

27. 1. Steht das von einem Mann im außerstreitigen Verfahren abgegebene Vaterschaftsanerkennnis der Erhebung der Vaterschaftsklage gegen einen anderen Mann entgegen?

2. Kann der mit der Vaterschaftsklage in Anspruch genommene Beklagte mit dem bloßen Hinweis auf die Möglichkeit, daß die Kindesmutter auch noch mit anderen Männern geschlechtlichen Verkehr gehabt habe, die Anordnung einer erbbiologischen Begutachtung verlangen?

ABGB. §§ 163, 164.

VIII. Zivilsenat. Urt. v. 12. Dezember 1940 i. S. F. (Bekl.) w. K. (M.). VIII 131/40.

I. Amtsgericht Favoriten.

II. Oberlandesgericht Wien.

Die Klägerin ist am 18. Februar 1928 als uneheliche Tochter der Margarethe K. geboren. Sie hat im Mai 1939 Klage erhoben mit dem Antrage, festzustellen, daß der Beklagte ihr Vater sei, und ihn für schuldig zu erklären, an sie einen monatlichen Unterhaltsbetrag von 20 RM. zu zahlen. Zur Begründung hat sie vorgetragen, der Beklagte habe ihrer Mutter in der Empfängniszeit beigeohnt. Der Beklagte hat dies bestritten und darauf hingewiesen, daß Josef M. am 17. September 1928 die Vaterschaft vormundschaftsgerichtlich anerkannt habe.

Das Amtsgericht hat eine Anzahl von Zeugen vernommen, eine Blutgruppenuntersuchung vornehmen lassen und den Beklagten persönlich richterlich vernommen. Es hat der Zeugenaussage der Kindesmutter Glauben geschenkt und daraufhin festgestellt, daß der Beklagte während der Empfängniszeit mit ihr Geschlechtsverkehr gehabt habe. Dem Einwande des Beklagten, daß Josef M. die Vaterschaft bereits anerkannt habe, begegnet das Amtsgericht mit dem Hinweis auf die Zeugenaussage des M., daß er nur aus Gefälligkeit gegen die Kindesmutter, die er damals zu heiraten beabsichtigte, die Vaterschaft auf sich genommen, tatsächlich aber nie mit ihr geschlechtlichen Verkehr gehabt habe. Da auch durch die Blutgruppenuntersuchung die Vaterschaft des Beklagten nicht ausgeschlossen wurde, hat das Amtsgericht festgestellt, daß der Beklagte der Vater der Klägerin sei, die Klage auf Unterhalt aber abgewiesen, da der Beklagte

zur Unterhaltszahlung außerstande sei. Das Oberlandesgericht hat dieses Urteil bestätigt. Die Revision des Beklagten blieb ohne Erfolg.

#### Gründe:

1. Die Revision ist nach der ständigen Rechtsprechung des erkennenden Senats zulässig, obwohl im ersten Rechtsgang ein Amtsgericht entschieden hat.

2. Ihren Angriff gegen die rechtliche Beurteilung des Berufungsgerichts begründet die Revision damit: Da M. im Jahre 1928 vor dem Vormundschaftsgericht die Vaterchaft anerkannt habe, stehe seine Vaterchaft fest, und es könne daher kein anderer Mann mehr als Vater der Klägerin in Anspruch genommen werden. Die Revision führt aus, wer die Vaterchaft zu einem außerehelichen Kind einmal anerkannt habe, gelte so lange als außerehelicher Vater mit allen seinen Pflichten, als dieses Anerkenntnis nicht durch ein gerichtliches Urteil für unwirksam erklärt werde; da das von M. abgegebene Vaterchaftsanerkenntnis nicht durch Urteilspruch beseitigt sei, könne ein Urteil, das auch noch den Beklagten zum Vater der Klägerin erkläre, nicht ergehen; denn dann würde die Klägerin zwei außereheliche Väter haben, was von der Rechtsordnung nicht gewollt sei. Nach Ansicht der Revision hätten die Vorbergerichte also aus der Tatsache des M.'schen Vaterchaftsanerkenntnisses die Folgerung ziehen müssen, daß die jetzige, gegen den Beklagten erhobene Klage abzuweisen sei.

