

Für das Nachschlagewerk !

Für die Amtliche Sammlung !

2439 234

46

Gesetz: BGB § 1709 Abs 2; ZPO §§ 411, 402, 377 Abs 4, 397

Rechtssatz:

1. Hat der Ehemann einem während der Ehe geborenen unehelichen Kind seiner Ehefrau bis zur rechtskräftigen Feststellung der Unehelichkeit des Kindes wie ein ehelicher Vater Unterhalt gewährt, so geht der Unterhaltsanspruch des Kindes gegen seinen Erzeuger nach Maßgabe der sinngemäß anzuwendenden Bestimmung des § 1709 Abs 2 BGB auf ihn über (ebenso RG DR 1944, 334).
2. Zum Recht der Parteien, auch bei schriftlicher Begutachtung, das Erscheinen des Sachverständigen vor Gericht zu beantragen (vgl BGHZ 6, 398 ff).

Aktenzeichen: IV ZR 290/56

Urteil des BGH vom 27. Februar 1957 OLG Oldenburg

Verkündet
am 27. Febr. 1957
[redacted] Just. Angest.
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

des Kraftfahrers Otto J. [redacted] in O. [redacted],
[redacted] weg [redacted],

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [redacted]
[redacted]

g e g e n

den Klempner und Installateur Friedrich W. [redacted]
in O. [redacted], Fr. [redacted]-H. [redacted]-Straße [redacted],

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [redacted]
[redacted]

hat der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 20. Februar 1957 unter Mit-
wirkung des Senatspräsidenten Schmidt, der Bundesrich-
ter Raske, Johannsen, Dr. v. Werner und Wüstenberg

für Recht erkannt:

Das Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts
in Oldenburg vom 5. Oktober 1956 wird aufgehoben.
Der Rechtsstreit wird zur erneuten Verhandlung und
Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an
das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die am 13. April 1935 geschlossene Ehe des Klägers mit Helene geb. F. [REDACTED] ist durch rechtskräftiges Urteil des Landgerichts in Osnabrück vom 26. November 1953 geschieden worden. Am 29. Februar 1940 hat die damalige Ehefrau des Klägers eine Tochter (Christa) geboren. Durch rechtskräftiges Urteil des Landgerichts in Osnabrück vom 28. Oktober 1954 ist festgestellt, daß diese kein eheliches Kind des Klägers ist.

Der Kläger hat behauptet, der Beklagte sei der Erzeuger dieses Kindes. Er habe im Eherechtsstreit als Zeuge bekundet, daß er vor dem zweiten Weltkrieg mehrere Male mit der damaligen Ehefrau des Klägers geschlechtlich verkehrt habe. Das Kind habe auch körperliche Ähnlichkeiten mit ihm hinsichtlich der Kopfform, der Mundstellung, der Stellung der Zähne, es habe auch die gleiche Augenfarbe und die gleiche Ohrenpartie wie er. Überdies leide es an einer Erbkrankheit (Geistesschwäche und Sehnenverkürzung im Knie), die auch in der Verwandtschaft des Beklagten aufgetreten sei. Er - Kläger - habe das Kind seit seiner Geburt bis zur Trennung von seiner früheren Ehefrau, also von Februar 1940 bis Februar 1952 mit geringen kriegsbedingten Unterbrechungen unterhalten und dadurch einen Schaden von 6.600,-- DM erlitten. Diesen verlange er vom Beklagten ersetzt. Er hat beantragt,

den Beklagten zur Zahlung von 6.600,-- DM nebst
4 % Zinsen zu verurteilen.

