

# TE OGH 1987/3/10 20b595/86

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 10.03.1987

## **Kopf**

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr.Scheiderbauer als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr.Kralik, Dr.Melber, Dr.Huber und Dr.Egermann als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei mj. Marion S\*\*\*, geboren am 16.Juni 1980, wohnhaft St. Ulrich/Pillersee Nr. 176, vertreten durch die Mutter Roswitha S\*\*\*, Angestellte, ebendort, diese vertreten durch Dr. Otto Wendling, Rechtsanwalt in Kitzbühel, wider die beklagte Partei Mag. Simon B\*\*\*, Rechtsanwaltsanwärter, wohnhaft in 7370 Kitzbühel, Rathausplatz Nr. 2, vertreten durch Dr.Herwig Grosch, Rechtsanwalt in Kitzbühel, wegen Vaterschaft, infolge Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Landesgerichtes Innsbruck als Berufungsgerichtes vom 18.Dezember 1985, GZ 2 a R 410/85-98, womit infolge Berufung der beklagten Partei das Urteil des Bezirksgerichtes Kufstein vom 21.Mai 1985, GZ 1 C 1542/82-84, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung

1. den

## **B e s c h l u ß**

gefaßt:

## **Spruch**

Die wegen Nichtigkeit erhobene Revision wird zurückgewiesen.

2. zu Recht erkannt:

Im übrigen wird der Revision nicht Folge gegeben.

Der Beklagte hat der Klägerin die mit 2.719,20 S bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens (darin enthalten 247,20 S Umsatzsteuer) binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## **Text**

Entscheidungsgründe:

Die Klägerin begeht gegenüber dem Beklagten die Feststellung seiner außerehelichen Vaterschaft, weil er ihrer Mutter innerhalb der kritischen Zeit geschlechtlich beigewohnt habe und daher nach dem Gesetze als ihr Vater vermutet werde.

Der Beklagte beantragte Klagsabweisung. Er habe mit der Mutter nur Zärtlichkeiten ausgetauscht, zu einem Geschlechtsverkehr sei es nicht gekommen. Damals sei sie bereits schwanger gewesen. Innerhalb der kritischen Zeit habe sie mit mehreren anderen Männern geschlechtlich verkehrt. Der Beklagte sei von der Vaterschaft aufgrund der Verteilung der Blutmerkmale, insbesondere auch nach dem HLA-System und der biostatistischen Berechnung, ausgeschlossen. Das Erstgericht gab der Klage statt; sein Urteil wurde vom Berufungsgericht bestätigt.

Gegen die Entscheidung des Berufungsgerichtes erhebt der Beklagte eine auf die Revisionsgründe des § 503 Abs 1 Z 1 bis 4 ZPO gestützte Revision mit dem Antrage auf Abänderung im Sinne der Klagsabweisung. Hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt. Die Klägerin beantragt in ihrer Revisionsbeantwortung, der Revision nicht Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Revision ist, soweit sie Nichtigkeit geltend macht, unzulässig; im übrigen ist sie nicht gerechtfertigt. Nach den erstgerichtlichen Feststellungen hat der Beklagte mit der Mutter der Klägerin Anfang September 1979 und somit innerhalb der vom 19.August 1979 bis 18.Dezember 1979 gelegenen gesetzlichen Empfängniszeit geschlechtlich verkehrt. Innerhalb dieser Zeit hatte die Mutter der Klägerin auch mit Johann D\*\*\* und Wilhelm M\*\*\* Geschlechtsverkehr. Mit weiteren Männern, nämlich Joachim P\*\*\*, Heinz M\*\*\* und Ernst J\*\*\* hatte die Mutter der Klägerin außerhalb der vorgenannten Empfängniszeit geschlechtlich verkehrt. Aufgrund der Verteilung der Blutmerkmale sind Johann D\*\*\* und Wilhelm M\*\*\* als Vater der Klägerin auszuschließen, ebenso auch Heinz M\*\*\* und Ernst J\*\*\*. Nach dem Inhalt der Gutachten der Sachverständigen Dr. U\*\*\* samt Ergänzungen und Prof. Dr. S\*\*\* haben im gegenständlichen Falle als Vaterschaftsausschlußmerkmale zu gelten:

O, B, A 1 B, MM, SS, EE, KK, FY a, FY a, Hp 1, Hp 1, Gc 2, Gc 2,

p C p C, PGM 2 1 PGM 2 1, AK 2 AK 2, ADA 2 ADA 2, GPT 1

GPT 1, EsD 2 EsD 2, Lu a Lu a, XgY, PGM a1 1 leg., Gc 1S neg.

