

Nachschlagewerk: ja

Amtliche Sammlung: ja

ZPO § 644

Der Grundsatz, daß die Klage auf Feststellung des Nichtbestehens der unehelichen Vaterschaft abzuweisen ist, wenn es ungewiß ist, ob der Kläger der Vater des beklagten Kindes ist (BGHZ 17, 252), gilt nicht, sofern die Ungewißheit darauf beruht, daß nicht geklärt werden kann, ob der als Vater in Anspruch genommene Kläger der Kindesmutter innerhalb der Empfängniszeit beigewohnt hat.

BGH, Urt. v. 13. November 1963 - IV ZR 65/63 - OLG Stuttgart
LG Ellwangen

IV ZR 65/63

Verkündet
am 13. November 1963
Hoeppe, Justizangestellte
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

des am ■. ■■■■■ 1944 geborenen minderjährigen Albert F ■■■■■,
gesetzlich vertreten durch seine Eltern, Josef F ■■■■■ und
Pauline F ■■■■■, M ■■■■■, Gemeinde St ■■■■■, Kreis
Sch ■■■■■ G ■■■■■,

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt ■■■■■ in ■■■■■ -

gegen

die am ■. ■■■■■ 1960 geborene Anna S ■■■■■,
gesetzlich vertreten durch das Kreisjugendamt in Sch ■■■■■
G ■■■■■ als Amtsvormund,

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. ■■■■■ in ■■■■■ -

hat der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche
Verhandlung vom 6. November 1963 unter Mitwirkung des Senats-
präsidenten Ascher und der Bundesrichter Raske, Johannsen,
Wüstenberg und Dr. Loewenheim

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des
1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Stuttgart
vom 13. März 1963 aufgehoben.

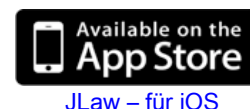
Der Rechtsstreit wird zur erneuten Verhandlung und
Entscheidung, auch über die Kosten der Revision,
an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagte ist am ■. ■■■■■ 1960 von der ledigen Haustochter Elisabeth S■■■ in R■■■■■ geboren worden. Sie hat den Kläger als Erzeuger auf Unterhalt in Anspruch genommen. Der Kläger hat gegenüber der gegen ihn erhobenen Unterhaltsklage eingewandt, daß er zwar im Mai 1959, nicht aber während der gesetzlichen Empfängniszeit des Kindes, vom 9. Januar bis 9. Mai 1960, mit der Kindesmutter Verkehr gehabt habe. Die Kindesmutter habe im übrigen während dieser Zeit auch mit anderen Männern verkehrt und es sei sowohl nach dem Reifegrad der Beklagten als auch nach den Bluteigenschaften der beteiligten Personen offenbar unmöglich, daß die Beklagte von ihm abstamme.

In diesem Unterhaltsprozeß hat das Amtsgericht die Kindesmutter und einige vom Kläger genannte Mehrverkehrszeugen vernommen. Die Kindesmutter hat unter Eid bekundet, daß sie in der gesetzlichen Empfängniszeit - wie überhaupt in ihrem bisherigen Leben - nur einmal, und zwar mit dem Kläger, Geschlechtsverkehr gehabt habe. Das Amtsgericht hat ferner ein Blutgruppengutachten eingeholt, durch das einige als Mehrverkehrszeugen benannte Männer, nicht jedoch der Kläger, als Erzeuger der Beklagten ausgeschlossen werden konnten. Das Amtsgericht hat sodann durch Urteil festgestellt, daß der Kläger als Vater der Beklagten im Sinne der §§ 1708, 1717 BGB gelte. Gleichzeitig hat es den Kläger verurteilt, an die Beklagte eine Unterhaltsrente zu zahlen. Gegen dieses Urteil hat der Kläger Berufung eingelegt. Außerdem hat er gegen die Kindesmutter eine Strafanzeige wegen Meineides erstattet. Das daraufhin gegen sie eingeleitete Ermittlungsverfahren ist am 1. September 1961 eingestellt worden. Der Kläger hat danach die Berufung gegen das im Unterhaltsprozeß gegen ihn ergangene Urteil zurückgenommen, so daß dieses Urteil rechtskräftig geworden ist.



