

21
Für das Nachschlagewerk!

Für die Amtliche Sammlung!

I. Gesetz: BGB § 1591, ZPO § 286

Rechtssatz: Es ist an der Rechtsprechung des Reichsgerichts festzuhalten, wonach die offenbare Unmöglichkeit der Vaterschaft dann anzunehmen ist, wenn ein Sachverhalt feststeht, der die Annahme der Ehelichkeit des Kindes als mit dem gesunden Menschenverstand unvereinbar, d.h. den Ausschluss der Vaterschaft des Ehemannes für jeden verständigen Beurteiler als sicher erscheinen lässt. Eine denkgesetzliche oder mathematische Sicherheit des Ausschlusses oder eine Sicherheit, wie sie die Naturwissenschaft für die Anerkennung eines Naturgesetzes verlangt, ist nicht erforderlich. Hinsichtlich des Grades der zu fördernden Wahrscheinlichkeit ist vielmehr derselbe Maßstab anzulegen, der für die richterliche Überzeugungsbildung überhaupt gilt.

Ein erbkundliches Gutachten kann zum Nachweis der offenbaren Unmöglichkeit ausreichen.

II. Gesetz: ZPO §§ 286, 373, 398

Rechtssatz: Niederschriften über Zeugenaussagen, die in einem anderen Verfahren gemacht sind, können als Urkunden zum Beweise tatsächlicher Behauptungen verwertet werden. Wird jedoch die Vernehmung der Zeugen beantragt, so kann diese nicht mit der Begründung abgelehnt werden, dass bereits die Niederschrift über die frühere Vernehmung vorliege. Mit einem solchen Antrag wird ein Zeugenbeweis angetreten, nicht die "wiederholte" Vernehmung der Zeugen im Sinne des § 398 ZPO angestrebt.

Aktenzeichen: IV ZR 25/52

Urteil des BGH vom 14. Juli 1952

OLG München

anhang

Verkündet
am 14. Juli 1952
Klett, Justizangest.
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

des Volontärs Hans B [REDACTED], M [REDACTED], V [REDACTED] S [REDACTED]
Strasse [REDACTED],

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

g e g e n

die minderjährige Ute Yvonne B [REDACTED], gesetzlich
vertreten durch den Pfleger Rechtsanwalt [REDACTED]
in [REDACTED]

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

hat der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 10. Juli 1952 unter Mitwirkung
der Bundesrichter Dr. Lersch, Raske, Johannsen, Dr. v. Werner
und Scheffler

für Recht erkannt:

Das Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts
in München vom 30. November 1951 wird aufgehoben.
Der Rechtsstreit wird zur anderweiten Verhandlung
und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision,
an den 3. Zivilsenat des Oberlandesgerichts München
zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

- 2 -

Tatbestand:

Der Kläger heiratete am 11. November 1943 die Mutter der Beklagten Hermine B. geb. P. Diese gebar am [REDACTED] die Beklagte. Während der Empfängniszeit (8.4. - 7.8.1943) war es zwischen dem Kläger und der Kindesmutter nur am 16. April 1943 zum Geschlechtsverkehr gekommen.

Die Ehe der Eheleute B. wurde durch rechtskräftiges Urteil des Landgerichts München I vom 20. März 1951 auf Grund des § 48 EheG ohne Schuldausspruch geschieden.

Im März 1944 erhob der Kläger Klage mit dem Antrag, festzustellen, dass die Beklagte nicht sein eheliches Kind sei. Zur Begründung liess er vortragen:

Er habe den Verkehr vom 16. April 1943 rechtzeitig unterbrochen. Die Beklagte sei bei ihrer Geburt ein normal ausgetragenes Kind gewesen. Die Kindesmutter habe am 7. Mai 1943 ihre letzte Regel gehabt. Es sei daher offenbar unmöglich, dass die Beklagte aus dem Verkehr vom 16. April 1943 stamme. Als Erzeuger des Kindes könnte nur Karl-Heinz B. oder Rudolf G. in Betracht kommen, die der Mutter des Kindes während der Empfängniszeit beige- wohnt hätten. Zwischen G. und der Beklagten bestehe eine auffallende Ähnlichkeit.

