

dern die E-GmbH, die nur Vorkaufsberechtigte ob der Liegenschaft ist. Dass diese GmbH – was wegen des Neuerungsverbots im Grundbuchsverfahren unzulässig (§ 122 GBG) erstmals im Rek behauptet wird und aus der Eintragungsgrundlage nicht hervorgeht – auf der Liegenschaft die Errichtung eines Gewerbebetriebs beabsichtigt, ändert nichts daran, dass nach dieser Vereinbarung ein unmittelbarer **Liegenschaftsbezug** der von der GmbH übernommenen Verpflichtungen **nicht ersichtlich** ist; nach Punkt 3 der Vereinbarung stellt der Liegenschaftseigentümer seine Liegenschaft nur zur „Verdinglichung der übernommenen Verpflichtungen“ zur Verfügung. Vergleichbar zu dem zu 5 Ob 2168/96a entschiedenen Fall versucht die ASt, ihre Forderungen gegenüber einer Betriebsinhaberin, die nicht Liegenschaftseigentümerin ist, im Weg einer Reallastbestellung durch diese abzusichern, was die Grenzen zwischen Reallast und Hypothek verwischt.

Im Übrigen hat diese GmbH für die Erfüllung der Hauptverpflichtung (Abschluss von Arbeitsverträgen) nicht unmittelbar eine Leistung an die „reallastberechtigte“ Gemeinde zu erbringen, diese wäre **nur mittelbar** über die Kommunalsteuer als lohnabhängige Gemeindeabgabe begünstigt, was gegen eine Qualifikation als Reallast spricht. Im Gegensatz zum historisch gewachsenen Schichtrecht ist der unmittelbare Zusammenhang zwischen der positiven Handlung, zu der der Betriebsinhaber verpflichtet wird (Beschäftigung einer bestimmten Anzahl an Mitarbeitern), und den Erträgen der Liegenschaft hier daher auch nicht gegeben – das Ausmaß der Kommunalabgabe hängt nicht von der Bewirtschaftung der Liegenschaft und deren Erträgen, sondern von der Anzahl der beschäftigten

Dienstnehmer des dort zu etablierenden Betriebs ab. Mangels Zusammenhangs zwischen Leistung und Ertrag der Liegenschaft den von der Rsp geforderten **Versorgungszweck** der Reallast nicht aus dem Kommunalsteuerrecht abzuleiten, ist daher nicht zu beanstanden, ist doch die Sicherung von Steuereinnahmen – jedenfalls nach historischem Verständnis – nicht mit dem Begriff der Versorgung als wesentlichem Zweck der Reallast gleichzusetzen. Das Ausmaß von Kommunalsteuern ist vielmehr als **bloße Reflexwirkung** der hier getroffenen Vereinbarung anzusehen (vgl 5 Ob 62/20h). Dass die für den Fall der nicht oder nicht vollständigen Erfüllung der Beschäftigungspflicht vereinbarte Geldleistungspflicht (Pönale) nicht Gegenstand einer Reallast sein kann, entspricht ebenfalls bereits vorliegender höchstgerichtlicher Rsp (5 Ob 236/12k).

Soweit die vorgelegte Vereinbarung allenfalls der Sicherstellung einer bestimmten Art der Nutzung der Liegenschaft (nämlich als Gewerbebetrieb) dienen sollte, widerspricht die Einräumung einer derartigen Verpflichtung als Reallast den E 5 Ob 198/12x und 5 Ob 66/17t des Fachsenats. Auch insoweit ist eine korrekturbedürftige Fehlbeurteilung nicht zu erkennen und die Bezugnahme der Vorinstanzen auf diese Entscheidungen berechtigt.

Einer vertieften Erörterung der Frage, ob überhaupt und in welchem Umfang ganz allgemein öffentliche Interessen mit einer Reallast abgesichert werden können, käme für den hier zu beurteilenden Fall nur theoretisch-abstrakte Bedeutung zu. Die Zulässigkeit eines RM an den OGH setzt aber voraus, dass die Entscheidung von der Lösung einer erheblichen Rechtsfrage auch abhängt (RS0088931), was hier nicht der Fall ist.