Mit der vorliegenden Klage erstrebt er im Personenstandsverfahren die Feststellung, daß die Beklagte nicht von ihm abstamme. Er bestreitet weiterhin, in der Empfängniszeit mit der Kindesmutter geschlechtlich verkehrt zu haben, und beantragt die Einholung eines erbbiologischen Gutachtens zum Beweise dafür, daß ein Vater-Kind-Verhältnis zwischen ihm und der Beklagten offenbar nicht bestehe.

Das Landgericht hat diese Klage abgewiesen. In den Urteilsgründen hat es ausgeführt: Die Einholung eines erbbiologischen Gutachtens sei nur zulässig, wenn ernsthafte Anhaltspunkte für das Vorliegen eines Mehrverkehrs der Kindesmutter bestünden. Solche Anhaltspunkte seien aber nicht gegeben. Da andere Beweismittel weder vorhanden noch angeboten seien, sei die Klage abzuweisen.

Mit der gegen dieses Urteil eingelegten Berufung hatte der Kläger keinen Erfolg. Das Oberlandesgericht hat in seinem Urteil die Revision zugelassen. Der Kläger verfolgt mit diesem von ihm eingelegten Rechtsmittel sein Feststellungsbegehren weiter.

Die Beklagte bittet, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht hat zunächst ausgeführt, daß ein Interesse des Klägers an der von ihm beehrten Feststellung zu bejahen sei. Ein solches Interesse sei deshalb begründet, weil nach § 644 ZPO in der neuen durch das Familienrechtsänderungsgesetz vom 11. August 1961 (BGBl 1221) eingeführten Fassung eine negative Feststellung, wie sie der Kläger mit der vorliegenden Klage erstrebe, zur Folge habe, daß das

von der Beklagten gegen ihn erstrittene Unterhaltsurteil vom Zeitpunkt der Rechtskraft des Feststellungsurteils ab seine Wirkung verliere. Damit sei die Rechtsprechung des erkennenden Senats, die eine solche Wirkung nach dem bis dahin geltenden Recht grundsätzlich verneint habe (BGHZ 5, 401; NJW 1952, 936; 1953, 1545; 1956, 668), überholt. Dem ist zuzustimmen. Insoweit wird auch das Berufungsurteil von den Parteien im Revisionsrechtszuge nicht angegriffen.

Der erkennende Senat hat sich in seinem BGHZ 17, 252, 260, 264 veröffentlichten Urteil vom 18. Mai 1955 mit ausführlicher Begründung unter Aufgabe seines früheren abweichenden Standpunktes der Auffassung angeschlossen, daß die negative Abstammungsfeststellungsklage abgewiesen werden muß, wenn darüber, ob das beklagte Kind vom Kläger abstammt, keine Gewißheit zu erzielen ist. Von dieser Auffassung ist das Berufungsgericht ausgegangen (BU S. 11). Es hat die Verhandlung und das Ergebnis der Beweisaufnahme dahin gewürdigt, daß der Kläger den ihm hiernach obliegenden Beweis dafür, daß die Beklagte nicht von ihm erzeugt sei, nicht erbracht habe. Der Kläger hatte seine Vaterschaft zunächst vor allem durch die Behauptung in Abrede gestellt, daß er nicht innerhalb der Empfängniszeit, sondern nur rund 8 Monate vor deren Beginn mit der Kindesmutter geschlechtlich verkehrt habe. Das Berufungsgericht hat demgegenüber der eidlichen Aussage der Kindesmutter Glauben geschenkt, daß es am Sonntag, dem 31. Januar 1960, gegen 14 Uhr auf einer Wiese zwischen Keitprechts und Metlangen zwischen ihr und dem Kläger zum Verkehr gekommen sei.

