

ÖSTERREICHISCHE

www.notar.at

NOTARIATS ZEITUNG

06/2004

136. Jahrgang

Monatsschrift für Notariat und freiwillige Gerichtsbarkeit

Aus dem Inhalt

Dr. Martin Spitzer

Haftungsfälle (Un-)Ehelichkeitsvermutung

Seite 161

Univ.-Doz. Dr. Georg E. Kodek und Dr. Georg Nowotny

Zur Parteistellung der Gesellschaft im Zwangsstrafenverfahren

Seite 165

Univ.-Prof. Mag. Dr. Otto Taucher

Abgabenrechtliche Judikatur des VwGH, VfGH und EuGH (V/03–XII/03)

Seite 171

*Unter ständiger
wissenschaftlicher
Mitarbeit von:*

Notar Univ.-Doz. Mag. DDr.

Ludwig Bittner, Hollabrunn

Univ.-Prof. Dr. Hans Hoyer, Wien

Univ.-Prof. DDr. Waldemar Jud, Graz

Univ.-Prof. DDr. Hans Georg Ruppe, Graz

Univ.-Prof. Dr. Rudolf Welser, Wien

ao. Univ.-Prof. Dr. Wolfgang Zankl, Wien

NZ 2004/50

Haftungsfalle (Un-)Ehelichkeitsvermutung

Von Dr. **Martin Spitzer**, Universitätsassistent am Institut für Zivilrecht der Universität Wien

Der Beitrag beschäftigt sich im Lichte der durch das KindRÄG novellierten Abstammungsregeln mit der Frage, unter welchen Voraussetzungen Kinder, die nach Scheidung ihrer Eltern geboren werden, ein Erbrecht nach dem Vater haben. Dabei wird auf die schadenersatzrechtlichen Konsequenzen des Erbrechtsverlusts infolge mangelhafter Rechtsberatung eingegangen. Die vom Gesetzgeber derzeit geplante neuerliche Änderung von Teilen des Abstammungs- und Erbrechts kann die in diesem Zusammenhang relevanten Fragen allenfalls pro futuro lösen, bereits jetzt anhängige Haftpflichtprozesse illustrieren aber die Notwendigkeit, eine Erörterung des Problems de lege lata nachzuholen und auf die erforderliche Vaterschaftsfeststellung hinzuweisen.

Inhaltsübersicht:

- A. Familienrechtlicher Ausgangspunkt
- B. Erbrechtliche Konsequenzen
- C. Haftung der Rechtsberater
 - 1. Aktivlegitimation des Kindes
 - 2. Ersatz bloßer Vermögensschäden
 - 3. Schaden und Umfang der Haftung
- D. Regierungsvorlage eines Familien- und Erbrechts-Änderungsgesetzes 2005
- E. Zusammenfassung

A. Familienrechtlicher Ausgangspunkt

Wird ein Kind während aufrechter Ehe seiner Mutter geboren, wird vermutet, dass es ehelich ist. Diese Vermutung inkludiert begriffsnotwendig die auch erbrechtlich relevante Vermutung, der Ehemann der Mutter sei der Vater, und kann nur durch eine gerichtliche Entscheidung oder ein vaterschaftsdurchbrechendes Anerkenntnis¹ nach § 163e ABGB widerlegt werden.

Vor dem KindRÄG 2001 erstreckte § 138 Abs 1 ABGB aF die Ehelichkeitsvermutung auch bei schon aufgelöster Ehe bis zum Ablauf des 302. Tages nach Auflösung oder Nichtigerklärung², sodass auch bei – fristgerecht – nach Ehescheidung geborenen Kindern vermutet wurde, dass der geschiedene Ehemann³ der Vater sei.⁴