**Hinweis:**

Die wesentlichen Charakteristika einer Reallast bestehen darin, dass sie eine „dinglich wirkende“ Belastung des Grundstücks mit der Haftung für wiederkehrende, **positive Leistungen des jeweiligen Eigentümers** bewirken; eine Reallast kann auch zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines oder mehrerer anderer Grundstücke bestehen. Weiteres Charakteristikum ist der einer Reallast regelmäßig zukommende **Versorgungs-**

**zweck** (RS0116184 [T 1, T 2]). In der E 5 Ob 219/20x, die ebenfalls an die vorhandene Rsp zu den Voraussetzungen der Zulässigkeit der Begründung einer Reallast anknüpft, wurde zur beantragten Einverleibung aus einem „Projektsicherungsvertrag“ ausgesprochen, dass (auch) eine Betriebspflicht für einen Beherbergungsbetrieb nicht als Reallast verbüchert werden kann.

*Martina Weixelbraun-Mohr*

**EvBI 2021/86**

§ 148 Abs 2  
ABGB  
(§ 142 ABGB)

OGH 22. 12. 2020,  
4 Ob 131/20y  
(LG Leoben  
2 R 88/20w;  
BG Leoben  
19 Fam 7/19t)

**→ Möglichkeit des direkten Nachweises der Vaterschaft muss unverzüglich genützt werden**

**§ 148 Abs 2 ABGB (§ 142 ABGB)**

Hat das Kind (oder dessen Rechtsnachfolger) Kenntnis von der mutmaßlichen Vaterschaft eines bestimmten Mannes und ist der mutmaßliche Vater (oder dessen Rechtsnachfolger) greifbar, unterlässt das Kind aber ihm objektive mögliche Schritte zum Nachweis der Vaterschaft nach § 148 Abs 1 ABGB,

**Sachverhalt:**

Die ASt sind die Kinder und Universalrechtsnachfolger des im Jahr 1927 unehelich geborenen und 2011 verstorbenen A. Der 1928 geborene und 2018 ohne direk-

so liegt in der späteren Einäscherung des Leichnams des mutmaßlichen Vaters (bzw dessen Rechtsnachfolgers) kein Grund nur auf dessen Seite iSd § 148 Abs 2 ABGB vor, der das Kind am Nachweis der Vaterschaft nach § 148 Abs 1 ABGB hinderte.

te Nachkommen verstorbene B (nunmehr Verlassenschaft = AG) ist der eheliche Sohn des 1901 geborenen und im Jahr 1954 verstorbenen C. Dieser wohnte im relevanten Zeitraum von nicht mehr als 300 und nicht

weniger als 180 Tagen vor der Geburt des A dessen Mutter bei. Sowohl C als auch B wurden nach ihrem Tod eingäschert.

Die ASt begehren die Feststellung, dass ihr Vater und Rechtsvorgänger A ebenfalls ein Sohn des 1954 verstorbenen C gewesen sei.

Die Vorinstanzen stellten fest, dass C der leibliche Vater des A sei. Den ASt stehe der Nachweis nach § 148 Abs 2 ABGB offen; diesen hätten sie erbracht.

Der OGH gab dem RevRek der AG Folge und änderte die Entscheidungen der Vorinstanzen dahin ab, dass der Antrag, es werde festgestellt, dass C der leibliche Vater des A sei, **abgewiesen** wird.

### Aus der Begründung:

#### [Vaterschaft aufgrund der Zeugungsvermutung; Nachweis der Beiwohnung]

Nach § 148 Abs 1 ABGB hat das Gericht als Vater den Mann festzustellen, von dem das Kind abstammt. Der Antrag kann vom Kind gegen den Mann oder von diesem gegen das Kind gestellt werden. Nach § 148 Abs 2 ABGB kann auf Antrag des Kindes ua der Mann als Vater festgestellt werden, welcher der Mutter innerhalb von nicht mehr als 300 und nicht weniger als 180 Tagen vor der Geburt beigewohnt hat, es sei denn, er weist nach, dass das Kind nicht von ihm abstammt. Eine solche Feststellung ist **nach Ablauf von zwei Jahren** nach dem Tod des Mannes nicht mehr möglich, es sei denn, das Kind weist nach, dass ihm der Beweis nach Abs 1 leg cit **aus Gründen auf Seiten des Mannes** nicht gelingt.

