Urteilskopf

82 II 259

38. Urteil der II. Zivilabteilung vom 18. Mai 1956 i.S. Luzio gegen Kobelt und Schultze.
Regeste (de):
Erbbiologische Expertise (Ähnlichkeits- und Unähnlichkeitsbeweis) im Vaterschaftsprozess.

1. Was für eine Rolle kommt diesem Beweismittel im allgemeinen zu? (Erw. 2).

2. Gegenüber der Vermutung nach Art. 314 Abs. 1 ZGB und ebenso gegenüber der durch nachgewiesenen Drittverkehr der Mutter in der kritischen Zeit an sich begründeten exceptio plurium vermag ein erbbiologischer Befund nur bei einem an Sicherheit grenzenden schlüssigen Ergebnis durchzudringen (Erw. 1 und 3).

Regeste (fr):
Expertise biologique sur les facteurs héréditaires (preuve de la ressemblance et de la dissemblance) dans le procès en paternité.

1. Quel est le rôle de ce moyen de preuve en général? (consid. 2).

2. Un rapport d'expertise biologique sur les facteurs héréditaires ne peut faire échec à la présomption de l'art. 314 al. 1 CC de même qu'à l'exceptio plurium fondée sur la preuve de la cohabitation de la mère avec un tiers pendant la période critique que si ses conclusions confinent à la certitude (consid. 1 et 3).

Regesto (it):
Perizia biologica sui fattori ereditari (prova della somiglianza e della dissomiglianza) nel processo di paternità.

1. Quale importanza ha tale mezzo di prova? (consid. 2).

2. Una perizia biologica sui fattori ereditari distrugge la presunzione stabilita dall'art. 314 cp. 1 CC e infirma l'exceptio plurium fondata sulla prova del concubito con un terzo durante il periodo critico soltanto se le conclusioni peritali attestano una probabilità prossima alla certezza (consid. 1 e 3).

Sachverhalt ab Seite 260

A.- Am 15. Januar 1952 gebar die damals ledige Elisabeth Schultze, geboren 1926, das Kind Esther Schultze. Mutter und Kind belangen den Beklagten Serafino Luzio auf Vaterschaft mit Standesfolge und bestimmte Vermögensleistungen. Luzio hatte die Erstklägerin 1947 kennen gelernt, mit ihr nach etwa einem halben Jahr intime Beziehungen aufgenommen und ihr zunächst formlos die Ehe versprochen. Die Heiratspläne begegneten dem Widerstand der reformierten Eltern der Erstklägerin gegen eine Heirat mit dem Katholiken Luzio, der Ehe und Familie seiner Konfession unterstellen wollte. Es kam auch zu Auseinandersetzungen und zeitweiligen Unterbrüchen der Beziehungen wegen anderer Männerbekanntschaften der Erstklägerin. Ungefähr Anfang 1950 verband diese sich, wieder mit Heiratsabsichten, mit Albert Uecker, erfuhr dann aber Ende März 1950, dass er schon verheiratet war. Sie näherte sich wieder dem Beklagten, der sie nach wie vor zu lieben erklärte. Es kam

zu einer Versöhnung, zu regelmässigen Besuchen, meistens mit Geschlechtsverkehr, und im Herbst 1951 zur Verlobung und zu ernsthaften Heiratsvorbereitungen. Die Erstklägerin war inzwischen schwanger geworden, nach ihrer Darstellung Mitte April 1951, zu welchem Zeitpunkt (15. oder 16. April) der Beklagte sie, was er zugibt, besucht und ihr beigewohnt hatte. Erst im September 1951

gestand ihm dann die Erstklägerin, infolge seiner Zweifel an ihrer Treue und auf sein Drängen, Uecker habe von ihr nicht lassen wollen, und sie habe sich von ihm bis zum Frühjahr 1951 nicht gänzlich lösen können, ihn Ende April noch einmal auf ihrem Zimmer empfangen und sich ihm hingegeben. Uecker bestätigte, dass dies am 28. April 1951 geschehen war.

