

OGH 1986/10/15, 3 Ob 544/86

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Vizepräsidenten des Obersten Gerichtshofes Kinzel als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Hule, Dr. Warta, Dr. Klinger und Mag. Engelmaier als Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Stefan S***, geboren am 28. August 1951 in Osijek, Jugoslawien, Stallhof 93, 8510 Stainz, vertreten durch Dr. Werner Schmidt, Rechtsanwalt in Graz, wider die beklagte Partei mj. Stefan S***, geboren am 1. April 1973 in Graz, Schüler, Ettendorf 57, 8510 Stainz, vertreten durch Dr. Wilfried Haidacher, Rechtsanwalt, Tummelplatz 7, 8010 Graz, als mit Beschluß des Bezirksgerichtes Stainz vom 27. August 1985, GZ. P 60/83-21, bestellter Kollisionskurator, wegen Bestreitung der ehelichen Abstammung, infolge Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Landesgerichtes für Zivilrechtssachen Graz als Berufungsgerichtes vom 3. Feber 1986, GZ. 1 R 22/86-45, womit infolge Berufung der klagenden Partei das Urteil des Bezirksgerichtes Deutschlandsberg vom 13. November 1985, GZ. 4 C 4/85-38, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluß

gefaßt:

Der Revision wird Folge gegeben.

Das angefochtene Urteil und das Urteil des Erstgerichtes werden aufgehoben.

Die Streitsache wird an die erste Instanz zur Ergänzung der Verhandlung und neuen Entscheidung zurückverwiesen.

Die Kosten des Berufungs- und Revisionsverfahrens sind weitere Kosten des Verfahrens.

Begründung:

Der Kläger schloß am 9. Dezember 1972 vor dem Standesamt Stainz mit Christine G*** die Ehe (Familienbucheintrag Nr. 61/1972). Die Ehefrau hat am 1. April 1973 das beklagte Kind Stefan geboren. Die Ehe wurde mit dem Beschluss des Bezirksgerichtes Deutschlandsberg vom 4. Oktober 1983 zu Sch 31/83 geschieden.

Am 20. Feber 1985 bestritt der geschiedene Ehemann der Mutter mit Klage die Ehelichkeit des Kindes. Er habe bis zum Sommer 1984 keine Bedenken gehabt, daß das Kind nicht von ihm stammen könnte.

Erst dann sei ihm aufgefallen, daß ihm das Kind nicht ähnlich sehe.

Seine Nachforschungen hätten nun ergeben, daß das Kind dem Siegfried K*** ähnlich sehe und vor zwei Wochen habe er erfahren, daß die Mutter des beklagten Kindes schon schwanger war, als er mit ihr erstmals gegen Mitte August 1972 geschlechtlich verkehrte.

Das beklagte Kind trat dem Klagebegehren entgegen. Der Kläger habe schon bald nach der Geburt des Beklagten behauptet, daß das Kind nicht von ihm stamme, und daher die Bestreitungsfrist des § 156 Abs.1 ABGB versäumt.

Das Erstgericht wies das Klagebegehren, der Beklagte stamme nicht aus der Ehe des Klägers mit Christine S*** geborene G***, ab, weil die Erhebung der Klage erst etwa 12 Jahre nach der Geburt des Kindes erfolgte und dem Kläger der Beweis nicht gelungen sei, daß er von der Unehelichkeit des Beklagten nichts wußte. Die Bestreitung der ehelichen Abstammung sei nicht binnen Jahresfrist erfolgt.

Dabei ging das Erstgericht im wesentlichen von den folgenden Feststellungen aus:

Der Kläger hat mit der Mutter des beklagten Kindes am 12.8.1972 oder 13.8.1972 geschlechtliche Beziehungen aufgenommen. Bei diesem Geschlechtsverkehr kam es nicht zu einem Samenerguß in der Scheide der Frau. Die Frau hat dem Kläger mitgeteilt, daß sie vorher eine intime Beziehung mit Siegfried K*** hatte. Eineinhalb Monate nach dem Geschlechtsverkehr mit dem Kläger teilte die Frau ihm in einem Brief mit, sie sei von ihm schwanger. Der Kläger hat nach der Geburt des Kindes (rund 232 Tage nach dem ersten Geschlechtsverkehr) behauptet, er sei nicht der Vater. Ein Arzt habe ihm bestätigt, daß es sich nicht, wie er geglaubt habe, um eine Frühgeburt handelte.