Diesem Revisionsangriff muß der Erfolg versagt bleiben. Wichtig ist allerdings, daß nach österreichischem Recht jeweils immer nur ein Mann als Vater betrachtet werden kann; es kann immer nur ein Mann als außerehelicher Vater gelten, auch wenn die tatsächlichen Voraussetzungen für die Vermutung der Vaterchaft gegenüber zwei Männern vorliegen. Die Vermutung kann nachträglich dadurch beseitigt werden, daß sie durch die Feststellung der Vaterchaft eines anderen Mannes entkräftet wird. Hierbei muß zwischen Feststellung durch rechtskräftiges Urteil und Anerkenntnis im außerstreitigen Verfahren unterschieden werden.

Liegt gegen den Mann ein Urteil vor, das seine Vaterchaft ausspricht, so steht der Vaterchaftsklage gegen einen anderen Mann zwar nicht die Einrede der entschiedenen Streitfache entgegen, wohl aber die unbefchränkte Wirkung von Urteilen in Familienstandsprozessen. Eine solche Klage müßte daher abgewiesen werden, zumal ein Urteil, das

gegen einen zweiten Mann erginge, das Urteil gegen den ersten Mann nicht aus der Welt schaffen würde. Die urteilsmäßige Feststellung, daß ein Mann der Vater ist, schließt dieselbe Feststellung gegen einen zweiten Mann aus; der Klage gegen den zweiten Mann muß also die Beseitigung des Urteils gegen den ersten Mann im Wege einer erfolgreich durchgeführten Wiederaufnahmeklage gegen den ersten Mann vorangehen.

Anderz liegt es, falls der erste Mann die Vaterschaft nur im außerstreitigen Verfahren anerkannt hat. Solche Anerkennung hat lediglich die Bedeutung eines tatsächlichen Zugeständnisses der Bewohnung. Dieses Anerkenntnis entbehrt der Rechtskraft. Es kann nach den Regeln der Anfechtung einer bürgerlichrechtlichen Erklärung angefochten werden. Ja es ist nicht einmal eine förmliche Anfechtung der Anerkennung erforderlich, es kann vielmehr auch ohne eine solche geltend gemacht werden, daß die Vermutung, die sich auf die Anerkennung gründet, unrichtig sei. Eine Anerkennung der Vaterschaft im außerstreitigen Verfahren steht daher der Vaterschaftsklage gegen eine vom Anerkennenden verschiedene Person nicht im Wege. Der jetzige Beklagte kann allerdings zum Beweise der Unmöglichkeit der Zeugung des Kindes durch ihn auf die Tatsache verweisen, daß bereits ein anderer die Vaterschaft anerkannt hat. Diesem Hinweise kommt aber keine andere Bedeutung zu als der Berufung auf sonstige gegen die Vaterschaft sprechende Beweismittel. Wenn trotz dieses Hinweises durch Urteil rechtskräftig festgestellt wird, daß der jetzige Beklagte der Vater des Kindes ist, so ist dadurch wegen der unbeschränkten Wirkung von Urteilen in sogenannten Statusprozessen die auf das frühere Anerkenntnis gestützte Vermutung beseitigt. Dieses Anerkenntnis wird wirkungslos. Die von der Revision vertretene Auffassung, daß auch in einem solchen Falle der Vaterschaftsklage eine Klage des Kindes gegen den bisher als Vater betrachteten Mann voranzugehen habe, um die Unwirksamkeit des von diesem abgegebenen Anerkenntnisses festzustellen, ist rechtsirrig. Ein solcher Rechtsstreit des Kindes gegen den bisherigen Vater auf Welterkennung der Vaterschaft wäre, da dieser kaum einen Grund hat, die Welterkennung zu bekämpfen, eine wertlose Förmlichkeit, die überdies die Gefahr in sich bergen würde, daß das Kind, wenn der Rechtsstreit gegen den zweiten Vater keinen Erfolg hat, überhaupt keinen Vater haben würde. Das natürliche Interesse des Kindes, daß der wirkliche Vater auch rechtlich als der Vater festgestellt werde, nötigt dazu, daß