Der Beklagte hat

Klagabweisung

beantragt. Er hat bestritten, der Vater des Kindes zu sein und eingewendet, er habe mit dessen Mutter keinen Geschlechtsverkehr gehabt. Wenn er im Eherechtsstreit als Zeuge ausgesagt habe, er habe im Jahre 1937 oder 1938 einige Male mit ihr geschlechtlich verkehrt, so



könne seiner damaligen Aussage kein Beweiswert beigemessen werden, weil er 1952 durch einen Unfall eine Gehirnerschütterung erlitten habe und es nicht ausgeschlossen sei, daß seine damalige Aussage auf einer Gedächtnistäuschung beruhe. Im übrigen habe er auch nach seiner damaligen Aussage der Mutter des Kindes nicht innerhalb der Empfängniszeit, sondern ein oder zwei Jahre vorher beigewohnt. Es treffe auch nicht zu, daß das Kind die behaupteten Ähnlichkeiten mit ihm habe und daß in seiner Verwandtschaft Fälle der behaupteten Erbkrankheiten aufgetreten seien.

Das Landgericht hat ein Blutgruppengutachten des Instituts für gerichtliche Medizin der Universität Münster eingeholt. Nach diesem von Professor Dr. Ponsold erstatteten Gutachten ist es (auf Grund der festgestellten M- und N-Faktoren) offenbar unmöglich, daß der Beklagte der Erzeuger des Kindes Christa J. [REDACTED] ist,

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat nach weiterer Beweiserhebung die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Kläger sein Klagebegehren weiter.

Der Beklagte bittet, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht ist, ohne auf die rechtlichen Grundlagen des Klageanspruchs einzugehen, stillschweigend davon ausgegangen, daß der vom Kläger vorgetragene Sachverhalt diesen Anspruch an sich rechtfertige, die Klage also auf Grund des Klagevortrags schlüssig sei. Es ist dabei anscheinend der Auffassung des Klägers gefolgt, daß der von ihm geltend gemachte Anspruch als Schadensersatzanspruch aus unerlaubter Handlung nach den

Vorschriften der §§ 823, 826 BGB begründet sei. Demgegenüber ist jedoch auf die grundsätzlichen rechtlichen Bedenken hinzuweisen, die, wie der Senat in seinem Urteil vom 21. März 1956 - LM Nr 3 zu § 823 (Af) - näher dargelegt hat, gegen eine Heranziehung dieser Gesetzesvorschriften zur Regelung vermögensrechtlicher Folgen eines Ehebruchs bestehen. Ob diese Bedenken auch hier durchgreifen würden, kann indes dahinstehen, da der Klageanspruch in jedem Falle aus einem anderen rechtlichen Gesichtspunkt begründet ist. Wie in der Rechtsprechung wiederholt angenommen worden ist, hat das im Ehebruch mit der Kindesmutter erzeugte Kind, auch bevor seine Ehelichkeit mit Erfolg angefochten ist, gegen seinen außerehelichen Erzeuger einen Unterhaltsanspruch, der auf Grund einer sinngemäßen Anwendung des § 1709 Abs 2 BGB auf den Ehemann der Kindesmutter übergeht, sofern dieser bis zur Anfechtung der Ehelichkeit dem Kinde als ehelicher Vater Unterhalt gewährt. Die Vorschrift des § 1709 BGB ist weiter geltendes Recht; denn sie widerspricht nicht etwa der Gleichberechtigung im Sinne von Art 3 Abs 2 GrundG (vgl Soergel-Siebert 8. Aufl § 1709 BGB Vorbem).

Der Senat hat keine Bedenken, der erwähnten, erstmalig vom Reichsgericht (DR 1944, 334) entwickelten Rechtsauffassung, der sich die Oberlandesgerichte Braunschweig (MDR 1947, 33) und Koblenz (NJW 1955, 1189) sowie das Landgericht Stade (NJW 1953, 1790) angeschlossen haben, unter Ablehnung der gegenteiligen Ansicht des Landgerichts Traunstein (NJW 1954, 1726) zu folgen (vgl auch den Aufsatz von Boehmer in NJW 1955, 210).