Diese Feststellung begegnet zunächst deshalb rechtlichen Bedenken, weil das Berufungsgericht den Kläger auch hinsichtlich der Frage, ob er der Kindesmutter innerhalb der Empfängniszeit beigezogen habe, für voll beweispflichtig

gehalten hat. Das Berufungsgericht hat sich dabei auf den vom Senat in der vorerwähnten Entscheidung ausgesprochenen Grundsatz gestützt, daß die negative (wie auch die positive) Abstammungsfeststellungsklage abgewiesen werden müsse, wenn sich die Abstammung nicht klären lasse. Dieser Grundsatz kann jedoch auf den hier in einem entscheidenden Punkt anders gelagerten Sachverhalt keine Anwendung finden. Anders als im vorliegenden Falle stand in dem Fall jener Entscheidung fest, daß der Kläger, der die negative Feststellungsklage erhoben hatte, der Kindesmutter innerhalb der Empfängniszeit beigezogen hatte.

Die Tatsache einer solchen Beizogen bildet allgemein den Ausgangspunkt für die im Unterhaltsprozeß geltende Beweisregelung des § 1717 BGB, wie sie in jenem Urteil näher erörtert ist. Die - unter dieser tatsächlichen Voraussetzung - für das uneheliche Kind im Unterhaltsprozeß bestehende Beweiserleichterung kann zwar, wie der Senat dort ausgeführt hat, für das Statusverfahren nicht ohne weiteres übernommen werden. Sie darf jedoch auch hier nicht völlig unbeachtet bleiben. Wird in dem Statusprozeß eindeutig festgestellt, daß das Abstammungsverhältnis besteht oder nicht besteht, so muß die Entscheidung sowohl auf die positive wie die negative Feststellungsklage entsprechend diesem Beweisergebnis ergehen. Bei unaufklärbarer Abstammung würde aber eine wegen Beweisfälligkeit getroffene Feststellung, daß das Rechtsverhältnis der unehelichen Vaterschaft nicht gegeben sei, in Widerspruch dazu stehen, daß möglicherweise dieses Rechtsverhältnis als Grundlage der auf ihm beruhenden Unterhaltsverpflichtung gleichwohl als bestehend angenommen worden ist, und zwar wegen der besonderen dafür eingreifenden gesetzlichen Vermutung des § 1717 BGB. Das konnte schon vor der erwähnten in § 644 ZPO n.F. getroffenen Neuregelung über die Wirkung eines im Statusverfahren ergehenden Feststellungs-

urteils auf eine im Unterhaltsprozeß erlassene rechtskräftige Entscheidung leicht Anlaß zu Mißverständnissen geben und Unzuträglichkeiten für das Kind mit sich bringen. Im Hinblick auf diese Neuregelung kommt nun diesen Erwägungen des Urteils vom 18. Mai 1955, auf Grund deren der Senat zu dem vorerwähnten Grundsatz gelangt ist, daß auch die negative Feststellungsklage abzuweisen sei, wenn sich die Abstammung nicht klären lasse, an sich eine erhöhte Bedeutung zu. Sie beziehen sich jedoch mit ihrer Rücksichtnahme auf die Beweisregelung des § 1717 BGB nur auf die Fälle, in denen die Tatsache, daß der als Vater in Anspruch genommene Mann in der Empfängniszeit mit der Kindesmutter geschlechtlich verkehrt hat, erwiesen ist. Für solche Fälle hat dieser Grundsatz auch in dem der Offizialmaxime unterliegenden Statusverfahren seine innere Berechtigung: Steht bereits mit Sicherheit fest, daß der in Anspruch genommene Mann innerhalb der Empfängniszeit mit der Kindesmutter geschlechtlich verkehrt hat, so ist damit bereits eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür gegeben, daß er tatsächlich auch der Vater des Kindes ist. Diese Wahrscheinlichkeit wird noch erhöht, wenn etwa durch ein eingeholtes Blutgruppen-gutachten nachgewiesen ist, daß er als Erzeuger nicht ausgeschlossen werden kann.