Nach § 142 ABGB (geschaffen durch das KindNamRÄG 2013 BGBl I 2013/15; entspricht inhaltlich § 164a bzw § 164c ABGB idF BGBl 1970/342, § 164d ABGB idF BGBl 1989/162 und § 138a Abs 2 ABGB idF BGBl I 2004/58 – vgl 7 Ob 110/18d) kann nach dem Tod der betroffenen Person die Feststellung der Abstammung, deren Änderung oder die Feststellung der Nichtabstammung von den **Rechtsnachfolgern** oder gegen diese bewirkt werden (vgl RS0048500; RS0048459). Unter den „Rechtsnachfolgern“ sind die Gesamtrechtsnachfolger, also die Erben, zu verstehen (RS0048402 [T 2, T 3]). § 142 ABGB ermöglicht daher (ebenso wie seine Vorgängerbestimmungen) die Setzung aller dort im Abstammungsverfahren vorgesehenen Handlungen durch die Rechtsnachfolger einer verstorbenen Person, aber nur so, wie sie zu deren Lebzeiten möglich gewesen wären (7 Ob 110/18d RS0048402 [T 7]).

#### [FamErbRÄG 2004]

Das FamErbRÄG 2004, BGBl I 2004/98, mit dessen Art I Z 14 der nunmehrige § 148 (damals als § 163) ABGB eingeführt wurde, trat gem Art IV § 1 FamErbRÄG 2004 am 1. 1. 2005 in Kraft. Nach Art IV § 5 Abs 1 FamErbRÄG 2004 waren auf **abstammungsrechtliche Fristen**, die am Tag des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes noch nicht abgelaufen waren, die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes anzuwenden. Nach Abs 2 leg cit begannen Fristen zur Geltendmachung von **abstammungsrechtlichen Ansprüchen**, die vor dem Inkrafttreten dieses Bundesgesetzes nicht bestan-

den haben, frühestens mit dem Inkrafttreten dieses Bundesgesetzes zu laufen.

Die Regeln über die gerichtliche Feststellung der Vaterschaft sind durch das FamErbRÄG 2004 grundlegend reformiert worden. Ziel dieser Novelle war nach den GMat (RV 471 BlgNR 22. GP 1) ua **die Verbesserung** des Systems des Abstammungsrechts und im Erbrecht die ersatzlose Beseitigung der – vor allem Kinder diskriminierenden – erbrechtlichen Bestimmung des bis 31. 12. 2004 geltenden (Art I Z 34 FamErbRÄG 2004) § 730 Abs 2 ABGB, nach dem die Abstammung zu Lebzeiten des Erblassers und der die Verwandtschaft vermittelnden Personen feststehen oder zumindest gerichtlich geltend gemacht sein musste (7 Ob 75/07s).

Nach den GMat bedeute die Feststellung nach (nunmehr) § 148 Abs 1 ABGB in der Praxis, es werde der Beweis zu erbringen sein, dass das Kind „**mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit** von dem Mann gezeugt worden sei, gegen den sich der Antrag richtet“. Auch für die heutigen DNA-Untersuchungen gelte nämlich, dass sie nicht geeignet seien, eine Vaterschaft mit 100%iger Sicherheit festzustellen, jedoch hätten die heute zur Verfügung stehenden Methoden eine derart hohe Präzision, dass ein Mann, der – etwa durch die Aussage der Mutter, mit ihm zur fraglichen Zeit Geschlechtsverkehr gehabt zu haben – als Vater in Frage komme und mit den genetischen Methoden als Vater nicht ausgeschlossen werden könne, mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit Vater sei. DNA-Untersuchungen hätten überdies den Vorteil, dass auch gegen den Willen der Betroffenen – meist des mutmaßlichen Vaters – Proben ohne invasive Methoden gewonnen werden könnten (RV 471 BlgNR 22. GP 21). Nach (nunmehr) § 148 Abs 2 ABGB sei die Feststellung der Vaterschaft im Wege der Zeugungsvermutung **nur als zweiter (hilfsweiser) Weg** gedacht, wenn – aus welchen Gründen auch immer – eine genetische Abstammungsfeststellung nicht möglich sei, etwa weil der mutmaßliche Vater sich einer Abstammungsuntersuchung entziehe (RV 471 BlgNR 22. GP 22).