Diese Vermutung erschien dem Gesetzgeber allerdings so lebensfremd⁵, dass sie seit dem KindRÄG 2001 nur mehr bei der Auflösung der Ehe durch den Tod des Ehemannes gilt, wobei auch diese Frist um zwei Tage verkürzt wurde.⁶ Bei Geburt nach Auflösung der Ehe durch Richterspruch⁷ (Nichtigerklärung, Aufhebung und insbeson-

nung zweifelhaft erscheinen ließen, frühestens jedoch ab der Geburt, die Ehelichkeit mittels Klage zu bestreiten. Tat er dies nicht, galt er – unwiderruflich – als Vater des Kindes, es sei denn, der Staatsanwalt machte von seiner ihrem Grunde und ihrem Umfang nach umstrittenen Bestreitungsbezugnis nach § 158 ABGB Gebrauch. Die an dieser Stelle bedenkliche Zuständigkeit des Staatsanwalts ist – ebenso wie seine zwischenzeitig beseitigte Befugnis, Ehescheidungen zu beantragen (5. DVEheG), siehe dazu *Spitzer*, Verlust des Ehegattenerbrechts durch Eröffnung des Scheidungsverfahrens? JBI 2003, 844 mwN in FN 56 – ursprünglich Ausdruck der nationalsozialistischen Rassenideologie, wie *Rechberger/Oberhammer*, Der Staatsanwalt als Kläger im Ehelichkeitsbestreitungsverfahren, ÖJZ 1996, 41 f, anschaulich darlegen. Mit guten Gründen für eine restriktive Interpretation seiner Befugnisse daher *Rechberger/Oberhammer*, ÖJZ 1996, 41 ff; weitergehend *Pichler*, Ehelichkeitsbestreitung durch den Staatsanwalt: Wer hat welches Interesse zu prüfen? ÖJZ 1996, 550; und *derselbe* in *Klang/Fenyves/Welser* § 158 Rz 4; *V. Steininger*, Reformen des Rechts, FS 200 Jahre juristische Fakultät Graz (1979) 549 ff; *Stabentheiner* in *Rummel*³ §§ 156–159 Rz 10 ff. Der VfGH hat zwischenzeitig weite Teile des Abstammungsrechts, darunter auch § 158 ABGB, mit seiner Entscheidung vom 28. Juni 2003 G 78/00 aufgehoben (unter Fristsetzung bis 30. 6. 2004; Art 140 Abs 4 B-VG). Als verfassungswidrigen Mangel des Abstammungsrechts kritisierte der VfGH die Beschränkung der Legitimation zur Ehelichkeitsbestreitung auf den Vater und den Staatsanwalt (auch das später eingeführte vaterschaftsdurchbrechende Anerkenntnis des § 163e ABGB hat diesen Mangel nicht saniert). Dadurch würde das Kind in seinem Recht auf Familie (Art 8 MRK) verletzt. Das BMJ hat zwischenzeitig die RV eines Familien- und Erbrechts-Änderungsgesetzes 2005 vorgelegt, in dem Änderungen des Abstammungs- und Erbrechts vorgesehen sind. Dazu unten D.

¹ Das vaterschaftsdurchbrechende Anerkenntnis wurde erst durch das KindRÄG 2001 ermöglicht; dazu siehe etwa *Hopf/Weitzenböck*, Schwerpunkte des Kindschaftsrechts-Änderungsgesetzes 2001 II, ÖJZ 2001, 538; *Mottl*, Änderungen im Abstammungsrecht durch das KindRÄG 2001, in *Ferrari/Hopf*, Reform des Kindschaftsrechts (2001) 105 f, 110 ff; *Aichhorn*, Das Recht der Lebenspartnerschaften (2003) 29; *Stabentheiner* in *Rummel*³ (Ergänzungsband KindRÄG) § 163e; zur alten Rechtslage *Pichler* in *Klang/Fenyves/Welser* (2000) § 138 Rz 4.

² Zur Geltung auch für nichtig erklärte Ehen und den mit 1. 1. 1978 aufgehobenen einschränkenden Bestimmungen des EheG (§§ 29, 30) *Pichler* in *Klang/Fenyves/Welser*, § 138 Rz 3; EFSlg 83.064 (LGZ Wien).

³ Zum Begriff OGH in EvBl 1978/164 = EFSlg 31.303.

⁴ Dem Ehemann oblag der Beweis des Gegenteils, er hatte binnen einem Jahr ab Kenntnis der Umstände, die eine eheliche Abstam-

⁵ EB RV 296 BlgNR 21. GP 48; *Hopf/Weitzenböck*, ÖJZ 2001, 538 FN 166; pointiert *Kerschner*, Familienrecht² (2002) Rz 4/1: „Der Gesetzgeber geht jetzt offensichtlich davon aus, dass typischerweise die Eheauflösung indiziert, dass die Ehefrau bereits seit längerer Zeit Ehebruch begangen hat.“

⁶ 300 Tage gelten als die längste mögliche Dauer einer Schwangerschaft; EB RV 296 BlgNR 21. GP 61 f.

