

IV ZR 87 / 50

Verkündet
am 14. Juni 1951
Klett
Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle.

Im Namen des Volkes !

In dem Rechtsstreit
des Kindes Sigismund Werner D., K., M.-
str., vertreten durch den amtlich bestellten Pflle-
ger Amtsvormund R. in K., Jugendamt, Hochhaus,
Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -
gegen den
Bauhilfsarbeiter Martin D., K., I.-str.,
zur Zeit in der Strafanstalt A.,
Klägers und Revisionsbeklagten,
- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

hat der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 28. Mai 1951 unter Mitwir-
kung der Bundesrichter Dr. Lersch als Vorsitzenden
und der Bundesrichter Ascher, Dr. Hartz, Johannsen
und Dr. Kregel

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des
4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Köln
vom 28. April 1950 wird zurückgewiesen. Der Be-
klagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte ist am [REDACTED] 1948 geboren. Seine Mutter hatte am 16. Juni 1948 den Kläger geheiratet. Die Ehe ist durch rechtskräftiges Urteil des Landgerichts in Köln vom 17. Oktober 1949 geschieden worden.

Der Kläger hat behauptet, er habe in der gesetzlichen Empfängniszeit vom 5. Oktober 1947 bis 3. Februar 1948 mit der Mutter des Beklagten keinen Geschlechtsverkehr gehabt. Er hat deshalb mit der Klage beantragt festzustellen, dass der Beklagte nicht sein eheliches Kind sei.

Der Beklagte hat Klagabweisung beantragt und geltend gemacht, dass seine Mutter in der Empfängniszeit mit dem Kläger geschlechtlich verkehrt habe, und dass der Kläger ausserdem auf ein ihm etwa zustehendes Anfechtungsrecht verzichtet habe.

Das Landgericht hat, nachdem die Mutter des Beklagten als Zeugin die Behauptungen des Klägers bestätigt hat, der Klage stattgegeben. Die Berufung des Beklagten ist durch das angefochtene Urteil zurückgewiesen worden. Mit der Revision erstrebt er Abweisung der Klage. Der Kläger bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist zulässig, aber nicht gerechtfertigt.

38

- 3 -

I.

Zutreffend und von der Revision nicht angefochten geht das Berufungsgericht davon aus, dass die Jahresfrist des § 1594 BGB gewahrt ist. Es stellt weiter fest, dass der Kläger der Kindesmutter innerhalb der Empfängniszeit nicht beigezogen hat.

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 Grundgesetzes 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 ausdrückliche 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 seinem Inhalt nach nur



im Sinne nationalsozialistischer Lehren anwendbar wäre. Die amtliche Begründung des Gesetzes (DJ 38, 620) lässt zwar keinen Zweifel daran, dass das Gesetz in erster Linie auf 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 Ehemanns der Mutter nicht abschliessend überlässt. Allein entscheidend ist nicht, wie der Senat bereits an anderer Stelle (NJW 51, 193) 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 nach veränderter Rechtsauffassung zu 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 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 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 ausdrücklich 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 (Mugdan, 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 verkümmert 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 aller an der Feststellung der Ehelichkeit des Kindes interessierten Beteiligten ein. 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 OGH 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 Schrodt (NJW 49, 385). Sie meinen, dass jedenfalls dem Willen des Ehemanns wieder in der

ursprünglichen Fassung des Gesetzes Geltung 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 nicht zu verkennen, dass § 1598 BGB neben § 1595 a BGB jedenfalls nicht mit der Wirkung bestehen kann, dass eine Anfechtung nach § 1595 a BGB ausgeschlossen wird, wenn der Mann die Ehelichkeit anerkennt.

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, 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 Berechtigte 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 ein Verzicht oder eine Verwirkung 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 unwiderufliche Anerkennung einzuführen (ebenso OGHZ 3, 168). Solche 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).

Nach alledem ist die Revision als unbegründet zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.

Streitwert 1000.-- DM.

Dr. Lersch Dr. Hartz Johannsen Kregel

Bundesrichter Ascher ist
durch Krankheit an der
Unterschrift verhindert.

Dr. Lersch.