Zunächst steht, wie das Oberlandesgericht Koblenz (aaO) zutreffend dargelegt hat, die Annahme, daß für das im Ehebruch mit der Kindesmutter erzeugte, einstweilen als ehelich geltende Kind gegen den Ehebrecher

als Erzeuger nach Maßgabe der §§ 1708 ff BGB auch vor der rechtskräftigen Anfechtung der Ehelichkeit ein Unterhaltsanspruch entsteht, nicht in Widerspruch zu dem Urteil des erkennenden Senats vom 30. September 1954 (BGHZ 14, 358 ff). In dieser Entscheidung hat der Senat ausgesprochen, daß ein Ehemann, solange er die Ehelichkeit eines in seiner Ehe geborenen Kindes nicht angefochten hat, wegen des von ihm dem Kind geleisteten Unterhalts keine Ansprüche gegen einen Dritten geltend machen kann, zu deren Begründung er sich darauf berufen müßte, daß nicht er, sondern der Dritte der Erzeuger des Kindes sei. Denn mit einem so begründeten Anspruch würde er dem Verbot des § 1593 BGB zuwider die Unehelichkeit des Kindes geltend machen. Damit ist jedoch lediglich die rechtliche Möglichkeit verneint, gegen den Erzeuger noch vor der rechtskräftigen Feststellung der Ehelichkeit Ansprüche geltend zu machen, die sich auf die Tatsache seiner außerehelichen Vaterschaft stützen. Daß dem Kind, wie jedem unehelichen Kind, tatsächlich ein Unterhaltsanspruch gegen seinen außerehelichen Erzeuger erwächst, ist dadurch nicht ausgeschlossen. Die Vorschrift des § 1593 begründet lediglich ein Hindernis für die Geltendmachung eines solchen Anspruchs und zwar ein Hindernis, das in dem Augenblick wegfällt, in dem eine Anfechtungsklage zur rechtskräftigen Feststellung der Unehelichkeit des Kindes führt.

Der Rechtsgrund der Unterhaltsleistungen, die der Ehemann der Kindesmutter dem Kind bis zu diesem Zeitpunkt gewährt, ist ein vom Gesetz unterstelltes Verwandtschaftsverhältnis zwischen dem Leistenden und dem Kind. Nach dem Grundgedanken und dem Zweck des § 1709 BGB sollen nun die Mutter und die mütterlichen Verwandten eines unehelichen Kindes neben dem Erzeuger nur subsidiär für den Unterhalt des Kindes aufkommen. Dabei ist

in ihrem Interesse, aber auch, um im Interesse des Kindes ihre Bereitschaft zur Leistung des Unterhalts zu fördern, angeordnet, daß der Unterhaltsanspruch des Kindes gegen den Vater kraft Gesetzes auf den subsidiär unterhaltspflichtigen Verwandten übergeht, wenn dieser den Unterhalt gewährt. Es wäre aber unbillig und mit diesem Sinn und Zweck des § 1709 nicht vereinbar, wenn aus dem vom Gesetz zunächst unterstellten Verwandtschaftsverhältnis zwischen dem Ehemann der Kindesmutter und dem Kind zwar eine gesetzliche Unterhaltspflicht hergeleitet würde, der Ehemann hinsichtlich dieser Unterhaltspflicht aber im Verhältnis zu dem in erster Linie unterhaltspflichtigen Erzeuger nicht die Vorteile haben sollte, die das Gesetz den mütterlichen Verwandten, d.h. den Personen, die zu dem unterhaltsberechtigten Kind in einem wirklichen Verwandtschaftsverhältnis stehen, zubilligt. Daß sich das vom Gesetz zunächst unterstellte Verwandtschaftsverhältnis zwischen dem Ehemann der Kindesmutter und dem Kind später als nicht bestehend erweist, kann einer Gleichstellung des Ehemanns mit den mütterlichen Verwandten des Kindes hinsichtlich der im § 1709 Abs 2 BGB getroffenen Regelung nicht im Wege stehen. Die aus dem unterstellten Verwandtschaftsverhältnis für den Ehemann der Kindesmutter tatsächlich eingetretenen Rechtswirkungen fordern vielmehr diese Gleichstellung. Denn es kann nicht Rechtens sein, daß der außereheliche Erzeuger aus der Tatsache, daß der Unterhalt des von ihm erzeugten Kindes statt von der Mutter oder von einem mütterlichen Verwandten des Kindes, von einem Dritten auf Grund einer vermeintlichen und vom Gesetz unterstellten Verwandtschaft und der dadurch begründeten gesetzlichen Unterhaltspflicht gewährt ist, einen Vorteil ziehen und dieser Dritte auf einen in aller Regel nicht zu verwirklichenden Bereicherungsan-