⁷ Zur Frage, wann Ehen durch Beschluss oder Urteil tatsächlich geschieden werden, zuletzt *Böhm/Fuchs*, Zum Eintritt der Rechts-

dere Scheidung) wird daher die Unehelichkeit vermutet (§ 155 ABGB). Es bedarf dann für die „juristische Vaterschaft“ zwingend einer Feststellung durch das Gericht, da § 155 ABGB ein bloßes Anerkenntnis (aus freilich schwer nachvollziehbaren Gründen) nicht genügen lässt.⁸

Dies geht zwar eindeutig aus dem Gesetz hervor (§ 138 Abs 1 und § 155 ABGB), hat jedoch noch nicht in das „kollektive Bewusstsein“ der Rechtsanwender Eingang gefunden, wie einzelne Fälle zeigen.⁹ Diese „versteckte“ Neuerung stellt einen haftungsträchtigen Fallstrick bei der Beratung über die Scheidung und Scheidungsfolgen oder bei der Vertretung im Scheidungsverfahren dar.

B. Erbrechtliche Konsequenzen

An das rechtzeitige Feststehen der Vaterschaft knüpfen sich nämlich weit reichende erbrechtliche Folgen. Zum Kreis der gesetzlichen Erben gehört nur, wessen Abstammung zu Lebzeiten des Erblassers und der die Verwandtschaft vermittelnden Personen¹⁰ feststeht¹¹ oder zumindest gerichtlich geltend gemacht worden ist (§ 730 Abs 2 S 1 ABGB).¹²

Zwar ist die Vaterschaftsklage entgegen dem von dieser Norm erweckten Anschein auch noch nach dem Tod des Vaters statthaft, da nach § 164 d ABGB die Rechtshandlungen der §§ 163 c bis 164 c auch von Rechtsnachfolgern oder gegen diese gesetzt werden können, eine solcherart erlangte Feststellung der Vaterschaft bleibt aber kurioserweise auf Grund der Anordnung des § 730 Abs 2 S 1 ABGB erbrechtlich ohne Bedeutung.¹³ Stirbt der Va-

kraft und der zivilrechtlichen Wirkungen des Ehescheidungsbeschlusses, ÖJZ 2002/2; Spitzer, JBl 2003, 837.

⁸ Koziol/Welser, Bürgerliches Recht I¹² (2002) 476; Hinteregger, Familienrecht (2000) 135; Mottl in Ferrari/Hopf, Reform 106; Stabentheiner in Rummel³ (ErgBd KindRÄG 2001) § 155 Rz 2; siehe auch EFSI 51.216 (LGZ Wien).

⁹ Für den Hinweis auf die aktuelle Relevanz dieses Problems dankt der Verfasser Herrn Vizepräsident des LG Korneuburg Hofrat Dr. Wilhelm Tschugguel.

¹⁰ Siehe aber Eccher in Schwimann² § 730 Rz 9.

¹¹ JAB 1158, 3.

¹² Zwar wird im aktuellen MinEntw die Aufhebung des § 730 Abs 2 ABGB vorgesehen, es soll jedoch nach der unklaren Übergangsbestimmung des § 7 MinEntw zu einer Weitergeltung in vielen Fällen kommen. Wünschenswerter wäre, § 730 Abs 2 ABGB gänzlich abzuschaffen.

