

IV ZR 15/62

Verkündet am
17. Oktober 1962

2449 044

■, Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

des Malers und Anstreichers Lorenz H ■ in
K ■, G ■ Straße ■,

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt ■
■ -

gegen

die minderjährige Anna Maria Magdalena Z ■,
geboren am ■ August 1953 in S ■, gesetzlich
vertreten durch das Kreisjugendamt P ■ als Amtsvormund,

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt ■
■ -

hat der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 10. Oktober 1962 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Ascher und der Bundesrichter Raske,
Wüstenberg, Dr. Loewenheim und Dr. Graf

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des
7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Köln vom
12. Oktober 1961 wird zurückgewiesen.

Der Beklagte trägt die Kosten des Rechtsmittels.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die am [REDACTED] August 1953 geborene Klägerin ist das uneheliche Kind der damaligen Hausgehilfin und jetzigen Ehefrau B[REDACTED] geb. Z[REDACTED]. Die Kindesmutter hat innerhalb der gesetzlichen Empfängniszeit - 22. Oktober 1952 bis 20. Februar 1953 - am gleichen Tage, dem 9. November 1952 - Martinskirmes -, zuerst mit dem Landwirt Ernst K[REDACTED] und anschließend mit dem Beklagten geschlechtlich verkehrt.

Die Klägerin erstrebt die Feststellung, daß sie vom Beklagten abstamme. Sie hat behauptet, ihre Mutter habe während der gesetzlichen Empfängniszeit nur mit dem Beklagten und mit K[REDACTED] geschlechtlich verkehrt. K[REDACTED] scheide als Erzeuger aus, da er den Geschlechtsverkehr mit ihrer Mutter vor dem Samenerguß unterbrochen habe.

Die Klägerin hat beantragt, festzustellen, daß der Beklagte ihr Erzeuger sei.

Der Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen.

Er hat bestritten, daß Ka[REDACTED] als Erzeuger der Klägerin ausscheide, und behauptet, die Kindesmutter habe während der gesetzlichen Empfängniszeit außer mit ihm und K[REDACTED] noch mit anderen Männern geschlechtlich verkehrt, so mit dem Ingenieur Ka[REDACTED]. Außerdem hat er geltend gemacht, die Kindesmutter habe für die Zeit zwischen dem 10. und 13. November 1952 ihre Regel erwartet und könne folglich die Klägerin nicht am 9. November 1952 empfangen haben.

Nach Beiziehung der Akten des zwischen den Parteien schwebenden Unterhaltsrechtsstreits C 615/53 AG Köln, Vernehmung der Kindesmutter und des Ingenieurs Ka[REDACTED] als Zeugen und Einholung eines Blutgruppengutachtens des Sachverständigen Dr. L[REDACTED] sowie eines erbbiologischen

- 3 -

Gutachtens des Sachverständigen Prof. Dr. B. [REDACTED] hat das Landgericht der Klage stattgegeben.

Das Oberlandesgericht hat nach Einholung eines Blutgruppenobergutachtens und eines Ergänzungsgutachtens des Sachverständigen Prof. Dr. E. [REDACTED] die Berufung des Beklagten zurückgewiesen.

Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Beklagte seinen Klageabweisungsantrag weiter.

Die Klägerin bittet, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist unbegründet.

1. Die Zulässigkeit der Feststellungsklage begegnet keinen rechtlichen Bedenken. Die durch das Familienrechtsänderungsgesetz vom 11. August 1961 (BGBl I 1221) geänderte, seit dem 1. Januar 1962 geltende und im Revisionsverfahren anzuwendende Fassung des § 644 Abs. 2 ZPO hat die vom erkennenden Senat (BGHZ 5, 385; LM Nr. 14 zu § 640 ZPO) schon für den früheren Rechtszustand bejahte Zulässigkeit einer Statusklage des unehelichen Kindes auf Feststellung, daß es von einem bestimmten Manne abstamme, zur Voraussetzung.

