

23. 1. Über die Art der Beweisführung und den Umfang der Beweislast des auf Feststellung des Nichtbestehens der blutmäßigen Abstammung Klagenden vermutlichen Vaters.

2. Kann die erbbiologische Untersuchung zur Ausschließung der Vaterschaft eines bestimmten Mannes auch in dem Falle führen, daß sich die Untersuchung außer auf das Kind und die Mutter nur auf ihn, nicht auf einen weiteren als Erzeuger etwa in Betracht kommenden Mann zu erstrecken vermag?

BBd. §§ 448, 622, 640.

IV. Zivilsenat. Urf. v. 7. Januar 1942 i. S. R. (M.) w. G. (Befl.).
IV 186/41.

- I. Landgericht Traunstein.
II. Oberlandesgericht München.

Die Beklagte ist am 15. Mai 1933 von B. G., jetzt verheh. R., außer der Ehe geboren worden. Im Jahre 1933 erhob sie beim Amtsgericht A. Klage auf Feststellung, daß der jetzige Kläger ihr Vater sei, sowie auf seine Verurteilung zur Unterhaltszahlung. Durch das rechtskräftig gewordene Versäumnisurteil vom 18. Dezember 1934 wurde nach diesen Anträgen erkannt.

Mit der vorliegenden Klage begehrt der Kläger die Feststellung, daß die Beklagte nicht von ihm abstamme. Er begründet sie damit, daß er innerhalb der vom 17. Juli bis 15. November 1932 laufenden Empfängniszeit zum ersten Mal in der Nacht vom 25. zum 26. September 1932 und ein zweites Mal 8 Tage später mit der Mutter der Beklagten geschlechtlich verkehrt habe; aus diesen Beiwohnungen könne die Beklagte aber nicht stammen, da sie bei ihrer Geburt voll ausgetragen gewesen sei; die Mutter der Beklagten habe innerhalb der Empfängniszeit auch mit anderen Männern geschlechtlich verkehrt und sei zu der Zeit, als er ihr beigewohnt habe, bereits schwanger gewesen. Die Beklagte hat die Klagebehauptungen bestritten und beantragt, die Klage abzuweisen. Das Landgericht hat festgestellt, daß die Beklagte nicht vom Kläger stammt. Das Oberlandesgericht hat auf die Berufung der Beklagten die Klage abgewiesen. Die Revision des Klägers führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

Gründe:

Zutreffend hat das Berufungsgericht ausgeführt, daß das rechtskräftige Versäumnisurteil vom 18. Dezember 1934 der vorliegenden Klage nicht entgegenstehe, weil durch dieses Urteil nur die sogenannte Zahlvaterschaft des Klägers im Sinne des § 1717 BGB. festgestellt worden ist, während es sich im jetzigen Rechtsstreit um die Frage handelt, ob der Kläger blutmäßig der Vater der Beklagten ist. Daß der Kläger an der von ihm beehrten Feststellung, er sei nicht der blutmäßige Vater der Beklagten, ein rechtliches Interesse hat, hat das Berufungsgericht ebenfalls mit Recht angenommen.

Die Beweislast dafür, daß die Beklagte nicht vom Kläger erzeugt sei, hat das Berufungsgericht dem Kläger aufgebürdet. Hiergegen wendet sich die Revision zu Unrecht. Wie der Senat bereits in der Entscheidung R. 3. Bd. 164 S. 281 flg. näher ausgeführt hat, kann das Gericht die Feststellung, daß die blutmäßige Abstammung bestehe oder — im Falle der verneinenden Klage — nicht bestehe, nur treffen, wenn es sich von der Richtigkeit der Feststellung überzeugt hat; vermag es sich diese Überzeugung auch nach Ausschöpfung der von Amts wegen gebotenen Ermittlungen (§ 622 Abs. 1, § 640 Abs. 1 ZPO.) nicht zu verschaffen, so muß es die Klage abweisen. Sowohl bei der bejahenden wie bei der verneinenden Feststellungsklage geht es mithin zu Lasten des Klägers — sei es des Kindes oder des vermeintlichen Vaters —, wenn er dem Gericht die für dessen Überzeugung vom Bestehen oder vom Nichtbestehen der blutmäßigen Abstammung erforderlichen Unterlagen nicht zu verschaffen vermag und auch die von Amts wegen etwa angestellten Ermittlungen nicht ausreichen, das Gericht von der Richtigkeit der Klagestatsachen zu überzeugen. Es ist daher möglich, daß die streitige Abstammung im ungewissen bleiben muß, wie dies nach Ansicht des Berufungsgerichts hier der Fall ist.