dem Vormunde des Kindes freigestellt wird, im Vaterschaftsstreit gegen den zweiten Mann den Beweis zu erbringen, daß der bisher als Vater Angesehene nicht der Vater ist, so daß also gleichzeitig über den Beweis der Vaterschaft des Beklagten und über den Widerlegungsbeweis im Hinblick auf den bisher als Vater betrachteten Mann entschieden wird. Auf dem Standpunkte, daß im Rechtsstreit gegen den einen Mann gleichzeitig die Gültigkeit der früheren Vaterschaftsanerkennung durch einen anderen Mann bekämpft werden könne, steht auch Bartsch (Kommentar zum BGB. Bem. II C 6a zu § 164. Die Meinung der Revision, daß Bartsch auf dem gegenteiligen Standpunkte stehe, ist unzutreffend, wie die Vergleichung der Bemerkung II C 6a mit der von der Revision angeführten Bemerkung II B 3 ergibt).

Von diesem rechtlichen Gesichtspunkt aus haben auch die beiden Vorbergerichte zu dem aus dem Vaterschaftsanerkenntnis des M. hergeleiteten Einwande des Beklagten Stellung genommen. Sie haben festgestellt, daß M. mit der Kindesmutter niemals Geschlechtsverkehr gehabt hat und daß er nur aus Gefälligkeit gegen sie, die er damals zu heiraten beabsichtigte, vor dem Vormundschaftsgericht das Vaterschaftsbekennnis abgegeben hat. Diese Feststellung beruht auf den Zeugenaussagen des M. und der Kindesmutter; sie ist im Revisionsverfahren unangreifbar. Aus der Tatsache, daß M. niemals mit der Kindesmutter geschlechtlich verkehrt hat, ergibt sich, daß er unmöglich der Vater der Klägerin sein kann. Damit ist der Vaterschaftsvermutung aus dem von M. abgegebenen Vaterschaftsanerkenntnis der Boden entzogen; dieses Anerkenntnis ist unwirksam geworden. Der Entscheidung der Vorderrichter, daß der Beklagte als Vater der Klägerin anzusehen ist, wenn er ihrer Mutter innerhalb der Empfängniszeit beigewohnt hat, stand also nichts mehr im Wege; die Entscheidung ist insofern frei von Rechtsirrtum . . .

3. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, bei der gegebenen Sachlage habe für den Erstrichter kein Anlaß bestanden, einen vom Beklagten nicht beantragten erbbiologischen Sachverständigenbeweis aufzunehmen, und zwar um so weniger, als der Erstrichter von sich aus das Bestehen einer auffallenden Ähnlichkeit in den Gesichtszügen des Beklagten und der Klägerin festgestellt habe und als andererseits kein hinreichender Beweis für die Annahme erbracht sei, daß die Kindesmutter innerhalb der Empfängniszeit außer mit dem Beklagten auch noch mit anderen Männern geschlechtlich verkehrt hätte.

