1935 IV B 74/1935 (Warnspr. 1936 Nr. 30) auf eine gleichartige Beschwerde nach § 159 ZPO. bei ähnlicher Sachlage vor, in welchem dem ersuchten Amtsgericht gleichfalls die Gewährung der verlangten Rechtshilfe aufgegeben worden ist. Daraus folgt bereits das Gesagte, daß die verlangte Bernehmung der Kindesmutter als Zeugin über ihren Geschlechtsverkehr mit anderen Männern in der Empfängniszeit schlechthin an sich nicht verboten ist. Dazu ist noch darauf hinzuweisen: Im heutigen Recht, das die Feststellung der blutmäßigen Abstammung des unehelichen Kindes von einem bestimmten Vater zuläßt (RGUrt. vom 14. Oktober 1937 IV 92/37 in JW. 1938 S. 245 Nr. 19) und diese Feststellung jetzt (RGUrt. vom 15. Juni 1939 IV 256/38 in RGZ. Bd. 160 S. 293) gegen RGZ. Bd. 159 S. 58 unter die Gewähr der Sondervorschriften für die Familienstandsstreitigkeiten in §§ 640 bis 643 ZPO. stellt, geht die wirkliche Vaterschaft der sog. Zahlvaterschaft vor. Schon im vormundschaftsgerichtlichen Verfahren zur Ermittlung des Vaters kann zum Besten des Kindes auf die Erforschung der beiderlei Arten von Vaterschaft Bedacht genommen werden. In diesem Verfahren wird für beide Fälle, um das Kind vor Schaden durch vergebliche Prozeßführung zu bewahren, die allgemeine Frage sachgemäß sein, ob die Kindesmutter nicht während der Empfängniszeit auch mit einem anderen Mann, als dem von ihr zunächst und etwa außergerichtlich angegebenen, Geschlechtsverkehr gehabt habe. Auch in diesem Verfahren kann sich das Bedürfnis einer Rechtshilfe durch auswärtige Bernehmung der Kindesmutter ergeben (§ 2 ZPO.). Eine Befragung aber, die im vormundschaftsgerichtlichen Verfahren notwendig und statthaft ist, kann nicht an sich verboten sein. Ersichtlich.

nehmen das auch das ersuchte Amtsgericht und das übergeordnete Oberlandesgericht nicht an.

Die beiden Gerichte entnehmen ein Verbot vielmehr dem Vorbringen im anhängigen Rechtsstreit und dem § 373 ZPO. Wenn es in Erläuterungswerken zur Zivilprozeßordnung bei § 373 heißt, Beweisangebote zum Zwecke der Ausforschung seien unzulässig, so wendet sich eine solche Bemerkung an das Prozeßgericht, das über die Zulassung oder Ablehnung des Beweisangebotes zu befinden hat. Auch in dem erwähnten Beschlusse des Reichsgerichts vom 16. Dezember 1935 ist der Rechtsatz aufgestellt — für den erkennenden Senat unverbindlich, weil in der Entscheidung selbst keine Folge daraus gezogen ist —: Die Rechtshilfe könne abgelehnt werden, wenn es sich offensichtlich um eine dem Prozeßgericht verbotene Ausforschung handle. Dem mag beizutreten sein. Dann ist aber dazu der Hinweis geboten, daß der Feststellung der „Offensichtlichkeit“ bei einer auf Grund mündlicher Verhandlung ergangenen Beweisordnung die Schwierigkeit begegnet, daß das ersuchte Gericht — demnach auch das Beschwerdegericht und schließlich das Reichsgericht, wenn nicht die Beschwerdeschrift Aufschluß gibt — den Inhalt der mündlichen Verhandlung nicht kennt. Vorbereitende Schriftsätze, soweit solche überhaupt vorhanden sind, vermitteln diesen Inhalt nicht zuverlässig und erschöpfend. Im gegebenen Falle verneint der erkennende Senat die Offensichtlichkeit. Die vom Oberlandesgericht herangezogene Zuschrift des Beklagten an das Prozeßgericht vor der mündlichen Verhandlung ist für die Frage, ob ein für die Beweisordnung ausreichender Verdacht des Mehrverkehrs vorlag, anders zu würdigen. Wenn eine solche Kindesmutter die ihr gebotene Gelegenheit, durch Heirat mit dem angegebenen Vater ihre weibliche Ehre wiederherzustellen, nicht ergreift, sondern, wie in der Zuschrift behauptet ist, unter unhaltbaren Gründen ausschlägt und schließlich sich überhaupt nicht mehr vernehmen läßt, so ist jener Verdacht in so starkem Maße vorhanden, daß die Offensichtlichkeit unzulässiger Ausforschung abzulehnen ist.

4. Ob nach § 10 der Verordnung über Maßnahmen auf dem Gebiete der Gerichtsverfassung und der Rechtspflege vom 1. September 1939 (RGBl. I S. 1658) der § 373 ZPO. zur Zeit für das Amtsgericht noch verbindlich ist, kann hiernach auf sich beruhen.