

Dissertation

Zur Erlangung des akademischen Grades
einer Doktorin der juridischen Fakultät

an der Karl-Franzens-Universität Graz

über das Thema

Postmortale Vaterschaftsfeststellung Die Rechtslage in Österreich und Deutschland unter besonderer Berücksichtigung der Fortpflanzungsmedizin

eingereicht bei

ao. Univ. -Prof. Dr. Erwin Bernat

Univ. -Prof. Dr. Franz Merli

Von

Mag. Rosemarie Schubert

Voitsberg, Juni 2010

Ich versichere, dass ich die eingereichte Dissertation selbständig verfasst, andere als die angegebenen Quellen und Hilfsmittel nicht benutzt und mich auch sonst keiner unerlaubten Hilfsmittel bedient habe. Ich versichere ferner, dass ich diese Dissertation bisher weder im In- noch im Ausland in irgendeiner Form als wissenschaftliche Arbeit vorgelegt habe.

Voitsberg, Juni 2010

Mein besonderer Dank gilt meiner Familie.

Postmortale Vaterschaftsfeststellung
Die Rechtslage in Österreich und
Deutschland unter besonderer
Berücksichtigung der Fortpflanzungsmedizin

Inhaltsverzeichnis

| | |
|--|-----------|
| I.) Einleitung | 8 |
| A.) Problemstellung | 8 |
| B.) Historischer Überblick | 9 |
| II.) Postmortale Vaterschaftsfeststellung | 15 |
| A.) Die Regelung des „Unehelichenkindgesetzes“ und des „Nichtehelichengesetzes“ | 15 |
| 1.) Die österreichische Rechtslage | 15 |
| 1.1.) Vorbemerkungen | 15 |
| 1.2.) Die Regelung des § 754 ABGB idF des ueKindG 1970 | 16 |
| 1.3.) Die Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs | 17 |
| 1.3.1.) Sachverhalt | 18 |
| 1.3.2.) Erwägungen und Entscheidung des VfGH..... | 19 |
| 2.) Die deutsche Rechtslage | 21 |
| 2.1.) Vorbemerkungen | 21 |
| 2.2.) Vaterschaftsfeststellung als Voraussetzung der Geltendmachung erbrechtlicher Positionen..... | 25 |
| 2.2.1.) Einsetzung zum Erben | 25 |
| 2.2.2.) Die Regelung des § 1934 c BGB idF des NEhelG 1970 | 25 |
| 2.3.) Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 18.11.1986-1 BvR 1365/84 | 29 |
| 2.3.1.) Sachverhalt | 29 |
| 2.3.2.) Erwägungen und Entscheidung des BVerfG..... | 30 |
| 2.4.) Rechtslage nach der Entscheidung des BVerfG | 33 |
| 2.4.1.) Konsequenzen der Nichtigerklärung | 34 |
| 2.4.2.) Das Erbrecht nach dem nichtehelichen Vater | 35 |
| 2.4.3.) Erbrecht beim Tod eines väterlichen Verwandten..... | 36 |
| 2.4.4.) Erbrecht beim Tod des nichtehelichen Kindes | 37 |
| 2.4.5.) Pflichtteilsansprüche | 37 |
| B.) Die Rechtslage in Österreich nach § 730 Abs 2 ABGB (eingeführt durch das ErbRÄG 1989) | 38 |
| 1.) Vorbemerkungen | 38 |
| 2.) Der familienrechtliche Ausgangspunkt | 39 |
| 3.) Die Regelung des § 730 Abs 2 ABGB | 40 |
| 3.1.) Verfassungsrechtliche Probleme des § 730 Abs 2 ABGB..... | 46 |
| 3.2.) Materielle Probleme des § 730 Abs 2 ABGB | 48 |
| 3.2.1.) Die personelle Reichweite des § 730 Abs 2 letzter Satz ABGB | 48 |
| 3.2.1.1.) Ungleichbehandlung von bereits Geborenen und Ungeborenen | 48 |
| 3.2.1.2.) Einbeziehung ehelicher Kinder in die Regelung des § 730 Abs 2 ABGB? | 49 |
| 3.2.2.) Spannungsverhältnis zwischen § 730 Abs 2 und § 163 a ABGB ... | 51 |
| 3.3.) Kritische Betrachtung der Argumente des Gesetzgebers | 51 |
| 3.3.1.) Unmöglichkeit der Abstammungsfeststellung nach dem Tod des Erblassers | 52 |
| 3.3.2.) Vermeidung von missbräuchlicher Geltendmachung erbrechtlicher Ansprüche | 53 |

| | |
|--|-----------|
| C.) Geltende Rechtslage in Deutschland | 55 |
| 1.) Vorbemerkungen | 55 |
| 2.) Abstammungsrecht | 56 |
| 2.1.) Rechtslage bis zum Inkrafttreten des FamFG..... | 57 |
| 2.1.1.) Vaterschaft..... | 57 |
| 2.1.2.) Vaterschaftsfeststellung als Zuordnung (§ 1600d Abs 1 BGB) | 62 |
| 2.1.3.) Inhalt der Vaterschaftsfeststellung | 62 |
| 2.1.3.1.) Prüfungsmaßstab für die Feststellung | 62 |
| 2.1.3.2.) Direkter und indirekter Vaterschaftsbeweis..... | 63 |
| 2.1.4.) Rechtswirkungen der Vaterschaftsfeststellung | 64 |
| 2.2.) Rechtslage seit Inkrafttreten des FamFG (1.9.2009) | 65 |
| 2.2.1.) Neuer Begriff und Katalog der Abstammungssachen | 65 |
| 2.2.2.) Verfahrenseinleitung | 66 |
| 3.) Erbrecht | 67 |
| D.) Geltende Rechtslage in Österreich | 69 |
| 1.) Vorbemerkungen | 69 |
| 2.) Abstammungsrecht | 71 |
| 2.1.) Allgemeine Bestimmungen | 71 |
| 2.1.1.) Vaterschaft..... | 71 |
| 2.1.2.) Wirkung des Statusverhältnisses | 72 |
| 2.1.3.) Rechtsnachfolge in Abstammungsangelegenheiten | 72 |
| 2.2.) Das eheliche Kind | 73 |
| 2.2.1.) Vorbemerkungen | 73 |
| 2.2.2.) Begründung ehelicher Abstammung..... | 74 |
| 2.2.3.) Feststellung der Nichtabstammung vom Ehemann der Mutter | 76 |
| 2.3.) Das uneheliche Kind | 78 |
| 2.3.1.) Übersicht..... | 78 |
| 2.3.2.) Vaterschaftsanerkenntnis..... | 80 |
| 2.3.2.1.) Das einfache Vaterschaftsanerkenntnis..... | 80 |
| 2.3.2.2.) Das qualifizierte Vaterschaftsanerkenntnis | 80 |
| 2.3.3.) Gerichtliche Vaterschaftsfeststellung (§ 163 Abs 1 und 2 ABGB). 81 | |
| 2.3.3.1.) Einführung..... | 81 |
| 2.3.3.2.) Positiver Abstammungsbeweis | 83 |
| 2.3.3.3.) Vaterschaftsvermutung | 85 |
| 3.) Die Entscheidung des OGH | 90 |
| 3.1.) Sachverhalt..... | 90 |
| 3.2.) Die Entscheidung..... | 91 |
| 4.) Aufhebung des § 730 Abs 2 ABGB | 93 |
| 5.) Verjährung | 94 |
| 6.) In-Kraft-Treten | 95 |
| III.) Fortpflanzungsmedizin | 96 |
| A.) Vaterschaft bei medizinisch unterstützter Zeugung | 98 |
| 1.) Die Rechtslage in Österreich | 98 |
| 1.1.) Vorbemerkungen | 98 |
| 1.2.) Vaterschaft bei homologer/quasi homologer Insemination | 99 |
| 1.3.) Vaterschaft bei heterologer Insemination..... | 100 |
| 1.3.1.) In einer Ehe (§ 157 ABGB) | 100 |
| 1.3.2.) In einer Lebensgemeinschaft (§ 163 Abs 3) | 102 |
| 1.3.3.) Ausschluss des Samenspenders von der Vaterschaftsfeststellung (§ 163 Abs 4 ABGB)..... | 105 |

| | |
|--|------------|
| 1.4.) Vaterschaft bei IVF | 108 |
| 1.4.1.) Homologe/quasi homologe IVF | 108 |
| 1.4.2.) Heterologe IVF | 108 |
| 1.5.) Zusammenfassung und Bewertung | 109 |
| 2.) Die Rechtslage in Deutschland | 109 |
| 2.1.) Vorbemerkungen | 109 |
| 2.2.) Vaterschaft bei homologer/ quasi homologer Insemination | 110 |
| 2.3.) Vaterschaftsfeststellung bzw -anfechtung bei heterologer Insemination | 112 |
| 2.4.) Vaterschaft bei IVF | 117 |
| 2.4.1.) Homologe/quasi homologe IVF | 117 |
| 2.4.2.) Heterologe IVF | 117 |
| B.) Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung | 118 |
| 1.) Die österreichische Rechtslage | 118 |
| 1.1.) Vorbemerkungen | 118 |
| 1.2.) Auskunft bei künstlicher Zeugungshilfe | 120 |
| 1.3.) Auskunft der Mutter über den Putativvater | 121 |
| 2.) Die deutsche Rechtslage | 123 |
| 2.1.) Auskunft der Mutter über den Putativvater | 123 |
| 2.1.1.) Rechtsgrundlage des Auskunftsanspruchs des Kindes | 130 |
| 2.1.2.) Prozessuale Durchsetzung des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung | 131 |
| 2.1.2.1.) Abstammungsverfahren | 131 |
| 2.1.2.2.) Durchsetzung von Auskunftsansprüchen | 132 |
| 2.2.) Zusammenfassung und Bewertung | 133 |
| 2.3.) Auskunft bei künstlicher Zeugungshilfe | 134 |
| 2.4.) Fazit | 135 |
| 3.) Der Fall Odièvre/Frankreich | 136 |
| 3.1.) Sachverhalt | 137 |
| 3.2.) Die Entscheidung | 138 |
| 3.3.) Rechtsvergleichende Ausführungen | 139 |
| 3.3.1.) Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung | 139 |
| 3.3.2.) Internationaler Konsens | 140 |
| 3.4.) Prüfungskriterien | 141 |
| 3.4.1.) Allgemeines | 141 |
| 3.4.2.) Negative und positive Pflichten | 142 |
| 3.5.) Konventionsgerechtes nationales Recht | 143 |
| 3.6.) Würdigung | 143 |
| 4.) Exhumierung zur postmortalen Vaterschaftsfeststellung | 145 |
| 4.1.) Der Fall Jäggi/Schweiz | 146 |
| 4.1.1.) Sachverhalt | 146 |
| 4.1.2.) Entscheidung | 147 |
| 4.2.) Die entgegenstehenden Interessen des Verstorbenen und dessen Angehörigen | 148 |
| 4.2.1. Die österreichische Rechtslage | 148 |
| 4.2.2.) Die deutsche Rechtslage | 150 |
| 4.3.) Die gesetzliche Grundlage für Exhumierungen | 150 |
| 4.3.1) Österreich | 150 |
| 4.3.2.) Deutschland | 153 |
| 4.3.2.1.) Die Entscheidung des OLG München | 153 |
| 4.3.2.2.) Die gesetzliche Grundlage | 154 |

| | |
|---|------------|
| 4.4.) Abwägung der relevanten Grundrechtspositionen | 155 |
| 4.4.1.) Keine konkrete Abwägung | 156 |
| 4.4.2.) Abwägung im Einzelfall | 157 |
| 4.5.) Zusammenfassung und Ergebnis | 158 |
| C.) Vaterschaftsfeststellung bei Zeugung des Kindes nach dem Tod des Ehemannes oder Lebensgefährten der Mutter (postmortale Zeugung) | |
| | 160 |
| 1.) Die Rechtslage in Österreich | 161 |
| 1.1.) Homologe/quasi-homologe Insemination nach dem Tod des Ehemannes oder Lebensgefährten | 161 |
| 1.1.1.) Gerichtliche Vaterschaftsfeststellung | 161 |
| 1.1.2.) Anerkenntnis | 163 |
| 1.2.) Heterologe Insemination nach dem Tod des Ehemannes oder Lebensgefährten | 163 |
| 1.2.1.) Lehrmeinungen | 163 |
| 1.2.2.) Eigene Meinung | 166 |
| 1.3.) Homologe IVF und Implantation des Embryos nach dem Tod des Ehemannes oder Lebensgefährten | 167 |
| 1.3.1.) Implantation nach dem Tod des Ehemannes | 167 |
| 1.3.2.) Implantation nach dem Tod des Lebensgefährten | 170 |
| 1.4.) Heterologe IVF und Implantation des Embryos nach dem Tod des Ehemannes/Lebensgefährten | 170 |
| 1.4.1.) Implantation nach dem Tod des Ehemannes | 170 |
| 1.4.2.) Implantation nach dem Tod des Lebensgefährten | 171 |
| 2.) Die Rechtslage in Deutschland | 171 |
| 2.1.) Homologe/quasi-homologe Insemination nach dem Tod des Ehemannes oder Lebensgefährten | 172 |
| 2.2.) Heterologe Insemination nach dem Tod des Ehemannes/Lebensgefährten | 174 |
| 2.3.) Homologe IVF und Implantation des Embryos nach dem Tod des Ehegatten/Lebensgefährten | 174 |
| 2.4.) Heterologe IVF und Implantation des Embryos nach dem Tod des Ehemannes/Lebensgefährten | 175 |
| 2.5.) Aufhebung des § 1600 e BGB | 175 |
| D.) Erbrecht des postmortal gezeugten Kindes | 177 |
| 1.) Österreichische Rechtslage | 177 |
| 1.1.) Postmortale Insemination | 177 |
| 1.2.) Postmortale IVF | 177 |
| 2.) Deutsche Rechtslage | 178 |
| 2.1.) Postmortale Insemination | 178 |
| 2.2.) Postmortale IVF | 179 |
| 3.) Eigene Meinung | 180 |
| IV.) Schlussbemerkungen | 181 |
| Abkürzungsverzeichnis | 184 |
| Literaturverzeichnis | 189 |

I.) Einleitung

A.) Problemstellung

Die vorliegende Arbeit befasst sich – wie bereits aus dem Titel ersichtlich - mit der Möglichkeit bzw. Notwendigkeit der Feststellung der (unehelichen) Vaterschaft. Sowohl die österreichische als auch die deutsche Rechtsordnung haben in der Vergangenheit, im Zug des Versuchs der sukzessiven Gleichstellung ehelicher und unehelicher Kinder, Regelungen vorgesehen, nach denen, als Voraussetzung für ein Erbrecht nach dem unehelichen Vater, zunächst die Abstammung von diesem zu einem, jeweils im Gesetz bestimmten Zeitpunkt geklärt sein musste. Das bedeutet im Wesentlichen, dass die Vaterschaft aufgrund eines Anerkenntnisses oder einer gerichtlichen Entscheidung noch zu Lebzeiten des unehelichen Vaters feststehen oder dass im Zeitpunkt des Todes des Vaters zumindest das Verfahren auf Vaterschaftsfeststellung bei Gericht anhängig sein musste, wobei in den einzelnen Vorschriften diesbezüglich auch Ausnahmen vorgesehen waren. Lagen diese Voraussetzungen nicht vor, war das uneheliche Kind gegenüber seinem Vater weder erb- noch pflichtteilsberechtigt. Auf die einschlägigen Regelungen der postmortalen Vaterschaftsfeststellung wird in der Folge näher eingegangen. Nicht behandelt werden hingegen die, mit der Vaterschaftsfeststellung verbundenen Rechtsfolgen, soweit diese für die vorliegende Arbeit entbehrlich sind, wobei naturgemäß auf die erbrechtlichen Vorschriften nicht verzichtet werden kann.

Nach Klärung der Rechtslage hinsichtlich der postmortalen Vaterschaftsfeststellung bei Zeugung des Kindes (noch) zu Lebzeiten des unehelichen Vaters soll sodann untersucht werden, wie der Fall zu behandeln ist, wenn das Kind erst nach dem Tod des Vaters mittels moderner Fortpflanzungshilfe „künstlich“ gezeugt wird. Die postmortale Zeugung eines Kindes ist zwar in Österreich wie auch in Deutschland verboten, doch ist sie aus medizinischer Sicht nach dem heutigen Wissensstand leicht durchführbar und kann deshalb durchaus vorkommen. Ist dies geschehen, stellt sich in

Ermangelung konkreter, auf diesen Fall zugeschnittener Bestimmungen in Österreich und der BRD die zentrale Frage nach der Möglichkeit der Vaterschaftsfeststellung eines, nach dem Tod des Vaters im Weg der artifiziellen Fortpflanzungshilfe gezeugten Kindes. In diesem Zusammenhang wird auch die Frage behandelt, ob ein Recht auf Vaterschaftsfeststellung existiert, aus welchen Rechtsvorschriften dieses abgeleitet werden könnte und ob und (wenn ja) gegen wen ein solches Recht (gerichtlich) durchsetzbar ist.

Bevor die Verfasserin allerdings auf diese Fragen eingeht, soll noch ein kurzer historischer Überblick über die Möglichkeit der Vaterschaftsfeststellung unehelicher Kinder vor In-Kraft-Treten der einschlägigen Regelungen des ABGB und des BGB gegeben werden, um zu zeigen, wie das gesellschaftliche Umdenken in Bezug auf uneheliche Kinder sukzessive stattgefunden hat und um eine Brücke zu den, für diese Arbeit relevanten Bestimmungen, zu schlagen.

B.) Historischer Überblick

Vom klassischen römischen Recht bis ins Mittelalter hatten uneheliche Kinder im Wesentlichen eine schlechtere Rechtsposition als eheliche.¹ Die Möglichkeit der gerichtlichen Feststellung der Vaterschaft wurde ihnen erstmals im späten Mittelalter bzw der frühen Neuzeit gewährt.²

Vor Gründung des deutschen Reiches gab es in den verschiedenen Rechtsordnungen eine unterschiedliche Behandlung der unehelichen Kinder, wobei diesen meist nur ein Unterhaltsanspruch zustand. Eine Ausnahme stellte das *Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten* von 1794 (ALR) dar, das nur mehr zwischen ehelichen und unehelichen Kindern unterschied.³ Den

¹ Nachweise bei *Leineweber*, Die rechtliche Beziehung des nichtehelichen Kindes zu seinem Erzeuger in der Geschichte des Privatrechts (1978) 19ff; *Floßmann*, Österreichische Privatrechtsgeschichte⁴ (2004) 101ff.

² *Becker* in *Erlers/Kaufmann/Werkmüller* (Hrsg), Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte V (1998) 454.

³ *Becker* in *Erlers/Kaufmann/Werkmüller*, Handwörterbuch, 455.

unehelichen Kindern stand ein Erbrecht allerdings nur zu, wenn der uneheliche Vater ohne Nachkommen verstorben und die *Vaterschaft nachgewiesen war* (und zwar durch Anerkenntnis des Erblassers oder durch rechtskräftiges *Urteil*, in welchem dem Kind **zu Lebzeiten** des unehelichen Vaters das Erbrecht vorbehalten wurde).

Auch im Österreich des 18. Jahrhunderts gab es Bestrebungen die Lage der unehelichen Kinder zu verbessern. Den entscheidenden Schritt hierzu tat Kaiser *Joseph II.*; das „Josephinische Gesetzbuch“ vom 1.11.1786, JGS Nr. 591, IV, ordnete die grundsätzliche Gleichstellung ehelicher und unehelicher Kinder an.⁴ Als Vater des unehelichen Kindes galt gemäß der Rechtsvermutung des JosGB (IV § 10) derjenige, *„der entweder während der Schwangerschaft, bei der Geburt, oder sonst durch die kleinste Handlung zu verstehen gibt, dass er das Kind als das seinige ansehe.“* War dies geschehen, so galt die Vaterschaft als erwiesen.⁵

Mit diesem kühnen Reformwerk stand *Joseph II.* in krassem Gegensatz zu den (trotz allen Aufklärungsdenkens) noch vorhandenen bürgerlichen Moralvorstellungen seiner Zeit. Der Rückschlag setze unmittelbar nach seinem Tod (am 20.2.1790) ein. Bereits am 9.10.1790 beschloss die Gesetzgebungskommission, mit der Änderung der josephineschen Bestimmungen zum Unehelichenrecht nicht bis zur Gesamtrevision zu warten, sondern so bald als möglich Vorschläge zu machen, *„damit zwar die uneheliche Geburt dem Kinde an seinem Fortkommen zu keiner Zeit nachtheilig, noch an dem nöthigen Unterhalt hinderlich sei, dennoch aber auch die dem ordentlichen Ehestande und damit verbundenen Erzeugung zukommenden Verhältnisse von Vorzügen des Standes und Erbrechtes mit den auf sittenverderblichen Wegen gesuchten Erzeugungen nicht durcheinander geworfen werden.“* Damit war gleichzeitig die Linie vorgegeben, auf der sich sowohl das ABGB von 1811⁶ als auch sämtliche Vorentwürfe (mit Ausnahme des JosGB selbst) bewegten.⁷

⁴ *Floßmann*, Privatrechtsgeschichte, 107.

⁵ *Leineweber*, Die rechtliche Beziehung, 242.

⁶ Näheres unter II.A.1.1.).

⁷ *Leineweber*, Die rechtliche Beziehung, 244.

Die wohl einflussreichste Kodifikation der Aufklärungszeit war der französische Code civil von 1804, der in weiten Teilen Deutschlands unmittelbar anwendbar war und für manche uneheliche Kinder äußerst ungünstige Bestimmungen bereit hielt. Noch die Revolutionsgesetzgebung brachte – in zeitlicher Parallelität zu den Reformen Joseph II. - eine entscheidende Verbesserung der Rechtsposition unehelicher Kinder mit sich⁸, doch ließ auch in Frankreich ein Rückschlag nicht lange auf sich warten. Bei der Kodifikation des Code civil war die rechtspolitische Zielsetzung des Gesetzgebers ausschließlich darauf gerichtet, die Ehe vor der Sittenverderbnis und vor Skandalprozessen zu schützen, die bei der Zulassung der *gerichtlichen Vaterschaftsfeststellung* für unvermeidbar gehalten wurden.⁹

Der Code civil unterschied bei den unehelichen Abkömmlingen zwei Gruppen von Kindern, denen sehr unterschiedliche Rechte zukamen, nämlich die ehewidrigen Kinder und jene, die einem Verkehr zwischen zwei unverheirateten Personen entstammten, zwischen denen im Zeugungszeitpunkt kein Ehehindernis bestanden hatte. Nur die letzteren Kinder konnten von den unehelichen Eltern gemäß Art 334ff Code civil **anerkannt** werden, wobei dies von entscheidender Bedeutung für die Rechtsposition der unehelichen Kinder war; eine gerichtliche Vaterschaftsfeststellung war nämlich, von wenigen Ausnahmen abgesehen, verboten (Art 340 Code civil).¹⁰ Die Anerkennung enthielt die förmliche Erklärung eines Mannes oder einer Frau, dass ein bestimmtes Individuum von ihm bzw ihr außerehelich gezeugt oder geboren wurde. Sie wirkte lediglich deklaratorisch und begründete kein Kindschaftsverhältnis zwischen dem Anerkennenden und dem unehelichen

⁸ Die natürlichen Kinder wurden den ehelichen schlechthin gleichgestellt. Einschränkungen bestanden nur bei den ehewidrigen Kindern. Um Missbräuchen bei Erbschaftsprozessen vorzubeugen wurde allerdings bestimmt, dass der Nachweis der Vaterschaft zur Geltendmachung des Erbrechts auf freiwillige Akte und Handlungen des Vaters beschränkt sein soll und dass eine **gerichtliche Erforschung der Vaterschaft nicht zugelassen werde** (*Leineweber*, Die rechtliche Beziehung, 249f).

⁹ *Leineweber*, Die rechtliche Beziehung, 250.

¹⁰ Auch das französische Kindschaftsrecht vom 3.1.1972 lässt die gerichtliche Feststellung der Vaterschaft weiterhin nur unter Bestimmten Voraussetzungen zu. Ein Erbrecht steht dem unehelichen Kind nur zu, wenn die Abstammung anerkannt oder gerichtlich festgestellt ist (*Lange/Kuchinke*, Lehrbuch des Erbrechts² (1978) 192).

Kind, doch verschaffte sie diesem eine Rechtsposition, die der der legitim Geborenen sehr stark angenähert war.¹¹

Das österreichische ABGB hielt sodann in seiner Fassung vom 1.6.1811 ebenfalls gewisse Regelungen zur Vaterschaftsfeststellung bereit. Das uneheliche Kind besaß diesbezüglich sogar eine sehr starke Rechtsposition: Als Vater des gem § 155 ABGB¹² unehelichen Kindes wurde vermutet, wer der Mutter im Empfängniszeitraum beigewohnt hatte, oder dies (außergerichtlich) gestand (§ 163 ABGB).¹³

§ 164 ABGB bezeichnete einen Sonderfall des Vaterschaftsnachweises: Wurde der Name des Erzeugers nach den Angaben der Mutter in das Tauf- oder Geburtsbuch eingetragen, so erbrachte diese Eintragung vollen Beweis über die Vaterschaft, wenn sie mit der Einwilligung des Benannten und dem Zusatz des Seelsorgers und des Paten, dass dieser ihnen bekannt sei, erfolgte. Neben dieser Vorschrift enthielt das ABGB allerdings keinerlei Bestimmungen über den gerichtlichen Nachweis der unehelichen Vaterschaft oder überhaupt über die prozessuale Geltendmachung der Rechte unehelicher Kinder.¹⁴

§ 16 der 1. TN¹⁵ zum ABGB bestimmte sodann, dass das Gericht, wenn dies zur Wahrung der Rechte des Kindes notwendig ist, dafür Sorge zu tragen hat, dass die Vaterschaft im Weg der freiwilligen Gerichtsbarkeit anerkannt oder im Prozessweg¹⁶ oder durch außergerichtliches Geständnis (des unehelichen Vaters) der Beiwohnung festgestellt wird.¹⁷

¹¹ *Leineweber*, Die rechtliche Beziehung, 250ff.

¹² Als ehelich galten kraft der gesetzlichen Vermutung des § 138 ABGB jene Kinder, die zwischen dem siebenten Monat nach Eheschließung und dem zehnten Monat nach Eheauflösung geboren wurden. Alle außerhalb dieser Frist geborenen galten als unehelich (§ 155 ABGB). Maßgeblich war die Zeugung, nicht die Geburt in rechtmäßiger Ehe (*Leineweber*, Die rechtliche Beziehung, 244).

¹³ *Lehner*, Familie-Recht-Politik: Die Entwicklung des österreichischen Familienrechts im 19. und 20. Jahrhundert (1987) 44; *Leineweber*, Die rechtliche Beziehung, 245.

¹⁴ *Leineweber*, Die rechtliche Beziehung, 245.

¹⁵ KaisV vom 12. Oktober 1914, RGBl Nr 276.

¹⁶ *Eccher* in *Schwimann* (Hrsg), Praxiskommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch III² (1997) § 730 Rz 13.

Das deutsche BGB in der Fassung vom 1.1.1900 versuchte, einen Kompromiss zwischen dem Schutz von Ehe und Familie und der Existenzsicherung der unehelichen Kinder zu finden. Dementsprechend wurde diesen in § 1708 BGB aF ein Unterhaltsanspruch gegen den Vater gewährt, welcher beim Tod des Vaters gemäß § 1712 BGB von dessen Erben zu erfüllen war. § 1589 Abs 2 BGB bestimmte aber, dass das uneheliche Kind rechtlich mit seinem Vater nicht verwandt ist.¹⁸ Aus diesem Grund war das uneheliche Kind nicht gesetzlicher Erbe des Vaters.¹⁹

Im Rahmen der Ausarbeitung des Grundgesetzes nach dem Zweiten Weltkrieg bot sich für Deutschland die Möglichkeit die rechtliche Stellung unehelicher Kinder zu verbessern. Vorschläge für notwendige Änderungen wurden vom parlamentarischen Rat abgelehnt und lediglich Art 6 Abs 5 GG²⁰ in die Verfassung aufgenommen, welcher einen bindenden Auftrag an den Gesetzgeber enthielt, innerhalb eines angemessenen Zeitraumes, diesem Grundrecht entgegenstehendes Recht zu beseitigen. Daher fehlte der Bestimmung die derogierende Kraft gegenüber entgegenstehendem Recht, sodass zur Schaffung gleicher Bedingungen das Tätigwerden des Gesetzgebers notwendig war, welches in der Literatur im Hinblick auf die verfassungsrechtlichen Vorgaben schon früh gefordert wurde.²¹ Dennoch wurde dem in Art 6 Abs 5 GG normierten Auftrag zunächst nicht entsprochen, weshalb das Bundesverfassungsgericht schließlich in seinem Beschluss vom

¹⁷ *Zemen*, Die Neuordnung der Rechtsstellung des unehelichen Kindes in Österreich, FamRZ 1973, 357.

¹⁸ *Becker* in *Erler/Kaufmann/Werkmüller*, Handwörterbuch, 455; diese Bestimmung galt bis zum In-Kraft-Treten des Gesetzes über die rechtliche Stellung der nichtehelichen Kinder vom 19.8.1969, BGBl 1969 I, 1243 (*Mack/Olbing*, Das nichteheliche Kind im Erbrecht und Erbschaftssteuerrecht, ZEV 1994, 280).

¹⁹ *Lutter*, Das Erbrecht des nichtehelichen Kindes² (1972), 16; *Hofmann* in *Hofmann/Hopfauf* (Hrsg), Kommentar zum Grundgesetz¹¹ (2008) 294.

²⁰ Art 5 Abs 5 GG fordert folgendes: „Den unehelichen Kindern sind durch die Gesetzgebung die gleichen Bedingungen für ihre leibliche und seelische Entwicklung und ihre Stellung in der Gesellschaft zu schaffen wie den ehelichen Kindern.“ Diese Bestimmung wirkt sich dahin aus, dass eine ungleiche Behandlung unehelicher Kinder, die sich als Benachteiligung gegenüber ehelichen Kindern auswirkt, immer überzeugend begründet werden muss (*Hofmann* in *Hofmann/Hopfauf*, GG- Kommentar, 294).

²¹ *Zweigert*, Zur Reform des Unehelichenrechts, JuS 1967, 241.

23.10.1958²² den Gesetzgebungsauftrag konkretisierte und feststellte, dass Art 6 Abs 5 GG einen bindenden Auftrag an den Gesetzgeber enthalte, wobei der Gesetzgeber die Verfassung verletze, „wenn er es unterlässt den *Verfassungsauftrag in angemessener Frist auszuführen.*“ Da eine Reaktion des Gesetzgebers weiterhin ausblieb, setzte das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung vom 29.1.1969²³ eine Frist bis zum Ende der fünften Legislaturperiode, nach deren Verstreichen der Wille der Verfassung so weit wie möglich von der Rechtsprechung zu verwirklichen sei. „*Die Verfassungsnorm erlangt insoweit derogierende Kraft gegenüber entgegenstehendem einfachem Recht.*“²⁴

Die Folge daraus war schließlich das am 1.7.1970 (und somit zeitlich parallel zum österreichischen ueKindG 1970²⁵) in Kraft getretene Gesetz über die rechtliche Stellung der nichtehelichen Kinder vom 19.8.1969 (NEheIG²⁶; Näheres zu den, mit diesen Gesetzen eingeführten Regelungen im ABGB und BGB gleich unter II. A.).

²² BVerfG 23.10.1958, 1 BvL 45/56, FamRZ 1958, 451 (*Bosch*).

²³ BVerfG 29.1.1969, 1 BvR 26/66, FamRZ 1969, 196 (*Bosch*) = NJW 1969, 597.

²⁴ *Holtz*, „Verschollene Paragraphen des BGB- Entstehung, Inhalt, Schicksal.“ <http://www.ruhr-uni-bochum.de/ls-muscheler/Sem0708/thema/M.pdf> (8.5.2008).

²⁵ Bundesgesetz vom 3.12.1970, BGBl 1970/342, über die Neuordnung der Rechtsstellung des unehelichen Kindes.

²⁶ Gesetz über die rechtliche Stellung der nichtehelichen Kinder, BGBl I 1969, 1234.

II.) Postmortale Vaterschaftsfeststellung

Nach diesem kurzen Überblick über die spärlichen Möglichkeiten der Vaterschaftsfeststellung unehelicher Kinder in der Vergangenheit, soll nun in der Folge auf die, für die vorliegende Arbeit wesentlichen Bestimmungen der österreichischen und deutschen Rechtsordnung eingegangen werden, wobei auch diesbezüglich ein Blick in die Vergangenheit geboten ist. Dies soll den Weg verdeutlichen, der vom deutschen und österreichischen Gesetzgeber auf dem Gebiet der postmortalen Vaterschaftsfeststellung bis heute zurückgelegt wurde. Im Anschluss daran ist die geltende Rechtslage darzustellen.

Die angegebenen Paragraphen entsprechen der jeweils geltenden „alten“ Rechtslage, sodass auf den Zusatz „aF“ weitgehend verzichtet werden kann.

A.) Die Regelung des „Unehelichenkindgesetzes“ und des „Nichtehelichengesetzes“

1.) Die österreichische Rechtslage

1.1.) Vorbemerkungen

Nach der ursprünglichen Konzeption des ABGB aus dem Jahr 1811 wurden gemäß § 754 ABGB uneheliche Kinder den ehelichen Kindern bei der gesetzlichen Erbfolge nur hinsichtlich des frei vererblichen Vermögens der Mutter gleichgestellt. In Bezug auf den Vater (und dessen Verwandte) stand den unehelichen Kindern keinerlei gesetzliches Erbrecht zu. Durch § 66 der ersten Teilnovelle zum ABGB (RGBl 1914/276) wurde § 754 ABGB abgeändert und lautete folgendermaßen: *„In Rücksicht auf die Mutter und die Verwandten der Mutter haben uneheliche Kinder bei der gesetzlichen Erbfolge in das frei vererbliche Vermögen gleiche Rechte mit den ehelichen. Zu dem Nachlasse*

*des Vaters und der väterlichen Verwandten gebührt den unehelichen Kindern keine gesetzliche Erbfolge“.*²⁷

Eine stärkere Berücksichtigung der Interessen unehelicher Kinder brachte in Österreich - parallel zu den Reformbestrebungen in Deutschland - das ueKindG 1970: es wurde nämlich aufgrund der, in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts in immer stärkerem Maße auftretenden gesellschaftlichen Veränderungen, insbesondere im Bereich der Familie und der steigenden Zahl an unehelichen Kindern²⁸ notwendig, deren erbrechtliche Stellung zu überdenken. Demgemäß bestimmte § 138 Abs 1 ABGB idF des ueKindG 1970, dass für die eheliche Abstammung die **Geburt** des Kindes nach der Eheschließung der Eltern ausreicht. Für die uneheliche Vaterschaft (die gemäß § 163 b ff ABGB durch Anerkenntnis oder Urteil festzustellen war) galt gemäß § 163 Abs 1 ABGB die bisherige Vaterschaftsvermutung²⁹, die gemäß § 163 Abs 2 ABGB nur dann widerlegt war, wenn der Mann mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht als Vater des unehelichen Kindes in Betracht gekommen ist. Wenn die Vaterschaft festgestellt worden war, so hatte das uneheliche Kind ua ein gesetzliches Erbrecht am Nachlass des Vaters, das allerdings gegenüber ehelichen Nachkommen des Vaters oder diesen Gleichgestellten beschränkt war (§ 754 ABGB; Näheres gleich unter II.A.1.2.). Die Reform in Österreich entsprach im Wesentlichen derjenigen des „Nichtehelichengesetzes“ in Deutschland.

1.2.) Die Regelung des § 754 ABGB idF des ueKindG 1970

Die §§ 752 bis 756 ABGB bildeten den Kern des gesetzlichen Erbrechts des unehelichen Kindes. Besondere Bedeutung kam dabei § 754 ABGB idF des ueKindG 1970 zu.³⁰ Nach § 754 Abs 1 ABGB hatte ein uneheliches Kind zum

²⁷ Weiß in *Klang* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch III² (1952) 760f.

²⁸ Nachweise bei *Lehner*, Familie- Recht- Politik, 264ff.

²⁹ Als Vater wurde vermutet, wer der Mutter innerhalb des Zeitraums vom 302. bis zum 180. Tag vor der Entbindung beigewohnt hatte.

³⁰ *Tschugguel/Kleiß*, Kinder ohne Erbrecht. Verfassungs- und zivilrechtliche Probleme des § 730 Abs 2 ABGB, NZ 2001, 391.

Nachlass der Verwandten der Mutter ein gesetzliches Erbrecht wie ein eheliches Kind. Die Verwandten der Vaterseite der Mutter waren ausgenommen, wenn diese selbst unehelich war. Zum Nachlass der Verwandten des Vaters stand einem unehelichen Kind nach § 754 Abs 3 ABGB kein Erbrecht zu.³¹

Hinsichtlich des gesetzlichen Erbrechts des unehelichen Kindes seinem Vater gegenüber bestimmte § 754 Abs 2 Satz 3 ABGB Folgendes: „ *Die Vaterschaft muss vor dem Tode des Vaters festgestellt worden sein, außer das Kind ist zu dieser Zeit noch minderjährig; in diesem Falle genügt es, dass die Klage auf Feststellung spätestens zum Ablauf eines Jahres nach dem Tode des Vaters erhoben worden ist.*“

Nach dieser Bestimmung konnte also ein **uneheliches Kind seinen Vater nur dann beerben**, wenn die **Vaterschaft vor dem Tod des Vaters festgestellt worden war**, wobei das Gesetz für Minderjährige eine **Ausnahme** machte. Bei diesen genügte es, wenn die Klage auf Vaterschaftsfeststellung binnen Jahresfrist nach dem Tod des Vaters erhoben worden war.³²

1.3.) Die Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs

Mit Erkenntnis vom 28.2.1991³³, und somit erst nach der Erbrechtsreform 1989³⁴ (welche § 754 ABGB bereits aufgehoben und durch § 730 Abs 2 ABGB ersetzt hatte), stellte der VfGH auf Grund eines, vom OGH eingeleiteten Gesetzesprüfungsverfahrens die Verfassungswidrigkeit des § 754 Abs 2 Satz 3 ABGB fest.³⁵

³¹ *Ferrari-Hofmann-Wellenhopf*, Zum gesetzlichen Erbrecht der Verwandten seit dem Erbrechtsänderungsgesetz 1989, NZ 1991, 246f; *Schauer*, Neues Erbrecht ab 1991, RdW 1990, 70.

³² *Welser* in *Rummel* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch I² (1990) § 754 Rz 2.

³³ VfGH G73/90, JBI 1991, 712.

³⁴ Genauer unter II.B.).

³⁵ Der OGH hatte allerdings interessanter Weise noch kurz vor der Erbrechtsreform 1989 ausgesprochen, dass in der bis dahin geltenden Rechtslage (des ueKindG 1970) keine Gleichheitswidrigkeit zu erblicken sei. Die Gründe des Gesetzgebers für die Schaffung des

Diesem Erkenntnis lag folgender Sachverhalt zu Grunde:

1.3.1.) Sachverhalt

Der OGH stellte den Antrag § 754 Abs 2 Satz 3 zweiter Halbsatz idF des ueKindG 1970 als verfassungswidrig aufzuheben:

Der Gerichtshof habe über den Revisionsrekurs einer Minderjährigen gegen eine auf diese Gesetzesstelle gestützte Zurückweisung ihrer Erbserklärung zum Nachlass ihres am 27.7.1985 verstorbenen außerehelichen Vaters durch das Rekursgericht zu entscheiden. Die am 31.10.1984 geborene Rechtsmittelwerberin habe zunächst als Kind des Ehemannes ihrer Mutter gegolten. Das zuständige Bezirksgericht habe jedoch über die 1985 eingebrachte Klage des Staatsanwalts am 23.7.1986 erkannt, dass sie kein eheliches Kind sei. Die Klage auf Vaterschaftsfeststellung sei am 16.9.1986 eingebracht und mit Urteil desselben Gerichts vom 4.1.1989 der Erblasser als unehelicher Vater festgestellt worden. Mutter und Geschwister des Erblassers hätten aber unter Hinweis auf die gesetzliche Frist die Zurückweisung der Erbserklärung begehrt. Die vom Verlassenschaftsgericht angenommene Erbserklärung habe das Rekursgericht mit der Begründung zurückgewiesen, dass § 754 Abs 2 ABGB eine materiellrechtliche Frist enthalte, nach deren Verstreichen das Erbrecht verwirkt sei.³⁶

Der Vaterschaftsfeststellung war ein Blutgruppengutachten vorangegangen, wonach aufgrund des Zusammentreffens zweier seltener Faktoren eine Wahrscheinlichkeit von 99,991 % und damit das Kalkül „praktisch erwiesen“ folgte.³⁷

§ 754 Abs 2 ABGB seien keinesfalls unsachlich gewesen, da diese Regelung dazu diene, das Vermögen in der Familie zu erhalten, weil in aller Regel nur das tatsächliche und ideelle Zusammenwirken der Familienmitglieder das nachgelassene Vermögen geschaffen habe. An der sachlichen Rechtfertigung könnten auch die derzeitigen Bestrebungen zur Änderung dieser Regelung nichts ändern, da die Familie als rechtliche Institution ein wesentliches Element in der rechtlichen Ordnung menschlicher Beziehungen sei (vgl OGH 2Ob 531/89, JBI 1989, 444).

³⁶ VfGH, 28.2.1991, JBI 1991, 712.

³⁷ VfGH, 28.2.1991, JBI 1991, 712.