Die Beklagte hat Abweisung der Klage beantragt. Sie hat die Behauptungen des Klägers bestritten und ausge- führt, die Beklagte gelte als eheliches Kind des Klägers, weil dieser der Kindesmutter während der Empfängniszeit beige- wohnt habe. Es sei auch nicht offenbar unmöglich, dass die Mutter das Kind vom Kläger empfangen habe.

- 3 -



Das Landgericht hat nach Beweisaufnahme, insbesondere nach Einholung eines erbbiologischen Gutachtens, der Klage stattgegeben. Auf die Berufung der Beklagten hat das Oberlandesgericht die Klage abgewiesen. Mit der Revision, die das Oberlandesgericht zugelassen hat, erstrebt der Kläger Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils. Die Beklagte beantragt Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

Der Kläger bestreitet nicht, dass er der Kindesmutter am 16. April 1943, also innerhalb der gesetzlichen Empfängniszeit (8.4. - 7.8.1943) beigewohnt hat. Da das beklagte Kind nach Eingehung der Ehe geboren ist, gilt es somit als ehelich, sofern es nicht den Umständen nach offenbar unmöglich ist, dass die Kindesmutter es vom Kläger empfangen hat (§ 1591 BGB).

Die vorgenommene Blutgruppenuntersuchung hat hierfür, wie das Berufungsgericht feststellt, nichts ergeben. In rechtlich bedenkenfreier Weise hat das Berufungsgericht weiter erwogen, dass die vom Kläger behauptete Unterbrechung des am 16. April 1943 stattgefundenen Geschlechtsverkehrs die Möglichkeit einer Empfängnis nicht ausschließt und dass es sich bei der kurzen Blutung, die unstreitig noch am 1. Mai 1943 bei der Beklagten eingetreten sei, um eine Blutung nach eingetretener Empfängnis (Schwangerschaftsblutung) gehandelt haben könne. Den Umstand, dass bei einer Empfängnis am 16. April 1943 die normale Schwangerschaftsdauer um 20 Tage überschritten ist und das Kind gleichwohl bei der Geburt keine Merkmale der Überreife gezeigt hat, würdigt das Berufungsgericht unter

Hinweis auf das Gutachten der Frauenklinik in M[] zu-
treffend dahin, dass daraus die Unmöglichkeit einer Emp-
fängnis auf Grund des Geschlechtsverkehrs vom 16. April
1943 nicht gefolgert werden könne.

Das Berufungsgericht hat sodann die Frage erörtert,
ob die Behauptung des Klägers, auch die Zeugen G[] und
Bo[] hätten der Kindesmutter innerhalb der Empfäng-
niszeit beigewohnt, als bewiesen angesehen werden könne.
Hinsichtlich des Zeugen Bo[] hat es diese Frage
auf Grund seiner entgegenstehenden Aussage, gegen deren
Richtigkeit keine begründeten Bedenken erhoben werden
könnten, ohne weiteres verneint.

Auch den Beweis für eine Beiwohnung des Zeugen G[]
innerhalb der Empfängniszeit hat es nicht als geführt an-
gesehen. Insoweit bestehe zwar, so führt es aus, nach den
Zeugenaussagen ein gewisser Verdacht, der noch durch die
Feststellung des erbbiologischen Gutachtens, das die Va-
terschaft dieses Zeugen als sehr wahrscheinlich bezeich-
ne, verstärkt werde. Dieser Wahrscheinlichkeitsgrad für
die Vaterschaft des Zeugen lasse jedoch die Möglichkeit
bestehen, dass es sich bei den vom Sachverständigen fest-
gestellten Ähnlichkeiten zwischen G[] und dem beklag-
ten Kind um Zufallsähnlichkeiten handele.

Das erbbiologische Gutachten hat die Vaterschaft
des Zeugen G[] als sehr wahrscheinlich, die Vater-
schaft des Klägers als "im höchsten Grade unwahrschein-
lich" bezeichnet. Das Berufungsgericht hat gleichwohl
die offenbare Unmöglichkeit der Vaterschaft des Klägers
nicht als bewiesen angesehen. Es will zwar die Recht-
sprechung des Reichsgerichts, wonach ein Ausschluss der

Vaterschaft auch allein auf ein erbbiologisches Gutachten gegründet werden könne (RGZ 160, 63; DR 1941, 787) grundsätzlich gelten lassen, meint jedoch, das Gutachten müsse dann zur Feststellung eines so hohen, an Gewissheit grenzenden Wahrscheinlichkeitsgrades kommen, dass die Vaterschaft offenbar unmöglich sei. Eine solche Feststellung enthalte aber das Gutachten nicht.