#### [Korrektur durch die Rsp]

Die Rsp hat dazu aber ausgeführt: Aus dem Gesetztext ist nicht abzuleiten, dass die Feststellung aufgrund der **Zeugungsvermutung** nur subsidiär in dem Fall erfolgen darf, wenn erwiesen ist, dass die Feststellung durch positiven Vaterschaftsbeweis nicht möglich ist. Dies würde außerdem bewirken, dass dem Kind als Antragsvoraussetzung für die Feststellung der Vaterschaft durch Zeugungsvermutung der Beweis auferlegt wäre, dass eine genetische Abstammungsfeststellung wegen Fehlens von geeignetem DNA-Material nicht möglich sei. Es ist nicht ersichtlich, dass der Gesetzgeber das Kind damit belasten wollte. Die Novelle sollte eine **Verbesserung** des Abstammungsrechts bewirken und keine Schlechterstellung des Kindes (7 Ob 75/07s). Daher hat **das Kind die Wahl** zwischen der Feststellung durch positiven Vaterschaftsbeweis und Zeugungsvermutung (RS0122643). →

In dieser Entscheidung beschäftigt sich der OGH mit der Feststellung der Vaterschaft durch Zeugungsvermutung und der Frage, welche – den direkten Abstammungsnachweis unmöglich machende – Umstände in die „Sphäre des Mannes“ fallen.

Die GMat zum – die Feststellung der Abstammung des Kindes von einem bereits verstorbenen Mann regelnden – (nunmehr) § 148 Abs 2 zweiter Satz ABGB gehen davon aus, dass idR auch nach dem Tod des mutmaßlichen Vaters diesem zuordenbare DNA-Spuren verfügbar sein werden und daher die Feststellung der Vaterschaft (durch positiven Vaterschaftsbeweis) **zeitlich unbegrenzt** zulässig sein solle. Ein Antrag auf Feststellung der Vaterschaft durch **Zeugungsvermutung** solle aber nur innerhalb von **zwei Jahren** nach dem Tod des Mannes gestellt werden können, da nach Ablauf einer größeren Zeitspanne der Nachweis der Beiwohnung und ein allfälliger Gegenbeweis nur noch schwer zu erbringen sei. Die Feststellung der Vaterschaft durch **Nachweis der Beiwohnung** solle jedoch in jenen Fällen **unbeschränkt** möglich sein, in denen das Kind beweise, dass ihm der positive Abstammungsbeweis aus Gründen „auf Seiten des Mannes“, die also der „Sphäre des Mannes“ zuzurechnen seien, nicht gelungen sei. Dabei sei insb an die „flüchtigen Männer“, die sich zu Lebzeiten dem Zugriff des Gerichts entzogen hätten und die auch nach ihrem Tod nicht „greifbar“ seien, aber auch an jene Fälle gedacht, in denen etwa Erben genetisches Material verschwinden ließen. Diese zeitliche Schranke stelle einen Ausgleich für den Entfall des § 730 Abs 2 ABGB dar und solle der rechtsmissbräuchlichen Geltendmachung erbrechtlicher Ansprüche vorbeugen (RV 471 BlgNR 22. GP 22).

Die Rsp hat dazu festgehalten, dass sich **weder** aus den Erläuterungen **noch** aus dem Gesetzestext ergibt, dass die im (nunmehr) § 148 Abs 2 zweiter Satz ABGB genannten Gründe „auf Seiten des Mannes“ **verschuldensabhängig** sein müssen (RS0122644 [T 2]). Die Erläuterungen zum FamErbRÄG 2004 unterstützen vielmehr die gegenteilige Ansicht, verweisen sie doch auf Gründe, die „der Sphäre des Mannes zuzurechnen“ seien, also nur seinem „Bereich“ zugehören. Die beispielhafte Aufzählung von Fällen, in denen der Mann selbst oder seine Verwandten sich der positiven Vaterschaftsfeststellung entziehen, kann dies nicht entkräften. Sie ist nicht taxativ. Kommt es aber auf ein Verschulden des Mannes nicht an, so ist lediglich darauf zu achten, **in welcher Sphäre** sich die Unmöglichkeit der positiven Vaterschaftsfeststellung verwirklicht hat. Wenn das **genetische Material** des Vaters nicht verwertet werden kann, so liegt dieses Hindernis in der Sphäre des Mannes, in seinem Bereich. 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 kön-

nen, benachteiligen wollte (7 Ob 75/07s). Demnach ist aber die Frage des Verschuldens von der Frage nach der Zuordnung zu einer Sphäre – Vater oder Kind – zu unterscheiden.

**[Sphäre des Mannes]**

Hier war es nach den Feststellungen in den Familien beider Parteien „allgemein bekannt“, dass B der Halbbruder des A und dass deren gemeinsamer Vater C war, der an die Mutter von A auch Unterhalt für diesen geleistet hat. Nach dessen Tod im Jahr 2011 haben B und seine Frau einen Blumenkranz (mit der Aufschrift „Bruder“) zum Begräbnis beige-steuert und dem Erst-ASt persönliche Gegenstände aus der Familie übergeben, da es mangels eigener Kinder sonst keinen mehr aus dieser Familie gebe.