1.3.2.) Erwägungen und Entscheidung des VfGH

Der OGH hatte vorgebracht, dass die von ihm angefochtene Bestimmung ohne sachlichen Grund zwei Klassen von unehelichen Kindern schaffe, die im Zeitpunkt des Todes ihres Vaters noch minderjährig sind: Kindern, denen die Einbringung der Vaterschaftsfeststellungsklage bis zum Ablauf eines Jahres nach dem Tod ihres Vaters gelingt, stehe ein gesetzliches Erbrecht zu, während jene, die zu spät kommen, vom gesetzlichen Erbrecht ausgeschlossen seien.³⁸

Der VfGH hat folgende Überlegungen angestellt:

Die als Rechtfertigung der Jahresfrist genannten Beweisschwierigkeiten und die Gefahr einer missbräuchlichen Geltendmachung der Vaterschaft konnten nach Ansicht des Gerichtshofs beim damaligen Wissensstand hinsichtlich der Untersuchung von Blutmerkmalen nicht den Ausschlag geben. Diese wären außerdem auch bei Einbringung der Vaterschaftsklage kurz vor oder binnen einem Jahr nach dem Tod des Vaters gegeben. Darüber hinaus sei das spätere Auftauchen neuer Erben, deren Vaterschaft erst längere Zeit nach dem Tod des Vaters festgestellt wird, für das Verlassenschaftsverfahren nichts Ungewöhnliches. Wenn man nun noch berücksichtige, dass Minderjährige unter dem besonderen Schutz der Gesetze stehen (§ 21 Abs 1 ABGB), so müssten besonders schwerwiegende Gründe für eine Benachteiligung einer bestimmten Gruppe von ihnen sprechen. Solche Gründe waren aber nach Auffassung des VfGH nicht erkennbar.³⁹

Eine verfassungskonforme Auslegung der angefochtenen Bestimmung erschien dem Gerichtshof ebenfalls nicht möglich zu sein, da der äußerste Wortsinn und die Gesetzesmaterialien gegen die Zulassung einer Ausnahme sprächen. Der Gesetzgeber des ErbRÄG 1989 habe außerdem seine gegenteilige Absicht **ausdrücklich** erklärt.⁴⁰

³⁸ VfGH, 28.1.1991, JBI 1991, 712f.

³⁹ VfGH, 28.2.1991, JBI 1991, 713.

⁴⁰ VfGH, 28.2.1991, JBI 1991, 713.

Verfassungswidrig war nach Ansicht des erkennenden Senats zwar auch die Regelung, dass **voll**jährigen unehelichen Kindern ein gesetzliches Erbrecht nur zustand, wenn ihre Vaterschaft noch vor dem Tod des Vaters festgestellt worden war. Dieser Teil der bezogenen Bestimmung war aber - so der VfGH - für die zu entscheidende Rechtssache nicht entscheidungswesentlich.⁴¹

Aufgrund des vorliegenden Antrags habe der VfGH zwar nicht abschließend zu klären, ob es sachlich gerechtfertigt ist, jeder nach dem Tod des Vaters erwirkten Vaterschaftsfeststellung die erbrechtliche Wirkung zu versagen, da der Gesetzgeber eine solche Beschränkung für Minderjährige nicht vorgesehen habe. Aber auch für deren Rechtsstellung sei der Tod des Vaters von entscheidender Bedeutung. Die Möglichkeit des Beweises der Beiwohnung, welcher die Vaterschaftsvermutung auslöst und die Beweislast dadurch umkehrt (§ 163 ABGB), werde durch den Tod eines Beteiligten schlagartig verändert. Gleichzeitig könne die Aussicht auf eine Erbschaft das Interesse am Erschleichen einer Vaterschaftsfeststellung wecken. Diesbezügliche praktische Erfahrungen fehlen. Der VfGH gehe deshalb davon aus, dass der Gesetzgeber berechtigt wäre, an den Tod des Vaters die Wirkung zu knüpfen, dass die nachfolgende Vaterschaftsfeststellung auf das Erbrecht ohne Einfluss bleibt.⁴²

Dieser Zeitpunkt könne aber nicht einfach mit gleicher Wirkung verschoben werden. Wenn der Gesetzgeber eine Vaterschaftsfeststellung mit erbrechtlicher Wirkung auch nach dem Tod des Erblassers noch zulasse, könne eine Beschränkung nur durch ein allgemeines Bestreben gerechtfertigt werden, die erbrechtliche Lage wegen steigender Beweisschwierigkeiten einer raschen Klärung zuzuführen. Angesichts der Folgen des Todes des Erblassers zu verhindern, dass die Feststellung maßgeblicher Tatsachen durch das Verstreichen längerer Zeit noch erschwert wird, sei auf sachbezogene Umstände im Tatsächlichen rückführbar und verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Aus diesem Grund sei es **nicht** grundsätzlich unsachlich, zwischen Kindern zu unterscheiden, denen die Einbringung einer Vaterschaftsklage innerhalb der gesetzlichen Frist gelingt, und jenen, die zu spät kommen. Doch müsse die den Minderjährigen eröffnete Möglichkeit, auch nach dem Tod des Erblassers noch die Erbberechtigung zu erlangen, eine

⁴¹ VfGH, 28.2.1991, JBI 1991, 713.

⁴² VfGH, 28.2.1991, JBI 1991, 714.

realistische sein. Die Grenze dürfe bei einer Durchschnittsbetrachtung nur übermäßige Verzögerungen hintanhaltend und **nicht wesentliche Gruppen unehelicher Kinder praktisch vom Erbrecht ausschließen oder die Erlangung der Berechtigung dem Zufall überlassen**. Eine starre Einjahresfrist bewirke aber genau dies. Allein die Gruppe der kurz vor oder nach dem Tod geborenen unehelichen Kinder mache deutlich, dass die zur Vorbereitung der Vaterschaftsklage berufenen Personen unter unnötigen Druck gerieten. Die in der angegriffenen Bestimmung gesetzte Frist sei also für eine beachtliche Zahl von Fällen zu kurz und bei dieser Kürze für eine andere Fallgruppe zu starr, da die Frist nicht gehemmt werde, solange das Kind rechtlich oder faktisch an einer Klage gehindert ist. Dabei handle es sich nicht um atypische Fälle, wie dies die Bundesregierung vorbrachte, sondern gerade um Kernfälle jener Gruppe, die den Gesetzgeber zur Ausnahmeregelung für Minderjährige bewogen habe: um jene Fälle nämlich, in denen vor dem Tod des Vaters nicht oder nicht ausreichend Gelegenheit war, die Vaterschaftsfeststellung zu erwirken. Für einen Großteil dieser Gruppe sei die starre Jahresfrist zu kurz. Der Ausschluss wesentlicher Gruppen unehelicher Kinder sei unter diesen Umständen auch nicht damit zu rechtfertigen, dass vielleicht, wie in der mündlichen Verhandlung vorgetragen, die Jahresfrist eine äußerste Grenze für eine Blutfaktorenbestimmung an (exhumierten) Leichen darstellen könnte, da die Zahl der Fälle, in denen diese Grenze wegen der Art der Bestattung schon früher erreicht ist oder wegen vorhandener Daten bedeutungslos bleibt, keine vernachlässigbare Größe sei. Die in Prüfung stehende Regelung verstoße daher gegen das verfassungsrechtliche Gleichbehandlungsgebot.⁴³

2.) Die deutsche Rechtslage

2.1.) Vorbemerkungen

Nahezu zeitgleich mit dem österreichischen ueKindG aus dem Jahr 1970 trat am 1.7.1970 in Deutschland das „Nichtehelichengesetz“⁴⁴ in Kraft. Bis zu

⁴³ VfGH, 28.2.1991, JBI 1991, 714.

⁴⁴ Gesetz über die rechtliche Stellung der nichtehelichen Kinder, BGBl I 1969, 1234.

dieser Reform kannte das deutsche Recht keine, als Voraussetzung für die Geltendmachung von Rechtswirkungen zwingende Vaterschaftsfeststellung für nichteheliche⁴⁵ Kinder mit Statuswirkung für und gegen alle.⁴⁶ Während noch der Referentenentwurf des Jahres 1966 für das uneheliche Kind keinerlei Nachlassbeteiligung neben ehelichen Abkömmlingen in der väterlichen Verwandtschaft vorgesehen hatte (§1930 a Abs 1 RefE)⁴⁷, beschrieb der Entwurf der Bundesregierung vom 7.12.1967⁴⁸ die rechtliche Lage nichtehelicher Kinder als „überholungsbedürftig“ und weder mit Art 6 Abs 5 GG noch mit den heutigen Anschauungen und sozialen Verhältnissen vereinbar.⁴⁹

Somit kam es also auch in der BRD aufgrund der gesellschaftlichen Veränderungen und der steigenden Zahl an nichtehelichen Kindern⁵⁰ dazu, dass der Gesetzgeber deren erbrechtliche Stellung zu überdenken begann. Im Hinblick auf die Gleichbehandlung von ehelichen und nichtehelichen

⁴⁵ Durch das Nichtehechengesetz wurde der Terminus „unehelich“ durch den Terminus „nichtehelich“ ersetzt.

⁴⁶ *Rauscher* in *Staudinger* (Hrsg), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen (Neubearbeitung 2004) § 1592 Rz 5a.

⁴⁷ *Lutter*, Erbrecht, 14; *ders* abl, Das Erbrecht des nichtehelichen Kindes, FamRZ 1967, 65ff; *Dieckmann*, Zur vermögensrechtlichen Stellung des unehelichen Kindes nach dem Tode des Vaters, FamRZ 1967, 10ff.

⁴⁸ Bt-Drucks V/2370, 18.

⁴⁹ Dieselbe Auffassung vertrat schon Jahre zuvor *Schlosser*, Der Einfluss des Grundgesetzes auf die privatrechtliche Stellung des unehelichen Kindes, FamRZ 1963, 601ff. In dieselbe Kerbe schlugen ua auch *Bosch*, Die geplante Neuordnung der Rechtsstellung des unehelichen Kindes, FamRZ 1963, 398ff; *Lange*, Gesetzgebungswunsch und Lebenswirklichkeit beim Rechte der unehelichen Kinder, JuS 1964, 253ff; *Brühl*, Das allgemeine Verwandten-Unterhaltsrecht und der Unterhaltsanspruch des unehelichen Kindes gegen den Vater, FamRZ 1966, 541ff; *Dieckmann*, Zum Erbrecht des unehelichen Kindes, FamRZ 1966, 72ff; *ders*, FamRZ 1967, 10ff.

⁵⁰ Nachweise bei *Dethloff*, Reform des Kindschaftsrechts, NJW 1992, FN 2 und *Schwenzer*, Die Rechtsstellung des nichtehelichen Kindes, FamRZ 1992, 121f, die als weiteren Anlass zu einem Überdenken des Nichtehelehenrechts auf die Entscheidungen des EGMR in den Fällen *Marckx* (Urteil vom 13.6.1979, EuGRZ 1979, 454= NJW 1979, 2449= FamRZ 1979, 903), *Johnston* (Urteil vom 18.12.1986, EuGRZ 1987, 313) und *Inze* (Urteil vom 28.10.1987, ÖJZ 1988, 177) verweist; vgl auch *Jayme*, Europäische Menschenrechtskonvention und deutsches Nichtehelehenrecht, NJW 1979, 2425ff; *Sturm*, Das Straßburger Marckx-Urteil zum Recht des nichtehelichen Kindes und seine Folgen, FamRZ 1982, 1150ff.

Kindern wurde § 1589 Abs 2 BGB⁵¹ mit Wirkung für Erbfälle ab 1.7.1970 gestrichen (vgl Art 12 § 10 Abs 1 NEhelG)⁵², sodass bis heute für das nichteheliche Kind im Verhältnis zu seinem Vater und den väterlichen Verwandten der allgemeine Grundsatz des § 1589 BGB idF des NEhelG 1970 gilt: Das nichteheliche Kind ist demnach mit seinem Vater und dessen Verwandten im Rechtssinne ebenso verwandt wie mit der Mutter und deren Verwandten,⁵³ was bedeutet, dass es in das System der gesetzlichen Erbfolge ebenso eingeordnet ist, wie das eheliche Kind und dessen Vater⁵⁴. Aus diesem

⁵¹ Diese Bestimmung stellte die Fiktion auf, dass das uneheliche Kind als mit seinem Vater und dessen Verwandten nicht verwandt anzusehen sei. Demgemäß hatte das uneheliche Kind kein Erb- und Pflichtteilsrecht nach seinem Vater und dessen Verwandten; eine Anerkennung der Vaterschaft war insoweit völlig belanglos (*Ferid /Firsching /Dörner /Hausmann*, Internationales Erbrecht- Quellensammlung mit systematischen Darstellungen des materiellen Erbrechts sowie des Kollisionsrechts der wichtigsten Staaten- Deutschland (69. Ergänzungslieferung, 2007) Rz 1428, 1484).

⁵² Der 2. Absatz des Art 12 § 10 NEhelG schrieb überdies vor, dass für die erbrechtlichen Verhältnisse eines vor dem 1.7.1949 geborenen Kindes die alte Rechtslage bestehen blieb und somit kein gesetzliches Erbrecht bestand (*Rauscher*, Die erbrechtliche Stellung nicht in einer Ehe geborener Kinder nach Erbrechtsgleichstellungsgesetz und Kindschaftsrechtsreformgesetz, ZEV 1998, 41). Das BVerfG hatte diese Regelung nicht beanstandet: Der Ausschluss einer bestimmten Gruppe unehelicher Kinder von der Verbesserung der erbrechtlichen Stellung stelle keinen Verstoß gegen Art 6 Abs 5 iVm Art 3 Abs 1 GG dar, sondern liege im Rahmen des gesetzgeberischen Ermessens. Das Bestreben, Probleme bei der Feststellung der Vaterschaft zu vermeiden und die Berücksichtigung des Vertrauens auf die Fortgeltung des alten Rechtszustandes, wurden vom Gericht als vertretbare sachliche Gründe anerkannt (BVerfG 8.12.1976, 1 BvR 810/70, 57/73, 147/76, FamRZ 1977, 446= NJW 1977, 1677); der EGMR hat aber schließlich die Bestimmung des Art 12 § 10 Abs 2 Satz 1 NEhelG als Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot des Art 14 iVm Art 8 EMRK qualifiziert (EGMR 28.5.2009, BeschwNr 3545/04, FamRZ 2009, 1293 ff); beachte überdies für Erbfälle ab dem 3.10.1990 den durch den Einigungsvertrag eingeführten Art 235 § 1 Abs 2 EGBGB. Nach DDR-Erbrecht waren unehelichen Kinder schon seit dem 1.4.1966 gesetzliche Erben erster Ordnung (*Ferid/Firsching/Dörner/Hausmann*, Internationales Erbrecht, Rz 1431).

⁵³ *Lutter*, Erbrecht, 21; *Lange/Kuchinke*, Lehrbuch des Erbrechts² (1978) 195; *Bosch*, Erbrechtliche Probleme des „Nichtehelichengesetzes“, FamRZ 1972, 170.

⁵⁴ Die Stichtagsregelung des 1.7.1970 gilt nicht nur für Erbfälle nach dem Vater, sondern auch für Erbfälle nach dessen Verwandten. War also der Vater, nicht aber dessen Eltern vor dem Stichtag verstorben, ist das uneheliche Kind nach diesen erbberechtigt (*Ferid/Firsching/Dörner/Hausmann*, Internationales Erbrecht, Rz 1485).

Grund war ein ausdrücklicher Ausspruch, dass (nunmehr) ein nichteheliches Kind nach seinem Vater erbberechtigt ist, nicht notwendig.⁵⁵

Das nichteheliche Kind ist seither ein Abkömmling des Vaters wie das eheliche Kind, sodass alle, sich aus diesem Verwandtschaftsverhältnis ergebenden Rechtsvorschriften, auch auf das nichteheliche Kind anzuwenden sind⁵⁶, soweit nicht ausdrücklich anderes bestimmt ist⁵⁷.

Zusammengefasst bedeutet das soeben Gesagte, dass es ohne eine weitere Regelung bereits zu diesem Zeitpunkt zu einer erbrechtlichen Gleichstellung ehelicher und nichtehelicher Kinder gekommen wäre.⁵⁸ Der Gesetzgeber vertrat aber die Auffassung, dass aufgrund der besonderen familienrechtlichen Stellung des nichtehelichen Kindes und der Tatsache, dass es gewöhnlich nicht in die Familiengemeinschaft des Vaters aufgenommen werde, es geboten wäre, die erbrechtliche Gleichstellung in mehrfacher Hinsicht zu durchbrechen.⁵⁹ Aus diesem Grund führte er für den Fall des Zusammentreffens ehelicher und nichtehelicher Kinder als Erben, im Anschluss an die allgemeinen Bestimmungen über das gesetzliche Erbrecht zwischen Verwandten und des Ehegatten (§§ 1924- 1934 BGB), Sonderregelungen⁶⁰ ein. Dabei handelte es sich um die §§ 1934a- e BGB⁶¹, wobei für die vorliegende Arbeit lediglich die Regelung des § 1934 c BGB von Interesse ist und deshalb in der Folge auch

⁵⁵ *Damrau*, Erbersatzanspruch und Erbaugleich- Zur Neuregelung des Erbrechts im „Nichtehelichengesetz“, *FamRZ* 1969, 582.

⁵⁶ Bis zum In- Kraft- Treten des Nichtehelichengesetzes konnte das uneheliche Kind nur durch letztwillige Verfügung des Vaters zum Erben berufen werden (*Mack/Olbing*, *ZEV* 1994, 280).

⁵⁷ *Körting*, Das Erbrecht des nichtehelichen Kindes, *NJW* 1970, 1525.

⁵⁸ In diesem Sinn wohl *Lutter*, Erbrecht, 21; *Schwenzer*, *FamRZ* 1992, 127; das Verwandtschaftsverhältnis wurde also nunmehr allein aufgrund der Abstammung und nicht daneben aufgrund einer auf einer Ehe beruhenden Familiengemeinschaft bestimmt, wie dies vor In-Kraft-Treten des NEhelG der Fall gewesen war.

⁵⁹ *Lange/Kuchinke*, Lehrbuch², 195; *Freytag*, Neuordnung des gesetzlichen Erbrechts, *ZRP* 1991, 109; vgl auch *Strintzing*, Erbersatzanspruch und vorzeitiger Erbaugleich nichtehelicher Kinder gem. §§ 1934a-e BGB im Lichte des Art. 6 Abs. 5 GG, *FuR* 1994, 75; *Rauscher*, *ZEV* 1998, 41.

⁶⁰ Vorzeitiger Erbaugleich und Erbersatzanspruch.

⁶¹ *Holtz*, „Verschollene Paragraphen des BGB- Entstehung, Inhalt, Schicksal“, <http://www.ruhr-uni-bochum.de/ls-muscheler/Sem0708/thema/M.pdf> (8.5.2008).

näher beleuchtet wird. Diese Bestimmung entspricht im Wesentlichen jener des § 754 Abs 2 Satz 3 ABGB idF des ueKindG 1970.

2.2.) Vaterschaftsfeststellung als Voraussetzung der Geltendmachung erbrechtlicher Positionen

2.2.1.) Einsetzung zum Erben

Wenn ein Mann eine bestimmte Person als sein „nichteheliches Kind“ testamentarisch oder erbvertraglich zum Erben einsetzte, so war die Wirksamkeit dieser Verfügung **nicht** von einer vorherigen formellen Vaterschaftsfeststellung abhängig, da es in einem derartigen Fall nicht um eine Rechtswirkung der Vaterschaft iSd § 1600a Satz 2 BGB, sondern um eine Folge der Verfügung ging.⁶²

2.2.2.) Die Regelung des § 1934 c BGB idF des NEhelG 1970

1934 c BGB bestimmte Folgendes: (1) *„War beim Tod des Vaters eines nichtehelichen Kindes die Vaterschaft weder anerkannt noch rechtskräftig festgestellt, so steht dem Kind ein gesetzliches Erbrecht oder ein Erbersatzanspruch nur zu, wenn das gerichtliche Verfahren zur Feststellung der Vaterschaft bereits zur Zeit des Erbfalls anhängig war. Ist der Vater gestorben, bevor das Kind geboren oder sechs Monate alt war, so genügt es, wenn der Antrag auf Feststellung der Vaterschaft binnen sechs Monaten gestellt wird; die Frist beginnt mit dem Erbfall, jedoch nicht vor der Geburt des Kindes.“*

(2) *„Im Fall des Todes eines Verwandten des Vaters gilt Abs. 1 Satz 1 entsprechend.“*

⁶² Bosch, FamRZ 1972, 175.

§ 1934 c BGB regelte im Bereich des Unehelichenrechts die materiellen Voraussetzungen des Erbrechts (einschließlich des Erbersatzanspruchs und des Pflichtteilsrechts) für die „*statusrechtlichen Überhangsfälle*“.⁶³

Voraussetzung für das Entstehen des Erbrechts des nichtehelichen Kindes war, genauso wie in Österreich, die förmliche Feststellung der Abstammung des nichtehelichen Kindes von seinem Erzeuger. Diese Feststellung erfolgte durch öffentlich beurkundete Anerkennungserklärung des Vaters oder durch **gerichtliche Entscheidung** (§§ 1600a ff BGB aF)⁶⁴. Dem nichtehelichen Kind stand gemäß § 1934 c BGB nach dem Tod seines Vaters ein Erbrecht (oder eine erbrechtliche Beteiligung in Form des Erbersatzanspruchs) nur zu, wenn im Zeitpunkt des Erbfalls die Vaterschaft anerkannt, rechtskräftig festgestellt oder das Verfahren zur Vaterschaftsfeststellung zumindest anhängig war.⁶⁵ Mit dem gerichtlichen Verfahren war die nach § 1600 n Abs 1 BGB erforderliche gerichtliche Feststellung im Klageweg gemeint. Gemäß den §§ 640 Abs 1 iVm 628 dZPO war ein solcher Rechtsstreit zwar beim Tod des Vaters als in der Hauptsache erledigt anzusehen, doch konnte die Vaterschaftsfeststellung in diesem Fall noch auf Kindesantrag oder, wenn auch dieses bereits verstorben war, auf Antrag der Mutter⁶⁶ durch das Vormundschaftsgericht erfolgen.⁶⁷

§ 1934 c BGB war somit von zentraler Bedeutung für das nichteheliche Kind.

Lag keine der in § 1934 c BGB genannten Voraussetzungen vor, so war das nichteheliche Kind von jeder erbrechtlichen Beteiligung⁶⁸ nach seinem Vater ausgeschlossen.⁶⁹ Diese Regelung sollte die Schwierigkeiten einer Vaterschaftsfeststellung nach dem Tod des Erblassers vermindern und

⁶³ *Brüggemann*, Zum Verständnis des § 1934 c BGB, in: FS Beitzke (1979) 373.

⁶⁴ *Knur*, Familienrechtliche und erbrechtliche Probleme des Gesetzes über die rechtliche Stellung der nichtehelichen Kinder, FamRZ 1970, 269; *Mack/Olbing*, ZEV 1994, 281.

⁶⁵ *Bosch*, FamRZ 1972, 175; *Lange/Kuchinke*, Lehrbuch², 196; *Knur*, FamRZ 1970, 270.

⁶⁶ Der Vater konnte das Verfahren vor dem Vormundschaftsgericht nicht betreiben. Dies konnte nur die Mutter, mit dem Ziel der nachträglichen Vaterschaftsfeststellung (§ 1600n Abs 2 BGB aF).

⁶⁷ *Körting*, Das Erbrecht des nichtehelichen Kindes, NJW 1970, 1525.

⁶⁸ Erbersatzanspruch, Erbrecht, Pflichtteil.

⁶⁹ *Körting*, NJW 1970, 1525.

verhindern, dass die erbrechtliche Beteiligung längere Zeit nach dem Eintritt des Erbfalls ungeklärt blieb.⁷⁰ Auch die Erbfolge nach dem Tod eines Verwandten des nichtehelichen Vaters sollte im Erbfallszeitpunkt nicht im Hinblick auf eine mögliche Beteiligung unbekannter nichtehelicher Kinder längere Zeit in der Schwebe bleiben. Dem wurde durch § 1934 c Abs 2 BGB Rechnung getragen, indem bestimmt wurde, dass Abs 1 im Fall des Todes eines Verwandten des nichtehelichen Vaters entsprechend anzuwenden ist.

Von diesem Grundsatz machte das Gesetz aber eine **Ausnahme**, die in einer sehr ähnlichen Form auch in der entsprechenden österreichischen Regelung (§ 754 Abs 2 Satz 3 ABGB) zu finden war: Wenn nämlich der Vater vor der Geburt des Kindes oder bevor jenes sechs Monate alt war, verstorben war, genügte es, wenn der Antrag auf Vaterschaftsfeststellung binnen einer Frist von sechs Monaten gemäß § 1600 n BGB beim Vormundschaftsgericht gestellt wurde (§ 1934 c Abs 1 Satz 2 BGB)⁷¹. Diese Frist war starr und begann mit dem Erbfall zu laufen⁷², wenn das Kind im Zeitpunkt des Erbfales bereits geboren, aber noch nicht sechs Monate alt war. War der Vater vor der Geburt des Kindes verstorben, so begann der Fristenlauf mit vollendeter Geburt.⁷³

Diese Frist verlängerte sich auch in jenen Fällen nicht, in denen vor Klagserhebung erst die Ehelichkeit eines Kindes angefochten werden musste, da es sich hierbei um eine materiellrechtliche Ausschlussfrist handelte, bei der eine Wiedereinsetzung nicht möglich war.⁷⁴ Mehr noch: diese Frist war nur zu Lasten des Kindes so starr. Im Gegensatz dazu war ein vergleichbarer Zeitdruck nicht vorgesehen, wenn es darum ging, durch Anfechtung der Vaterschaftsanerkennung dem nichtehelichen Kind die Erbenstellung wieder zu nehmen.

⁷⁰ *Damrau*, FamRZ 1969, 584.

⁷¹ *Bosch*, FamRZ 1972, 175; *Knur*, FamRZ 1070, 275.

⁷² Ansonsten begann im deutschen Erbrecht, wenn es um die Wahrung der Rechte der durch den Erbfall Betroffenen ging, eine Frist erst frühestens ab Kenntnis des Erbfales zu laufen (*Brüggemann*, in: FS Beitzke, 391).

⁷³ *Lange/Kuchinke*, Lehrbuch², 196; *Damrau*, FamRZ, 1969, 584; *Knur*, FamRZ 1970, 270 und 275.

⁷⁴ *Damrau*, FamRZ 1969, 584.

Beispiel: Der Vater verstarb unverheiratet und hinterließ ein zwei Monate altes nichteheliches Kind. Seine Eltern waren noch am Leben. Eine letztwillige Verfügung wurde nicht errichtet. Hatte der Vater zu seinen Lebzeiten die Vaterschaft nicht anerkannt, so hätte das Kind rasch handeln müssen, um sich sein Erbrecht zu sichern. Es hätte alle erbrechtlichen Positionen verloren, wenn es die, vom Tod des Vaters ab laufende, 6-Monats-Frist zur Antragstellung beim Vormundschaftsgericht etwa wegen Unkenntnis der Geschehnisse versäumt hätte. Hatte der Vater hingegen das Kind vor oder nach der Geburt anerkannt, so hatten seine Eltern zur Anfechtung der Anerkennung (und somit zur Erlangung eines eigenen gesetzlichen Erbrechts) ein volles Jahr Zeit, wobei der Fristenlauf erst mit Kenntnis vom Tod des Sohnes in Gang gesetzt wurde (§§ 1600g Abs 2, 1600h Abs 1 und 3 aF BGB). Der näher Berechtigte stand also unter stärkerem Zeitdruck als der Entferntere.⁷⁵

Ging es also um die Beerbung des nichtehelichen Vaters, so bestand für das ungeborene oder noch nicht sechs Monate alte Kind die (bescheidene) Möglichkeit, die postmortale Vaterschaftsfeststellung mit erbrechtlicher Wirkung nachzuholen. Lag hingegen ein Erbfall nach einem **Verwandten** des Vaters vor, war die erbrechtliche Rechtsposition des nichtehelichen Kindes irreparabel verloren, wenn nicht entweder eine Vaterschaftsanerkennung vorlag oder wenigstens ein Verfahren zur Vaterschaftsfeststellung (sei es als Klage, sei es - weil der Vater schon vorverstorben war - als ein Verfahren vor dem Vormundschaftsgericht) zur Zeit des Erbfalls anhängig war.

Beispiel: Ein mittelloser Vater starb ledig und hinterließ ein wenige Wochen altes nichteheliches Kind. Zur Vaterschaftsanerkennung war es nicht mehr gekommen. Noch während der Amtspfleger die Vorbereitungen zur Antragstellung beim Vormundschaftsgericht traf, starb der Vater des Kindsvaters unerwartet, verwitwet, ohne ein Testament zu hinterlassen, in begüterten Verhältnissen. Der Vater des ne Kindes war sein einziger Sohn. Das Kind wäre der gesetzliche Erbe des Großvaters geworden, hätte dem nicht die Vorschrift des § 1934 c Abs 2 BGB entgegengestanden. Die noch mögliche postmortale Vaterschaftsfeststellung durch das Vormundschaftsgericht hätte

⁷⁵ Brüggenmann, in: FS Beitzke, 391.

ihm das Erbrecht nach dem Vater verschaffen können, was allerdings nichts genützt hätte. Sie blieb erbrechtlich ohne Wirkung. Das Kind hatte nach dem Großvater nicht einmal einen Pflichtteilsanspruch, selbst wenn sich anschließend ein Testament aufgefunden hätte und sodann die Abstammung (vom Vater und damit auch) vom Erblasser durch das Vormundschaftsgericht festgestellt worden wäre.⁷⁶

2.3.) Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 18.11.1986- 1 BvR 1365/84

Das Bundesverfassungsgericht⁷⁷ hatte die Verfassungswidrigkeit des § 1934 c BGB zu prüfen gehabt und diese Bestimmung sodann mit Beschluss vom 18.11.1986 für im vollen Umfang nichtig erklärt.⁷⁸ Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde:

2.3.1.) Sachverhalt

Die Beschwerdeführer wurden als Kinder eines Ehepaares geboren. Die Mutter war bei einem Landarbeiter beschäftigt, der nach seinem Tod einen Hof und sonstiges Vermögen hinterließ. Nachdem der Ehemann erfahren hatte, dass der Verstorbene der Vater der Beschwerdeführer sei, hat er deren Ehelichkeit mit Erfolg angefochten. In einem weiteren Verfahren ist sodann die Vaterschaft des Verstorbenen festgestellt worden. Die Beschwerdeführer erhielten daraufhin einen gemeinschaftlichen Erbschein, der sie je zur Hälfte als Erben ihres unehelichen Vaters auswies. Diesen zog der Rechtspfleger unter

⁷⁶ Brüggenmann, in: FS Beitzke, 385.

⁷⁷ BVerfG, Beschluss vom 18.11.1986- 1 BvR 1365/84, NJW 1987, 1007= JuS 1987, 569 (Hohloch).

⁷⁸ Dasselbe Schicksal ereilte im Jahr 1991 auch die entsprechende österreichische Regelung des § 754 Abs 2 Satz 3 ABGB, wobei der VfGH sich in wesentlichen Punkten den Überlegungen des BVerfG angeschlossen hatte. Zu den Einzelheiten siehe bereits oben II.A.1.3.).

Hinweis auf § 1934 c BGB fünf Jahre später (1984) wieder ein. Beschwerde und weitere Beschwerde blieben erfolglos. Die Verfassungsbeschwerde hatte Erfolg.⁷⁹

2.3.2.) Erwägungen und Entscheidung des BVerfG

Das BVerfG war der Auffassung, dass § 1934 c BGB mit Art 6 Abs 5 GG⁸⁰ unvereinbar und deshalb nichtig sei. Bei Art 6 Abs 5 GG handle es sich um eine Konkretisierung des allgemeinen Gleichheitssatzes, sodass diese Bestimmung der gesetzgeberischen Gestaltungsfreiheit Grenzen setze. Der Gesetzgeber des Nichteilichengesetzes habe davon ausgehen müssen, dass dem unehelichen Kind eine angemessene Beteiligung am väterlichen Nachlass in Form eines Erbrechts oder Geldanspruches zuerkannt werden müsse. Gegen dieses, aus Art 6 Abs 5 GG folgende Gebot habe er aber hinsichtlich einer Gruppe unehelicher Kinder durch die Regelung in § 1934c BGB verstoßen.⁸¹

Gemäß § 1600n Abs 2 BGB könne die Vaterschaftsfeststellung auf Antrag des Kindes noch nach dem Tod des Putativvaters erfolgen. Dabei habe die Feststellung rückwirkende Kraft. Sobald die Vaterschaft feststehe („ mit Wirkung für und gegen alle“; § 1600 a Satz 1 BGB), sei der Status des unehelichen Kindes von seiner Geburt an verbindlich geklärt. Während das Gesetz die daraus folgenden Rechtswirkungen auf anderen Gebieten allgemein anerkannt habe, mache es davon - so das BVerfG - in § 1934 c BGB eine Ausnahme.⁸²

Weiters führte das Gericht aus, dass in der Literatur im Zusammenhang mit den Gesetzgebungsarbeiten am Nichteilichengesetz auf den strikten Charakter des Gebots voller materieller Gleichstellung (Gleichwertigkeit der

⁷⁹ BVerfG, 18.11.1986, NJW 1987, 1007.

⁸⁰ Art 6 Abs 5 GG bestimmt Folgendes: „Den unehelichen Kindern sind durch die Gesetzgebung die gleichen Bedingungen für ihre leibliche und seelische Entwicklung und ihre Stellung in der Gesellschaft zu schaffen wie den ehelichen Kindern.“

⁸¹ BVerfG, 18.11.1986, NJW 1987, 1007.

⁸² BVerfG, 18.11.1986, NJW 1987, 1007.

Rechtsstellung) des unehelichen Kindes mit dem ehelichen hingewiesen worden sei.⁸³ Der BGH habe in seiner Stellungnahme die Auswirkungen des § 1934 c BGB erläutert und festgestellt, dass diese Bestimmung zahlreiche uneheliche Kinder von der Beteiligung am Nachlass des Vaters und dessen Verwandten ausschließe. Ähnliche Einschränkungen bei der Erbfolge ehelicher Kinder sehe das BGB nicht vor. So gelte gemäß § 1600 Abs 2 BGB das während der zweiten Ehe seiner Mutter geborene Kind bei erfolgreicher Ehelichkeitsanfechtung des zweiten Ehemannes als eheliches Kind des ersten Mannes. Danach könne es selbst dann Erbe des ersten Mannes werden, wenn dieser bereits lange Zeit verstorben ist. Noch entscheidender war nach Auffassung des BVerfG die Schlechterstellung der scheinehelichen Kinder, die ihre Ehelichkeit gemäß § 1598 BGB möglicherweise zuerst anfechten mussten und erst danach ein Verfahren auf Vaterschaftsfeststellung nach § 1600n BGB einleiten konnten. Hinzu komme der Zeitdruck, unter den § 1934 c Abs 1 Satz 2 BGB die Beteiligten setze.⁸⁴ Während also das Erbrecht des unehelichen Kindes erheblich beschränkt sei, wären im umgekehrten Fall der Vater und dessen Verwandte nach dem Kind uneingeschränkt erb- und teilweise sogar pflichtteilsberechtigt.⁸⁵

§ 1934 c BGB führte also nach Meinung des BVerfG zu einer Ungleichbehandlung ehelicher und unehelicher Kinder. Eine solche sei aber wegen Art 6 Abs 5 GG nur dann gerechtfertigt, wenn durch die Gleichstellung in andere, nicht weniger schutzwürdige Rechtspositionen eingegriffen würde. Die im Gesetzgebungsverfahren für die Rechtfertigung des § 1934 c BGB vorgebrachten Argumente⁸⁶ konnten nach Ansicht des BVerfG die verfassungsrechtlichen Bedenken nicht ausräumen. Dass der Erblasser

⁸³ *Lutter*, FamRZ 1967, 67f, führte in seinen Überlegungen aus, dass die Voraussetzungen und die Notwendigkeit einer Ungleichbehandlung überzeugend begründet und gerechtfertigt sein müssten. Eine aus der Ungleichbehandlung für das Kind folgende Benachteiligung müsse nach Möglichkeit anderweitig so ausgeglichen werden, dass materielle Gleichwertigkeit erreicht werde.

⁸⁴ Vgl auch die unter II.A.1.3.) dargelegten entsprechenden Überlegungen des VfGH anlässlich der Aufhebung des § 754 Abs 2 Satz 3 ABGB.

⁸⁵ BVerfG, 18.11.1986, NJW 1987, 1007.

⁸⁶ Bt-Drucks V/2370, 96ff.

womöglich nicht damit gerechnet habe, dass sein Nachlass erbrechtlichen Ansprüchen eines unehelichen Kindes ausgesetzt sei und aus diesem Grund auch keine letztwillige Verfügung errichtet habe, sei kein überzeugendes Argument: Selbst in dem Fall, dass die verfassungsrechtlich garantierte Testierfreiheit es im Hinblick auf Art 6 Abs 5 GG gebiete oder rechtfertige, diesem Gesichtspunkt Rechnung zu tragen und das uneheliche Kind entsprechend zu benachteiligen, dürfe diese Schlechterstellung nie weiter gehen als der Erblasser hätte gehen dürfen, wenn der Status des Kindes bereits festgestanden hätte und ihm bekannt gewesen wäre. Für das Kind hätte deshalb zumindest eine Nachlassbeteiligung in Höhe seines Pflichtteils erhalten bleiben müssen.⁸⁷

Auch das Argument, dass die Erben nach dem Tod des Erblassers in Beweisschwierigkeiten gerieten, erachtete das BVerfG als zu schwach. Der Beweiswert der Aussage der Mutter, die ihrem Kind am Nachlass des unehelichen Vaters unredlich eine Beteiligung verschaffen wolle, werde überschätzt.⁸⁸

Auch das dritte Argument, § 1934 c BGB solle verhindern, dass durch eine nachträgliche Vaterschaftsfeststellung die Nachlassregelung mit unzumutbaren Ungewissheiten belastet werde, überzeugte das BVerfG nicht. Diese Unsicherheit unterscheide sich, soweit es sich um reine Zahlungsansprüche des unehelichen Kindes handle, nicht wesentlich von jener bei anderen Nachlassverbindlichkeiten, die erst nach langer Zeit geklärt werden.⁸⁹

Aufgrund der vorstehenden Überlegungen hat das BVerfG § 1934 c BGB aufgehoben.⁹⁰ Es sei mit Art 6 Abs 5 GG unvereinbar, dass einem

⁸⁷ BVerfG, 18.11.1986, NJW 1987, 1007f.

⁸⁸ BVerfG, 18.11.1986, NJW 1987, 1008; im Ergebnis abw *Brüggemann*, in: FS Beitzke, 379, der bei Abwägung mit Art 6 Abs 1 GG dem Gesetzgeber einen größeren Gestaltungsspielraum zugesteht.

⁸⁹ BVerfG, 18.11.1986, NJW 1987, 1008; vgl auch den Vorlagebeschluss des OLG Düsseldorf, NJW 1985, 2836f.

⁹⁰ Der Ausspruch der Nichtigkeit der gesamten Norm ergibt sich daraus, dass der übrige Regelungsgehalt des § 1934 c BGB auf dessen erstem Satz beruhte, sodass Nichtigkeit der

nichtehelichen Kind ein gesetzliches Erbrecht oder ein Erbersatzanspruch nach seinem Vater nur zusteht, wenn bei dessen Tod die Vaterschaft anerkannt, rechtskräftig festgestellt oder das gerichtliche Verfahren zur Vaterschaftsfeststellung anhängig war.⁹¹

Das Erbrecht des nichtehelichen Kindes ist seit dieser Entscheidung von den Einschränkungen des § 1934c BGB befreit (Näheres dazu gleich unter II.A.2.4.).

An dieser Stelle möchte ich noch auf eine weitere, in diesem Zusammenhang mE wesentliche verfassungsrechtliche Regelung hinweisen, nämlich auf Art 14 Abs 1 Satz 1 GG, der Folgendes bestimmt: „*Das Eigentum und das Erbrecht werden gewährleistet.*“ Durch diese Bestimmung wird das Erbrecht als Rechtsinstitut und als Individualrecht gewährleistet. Art 14 Abs 1 Satz 1 GG garantiert also die aus dem Erbrecht im objektiven Sinn resultierenden subjektiven Rechte. Das gilt zwar vor allem für das Recht des Erblassers, sein Vermögen zu vererben, doch umfasst diese Erbrechtsgarantie auch das Recht des Erben, das Vermögen des Erblassers kraft Erbfolge zu erwerben.⁹² Ob es mit dem Prinzip des Familienerbrechts als Teil der Erbrechtsgarantie vereinbar ist, jenen Personen, die von der Rechtsordnung als **Kinder** des Erblassers anerkannt werden, in bestimmten (verschuldensunabhängigen) Fällen ein gesetzliches Erb- (und Pflichtteilsrecht) zu versagen, erscheint zweifelhaft, sodass § 1934 c BGB auch unter diesem Gesichtspunkt problematisch war.⁹³

2.4.) Rechtslage nach der Entscheidung des BVerfG

Die im Folgenden dargestellte Gesetzeslage entspricht zwar in weiten Teilen der bis heute geltenden. Doch gab es in Deutschland in den Jahren 1997 und

gesamten Regelung die Folge war (*Hohloch*, Anmerkung zu BVerfG 1 BvR 1365/84, JuS 1987, 570).

⁹¹ BVerfG, 18.11.1986, NJW 1987, 1008.

⁹² *Leipold* in Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch IX (2004), Einleitung, Rz 20.

⁹³ *Leipold* in MünchKomm IX, Einleitung, Rz 29.

1998 zwei, für die vorliegende Arbeit wesentliche Reformen, sodass die aktuelle Rechtslage unter II.C.) gesondert behandelt und an dieser Stelle lediglich die Rechtslage dargestellt wird, die sich unmittelbar aus der Aufhebung des § 1934c BGB ergaben hatte.