Gegen diese Begründung des Berufungsgerichts erhebt die Revision zunächst den Einwand, es sei rechtsirrig, eine lediglich vom Richter festgestellte Ähnlichkeit der Gesichtszüge für die Entscheidung zu verwenden. Ferner bezeichnet sie es als einen Verfahrensmangel, daß die Untergerichte es unterlassen hätten, von Amts wegen durch anthropologisch-erbbiologische Untersuchung die Frage der außerehelichen Waterschaft zu klären. Zur Anordnung der erbbiologischen Untersuchung habe besonders deswegen Veranlassung bestanden, weil bereits mehr als 12 Jahre seit der Geburt der Klägerin vergangen seien, weil diese ganze Zeit hindurch Josef M. als Vater der Klägerin gegolten habe und weil die Kindesmutter bei ihrer Zeugenvernehmung im gegenwärtigen Rechtsstreit nicht einmal den näheren Zeitpunkt der Heimwohnung des Beklagten habe angeben können, so daß nach allem, was sich aus den Akten ergebe, jedenfalls mit der Möglichkeit gerechnet werden müsse, daß M. doch der Vater der Klägerin sei. Die Revision weist außerdem darauf hin, daß nach der Feststellung des Erstgerichts die Kindesmutter zur maßgebenden Zeit ein sehr liebreiches Leben geführt habe, so daß also sehr wohl auch ein dritter Mann der Vater der Klägerin sein könne. Die Revision führt schließlich die Entscheidung des erkennenden Senats RGZ. Bd. 164 S. 45 an, wonach bei Ermittlung der außerehelichen Waterschaft jede dem Gericht zugängliche Erkenntnisquelle, also insbesondere auch die erbbiologische Untersuchung, voll ausgeschöpft werden müsse.

Auch diese Revisionsrüge kann jedoch nicht als gerechtfertigt anerkannt werden. Zunächst ist es nicht richtig, wenn die Revision behauptet, daß im vorliegenden Falle mit der Möglichkeit gerechnet werden müsse, daß M. doch der Vater der Klägerin sei. Diese Möglichkeit scheidet für das Revisionsverfahren aus, weil die beiden Vordergerichte feststellen, daß M. niemals mit der Kindesmutter geschlechtlichen Verkehr gehabt habe. Sie sind sich bei dieser Feststellung des Umstandes, daß M. im Jahre 1928 sich als Vater der Klägerin bekannt und 12 Jahre lang als Vater der Klägerin gegolten hat, bewußt gewesen. Sie haben aber der Erklärung, die M. dafür gegeben hat, Glauben geschenkt, nämlich, daß er damals die Kindesmutter zu heiraten beabsichtigte und ihr zuliebe die Waterschaft auf sich genommen habe, obgleich er niemals mit ihr geschlechtlich verkehrt habe. Die Bedenken, welche die Revision gegen die Glaubwürdigkeit dieser, auch von der Kindesmutter als Zeugin bestätigten, Angaben des

Zeugen M. vorbringt, fallen in das Gebiet der mit der Revision nicht angreifbaren Beweiswürdigung. Der vorliegende Sachverhalt unterscheidet sich also erheblich von dem Sachverhalt in RGG. Bd. 164 S. 45. In jenem Falle stand fest, daß außer dem damaligen Beklagten noch ein ganz bestimmter anderer Mann der Kindesmutter in der Empfängniszeit beigewohnt hatte; diesen anderen hatten die Kindesmutter und der Vormund von vornherein als wirklichen Vater des Kindes angesehen. Es waren Briefe vorgelegt worden, in denen von einer auffallenden Ähnlichkeit des Kindes mit jenem anderen die Rede war; und jener andere war nur deswegen nicht auf Vaterschaft verklagt worden, weil sein Aufenthalt unbekannt war. Bei solcher Sachlage hat der erkennende Senat in jener Sache ausgesprochen, daß augenfällige Umstände vorhanden seien, welche die unteren Gerichte hätten veranlassen müssen, von Amts wegen alles zu tun, um die einwandfreie Führung des Gegenbeweises dem damaligen Beklagten zu ermöglichen und zu sichern; deshalb ist in jener Entscheidung dahin erkannt worden, daß die unterlassene Einziehung eines erbbiologischen Gutachtens einen Verfahrensmangel der unteren Gerichte darstelle. In dem jetzt zur Entscheidung stehenden Falle sind keine jener augenfälligen Umstände gegeben, die gegen die Vaterschaft des Beklagten sprächen. Es ist kein bestimmter anderer Mann ermittelt, der mit der Kindesmutter während der Empfängniszeit geschlechtlich verkehrt hätte; M. jedenfalls scheidet als solcher nach den Feststellungen der Vorderrichter aus. Auch dafür, daß die Kindesmutter mit irgendwelchen sonstigen, unbekannt gebliebenen Männern in der Empfängniszeit zu tun gehabt hätte, ist, wie das Berufungsgericht sagt, kein Beweis erbracht. Der von der Revision erwähnte Umstand, daß die Kindesmutter nach der Feststellung des Erstgerichts damals ein lieberliches Leben geführt hat, ist zu unbestimmt und zu allgemein, um für sich allein Anlaß zur Anordnung einer erbbiologischen Untersuchung zu geben. An dem in der mehrerwähnten Entscheidung aufgestellten Grundsatz, daß die Wichtigkeit der Feststellung der wirklichen Abstammung es erfordert, daß alle von der Wissenschaft zur Verfügung gestellten Erkenntnisquellen ausgeschöpft werden, hält der erkennende Senat fest. Für die Fälle, in denen die Ähnlichkeit eines Kindes mit einem als Erzeuger in Betracht kommenden Mann eine Rolle spielt, gilt der aufgestellte Grundsatz, daß die Erkenntnisquelle der erbbiologischen Vergleichung