Eine grundsätzlich andere Beweislage ist jedoch gegeben, wenn der als Erzeuger in Anspruch genommene Mann, wie im vorliegenden Fall der Kläger, seinen Verkehr in der Empfängniszeit bestreitet. Es kann dann nicht von vornherein davon ausgegangen werden, daß die Behauptung des Kindes (gestützt auf die Angaben der Kindesmutter), ein solcher Verkehr habe stattgefunden, gegenüber dem Bestreiten des Mannes die größere Wahrscheinlichkeit für sich habe, wenngleich der Tatrichter im Einzelfall nicht gehindert ist, aus Art und Inhalt der Behauptung einerseits und ihres Be-

streitens andererseits eine höhere Wahrscheinlichkeit für den Vortrag der einen oder anderen Partei herzuleiten. In jedem Fall kann aber einer derartigen Behauptung des Kindes nicht schon an sich - unabhängig von den sonstigen Umständen des Einzelfalls - die Vermutung der Richtigkeit oder doch eine Wahrscheinlichkeit von bestimmtem Grad zukommen. Ist sie als strittige Behauptung Grundlage eines Anspruchs, den das Kind gegen einen Mann geltend macht, oder dessen es sich ihm gegenüber berühmt, oder eines Rechtsverhältnisses, aus dem es einen solchen Anspruch herleitet, so kann deshalb nur der allgemeine Beweisgrundsatz gelten, daß derjenige, der einen Anspruch geltend macht oder sich eines solchen berühmt, unabhängig davon, ob er in Prozeß Kläger oder Beklagter ist, die tatsächlichen Grundlagen dieses Anspruchs zu behaupten und gegebenenfalls zu beweisen hat. Würde man diesen Grundsatz hier nicht anwenden, so wäre überdies der in Anspruch genommene Mann gezwungen, den Beweis für etwas Negatives zu führen. Das ist zwar gewiß nicht grundsätzlich unmöglich, oft jedoch recht schwierig (vgl. Rosenberg, Beweislast, 4. Aufl. § 25 S. 330 ff; Wieczorek, ZPO § 282 D II b 4).

Nach allem kann der Satz, daß die Klage auf Feststellung des Nichtbestehens der unehelichen Vaterschaft abzuweisen sei, wenn es ungewiß ist, ob der Kläger der Vater des beklagten Kindes ist, nicht gelten, sofern die Ungewißheit darauf beruht, daß nicht geklärt werden kann, ob der als Vater in Anspruch genommene Mann der Kindesmutter innerhalb der Empfängnis beigewohnt hat.

Es läßt sich im vorliegenden Fall nicht ausschließen, daß die Feststellung des Berufungsgerichts, der Kläger hat der Kindesmutter innerhalb der Empfängniszeit beigewohnt,

auf der hiernach irrigen Annahme beruht, daß der Kläger entgegen dem eben erörterten allgemeinen Beweisgrundsatz die dahingehende Behauptung der Beklagten zu widerlegen habe. Schon aus diesem Grunde kann das Berufungsurteil keinen Bestand haben.

Die Revision macht ferner geltend, das Berufungsgericht habe sich seine Überzeugung über den Geschlechtsverkehr des Klägers innerhalb der Empfängniszeit unter Verletzung des Verfahrensrechts gebildet. Ein solcher Verfahrensverstöß sei in zweifacher Beziehung zu rügen:

a) der Kläger habe durch Berufung auf das Zeugnis seines Vaters unter Beweis gestellt, daß er am 31. Januar 1960 - mit Ausnahme eines Kirchganges in der Frühe - das elterliche Haus nicht verlassen habe, weil er erst am 28. Januar 1960 aus dem städtischen Krankenhaus in Sch[REDACTED] G[REDACTED] nach einer am 17. Januar 1960 dort bei ihm vorgenommenen Blinddarmoperation entlassen worden sei.

