

Zeitschrift für

FAMILIEN-**EF-Z** UND ERBRECHT

Redaktion **Edwin Gitschthaler**
Constanze Fischer-Czermak
Johann Höllwerth

Mai 2013

03

97 – 144

Aktuelles

Fachtagung Familienberatung *Doris Täubel-Weinreich* ➔ 100

Beiträge

**Problemfälle des
Abstammungsverfahrens** *Martin Spitzer* ➔ 101

Zur Zustimmungsfähigkeit Minderjähriger im Datenschutzrecht
Michaela Marous ➔ 105

Ehegattenerbrecht und Scheidung *Teresa Maier* ➔ 109

EF Kurz gesagt

KindNamRÄG 2013 diskriminiert eingetragene Partner
Franz Raffaseder ➔ 113

Rechtsprechung

**Stiefkindadoption bei einem
unverheirateten gleichgeschlechtlichen
Paar** *Barbara Simma* ➔ 115

Unterhaltsbemessung bei Retortengeschwistern
Edwin Gitschthaler ➔ 127

Vermächtnis der Körperspende ➔ 128

Separate nuncupatio nötig *Ulrich Palma* ➔ 132

Die Rechtsfolgen der unrechtmäßigen Enterbung
Andreas Tschugguel ➔ 134

Problemfälle des Abstammungsverfahrens

Für die juristische Vaterschaftsfeststellung ist eine an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit nötig. Schwierig wird es dann, wenn die DNA-Analyse an ihre Grenzen stößt: Eineiige Zwillinge haben identische DNA, die Frage der Vaterschaft muss daher auf anderem Weg beantwortet werden.

Von Martin Spitzer

A. Sachverhalt zu 1 Ob 148/12¹⁾

Der nunmehr auch schon 16 Jahre alte KI befindet sich auf der Suche nach seinem Vater. Dass der von der Mutter für den wahrscheinlichsten Kandidaten gehaltene Mann nicht der Vater ist, hat sich bereits herausgestellt. Nun versucht man es beim Bkl. Das 1999 (!) eingeleitete Verfahren ist – auch nach dem mittlerweile dritten Rechtsgang – kompliziert, weil im möglichen Empfängniszeitraum nicht nur der Bkl, sondern auch sein eineiiger Zwilling die Gelegenheit genützt hat, als Vater des KI in Betracht zu kommen. Nur vermeintlich ein *casus rarissimus*,²⁾ jedenfalls aber eine Konstellation, die vor nennenswerte biologische und rechtl Probleme stellt.

B. Ausgangspunkt

1. Biologisch

Die im Abstammungsverfahren heute dominierenden DNA-Tests erreichen eine 100%ige Ausschlusswahrscheinlichkeit, sie geben also mit Sicherheit darüber Auskunft, wer nicht der Vater eines Kindes ist. Umgekehrt bieten diese Tests aber keine Vaterschaftswahrscheinlichkeit von 100%, also keine absolute Sicherheit. Dies liegt am Verfahren: Gibt es keinen Ausschluss, wird aus den Übereinstimmungen nämlich im Wege einer Wahrscheinlichkeitsrechnung ein biostatistisches Gutachten erstellt. Die darin ermittelte biostatistische Wahrscheinlichkeit ist eben nur eine Wahrscheinlichkeit und reicht daher nur bis zu 99,99%, was für „normale Fälle“ vollauf genügt. Allerdings ist zu bedenken, dass es dabei um die Wahrscheinlichkeit geht, dass zwei zufällig ausgewählte Personen die genetischen Merkmale erfüllen. Daher ist die Aussagekraft „normaler“ DNA-Tests beschränkt, wenn es nicht um zwei genetisch ganz verschiedene Personen geht, sondern etwa um zwei Brüder oder Vater und Sohn als potenzielle Väter oder um Inzest. Auch diese Fälle können mittlerweile gelöst werden, allerdings sind mehr genetische Abschnitte (loci) zu begutachten als sonst.³⁾