¹³ JAB 1158, 2 f; vgl auch Welser, Die Erbrechtsreform 1989, NZ 1990, 138. Gegen eine längere Möglichkeit der Feststellung wurde stets angeführt, die Vaterschaft sei nach dem Tod medizinisch nur mehr schwerer oder überhaupt nicht mehr feststellbar. Außerdem wollte man mit § 730 Abs 2 ABGB Begehrensneurotikern entgegenreten, die etwa nach dem Tod einer berühmten Person auf „gut Glück“ Vaterschaftsklagen einbrächten. Die Tragfähigkeit dieser damals angeführten Gründe scheint heute nicht mehr gegeben. Durch DNA-Analysen ist eine fast ganz sichere Vaterschaftsfeststellung auch noch lange nach dem Tod des Erblassers möglich, was gleichzeitig auch mutwillige Vaterschaftsklagen – mangels Erfolgsaussicht – unwahrscheinlich erscheinen lässt. Tatsächlich sind damit beide Gründe, die 1989 für die Schaffung

ter also, bevor die Vaterschaftsklage anhängig gemacht wurde, ist das Kind juristisch kein Kind des Erblassers und hat damit kein gesetzliches Erb- und Pflichtteilsrecht. Diese Rechtsfolge wird durch die von der hA befürwortete sinnngemäße Anwendung der Ausnahmeregelung¹⁴ des § 730 Abs 2 S 2 ABGB, der Klagen von zum Zeitpunkt des Todes noch Ungeborenen bis zu deren erstem Geburtstag ermöglicht, auf alle Kinder unter einem Jahr etwas abgemildert.¹⁵ Hat man aber – im Vertrauen auf die frühere Ehelichkeitsvermutung und mangels Warnung des Notars oder Rechtsanwaltes – die Jahresfrist bereits verstreichen lassen, geht das Kind erbrechtlich leer aus, es kann nach erfolgter Vaterschaftsfeststellung (§ 164 d ABGB) nur Unterhaltsansprüche gegen die Erben geltend machen (§ 142 ABGB).

C. Haftung der Rechtsberater

In solchen Fällen stellt sich die Frage nach der Haftung der bei der Scheidung beratenden Anwälte oder Notare. Wer bei einvernehmlichen Scheidungen berät, den Scheidungsvergleich entwirft oder gar im Scheidungsverfahren vertritt, ist im Rahmen des ihm erteilten Auftrages zur Interessenwahrung und umfassenden Aufklärung und Information verpflichtet. Eine Haftung wird dabei freilich nur in Frage kommen, wenn Grund zur Annahme besteht, dass eine Aufklärung über § 730 ABGB notwendig ist, was stets dann der Fall sein wird, wenn die „anderen Umstände“ erkennbar oder bekannt sind. Dann ist aber mE das Vorliegen einer Warnpflicht zu bejahen. Es ist Aufgabe eines „Rechtsfreundes“, seine Mandanten umfassend aufzuklären und für deren rechtliche Absicherung Sorge zu tragen.¹⁶ Dazu wird bei einer Ehescheidung auch die Aufklärung über das Schicksal der Kinder gehören. Wer das nicht tut, kann sich als Sachverständiger auch nicht damit entschuldigen, die noch neue Vorschrift nicht gekannt zu haben (§§ 2, 1299 ABGB¹⁷). Auf dem Weg zum Schadenersatzanspruch sind freilich noch einige Hürden zu nehmen.

1. Aktivlegitimation des Kindes

Ein Problem der Rechtsfähigkeit stellt sich hier wegen § 22 ABGB nicht, der nasciturus, der durch eine zum Schadenersatz verpflichtende Handlung eines anderen

des § 730 Abs 2 ABGB gesprochen haben, nicht mehr stichhaltig; siehe auch Tschugguel/Kleib, Kinder ohne Erbrecht, NZ 2001, 395.

¹⁴ Erstmals Schauer, Zum Anwendungsbereich des § 730 Abs 2 ABGB, NZ 1993, 75; diesem folgend OGH in NZ 1995, 131; 1998, 180; Eccher in Schwimann² § 730 Rz 18; derselbe, Erbrecht² (2002) Rz 3/4; Welser in Rummel³ § 730 Rz 3.

¹⁵ Zur verfassungsrechtlichen Problematik der Einjahresfrist siehe Eccher in Schwimann² § 730 Rz 19.

¹⁶ OGH in RdW 1989, 221 = AnwBl 1990, 49.