Das Berufungsgericht hat diesem Beweisantrag nicht entsprochen und dazu ausgeführt: Es sei zweifelhaft, ob der Vater des Klägers sich am 15. Februar 1960, als er diese Behauptung des Klägers bei seiner polizeilichen Vernehmung in dem gegen die Kindesmutter eingeleiteten Ermittlungsverfahren bestätigt habe, noch daran habe erinnern können, wo sich der Kläger im Verlaufe des 31. Januar 1960 aufgehalten habe. Abgesehen davon könne seiner Aussage wegen seiner nahen Verwandtschaft zum Kläger nur ein beschränkter Beweiswert zukommen. Dabei sei zu berücksichtigen, daß der Vater des Klägers dessen gesetzlicher Vertreter sei. Seine Aussage könne daher für das vorliegende Verfahren nicht als die Aussage eines Zeugen, sondern nur als die Aussage eines gesetzlichen Vertreters verwertet werden.

Der Revision ist zuzugeben, daß diese Erwägungen von Rechtsirrtum beeinflußt sein können. Zwar konnte der Vater des Klägers als Zeuge nicht vernommen werden, weil er als gesetzlicher Vertreter des Klägers den Rechtsstreit für diesen führte (Baumbach/Lauterbach, ZPO 17. Aufl. Übersicht vor § 373 unter 2 B). Der nicht beweispflichtige Kläger konnte auch die Vernehmung seines Vaters als Partei nicht auf Grund der Bestimmung des § 445 ZPO erwirken. Das Gericht hätte aber auch ohne einen entsprechenden Antrag des Klägers und ohne Rücksicht auf die Beweislast die Vernehmung des Vaters auf Grund des § 448 ZPO erwägen müssen, zumal anzunehmen ist, daß der Kläger mit seinem Beweisantrag in jedem Fall eine Vernehmung seines Vaters - sei es als Zeuge, sei es als Partei - erreichen wollte. Bei der hierzu von ihm anzustellenden Überlegung durfte das Berufungsgericht sich nicht aus den von ihm im Berufungsurteil angeführten Gründen zu einer Ablehnung der Vernehmung des Vaters bestimmen lassen. Auf eine solche Begründung, die im wesentlichen eine Würdigung der von dem Vater bereits in einem anderen Verfahren gemachten Bekundungen darstellte, konnte die Ablehnung seiner Vernehmung hier ebensowenig gestützt werden wie die Ablehnung eines Antrages auf Vernehmung eines Zeugen. Eine solche Ablehnung ist nur dann gerechtfertigt, wenn das Gericht entweder die unter Beweis gestellte Tatsache - hier die dauernde Anwesenheit des Klägers im Elternhaus an dem fraglichen Sonntagnachmittag - als wahr unterstellt oder das angebotene Beweismittel für völlig ungeeignet hält, den Beweis für die behauptete Tatsache zu erbringen (Stein/Jonas/Schönke, ZPO 18. Aufl. § 284 B III 3 d */*; Baumbach/Lauterbach, ZPO 27. Aufl. § 286 3 A und LM Nr. 20 zu § 28C A ZPO).

