

Art. 29 Abs. 2 BV; Art. 254 Ziff. 1, Art. 256a Abs. 1 und Art. 256b ZGB; Art. 177 Abs. 1 und Art. 349 Abs. 2 ZPO. Anfechtung der Vaterschaftsvermutung; Beweisanspruch (OGE 10/2008/1 vom 24. Juli 2009)

Bei der erleichterten Vaterschaftsanfechtung kann sich der Kläger darauf beschränken, die Vaterschaft zu bestreiten; er trägt nicht die Beweislast für die Nichtvaterschaft (E. 3b).

Der beklagten Partei steht zur Beseitigung der Vermutung, dass der Ehemann der Mutter nicht der Vater des Kindes sei, der direkte Beweis der Vaterschaft offen, auch wenn nicht glaubhaft gemacht ist, dass die Ehegatten im Zeitpunkt der Zeugung sexuellen Kontakt hatten; dies jedenfalls dann, wenn die Beiwohnung des Ehemanns zwar weniger wahrscheinlich ist als das Gegenteil, aber doch nicht ausgeschlossen werden kann (E. 3c).

Auf den Direktbeweis kann verzichtet werden. Aufgrund des Untersuchungsgrundsatzes kann er andererseits auch erst im Berufungsverfahren angeboten werden (E. 3d).

Die Eheleute A. (Kläger) und B. (Beklagte 1) lebten seit Anfang 2005 nicht mehr zusammen. Im Jahr 2007 gebar B. das Kind C. (Beklagter 2). Auf Anfechtungsklage von A. stellte das Kantonsgericht im Urteil fest, dass er nicht der Vater von C. sei. Gegen dieses Urteil liess C. durch seinen Beistand Berufung erheben. Das Obergericht hiess die Berufung teilweise gut und wies die Sache zur Einholung eines DNA-Gutachtens ans Kantonsgericht zurück.

Aus den Erwägungen:

3.– Ist ein Kind während der Ehe geboren, so gilt der Ehemann als Vater (Art. 255 Abs. 1 ZGB¹). Nach Art. 256 ZGB kann die Vermutung der Vaterschaft unter anderem vom Ehemann angefochten werden (Abs. 1 Ziff. 1); seine Klage richtet sich gegen das Kind und die Mutter (Abs. 2). Ist ein Kind während der Ehe gezeugt worden, so hat der klagende Ehemann grundsätzlich nachzuweisen, dass er nicht der Vater ist (Art. 256a Abs. 1 ZGB). Ist jedoch das Kind zu einer Zeit gezeugt worden, da der gemeinsame Haushalt auf-

¹ Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (ZGB, SR 210).

gehoben war, so ist gemäss Art. 256b ZGB die Anfechtung nicht weiter zu begründen (Abs. 1; sogenannte erleichterte Anfechtung). Die Vaterschaft des Ehemanns wird jedoch auch in diesem Fall vermutet, wenn glaubhaft gemacht wird, dass er um die Zeit der Empfängnis der Mutter beigewohnt, d.h. mit ihr sexuell verkehrt hat (Abs. 2).

a) [Der Kläger und die Beklagte 1 lebten im Zeitpunkt der Zeugung des Kindes nicht mehr zusammen.]

Die grundlegende Voraussetzung der erleichterten Anfechtung ist damit dargetan. Das bedeutet, dass – abweichend vom Grundsatz von Art. 256a Abs. 1 ZGB – zu *vermuten* ist, dass der Kläger der getrennt lebenden Beklagten 1 *nicht beigewohnt* hat und demnach nicht der Vater des Beklagten 2 ist.²

b) Die aus der Aufhebung des gemeinsamen Haushalts abgeleitete *Vermutung* der Nichtvaterschaft wird *widerlegt* und die erleichterte Anfechtung ist ausgeschlossen, wenn glaubhaft gemacht wird, dass die Eheleute dennoch im Zeitpunkt der Zeugung des Kindes miteinander Geschlechtsverkehr hatten.³

