

**Art. 254 Ziff. 1 und Art. 262 Abs. 3 ZGB; Art. 182 Abs. 2 Ziff. 3 ZPO. Entkräftung der Vaterschaftsvermutung; Kostenvorschuss für Beweisabnahme** (Urteil des Obergerichts Nr. 10/2002/13 vom 30. Januar 2004 i.S. D.).<sup>1</sup>

Veröffentlichung im Amtsbericht vorgesehen.

*Der Beklagte kann darauf verzichten, die Vaterschaftsvermutung zu entkräften; insoweit gilt der Untersuchungsgrundsatz nicht uneingeschränkt. Die Beweisabnahme zur Entkräftung der Vaterschaftsvermutung kann daher von der Leistung eines Kostenvorschusses abhängig gemacht werden.*

*Aus den Erwägungen:*

2.– Hat der Beklagte in der Zeit vom 300. bis zum 180. Tag vor der Geburt des Kindes der Mutter beigezohnt, so wird gemäss Art. 262 des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs vom 10. Dezember 1907 (ZGB, SR 210) seine Vaterschaft vermutet (Abs. 1). Die Vermutung fällt weg, wenn der Beklagte nachweist, dass seine Vaterschaft ausgeschlossen oder weniger wahrscheinlich ist als die eines Dritten (Abs. 3).

a) Der Beklagte hat mit der Mutter der Klägerin im gesetzlichen Empfängniszeitraum sexuell verkehrt. Seine Vaterschaft ist daher unbestrittenermassen zu vermuten. Sie gilt grundsätzlich als erstellt, wenn der Beklagte die Vermutung nicht nachweislich widerlegt.

Das Kantonsgericht hat dem Beklagten in diesem Sinn den Beweis dafür auferlegt, dass er nicht der Vater der Klägerin sei oder seine Vaterschaft weniger wahrscheinlich sei als die eines Dritten, und beschlossen, der Beweis werde durch ein DNA-Gutachten abgenommen. Es hat den Beklagten sodann verpflichtet, zur Sicherstellung der mutmasslichen Kosten der Beweisabnahme einen Vorschuss von Fr. 3'000.– zu leisten; im Säumnisfall würde angenommen, der Beklagte verzichte auf den Beweis. Da der Beklagte den Vorschuss nicht leistete, nahm das Kantonsgericht androhungsgemäss an, er ver-

---

<sup>1</sup> Auf eine Berufung gegen dieses Urteil trat das Bundesgericht am 7. April 2004 nicht ein (Verfahren Nr. 5C.73/2004).

zichte auf die Erstellung des Gutachtens; damit sei die Vaterschaftsvermutung nicht zerstört worden. Da keine Anhaltspunkte ersichtlich seien, dass das Kind von einem andern Mann stammen könnte, brauche nicht von Amts wegen ein DNA-Gutachten eingeholt zu werden. Dementsprechend hat das Kantonsgericht das Kindesverhältnis der Klägerin zum Beklagten ohne weitere Abklärung festgestellt.

Der Beklagte macht jedoch geltend, die Beweiserhebung hätte angesichts des auch zu seinen Gunsten geltenden Untersuchungsgrundsatzes nicht von der Leistung eines Kostenvorschusses abhängig gemacht werden dürfen; das DNA-Gutachten sei vielmehr von Amts wegen einzuholen.

*b)* Im Verfahren zur Feststellung des Kindesverhältnisses erforscht das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen, und es würdigt die Beweise nach freier Überzeugung (Art. 254 Ziff. 1 ZGB). Auf den damit bundesrechtlich vorgeschriebenen Untersuchungsgrundsatz kann sich, wie das Bundesgericht im Zusammenhang mit der gleichlautenden Bestimmung von Art. 280 Abs. 2 ZGB für das Unterhaltsverfahren festgestellt hat, grundsätzlich nicht nur das Kind, sondern auch dessen Gegenpartei berufen (BGE 118 II 94 mit Hinweis auf den nicht veröffentlichten Entscheid vom 19. Januar 1990 i.S. L. gegen C.; bestätigt in BGE 128 III 412 ff. E. 3.2.1 mit Hinweisen).