2.4.1.) Konsequenzen der Nichtigerklärung

Aufgrund der Nichtigerklärung des § 1934 c BGB durch das BVerfG hatte eine wirksame Feststellung der nichtehelichen Vaterschaft jedenfalls erbrechtliche Wirkungen auch dann, wenn sie erst nach dem Tod des nichtehelichen Vaters bzw eines seiner Verwandten erfolgt war. Dies auch in dem Fall, dass das nichteheliche Kind beim Tod des Vaters noch als eheliches Kind aus einer Ehe der Mutter mit einem anderen Mann gegolten hat, erst dann die Ehelichkeit erfolgreich angefochten und die nichteheliche Abstammung festgestellt wurde.⁹⁴

Trotz der Nichtigerklärung des § 1934 c BGB blieb es aber dabei, dass das Erbrecht eines nichtehelichen Kindes immer erst dann geltend gemacht werden konnte, wenn die uneheliche Vaterschaft gem § 1600 a BGB durch Anerkennung oder gerichtliche Entscheidung (beides mit Wirkung für und gegen alle) festgestellt worden war.⁹⁵ Die Feststellung der nichtehelichen Vaterschaft führte dazu, dass die Vaterschaft ab dem Zeitpunkt der Kindesgeburt feststand.⁹⁶

§ 1934 c BGB war auch auf Erbfälle, die sich vor Nichtigerklärung dieser Bestimmung ereignet hatten, nicht mehr anzuwenden. Das bedeutet, dass eine nachträgliche Vaterschaftsfeststellung auch für solche Fälle die vollen erbrechtlichen Konsequenzen hatte. Das uneheliche Kind konnte also für zurückliegende Erbfälle sein gesetzliches Erbrecht geltend machen.⁹⁷ Lag

⁹⁴ Die anders lautende Entscheidung des OLG Hamm, NJW 1985, 442, wurde durch BVerfGE 73,33 aufgehoben.

⁹⁵ Vgl § 1600a Satz 2 BGB.

⁹⁶ *Leipold* in Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch VI² (1989) § 1934 c Rz 1f.

⁹⁷ Insbesondere konnte ein übergangenes uneheliches Kind nach § 2079 BGB ein Testament seines Vaters anfechten (*Werner* in *Staudinger* (Hrsg), Kommentar zum Bürgerlichen

allerdings über das Erbrecht des nichtehelichen Kindes bereits eine rechtskräftige Entscheidung vor, blieb diese bestehen (§ 79 Abs 2 iVm § 95 Abs 3 Satz 2 und 3 BVerfGG).⁹⁸

2.4.2.) Das Erbrecht nach dem nichtehelichen Vater

Das nichteheliche Kind (bzw dessen Abkömmlinge) war somit gesetzlicher Erbe nach dem Vater, wenn die Vaterschaft zum Zeitpunkt des Erbfalls anerkannt oder rechtskräftig festgestellt worden war. Nach dem Tod des Vaters genügte jedenfalls die rechtskräftige Feststellung der nichtehelichen Vaterschaft um die erbrechtlichen Wirkungen der Abstammung herbeizuführen. Eine anhängige Feststellungsklage wurde durch den Tod des angeblichen Vaters kraft Gesetzes (§§ 619, 640 Abs 1 dZPO) erledigt. Als Voraussetzung für das Erbrecht des nichtehelichen Kindes musste aber die Vaterschaft noch festgestellt werden (vgl § 1600 a Satz 2 BGB). Aus diesem Grund musste das Kind nach dem Tod des nichtehelichen Vaters die Vaterschaftsfeststellung gem § 1600 n Abs 2 BGB iVm § 55b FG beim Vormundschaftsgericht beantragen. Dies auch dann, wenn beim Tod des angeblichen Vaters noch keine Feststellungsklage anhängig war. Das Gesetz sah für diesen Antrag keine Frist vor.⁹⁹

Das bedeutet, dass die erfolgreiche Durchführung des Verfahrens auf Vaterschaftsfeststellung prinzipiell ohne zeitliche Begrenzung rückwirkend erbrechtliche Ansprüche des nichtehelichen Kindes gegen den väterlichen Nachlass begründete.¹⁰⁰ Die Erben konnten die Frist auch nicht durch ein

Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Fünftes Buch. Erbrecht, Einleitung; §§ 1922-1966 (1999) § 1934c Rz 4).

⁹⁸ Dies galt nicht, wenn Entscheidungen lediglich im Erbscheinsverfahren ergingen, da diese nicht in materielle Rechtskraft erwachsen (*Leipold* in MünchKomm VI² § 1934 c Rz 3; *Werner* in *Staudinger*, BGB- Kommentar § 1934c Rz 4).

⁹⁹ *Leipold* in MünchKomm VI² § 1934 c Rz 8.

¹⁰⁰ *Werner* in *Staudinger*, BGB- Kommentar § 1934c Rz 3; *Leipold* in MünchKomm VI² § 1934 c Rz 8; aA *Stöcker*, Nichtigkeit des § 1934 c BGB- Auswirkungen im Höferecht, AgrarR 1987, 149, der wegen § 1600 a Satz 2 BGB die Rückwirkung der Vaterschaftsfeststellung verneint. Diese Bestimmung hemmte allerdings nur die Geltendmachung der Rechtswirkungen einer Vaterschaftsfeststellung, ohne deren Entstehen zu verhindern; es wurde nur die

negatives Feststellungsurteil betrifft Erbrecht bzw Erbersatzanspruch des nichtehelichen Kindes verkürzen, da die Feststellung der Vaterschaft des Erblassers von der Rechtskraft eines derartigen Urteils nicht gedeckt gewesen wäre. Der Gesetzgeber hatte diese Konsequenz bewusst hingenommen.¹⁰¹

2.4.3.) Erbrecht beim Tod eines väterlichen Verwandten

Das nichteheliche Kind (oder seine Abkömmlinge) war(en) beim Tod eines Verwandten des Vaters als gesetzlicher Erbe oder Erbersatzberechtigter berufen, wenn die nichteheliche Vaterschaft beim Erbfall anerkannt oder rechtskräftig festgestellt worden war.¹⁰²

Nach den §§ 1924 Abs 2, 1925 Abs 2, 1926 Abs 2 und 1928 Abs 2, 3 BGB wurde ein Kind von der Erbfolge beim Tod väterlicher Verwandter durch den Vater ausgeschlossen. Aus diesem Grund konnte ein Kind beim Tod väterlicher Verwandter nur dann dinglich erben (oder einen Erbersatzanspruch haben), wenn der Vater vorverstorben war oder aus anderen Gründen nicht zur Erbschaft gelangte. Daher war der Tod des nichtehelichen Vaters eine wesentliche Voraussetzung für das Erbrecht des nichtehelichen Kindes nach väterlichen Verwandten. Soweit beim Tod eines Verwandten des Vaters noch kein Anerkenntnis oder gerichtliche Vaterschaftsfeststellung erfolgt war, konnte das nichteheliche Kind eine erbrechtsbegründende Vaterschaftsfeststellung iSd § 1600 n Abs 2 BGB ohne zeitliche Begrenzung herbeiführen.¹⁰³

Rechtsausübung verhindert (*Brüggemann*, in: FS Beitzke, 379; *Leipold* in MünchKomm VI² § 1934 c Rz 4).

¹⁰¹ *Leipold* in MünchKomm VI² § 1934 c Rz 8; *Werner* in *Staudinger*, BGB- Kommentar § 1934c Rz 5.

¹⁰² *Leipold* in MünchKomm VI² § 1934 c Rz 10; *Werner* in *Staudinger*, BGB- Kommentar § 1934c Rz 7.

¹⁰³ *Werner* in *Staudinger*, BGB- Kommentar § 1934c Rz 8; *Leipold* in MünchKomm VI² § 1934 c Rz 10.

2.4.4.) Erbrecht beim Tod des nichtehelichen Kindes

Das gesetzliche Erbrecht (oder der Erbersatzanspruch) des nichtehelichen Vaters oder eines seiner Verwandten konnten auch beim Tod des Kindes nach § 1600 a Satz 2 BGB erst geltend gemacht werden, wenn die Vaterschaft anerkannt oder rechtskräftig festgestellt worden war. Die Anerkennung oder Feststellung konnte dem Erbfall nachfolgen. Der Gesetzgeber hatte diese Regelung bewusst getroffen, da nach dem Tod des nichtehelichen Kindes gem § 1600 n Abs 2 BGB iVm § 55b FGG nur dessen Mutter die Vaterschaftsfeststellung beantragen konnte, sodass es in ihrer Hand lag, den Erbersatzanspruch des Vaters zu ermöglichen, den sie als gesetzliche Alleinerbin bzw im Verhältnis zum Ehegatten des nichtehelichen Kindes gem §§ 1934b Abs 2 Satz 1, 2320 Abs 1 BGB allein zu tragen hatte.¹⁰⁴

2.4.5.) Pflichtteilsansprüche

Vor wirksamer Feststellung der nichtehelichen Vaterschaft konnten weder das uneheliche Kind noch dessen Vater Pflichtteilsansprüche geltend machen.¹⁰⁵

¹⁰⁴ *Leipold* in MünchKomm VI² § 1934 c Rz 10; *Werner* in *Staudinger*, BGB- Kommentar § 1934c Rz 9.

¹⁰⁵ *Leipold* in MünchKomm VI² § 1934 c Rz 10; *Werner* in *Staudinger*, BGB- Kommentar § 1934c Rz 12.

B.) Die Rechtslage in Österreich nach § 730 Abs 2 ABGB (eingeführt durch das ErbRÄG 1989¹⁰⁶)

Der nächste Schritt zur erbrechtlichen Gleichstellung ehelicher und unehelicher Kinder wurde in Österreich durch das ErbRÄG 1989 vollzogen.

Die für die vorliegende Arbeit maßgebliche Bestimmung der Erbrechtsreform 1989 ist § 730 Abs 2 ABGB. Diese Regelung wurde gewissermaßen als Ausgleich für die Aufhebung des § 754 ABGB durch die betreffende Reform in das Gesetz eingeführt und stellte somit dessen Nachfolgebestimmung dar (genauer unter II.B. 3.).

1.) Vorbemerkungen

Während in der BRD die erbrechtliche Gleichstellung ehelicher und unehelicher Kinder bis 1998¹⁰⁷ auf sich warten ließ, wurde diese in Österreich (angeblich) bereits 1989 mit dem Erbrechtgleichstellungsgesetz vollzogen. Dieses Gesetz wurde am 13.12.1989 im Nationalrat beschlossen und ist am 1.1.1991 in Kraft getreten; somit hatte ein schon längere Zeit geplantes Gesetzgebungsvorhaben seinen (vorläufigen) Abschluss gefunden¹⁰⁸ und das uneheliche Kind wurde dem ehelichen erbrechtlich gleichgestellt.¹⁰⁹

¹⁰⁶ BG vom 13.12.1989 über die „Gleichstellung des unehelichen Kindes im Erbrecht und die Sicherung der Ehewohnung für den überlebenden Ehegatten (Erbrechtsänderungsgesetz 1989), BGBl 656/1989.

¹⁰⁷ Zum „Gesetz zur erbrechtlichen Gleichstellung nichtehelicher Kinder v. 16.12.1997, BGBl I 2986 sowie zur geltenden deutschen Rechtslage vgl unter II.C.3).

¹⁰⁸ *Schauer*, RdW 1990, 70; (vgl bereits den Entwurf des BMJ vom 14.6.1988, 6.003/13-I 1/88 und dazu *Schauer*, Zum Ministerialentwurf des Erbrechts des unehelichen Kindes und des Ehegatten, NZ 1988, 274 und *Mell*, Erbrechtsreform wozu? JBI 1988, 669).

¹⁰⁹ *Preslmayr*, Wirksamwerden des Vaterschaftsanerkenntnisses und neues Erbrecht, NZ 1990, 217; *Welser*, Die Erbrechtsreform 1989, NZ 1990, 137; *Schauer*, RdW 1990, 70; dazu kritisch *Tschugguel/Kleiß*, NZ 2001, 390ff.

Das Kernstück der Novelle war also die Beseitigung der unterschiedlichen Behandlung ehelicher und unehelicher Kinder, was aus den Materialien¹¹⁰ auch eindeutig hervorgeht. Im Gesetzestext war dies nur durch den ersatzlosen Wegfall der §§ 752 bis 756 ABGB und durch die Streichung der Worte „eheliche“ bzw „ehelichen“ in § 732 ABGB und § 751 ABGB erkennbar. Gegenüber der Mutter war das uneheliche Kind schon bisher erbberechtigt gewesen, sodass in diesem Punkt eine Änderung nicht notwendig war.¹¹¹

2.) Der familienrechtliche Ausgangspunkt

Wurde ein Kind während aufrechter Ehe seiner Mutter geboren, so wurde vermutet, dass es ehelich ist. Diese Vermutung beinhaltete die vor allem auch erbrechtlich relevante Vermutung, dass der Ehemann der Mutter der Vater ist, und konnte nur durch eine gerichtliche Entscheidung oder ein qualifiziertes Vaterschaftsanerkennntnis widerlegt werden.¹¹²

Vor dem KindRÄG 2001 erstreckte § 138 Abs 1 ABGB aF die Ehelichkeitsvermutung auch bei bereits aufgelöster Ehe bis zum Ablauf des 302. Tages nach Auflösung oder Nichtigerklärung. Aus diesem Grunde wurde auch bei (fristgerecht) nach Ehescheidung geborenen Kindern vermutet, dass der geschiedene Ehemann der Vater ist. Diese Vermutung erschien dem Gesetzgeber allerdings so lebensfremd, dass sie seit dem KindRÄG 2001 nur mehr bei der Auflösung der Ehe durch den Tod des Ehemannes gilt, wobei aber auch diese Frist um zwei Tage verkürzt wurde, da nach den Materialien¹¹³ 300 Tage als die längste mögliche Dauer einer Schwangerschaft angesehen

¹¹⁰ Vgl JAB 1158 BlgNR 17. GP 1ff; siehe auch *Schauer*, RdW 1990, 70f; *ders*, NZ 1988, 274; *Zankl*, Das neue Erbrecht im Überblick, JAP 1990/1991, 118f; *Adensamer*, Erbrechtsänderungsgesetz 1989, ÖA 1991, 6f; *Welser*, NZ 1990, 137; *Preslmayr*, NZ 1990, 217; *Ferrari-Hofmann-Wellenhof*, NZ 1991, 245.

¹¹¹ *Schauer*, RdW 1990, 70.

¹¹² *Spitzer*, Haftungsfalle (Un-) Ehelichkeitsvermutung, NZ 2004, 161.

¹¹³ ErläutRV 296 BlgNR 21. GP 61f.

werden¹¹⁴. Bei Geburt nach Nichtigerklärung, Aufhebung und Scheidung der Ehe wurde daher gem § 155 ABGB aF die Unehelichkeit vermutet. Für die „juristische Vaterschaft“ bedurfte es in diesem Fall zwingend einer Feststellung durch das Gericht, da § 155 ABGB ein Anerkenntnis nicht genügen ließ.¹¹⁵

3.) Die Regelung des § 730 Abs 2 ABGB

§ 730 Abs 2 ABGB lautete; „**Die Abstammung muss zu Lebzeiten des Erblassers und der die Verwandtschaft vermittelnden Personen feststehen oder zumindest gerichtlich geltend gemacht worden sein.**¹¹⁶ **Bei Ungeborenen genügt es, dass die Abstammung binnen Jahresfrist nach ihrer Geburt feststeht oder gerichtlich geltend gemacht worden ist**¹¹⁷.“

An das rechtzeitige Feststehen der Vaterschaft knüpften sich somit auch nach der Neuregelung des § 730 Abs 2 ABGB in Österreich weit reichende **erbrechtliche Folgen**, da nur jene Personen zum Kreis der gesetzlichen Erben

¹¹⁴ Die 300 Tage- Frist entspricht auch der geltenden österreichischen und deutschen Rechtslage.

¹¹⁵ *Spitzer*, NZ 2004, 161f.

¹¹⁶ Mit der gerichtlichen Geltendmachung waren alle gerichtlichen Schritte gemeint, die zur positiven Abstammungsfeststellung geführt haben (insb die Klage auf Feststellung der Vaterschaft nach § 164 c ABGB, die Wiederaufnahme des Vaterschaftsprozesses, die Abstammungsklage nach § 155 Satz 2 ABGB, die Klage auf Ehelichkeitsbestreitung (sofern damit die Vermutung der Abstammung vom früheren Ehemann wirksam wurde), oder die Rechtsunwirksamkeitserklärung des Anerkenntnisses durch das Gericht gem § 164 ABGB, jedoch nur deshalb, weil bereits eine Vaterschaft zu dem Kind festgestellt wurde. Der Tatbestand des § 730 Abs 2 ABGB war hingegen nicht erfüllt, wenn lediglich die Feststellung des Nichtbestehens einer bestimmten Abstammung geltend gemacht wurde (*Eccher* in *Schwimann*, ABGB III², § 730 Rz 16).

¹¹⁷ Die Frist des § 730 Abs 2 ABGB begann mit der Geburt des Kindes zu laufen, während die Frist des § 754 Abs 2 Satz 3 bereits mit dem Tod des unehelichen Vaters zu laufen begann. Insofern stellte § 730 Abs 2 ABGB zwar eine gewisse Verbesserung dar, doch wurde dadurch das Problem der Ungleichbehandlung zwischen ehelichen und unehelichen Kindern mE keineswegs gelöst (in diesem Sinn auch *Barfuß*, Österreichs Rechtstheorie und Rechtspraxis um die Jahrtausendwende- Symposium „Ius 2000“- Vorträge, 34).

gehörten, deren Abstammung noch zu Lebzeiten des Erblassers oder der die Verwandtschaft vermittelnden Personen feststand oder zumindest gerichtlich geltend gemacht worden war (§ 730 Abs 2 Satz 1 ABGB¹¹⁸).

Die Vaterschaftsklage war zwar auch noch nach dem Tod des Vaters statthaft¹¹⁹, doch blieb eine auf diese Weise erlangte Vaterschaftsfeststellung aufgrund der Anordnung des § 730 Abs 2 Satz 1 ABGB **erbrechtlich** bedeutungslos.¹²⁰ Wenn also der Vater starb, bevor die Vaterschaftsklage anhängig gemacht worden war, so war das Kind juristisch kein Kind des Erblassers und hatte damit kein gesetzliches Erb- und Pflichtteilsrecht. Das Kind konnte nach erfolgter Vaterschaftsfeststellung lediglich *Unterhaltsansprüche* gegen die Erben geltend machen (§ 142 ABGB).¹²¹

Wie schon mehrfach hervorgehoben war Hauptanliegen des ErbRÄG 1989 die Beseitigung der erbrechtlichen Diskriminierung unehelicher Kinder¹²², wobei in

¹¹⁸ Zur Frage, wann die Abstammung feststeht, führen die Materialien (JAB 1158 BlgNR 17. GP 3) aus, dass dies bei ehelicher Abstammung durch das Eingreifen der Ehelichkeitsvermutung (§ 138 ABGB) der Fall sei. Bei unehelicher Abstammung gegenüber der Mutter stehe die Abstammung wegen des Grundsatzes „mater semper certa est“ fest. Gegenüber dem unehelichen Vater müsse hingegen die Vaterschaft gemäß § 163 ABGB festgestellt sein, was mit Anerkenntnis oder Urteil geschehen könne (vgl § 163b ABGB; *Eccher* in *Schwimann*, ABGB III² § 730 Rz 12).

¹¹⁹ Gemäß § 164d ABGB aF konnten nämlich die Rechtshandlungen der §§ 163c bis 164c ABGB auch von den Rechtsnachfolgern der Erblassers oder gegen diese gesetzt werden.

¹²⁰ JAB 1158 BlgNR 17. GP 2f.

¹²¹ *Spitzer*, NZ 2004, 162.

¹²² Als Begründung für die Gleichstellung berufen sich die Materialien zum Einen auf das, von Österreich nicht ratifizierte Europäische Übereinkommen über die Rechtsstellung des unehelichen Kindes (BGBl 1980/313), dessen Art 9 die erbrechtliche Gleichstellung von ehelichen und unehelichen Kindern gegenüber dem Nachlass der Eltern und deren Familien vorsieht. Wegen der bis zum ErbRÄG 1989 abweichenden innerstaatlichen Rechtslage habe Österreich diesbezügliche einen Vorbehalt erklären müssen, welcher in Zukunft aufgegeben werden könne. Dies ist allerdings bis heute nicht geschehen (*Eccher* in *Schwimann* (Hrsg) Praxiskommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch III³ (2006) § 730 Rz 3). Als weiterer Grund für die Gleichstellung wurde im JAB 1158 BlgNR 17. GP 1f angegeben, dass die bisherige Regelung eine Verletzung der EMRK darstelle. In diesem Zusammenhang wurde auf die Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (Fall *Marckx* gegen Belgien und Fall *Inze* gegen Österreich; vgl bereits oben FN 49) hingewiesen, in denen der EGMR klargestellt hatte, dass die Förderung der ehelichen Familie und des Familienfriedens

Lehre und Rechtsprechung¹²³ zum damaligen Zeitpunkt allerdings teilweise Unsicherheit darüber bestand, ob eine solche überhaupt gegeben sei, da das gesetzliche Erbrecht schließlich nicht allein durch Blutsverwandtschaft begründet werde (siehe nur das Ehegattenerbrecht).¹²⁴ Wäre dies der Fall, so hätte es nach Auffassung *Weslers* wohl keine Zweifel darüber gegeben, dass das uneheliche Kind dem ehelichen gleichzustellen wäre. Das gesetzliche Erbrecht beruhe aber eben **nicht ausschließlich** auf der Blutsverwandtschaft, sondern auch auf der Gemeinschaft in der Familie, welche zwischen der Mutter und ihrem unehelichen Kind typisch sei, zwischen dem unehelichen Vater und dem Kind allerdings meist fehle. Dass sich das gesetzliche Erbrecht an der Blutsverwandtschaft und der Familiengemeinschaft orientiert, entspreche wohl dem Willen des durchschnittlichen Erblassers,¹²⁵ weshalb der OGH schon die Regelung des § 754 ABGB für sachlich gerechtfertigt gehalten habe¹²⁶.

zwar verdienstvoll, aber dennoch kein ausreichender Grund sei, den unehelichen Kinder Grundrechte vorzuenthalten. Der EGMR hat im Fall *Marckx* gegen Belgien festgestellt, dass das Erbrecht zwischen nahen Verwandten, vor allem zwischen Eltern und ihren Kindern und zwischen Großeltern und ihren Enkeln, ein Teil des durch Art 8 EMRK geschützten Familienlebens sei. Diese Bestimmung besage zwar nicht, dass Kinder Anspruch auf einen bestimmten Teil des Nachlasses haben müssten, doch könne eine unterschiedliche Behandlung ehelicher und nichtehelicher Kinder im Erbrecht Art 8 iVm Art 14 EMRK verletzen (EGMR 13.6.1979, EuGRZ 1979, 454ff); vgl auch *Schlemmer*, Europäische Menschenrechtskonvention und österreichisches Unehelichenrecht, ÖA 1979, 3ff.

In krassem Widerspruch zur Ansicht des EGMR steht die in FN 35 angesprochene Meinung des OGH, der § 754 Abs 2 ABGB idF ueKindG 1970 als weder konventions- noch gleichheitswidrig bezeichnet hatte. Das Höchstgericht hatte seine Ansicht damit begründet, dass sich Art 14 EMRK ausdrücklich auf den Genuss der in der EMRK festgelegten Rechte und Freiheiten beziehe. Nur diese seien ua ohne Rücksicht auf Geburt oder sonstigen Status gewährleistet. Zur Frage des Erbrechts sage aber die EMRK gar nichts aus. Und auch das erste Zusatzprotokoll zur EMRK enthalte in Art 1 nur die Bestimmung, dass jede natürliche Person ein Recht auf Achtung ihres Eigentums hat. Damit seien Bestimmungen, die das Erbrecht im Hinblick auf die eheliche und uneheliche Geburt verschieden regeln, nicht ausgeschlossen.

¹²³ OGH 29.3.1989, JBI 1989, 444.

¹²⁴ *Wesler* in *Rummel* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch I³ (2000) § 730 Rz 2.

¹²⁵ *Wesler*, NZ 1990, 138.

¹²⁶ s bereits oben FN 35 und 122.

Nach dem bisher Gesagten ist festzuhalten, dass es trotz des frommen Wunsches der erbrechtlichen Gleichstellung ehelicher und unehelicher Kinder auch nach dem ErbRÄG 1989 dabei geblieben war, dass das Erbrecht die Feststellung der unehelichen Vaterschaft zu Lebzeiten des Vaters voraussetzte.

Zur Erinnerung: Die Vaterschaft musste zu Lebzeiten des Vaters und der die Verwandtschaft vermittelnden Person feststehen¹²⁷ oder zumindest „gerichtlich geltend gemacht worden sein“ (§ 730 Abs 2 ABGB).¹²⁸

Der hinter dieser Bestimmung stehende Gedanke war die Vermeidung komplizierter Ermittlungen über ein, das gesetzliche Erbrecht vermittelndes Verwandtschaftsverhältnis nach dem Tod des Erblassers. In den Materialien wurde dies damit begründet, dass die erforderlichen naturwissenschaftlichen Beweise dann idR nicht mehr zur Verfügung stünden und dass missbräuchliche

¹²⁷ Die Abstammung des ehelichen Kindes stand schon aufgrund der Ehelichkeitsvermutung des § 138 ABGB fest. Das uneheliche Kind konnte hingegen nur dann gesetzlicher Erbe zum Nachlass des Vaters werden, wenn vor dem Tod des Vaters die Vaterschaft anerkannt oder gerichtlich festgestellt (die Vaterschaftsklage vor dem Tod anhängig gemacht) worden war. In Bezug auf den Nachlass des Großvaters müsse nA *Adensamers* sowohl die Abstammung des Vaters vom Großvater als auch die Abstammung des Enkels vom vorverstorbenen Vater vor dem Tod des Vaters festgestellt worden sein (*Adensamer*, Erbrechtsänderungsgesetz 1989, ÖA 1991, 7). Anderer und richtiger Auffassung ist *Eccher*, welche die Meinung vertritt, dass es genüge, wenn die Abstammung zu Lebzeiten jener Person feststeht, von der sie behauptet wird. Es ergebe keinen Sinn, zu verlangen, dass im Zeitpunkt des Feststehens auch noch alle anderen Personen am Leben sind, die die Verwandtschaft zwischen Erblasser und Erben vermitteln. § 730 Abs 2 ABGB sei also so zu verstehen, dass die Verwandtschaft zwischen Erblasser und Erben feststehen müsse, was dann der Fall sei, wenn die, die Verwandtschaftskette jeweils bildenden Abstammungen im einzelnen zu einem Zeitpunkt feststanden oder geltend gemacht worden sind, als der in Frage stehende Elternteil noch lebte (*Eccher* in *Schwimmann*, ABGB III² § 730 Rz 9f).

¹²⁸ Nach dem Wortlaut des Gesetzes mussten also die relevanten Rechtshandlungen noch zu Lebzeiten des Erblassers vorgenommen worden sein. Dies hatte ua zu Zweifelsfragen geführt, wenn der Vater nach der Erklärung des Anerkenntnisses, aber vor dessen Zugang beim Standesbeamten verstirbt. Die hA hielt wohl das Anerkenntnis in diesem Fall unter Berufung auf § 163c Abs 1 Satz 2 ABGB für noch rechtzeitig. Das Vaterschaftsanerkenntnis werde mit dem Zeitpunkt der Abgabe der Erklärung in inländischer öffentlicher oder öffentlich beglaubigter Urkunde rückwirkend wirksam, sofern sie dem Standesbeamten zukommt (vgl *Preslmayr*, NZ 1990, 217; zust *Eccher* in *Schwimmann*, ABGB III² § 730 Rz 14).

Abstammungsklagen, die bewusst erst nach dem Tod des Erblassers eingebracht werden, vermieden werden sollten.¹²⁹

Das Gesetz machte allerdings vom Erfordernis der Feststellung zu Lebzeiten des Erblassers eine Ausnahme zugunsten Ungeborener. Bei diesen genügte es, wenn die Feststellung der Abstammung oder die Einleitung eines darauf gerichteten Verfahrens innerhalb eines Jahres nach der Geburt erfolgte (§ 730 Abs 2 Satz 2 ABGB)¹³⁰. Die Rechtsprechung¹³¹ wandte – im Anschluss an *Schauer*¹³² - diese Privilegierung Ungeborener analog auch auf jene Kinder an, die beim Tod des Erblassers bereits geboren waren, wenn sie binnen Jahresfrist nach der Geburt die notwendigen Schritte zur Vaterschaftsfeststellung eingeleitet hatten. *Schauer* vertrat die Ansicht, dass der Grund dafür, weshalb der Gesetzgeber Ungeborenen entgegenkomme, darin liege, dass dem Ungeborenen keine Nachteile daraus entstehen sollten, dass er **aus rechtlichen Gründen** (nämlich aufgrund seiner fehlenden Existenz) gar keine Möglichkeit gehabt hatte, sich zu Lebzeiten des Erblassers um eine Abstammung zu bemühen. Dagegen sei keine Rücksicht darauf genommen worden, dass es bereits geborenen Personen wegen der geringeren Zeitspanne zwischen ihrer Geburt und dem Tod des Erblassers aus **tatsächlichen** Gründen unmöglich oder unzumutbar sein könnte, noch rechtzeitig die in § 730 Abs 2 ABGB gestellten Anforderungen zu erfüllen. Es könne nicht angenommen werden, dass diese Personengruppe bewusst schlechter behandelt werden sollte, da ansonsten Zufallsergebnisse vorprogrammiert seien (wenn der Erblasser etwa kurz vor der Geburt des Kindes sterben würde, stünden dem Kind die Möglichkeiten des § 730 Abs 2 ABGB offen, während es vom gesetzlichen Erbrecht ausgeschlossen wäre,

¹²⁹ JAB 1158 BlgNR 17. GP 2; zust *Welser*, NZ 1990, 138 und die möglichen Probleme durchaus sehend *Umlauf*, Das Kind im österreichischen Erbrecht (incl Anerbenrecht), ÖA 1992, 104; vgl auch VfGH, JBI 1991, 712.

¹³⁰ Die Materialien, JAB 1158 BlgNR 17. GP 3f, begründeten diese Besserstellung Ungeborener damit, dass auch § 778 ABGB ungeborene Kinder besonders schütze, indem er ein Testament, das den Ungeborenen nicht berücksichtige, außer Kraft setze. Wenn der nach dem Tod des Erblassers Geborene nicht die Möglichkeit hätte, die Abstammung mit Wirkung für das Erbrecht geltend zu machen, wäre ein Wertungswiderspruch zu § 778 ABGB gegeben. Das Testament wäre zwar außer Kraft gesetzt, doch das Kind käme dennoch nicht zum Zuge.

¹³¹ OGH 21.10.1994, 5 Ob 553/94, JBI 1995, 319.

¹³² *Schauer*, Zum Anwendungsbereich des § 730 Abs 2 ABGB, NZ 1993, 73ff.

wenn der Erblasser wenige Tage nach der Geburt sterben würde). Aufgrund dieser Überlegungen war *Schauer* der Meinung, dass die oben angesprochene Konstellation vom Gesetzgeber übersehen worden sei, sodass eine durch Analogie zu schließende Lücke feststehe. Dafür biete sich die Ungeborenenregel des § 730 Abs 2 Satz 2 an, was zur Folge habe, dass diese Bestimmung folgendermaßen zu lesen sei: „Bei Ungeborenen **und Geborenen** genügt es, dass die Abstammung binnen Jahresfrist nach ihrer Geburt feststeht oder gerichtlich geltend gemacht wird.“ Oder: „**Es genügt in jedem Fall**, dass die Abstammung binnen Jahresfrist nach der Geburt des Erbansprechers feststeht oder gerichtlich geltend gemacht wird.“¹³³

Auch gegen § 730 Abs 2 ABGB wurden in der Lehre, wie zuvor gegen § 754 Abs 2 Satz 3 ABGB, verfassungsrechtliche Bedenken im Hinblick auf das Gleichheitsgebot vorgebracht.¹³⁴ Zur Erinnerung: Der VfGH¹³⁵ hatte schon anlässlich der Prüfung des § 754 Abs 2 ABGB ausgesprochen, dass eine Bestimmung, nach der volljährigen unehelichen Kindern ein gesetzliches Erbrecht nach ihrem Vater nur zustehe, wenn ihre Vaterschaft noch vor dem Tod des Vaters festgestellt worden sei, selbst wenn zB der medizinische Beweis der Vaterschaft bereits vorliege, verfassungswidrig sei. In diesem Urteil hatte der VfGH auch festgestellt, dass die in § 754 Abs 2 ABGB vorgesehene Jahresfrist für die Erhebung der Klage auf Vaterschaftsfeststellung durch minderjährige Erbanwärter verfassungswidrig sei.

Das Argument, dass diese, auch in § 730 Abs 2 ABGB enthaltene Jahresfrist eine beachtliche Gruppe von Minderjährigen praktisch vom Erbrecht ausschließt, gilt nach richtiger Auffassung *Eccher* in gleichem Maße für Ungeborene, woran auch die rechtliche Möglichkeit eines vorgeburtlichen Anerkennnisses nichts ändern kann.¹³⁶

¹³³ *Schauer*, NZ 1993, 74f; dieselbe Auffassung vertritt *Paliege*, Neues im österreichischen Erbrecht, ZfRV 1991, FN 50.

¹³⁴ *Welser*, NZ 1990, 138ff; *Tschugguel/Kleiß*, NZ 2001, 390ff; *Eccher* in *Schwimann*, ABGB III² § 730 Rz 19.

¹³⁵ VfGH, JBI 1991, 712.

¹³⁶ *Eccher* in *Schwimann*, ABGB III² §730 Rz 19.

3.1.) Verfassungsrechtliche Probleme des § 730 Abs 2 ABGB

Im Hinblick auf den Gleichheitssatz ergaben sich auch nach § 730 Abs 2 ABGB erhebliche Bedenken, gerade bei einem Vergleich mit dem oben unter Punkt II.A.1.3.) dargestellten Erkenntnis des VfGH, mit welchem dieser die Vorläuferbestimmung des § 730 Abs 2 ABGB (§ 754 Abs 2 Satz 3 ABGB idF ueKindG 1970) für verfassungswidrig erklärt hatte. Bei einem näheren Vergleich dieser beiden Bestimmungen kommt die Verfasserin zu dem Ergebnis, dass sich die Erwägungen des VfGH zu § 754 Abs 2 Satz 3 ABGB auch auf die Bestimmung des § 730 Abs 2 letzter Satz ABGB münzen lassen: Bei wörtlicher Anwendung des § 730 Abs 2 ABGB blieb es nämlich dabei, dass generelle Gruppen von Kindern vom Erbrecht nach ihrem Vater weiterhin ausgeschlossen waren. Es handelte sich dabei sowohl um uneheliche Kinder, bei denen die Vaterschaftsfeststellung zu spät kam, als auch um eheliche, die von der Ehelichkeitsvermutung des § 138 ABGB nicht erfasst wurden und nicht rechtzeitig eine Vaterschaftsfeststellung erwirken konnten.¹³⁷ Aus diesem Grund kommt die Verfasserin in Übereinstimmung mit *Tschugguel/Kleiß* zu dem Ergebnis, dass § 730 Abs 2 letzter Satz ABGB gegen das verfassungsgesetzlich gewährleistete Gleichheitsgebot verstoßen hatte.¹³⁸

Dies soll anhand zweier Fälle verdeutlicht werden:

Fall 1)

Zur Verlassenschaft des verstorbenen V haben sowohl die Witwe und zwei eheliche Kinder als auch das kurz vor dem Tod des V geborene uneheliche Kind K aufgrund des Gesetzes die bedingte Erberklärung abgegeben. Wenige Wochen nach der Geburt des K, und somit innerhalb der Jahresfrist des § 730 Abs 2 ABGB, wurde auch tatsächlich mit rechtskräftigem Urteil, die uneheliche Abstammung des K von V festgestellt. Da aber K noch vor dem Tod des V geboren wurde, käme K bei wörtlicher Anwendung des § 730 Abs 2 ABGB kein

¹³⁷ *Tschugguel/Kleiß*, NZ 2001, 392.

¹³⁸ Der zweite Absatz des § 730 ABGB wurde (spät aber doch) durch das FamErbRÄG 2004 aufgehoben; Näheres unter II.D.).

Erbrecht nach V zu, da nach dieser Bestimmung die Feststellung der Abstammung nach dem Tod des Erblassers nur bei Ungeborenen genügt.¹³⁹

Fall 2)

Frau A und Herr B schließen eine Ehe, die nach einiger Zeit wieder geschieden wird. Innerhalb von 302 Tagen nach der Scheidung wird das Kind K geboren, das gemäß § 138 ABGB als eheliches Kind des B gilt. A weiß, dass nicht B sondern V, den sie auch in der Folge heiratet, der Vater des Kindes ist und auch V ist von seiner Vaterschaft zu K überzeugt. Keiner der Beteiligten setzt allerdings rechtliche Schritte, um diese Frage zu klären. V stirbt schließlich Jahre nach der Geburt des K und nach dem In-Kraft-Treten des ErbRÄG 1989, allerdings ohne eine letztwillige Verfügung zu hinterlassen, sodass die gesetzliche Erbfolge eintritt. V hinterlässt neben der Witwe auch ein uneheliches Kind, zu dem er die Vaterschaft anerkannt hat. B bestreitet in der Folge erfolgreich die Ehelichkeit von K, welches seinerseits die Verlassenschaft des V erfolgreich auf Vaterschaftsfeststellung klagt. Somit ist klar, dass es sich bei K seit der Eheschließung von A und V um ein eheliches Kind des V handelt. Wendet man in diesem Fall § 730 Abs 2 ABGB wörtlich an, so käme K nach V kein Erbrecht zu, da die Ehelichkeitsvermutung des § 138 ABGB nicht greift und die Vaterschaftsfeststellung nicht rechtzeitig erfolgt ist. In diesem Fall ergibt sich auch noch das zusätzliche Problem, dass die Feststellung der Vaterschaft innerhalb der Jahresfrist des § 730 Abs 2 letzter Satz ABGB überhaupt ausscheidet, da K jedenfalls bis zum Tod des V der Meinung ist, von B abzustammen (wofür insbesondere die Ehelichkeitsvermutung des § 138 ABGB spricht). Aus diesem Grund kommt für K eine Vaterschaftsfeststellung zu Lebzeiten des V, und damit innerhalb eines Jahres nach seiner Geburt gar nicht in Frage.¹⁴⁰

¹³⁹ *Tschugguel/Kleiß*, NZ 2001, 390.

¹⁴⁰ *Tschugguel/Kleiß*, NZ 2001, 390.

3.2.) Materielle Probleme des § 730 Abs 2 ABGB

Unabhängig von den dargelegten verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die Bestimmung des § 730 Abs 2 ABGB ergaben sich auch materiellrechtliche Schwierigkeiten, wobei besonders die personelle Reichweite der in § 730 Abs 2 letzter Satz normierten Jahresfrist einer näheren Untersuchung bedarf.¹⁴¹

3.2.1.) Die personelle Reichweite des § 730 Abs 2 letzter Satz ABGB

3.2.1.1.) Ungleichbehandlung von bereits Geborenen und Ungeborenen¹⁴²

Der letzte Satz des § 730 Abs 2 ABGB besagte, dass es bei Ungeborenen genügt, dass die Abstammung innerhalb eines Jahres nach ihrer Geburt feststeht oder gerichtlich geltend gemacht wird. Für bereits Geborene bestand eine derartige Regelung nicht. Hätte man sich also an den bloßen Wortlaut des § 730 Abs 2 ABGB gehalten, so wäre man zu dem Ergebnis gelangt, dass Kinder (in erster Linie uneheliche¹⁴³), die wenige Tage vor dem Tod des Erblassers geboren wurden und, genau wie Ungeborene, keine Möglichkeit hatten, rechtzeitig die Feststellung der Vaterschaft zu erwirken, vom Erbrecht nach ihrem Vater ausgeschlossen gewesen wären¹⁴⁴. Dies auch dann, wenn der Vater bereit gewesen wäre, die Vaterschaft anzuerkennen.¹⁴⁵

Wie bereits unter Punkt II.B.3.) dargelegt, hatte *Schauer* dieses Problem erstmals näher unter die Lupe genommen und durch Analogie gelöst. Diesem

¹⁴¹ *Tschugguel/Kleiß*, NZ 2001, 392.

¹⁴² Vgl Fall 1).

¹⁴³ Da eheliche Kinder im Regelfall von der Ehelichkeitsvermutung des § 138 ABGB profitieren, stellt sich dieses Problem (von noch darzulegenden Ausnahmen abgesehen) für sie im Allgemeinen nicht.

¹⁴⁴ Dies würde zum Beispiel bedeuten, dass ein, einen Tag vor dem Tod des Erblassers geborenes Kind die Vaterschaftsfeststellung sofort erwirken hätte müssen, während ein nach dem Tod des Erblassers geborenes Kind, dafür ein Jahr Zeit gehabt hätte.

¹⁴⁵ *Tschugguel/Kleiß*, NZ 2001, 392.

Ergebnis *Schauers* hatte sich in der Folge richtiger Weise auch der OGH angeschlossen.¹⁴⁶

3.2.1.2.) Einbeziehung ehelicher Kinder in die Regelung des § 730 Abs 2 ABGB?

Die Regelung des § 730 Abs 2 ABGB wollte, bei zu Lebzeiten des Erblassers festgestellter Vaterschaft, dem jeweiligen Nachkommen ein Erbrecht verschaffen. In diesem Zusammenhang wurde vom Justizausschuss darauf hingewiesen, dass auf Grund der Ehelichkeitsvermutung des § 138 ABGB, die Abstammung beim ehelichen Kind außer Frage steht¹⁴⁷.

Nicht bedacht hatte der Gesetzgeber allerdings jene Fälle, in denen die Ehelichkeitsvermutung des § 138 ABGB nicht griff. Dies traf insbesondere auf den in Fall 2) dargestellten Sachverhalt zu. Zu denken war aber auch an jene Fälle, in denen die Eltern zunächst nur in einer Lebensgemeinschaft lebten und später heirateten, ohne dass allerdings die Vaterschaft jemals festgestellt worden war. Dies konnte zum Beispiel dann eintreten, wenn den im Ausland lebenden Lebensgefährten ein Kind geboren wurde, sie in der Folge heirateten, aber die Vaterschaftsfeststellung vor einer österreichischen Vertretungsbehörde aus Bequemlichkeit nicht veranlassten. In all diesen Fällen wäre eine fristgerechte Vaterschaftsfeststellung notwendig gewesen, damit dem Kind sein Erbrecht erhalten blieb. Bei einem Vergleich dieses Ergebnisses mit der vor In-Kraft-Treten des ErbRÄG 1989 geltenden Rechtslage - wo lediglich auf die eheliche Abstammung, unabhängig vom Zeitpunkt ihrer Feststellung abgestellt wurde - stellt sich heraus, dass die Regelung des § 730 Abs 2 ABGB die ehelichen Kinder in bestimmten Fällen schlechter gestellt hätte, wenn diese von

¹⁴⁶ OGH 21.10.1994, 5 Ob 553/94, JBI 1995, 319.