spruch gegen das Kind verwiesen werden soll. Wenn das Gesetz im § 1709 Abs 2 BGB einen Forderungsübergang ausdrücklich nur zugunsten der Kindesmutter und der mütterlichen Verwandten des Kindes angeordnet hat, so beruht das, wie das Reichsgericht (aaO) ausgeführt hat, ersichtlich darauf, daß in aller Regel als gesetzlich Unterhaltspflichtige neben der Kindesmutter nur mütterliche Verwandte des Kindes in Frage kommen.

Einen Unterhaltsanspruch gegen den Beklagten kann aber der Kläger gemäß § 1709 Abs 2 BGB nur erworben haben, wenn das uneheliche Kind seiner früheren Ehefrau tatsächlich aus einem ehebrecherischen Geschlechtsverkehr des Beklagten mit der geschiedenen Ehefrau des Klägers stammt.

II. Das Berufungsgericht hat den Klageanspruch mit der Begründung abgewiesen, daß der Kläger diese Behauptung nicht beweisen könne.

Es hat dabei zutreffend angenommen, daß dieser Beweis nicht schon dann geführt wäre, wenn feststünde, daß der Beklagte tatsächlich in der gesetzlichen Empfängniszeit mit der Kindesmutter geschlechtlich verkehrt hat. Eine Feststellung dieses Inhalts würde vielmehr die Möglichkeit offen lassen, daß die Kindesmutter das Kind aus einem Geschlechtsverkehr mit einem anderen Mann empfangen hat. Eine Empfängnis von ihrem damaligen Ehemann, dem Kläger, kommt zwar nach dem Ergebnis des Rechtsstreits, der über die eheliche Abstammung des Kindes geführt worden ist, nicht in Betracht. Es bliebe aber noch die Möglichkeit, daß die Kindesmutter das Kind von einem dritten Mann empfangen hat.

1) Das Berufungsgericht ist mit dem Landgericht auf Grund des Ergebnisses der Blutgruppenbestimmung zu der Überzeugung gelangt, daß eine Abstammung des Kindes von dem Beklagten unmöglich ist. Die Revision meint, das Berufungsgericht habe diese Feststellung nicht treffen dürfen, ohne zuvor die Kindesmutter, wie der Kläger es (Bl 44 d.A.) beantragt hatte, darüber zu vernehmen, daß sie in der gesetzlichen Empfängniszeit nur mit dem Beklagten und dem Kläger Geschlechtsverkehr gehabt habe. Das Unterlassen dieser Vernehmung bedeute einen Verstoß des Gerichts gegen die §§ 286, 622, 640 ZPO.

Diese Rüge ist an sich nicht berechtigt. Das Berufungsgericht konnte von der beantragten Vernehmung der Kindesmutter absehen, ohne das Verfahrensrecht zu verletzen. Denn auch wenn die Kindesmutter - entgegen ihrer bestimmten Aussage im Ehescheidungsrechtsstreit - jetzt als Zeugin die Behauptung des Klägers bestätigt hätte, daß sie in der gesetzlichen Empfängniszeit außer mit dem Kläger nur mit dem Beklagten geschlechtlich verkehrt habe, so hätte das Ergebnis der Blutgruppenuntersuchung dadurch an sich nicht entkräftet werden können. Wie der Senat bereits in seinem Urteil vom 12. April 1951 (BGHZ 2, 6 ff [117]) dargelegt hat, ist die Beweiskraft eines Blutgruppengutachtens für den Ausschluß einer Vaterschaft unter der Voraussetzung, daß die Blutgruppen im jeweils gegebenen Fall richtig bestimmt sind, immer stärker als die Beweiskraft anderer Beweismittel. Das Berufungsgericht ist aber davon ausgegangen - und es hat diese seine Überzeugung, zunächst abgesehen von der unter zu II 3 noch zu erörternden Frage - frei von Rechtsirrtum, im einzelnen näher begründet -, daß stichhaltige Bedenken gegen die Richtigkeit der Blutgruppenbestimmung durch den Sachverständigen Prof. Ponsold nicht vorgebracht werden könnten. Es konnte des-