2. Das Berufungsgericht hat für erwiesen erachtet, daß der Beklagte der Vater der Klägerin ist. Es hat auf Grund der übereinstimmenden Blutgruppengutachten Dr. L. [REDACTED] und Prof. Dr. E. [REDACTED] die Überzeugung gewonnen, daß K. [REDACTED] nach den Vererbungsregeln der Rhesusmerkmale nicht der Erzeuger der Klägerin sein kann, der Beklagte dagegen als Vater der Klägerin nicht auszuschließen ist.



Hinreichend sichere Anhaltspunkte für einen Geschlechtsverkehr der Kindesmutter mit einem dritten Mann innerhalb der Empfängniszeit hat das Berufungsgericht nicht für gegeben erachtet. Nach seinen Feststellungen hat der Zeuge Ka[REDACTED] mit der Kindesmutter nur einmal, und zwar mehrere Wochen vor dem Beginn der gesetzlichen Empfängniszeit, geschlechtlich verkehrt. Nach den weiteren Ausführungen des Berufungsgerichts läßt zwar das Verhalten der Kindesmutter, die später noch ein zweites uneheliches Kind geboren hat, den Schluß zu, daß es sich bei der Kindesmutter um eine in geschlechtlicher Hinsicht leicht zugängliche Frau gehandelt hat. Damit steht jedoch nach der Auffassung des Berufungsgerichts noch nicht hinreichend fest, daß die Kindesmutter gerade innerhalb der Empfängniszeit noch mit einem weiteren Manne geschlechtlich verkehrt hat. Die nach Lage des Falles noch bestehenden Zweifel an der Vaterschaft des Beklagten hat das Berufungsgericht als durch das Gutachten des Sachverständigen Dr. B[REDACTED] ausgeräumt erachtet. Der Sachverständige habe, so ist im Berufungsurteil ausgeführt, die Vaterschaft des Beklagten als in höchstem Grade wahrscheinlich bezeichnet und hervorgehoben, daß der Annahme, ein anderer Mann sei der Erzeuger, eine so geringe Wahrscheinlichkeit zuzuerkennen sei, daß sie praktisch außer Betracht bleiben könne. Die gegen dieses Gutachten zunächst bestehenden Bedenken seien durch die Ausführungen des Bundesgerichtshofs im Urteil vom 5. April 1961 - IV ZR 216/60 -, LM Nr. 14 zu § 286 (B) ZPO, ausgeräumt worden, weshalb es der Einholung eines zunächst angeordneten erbkundlichen Obergutachtens nicht bedürfe. Nach dem Gutachten Dr. B[REDACTED] komme den zwischen den Parteien festgestellten Ähnlichkeiten in durchgehend allen für die Begutachtung zur Verfügung stehenden morphologischen Merkmalen, darunter den sämtlichen besonders hervorgehobenen Merkmalen, eine solche Bedeutung zu, daß sie auf den Besitz gleicher Erbanlagen

und damit das Bestehen einer biologischen Beziehung zwischen den Parteien zurückgeführt werden müßten. Auch der Papillarbefund spreche deutlich für die Vaterschaft des Beklagten. Aus den metrischen Merkmalen lasse sich zwar ein positiver Hinweis für die Vaterschaft des Beklagten nicht herleiten. Die insoweit bestehende mittlere Unähnlichkeit der Klägerin gegenüber dem Beklagten komme aber auch bei unstreitig ehelichen Kindern vor. Die Zuverlässigkeit des erbkundlichen Gutachtens, insbesondere die Bejahung der Vaterschaft des Beklagten durch den Sachverständigen, werde sonach durch die Abweichung der Parteien in den metrischen Merkmalen nicht in Frage gestellt. Da die Einholung eines erbkundlichen Obergutachtens nicht geboten sei, könne es offenbleiben, ob eine erneute erbkundliche Untersuchung mit Rücksicht auf den Wegzug der Kindesmutter nach den USA noch mit Erfolg durchgeführt werden könnte und welche Folgen daraus herzuleiten seien, daß sich die Kindesmutter möglicherweise einer Untersuchung durch den weiteren Sachverständigen bewußt entzogen habe.