Mit dieser Begründung hat jedoch das Berufungsgericht den Beweisantrag des Klägers hier nicht abgelehnt. Es hat

nicht die unter Beweis gestellte Behauptung, sondern eine bestimmte Bekundung des Vaters über diese Behauptung unterstellt und diese Bekundung, ohne den Vater selbst vernommen zu haben, gewürdigt. Das ist nicht zulässig. Zwar konnte das Berufungsgericht die Aussage, die der Vater in dem polizeilichen Ermittlungsverfahren gemacht hatte, im Wege des Urkundenbeweises verwerten. Damit konnte jedoch der Antrag des Klägers, seinen Vater zu vernehmen, nur dann als erledigt angesehen werden, wenn der Kläger sich damit einverstanden erklärt hatte, daß der Urkundenbeweis anstelle der Parteivernehmung in diesem Rechtsstreit erhoben werde (vgl. Urteil des Senats BGHZ 7, 116, 121). Daß ein solches Einverständnis bestanden habe, ist nicht ersichtlich. Das Berufungsgericht hat auch den angebotenen Beweis der Vernehmung des Vaters nicht für ein völlig untaugliches Beweismittel erklärt, sondern lediglich auf die Bedenken hingewiesen, die gegen die Verlässlichkeit seiner Bekundungen bestehen würden. Ob auf Grund solcher Bedenken, für die gewiß beachtliche Gründe angeführt werden können, dem Beweismittel jeder Beweiswert abgesprochen werden muß, kann jedoch nicht im voraus ohne Vernehmung der Auskunftsperson entschieden werden.

Auch dieser Verfahrensmangel muß zur Aufhebung des Berufungsurteils führen.

b) Vor allem aber habe das Berufungsgericht, so meint die Revision, dadurch gegen das Verfahrensrecht verstoßen, daß es dem Antrag des Klägers nicht entsprochen habe, zum Beweise dafür, daß die Beklagte nicht von ihm abstamme, ein erbbiologisches Gutachten einzuholen. Das Berufungsgericht hat die Ablehnung dieses Beweisantrages im wesentlichen wie folgt begründet: Das Reichsgericht habe in ständiger Rechtsprechung angenommen, daß der Antrag auf Einholung eines erbbiologischen Gutachtens abzulehnen sei, wenn für einen Mehrverkehr der Kindesmutter kein Anlaß bestehe, und daß

ein solches Gutachten nur dann einzuholen sei, wenn immerhin ein gewisser Anhalt für einen Mehrverkehr der Kindesmutter gegeben sei (RGZ 168, 387; 169, 225, 284). Es könne aber keinen Unterschied machen, ob der als Erzeuger in Anspruch genommene Mann zugebe, mit der Kindesmutter innerhalb der gesetzlichen Empfängniszeit verkehrt zu haben, oder ob er (wie im vorliegenden Falle), einen solchen Verkehr bestreite; denn der Antrag auf Einholung eines erbbiologischen Gutachtens komme erst zum Zuge, wenn es feststehe, daß der Mann der Kindesmutter während der gesetzlichen Empfängniszeit beigewohnt habe; erst in diesem Falle könne der Mann geltend machen, daß es den Umständen nach offenbar unmöglich sei, daß das Kind aus diesem Verkehr stamme, und sich zum Beweis hierfür auf ein erbbiologisches Gutachten berufen.

Auch diese Auffassung des Berufungsgerichts begegnet rechtlichen Bedenken. Es ist zunächst zu beachten, daß der Kläger mit seinem Antrag auf Einholung eines erbkundlichen Gutachtens nicht nur den Nachweis erbringen will, daß er - auch bei Unterstellung seiner Beiwohnung innerhalb der Empfängniszeit - deshalb als Erzeuger der Beklagten ausscheide, weil diese nicht aus einem solchen Verkehr mit ihm, sondern aus dem Verkehr mit einem anderen Manne stamme, mit dem die Kindesmutter in der Empfängniszeit verkehrt habe. Der Kläger will vielmehr auch, und zwar in erster Linie, mit dieser von ihm erstrebten Beweiserhebung dartun, daß diese Voraussetzung (seines Verkehrs in der Empfängniszeit) nicht gegeben sei und er schon deshalb als Erzeuger der Beklagten nicht in Betracht komme. Dieser Inhalt seines Vortrages ergibt sich mit aller Deutlichkeit aus dem Tatbestand des landgerichtlichen Urteils und insbesondere auch aus der Berufungsbegründung (Bl. 26 ff GA).

