

§ 133 ZPO, Beweisverfahren und Officialmaxime. Auch im Bereich der strengen Officialmaxime ist das Beweisverfahren formell richtig durchzuführen.

§§ 133, 140, 147 ZPO, Unerhältlichkeit eines Beweismittels. Wenn ein korrekt gestelltes Rechtshilfegesuch nicht behandelt wird, ist das Verfahren auf der Basis der zur Verfügung stehenden Beweismittel abzuschliessen.

Art. 8 ZGB, Beweislast und Officialmaxime. Die Officialmaxime ändert nichts daran, dass bei Beweislosigkeit zu Ungunsten des Beweisbelasteten entschieden wird.

(aus den Erwägungen zur Vaterschaftsklage gegen einen in Spanien wohnhaften Beklagten:)

"Die Frage nach der Vaterschaft des Beklagten ist nach Art. 66 ff. IPRG von den Schweizer Gerichten nach Schweizer Recht zu beurteilen.

Der Kläger behauptet, der Beklagte sei sein Vater, dieser bestreitet es. Das sind umstrittene wesentliche Behauptungen, zu denen formell Beweis erhoben werden muss (§ 133 ff. ZPO). Die (widerlegbare) Vermutung der Vaterschaft im Sinne von Art. 262 ZGB stützt sich auf den Umstand des Geschlechtsverkehrs in der "kritischen Zeit" - auch in diesem Punkt sind sich die Parteien aber nicht einig. Das Bezirksgericht hat zwar die naheliegenden Beweise erhoben, aber kein regelrechtes Beweisverfahren durchgeführt. Vor Obergericht erklärten die Parteien, dass sie zum Thema des positiven Beweises resp. des Ausschlusses der Vaterschaft keine weiteren Beweismittel zu bezeichnen hätten als die bereits abgenommenen, mit Ausnahme des DNA-Gutachtens auf der Basis einer Speichelprobe des Beklagten (§ 141 ZPO).

Die kritische Zeit der Empfängnis wird von den Parteien angegeben mit 7. Dezember 1997 bis 7. Mai 1998 resp. mit 8. Dezember 1997 bis 7. April 1998. Beim Endtermin ist der Kläger offenbar einem Irrtum erlegen; die gesetzlichen 180 Tage zurückgerechnet vom Geburtstermin (4. Oktober 1998) ergeben 7. April 1998 (nach seinen Daten ergäbe sich im Übrigen eine mögliche Empfängniszeit von 152 Tagen, gegenüber 121 nach Art. 262 Abs. 1 ZGB). Beim Anfangstermin stimmen die Parteien praktisch überein; richtig ist wie vom Beklagten angegeben

der 8. Dezember 1997 (1998 war kein Schaltjahr). "Kritisch" ist also die Periode vom 8. Dezember 1997 bis zum 7. April 1998.

Für intime Kontakte des Beklagten mit der Mutter des Klägers in dieser Zeit liegt in erster Linie das Zeugnis der Mutter des Klägers vor. Sie sagt, sie habe von Mai 1996 bis Mai 1998 eine intime Beziehung zum Beklagten unterhalten. Mit Unterbrüchen habe sie dabei mit dem Beklagten in T. zusammen gelebt. Ihr gesamtes Arbeitsmaterial habe sie (erst) im Oktober 1997 dorthin mitgenommen und dann dort bis zum Mai 1998 gelebt. Mit ihrem früheren Ehemann habe sie seit 1995 keine intimen Beziehungen mehr gehabt, mit einem anderen Mann sei sie während der Beziehung mit dem Beklagten nie zusammengekommen. Dem Beklagten ist ohne weiteres darin zuzustimmen, dass die Zeugin nicht unbefangen ist. Im Rahmen der freien Beweiswürdigung ist ihre Aussage allerdings dennoch ein taugliches Beweismittel. Auch wenn sie kritisch und zurückhaltend gewürdigt wird, scheint sie glaubhaft zu sein. Ihre Aufenthalte, die persönlichen Kontakte, das Leben in der Wohnung des Beklagten sind unbestritten. Die Differenz beschränkt sich auf die Frage des Geschlechtsverkehrs. Dazu sind ihre Aussagen bestimmt und deutlich, und sie lassen sich mit der Lebenserfahrung ohne weiteres in Einklang bringen. Demgegenüber sind die Angaben des Beklagten zwar theoretisch möglich, aber nicht eben plausibel: dass er der Mutter des Klägers seine Wohnung zur Verfügung stellte, weil ihm seine Religion gebiete, Menschen in Not beizustehen, und dass er darüber hinaus keine näheren und insbesondere keine intimen Kontakte mit der Mutter des Klägers unterhalten habe. Dem widerspricht insbesondere der Stil der eingereichten Briefe und Notizen. Das Bezirksgericht hat zutreffend erklärt, dass sie Formulierungen enthalten, welche (nur) von Liebenden verwendet werden, und jedenfalls im Verhältnis eines Gönners zur bedürftigen und unterstützten Person sehr merkwürdig wären ("meine Liebe", "Herrin meines Herzens", "ich liebe dich, ich begehre dich"). Mit Recht hat das Bezirksgericht ferner auf einen Brief der Tochter des Beklagten an die Mutter des Klägers hingewiesen, in welchem sich die Schreiberin für den erwarteten Halbbruder interessiert. Das belegt, dass auch das nähere Umfeld des Beklagten von einer intimen Beziehung des Beklagten zur Mutter des Klägers ausging.

