

## Die Zeugungsvermutung nach dem Tod des Mannes

### Zugleich eine Besprechung der E 4 Ob 131/20y<sup>1)</sup>

EF-Z 2021/51

#### Ausgangspunkt

Die gerichtl. Vaterschaftsfeststellung auf Antrag des Kindes setzt entweder den Beweis der Vaterschaft (§ 148 Abs 1 ABGB) oder den Beweis voraus, dass der Mann der Mutter im kritischen Zeitraum (180 bis 300 Tage vor der Geburt) beigewohnt hat.<sup>2)</sup> Daran knüpft § 148 Abs 2 ABGB die sog. Zeugungsvermutung, die der Mann durch den Beweis der Nichtabstammung entkräften muss. Prozessual handelt es sich dabei um den Beweis des Gegenteils, sodass der volle Beweis zu erbringen ist.<sup>3)</sup> Während *Kralik* diese Vermutung noch damit rechtfertigte, dass „[a]lle Erkenntnisse der modernen Naturwissenschaften [...] nur in den seltensten Fällen einen Beweis liefern, der den Richter von der Zeugung des Kindes zu überzeugen vermag“,<sup>4)</sup> haben sich die beweisrechtl. Vorzeichen mit dem naturwissenschaftlichen Fortschritt der letzten Jahrzehnte freilich umgekehrt. Spätestens das moderne DNA-Gutachten hat den Vaterschaftsbeweis erheblich erleichtert,<sup>5)</sup> womit zwangsläufig ein Bedeutungsverlust der Zeugungsvermutung einhergeht.<sup>6)</sup>

Dieser Umstand schlägt sich normativ nieder, wenn die Vaterschaft erst nach dem Tod des Mannes festgestellt werden soll, was die rezente E 4 Ob 131/20y veranschaulicht. Fraglich war die Abstammung des 1927 geborenen und 2011 verstorbenen Kindes von einem bereits 1954 verstorbenen Mann; den Erben des Kindes standen die Erben des ehel. Sohnes des Mannes gegenüber. Eine solche Abstammungsfeststellung von den Rechtsnachfolgern gegen die Rechtsnachfolger ist nach § 142 ABGB auch zulässig, wobei der Vaterschaftsbeweis nach § 148 Abs 1 ABGB uneingeschränkt zur Verfügung steht; mittlerweile sind nämlich „DNA-Spuren, die dem Verstorbenen zugeordnet werden können, auch noch lange nach dessen Tod für den Vaterschaftsbeweis verwertbar“.<sup>7)</sup> Konkret war genetisches Material aber nicht verfügbar, weil der Putativvater († 1954) und dessen einziger – seinerseits kinderloser – ehel. Sohn († 2018) nach ihrem Tod eingäschert worden waren.

#### Grundlagen der Vermutungsbefristung

Entscheidend war damit die Zeugungsvermutung, für die der Tod des Mannes eine Rolle spielt. Mit fortschreitender Zeit fallen die Beurteilung des Beischlafs im kritischen Zeitraum und die Widerlegung der daraus folgenden Vermutung durch den Beweis der Nichtabstammung vom Mann ja immer schwerer. Der Gesetzgeber hat darauf – im Zuge der Abschaffung einer erbrechtl. Sonderregel, wonach überhaupt nur zu Lebzeiten des Erbl. feststehende Kinder berücksichtigt wurden<sup>8)</sup> – mit einem Kompromiss reagiert und die Zeugungsvermutung in § 148 Abs 2 Satz 2 ABGB befristet.<sup>9)</sup> Nach Ablauf von zwei Jahren ab dem Tod des Mannes kommt sie nur mehr zur Anwendung, wenn dem Kind der Vaterschaftsbeweis „aus Gründen auf Seiten des Mannes nicht gelingt.“ Während die vielzitierte verdunkelnde Macht der Zeit üblicherweise ein Grund für die Verjährung von Rechten ist,<sup>10)</sup> schlägt sie sich hier beweisrechtl. nieder.<sup>11)</sup>