3. Die Angriffe der Revision gegen diese rechtliche Würdigung sind nicht begründet.

a) Ohne Rechtsirrtum hat das Berufungsgericht auf Grund der erhaltenen Blutgruppengutachten angenommen, daß der Zeuge K. nach den Vererbungsregeln der Rhesusmerkmale als Vater der Klägerin ausgeschlossen ist (vgl. das in BGHZ 21, 337 abgedruckte Urteil des erkennenden Senats). Die Revision erhebt insoweit auch keinen Einwand.

b) Die Revision rügt eine Verletzung des § 282 ZPO und allgemeiner Beweisregeln. Sie macht geltend, das Berufungsgericht habe einen Geschlechtsverkehr der Kindesmutter mit einem weiteren Manne während der Empfängniszeit nicht für erwiesen erachtet, dabei jedoch verkannt, daß sich

angesichts der Feststellung, die Kindesmutter sei in geschlechtlicher Hinsicht leicht zugänglich, die Beweislast im Statusverfahren umkehre. Diese Rüge ist unbegründet. Aus dem Umstand, daß die Kindesmutter in geschlechtlicher Hinsicht leicht zugänglich war, mußte das Berufungsgericht nicht schon ohne weitere zusätzliche Anhaltspunkte folgern, daß die Kindesmutter wahllos und gewohnheitsmäßig mit Männern geschlechtlich verkehrte und folglich auch in der Empfängniszeit mit einem weiteren Manne Geschlechtsverkehr hatte (vgl. OLG München in HRR 1941, 126). Solche Anhaltspunkte hat aber das Berufungsgericht nicht für erwiesen erachtet. Diese Beweiswürdigung ist rechtlich nicht zu beanstanden. Im übrigen sind die in § 1717 BGB für die Feststellung der Unterhaltspflicht des Erzeugers geltenden Beweisregeln in einem Statusverfahren, das die Feststellung des Rechtsverhältnisses der unehelichen Vaterschaft in seiner Gesamtheit zum Gegenstand hat, nicht anzuwenden, wenn sie auch nicht völlig unberücksichtigt bleiben dürfen (BGHZ 17, 252, 262). Letzteres Erfordernis hat das Berufungsgericht nicht verkannt. Es hat zudem die Feststellung der Vaterschaft des Beklagten entscheidend nicht auf den fehlenden Nachweis eines Geschlechtsverkehrs der Kindesmutter mit einem weiteren Mann gestützt, sondern seine Überzeugung, daß der Beklagte der Vater der Klägerin ist, aus dem Ergebnis des erbkundlichen Gutachtens gewonnen. Die Würdigung dieses Gutachtens, dessen Ausführungen von der Revision nicht angegriffen werden, läßt keinen Rechtsfehler erkennen. Wie der erkennende Senat in seinem obenangeführten Urteil vom 5. April 1961 ausgeführt hat, gelangen erbbiologische Gutachter auf Grund ihrer Untersuchung nicht selten dazu, die Vaterschaft eines Mannes in bezug auf ein bestimmtes Kind mit einem so hohen Grade von Wahrscheinlichkeit zu bejahen oder zu verneinen, daß der Richter, wenn er sich in freier, sachgerechter Würdigung des Gutachtens und des etwaigen sonstigen verfahrensrechtlich einwandfrei gewonnenen Beweisergebnisses