¹⁴⁷ JAB 1158 BlgNR 17. GP 1ff; es sei auch darauf hingewiesen, dass ab In-Kraft-Treten des KindRÄG 2001 die Ehelichkeitsvermutung nur mehr für die Kinder gilt, die nach der Eheschließung und vor Scheidung, Aufhebung oder Nichtigerklärung der Ehe der Mutter oder innerhalb von 300 Tagen nach dem Tod des Ehemannes der Mutter geboren werden.

der Bestimmung erfasst gewesen wären, da sie ihr Erbrecht verloren hätten¹⁴⁸. Eine solche Absicht des Gesetzgebers war allerdings nicht ersichtlich und stünde überdies in Widerspruch zu dem Grundsatz, dass einem ehelichen Kind, das weder erbunwürdig noch rechtmäßig enterbt ist, ein Erbrecht nach seinem Vater zukommen muss¹⁴⁹.

Bedenkt man darüber hinaus noch, dass das im JAB für die Einführung der Jahresfrist in § 730 Abs 2 ABGB angeführte Argument der Hintanhaltung von „Begehrensneurotikern“ auf eheliche Kinder nicht zutrifft, liegt auch mE der Schluss nahe, dass eheliche Kinder von der Bestimmung des § 730 Abs 2 ABGB nicht erfasst werden sollten¹⁵⁰.

Nichts desto trotz vertrat der OGH¹⁵¹ die gegenteilige Ansicht (dass nämlich eheliche Kinder von der Regelung des § 730 Abs 2 ABGB sehr wohl erfasst seien), wobei der Gerichtshof, ähnlich wie der Gesetzgeber, jene Fälle nicht berücksichtigt hatte, in denen die Vaterschaftsvermutung des § 138 ABGB nicht griff.

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass die Regelung des § 730 Abs 2 ABGB (insbesondere die dort vorgesehene Jahresfrist für die

¹⁴⁸ In Fall 2) hätte das eheliche Kind vor dem ErbRÄG 1989 ein gesetzliches Erbrecht im Umfang von zwei Dritteln des Nachlasses erhalten, während es nach dem In-Kraft-Treten des ErbRÄG 1989 mangels rechtzeitiger Vaterschaftsfeststellung leer ausgegangen wäre.

¹⁴⁹ *Tschugguel/Kleiß*, NZ 2001, 393.

¹⁵⁰ *Tschugguel/Kleiß*, NZ 2001, 393.

¹⁵¹ Der OGH hatte wiederholt die Meinung vertreten, dass der Gesetzgeber eine Lockerung des Erfordernisses der Vaterschaftsfeststellung nicht beabsichtigt hatte, und dass die Jahresfrist des § 730 Abs 2 ABGB unbedenklich sei (vgl exemplarisch OGH 25.8.1993, 1 Ob 539/93, JBl 1994, 172f; OGH 9.9.1997, 10 Ob 272/97s, NZ 1998, 180f); in diesem Zusammenhang ist allerdings darauf hinzuweisen, dass der OGH im Jahr 1991 in seinem Antrag zu dem von ihm eingeleiteten Gesetzesprüfungsverfahren (siehe bereits oben II.A.1.3.1.) durchaus noch die Meinung vertreten hatte, dass die als Rechtfertigung der Jahresfrist des § 754 Abs 2 Satz 3 ABGB genannten Beweisschwierigkeiten und die Gefahr der missbräuchlichen Geltendmachung der Vaterschaft beim damaligen Stand der Untersuchung von Blutmerkmalen, zu denen nach dem Tod des Erblassers auch seine Verwandten beitragen könnten, nicht den Ausschlag geben könnten, da diese Beweisschwierigkeiten auch dann bestünden, wenn die Vaterschaftsklage erst kurz vor oder innerhalb eines Jahres nach dem Tod des Vaters, eingebracht werde.

Vaterschaftsfeststellung) beträchtliche verfassungsrechtliche und materielle Probleme mit sich gebracht hat. Es blieb eine beträchtliche Zahl von Kindern vom gesetzlichen Erbrecht nach ihrem Vater ausgeschlossen, was auch von mancher Seite kritisch angemerkt wurde.¹⁵²

3.2.2.) Spannungsverhältnis zwischen § 730 Abs 2 und § 163 a ABGB

Der durch das KindRÄG 1989 neu formulierte § 163a ABGB gewährte der Mutter des unehelichen Kindes das Recht den Namen des Vaters nicht bekannt zu geben.¹⁵³ Diese Bestimmung brachte im Zusammenhang mit der Jahresfrist des § 730 Abs 2 ABGB erhebliche erbrechtliche Probleme für das uneheliche Kind mit sich. Da nämlich die Mutter das Recht hat, den Namen des Vaters nicht zu nennen¹⁵⁴, bestand für das Kind keine Möglichkeit, gegen den Willen seiner Mutter, innerhalb der Jahresfrist ab seiner Geburt, von seinem Vater Kenntnis zu erlangen. Somit waren die Vaterschaftsfeststellung und das davon abhängige Erbrecht des unehelichen Kindes ausgeschlossen.¹⁵⁵

3.3.) Kritische Betrachtung der Argumente des Gesetzgebers

Im Justizausschussbericht wurden im Wesentlichen zwei Gründe genannt, die für die Einführung der Jahresfrist des § 730 Abs 2 ABGB nach Ansicht des Gesetzgebers gesprochen hätten: Einerseits die Unmöglichkeit der Abstammungsfeststellung nach dem Tod des Erblassers und andererseits die Vermeidung von missbräuchlicher Geltendmachung erbrechtlicher Ansprüche. Beide Argumente sollen in der Folge genauer unter die Lupe genommen und bewertet werden.

¹⁵² *Eccher in Schwimann*, ABGB III² § 730 Rz 19, erscheint es fraglich, ob die Einjahresfrist einer Verfassungsmäßigkeitsprüfung standhalten würde. Dies vor allem im Hinblick auf das unter Punkt II.A.1.3.) bereits besprochene Erkenntnis des VfGH vom 28.2.1991.

¹⁵³ Dies entspricht auch der geltenden österreichischen Rechtslage.

¹⁵⁴ Näheres zum Schweigerecht der Mutter unter III.B.1.3.).

¹⁵⁵ *Tschugguel/Kleiß*, NZ 2001, 295.

3.3.1.) Unmöglichkeit der Abstammungsfeststellung nach dem Tod des Erblassers

Der Gesetzgebers vertrat im Jahr 1989- **im Gegensatz zu seiner Meinung anlässlich des ueKindG 1970**¹⁵⁶- die Auffassung, dass nach den damaligen naturwissenschaftlichen Methoden die Abstammungsfeststellung, nach dem Tod einer die Verwandtschaft vermittelnden Person, nicht mehr möglich sei, sodass das Erbrecht im Fall unehelicher Abstammung dann allein von der Beweiswürdigung über die Beiwohnung abhängt. Dadurch würden missbräuchlichen Abstammungsklagen gegen den ruhenden Nachlass Tür und Tor geöffnet.¹⁵⁷

Die Argumente des Gesetzgebers lassen sich jedenfalls unter Zugrundelegung der *heute* zur Verfügung stehenden naturwissenschaftlichen Methoden nicht mehr aufrechterhalten.¹⁵⁸ Die sog DNA-Analyse stellt zum gegenwärtigen Zeitpunkt das „modernste und aussagekräftigste Verfahren zur Klärung strittiger Abstammungsverhältnisse“ dar.¹⁵⁹ Die große Anzahl an unterschiedlichen DNA-Merkmalen und die hohe Stabilität des DNA-Moleküls machen diese Technik besonders geeignet zur Klärung von Fällen mit verstorbenem oder nicht zur Verfügung stehenden Putativvater (Defizienzfälle).¹⁶⁰ Eine Exhumierung (dazu

¹⁵⁶ Im Jahr 1970 hatte der Gesetzgeber interessanter Weise noch die Ansicht vertreten, dass es „nach den Gutachten der gehörten Sachverständigen(...) auch nach dem Tod des Vaters möglich (ist), die Vaterschaft festzustellen oder auszuschließen“ (JAB 155 BlgNR 12. GP). 19 Jahre später hatte der Gesetzgeber dieses Vertrauen in die naturwissenschaftlichen Möglichkeiten offenbar nicht mehr.

¹⁵⁷ JAB 1158 BlgNR 17. GP 2.

¹⁵⁸ *Tschugguel/Kleiß*, NZ 2001, 295.

¹⁵⁹ *Ritter*, Die humangenetische Abstammungsbegutachtung, FamRZ 1991, 646ff, hatte die DNA-Analyse im Jahr 1991 noch als absolut ablehnenswert befunden. Dem sind bereits im Jahr 1992 mit guten Gründen *Böhm/Waldenmaier/Epplen/Krawczak*, Diskussion: Die humangenetische Abstammungsbegutachtung - Stellungnahmen und Schlusswort zu den Ausführungen von H. Ritter, FamRZ 1991, 646ff, FamRZ 1992, 275ff, entgegengetreten.

¹⁶⁰ *Neuhuber/Klitschar*, Über die Möglichkeiten der DNA-Analyse in der Abstammungsbegutachtung in Fällen mit abwesendem Vater (Defizienzfälle), ÖA Heft 2 /1996-Folge 130, 44f; *Fischer/Speiser*, Die Entwicklung der Vaterschaftsdiagnostik von 1900 bis 2000, ÖA 2000, 108, sehen die Vorteile der DNA-Analyse ebenfalls in der hohen Aussagekraft; vgl

genauer unter III.B.4.) als offensichtlichste Möglichkeit ist dazu nicht unbedingt (sondern nur in seltenen Fällen) erforderlich. Ein wesentlich einfacherer Weg zur Gewinnung von biologischem Material ist die Suche nach vom Erblasser benutzten Gegenständen, auf denen mit biologischen Spuren zu rechnen ist (zB Haare auf einer Bürste). *Neuhuber/Klitschar*¹⁶¹ konnten aus über 12 Jahre alten Briefumschlägen, die der Verstorbene mit der Zunge befeuchtet hatte und auf denen sich daher Zellen aus dessen Mundschleimhaut befanden, auf eine Vaterschaftswahrscheinlichkeit von 99,07% schließen. Dies bedeutet, dass die Vaterschaft „höchst wahrscheinlich“ ist.

3.3.2) Vermeidung von missbräuchlicher Geltendmachung erbrechtlicher Ansprüche

Das im JAB geäußerte Argument zur Einführung der Jahresfrist in § 730 Abs 2 ABGB, dass nach dem Tod vermögender Prominenz auf gut Glück missbräuchliche Abstammungsklagen von mit dem Verstorbenen nicht verwandten Personen erhoben werden könnten, kann, wie bereits oben ausgeführt, nach dem heutigen Wissensstand nicht aufrecht erhalten werden. Die Verfasserin folgt insoweit den Ausführungen von *Tschugguel* und *Kleiß*, wonach die Wahrscheinlichkeit, dass ohne tatsächliche Verwandtschaft eine Abstammung vom Erblasser festgestellt wird, äußerst gering und somit irrelevant ist.¹⁶²

Zu bedenken ist allerdings, dass ohne die Befristung des § 730 Abs 2 ABGB jedes (uneheliche) Kind des Verstorbenen (nach erfolgter Vaterschaftsfeststellung oder nach Abgabe eines Vaterschaftsanerkennnisses) erbberechtigt ist. Dies unabhängig davon, ob es mit dem Erblasser zu dessen Lebzeiten Kontakt hatte oder von dessen Existenz überhaupt wusste. Damit ist aber keineswegs die Gefahr verbunden, dass, entgegen der Ausgestaltung des

auch *Rolf/Schulz*, Theorie und Praxis der Abstammungsbegutachtung mit molekularbiologischen Methoden, in: *Spickhoff/Schwab/Henrich/Gottwald* (Hrsg), Streit um die Abstammung - ein europäischer Vergleich (2007) 82ff.

¹⁶¹ *Neuhuber/Klitschar*, ÖA Heft 2/1996, 45f.

¹⁶² *Tschugguel/Kleiß*, NZ 2001, 295.

Erbrechts, Personen, die mit dem Erblasser nicht verwandt sind, in den Genuss des Erbrechts gelangen könnten. Es stellt sich lediglich die Wertungsfrage, inwieweit Kindern ein Erbrecht nach ihrem Vater zukommen soll, wenn sie diesen kaum kannten bzw keinerlei persönliche Beziehung zu ihm aufbauen konnten.¹⁶³

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass es aber gerade auf ein Naheverhältnis zwischen Erblasser und Erben, für die Frage der gesetzlichen Erbfolge, nach der damaligen Rechtslage (ErbRÄG 1989) nicht ankam.¹⁶⁴ Dies wird gerade auch durch § 730 Abs 2 ABGB, der ausschließlich auf die Abstammung abstellte, deutlich. Maßgeblich war nur, dass die Verwandtschaft zum Erblasser rechtzeitig feststand. Wenn es dem Gesetzgeber aber auf ein Naheverhältnis zwischen Erblasser und Erben offensichtlich nicht ankam, kann auch das Argument nicht greifen, wonach Kinder, die mit ihrem Vater keinen Kontakt hatten und ausschließlich aus Interesse am Nachlass eine Vaterschaftsfeststellung begehrten, vom Erbrecht ausgeschlossen sein sollten.¹⁶⁵

Alle diese Erwägungen machen mE deutlich, dass § 730 Abs 2 ABGB nicht in der Lage war, die Probleme, die dessen Vorläuferbestimmung (§ 754 Abs 2 ABGB) mit sich gebracht hatte, auch nur ansatzweise einer Lösung zuzuführen. Das KindRÄG 2001 hatte diese Bestimmung dennoch unangetastet gelassen, doch ist sie letztendlich dem FamErbRÄG 2004 zum Opfer gefallen (Näheres gleich unter II.D.).

¹⁶³ *Tschugguel/Kleiß*, NZ 2001, 295.

¹⁶⁴ Nur der durch das ErbRÄG 1989 eingeführte § 773a ABGB nimmt auf das Verhältnis zwischen Erblasser und Erben Bedacht, indem er bestimmt, dass eine Pflichtteilsminderung möglich ist, wenn zwischen einem Elternteil und dessen Kind zu keiner Zeit ein Naheverhältnis bestand, wie es in der Familie zwischen Eltern und Kindern gewöhnlich besteht. Durch das KindRÄG 2001 wurde § 773a ABGB um einen Absatz 3 ergänzt, der das Recht auf Pflichtteilsminderung ausschließt, wenn der Erblasser die Ausübung des Rechts auf persönlichen Verkehr grundlos abgelehnt hat. Der Hintergedanke des Gesetzgebers war der, das Kind nicht in erbrechtlicher Hinsicht dafür zu bestrafen, dass der Erblasser den Kontakt abgelehnt hat (vgl 296 BlgNR 21. GP 82).

¹⁶⁵ *Tschugguel/Kleiß*, NZ 2001, 295f.

C.) Geltende Rechtslage in Deutschland

1.) Vorbemerkungen

Wie bereits erwähnt, hat die erbrechtliche Gleichstellung ehelicher und unehelicher Kinder in der BRD erst im Jahr 1998 mit dem Erbrechtsgleichstellungsgesetz vom 16.12.1997¹⁶⁶ (in Kraft getreten am 1.7.1998), endgültig stattgefunden.¹⁶⁷ Die wesentlichste Veränderung besteht in dem Verzicht auf die Differenzierung zwischen ehelichen und nichtehelichen Kindern,¹⁶⁸ sodass seit der Reform von Kindern gesprochen wird, deren Eltern „bei der Geburt des Kindes nicht miteinander verheiratet sind“ (§ 1626 a Abs 1 BGB).

Den entscheidenden, zur Neufassung des Abstammungsrechts führenden Anstoß, gab das BVerfG¹⁶⁹, welches das Grundrecht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung durch die bis zur Reform geltende Regelung der Ehelichkeitsanfechtung (§ 1596 Abs 1 BGB aF) verletzt sah.¹⁷⁰

Die Neuregelung billigt nunmehr auch dem volljährigen Kind ein sachlich unbeschränktes Anfechtungsrecht zu (§ 1600 b Abs 3 Satz 1 BGB).¹⁷¹

§ 1600 b Abs 3 Satz 1 BGB lautet: „*Hat der gesetzliche Vertreter eines minderjährigen Kindes die Vaterschaft nicht rechtzeitig angefochten, so kann das Kind nach dem Eintritt der Volljährigkeit selbst anfechten.*“

Nach zustimmungswürdiger Auffassung *Edenfelds*¹⁷² erscheint es fraglich, ob eine solche Ausgestaltung den Informationsanspruch des Kindes (zum Recht

¹⁶⁶ BGBl I 2968.

¹⁶⁷ Vgl dazu *Niepmann*, Die Reform des Kindschaftsrechts - Die wichtigsten Neuerungen für die Praxis, MDR 1998, 565ff.

¹⁶⁸ *Muscheler/Beisenherz*, Das neue Abstammungsrecht, JR 1999, 356.

¹⁶⁹ BVerfG, 31.1.1989, 1 BvL 17/87, NJW 1989, 891= JZ 1989 (zust *Starck*), 335= FamRZ 1989, 255.

¹⁷⁰ Genauer bereits oben II.A.2.3.)

¹⁷¹ *Wellenhofer* in Münchener Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch VIII⁵ (2008) § 1600b Rz 24.

des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung s unter III.B.) einerseits und die Gefahr für die Ehe der Mutter und den Familienfrieden andererseits in sachgerechten Einklang bringt, da in diesem Fall nicht nur die Belange des Kindes, sondern auch der Familienfriede auf dem Spiel steht, welcher ebenfalls im GG (Art 6 Abs 1) verankert ist. Der Gesetzgeber habe sich nach Meinung *Edenfelds* bei der Gestaltung familienrechtlicher Bestimmungen an Art 6 Abs 1 GG zu orientieren. Trotz des Bemühens, dem Kind die Kenntnis über seine biologische Abstammung zu ermöglichen, müsse auch dem Schutz von Ehe und Familie Rechnung getragen werden. Aus diesem Grund schlug *Edenfeld* bereits im Jahr 1996 eine isolierte Abstammungsfeststellung vor, welche die rechtliche Abstammungszuordnung zunächst unberührt lässt und damit die Folgeprobleme einer erfolgreichen Anfechtung vermeidet.¹⁷³

Diese Möglichkeit der isolierten Abstammungsfeststellung besteht nunmehr seit 1.4.2008. An diesem Tag ist das „Gesetz zur Klärung der Vaterschaft unabhängig vom Anfechtungsverfahren“ in Kraft getreten (Näheres unter III.B.2.1.).

2.) Abstammungsrecht

Vorweg ist festzuhalten, dass in Deutschland am 1.9.2009 das Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG) vom 17.12.2008¹⁷⁴ in Kraft getreten ist. Dieses regelt das gerichtliche Verfahren in Abstammungssachen grundlegend neu. Die neuen Abstammungssachen, die bisherigen Kindschaftssachen nach § 640 Abs 2 dZPO, betreffen das Bestehen oder Nichtbestehen eines Verwandtschaftsverhältnisses eines Kindes zu Vater oder Mutter. Diese Verfahren wurden bisher nach den §§ 640 ff ZPO geführt.

¹⁷² *Edenfeld*, Das neue Abstammungsrecht der Bundesrepublik Deutschland im nationalen und internationalen Vergleich, FuR 1996, 195.

¹⁷³ Als Folge der erfolgreichen Anfechtung wird nämlich das abstammungsrechtliche Band zwischen Kind und Scheinvater zerrissen und das Kind, das in erster Linie seine genetische Herkunft klären will, muss die daraus folgende Statusänderung akzeptieren. Deshalb wird es möglicher Weise auf die Geltendmachung seines Anspruchs verzichten (*Edenfeld*, FuR 1996, 195).

¹⁷⁴ BGBl 2008 I 2568.

Für den Fall, dass die Person, gegen die die Klage zu richten wäre, verstorben war, sah der, **durch das FamFG aufgehobene § 1600e Abs 2 BGB**, ein gesondertes Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit vor (vgl § 55b FGG).

Nach dem FamFG sind nunmehr alle Abstammungssachen einheitlich als Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit ohne formalen Gegner ausgestaltet, und es gibt auch keine Sonderregelung mehr für den Fall, dass die Person, gegen die ein entsprechender Antrag zu richten wäre, verstorben ist.¹⁷⁵ In diesem Fall genügt es, wenn das Verfahren durch den Antragsteller eingeleitet wird.¹⁷⁶ Die Sonderregelung des § 1600e Abs 2 BGB ist somit entbehrlich geworden. Der Inhalt des aufgehobenen § 1600e BGB ist nunmehr in §§ 169 Nr 1 und 4, 181 FamFG geregelt.

Da aber nach den Übergangsvorschriften auf Verfahren, die bis zum Inkrafttreten des FamFG eingeleitet worden sind, oder deren Einleitung bis zu diesem Zeitpunkt beantragt wurde, weiterhin die bis zum 31.8.2009 geltenden Bestimmungen Anwendung finden¹⁷⁷ und weil sich im Hinblick auf die vorliegende Arbeit durch das neue Gesetz keine wesentliche Änderung ergeben hat, wird im Folgenden auch die „alte“ Rechtslage dargestellt.

2.1.) Rechtslage bis zum Inkrafttreten des FamFG

2.1.1.) Vaterschaft

Aufgrund des Wegfalls der Differenzierung zwischen ehelich und nichtehelich geborenen Kindern konnte der Gesetzgeber einen einheitlichen Katalog der die Vaterschaft konstituierenden Tatbestände aufstellen (§1592 BGB).¹⁷⁸ Zum einen erlangt man die Vaterschaft durch Ehe mit der Kindesmutter (1592 Nr 1

¹⁷⁵ *Stößler*, Das neue Verfahren in Abstammungssachen nach dem FamFG, FamRZ 2009, 923.

¹⁷⁶ Bt-Drucks 16/6308, 243f.

¹⁷⁷ *Büte*, Grundzüge des Gesetzes zur Reform des Verfahrens in Familiensachen und in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FGG-RG), FuR 2009, 509f.

¹⁷⁸ *Muscheler/Beisenherz*, JR 1999, 356.

BGB).¹⁷⁹ Eine nach der Geburt erfolgte Eheschließung löst die Vaterschaft im Sinn dieser Vorschrift nicht aus.¹⁸⁰ Dasselbe gilt, wenn die Ehe vor der Geburt geschieden wird, oder wenn das Kind nach Anhängigkeit eines Scheidungsantrags geboren wird und ein Dritter (der Erzeuger) spätestens nach Ablauf eines Jahres nach Rechtskraft des dem Scheidungsantrag stattgebenden Urteils die Vaterschaft anerkennt (§ 1599 Abs 2 Satz 1 BGB). Ist der Vater vorverstorben, wird diesem ein, innerhalb von 300 Tagen nach seinem Tod geborenes Kind, noch Kraft Ehe zugerechnet (§ 1593 Satz 1 BGB)¹⁸¹, es sei denn, das Kind wird in eine bereits neu geschlossene Ehe hineingeboren. In diesem Fall ist es als Kind des neuen Ehemanns anzusehen,¹⁸² außer dieser ficht die Ehelichkeit an und seine Nicht- Vaterschaft wird festgestellt. Dann gilt wiederum der erste Ehemann als Vater (§ 1591 Satz 3, 4 BGB).¹⁸³

Der zweite Tatbestand, der zur Rechtsstellung als gesetzlicher Vater führt, ist das (für die vorliegende Arbeit zu vernachlässigende) Anerkenntnis. Liegt keine Vaterschaftsvermutung kraft Ehe der Mutter vor, so kann die Vaterschaft anerkannt werden (§ 1592 Nr 2 BGB).¹⁸⁴

¹⁷⁹ „pater is est, quem nuptiae demonstrant“.

¹⁸⁰ Daher können weiterhin nur Anerkennung oder gerichtliche Vaterschaftsfeststellung zur Vaterschaft verhelfen (*Seidel* in Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch VIII⁵ (2008) § 1592 Rz 17.

¹⁸¹ In einem solchen Fall spricht nämlich die Lebenserfahrung dagegen, dass ein Zerwürfnis vorliegen dürfte, welches eine außereheliche Zeugung nahe legt (*Seidel* in Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch VIII⁵ (2008) § 1593 Rz 2; *Henrich*, Streit um die Abstammung- Europäische Perspektiven, in: *Spickhoff/Schwab/Henrich/Gottwald* (Hrsg), Streit um die Abstammung - ein europäischer Vergleich (2007) 399).

¹⁸² *Gaul*, Ausgewählte Probleme des materiellen Rechts und des Verfahrensrechts im neuen Abstammungsrecht, FamRZ 2000, 1462.

¹⁸³ *Spickhoff*, Der Streit um die Abstammung- Brennpunkte der Diskussion, in: *Spickhoff/Schwab/Henrich/Gottwald* (Hrsg), Streit um die Abstammung - ein europäischer Vergleich (2007) 14ff;

¹⁸⁴ Unter Anerkennung wird die Anerkennungserklärung des Mannes verstanden. Die Erklärung bedarf der öffentlichen Beurkundung (§ 1597 Abs 1 BGB), wofür der Notar, das Standesamt (§ 29a Abs. 1 PStG) oder das Gericht im Kindschaftsprozess (§ 641c dZPO) zuständig sind. Die Anerkennung kann auch schon vor der Geburt des Kindes erfolgen. Für die Wirksamkeit der Anerkennung ist überdies die Zustimmung der Kindesmutter bzw des Kindes selbst erforderlich, wenn der Mutter die elterliche Sorge nicht zusteht (*Spickhoff*, in:

Drittens besteht schließlich, ebenso wie in Österreich, die Möglichkeit der gerichtlichen Vaterschaftsfeststellung (§§ 1592 Nr 3, 1600d BGB).

§ 1600d BGB bestimmt demgemäß Folgendes:

- (1) „ *Besteht keine Vaterschaft nach § 1592 Nr. 1 und 2 § 1593, so ist die Vaterschaft gerichtlich festzustellen.*
- (2) *Im Verfahren auf gerichtliche Feststellung der Vaterschaft wird als Vater vermutet, wer der Mutter während der Empfängniszeit beigewohnt hat. Die Vermutung gilt nicht, wenn schwerwiegende Zweifel an der Vaterschaft bestehen.*
- (3) *Als Empfängniszeit gilt die Zeit von dem 300. bis zu dem 181. Tage vor der Geburt des Kindes, mit Einschluss sowohl des 300. als auch des 181. Tages. Steht fest, dass das Kind außerhalb des Zeitraums des Satzes 1 empfangen worden ist, so gilt dieser abweichende Zeitraum als Empfängniszeit.*
- (4) *Die Rechtswirkungen der Vaterschaft können, soweit sich nicht aus dem Gesetz anderes ergibt, erst vom Zeitpunkt ihrer Feststellung an geltend gemacht werden.“*

Die gerichtliche Vaterschaftsfeststellung kommt somit in Betracht, wenn **keine** Vaterschaft kraft Ehe oder Anerkennung besteht, sei es, dass diese Tatbestände von vorn herein nicht gegeben waren, oder durch rechtskräftiges Urteil aufgrund einer Anfechtungsklage (§§1599 Abs 1, 1600ff BGB)¹⁸⁵ ihre vaterschaftsbegründende Wirkung verloren haben. In diesem Fall wird das Gericht nicht von Amts wegen tätig, sondern es bedarf einer Klage auf Vaterschaftsfeststellung, entweder des Kindes gegen den Mann, oder des Mannes gegen das Kind oder der Kindsmutter gegen den Mann¹⁸⁶ (§1600 e Abs 1 BGB).¹⁸⁷ Im Verfahren wird als Vater vermutet, wer der Mutter im

*Spickhoff/Schwab/Henrich/Gottwald, Der Streit, 16f; Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht*⁶ (2008) Rz 748). Auf genauere Einzelheiten wird mangels Relevanz nicht näher eingegangen.

¹⁸⁵ Dazu ist gem § 1600 Abs 1 Nr 2, Abs 2 und 3 BGB auch der potentielle biologische Vater berechtigt. Dies aber nur dann, wenn zwischen dem Kind und dem bisherigen Vater im Rechtssinne keine „sozial- familiäre Beziehung“ besteht. Diese Bestimmung, die 2004 geschaffen wurde geht auf BVerfGE 108, 82= NJW 2003, 2151 zurück.

¹⁸⁶ In Österreich ist ein Antragsrecht der Mutter nicht vorgesehen.

¹⁸⁷ *Seidel* in MünchKomm VIII⁵ § 1592 Rz 92f; nach der aktuellsten Rechtslage werden Verfahren in Abstammungssachen auf Antrag eingeleitet (§ 171 Abs 1 FamFG). Das Verfahren

Empfängniszeitraum beigewohnt hat (§1600d Abs 2 BGB)¹⁸⁸, sofern keine schwerwiegenden Zweifel an der Vaterschaft bestehen. Als Empfängniszeit gilt die Zeit vom 300. bis zum 181. Tag vor der Geburt des Kindes (§1600d Abs 3 Satz 1 BGB).¹⁸⁹

Die gerichtliche Vaterschaftsfeststellung **kann auch noch nach dem Tod des Vaters** betrieben werden.¹⁹⁰ Zu diesem Zweck ist gemäß § 1600 e Abs 2 BGB, mangels zwei einander gegenüberstehender Parteien, ein **Antrag** beim Familiengericht zu stellen.¹⁹¹ Unter diese Bestimmung sind auch jene Fälle zu subsumieren, in denen- entgegen dem Verbot nach § 4 Abs 1 Nr 3 ESchG - eine Befruchtung erst nach dem Tod des Mannes mit dessen (konserviertem) Spermia vorgenommen wurde¹⁹² (dazu unter III.C.2.). Das Gericht entscheidet sodann in einem Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit (§ 55b FGG).¹⁹³

Erfolgt zum Beispiel auf Kindesantrag eine derartige Vaterschaftsfeststellung nach dem Tod des Vaters, so steht dem Kind das gesetzliche Erbrecht nach dem Vater zu (und umgekehrt).¹⁹⁴ Zeitliche Schranken für die erbrechtlichen Folgen einer Vaterschaftsfeststellung nach dem Tod des Vaters gibt es nicht mehr.¹⁹⁵ Das Kind kann also auf diese Weise zB auch dann zu einem gesetzlichen Erbrecht nach seinem Vater gelangen, wenn es bei dessen Tod

kennt allerdings keinen Antragsgegner, es ist nicht mehr gegen das Kind und/oder gegen den Vater gerichtet.

¹⁸⁸ Diese Regelung entspricht dem bis dahin geltenden § 1600 o Abs 2 aF BGB).

¹⁸⁹ *Spickhoff*, in: *Spickhoff/Schwab/Henrich/Gottwald*, Der Streit, 16f.

¹⁹⁰ Dies technisch durch Vergleich der Erbfaktoren, nachdem die mögliche Empfängnis zunächst abgeklärt worden ist (*Seidel* in Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch VIII⁵ (2008) § 1600e Rz 73).

¹⁹¹ *Seidel* in Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch VIII⁵ (2008) § 1600d Rz 16; *ders* in MünchKomm VIII⁵ § 1600e Rz 2; dies entspricht trotz Aufhebung des § 1600e BGB auch der geltenden Rechtslage, da Verfahren in Abstammungssachen nach dem FamFG ausschließlich auf Antrag eingeleitet werden und einen Antragsgegner nicht kennen.

¹⁹² *Seidel* in MünchKomm VIII⁵ § 1600e Rz 75.

¹⁹³ Vgl zu einem solchen Verfahren BGH 27.4.2005, XII ZB 184/02, JZ 2006, 42ff.

¹⁹⁴ Dies gilt auch im Verhältnis zu den väterlichen Verwandten.

¹⁹⁵ Schließlich wurde der frühere § 1934c BGB vom BVerfG wegen Verstoßes gegen Art 6 Abs 5 GG für nichtig erklärt (Näheres bereits oben II.A.2.3.).

noch als Kind des Ehemannes der Mutter zum Zeitpunkt der Geburt galt und erst nach rechtskräftiger Vaterschaftsanfechtung das Verfahren zur gerichtlichen Vaterschaftsfeststellung des Erblassers eingeleitet wurde.

Dem in aufrechter Ehe geborenen Kind ist also bereits durch seine Geburt ein bestimmter Mann mit Wirkung für und gegen alle als Vater zugeordnet (§ 1592 Nr 1 BGB). Dies gilt auch, wenn das Kind kurze Zeit nach dem Tod des Ehemanns, dh innerhalb von 300 Tagen nach dem Todestag des Ehemannes, geboren ist (§ 1593 BGB). Bei einem unehelichen Kind sind für diese Zuordnung weitere Feststellungsakte erforderlich: die Anerkennung (§§ 1592 Nr 2, 1594ff BGB) oder die gerichtliche Entscheidung. Beide **ermöglichen erst die Geltendmachung der aus dem Vaterschaftsverhältnis entstandenen Rechte**. Ergibt sich also die Vaterschaft weder aus einer Ehe noch aus einer wirksam gewordenen Anerkennung, so kann gemäß § 1592 Nr 3 BGB ein Kind einem Vater zugeordnet werden, wenn die Vaterschaft gerichtlich festgestellt worden ist (**und nur dann!**). § 1600 d Abs 1 BGB stellt nun so den Zusammenhang der gerichtlichen Feststellung mit dem neu gestalteten Zuordnungssystem der Verwandtschaft zum Vater gemäß §§ 1592, 1593 BGB her und verdeutlicht mit der Aufzählungstechnik, dass eine weitere Möglichkeit der Entstehung väterlicher Verwandtschaft nicht existiert. Außerdem lässt die Regelung die grundsätzliche Nachrangigkeit der gerichtlichen Feststellung gegenüber der einfacheren Anerkennung im Fall unehelicher Kindschaft ebenso erkennen wie die Unzulässigkeit einer Feststellungsklage bei Bestehen einer Vaterschaft; darüber hinaus auch die Vorstellung des Gesetzgebers nach obligatorischer Klärung der Vaterschaft eines jeden Kindes.¹⁹⁶

¹⁹⁶ Seidel in MünchKomm VIII⁵ § 1600d Rz 1f; Rauscher in Staudinger BGB- Kommentar IV (2004) § 1592 Rz 11f.

2.1.2.) Vaterschaftsfeststellung als Zuordnung (§ 1600d Abs 1 BGB)

Wie bereits mehrfach ausgeführt hat das NEhelG durch Streichung des § 1589 Abs 2 BGB aF die volle rechtliche Verwandtschaft des unehelichen Kindes mit dem Vater und dessen Verwandten eingeführt. Die Voraussetzungen der unehelichen Vaterschaft und die Anforderungen an deren Nachweis festzulegen war allerdings schwieriger, weil nicht, wie beim ehelichen Kind, an den zeitlichen Zusammenhang zwischen Geburt und Eheschließung der Mutter angeknüpft werden kann. Durch Verbindung der beiden in ihren unmittelbaren Rechtswirkungen gleichwertigen Möglichkeiten der Anerkennung neben der gerichtlichen Abstammungsfeststellung, wurde die Herstellung des Verwandtschaftsverhältnisses zwischen dem unehelichen Kind und dessen Vater erleichtert. Die Beweisregelung des § 1600d Abs 2 BGB gibt nämlich den meisten unehelichen Kindern die Möglichkeit, im Streitfall die gerichtliche Vaterschaftsfeststellung des wahren Erzeugers zu erreichen. Außerdem wird durch die in Abs 1 enthaltene Wortfolge „so ist die Vaterschaft gerichtlich festzustellen“ deutlich, dass ein uneheliches Kind nicht ohne Vater bleiben soll, mithin die Vaterschaftsfeststellung nicht im Belieben der Verantwortlichen steht, sondern obligatorisch ist.¹⁹⁷

2.1.3.) Inhalt der Vaterschaftsfeststellung

2.1.3.1.) Prüfungsmaßstab für die Feststellung

Was die Vaterschaftsfeststellung in Bezug auf das Kind einer unverheirateten Mutter (§§ 1592 Nr 3, 1600d BGB) angeht, so ist es nach wohl überwiegender Auffassung¹⁹⁸ unerklärlich, weshalb nun § 1600 d Abs 2 BGB allein die, auf die Beiwohnung gegründete Vaterschaftsvermutung des § 1600o Abs 2 BGB aF übernommen hat, und nicht auch den, in § 1600 o Abs 1 BGB aF normierten

¹⁹⁷ *Seidel* in MünchKomm VIII⁵ § 1600 d Rz 9f.

¹⁹⁸ *Gaul*, Die Neuregelung des Abstammungsrechts durch das Kindschaftsrechtsreformgesetz, FamRZ 1997, 1451ff; *ders*, FamRZ 2000, 1470; *Seidel* in MünchKomm VIII⁵ § 1600 d Rz 5f.

positiven Tatbestand, wonach als Vater der Mann **festzustellen ist**, der das Kind gezeugt hat.

Eine Klarstellung, dass dies weiterhin gelten soll, fehlt im neuen Regelungszusammenhang¹⁹⁹, was nach Ansicht *Mutschlers*²⁰⁰ den Eindruck erwecken könnte, dass die Vaterschaft nur noch über die Beiwohnungsvermutung festgestellt werden könne. Allerdings besteht nach wohl herrschender Auffassung im Ergebnis kein Zweifel daran, dass am Grundsatz der abstammungsorientierten Prüfung festzuhalten ist.²⁰¹ Der in § 1600d BGB fehlende Tatbestand der positiven Vaterschaftsfeststellung ergibt sich allerdings nur mehr im Rückgriff auf § 1589 BGB, welcher das Verwandtschaftsverhältnis auf die Abstammung gründet.²⁰²

Gaul vertritt richtiger Weise die Auffassung, dass es bei der Vaterschaftsfeststellung um die Feststellung des biologischen Vaters geht. Die Unterlassung der Normierung des Tatbestandes des positiven Vaterschaftsbeweises ist anlässlich der Fortschritte der naturwissenschaftlichen Beweismethoden, insbesondere der DNA-Analyse, unbegreiflich. Auf diese soll in Zweifelsfällen nicht mehr verzichtet werden.²⁰³

2.1.3.2.) Direkter und indirekter Vaterschaftsbeweis

Nach dem bisher Gesagten stehen also zur gerichtlichen Vaterschaftsfeststellung zwei Möglichkeiten zur Verfügung. Dabei handelt es sich zum einen um die Beiwohnungsvermutung des § 1600d Abs 2 BGB und zum anderen um den, nicht (mehr) ausdrücklich im Gesetz genannten direkten,

¹⁹⁹ § 1600d Abs 2 BGB macht den wesentlichen Unterschied zwischen dem weiterhin möglichen, direkten, unmittelbaren Vaterschaftsbeweis und der mittelbaren, aus der Beiwohnung abgeleiteten Feststellung nicht erkennbar.

²⁰⁰ *Mutschler*, Interessenausgleich im Abstammungsrecht - Teilaspekte der Kindschaftsrechtsreform, FamRZ 1996, 1385f.

²⁰¹ Vgl ua *Gaul*, FamRZ 1997, 1451ff; *ders*, FamRZ 2000, 1470; *Muscheler/Beisenherz*, JR 1999, 361.

²⁰² *Gaul*, FamRZ 2000, 1472.

²⁰³ *Gaul*, FamRZ 2000, 1470f.

unmittelbaren Vaterschaftsbeweis²⁰⁴, welchem Vorrang vor der Beiwohnungsvermutung zukommt. Diese Vermutung hat nämlich im Wesentlichen nur noch dann praktische Bedeutung, wenn wegen Fehlens von Blut- oder Gewebeproben keine hinreichenden gutachterlichen Erkenntnisse, die als direkter Vaterschaftsbeweis heranzuziehen sind, gewonnen werden können. Steht zumindest die Beiwohnung fest, soll das Kind nicht rechtlich vaterlos bleiben.²⁰⁵

2.1.4.) Rechtswirkungen der Vaterschaftsfeststellung

Wird die Vaterschaft gerichtlich festgestellt, sei es durch Abstammungsgutachten, durch Anwendung der Beiwohnungsvermutung des § 1600 d Abs 2 BGB, im Feststellungsprozess oder nach dem Tod eines Beteiligten im einseitigen Verfahren nach § 1600 e Abs 2 BGB (aF oder nach FamFG), so steht damit die volle Verwandtschaft nach § 1592 Nr 3 BGB fest. Die Vaterschaftsfeststellung bewirkt zwischen dem unehelichen Kind und dessen Vater rückwirkend vom Zeitpunkt der Geburt an (ex-tunc-Wirkung der Vaterschaftsfeststellung)²⁰⁶ ein echtes Verwandtschaftsverhältnis iSv § 1589 Satz 1 BGB, in das auch die Abkömmlinge des Kindes und die Vorfahren des Vaters einbezogen sind. Die rechtskräftig gewordenen Vaterschaftsfeststellung hat bezüglich der verwandtschaftlichen Rechtsfolgen bindende Wirkung für und gegen alle. Mit der endgültigen Feststellung können alle Rechtswirkungen der Vaterschaft und Verwandtschaft grundsätzlich von der Kindesgeburt an geltend gemacht werden.²⁰⁷

Die Regelung des § 1600 Satz 2 BGB aF, welche die Rechtsausübungssperre für die Zeit bis zur Rechtskraft der Feststellung enthielt, ist in § 1600d Abs 4 BGB formal unverändert übernommen worden. Inhaltlich beschränkt sie sich aber auf die gerichtliche Feststellung, während die alte Bestimmung auch die

²⁰⁴ Dieser entspricht dem positiven Abstammungsbeweis des § 163 Abs 1 ABGB (Einzelheiten unter II.D.2.3.3.2.).

²⁰⁵ Gaul, FamRZ 2000, 1471; Spickhoff, in: Spickhoff/Schwab/Henrich/Gottwald, Der Streit, 17.

²⁰⁶ Muscheler, Anmerkung zu BGH XII ZB 184/02, JZ 2006, 44.

²⁰⁷ Seidel in MünchKomm VIII⁵ § 1600d Rz 135f.