halb unterstellen, daß die Kindesmutter, das, was sie nach dem Vortrag des Klägers bekunden sollte, tatsächlich aussagen werde, ohne - auch hier zunächst abgesehen von den zu II, 3 zu prüfenden Bedenken - an der Feststellung gehindert zu sein, daß das Kind nicht vom Beklagten abstammen könne (vgl RG 97, 243).

2) Das Berufungsgericht hat das vom Sachverständigen erstattete Blutgruppengutachten auch ohne Bestätigung durch einen zweiten Gutachter für voll beweiskräftig angesehen und deshalb dem Antrag des Klägers, einen zweiten Sachverständigen als Obergutachter zu hören, nicht stattgegeben. Auch darin kann entgegen der von der Revision vorgetragenen Auffassung keine Verletzung des Verfahrensrechts erblickt werden. In seiner oben erwähnten Entscheidung (S 13) hat der Senat ausgeführt, daß sich feste Regeln darüber, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfang dem Richter trotz Vorliegens eines Blutgruppengutachtens noch eine weitere Aufklärungspflicht obliegen könne, nicht aufstellen lassen. Die Beantwortung dieser Frage werde weitgehend dem die jeweilige Tatsachen- und Beweislage pflichtgemäß würdigenden Ermessen des Richters überlassen werden müssen. Die Zuziehung eines zweiten Gutachters ist freilich in den Fällen, wo der Vaterschaftsausschluß sich wie hier auf die Faktoren M N oder C c oder auf die Untergruppen A 1, A 2 stützt, grundsätzlich geboten und wird also in aller Regel vorzunehmen sein. Das Berufungsgericht hat seine Abweichung von dieser Regel im vorliegenden Falle mit einem Hinweis auf die Persönlichkeit des Sachverständigen sowie damit begründet, daß dieser bereits aus eigenem Anlaß eine zweite Blutentnahme veranlaßt und eine zweite Untersuchung als Kontrolluntersuchung durchgeführt habe, deren Ergebnis dasselbe gewesen sei wie das der ersten. Danach kann in dieser Hinsicht von einer

mangelnden Sorgfalt des Berufungsgerichts bei der Durchführung der ihm obliegenden Aufklärung des Sachverhalts nicht gesprochen werden, zumal, nachdem es durch eine besondere Beweiserhebung festgestellt hatte, daß bei der Entnahme der Blutproben keine Verwechslung vorgekommen war, und zumal da der Sachverständige (Bl 94 d.A.) versichert hatte, daß das Blut des Kindes und des Beklagten bei jeder Untersuchung zweimal, insgesamt also viermal mit je verschiedenen Seren untersucht worden sei.

Bei dieser Sachlage brauchte das Berufungsgericht an sich auch den Umstand, daß die Kindesmutter möglicherweise aussagen werde, sie habe in der gesetzlichen Empfängniszeit außer mit dem Kläger nur mit dem Beklagten geschlechtlich verkehrt, nicht zum Anlaß zu nehmen, die Beweiskraft des von Prof. Ponsold erstatteten Gutachtens in Frage zu stellen und aus diesem Grund die Begutachtung durch einen zweiten Sachverständigen anzuordnen.