Das Zeugnis der Mutter des Klägers und diese Unterlagen erbringen zusammen den Beweis für intime Kontakte des Beklagten mit der Mutter des Klägers in der kritischen Zeit. Die Überzeugung des Gerichtes wird verstärkt durch die ausgesprochen wenig glaubhafte Schilderung des Beklagten, zudem durch den Brief der Tochter des Beklagten.

Damit wird die Vaterschaft des Beklagten vermutet (Art. 262 Abs. 1 ZGB).

Unter diesen Umständen verlagert sich das Thema auf den Nachweis der Nichtvaterschaft (Art. 262 Abs. 3 ZGB). Der Beklagte beruft sich dafür auf ein DNA-Gutachten. Ob er damit zugelassen werden kann, ist nicht ohne weiteres klar. Schon in erster Instanz war nämlich ein DNA-Gutachten angeordnet worden. Die Unterlagen wurden von den zuständigen spanischen Stellen retourniert mit dem Hinweis, dass der Beklagte zunächst nicht habe ausfindig gemacht werden können. Am 4. Juni 2001 sei er erschienen und habe das Zeugnis eines Psychiaters vorgelegt, wonach es "vorteilhaft" wäre, ihn nicht "mit fremden Lebenssituationen zu belasten". Er habe die Abgabe einer DNA-Probe unter Hinweis auf seine religiöse Überzeugung verweigert, und weil "kein Beweis existiere". Im pendenden Verfahren führte sein Vertreter zunächst in Übereinstimmung mit der Mitteilung der spanischen Behörden aus, sein Mandant habe sich geweigert, eine Speichelprobe abzugeben, korrigierte das dann aber und behauptete neu, die zuständigen Stellen hätten eine Blutprobe nehmen wollen. Das war nach den Akten wenig glaubhaft, wenn auch nicht mit letzter Sicherheit auszuschliessen. Ein treuwidriges Verschleppen des Verfahrens kann allerdings höchstens zu disziplinarischer Ahndung führen (§ 50 Abs. 3 ZPO). Im Vaterschaftsprozess ermittelt das Gericht die massgeblichen Verhältnisse von Amtes wegen. Eine Partei darf daher Beweisanträge auch in der Berufung stellen oder wiederholen. Hat sie selber die Abnahme des entsprechenden Beweises in erster Instanz vereitelt, ist das zwar treuwidrig. Das Bedürfnis nach Abklärung der wahren Verhältnisse sprach allerdings für einen erneuten Versuch der Beweisabnahme. Aus diesen Gründen ordnete das Obergericht eine erneute Probenentnahme beim Beklagten an.

Der Gutachtensauftrag an das Institut für Rechtsmedizin datiert vom 28. Juni 2002. Für das Gutachten sollte erneut DNA des Beklagten erhoben werden. Das

entsprechende Rechtshilfegesuch wurde samt der notwendigen spanischen Übersetzung am 4. Juli 2002 expediert. (Am 3. Februar 2003 fragte das Obergericht dem Gesuch nach. Am 5. März 2003 ging eine Mitteilung der zuständigen spanischen Stelle ein, dass ein Rechtshilfegesuch in dieser Sache bereits einmal behandelt worden sei; sinngemäss wurde erklärt, auf das neue Gesuch werde nicht eingetreten. Am 17. März 2003 wurden die spanischen Behörden erneut ersucht, die Rechtshilfe zu gewähren. Eine Reaktion erfolgte nicht.) Am 29. September 2003 erkundigte sich das Gericht nach dem Stand der Dinge mit dem Hinweis, dass Stillschweigen bis Ende Oktober 2003 so verstanden würde, dass die verlangten Beweismassnahmen nicht möglich seien; diese Nachfrage blieb bis heute ohne Antwort.