Für dieses Vorbringen, also für das Bestreiten der gegenteiligen Behauptung der Beklagten, ist er, wie dargelegt, nicht beweispflichtig. Es ist ihm aber naturgemäß nicht verwehrt, gegenüber dem Vortrag der Beklagten, also ihrer positiven Behauptung seines Geschlechtsverkehrs in der Empfängniszeit und den dafür von ihr angebotenen Beweismitteln, den Gegenbeweis anzutreten. Dabei ist er auch in der Wahl der Beweismittel grundsätzlich nicht beschränkt. Es ist deshalb kein durchschlagender Grund ersichtlich, weshalb er sich dabei nicht auch auf ein erbbiologisches Gutachtens sollte berufen können. Die Voraussetzungen, unter denen ein solcher Beweisantrag abgelehnt werden kann, sind keine anderen als die, die für die Ablehnung von Beweisanträgen überhaupt gelten.

Die Ablehnung der Einholung eines erbbiologischen Gutachtens kann zunächst nicht damit begründet werden, daß es sich dabei um ein Ausforschungsmittel, nämlich um den Versuch handle, durch die beantragte Beweiserhebung erst die Grundlage für die zur Begründung eines Anspruchs erforderlichen Behauptungen zu schaffen. Im Unterschied von der Frage des Mehrverkehrs ist die Frage des eigenen Verkehrs eine Frage, über die der in Anspruch genommene Mann in aller Regel aus eigenem Wissen Auskunft geben kann und bei deren Beantwortung ihm allenfalls hinsichtlich des Zeitpunktes, nicht hinsichtlich der Tatsache des Verkehrs selbst, ein Erinnerungsfehler unterlaufen kann. Es kann also nicht von vornherein gesagt werden, daß der Mann die Behauptung, er habe in der Empfängniszeit/^{nicht} mit der Kindesmutter verkehrt, aufgestellt habe, ohne selbst von ihrer Richtigkeit überzeugt zu sein.

Die Einholung eines erbbiologischen Gutachtens kann aber auch nicht mit der Begründung abgelehnt werden, daß es völlig ungeeignet sei, die Behauptung des Mannes, er

habe innerhalb der Empfängniszeit nicht mit der Kindesmutter geschlechtlich verkehrt, zu beweisen. Das Beweisthema ist bei der Anwendung dieses Beweismittels freilich nicht die Frage, ob der in Anspruch genommene Mann mit der Kindesmutter in der Empfängniszeit verkehrt hat, sondern ob das Kind von ihm erzeugt ist. Wird letzteres vom Gutachter verneint, so ist damit die Behauptung des Geschlechtsverkehrs zwar nicht schon widerlegt, da ja ein Verkehr stattgefunden haben kann, der nicht zur Empfängnis geführt hat. Aus einem die Vaterschaft ausschließenden Gutachten können jedoch - gegebenenfalls in Verbindung mit anderen Umständen - auch Rückschlüsse für die Frage gezogen werden, ob ein Verkehr stattgefunden hat. Die Behauptung des Kindes, seine Mutter habe in der Empfängniszeit nur mit diesem Manne verkehrt, kann durch ein solches Gutachten sogar eindeutig widerlegt werden.