B.- Der Beklagte erhob gegenüber der Klage Einreden gemäss Art. 314 Abs. 2 und Art. 315 ZGB. Uecker stellte sich dem Bezirksgericht für eine Expertise zur Verfügung, zur Prüfung der Frage, ob er als Vater ausgeschlossen werden könne. Da diese Expertise (Untersuchung der Blutgruppen und -faktoren sowie der Rhesuseigenschaften) nichts ergab, d.h. die Vaterschaft Ueckers nicht ausschloss, wies das Bezirksgericht die Klage gestützt auf Art. 314 Abs. 2 ZGB ab. Dem klägerischen Antrag, durch eine anthropologische Untersuchung abklären zu lassen, ob das Kind nicht von Uecker, sondern nur vom Beklagten abstammen könne, folgte es nicht, in der Erwägung, nach Gesetz und Praxis müsse die Unsicherheit der Vaterschaft als erwiesen gelten, wenn die beiden möglichen Empfängnisdaten kaum 14 Tage auseinanderliegen.

C.- Das Obergericht entsprach dem Begutachtungsantrag der Klägerschaft und liess durch Dr. Dora Pfannenstiel (Basel) nach anthropologisch-erbbiologischer Methode die Frage prüfen, ob Albert Uecker als Vater des Kindes Esther Schultze ausgeschlossen werden könne. Die Expertin erstattete darüber folgenden Befund: "Die Vaterschaft des Zeugen Albert Uecker zu dem Kinde Esther Schultze ist zwar nicht mit Sicherheit auszuschliessen, aber der Gesamtbefund spricht gegen seine Vaterschaft."

D.- In Würdigung dieses Gutachtens gelangte das Obergericht zur Gutheissung der Klage, da angenommen werden müsse, "dass die Zeugung auf den vom Beklagten zugegebenen Geschlechtsverkehr vom 15. oder 16. April 1951, der übrigens in die wahrscheinlichste Empfängniszeit fällt, zurückgeht". Einen Klageausschluss nach dem

vom Beklagten ebenfalls angerufenen Art. 315 ZGB lehnte das Obergericht ab.

E.- Auf eine Nichtigkeitsbeschwerde des Beklagten trat das kantonale Kassationsgericht am 22. Februar 1956 nicht ein.

F.- Mit der vorliegenden Berufung hält der Beklagte an den Einreden des Mehrverkehrs und des unzüchtigen Lebenswandels fest und beantragt Abweisung der Klage. Die Klägerinnen lassen auf Abweisung der Berufung und Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils antragen.

Erwägungen

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die Einrede des Mehrverkehrs ist an und für sich begründet, da die Erstklägerin innerhalb der Empfängniszeit, und zwar innert höchstens 13 Tagen (15. oder 16. April - 28. April 1951), sowohl mit dem Beklagten als auch mit dem Zeugen Uecker geschlechtlich verkehrt hat. Durch die serologische Untersuchung (klassische Blutgruppen A B 0, Untergruppen A1 und A2, Blutfaktoren M und N, Rhesusfaktoren) ist Uecker als Vater nicht auszuschliessen. Das angefochtene Urteil stützt sich auf die zweite Expertise, die dargetan hat, dass eine Reihe von erbbiologischen Merkmalen auf die Vaterschaft des Beklagten hindeuten, während solche Merkmale hinsichtlich einer Vaterschaft Ueckers praktisch fehlen. Das im Gutachten in der erwähnten Weise formulierte Ergebnis rechtfertigt nach Ansicht des Obergerichtes hinlänglich die Annahme, der Beklagte sei der Vater. In dieser Annahme liegt indessen keine für das Bundesgericht nach Art. 63 Abs. 2 OG verbindliche Feststellung tatsächlicher Natur. Es handelt sich um die rechtliche Würdigung der durch die Expertise dargelegten grössern Wahrscheinlichkeit der Vaterschaft des Beklagten, wobei das Obergericht seine Überzeugung namentlich auch aus den Einzelbefunden des Gutachtens gewinnt. Ob diese Wahrscheinlichkeit genüge, um die durch den Verkehr mit Uecker zunächst begründete Einrede des Mehrverkehrs zu entkräften, hat das Bundesgericht