Der Beklagte lässt in der Stellungnahme zum Beweisergebnis vortragen, indem die spanischen Behörden das Rechtshilfegesuch nicht behandelten, werde ihm der Gegenbeweis im Sinne von Art. 262 Abs. 3 ZGB und im Resultat das rechtliche Gehör verweigert. Dem kann nicht gefolgt werden. Zunächst bleibt es nach dem geschilderten Ablauf höchst wahrscheinlich, immerhin durch offizielle Urkunden der spanischen Behörden belegt, dass es der Beklagte selbst war, der den ersten Versuch des Gegenbeweises vereitelte. Davon gehen offenbar die spanischen Behörden aus, wenn sie sich heute zunächst ausdrücklich, aber auch durch Stillschweigen weigern, den erneuten Begehren des Gerichtes nach Abnahme einer DNA-Probe zu entsprechen. Unter diesen Umständen ist die Argumentation des Beklagten offenbar rechtsmissbräuchlich; er hat keinen Anspruch auf weitere Bemühungen der Gerichte, sein Gegenbeweis ist gescheitert, und die Vaterschaftsklage ist gutzuheissen. Selbst wenn dem Beklagten aber kein Vorwurf zu machen wäre, bliebe das Ergebnis das Nämliche: die schweizerischen Instanzen haben alles getan, um dem Beklagten den Gegenbeweis zu ermöglichen. Das scheiterte an der Weigerung resp. der Untätigkeit der spanischen Behörden. Unter diesen Umständen muss davon ausgegangen werden, die entsprechenden Beweise seien faktisch nicht erhältlich. Es ist zu halten, wie wenn etwa ein Zeuge gestorben oder eine Urkunde verloren gegangen wäre: das Verfahren muss weiter geführt, und das Beweisverfahren muss durch die Würdigung der Beweise abgeschlossen werden, welche dem Gericht zur Verfügung stehen (SJZ 87/1991 S.

88 = ZR 89/1990 Nr. 75). Es mag sein, dass die spanischen Behörden durch ihr Verhalten ihre Pflichten verletzt. Daraus kann der Beklagte aber keinen Mangel des gegen ihn geführten (schweizerischen) Verfahrens ableiten - er erklärt denn auch nicht und stellt keine Anträge, wie es das Obergericht anstellen könnte, die DNA-Probe erhältlich zu machen; noch weniger hat der Kläger Versäumnisse der spanischen Behörden zu entgelten. Letztlich geht es um die bundesrechtliche Frage, ob es zulässig sei, auch in einem der Oficialmaxime unterstehenden Verfahren wie dem der Vaterschaftsklage die Folgen der Beweislosigkeit entsprechend Art. 8 ZGB wirken zu lassen. Das ist der Fall: die Oficialmaxime bedeutet hier nur, dass Säumnis des Beweisbelasteten nicht ohne weiteres gegen ihn wirken darf, sondern dass sich die staatlichen Instanzen selber um der Ermittlung des Sachverhaltes bemühen müssen - falls diese Mühe aber erfolglos ist, bleibt es beim Entscheid zu Ungunsten des Beweisbelasteten (BK-Hegnauer, 4. Aufl 1984, N. 28 ff. und 74 ff. zu Art. 262 ZGB; ferner BK-Kummer, N. 49 f. zu Art. 9 ZGB, Basler Kommentar Schmid (2. Aufl. 2002), N. 24 zu Art. 8 ZGB). Hier ist es der Beklagte, dessen Vaterschaft zu widerlegen wäre, weil sie aufgrund der bewiesenen sexuellen Kontakte in der kritischen Zeit nach ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift zunächst vermutet wird (Art. 262 Abs. 3 ZGB). Das ist gescheitert, und daher ist die Vaterschaftsklage des Klägers gutzuheissen.

Obergericht, II. Zivilkammer
Urteil vom 19. Dezember 2003
NC020002