

26

Nachschlagewerk: ja  
BGHZ: nein

---

NEhelG Art. 12 §§ 3, 12; BGB § 1600 o

Die in Art. 12 § 3 Abs. 2 Satz 5 enthaltene Vermutung der Beiwohnung und die dort in bezug genommene Vermutung des § 1600 o Abs. 2 BGB gelten auch für einen Rechtsstreit in Kindschaftssachen, der vor dem Inkrafttreten des Nichtehelichengesetzes anhängig geworden ist.

GG Art. 6 Abs. 5; NEhelG Art. 12 § 3

Die in Art. 12 § 3 Abs. 1 getroffene Übergangsregelung, die dem Vaterschaftsanerkennntnis weitergehende Wirkungen beilegt, als sie ihm zu der Zeit zukamen, als die Erklärung abgegeben wurde, verstößt nicht gegen allgemeine Grundsätze des Verfassungsrechts.

BGH, Urt. v. 28. Februar 1973 - IV ZR 24/71 - KG Berlin  
LG Berlin

# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

## URTEIL

IV ZR 24/71

Verkündet am

28. Februar 1973  
Hellmann,  
Justizhauptsekretär  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Rentners Kurt K [REDACTED], B [REDACTED],  
E [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

die am [REDACTED] 1961 geborene Elke G [REDACTED],  
B [REDACTED], E [REDACTED]straße [REDACTED] bei K [REDACTED],  
vertreten durch den Stadtvormund D [REDACTED] beim Bezirks-  
amt T [REDACTED], Abteilung Jugend und Sport,  
- Jugendamt -,

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED]  
und Prof. Dr. [REDACTED] -

LF

- 2 -

Der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat  
auf die mündliche Verhandlung vom 24. Januar 1973 durch  
die Richter Johannsen, Dr. Pfretzschner, Dr. Reinhardt,  
Dr. Buchholz und Knüfer

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das  
Urteil des 12. Zivilsenats des Kammerge-  
richts in Berlin vom 26. November 1970  
aufgehoben.

Der Rechtsstreit wird zur neuen Verhand-  
lung und Entscheidung, auch über die Ko-  
sten des Revisionsrechtszuges, an das Be-  
rufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

#### Tatbestand:

Die am 14. Oktober 1961 geborene Klägerin begehrt  
mit der am 4. Mai 1965 dem Beklagten zugestellten Klage  
die Feststellung, daß sie von dem Beklagten abstammt.

Die Klägerin ist durch Urteil des Landgerichts  
Berlin vom 10. Mai 1963 (35 R 194/62) als nach der Schei-  
dung der Ehe ihrer Mutter geborenes Kind rechtskräftig  
für nicht ehelich erklärt worden, nachdem der geschiedene  
Ehemann der Kindesmutter durch Blutgruppengutachten als  
Vater ausgeschlossen wurde.



Am 13. April 1965 erkannte der Beklagte vor dem Jugendamt T [REDACTED] zu Reg.-Nr. 701/1965 in einer vollstreckbaren öffentlichen Urkunde die Vaterschaft zu der Klägerin an und verpflichtete sich zur Zahlung von Unterhalt.

Die Klägerin hat behauptet, der Beklagte sei ihr Erzeuger. Er habe mit ihrer Mutter während der gesetzlichen Empfängniszeit vom 16. Dezember 1960 bis zum 16. April 1961 geschlechtlich verkehrt. Auch gegenüber seiner Ehefrau, Martha K [REDACTED], habe er zugegeben, mit ihrer Mutter geschlechtlich verkehrt zu haben.

Die Klägerin hat daher beantragt festzustellen, daß sie vom Beklagten abstammt.

Der Beklagte hat um Klageabweisung gebeten.

Er hat bestritten, mit der Mutter der Klägerin während der gesetzlichen Empfängniszeit geschlechtlich verkehrt zu haben.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat das Berufungsgericht unter Abänderung des landgerichtlichen Urteils festgestellt, daß der Beklagte der Vater der Klägerin ist.

Mit der zugelassenen Revision, um deren Zurückweisung die Klägerin bittet, verfolgt der Beklagte die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

1. Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, daß die schon vor dem Inkrafttreten des Nichtehe-lichengesetzes (NEhelG) vom 19. August 1969 (BGBl I 1969, 1243) erhobene positive Feststellungsklage auch nach dem Inkrafttreten dieses Gesetzes am 1. Juli 1970 zulässig bleibt und fortgesetzt werden kann. Dies ergibt sich aus der Übergangsregelung des Art. 12 § 12 NEhelG, wonach die Vorschriften des Art. 12 § 3 NEhelG der Fortsetzung eines Rechtsstreits, der die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens der nichtehelichen Vaterschaft zum Gegenstand hat, nicht entgegenstehen, jedoch das bisher gel- tende Verfahrensrecht maßgebend bleibt.

Rechtlich ist es auch nicht zu erinnern, daß das Berufungsgericht seiner Entscheidung das neue Recht des Nichtehe-lichengesetzes zugrunde gelegt hat.

Da die positive Feststellungsklage nur das Gegen- stück zur negativen Feststellungsklage darstellt, kann für beide auch nur gleiches Recht zur Anwendung kommen. Die fortgesetzte negative Feststellungsklage aber ent- spricht sowohl sachlich als auch ihrem Antrag nach der Anfechtungsklage nach Art. 12 § 3 Abs. 2 NEhelG, so daß auf sie auch die für die Anfechtungsklage geltenden Vor- schriften anzuwenden sind. Andernfalls käme man zu dem nicht tragbaren Ergebnis, daß verschiedenes Recht anzu- wenden wäre, je nachdem, ob der Mann seine Klage - der die vom Kind erhobene positive Feststellungsklage ent- spricht - zufällig vor oder nach dem Inkrafttreten des Nichtehe-lichengesetzes erhoben hätte. Deswegen kann nicht angenommen werden, daß der Gesetzgeber die Vermutung, daß

der Mann der Mutter in der Empfängniszeit beigewohnt hat (Art. 12 § 3 Abs. 2 Satz 5 NEhelG), und die weitere Vermutung, daß das Kind hierbei gezeugt worden ist (§ 1600 o Abs. 2 Satz 1 BGB), als Vorschriften des Verfahrens im Sinne des Art. 12 § 12 Satz 1 NEhelG angesehen wissen wollte.

Dem vor dem Inkrafttreten des Nichtehelichengesetzes abgegebenen Vaterschaftsanerkennnis sind durch die Übergangsregelung dieses Gesetzes weitergehende Rechtswirkungen beigelegt worden, als es sie nach dem früheren Recht hatte. Das Vaterschaftsanerkennnis nach § 1718 aF BGB hatte hauptsächlich Bedeutung für den Unterhaltsrechtsstreit. Der Anerkennende konnte sich in diesem nicht mehr darauf berufen, daß ein anderer Mann der Mutter innerhalb der Empfängniszeit beigewohnt habe. Innerhalb eines Rechtsstreits auf Feststellung der Abstammung mußte indes ungeachtet der Anerkennung von dem die Abstammung behauptenden Kläger der volle Beweis hierfür erbracht werden. Das Anerkennnis konnte nur ein Indiz dafür sein, daß der Vater der Kindesmutter innerhalb der Empfängniszeit beigewohnt hat.

Nach Art. 12 § 3 Abs. 1 NEhelG ist jetzt derjenige, der die Vaterschaft anerkannt hat, Vater im Sinne des Gesetzes mit allen sich aus diesem Gesetz ergebenden Wirkungen. Diese Rechtsfolge kann nach Abs. 2 dieser Bestimmung nur dadurch abgewandt werden, daß der Vater, die Mutter oder das Kind, evtl. die nächsten Angehörigen, die Vaterschaft mit einer Klage anfechten. Nach Art. 12 § 3 Abs. 2 Satz 5 NEhelG wird jetzt in dem die Abstammung klärenden Rechtsstreit kraft der früher erklärten Aner-

kennung vermutet, daß der Anerkennende der Kindesmutter innerhalb der Empfängniszeit beigewohnt hat und darüber hinaus nach § 1600 o Abs. 2 BGB weiter, daß er auch der Erzeuger des Kindes ist. Der die Vaterschaft behauptende Kläger oder Beklagte braucht in den Fällen, in denen die Vaterschaft früher anerkannt worden ist, den Beweis, den er nach altem Recht erbringen mußte, nicht mehr zu führen. Im Gegenteil muß derjenige, der die Abstammung bestreitet, beweisen, daß der Mann, der das Anerkenntnis abgegeben hat, der Kindesmutter nicht innerhalb der Empfängniszeit beigewohnt hat oder daß mindestens schwerwiegende Zweifel an der Vaterschaft verbleiben.

Hieraus lassen sich jedoch nicht, wie die Revision meint, verfassungsrechtliche Bedenken gegen Art. 12 § 3 NEhelG herleiten. Zwar kann der Bürger im allgemeinen darauf vertrauen, daß seine Rechtsstellung nicht nachträglich durch gesetzliche Vorschriften verschlechtert oder gar entwertet wird. Gegen diesen Grundsatz verstößt Art. 12 § 3 NEhelG indes nicht. Die darin enthaltene Regelung wirkt sich nicht zum Nachteil nur eines der Beteiligten aus. In der Mehrzahl aller Fälle werden die Beteiligten nicht bezweifeln, daß derjenige, der sich seinerzeit als Vater des Kindes bekannt hat, auch dessen Erzeuger ist. Wo dieses aber umstritten ist, kommt die neue Regelung dem Kind oder dem Vater zugute, je nachdem, wer sich von ihnen auf die Abstammung beruft.

Es mag zwar zu erwarten sein, daß die Fälle, in denen sich die Vorschrift zugunsten des Kindes und damit zum Nachteil des Vaters, der die Erklärung abgegeben hat, auswirken wird, häufiger als die gegenteiligen sein werden. Aber auch daraus lassen sich keine durchschlagenden

Bedenken gegen die Gültigkeit der Bestimmung herleiten. Die Fälle, in denen die in Abs. 2 enthaltene Vermutung der Beiwohnung zum Tragen kommt, werden selten sein. Denn nach der Lebenserfahrung wird in aller Regel ein Vaterschaftsanerkennntnis nur abgegeben, wenn auch innerhalb der Empfängniszeit eine Beiwohnung erfolgt ist. Schwerer wirkt indes die daran anknüpfende weitergehende Vermutung, daß das Kind aus dieser Beiwohnung stammt.

Wesentlich ist, daß der Gesetzgeber die praktischen Auswirkungen der von ihm für den Übergang zu treffenden Regelung nicht außer acht lassen konnte. Hätte er sich dahin entschieden, daß weitere Wirkungen als die Unterhaltsberechtigung des Kindes nur auf eine erneute Anerkennung oder ein die Abstammung feststellendes rechtskräftiges Urteil zu gründen seien, dann hätte damit gerechnet werden müssen, daß eine große Zahl von Rechtsstreitigkeiten anhängig geworden wäre, die die Gerichte in absehbarer Zeit allein im Hinblick auf das Fehlen einer genügenden Zahl von geeigneten Sachverständigen nicht hätten entscheiden können. Auch wäre der Beweis der Abstammung wegen der Länge der inzwischen verstrichenen Zeit oft wesentlich schwerer zu führen gewesen, als wenn die Klage alsbald nach der Geburt des Kindes anhängig gemacht worden wäre. Der Gesetzgeber sah sich daher vor die Frage gestellt, ob es bei den bisherigen Auswirkungen eines Vaterschaftsanerkennntnisses verbleiben sollte oder ob es im Hinblick auf Art. 6 Abs. 5 GG gerechtfertigt sei, die bisherige auf einer Vaterschaftsanerkennung beruhende Rechtsstellung des nichtehelichen Kindes in der durch die Übergangsregelung erfolgten Weise anzugleichen und auszugestalten. Wenn dabei vielleicht für die Mehrzahl der Fälle die Interessen des Kindes be-

vorzugt worden sind, so ist das nicht willkürlich, sondern aus wohlerwogenen, sachlich vertretbaren Erwägungen geschehen. Ein solches Verfahren ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden (BVerfGE 3, 225, 237; 25, 269, 290). Den Interessen des als Vater in Anspruch genommenen Mannes ist dadurch hinreichend Rechnung getragen, daß die neue Regelung die Möglichkeit schafft, die größtmögliche Übereinstimmung mit den wahren Abstammungsverhältnissen herbeizuführen. Ein zur Unterhaltsleistung an das nichteheliche Kind verurteilter Mann kann unter der neuen Regelung die Gewißheit haben oder erlangen, daß er auch der wirkliche Vater des Kindes ist.

2. Das Berufungsgericht konnte mithin ohne Rechtsverstoß davon ausgehen, daß die vom Beklagten abgegebene Vaterschaftsanerkennung gemäß Art. 12 § 3 Abs. 2 Satz 5 NEhelG die Vermutung begründet, der Beklagte habe der Mutter der Klägerin in der Empfängniszeit beigewohnt. Diese Vermutung kann jedoch, wie jede widerlegbare Vermutung, durch den Beweis des Gegenteils entkräftet werden.

Das Berufungsgericht hat diese Vermutung für nicht widerlegt angesehen. Wie aber die Revision mit Recht rügt, beruht dies auf einem Verfahrensverstoß.

Zwar besteht im Vaterschaftsprozeß die Pflicht zur Ermittlung von Amts wegen (§§ 640 aF, 619, 622 Abs. 1 ZPO). Das besagt aber nichts anderes, als daß alle zur Verfügung stehenden Beweise zu nutzen sind und daher

der Richter auch verpflichtet ist, allen von den Parteien gestellten zulässigen und für die Entscheidung erheblichen Beweisanträgen zu entsprechen.

Hier hatte sich der Beklagte in der Berufungsinstanz unter Berufung auf ein Schreiben der Mutter der Klägerin vom 11. Februar 1970 auf deren Zeugnis dafür berufen, daß er ihr nicht in der Empfängniszeit beigewohnt habe. In dem Schreiben hatte die Mutter der Klägerin ausgeführt, daß sie mit dem Beklagten in der gesetzlichen Empfängniszeit keinen Geschlechtsverkehr gehabt habe, "was sie jederzeit beeidigen könne". Zwar hatte die Mutter der Klägerin im Verhandlungstermin vom 30. März 1966 vor dem Landgericht von ihrem Aussageverweigerungsrecht Gebrauch gemacht. Der Inhalt ihres späteren Schreibens rechtfertigte jedoch den Schluß, daß sie nunmehr aussagen wolle. Jedenfalls der Versuch, sie als Zeugin zu vernehmen, war daher unumgänglich. Allerdings hätte sich, falls die Mutter der Klägerin aussagebereit gewesen wäre und ihre Angaben im Schreiben vom 11. Februar 1970 bestätigt hätte, auch die Notwendigkeit ergeben, diese Zeugin der Zeugin Martha K. (Ehefrau des Beklagten) gegenüberzustellen. Denn Frau K. war von der Klägerin als Zeugin dafür benannt worden, daß ihr die Mutter der Klägerin am 20. Dezember 1968 zugestanden habe, in der gesetzlichen Empfängniszeit mit dem Beklagten Geschlechtsverkehr gehabt zu haben. Hierzu war eine der Behauptung entsprechende schriftliche Erklärung der Frau K. überreicht worden, die diese am 26. Mai 1970 wohl gegenüber dem Jugendamt abgegeben hatte. Eine eventuelle Vervollständigung der Beweisaufnahme in diesem Rahmen wäre weiterhin durch die Anordnung des persönlichen Erscheinens des Beklagten und dessen Vernehmung nach § 619 ZPO herbeizuführen gewesen.

Danach läßt sich nicht ausschließen, daß das Berufungsgericht bei Durchführung dieser Beweisaufnahme möglicherweise zu der Überzeugung gelangt wäre, der Beklagte habe die Vermutung, der Mutter der Klägerin in der Empfängniszeit beigewohnt zu haben, durch den Beweis des Gegenteils entkräftet. Dies aber hätte zur Abweisung der Klage führen müssen.

3. Auf die Revision des Beklagten ist daher das angefochtene Urteil aufzuheben, und der Rechtsstreit ist zu neuer Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

4. Sollte das Berufungsgericht wiederum zu dem Ergebnis gelangen, daß die Vermutung der Beiwohnung nicht widerlegt ist, dann greift die weitere Vermutung durch, daß die Klägerin aus dieser Beiwohnung stammt. Sie gilt nur dann nicht, wenn nach Würdigung aller Umstände schwerwiegende Zweifel an der Vaterschaft des Beklagten verbleiben (§ 1600 o Abs. 2 BGB).

Zu rechtlichen Bedenken gibt es aber auch Anlaß, daß das Berufungsgericht im Rahmen dieser Beurteilung zu dem Ergebnis gelangt ist, daß schwerwiegende Zweifel an der Vaterschaft des Beklagten nicht verbleiben.

Nachdem die Vaterschaft des Beklagten durch die serologische Begutachtung nicht ausgeschlossen werden konnte, hat das Berufungsgericht seine Beurteilung allein auf die erbbiologischen Gutachten der Sachverständigen Dr. B. [REDACTED] und Prof. Dr. C. [REDACTED] gestützt. Zumindest

zweifelhaft erscheint hierbei, ob das Berufungsgericht das Gutachten Dr. C [REDACTED] richtig gewürdigt hat. Das Berufungsgericht führt an, der Sachverständige habe sich bei seiner Formulierung auf die einschlägigen Richtlinien bezogen und zitiert dabei Oepen in NJW 1970, 499. Dort ist zwar eine Skala der Wahrscheinlichkeitsbeurteilungen enthalten, aber nicht gesagt, daß es sich hierbei um die einschlägigen Richtlinien handelt. Vielmehr ist ausgeführt, daß eine einheitliche Regelung insoweit bisher noch nicht besteht. Auch der Sachverständige hat sich nicht auf die dort dargelegte Skala berufen, zumal diese sieben Stufen aufweist, während der Sachverständige auf die VI-stufigen einschlägigen Richtlinien verweist. Ohne eine nähere Klärung kann daher nur davon ausgegangen werden, daß die Vaterschaft des Beklagten nach dem Gutachten Dr. B [REDACTED] "nicht auszuschließen" und nach dem Gutachten Prof. Dr. C [REDACTED] "unwahrscheinlich" ist. Welche Richtlinien man diesen Wertungen auch immer zugrunde legt, so ergibt sich zumindest doch, daß beide Sachverständige allenfalls zu dem geringsten Grad einer Wahrscheinlichkeit der Vaterschaft des Beklagten gekommen sind. Diese erbbiologische Begutachtung allein kann daher schwerwiegende Zweifel an der Vaterschaft des Beklagten nicht ausschließen, ohne daß es dazu noch einer besonderen Auslegung des Rechtsbegriffs der "schwerwiegenden Zweifel" im Sinne des § 1600 o Abs. 2 Satz 2 BGB bedarf.

Auszuschließen wären solche Zweifel allenfalls dann, wenn es nach der gesamten Sachlage höchst unwahrscheinlich wäre, daß die Mutter der Klägerin in der Empfängniszeit noch mit anderen Männern Verkehr gehabt hat. Das läßt sich hier jedoch nicht sagen, denn sie hat bei ihrer Vernehmung vor dem Landgericht am 9. März 1964

selbst angegeben, die Klägerin stamme aus dem Verkehr mit einem Bekannten aus dem Ostsektor Berlins, mit dem sie in der Empfängniszeit zusammengetroffen sei.

Falls es noch darauf ankommen sollte, wird auch zu bedenken sein, ob nicht eine biostatistische Auswertung der serologischen Befunde erforderlich ist, um der Aufklärungspflicht im Vaterschaftsfeststellungsprozeß hinreichend Genüge zu tun.

Johannsen

Dr. Pfretzschner

Dr. Reinhardt

Dr. Buchholz

Richter am BGH Knüfer  
ist beurlaubt und da-  
durch verhindert zu  
unterschreiben

Johannsen