¹⁷ Entscheidend ist nach Reischauer in Rummel² § 1299 Rz 14, ob vom maßgerechten Rechtsfreund die Kenntnis hätte verlangt werden können. Dies ist hier unzweifelhaft der Fall. Siehe auch F. Bydlinki in Rummel³ § 2 Rz 3.

geschädigt wird, kann nach seiner Geburt Schadenersatz verlangen.¹⁸ Die Lit hat dabei hauptsächlich Schädigungen des nasciturus selbst vor Augen.¹⁹ Dadurch ist der dem nasciturus gewährte Schutz aber nicht zwangsläufig ausgeschöpft. Es stellt sich die Frage, welche Schutzpflichten auch gegenüber einem Ungeborenen bestehen. Lässt man diesen aber erben, spricht viel dafür, die sorgfaltswidrige Beeinträchtigung dieses Rechts auch für rechtswidrig zu halten.

Das Kind ist natürlich nicht selbst Mandant und daher auch nicht Vertragspartner, Schadenersatzansprüche ex contractu stehen ihm daher nicht zu. Der Entgang des Erbrechts wird überdies als bloßer Vermögensschaden zu qualifizieren sein. Dass das Erbrecht als solches ein absolut geschütztes Recht ist²⁰, ändert an dieser Zuordnung nichts, da nach hA nur die Rechtszuständigkeit absolut geschützt ist, die im hier interessierenden Zusammenhang aber nicht verletzt wird. Qualifiziert man den Erbrechtsverlust aber folgerichtig als Schädigung am bloßen Vermögen, ist eine deliktische Verletzung nicht rechtswidrig, da das bloße Vermögen außerhalb von Vertragsverhältnissen grundsätzlich nicht geschützt wird.²¹ Ein deliktischer Schadenersatzanspruch scheidet daher ebenfalls aus.

Wie *Koziol* bemerkt, handelt es sich bei der Kategorisierung von Schadenersatzansprüchen in Delikt und Vertragsverletzung aber nicht einfach um Gegensätze, sondern vielmehr um „die beiden Endpunkte, zwischen denen eine Kette von Zwischenstufen besteht“²². In diesem Zwischenbereich befindet sich das ungeborene Kind. Es ist aber einhellig anerkannt, dass auch hier mitunter höhere, vertragsähnliche Sorgfaltspflichten bestehen²³ („Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter“).²⁴ Dabei geht es um Schutzpflichten zugunsten solcher Dritter, die von der Erfüllung eines Schuldverhältnisses vorhersehbar „mitbetroffen“ sind. So meint *Welser*: „Bei Rat und Auskunft kommt die Einbeziehung des Dritten in den Schutzbereich des Vertrages in Frage. [...] Zu prüfen ist, ob der Besteller der Auskunft oder des Rates erkennbar gerade oder auch die Interessen eines Dritten wahrnehmen

wollte.“²⁵ Allerdings sollen „die hier befürworteten Pflichten [zugunsten Dritter] keine allgemeine Deliktshaftung begründen. Daher muß an der Voraussetzung festgehalten werden, daß der Rat oder die Auskunft der äußeren Gestalt nach für bestimmte Personen eine geeignete Vertrauensgrundlage darstellt. Welche Personen dies sind, richtet sich nach der Verkehrsübung.“²⁶

2. Ersatz bloßer Vermögensschäden

Wenn die Auskunft des Notars oder Rechtsanwaltes vorhersehbar auch das Kind betrifft, folgt daraus eine Mitbeziehung des Kindes in den Schutzbereich, das Kind kann Schadenersatzansprüche wie aus Vertrag geltend machen. Mit dieser Erkenntnis ist aber noch nichts gewonnen, da von Lit und Rsp gelegentlich das bloße Vermögen des Dritten aus dem Schutzbereich ausgenommen wird.²⁷ Geschützt werden sollen nur die ohnehin schon deliktisch geschützten Rechtsgüter, da die schwächere Beziehung zwischen Schuldner und Drittem keine wirklich umfassenden Schutzpflichten rechtfertigt.²⁸ Tatsächlich scheint die Rechtfertigung der Ausnahme des bloßen Vermögens aus dem Schutzbereich zweifelhaft. Wenn man überhaupt vertragliche Schutzpflichten zugunsten Dritter anerkennt, „so besteht auch kein Grund, das bloße Vermögen hievon auszuschließen, weil Vertragswirkungen eben auch diesen Bereich erfassen können“.²⁹ Vertritt man diese mE konsequentere Ansicht, der auch der OGH schon wiederholt gefolgt ist³⁰, ist die Qualifikation des Schadens weitgehend unerheblich, das Kind hat Ersatzansprüche.