Anerkennung mit umfasste.²⁰⁸ Durch diese Regelung wird die Berufung auf die Wirkungen einer noch nicht festgestellten Vaterschaft ausgeschlossen und auf gesetzlich geregelte Ausnahmen beschränkt. Auch wenn die Rechtswirkungen der Vaterschaft schon von Kindesgeburt an bestehen, ist ihre Geltendmachung bis zur Feststellung der Vaterschaft hinausgeschoben. Ohne die Feststellung können die Rechte nicht ausgeübt werden (**Rechtsausübungssperre**).²⁰⁹

Solange die Vaterschaft nicht bindend festgestellt ist, können Forderungen des Kindes gegen den Vater nicht verjähren, da sie noch nicht iSd § 198 BGB entstanden sind. Daneben besteht wegen der Sperrwirkung des § 1600d Abs 4 BGB ein rechtliches Hindernis und damit gemäß § 202 Abs 1 BGB auch ein Grund für die Hemmung der Verjährung.²¹⁰

Das nach dem Tod des mutmaßlichen Vaters geborene uneheliche Kind kann gemäß § 1960 BGB Maßnahmen zur Nachhassicherung verlangen und ist vor der Feststellung der Vaterschaft des Verstorbenen als „unbekannter Erbe“ iS dieser Vorschrift zu behandeln. Doch setzt der Pflichtteilsanspruch des unehelichen Kindes nach dessen Vater, **jedenfalls die Vaterschaftsfeststellung** gemäß § 1600d BGB voraus.²¹¹

2.2.) Rechtslage seit Inkrafttreten des FamFG (1.9.2009)

Die unter II.C.1. dargestellte Rechtslage gilt im Wesentlichen auch nach Inkrafttreten des FamFG mit folgenden, in aller Kürze dargestellten Modifizierungen.

2.2.1.) Neuer Begriff und Katalog der Abstammungssachen

§ 169 FamFG lautet:

„*Abstammungssachen sind Verfahren*

²⁰⁸ Die entsprechende Vorschrift für die Anerkennung enthält nun § 1594 Abs 1 BGB.

²⁰⁹ *Seidel* in MünchKomm VIII⁵ § 1600d Rz 139.

²¹⁰ *Seidel* in MünchKomm VIII⁵ § 1600d Rz 140.

²¹¹ *Seidel* in MünchKomm VIII⁵ § 1600d Rz 141.

1. auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Eltern-Kind-Verhältnisses, insbesondere der Wirksamkeit oder Unwirksamkeit einer Anerkennung der Vaterschaft,
2. auf Ersetzung der Einwilligung in eine genetische Abstammungsuntersuchung und Anordnung der Duldung einer Probeentnahme,
3. auf Einsicht in ein Abstammungsgutachten oder Aushändigung einer Abschrift oder
4. auf Anfechtung der Vaterschaft.“

§ 169 FamFG enthält somit den Katalog der Abstammungssachen und nennt in Nr 1 die für diesen Abschnitt wesentlichen Verfahren auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Eltern-Kind-Verhältnisses. Hiervon erfasst sind insbesondere Verfahren nach § 1600d Abs 1 BGB.²¹² Einbezogen in die Regelung des § 169 Nr 1 FamFG sind auch die bislang von 1600 e Abs 2 BGB erfassten Feststellungsverfahren nach dem Tod der passiv legitimierten Partei.²¹³

2.2.2.) Verfahrenseinleitung

Gem § 171 Abs 1 FamFG werden Abstammungssachen nur auf Antrag eingeleitet. Das Verfahren ist aber nicht mehr gegen das Kind und/oder gegen den Vater gerichtet; es kennt keinen Antragsgegner (vgl dazu § 1600 e Abs 1 BGB). Die rechtzeitige Einreichung des Antrags bei Gericht bewirkt bei der Vaterschaftsanfechtung zugleich die Einhaltung der materiell-rechtlichen Anfechtungsfrist nach § 1600 b Abs 1 BGB.²¹⁴

Wer zur Einleitung einer Abstammungssache durch Antrag berechtigt ist, ist nicht mehr gesondert geregelt (§ 1600e BGB aufgehoben). Die Antragsbefugnis wird folgendermaßen bestimmt:

²¹² In Verfahren nach Nr 1 kann auch die Abstammung des Kindes von der Mutter geklärt werden, wenn strittig ist, welche Frau das Kind geboren hat (§ 1591 BGB).

²¹³ Stößer, FamRZ 2009, 923f.

²¹⁴ Stößer, FamRZ 2009, 924; Bt-Drucks 16/6303, 244.

Verfahren nach § 1600d Abs 1 BGB (gerichtliche Vaterschaftsfeststellung) können von denjenigen beantragt werden, die nach § 172 Abs 1 Nr 1-3 FamFG generell in Abstammungssachen zu beteiligen sind, somit vom Kind, von der Mutter und vom angeblichen Erzeuger (dem biologischen Vater). Die Berechtigung zur Einleitung eines Verfahrens nach § 169 Nr 2 FamFG ergibt sich aus § 1598a Abs 1 BGB (rechtlicher Vater, Mutter oder Kind).²¹⁵

In Verfahren nach § 169 Nr 3 FamFG ist antragsberechtigt, wer als Vater, Mutter oder Kind in eine genetische Abstammungsuntersuchung eingewilligt und eine genetische Probe abgegeben hat (§ 1598a Abs 4 BGB).²¹⁶

Zur Vaterschaftsanfechtung sind gem § 1600 Abs 1 BGB berechtigt, der Mann, der aufgrund der Ehe mit der Mutter als Vater vermutet wird (§§ 1592 Nr 1, 1593 BGB), die Mutter und das Kind. Anfechtungsberechtigt ist gem § 1600 Abs 1 Nr 2 BGB auch der Mann, der an Eides statt versichert, der Kindesmutter während der gesetzlichen Empfängniszeit beigewohnt zu haben (der biologische Vater).²¹⁷

3.) Erbrecht

Mit dem Inkrafttreten des Erbrechtsgleichstellungsgesetzes (ErbGleichG)²¹⁸ am 1.4.1998 wurden die Bestimmungen über den Erbersatzanspruch und den vorzeitige Erbausgleich aufgehoben, sodass bei Erbfällen nach dem 31.3.1998 eheliche und uneheliche Kinder erbrechtlich gleichgestellt sind.²¹⁹ Die erst am

²¹⁵ Stößer, FamRZ 2009, 925.

²¹⁶ Stößer, FamRZ 2009, 925.

²¹⁷ Stößer, FamRZ 2009, 925.

²¹⁸ Vom 16.12.1997, BGBl I 2968.

²¹⁹ Die verschiedenen Gesetzesänderungen und die dazugehörigen Übergangsvorschriften haben zu folgenden Ausnahmen geführt: Durch die Fortgeltung des Art 12 § 10 Abs 2 NEhelG haben die, vor dem 1.7.1949 geborenen unehelichen Kinder keinerlei erbrechtlichen Ansprüche. Allerdings können seit dem 1.7.1998 der uneheliche Vater und sein Kind die Anwendung von Art 10 § 12 Abs 2 NEhelG ausschließen und so ein gesetzliches Erbrecht begründen, wobei diese Vereinbarung nur für zukünftige Erbfälle gilt. Wenn der Erblasser zum Zeitpunkt des Beitritts seinen gewöhnlichen Aufenthalt in der ehemaligen DDR hatte, haben uneheliche Kinder, die vor dem 3.10.1990 und auch vor dem 1.7.1949 (da das Recht der DDR ein unbeschränktes Unehelichenerbrecht vorsah) geboren wurden, bei deutschem Erbstatut ein

1.7.1998 in Kraft getretene familienrechtliche Gleichstellung durch das Kindschaftsrechtsreformgesetz (KindRG)²²⁰ war also hierzu nicht Voraussetzung. Allerdings ist es mit Wirkung vom 1.7.1998 zu Änderungen im Recht der Vaterschaftsfeststellung gekommen (§§ 1592ff BGB idF des KindRG; Näheres bereits oben II.C.1.). Da die Feststellung der Vaterschaft Voraussetzung für die in §§ 1924, 1925 BGB zugrunde gelegten Verwandtschaftsbeziehungen ist, berührt dies mittelbar die Begründung des gesetzlichen Erbrechts. Wie bereits dargestellt, muss schon seit der Nichtigerklärung des § 1934 c BGB durch das BVerfG die Vaterschaftsfeststellung nicht mehr zwingend schon im Zeitpunkt des Erbfalls vorliegen; es genügt auch weiterhin eine Anerkennung oder Feststellung der Vaterschaft vor oder nach Eintritt des Erbfalls nach Maßgabe der familienrechtlichen Abstammungsbestimmungen: An der Notwendigkeit einer Vaterschaftsanerkennung oder gerichtlichen Vaterschaftsfeststellung eines mit der Kindesmutter nicht verheirateten Mannes hat sich auch nach dem KindRG nichts geändert (§ 1592 Nr 2 und 3 BGB).²²¹ Ein Erbschein kann dem Kind erst nach Feststellung der Vaterschaft erteilt werden.²²²

volles Erbrecht wie eheliche Kinder (Art 235 § 1 Abs 2 EGBGB; Genaueres bei *Rauscher*, ZEV 1998, 44f, *Schlüter/Fegeler*, Die erbrechtliche Stellung nichtehelicher Kinder und ihrer Väter nach Inkrafttreten des Erbrechtsgleichstellungsgesetzes, FamRZ 1998, 1337ff; *Böhm*, Die Neuregelung des Erbrechts nichtehelicher Kinder, NJW 1998, 1043f).

²²⁰ Vom 16.12.1997, BGBl I 2942.

²²¹ *Rauscher*, ZEV 1998, 43.

²²² *Rauscher* in *Staudinger*, BGB- Kommentar IV (2004) § 1592 Rz 78b.

D.) Geltende Rechtslage in Österreich

1.) Vorbemerkungen

Schon während der Arbeit am KindRÄG 2001 wurde klar, dass das österreichische Kindschaftsrecht noch in verschiedenen Richtungen einer Änderung bedarf. So wurde ua auch ein Reformbedarf des Abstammungsrechts festgestellt und als umfassende Novellierung angekündigt²²³.

Am 1. Jänner 2005 trat schließlich das FamErbRÄG 2004²²⁴ in Kraft. Im familienrechtlichen Teil dieses Gesetzes wurde vor allem das Abstammungsrecht neu geregelt. Anlass für diese Novellierung war die Aufhebung nahezu aller Bestimmungen über die Bestreitung der Ehelichkeit durch den VfGH²²⁵ sowie die Überstellung des Abstammungsverfahrens in das neue Außerstreitverfahren.²²⁶ Die längst fällige Grundsatzreform mit der

²²³ ErläutRV 296 BlgNR 21. GP 48f.

²²⁴ Bundesgesetz, mit dem familien- und erbrechtliche Bestimmungen des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuchs und des Bundesgesetzes über das internationale Privatrecht sowie das Gebührenanspruchsgesetz 1975 geändert werden, BGBl I 2004/58.

²²⁵ VfGH 28.6.2003, G 78/00-13, Kundmachung BGBl I 2003/85= FamRZ 2003, 1915 (*Bernat*); Grund für die Aufhebung der Ehelichkeitsbestreitungsregeln war das fehlende Bestreitungsrecht des Kindes (Verstoß gegen Art 8 EMRK). Der VfGH beurteilte die damalige Rechtslage, wonach das Recht auf Bestreitung der Ehelichkeit nur dem Ehemann der Mutter oder dem Staatsanwalt zugekommen war als mit dem Recht auf Achtung des Familienlebens iSd Art 8 MRK unvereinbar. Zwischen dem biologischen Vater und dem Kind bestehe vom Zeitpunkt der Geburt des Kindes an eine „Familieneinheit“ iSd Art 8 Abs 1 MRK. Dem Kind als Hauptbetroffenem aus dem Statusverhältnis die rechtliche Möglichkeit zur Bestreitung seiner Abstammung vom Ehemann der Mutter zu versagen, erweise sich daher als verfassungswidrig. Auch wenn der Staatsanwalt sein Bestreitungsrecht im Interesse des Kindes auszuüben habe, widerspreche es dem Recht auf Achtung des Familienlebens, dem Kind selbst einen durchsetzbaren Rechtsanspruch auf Ehelichkeitsbestreitung zu verwehren. Offengelassen hat das Höchstgericht die Frage, ob auch der Mutter ein Recht zur Bestreitung der Ehelichkeit ihres Kindes zukommen soll (dafür *Bernat*, Anmerkung zu VfGH G 78/00-13, FamRZ 2003, 1918).

²²⁶ *Fischer-Czermak*, Neueste Änderungen im Abstammungs- und Erbrecht, JBl 2005, 2; *Zemanek*, Das erfolgreiche Abstammungsverfahren. Ein Überblick für die Praxis, iFamZ 2009, 337.

Beseitigung der rechtspolitisch und rechtsvergleichend überholten Unterscheidung zwischen ehelichen und unehelichen Kindern wurde bewusst vertagt.²²⁷ Die Materialien²²⁸ zum FamErbRÄG 2004 begründeten dies damit, dass eine Umstellung der Paragraphenfolge, mit dem Ziel der Verbesserung der Systematik, über den zur Verfügung stehenden Zeitrahmen weit hinausgehe. Die Konsequenz daraus ist leider, dass das Abstammungsrecht immer unüberschaubarer wird.²²⁹ Der Status des Kindes und die Vaterschaftsfeststellung wurden einem unübersichtlichen Regelwerk unterworfen. Dieses bietet vielfältige Möglichkeiten privatautonomem und gerichtlichen Abstammungswechsels, die teilweise (soweit sie keiner Frist unterliegen) noch von den Erben genützt werden können (§ 138 a Abs 2 ABGB)²³⁰, wobei der dogmatischen Problematik einander widersprechender, rechtskräftiger, gerichtlicher Vaterschaftsfeststellungen scheinbar wenig Beachtung zuteil wurde.²³¹

Auf die nunmehr geltende Rechtslage wird die Autorin für den, die vorliegende Arbeit betreffenden Bereich, im Folgenden näher eingehen, wobei zunächst der Vollständigkeit halber ein Überblick über die allgemeinen Bestimmungen des Abstammungsrechts gegeben wird (unten II.D.2.) und im Anschluss daran die besonderen abstammungsrechtlichen Regelungen, insbesondere der neu

²²⁷ *Schwimann*, Neuerliche Abstammungsrechtsreform mit Ablaufdatum, NZ 2005, 33; *Fischer-Czermak*, JBI 2005, 2.

²²⁸ ErläutRV 471 BlgNR 22. GP 12; der Gesetzgeber hat aber immerhin die Gelegenheit genutzt die Bestimmung des § 730 Abs 2 ABGB zu beseitigen, welche als Voraussetzung für das gesetzliche Erbrecht die Feststellung oder die gerichtliche Geltendmachung der Abstammung vom Erblasser zu dessen Lebzeiten vorschrieb (vgl bereits oben II.B.3.). Diese Einschränkung der Erbberechtigung erachtete der Gesetzgeber als verfassungsrechtlich bedenklich, sodass der zweite Absatz des § 730 ABGB aufgehoben wurde (*Beclin*, Das Familien- und Erbrechtsänderungsgesetz 2004- Teil II: Erbrecht, JAP 2004/2005, 61f.).

²²⁹ *Fischer-Czermak*, JBI 2005, 2; in diesem Sinn auch *Schwimann*, NZ 2005, 33.

²³⁰ *Schwimann*, Wechselväter und andere Neuheiten - Zur jüngsten Zwischenreform des österreichischen Abstammungsrechts, StAZ 2005, 34.

²³¹ *Schwimann*, NZ 2005, 33; *Simotta*, Das neue Abstammungsrecht, ÖA 2004, 193.

gefasste § 163 ABGB²³², unter die Lupe genommen werden (Näheres unten II.D.2.3.3.).

2.) Abstammungsrecht

2.1.) Allgemeine Bestimmungen

2.1.1.) Vaterschaft

Entsprechend den Zielen des FamErbRÄG 2004, die Systematik des Abstammungsrechts zu verbessern²³³, enthalten die §§ 137 b- 138 b ABGB allgemeine Vorschriften über die „Abstammung des Kindes von Mutter und Vater“. Dieser Abschnitt gilt sowohl für eheliche als auch für uneheliche Kinder. Neben der unverändert gebliebenen Regelung des § 137 b ABGB, wonach Mutter eines Kindes stets die Frau ist, die es geboren hat²³⁴, findet sich hier auch eine positive Aussage über die Vaterschaft. § 138 ABGB bestimmt, wer im rechtlichen Sinn der Vater eines Kindes ist. Diese rechtliche Vaterschaft kann, wie schon bisher, kraft Ehe der Mutter (§ 138 Z 1 ABGB), aufgrund eines Anerkenntnisses (§ 138 Z 2 ABGB) oder durch gerichtliche Feststellung (§ 138 Z 3 ABGB) begründet werden.²³⁵ Im Fall der Z 1 folgt nun bereits aus dem Wortlaut, dass die Geburt unmittelbar zur Vaterschaft des Ehemannes der Mutter führt. Die Bestimmung ist also nicht mehr (wie dies vorher der Fall war) als bloße Vermutung formuliert.²³⁶

§ 138 Abs 2 ABGB regelt den Fall, dass durch mehrere Eheschließungen der Mutter mehrere Männer als Väter in Betracht kommen, was dann der Fall sein

²³² Bei § 163 ABGB idgF handelt es sich um die, für die vorliegende Arbeit zentrale Bestimmung des ABGB, da diese Regelung die gerichtliche Vaterschaftsfeststellung (post mortem) grundlegend neu gestaltet und nach den Materialien einen Ausgleich für den Entfall des § 730 Abs 2 ABGB darstellen sollte (vgl ErläutRV 471 BlgNR 22. GP 22; Näheres bereits oben II.D.2.3.3.).

²³³ ErläutRV 471 BlgNR 22. GP 1.

²³⁴ „mater semper certa est“ (vgl die entsprechende Regelung des § 1591 BGB).

²³⁵ Vgl auch die entsprechende deutsche Regelung des § 1592 BGB.

²³⁶ Fischer.Czermark, JBI 2005, 2.

kann, wenn die Mutter nach dem Tod ihres Ehemannes neuerlich heiratet und das Kind während der zweiten Ehe geboren wird, der erste Ehemann aber weniger als 300 Tage vor der Geburt verstorben ist. Vater ist dann der Mann, mit dem die Mutter zuletzt verheiratet ist, was ebenfalls der bis dahin geltenden Rechtslage entspricht. Allerdings ist nunmehr, im Unterschied zur früheren Rechtslage, nicht mehr ausdrücklich geregelt, dass der erste Ehemann der Mutter Vater des Kindes ist, wenn gerichtlich festgestellt wird, dass es doch nicht vom zweiten Ehemann abstammt.²³⁷

2.1.2.) Wirkung des Statusverhältnisses

Der eingefügte § 138 a ABGB bestimmt inhaltlich ebenfalls nichts Neues sondern fasst nur in einer Bestimmung zusammen, was bis dahin für eheliche und uneheliche Kinder in zwei Paragraphen (§ 138 Abs 1 Satz 3 ABGB aF und § 163b ABGB aF) geregelt war, nämlich, dass das Statusverhältnis gegenüber jedermann wirkt. Das bedeutet, dass es solange gilt, bis es (auf eine vom Gesetz vorgesehene Weise) beseitigt wird.

2.1.3.) Rechtsnachfolge in Abstammungsangelegenheiten

Die Rechtsnachfolge in Abstammungsangelegenheiten wird in § 138a Abs 2 ABGB geregelt. Demgemäß können nach dem Tod des Vaters oder des Kindes die Feststellung der Abstammung, deren Änderung oder die Feststellung der Nichtabstammung von den Rechtsnachfolgern oder gegen diese begehrt werden, soweit dies nicht ausdrücklich ausgeschlossen oder durch Fristversäumnis verhindert wird. Hier liegen inhaltliche Änderungen vor: Nach der alten Rechtslage konnte nämlich nach dem Tod des Ehemannes der Mutter oder nach dem Tod des Kindes nur der Staatsanwalt die Ehelichkeit bestreiten. Wie erwähnt wurden aber im Kindschaftsrecht alle staatsanwaltlichen

²³⁷ Zu diesem Ergebnis kommt man allerdings ohnehin im Weg der Auslegung, da bei Feststellung der Nichtabstammung vom ersten Ehemann der Mutter dieser nicht mehr als Vater in Betracht kommt und somit auch keine Kollision mehr vorliegt (*Fischer-Czermark*, JBI 2005, 2).

Kompetenzen beseitigt, sodass nun sowohl die Gesamtrechtsnachfolger des Kindes als auch jene des Vaters die Feststellung der Nichtabstammung beantragen können.²³⁸

Für die uneheliche Abstammung ergab sich bereits aus dem durch das KindErbRÄG 2004 aufgehobenen § 164 d ABGB, dass die jeweiligen Rechtsnachfolger zu einem Vaterschaftsanerkennnis, einem Widerspruch gegen dieses, zur Klage auf Rechtsunwirksamkeit eines Anerkenntnisses und auf Feststellung der Vaterschaft aktiv und passiv legitimiert waren. Diese Regelung hat der Gesetzgeber mit zwei Einschränkungen übernommen: Der Widerspruch der Mutter gegen ein Vaterschaftsanerkennnis und ihre Bezeichnung des Anerkennenden als Vater bei einem „vaterschaftsdurchbrechenden“ Anerkenntnis sind **nicht mehr vererblich**. Die Materialien begründeten diese Regelung damit, dass naturgemäß schließlich nur die Mutter wissen könne, wer Vater des Kindes ist.²³⁹

2.2.) Das eheliche Kind

2.2.1.) Vorbemerkungen

Trotz der bei den Vorgesprächen zum FamErbRÄG 2004 erhobenen Forderungen, im Abstammungsrecht nicht mehr auf die eheliche oder uneheliche Geburt abzustellen, behält das Gesetz diese Zweiteilung nach wie vor bei. Andere Rechtsordnungen, wie zB auch Deutschland²⁴⁰, haben sich der Aufgabe, ein einheitliches Familienrecht zu schaffen, bereits unterzogen²⁴¹.

²³⁸ *Rosenmayr*, Änderungen im Abstammungsrecht durch das FamErbRÄG 2004, NZ 2004, 361; *Fischer-Czermak*, JBI 2005, 3; die Klage- und Antragsrechte des Staatsanwaltes bei der Ehelichkeitsbestreitung sind bereits seit 1.7.2004 gestrichen (Art IV § 11 Z8 FamErbRÄG 2004).

²³⁹ ErläutRV 471 BlgNR 22. GP 15.

²⁴⁰ Vgl das Gesetz zur Reform des Kindschaftsrechts (Kindschaftsrechtsreformgesetz) vom 16.12.1997, BGBl I 2947, Br- Drucks 710/97, Bt- Drucks 13/8511, in Kraft seit 1.7.1998 (genauer bereits oben II.C.1.).

²⁴¹ *Rosenmayr*, NZ 2004, 363.

2.2.2.) Begründung ehelicher Abstammung

Verspätet geborene Kinder, die nach Scheidung, Aufhebung oder Nichtigkeitserklärung der Ehe der Eltern, sowie solche, die nach Ablauf von 300 Tagen nach Ehelösung durch den Tod des Ehemannes der Mutter geboren werden, gelten gemäß §§ 138 Abs 1, 138 c Abs 1 ABGB nicht als eheliche Kinder des früheren Ehemannes; außer im Fall konkurrierender Ehemänner iSd § 138 Abs 2 ABGB sind diese Kinder unehelich geboren.²⁴²

Gemäß § 138 d ABGB können Nichtabstammung und damit verbundener unehelicher Status auf verschiedene Fallgruppenspezifische Weise korrigiert werden:

1. Fallgruppe: Kinder, die innerhalb von 300 Tagen nach Scheidung, Aufhebung oder Nichtigkeitserklärung der Ehe der Eltern geboren werden, werden unbefristet durch Vaterschaftsanerkennung des früheren Ehemannes der Mutter oder durch gerichtliche Vaterschaftsfeststellung²⁴³ desselben automatisch dessen eheliche Kinder. Für die gerichtliche Vaterschaftsfeststellung genügt hier die genetische Abstammung. Nicht geprüft wird, ob die Zeugung noch während aufrechter Ehe stattgefunden hat, weil das Gesetz dies hier, mit einer mE äußerst fragwürdigen Begründung, unterstellt.²⁴⁴ Das Gesetz sieht hier nämlich unzutreffender Weise die Fälle nahehehlicher Zeugung durch den Ehemann in dieser Fallgruppe als vernachlässigbar an. Besteht in der Zwischenzeit die eheliche oder uneheliche Vaterschaft eines anderen Mannes (etwa weil die Mutter bei der Geburt des Kindes wiederverheiratet war) so kann das Vaterschaftsanerkennung vom früheren Ehemann nur in Form eines qualifizierten (verdrängenden) Anerkenntnisses iSd § 163 e Abs 2 ABGB unter speziellen Zustimmungserfordernissen abgegeben werden. Zudem kann die

²⁴² Die Bestimmungen über die Ehelichkeit sind notwendig, da es im Namens- und Obsorgerecht Unterschiede zwischen ehelichen und unehelichen Kindern gibt.

²⁴³ Antragsberechtigt ist neben dem Kind auch der frühere Ehemann der Mutter.

²⁴⁴ Der Gesetzgeber vertritt die Auffassung, dass nach praktischen Erfahrungen der Beweis des Zeugungszeitpunkts in den meisten Fällen schwieriger zu erbringen sei, als der Beweis der Abstammung (s ErläutRV 471 BlgNR 22. GP 17).

gerichtliche Vaterschaftsfeststellung des früheren Ehemannes nur mehr vom Kind beantragt werden (§ 163 b ABGB)²⁴⁵.

2. Fallgruppe: Für die Feststellung der Ehelichkeit aller nach Ablauf von 300 Tagen nach der Ehelösung (durch den Tod oder unter Lebenden) geborenen Kinder hat der neue § 138 d Abs 2 ABGB im Wesentlichen die bis dahin geltende Regelung des § 155 ABGB übernommen. Das Gericht hat auf (unbefristeten) Antrag des Kindes oder früheren Ehemannes der Mutter (bzw dessen Erben) die eheliche Abstammung vom früheren Ehemann festzustellen, wenn bewiesen wird, dass das Kind noch vor Ehelösung vom Ehemann oder mittels medizinisch unterstützter Fortpflanzung (bei Verwendung von Drittsamen mit formwirksamer Zustimmung des Ehemannes) gezeugt worden ist. Bei bereits bestehender Vaterschaft eines anderen Mannes ist aufgrund der Regelung des § 163 b ABGB nur das Kind antragsbefugt.²⁴⁶

In beiden Fallgruppen ist das Kind nach § 138 d ABGB bei erfolgreicher Widerlegung der Nichtabstammungsannahme rückwirkend auf den Zeitpunkt der Geburt eheliches Kind des früheren Ehemannes. Der Umfang der Abstammungsänderung ist unterschiedlich: Beim unehelich geborenen vaterlosen Kind ändert sich mit der Abstammungskorrektur auch der Status (Begründung ehelicher Vaterschaft), beim ehelich geborenen Kind aus der zweiten Ehe der Mutter ändert sich nur die Vaterschaft, beim unehelich geborenen Kind mit unehelichem Vater ändern sich Status und Vaterschaft.²⁴⁷

Die nach § 138 d Abs 1 oder 2 ABGB eingetretene eheliche Abstammung vom früheren Ehemann kann ebenfalls wieder beseitigt werden. Diese Beseitigung erfolgt aber nicht nach den allgemeinen Ehelichkeitsanfechtungsregeln der §§ 156ff ABGB, sondern tritt gemäß § 138 d Abs 3 Satz 1 iVm § 161 Abs 3 ABGB automatisch mit Außerkraftsetzung der die eheliche Abstammung vermittelnden Vaterschaft ein. Eine derartige Außerkraftsetzung kann in allen

²⁴⁵ *Schwimann*, NZ 2005, 35f.

²⁴⁶ Das Gesetz erwähnt diese Einschränkung wohl versehentlich nicht (*Schwimann* in *Bergmann/Ferid/Henrich* (Hrsg), Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht - Österreich (161. Lieferung, 2005) 70; *ders*, NZ 2005, 36).

²⁴⁷ *Schwimann*, NZ 2005, 36; *ders* in *Bergmann/Ferid/Henrich*, Ehe- und Kindschaftsrecht, 70.

Abstammungsfällen durch qualifiziertes (verdrängendes) Vaterschaftsanerkennnis gemäß § 163 e Abs 2 ABGB (dazu unten II.D.2.3.3.2.) oder durch gerichtliches Vätertauschverfahren auf Kindesantrag gemäß § 163 b ABGB, bei Ehelichkeit kraft Vaterschaftsanerkennnisses zusätzlich durch dessen gerichtliche Unwirksamklärung nach § 164 ABGB und bei gerichtlich festgestellter Vaterschaft zusätzlich durch Abänderungsantrag nach den §§ 72ff AußStrG herbeigeführt werden.²⁴⁸

2.2.3.) Feststellung der Nichtabstammung vom Ehemann der Mutter

Der VfGH hat mit Erkenntnis vom 28.6.2003²⁴⁹ den Großteil des Ehelichkeitsbestreitungsrechts aufgehoben, da dem Kind als Hauptbetroffenem kein Bestreitungsrecht zukam (Verstoß gegen Art 8 MRK; vgl bereits FN 225). Entsprechend den verfassungsrechtlichen Vorgaben gewährt § 156 ABGB nun neben dem (als Vater geltenden) Ehemann, auch dem Kind das Recht, die Feststellung zu erwirken, dass es nicht vom Ehemann der Mutter abstammt. Gemäß § 158 Abs 1 Satz 3 ABGB ist ein Antrag unzulässig, solange die Vaterschaft eines anderen Mannes²⁵⁰ feststeht. Dadurch sollen Ehelichkeitsanfechtungen ausgeschlossen werden, die nur vorsorglich zur Fristenwahrung beantragt werden. Der Gesetzgeber hat sich dazu entschlossen, der Mutter des Kindes kein Recht einzuräumen, die Feststellung der Nichtabstammung ihres Kindes von ihrem Ehemann zu erwirken.²⁵¹ Ihr kommt aber gemäß § 82 Abs 2 AußStrG stets Parteistellung im Abstammungsverfahren zu und sie hat auch im Rahmen der gesetzlichen Vertretung ihres Kindes faktisch erhebliche Einflussmöglichkeiten.

²⁴⁸ Schwimann, NZ 2005, 36; ders in Bergmann/Ferid/Henrich, Ehe- und Kindschaftsrecht, 70f.

²⁴⁹ VfGH 28.6.2003, FamRZ 2003, 1915 (Bernat).

²⁵⁰ Zu denken ist etwa an den unehelichen Vater der ein Anerkenntnis abgegeben hat oder an den späteren Ehemann, mit dem die Mutter im Geburtszeitpunkt verheiratet war.

²⁵¹ Dieser Regelung liegt die Überlegung zugrunde, dass das Statusverhältnis zwischen Vater und Kind in erster Linie diese beiden Personen betrifft (vgl Erläut RV 471 BlgNR 22. GP 6).

Die Antragsfrist beträgt nunmehr zwei Jahre ab Kenntnis der Umstände, die gegen die Abstammung des Kindes vom Ehemann der Mutter sprechen.²⁵² Unverändert beginnt die Frist auch nach nunmehr geltendem Recht frühestens mit der Geburt des Kindes, im Fall einer Änderung der Abstammung erst mit dieser. Die Frist ist durch das Bestehen einer anderen Vaterschaft (§ 158 Abs 1 ABGB), durch die fehlende Eigenberechtigung des Antragstellers und durch ein unvorhergesehenes oder unabwendbares Antragshindernis im letzten Fristenjahr gehemmt.²⁵³ Für den Antrag des Mannes auf Feststellung der Nichtabstammung sieht § 158 Abs 3 ABGB eine absolute Verjährungsfrist von 30 Jahren ab der Geburt des Kindes oder der Änderung der Abstammung vor.²⁵⁴ Das Kind kann die Feststellung unbefristet beantragen.²⁵⁵

Bei der medizinisch unterstützten Fortpflanzungshilfe unter Verwendung von Drittsamen mit wirksamer Zustimmung²⁵⁶ des Ehemannes ist eine Bestreitung der Vaterschaft wegen der Drittsamenverwendung selbstverständlich ausgeschlossen (§ 157 ABGB). In einem solchen Fall kann demgemäß die eheliche Geburt nur durch Nachweis einer natürlichen Zeugung durch einen Dritten oder der Zeugung durch eine andere heterologe Fortpflanzungshilfe widerlegt werden, als jener, welcher der Ehemann zugestimmt hat.²⁵⁷ (Näheres zur heterologen Fortpflanzungshilfe unter III.A.1.3. und III.A.2.3.)

²⁵² Nach alter Rechtslage stand zur Ehelichkeitsbestreitung lediglich eine Frist von einem Jahr zur Verfügung. Die Verdoppelung dieser Frist durch das FamErbRÄG 2004 ist mE absolut willkürlich gewählt und entbehrt jeglicher Grundlage. Es entsteht der Eindruck, dass der Gesetzgeber um die Fristenlängen würfelt.

²⁵³ Wortgleich mit § 146 ZPO.

²⁵⁴ Sämtliche Fristen binden auch die Rechtsnachfolger der Antragsberechtigten.

²⁵⁵ *Fischer- Czermak*, JBI 2005, 8f.

²⁵⁶ Die Zustimmung muss mittels gerichtlichem Protokoll oder Notariatsakt erfolgt sein.

²⁵⁷ *Schwimann*, NZ 2005, 37.

2.3.) Das uneheliche Kind

2.3.1.) Übersicht

Bei unehelichen Kindern müssen im Gegensatz zu den ehelichen Kindern Status und Elternschaft auch nach geltendem Recht getrennt beurteilt werden.²⁵⁸

Der Status der Unehelichkeit kann definitiv oder widerlegbar sein. Definitiv unehelich sind Kinder, die von einer bis zur Geburt nie verheiratet gewesenen Mutter geboren wurden oder deren Ehelichkeit gemäß § 156 ABGB (Feststellung der Nichtabstammung vom Ehemann der Mutter), durch Außerkraftsetzung der gemäß § 138 d ABGB nachträglich festgestellten Ehelichkeit oder gemäß §§ 163 b, 163 e Abs 2 ABGB²⁵⁹ nachträglich beseitigt worden ist. Hingegen sind jene nahehelichen Kinder widerlegbar unehelich, die von einer ehemaligen Ehefrau nach Ehelösung unter Lebenden oder später als 300 Tage nach Ehelösung durch den Tod des Ehemannes geboren wurden, da deren uneheliche Geburt gemäß § 138 d ABGB durch Vaterschaftsanerkennnis oder durch gerichtliche Feststellung der ehelichen Vaterschaft des früheren Ehemannes unbefristet widerlegt werden kann (Näheres oben II.D.2.2.2.).²⁶⁰ Der Vater des unehelichen Kindes muss auch nach geltendem Recht erst durch den konstitutiven allgemein bindenden Rechtsakt der „Feststellung der Vaterschaft“ (Überschrift vor den §§ 163ff ABGB) rechtlich erschaffen werden.²⁶¹ Mutter ist gemäß § 137 b ABGB (nach wie vor) stets die Frau, die das Kind geboren hat.²⁶²

Die allgemein bindende Vaterschaftsfeststellung erfolgt durch freiwilliges Vaterschaftsanerkennnis oder durch gerichtliche Vaterschaftsfeststellung, die

²⁵⁸ *Schwimann*, StAZ 2005, 39.

²⁵⁹ Näheres gleich unter II.D.2.3.2.) und II.D.2.3.3.).

²⁶⁰ *Schwimann* in *Bergmann/Ferid/Henrich*, Ehe- und Kindschaftsrecht, 78; *ders*, NZ 2005, 37.

²⁶¹ *Schwimann*, NZ 2005, 37f.

²⁶² Diese Klarstellung ist wichtig, da sie auch in Fällen der in Österreich verbotenen Leihmutterschaft gilt.

nunmehr aber im Außerstreitverfahren ergeht. Wegen ihrer allgemein bindenden Wirkung (§ 138 a Abs 1 ABGB) können zwar beide grundsätzlich nur gerichtlich wieder beseitigt werden, doch besteht seit dem 1.7. 2001 auch die (seit 1.1.2005 modifizierte) Möglichkeit, jede festgestellte Vaterschaft durch qualifiziertes (zustimmungsbedürftiges²⁶³) Vaterschaftsanerkennnis eines andere Mannes (§ 163 e Abs 2 ABGB)²⁶⁴ außer Kraft zu setzen, wodurch der Anerkennende rückwirkend an die Stelle des bisherigen Vaters tritt und sich auf diese Weise ein „Vätertausch“ vollzieht. Das auf diese Weise abgegebene Anerkennnis können allerdings wiederum der bisherige Vater und unter Umständen auch die Mutter mittels befristeten Widerspruchs durch gerichtliche Unwirksamklärung beseitigen lassen, sofern nicht die Abstammung des Kindes vom Anerkennenden nachzuweisen ist (§ 163 e Abs 3, § 164 Abs 1 Z 2 ABGB). Mit der Unwirksamklärung tritt wieder der verdrängte Vater an die Stelle des Anerkennenden.²⁶⁵ Derartige Väterwechsel werden zwar unter Lebenden eher die Ausnahme bleiben, doch können sie in Erbrechtsfällen praktisch bedeutsam sein, da **sowohl die Vaterschaftsfeststellung wie deren Beseitigung auch zwischen den Erben von Vater oder Kind erfolgen können** (§ 138 Abs 2 ABGB). So können etwa die Erben des Kindes eine gerichtliche Vaterschaftsfeststellung beantragen oder die Erben des Mannes ein (auch verdrängendes) Anerkennnis abgeben und dgl mehr.²⁶⁶ Der Drittsamenspender²⁶⁷ kann bei medizinischer Zeugungshilfe nicht als Vater festgestellt werden, was auch sein Vaterschaftsanerkennnis ausschließt.²⁶⁸

²⁶³ Dieses Vaterschaftsanerkennnis bedarf zur Gültigkeit der Zustimmung des Kindes und allenfalls der Mutter.

²⁶⁴ Näheres dazu unten II.D.2.3.2.2.).

²⁶⁵ Aufgrund des Väterrücktausches entsteht die neue Rechtsfigur des Wechselvaters (zu den weiteren Möglichkeiten des Väterwechsels siehe unten II.D.2.3.2.) und II.D.2.3.3.).

²⁶⁶ *Schwimann*, NZ 2005, 38; *ders*, StAZ 2005, 39.

²⁶⁷ Die Neufassung des § 163 Abs 4 ABGB enthält nunmehr die Legaldefinition für den bis dahin umstrittenen Begriff des Drittsamenspenders. Demnach ist Drittsamenspender ein Dritter, der „*seinen Samen einer, für medizinisch unterstützte Fortpflanzungen zugelassenen Krankenanstalt mit dem Willen überlässt, nicht als Vater eines, mit diesem Samen gezeugten Kindes, festgestellt zu werden*“ (so auch der Definitionsvorschlag von *Schwimann* in *Schwimann* (Hrsg), Praxiskommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch I² (1997) § 163 Rz 13).

²⁶⁸ *Schwimann*, NZ 2005, 38; *ders*, StAZ 2005, 39; zur Forderung, § 163 Abs 4 ABGB in gewissen Fällen teleologisch zu reduzieren vgl unter III.A.1.3.3.).

2.3.2.) Vaterschaftsanerkenntnis

Die jüngste Reform hat sowohl das einfache als auch das qualifizierte Vaterschaftsanerkenntnis in mehreren Einzelheiten abgeändert.²⁶⁹ Die wesentlichen Bestimmungen sollen an dieser Stelle kurz dargestellt werden, da ein Anerkenntnis in Österreich auch nach dem Tod des Vaters von dessen Rechtsnachfolgern abgegeben werden kann (§138a Abs 2 ABGB), und so die postmortale Klärung der Vaterschaft ohne gerichtliches Verfahren möglich ist.

2.3.2.1.) Das einfache Vaterschaftsanerkenntnis

Das einfache Vaterschaftsanerkenntnis ist nur wirksam, wenn es mittels inländischer öffentlicher oder öffentlich beglaubigter Urkunde persönlich abgegeben und bei zuständigen Standesbeamten eingelangt ist (§ 163 c ABGB); diese Regelung entspricht im Wesentlichen der bis zur Reform geltenden Rechtslage. Die Neuerungen beschränken sich auf die Regelung der Handlungsfähigkeit der Beteiligten und jene des Widerspruchs gegen das Anerkenntnis.²⁷⁰

2.3.2.2. Das qualifizierte Vaterschaftsanerkenntnis

Das qualifizierte Vaterschaftsanerkenntnis wurde bereits durch das KindRÄG 2001 eingeführt. Demgemäß kann ein Anerkenntnis auch zu einem Kind abgegeben werden, zu dem bereits die Vaterschaft eines anderen Mannes feststeht.²⁷¹

Die Wirkung des qualifizierten Vaterschaftsanerkenntnisses ist nach nunmehr geltendem Recht unbegrenzt, sodass es ausnahmslos alle Arten konkurrierender ehelicher und unehelicher Vaterschaften verdrängt, gleichgültig, ob diese durch eheliche Geburt, (qualifiziertes) Anerkenntnis oder

²⁶⁹ *Schwimann*, StAZ 2005, 40.

²⁷⁰ *Schwimann* in *Bergmann/Ferid/Henrich*, Ehe- und Kindschaftsrecht, 79.

²⁷¹ *Fischer- Czermak*, JBI 2005, 5.

gerichtliche Feststellung begründet worden waren. Dass ein solcher Vätertausch jedenfalls bei rechtskräftiger Feststellung der biologischen Abstammung vom verdrängten Vater nicht vertretbar sein kann, erscheine - so *Schwimann* - schon aus Rechtskrafteiwägungen offensichtlich. Außerdem scheine dieser Vätertausch auch bei jenen Kindern, die durch heterologe Fortpflanzungshilfe gezeugt worden sind, fragwürdig zu sein, wenn der Anerkennende nicht die Abstammungsvoraussetzungen des verdrängten Vaters (das heißt des Ehemannes oder Lebensgefährten der Mutter) erfüllt und das Vaterschaftsanerkennnis folglich die Abstammung kraft heterologer Fortpflanzungshilfe unterlaufen würde.²⁷²

Auch das qualifizierte Vaterschaftsanerkennnis hat nur eine beschränkte Bestandfestigkeit, da es seinerseits einer Reihe von Beseitigungsmöglichkeiten (vgl § 164 ABGB) ausgesetzt ist.