Trotz dieser grds. klaren Stoßrichtung ist die hinter der Befristung stehende Wertung im Einzelnen nicht leicht festzumachen. Dass potenzielle Schwierigkeiten beim Beweis der Vermutungsba-

sis (Beischlaf im kritischen Zeitraum) nicht schlechthin gegen die Vermutung sprechen,<sup>12)</sup> legt das konkrete Verfahren nahe, in dem das ErstG die – fast 100 Jahre zurückliegende (!) – Beiwohnung feststellen konnte.<sup>13)</sup> Offenbar war das Gericht nach Würdigung der Beweise unter Berücksichtigung des Regelbeweismaßes also hinreichend davon überzeugt,<sup>14)</sup> dass der Mann († 1954) der Mutter des Kindes im relevanten Zeitraum des Jahres 1926 oder 1927 beigewohnt hatte. Steht der Beischlaf im kritischen Zeitraum fest, könnte sich die Vermutung dann aber auch Jahre nach dem Tod des Mannes noch auf den „ordentlichen Laufe der Natur“ gründen, „daß der, welcher [...] der Mutter beywohnte, Vater des Kindes sey“.<sup>15)</sup> Diese Wahrscheinlichkeit nimmt schließlich nicht ab. Worum geht es dann? Letztlich lässt sich die Befristung va mit den Schwierigkeiten bei der Vermutungswiderlegung durch die Erben des Mannes rechtfertigen, die gerade bei fehlendem DNA-Material (sonst wäre der Vaterschaftsbeweis möglich) evident sind.<sup>16)</sup> Das Vertrauen auf den „ordentlichen Laufe der Natur“ ist zu klein, um die Vaterschaftsfeststellung auch ohne realistische Widerlegungsmöglichkeit unbeschränkt zuzulassen. Insofern hat die Befristung „Beweisersatzfunktion“.<sup>17)</sup>

#### „Gründe auf Seiten des Mannes“

Unter diesem Gesichtspunkt erscheint zunächst auch die Ausnahme von der Befristung konsequent. Gelingt dem Kind der Vaterschaftsbeweis „aus Gründen auf Seiten des Mannes nicht“, steht ihm die Zeugungsvermutung unbeschränkt zur Verfügung, wobei die Mat an „flüchtige Männer“ und deren unredliche Erben denken, die genetisches Material verschwinden lassen.<sup>18)</sup> Dass sich diese Erben in der Folge nicht auf die selbst herbeigeführten Be-

1) Siehe EF-Z 2021/52 in diesem Heft.

2) Dabei besteht keine Subsidiarität: 7 Ob 75/07 s.

3) Näher *Stefula* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang<sup>3</sup> § 163 ABGB Rz 12f; zum erhöhten Beweismaß *Spitzer* in *Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG I<sup>2</sup> Vor §§ 81–85 Rz 3.

4) *Kralik*, Zur Reform der Vaterschaftsvermutung des § 163 ABGB, JBl 1965, 294 (295).

5) Eingehend *Wellenhofer* in *MüKoBGB*<sup>9</sup> § 1600 d Rz 61 ff.

6) *Pierer*, Abstammung, in *Deixler-Hübner*, Handbuch Familienrecht<sup>2</sup> (2020) 231 (284); vgl. aber auch *Spitzer*, Problemfälle des Abstammungsverfahrens, EF-Z 2013, 101 (102f).

7) ErläutRV 471 BlgNR 22. GP 22.

8) § 730 Abs 2 ABGB idF ErbRÄG 1989; dazu *Welser*, Die Erbrechtsreform 1989, NZ 1990, 137 (138); zur nunmehrigen Verjährung nach § 1487 a ABGB jüngst *Christandl*, Die Verjährung erbrechtlicher Ansprüche bei posthumer Vaterschaftsfeststellung, EF-Z 2021, 57; vgl. auch *Fischer-Czermak*, Abstammungsänderungen nach dem Tod, in *Liber Amicorum Gitschthaler* (2020) 51.

9) ErläutRV 471 BlgNR 22. GP 11, 22; vormals § 163 Abs 2 ABGB.

10) Motive 1. BGB-Entwurf I (1888) 291.

11) Ähnlich § 933 a Abs 3 ABGB; dazu *Zöchling-Jud* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>102</sup> § 933 a Rz 47 ff.

12) Vgl. aber *JAB* 1158 BlgNR 17. GP 2, wonach aufgrund dieser Schwierigkeiten „[m]ißbräuchliche Abstammungsklagen gegen den ruhenden Nachlaß, die gleichsam als Glücksspiel erhoben werden könnten“, drohen.

13) Vgl. schon *Schwimmann*, Neuerliche Abstammungsrechtsreform mit Ablaufdatum, NZ 2005, 33 (41); *Höllwerth*, Anm zu 7 Ob 75/07 s, EF-Z 2008, 19 (20). Kann der Beischlaf im kritischen Zeitraum nicht festgestellt werden, scheidet die Zeugungsvermutung ohnehin aus.

14) Näher *Spitzer*, EF-Z 2013, 101 (103).

15) *Zeiller*, Kommentar I (1811) 363.

16) ErläutRV 471 BlgNR 22. GP 11.

17) Dazu *Vollmaier*, Verjährung und Verfall (2009) 54.