Das Ergebnis der erbbiologischen Untersuchung und Begutachtung ist freilich vom Tatrichter immer frei zu würdigen. Er hat dabei zu berücksichtigen, daß einem erbbiologischen Ähnlichkeitsvergleich, wie der Senat in seinem LM Nr. 14 zu § 286 B ZPO = DRiZ 1961, 258 = JZ 1961, 461 veröffentlichten Urteil näher dargelegt hat, seiner Natur nach grundsätzlich nur ein begrenzter Beweiswert zukommt. Das gilt besonders dann, wenn dieser Vergleich nur in Bezug auf einen einzigen Mann durchgeführt werden, die zu begutachtende Frage also nicht so gestellt werden kann, ob ein bestimmter Mann aus einer Mehrheit von als mögliche Erzeuger allein in Betracht kommenden Männern die größere Ähnlichkeit mit dem Kinde aufweist. Trotz dieser aus der Natur der Sache sich ergebenden grundsätzlichen Begrenztheit der Beweiskraft eines erbkundlichen Gutachtens gelangen erbbiologische Sachverständige darin auf Grund ihrer Untersuchung nicht selten dazu, die Vaterschaft eines Mannes in Bezug auf ein bestimmtes

Kind mit einem so hohen Grad 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 Recht, daß auch eine solche Begutachtung für sich allein ausreichen kann, eine derartige Feststellung zu rechtfertigen (RGZ 160, 61, 63; BGHZ 7, 116, 118; NJW 1954, 83 f). Nach Schade, Anthropologisch-erb-biologisches Gutachten, in Beitzke/Hosemann, Vaterschaftsgutachten, Göttingen 1956, S. 128, sollen auch in sog. Einmannfällen die Befunderhebungen immerhin in rund einem Drittel der Fälle zu einem sicheren Ergebnis führen, auf das in Unterhalts- und Anfechtungsprozessen allein ein Urteil gestützt werden könne.

Nach allem kann dem Berufungsgericht nicht beigetreten werden, wenn es ausführt, daß der Antrag auf Einholung eines erbbiologischen Gutachtens nur zum Zuge komme, wenn feststehe, daß der Mann der Kindesmutter während der gesetzlichen Empfängniszeit beigewohnt habe.

Der Senat verkennt nicht, daß die Zulassung des erb-biologischen Gutachtens als Beweismittel, auch dort, wo es gegenbeweislich zur Widerlegung der Behauptung eines Geschlechtsverkehrs innerhalb der gesetzlichen Empfängniszeit dienen soll, in manchen Fällen zu einer Verzögerung der Abstammungs- und Unterhaltsprozesse führen kann. Das gilt, wie das Landgericht in diesem Verfahren zutreffend dargelegt hat, um so mehr, als eine solche Begutachtung in der Regel erst mit Erfolg vorgenommen werden kann, wenn das Kind das dritte Lebensjahr vollendet hat, so daß in allen

Fällen, in denen das Ergebnis einer erbkundlichen Untersuchung abgewartet werden muß, über die Unterhaltspflicht oder die Abstammung erst rund 4 Jahre nach der Geburt des Kindes rechtskräftig entschieden werden kann. Mit solchen Zweckmäßigkeitserwägungen kann es nach dem geltenden Verfahrensrecht nicht gerechtfertigt werden, dem als Erzeuger eines Kindes in Anspruch genommenen Mann grundsätzlich die Möglichkeit abzuschneiden, sich gegen die von ihm bestrittene Behauptung, er habe in der Empfängniszeit mit der Kindesmutter geschlechtlich verkehrt, mit einem Beweismittel zu verteidigen, das zur Widerlegung dieser Behauptung nicht schlechthin ungeeignet ist. Sofern der Unterhaltsanspruch des Kindes gegen einen solchen Mann ohne zuvorige Erschöpfung des Beweismittels der erbkundlichen Untersuchung zwar nicht voll bewiesen, aber immerhin glaubhaft gemacht ist, wird der Richter im Unterhaltsprozeß auf einen entsprechenden Antrag des Kindes den Erlaß einer einstweiligen Verfügung zur vorläufigen Regelung des Unterhalts in Erwägung ziehen können.

Aus den dargelegten Gründen war das Berufungsurteil aufzuheben und der Rechtsstreit, wie geschehen, zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuweisen.

Ascher Raske Johannsen Wüstenberg Dr.Loewenheim