Dies bedeutet, dass der Rechtsvorgänger der ASt jedenfalls ab 1. 1. 2005 (Art IV § 5 Abs 2 FamErbRÄG 2004) bis zu seinem Tod 2011 sowie danach weitere fast sieben Jahre lang die ASt selbst bis zum Tod von B keine Schritte unternommen haben, um einen in diesem Zeitraum **objektiv möglichen direkten Beweis** der Vaterschaft des C zu erbringen, obwohl diese nach den Feststellungen in den betroffenen Familien „allgemein bekannt“ war.

Dass nach dem Tod von B und seines Vaters ein positiver Abstammungsbeweis nicht mehr zu erbringen ist, mag durch beider **Einäscherung** endgültig geworden sein. Diese **Unmöglichkeit des Abstammungsbeweises** ist jedoch unter den vorliegenden Umständen **nicht nur auf Gründe „auf Seiten des Mannes“** iSd § 148 Abs 2 ABGB zurückzuführen. Die ASt und ihr Vater haben nicht, ohne darauf Einfluss zu haben, die Zweijahresfrist versäumt und deshalb die positive Vaterschaftsfeststellung mangels genetischer Grundlagen nicht mehr anstrengen können; **ihre Untätigkeit**, obwohl die Vaterschaft bekannt und B greifbar war, sind Umstände, die **nicht** iSd § 148 Abs 2 zweiter Satz ABGB der „Sphäre des Mannes“ zuzurechnen sind.

**[Ergebnis]**

Es hat daher hier dabei zu bleiben, dass eine Vaterschaftsfeststellung durch Zeugungsvermutung iSd § 148 Abs 2 ABGB nach Ablauf von zwei Jahren nach dem Tod des Mannes – hier somit nach dem 31. 12. 2006 (§ 148 Abs 2 ABGB iVm Art IV § 5 Abs 2 FamErbRÄG 2004) – nicht mehr möglich ist, weil den Rechtsnachfolgern des Kindes der Nachweis nicht gelang, dass ihnen bzw ihrem Vater der Beweis nach § 148 Abs 1 ABGB aus Gründen auf Seiten des Mannes nicht gelingt.

**Hinweis:**

Die vorliegende Entscheidung folgt (zunächst) den Grundsätzen aus der E 7 Ob 75/07s. Nach der zit Entscheidung besteht in zwei Fällen das **unbefristete Recht**, die Vaterschaft feststellen zu lassen, nämlich **1.** mit einem direkten Beweis (DNA-Abgleich) oder **2.** wenn der direkte Beweis „aus Gründen in der Sphäre des Mannes“ nicht (mehr) möglich ist. Das Nicht-

vorhandensein von **genetischem Material** nach dem **Tod des Mannes** (zB wegen Einäscherung) wurde dessen Sphäre zugeordnet. Insb *Fischer-Czermak* (JBl 2005, 2) tritt für diese Lösung ein.

Im hier entschiedenen Fall wurde sowohl der präsumtive Vater als auch sein (einziger) ehelicher Sohn (der keine Nachkommen hinterlassen hatte) **eingeschert**. Die unbefristete Feststellung der Vaterschaft



wurde den Rechtsnachfolgern des präsidentiven Kindes aber trotzdem nicht zuerkannt, und zwar deshalb, weil sie (**bis zum Tod** des ehelichen Sohns des präsidentiven Vaters) die **objektive Möglichkeit** gehabt hätten, den direkten Beweis zu erbringen und sie bereits zu dieser Zeit Kenntnis (bzw objektive Anhaltspunkte) von der möglichen Abstammung hatten. Auf den möglicherweise späteren Zeitpunkt eines konkreten Anlasses (zB Nachweis der Identität in einem Verlassenschaftsverfahren) kommt es nicht an. In einem solchen Fall ist die Unmöglichkeit des direkten Nachweises der Abstammung **nicht mehr allein in der Sphäre des Mannes** gelegen.

Die gesetzliche Regelung ist nicht nur unnötig kompliziert, sondern misslungen. Wenn ein unehelich geborenes Kind in der Familie des präsidentiven Vaters als Angehöriger akzeptiert ist und vielleicht gerade deshalb (zur Streitvermeidung) zunächst keinen Anlass für eine Vaterschaftsfeststellung sieht, mutet es seltsam an, wenn ihm später (zB aus Anlass eines Verlassenschaftsverfahrens) mittels gerichtlicher Entscheidung mitgeteilt wird, dass die in den Familien unstrittig angenommene Abstammung doch nicht bestehe.