Bei der Feststellung des Kindesverhältnisses wird allerdings der Untersuchungsgrundsatz insoweit eingeschränkt, als die Vaterschaft anerkannt werden kann (Art. 260 Abs. 1 ZGB); das Kindesverhältnis wird in diesem Fall ohne nähere Abklärung des Sachverhalts begründet. Mit Blick darauf hat das Bundesgericht einige Jahre nach Inkrafttreten des neuen Kindesrechts und damit bereits unter der Herrschaft des neuen Art. 254 Ziff. 1 ZGB erklärt, die im Vaterschaftsprozess geltende *Offizialmaxime* verbiete es dem kantonalen Richter nicht, dem Beklagten, der die Vaterschaftsvermutung mit einer Expertise widerlegen wolle, für das Beweisverfahren einen Kostenvorschuss aufzuerlegen und das Beweismittel nicht abzunehmen, wenn der Beklagte den Kostenvorschuss nicht rechtzeitig leiste. Weshalb die Öffentlichkeit für die Kosten der säumigen, nicht bedürftigen Partei einspringen sollte, sei sicher dort nicht einzusehen, wo es um die Entkräftung der Vaterschaftsvermutung gehe. Auch im neuen Kindesrecht mache der Gesetzgeber die Begründung des Kindesverhältnisses nicht vom Nachweis der biologischen Abstammung abhängig. Er nehme es vielmehr in Kauf, dass eine Vaterschaft allein gestützt auf die Vaterschaftsvermutung festgestellt werde. Es bleibe dem Vaterschaftsbeklagten unbenommen, sich gegen diese Vermutung nicht zur Wehr zu setzen, so gut wie er das Kind ohne Vaterschaftsnachweis anerkennen könne (BGE 109 II 198 f. E. 3). Das Bundesgericht hat damit insbesondere auch die Auffassung des Obergerichts des Kantons Zürich relativiert, wonach die Beweiserhebung generell – also auch im Interesse des Vaterschaftsbeklag-

ten – nicht durch eine ordnungsgemässe Beweisantrittung bedingt sei und, soweit es zur Klärung des Sachverhalts nötig sei, auch zu erfolgen habe, wenn – aus Liederlichkeit oder aus welchen Gründen auch immer – kein Kostenvorschuss geleistet werde (ZR 1979 Nr. 127; vgl. den Hinweis auf die nachmalige Relativierung in einer späteren Entscheidung des Zürcher Obergerichts, SJZ 1991, Nr. 57, S. 360, E. 2A).

Es besteht kein Grund, von dieser argumentativ einleuchtenden höchst-richterlichen Praxis abzuweichen. Im fraglichen Punkt kann der Vaterschafts-beklagte trotz der im Grundsatz geltenden Officialmaxime innerhalb der gesetzlichen Schranken über den Streitgegenstand verfügen. Insoweit unterscheidet sich die rechtliche Situation der Parteien. Daher ist es auch nicht zwingend geboten, die Parteien diesbezüglich in prozessualer Hinsicht gleich zu behandeln. Das Bundesgericht konnte denn auch die umstrittene Frage, ob die Officialmaxime im Vaterschaftsprozess nicht nur im Interesse des Kindes, sondern auch zugunsten des Beklagten zur Anwendung komme, im Zusammenhang mit der Vorschussproblematik gerade deshalb noch offenlassen (vgl. BGE 109 II 197 f. E. 2 und den Hinweis darauf in BGE 118 II 94), weil sie dabei nicht massgeblich war. Wenn es daher die zunächst offengelassene Frage später in dem Sinn entschieden hat, dass der Untersuchungsgrundsatz zugunsten beider Parteien anwendbar sei, so kann daraus nicht abgeleitet werden, dies wirke sich auch auf die davon letztlich unabhängige Frage aus, ob der Beklagte – insbesondere durch Nichtleistung des Kostenvorschusses – darauf verzichten könne, die Vaterschaftsvermutung beweismässig zu widerlegen (so aber im Ergebnis etwa *Ingeborg Schwenzler* im Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 2. A., Basel/Genf/München 2002, Art. 254 N. 5, S. 1329 f. [anders noch die Voraufgabe 1996, S. 1287]; *Bühler/Edelmann/Killer*, Kommentar zur aargauischen Zivilprozessordnung, 2. A., Aarau/Frankfurt am Main/Salzburg 1998, § 75 N. 48, S. 183 f.; je mit Hinweisen). Vielmehr erscheint es auch von Bundesrechts wegen nach wie vor als zulässig, die Beweisabnahme zur Entkräftung der Vaterschaftsvermutung im Sinn von Art. 262 Abs. 3 ZGB grundsätzlich von der Leistung eines Kostenvorschusses abhängig zu machen (vgl. etwa *Leuch/Marbach/Kellerhals/Sterchi*, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 5. A., Bern 2000, Art. 89 N. 4b, S. 290 f.; *Cyril Hegnauer*, Grundriss des Kindesrechts, 5. A., Bern 1999, N. 14.11, S. 104).