Mit Recht rügt die Revision hierzu, dass das Berufungsgericht bei seiner Würdigung der Feststellungen des Gutachtens von der schablonenhaften Vorstellung eines mathematisch bestimmten Wahrscheinlichkeitsgrades, nämlich einer an Gewissheit grenzenden Wahrscheinlichkeit ausgegangen sei, um dann zu dem Ergebnis zu gelangen, dass der von ihm geforderte so bestimmte Wahrscheinlichkeitsgrad in dem Gutachten nicht ausgesprochen sei. Die Revision erblickt darin mit Recht einen Verstoss gegen § 286 ZPO. Wie bereits das Reichsgericht (DR 40, 800) betont hat, kommt es bei der Würdigung eines erbkundlichen Ähnlichkeitsgutachtens weniger auf die äussere Formulierung des Schlussergebnisses als auf den Gesamtinhalt des Gutachtens an. Es ist also nicht so sehr auf den vom Gutachter gewählten Ausdruck in Bezug auf die Wahrscheinlichkeit oder Unmöglichkeit der Vaterschaft als vielmehr auf die im Gutachten enthaltenen einzelnen Feststellungen über das Vorhandensein oder das Fehlen von Ähnlichkeitsmerkmalen abzustellen. Auf diese einzelnen Feststellungen des Gutachtens und ihren Beweiswert ist aber das Berufungsgericht weder im Tatbestand noch in den Entscheidungsgründen näher eingegangen, obwohl es die Begutachtung als sehr sorgfältig und erschöpfend bezeichnet. Es fehlt infolgedessen auch an näheren Ausführungen

darüber, dass der Wahrscheinlichkeitsgrad, zu dem der Gutachter gelangt, tatsächlich ein geringerer ist, als der, den das Berufungsgericht zum Beweise der offenbaren Unmöglichkeit der Vaterschaft des Klägers für erforderlich hält. Wenn das Berufungsgericht insofern Zweifel hatte, so hätten diese, wie die Revision mit Recht bemerkt, durch eine nähere Befragung des Sachverständigen aufgeklärt werden müssen (§§ 622, 640 Z 411 Abs 37 ZPO). Dabei hätte insbesondere von Bedeutung sein können, welche Wahrscheinlichkeitsstufen der Sachverständige bei seiner Gutachtertätigkeit allgemein zu unterscheiden pflegt (vgl die nach Harrasser NJW 50, 564 in den Richtlinien der Deutschen Gesellschaft für Anthropologie empfohlen 6 Abstufungen). Möglicherweise hätte eine nähere Aufklärung in dieser Richtung ergeben, dass die vom Sachverständigen gewählte Formulierung "im höchsten Grade unwahrscheinlich" (mit der er offenbar einen noch höheren Grad der Wahrscheinlichkeit für die Unmöglichkeit der Vaterschaft des Klägers bezeichnet, als mit dem in Bezug auf die Vaterschaft des Zeugen G. von ihm gebrauchten Ausdruck: "sehr wahrscheinlich") tatsächlich die höchste Wahrscheinlichkeitsstufe in der Skala seiner Beurteilungen bedeutet und damit denselben Wahrscheinlichkeitsgrad meint, den das Berufungsgericht zum Nachweis der offenbaren Unmöglichkeit der Vaterschaft des Klägers fordert.

Schon dieser Mangel des Berufungsurteils muss zu seiner Aufhebung führen. Die Ausführungen des Berufungsgerichts lassen es jedoch weiterhin fraglich erscheinen, ob es den Begriff der offenbaren Unmöglichkeit richtig