*Christoph Brenn*

#### Anmerkung:

Während *mater semper certa est* (§ 143 ABGB; *Paulus*, D. 2.4.5.), steht der Vater eines Kindes nicht immer fest. Wird bei unehelichen Kindern die Vaterschaft nicht anerkannt, bleibt nur die gerichtliche Klärung (§ 144 Abs 1 Z 3, §§ 148 ff ABGB), die meist auch unproblematisch möglich ist: DNA-Analysen ermöglichen eine Beurteilung der Vaterschaft mit über 99,99%iger Sicherheit (*Stefula in Klang*<sup>3</sup> § 156 ABGB Rz 15 f).

Anstelle dieses Vaterschaftsbeweises (keine Subsidiarität: RS0122643) kann auf Antrag des Kindes auch jener Mann als Vater festgestellt werden, der der Mutter im kritischen Zeitraum (180 bis 300 Tage vor der Geburt) beigewohnt hat. Diese Zeugungsvermutung kommt dem Kind allerdings nur für zwei Jahre ab dem Tod des Vaters zugute, es sei denn, dass der strenge Abstammungsbeweis „aus Gründen auf Seiten des Mannes nicht gelingt“ (§ 148 Abs 2 ABGB); dann steht die Vermutung unbefristet zur Verfügung.

Der Gesetzgeber dachte dabei etwa daran, dass Erben genetisches Material verschwinden lassen, oder an andere Fälle der Beweisvereitelung (*Wilfinger*, EF-Z 2021, 115 [115 f]). Dagegen zieht die Rsp die dem Mann zuzurechnende Sphäre so weit, dass die Zweijahresfrist kaum je schlagend wird (vgl 7 Ob 75/07 s; 2 Ob 98/12 v). In der vorliegenden Entscheidung musste der OGH nun klären, ob die Vermutung für ein 1927 geborenes Kind (†2011; ASt waren dessen Rechtsnachfolger [§ 142 ABGB]) greift – die Beiwohnung als Vermutungsbasis war offenbar bewiesen –, weil ein DNA-Ableich an der Einäscherung des Putativvaters (†1954) und seines kinderlos gebliebenen ehelichen Sohnes (†2018) scheiterte.

Der 4. Senat hielt fest, dass Feuerbestattungen zwar der Sphäre des Mannes zuzurechnen seien. Konkret sei

die Vermutung dennoch verfristet, weil die Abstammungsverhältnisse allen Beteiligten bekannt waren und die Vaterschaftsfeststellung zu Lebzeiten des ehelichen Sohnes (als ein DNA-Nachweis noch unkompliziert möglich gewesen wäre) über Jahre nicht angestrebt wurde: Die Unmöglichkeit des direkten Abstammungsbeweises sei daher „nicht nur“ dem Vater zuzurechnen (Rz 26 der Entscheidung). Erst der erste Schritt, der die Sphäre des Mannes derart weit zieht, zwang dazu, im Einzelfall doch wieder korrigierend einzugreifen (krit daher *Wilfinger*, EF-Z 2021, 115 [116]).

Wofür der ganze Aufwand? Die Vermutungsbefristung will der „missbräuchlichen Geltendmachung erbrechtlicher Ansprüche“ vorbeugen: (Potentielle) uneheliche Kinder sollen nicht den Tod des festzustellenden Vaters abwarten und die – dank Vermutungsregel günstige – Beweislage ausnützen (Erläuterung 471 BglnR 22. GP 22, 29 f). Gibt es kein DNA-Material mehr, kann den übrigen Erben der Beweis des Gegenteils nämlich kaum gelingen; dass sie die Beweislast tragen sollen, ist nur gerechtfertigt, wenn auf ihrer Seite entsprechende Zurechnungsmomente (wie eben das Beiseiteschaffen von genetischem Material) vorliegen.