Handelt es sich, wie im vorliegenden Fall, um eine verneinende Feststellungsklage des vermeintlichen Vaters, so kann dieser den ihm obliegenden Beweis auf verschiedene Weise führen. Er kann z. B. den Nachweis erbringen, daß er während des Zeitraums, innerhalb dessen nach den Erfahrungen der ärztlichen Wissenschaft die Empfängnis stattgefunden haben kann — also regelmäßig innerhalb der in den §§ 1592, 1717 Abs. 2 BGB. bestimmten Zeitgrenzen —, der Mutter des Kindes nicht beigewohnt habe. Er kann ferner nachweisen, daß die Mutter innerhalb dieses Zeitraumes mit einem anderen Manne geschlechtlich verkehrt hat und daß das Kind aus dessen Beiwohnung stammt. Steht fest, daß der Kläger innerhalb des erwähnten Zeitraumes der Mutter des Kindes beigewohnt hat, diese das Kind also von ihm empfangen haben kann, so kann er, und zwar auch ohne Benennung eines bestimmten anderen, den Nachweis führen, daß seine Beiwohnung nicht zur Empfängnis geführt hat, so daß das Kind von einem anderen Manne stammen muß. Um diesen ihn als Vater ausschließenden Nachweis zu erbringen, kann er sich der Blutgruppenuntersuchung oder der erbbiologischen Begutachtung bedienen oder

aber dartin, daß zur Zeit seiner Beibohnung die Mutter des Kindes bereits schwanger war oder daß das Kind mit Rücksicht auf seinen Reifegrad nicht aus dieser Beibohnung empfangen sein kann. In den beiden zulezt erwähnten Fällen muß der Kläger in erster Reihe beweisen, wann seine Beibohnung stattgefunden hat.

Im vorliegenden Falle räumt der Kläger ein, der Mutter der Beklagten innerhalb der Empfängniszeit beigewohnt zu haben. Einen bestimmten Dritten, mit dem diese innerhalb der Empfängniszeit außer ihm verkehrt hat, vermag er nicht namhaft zu machen. Die bereits im Unterhaltsstreit vorgenommene Blutgruppenuntersuchung hat ihn als Vater nicht ausschließen können. Er hat es daher unternommen, den Beweis zu führen, daß die Beklagte nicht von ihm erzeugt sein könne, weil sie dem Reifegrade nach, den sie bei ihrer Geburt aufwies, nicht aus einer Beibohnung erst in der Nacht vom 25. zum 26. September 1932 oder später stammen könne. Das Berufungsgericht stellt auf Grund des bereits in dem Unterhaltsstreit erstatteten und im vorliegenden Rechtsstreit ergänzten Gutachtens des Gerichtlich-medizinischen Instituts der Universität W. fest, daß ein Geschlechtsverkehr vom 25./26. September 1932, also erst recht ein solcher vom Oktober oder gar November 1932, für die Erzeugung der Beklagten ausschließt, weil diese bei ihrer Geburt voll ausgetragen war. Jedoch hält das Berufungsgericht den Nachweis, daß der Kläger der Mutter der Beklagten erst am 25./26. September 1932 zum ersten Male beigewohnt habe, nicht für erbracht, weil diese im Gegensatz zu ihren Zeugenaussagen im Unterhaltsstreit, bei denen sie als Zeitpunkt ihres ersten Geschlechtsverkehrs mit dem Kläger zunächst den Oktober 1932 angegeben, später aber als möglich bezeichnet hatte, daß er schon am 25./26. September 1932 stattgefunden habe, bei ihrer erneuten Vernehmung im gegenwärtigen Rechtsstreit als Zeugin ausgesagt hat, den ersten Geschlechtsverkehr hätten sie wesentlich früher als am 25. September 1932 gehabt, da sie zur Zeit des Oktoberfestes, das nach der Feststellung des Berufungsgerichts im Jahre 1932 vom 17. September bis zum 2. Oktober 1932 gedauert hat, bereits zu Hause bei ihren Eltern gewesen sei. Das Berufungsgericht sieht die Behauptung des Klägers über den Zeitpunkt seines ersten Geschlechtsverkehrs mit der Mutter der Beklagten auch nicht als so wahrscheinlich gemacht an, daß ihm gemäß § 448 B.P.O. der Eid anvertraut werden könnte. Eine erbbiologische

Untersuchung hält es nicht für veranlaßt, da durch die Feststellung, daß zwischen dem Kläger und der Beklagten keine Ähnlichkeitsmerkmale bestehen, die Vaterschaft des Klägers nicht ausgeschlossen würde, zumal kein anderer Mann benannt sei, der mit der Mutter der Beklagten ebenfalls in der Empfängniszeit Geschlechtsverkehr gehabt habe und deshalb auch als Erzeuger der Beklagten in Frage käme. Das Berufungsgericht erachtet nach alledem den Beweis, daß der Kläger nicht der Vater der Beklagten sei, nicht als erbracht.