2. Juristisch

Die juristische Vaterschaftsfeststellung kann sich auf zwei Tatbestände stützen.⁴⁾ Nach § 148 Abs 1 ABGB ist derjenige als Vater festzustellen, von dem das Kind abstammt. Dabei ist zu beachten, dass das Beweismaß im Abstammungsverfahren im Vergleich zum Normalfall erhöht ist. Notwendig ist, dass der Richter mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit von der Abstammung überzeugt ist.⁵⁾ Das zivilprozessuale Regelbe-

weismaß, das auf hohe Wahrscheinlichkeit abstellt,⁶⁾ genügt nicht. Das hat zwei Gründe: Einerseits sind DNA-Analysen im Regelfall so zuverlässig und aussagekräftig, dass höhere Anforderungen auch tatsächlich erfüllt werden können. Andererseits ist die Abstammung eines Kindes von so hoher Bedeutung, dass ein besonders hoher Grad der Überzeugung angemessen erscheint.

Neben dem Beweis der Vaterschaft gibt es noch eine zweite Möglichkeit der Vaterschaftsfeststellung: Auf Antrag des Kindes kann auch derjenige als Vater festgestellt werden, der der Mutter im juristischen Empfängniszeitraum (heute: 180–300 Tage vor Geburt,⁷⁾ zur Zeit des Ausgangsverfahrens noch 180–302 Tage davor) beigewohnt hat, es sei denn, dieser Mann weist nach, dass das Kind nicht von ihm abstammt.

C. Zwillingfälle

Eineiige Zwillinge weisen grds eine identische DNA auf. Kommen beide Zwillinge als Vater in Frage, scheidet eine Vaterschaftsfeststellung mit regulären DNA-Tests deshalb auch bei Einbeziehung einer größeren Anzahl an loci. Zwillingfälle unterscheiden sich damit von sonstigen Verwandten- oder Inzestfällen, weil die Technik an ihre Grenzen stößt. Für eine genauere Betrachtung des Problems bietet es sich an, Fallgruppen zu bilden.

1. Fallgruppen

Vier Fallgruppen können unterschieden werden:⁸⁾

1. Nur ein Zwilling hatte mit der Mutter Geschlechtsverkehr. →

1) Siehe EF-Z 2013/82 (Beck) in diesem Heft.

2) Vgl aus Deutschland NJW-RR 1989, 1223, und jüngst OLG Celle BeckRS 2013, 02057, sowie aus den USA etwa Missouri Court of Appeals Southern District, *State of Missouri v Miller/Miller*, 14. 3. 2007, und Appellate Court of Illinois, *Dept Illinois Dept. Of Public Aid v Whithworth/Whithworth*, 30. 6. 1995.

3) Ausf *Wellenhofer* in MünchKommBGB⁸ § 1600 d Rz 66 ff.

4) Siehe etwa *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht³ (2012) 519; *Kerschner*, Familienrecht⁴ (2010) Rz 4/3 a.

5) ErläutRV 471 BlgNR 22. GP 21. Zu Beweismaßabstufungen im Abstammungsverfahren *Rechberger* in *Fasching/Konecny*² Vor § 266 ZPO Rz 11 f.

6) Vgl *Rechberger* in *Fasching/Konecny*² Vor § 266 ZPO Rz 11 f.

7) § 148 Abs 2 ABGB, hier war § 163 ABGB idF BGBl 1992/275 anwendbar.

8) Dabei wird davon ausgegangen, dass eine Vaterschaftsfeststellung unmöglich ist. Inwieweit experimentelle Verfahren wie das whole genome sequencing einen naturwissenschaftlichen Beweis erbringen können, muss hier offen bleiben. Vgl *Krawczak/Cooper/Fändrich/Engel/Schmidtke* (2011) How to distinguish genetically between an alleged father and his monozygotic twin: a thought experiment. in *Forensic Sci Int Genet.* 6:e129-30. Hier nicht behandelt wird die Konstellation der Feststellung der Nichtabstammung vom Ehemann (§ 144 ABGB); *Ahari*, Die Abstammung eines Kindes bei Mehrverkehr mit eineigen Zwillingen, *Zak* 2013/244.