Kurz nach der Geburt des Kindes kam im Ort das Gerücht auf, der Kläger sei nicht der Vater des Kindes.

Der Kläger ist als leiblicher Vater des beklagten Kindes aufgrund der ermittelten Verteilung der Serumeigenschaft Gc und der Enzymeigenschaften der sauren Erythrozyten-Phosphatase und der Phosphoglukomutase auszuschließen.

Aus diesen Tatsachen schloß das Erstgericht, der Kläger habe Bedenken an seiner Vaterschaft "haben müssen", wenn ihm die Mutter des Kindes schon rund eineinhalb Monate nach dem Geschlechtsverkehr, bei dem es nicht zu einem Samenerguß in der Scheide gekommen sei, ihre Schwangerschaft mitteilte, weil "es vor zehn Jahren noch kein Verfahren gegeben habe, eine Schwangerschaft so rasch feststellen zu können". Dazu komme sein Wissen um die erst kurz zuvor abgebrochene Liebesbeziehung der Frau zu dem anderen Mann. Nach der Geburt des Kindes habe der Kläger erkennen müssen, daß das Kind voll ausgetragen war. Er habe auch behauptet, nicht der Vater zu sein.

Zeugen hätten, auch wenn der Kläger dies leugne, angegeben, daß der Kläger der Frau im Streit vorhielt, er sei nicht der Vater. Es sei auch wenig wahrscheinlich, daß der Kläger von dem Gerücht im Ort nichts erfuhr, auch wenn er als Fernfahrer wenig am Dorfleben teilgenommen habe.

Das Berufungsgericht bestätigte.

Es übernahm die Tatsachenfeststellungen des Erstgerichtes und teilte auch die Rechtsansicht, der Kläger habe schon bald nach der Geburt des Kindes "Kenntnis" von Umständen erlangt, die für die Unehelichkeit des Kindes sprachen. Aus dem ihm bekannten Reifegrad des beklagten Kindes und dem Wissen um seinen Beiwohnungszeitpunkt habe der Kläger auf die Unehelichkeit schließen können. Damit habe die Jahresfrist des § 156 Abs.1 ABGB zu laufen begonnen. Die erst (nahezu) 12 Jahre nach der Geburt des Kindes erfolgte Bestreitung sei verfristet.

Der Kläger bekämpft dieses Urteil mit seiner nach dem § 502 Abs.5 ZPO zulässigen Revision aus den Gründen des § 503 Abs.1 Z 2 bis 4 ZPO mit dem auf Stattgebung seines Klagebegehrens abzielenden Abänderungsantrag. Hilfsweise fügt der Kläger einen Aufhebungsantrag bei.

Der Beklagte beantragt, der Revision nicht Folge zu geben.

Rechtliche Beurteilung

Soweit der Kläger eine Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens geltend macht, weil eine Behandlung seiner Tatsachen- und Beweisrüge unterblieben sei, ja aktenwidrige Feststellungen übernommen und der bestätigenden Entscheidung des Gerichtes zweiter Instanz zugrunde gelegt worden seien, kann eine Erörterung unterbleiben. Im Rahmen des gesetzmäßig ausgeführten Revisionsgrundes nach dem § 503 Abs.1 Z 4