erkannt und angewandt hat, wenn es eine im höchsten Grade bestehende Unwahrscheinlichkeit, wie sie das Gutachten feststellt, für den Beweis der Unmöglichkeit der Vaterschaft als nicht ausreichend ansieht. Mit den im § 1591 BGB gebrauchten Worten: "den Umständen nach offenbar unmöglich" wird, wie bereits das Reichsgericht und ihm im wesentlichen folgend der OGHbz ausgesprochen haben (vgl. RGZ 160, 63; 167, 271; DR 1940, 800; 1941, 787; OGHZ 3, 113; 3, 359) nicht das Vorliegen eines Sachverhalts gefordert, der die Vaterschaft mit denkgesetzlicher oder mathematischer Notwendigkeit oder mit einer Sicherheit ausschliesst, wie sie die Naturwissenschaft etwa bei einem Ausschluss auf Grund der Blutgruppenbestimmung oder allgemein dort anerkennt, "wo eine feste kausale Kette keine andere Denkmöglichkeit zulässt und die Empirie ausnahmslos dem Naturgesetz entspricht" (Harrasser aaO S 563). Bei solchen Anforderungen an den Beweis der offenbaren Unmöglichkeit wäre dieser allerdings allein durch ein erbkundliches Gutachten, bei dem sich in aller Regel nur mehr oder minder grosse Wahrscheinlichkeiten für oder gegen die Vaterschaft des einen oder anderen Mannes ergeben, kaum jemals zu führen. Dieser Maßstab gilt jedoch hier ebensowenig wie für die richterliche Überzeugungsbildung überhaupt, bei der sich der Richter mit einem für das praktische Leben brauchbaren Grad von Gewissheit zu begnügen hat (Stein-Jonas-Schönke Anm 1 zu § 286 ZPO). Vielmehr ist an der Rechtsprechung des Reichsgerichts festzuhalten, wonach die offenbare Unmöglichkeit der Vaterschaft dann angenommen werden kann und muss, wenn ein Tatbestand feststeht, der die Annahme der Ehelichkeit des Kindes als mit dem gesunden Menschen-

verstand unvereinbar, d.h. den Ausschluss der Vaterschaft des Ehemannes für jeden verständigen Beurteiler als sicher erscheinen lässt.

Das Berufungsgericht hat, wie oben dargelegt, die Behauptung des Klägers, dass der Zeuge G. der Kindesmutter innerhalb der gesetzlichen Empfängniszeit beige-wohnt habe, nicht als bewiesen angesehen und den Umstand, dass insoweit nur ein starker Verdacht bestehe, bei der Beurteilung der Frage, ob der Kläger unmöglich der Vater des Kindes sein könne, ausser Betracht gelassen. Die Erwägungen, von denen das Berufungsgericht sich hierbei leiten lässt, liegen an sich auf dem Gebiet der tatrichterlichen Würdigung des Sachverhalts, die das Revisionsgericht nicht nachzuprüfen hat. Mit Recht rügt jedoch die Revision, dass das Berufungsgericht sich seine Überzeugung hinsichtlich der Frage der Beiwohnung des Zeugen G. unter Verletzung des § 286 ZPO gebildet habe.

Das Berufungsgericht hat zunächst auch den Teil des erbkundlichen Gutachtens, der sich mit der Frage der Vaterschaft des Zeugen G. befasst, ebenso unzulänglich gewürdigt, wie die Ausführungen des Sachverständigen zu der Frage, in welchem Maße die Vaterschaft des Klägers unwahrscheinlich sei. Auch insoweit ist es auf die Einzelfeststellungen des Gutachtens nicht eingegangen, sondern erklärt lediglich, dass es sich bei den festgestellten gemeinschaftlichen Merkmalen des Zeugen und der Beklagten nach dem vom Sachverständigen angenommenen Wahrscheinlichkeitsgrad auch um eine Zufallsähnlichkeit handeln könne. Es kann dazu auf die obigen Ausführungen über die Mangelhaftigkeit dieses Verfahrens verwiesen werden.

