

5. 1. Zur Frage der Zulässigkeit der Revision, wenn vermögensrechtliche Ansprüche mit nichtvermögensrechtlichen verbunden sind.

2. Kann der Gegenbeweis gegen die Vermutung der unehelichen Vaterschaft nach § 163 ABGB. auch durch erb- und rassenkundliche Untersuchung geführt werden? Unter welchen Umständen ist auf sie zurückzugreifen?

ABGB. § 163. Öst. B. D. § 270. Verordnung zur weiteren Überleitung der Rechtspflege in Österreich und den sudetendeutschen Gebieten vom 28. Februar 1939 (RGBl. I S. 358) — Überl. B. D. — §§ 4 flg.

VIII. Zivilsenat. Beschl. v. 29. April 1940 i. S. 5. (Bekl.) w. R. (Rl.). VIII 35/40.

- I. Amtsgericht Gaborz.
- II. Oberlandesgericht Leitmeritz.

Der Beklagte hat dem Berufsvormund zugestanden, der Mutter des klagenden Kindes einmal innerhalb der Empfängniszeit, allerdings mit Schutzmittel, beigezogen zu haben. Der Vormund hatte ursprünglich beabsichtigt, die Klage auf Anerkennung der unehelichen Vaterschaft und auf Unterhaltsgewährung an die Klägerin gegen einen gewissen R. zu erheben, hat jedoch, nachdem dieser nicht mehr aufzufinden war, davon abgesehen und die Klage mehr als zwei Jahre nach der Geburt des Kindes gegen den Beklagten erhoben. Dieser hat dann bestritten, mit der Mutter der Klägerin überhaupt Verkehr gehabt zu haben, und sein ursprüngliches Geständnis widerrufen, weil er es unüberlegt abgegeben habe. Er hat auch behauptet, daß nur R. als Vater in Betracht komme.

Beide Vorbergerichte haben den Beklagten nach dem Klageantrage verurteilt. Seine Revision führte zur Aufhebung der Urteile und zur Zurückverweisung der Sache an das Amtsgericht.

#### Gründe:

Die Revision ist in vollem Umfange zulässig. Es handelt sich um eine nach dem 9. September 1939 eingebrachte Revision gegen ein gemäß § 9 der Verordnung über Maßnahmen auf dem Gebiet der Gerichtsverfassung und der Rechtspflege vom 1. September 1939

(RWB. I S. 1658) von einem Oberlandesgerichte gefälltes Urteil über die Berufung gegen die Entscheidung eines Amtsgerichts im Sudetenland; der Wert des Beschwerdegegenstandes, nämlich der Feststellung der unehelichen Vaterschaft, ist nicht bestimmbar (§ 500 ÖfzBD., § 303 ABGB.). Die Zulässigkeit der Revision, welche nach § 502 ÖfzBD. stets gegeben gewesen wäre, ist nunmehr nach der Verordnung zur weiteren Überleitung der Rechtspflege in Österreich und in den sudetendeutschen Gebieten vom 28. Februar 1939 zu beurteilen, weil durch diese die bisherigen Vorschriften über die Zulässigkeit der Revision beseitigt worden sind. Soweit ein nicht vermögensrechtlicher Anspruch den Beschwerdegegenstand bildet, ist die Revision zulässig; denn die Überleitungsverordnung schränkt die Zulässigkeit der Revision gegen Urteile der Oberlandesgerichte nur bei vermögensrechtlichen Ansprüchen und in Ehefachen ein. Die Ansprüche auf Unterhaltsgewährung aber bilden mit dem Anspruch auf Vaterschaftsfeststellung eine Einheit. Infolgedessen ist die Revision auch für sie zulässig (vgl. JW. 1900 S. 797 und 853 Nr. 5).