18) ErläutRV 471 BlgNR 22. GP 22.

weisschwierigkeiten zurückziehen können, leuchtet ein und ist die Grundidee des Konzepts der Beweisvereitelung.<sup>19)</sup> Derart zu missbilligende Gründe lagen konkret nicht vor, zumal die Wahl einer Feuerbestattung natürlich nicht zu beanstanden und absolut üblich ist (über 40% der Bestattungen in Österreich bei steigender Tendenz).<sup>20)</sup>

Die Rsp geht allerdings deutlich über dieses von den Mat nahegelegte Verständnis hinaus und interpretiert die „Gründe auf Seiten des Mannes“ extensiv. Maßgebend sei nicht das Verschulden an der Unmöglichkeit des Abstammungsbeweises, sondern eine Sphärenzuordnung. Dabei liege es etwa in der Sphäre des Mannes, wenn sich aus dem bei der Gerichtsmedizin erliegenden Gewebematerial aufgrund des degradierenden Effekts von Formalin kein DNA-Profil mehr erstellen lässt<sup>21)</sup> oder Rechtshilfeersuchen unbeantwortet bleiben, die eine Exhumierung des in Serbien beigesetzten Mannes erreichen sollen.<sup>22)</sup> Nach der vorliegenden Entscheidung ist grds auch eine Einäscherung dem Mann zuzurechnen,<sup>23)</sup> sodass sich insgesamt sagen lässt, dass die mangelnde Verfügbarkeit von genetischem Material an sich ein „Grund auf Seiten des Mannes“ ist.<sup>24)</sup>

Es bleibt dann freilich nicht mehr viel Raum für Fälle, in denen die Unmöglichkeit des Vaterschaftsbeweises nicht am Mann liegt. Von Beweisvereitelung kann außerdem keine Rede mehr sein, vielmehr werden auch völlig unverdächtige Ursachen für das Fehlen von DNA nach dem Tod erfasst. Da die Befristung der Zeugungsvermutung die Erben eigentlich vor genau diesem beweisrechtl Risiko schützen soll, muss ihre Aushebelung durch die großzügige Zurechnung zum Mann überraschen. Dahinter steht die Sorge um schutzbedürftige Kinder. So betonte der OGH in einem Verfahren, das erst nach Aufklärung der nicht über die Möglichkeit der Vaterschaftsfeststellung informierten Mutter des dreijährigen Kindes durch das Jugendamt eingeleitet werden konnte: „Es ist dem Gesetzgeber nicht zu unterstellen, dass er Kinder, die, ohne darauf Einfluss zu haben, die Zweijahresfrist versäumen und die positive Vaterschaftsfeststellung mangels genetischer Grundlagen nicht mehr anstrengen können, benachteiligen wollte.“<sup>25)</sup> Die Unkenntnis der Mutter musste so zur „Sphäre des Mannes“ werden, weil nur eine derart weitgehende Sphärenzuordnung diese unerwünschte Konsequenz verhindert.

Konkret lagen die Dinge aber anders. In den betroffenen Familien war seit Jahren „allgemein bekannt“, dass das – 1927 geborene – Kind tatsächlich vom Mann abstammte. Das erwachsene Kind und später seine Erben hätten hier also ohne Weiteres Einfluss nehmen und sich schon vor der Einäscherung des ehel Sohns des Putativvaters († 2018) um die Abstammungsfeststellung bemühen können, was den Vaterschaftsbeweis ermöglicht hätte. In dieser Konstellation stand die Vorjudikatur auf der Probe. Während die Unterinstanzen offenbar trotzdem am Rechtssatz über die Zurechnung fehlender DNA zum Mann festhielten und die Vaterschaft aufgrund der Zeugungsvermutung feststellten, sah sich der OGH zu einer Korrektur veranlasst. Obwohl die Unmöglichkeit des Abstammungsbeweises durch die Einäscherung endgültig geworden sei, sei sie unter den vorliegenden Umständen nämlich „nicht nur“ auf Gründe auf Seiten des Mannes zurückzuführen. Da die Untätigkeit des Kindes und seiner Erben nicht in der Sphäre des Mannes liege und die Zweijahresfrist des § 148 Abs 2 Satz 2 ABGB bereits abgelaufen war, wurde die Anwendbarkeit der Zeugungsvermutung letztlich verneint.