EF-Z 2013/76

§ 148 ABGB;
§ 163 Abs 2
ABGB aF

OGH 13. 12. 2012,
1 Ob 148/12 i

Abstammung;
Vaterschafts-
feststellung;
Zwillinge;
Zeugungs-
vermutung;
DNA-Test

2. Beide Zwillinge hatten mit der Mutter Geschlechtsverkehr, es gibt aber andere Beweismittel.

3. Beide Zwillinge hatten mit der Mutter Geschlechtsverkehr, es gibt keine anderen Beweismittel.

4. Ein Sonderfall der Fallgruppe 1 ist, wenn ein Zwilling mit der Mutter Geschlechtsverkehr hatte, sich aber nicht nachvollziehen lässt, welcher.

Ob der vorliegende Fall in die Gruppe 3 oder 4 fällt, ist nach den Feststellungen nicht klar. Der besseren Übersichtlichkeit halber soll hier mit Fallgruppe 1 begonnen werden.

ad 1. Hatte nur ein Zwilling mit der Mutter Geschlechtsverkehr, stößt die Vaterschaftsfeststellung an sich auf keine Probleme. Hier kann nach § 148 Abs 1 ABGB festgestellt werden, wer der Vater ist; der DNA-Beweis ist aussagekräftig. Der Zwilling kann sich natürlich nicht mit dem Hinweis auf den anderen Zwilling aus der Affäre ziehen. Gibt es keine Unklarheit darüber, welcher Zwilling der Mutter beigeohnt hat,⁹⁾ ist daher eine reguläre Vaterschaftsfeststellung nach § 148 Abs 1 ABGB möglich.

ad 2. Hatten beide Zwillinge Geschlechtsverkehr mit der Mutter, ist eine Feststellung des Vaters nach § 148 Abs 1 ABGB auch nicht ausgeschlossen. In der Diktion amerikanischer Gerichte hilft „*hard evidence*“ durch DNA-Tests hier nicht weiter, „*relegating the trier of fact to the „soft evidence*“.“¹⁰⁾ Der Beweis ist also aus dem sonstigen Tatsachenmaterial zu führen. Dabei können verschiedene Faktoren eine Rolle spielen. So können aus dem Zeitpunkt der letzten Regelblutung oder – oft verlässlicher – aus Ultraschallbefunden, die die Entwicklung des Kindes dokumentieren, ebenso Rückschlüsse auf den Konzeptionszeitpunkt gewonnen werden wie aus den Aussagen der Parteien.¹¹⁾ „Soft evidence“ hat im hier gegenständlichen Ausgangsverfahren bisher keine große Rolle gespielt. Dabei gilt: Das Abstammungsverfahren ist zwar ein Antragsverfahren, nach Einleitung ist es aber vom Untersuchungsgrundsatz geprägt (§§ 16, 31 AußStrG), der das Gericht verpflichtet, amtswegig alle notwendigen Entscheidungsgrundlagen zu sammeln.¹²⁾ Das gilt auch, wenn die Parteien eine bestimmte Beweisaufnahme nicht beantragen oder sogar ablehnen.¹³⁾

ad 3. Fehlen ein aussagekräftiger DNA-Befund und „soft evidence“ für die Frage der Vaterschaft, bedeutet dies immer noch nicht, dass keine Vaterschaftsfeststellung möglich wäre.¹⁴⁾ Dennoch haben das Erst- und das BerG die Klage (im dritten Rechtsgang!) abgewiesen, weil beide Zwillinge mit derselben Wahrscheinlichkeit Vater seien, sodass jeder der beiden sich durch die Berufung auf die relative Unwahrscheinlichkeit der Zeugung entlasten könne. Dies entspricht freilich nicht dem gesetzgeberischen Konzept.