ZPO muß die rechtliche Beurteilung ohne Beschränkung auf die Ausführungen in der Revisionsschrift in jeder Richtung hin überprüft werden (Fasching, Zivilprozeßrecht, Rz 1929; SZ 49/118; SZ 44/139; SZ 41/68; MietSlg. 36.796 uva.). Die Pflicht zur amtswegigen Überprüfung der rechtlichen Beurteilung umfaßt auch die Wahrnehmung der in den §§ 1 und 2 IPR-Gesetz verankerten Grundsätze, wonach Sachverhalte mit einer Auslandsberührung in privatrechtlicher Hinsicht nach der Rechtsordnung zu beurteilen sind, die sich aus den Verweisungsnormen des internationalen Privatrechts ergibt, und daß die für die Anknüpfung an eine bestimmte Rechtsordnung maßgebenden tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen von Amts wegen festzustellen sind (SZ 56/107; SZ 54/133; JBl. 1980, 600; ZfRV 1980, 296 uva.). Eine Rechtswahl scheidet im Sachgebiet des Familienrechts mit der Ausnahme des Ehegüterrechtes (§ 19 IPR-Gesetz) aus. Es trifft daher das Gericht, sobald ein ausreichender Anhaltspunkt für die Erforderlichkeit einer kollisionsrechtlichen Prüfung vorliegt, die Pflicht zur amtswegigen Ermittlung des gesamten kollisionsrechtlich relevanten Sachverhaltes. Handelt es sich um einen Sachverhalt mit Auslandsberührung, bedarf es der Feststellung der für die Subsumption unter den konkreten Anknüpfungspunkt des inländischen internationalen Privatrechts und bei Beachtlichkeit von Rück- und Weiterverweisungen der ausländischen Kollisionsnorm maßgebenden und schließlich aller Umstände für die Erfüllung des jeweiligen Anknüpfungspunktes der anzuwendenden in- oder ausländischen kollisionsrechtlichen Norm (Schwimann, Grundriß des internationalen Privatrechts, 35; Duchek-Schwind, Internationales Privatrecht Anm.1 und 2 zu § 2 IPR-Gesetz).

Der Hinweis auf eine Auslandsberührung der hier zu beurteilenden Sachfrage der Bestreitung der Ehelichkeit des Kindes ergibt sich vorliegend aus dem Vorbringen des Klägers in der Klage, er sei "damals" (1972) jugoslawischer Staatsbürger gewesen, und aus seiner Parteiaussage, er habe die österreichische Staatsbürgerschaft im Jahre

1982 verliehen bekommen (ON 37 AS 114). Dies ergibt einen Anhaltspunkt für die eine Feststellungspflicht der maßgebenden Tatumstände auslösende Auslandsberührung. Dabei kommt es nicht nur auf die auch auf Sachverhalte, die sich schon vor Inkrafttreten des IPR-Gesetzes verwirklicht haben, anzuwendenden Verfahrensrechtsregelungen der §§ 2 bis 4 IPR-G an (SZ 55/17). Die Pflicht, von Amts wegen die für die Anknüpfung an eine bestimmte Rechtsordnung maßgebenden Voraussetzungen festzustellen, ergibt sich auch aus dem das Bestreitungsverfahren beherrschenden Untersuchungsgrundsatz.

Nach § 21 Abs.1 IPR-Gesetz sind die Voraussetzungen der Ehelichkeit eines Kindes und deren Bestreitung nach dem Personalstatut zu beurteilen, das die Ehegatten im Zeitpunkt der Geburt des Kindes haben. Bei verschiedenem Personalstatut der Ehegatten ist dasjenige Personalstatut maßgebend, das für die Ehelichkeit des Kindes günstiger ist. Das IPR-Gesetz ist am 1.1.1979 in Kraft getreten. Damit haben alle Bestimmungen, die in diesem Bundesgesetz geregelte Gegenstände betreffen, ihre Wirksamkeit verloren, so auch die §§ 6 bis 13 und 15 bis 18 der 4. Durchführungsverordnung zum Ehegesetz (§ 51 Abs.1 Z 8 IPR-Gesetz). Die neue inländische Kollisionsnorm des § 21 IPR-Gesetzes, wonach die Bestreitung der Ehelichkeit eines Kindes nach dem gemeinsamen Personalstatut der Ehegatten im Zeitpunkt der Geburt des Kindes zu beurteilen ist, also nach dem Recht des Staates, dem die Ehegatten damals angehörten, und bei verschiedener Staatsangehörigkeit der Ehegatten zu diesem Zeitpunkt (umwandelbares Statut) nach dem Recht des Heimatstaates eines Ehegatten, das für die Ehelichkeit günstiger ist, also deren Anfechtung eher ausschließt oder erschwert (Schwimann, IPR, 219; Duchek-Schwind, IPR, 60 Anm.1 und 2 zu § 21 IPR-Gesetz), ersetzte die bis zum Inkrafttreten am 1.1.1979 maßgebende Anordnung des § 9 der 4.DVzEheG. Danach wurde die eheliche Abstammung eines Kindes nach den inländischen Gesetzen beurteilt, wenn der Ehemann der Mutter zur Zeit der Geburt des Kindes die

österreichische Staatsbürgerschaft besaß, doch war inländisches Recht auf die Bestreitung der Ehelichkeit auch anzuwenden, wenn nur die Mutter des Kindes die österreichische Staatsbürgerschaft besitzt.