Die Rechtslage ist nach § 163 ABGB. zu beurteilen. Sie bedt sich nicht ganz mit der zufolge § 1717 ABGB. gegebenen, dessen Bestimmungen die Revision für sich ausnützen möchte. Nach § 163 ABGB. ist die rechtliche Vermutung der Vaterschaft durch die Heiwohnung noch anderer Männer in der Empfängniszeit nicht ausgeschlossen, so daß die Mutter die Wahl zwischen mehreren Vätern hat — allerdings, was der Beklagte übersieht, nur wenn sie selbst über den wirklichen Vater im Zweifel ist. Dadurch ist die Möglichkeit einer Verschiedenheit der blutmäßigen Vaterschaft und der rechtlichen oder Zahlvaterschaft gegeben. Der Revision ist darin beizupflichten, daß es im nationalsozialistischen Staat als notwendig anerkannt werden muß, die Abstammung aller Volksgenossen nach Möglichkeit einwandfrei festzustellen, und daß es nicht angeht, wenn solche Feststellungen in offenem Gegensatz zu den nach dem bürgerlichen Rechte geltenden Verwandtschaftsbeziehungen stehen. Es wird daher mit besonderer Sorgfalt zu prüfen sein, ob und inwiefern es im vorliegenden Fall erforderlich und mit Rücksicht auf die bestehenden Vorschriften möglich ist, dem Standpunkte des Beklagten Rechnung zu tragen und auf erbkundliche Untersuchungsvorgänge zurückzugreifen. Da die Feststellung des Geschlechtsverkehrs des Beklagten mit der Mutter innerhalb der Empfängniszeit einwandfrei ist, kommt es

nur noch darauf an, ob der Gegenbeweis gegen die erwähnte gesetzliche Vermutung erbracht werden kann und ob die Beweiserhebung hierüber mit hinreichender Genauigkeit durchgeführt worden ist.

Die bisherige Rechtsprechung zu § 163 ABGB. im ehemaligen österreichischen Rechtsgebiete stimmt darin überein, daß die gesetzliche Vaterschaftsvermutung nach § 163 ABGB. durch einen gemäß § 270 ÖstzPO. geführten Beweis entkräftet werden kann. Der Beklagte hat dazu nachzuweisen, daß er das Kind nicht erzeugt habe, und wird den Beweis nach der Natur der Sache nicht anders führen können als durch den Nachweis der Unmöglichkeit der Zeugung durch ihn. Als geeignetes Beweismittel hat die Rechtsprechung auch den durch Blutprobe geführten Sachverständigenbeweis anerkannt (Oberstes Gericht Brunn, Entscheidungen Nr. 8659, 8905, 12550 im Prager Archiv 1930 S. 61 u. 422, 1934 S. 318 u. a.; Oberster Gerichtshof Wien S. B. XIX Nr. 319, Bb. XX Nr. 17), und zwar zunächst zögernd und unter strenger Auslegung der Verfahrensvorschriften, später vorbehaltlos, wenn dieser Beweis für die Behauptung der Unmöglichkeit der Vaterschaft überhaupt angeboten war, schließlich auch von Amts wegen, wenn die Unmöglichkeit der Vaterschaft nur behauptet wurde. Im vorliegenden Streite hat der Beklagte die Unmöglichkeit der Zeugung des klagenden Kindes durch ihn behauptet und darüber Beweis durch Blutgruppenuntersuchung angeboten, die durchgeführt wurde, aber ergebnislos blieb. Die Notwendigkeit der Durchführung anderer erbkundlicher Untersuchungen wurde erst in der Revision geltend gemacht. Trotzdem kann dieses Beweisangebot nicht als Neuerung gemäß § 504 ÖstzPO. abgelehnt werden. Denn dieser Beweis ist seinem Wesen nach ein Sachverständigenbeweis gemäß §§ 351, 368 ÖstzPO., der unter Umständen auch von Amts wegen angeordnet werden kann (§ 183 Nr. 4 ÖstzPO.), so daß er von einem Parteiantrage nicht abhängig ist. Deshalb ist auch im Revisionsverfahren zu prüfen, ob dieser Beweis durch Sachverständige notwendig war (§ 351 ÖstzPO.) und ob ihn die Vorgerichte hätten erheben müssen.