§ 148 Abs 2 ABGB normiert die Zeugungsvermutung: Derjenige kann als Vater festgestellt werden, der der Mutter in der kritischen Zeit beigeohnt hat. Diese Vermutung muss der Mann seinerseits durch einen Ausschlussbeweis, also den Beweis, dass das Kind nicht von ihm stammt,¹⁵⁾ entkräften (verfahrensrechtl als Beweis des Gegenteils¹⁶⁾ zu qualifizieren).¹⁷⁾ Dieser Beweis kann dem Zwilling aber nicht gelingen.¹⁸⁾

*Stefula*¹⁹⁾ weist zutr darauf hin, dass dieses Modell des Freibeweises für das Verfahren außer Streitsachen

ungewöhnlich ist und leitet aus der Vorgabe des § 148 Abs 2 ABGB ab, dass das Gericht bei begründeter Vermutung amtswegig keine Beweise aufnehmen darf, der Untersuchungsgrundsatz mithin durchbrochen sei. Es liege daher am Mann, entsprechende Beweismittel zu beantragen,²⁰⁾ sonst würde die vom Gesetzgeber normierte Vermutung sinnlos. *Fischer-Czermak* geht dagegen pragmatisch davon aus, dass der Richter an der amtswegigen Aufnahme weiterer Beweise nicht gehindert sei.²¹⁾ Dabei trägt der Hinweis auf § 16 AußStrG allerdings nicht, weil sich ja gerade eine Frage der Grenzen des darin normierten Untersuchungsgrundsatzes stellt. In Anbetracht der umfassenden Belehrungs- und Anleitungspflicht nach § 14 AußStrG wird der Problematik aber ohnehin praktisch die Schärfe genommen. Gelingt dem Mann der Ausschlussbeweis nicht, ist er als Vater festzustellen.

Dieses Konzept wurde in der Lit allerdings mit dem Argument kritisiert, das Herausgreifen eines unter mehreren Kandidaten sei willkürlich.²²⁾ Das mag zwar stimmen, diese Willkürlichkeit hat der Gesetzgeber aber bewusst in Kauf genommen, ja er wollte dem Kind bzw seiner Mutter sogar ein Wahlrecht einräumen.²³⁾ Schon *Zeiller* hat nämlich erkannt, dass es oft schwierig ist, den Vater zu finden, weil dieser vielleicht durch „*Schamhaftigkeit, Eigennutz, oder besondere Verhältnisse von der Anerkennung*“ abgehalten werde.²⁴⁾ Das Gesetz dürfe daher „*nicht zu strenge sein [...], schon weil dem Staate daran liegt, jedem Kinde zur Verpflegung und Erziehung einen Vater zu verschaffen*“. Auch zu nachsichtig will das Gesetz nicht sein, um die Ehre und Rechte schuldloser Bürger nicht in Gefahr zu bringen. Die deshalb aufgestellte Vermutung gründe sich in dem ordentlichen Lauf der Natur, „*daß der, welcher (obschon vielleicht nebst mehreren Anderen) der Mutter beiwohnte, Vater des Kindes sei*“.²⁵⁾ Wenn einer der Kandidaten zur Erfüllung der Vaterpflichten unvernünftig ist, kann man nach *Zeiller* die Vermutung auch gegen die übrigen geltend machen. Immer kann jedoch

9) Dazu Fallgruppe 4.

10) Missouri Court of Appeals Southern District, 14. 3. 2007, Case Number: 27188.

11) Vgl den Fall aus FN 10: Geschlechtsverkehr mit Zwilling A am 8. und Zwilling B am 22. August. B verwendet ein Kondom, A nicht. Seit 18. August Morgenübelkeit. Ein Urinrest am 26. August ergibt eine Schwangerschaft von zumindest 2 Wochen.