gemäss Art. 43 Abs. 4 OG nachzuprüfen, gleichwie es nach ständiger Rechtsprechung nachprüft, ob ein nachgewiesener in die kritische Zeit fallender Mehrverkehr nicht in Betracht komme, weil die von seinem Zeitpunkt an berechnete Schwangerschaftsdauer bei Berücksichtigung des Reifegrades des Kindes bei der Geburt nicht zutreffen könne (vgl. BGE 76 II 6/7). Das Obergericht ist sich übrigens bewusst, dass man, um im vorliegenden Falle die Einrede des Mehrverkehrs abweisen zu können, die von der bisherigen bundesgerichtliche Praxis der Auslegung von Art. 314 Abs. 2 ZGB gesetzten Schranken erweitern müsse. "Denn es lässt sich auf Grund des Gutachtens nicht sagen, dass die Möglichkeit der Vaterschaft Ueckers im Vergleich zu der des Beklagten praktisch ausser Betracht falle oder so gut wie ausgeschlossen sei". In der Tat kann nach der Praxis die aus einem in die kritische Zeit fallenden Mehrverkehr der Mutter hergeleitete exceptio plurium nur eben dann als entkräftet gelten, "wenn die Vaterschaft des Beklagten so unvergleichlich viel wahrscheinlicher ist als die des Dritten, dass diese letztere praktisch ausser Betracht fällt" (BGE 69 II 285, BGE 76 II 6f.). Hievon glaubt das Obergericht abgehen und die seit dem Erlass des ZGB aufgekommenen anthropologisch-biologischenUntersuchungsmethodenstärker zur Geltung bringen zu sollen. Es hält dafür, trotz der diesen Methoden zum Teil noch anhaftenden Unvollkommenheit verdiene der Einredetatbestand heute nur noch dann bejaht zu werden, "wenn der Mehrverkehr nach den Erkenntnissen der Wissenschaft tatsächlich erhebliche Zweifel an der Vaterschaft zu rechtfertigen vermag". Damit übereinstimmend findet man etwa den Gedanken ausgesprochen, Mehrverkehr begründe nach dem heutigen Stande des Wissens "nicht von vornherein" erhebliche Zweifel (DORA PFANNENSTIEL, Die Bedeutung anthropologischer Gutachten hinsichtlich der gerichtlichen Feststellung der Vaterschaft, SJZ 50 S. 217 ff., besonders 221). Dieser Betrachtungsweise ist jedoch nicht zu folgen.

Im Bestreben, dem Kinde wenn möglich "einen Vater zu geben", geht sie darauf aus, die von der Praxis an die Entkräftung der Mehrverkehrseinrede gestellten strengen Anforderungen zu mildern. Diesem Bestreben

kommt das Gesetz selber in anderer Weise entgegen: indem es in Art. 314 Abs. 1 ZGB bei nachgewiesenem in die kritische Zeit fallenden Verkehr der Mutter des Kindes mit dem Beklagten eine Vermutung zugunsten der Klägerschaft aufstellt. Und die Praxis lässt diese Vermutung zu voller Auswirkung kommen, indem - sofern ein Mehrverkehr als solcher nicht nachgewiesen ist - zu deren Entkräftung nur der Nachweis ausreicht, dass der Beklagte mit Sicherheit oder doch mit grösster, an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit als Vater des Kindes auszuschliessen sei. Zu solchem Gegenbeweis ist, ausser Zeugungsunfähigkeit, ein den Beklagten als Vater ausschliessender Blutgruppenbefund geeignet (BGE 60 II 86, BGE 61 II 75, BGE 65 II 126, BGE 66 II 66 und seither gefällte Entscheidungen), aber auch die Tatsache, dass sich vom festgestellten Verkehr mit dem Beklagten aus gerechnet eine Schwangerschaftsdauer ergeben würde, die angesichts des Reifegrades des Kindes bei der Geburt nicht zutreffen kann oder doch "äusserst unwahrscheinlich, praktisch ausgeschlossen" ist (vgl. neuestens BGE 82 II 87); dabei wird von Experten etwa als äusserst unwahrscheinlich eine unter 1% gehende "Dekadenwahrscheinlichkeit" betrachtet, was die Praxis je nach den sonstigen Umständen gelten lässt (vgl. BGE 77 II 34/5, BGE 78 II 109/10, BGE 80 II 298). Im gleichen Sinne kann der Beklagte als Vater auch dann ausgeschlossen werden, wenn bei ihm Vererbungsfaktoren anderer Art fehlen, die das Kind aufweist und nicht von Mutterseite empfangen hat, also von Vaterseite empfangen haben muss, und die beim wirklichen Vater feststellbar sein müssten. Unter diesem Gesichtspunkt hat die schweizerische Rechtsprechung eindeutig spezifische, z.B. mongolische Rassenmerkmale in Betracht gezogen (BGE 55 II 295 ff.). Begründet somit ein in die kritische Zeit fallender Verkehr