Die Rechtsfrage, ob intertemporal die kollisionsrechtliche Norm des § 9 der 4.DVzEheG oder des § 21 IPR-Gesetz zur Anwendung gelangt, wenn die Geburt des Kindes am 1. April 1973 vor dem Inkrafttreten des IPR-Gesetzes und dem Außerkrafttreten der kollisionsrechtlichen Regelung nach § 9 der 4.DVzEheG, die Einbringung der Bestreitungsklage am 20.2.1985 nach diesem Zeitpunkt liegt, ist dahin zu beantworten, daß die zur Zeit der Geburt des Kindes geltende Vorschrift maßgebend ist. Mangels einer besonderen Übergangsregelung und deshalb, weil beide Kollisionsnormen zur Beurteilung der Voraussetzungen der Ehelichkeit an die Geburt des Kindes anknüpfen und daher dem Personalstatut zu diesem Zeitpunkt die für die Anknüpfung entscheidende Bedeutung beimessen, ergibt sich, daß das starre Statut des § 21 IPR-Gesetz auch insoweit durchschlägt, als der Zeitpunkt der Geburt des Kindes, dessen Ehelichkeit zu beurteilen ist (wonach sich wieder die Zulässigkeit und die Voraussetzungen ihrer Bestreitung richten, gleich wann diese Bestreitung erfolgt), für die Geltung der Kollisionsnorm maßgebend ist (vgl. Schwind, ZfRV 1980, 74). Wegen des schon früher vollendeten Tatbestandes (§ 7 IPR-Gesetz) ist somit das alte Recht anzuwenden (EFSIlg.39.036).

Eine Feststellung, welchem Staat der Kläger zur Zeit der Geburt des Kindes am 1. April 1973 angehörte, fehlt bisher ebenso wie die Ermittlung der Staatsangehörigkeit der Mutter des beklagten Kindes.

Aus der Aktenlage ergeben sich bloß Anhaltspunkte dafür, der Kläger habe die österreichische Staatsbürgerschaft erst nach der Geburt des Kindes durch Verleihung erworben. Die Bestreitung der Ehelichkeit richtet sich ebenso wie die Beurteilung der Ehelichkeit überhaupt zunächst nach § 9 Abs.1 der 4.DVzEheG nach dem Personalstatut des Ehemannes der

Mutter zur Zeit der Geburt des Kindes (Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd.7 Sonnenberger, Rz 35 ff zum Art.18 EGBGB = § 9 der 4.DVzEheG; OGH 28.11.1956 3 Ob 532/56).

Dann kommt es nach § 9 Abs.2 der 4.DVzEheG auf die Staatsbürgerschaft der Mutter zum Zeitpunkt der Erhebung der Bestreitungsklage (anders als beim starren Statut nach § 9 Abs.1 der 4.DVzEheG und nach § 21 IPR-Gesetz) an, weil trotz Verweisung auf ausländisches Recht bei Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit ihres Ehemannes zur Zeit der Geburt des Kindes das inländische Recht zur Anwendung gelangt, wenn die Mutter Österreicherin und das Kind (noch) minderjährig ist

Vor Klärung der für die Anwendung inländischen oder fremden Rechts maßgebenden Umstände kann, weil die maßgebende Rechtsordnung noch nicht feststeht und sich eine völlig von § 156 ABGB abweichende Rechtslage ergeben könnte, wenn nämlich der Ehemann der Mutter nicht die österreichische Staatsbürgerschaft zur Zeit der Geburt des Kindes besaß und die Mutter durch die vor der Geburt des Kindes erfolgte Eheschließung mit einem Ausländer oder später eine fremde Staatsangehörigkeit, etwa durch Einbürgerung erworben und die österreichische Staatsbürgerschaft verloren haben sollte (§ 27 Abs.1 StbG 1965 = § 27 Abs.1 StbG 1985), die Zulässigkeit und Rechtzeitigkeit der Ehelichkeitsbestreitung nicht beurteilt werden.