2.3.3.) Gerichtliche Vaterschaftsfeststellung (§ 163 Abs 1 und 2 ABGB)²⁷³

2.3.3.1.) Einführung

§ 163 Abs 1 und 2 lautet:

(1) *„Als Vater hat das Gericht den Mann festzustellen, von dem das Kind abstammt. Der Antrag kann vom Kind gegen den Mann oder von diesem gegen das Kind gestellt werden.*

(2) *Auf Antrag des Kindes kann 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 oder mit dessen Samen an der Mutter in diesem Zeitraum eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung durchgeführt worden ist, 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***

²⁷² *Schwimann*, NZ 2005, 39.

²⁷³ Zur Vaterschaftsfeststellung bei künstlicher Fortpflanzungshilfe (§ 163 Abs 3 und 4 ABGB) siehe unter III.A.1.3.2.) und III.A.1.3.3.).

nicht mehr möglich, es sei denn, das Kind weist nach, dass ihm der Beweis nach Abs. 1 aus Gründen auf Seiten des Mannes nicht gelingt.“

Die gerichtliche Feststellung der Vaterschaft (die nunmehr auf Antrag mittels Beschlusses im Außerstreitverfahren erfolgt) wurde in § 163 ABGB grundlegend neu geregelt. Neu ist vor allem, dass der Geltungsbereich der einschlägigen Regelung formal nicht mehr zwischen ehelichen und unehelichen Kindern unterscheidet, doch ist sie im Ergebnis auf eheliche Kinder nur beschränkt anwendbar. So ist kraft Umkehrschluss aus § 163b ABGB²⁷⁴ der Feststellungsantrag des Mannes nur bei fehlender Vaterschaft zulässig, was nur auf uneheliche Kinder zutrifft. Genauso stellt die Verpflichtung des gesetzlichen Vertreters des Kindes, für die Vaterschaftsfeststellung zu sorgen (§ 163b ABGB), auf uneheliche Kinder ab, da eheliche bereits einen Vater haben. Allein der Kindesantrag auf Feststellung einer anderen als der bestehenden Vaterschaft nach § 163 b ABGB kann auch bei ehelichen Kindern in Betracht kommen.²⁷⁵

Nach früherem Recht hatte grundsätzlich nur das uneheliche Kind ein Recht auf gerichtliche Vaterschaftsfeststellung.²⁷⁶ § 163 ABGB gewährt dieses Recht nun auch dem Mann, der behauptet, der Vater des Kindes zu sein (§ 163 Abs 1 Satz 2 ABGB). Damit wird Männern, die bereit wären, Elternverantwortung zu übernehmen, sich ihrer Vaterschaft aber nicht sicher sind, die Möglichkeit gegeben, über ihre tatsächliche biologische Vaterschaft Gewissheit zu erlangen.²⁷⁷ In diesem Fall ist das Kind der Antragsgegner.²⁷⁸ Stellt das Kind

²⁷⁴ § 163b ABGB bestimmt, dass die Feststellung der mit einem bestehenden Vater konkurrierenden Vaterschaft eines anderen Mannes nur auf Antrag des Kindes erfolgen kann.

²⁷⁵ *Schwimann*, NZ 2005, 40; *ders.*, StAZ 2005, 42.

²⁷⁶ Gemäß § 164c Z 2 aF ABGB hatte der Mann das Recht zur Klage auf Vaterschaftsfeststellung nur, wenn sein Vaterschaftsanerkenntnis wegen eines Widerspruchs unwirksam geworden war.

²⁷⁷ ErläutRV 471 BlgNR 22. GP 21; nach früherem Recht hatte der Vater zur Vaterschaftsbegründung nur die Möglichkeit ein Anerkenntnis abzugeben (*Beig*, Das Familien- und Erbrechtsänderungsgesetz 2004-Teil I: Abstammungsrecht, JAP 2004/2005, 59). Auch

den Antrag auf Vaterschaftsfeststellung, so ist Antragsgegner der Mann, den das Kind für seinen leiblichen Vater hält. Der Antrag des Kindes ist durch eine zweifache Sonderstellung ausgezeichnet: Nur das Kind kann trotz bestehender Vaterschaft die Feststellung eines anderen Mannes begehren (§ 163 b ABGB); die bestehende Vaterschaft ist mit Stattgebung automatisch beseitigt. Dies ist im (nur) deklarativ wirkenden Feststellungsbeschluss auszusprechen und der neue Vater tritt an die Stelle des bisherigen („Vätertausch“). Außerdem kann nur der Antrag des Kindes sein Feststellungsbegehren wahlweise auch auf die Beiwohnung (bzw homologe Fortpflanzungshilfe) des Mannes innerhalb der gesetzlichen Konzeptionszeit der Mutter stützen, was dem belangten Mann den Gegenbeweis aufbürdet (§ 163 Abs 2 ABGB).²⁷⁹

Die Sachentscheidung der Vaterschaftsfeststellung kann auf zwei unterschiedliche Arten erfolgen:²⁸⁰

2.3.3.2.) Positiver Abstammungsbeweis

§ 163 Abs 1 Satz 1 ABGB bestimmt Folgendes: „*Als Vater hat das Gericht den Mann festzustellen, von dem das Kind abstammt.*“²⁸¹ Mit diesem, auf den ersten Blick selbstverständlichen Satz ist gemeint, dass ein positiver Abstammungsbeweis erbracht werden muss. Es muss also bewiesen werden,

nach geltender Rechtslage sind Männer allerdings nur antragsbefugt, solange noch kein Vater des Kindes feststeht (Umkehrschluss aus § 163b ABGB; *Schwimann*, StAZ 2005, 42).

²⁷⁸ *Bernat* in *Schwimann* (Hrsg), Praxiskommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch I³ (2005) § 163 Rz 2.

²⁷⁹ *Schwimann*, NZ 2005, 40f; *ders* in *Bergmann/Ferid/Henrich*, Ehe- und Kindschaftsrecht, 80; *ders*, StAZ 2005, 43.

²⁸⁰ *Rosenmayr*, NZ 2004, 365; *Schwimann*, StAZ 2005, 42.

²⁸¹ Unter Abstammung wird nach allgemeinem Sprachgebrauch die Herkunft aus ununterbrochener leiblicher Kindschaft verstanden, sodass ein Kind nicht nur von seinem Vater, sondern auch von seinem Großvater usw abstammt (*Bernat* in *Schwimann*, ABGB I³ § 163 FN 2). Dennoch ist die Bezeichnung „abstammt“ (und nicht die Bezeichnung „gezeugt“) vom Gesetz sorgfältig überlegt, da die Abstammung nicht nur durch die Zeugung bewirkt werden kann (*Schwimann*, StAZ 2005, 42; Näheres unter III.).

dass das Kind mit **an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit**²⁸² von dem Mann **gezeugt** wurde, dessen Vaterschaft festgestellt werden soll.²⁸³ Untersuchungsgegenstand des Verfahrens nach Abs 1 ist somit die Frage der leiblichen Abstammung des Kindes von einem bestimmten Mann. Weil Abs 1 allgemein von Abstammung spricht kann die Zeugung auf natürliche (durch Geschlechtsverkehr) oder auf künstliche Weise (zB durch medizinisch unterstützte Fortpflanzung) erfolgt sein, wobei unerheblich ist, ob Vater und Mutter konsensual gehandelt haben²⁸⁴

Die genetische Abstammung wird im Wege der gängigen Sachverständigenbeweise, in erster Linie mittels eines DNA-Tests, ermittelt. Sie ist an Hand verwertbarer genetischer Spuren mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nachzuweisen (dies auch nach dem Tod des Mannes).²⁸⁵

Für den Antrag nach Abs 1 gibt es keine Befristung, da es um die Feststellung eines, von seiner Natur her unverjähbaren, Statusverhältnisses geht. Für den Fall des Todes des Kindes oder des **Mannes** gilt § 138a Abs 2 ABGB²⁸⁶. Das Antragsrecht des Kindes und des Mannes ist unverzichtbar.²⁸⁷

Bei medizinisch unterstützter Zeugung mit Drittsamen (sog heterologe Fortpflanzungshilfe) tritt an die Stelle der genetischen Abstammung die fiktive Vaterschaft des Lebensgefährten²⁸⁸ der Mutter, da dieser als Vater festzustellen

²⁸² Absolute Gewissheit wird nicht verlangt (*Fischer-Czermak*, JBl 2005, 6; *Bernat* in *Schwimann*, ABGB I³ § 163 Rz 2).

²⁸³ *Fischer-Czermak*, JBl 2005, 5f; *Simotta*, ÖA 2004, 180; vgl auch die ErläutRV 471 BlgNR 22. GP 21.

²⁸⁴ *Stefula* in *Fenyves/Kerscher/Vonkilch* (Hrsg) Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch §§ 137 bis 267³ (2008) § 163 Rz 1.

²⁸⁵ *Schwimann*, NZ 2005, 41; *ders*, StAZ 2005, 42; *Ferrari*, Streit um die Abstammung- die Rechtslage in Österreich, in: *Spichhoff/Schwab/Henrich/Gottwald* (Hrsg), Streit um die Abstammung - ein europäischer Vergleich (2007) 190; *Zemanek*, iFamZ 2009, 338.

²⁸⁶ § 138a Abs 2 ABGB lautet: „Nach dem Tod der betroffenen Person können die Feststellung der Abstammung, deren Änderung oder die Feststellung der Nichtabstammung von den Rechtsnachfolgern oder gegen diese begehrt werden.“

²⁸⁷ *Steininger*, Rechtsfragen der außerehelichen Vaterschaft (1961), 70.

²⁸⁸ Die Beschränkung auf die Vaterschaft des Lebensgefährten ergibt sich aus § 8 Abs 1 FMedG, der besagt, dass zur Fortpflanzungsbehandlung bei unverheirateten Müttern nur der Lebensgefährte wirksam zustimmen kann.

ist, wenn er der Fortpflanzungsbehandlung formwirksam (mittels Gerichtsprotokoll oder Notariatsakt)²⁸⁹ zugestimmt hatte und diese Behandlung innerhalb der kritischen Zeit (300 bis 180 Tage vor Kindesgeburt) durchgeführt worden war (§ 163 Abs 3 ABGB); bei In vitro-Fertilisation²⁹⁰ muss die Reimplantation der befruchteten Eizelle in die kritische Zeit fallen. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, so ist der Lebensgefährte der Mutter (und nur dieser!!) antragsgemäß vom Gericht als Vater festzustellen, außer dem Antragsgegner (Lebensgefährte oder Kind) gelingt der Ausschlussbeweis, dass das Kind nicht durch jene Fortpflanzungsbehandlung gezeugt worden ist, der der Lebensgefährte zugestimmt hatte (weil es zB durch einen anderen Beischläfer oder eine andere Fortpflanzungsbehandlung gezeugt worden war). Der Drittsamenspender ist, wie bereits angesprochen, nach § 163 Abs 4 ABGB von der Vaterschaftsfeststellung ausgeschlossen.²⁹¹ Wer aber „privat“ seinen Samen Wunscheltern überlässt, könnte sehr wohl als Vater festgestellt werden, da er dann nicht „Dritter“ iSd Gesetzes ist. Diese Bestimmung soll auch gewährleisten, dass heterologe Inseminationen nur in dazu befugten Krankenanstalten²⁹² vorgenommen werden.²⁹³

2.3.3.3.) Vaterschaftsvermutung

§ 163 Abs 2 ABGB eröffnet dem Kind eine erleichterte Vaterschaftsfeststellung durch Schaffung einer Rechtsvermutung. Auf Antrag des Kindes kann der Mann als Vater festgestellt werden, der der Mutter im Zeitraum von nicht mehr als 300

²⁸⁹ Hat der Lebensgefährte nicht formwirksam zugestimmt, so kann er nicht Vater nach § 163 Abs 3 ABGB sein, sondern allenfalls die Verpflichtung haben, für den Kindesunterhalt zu sorgen, als wäre er Vater im abstammungsrechtlichen Sinn (*Bernat* in *Schwimann*, ABGB I³ § 163 Rz 12); vgl auch OGH 13.3.1996, 7 Ob 527/96, JBI 1996, 717 (*Bernat*). In diesem Fall hat das Höchstgericht dem Ehemann das Recht auf Bestreitung der Ehelichkeit eines durch heterologe Insemination gezeugten Kindes zugestanden, weil dieser der künstlichen Fortpflanzungshilfe nicht formwirksam (nach österreichischem Recht) zugestimmt hatte.

²⁹⁰ Dabei handelt es sich um die Befruchtung der Eizelle außerhalb des Mutterleibs („im Glas“).

²⁹¹ *Schwimann*, NZ 2005, 41; *ders* in *Bergmann/Ferid/Henrich*, Ehe- und Kindschaftsrecht, 81; *ders*, StAZ 2005, 42.

²⁹² Siehe § 4 Abs 2 FMedG idF BGBl I 2004/163.

²⁹³ *Ferrari*, Streit in: *Spickhoff/Schwab/Henrich/Gottwald*, Streit um die Abstammung, 191.

und nicht weniger als 180 Tagen vor der Geburt beigewohnt hat (Zeugungsvermutung) oder mit dessen Samen an der Mutter eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung vorgenommen wurde²⁹⁴, sofern er nicht beweisen kann, dass das Kind nicht von ihm abstammt (dies wird regelmäßig mittels DNA-Analyse nachgewiesen). Wenn also die **Beiwohnung** in der fraglichen Zeit nachgewiesen wird, muss der Mann den Ausschlussbeweis erbringen, dass er nicht der Kindesvater ist.²⁹⁵ Im Unterschied zur alten Rechtslage reicht der Beweis, dass die Vaterschaft eines anderen Mannes wahrscheinlicher ist, nicht aus.²⁹⁶ Historischer Hintergrund der dem Kind gewährten Erleichterung war, dass die Erbringung eines positiven Abstammungsbeweises lange Zeit praktisch unmöglich war.²⁹⁷

Gemäß § 138 a Abs 2 ABGB kann auch nach dem Tod des Vaters die Feststellung der Abstammung begehrt werden. Eine solche Feststellung gem § 163 Abs 2 ABGB ist aber nach Ablauf von zwei Jahren²⁹⁸ nach dem Tod des Mannes nicht mehr möglich²⁹⁹, außer wenn das Kind nachweist, dass ihm der Beweis nach § 163 Abs 1 ABGB (positiver Abstammungsbeweis) aus Gründen auf Seiten des Mannes nicht gelingt. Für die Vaterschaftsfeststellung nach dem

²⁹⁴ Bei der IVF muss die Reimplantation der außerhalb des Mutterleibes befruchteten Eizelle in diese Frist fallen.

²⁹⁵ *Schwimann*, StAZ 2005, 42.

²⁹⁶ *Fischer-Czermak*, JBI 2005, 6.

²⁹⁷ Vgl. *Steininger*, Rechtsfragen, 25ff und 36ff („...müssen die Chancen für einen positiven Vaterschaftsnachweis trotz des Fortschrittes der Naturwissenschaften also immer noch als verhältnismäßig gering bezeichnet werden“, „Es ist praktisch unbeweisbar, wer ein Kind gezeugt hat; (...) Die Wahrscheinlichkeit, dass der Nachweis, wer ein bestimmtes Kind gezeugt hat misslingt, ist trotz des Fortschrittes der Naturwissenschaften immer noch so groß und übersteigt das normale prozessuale Irrtumsrisiko so sehr, daß ein Gesetzgeber (nicht nur des Jahres 1811!) der das Rechtsverhältnis der ae. Vaterschaft grundsätzlich zwischen dem Kind und dem wirklichen Erzeuger bestehen wissen will, dem Beweispflichtigen nicht die Beweislast eines positiven Vaterschaftsnachweises aufbürden soll.“)

²⁹⁸ Die Frist wird entgegen dem Gesetzeswortlaut durch Antragstellung und nicht durch die Feststellung gewahrt (ErläutRV 471 BlgNR 22. GP 22; *Schwimann*, NZ 2005, FN 60; *ders*, StAZ 2005, 42).

²⁹⁹ Die Regelung des § 163 Abs 2 ABGB trat als Sonderregel an die Stelle des durch das FamErbRÄG 2004 aufgehobenen § 730 Abs 2 ABGB (Näheres zu dieser Bestimmung bereits oben II.B.3.).

Tod des Vaters hält somit das FamErbRÄG 2004 eine neue Regelung bereit, nach der der Antrag des Kindes auf Feststellung der Vaterschaft nach dem Tod des Putativvaters ohne zeitliche Schranken zulässig ist, wenn das Kind einen positiven Vaterschaftsbeweis iSd § 163 Abs 1 ABGB erbringen kann. Im Gegensatz dazu wird die Zulässigkeit des Beweises der Beiwohnung innerhalb der Empfängniszeit auf einen Zeitraum von zwei Jahren nach dem Tod des Mannes eingeschränkt, außer das Kind weist nach, dass es an der Führung des positiven Vaterschaftsbeweises durch Umstände gehindert ist, die in der Sphäre des Mannes liegen. Die Gesetzesverfasser hatten dabei an die „flüchtigen Männer“ gedacht, die sich zu Lebzeiten der Gewinnung von DNA-Proben entziehen und die auch nach ihrem Tod nicht „greifbar“ sind, aber auch an jene Fälle, in denen Erben genetisches Material verschwinden lassen.³⁰⁰

Die 2-Jahres-Schranke wird in den Materialien³⁰¹ damit begründet, dass in der Regel auch nach dem Tod des mutmaßlichen Vaters diesem zuordenbare DNA-Spuren verfügbar sein werden. Aus diesem Grund habe die Zeugungsvermutung nur eine eingeschränkte praktische Bedeutung. Außerdem seien nach Ablauf einer längeren Zeitspanne der Nachweis der Beiwohnung und ein allfälliger Gegenbeweis nur noch schwer zu erbringen. Beide Mutmaßungen des Gesetzgebers sind nun bereits durch den ersten, vom OGH auf der Basis des FamErbRÄG 2004 beurteilten Fall, widerlegt worden. Der OGH hatte nämlich im Jahr 2007³⁰² einen unter die Regelung des § 163 ABGB zu subsumierenden Sachverhalt zu beurteilen und das oben dargestellte Problem einer - mE zufrieden stellenden - Lösung zugeführt (dazu gleich unten II.D.3.). Dennoch möchte ich kurz auf die Probleme eingehen, die sich vor der Entscheidung des OGH ergeben hatten:

ME ist es nicht nachvollziehbar, dass der Beweis der Beiwohnung auf zwei Jahre nach dem Tod des mutmaßlichen Vaters beschränkt worden ist, da

³⁰⁰ ErläutRV 471 BlgNR 22. GP 22 (Ist die Feststellung der Abstammung durch einen DNA-Test möglich, dann soll aber diese Beweismöglichkeit auch wahrgenommen und dem Kind die uneingeschränkte Möglichkeit gegeben werden, seine wahre Abstammung feststellen zu lassen); *Fischer-Czermak*, JBl 2005, 6; *Höllwerth*, Anmerkung zu OGH 7 Ob 75/07s, EF-Z 2008, 20.

³⁰¹ ErläutRV 471 BlgNR 22. GP 22.

³⁰² OGH 29.8.2007, 7 Ob 75/07s, EF-Z 2008, 19 (*Höllwerth*).

dieser Beweis wohl selten eine große Rolle spielen wird (anders freilich: OGH 7 Ob 75/07s, EF-Z 2008, 19). Diese Beschränkung hätte nämlich zur Folge, dass dann, wenn das Kind den positiven Vaterschaftsbeweis nicht führen kann und dieser Beweis nicht an Umständen scheitert, die der Sphäre des Mannes zuzurechnen sind, der Beweis nach § 163 Abs 2 Satz 1 ABGB unzulässig ist, wenn seit dem Tod des Putativvaters mehr als zwei Jahre verstrichen sind. Das Kind wird aber oftmals gar nicht in der Lage sein, einen Antrag nach § 163 Abs 2 Satz 1 ABGB innerhalb dieser Frist zu stellen, weil etwa die Mutter über längere Zeit die Identität des (mutmaßlichen) Vaters verschweigt. Es hängt daher von reinen Zufälligkeiten ab, ob das Kind innerhalb von zwei Jahren nach dem Tod des Putativvaters oder erst danach in der Lage ist, einen Antrag auf Vaterschaftsfeststellung zu stellen. Diese Zufälligkeiten können sich aber selbstverständlich auf die Rechte des Kindes sehr nachteilig auswirken.³⁰³ Es ist daher höchst zweifelhaft, ob die zeitliche Beschränkung des § 163 Abs 2 ABGB auch dem verfassungsrechtlich geforderten Sachlichkeitsgebot (Art 7 Abs 1 B-VG) entspricht, weil das Kind nach dieser Regelung zur juristischen Vaterlosigkeit verurteilt wird, obwohl ihm der Beweis der Beiwohnung (der künstlichen Insemination mit dem Samen des Putativvaters) in der Empfängniszeit aufgrund der konkreten Beweislage durchaus gelingen könnte.³⁰⁴

Nach den Gesetzesmaterialien sei der Kindesantrag nach § 163 Abs 2 ABGB nur subsidiär, „als hilfsweser Weg“ für jene Fälle „gedacht“, in denen der positive Abstammungsbeweis nicht erbracht werden kann. Aus diesem Grund solle nur bei drohender Vaterlosigkeit auf die Beiwohnungsvermutung zurückgegriffen werden.³⁰⁵ Diese Absicht des Gesetzgebers kommt aber auch mE im Gesetzestext nicht unmissverständlich zum Ausdruck. *Schwimann* vertritt mit guten Gründen die Meinung, dass die in § 163 Abs 2 Satz 2 ABGB genannte Verhinderung des Abstammungsnachweises „aus Gründen auf Seiten des Mannes“ den Verhinderungsregelfall bilde. Die Subsidiarität des Abstellens auf die Beiwohnungsvermutung müsse auf den Fall der verspäteten

³⁰³ Vgl etwa die oben dargestellten Sachverhalte, die den Entscheidungen des BVerfG vom 18.11.1986, NJW 1987, 1007 und des VfGH vom 28.2.1991, JBI 1991, 712, zugrunde lagen.

³⁰⁴ *Bernat* in *Schwimann*, ABGB I³ § 163 Rz 5.

³⁰⁵ ErläutRV 471 BlgNR 22. GP 22.

Antragstellung nach dem Tod des Mannes begrenzt werden; aus diesem Grund greife sie bei rechtzeitiger Antragstellung nicht. Dies spreche für den alternativen Charakter der auf die Beiwohnungsvermutung gestützten Vaterschaftsfeststellung.³⁰⁶

In diesem Zusammenhang wäre es auch fraglich, inwieweit eine derartige Einschränkung dem Rechts des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung³⁰⁷ Stand halten würde, da der EGMR in der Entscheidung Jäggi gegen die Schweiz³⁰⁸ das Interesse des Kindes an der Feststellung der Vaterschaft höher gewichtet hat als das Interesse der nächsten Angehörigen des Verstorbenen an der Nichtdurchführung der Abstammungsuntersuchung.

Eine Beseitigung des Vaterschaftsfeststellungsbeschlusses ist verfahrensrechtlich lediglich mittels eines Abänderungsantrages möglich (§§ 72ff AußStrG), doch wird materiellrechtlich die gerichtlich festgestellte Vaterschaft sowohl durch qualifiziertes Vaterschaftsanerkennnis eines anderen Mannes gemäß § 163 e Abs 2 ABGB als auch durch gerichtliche Feststellung eines andere Vaters auf Kindesantrag gemäß § 163 b ABGB automatisch unwirksam und durch die neue Vaterschaft ersetzt.³⁰⁹

³⁰⁶ In der Praxis wird die Wahl zwischen Vaterschaftsfeststellung gem § 163 Abs 1 oder Abs 2 ABGB von der günstigeren Beweislage abhängen (*Schwimmann*, NZ 2005, 41; *ders*, StAZ 2005, 43).

³⁰⁷ Näheres zum Kenntnisrecht unter III.B.).

³⁰⁸ Urteil vom 13.7.2006- BeschwNr 58757/00, FamRZ 2006, 1354f.

³⁰⁹ *Schwimmann*, StAZ 2005, 43.

3.) Die Entscheidung des OGH

Der OGH³¹⁰ hat die unter II.D.2.3.3.) dargestellten Probleme einer Lösung zugeführt. Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zu Grunde:

3.1.) Sachverhalt

Der Antragsteller wurde am 9.3.2004 geboren. Seine Mutter hatte in der empfängniskritischen Zeit (14.5.2003 bis 11.9.2003) Geschlechtsverkehr mit dem verstorbenen nigerianischen Staatsbürger Alpheus O. Das Aussehen des Antragstellers deutet auf einen Elternteil afrikanischer Abstammung hin. Da die Mutter über die Möglichkeit der Einbringung eines Antrags auf Feststellung der Vaterschaft nicht informiert war, wurde der Antrag erst nach einer diesbezüglichen Aufklärung durch das Jugendamt gestellt. Der Antragsteller beehrte die Feststellung nach § 163 ABGB, dass der Verstorbene sein Vater sei. Der Versuch einer DNA-Profil-Erstellung aufgrund des nach der Obduktion noch erliegenden Gewebematerials scheiterte. Das Erstgericht stellte im Weg der Zeugungsvermutung fest, dass Alpheus O der Vater des Antragstellers sei. Die Feststellung der Vaterschaft gemäß § 163 Abs 2 ABGB sei auch nach Ablauf von zwei Jahren zulässig, da der Antragsteller nachgewiesen habe, dass der Mann aufgrund seines Ablebens nicht mehr „greifbar“ sei. Das Rekursgericht änderte den angefochtenen Beschluss ab und wies den Antrag auf Vaterschaftsfeststellung ab. Weder der Tod des Putativvaters, noch das über zwei Jahre nach dessen Tod andauernde Untätigsein der Mutter oder der degradierende Effekt von Formalin auf seine DNA seien Gründe „auf Seiten des Mannes“ iSd § 163 Abs 2 letzter Halbsatz ABGB.³¹¹

³¹⁰ OGH 29.8.2007, EF-Z 2008, 19 (Höllwerth).

³¹¹ OGH 29.8.2007, EF-Z 2008, 20 (Höllwerth).

3.2.) Die Entscheidung

Der OGH stellte den Beschluss des Erstgerichts wieder her. Die Gründe dafür lassen sich wie folgt zusammenfassen:

Der OGH stellte fest, dass sich die, in den Erläuterungen angesprochene Subsidiarität der Zeugungsvermutung, aus dem Gesetzestext nicht ableiten lasse. Er vertrat - im Anschluss an *Fischer-Czermak*³¹² und *Schwimann*³¹³- die Auffassung, dass das Kind als Antragsteller die Wahl zwischen Feststellung durch positiven Vaterschaftsbeweis und Vaterschaftsvermutung habe, da beide Fälle offenbar gleichwertig nebeneinander stünden. Es sei aus dem Gesetzestext des § 163 ABGB nicht abzuleiten, dass die Feststellung der Vaterschaft aufgrund der Zeugungsvermutung (Abs 2) nur subsidiär in dem Fall erfolgen dürfe, wenn erwiesen sei, dass die Feststellung durch positiven Vaterschaftsbeweis (Abs 1) nicht möglich ist. Dies würde bewirken, dass dem Kind als Antragsvoraussetzung für die Vaterschaftsfeststellung durch Zeugungsvermutung der Beweis auferlegt wäre, dass eine genetische Abstammungsfeststellung aufgrund fehlenden DNA-Materials nicht möglich ist. Nach Auffassung des OGH sei nicht ersichtlich, dass der Gesetzgeber das Kind damit habe belasten wollen. Die Novelle solle keine Schlechterstellung des Kindes sondern eine Verbesserung des Abstammungsrechts bewirken, sodass davon auszugehen sei, dass dem Kind eine Feststellung der Vaterschaft durch positiven Vaterschaftsbeweis und durch Zeugungsvermutung wahlweise offen stehe. Im zweiten Fall treffe den Vater die Beweislast, dass das Kind nicht von ihm abstammt, womit ohnehin der Versuch der Abklärung der Vaterschaft mittels eines DNA- Gutachtens (wie vom Gesetzgeber gewollt) gesichert sei. Daher könne der Antragsteller den Antrag auf Feststellung der Vaterschaft durch Zeugungsvermutung stellen³¹⁴

Nach § 163 Abs 2 Satz 2 ABGB kann ein Antrag auf Vaterschaftsfeststellung nur innerhalb von zwei Jahren nach dem Tod des Vaters gestellt werden, da nach Ablauf einer größeren Zeitspanne der Nachweis der Beiwohnung und ein

³¹² *Fischer Czermak*, JBI 2005, 6.

³¹³ *Schwimann*, NZ 2005, 41.

³¹⁴ OGH 29.8.2007, EF-Z 2008, 19f (*Höllwerth*).

allfälliger Gegenbeweis nur noch schwer zu erbringen seien. Diese zeitliche Beschränkung entfällt dann, wenn das Kind beweisen kann, dass ihm der positive Abstammungsbeweis aus Gründen auf Seiten des Mannes nicht gelungen sei. Diese Gründe seien - so der OGH - verschuldensunabhängig. Es komme nur darauf an, in welcher Sphäre sich die Unmöglichkeit der positiven Vaterschaftsfeststellung verwirklicht habe. Wenn das genetische Material des Mannes nicht verwertbar sei, liege dieses Hindernis in seiner Sphäre.³¹⁵

Es scheint auf den ersten Blick wenig verständlich, dass der OGH gegen die in § 163 Abs 2 Satz 2 ABGB festgesetzte Frist keine Einwände vorbringt. Dies gerade im Hinblick auf die bereits mehrfach angesprochene Entscheidung des VfGH, mit der jener § 754 Abs 2 Satz 3 ABGB als verfassungswidrig aufgehoben hatte, da die starre Jahresfrist **dieser** (freilich erbrechtlichen) Bestimmung eine beachtliche Gruppe unehelicher Kinder praktisch vom Erbrecht ausschließe und die Erlangung der Berechtigung von Zufälligkeiten abhängig mache. Aus diesen Gründen habe nach Ansicht des VfGH die Jahresfrist gegen das verfassungsrechtliche Gleichbehandlungsgebot verstoßen. Dieselben Bedenken können mE auch gegen die Zweijahresfrist des § 163 Abs 2 Satz 2 ins Treffen geführt werden. Bei genauerer Betrachtung muss man meiner Meinung nach allerdings zu dem Ergebnis kommen, dass der OGH mit seiner Entscheidung die Zweijahresfrist „ausgehebelt“ hat. Das Gericht gelangt in diesem Fall nämlich mittels verfassungskonformer Interpretation³¹⁶ mE richtiger Weise zu dem Ergebnis, dass die fragliche

³¹⁵ OGH 29.8.2007, EF-Z 2008, 20 (*Höllwerth*); vgl auch *Fischer-Cermak*, JBI 2005, 6, die der Meinung ist, dass die Zweijahresfrist auch dann nicht gelte, wenn sich ein, von seiner möglichen Vaterschaft nichts ahnender Mann, einäschern und so kein genetisches Material zurück lasse, weil dies in seiner Sphäre liege; *Schwimann*, NZ 2005, 41, hält die Zweijahresfrist für wenig verständlich, da sie weder den Beiwohnungsnachweis und noch weniger den Beweis einer (**genau** dokumentierten) medizinischen Fortpflanzungshilfe ausschließe; *Bernat* in *Schwimann*, ABGB I³ § 163 ABGB Rz 5, vertritt die Auffassung I, dass das Kind mitunter gar nicht in der Lage sein werde, einen Antrag nach § 163 Abs 2 Satz 1 ABGB innerhalb der Zweijahresfrist zu stellen (zB weil die Mutter den mutmaßlichen Vater über einen längeren Zeitraum nicht preisgibt), sodass ein solcher Antrag auf Vaterschaftsfeststellung von reinen Zufälligkeiten abhängt, die sich auf die Rechte des Kindes sehr nachteilig auswirken könnten.

³¹⁶ Unter verfassungskonformer Interpretation versteht man die Auslegung von Gesetzen und sonstigen Rechtsvorschriften im Einklang mit dem Verfassungsrecht. Ein Gesetz

Bestimmung nicht gegen den Gleichheitssatz verstößt. Der Grund dafür ist das, vom Gerichtshof im Ergebnis angenommene Wahlrecht des Kindes, zwischen positivem Abstammungsbeweis und Zeugungsvermutung, wobei der Beweis gewählt werden kann, der am einfachsten zu erbringen ist.

4.) Aufhebung des § 730 Abs 2 ABGB

Wie bereits mehrfach angesprochen, ist § 730 Abs 2 ABGB durch das FamErbRÄG 2004 zur Gänze aufgehoben worden. Zur Erinnerung: § 730 Abs 2 ABGB bestimmte, dass zur Begründung eines gesetzlichen Erbrechts die Abstammung noch zu Lebzeiten des Erblassers oder der die Verwandtschaft vermittelnden Person feststehen oder zumindest gerichtlich geltend gemacht worden sein musste, wobei das Gesetz bei Ungeborenen (und analog bei kurz vor dem Tod des Erblassers Geborenen) eine Ausnahme machte.³¹⁷

Aufgrund der Aufhebung kommt es nunmehr für das gesetzliche Erbrecht nicht darauf an, **wann** nach dem Tod des Erblassers die Abstammung von ihm festgestellt wird.³¹⁸ Das bedeutet, dass die Feststellung der Abstammung im Fall des positiven Abstammungsbeweises nach geltendem Recht unbefristet möglich ist, was auch für die Beiwohnungsvermutung gilt, wenn das Kind aus

verfassungskonform zu interpretieren heißt, dass jene von mehreren Interpretationsergebnissen ausgeschlossen werden, die mit dem Verfassungsrecht nicht vereinbar sind. Die Grenze einer verfassungskonformen Auslegung liegt dort, wo sie dem Gesetzeswortlaut oder der Absicht des Gesetzgebers eindeutig widerspricht. Der Grundsatz der verfassungskonformen Interpretation verlangt, dass nicht nur die Gesetzgebung, sondern auch die vollziehenden Organe bei der Gesetzesanwendung die Verfassung mit bedenken und eine Auslegung des im konkreten Fall anzuwendenden Gesetzes vermeiden, die dieses Gesetz als verfassungswidrig erscheinen ließe. Eine Unterlassung der verfassungskonformen Interpretation stellt als Unterstellung eines gleichheitswidrigen Inhalts oder als „denkumögliche“ Unterstellung eines verfassungswidrigen Inhalts eine Verletzung des Gleichheitssatzes dar (*Öhlinger, Verfassungsrecht*⁴ (1999), 37f).

³¹⁷ Näheres bereits oben II.B.3.).

³¹⁸ Dies gilt, wenn der Erblasser nach dem 31.12.2004 verstorben ist. Zur Erlangung des Erbrechts des unehelichen Kindes muss aber die Vaterschaft jedenfalls festgestellt worden sein.

Gründen auf Seiten des Mannes den positiven Abstammungsbeweis nicht erbringen kann.³¹⁹

In diesem Zusammenhang stellt sich nun die Frage, wie lange der eingetragene Erbe mit erbrechtlichen Ansprüchen eines zunächst unbekanntes Kindes des Erblassers rechnen muss. MaW: Welche Bedeutung kommt hier den erbrechtlichen Verjährungsvorschriften zu?³²⁰

5.) Verjährung

Gemäß § 1478 ABGB verjährt die Erbschaftsklage allgemein in dreißig Jahren. Für die Rechte, eine letztwillige Verfügung umzustoßen oder entgegen einer solchen den Pflichtteil zu verlangen, gilt allerdings die dreijährige Verjährungsfrist des § 1487 ABGB. Diese kurze Frist kommt auch in jenen Fällen zum Tragen, in denen ein Kind vom Erblasser irrtümlich übergeben wurde und Ansprüche nach § 777 ABGB geltend macht oder gemäß § 778 ABGB auf Entkräftung des letzten Willens klagt. Somit gilt Folgendes: Die Feststellung der Abstammung ist zwar unbefristet möglich, daraus resultierende erbrechtliche Ansprüche können aber nur innerhalb der Verjährungsfristen geltend gemacht werden, wobei sich aber die Frage erhebt, wann diese zu laufen beginnen. Gemäß § 1478 ABGB beginnt die Verjährungsfrist, sobald der Geltendmachung des Rechts kein rechtliches Hindernis entgegensteht. Man könnte - so *Fischer-Czermak* - argumentieren, dass der Fristenlauf erst durch die Abstammungsfeststellung in Gang gesetzt wird, da das Erbrecht erst in diesem Zeitpunkt entsteht und deshalb vorher nicht ausgeübt werden kann. *Fischer-Czermak* wendet dagegen aber selbst, mE völlig zu Recht ein, dass es auf die Tatsache der Abstammung und nicht auf ihre rechtliche Feststellung ankomme, die ja in den Händen der Beteiligten liegt. Auch in den Fällen, in denen die Fälligkeit von der Ausübung eines Gestaltungsrechts abhängt, beginnt die Verjährungsfrist bereits in dem Zeitpunkt, in dem die Ausübung zulässig ist, und nicht erst ab tatsächlicher Geltendmachung. Aus diesem Grund schiebt auch nach Meinung der Autorin die Abstammungsfeststellung nach dem Erbfall den Beginn des Fristenlaufs nicht hinaus. Das gilt auch für die

³¹⁹ *Beclin*, JAP 2004/2005, 61.

³²⁰ *Fischer-Czermak*, JBI 2005, 11; *Eccher* in *Schwimann ABGB III*³ § 730 Rz 8.

dreijährige Verjährungsfrist, da es auf die Kenntnis des Berechtigten nicht ankommt. Für beim Erbfall bereits gezeugte, aber noch nicht geborene Kinder beginnt der Fristenlauf aber frühestens mit der Geburt, da § 22 ABGB nur zum Vorteil des nasciturus gilt.³²¹

6.) In-Kraft-Treten

Die abstammungsrechtlichen Regelungen des FamErbRÄG 2004 traten gleichzeitig mit dem neuen Außerstreitgesetz am 1.1.2005 in Kraft. Anerkenntnisse des ehemaligen Ehemannes der Mutter (§ 138d ABGB) sind bereits seit 1.7.2004 möglich und seit diesem Zeitpunkt kann auch das Kind die Feststellung erwirken, dass es nicht vom Ehemann der Mutter abstammt.³²²

³²¹ *Fischer-Czermak*, JBI 2005, 11f.

³²² *Beig*, JAP 2004/2005, 60.

III.) Fortpflanzungsmedizin

Der folgende Abschnitt befasst sich mit der Vaterschaftsfeststellung bei künstlicher Fortpflanzungshilfe in Österreich und Deutschland. Im ersten Teil dieses Kapitels (III.A.) soll, als Grundlage für alle weiteren Ausführungen, ganz allgemein auf die Vaterschaft bei medizinisch unterstützter Fortpflanzung eingegangen werden. Unter III.B.) wird sich die Verfasserin sodann mit der Frage beschäftigen, ob ein Recht (des Kindes) auf Vaterschaftsfeststellung existiert, aus welchen Rechtsvorschriften dieses abgeleitet werden könnte und ob und (wenn ja) gegen wen ein solches Recht (gerichtlich) durchsetzbar ist. In diesem Zusammenhang wird auch die diesbezügliche Rsp des EGMR unter die Lupe genommen.

Unter III.C.) ist schließlich zu untersuchen, wie der Fall zu beurteilen ist, wenn die künstliche Fortpflanzungshilfe erst nach dem Tod des Mannes durchgeführt wird.

Die postmortale Zeugung (= Zeugung nach dem Tod des Ehemannes oder Lebensgefährten) eines Kindes ist zwar in Österreich wie auch in Deutschland verboten, doch ist sie mit Hilfe der Kryokonservierung von Samenzellen und Embryonen heutzutage leicht durchführbar. Ist dies geschehen, stellen sich folgende Fragen: Status des post mortem „entstandenen“ Kindes (in diesem Zusammenhang die Frage nach der Möglichkeit der Feststellung der Vaterschaft eines nach dem Tod des Ehegatten/Lebensgefährten gezeugten Kindes)³²³, seine Unterhaltsansprüche und das Erbrecht nach seinem verstorbenen Vater.

Bevor aber der Versuch unternommen wird, die soeben aufgeworfenen Fragen zu beantworten, sollen an dieser Stelle die für diese Arbeit wesentlichen Begriffe bzw Methoden medizinisch unterstützten Fortpflanzung kurz erläutert werden:

³²³ In diesem Zusammenhang ergibt sich auch die Frage nach einem Recht des Kindes auf Vaterschaftsfeststellung bzw nach einem Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung.

1.) **Homologe Insemination**= „künstliche“ Besamung der Ehefrau mit dem Samen des Ehemannes

2.) **Quasi- homologe Insemination**= „künstliche“ Besamung der Frau mit dem Samen ihres Lebensgefährten

3.) **Heterologe Insemination**= künstliche Besamung der Frau mit dem Samen eines Dritten (dh nicht des Ehemannes oder Lebensgefährten).

4.) **In-vitro-Fertilisation (IVF)**= außerkörperliche künstliche Befruchtung. Dabei wird der künftigen Mutter ein Ei entnommen, dieses im Labor mit Samen zur Zeugung gebracht und im befruchteten Zustand der Mutter später wieder eingepflanzt. Diese Reproduktionsmethode teilt sich somit in zwei Behandlungsphasen, die meist in zeitlichem Zusammenhang erfolgen. Auch bei dieser Reproduktionsmethode wird zwischen der (quasi) homologen IVF, bei der das Sperma des Ehemannes oder Lebensgefährten verwendet wird und der heterologen IVF³²⁴, bei welcher das Sperma eines Dritten herangezogen wird, unterschieden.³²⁵

Als „künstlich“ ist, im Gegensatz zur natürlichen Zeugung, jede Insemination anzusehen, die nicht unmittelbar aufgrund eines natürlichen Geschlechtsaktes erfolgt.³²⁶

5.) **Kryokonservierung**= Tiefkühlkonservierung. Hierbei werden Keimzellen und Embryonen in der Dampfphase über flüssigem Stickstoff bei – 196°C eingefroren.³²⁷

³²⁴ Die heterologe IVF ist in Österreich und Deutschland nicht nur post mortem sondern auch unter Lebenden verboten.