der Mutter des Kindes mit dem Beklagten - vom Fall eines nachgewiesenen Mehrverkehrs der Mutter abgesehen - eine nur mit klarem Gegenbeweis widerlegbare Vermutung zu Lasten des Beklagten, so erwächst dann aber diesem aus einem nachgewiesenen Mehrverkehr der Mutter eine ebenso schwer widerlegbare Einrede. Anders entscheiden hiesse den Beklagten rechtsungleich behandeln. Hat er einerseits als Vater zu gelten, wenn er keinen Mehrverkehr der Mutter als solchen nachzuweisen vermag und die durch seine eigene Beiwohnung begründete Vermutung sich nicht mit hinlänglicher Sicherheit nach der in dieser Hinsicht strengen Praxis entkräften lässt, so muss anderseits die durch nachgewiesenen Mehrverkehr der Mutter begründete exceptio plurium aufrecht bleiben, wenn sie nicht nach den gleichen Grundsätzen entkräftet wird. Dem weitgehenden Schutz der sich aus Art. 314 Abs. 1 ZGB ergebenden Vermutung zu Gunsten der Klägerschaft entspricht der ebenso starke Schutz der aus nachgewiesenem Mehrverkehr abgeleiteten Einrede zu Gunsten des Beklagten. Dieser durch die Beweislastverteilung des Art. 314 ZGB geforderte Standpunkt liegt einer Reihe von Entscheidungen zugrunde (vgl. BGE 51 II 112, BGE 53 II 14, BGE 61 I 305, BGE 64 II 253, BGE 66 II 66, BGE 68 II 152, BGE 69 II 284, BGE 76 II 5, BGE 78 II 107, BGE 80 II 298), und es ist nach dem Gesagten daran festzuhalten.

2. Zur Begründung der von der Praxis geprägten Regel, wonach die Vaterschaftsvermutung nach Art. 314 Abs. 1 wie auch die Mehrverkehrseinrede nur dann entfällt, wenn es so gut wie ausgeschlossen ist, dass das Kind dem betreffenden Verkehr entstammt, wurde unter anderm auf die Tatsache verwiesen, dass die biologischen Gesetze, auf die es hier ankommt, immer noch unvollkommen bekannt sind (BGE 68 II 153). Das gilt besonders von den Vererbungsgesetzen, auf die sich im vorliegenden Falle das Gutachten und das angefochtene Urteil stützen. Es ist in der Fachwissenschaft noch durchaus umstritten, ob und wie weit einzelne Merkmale einigermassen sichere Schlüsse

auf die Abstammung zulassen. SCHWEIZER, Die Leistung des Beweises im Vaterschaftsprozess ... (1936), führt eine Reihe von Fachleuten an, die den Vererbungsrückschlüssen vom Kind auf den Vater noch skeptisch gegenüberstehen, namentlich auch inbezug auf die Beweiskraft der Papillarlinien der Finger, auf die das vorinstanzliche Urteil das grösste Gewicht legt. In der ausländischen Rechtsprechung wird denn auch die erbbiologische Beweisführung in vielen Fällen nur als zusätzliches Indiz benützt oder doch nur bei einer diese Untersuchung nahelegenden sonstigen Beweislage angeordnet (vgl. das von D. PFANNENSTIEL, SJZ 50 S. 220 angeführte österreichische Urteil). Als entscheidend fällt eine erbbiologische Begutachtung, vom schon erwähnten Falle typischer Rassenmerkmale abgesehen, etwa bei seltenen auf Vererbung beruhenden Anomalien in Betracht (vgl. ein Urteil des Bezirksgerichtes Kulm vom 23. September 1941, SJZ 39 S. 29, und dazu D. PFANNENSTIEL, SJZ 50 S. 221/2, die den Ausspruch des damaligen Experten hervorhebt: "Mit der Einzigartigkeit der Merkmalsverbindung ist der Nachweis der Heredität bereits erbracht"). Führt die erbbiologische Untersuchung zu einem praktisch als sicher zu erachtenden Ergebnis, sei es im Sinne des Ausschlusses eines von mehreren in Betracht kommenden Beischläfers, sei es gar im Sinn eines positiven Vaterschaftsnachweises (vgl. D. PFANNENSTIEL in SJZ 49 S. 101), so ist sie als taugliches Beweismittel zu berücksichtigen. Fraglich ist allerdings, ob jede Partei im Vaterschaftsprozess, um eine gegen sie bestehende Rechtsvermutung zu beseitigen, ohne weiteres die Anordnung einer erbbiologischen Expertise verlangen könne, auch ohne dass sie sich bereits auf auffallende, zu ihren Gunsten sprechende Merkmale zu berufen vermag. Die der erbkundlichen Begutachtung weiten Raum gewährende deutsche Rechtsprechung (vgl. Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen 160 S. 63 und ebenso des Bundesgerichtshofes 7 S. 116) dürfte für schweizerische Vaterschaftsprozesse schon deshalb nicht wegleitend sein,