12) Siehe aber sogleich bei Fallgruppe 3.

13) *Stefula* in Klang³ § 156 ABGB Rz 14; *Spitzer* in *Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG (erscheint 2013) Vor §§ 81 ff AußStrG Rz 2.

14) Vgl schon JAB 155 BgNR 12. GP 2.

15) Im gegenständlichen Verfahren war nach der damaligen Rechtslage noch der Beweis zu führen, dass die Vaterschaft des betreffenden Mannes unwahrscheinlicher als die eines anderen ist.

16) Vgl *Fasching*, Lehr- und Handbuch² (1990) Rz 806.

17) So zutr *Simotta*, Das neue Abstammungsrecht, ÖA 2004, 181.

18) Vgl jüngst *M. Leitner*, Pater est quem DNA demonstrat? *ecolex* 2012, 547; *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht³ 519.

19) *Stefula* in Klang³ § 163 ABGB Rz 13.

20) Vgl *Stefula* in Klang³ § 163 ABGB Rz 13. Diese Frage hätte Kostenfolgen nach § 2 Abs 1 GEG.

21) *Fischer-Czermak*, Neueste Änderungen im Abstammungs- und Erbrecht, JBI 2005, 6; dieser folgend *Deixler-Hübner* in *Rechberger*, AußStrG² (2013) § 82 Rz 3.

22) ZB *Stabentheiner* in *Rumme*³ § 163 ABGB Rz 4. Zur Kritik von *F. Bydliński* s noch unten FN 35.

23) Vgl *Leitner*, *ecolex* 2012, 547.

24) *Zeiller*, *Commentar I* (1811) 362.

25) *Zeiller*, *Commentar I* 363.

nur einer zur Erfüllung der Vaterpflichten angehalten werden.²⁶⁾

Für den konkreten Fall heißt das: Der bekl Zwilling hat den schwarzen Peter.²⁷⁾ Kann er nicht beweisen, dass er nicht der Vater ist, ist er als Vater festzustellen. Er unterliegt – wie der OGH richtig festgehalten hat – der Zeugungsvermutung des § 148 Abs 2 ABGB.²⁸⁾ Aus rechtsvergleichender Sicht interessant ist die abweichende Rechtslage in Deutschland. Das OLG Celle²⁹⁾ hat in einem vergleichbaren Fall die Vaterschaftsfeststellung – für Deutschland korrekt – abgelehnt, weil dort schon schwerwiegende Zweifel an der Vaterschaft die Feststellung hindern (§ 1600 d Abs 2 BGB). Schon Umstände, die die Vaterschaft eines anderen Mannes ebenso wahrscheinlich machen, begründen nach hA solche schwerwiegende Zweifel, die die Vaterschaftsfeststellung ausschließen.³⁰⁾ Bereits *Kralik* hat ein solches Ergebnis als zu 100% falsch qualifiziert, während die österr Regelung immerhin ein Ergebnis produziere, das zumindest zu 50% richtig ist.³¹⁾

ad 4. Anders ist eine Konstellation zu beurteilen, in welcher nur ein Zwilling der Mutter beigewohnt hat, sich aber nicht nachvollziehen lässt, welcher. Hier muss die Zeugungsvermutung ins Leere gehen, weil sie nur anwendbar ist, wenn die Beiwohnung erwiesen ist.³²⁾ Auch dies wusste schon *Zeiller*: „Nur muß der Vordersatz, aus dem die Folge abgeleitet wird, [...] bewiesen, nicht auf bloße Vermuthungen oder unsichere Folgerungen aus anderen Prämissen (zB aus häufigen Besuchen der Geschwängerten, vertrautem, geheimen Umgange mit derselben; aus einer außßergerichtlichen, leichtsinnigen Berühmung der begünstigten Liebe) gestützt sein“.³³⁾ Gelingt dieser Beweis nicht – auch hierbei gilt der Untersuchungsgrundsatz³⁴⁾ und natürlich die freie Beweiswürdigung –, greift die Vermutung nicht, und eine Vaterschaftsfeststellung scheidet aus.