³²⁵ *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht⁶, Rz 772.

³²⁶ *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht⁶, Rz 756.

³²⁷ *Britting*, Die postmortale Insemination als Problem des Zivilrechts (1989) 19.

A.) Vaterschaft bei medizinisch unterstützter Zeugung

1.) Die Rechtslage in Österreich

1.1.) Vorbemerkungen

Der österreichische Gesetzgeber hat- im Gegensatz zu Deutschland- im Jahr 1992 die medizinisch unterstützte Fortpflanzung in einem eigenen Gesetz, dem Fortpflanzungsmedizingesetz³²⁸ (im Folgenden: FMedG) geregelt³²⁹. Ziel des Gesetzesvorhabens war es, die durch die technischen Möglichkeiten der modernen Fortpflanzungsmedizin auftretenden Rechtsunsicherheiten zu klären und rechtliche Grenzen abzustecken, innerhalb derer sich die medizinisch unterstützten Reproduktionsmethoden in Hinkunft bewegen dürfen.³³⁰ § 2 Abs 1 FMedG erlaubt verheirateten wie unverheirateten Paaren die Methoden der medizinisch unterstützten Fortpflanzung für sich in Anspruch zu nehmen,³³¹ wobei die (quasi-) homologe Insemination, die homologe In-vitro-Fertilisation, sowie die heterologe Insemination (nicht die heterologe IVF!)³³² zulässig sind.

³²⁸ BGBl 1992/275.

³²⁹ In Deutschland ist das Abstammungsrecht im Wesentlichen im BGB geregelt. Eher geringen Einfluss haben die Regelungen des Embryonenschutzgesetzes. Bis zu einem umfassenden Fortpflanzungsmedizingesetz, wie es in Österreich gilt, hat es der deutsche Gesetzgeber noch nicht gebracht, sondern begnügt sich stattdessen mit Detailregelungen (*Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht⁶, Rz 746).

³³⁰ ErläutRV 216 BlgNR 18. GP 8.

³³¹ Dass das Recht auf Familiengründung und Fortpflanzung (Art 12 iVm Art 8 EMRK) nach dem Gleichheitssatz auch Personen erfasst, die in einer eheähnlichen Lebensgemeinschaft leben, ist wohl heute herrschende Auffassung (*Stolz*, Grundrechtsaspekte künstlicher Befruchtungsmethoden, in: *Bernat* (Hrsg), Lebensbeginn durch Menschenhand (1985) 117f; *Bernat*, Das Recht medizinisch assistierter Zeugung 1990 - Eine vergleichende Bestandsaufnahme, in: *Bernat* (Hrsg), Fortpflanzungsmedizin. Wertungen und Gesetzgebung – Beiträge zum Entwurf eines Fortpflanzungshilfegesetzes (1991) 67ff.

³³² Die heterologe IVF ist nach dem FMedG verboten. Dieses Verbot hatte der VfGH mit Erk vom 14.10.1999, G 91/98-13, G 116/98-13 im Hinblick auf den Gleichheitssatz sowie die Art 8, 12 EMRK für verfassungskonform gehalten; dass dieses Verbot allerdings evident gleichheitswidrig (Verstoß gegen Art 7 B-VG) ist, ist wohl unzweifelhaft (vgl dazu *Novak*, Fortpflanzungsmedizin und Grundrechte, in: *Bernat* (Hrsg), Die Reproduktionsmedizin am Prüfstand von Recht und Ethik (2000) 72; *Bernat*, Das Recht der medizinisch assistierten

Die Übertragen von Samen eines Dritten (Samenspender) an eine verheiratete oder in einer Lebensgemeinschaft lebenden Frau ist erlaubt (§ 3 Abs 2 FMedG), die Übertragung einer fremden Eizelle ist dagegen verboten (§ 3 Abs 3 FMedG).

1.2.) Vaterschaft bei homologer/ quasi homologer Insemination

Eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung darf gemäß § 8 Abs 1 FMedG bei Eheleuten nur mit ihrer schriftlichen Zustimmung vorgenommen werden. Aber auch, wenn der Ehemann formlos oder gar nicht zustimmt, ist das Kind ehelich, wenn es in der Ehe oder innerhalb von 300 Tagen nach dem Tod des Ehemannes geboren wird (§ 138 Abs 1 Z 1 ABGB). Die fehlende oder nicht in entsprechender Form erfolgte Einwilligung hat auf den Status des Kindes keinen Einfluss, da der Ehemann der biologische Vater ist.³³³

Eine künstliche Insemination darf auch in einer Lebensgemeinschaft (quasi-homologe Insemination) durchgeführt werden (§ 2 Abs 1 FMedG), doch muss die Zustimmung in qualifizierter Form, dh mittels Notariatsakts oder Gerichtsprotokolls erfolgen (§ 8 Abs 1 FMedG).

Das in einer Lebensgemeinschaft durch artifizielle Insemination gezeugt Kind ist immer unehelich. Seine Vaterschaft ist nach § 163 ABGB (genauer bereits oben II.D.2.3.3.) festzustellen. Dabei kommt dem Kind § 163 Abs 1 ABGB zugute, wonach der Mann als Vater festzustellen ist, von dem das Kind abstammt. Das ist im Fall der quasi-homologen Insemination der Lebensgefährtin der Mutter,

Zeugung, in: *Bernat*, Fortpflanzungsmedizin, 81f; *ders*, Fortpflanzungsmedizin und Recht-Bemerkungen zum Stand der Gesetzgebung in Österreich, Deutschland und Großbritannien, MedR 1991, 310; *ders*, Anmerkung zu VfGH G 91/98- 13 und G 116/ 98- 13, MedR 2000, 394ff; *ders*, Fortpflanzungsfreiheit, Privatleben und die EMRK, Anmerkung zu VfGH 14.10.1999, Juridikum 2000, 116f; *Weh*, Beschränkungen des Rechts auf eigene Kinder - Das Fortpflanzungsmedizingesetz im Lichte der Menschenrechte, Juridikum 2000, 119ff; *Lurger*, Fortpflanzungsmedizin und Abstammungsrecht, in: *Bernat* (Hrsg), Die Reproduktionsmedizin am Prüfstand von Recht und Ethik (2000), FN 33.

³³³ ErläutRV 216 BlgNR 18 GP. 25.

unabhängig davon, ob er der künstlichen Insemination (in qualifizierter Form) zugestimmt hat oder nicht. Er ist nicht Dritter iSd § 163 Abs 4 ABGB.³³⁴

1.3.) Vaterschaft bei heterologer Insemination

1.3.1.) In einer Ehe (§ 157 ABGB)

Das FMedG erlaubt die artifizielle heterologe Insemination sowohl in einer Ehe als auch in einer Lebensgemeinschaft (§ 3 Abs 2 FMedG), wobei hier stets die Zustimmung mittels Notariatsakts oder Gerichtsprotokolls zu erfolgen hat (§ 8 Abs 1 FMedG). Ist dies geschehen, verbietet § 157 ABGB eine Antragstellung nach § 156 ABGB (Antrag auf Feststellung der Nichtabstammung vom Ehemann der Mutter). Das bedeutet, dass der Richter trotz negativen Vaterschaftsbeweises, den Antrag auf Feststellung des Nichtbestehens der Ehelichkeit unter den in § 157 ABGB normierten Bedingungen abzuweisen hat.³³⁵

Eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung mit dem Samen eines Dritten iSd § 157 ABGB ist jedes Verfahren der Fortpflanzungsmedizin, sodass es irrelevant ist, ob die konkret angewandte Methode erlaubt oder verboten ist, oder die Vornahme einer medizinisch unterstützten Fortpflanzung im konkreten Fall überhaupt zulässig war oder nicht.³³⁶ § 157 findet also auch im Fall der vom FMedG verbotenen heterologen IVF Anwendung.³³⁷ Weiters irrelevant ist auch, ob gegen sonstige Bestimmungen des FMedG verstoßen wurde, wie etwa in den Fällen, dass die medizinisch unterstützte Fortpflanzung unzulässiger Weise nach Ablauf des vom Ehemann angegebenen Zeitraums (§ 8 Abs 3 Z 3 FMedG) oder entgegen § 8 Abs 5 FMedG später als ein Jahr nach Abgabe der Zustimmungserklärung durchgeführt wurde, oder der Arztvorbehalt des § 4

³³⁴ *Fischer- Czermak*, NZ 1999, 262f.

³³⁵ *Bernat* in *Schwimann* (Hrsg), Praxiskommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch³ (2005) § 157 Rz 1.

³³⁶ *Stefula* in *Fenyves/Kerscher/Vonkilch* (Hrsg) Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch §§ 137 bis 267³ (2008) § 157 Rz 6.

³³⁷ *Bernat* in *Schwimann*, ABGB I³ § 157 Rz 1.

Abs 1 FMedG missachtet wurde, indem sich die Ehefrau den gespendeten Samen selbst eingeführt hat. Alle diese Ordnungswidrigkeiten ändern nichts an der wirksamen Zustimmung des Ehemannes iSd § 157 ABGB.³³⁸ Gemäß § 157 ABGB kann der Ehemann bei formgerechter Zustimmung nicht die Feststellung begehren, dass das während der Ehe oder innerhalb von 300 Tagen nach Auflösung der Ehe geborene Kind nicht von ihm abstammt.³³⁹ Obwohl das Kind also nicht vom Ehemann der Mutter, sondern von einem Dritten (dem Samenspender) abstammt, gilt es als ehelich. Die eheliche Geburt kann in diesem Fall nur durch den Nachweis der **natürlichen** Zeugung durch einen Dritten widerlegt werden.³⁴⁰

Die von § 157 ABGB geforderte Zustimmung ist analog § 17 Abs 2 EheG aus Gründen des Schutzes des Kindes bedingungsfeindlich, sodass die Rechtsfolgen des § 157 ABGB auch dann eintreten, wenn anstelle des Samens des von den Wunscheltern bereitgestellten Spenders der Samen eines anderen Mannes zur Zeugung verwendet wird (Samenverwechslung). Hätte der Ehemann in einem derartigen Fall ein Anfechtungsrecht, hätte dies wegen § 163 Abs 4 ABGB die Vaterlosigkeit des Kindes zur Folge. Stimmt der Ehemann aber lediglich der Vornahme einer medizinisch unterstützten Fortpflanzung mit seinem eigenen Samen zu, kommt es aber zu einer Samenverwechslung, so liegt keine Zustimmung iSd § 157 ABGB vor und die Ehelichkeitsanfechtung ist zulässig.³⁴¹

Hat der Ehemann der Zeugung mit dem Samen eines Dritten nicht in qualifizierter Form zugestimmt und wurde er über die statusrechtlichen Folgen seines Verhaltens **ausreichend** aufgeklärt, ist immer zu prüfen, ob sein Antrag nicht dennoch wegen des allgemeinen Verbots missbräuchlicher Rechtsausübung abgewiesen werden sollte.³⁴²

³³⁸ *Stefula* in *Fenyves/Kerscher/Vonkilch*, ABGB §§ 137 bis 267³ § 157 Rz 6.

³³⁹ Wird das Kind erst nach Scheidung, Aufhebung oder Nichtigkeitklärung der Ehe oder später als 300 Tage nach dem Tod des Ehemannes geboren, ist § 157 ABGB nicht anwendbar. In einem derartigen Fall ist an sich bereits eine Antragstellung nach § 156 ABGB nicht möglich.

³⁴⁰ *Schwimann*, NZ 2005, 37.

³⁴¹ *Bernat* in *Schwimann*, ABGB-Praxiskommentar I³ § 157 Rz 3.

³⁴² *Bernat* in *Schwimann*, ABGB-Praxiskommentar I³ § 157 Rz 4 (mwN).

Fehlt aber eine Zustimmung des Ehemannes iSd § 157 ABGB gänzlich, steht einer Antragstellung nach § 156 ABGB nichts entgegen.³⁴³

Widerruft der Ehemann seine Zustimmung gegenüber dem Arzt rechtzeitig (vgl zur Rechtszeitigkeit § 8 Abs 4 FMedG), was formlos möglich ist, ist er so zu behandeln, als hätte er sie nie erklärt.³⁴⁴

1.3.2.) In einer Lebensgemeinschaft (§ 163 Abs 3)

§ 163 Abs 3 ABGB bestimmt Folgendes: *„Ist an der Mutter innerhalb der im Abs. 2 genannten Frist eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung mit dem Samen eines Dritten durchgeführt worden, so ist als Vater der Mann festzustellen, der dieser medizinisch unterstützten Fortpflanzung in Form eines gerichtlichen Protokolls oder Notariatsakts zugestimmt hat, es sei denn, er weist nach, dass das Kind nicht durch diese medizinisch unterstützte Fortpflanzung gezeugt worden ist.“*

Das Verfahren auf Vaterschaftsfeststellung nach § 163 Abs 1 und 2 ABGB verfolgt das Ziel, den biologischen Vater in rechtliche Verantwortung zu nehmen, sodass in diesen Fällen das konstitutive Element der Vaterschaft die Blutsverwandtschaft zwischen Vater und Kind ist. Im Gegensatz dazu wird die Vaterschaft nach § 163 Abs 3 ABGB durch reinen **Willenakt** begründet, sodass Vater des Kindes hier nicht der Mann ist, der es gezeugt hat, sondern jener, den die Rechtsordnung wegen seines Vaterwillens als solchen qualifiziert. Der Vaterwille ist also im Fall des § 163 Abs 3 ABGB das konstitutive Element der Vaterschaft, das die Zeugung substituiert.³⁴⁵ Eine soziale Betrachtungsweise wird somit dem Gedanken der Blutsverwandtschaft vorgezogen.³⁴⁶ Von § 163 Abs 3 ABGB wird jeder qualifiziert zustimmende Mann erfasst, auch wenn er nicht Lebensgefährte der Wunschkinder ist.³⁴⁷

³⁴³ *Stefula* in *Fenyves/Kerscher/Vonkilch*, ABGB §§ 137 bis 267³ § 157 Rz 7.

³⁴⁴ *Stefula* in *Fenyves/Kerscher/Vonkilch*, ABGB §§ 137 bis 267³ § 157 Rz 8.

³⁴⁵ *Bernat* in *Schwimann*, ABGB I³ § 163 Rz 6.

³⁴⁶ *Stefula* in *Fenyves/Kerscher/Vonkilch*, ABGB §§ 137 bis 267³ § 163 Rz 16.

³⁴⁷ *Stefula* in *Fenyves/Kerscher/Vonkilch*, ABGB §§ 137 bis 267³ § 163 Rz 17.

§ 163 Abs 3 ABGB stellt also den nichtehelichen Partner³⁴⁸ einer Frau (und jeden anderen Mann), der der medizinisch unterstützten Fortpflanzungshilfe mit dem Samen eines Dritten in qualifizierter Form zugestimmt hat, so, als hätte er das Kind gezeugt. Die Zustimmung dieses Mannes hat nach § 163 Abs 3 ABGB nicht die Funktion eines antizipierten Vaterschaftsanerkenntnisses, doch sorgt sie dafür, dass dieser Mann für die Vaterschaftsfeststellung aktiv und passiv antragslegitimiert ist.³⁴⁹

Irrelevant ist auch für die Zustimmung nach § 163 Abs 3 ABGB, ob die konkret angewandte Methode erlaubt oder verboten ist, sodass § 163 Abs 3 ABGB also auch im Fall der vom FMedG verbotenen heterologen IVF Anwendung findet.³⁵⁰

Wurde das Kind nicht durch die medizinisch unterstützte Fortpflanzungshilfe mit dem Samen eines Dritten, der der Mann zugestimmt hat, sondern durch Beischlaf gezeugt, ist zu unterscheiden: ist das Kind das leibliche Kind des zustimmenden Lebensgefährten, ist dieser gem § 163 Abs 1 oder 2 ABGB als Vater festzustellen. Ist das Kind aber weder das leibliche Kind des Samenspenders noch das des Lebensgefährten, so kann der Lebensgefährte den Beweis des doppelten Vaterschaftsausschlusses führen. Gelingt im dies, ist er weder Vater nach § 163 Abs 3 noch nach § 163 Abs 1 ABGB.³⁵¹

Auch die von § 163 Abs 3 ABGB geforderte Zustimmung des Lebensgefährten ist aus Gründen des Schutzes des Kindes bedingungsfeindlich, sodass der Lebensgefährte auch dann Vater nach § 163 Abs 3 ABGB ist, wenn nicht der Samen des von den Wunscheltern beigestellten Sponsors, sondern der Samen eines anderen Mannes verwendet wird. Dies deshalb, da das Kind ansonsten vaterlos wäre (arg § 163 Abs 4 ABGB). Stimmt der Lebensgefährte nur der

³⁴⁸ Den Fall, dass der Ehemann einer solchen Fortpflanzung qualifiziert zugestimmt hat, regelt § 157 ABGB, sodass er nicht als zustimmender Mann iSd § 163 Abs 3 ABGB angesehen werden kann. Die Feststellung seiner Vaterschaft wäre aber ohnehin sinnlos, da sie gem § 138 Abs 1 Z 1 automatisch gegeben ist.

³⁴⁹ Bernat in *Schwimmann*, ABGB I³ § 163 Rz 7.

³⁵⁰ Bernat in *Schwimmann*, ABGB I³ § 163 Rz 8; *Stefula* in *Fenyves/Kerscher/Vonkilch*, ABGB §§ 137 bis 267³ § 163 Rz 17

³⁵¹ Bernat in *Schwimmann*, ABGB I³ § 163 Rz 9.

Verwendung des eigenen Samens zur Vornahme einer medizinisch unterstützten Fortpflanzung zu, so liegt bei einer Samenverwechslung von vorn herein keine Zustimmung iSd § 163 Abs 3 ABGB vor, sodass der Lebensgefährte weder Vater nach § 163 Abs 1 noch nach § 163 Abs 3 ABGB ist.³⁵²

Die Zustimmung ist in folgenden Fällen unwirksam: Erklärung durch einen Geschäftsunfähigen, Anfechtung wegen Willenmangels, Widerruf gegenüber dem Arzt (und nicht nur gegenüber der Wunschmutter)³⁵³. Der Widerruf kann formfrei und ohne inhaltliche Rechtfertigung erklärt werden § 8 Abs 4 FMedG). Auch ordnet § 8 Abs 5 FMedG³⁵⁴ nunmehr an, dass die Zustimmung zur Verwendung von (gespendetem) Samen im Zeitpunkt der Einbringung in den Körper der Frau nicht älter als ein Jahr sein darf.³⁵⁵

Hat der Lebensgefährte der heterologen Insemination nicht formwirksam zugestimmt, so kann er nicht Vater nach § 163 Abs 3 ABGB sein (vgl aber die Ausführungen zu § 157 ABGB oben III.A.1.3.1. bezüglich des Verbots missbräuchlicher Rechtsausübung). Er könnte aber möglicherweise zur Unterhaltsleistung verpflichtet sein, als ob er Vater im abstammungsrechtlichen Sinn wäre.³⁵⁶

³⁵² Dasselbe gilt auch im Fall der Verwechslung von Samen des Ehemannes mit dem Samen eines Spenders. Der Ehemann kann die Ehelichkeit nach § 156 ABGB anfechten, wobei aber der Samenspender in diesem Fall nicht als Vater festgestellt werden kann (*Bernat* in *Schwimmann*, ABGB I³ § 163 Rz 10, 14).

³⁵³ Eine Missachtung des Widerrufs macht den Mann aber nicht zum „Dritten“:

³⁵⁴ IdF der FMedG- Novelle 2004, BGBl I 2004/163.

³⁵⁵ *Bernat* in *Schwimmann*, ABGB I³ § 163 Rz 11.

³⁵⁶ Vgl hierzu OGH 13.3.1996, JBl 1996, 717; OGH 23.7.1997, RdM 1998, 28. In diesen Fällen hatte der **Ehemann** die Ehelichkeit des heterolog gezeugten Kindes wirksam bestritten, da die – in Deutschland erteilte - Zustimmung nicht in der für Österreich (sondern für Deutschland) vorgeschriebenen Form erteilt wurde (zu Recht kritisch *Bernat*, Anmerkung zu OGH 13.3.1996, 7 Ob 527/96, JBl 1996, 719f). Der OGH ließ den wirksam bestreitenden Ehemann in seiner Entscheidung vom 23.7.1997, RdM 1998, 28 sodann für den vollen Kindesunterhalt wie bei aufrechter Vaterschaft auf vertraglicher Grundlage nach dem Vorbild des BGH haften, indem er die schriftliche Zustimmungserklärung des Mannes als Vertrag zu Gunsten Dritter, also des Kindes, gedeutet hat. Aus diesem Vertrag ergebe sich die Verpflichtung des Ehemannes, für das Kind wie ein ehelicher Vater zu sorgen.

1.3.3.) Ausschluss des Samenspenders von der Vaterschaftsfeststellung (§ 163 Abs 4 ABGB)

Samenspender sind gem § 163 Abs 4 ABGB von der Vaterschaftsfeststellung ausgeschlossen. Aufgrund der Legaldefinition des „Dritten“³⁵⁷ in § 163 Abs 4 ABGB, ist nun auch klargelegt, dass sich ein Spender nur dann auf den Ausschluss der Vaterschaft nach § 163 Abs 1 ABGB berufen kann, wenn er seinen Samen einer Krankenanstalt überlässt, die „für medizinisch unterstützte Fortpflanzungen zugelassen“ ist. Darin steckt ein Verweis auf §§ 5 Abs 2, 11 FMedG. Die Durchführung der heterologen Insemination muss von der Zulassung nach § 5 Abs 2 FMedG umfasst sein. Somit können Männer als Väter festgestellt werden, die ihren Samen (entgegen §§ 5 Abs 2, 11 FMedG) einem frei niedergelassenen Arzt oder einem Nichtarzt zur heterologen Insemination überlassen.³⁵⁸ Überlässt ein Ehemann oder Lebensgefährte seinen Samen einer Krankenanstalt nur zur homologen Fortpflanzungshilfe und wird eine andere Frau damit befruchtet, so kann er sich nicht auf § 163 Abs 4 ABGB berufen.³⁵⁹

Nach zustimmungswürdiger Auffassung *Bernats* sollte § 163 Abs 4 ABGB in allen Fällen teleologisch reduziert werden, in denen das Kind juristisch vaterlos wäre³⁶⁰ und der (durch die Vorschrift primär geschützte) Samenspender von diesem Schutz nicht Gebrauch machen will: Er sollte dann grundsätzlich zur

³⁵⁷ „Dritter ist, wer seinen Samen einer für medizinisch unterstützte Fortpflanzungen zugelassenen Krankenanstalt mit dem Willen überlässt, nicht selbst als Vater eines mit diesem Samen gezeugten Kindes festgestellt zu werden.“

³⁵⁸ *Bernat* in *Schwimmann*, ABGB I³ § 163 Rz 13.

³⁵⁹ *Bernat* in *Schwimmann*, ABGB I³ § 163 Rz 14; aA *Steininger*, Juristisch elternlose Kinder? ÖJZ 1999, 708ff.

³⁶⁰ Etwa in dem Fall, dass die heterologe Fortpflanzung, ohne qualifizierte Zustimmung des Ehemannes oder Lebensgefährten vorgenommen wurde und sich der Ehemann deshalb von der Vaterschaft befreien (§ 156 ABGB) oder dem Lebensgefährten die Stellung des Vaters nicht aufgedrängt werden kann (§ 163 Abs 1 bis 3 ABGB).

Abgabe eines Vaterschaftsanerkennnisses (§163 c ABGB) des mit seinem Samen gezeugten Kindes berechtigt sein.³⁶¹

Indessen werde man nach Auffassung *Bernats* in einem derartigen Fall der Mutter und dem Kind das Widerspruchsrecht nach § 163 d ABGB belassen und dem Samenspender das Recht auf Klärung seiner biologischen Vaterschaft (§ 164 Abs 1 Z 2 Fall 1 ABGB) in der Folge verwehren müssen, da die rechtliche Immunität des Samenspenders auch die Aufgabe habe, die soziale Familie vor dem Eindringen eines Außenstehenden zu schützen.³⁶² Das bedeutet, dass das Anerkenntnis des Samenspenders nur wirksam würde, wenn Mutter und Kind diesem durch Unterlassen des Widerspruchs zustimmten. Damit hätte es die Mutter in der Hand, das Kind von einer Vaterschaft des Samenspenders endgültig auszuschließen und es bliebe auf sein Recht auf Kenntnis nach § 20 FMedG (dazu näher unter III.B.1.2.) beschränkt. Nach Ansicht *Lurgers*³⁶³ sei es aber zweifelhaft, ob diese Lösung dem Kindeswohl in jedem Fall dienlich wäre, da das Kind in manchen Fällen (zB beim Tod der Mutter) davon profitieren würde, einen neuen Vater zu bekommen, der die Verantwortung auch übernehmen will.

Auch *Stefula*³⁶⁴ spricht sich für eine teleologische Reduktion des § 163 Abs 4 ABGB für den Fall der juristischen Vaterlosigkeit des Kindes aus, wenn es damit einverstanden ist und sich der Samenspender zu dem Kind bekennen will. Der strikte Gesetzeswortlaut erscheine dann wegen Art 8 EMRK (Grundrecht auf Familienleben) und im Licht des aus dem verfassungsrechtlichen Gleichheitsgrundsatz (Art 7 B-VG) abgeleiteten Sachlichkeitsgebot als zu weitgehend.

³⁶¹ *Bernat* in *Schwimmann*, ABGB I³ § 163 Rz 13; *ders*, Diplomprüfung aus bürgerlichem Recht-Musterlösung, JAP 1994/95, 23; vgl auch *Steininger*, Interpretationsvorschläge für die neuen Normierungen im ABGB über die väterliche Abstammung, ÖJZ 1995, 133; *Stabentheiner* in *Rummel*, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch I³ (2000) § 163 Rz 1c; aA *Memmer*, Eheähnliche Lebensgemeinschaft und Reproduktionsmedizin, JBI 1993, 304; *Pichler*, Probleme der medizinisch unterstützten Fortpflanzung, ÖA 1993, 54; *Schwimmann*, NZ 2005, 41, *ders*, StAZ 2005, 39.

³⁶² *Bernat* in *Schwimmann*, ABGB I³ § 163 Rz 14; ebenso *Steininger*, ÖJZ 1995, 133.

³⁶³ *Lurger*, Fortpflanzungsmedizin, in: *Bernat*, Die Reproduktionsmedizin, 143.

³⁶⁴ *Stefula* in *Fenyves/Kerscher/Vonkilch*, ABGB §§ 137 bis 267³ § 163 Rz 30.

*Schwimmann*³⁶⁵ schlägt eine weitere teleologische Reduktion des Anwendungsbereichs des § 163 Abs 4 ABGB vor. Zu einem Ausschluss der Vaterschaftsfeststellung nach § 163 Abs 4 ABGB soll es seiner Ansicht nach nur kommen, wenn der Samenspender der Samenspende nicht zugestimmt hat, oder wenn er seine Zustimmung eindeutig nicht in der Absicht erteilt hat, sich mit einer bestimmten Frau fortzupflanzen. Dem ist mit *Lurger*³⁶⁶ entgegenzuhalten, dass sich die Zustimmung des Spenders in der Regel nicht auf eine bestimmte Frau beziehen wird, und selbst dies sollte keinen Unterschied machen, da auch ein Freund der Wunscheltern, der genau jenen seinen Samen spendet, wohl darauf vertrauen will, selbst nicht als Vater in Anspruch genommen zu werden. Also ist auch er nach § 163 Abs 4 ABGB zu schützen.

Nach mE richtiger Ansicht *Steininger*³⁶⁷ und *Stefulas*³⁶⁸ soll außerdem jener Samenspender nicht durch § 163 Abs 4 ABGB geschützt werden, der im konkreten Fall gewusst hat, dass sein Samen für eine Frau verwendet werden soll, die weder Ehefrau noch Lebensgefährtin ist, und er mit dieser Rechtswidrigkeit einverstanden war und zusätzlich über sein Widerrufsrecht und seine mögliche Verantwortung vom Arzt nicht falsch beraten wurde. *Lurger*³⁶⁹ hält dem entgegen, dass der Samenspender angesichts der Bestimmung des § 163 Abs 4 ABGB darauf vertrauen könne, nicht in rechtliche Verantwortung genommen zu werden. Er dürfe davon ausgehen, dass es im Verantwortungsbereich von Mutter und Arzt liegt, die Insemination mit oder ohne Zustimmung des Wunschvaters durchzuführen.

³⁶⁵ *Schwimmann* in *Schwimmann*, ABGB I² § 163 Rz 13.

³⁶⁶ *Lurger*, Fortpflanzungsmedizin, in: *Bernat*, Die Reproduktionsmedizin, 142.

³⁶⁷ *Steininger*, ÖJZ 1995, 132.

³⁶⁸ *Stefula* in *Fenyves/Kerscher/Vonkilch*, ABGB §§ 137 bis 267³ § 163 Rz 30.

³⁶⁹ *Lurger*, Fortpflanzungsmedizin, in: *Bernat*, Die Reproduktionsmedizin, 142.

1.4.) Vaterschaft bei IVF

1.4.1.) Homologe/ quasi homologe IVF

Wird die Eizelle einer Frau mit dem Samen ihres Ehemannes oder Lebensgefährten in vitro befruchtet und sodann das befruchtete Ei in die Gebärmutter der Frau eingepflanzt, so ist der Ehemann/Lebensgefährte der biologische Vater des Kindes. Es ergeben sich dieselben statusrechtlichen Wirkungen wie bei homologer/ quasi homologer Insemination. Deshalb kann insoweit auf die Ausführungen unter III.A.1.2.) verwiesen werden.

1.4.2.) Heterologe IVF

Ungeachtet der Tatsache, dass die heterologe IVF gem § 3 Abs 2 FMedG verboten ist, gilt der Ehemann als Vater des Kindes, wenn er der heterologen IVF in Form eines **Notariatsakts** oder **Gerichtsprotokolls** zugestimmt hat. § 157 ABGB findet auch in diesem Fall Anwendung. Bezüglich der Einzelheiten kann daher auf Punkt III.A.1.3.1.) verwiesen werden.

Dies gilt auch, für den Fall, dass eine heterologe IVF in einer Lebensgemeinschaft vorgenommen wurde, wenn der Lebensgefährte in qualifizierter Form zugestimmt hat (Näheres bereist oben III.A.1.3.2.). Es ist nämlich auch für die Zustimmung nach § 163 Abs 3 ABGB irrelevant, ob die konkret angewandte Methode erlaubt oder verboten ist, sodass § 163 Abs 3 ABGB also auch im Fall der vom FMedG verbotenen heterologen IVF Anwendung findet.³⁷⁰

³⁷⁰ AA Memmer, Rechtsfragen im Gefolge medizinisch assistierter Fortpflanzung post mortem vel divortium JBI 1992, 371.

1.5.) Zusammenfassung und Bewertung

Als Ergebnis kann somit festgehalten werden, dass die Frage der Vaterschaft bzw Vaterschaftsfeststellung bei (quasi) homologen Fortpflanzungsmethoden keine Probleme bereitet. Auch in den Fällen der heterologen Insemination bzw IVF kann die Vaterschaft des qualifiziert Zustimmenden immer festgestellt werden bzw wird das Kind dem qualifiziert zustimmenden Ehemann zugerechnet, wenn es tatsächlich aus der heterologen Fortpflanzungshilfe hervorgegangen ist, welcher der Wunschvater zugestimmt hat.

§ 163 Abs 4 ABGB sollte nur dann teleologisch reduziert werden kann, wenn der Samenspender von diesem Schutz nicht Gebrauch machen will und ein Vaterschaftsanerkennnis abgibt, was nur bei juristischer Vaterlosigkeit des Kindes möglich ist. Außerdem ist ein Samenspender nicht geschützt, wenn er schon im Zeitpunkt der Abgabe der Samenspende wusste, dass es – aus welchen Gründen auch immer - zu keiner Vaterschaft des Ehemannes oder Lebensgefährten der Mutter kommen wird. Es ist nicht einzusehen, warum das Kind ohne juristischen Vater dastehen soll, wenn der Samenspender „unredlich“ war und über die Konsequenzen seiner Handlung vom Arzt nicht falsch aufgeklärt wurde.

2.) Die Rechtslage in Deutschland

2.1.) Vorbemerkungen

In Deutschland ist das Abstammungsrecht im Wesentlichen im BGB geregelt. Eher geringen Einfluss haben die Regelungen des Embryonenschutzgesetzes.

Im Gegensatz zu Österreich hat es der deutsche Gesetzgeber bis heute nicht zu einem umfassenden Fortpflanzungsmedizingesetz gebracht, sondern begnügt sich mit Detailregelungen. So ist die rechtliche und ethische Zulässigkeit der künstlichen Besamung der Wunschmutter in der BRD bis heute noch nicht abschließend gesetzlich geregelt. Das EschG verbietet nur die

postmortale homologe und heterologe Insemination (§ 4 Abs 1 Nr 3 ESchG); zur Verwendung homologer und heterologer Systeme im Übrigen enthält das Gesetz keinerlei Regelungen. Im Einzelnen gilt Folgendes:

Die medizinisch unterstützte Fortpflanzung ist in Deutschland grundsätzlich auf Ehepaare unter Verwendung des Samens des Ehemannes beschränkt. Eine künstliche Zeugung in einer Lebensgemeinschaft erfordert die vorherige Beratung durch die hierzu bei der Bundesärztekammer eingerichtete Kommission. Die Verwendung heterologer Systeme ist auf Ausnahmefälle, wie etwa bei Unfruchtbarkeit des Ehemannes oder Lebensgefährten, beschränkt und bedarf der Zustimmung der zuständigen Kommission der Ärztekammer im Einzelfall. Unzulässig ist eine medizinisch unterstützte Fortpflanzungshilfe bei allein stehenden Frauen und bei Frauen in gleichgeschlechtlichen Beziehungen.³⁷¹

Der Vollständigkeit halber sei bezüglich der Mutterschaft auf § 1591 BGB verwiesen, der genau wie § 137 b ABGB bestimmt, dass die Mutter eines Kindes stets die Frau ist, die es geboren hat.

2.2.) Vaterschaft bei homologer/ quasi homologer Insemination

In Deutschland ergibt sich für die homologe Befruchtung eine einheitliche abstammungsrechtliche Beurteilung, unabhängig davon, ob sie durch künstliche Insemination oder mittels IVF erfolgt. Maßgeblich ist lediglich die Verwendung des Samens des Ehemannes³⁷². Wird das so gezeugte Kind während des Bestehens der Ehe der Mutter oder innerhalb von 300 Tagen nach Auflösung

³⁷¹ *Rauscher* in *Staudinger*, (Hrsg), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen (Neubearbeitung 2004) Anhang zu § 1592 Rz 4.

³⁷² *Coester-Waltjen*, Befruchtungs- und Gentechnologie beim Menschen - rechtliche Probleme von morgen? *FamRZ* 1984, 231; Grundlage der Zuordnungsregelung ist die leibliche Vaterschaft. Deshalb wird die Gleichstellung von artifizieller Insemination und Beiwohnung einhellig vertreten (vgl. *Hohloch*, „Kinder mit drei Eltern“- Medizintechnologie und Personenstandsrecht, *StAZ* 1986, 153, *Britting*, Die postmortale Insemination, 131; *Bernat*, Zivilrechtliche Fragen um die künstliche Humanreproduktion, in: *Bernat* (Hrsg), *Lebensbeginn durch Menschenhand* (1985) 127).

der Ehe durch den Tod des Ehemannes geboren, so ist der Ehemann Vater des Kindes (§§ 1592 Nr 1, 1593 Satz 1 BGB).

Zur Widerlegung der Vaterschaftsvermutung genügt der Nachweis, dass zwischen den Ehegatten kein Geschlechtsverkehr stattgefunden hat, nicht, da auch in Deutschland nach hA, die künstliche Befruchtung mit der Beiwohnung gleichzusetzen ist.³⁷³ Eine Widerlegung ist nur möglich, wenn nachgewiesen wird, dass die Befruchtung nicht durch den homologen Befruchtungsvorgang stattgefunden hat.³⁷⁴ Hat die homologe Befruchtung gegen den Willen des Ehemannes stattgefunden, so ändert dies an der Abstammungslage nichts. Auch in diesem Fall ist lediglich die genetische Abstammung maßgebend.³⁷⁵

Bezüglich der Abstammung wurde früher in Fällen nicht konsentierter homologer Insemination zum Teil die Auffassung vertreten, dass hier der Ehemann der Mutter nicht der rechtliche Vater des Kindes sein solle, da es ihm nicht zugemutet werden könne, trotz sexueller Enthaltsamkeit mit der Bürde der Vaterschaft belastet zu werden. Diese Auffassung ist aber vom geltenden Gesetzeswortlaut nicht gedeckt.³⁷⁶

Die Vater- Kind Zuordnung kann auch durch eine Anfechtung nicht beseitigt werden, da der Ehemann der Wunschmutter auch der genetische Vater des Kindes ist. Selbst wenn die Insemination gegen den Willen oder ohne Wissen des Ehemannes vorgenommen wurde, kann sich dieser nicht von seiner Vaterrolle lösen. Besteht nämlich zwischen Mann und Kind eine genetische Vaterschaft, ist der Wille des Erzeugers zur Vaterschaft nicht Voraussetzung, um diesem das Kind statusrechtlich zuzuordnen. Auch ein Mann, der im Vertrauen auf die Verhütung durch die Frau oder im Zustand der Volltrunkenheit ein Kind gezeugt hat, ist dessen Vater ohne dass die Möglichkeit besteht, sich seiner Vaterschaft zu entledigen.³⁷⁷ Zusammengefasst bedeutet das eben

³⁷³ Vgl ua *Kirchmeier*, Zivilrechtliche Fragen der homologen und heterologen Insemination de lege lata et ferenda, FamRZ 1998, 1282; *Schumacher*, Fortpflanzungsmedizin und Zivilrecht, FamRZ 1987, 318; *Britting*, Die postmortale Insemination, 133f.

³⁷⁴ Vgl auch die entsprechende österreichische Rechtslage.

³⁷⁵ *Rauscher* in *Staudinger*, BGB- Kommentar IV (2004) Anh zu § 1592 Rz 6ff.

³⁷⁶ *Weyrauch*, Zulässigkeitsfragen und abstammungsrechtliche Folgeprobleme bei künstlicher Fortpflanzung im deutschen und US- amerikanischen Recht (2003) 165 (mwN).

³⁷⁷ *Weyrauch*, Zulässigkeitsfragen, 165.

Gesagte, dass die Ehelichkeit eines durch homologe Insemination gezeugten Kindes nicht mit der Begründung der fehlenden Beiwohnung beseitigt werden kann.³⁷⁸

Hinsichtlich der künstlichen Befruchtung einer Frau mit dem Samen ihres Lebensgefährten (quasi- homologe Insemination) ergeben sich in der Statuszuordnung ebenfalls keinerlei Besonderheiten gegenüber der Vaterschaftsfeststellung bei natürlicher Zeugung. Damit der Lebensgefährte zum rechtlichen Vater des Kindes wird, muss es zu einer Vaterschaftsanerkennung kommen (§§ 1592 Nr 2, 1594ff BGB), oder die Vaterschaft ist nach den §§ 1592 Nr 3, 1600d BGB gerichtlich festzustellen. Die Beiwohnungsvermutung des § 1600d Abs 2 BGB greift nur, wenn der Putativvater mit der Mutter Geschlechtsverkehr hatte³⁷⁹. Eine Inseminationsvermutung besteht nicht. Wird aber eine befruchtungstaugliche Insemination mit dem Samen des Lebensgefährten nachgewiesen, so kann hier vermutet werden, dass das Kind aus dieser Insemination stammt.³⁸⁰ Die künstliche Befruchtung wird der Beiwohnung gleichgestellt.³⁸¹

2.3.) Vaterschaftsfeststellung bzw -anfechtung bei heterologer Insemination

Ein im Weg der heterologen Insemination gezeugtes Kind ist genetisch das Kind der Ehefrau und des Samenspenders. Wird es allerdings in dem nach §§ 1592 Nr 1, 1593 Satz 2 BGB maßgeblichen Zeitpunkt geboren, so ist der Ehemann der Wunschmutter Vater des Kindes.³⁸² Dies gilt unabhängig von einer biologischen Vaterschaft des Mannes zum Kind, also auch im Fall der heterologen Insemination und heterologen IVF. Eine derartige Vaterschaft kann

³⁷⁸ *Coester-Waltjen*, Die künstliche Befruchtung beim Menschen - Zulässigkeit und zivilrechtliche Folgen, Gutachten B für den 56. DJT (1986) B 25.

³⁷⁹ *Rauscher* in *Staudinger*, BGB – Kommentar IV (2004) Anh zu § 1592 Rz 10;

³⁸⁰ *Coester-Waltjen*, Gutachten, B 44.

³⁸¹ *Schumacher*, FamRZ 1987, 318; *Britting*, Die postmortale Insemination, 133f; *Weyrauch*, Zulässigkeitsfragen, 164.