Glaubhaft ist die Beiwohnung des Ehemanns, wenn dafür eine *gewisse Wahrscheinlichkeit* spricht, auch wenn mit der Möglichkeit zu rechnen ist, dass es sich anders verhalten könnte, der gegenteilige Sachverhalt also nicht ausgeschlossen werden kann. Angesichts der schwerwiegenden Folgen der erleichterten Anfechtung dürfen an die Glaubhaftmachung nur geringe Anforderungen gestellt werden. Es muss genügen, dass die Beiwohnung des Ehemanns nur – aber immerhin – um ein Geringes wahrscheinlicher ist als das Gegenteil.⁴ Den entsprechenden Sachverhalt hat der Richter von Amts wegen zu prüfen (Art. 254 Ziff. 1 ZGB). Auch wenn die Beklagten keine entsprechenden Tatsachen vorbringen, hat demnach der Richter grundsätzlich von Amts wegen zu untersuchen, ob solche vorliegen.⁵

[Aufgrund der Akten ist eine Beiwohnung des Klägers nicht wahrscheinlicher als das Gegenteil.]

Ein sexueller Kontakt der Ehegatten im Zeugungszeitpunkt wurde demnach nicht glaubhaft gemacht. Damit bleibt es dabei, dass der Kläger die Anfechtung grundsätzlich nicht weiter zu begründen hat, d.h. nicht die Beweis-

² Ingeborg Schwenger, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 3. A., Basel/Genf/München 2006, Art. 256a/256b N. 6, S. 1351.

³ Art. 256b Abs. 2 ZGB.

⁴ Cyril Hegnauer, Berner Kommentar, 4. A., Bern 1984, Art. 256a/256b ZGB N. 19, S. 196 f.; Schwenger, Art. 256a/256b N. 10, S. 1352; je mit Hinweis.

⁵ Cyril Hegnauer, Grundriss des Kindesrechts, 5. A., Bern 1999, N. 6.22, S. 54.

last für seine Nichtvaterschaft trägt. Er kann sich in dieser Situation darauf beschränken, seine Vaterschaft zu bestreiten.⁶

c) Vor Kantonsgericht hatte der Beistand des Beklagten 2 ... eine Verpflichtung des Klägers zum direkten *Beweis der Nichtvaterschaft* nur geltend gemacht, soweit die Beweiserleichterung gemäss Art. 256b ZGB nicht in Betracht falle. Weil die damit angesprochenen Voraussetzungen der erleichterten Anfechtung aufgrund der Akten erfüllt sind, dem Kläger die gesetzliche Beweiserleichterung also zugestanden werden muss, hatte der Einzelrichter keine darüber hinausgehende Beweispflicht des Klägers anzunehmen.

Der Beistand des Beklagten 2 hat nunmehr einen eigenen Anspruch auf *Beweis der Vaterschaft* des Klägers geltend gemacht. In der Tat wird in der Lehre – allerdings ohne Begründung – die Auffassung vertreten, die Beklagten könnten im Anfechtungsverfahren den direkten Beweis der Vaterschaft des Ehemanns führen, wenn dessen Beiwohnung nicht glaubhaft gemacht werde.⁷ Zwar könnte sich fragen, ob dies mit der gesetzlichen Regelung von Art. 256b ZGB vereinbar sei, wonach die Erhebung des direkten Vaterschafts- bzw. Nichtvaterschaftsbeweises voraussetzt, dass die Beiwohnung des Ehemanns glaubhaft sei oder die Vaterschaft auf andere Weise plausibel gemacht werde.⁸ Aus dem verfassungsmässigen Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV⁹) folgt jedoch generell unter anderem der Anspruch auf Abnahme rechtzeitig und formrichtig angebotener rechtserheblicher Beweismittel.¹⁰ Das hat insbesondere auch für den *Beweis des Gegenteils* zu gelten, mit dem eine gesetzliche *Vermutung* – wie diejenige von Art. 256b Abs. 1 ZGB – *beseitigt* werden soll.¹¹ Insbesondere mit Blick auf die Konsequenzen, die aus dem Bestehen oder Nichtbestehen eines Kindsverhältnisses folgen, kann es nicht Zweck der Regelung von Art. 256b ZGB sein, diese Beweismöglichkeit schlechthin auszuschliessen. Vielmehr ist davon auszugehen, dass mit dieser Bestimmung – soweit es die Vaterschaft bzw. Nichtvaterschaft also solche betrifft – letztlich nur die Verteilung der Beweislast geregelt wird.

⁶ Hegnauer, Grundriss des Kindesrechts, N. 6.21, S. 54.

