

44. Genügt zur Widerlegung der Rechtsvermutung, wonach die von einer Ehefrau nach dem 181. Tage nach Eingehung der Ehe geborenen Kinder als vom Ehemanne erzeugt gelten, schlechthin der Beweis, daß der Ehemann während der ganzen kritischen Zeit den Beischlaf mit der Ehefrau thatsächlich nicht vollzogen habe?

l. 6 Dig. de his qui sui vel alieni l. 6.

VI. Civilsenat. Ur. v. 24. März 1898 i. S. M. (Befl.) w. M. (Kl.).  
Rep. VI. 382/97.

- I. Landgericht Hamburg.  
 II. Oberlandesgericht daselbst.

#### Gründe:

„Gegen die thatsächliche Beurteilung, durch welche das Berufungsgericht zur Anordnung eines vom Kläger zu leistenden Eides, daß er während der ganzen gesetzlichen kritischen Zeit mit seiner Ehefrau, der Mutter des Beklagten, den Beischlaf nicht vollzogen habe, gelangt ist, waltet keinerlei Bedenken ob. Überhaupt kommt es nach Lage der Sache nur auf die Entscheidung der Frage an, ob nach gemeinem deutschen Rechte, wie das Oberlandesgericht annimmt, die Rechtsvermutung, wonach die von einer Ehefrau nach dem 181. Tage nach Eingehung der Ehe geborenen Kinder als vom Ehemanne erzeugt gelten („Pater is est, quem nuptiae demonstrant“, nach l. 5 Dig. de in jus voc. 2,4), schon durch den Beweis, daß der Ehemann während der ganzen kritischen Zeit den Beischlaf mit seiner Frau thatsächlich nicht vollzogen habe, widerlegt wird, oder ob noch ein Weiteres erforderlich ist, insbesondere daß er diesen Beischlaf unmöglich vollzogen haben könne. Maßgebend ist in dieser Frage noch für das heutige gemeine Recht lediglich das römische Recht. Die herrschende Auffassung von diesem letzteren ist nun freilich jahrhundertlang dahin gegangen, daß jener einfache Gegenbeweis nicht genüge, daß vielmehr noch besondere Umstände hinzukommen müssen, wie körperliche Unfähigkeit oder ununterbrochene Abwesenheit des Mannes, welche die Möglichkeit eines Beischlafes während der erheblichen Zeit ganz ausschließen. Jedoch läßt sich diese Ansicht schwerlich rechtfertigen. Zuvörderst entbehrt sie schon der inneren Folgerichtigkeit; die Abgrenzung derjenigen Fälle, wo eine Unmöglichkeit des Beischlafes angenommen wird, erscheint als willkürlich. Logisch ist diese Unmöglichkeit z. B. ebenso wohl gegeben, wenn die Ehegatten, obwohl dieselbe Wohnung teilend, während der kritischen Zeit niemals in unmittelbare körperliche Nähe zu einander gekommen sind, wie wenn sie sich während dieser Zeit beständig in verschiedenen Erdteilen aufgehalten haben; nur der Beweis der ersteren Thatsache wird gegebenen Falles schwerer zu erbringen sein; aber darauf kommt es für die Frage selbst natürlich nicht an. Sodann aber geben auch die in Betracht kommenden römischen Quellenstellen jener Ansicht keine ausreichende Grundlage. Eigentlich handelt es sich dabei nur um eine einzige Quellenstelle, die l. 6 Dig.

de his qui sui vel alieni l. 6. Dort wird allerdings zunächst von der Ansicht des Julianus berichtet, wonach es einem Manne, der während der kritischen Zeit immer mit seiner Frau zusammen gewohnt habe, nicht freistehen sollte, die Echtheit eines von der letzteren geborenen Kindes anzufechten; aber grundlos ist die Behauptung (aufgestellt z. B. von Stिंगing in den Jahrbüchern f. d. Dogm. des Privatrechts, Bd. 9 S. 445 flg.), daß diese Ansicht dort sodann nicht, wie es ja häufig in Pandektenstellen vorkommt, völlig und grundsätzlich verworfen werde. Es wird vielmehr ausdrücklich der Nachweis für genügend erklärt, daß der Ehemann in der betreffenden Zeit den Beischlaf mit seiner Frau nicht vollzogen habe („aliquamdiu cum uxore non concubuisse“). Wenn dann die besonders hervorgehobenen Beispiele freilich solche sind, wo eine Unmöglichkeit des Beischlafes im Sinne der oben erwähnten Ansicht zu Tage liegt, so ist doch ganz allgemein hinzugefügt: „vel alia causa“ (nämlich non concubuisse), was einschränkend auszulegen kein Grund ersichtlich ist. Neben der l. 6 cit. wäre etwa noch die l. 29 § 1 Dig. de prob. 22.3 hier anzuführen, deren ganz allgemein lautende Entscheidung: „veritati locum superfore“, wenigstens eher für, als gegen die hier gebilligte Ansicht spricht. Diese Ansicht hat denn auch in neuerer Zeit mehrere Vertreter gefunden.

So Fuchta, Pandekten (12. Aufl.) § 41 S. 67, und Vorlesungen (6. Aufl.) Bd. 1 S. 98; Arndts, Pandekten (13. Aufl.) § 39 S. 47 flg.; Windscheid, Pandektenrecht (7. Aufl.) Bd. 1 § 56 b Anm. 2 S. 138; Dernburg, Pandekten (5. Aufl.) Bd. 3 § 28 Anm. 9 S. 56; Hegelsberger, Pandekten Bd. 1 § 71 Anm. 16 S. 279 flg.; Stobbe, Deutsches Privatrecht Bd. 4 § 251 Anm. 16 S. 314; Fuchs, Die Rechtsvermutung der ehelichen Vaterchaft S. 17. 51 flg.