Auch im vorliegenden Fall dürfte es weniger um die Feststellung des Vaters um ihrer selbst willen denn um das Erbrecht nach dessen kinderlos verstorbenem Sohn gegangen sein: Da die inzidente Vaterschaftsfeststellung im Erbrechtsstreit nach hA nicht möglich ist (dazu *Rabl/Cohen*, NZ 2021, 158 [166]; anders zur biologischen Vaterschaft bei Beurteilung des Kontaktrechts nach § 188 Abs 2 ABGB 3 Ob 130/17 i EvBl 2018/138 [S. *Kietaibl*] und im Scheinvaterregress 7 Ob 60/15 x EvBl 2016/16 [*Pierer*]), wäre die Vaterschaftsfeststellung nötig gewesen, um in zweiter Parentel zu erben. Vor diesem Hintergrund leuchtet die Entscheidung des OGH durchaus ein: Wo seit jeher alle um die wahren Verhältnisse wussten, soll man sich nicht Jahre später mithilfe der in concreto nahezu unwiderleglichen Zeugungsvermutung ein Erbrecht verschaffen können.

Ob die ASt auch wirklich geerbt hätten, ist freilich nicht leicht beantwortet: Ein Erbrecht nach dem Putativvater selbst hätten sie ja keinesfalls gehabt, weil § 754 ABGB idF 1. TeilNov RGBl 1914/276 zu dessen Todeszeitpunkt (1954) ein solches für uneheliche Nachkommen ausschloss. Für manche Situationen wird in der Lit daher eine Art Reflexwirkung derartiger früherer Bestimmungen befürwortet, auch wenn es nicht um das Erbrecht nach dem Vater geht, sondern dieser bloß das Bindeglied zur Herstellung der Verwandtschaft ist (zu § 730 Abs 2 ABGB idF ErbRÄG 1989 BGBl 1989/656, nach dem das uneheliche Kind nicht erbt, wenn die Vaterschaft beim Tod des Vaters noch nicht festgestellt war, etwa *W. Tschugguel*, iFamZ 2008, 266 und implizit wohl auch *Fischer-Czermak in Fischer-Czermak/Zöchling-Jud* [Hrsg], Symposium Welser [2020] 19 [28]).

In eine andere Richtung deutet dagegen 2 Ob 149/15 y: Nach dieser Entscheidung kommt es für das Erbrecht ausschließlich auf die Rechtslage im Todeszeitpunkt des konkreten Erblassers an (vgl heute § 1503





Abs 7 Z 2 ABGB), weshalb § 730 Abs 2 ABGB aF unbeachtlich war, was dann auch für § 754 ABGB aF gelten muss: Wäre die Vaterschaft festgestellt worden, hätten die ASt also sehr wohl erben können. Es ging

eben nicht um das Erbe nach dem Vater, sondern um jenes nach dem erst 2018 verstorbenen Sohn.

Dominik Schindl,  
Institut für Zivil- und Zivilverfahrensrecht, WU Wien

EvBI 2021/87

§ 908 ABGB

OGH 2. 2. 2021,  
5 Ob 215/20h  
(LGZ Graz  
6 R 64/20f;  
BG Graz-West  
5 C 189/19w)

Hier entscheidet der OGH, dass die vom Käufer geleistete „Anzahlung“ als Angeld zu qualifizieren war.

→ Angeld oder Teilzahlung

§ 908 ABGB

Bezeichnen die Kaufvertragsparteien eine Leistung des Käufers als Anzahlung, so ist dies im Zweifel

Sachverhalt:

Der Bekl war Eigentümer einer **Liegenschaft** mit einem sanierungsbedürftigen Haus, die er über eine Internetplattform um € 200.000,- verkaufen wollte. Der Kl ist „Pastor“ und Obmann einer im österr Vereinsregister als Verein eingetragenen **Glaubensgemeinschaft**. Er teilte dem Bekl bei einem Besichtigungstermin vor Ort in gutem Deutsch mit, er wolle das Objekt **unbedingt** haben, weil er für seine Gemeinde eine Kirchenstätte errichten wolle. Er forderte ihn auf, alle anderen Interessenten wegzuschicken. Der Bekl erklärt sich damit unter der **Bedingung** einverstanden, dass am selben Tag ein **Kaufvertrag** aufgesetzt und eine **Anzahlung** bezahlt werde. Der Bekl verfasste daher ein als „Vorkaufvertrag“ bezeichnetes Schriftstück, in das der Kl seinen Namen, sein Geburtsdatum und eine Adresse (der Glaubensgemeinschaft) einsetzte. Nach einer Debatte war der Bekl bereit, den Kaufpreis auf € 180.000,- zu reduzieren, dieser Betrag wurde in die Urkunde aufgenommen. Der Bekl übernahm einen im Vertrag als „Anzahlung“ bezeichneten Betrag von € 10.000,-. Beide unterfertigten das Schriftstück mit ihrem Namen. Erst anlässlich weiterer Besichtigungen der Liegenschaft durch Kirchenmitglieder wurde dem Bekl klar, dass an sich „die Kirche“ eine Liegenschaft erwerben wollte. Bei einem weiteren Besichtigungstermin teilte der aus England angereiste „Reverend“ der Kirchengemeinschaft dem Bekl mit, das Objekt werde nicht gekauft, er möge die Anzahlung zurückzahlen. Dieser weigerte sich unter Hinweis auf die mit dem Kl getroffene Vereinbarung. Nach einem neuerlichen Inserat verkaufte der Bekl, der den Erlös dringend benötigte, die Liegenschaft letztlich um nur € 160.000,-.