c) Das Kantonsgericht räumte dem Beklagten im Beweisabnahmebe-schluss die Gelegenheit ein, die Vaterschaftsvermutung mit einem DNA-Gutachten zu entkräften. Es setzte ihm sodann Frist an, um zur Sicherstellung der mutmasslichen Kosten der Beweisabnahme einen Vorschuss zu leisten; dies mit der Androhung, dass im Säumnisfall angenommen würde, der Be-klagte verzichte auf die Beweisabnahme (Art. 182 Abs. 2 Ziff. 3 ZPO; vgl.

auch Art. 125 Abs. 1 ZPO [generelle Vorschusspflicht für Barauslagen]). Es wies den Beklagten überdies darauf hin, dass er von der Vorschusspflicht befreit werde, wenn er die Voraussetzungen der unentgeltlichen Rechtspflege erfülle (Art. 127 ff. ZPO); ein entsprechendes Gesuch sei innert der genannten Zahlungsfrist einzureichen (act. 25 f.).

Mit diesem Vorgehen, das den kantonalen Prozessvorschriften entspricht, hat das Kantonsgericht den Beklagten zum Beweis im Sinn von Art. 262 Abs. 3 ZGB zugelassen; es hat ihm keineswegs den Anspruch verweigert, ein Gutachten einzuholen. Wenn der Beklagte die ihm gebotene Beweismöglichkeit nicht wahrnahm, indem er weder den Vorschuss bezahlte noch – falls er dazu ohne Einschränkung des notwendigen Lebensunterhalts nicht in der Lage gewesen wäre – ein Gesuch um unentgeltliche Prozessführung stellte, um zumindest von der Vorschusspflicht befreit zu werden (Art. 127 Abs. 1 und Art. 130 ZPO), so durfte das Kantonsgericht ohne weiteres annehmen, dass er auf die Beweisabnahme und damit auf die Entkräftung der Vaterschaftsvermutung verzichte. Ein solcher Verzicht ist aber nach dem Gesagten (oben, lit. b) als zulässig und grundsätzlich auch als verbindlich und unwiderruflich zu betrachten. Dass in anderen Kantonen eine andere Praxis herrscht (vgl. etwa AGVE 1995, S. 48 ff., Nr. 9), ist für das Verfahren im Kanton Schaffhausen nicht massgeblich.

*d)* Es kann hier offenbleiben, ob im Interesse der Wahrheitsfindung der Untersuchungsgrundsatz gegenüber der Verzichtsmöglichkeit des Beklagten dann höher zu gewichten wäre, wenn konkrete Anhaltspunkte vorhanden wären, die gegen die Vaterschaft des Beklagten sprächen. Solche sind ... im vorliegenden Fall jedenfalls nicht ersichtlich. ...

In dieser Situation besteht kein Grund, den prozessualen Verzicht des Beklagten auf beweismässige Entkräftung der Vaterschaftsvermutung in Frage zu stellen und deshalb von Amts wegen dennoch ein Gutachten einzuholen.

*e)* Zusammenfassend ist davon auszugehen, dass der Beklagte gültig darauf verzichtet hat, die bestehende Vaterschaftsvermutung zu widerlegen. Ist diese somit nicht weggefallen, so ist die Vaterschaftsklage gutzuheissen und das Kindesverhältnis der Klägerin zum Beklagten festzustellen. ...