Doch auch die Anhänger der Ausnahme des bloßen Vermögens aus dem erstreckten Schutzbereich sind bereit, Gegennahmen zu machen, wenn die Hauptleistung des Vertrages „gerade einem Dritten zukommen soll, welcher der Interessensphäre des Vertragspartners angehört“³¹, und besonders in den Sachverständigenfällen. Dass die Hauptleistung der Beratung oder Vertretung bei Scheidungen dem ungeborenen Kind zukommt, lässt sich zwar nicht behaupten, einschlägig ist aber die Sachverständigenhaftung. ME spricht selbst bei Zugrundelegung dieser restriktiven Ansicht zum ersetzenden Schaden im vorliegenden Fall alles dafür, auch das bloße Vermögen des ungeborenen Kindes zu schützen. Dies nicht zuletzt deshalb, da der Auftraggeber und unmittelbare Vertragspartner des Notars oder Rechtsanwaltes im entscheidenden Zeitraum meist auch als gesetzlicher Ver-

¹⁸ Siehe statt aller *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹², 84.

¹⁹ *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 13/1; *Aicher* in *Rummel*³ § 22 ABGB Rz 2 ff.

²⁰ Vgl § 308 ABGB, der überhaupt von einem dinglichen Recht spricht, zu dem aber die Sachherrschaft fehlt.

²¹ Siehe nur *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹² (2001) 295.

²² *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht I³ (1997) Rz 4/42; vgl auch *denselben*, Verletzung von Schuldverhältnissen und Zwischenbereich, JBl 1994, 209.

²³ *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 4/42; vgl auch *denselben*, JBl 1994, 209.

²⁴ Von der Vertragskonstruktion hat man zwischenzeitig zu Recht wieder Abschied genommen. Mit der Berufung auf objektivrechtliche Sorgfaltspflichten ist zwar auch nicht viel gewonnen, es löst die Schutzpflichten aber zumindest aus dem realiter meist unpassenden Zusammenhang der konkludenten Parteienübereinkunft. Dazu etwa *Welser*, Haftung für Rat 84 ff; *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹², 136.

²⁵ *Welser*, Haftung für Rat 84 f.

²⁶ *Welser*, Haftung für Rat 88.

²⁷ *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht II³ (1984) 87 f; OGH in SZ 51/169; JBl 1983, 205 (*Hügel*); ÖBA 1986, 301 (*Koziol*); SZ 61/64; JBl 1990, 801.

²⁸ *Koziol*, Haftpflichtrecht II³, 87.

²⁹ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹², 136.

³⁰ OGH in SZ 43/236 (Haftung des Wirtschaftstreuhanders für von ihm erstellte vorläufige Bilanz); SZ 69/258 (Haftung für Gutachten).

³¹ *Koziol*, Haftpflichtrecht II³, 88; OGH in SZ 60/91; JBl 1991, 522.

treter des Kindes dessen Willen zu bilden hat und dessen mangelnde Information über die Notwendigkeit der Vaterschaftsklage unmittelbar auf das Kind durchschlägt. Diese Einheit von Eltern und Kind auch in Bezug auf die Rechtshandlungen des Kindes macht den Schutz des bloßen Vermögens unbedingt notwendig. So meint auch *Bydlinski*, dass eine Haftung gegenüber dem Dritten stets eingreift, wenn der Besteller für den Sachverständigen erkennbar gerade auch die Interessen eines Dritten verfolgt³², was insbesondere der Fall sei, wenn eine Person gegenüber einer anderen eine (rechtliche) Fürsorgeverpflichtung trifft. „Wer selbst einem Dritten sichtbar zur Fürsorge verpflichtet ist, dessen spätere Verträge können im Zweifel so verstanden werden, daß sie der eigenen Fürsorge gegenüber dem Dritten optimal entsprechen. Das deutet auf eine Erstreckung ihrer Schutzwirkung auf den Dritten, dem so in Erfüllung oder sogar in Übererfüllung der eigenen Fürsorgepflicht zusätzliche Sicherheit verschafft wird.“³³ Wer die notwendige Aufklärung über die Notwendigkeit der Vaterschaftsfeststellung unterlässt, haftet dem Kind daher auch für bloße Vermögensschäden.