Die Beantwortung dieser Frage wird von der bereits dargelegten Ansicht über die Notwendigkeit beherrscht, Vaterschaftsfeststellungen zu vermeiden, welche erbkundlichen Gesetzen widersprechen. Die Frage wird also zu verneinen sein, wenn der Verdacht einer Mehrbewohnung gar nicht aufsteht oder wenn verläßlich durch sonstige

Beweismittel bewiesen ist, daß das Kind aus der anderen Beiwohnung nicht stammen kann. Sie wird aber immer zu bejahen sein, wenn der Verdacht besteht, daß die zu fällende Entscheidung einen vom natürlichen Vater verschiedenen Zahlvater feststellen könnte.

Dieser Verdacht besteht im vorliegenden Fall in hohem Grade. Bedenkt man, daß auch die Beiwohnung des R. innerhalb der Empfängniszeit feststeht, daß die Mutter und der Vormund in R. den wirklichen Vater sahen, den sie auch verklagt hätten, wenn sie seinen Aufenthalt gekannt hätten — die Genehmigung zur Prozeßführung gegen ihn war bereits erteilt —, und daß auch die Zeugin N. angibt, die Mutter habe ihr erzählt, sie habe das Kind von R., daß ferner der Brief der Zeugin N. vor Gericht verlesen wurde, in welchem von einer auffallenden Ähnlichkeit des Kindes mit R. die Rede ist, daß schließlich die Klage mehr als zwei Jahre nach der Geburt der Klägerin erhoben worden ist, so sind das augenfällige Umstände, die das Gericht hätten veranlassen sollen, auch von Amts wegen alles zu tun, um dem Beklagten die einwandfreie Führung des Gegenbeweises zu ermöglichen und zu sichern, also alle ihm zugänglichen und geeigneten Erkenntnisquellen auszuschöpfen, um den natürlichen Vater festzustellen. Wird erwogen, daß die erbkundlichen Gutachten der dazu berufenen Stellen schon jetzt ein ganz unentbehrliches Mittel zur Klärung der Abstammungsfrage geworden sind (RGZ. Bd. 160 S. 63; JW 1937 S. 620 Nr. 9, S. 2222 Nr. 39, S. 3159 Nr. 14; Warnspr. 1937 Nr. 166) und daß die Untersuchungsmethoden ständig vervollkommenet werden, was dem Gerichte bekannt sein mußte (Df. 1935 S. 1008, 1936 S. 533, 1536), so hätte es diesen Beweis — nach Anhörung eines geeigneten Sachverständigen über die Möglichkeit, ihn auch ohne R. durchzuführen — zulassen oder begründen müssen, warum es ihn ablehne. Der Umstand, daß der Aufenthalt des etwa in Betracht kommende natürlichen Vaters R. unbekannt ist und R. vielleicht zur Untersuchung nicht herangezogen werden kann, vermag ebensowenig von vornherein die Unterlassung dieser Beweisaufnahme zu rechtfertigen, wie die Erwägung, daß dieses Beweismittel allgemein zur Prozeßverschleppung benützt werden könnte. Denn ob die Durchführung der Untersuchung ohne Anwesenheit von R. zwecklos ist, läßt sich ohne Befragen eines Sachverständigen nicht allgemein entscheiden. Ist es doch z. B. möglich, daß eine seltene, vererbliche Eigenschaft sich bei der Klägerin und

zugleich beim Beklagten oder bei R. vorfindet und bei R. ohne dessen Anwesenheit etwa durch Lichtbilder, Fingerabdrücke und dergleichen festgestellt werden kann. Die Befürchtung einer Prozeßverschleppung aber ist ebensowenig entscheidend; sie würde auch für das Gebiet der Blutgruppenuntersuchung, die nur einen Teil der erbkundlichen Untersuchung bildet, gelten und ist dort durch die neuere Rechtsprechung schon abgelehnt worden. Überdies ist zu erwarten, daß die Bewährung und Einbürgerung der erbkundlichen Gutachten mit der Zeit sowohl eine Vereinfachung und Beschleunigung des Einzelprozesses als auch eine Einschränkung der Vaterschaftsprozesse überhaupt im Gefolge haben wird. Auch kann einer Verzögerung durch die Unauffindbarkeit des R. gemäß § 279 DstZPO. gesteuert werden.