Die Revision bekämpft diese Stellungnahme des Berufungsgerichts mit der Rüge, daß das Berufungsgericht die Mittel zur Aufklärung des Sachverhalts nicht erschöpft habe. Diese Rüge ist berechtigt. Die Begründung, mit der das Berufungsgericht die Einholung eines erbbiologischen Gutachtens abgelehnt hat, ist nicht stichhaltig. Es ist nicht ersichtlich, worauf das Berufungsgericht seine Ansicht stützt, daß die erbbiologische Untersuchung nicht dazu führen könne, die Vaterschaft eines bestimmten Mannes auszuschließen, zumal wenn kein anderer als Erzeuger in Betracht kommender Mann benannt sei. Diese Ansicht kann auch nicht als zutreffend angesehen werden. Dem Senat ist vielmehr bekannt, daß von namhafter ärztlicher Seite die gegenteilige Auffassung vertreten wird, und zwar auch für den Fall, daß sich die erbbiologische Untersuchung — außer auf das Kind und die Mutter — nur auf diesen Mann erstrecken kann. Daß es nur in verhältnismäßig seltenen Fällen möglich ist, einen Mann durch erbbiologisches Gutachten als Erzeuger auszuschließen, ist kein Grund, den Versuch einer solchen Ausschließung zu unterlassen und damit auf eine Möglichkeit, die gebotene Aufklärung herbeizuführen, zu verzichten (RG. in DR. Ausg. A 1941 S. 643 Nr. 8). Wenn aber auch die erbbiologische Untersuchung nicht dazu führen würde, den Kläger als Erzeuger der Beklagten auszuschließen, so liegt doch jedenfalls die Möglichkeit nahe, daß ihr Ergebnis mit mehr oder weniger großer Wahrscheinlichkeit, sei es für, sei es gegen die Vaterschaft des Klägers spricht und daher entweder die Aussage der Zeugin R. oder die des Klägers so weit unterstützt, daß sie, gegebenenfalls nach eidlicher Bekräftigung, dem Gericht die volle Überzeugung zu vermitteln vermag.

In der Entscheidung RGZ. Bd. 165 S. 186ffg. (192), auf die das Berufungsgericht hinweist, hat der VIII. Zivilsenat den Standpunkt vertreten, daß nicht jeder mit der Vaterschaftsklage in Anspruch ge-

nommene Beklagte, dem nachgewiesen sei, daß er mit der Kindesmutter in der Empfängniszeit verkehrt habe, mit dem bloßen Hinweis auf die Möglichkeit, daß die Kindesmutter auch noch mit anderen verkehrt haben könne, verlangen könne, daß das Gericht von Amts wegen ein erbbiologisches Gutachten einziehe; zur Anordnung der erbbiologischen Untersuchung sei in einem solchen Falle das Gericht vielmehr nur verpflichtet, wenn Anhaltspunkte für das Bestehen einer so erheblichen Unähnlichkeit zwischen dem Beklagten und dem Kinde gegeben seien, daß durch sie die Möglichkeit, das Kind könne vom Beklagten erzeugt sein, ausgeschlossen würde. Ob diese Entscheidung mit der vom erkennenden Senat vorstehend sowie schon früher in anderen Entscheidungen für den Fall von Klagen auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens der blutmäßigen Abstammung vertretenen Auffassung in Widerspruch steht, braucht nicht näher erörtert zu werden, da die Stellungnahme des VIII. Zivilsenats auf dem in der Ostmark geltenden sachlichen und Verfahrensrecht beruht, so daß schon aus diesem Grunde kein Anlaß zu einer Anrufung des Großen Senats für Zivilsachen bestehen würde. Der vom VIII. Zivilsenat entschiedene Fall unterscheidet sich aber auch in tatsächlicher Beziehung wesentlich von dem hier zur Entscheidung stehenden Fall, und zwar insofern, als dort der Latrichter auf Grund einer Augenscheinseinnahme des Körpers der Parteien von sich aus festzustellen in der Lage war, daß zwischen den damaligen Prozeßparteien eine „auffallende“ oder „große“ Ähnlichkeit bestand, die es ihm ermöglichte, sich die sichere Überzeugung vom Bestehen der Vaterschaft zu verschaffen, während im vorliegenden Falle der Latrichter das Bestehen der Vaterschaft im ungewissen gelassen hat, weil er sich, und zwar infolge ungenügender Ausnutzung der vorhandenen Erkenntnismittel, keine sichere Überzeugung zu bilden vermocht hat.

Die Unterlassung einer erbbiologischen Untersuchung nötigt mithin im vorliegenden Falle dazu, das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen . . .