

B 2

Für das Nachschlagewerk!

Gesetz: BGB § 1598

Rechtssatz: § 1598 BGB ist aufgehoben und nicht wieder
anwendbar. Ein Verzicht des Ehemannes auf
das Anfechtungsrecht ist nicht rechtsverbind-
lich.

Aktenzeichen: IV ZR 72 '50

Urteil vom 10. Mai 1951

OLG Köln

IV ZR 72.50

Verkündet

am 10. Mai 1951

gez. Klett, Justizangestellter

als Urkundsbeamter der

Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

des minderjährigen Horst V. [REDACTED] in Z. [REDACTED], Kreis
S. [REDACTED], K. [REDACTED]strasse [REDACTED],
gesetzlich vertreten durch den Amtsvormund [REDACTED] in [REDACTED],
Beklagten, Berufungsklägers und Revisions-
klägers,

- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Justizrat
Dr. [REDACTED] in [REDACTED] -

g e g e n

den Techniker Ernst V. [REDACTED] in K. [REDACTED], S. [REDACTED]
Strasse [REDACTED],
Kläger, Berufungsbeklagten und Revisions-
beklagten,

- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]
in [REDACTED] -

hat der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 26. April 1951 unter Mitwirkung des
Bundesrichters Dr. Lersch als Vorsitzenden und der Bundes-
richter Ascher, Raske, Dr. Hartz und Johannsen

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des 4.
Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Köln vom
29. November 1949 - 4 U 146/49 - wird zurückgewiesen.

Der Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

- 2 -

Tatbestand:

Der Beklagte ist am [REDACTED] 1945 geboren. Seine Mutter hatte am 9. Februar 1945 den Kläger geheiratet. Dieser behauptet, in der gesetzlichen Empfängniszeit, nämlich vom 31. August bis 30. Dezember 1944, der Mutter des Beklagten nicht beigeohnt zu haben. Er hat deshalb die Ehelichkeit des Beklagten mit der Klage angefochten und beantragt, festzustellen, dass der Beklagte nicht sein ehelicher Sohn sei.

Der Beklagte hat Klagenabweisung begehrt. Er hat zunächst eingeräumt, später aber bestritten, dass der Kläger in der gesetzlichen Empfängniszeit der Mutter des Beklagten nicht beigeohnt habe. Weiter hat er geltend gemacht, dass der Kläger ihn im Sinne des § 1598 BGB als sein Kind anerkannt habe. Das ergebe sich daraus, dass der Kläger die Kindesmutter trotz Kenntnis der bestehenden Schwangerschaft geheiratet habe, dass er bei der Eheschliessung und auch nach der Geburt des Beklagten wiederholt geäußert habe, er wolle diesen wie sein eigenes Kind behandeln, dass er ihn als sein Kind beim Standesamt habe anmelden lassen und dass er schliesslich die Ehe jahrelang fortgesetzt habe, ohne von der Möglichkeit der Anfechtung Gebrauch zu machen. Sollte das Anfechtungsrecht nicht durch Anerkenntnis erloschen sein, so ergebe sich aus diesem Verhalten mindestens ein stillschweigender Verzicht oder eine Verwirkung des Anfechtungsrechts.

Beide Vorinstanzen haben der Klage stattgegeben. Mit der Revision erstrebt der Beklagte Abweisung der Klage. Der Kläger bittet um Zurückweisung der Revision.

- 3 -



Entscheidungsgründe:

Die Revision ist zulässig, aber nicht gerechtfertigt.

I.

Zutreffend und von der Revision nicht angefochten geht das Berufungsgericht davon aus, dass der Ablauf der Jahresfrist des § 1594 BGB bis Ende 1948 gehemmt war und dass die Vermutung des § 1591 Abs 2 Satz 1 BGB mit Rücksicht auf § 1591 Abs 2 Satz 2 BGB hier nicht gilt. Der Beklagte muss deshalb beweisen, dass der Kläger der Kindesmutter innerhalb der Empfängniszeit beigeohnt hat. Das Berufungsgericht hat ohne Rechtsverstoss festgestellt, dass dieser Beweis nicht geführt ist.

II.

Deshalb kommt es entscheidend darauf an, ob § 1598 BGB, auf den der Beklagte sich beruft, anzuwenden ist. Das hat das Berufungsgericht mit Recht verneint. § 1598 BGB ist durch das Gesetz über die Änderung und Ergänzung familienrechtlicher Vorschriften vom 12. April 1938 (RGBl I, 380) aufgehoben und bisher nicht ausdrücklich wieder in Kraft gesetzt worden. Die Revision vertritt die Auffassung, dass das Gesetz vom 12. April 1938 nicht mehr angewandt werden könne, weil es typisch nationalsozialistisches Recht sei und Art III Ziff 4 des MilRegG Nr 1 die Auslegung oder Anwendung deutschen Rechts nach nationalsozialistischen Lehren verbiete. Selbst wenn dies zuträfe, wäre damit noch nicht ohne weiteres entschieden, dass § 1598 BGB wieder gilt, denn ein aufgehobenes Gesetz kann in der Regel nur durch ausdrück-

liche Bestimmung wieder in Kraft gesetzt werden, nicht schon dadurch, dass das die Aufhebung anordnende Gesetz nicht mehr angewandt werden kann. Diese Frage bedarf indessen hier keiner abschliessenden Entscheidung. Denn selbst wenn man insoweit der Revision folgen wollte, so ist doch nicht richtig, dass das Gesetz vom 12. April 1938 nicht mehr angewandt werden kann. Dafür kommt es darauf an, ob das Gesetz seinem Inhalt nach nur im Sinne nationalsozialistischer Lehren angewandt werden kann. Die amtliche Begründung des Gesetzes (DJ 38, 620) lässt zwar keinen Zweifel daran, dass das Gesetz in erster Linie auf typisch nationalsozialistischen Erwägungen beruht, indem es der Erforschung der blutmässigen Abstammung und der Rassen- und Sippenzugehörigkeit dienen will und zu dem Zweck insbesondere die Anfechtung der Ehelichkeit dem Belieben des Mannes der Mutter nicht abschliessend überlässt. Allein entscheidend ist nicht, wie der Senat bereits an anderer Stelle (BGHZ 1, 90) ausgeführt hat, aus welchen Gründen eine Vorschrift seinerzeit eingeführt oder wie sie früher gehandhabt worden ist, sondern ob sie unter Ausschaltung dieser Zwecke und dieser Handhabung noch zu nach veränderter Rechtsauffassung vertretbaren und sittlich zu rechtfertigenden Ergebnissen führen kann. Das ist für das Gesetz vom 12. April 1938 nach Wortlaut und Inhalt, jedenfalls soweit es sich um die hier in Rede stehende Aufhebung des § 1598 BGB handelt, zu bejahen.

Allerdings kann dabei nicht allein auf die Aufhebung des § 1598 BGB abgestellt werden. Sie steht in innerem Zusammenhang mit den anderen Bestimmungen des Gesetzes vom

12. April 1938, soweit sie die Anfechtung der Ehelichkeit betreffen. Besonders eng ist dieser Zusammenhang zwischen der Aufhebung des § 1598 und der Einführung des § 1595 a BGB, durch den das Anfechtungsrecht des Staatsanwalts geschaffen worden ist. Der Oberste Gerichtshof für die Britische Zone hat hierzu ausgeführt, dass der § 1598 BGB mit dem selbständigen Anfechtungsrecht des Staatsanwalts unvereinbar sei. Der § 1595 a BGB setze vielmehr voraus, dass der Mann keine Möglichkeit mehr habe, die Ehelichkeit mit ausschliessender Wirkung gegen jeden Dritten anzuerkennen (OGHZ 3, 168). Ob dies unbedingt zwingend ist, bedarf an dieser Stelle noch keiner Entscheidung. Jedenfalls ist richtig, dass die Frage, ob § 1598 BGB wieder angewandt werden kann, weitgehend davon abhängt, ob § 1595 a BGB noch gilt.

§ 1595 a BGB durchbricht den Grundsatz des bisherigen Rechts, dass ausschliesslich der Mann die Ehelichkeit des Kindes anfechten kann. Die Abkehr von diesem Grundsatz ist jedoch nicht nur aus typisch nationalsozialistischen Gedanken möglich. Nach dem bis zum 1. Januar 1900 geltenden Sächsischen Recht konnte jeder die Unehelichkeit eines Kindes geltend machen, der ein Interesse daran hatte. Unter der Herrschaft des gemeinen Rechts ging zwar die überwiegende Auffassung dahin, dass nur der Mann diese Möglichkeit habe, jedoch war das streitig. Demgemäss wurde bei der Schaffung des BGB schon erwogen, ob die im preussischen und französischen Recht geltende Regelung übernommen oder eine weitergehende Möglichkeit, die Unehelichkeit geltend zu machen, eingeführt werden sollte. Die Kommission erkannte auch aus-

drücklich an, dass die Entscheidung zugunsten des ausschließlichen Anfechtungsrechts des Mannes "erhebliche Bedenken, hingesehen auf die allgemeinen Grundsätze und das Interesse Dritter, insbesondere des Kindes und der Frau" gegen sich hatte (Kugdan, Materialien, IV. Bd, S 351). Daraus folgt, dass eine Änderung dieser Regelung nicht die sittlichen Grundanschauungen berührt, auf denen das Recht aufgebaut ist, vielmehr nur eine nach allgemeinen Erwägungen zu lösende Zweckmäßigskeitsfrage anders entscheidet. Die Einführung eines Anfechtungsrechts im öffentlichen Interesse und im Interesse des Kindes muss daher nicht notwendig auf nationalsozialistischer Lehre beruhen. Anders verhält es sich freilich mit der Begründung, mit der dies geschah. Sie ist allerdings typisch nationalsozialistisch (DJ 38, 619 und Rexroth in DJ 38, 707). Sie kann heute nicht mehr anerkannt werden. Das bedeutet aber nur, dass das öffentliche Interesse und auch das Interesse des Kindes an der Durchführung der Anfechtungsklage heute anders beurteilt werden muss, als zur Zeit des Erlasses des Gesetzes. Der § 1595 a BGB ist nur dadurch nationalsozialistisches Recht geworden, dass der Begriff des öffentlichen Interesses nach nationalsozialistischer Erb- und Rassenlehre bestimmt wurde. Es kann aber nicht bezweifelt werden, dass auch heute noch ein wohlbegründetes, wenn auch anders verstandenes Interesse an der Fortgeltung des § 1595 a BGB besteht. Das ergibt sich schon daraus, dass der Ausgangspunkt der alten Regelung im BGB der heutigen Auffassung nicht mehr entspricht. Man war der Meinung, dass dem Mann die rechtliche Gewalt über die Kinder zustehe, die sich auf den Personenstand erstreckte. Diese Verfügungsmacht des Mannes dürfe

nicht im Hinblick auf etwaige Interessen des Kindes oder der Frau oder Dritter verlummert werden. Mit dieser Begründung lehnte die BGB-Kommission einen Antrag ab, auch der Frau und dem Kinde ein Anfechtungsrecht zu geben. (Materialien Bd IV S 940). Die Begründung wurzelt in einem konservativen Denken, das die Vorrechte des Ehemannes als Familienoberhaupt stärker betont, als es der heutigen Rechtsauffassung entspricht. Der Satz: "Der Mann bestimmt, wer zur Familie gehört" (Boehmer NJW 49, 53) widerspricht auch abgesehen von der hier nicht zu entscheidenden Frage, ob und inwieweit die Gleichberechtigung der Frau dadurch berührt wird, in dieser Ausschliesslichkeit dem fortentwickelten Rechtsempfinden. Diese Frage greift weitgehend in die ganz persönliche Rechtssphäre der Beteiligten ein. Es verstösst nicht gegen heutiges Rechtsdenken, wenn in dieser Sphäre die von den Beteiligten getroffenen persönlichen Entscheidungen soweit wie möglich und soweit es der denkbare Widerstreit der Interessen gestattet, zur Geltung gebracht werden können. Es ist daher nach heutiger Rechtsauffassung vertretbar, wenn auch das Interesse des Kindes und der Kindesmutter und der sonstigen Familienangehörigen und schliesslich auch das des wahren Vaters Beachtung finden können. Mit Recht wird in diesem Zusammenhang auch darauf hingewiesen, dass die Klarstellung des Familienstandes, die Feststellung der wahren Verhältnisse unter Umständen ein öffentliches Interesse an der Anfechtung begründen können. Damit ist es nicht zu vereinbaren, dass der Mann allein das Anfechtungsrecht ausüben kann und dass keine Möglichkeit bestehen würde, die wahre Rechtslage in Übereinstimmung mit den wirklichen Interessen

der Beteiligten oder dem öffentlichen Interesse herzustellen, wenn der Mann aus irgendwelchen Gründen von dem Anfechtungsrecht keinen Gebrauch macht. Demnach ist zwar zuzugeben, dass der Kreis des öffentlichen Interesses an der Anfechtung heute wesentlich enger zu ziehen ist als bei Erlass des Gesetzes vom 12. April 1938, gleichwohl bestehen aber keine Bedenken, die Möglichkeit einer Anfechtung auf dem Wege über § 1595 a BGB beizubehalten. Jedenfalls kann nicht gesagt werden, dass die weitere Anwendung des § 1595 a BGB eine Fortführung nationalsozialistischer Gedanken bedeuten würde. Dies ist auch in der Rechtsprechung und in der Rechtslehre weit überwiegend anerkannt (OGHZ 2, 35 und die dort (S 40) angegebene Literatur, ferner OLG Hessen, Kasseler Senat, NJW 1949, 385; OLG Köln HEZ 2, 110).

Ist hiernach davon auszugehen, dass der § 1595 a BGB weiterhin gilt, so ist die weitere Frage, ob daraus notwendigerweise folgt, dass § 1598 BGB nicht wieder anwendbar ist. Diese Auffassung hat der Oberste Gerichtshof für die Britische Zone vertreten (OGHZ 3, 168, ebenso OLG Hessen, Kasseler Senat NJW 49, 385). Dies ist indessen nicht unbedingt zwingend. Das Anfechtungsrecht des Staatsanwalts könnte dem des Mannes in dem Sinne nachgeordnet sein, dass es entfielen, wenn der Mann zu erkennen gegeben hat, dass er das Anfechtungsrecht nicht ausüben will, oder wenn er die Ehelichkeit im Sinne des § 1598 BGB anerkannt hat. Diesen Standpunkt vertreten Nathan (NJ 48, 51) und Schrodtt (NJW 49, 385). Sie sind der Auffassung, dass jedenfalls dem Willen des Ehemanns wieder in der ursprünglichen Fassung des Gesetzes Gel-

tung verschafft werden müsse, weil eine Anfechtung gegen den Willen des Ehemannes nicht der heutigen Auffassung entspreche. Ein ähnlicher Hinweis für die Anwendung des § 1595 a BGB ist in Verfügungen der Oberlandesgerichtspräsidenten in Kiel (SchlHA 46, 185) und in Celle (HannRpfl 46, 70) enthalten. Der Senat kann sich dem jedoch nicht anschliessen. Wenn, wie dargelegt, § 1595 a BGB noch gilt, dann kann es nur darauf ankommen, ob seine uneingeschränkte Anwendung deshalb ausgeschlossen sein muss, weil sie nur nach typisch nationalsozialistischen Lehren möglich sein würde. Die Anfechtungsklage des Staatsanwalts auch gegen den Willen des Mannes ist aber auch unabhängig von nationalsozialistischen Gedankengängen mit der heutigen Rechtsauffassung durchaus zu vereinbaren. Das ergibt sich aus den vorstehenden Ausführungen zu der Frage, ob § 1595 a BGB noch gilt. Dem kommt auch besondere praktische Bedeutung zu, und zwar nicht nur für solche Fälle, in denen der Mann die Anfechtung missbräuchlich unterlässt - Fälle für die auch Schrodt die Anfechtungsklage des Staatsanwalts zulassen will - sondern auch für die zweifellos wichtigeren, in denen er aus Interesselosigkeit untätig bleibt, oder sein Interesse in Widerstreit steht mit dem wohlverstandenen Interesse des Kindes. In solchen Fällen hat nach heutiger Auffassung das Interesse des Kindes den Vorrang. Das bringt das Gesetz z.B. im Ehegesetz eindeutig zum Ausdruck (§ 48 Abs 3, § 74 Abs 2 EheG). Muss danach der § 1595 a BGB heute noch uneingeschränkt angewandt werden, so ist in Übereinstimmung mit der Entscheidung des OGH festzustellen, dass § 1598 BGB nicht neben

§ 1595 a BGB bestehen kann. Durchgreifende Bedenken dagegen, dass § 1598 BGB noch als aufgehoben anzusehen ist, bestehen daher nicht.

III.

Mit dieser Feststellung ist nun freilich noch nicht abschliessend entschieden, dass eine Anerkennung der Ehelichkeit durch den Mann ganz ohne Bedeutung ist. Gilt § 1595 a BGB noch und ist § 1598 aufgehoben, so besagt das zunächst nur, dass der Mann durch eine Anerkennung der Ehelichkeit dem Staatsanwalt nicht das diesem zustehende Anfechtungsrecht nehmen oder beeinträchtigen kann. Eine andere Frage ist aber, ob der Mann nicht durch sein Verhalten für seine Person das Anfechtungsrecht vor Ablauf der Frist des § 1594 BGB verlieren kann.

Das vertritt die Revision, indem sie rügt, das Berufungsgericht habe verkannt, dass der Kläger auf sein Recht verzichtet oder es doch verwirkt habe. Diese Rüge geht jedoch fehl.

Bedenken gegen die durch das Gesetz vom 12. April 1938 eingeführte neue Fassung des § 1594 BGB bestehen nicht. Sie besagt, dass der Lauf der Anfechtungsfrist nicht schon dann beginnt, wenn der Mann von der Geburt des Kindes erfährt, sondern erst dann, wenn er Kenntnis von den Umständen erlangt, die für die Unehelichkeit des Kindes sprechen. Das entspricht aber der in § 121 Abs 1 BGB festgelegten Hauptregel des Anfechtungsrechts, dass nämlich seine Ausübung erst erwartet werden kann, wenn der zur Anfechtung Berech-

tigte von dem Anfechtungsgrunde Kenntnis hat.

Gegen die Auffassung der Revision spricht zunächst die amtliche Begründung des Gesetzes vom 12. April 1938. Sie ergibt, worauf Beitzke, SDJ 50, 500, zutreffend hinweist, dass nach dem Willen des Gesetzgebers eine solche Möglichkeit nicht in Betracht kommen sollte. Die Begrenzung der Anfechtungsfrist auf ein Jahr wird dort damit gerechtfertigt, dass es "einem Mann, der sich trotz Kenntnis der Umstände zunächst damit abgefunden hat, dass das Kind - sicher oder wahrscheinlich - nicht von ihm stammt, und der es trotzdem als eheliches hat gelten lassen, nicht für alle Zeiten freistehen kann, sein Verhalten gegenüber dem Kind und der Mutter zu ändern". Daraus geht hervor, dass der Mann also bis zum Ablauf der Frist durch frühere Willensäußerungen nicht gebunden sein soll und trotz "Anerkennung" noch klagen kann.

Es kann jedoch auf sich beruhen, ob diese Begründung entscheidend ist. Denn ein Verlust des Anfechtungsrechts durch Verzicht kann schon aus anderen Erwägungen nicht in Betracht kommen. Ein Verzicht auf die Anfechtung würde im Ergebnis einer Anerkennung im Sinne des aufgehobenen § 1598 BGB gleichkommen, wenn auch nicht mit der Wirkung, dass die Anfechtung durch andere ausgeschlossen wäre. Hätte der Gesetzgeber das zulassen wollen, so würde es nahegelegen haben, den § 1598 BGB nur soweit einzuschränken, als dies wegen der Einführung des § 1595 a BGB erforderlich war, trotz der Anerkennung durch den Vater also noch eine Anfechtung durch den Staatsanwalt zuzulassen. Das ist aber

nicht geschehen. Vielmehr ist der § 1598 ganz beseitigt worden. Deshalb widerspricht es dem Sinn des Gesetzes, auf dem Umweg über den Verzicht doch im Ergebnis wieder eine unwiderrufliche Anerkennung einzuführen (ebenso OGHZ 3, 168). Das muss besonders dann gelten, wenn es sich - wie hier - um einen stillschweigenden Verzicht handeln soll. Solche stillschweigenden Verzichte hätten, da § 1598 aufgehoben ist, ihrer tiefgreifenden Bedeutung wegen einer ausdrücklichen Regelung im Gesetz bedurft, ebenso wie im Ehegesetz der Verzicht auf die Aufhebung der Ehe ausdrücklich geregelt ist (§§ 30 - 34 EheG).

Aber selbst wenn man dem nicht folgen wollte, könnte doch im vorliegenden Fall nach den vom Berufungsgericht getroffenen und ohne Rechtsverstoss gewürdigten tatsächlichen Feststellungen ein Verzicht auf die Anfechtung nicht in Betracht kommen.

An dieser Beurteilung wird hier auch nichts dadurch geändert, dass der Ablauf der Frist des § 1594 BGB bis zum Ende des Jahres 1948 gehemmt war. Die Überlegungsfrist für den Kläger, der von der Geburt des Kindes an mit diesem und der Kindesmutter zusammenlebte, wurde dadurch praktisch auf dreieinhalb Jahre verlängert. Er hat die Klage auch erst im September 1948, also über drei Jahre nach der Geburt des Beklagten erhoben, als er sich mit der Kindesmutter entzweit hatte. Wird aber die gesetzliche Frist auf diese Weise verlängert, so nimmt das Gesetz in Kauf, dass die Entscheidung über die Frage, ob die Ehelichkeit angefochten wird oder nicht, auf diese Weise verzögert wird. Es ist nur eine

notwendige Folge davon, dass auch das etwa im Falle der Anfechtung erforderlich werdende Vorgehen gegen den Erzeuger des Kindes entsprechend verzögert und die Beweisführung vielleicht erschwert wird. Auch das muss in Kauf genommen werden, und es kann in aller Regel nicht deshalb von einer Verwirkung des Anfechtungsrechts durch den Kläger gesprochen werden, weil er die ihm durch das Gesetz eingeräumte Frist ausnutzt. Ebensowenig kann der Kläger sein Anfechtungsrecht unter dem Gesichtspunkt verloren haben, dass er sich durch die Ausübung des Rechts mit seinem eigenen früheren Verhalten in Widerspruch setzt. Denn wie oben dargelegt, gibt es einen stillschweigenden Verzicht auf das Anfechtungsrecht nicht. Allerdings kann die Anfechtung unter besonderen Umständen Rechtsmissbrauch sein, wenn die Anfechtungsfrist durch die Hemmungsvorschriften auf mehrere Jahre ausgedehnt ist und der Ehemann in dieser ganzen Zeit eindeutig zum Ausdruck gebracht hat, dass er die Ehelichkeit nicht anfechten wollte. Dass dies der Fall sei, hat aber der Beklagte selbst nicht behauptet.

Nach alledem ist die Revision als unbegründet zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.

Streitwert 1000,-- DM.

Dr. Lersch

Ascher

Raske

Dr. Hartz

Johannsen