Das trifft auch heute noch genauso zu wie zur Zeit der Schaffung des ABGB und findet seine Rechtfertigung nicht nur im Gesetzeswortlaut, sondern in einem tiefer liegenden Prinzip der Rechtsordnung. Die Privatrechtordnung kann keine Geschenke machen, die nicht von irgendjemandem auch zu bezahlen wären. Dem Kind einen Vater zu verschaffen, ist ein hehres Ziel. Dass dieses Geschenk gerade von einem bestimmten Mann zu finanzieren ist, bedarf allerdings einer gesonderten Rechtfertigung, die auf der Hand liegt, wenn der Mann der Mutter beigewohnt hat.

Dieser Hinweis auf die von *Franz Bydlinski* geprägte Maxime zweiseitiger Rechtfertigung³⁵⁾ wäre freilich irreführend, wenn er nicht offenlegte, dass gerade *Bydlinski* die Zeugungsvermutung in seinem Gutachten zum 1. ÖJT als Verstoß gegen den privatrechtl Gleichheitsgrundsatz qualifiziert hat.³⁶⁾ Es mag nun durchaus zutreffen, dass mit Blick auf den Uh eine pro rata-Haftung die gerechtere Lösung wäre. Dass das aber nicht zwingend ist, hat bereits *Rittner* in seinen Bemerkungen zu *Bydlinskis* Gutachten festgehalten.³⁷⁾ Auch ist zu bedenken, dass eine Lösung, die beim Uh als Geldleistung noch praktikabel erscheint, beim Erbrecht schon schwieriger und beim wichtigen Bereich der Obsorge fast undurchführbar wäre.

Vor diesem Hintergrund erscheint § 148 Abs 2 ABGB als Norm mit mE überzeugendem Gerechtig-

keitsgehalt, zumindest aber mit überzeugenderem Gerechtigkeitsgehalt als § 1600 d BGB, der letztlich auf Kosten des Kindes und gleichzeitig auch der Allgemeinheit Zweifel zugunsten einer Person ausschlagen lässt, die eine Begünstigung nicht verdient.

2. Verfahrensrechtliche Absicherung

Materiellrechtl findet das zu 1 Ob 148/12i geführte Verfahren auf dem Stand von 1999 statt. Es hat sich allerdings gezeigt, dass die vom OGH entwickelten materiellrechtl Grundsätze auch für die heutige Rechtslage Gültigkeit beanspruchen. Abschließend ist noch zu prüfen, ob sich in verfahrensrechtl Hinsicht Schwierigkeiten bei der Durchsetzung dieser materiellrechtl Wertungen ergeben. Während das Ausgangsverfahren noch streitig geführt wird, gehören Abstammungsverfahren heute auf den außerstreitigen Rechtsweg.³⁸⁾ Stehen die Besonderheiten dieses Verfahrens der Wertung von § 148 ABGB entgegen?

Ahari hat idZ auf den Fall hingewiesen, dass Anträge gegen beide Zwillinge vorliegen.³⁹⁾ Nach § 84 AußStrG sind mehrere Anträge zu einem Verfahren zu verbinden, wenn die jew Verfahren sich noch in der ersten Instanz befinden.⁴⁰⁾ Dieses Konzept ist bekannt: Schon nach dem UeKindG waren aufgrund mehrerer Klagen anhängige Streitigkeiten, „falls noch in keinem die mündliche Verhandlung in erster Instanz geschlossen worden ist, zur gemeinsamen Verhandlung zu verbinden.“⁴¹⁾ Im verbundenen Verfahren fällt die Beweislastentscheidung aber nicht mehr so einfach aus, weil beide Zwillinge davon gleichermaßen betroffen wären, aber nur einer als Vater festgestellt werden kann. Im Lichte des materiellrechtl vorgesehenen „Wahlrechtes“ muss es daher zulässig sein, den Antrag gegen einen der beiden Zwillinge zurückzuziehen. Das ist nach § 11 AußStrG auch – wenngleich im Abstam-

26) *Zeiller*, Kommentar I 364 f.