Auch beruhen auf ihr, mit Ausnahme der Artt. 312. 313 Code civil, die betreffenden Bestimmungen aller für Deutschland in Betracht kommenden neueren Gesetzgebungen; vgl. §§ 2—4 preuß. A. O. R. II. 2, § 158 österr. B. G. B. und § 1772 sächs. B. G. B.; endlich wird dasselbe künftig rechtens sein nach dem neuen deutschen B. G. B. § 1591, wozu noch zu vergleichen ist § 264 a des dem Reichstage vorgelegten Entwurfes der abgeänderten C. P. O.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Jetzt § 292 C. P. O. in der Fassung vom 20. Mai 1898.

Nach dem Stande der bisherigen Rechtsprechung des Reichsgerichtes wäre es freilich kaum mit dem § 137 Abs. 1 des Gerichtsverfassungsgesetzes vereinbar, auf die soeben dargelegte, ganz durchgreifende Rechtsansicht die Zurückweisung der vorliegenden Revision zu begründen. Zwar hat der IV. Civilsenat sie dem in den Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts Bd. 25 S. 1028 abgedruckten Urtheile mit Entschiedenheit zu Grunde gelegt, sodaß die etwas ältere, in dieser Beziehung etwas zweideutige Entscheidung desselben Senates ebenda S. 1026 hier keinesfalls weiter in Betracht kommen würde; aber später hat der III. Civilsenat laut der Entsch. des R. G.'s in Civilf. Bd. 12 S. 165 sich gegen die unbeschränkte Zulassung des fraglichen Gegenbeweises ausgesprochen,<sup>1</sup> und dem hat sich der jetzt erkennende Senat in der Hamburger Sache M. wider M., Rep. VI. 176/87, angeschlossen. Diese beiden Entscheidungen würden allerdings, auch abgesehen davon, daß die letztere von dem Senate selbst ohne weiteres beiseite gesetzt werden dürfte, einer abweichenden Entscheidung schließlich doch nicht im Wege stehen, da sie keineswegs auf der erwähnten, die unbeschränkte Zulassung des Beweises des Nichtbeischlafes mißbilligenden Rechtsansicht beruhen; denn die erstere hat in jenem konkreten Falle diesen Beweis aus besonderen Gründen dennoch gerade zugelassen, und bei der letzteren kam es praktisch nach Lage der Sache nur auf die, von der jetzt vorliegenden durchaus zu trennende, Frage an, ob aus dem Grade der Reife des geborenen Kindes ein Gegengrund gegen die eheliche Abstammung desselben entnommen werden dürfte. Dagegen ist ernstliche Bedenken in der jetzt fraglichen Beziehung zu erregen geeignet das Urtheil des III. Civilsenates in Sachen H. wider H., Rep. III. 77/88, durch welches das damalige Berufungsurtheil deswegen aufgehoben worden ist, weil dasselbe den Beweis des Nichtbeischlafes für erheblich erklärt habe, ohne daß sich aus dem allgemeinen gegenseitigen Verhältnisse der Ehegatten eine ausreichende Erklärung für diese Abweichung von der Regel des ehelichen Lebens hätte entnehmen lassen, insbesondere ohne daß ernste Ehezwistigkeiten unter ihnen vorgekommen wären. Auch ergibt sich aus dem etwas späteren Urtheile desselben Senates in Sachen

<sup>1</sup> Vorausgesetzt ist ihre Verneinung auch in dem Urtheile desselben Senates ebenda S. 168. D. E.

W. wider N. Ehefr., Rep. III. 110/88, mindestens nicht mit Sicherheit, daß dieser seine Ansicht in der betreffenden Frage nachher geändert hätte; denn wenn hier eventuell auch der einfache Beweis, daß der Beischlaf in der kritischen Zeit tatsächlich nicht vollzogen worden sei, als genügend hingestellt zu werden scheint, so kann dies seine Erklärung sehr wohl in der Berücksichtigung des preußischen Landrechtes finden, das nach Lage jener Sache mit in Betracht zu ziehen war. Der erkennende Senat hat aber dennoch von einer Vorlegung der Rechtsfrage an die vereinigten Zivilsenate deshalb abgesehen, weil sich die hier angefochtene Entscheidung des hanseatischen Oberlandesgerichtes auch von dem vom III. Zivilsenate in der Sache III. 77/88 eingenommenen Standpunkte aus, welcher andererseits ja keineswegs den Beweis der Unmöglichkeit eines Beischlafes verlangt, aufrecht halten ließ. Denn das Oberlandesgericht hat durch Bezugnahme auf die von ihm als glaubwürdig betrachteten eidlichen Zeugenaussagen der Ehefrau des Klägers und auf die eigenen Aussagen des letzteren bei seiner persönlichen Vernehmung tatsächlich festgestellt, daß schon seit längerer Zeit Ehezwistigkeiten unter ihnen obgewaltet hatten, und daß der Kläger in dem von ihm gehegten Verdachte eines ehebrecherischen Verhaltens seiner Ehefrau noch einen besonderen Grund fand, sich der ehelichen Gemeinschaft mit ihr zu enthalten.

Aus diesen Gründen mußte die Revision zurückgewiesen werden.“ . . .