⁷ Schwenger, Art. 256a/256b N. 11, S. 1352; Hegnauer, Grundriss des Kindesrechts, N. 6.23, S. 54; mit Verweis auf das jeweils andere Werk bzw. dessen Voraufgabe; übernommen von Johannes Reich, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich/Basel/Genf 2007, ZGB 256a/256b N. 2, S. 335, mit Verweis auf die genannten beiden Werke.

⁸ Vgl. Martin Stettler, Das Kindesrecht, Schweizerisches Privatrecht III/2, Basel und Frankfurt am Main 1992, S. 187.

⁹ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101).

¹⁰ BGE 134 I 148 E. 5.3 mit Hinweis.

¹¹ Vogel/Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts, 8. A., Bern 2006, 10 N. 23, S. 256.

Der genannten Auffassung ist daher jedenfalls für die Fälle beizupflichten, in denen – wie hier – die Beiwohnung des Ehemanns zwar weniger wahrscheinlich ist als das Gegenteil, aber doch nicht ausgeschlossen werden kann, so dass das angebotene Vaterschaftsgutachten nicht im Rahmen einer vorweggenommenen Beweiswürdigung zum vornherein als untauglich bezeichnet werden muss.

d) Aus dem Wesen der erleichterten Anfechtung folgt immerhin, dass ein Gutachten nur einzuholen ist, wenn die beklagte Partei den Direktbeweis tatsächlich antritt. Darauf kann sie – allenfalls stillschweigend – verzichten.¹² Der Beistand des Beklagten 2 hat denn auch vor Kantonsgericht diesen Beweis nicht angeboten. ...

Nach kantonalem Verfahrensrecht können im Berufungsverfahren neue Behauptungen, Bestreitungen und Einreden – und damit auch die damit zusammenhängenden Beweismittel – prinzipiell nur vorgebracht werden, wenn sie nicht schon im erstinstanzlichen Verfahren angerufen werden konnten (Art. 349 Abs. 2 i.V.m. Art. 177 Abs. 1 ZPO). Das kann vom fraglichen Direktbeweis nicht gesagt werden; dieser und die ihm zugrundeliegende Argumentation hätten ohne weiteres schon vor Kantonsgericht geltend gemacht werden können. Gilt jedoch bundesrechtlich der Untersuchungsgrundsatz, so unterliegen neue Vorbringen – jedenfalls wenn wie beim hier massgeblichen Art. 254 Ziff. 1 ZGB auch ein öffentliches Interesse an der materiellen Wahrheit besteht – nicht der kantonalrechtlichen zeitlichen Beschränkung; sie sind daher auch im Berufungsverfahren noch zu hören.¹³

Der neue Eventualstandpunkt des Beklagten 2, es sei ihm jedenfalls die Möglichkeit einzuräumen, den Direktbeweis für die Vaterschaft des Klägers zu erbringen, ist daher nicht als verspätet zu betrachten. Die entsprechende Beweisofferte ist vielmehr noch zu berücksichtigen. Dabei ist zu beachten, dass mangels Glaubhaftmachung der Beiwohnung der Beklagte 2 die Beweislast für die behauptete Vaterschaft des Klägers trägt.

e) Der Beklagte 2 ist somit zum Direktbeweis der Vaterschaft des Klägers zuzulassen, um die Vermutung der Nichtvaterschaft widerlegen zu können. Dazu ist antrags- und praxisgemäss ein DNA-Gutachten einzuholen. Zur

¹² Vgl. *Hegnauer*, Grundriss des Kindesrechts, N. 6.23, S. 54; vgl. zur ähnlichen Frage des Verzichts auf die Widerlegung der Vaterschaftsvermutung gemäss Art. 262 Abs. 3 ZGB (im konkreten Fall durch Nichtleisten des Kostenvorschusses für das Gutachten) auch OGE 10/2002/13 vom 30. Januar 2004, Amtsbericht 2004, S. 92 ff., und dazu BGE 5C.73/2004 vom 7. April 2004.

¹³ *Annette Dolge*, Der Zivilprozess im Kanton Schaffhausen im erstinstanzlichen ordentlichen Verfahren, Diss. Zürich 2001, S. 125 ff., mit Hinweisen.

Wahrung des Instanzenzugs ist die Sache hierfür ans Kantonsgericht zurückzuweisen (Art. 353 ZPO).