27) Dies entspricht dem Willen des historischen Gesetzgebers, ErläutRV 6 BlgNR 12. GP 14.

28) Zust *Ahari*, ZAK 2013/244.

29) Vgl FN 2.

30) BGH FamRZ 1975, 685; NJW 1976, 1150.

31) *Kralik*, Zur Reform der Vaterschaftsvermutung des § 163 ABGB, JBl 1965, 299.

32) Vgl zur parallelen Rechtslage in Deutschland *Wellenhofer* in Münch-KommBGB⁶ § 1600 d Rz 97.

33) *Zeiller*, Kommentar I 363 f.

34) Siehe schon ad 3.

35) *F. Bydlinski*, Die Maxime beidseitiger Rechtfertigung im Privatrecht, in FS Koziol (2010) 1355; vgl auch *Canaris*, Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht (1997) 91 FN 192; *Riesenhuber*, Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts (2003) 246; *ders*, Europäisches Vertragsrecht² (2006) § 31 Rz 937; *Koziol*, Grundgedanken, Grundnorm, Schaden und geschützte Interessen, in *Griss/Kathrein/Koziol*, Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrechts (2006) 32; *H. P. Westermann*, Drittinteressen und öffentliches Wohl als Elemente der Bewertung privater Rechtsverhältnisse, AcP 208 (2008) 148.

36) *F. Bydlinski*, Der Gleichheitsgrundsatz im österreichischen Privatrecht, Gutachten zum 1. ÖJT (1961) 136.

37) *Rittner*, Der Gleichheitsgrundsatz im österreichischen Privatrecht, Bemerkungen zu dem gleichnamigen Gutachten von Franz Bydlinski, FamRZ 1962, 289.

38) *Spitzer* in *Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG Vor §§ 81 ff AußStrG Rz 1; *Deixler-Hübner* in *Rechberger*, AußStrG² Vor § 81 Rz 2.

39) *Ahari*, Zak 2013/244.

40) *Simotta*, Zur geplanten Neuregelung des Abstammungsverfahrens im neuen AußStrG, NZ 2001, 95; *Deixler-Hübner* in *Rechberger*, AußStrG² § 84 Rz 1; *Spitzer* in *Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG § 84 AußStrG Rz 2.

41) Art V Z 1 Satz 1 UeKindG.

mungsverfahren nur ohne Anspruchsverzicht – zulässig. Das Verfahren gegen den zweiten Zwilling kann fortgeführt werden.⁴²⁾ Solange alle behandelten Anträge Anträge des Kindes sind, bleibt das Kind Herr des Verfahrens.

Was gilt, wenn einer der Zwillinge sich zu dem Kind bekennt? Etwa weil er das wirklich will oder als „Torpedo“, um Ansprüche gegen den anderen Zwilling zu blockieren? Dazu gibt es zwei Möglichkeiten: Einerseits die Abgabe eines Vaterschaftsanerkenntnisses (§ 145 ABGB), andererseits den Antrag auf Feststellung der Vaterschaft (§ 148 Abs 1 ABGB, nur diesmal vom Vater gegen das Kind).⁴³⁾

Für den Antrag auf Feststellung der Vaterschaft gilt wie erwähnt, dass derjenige als Vater festzustellen ist, von dem das Kind abstammt. Voraussetzung dieser Feststellung ist der positive Vaterschaftsbeweis, für den es genügt, wenn der Richter mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit von der Vaterschaft überzeugt ist.⁴⁴⁾ Das ist in Fällen, in denen beide Zwillinge mit der Mutter Geschlechtsverkehr hatten, ohne „soft evidence“ nicht möglich. Der Antrag des Mannes wäre abzuweisen. Das Wahlrecht des Kindes wäre nicht beeinträchtigt.