dieser Beurteilung anschließt, daraufhin unbedenklich eine entsprechende Feststellung - Bejahung oder Verneinung der Vaterschaft - treffen kann. Es ist anerkanntes Rechts, daß auch eine solche Begutachtung für sich allein ausreichen kann, eine derartige Feststellung zu rechtfertigen (RGZ 160, 61, 63; BGHZ 7, 116, 118 und NJW 1954, 83 f). Maßgebend muß eine Wertung der Merkmale in ihrer Gesamtheit sein. Diesem Erfordernis wird das vom Sachverständigen Prof. Dr. B. [REDACTED] erstattete Gutachten, dem sich das Berufungsgericht in Übereinstimmung mit dem Landgericht angeschlossen hat, gerecht. Der Gutachter legt zunächst dar, daß der Papillarbefund deutlich für die Vaterschaft des Beklagten spricht, sich jedoch aus den metrischen Merkmalen ein positiver Hinweis für die Vaterschaft nicht entnehmen läßt. Die insoweit festgestellten Abweichungen kommen aber nach den Ausführungen des Sachverständigen auch bei unstreitig ehelichen Kindern vor, so daß die Abweichungen keinen zwingenden Schluß gegen die Vaterschaft des Beklagten ermöglichen. Dagegen stimmt nach dem weiteren Ergebnis der erbkundlichen Untersuchung das Kind in einer Reihe morphologischer Merkmale, in denen zwischen Mutter und Kind deutliche Unterschiede bestehen, mit beiden Männern, d. h. mit dem Zeugen K. [REDACTED] und dem Beklagten, überein, während es in zahlreichen weiteren auf S. 12/13 des Gutachtens (Bl. 87 GA) im einzelnen aufgeführten morphologischen Merkmalen ausschließend mit dem Beklagten übereinstimmt. Diese Übereinstimmung in durchgehend allen für die Begutachtung zur Verfügung stehenden morphologischen Merkmalen hat der Sachverständige als so kennzeichnend erachtet, daß sie nicht mehr für zufällig gehalten werden kann, sondern auf den Besitz gleicher Erbanlagen und damit auf das Bestehen einer biologischen Beziehung zwischen der Klägerin und dem Beklagten zurückgeführt werden muß. Der Sachverständige hat daher die Vaterschaft des Beklagten als im höchsten Grade wahrscheinlich bezeichnet und ausgeführt, daß die Annahme, ein anderer Mann

als der Beklagte sei der Erzeuger des Kindes, praktisch außer Betracht bleiben kann. Er hat weiter dargelegt, daß sich auch nach der Essen-Möller-Formel ein Vermutungswert von 93 % ergibt und daß dieser Wert die Vaterschaft des Beklagten in höchstem Grade wahrscheinlich macht. Der Sachverständige ist daher zu dem Ergebnis gekommen, daß nach anthropologisch-erbbiologischen Gesichtspunkten der Beklagte als Erzeuger der Klägerin anzusehen ist, der Zeuge K. dagegen als Erzeuger ausscheidet. Das Gutachten beruht somit auf einer Gesamtschau sämtlicher verfügbarer Merkmale. Es ist in sich schlüssig. Sein Ergebnis ist nicht von der einschränkenden Voraussetzung abhängig gemacht, daß der Kindesmutter in der Empfängniszeit kein weiterer Mann beigezogen hat. Das Berufungsgericht konnte daher auf Grund dieses Gutachtens ohne Rechtsirrtum die Überzeugung gewinnen, daß der Beklagte der blutmäßige Vater der Klägerin ist.

c) Auch die weitere, auf eine Verletzung des § 286 ZPO gestützte Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe den zu der Frage, ob die Klägerin aus der Beizohnung des Beklagten stammen könne, angebotenen Sachverständigenbeweis nicht erhoben, geht fehl. Die Revision meint, die Kindesmutter könne die Klägerin nicht vom Beklagten empfangen haben, weil sie nach ihrer Aussage im Zeitpunkt des Verkehrs die Regel für die nächsten Tage erwartet habe, der Verkehr also in den empfängnisfreien Tagen stattgefunden habe. Die Revision übersieht jedoch, daß die Kindesmutter nach dem weiteren Inhalt ihrer Aussage vor dem Amtsgericht Prüm/Eifel am 23. Februar 1954 die Regel nicht immer genau auf denselben Tag hatte. Schon aus diesem Grunde ist, wie die Revisionserwiderung mit Recht ausführt, eine genaue Feststellung der empfängnisfreien Tage, wie sie die Erstattung eines Gutachtens zur Voraussetzung hätte, nicht möglich. Bei dieser Sachlage ist es rechtlich nicht zu beanstanden, daß das Berufungsgericht von der Einholung eines solchen Gutachtens abgesehen hat.