Eine Verletzung des § 286 ZPO sieht die Revision ferner mit Recht darin, dass die Kindesmutter im vorliegenden Verfahren entgegen dem Antrag des Klägers nicht vernommen worden ist. Sie war lediglich zu Beginn des Ehescheidungsverfahrens (Bl 26 der Ehesch. Akten) vernommen worden. Zwar konnte die Niederschrift über diese Vernehmung im vorliegenden Verfahren als Beweisurkunde verwertet werden, insbesondere, wenn eine der Parteien sich darauf unter Vortrag ihres Inhalts berief. Damit wurde aber der Antrag des Klägers, die Zeugin im gegenwärtigen Verfahren zu vernehmen, nicht gegenstandslos. Das Anerbieten dieses Zeugenbeweises durfte nicht mit der Begründung zurückgewiesen werden, dass bereits die Niederschrift über ihre frühere Vernehmung vorliege. Der Beweiswert einer solchen Urkunde ist in aller Regel von dem des Zeugenbeweises durchaus verschieden. Der persönliche Eindruck des Zeugen, die Anwesenheit der Parteien, das ihnen eingeräumte Fragerecht sowie die Möglichkeit und Zulässigkeit der Gegenüberstellung von Zeugen bieten eine Gewähr für die Ermittlung der Wahrheit, die dem Vortrage in der Niederschrift wiedergegebener Zeugenaussagen, also dem Urkundenbeweise auch dann mangelt, wenn in einem früheren Prozess die Vernehmung in Anwesenheit derselben Parteien über denselben Gegenstand stattgefunden hat (RGZ 46, 412; 105, 221). Bei dem Antrag des Klägers, die Kindesmutter im vorliegenden Verfahren als Zeugin zu vernehmen, handelte es sich nicht um einen Antrag auf ihre "wiederholte" Vernehmung im Sinne des § 398 ZPO, über den das Gericht nach seinem Ermessen hätte entscheiden können, sondern, da im gegenwärtigen Verfahren eine mit den

Garantien des Zeugenbeweises ausgestattete Vernehmung noch nicht stattgefunden hatte, um die erstmalige Antretung des Zeugenbeweises im Sinne des § 373 ZPO, die als solche zu prüfen und zu würdigen war. Dieser Beweisantrag konnte unter den vorliegenden Umständen auch nicht mit der Begründung abgelehnt werden, die Möglichkeit, dass die Vernehmung der Zeugin etwas sachdienliches ergeben werde, sei ausgeschlossen. Die frühere Aussage der Zeugin, so wie sie in der Vernehmungsniederschrift wiedergegeben war, sie habe niemals mit einem anderen Mann als dem Kläger Beziehungen gehabt, war nach dem eigenen späteren Vortrag der Zeugin (Bl 71 der Ehesch.Akten) unwahr (vgl auch die Erklärung des damaligen Stabsarztes Dr. K. [REDACTED] Bl 66 der Akten). Ihre Vernehmung konnte nunmehr auch auf die für ihre Glaubwürdigkeit möglicherweise sehr wichtige Frage erstreckt werden, ob diese Protokollierung ihrer Aussage auf einem Missverständnis beruhte. Ferner konnte sie nunmehr unter Vorbehalt der Ergebnisse des weiteren Verfahrens, insbesondere der Aussagen anderer Zeugen sowie der Behauptungen des Klägers und ihrer eigenen früheren Angaben über den Zeitpunkt ihrer letzten vorgeburtlichen Regel (Brief vom 1.6.1943 Bl 16 a der Ehesch.Akten; Behauptung der Zeugin Bl 10 R der Ehesch.Akten; Behauptung des Klägers Bl 98 der Akten) vernommen werden. Dass diese Vernehmung nichts Wesentliches, sei es in Bezug auf die Sache selbst, sei es - bei Berücksichtigung ihres persönlichen Eindrucks - für ihre Glaubwürdigkeit ergeben werde, konnte keineswegs im voraus festgestellt werden.

Bei der Vernehmung des Zeugen G. [REDACTED] hatte der Kläger diesen befragen lassen, ob er bestreite, überhaupt

jemals Geschlechtsverkehr mit der Mutter der Beklagten gehabt zu haben. Das Landgericht hatte diese Frage "vor-erst zurückgestellt" (Bl 19). Die Revision hat dazu vorgetragen, dass zwar das Landgericht, da es ohnehin in seinem Urteil der Klage stattgegeben habe, auf diese Frage nicht mehr habe zurückzukommen brauchen. In der Berufungsinstanz aber habe auf Klageabweisung nicht ohne eine Entscheidung über die Zulassung dieser Frage erkannt werden dürfen. Diese Rüge ist nicht begründet. Aus dem Parteivortrag in der Berufungsinstanz ist nicht ersichtlich, dass der Kläger auf diesen Mangel nochmals hingewiesen hat. Gemäss § 295 ZPO kann er deshalb jetzt nicht mehr gerügt werden. Das Gericht wird jedoch bei der ohnehin erforderlichen neuen Verhandlung zu erwägen haben, ob nicht eine nochmalige Vernehmung des Zeugen, wenn sie nunmehr beantragt wird, insbesondere zu dieser Frage zweckmässig ist.