Ein Anerkenntnis der Vaterschaft erfolgt durch eine persönliche Erklärung in einer inländischen-öffentlichen oder öffentlich beglaubigten Urkunde. Zu seiner Wirksamkeit muss es dem Standesbeamten zukommen (§ 145 ABGB). Allerdings können das Kind und die Mutter gegen das Anerkenntnis binnen zwei Jahren ab Kenntnis Widerspruch einlegen (§ 146 ABGB). Geschieht dies, kommt es zu einem Verfahren, in dem das Gericht die Abstammung überprüft (§ 154 ABGB). Das Gericht hat das Anerkenntnis aufgrund eines Widerspruchs für unwirksam zu erklären, „es sei denn, es ist erwiesen, dass das Kind vom Anerkennenden abstammt“ (§ 154 Abs 1 Z 2 ABGB). Dass dieser Beweis

nicht erbracht werden kann, wurde bereits hinlänglich gezeigt.

Auch das Zusammenspiel von materiellem Recht und Verfahrensrecht beeinträchtigt das vom Gesetzgeber gewünschte Wahlrecht des Kindes somit nicht.

D. Fazit

Fälle unsicherer Abstammung sind nichts Neues. Schon der Talmud berichtet vom Problem, das sich stellt, wenn eine Frau nach dem Tod ihres Mannes – dem religiösen Gebot des Levirat folgend⁴⁵⁾ – ihren Schwager heiratet, dies aber zu früh tut und dann ein Kind bekommt.⁴⁶⁾ Dieses Problem kann heute mit verfeinerten DNA-Analysen gelöst werden. Zwillingsfälle stellen uns allerdings immer noch vor Probleme. Das ABGB entscheidet sich für ein Wahlrecht des Kindes und nimmt damit ein biologisch falsches Ergebnis in Kauf. Dabei darf nicht übersehen werden, dass mangels positiven Abstammungsbeweises ein Ergebnis, das alle zufriedenstellt, nicht zu erreichen ist. Die in dieser Situation erforderliche Wertung trifft das ABGB unmissverständlich und erzielt durch das System der Vaterschaftsfeststellung in § 148 ABGB durchwegs sinnvolle Ergebnisse, indem es das non liquet-Risiko sachgerecht verteilt.

42) *Fucik/Kloiber*, AußStrG (2005) § 11 Rz 8; *Kodek* in *Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG § 12 AußStrG Rz 46; *Ahari*, Zak 2013/244.

43) Vgl zu beidem *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht³ 518 ff; *Kerschner*, Familienrecht⁴ Rz 4/1.

44) ErläutRV 471 BlgNR 22. GP 21.

45) Deuteronomium 25, 5.

46) Informativ *Weisberg*, The Babylonian Talmud's Treatment of Levirate Marriage, The Annual of Rabbinic Judaism (2000) Vol 3, 35 (41 ff).

→ In Kürze



Wenn eineiige Zwillinge jeweils als Vater eines Kindes in Frage kommen, kann die Vaterschaft aufgrund identischer DNA nicht mittels DNA-Gutachten erwiesen werden – beide haben dieselbe Vaterschaftswahrscheinlichkeit. Das ABGB löst das Problem durch ein Wahlrecht zugunsten des Kindes: Gelingt dem Mann der Ausschlussbeweis nicht, ist er als Vater festzustellen.

→ Zum Thema

Über den Autor:

Dr. Martin Spitzer ist Univ.-Prof. am Institut für Zivil- und Unternehmensrecht der Wirtschaftsuniversität Wien.
Kontaktadresse: Althanstraße 39 – 45, 1090 Wien.
E-Mail: martin.spitzer@wu.ac.at