Es bedarf deshalb keiner Stellungnahme zu der Frage, ob nach medizinisch-wissenschaftlichen Erkenntnissen eine Beiwohnung deshalb außer Betracht bleiben muß, weil sie zu einem Zeitpunkt der "unfruchtbaren Phase der Frau" erfolgt sein soll (verneinend Hosemann, Tragzeitgutachten in "Vaterschaftsgutachten für die gerichtliche Praxis, Göttingen 1956", S. 30; im Ergebnis ebenso Stegmann und Helwig, Die statistischen Methoden im geburtshilflichen Gutachten in "Die medizinische Vaterschaftsbegutachtung mit biostatistischem Beweis", herausgegeben von Hummel, Stuttgart 1961, S. 115 ff).

d) Die Revision rügt schließlich, das Berufungsgericht habe es unterlassen, das ursprünglich für erforderlich gehaltene erbbiologische Obergutachten einzuholen; auch habe es nicht berücksichtigt, daß sich die Kindesmutter, wohl im Einverständnis mit der Klägerin, der angeordneten Untersuchung durch ihren Wegzug nach den USA bewußt entzogen, die Beweislast sich somit umgekehrt habe. Auch diese Rügen gehen fehl.

Zwar ist in einem Rechtsstreit, der um die blutmäßige Abstammung eines Kindes geführt wird, das Gericht zur erschöpfenden Aufklärung des Sachverhalts unter Ausnützung aller Beweismittel verpflichtet. Dies hat der erkennende Senat im Urteil vom 21. Juni 1951 - IV ZR 66/50 -, LM Nr. 2 zu § 1591 BGB ausgesprochen. Er hat in dieser Entscheidung auf die Notwendigkeit der Erholung eines Ähnlichkeitsgutachtens in den Fällen, in denen alle zur Verfügung stehenden sonstigen Beweismittel erschöpft sind, ohne zu einer völlig einwandfreien Feststellung geführt zu haben, hingewiesen. Ein solches Gutachten ist aber hier bereits im ersten Rechtszug erholt worden. Die Erholung eines Obergutachtens wäre nur dann geboten gewesen, wenn das vorliegende Gutachten schwere Mängel aufgewiesen hätte. Solche Mängel

sind aber, wie sich aus den Ausführungen unter b) ergibt, nicht gegeben und auch von der Revision nicht geltend gemacht. Bei dieser Sachlage bedeutete es keinen Verfahrensverstoß, wenn das Berufungsgericht von der Einholung des mit Beweisbeschuß vom 13. Juli 1959

- Bl. 210 GA - zunächst angeordneten erbkundlichen Obergutachtens Abstand nahm. Das Gericht kann einen Beweisbeschuß jederzeit ausdrücklich oder stillschweigend aufheben, wenn es ihn für die zu treffende Entscheidung nicht mehr für erforderlich hält. (RGZ 97, 126, 127; ferner RG in HRR 1927, 1347 und 1930, 1765; Stein/Jonas/Schönke, ZPO § 360 Anm. I 1; Rosenberg, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 9. Aufl. § 115 II 2 b, S. 562). Die Erwägungen, mit denen das Berufungsgericht seine ersichtlich zunächst bestehenden Bedenken gegen das im ersten Rechtszug erstattete erbbiologische Gutachten für ausgeräumt gehalten und deshalb von der Einholung eines Obergutachtens Abstand genommen hat, lassen keinen Rechtsfehler erkennen. Sie sind auch von der Revision nicht angegriffen.

Nach allem ist die Rüge der Nichteinholung eines Obergutachtens unbegründet. War aber die Einholung eines Obergutachtens und damit eine weitere erbkundliche Untersuchung zur Klärung der Abstammungsfrage nicht geboten, so ist die weitere Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe nicht berücksichtigt, daß die Kindesmutter sich der Untersuchung entzogen und damit die Unaufklärbarkeit verschuldet habe, gegenstandslos. Es bedarf daher keiner Entscheidung der Frage, ob, wie die Revision meint, der Klägerin das Verhalten ihrer Mutter zur Last gelegt werden kann.

4. Da auch im übrigen das angefochtene Urteil keinen Rechtsfehler zum Nachteil des Beklagten erkennen läßt, muß dessen Revision mit der Kostenfolge aus § 97 Abs. 1 ZPO zurückgewiesen werden.

Ascher Raske Wüstenberg Dr. Loewenheim Dr. Graf