Die Revision rügt weiter, bei der Würdigung der Aussage des Zeugen G. sei nicht beachtet worden, dass dieser unter Eid unwahre Angaben über seine Kinderlosigkeit gemacht habe. Auch diese Rüge ist unbegründet. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, dass entgegen der Versicherung des Zeugen, er habe der Kindesmutter nicht innerhalb der Empfängniszeit beige-wohnt, ein erheblicher Verdacht für seine Vaterschaft bestehe. Das Berufungsgericht hat also nicht verkannt, dass gegen die Glaubwürdigkeit des Zeugen Bedenken bestanden. Es besteht kein Grund zu der Annahme, dass ihm dabei der obige von der Revision angeführte besondere Umstand nicht auch gegenwärtig gewesen sei. Eine Erörterung aller einzelnen Umstände, die zu Zweifeln an der Glaub-

würdigkeit des Zeugen Anlass geben konnten, bedurfte es nicht.

Auch zur Einholung eines gynäkologischen Obergutachtens darüber, dass bei den Reifemerkmale der Beklagten zur Zeit ihrer Geburt eine Empfängnis am 16. April 1943 ausgeschlossen sei, wie sie der Kläger beantragt hatte, war das Berufungsgericht nicht verpflichtet. Es konnte sich über die für diese Frage massgebenden Erfahrungssätze der Wissenschaft aus dem von ihm eingeholten Gutachten der Universitäts-Frauenklinik in M. vom 16. Juni 1948 hinreichend unterrichten.

Auf den Umstand, dass die Kindesmutter sich, wie der Kläger (Bl 98) behauptet hatte, im Juli 1943 als im 2. Monat schwanger bezeichnet hatte, kam es für die Entscheidung des Rechtsstreits nicht an. Rückschlüsse auf den genauen Zeitpunkt des Beginns der Schwangerschaft konnten aus dieser Äusserung der Kindesmutter nicht gezogen werden, so dass das Berufungsgericht ohne einen Verstoß gegen § 286 ZPO, den die Revision auch insoweit rügt, von der Erhebung des hierfür angebotenen Beweises absehen konnte. Eine andere Frage ist es, ob etwaige widersprechende Angaben der Kindesmutter über ihre letzte vorgeburtliche Regel Rückschlüsse auf ihre Glaubwürdigkeit zulassen.

Die Vernehmung des Geburtshelfers Dr. W. als Zeugen über die Behauptung des Klägers, dass die Beklagte bei ihrer Geburt alle Reifemerkmale gehabt habe, erübrigte sich, nachdem das Gericht diese Behauptung bereits auf Grund der schriftlichen Erklärung der Hebamme

M. (Bl 28 R) für erwiesen angesehen hatte. Welche Schlussfolgerungen daraus für den Zeitpunkt der Empfängnis des Kindes zu ziehen seien; darüber hatte sich das Gericht, wie bereits erwähnt, durch das Gutachten der Universitäts-Frauenklinik in M. unterrichtet, so dass es auch einer Vernehmung Dr. W. als Sachverständigen zu diesem Punkte nicht bedurfte. Die hierzu von der Revision erhobene Rüge ist daher ebenfalls unbegründet.

Bei der erneuten Verhandlung wird jedoch das Berufungsgericht noch folgendes zu beachten haben:

1. Im Berufungsurteil (S 7) ist ausgeführt, dass die Beobachtungen der Zeugen über etwaige geschlechtliche Beziehungen des Zeugen G. zu der Kindesmutter entweder nicht in die Empfängniszeit fielen oder zeitlich nicht bestimmt seien. Nach den Aussagen der Eheleute W. und des Zeugen S. (Bl 86, 88 u 95 der Ehesch. Akten) haben die Kindesmutter und deren Mutter Frau P. von etwa 1942 bis März 1944 in dem Anwesen des Zeugen W. in W. gewohnt. In diese Zeit fallen die Beobachtungen der Eheleute W. und der Zeugin W. Die Zeugen sind im Ehescheidungsverfahren vernommen. Aus dem dort ergangenen Beweisbeschluss vom 11. Oktober 1949 (Bl 82) und aus den Vernehmungsniederschriften ergibt sich nicht, ob ihre Vernehmung sich im besonderen auch auf die Frage erstreckt hat, ob sie ihre Beobachtungen auch in der Zeit vom 8. April bis 7. August 1943 gemacht haben.