3) Die Revision rügt schließlich, daß das Berufungsgericht entgegen dem Antrag des Klägers das Erscheinen des Sachverständigen vor Gericht nicht angeordnet und so dem Kläger keine Gelegenheit gegeben habe, dem Sachverständigen in der mündlichen Verhandlung Fragen vorlegen zu lassen. Diese Rüge ist begründet. Wie der Senat in seinem Urteil vom 10. Juli 1952 (BGHZ 6, 398 401) dargelegt hat, haben die Parteien das Recht, dem Sachverständigen - wie einem Zeugen - diejenigen Fragen vorlegen zu lassen, die sie zur Aufklärung des Sachverhalts für dienlich erachten. Zu diesem Zweck ist grundsätzlich auch das Erscheinen des Sachverständigen vor Gericht anzuordnen, wenn eine Partei es beantragt. Die Ablehnung eines solchen Antrags ist nur dann zu recht-

fertigen, wenn er offensichtlich nur zum Zwecke der Verschleppung des Rechtsstreits oder in einer anderen mißbräuchlichen Absicht gestellt worden ist. Daß hier zu einer solchen Annahme Anlaß bestand, ergeben die Darlegungen des Berufungsgerichts nicht. An einer Verschleppung des Rechtsstreits konnte der Kläger kein Interesse haben. Die Absicht eines Rechtsmißbrauches könnte auch nicht schon aus dem Umstand hergeleitet werden, daß der Kläger den Antrag erst gestellt hatte, nachdem der Sachverständige sich bereits schriftlich zu den Bedenken, die der Kläger in der Berufungsbegründungsschrift im einzelnen gegen das Blutgruppengutachten vorgebracht hatte, ausführlich geäußert und dargelegt hatte, daß sie unbegründet seien. Die auch nach dieser schriftlichen Äußerung des Sachverständigen verbliebenen Bedenken des Klägers bezogen sich auf die Frage, in welcher Weise die Blutgruppenuntersuchung durchgeführt, insbesondere ob und in welcher Form der Sachverständige persönlich dabei mitgewirkt hatte. Diese Frage konnte dem Kläger, abgesehen davon, daß jedes Blutgruppengutachten entscheidend auf der Voraussetzung fußt, daß die Blutgruppen im gegebenen Fall richtig bestimmt sind, um so weniger verwehrt werden, als entgegen der Regel ein zweiter Gutachter nicht zugezogen war und sich aus der Äußerung des Sachverständigen in der Tat nicht eindeutig ergab, ob er die Untersuchung selbst durchgeführt hatte oder ob und von wem sie unter seiner Aufsicht vorgenommen worden war. Der Kläger hatte also seinen Antrag auf Vorladung des Sachverständigen hinreichend begründet. Es kann von der Partei, die einen solchen Antrag stellt, nicht verlangt werden, daß sie die Fragen, die sie an den Sachverständigen zu richten beabsichtigt, im voraus einzeln formuliert. Es muß genügen, wenn sie allgemein angibt, in welcher Richtung sie durch ihre Fragen eine weitere Aufklärung herbeizuführen wünscht.

Bei der gegebenen Sachlage dürfte freilich die Erwägung nahe liegen, ob nicht durch die nochmalige Einholung eines Blutgruppengutachtens von einem zweiten Sachverständigen für die Frage, ob die Blutgruppen richtig bestimmt worden sind, mehr gewonnen wird als durch eine weitere mündliche Befragung des bereits zugezogenen Sachverständigen. Das Berufungsgericht wird deshalb zweckmäßigerweise erwägen, ob es nicht dem Kläger anheimgeben will, seinen Antrag auf Vorladung des Sachverständigen nur für den Fall aufrechtzuhalten, daß das Gericht nach wie vor von der Einholung eines zweiten Blutgruppengutachtens absieht.

Schmidt Raske Johannsen Bundesrichter Wüstenberg
v. Werner ist
beurlaubt und
verhindert zu
unterschreiben.

Schmidt