Bf F Bf F, Bf F Bf V, Bf V Bf V, HLA 3 negativ, 12 negativ, X A negativ, 3,12/neg., X,12/neg., Cw5 negativ, DRw6 negativ, Tf C1 neg., Pi Z neg., C3 FVar neg.

Jeder Mann, der eines oder in beliebiger Kombination mehrere dieser vorstehenden Ausschlußmerkmale besitzt, ist von der leiblichen Vaterschaft zur Klägerin auszuschließen. Der Beklagte besitzt keinerlei Ausschlußmerkmale. Seine Vaterschaftswahrscheinlichkeit ist größer als 99,999 % und hat als praktisch erwiesen zu gelten.

In seiner rechtlichen Beurteilung bezog sich das Erstgericht auf die Bestimmung des§ 163 Abs 1 ABGB, wonach von einem Mann, der der Mutter eines unehelichen Kindes innerhalb eines Zeitraumes von mehr als 302 und nicht weniger als 180 Tagen vor der Entbindung beigewohnt hat, vermutet wird, daß er das Kind gezeugt habe. Der Mann, auf den diese Vermutung zutrifft, könne sie gemäß Abs 2 leg.cit. durch den Beweis einer solchen Unwahrscheinlichkeit der Vaterschaft entkräften, die unter Würdigung aller Umstände gegen die Annahme spreche, daß er das Kind gezeugt habe; weiters durch den Beweis, daß seine Vaterschaft unwahrscheinlicher sei als die eines anderen Mannes, für den die Vermutung gleichfalls gelte. Ausgehend von den getroffenen Feststellungen sei der Beklagte vorliegendenfalls als außerehelicher Vater der Klägerin zu vermuten. Einen Entkräftungsbeweis, daß seine Vaterschaft unwahrscheinlicher sei als die eines anderen Mannes, für den die Vermutung gleichfalls gelte, habe er nicht erbracht. Somit sei er als Vater der Klägerin festzustellen. Der von ihm beantragten Einholung eines anthropologisch-erbbiologischen Gutachtens sowie eines Tragzeitgutachtens habe es nicht bedurft, weil hiedurch eindeutige Ergebnisse eines serologischen Gutachtens, hier hinsichtlich einer Vaterschaftswahrscheinlichkeit des Beklagten von 99,999 %, nicht entkräftet werden könnten.

Das Berufungsgericht verneinte die vom Beklagten wegen Wechsels des gesetzlichen Vertreters der Klägerin behauptete Nichtigkeit des erstgerichtlichen Verfahrens. Dieser Wechsel sei erst nach Zustellung des erstgerichtlichen Urteiles an den bisherigen gesetzlichen Vertreter erfolgt, die Bestellung des Rechtsvertreters der Klägerin für das Berufungsverfahren sei noch über Antrag dieses früheren gesetzlichen Vertreters vorgenommen worden und aus dem Inhalt des Aktenvermerkes ON 92 ergebe sich auch die Genehmigung der - weiteren - Prozeßführung durch die Mutter als nunmehrige Vormünderin der Klägerin. Der Mängelrüge des Beklagten, es seien Beweisaufnahmen unterlassen worden, entgegnete das Berufungsgericht, daß in solchen Unterlassungen nur dann Verfahrensmängel lägen, wenn die Grenzen des pflichtgemäßem Ermessens zur amtswegigen Wahrheitsforschung verletzt würden. Was die unterbliebene Zeugeneinvernahme des Joachim P\*\*\* anlange, sei davon auszugehen, daß der amtswegige Untersuchungsgrundsatz dort seine Grenze finde, wo eine weitere Beweisaufnahme zu einer nicht absehbaren Prozeßverschleppung führen würde. Die zahlreichen Versuche des Erstgerichtes, die Anschrift dieses Zeugen zu eruieren, seien erfolglos geblieben. Die Einholung weiterer Gutachten habe sich aus den vom Erstgericht genannten rechtlichen Gründen erübrigt. Eine Erörterung des Gutachtens des Sachverständigen Dr. U\*\*\* sei zufolge der Einholung und des Inhaltes des weiteren Gutachtens des Sachverständigen Prof.Dr.S\*\*\* nicht erforderlich gewesen.