3. Schaden und Umfang der Haftung

Eine Haftung besteht freilich nur dann, wenn das Kind tatsächlich vom Erblasser stammt. Sonst hat der Anwalt keinen Schaden verursacht. Hier darf nicht die Rechtslage vor dem KindRÄG als Maßstab herangezogen werden, nach der auch das tatsächlich uneheliche Kind kraft der Vermutungsregel zum Erben seines „juristischen Vaters“ werden konnte. Nunmehr kann ein Kind, das nicht vom Ehemann abstammt, ja auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung über das Abstammungsrecht niemals gesetzlicher Erbe werden, da die Vaterschaft im Unterschied zur früheren Rechtslage nicht vermutet wird, sondern eine Feststellungsklage vom Kind zu erheben ist, bei der ihm der Beweis der Vaterschaft obliegt. Einen Schaden hat das Kind also nur dann, wenn es seine Abstammung vom Erblasser beweisen kann, mithin im Haftpflichtprozess der Nachweis gelingt, dass es tatsächlich erbberechtigt gewesen wäre. Dieser Abstammungsbeweis ist nach dem Tod des Vaters idR problematischer als unter Lebenden, aber grundsätzlich auch dann noch – insbesondere durch DNA-Tests³⁴ – möglich. In einer Vielzahl von Fällen werden vorhandene DNA-Proben zur Überprüfung ausreichen³⁵, sodass häufig auch ohne

die Exhumierung des Leichnams das Auslangen gefunden werden kann.³⁶

Der Umfang der Haftung des Rechtsanwaltes ergibt sich aus der Erbberechtigung des Kindes. Im einfachsten Fall – wenn der Erblasser keine letztwilligen Anordnungen getroffen hat – entspricht er dem hypothetischen gesetzlichen Erbteil des Kindes. Sind Verfügungen vorhanden, so erhält das Kind zumindest den Pflichtteil in Höhe der Hälfte des gesetzlichen Erbteiles (§ 762 iVm § 765 ABGB), es sind allerdings die Vorschriften über die irrtümliche Übergehung von Noterben der §§ 777 und 778 ABGB zu berücksichtigen, die eine Korrektur des letzten Willens (§ 777 ABGB) oder sogar dessen Entkräftung (testamentum ruptum, § 778 ABGB) bewirken können.³⁷

D. Regierungsvorlage eines Familien- und Erbrechts-Änderungsgesetzes 2005

Das BMJ hat in der Zwischenzeit eine RV für ein Abstammungs- und Erbrechts-Änderungsgesetz 2005 erarbeitet.

Neben zahlreichen Änderungen des Abstammungsrechts, durch die die Lücken gefüllt werden sollen, die durch den VfGH entstanden sind³⁸, soll im Erbrecht § 730 Abs 2 ABGB aufgehoben werden, sodass die zeitliche Beschränkung der Geltendmachung der Abstammung wegfallen soll. Einerseits sieht die RV unter Berufung auf die Lehre³⁹ verfassungsrechtliche Bedenken⁴⁰, andererseits sei in Anbetracht der Fortschritte in der Abstammungsfeststellung (DNA-Analysen) die ursprüngliche Zurückhaltung gegenüber posthumer Vaterschaftsfeststellungen nicht mehr angebracht.⁴¹ Durch die Aufhebung der zeitlichen Beschränkung der erbrechtlich wirksamen Abstammungsfeststellung lösen sich die Probleme der unterlassenen Feststellung nach Scheidung, da spätestens nach Entdeckung der mangelnden Erbberechtigung mangels Verwandtschaft im Verlassenschaftsverfahren eine Klage noch erfolgreich anhängig gemacht werden kann.

Abstammungsbegutachtung in Fällen mit abwesendem Vater (Defizienzfälle), ÖA 1996/2.