Sollte sich aber aufgrund der Ergänzung der Verhandlung durch Ermittlung der für die Ehelichkeitsbestreitung maßgebenden Voraussetzungen zur kollisionsrechtlichen Beurteilung ergeben, daß nach der allseitig zu lesenden (Schwind IPR 189) Norm des § 9 Abs.1 der 4.DVzEheG oder der einseitig zu verstehenden Exklusiv-Norm des

§ 9 Abs.2 der 4.DVzEheG österreichisches Recht anzuwenden ist, weil der Ehemann der Mutter zur Zeit der Geburt des Kindes oder aber die Mutter (auch) die österreichische Staatsbürgerschaft besaß bzw. besitzt (bei Mehrstaaten ist nach § 9 Abs.1 Satz 2 IPR-Gesetz die österreichische Staatsbürgerschaft maßgebend, wenn eine Person sie neben einer fremden Staatsangehörigkeit hat), dann werden zur abschließenden rechtlichen Beurteilung des Verlustes des Rechtes des Ehemannes der Mutter, die Ehelichkeit zu bestreiten, klare Feststellungen darüber zu treffen sein, zu welchem Zeitpunkt der Kläger Kenntnis von den Umständen erlangte, die für die Unehelichkeit des Kindes sprechen. Bloße Vermutungen, er müsse vom Dorfklatsch doch erfahren haben oder aus der zwischen dem ersten Geschlechtsverkehr mit der Mutter und der Geburt des Kindes verstrichenen Zeit von nur rund 230 Tagen (nach Schwerd, Rechtsmedizin 4 , 125 wären beim reifen Neugeborenen Tragzeiten von weniger als 240 Tagen nach der Konzeption noch möglich, wenn auch selten), und der kurz nach dem Verkehr erhaltenen Mitteilung von der Schwangerschaft doch darauf gekommen sein, daß das Kind schon früher und von einem anderen Mann gezeugt wurde, reichen nicht aus. Es kann auch darauf ankommen, ob die Mutter des Kindes oder ihre Verwandten einen geäußerten Verdacht des Klägers zerstreuten und ihn in der Meinung bestärkten, er sei doch der leibliche Vater des Kindes und ob die Mutter selbst überzeugt war, das Kind stamme vom Kläger, wie es sich aus der Anzweiflung der Richtigkeit des nun eingeholten serologischen Gutachtens ergeben könnte (vgl. AS 96). Der Ehemann muß von den Umständen, die für die Unehelichkeit sprechen, zweifelsfrei Kenntnis haben (EvBl. 1978/164; EFSlg. 35.964; EFSlg.

43.303 ua.). Die dem Ehemann der Mutter zur Kenntnis gelangten Umstände müssen von so großer Beweiskraft sein, daß der Ehemann die Unehelichkeit des Kindes als höchstwahrscheinlich ansehen und erwarten kann, seiner Beweispflicht im Bestreitungsprozeß nachkommen zu können (Ehrenzweig-Schwind, Familienrecht, 140; Wentzel-Plessl in Klang 2 I/2,

111; Gschnitzer-Faistenberger, Österreichisches Familienrecht, 98; EFSlg. 43.300; EFSlg. 40.810 ua.). Es ist dabei zwar ohne Bedeutung, wann der Bestreitende Bedenken gegen seine Vaterschaft hegte (Koziol-Welser 7 II, 220; EFSlg. 38.329; EFSlg.

31.308 ua.), das Wissen um die Tatsachen, aus denen mit Aussicht auf Erfolg die Widerlegung der Vermutung des § 138 ABGB abzuleiten ist, muß aber vorliegen, damit die Frist des § 156 Abs.1 ABGB in Gang gesetzt wird, nach deren Verstreichen nur mehr der Staatsanwalt die Ehelichkeit bestreiten kann (§ 158 ABGB).

Der nach der anzuwendenden Rechtsordnung maßgebende Sachverhalt wird von den Tatsacheninstanzen mit der zur Überprüfung der Richtigkeit der Rechtsanwendung erforderlichen Deutlichkeit festzustellen sein. Erst dann kann auch bei Zugrundelegung des inländischen Rechts beurteilt werden, ob der Kläger sein Bestreitungsrecht bei Erhebung der Klage schon verloren hatte, und es des Einschreitens des Staatsanwaltes bedarf.

Da eine Ergänzung der Verhandlung in erster Instanz erforderlich wird, ist die Rechtssache nach Aufhebung der Urteile der Vorinstanzen an das Erstgericht zu neuer Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen (§ 510 Abs.1 ZPO).

Die Entscheidung über die Rechtsmittelverfahrenskosten beruht auf § 52 Abs.1 Satz 2 ZPO.