Die Rüge der unrichtigen Tatsachenfeststellung und unrichtigen Beweiswürdigung hielt das Berufungsgericht aus den im einzelnen dargelegten Gründen ebenfalls nicht für gerechtfertigt. Es übernahm auch die erstgerichtliche Feststellung, daß die Mutter der Klägerin mit Joachim P\*\*\* innerhalb der kritischen Zeit nicht geschlechtlich verkehrt hat.

In seiner rechtlichen Beurteilung verwies das Berufungsgericht auf die biostatistische Berechnung einer Vaterschaftswahrscheinlichkeit des Beklagten von 99,999 % und der Bewertung, daß die Vaterschaft praktisch erwiesen sei. Im Hinblick auf diesen hohen Grad der Wahrscheinlichkeit sei der Beklagte als Erzeuger der Klägerin zu vermuten, ein von ihm zu führender Gegenbeweis nach § 163 Abs 2 ABGB sei nicht gelungen. Unter dem Revisionsgrund der Nichtigkeit des Berufungsverfahrens macht der Beklagte neuerlich geltend, die Klägerin sei nach dem in der Person ihres Vormundes eingetretenen Wechsel im Verfahren nicht gesetzmäßig vertreten gewesen und es habe an der Genehmigung der Prozeßführung gefehlt.

Nach ständiger Rechtsprechung kann der Beschuß des Berufungsgerichtes, mit welchem eine wegen Nichtigkeit erhobene Berufung verworfen wurde, auch dann, wenn er in das Urteil (Begründung) aufgenommen wurde, weder mit Revision noch mit Rekurs bekämpft werden. Eine Neuaufrollung der Nichtigkeitsfrage mit Revision oder Rekurs ist also auch ausgeschlossen, wenn die Entscheidung über diese Frage nur - wie vorliegendenfalls - den Gründen des Berufungsurteiles zu entnehmen ist (SZ 54/190; 1 Ob 38/84). Zulässig wäre die Geltendmachung eines Nichtigkeitsgrundes nur, wenn behauptet wird, daß die solcherart gegebene Prozeßunfähigkeit (§ 4 Abs 1 ZPO) nach der Entscheidung der zweiten Instanz eingetreten sei (1 Ob 256/72, 2 Ob 583/82, 6 Ob 619/83 ua).

Die Revision war daher, insoweit sie Nichtigkeit behauptet, als unzulässig zurückzuweisen.

In der Mängelrüge verweist der Beklagte zunächst neuerlich auf die Unterlassung einer mündlichen Gutachtenserörterung. Eine solche wurde von ihm in erster Instanz nur in ON 58 S 1 hinsichtlich des Gutachtens des Sachverständigen Dr. U\*\*\* und der "anderen bisher vorhandenen Gutachten" beantragt. Zur Ergänzung des Gutachtens des Sachverständigen Dr. U\*\*\* hat das Erstgericht in der Folge das Gutachten des Sachverständigen Prof.Dr.S\*\*\* eingeholt. Hinsichtlich dieses Gutachtens beantragte der Beklagte in der Berufung die Erörterung.