## Bewertung

Dieses Ergebnis überzeugt; schon der erforderliche Begründungsaufwand zeigt allerdings, wie weit sich die Rsp von der gesetzl Vor-

gabe entfernt hat. Problematisch ist dabei va der erste Schritt. Die grds Zurechnung des „zufälligen“ Fehlens von DNA zum Mann erfolgt ausschließlich im Interesse des Kindes und widerspricht damit dem Zweck der Befristung, die die Rechtsnachfolger des Mannes schützen will. Gleichzeitig lässt sie wenig Spielraum für Fälle, in denen das Kind gar nicht schutzwürdig ist. Der naheliegende – und mE gebotene – Weg, das zufällige Fehlen genetischen Materials von vornherein neutral zu behandeln, ist nach dem ersten Schritt in die Sphäre des Mannes schließlich versperrt, was argumentativ einen weiteren Schritt notwendig macht: dass es sich (gleichsam ausnahmsweise) doch nicht um die Sphäre des Mannes handelt, liegt an der Untätigkeit des Kindes.

Vergrößert gilt bei zufälligem Fehlen von DNA-Material demnach Folgendes: Hatte das Kind zuvor keine Möglichkeit, die Vaterschaftsfeststellung anzustreben, ist die Zweijahresfrist des § 148 Abs 2 Satz 2 ABGB nicht einschlägig, weil ein „Grund auf Seiten des Mannes“ vorliegt. Die Zeugungsvermutung steht daher unbegrenzt zur Verfügung. Hat das Kind mögliche Schritte zum Nachweis der Vaterschaft unterlassen, ist die spätere Unmöglichkeit des Abstammungsbeweises demgegenüber nicht auf einen „Grund auf Seiten des Mannes“ zurückzuführen. In der Konsequenz ist die Zeugungsvermutung mit zwei Jahren ab dem Tod des Mannes befristet.

Wertungsmäßig geht es insofern nicht mehr um den abstrakten Schutz der Erben vor der schwierigen Vermutungswiderlegung, sondern um die konkrete Schutzwürdigkeit des Kindes, die bei Säumnis herabgesetzt ist.<sup>26)</sup> Dass diese Akzentverschiebung in der Sache nachvollziehbar und mit Blick auf Härtefälle womöglich sogar verfassungsrechtl geboten ist,<sup>27)</sup> sollte nicht über das Spannungsverhältnis zum gesetzgeberischen Konzept hinwegtäuschen. Einerseits sind nämlich auch der verfassungskonformen Interpretation als Auswahlregel methodische Grenzen gesetzt, wenn eine verfassungskonforme Auslegungsvariante nicht offensteht.<sup>28)</sup> Die genannten teleologischen und historischen Gesichtspunkte legen dabei nahe, dass allfällige Bedenken gegenüber der Frist des § 148 Abs 2 Satz 2 ABGB durch den VfGH oder den Gesetzgeber ausgeräumt werden müssten. Andererseits ist der gesetzl angestrebte Interessenausgleich zwischen dem Kind und den Erben des Mannes (wenigstens) bei der Lösung von Folgeproblemen zu berücksichtigen. Offenbleibt schließlich etwa, wie streng der an das Kind (und dessen Erben) anzulegende Sorgfaltsmaßstab ist und ob es tatsächlich gar keine zeitliche Schranke gibt, wenn die Zweijahresfrist mangels Säumnis des Kindes nicht greift.

Alexander Wilfinger<sup>29)</sup>

19) Vgl Wilfinger in Spitzer/Wilfinger, Beweisrecht § 307 ZPO Rz 6; eingehend Ahrens, Der Beweis im Zivilprozess (2015) Kap 8 Rz 130 ff mwN.

20) Wiener Zeitung, 31. 10. 2017, Das todsichere Gewerbe.

21) 7 Ob 75/07 s.

22) 2 Ob 98/12 v.

23) So schon Fischer-Czernak, Neueste Änderungen im Abstammungs- und Erb-recht, JBl 2005, 2 (6); Bernat in Schwimann/Kodek<sup>6</sup> § 148 ABGB Rz 5.

24) Vgl RS0122644.

25) 7 Ob 75/07 s; zust Bernat in Schwimann/Kodek<sup>6</sup> § 148 ABGB Rz 5; Hopf/Höllwerth in KBB<sup>9</sup> § 148 Rz 5. Vgl auch § 153 Abs 2 ABGB, wonach der Lauf der Zweijahresfrist für den Antrag des Kindes auf Feststellung der Nichtabstammung vom Ehemann gehemmt ist, solange es mj oder nicht entscheidungsfähig ist.

26) Vgl zu § 1489 ABGB Koziol, Grundfragen des Schadenersatzrechts (2010) Rz 9/12; zu § 1487 a ABGB Christandl, EF-Z 2021, 57 (58 ff).

27) Vgl Bernat in Schwimann/Kodek<sup>6</sup> § 148 ABGB Rz 5: Art 7 B-VG; Höllwerth, EF-Z 2008, 19 (21).

28) F. Bydliński, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff<sup>2</sup> (Nachdruck 2011) 455 ff.

29) Universitätsassistent, WU Wien.