ausgenutzt werden muß, unbedingt. Dagegen kann eine Verpflichtung des Gerichts, im Hinblick auf eine etwaige Unähnlichkeit des Kindes die erbbiologische Begutachtung anzuordnen, nur beim Vorliegen besonderer Umstände — etwa bei augenscheinlicher Rasseverschiedenheit des Kindes — aufgestellt werden. Also kann nicht jeder mit der Vaterschaftsklage in Anspruch genommene Beklagte, dem nachgewiesen ist, daß er mit der Kindesmutter in der Empfängniszeit verkehrt hat, mit dem bloßen Hinweis auf die Möglichkeit, daß die Kindesmutter auch noch mit anderen Verkehr gehabt haben könnte, verlangen, daß das Gericht von Amts wegen ein erbbiologisches Gutachten einziehe. Zur Anordnung einer erbbiologischen Begutachtung ist in einem solchen Falle das Gericht vielmehr nur dann verpflichtet, wenn Anhaltspunkte für das Bestehen einer so erheblichen Unähnlichkeit zwischen dem Beklagten und dem Kinde gegeben sind, daß durch sie die Möglichkeit, daß das Kind vom Beklagten erzeugt sein könnte, ausgeschlossen würde. Im gegenwärtigen Rechtsstreit sind derartige Anhaltspunkte nicht hervorgetreten. Im Gegenteil, das Erstgericht hat im Verhandlungstermin vom 24. Mai 1940, zu welchem die Klägerin und der Beklagte persönlich erschienen waren, Gelegenheit gehabt, das Bestehen einer großen Ähnlichkeit in den Gesichtszügen des Beklagten und der inzwischen 12 Jahre alt gewordenen Klägerin festzustellen und in der Niederschrift festzulegen. Der Einwand der Revision, daß das Gericht von sich aus zur Feststellung einer Ähnlichkeit nicht berufen und daß es rechtsirrig sei, wenn es eine solche von ihm festgestellte Ähnlichkeit bei seiner Entscheidung verwerte, entbehrt der Berechtigung. Die Feststellungen, die das Erstgericht auf Antrag der Klägerin getroffen hat, beruhen auf einer Augenscheinseinnahme, zu deren Vornahme das Gericht jederzeit auf Antrag oder von Amts wegen befugt ist (§ 368 ZPO.). Auch der Körper der Parteien kann anerkanntermaßen Gegenstand einer gerichtlichen Augenscheinseinnahme sein. Ihr Ergebnis kann das Gericht wie das Ergebnis jeder anderen Beweisaufnahme nach freier Überzeugung würdigen und daraus die für seine Entscheidung wesentlichen tatsächlichen Feststellungen herleiten. Daher handelt es sich bei der vom Erstgericht getroffenen und vom Berufungsgericht übernommenen Feststellung einer „auffallenden“ oder „großen“ Ähnlichkeit zwischen der Klägerin und dem Beklagten wiederum um eine tatsächliche Feststellung, deren Nachprüfung dem Revisionsgericht entzogen ist.