Grundsätzlich stellt die Unterlassung der mündlichen Erörterung eines schriftlichen Gutachtens keinen Verfahrensmangel dar. In dem vom Prinzip der Amtswegigkeit beherrschten Vaterschaftsprozeß ist eine mündliche Erörterung dann erforderlich, wenn konkrete tragfähige Bedenken gegen die Richtigkeit des erstatteten Gutachtens erhoben werden (1 Ob 520/81, 3 Ob 585/81 ua). Solche die Richtigkeit des Gutachtens des Sachverständigen Prof.Dr.S\*\*\* in Zweifel setzende Bedenken sind aber nicht gegeben. Weder der Hinweis des Sachverständigen, daß sich im Hinblick auf die umfänglich untersuchten Blutmerkmale eine Vaterschaftswahrscheinlichkeit des Beklagten von 10,000.000 : 1 ergibt noch seine Angabe im Gutachten, daß die Mutter der Klägerin "mischerbig HLA" und ebenso wie die Klägerin "reinerbig NN" sei, läßt mangels jeglicher Darlegung, warum eine solche angeblich auch beim Mehrverkehrszeugen J\*\*\* gegebene Konstellation "offensichtlich widersprüchlich" sei, konkrete Bedenken entstehen. Die allgemeine Revisionsausführung, die vorgenannten Wahrscheinlichkeitsangaben seien "nach Auskunft der führenden Vertreter der Gerichtsmedizin in Innsbruck medizinisch völlig unhaltbar", ist schon deswegen bedeutungslos, weil die Wahrscheinlichkeit der Vaterschaft des Beklagten mit 99,999 % festgestellt wurde und bei der rechtlichen Beurteilung davon auszugehen ist. Der rechtlichen Beurteilung ist weiters die ausdrücklich vom Berufungsgericht übernommene erstgerichtliche Feststellung zugrunde zu legen, daß der angebliche Mehrverkehrspartner Joachim P\*\*\* der Mutter der Klägerin innerhalb der gesetzlichen Empfängniszeit nicht geschlechtlich beigewohnt hat. Die Ausführungen in der Mängelrüge, dieser Zeuge hätte in die serologische Untersuchung einbezogen werden müssen, sind daher - siehe die Darlegungen zur Rechtsrüge - verfehlt wie ebenso die Bekämpfung der diesbezüglichen Beweiswürdigung vor dem Obersten Gerichtshof, da dieser nicht Tatsacheninstanz ist und nur aus den im § 503 Abs 1 ZPO genannten Revisionsgründen angerufen werden kann. Zur Angabe der Mutter der Klägerin, der Geschlechtsverkehr mit dem Beklagten habe "kurz nach dem Aufhören der Regel" stattgefunden, bedurfte es, wie noch ausgeführt werden wird, aus rechtlichen Gründen keiner eigenen medizinischen Stellungnahme. Die Einholung des vom Beklagten beantragten anthropologisch-erbbiologischen Gutachtens sowie eines Tragzeitgutachtens war, wie ebenfalls zur Rechtsrüge dargelegt werden wird, aufgrund des eindeutigen serologischen Gutachtens entbehrlich.

Der vom Revisionswerber behauptete Revisionsgrund der Mängelhaftigkeit des Berufungsverfahrens liegt somit nicht

vor. Unter dem Revisionsgrund der Aktenwidrigkeit wird vorgebracht, die Angabe der Mutter der Klägerin, daß der Verkehr mit dem Beklagten "kurz nach dem Aufhören der Regel war", habe in den Feststellungen keinen Niederschlag gefunden.

Damit wird in Wahrheit ein Feststellungsmangel behauptet, welcher der Rechtsrügen zuzuordnen und dessen Vorliegen in deren Rahmen zu prüfen ist.

In der Rechtsrügen legt der Beklagte zunächst zugrunde, eine Beiziehung der Mutter der Klägerin seinerseits im Sinne einer für die Annahme einer solchen erforderlichen Vereinigung der Geschlechtsteile sei nicht erwiesen.

Mit dieser Ausführung weicht der Revisionswerber in unzulässiger Weise von der für den Obersten Gerichtshof bindenden Feststellung, die Mutter der Klägerin habe mit dem Beklagten Anfang September 1979 geschlechtlich verkehrt, ab. Die Revision ist daher insoweit nicht gesetzmäßig ausgeführt und unbeachtlich.

Im weiteren rügt der Beklagte, es sei ihm die Möglichkeit, darzutun, daß seine Vaterschaft unwahrscheinlicher sei als "jene des Mehrverkehrspartners" Joachim P\*\*\*, abgeschnitten worden. Auch mit dieser Ausführung verläßt der Beklagte die für den Obersten Gerichtshof bindende untergerichtliche Feststellungsgrundlage. Das Berufungsgericht hat nämlich, wie bereits dargelegt, ausdrücklich die erstgerichtliche Feststellung übernommen, wonach Joachim P\*\*\* der Mutter der Klägerin innerhalb der gesetzlichen Empfängniszeit nicht beigewohnt hat. Die Voraussetzung des Entkräftigungsbeweises nach § 163 Abs 2 letzter Satz ABGB, nämlich, daß für einen anderen Mann ebenfalls die Vermutung der Vaterschaft im Sinne des § 163 Abs 1 ABGB gelte, also, daß er der Mutter des unehelichen Kindes in der gesetzlichen Empfängniszeit ebenfalls geschlechtlich beigewohnt habe, ist somit hinsichtlich des Joachim P\*\*\* nicht erfüllt.