2. Das Berufungsgericht vermisst eine Angabe der Zeugen darüber, auf welche Beobachtungen ihre Feststellung,

dass G. bei seinen Besuchen fast immer im Zimmer der beiden Frauen geschlafen habe, beruhe. Auch insoweit liegt möglicherweise eine für das vorliegende Verfahren unzulängliche Befragung der Zeugen vor. Dass G. in der Küche geschlafen habe, die zum Schlafzimmer keine Verbindungstür hatte und in der sich keine Schlafgelegenheit befand, ist offensichtlich von keinem der Beteiligten behauptet worden. Zudem sind die Beobachtungen des Zeugen We., die zu dieser Frage möglicherweise Rückschlüsse gestatten, im Berufungsurteil teils unrichtig wiedergegeben, teils gar nicht erörtert. Bei dem unerwarteten Besuch des Klägers am Sonntag vor Weihnachten 1943 hat der Zeuge nach seiner protokollierten Aussage (Bl 95 R der Ehesch. Akten) beobachtet, dass Frau P., die Mutter der Kindesmutter, nicht, wie im Berufungsurteil wiedergegeben, Frau B., sich von der Couch erhob, während G. von den Betten (nach Bl 14a der Ermittlungsakten 1 d JS 684/51 handelte es sich um Ehebetten) herüberkam. Nach der Aussage des Zeugen We. hat Frau P. ihn einmal ersucht, eine Decke vor das Fenster zu spannen, weil es ihr auf der Couch zu viel ziehe. Der Zeuge hat offenbar daraus geschlossen, dass Frau P. regelmässig auf der Couch schlief, während beide Ehebetten anderweitig benutzt wurden. Zu dieser Frage wird auch eine Vernehmung der Witwe P., die in ihrer eidesstattlichen Erklärung vom 24. Januar 1950 im Meineidsermittlungsverfahren zugegeben hat, dass G. bisweilen im gemeinschaftlichen Schlafzimmer geschlafen habe, zu erwägen sein.

3. Das Berufungsgericht sieht es nicht für erwiesen an, dass G. jemals in Abwesenheit der Witwe P.

im Schlafzimmer der Frauen übernachtet habe. Sollte das Berufungsgericht auf Grund der erneuten Verhandlung zu der Überzeugung kommen, dass schon während der Empfängniszeit zwischen dem Zeugen G. und der Kindesmutter ein Liebesverhältnis bestanden hat, von dem Frau P. wusste, so würde sich die Frage ergeben, ob deren Anwesenheit nach den gesamten Umständen entscheidend gegen die Annahme sprechen kann, dass bei den Besuchen des Zeugen zwischen diesem und der Kindesmutter ein Geschlechtsverkehr stattgefunden hat. In diesem Zusammenhang würde die Aussage des Zeugen W. zu berücksichtigen sein, wonach Frau P. auf das Verlangen ihrer Tochter Frieda, dass Frau B. das Verhältnis zu G. aufgeben müsse, erklärt haben soll: "wovon sollen wir dann leben...."

4. Schliesslich wird eine Vernehmung der Ehefrau G. in Erwägung zu ziehen sein. Nach deren Aussage im Ermittlungsverfahren hatte G. ursprünglich die Gewohnheit, täglich abends von seiner Dienststelle mit dem Motorrad in seine eheliche Wohnung zurückzufahren, um bei seiner Frau zu übernachten. Als er später wiederholt an mehreren Wochentagen ausblieb, täuschte er seine Frau über seinen Aufenthalt während dieser Zeit.

Sollte das Berufungsgericht auf Grund der erneuten Verhandlung zu der Überzeugung gelangen, dass G. der Kindesmutter innerhalb der Empfängniszeit beigewohnt hat, so würde das die Beweiskraft des erbbiologischen Gutachtens möglicherweise noch wesentlich erhöhen. Wenn das Gericht nach dem Inhalt der Verhandlung und dem Ergebnis der Beweisaufnahme davon ausgehen kann, dass zwei

ner als Vater des Kindes in Betracht kommen, so kann,
Lenz (MDR 1949, 323) dargelegt hat, die Vaterschaft
s Mannes, dem das Kind nicht oder weniger ähnlich sieht,
n Sachverständigen regelmässig für offenbar unmöglich
klärt werden.

Lersch

Raske

Johannsen

v. Werner

Scheffler