weil es sich mit der kurzen Klagefrist des Art. 308 ZGB nicht wohl verträgt, ohne schlüssige Anhaltspunkte eine Verzögerung des Prozesses auf sich zu nehmen, wie sie sich daraus ergeben muss, dass eine erbbiologische Begutachtung erst, wenn das Kind mindestens zwei oder drei Jahre alt ist, mit Aussicht auf ein zuverlässiges Ergebnis stattfinden kann (vgl. DETTLING, SCHÖNBERG und SCHWARZ, Lehrbuch der gerichtlichen Medizin 1951 S. 391; D. PFANNENSTIEL, SJZ 1950 S. 222). Das mag jedoch dahingestellt bleiben, da das Obergericht die erbbiologische Expertise ja angeordnet und damit mindestens im Rahmen der ihm zustehenden prozessualen Befugnisse gehandelt hat. Heute geht es nur um die rechtliche Würdigung des dabei gewonnenen Beweisergebnisses.

3. Wie das Obergericht selbst ausführt, vermag dieses Ergebnis die exceptio plurium nicht zu entkräften, wenn man, wie es nach dem oben Gesagten richtig ist, an den von der Praxis aufgestellten Schranken der Entkräftungsmöglichkeit festhält. Der Richter muss sich auf einem solchen Sachgebiete, auf dem er nicht selber Fachmann sein kann, an die vom Experten vorgenommene Gesamtwertung der erhobenen Befunde halten. Es steht ihm nicht zu, Einzelbefunden eine höhere Bedeutung beizumessen und so zugunsten der (gegen-) beweisbelasteten Partei eine an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit bzw. an Unmöglichkeit grenzende Unwahrscheinlichkeit anzunehmen, die der Experte nicht zu bejahen vermochte. Wäre die Expertin im vorliegenden Falle zu einem so entschiedenen Gesamtbefund gelangt, so hätte sie das Schlussergebnis anders formuliert. Es ist ihr ja durchaus geläufig, dass der Grad der Wahrscheinlichkeit bei der Gesamtbeurteilung zum Ausdrucke zu kommen hat (vgl. ihre Ausführungen in SJZ 49 S. 105, wonach die Beurteilung je nach dem Ergebnis abzustufen ist von "Vaterschaft unwahrscheinlich" bis "im höchsten Grade unwahrscheinlich"; im letztern Falle könne die Vaterschaft "praktisch nicht mehr vermutet werden"; siehe im übrigen Neue

Juristische Wochenschrift 1950 S. 563/4 über die Benennung von sechs Stufen der Wahrscheinlichkeit nach den Richtlinien der Deutschen Gesellschaft für Anthropologie). Das vorliegende Gutachten vermochte nur auszusagen, die Vaterschaft des Dritten, Uecker, müsse "als unwahrscheinlich bezeichnet werden" (also nicht "im höchsten Grade" oder "äusserst" unwahrscheinlich). Das entspricht dem Befund über den Beklagten, wonach es "sehr unwahrscheinlich" ist, "dass diese Ähnlichkeiten vom Zufall geprägt sind". Somit bleibt es bei dem im Gutachten angegebenen Schlussergebnis, dem die exceptio plurium bei Anwendung der zutreffenden Rechtsgrundsätze standhält.
Ist die Klage daher auf Grund dieser Einrede abzuweisen, so erübrigt sich eine Prüfung der vom Beklagten erhobenen Einrede aus Art. 315 ZGB.

Dispositiv

Demnach erkennt das Bundesgericht:
Die Berufung wird gutgeheissen, das Urteil des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 21. Juni 1955 aufgehoben und die Klage abgewiesen.