³⁶ Zur Exhumierung zwecks Vaterschaftsfeststellung hat das OLG Wien (EFSlg 79.814) entschieden, dass die Zulässigkeit aus den postmortalen Persönlichkeitsrechten abzuleiten ist, wenn der Verstorbene zum Ausdruck gebracht hat, dass er sich für den Vater des Kindes hält. Darin will das OLG Wien eine „Zustimmung zur Vornahme solcher von Untersuchungen an seinem Leichnam“ erblicken. Dass dabei der Wunsch Vater des Gedanken gewesen sein wird, liegt nahe.

³⁷ Siehe zB *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹², 449 f.

³⁸ Siehe FN 4.

³⁹ *Welser*, NZ 1990, 137 ff; *Tschugguel/Kleiß*, NZ 2001, 389; *Eccher* in *Schwimann*² § 730 Rz 19.

⁴⁰ RV 26 f.

⁴¹ Problematisch ist, dass eine posthume Vaterschaftsfeststellung bis zu zwei Jahren nach dem Tod des möglichen Vaters auf Grund der Beiwohnungsvermutung des § 163 idF MinEntw möglich ist. Das scheint ein denkbar schwacher Grund für die Vermutung zu sein.

³² *Bydlinski*, Anm zu OGH vom 2. 12. 1964, 6 Ob 313, 314/64, JBl 1965, 321.

³³ *Bydlinski*, Vertragliche Sorgfaltspflichten zugunsten Dritter, JBl 1960, 362 f.

³⁴ Siehe zu DNA-Tests als Beweismittel für die Vaterschaftsfeststellung OGH 2. 4. 1997, 7 Ob 2408/96k; *Gunzer*, DNA-Fingerprinting. Der 100prozentig sichere Vaterschaftstest, RZ 1989, 241; *Tschugguel/Kleiß*, NZ 2001, 395.

³⁵ Illustrativ zu den schon 1996 vorhandenen Möglichkeiten *Neuhuber/Klitschar*, Über die Möglichkeiten der DNA-Analyse in der

§ 730 Abs 2 ABGB ist jedoch nur auf solche Fälle nicht mehr anwendbar, in denen der Erblasser nach dem 31. Dezember 2004 gestorben ist (Art IV, § Z 2 RV).⁴² In diesen Fällen ist das Problem der rechtzeitigen Feststellung der Vaterschaft gelöst.

Für alle anderen Fälle bleibt aber die Notwendigkeit der Feststellung aufrecht. In Anbetracht der durch den Tod des Vaters nach § 730 Abs 2 ABGB in Gang gesetzten Jahresfrist sollte, wo dies bisher nicht stattgefunden hat, daher ehebaldig auf die Feststellung der Vaterschaft geklagt werden.

E. Zusammenfassung

1. Die Ehelichkeit von nach rechtskräftiger Scheidung geborenen Kindern wird seit dem KindRÄG 2001 nicht

⁴² Der Gesetzgeber hat nach dem Begutachtungsverfahren die ursprünglich vorgesehene, unglückliche Übergangsbestimmung aus dem MinEntw (Art 2, § 7), die zu einer partiellen Weitergeltung „womöglich über Generationen“ führen hätte können, nicht übernommen.

mehr vermutet. Es bedarf der Feststellung der Vaterschaft (§ 138 iVm § 155 ABGB).

2. Ist der Vater nach der Scheidung verstorben und hat das Kind bis zu seinem ersten Geburtstag noch keine Vaterschaftsklage anhängig gemacht, ist eine erbrechtlich wirksame Feststellung der Vaterschaft nicht mehr möglich, das Kind kann nicht mehr Erbe werden (§ 730 Abs 2 ABGB).

3. Eine nach dieser Frist eingebrachte Vaterschaftsklage kann nur noch zur familienrechtlichen Anerkennung und damit zu Unterhaltsansprüchen gegen die Erben führen (§ 142 ABGB).

4. Unterlässt ein bei der Scheidung beratender Notar oder Rechtsanwalt schuldhaft, auf die Notwendigkeit der Vaterschaftsfeststellung hinzuweisen, haftet er dem Kind für den dadurch verursachten Schaden.

5. Die Höhe des Schadens ist bei gesetzlicher Erbfolge der hypothetische gesetzliche Erbteil, bei gewillkürter Erbfolge zumindest der Pflichtteilsanspruch, wobei §§ 777 und 778 ABGB bei der Schadensberechnung heranzuziehen sind.