Der Kl begehrte die **Rückzahlung** der Anzahlung. Das ErstG wies die Klage ab.

Das BerG bestätigte die Entscheidung.

Der OGH wies die Rev dagegen zurück.

Aus der Begründung:

[Irrtum beim Vertragsabschluss]

Ein Erklärungsirrtum liegt vor, wenn man über die Bedeutung der Erklärung irrt (RS0053164), also aus Sicht des Erklärungsempfängers etwas anderes erklärt, als man erklären wollte (*Rummel in Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> § 871 ABGB Rz 7). Ein Erklärungsirrtum könnte daher auch dann vorliegen, wenn jemand irr-

eine **bloße Teilzahlung des Kaufpreises**; je nach den konkreten Umständen beim Vertragsabschluss kann es sich aber auch um ein **Angeld** handeln.

tümlich im eigenen anstatt im fremden Namen handelt (*Riedler in Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar<sup>4</sup> § 871 ABGB Rz 11). Die Frage, ob ein Irrtum – so auch ein Erklärungsirrtum – **Einfluss auf die Willensbildung** hatte, ist aber keine Rechts-, sondern eine **Tatfrage** (RS0014762 [T 1, T 2]; RS0128890).

Nach den vom BerG – von der Rev unbeanstandet – zusammengefassten Feststellungen des ErstG war dem Kl **bewusst**, dass er mit dem Bekl eine **verbindliche Vereinbarung** getroffen hatte. Bei der telefonischen Besichtigung nach dem Besichtigungstermin mit den Kirchenmitgliedern teilte der Kl dem Bekl mit, er solle sich keine Sorgen machen, er wolle das Objekt **unbedingt** haben und es würde auf jeden Fall gekauft werden. Aufgrund dieser Feststellungen verneinten die Vorinstanzen in tatsächlicher Hinsicht einen Irrtum des Kl darüber, wer Vertragspartner des Bekl sein sollte. Der OGH, der nicht Tatsachen-, sondern nur Rechtsinstanz ist, ist daran gebunden (vgl RS0043140). Einer Erörterung der Anfechtungsvoraussetzungen des § 871 ABGB bedarf es mangels Irrtums des Kl über die Person des Vertragspartners nicht.

[Angeld oder Anzahlung]

Nach § 908 ABGB ist, was bei Abschließung eines Vertrags vorausgegeben wird, außer dem Fall einer besonderen Verabredung, nur als Zeichen der Abschließung oder als Sicherstellung für die Erfüllung des Vertrags zu betrachten und heißt **Angeld**. Wird der Vertrag durch Schuld einer Partei nicht erfüllt, kann die schuldlose Partei das von ihr empfangene Angeld behalten oder den doppelten Betrag des von ihr gegebenen Angeldes zurückfordern. Will sie sich aber damit nicht begnügen, kann sie auf die **Erfüllung** oder, wenn diese nicht mehr möglich ist, auf **Ersatz** dringen. Nach dem Konzept des historischen Gesetzgebers bedarf das Angeld keiner besonderen Abrede, weil nur im Fall besonderer Vereinbarung anderes gelten soll. Eine **widerlegbare Vermutung** streitet daher für den Angeldcharakter. Allerdings ist seit Erlassung des ABGB die Bedeutung des Angeldes geringer geworden, insb weil es bei schriftlichen Verträgen keines Abschlusszeichens mehr bedarf (RS0017711 [T 1]; *Bydliniski* in KBB<sup>6</sup> § 908 Rz 2). Deshalb wandelte sich auch die Auslegung des § 908 ABGB in L u Rsp. Nunmehr wird bei **Vorauszahlung** eines Teils des Kaufpreises vielfach anzunehmen sein, dass die Parteien damit nicht die Absicht der Vertragsbekräftigung und der Sicherstellung der Erfüllung, sondern **bloße Anzahlung** ohne Rechtsfol-