Die schließliche Ausführung "allein schon durch die Aussage der Kindesmutter sei die gesetzliche Vermutung der Vaterschaft des Beklagten entkräftet" bezieht der Revisionswerber offenbar auf deren Angabe, daß der Geschlechtsverkehr mit dem Beklagten "kurz nach dem Aufhören der Regel" stattgefunden habe. Diesbezüglich liegt, wie oben dargestellt, auch die Rüge eines Feststellungsmangels vor. Ein solcher ist jedoch nicht gegeben. Die in der Vernehmung der Mutter der Klägerin als Zeugin enthaltene vorgenannte Angabe ist nämlich rechtlich unerheblich, weil der Gesetzgeber die Vaterschaftsvermutung für den gesamten im § 163 Abs 1 ABGB genannten Zeitraum aufgestellt hat und die Frage der Wahrscheinlichkeit der Vaterschaft des Beklagten zur Klägerin auf der Grundlage der eingeholten Sachverständigengutachten zu beantworten ist.

In der vom Revisionswerber genannten Entscheidung<sup>1</sup> Ob 5/75 ging es um die dort noch erforderliche Ergänzung des serologischen Gutachtens in bezug auf die Verteilung der Blutmerkmale im Duffy-System, weil in dieser Richtung ein Vaterschaftsausschluß noch nicht geprüft worden war. Dabei wurde ausgeführt, daß für die vom Manne zu beweisende Zeugungsunwahrscheinlichkeit nach der Neufassung des § 163 ABGB nicht mehr die sogenannte 3-Sigma-Grenze von 99,73 % erreicht werden und die Unwahrscheinlichkeit der Vaterschaft also nicht mehr 99,73 % betragen müsse.

Vorliegendenfalls kann von einem derartigen Unwahrscheinlichkeitsbeweis nicht die Rede sein. Nach den getroffenen Feststellungen besteht für die Vaterschaft des Beklagten zur Klägerin vielmehr eine Wahrscheinlichkeit von 99,999 %. Schon bei einer aufgrund eines serologischen Gutachtens gegebenen Vaterschaftswahrscheinlichkeit von 99,7 % ist die Vaterschaft im Sinne der ständigen Judikatur praktisch erwiesen (6 Ob 718/83, 3 Ob 540/85, 1 Ob 645/85, 1 Ob 510/86 ua). In diesem Falle bedarf es trotz des das Verfahren beherrschenden Untersuchungsgrundsatzes keiner weiteren Beweisaufnahmen. Die Durchführung einer beantragten anthropologisch-erbbiologischen Untersuchung ist bei einer Vaterschaftswahrscheinlichkeit von 99,5 % nicht mehr erforderlich (7 Ob 617/79 = EFSIg 34.525; 3 Ob 585/81, 3 Ob 535/85, 1 Ob 510/86). Die Beurteilung, ob eine anthropologisch-erbbiologische Ähnlichkeitsuntersuchung anzugeordnen ist, fällt in solchen Fällen in die vor dem Revisionsgericht nicht anfechtbare Beweiswürdigung der Tatsacheninstanzen (3 Ob 540/85). Somit ist dem Beklagten der ihm vom Gesetz zugestandene Entkräftigungsbeweis mißlungen. Aufgrund des hohen Wahrscheinlichkeitsgrades von 99,999 % seiner Vaterschaft wurde er von den Unterinstanzen zu Recht als Erzeuger der Klägerin festgestellt.

Demgemäß war der Revision ein Erfolg zu versagen.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 41, 50 ZPO.

#### **Anmerkung**

E10303

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:1987:0020OB00595.86.0310.000

**Dokumentnummer**

JJT\_19870310\_OGH0002\_0020OB00595\_8600000\_000

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.  
[www.jusline.at](http://www.jusline.at)