³⁸² *Rauscher* in *Staudinger*, BGB – Kommentar IV (2004) Anh zu § 1592 Rz 11; *Seidel* in MünchKomm VIII⁵ § 1592 Rz 31.

also grundsätzlich nur durch Anfechtung beseitigt werden.³⁸³ Bis zur erfolgreichen Anfechtung kommt die (in der BRD mögliche!) Vaterschaftsfeststellung des Samenspenders nicht in Frage, weil die Rechtsausübungssperre des § 1599 Abs 1 BGB dies verhindert.³⁸⁴

Im Anfechtungsverfahren gilt dann die Vermutung des § 1600c BGB: (1) „ *In dem Verfahren auf Anfechtung der Vaterschaft wird vermutet, dass das Kind von dem Mann abstammt, dessen Vaterschaft nach § 1592 Nr. 1 und 2, § 1593 besteht.*“

Die Widerlegung der Vermutung ist nur durch den vollen Beweis des Gegenteils, dh durch den Beweis der Nichtvaterschaft bzw Nichtabstammung, möglich.³⁸⁵ Dieser Nachweis wird aber naturgemäß regelmäßig gelingen, da der Ehemann nicht der genetische Vater des Kindes ist. In diesem Fall kann aber, bei **konsentierter** heterologer Befruchtung das Anfechtungsrecht der Mutter und des Mannes gemäß § 1600 Abs 5 BGB ausgeschlossen sein.³⁸⁶

§ 1600 Abs 5 BGB bestimmt Folgendes: „*Ist das Kind mit Einwilligung des Mannes und der Mutter durch künstliche Befruchtung mittels Samenspende eines Dritten gezeugt worden, so ist die Anfechtung der Vaterschaft durch **den Mann oder die Mutter** ausgeschlossen.*“

Bis zur Einfügung dieser Regelung³⁸⁷ war strittig³⁸⁸, ob der Mann, der einer heterologen Insemination bei seiner Frau zugestimmt hatte, im Nachhinein die Vaterschaft für das so entstandene Kind anfechten kann.³⁸⁹ Der

³⁸³ Rauscher in Staudinger, BGB – Kommentar IV (2004) Anh zu § 1592 Rz 11

³⁸⁴ Seidel in MünchKomm VIII⁵ § 1592 Rz 35.

³⁸⁵ Gaul, FamRZ 1997, 1462; ders., FamRZ 2000, 1469; Wellenhofer in Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch VIII⁵ (2008) § 1600c Rz 6.

³⁸⁶ Rauscher in Staudinger, BGB – Kommentar IV (2004) Anh zu § 1592 Rz 13.

³⁸⁷ Durch das sog Kinderrechtsverbesserungsgesetz im Jahr 2002

³⁸⁸ Nachweise bei Mansees, Einige Gedanken zum gesetzlichen Erbrecht des auf nicht-natürlichem Wege erzeugten Kindes, FamRZ 1986, FN 11.

³⁸⁹ Dagegen Selb, Rechtsordnung und künstliche Reproduktion des Menschen (1987) 64; Wolf, Die Abstammung von durch medizinische Fortpflanzung gezeugten Kindern nach dem Kindschaftsreformgesetz (KindRG), FuR 1998, 394; dafür Coester- Waltjen, Die Vaterschaft für ein durch künstliche Insemination gezeugtes Kind, NJW 1983, 2059f; Mansees, Das Erbrecht des Kindes nach künstlicher Befruchtung (1991) 99f.

BGH³⁹⁰ ging, entgegen eines Teils der Lehre³⁹¹ davon aus, dass die Anfechtung innerhalb der vorgegebenen Frist möglich sei. Das Gericht hat die Zustimmung des Mannes aber als konkludente vertragliche Zusage von dauerhaften Unterhaltszahlungen an das Kind gewertet, ging also von einem Vertrag zu Gunsten des Kindes aus.

Die Regelung des § 1600 Abs 5 BGB dient den Interessen potentieller Samenspender, da so die Gefahr, dass sie doch noch in rechtliche Verantwortung genommen werden, deutlich verringert wurde. Außerdem erfüllt diese Bestimmung eine wichtige Warnfunktion, da sie den Wunscheltern die Bedeutung und Reichweite ihrer Entscheidung deutlich vor Augen führt.³⁹²

Eine Anfechtung der Vaterschaft ist aber auch im Fall konsentierter heterologer Insemination möglich, nämlich durch den Nachweis, dass das Kind nicht durch die heterologe Insemination gezeugt wurde, welcher der Mann zugestimmt hat,³⁹³ bzw wenn mindestens eine Einwilligung unwirksam ist. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass eine Unwirksamkeit wegen eines Formmangels ausgeschlossen ist, da es in der BRD an entsprechenden Formvorschriften, wie sie in Österreich existieren, fehlt. Hier sollte de lege ferenda eine notarielle Beurkundung, wie dies in Österreich der Fall ist (vgl § 8 Abs 1 FMedG) gefordert werden.³⁹⁴ Weiters entscheidend ist, dass die erteilte Einwilligung im Zeitpunkt der Vornahme der künstlichen Befruchtung noch Bestand hat. Wurde die Einwilligung vom Mann vor dem Eingriff wirksam widerrufen, was formlos möglich ist, ist Abs 5 nicht erfüllt. Fraglich ist, wem der Widerruf als empfangsbedürftige Willenserklärung zugehen muss. ME wäre de

³⁹⁰ Vgl BGH, NJW 1995, 2028.

³⁹¹ Nachweise bei *Wellenhofer* in Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch VIII⁵ (2008) § 1600 Rz 25 und FN 108.

³⁹² *Wellenhofer* in MünchKomm VIII⁵ § 1600 Rz 28.

³⁹³ Sondern etwa auf natürlichem Weg durch Geschlechtsverkehr der Mutter mit einem anderen Mann.

³⁹⁴ In der Praxis wird derzeit nach der Richtlinie der Bundesärztekammer zur Durchführung der assistierten Reproduktion verfahren. Danach ist die Einwilligung schriftlich zu erklären und vom aufklärenden Arzt zu unterfertigen.

lege ferenda Zugang beim anderen Ehegatten und beim behandelnden Arzt zu fordern.³⁹⁵

Eine erfolgreiche Anfechtung der Ehelichkeit durch den Ehemann der Mutter hat für das, durch heterologe Insemination gezeugte Kind, statusrechtlich zur Folge, dass es rückwirkend ab Geburt nicht mehr als Kind des Ehemannes gilt. Es kann die Feststellung des Samenspenders als Vater nach § 1600d BGB betreiben, auch wenn dieser der Verwendung seines Samens nicht zugestimmt hat.³⁹⁶

Das Anfechtungsrecht des Kindes bleibt diesem, unabhängig vom Ausschluss des Anfechtungsrechts der Eltern, erhalten, da sich § 1600 Abs 5 BGB ausdrücklich nur auf das einwilligende Paar bezieht.³⁹⁷ Das Kind kann auch in diesem Fall nach erfolgreicher Vaterschaftsanfechtung die Feststellung des Samenspenders als Vater nach § 1600d BGB unabhängig davon betreiben, ob die Insemination dem Willen des Spenders entsprach.³⁹⁸ Es hat, wie in jedem Fall der Vaterschaft eines Dritten, auch im Fall einer heterologen Insemination nach wohl in der BRD hA ein Recht auf Kenntnis seiner Abstammung³⁹⁹ (Näheres gleich unter III. B.).

Mit der Feststellung seiner Vaterschaft rückt der Samenspender rückwirkend ab Kindesgeburt in die Stellung eines nichtehelichen Vaters mit allen sich daraus ergebenden Rechten und Pflichten. Da der Samenspender selbst an dem Kind aber keinerlei Rechte hat und nach dem gesetzgeberischen Willen auch nicht

³⁹⁵ so auch *Wellenhofer* in MünchKomm VIII⁵ § 1600 Rz 30ff.

³⁹⁶ *Coester-Waltjen*, Gutachten, B 59.

³⁹⁷ Als Argument für die Anfechtungsberechtigung des Kindes wurde vorgebracht, dass das Kind selbst an der Einigung über die Herbeiführung einer Schwangerschaft mittels heterologer Verfahren (natürlich) nicht beteiligt sei, sondern in diesen Umstand hineingeboren werde. Der Wunschvater könne sich folglich mit der Zustimmung zur heterologen Insemination nur selbst binden, sodass das Anfechtungsrecht des Kindes von jenem des Mannes unabhängig sei (*Kirchmeier*, FamRZ 1998, 1284).

³⁹⁸ *Rauscher* in *Staudinger*, BGB – Kommentar IV (2004) Anh zu § 1592 Rz 14; *Seidel* in MünchKomm VIII⁵ § 1592 Rz 35.

³⁹⁹ Um von diesem Recht Gebrauch machen zu können, wird eine normierte Dokumentationspflicht des Arztes gefordert. (*Wellenhofer* in MünchKomm VIII⁵ § 1600 Rz 38; *Rauscher* in *Staudinger*, BGB – Kommentar IV (2004) Anh zu § 1592 Rz 15 mwN).

haben soll, erscheint es nach zutreffender Auffassung *Wehrstedts*⁴⁰⁰ für den Spender ein schwer erträgliches Risiko zu sein, später als Vater festgestellt zu werden. Aus diesem Grund solle der Samenspender vor einer Inanspruchnahme durch entsprechende Regelungen, wie etwa einen echten Vertrages zu Gunsten Dritter, geschützt werden, in welchem die Wunscheltern den Spender von jeglicher Inanspruchnahme freistellen⁴⁰¹ (also auch im Fall einer Vaterschaftsanfechtung gegenüber dem sozialen Vater).

Auch *Schumacher*⁴⁰² war bereits im Jahr 1987 der Auffassung, dass der Samenspender durch entsprechende Regelungen vor einer späteren Inanspruchnahme geschützt werden solle. Dass die Anonymität des Samenspenders aufgrund des, in der BRD anerkannten Rechts des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung, verfassungsrechtlich bedenklich wäre, hat er dabei nicht verkannt und stattdessen mE richtiger Weise einen Ausschluss der Vaterschaftsfeststellung (Ausschluss der Statusklage) vorgeschlagen. Für Ausnahmefälle, in denen sich später eine soziale Bindung zwischen Kind und Samenspender entwickelt und der Spender finanzielle Verpflichtungen freiwillig übernehmen will, bleibe die Möglichkeit des Anerkenntnisses.⁴⁰³

Das Gesetz unterscheidet zwar bewusst nicht zwischen ehelichen und nichtehelichen Kindern, doch bedarf es bei nichtehelichen, heterolog gezeugten Kindern, einer förmlichen Vaterschaftsanerkennung des Wunschvaters, da die Ehelichkeitsvermutung selbstverständlich nicht greift. Der zustimmende Lebensgefährte ist auch nicht biologischer Vater, sodass ein positiver Abstammungsbeweis nicht erbracht werden kann. Auch eine Regelung, wonach der (qualifiziert) zustimmende Lebensgefährte als Vater festzustellen wäre (vgl

⁴⁰⁰ *Wehrstedt*, Der Streit um die Abstammung aus rechtsberatender Sicht in Fällen künstlicher Befruchtung mittels Samenspende eines Dritten, sog. heterologe Insemination, in: *Spickhoff/Schwab/Henrich/Gottwald* (Hrsg), Streit um die Abstammung - ein europäischer Vergleich (2007) 73.

⁴⁰¹ Vgl auch *Coester-Waltjen*, Gutachten, B 51. Ihrer Ansicht nach erscheine das Interesse des Ehemannes, eine womöglich nicht ausreichend überlegte Entscheidung beseitigen zu können, wenig schützenswert, da die primäre Folge seiner Entscheidung - die Existenz eines Kindes - nicht mehr rückgängig gemacht werden könne. Auch der Mann, der unbedacht ein Kind zeuge, könne sich von seiner Verantwortung für das Kind nicht mehr befreien.

⁴⁰² *Schumacher*, FamRZ 1987, 318.

⁴⁰³ Vgl auch die entsprechenden Überlegungen in der österreichischen Lehre oben III.A.1.3.3.).

etwa § 163 Abs 3 ABGB) fehlt in Deutschland gänzlich. Es bleibt nur die Möglichkeit der Feststellung des Samenspenders als Vater, was wiederum für diesen ein sehr hohes Risiko darstellt.

Deshalb sollte mE bei heterologer Insemination in einer Lebensgemeinschaft eine Anerkennung nicht nur vor Geburt des Kindes (vgl § 1594 Abs 4 BGB) sondern bereits vor dessen Zeugung zulässig sein. Eine weitere Möglichkeit wäre, wie schon erwähnt, die Einführung einer, § 163 Abs 3 ABGB entsprechenden Regelung, wonach der Lebensgefährte der Wunschmutter, der einer heterologen Insemination in Form eines Notariatsakts oder Gerichtsprotokolls zustimmt, als Vater des so gezeugten Kindes gerichtlich festzustellen ist.

2.4.) Vaterschaft bei IVF

2.4.1.) Homologe/ quasi homologe IVF

Wird die Eizelle einer Frau mit dem Samen ihres Ehemannes/ Lebensgefährten in vitro befruchtet und sodann das befruchtete Ei in die Gebärmutter der Frau eingepflanzt, ergibt dies dieselben statusrechtlichen Wirkungen wie die homologe Insemination. Es darf insoweit auf die Ausführungen unter III.A.2.2.) verwiesen werden.

2.4.2.) Heterologe IVF

Wir das extrakorporal mit dem Samen eines Dritten befruchtete Ei (heterologe IVF) einer Frau (Ehefrau oder Lebensgefährtin) implantiert, ergeben sich dieselben abstammungsrechtlichen Probleme, wie sie sich bei der heterologen Insemination darstellen. Es kann insoweit auf die Ausführungen unter III.A.2.3.) verwiesen werden.

B.) Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung

Es wird seit einiger Zeit - hauptsächlich in Deutschland - über das Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung diskutiert. Dieses hat sowohl auf völkerrechtlicher als auch auf nationaler Ebene in den vergangenen Jahren wachsende Anerkennung gefunden. In der BRD ist das Kenntnisrecht nach der Rechtsprechung des BVerfG verfassungsrechtlich verankert. Das heißt, jeder Mensch hat ein Grundrecht darauf zu wissen, von wem er abstammt, wobei in Deutschland ein solches Grundrecht aus Art 1 GG (Achtung der Menschenwürde) und Art 2 GG (Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit) abgeleitet wird.

In diesem Kapitel soll insbesondere der aktuelle Entwicklungsstand zum Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung (bzw zum Recht des Kindes auf Feststellung der Vaterschaft) nach österreichischem und deutschem Recht bzw nach der EMRK dargelegt werden. Sodann sollen die prozessualen Möglichkeiten der Durchsetzung des Kenntnisrechts näher betrachtet werden, um anschließend auf das Sonderproblem der Exhumierung zur postmortalen Vaterschaftsfeststellung einzugehen.

1.) Die österreichische Rechtslage

1.1.) Vorbemerkungen

In Österreich fehlt zwar eine ausdrücklicher Menschenwürdeklausel wie sie in Deutschland in Art 1 GG verankert ist, doch wurde in der Lehre⁴⁰⁴ bereits vor Jahrzehnten der Begriff der Menschenwürde aus § 16 ABGB⁴⁰⁵, Art 8 EMRK und dem Gleichheitssatz abgeleitet. In § 16 ABGB sind jene Rechte verankert,

⁴⁰⁴ Vgl *Edlbacher*, Künstliche Zeugungshilfe - eine Herausforderung für den Gesetzgeber? ÖJZ 1986, 325f; *ders*, Rechtliche Fragen der künstlichen Fortpflanzung, ÖA 1989, 28f; *Stolz*, Grundrechtsaspekte, in: *Bernat*, Lebensbeginn durch Menschenhand, 113f; *Loebenstein*, Die Zukunft der Grundrechte im Lichte der künstlichen Fortpflanzung des Menschen, JBl 1987, 698f.

⁴⁰⁵ § 16 Satz 1 ABGB lautet: „ *Jeder Mensch hat angeborene, schon durch die Vernunft einleuchtende Rechte, und ist daher als eine Person zu betrachten.*“

die wir heute als Persönlichkeitsrechte bezeichnen und denen die Qualität von absolut geschützten Rechtsgütern zukommt. Sie betreffen die Person des Menschen als biologisches Wesen und schützen seine körperlichen, seelischen und geistigen Werte. Dazu gehört auch das Lebens- und Charakterbild eines Menschen⁴⁰⁶ (dh das Lebensschicksal einer Person etc). Dass das Recht eines Menschen, zu wissen (zu erfahren) von wem er abstammt, zu seinem höchstpersönlichen Lebensbereich gehört und somit ein aus § 16 ABGB ableitbares Persönlichkeitsrecht darstellt, kann wohl nicht bestritten werden.

Es ist somit an dieser Stelle festzuhalten, dass im österreichischen Recht das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung einerseits aus dem einfachgesetzlichen Recht, insbesondere aus dem Persönlichkeitsrecht des Kindes und dem Kindeswohlprinzip abgeleitet werden kann⁴⁰⁷, und andererseits auch gemäß Art 8 EMRK (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens) verfassungsrechtlichen Schutz genießt. Der Anspruch auf Kenntnis der eigenen Abstammung besteht aber nicht absolut, sondern unterliegt den Beschränkungen des Art 8 Abs 2 EMRK. Das Recht, Informationen über die eigene Abstammung zu erhalten, muss also mit entgegenstehenden Rechten und Freiheiten anderer Personen oder sonstigen in Abs 2 genannten legitimen Zielen abgewogen werden. Hierbei ist den Vertragsstaaten ein Ermessenspielraum eingeräumt, den die Konventionsrechtsprechung hinsichtlich des Privat- und Familienlebens tendenziell weit anlegt.⁴⁰⁸

⁴⁰⁶ Näheres bei *Doralt*, Der Schutz des Lebensbildes, ÖJZ 1973, 645; *Canaris*, Grundprobleme des privatrechtlichen Persönlichkeitsschutzes, JBI 1991, 208ff.

⁴⁰⁷ Seit dem FMedG ist es sogar ausdrücklich anerkannt (§ 20 FMedG).

⁴⁰⁸ Vgl dazu EGMR 13.2.2003, BeschwerNr 42326/98, NJW 2003, 2145 (Odievre/Frankreich)= FamRZ 2003, 1370 (*Henrich*); *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention³ (2008) 224ff; *Schönberger*, Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung. Zu den Auswirkungen des Urteils Jäggi gegen Schweiz auf das schweizerische und das deutsche Abstammungsrecht, http://doc.rero.ch/lm.php?url=1000,41,5,20080827170103-BY/Schoenberger_M_moire_LLM.pdf (26.1.2010).

1.2.) Auskunft bei künstlicher Zeugungshilfe

Ist ein Kind mittels Samenspende eines Dritten gezeugt worden und hat davon Kenntnis erlangt, hat es die Möglichkeit, den Samenspender ausfindig zu machen, da keine Anonymität des Spenders besteht. Die Krankenanstalt, in der die medizinisch unterstützte Fortpflanzung durchgeführt wurde, hat über den Samenspender gem § 15 FMedG diverse Aufzeichnungen, wie Vor- und Familiennamen und Wohnort zu führen. § 20 FMedG bestimmt sodann, dass ein Kind, welches durch medizinische Fortpflanzungshilfe mit dem Samen eines Dritten gezeugt worden ist, ab Vollendung des 14. Lebensjahres in die Unterlagen der Krankenanstalten, die die persönlichen Daten des Samenspenders enthalten, Einsicht nehmen und darüber Auskunft verlangen kann.⁴⁰⁹ Aus dieser Vorschrift wird zum Teil ein, aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Kindes, abgeleitetes Recht auf Kenntnis seiner Abstammung abgeleitet.⁴¹⁰

Das durch Fremdinsemination gezeugte Kind erhält also immer Auskunft über seinen leiblichen Vater, wobei dieses Auskunftsrecht auch gerichtlich durchsetzbar ist.⁴¹¹

Das Auskunftsrecht verschafft dem Inseminationskind zwar keine materiellen Vorteile (arg § 163 Abs 4 ABGB), doch kann § 20 FMedG möglicherweise vorhandene ideelle Interessen des Kindes befriedigen.⁴¹²

⁴⁰⁹ § 163 Abs 4 ABGB bestimmt allerdings, dass der Dritte nicht als Vater des Kindes festgestellt werden kann.

⁴¹⁰ Bei Adoptionen ist die Rechtslage ähnlich: Gem § 37 Abs 1 und 2 PStG iVm § 104 AußStrG kann das adoptierte Kind ab seinem 14. Lebensjahr Einsicht in die Personenstandsbücher nehmen und so Auskunft über seine leiblichen Eltern erlangen (*Ferrari*, Streit in: *Spickhoff/Schwab/Henrich/Gottwald*, Streit um die Abstammung, 196).

⁴¹¹ *Lurger*, Fortpflanzungsmedizin, in: *Bernat*, Die Reproduktionsmedizin, 125; aus rechtspolitischer Sicht abl *Bernat*, Auf dem Weg zu einem Recht der medizinisch unterstützten Fortpflanzung, ÖA 1991, 64.

⁴¹² *Bernat*, Der anonyme Vater im System der Fortpflanzungsmedizin: Vorfindliches, Rechtsethik und Gesetzgebung, in: *Bernat* (Hrsg), Die Reproduktionsmedizin am Prüfstand von Recht und Ethik (2000) 180.

1.3.) Auskunft der Mutter über den Putativvater

Die genannten Vorschriften (§ 20 FMedG und FN 410) betreffen allerdings nur die Verpflichtung von Behörden und Krankenanstalten, während ein Auskunftsanspruch gegen die Eltern damit noch nicht begründet ist. Auch diesbezüglich ist eine Vorschrift vorhanden, die aber in die gegenteilige Richtung zu weisen scheint. Diese betrifft uneheliche Kinder, für die es schließlich vorerst keinen rechtlichen Vater gibt, da die Vaterschaft erst festgestellt werden muss.⁴¹³ Nach österreichischem Recht hat der gesetzliche Vertreter für die Vaterschaftsfeststellung zu sorgen, es sei denn, die Feststellung ist für das Kindeswohl nachteilig oder die Mutter macht von ihrem subjektiven Recht Gebrauch, den Namen des Vaters nicht zu nennen (§ 163a ABGB), wobei unter „Namen“ nicht nur Vor- und Familienname gemeint sind, sondern alle Charakteristika, die dazu geeignet wären, die Identität des Vaters herauszufinden (zB Wohnort, Beruf, Geburtsdatum etc).⁴¹⁴ Dieses **Schweigerecht der Mutter** schließt eine Klage des Kindes auf Benennung des Vaters aus. Aufgrund der **Rechtmäßigkeit** des Schweigerechts ist die Mutter auch keinen Schadenersatzansprüchen des Kindes ausgesetzt.⁴¹⁵ Das Kind kann nur von sich aus die Vaterschaftsfeststellung betreiben, wobei der Mutter diesbezüglich die gesetzliche Vertretung entzogen werden könnte. Der Mann könnte natürlich ein Anerkenntnis abgeben. Wenn es aber über die Identität des Vaters keinerlei Anhaltspunkte gibt, so hat das Kind in Österreich **keinerlei** Möglichkeit gegen das Schweigen der Mutter vorzugehen.

Dieses Schweigerecht der Mutter ist nach Ansicht *Ferraris* vor allem aufgrund der fehlenden zeitlichen Beschränkung bedenklich: das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung genieße auch gemäß Art 8 EMRK⁴¹⁶ (Recht auf

⁴¹³ Durch Anerkenntnis oder gerichtliche Vaterschaftsfeststellung.

⁴¹⁴ *Bernat*, Rechtsfragen, 145.

⁴¹⁵ *Stabentheiner* in *Rummel* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch I³ (2000) 163a Rz 3.

⁴¹⁶ Die EMRK steht nämlich in Österreich, im Gegensatz zu Deutschland im Verfassungsrang, sodass jede Norm, die sich mit ihren Wertungen in Widerspruch setzt, der Gefahr der Verfassungswidrigkeit ausgesetzt ist (*Stolz*, Grundrechtsaspekte, in: *Bernat*, Lebensbeginn, 113).

Achtung des Privat- und Familienlebens)⁴¹⁷ verfassungsrechtlichen Schutz⁴¹⁸ und eine Einschränkung dieses Rechts sei nur möglich, wenn diesbezüglich berechnete Interessen der Mutter vorliegen. Diese Interessen würden aber immer geringer, je mehr Zeit seit der Kindesgeburt verstreicht. Aus diesem Grund sei nach Auffassung *Ferraris* eine verfassungskonforme, einschränkende Interpretation angebracht.⁴¹⁹

Nach richtiger Auffassung *Stefulas*⁴²⁰ ist das Schweigerecht der Mutter aber tatsächlich nicht zu beanstanden. Es ist zwar richtig, dass gemäß Art 8 EMRK ein Grundrecht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung und somit auf Kenntnis seines biologischen Vaters besteht⁴²¹. Art 8 EMRK räumt aber auch der Mutter ein Grundrecht auf Privatleben ein, zu dessen Kernbereich die Geschlechtssphäre gehört.⁴²² Welchem Recht der Vorzug zu geben ist, ist angesichts der hier bestehenden Grundrechtskollision dem einfachen Gesetzgeber überlassen.⁴²³ Die Entscheidung des Gesetzgebers zu Gunsten der Mutter ist nicht absolut unsachlich und somit im Hinblick auf Art 7 B-VG unbedenklich. Außerdem richtet sich das Grundrecht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung nicht gegen eine Privatperson, sondern gegen den Staat⁴²⁴

⁴¹⁷ Vgl dazu EGMR 13.2.2003, BeschwerNr 42326/98, NJW 2003, 2145 (Odievre/Frankreich)= FamRZ 2003, 1370 (*Henrich*); *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention³, 224.

⁴¹⁸ Der Begriff des Privatlebens wird umfassend verstanden und ist einer abschließenden Definition nicht zugänglich. Geschützt wird ein Recht auf Identität und Entwicklung einer Person. Damit ist eine geschützte Sphäre gemeint, in der eine Person ihr Leben nach eigener Wahl lebt und ihre Persönlichkeit entwickeln kann. „Zur Entwicklung der Person gehört das Recht, notwendige Informationen über wesentliche Aspekte der eigenen Identität und der ihrer Eltern zu erhalten“ (*Meyer-Ladewig*, Europäische Menschenrechtskonvention² (2006) 167.

⁴¹⁹ *Ferrari*, Streit in: *Spickhoff/Schwab/Henrich/Gottwald*, Streit um die Abstammung, 197.

⁴²⁰ *Stefula* in *Fenyves/Kerscher/Vonkilch* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch §§ 137 bis 267³ (2008) § 163a Rz 15.

⁴²¹ EGMR 13.2.2003, BeschwerNr 42326/98 (Odievre/Frankreich), NJW 2003, 2146; *Loebenstein*, JBI 1987, 749f; *Bernat*, Das Recht, in: *Bernat*, Fortpflanzungsmedizin, 111; *Lurger*, Fortpflanzungsmedizin, in *Bernat*, Die Reproduktionsmedizin, 145; *Verschraegen*, Schutz des Lebens und Kenntnis der eigenen Abstammung - Zugleich eine Besprechung des Urteils des EGMR 13.2.2003, BeschwerNr 42.326/98, ÖJZ 2004, 5ff.

⁴²² *Loebenstein*, JBI 1987, 749.

⁴²³ *Hinteregger*, Die Bedeutung der Grundrechte für das Privatrecht, ÖJZ 1999, 745.

⁴²⁴ *Hinteregger*, ÖJZ 1999, 741ff.

und wird daher in verfassungsrechtlich unbedenklicher Weise durch das Schweigerecht der Mutter begrenzt.⁴²⁵

Erwähnt sei an dieser Stelle allerdings noch, dass das Schweigerecht der Mutter *völkerrechtlich* gegen Art 7 der Kinderrechtskonvention⁴²⁶ verstößt, wonach ein Kind, „soweit möglich, das Recht (hat) seine Eltern zu kennen.“⁴²⁷ Entsprechend dieser Norm wäre Österreich verpflichtet, dieses Recht im Einklang mit seinem innerstaatlichen Recht und seinen völkerrechtlichen Verpflichtungen sicherzustellen, doch steht die Kinderrechtskonvention unter einem Erfüllungsvorbehalt nach Art 50 Abs 2 B-VG und ist daher nicht unmittelbar anwendbar. Das bedeutet, dass die hier bestehende Völkerrechtswidrigkeit auf die Zivilrechtslage keine Auswirkung hat.⁴²⁸

2.) Die deutsche Rechtslage

In der BRD ist das Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung allein von der Rechtsprechung geprägt. Gesetzliche Regelungen existieren nicht.

2.1.) Auskunft der Mutter über den Putativvater

Das Recht des erwachsenen Kindes auf Anfechtung seiner Ehelichkeit und damit auf Feststellung der Abstammung war durch die bereits mehrmals

⁴²⁵ Der gesetzliche Vertreter und das einsichts- und urteilsfähige Kind können, trotz der Weigerung der Mutter, den Vater zu nennen, die Vaterschaftsfeststellung gegen den Mann betreiben, den sie aus sonstigen Gründen für den Vater halten. Der Gesetzeswortlaut entbindet den gesetzlichen Vertreter bei Schweigen der Mutter lediglich von der Pflicht für die Feststellung der Vaterschaft zu sorgen, entzieht ihm aber nicht das Recht hierzu. Das Schweigerecht hindert auch den leiblichen Vater nicht daran, seine Vaterschaft mittels Feststellungsantrags nach § 163 ABGB oder Anerkenntnisses geltend zu machen (*Stefula in Fenyves/Kerscher/Vonkilch*, ABGB §§ 137 bis 267³ § 163a Rz 15ff).

⁴²⁶ BGBl 1993/7.

⁴²⁷ *Ebert*, „First Call for Children!“ - Zur Notwendigkeit einer verfassungs- und völkerrechtskonformen Familienrechtsreform in Österreich, JBl 1995, 83.

⁴²⁸ *Stefula in Fenyves/Kerscher/Vonkilch*, ABGB §§ 137 bis 267³ § 163a Rz 16.

angesprochene Entscheidung des BVerfG vom 31.1.1989⁴²⁹ und dann erneut durch die Entscheidung vom 26.4.1994⁴³⁰ thematisiert worden. Im ersten Fall hat das Gericht aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht⁴³¹ (Art 2 Abs 1 iVm Art 1 Abs 1 GG) des volljährigen Kindes dessen Befugnis hergeleitet, seine Ehelichkeit auch dann anzufechten, wenn zwar die Voraussetzungen des § 1596 Abs 1 Nr 2 BGB aF⁴³² nicht erfüllt waren, dafür aber der Zweck dieser Regelung, Prozesse des Kindes zu verhindern, welche die Ehe der Mutter zerstören oder den Familienfrieden gefährden können, hinfällig geworden war, da eine Gefährdung der Ehe oder des Familienfriedens durch die Anfechtung nicht zu erwarten war. Dies war nach dem Urteil des BVerfG insbesondere dann anzunehmen, wenn die Mutter und der gesetzliche Vater des Kindes mit der Durchführung des Anfechtungsverfahrens einverstanden sind, oder wenn auszuschließen ist, dass die Ehelichkeitsanfechtung durch das Kind den Familienfrieden stören oder die Ehe der Mutter beeinträchtigen kann, oder wenn aus anderen Gründen, etwa weil das Kind bei einer Pflegefamilie aufgewachsen ist, ein Verzicht auf die Klärung seiner Abstammung für das Kind unzumutbar wäre. Das Urteil vom 26.4.1994 enthielt überdies den Auftrag, die kenntnisunabhängig ausgestaltete Anfechtungsfrist des volljährig gewordenen Kindes (§ 1598 BGB aF) zu beseitigen.

Prinzipiell wurde also aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Art 2 Abs 1 iVm Art 1 Abs 1 GG das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner eigenen Abstammung hergeleitet.⁴³³

⁴²⁹ BVerfG, 31.1.1989, 1 BvL 17/87, NJW 1989, 891= JZ 1989, 335= FamRZ 1989, 255.

⁴³⁰ BVerfGE 90, 263= NJW 1994, 2475= FamRZ 1994, 881.

⁴³¹ Das allgemeine Persönlichkeitsrecht wird als umfassendes subjektives Recht auf Achtung und Entfaltung der menschlichen Person verstanden (*Schmidt-Didczuhn*, (Verfassungs)Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung? JR 1989, 229).

⁴³² Bis zu dieser Entscheidung des BVerfG sah § 1596 BGB nämlich vor, dass das Kind seine Ehelichkeit nur in folgenden Fällen anfechten kann: Auflösung oder Scheitern der Ehe der Eltern, schwere Eheverfehlungen oder schwere Erbkrankheiten des Ehemannes, die eine Anfechtung sittlich gerechtfertigt erscheinen lassen. Diese enge Begrenzung des Anfechtungsrechts des Kindes hielt das BVerfG für verfassungswidrig, da so das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung unverhältnismäßig eingeschränkt werde.

⁴³³ Von der Literatur wurde ein solches Recht bereits vorher bejaht: vgl. statt vieler *Coester-Waltjen*, Gutachten, B 52; *Mansees*, Jeder Mensch hat ein Recht auf Kenntnis seiner

Uneinheitlich wurde aber die Frage beurteilt, ob dem unehelichen Kind gem § 1618a iVm §§ 1934a ff BGB und Art 6 Abs 5 GG ein Auskunftsanspruch über Namen und Adresse des leiblichen Vaters gegen die Mutter zusteht.

Das AG Passau⁴³⁴ hatte mit Urteil vom 15.7.1987 einen solchen Anspruch mit der Begründung bejaht, dass bei Gefährdung so bedeutender Interessen wie möglicher Erbsprüche, die Beistandsverpflichtung des § 1618a BGB eine solche direkte Rechtspflicht der Mutter begründen könne. Dies lege bereits der Gesetzeswortlaut („sind schuldig“) nahe.⁴³⁵ Zudem bedürfe es der Abwägung mit entgegenstehenden Interessen wie der Wahrung des Familienfriedens bzw der Intimsphäre der Mutter, wobei jedoch das Interesse des Kindes gegenüber dem seiner leiblichen Eltern, die seine uneheliche Existenz zu vertreten haben, regelmäßig vorrangig sei. Diese Rechtsauffassung wurde durch das LG Passau durch Urteil vom 26.11.1987 bestätigt. Mit Beschluss vom 18.1.1988 hat die erste Kammer des ersten Senats des BVerfG⁴³⁶ die hiergegen erhobene Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung angenommen. Das Recht des unehelichen Kindes auf Kenntnis des leiblichen Vaters sei der Wertentscheidung des Art 6 Abs 5 GG zu entnehmen: Das Kind könne nur dann, wenn es seinen Vater kenne, in eine persönliche Beziehung zu ihm treten oder unterhalts- und erbrechtliche Ansprüche durchsetzen. Sein Recht auf Kenntnis des eigenen Vaters sei aber auch durch Art 2 Abs 1 GG geschützt. Zwar berühre die Verurteilung der Mutter zur Auskunft über den Vater auch ihr Persönlichkeitsrecht nach Art 2 Abs 1 GG (Schutz der Intimsphäre), bei einer Abwägung der grundsätzlich geschützten Rechte der Mutter und des Kindes, sei aber dem **Interesse des Kindes grundsätzlich Vorrang** einzuräumen.⁴³⁷

genetischen Herkunft, NJW 1988, 2985; gegen einen verfassungsmäßigen Rang des Kenntnisrechts hatten sich ua ausgesprochen: *Deichfuß*, Recht des Kindes auf Kenntnis seiner blutsmäßigen (genetischen) Abstammung? Zur Diskussion um die Zulässigkeit der heterologen Insemination, NJW 1988, 117; *Hassenstein*, Der Wert der Kenntnis der eigenen Abstammung, FamRZ 1988, 122.

⁴³⁴ BVerfG 18.1.1988- 1 BvR 1589/87, FamRZ 1987, 1309ff.

⁴³⁵ AA *Deichfuss*, , NJW 1988, 113ff.

⁴³⁶ BVerfG 18.1.1988, 1 BvR 1589/87, NJW 1988, 3010= FamRZ 1989, 144.

⁴³⁷ Krit *Moritz*, Auskunftsanspruch des nichtehelichen Kindes gegen seine Mutter auf Nennung des Namens seines leiblichen Vaters, Jura 1990, 134.

Im Urteil vom 31.1.1989⁴³⁸ hat das BVerfG hervorgehoben, dass die Abstammung eines Menschen nicht nur seine genetische Ausstattung festlege und seine Persönlichkeit mitprägen, sondern dass sie auch im Bewusstsein des Einzelnen eine „Schlüsselstellung für Individualitätsfeststellung und Selbstverständnis“ einnehme.⁴³⁹ Das Persönlichkeitsrecht umfasse daher zwar auch die Kenntnis der eigenen Abstammung. Art 2 Abs 1 iVm Art 1 Abs 1 GG, könne aber nur **vor der Vorenthaltung erlangbarer Informationen** über die eigenen Abstammung schützen.⁴⁴⁰

Dieser Widerspruch zur vorausgegangenen Kammerentscheidung führte zur Entscheidung des BVerfG vom 6.5.1997.⁴⁴¹ Den Zivilgerichten wurde hier vom BVerfG die Aufgabe zugesprochen, „*mangels einer Entscheidung des Gesetzgebers im Wege der Rechtsfortbildung*“ die Schutzpflicht gegenüber dem Kind in Bezug auf dessen allgemeines Persönlichkeitsrecht wahrzunehmen. Allerdings hätten die Gerichte auch die dem Gesetzgeber zustehenden Wertungsspielräume zu beachten, da sie gesetzgeberisch tätig seien. Daraus folgte das BVerfG, dass die **Pflicht** zur Abwägung zwischen den

⁴³⁸ BVerfG 79, 256 = NJW 1989, 891= JZ 1989, 335= FamRZ 1989, 255 (beschränkte Anfechtungsmöglichkeiten für das Kind).

⁴³⁹ *Hassenstein*, FamRZ 1988, 122, hatte diese einseitige Betonung der genetischen Faktoren durch das BVerfG zu Recht kritisiert, da die genetische Abstammung nach den Prinzipien der Vererbungslehre keine Rückschlüsse auf die eigenen natürliche Veranlagung zulasse. Der Wunsch des Menschen, Einzelheiten über seine genetische Herkunft zu erfahren, darf aber wohl als Drang nach Identifikation gedeutet werden.

⁴⁴⁰ Vgl. abl. aus der Zeit kurz vor dem Urteil *Deichfuß*, NJW 1988, 113; *Mansees*, NJW 1988, 2984; siehe auch *Enders*, Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung, NJW 1989, 881; *Starck*, Anmerkung zu BVerfG, 1 BvL 17/87, JZ 1989, 338 (gegen den Auskunftsanspruch); krit. zur Begründung, im Ergebnis aber zust. *Giesen*, Genetische Abstammung und Recht, JZ 1989, 364, 376f; zust. *Oberloskamp*, Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung - Familienrechtliche Zuordnung von Kindern und Problemfelder in der Praxis, FuR 1991, 263ff.

⁴⁴¹ Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zu Grunde:

Eine 40-jährige Tochter (K) hatte gegen ihre 60-jährige Mutter auf Benennung des potentiellen Vaters erfolgreich mit der Begründung geklagt, dass sie ihren Vater aus persönlichen Gründen, sowie zur Geltendmachung von Unterhalts- und Erbansprüchen kennen wolle. Das Argument der Mutter, dass vier Männer in Betracht kämen und alle mittlerweile verheiratet seien, wurde vom LG Münster ignoriert. Gegen dieses Urteil richtete sich die Verfassungsbeschwerde der Mutter (BVerfG 6.5.1997, 1 BvR 409/90, NJW 1997, 1769= FamRZ 1997, 869= JZ 1997, 777 (*Starck*)).

Grundrechten von den Gerichten zu beachten sei; somit also eine Abwägung zwischen dem Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung und den Rechten der Mutter und weiterer Betroffener vorzunehmen sei.

Bedenkt man die Bedeutung dieser Forderung des BVerfG, eine Abwägung ohne gesetzliche Grundlage vorzunehmen, so wird deutlich, wie wichtig eine gesetzliche Regelung wäre.⁴⁴² Dies hatte der Reformgesetzgeber allerdings mit der Begründung unterlassen, dass die gefestigte, verfassungsrechtlich nicht zu beanstandende Rechtsprechung eine neue Regelung erübrige.⁴⁴³ Im Gegenzug dazu hat er allerdings bei der Neuregelung des Anfechtungsrechts des Kindes in § 1600b BGB dem Kenntnisrecht Tür und Tor geöffnet, was nach zutreffender Ansicht *Lurgers* weit über das nötige Maß hinaus reicht. Die Rechtsprechung des BVerfG darf auch mE nicht in dem Sinn missverstanden werden, dass sie dem Kind ein aus der Verfassung abgeleitetes „Anfechtungsrecht“ anstelle eines Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung einräumt. So könnte zB ein einklagbares **Informationsrecht**, wie es etwa in § 20 des österreichischen FMedG vorgesehen ist, dem Kindeswohl und Familienfrieden besser dienen als die Anfechtung und damit einhergehende Vernichtung der statusrechtlichen Beziehung zwischen dem Kind und seinem bisherigen Vater.⁴⁴⁴

Eine weitere Möglichkeit zur statusneutralen Klärung der Vaterschaft wäre die **isolierte Feststellungsklage**. Diese war vom BVerfG schon in den Entscheidungen zur Anfechtung der Vaterschaft von 1989 und 1994⁴⁴⁵

⁴⁴² *Frank/Helms*, Der Anspruch des nichtehelichen Kindes gegen seine Mutter auf Nennung des leiblichen Vaters, FamRZ 1997, 1260.

⁴⁴³ Bt- Drucks 13/4899, 166.

⁴⁴⁴ *Lurger*, Fortpflanzungsmedizin, in: *Bernat*, Die Reproduktionsmedizin, 131f; auch das BVerfG (31.1.1989, 1 BvL 17/87, NJW 1989, 891= JZ 1989, 335= FamRZ 1989, 2559) hält fest, dass die mangelnde Anfechtungsmöglichkeit des Kindes nur deshalb verfassungswidrig sei, weil das Kind keine andere Möglichkeit habe, von seiner Abstammung Kenntnis zu erlangen; doch stehe es dem Gesetzgeber frei, dem Kind andere Klagsmöglichkeiten als die Anfechtung zur Durchsetzung des Kenntnisrechts zur Verfügung zu stellen; vgl auch *Coester-Waltjen*, Künstliche Fortpflanzung und Zivilrecht, FamRZ 1992, 372f, die als mögliche Lösung ebenfalls auf das österreichische Recht verweist.

⁴⁴⁵ BVerfG 31.1.1989, 1 BvL 17/87, NJW 1989, 891= JZ 1989, 335= FamRZ 1989, 255; BVerfGE 90, 263= NJW 1994, 2475= FamRZ 1994, 881.

angesprochen worden und sollte nur der Verwirklichung des Rechts des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung dienen. Sie ist zu dieser Zeit aber unter Hinweis auf den bestehenden Auskunftsanspruch nicht Gesetz geworden.⁴⁴⁶

Der Deutsche Bundestag hat allerdings am 21.02.2008 das „Gesetz zur Klärung der Vaterschaft unabhängig vom Anfechtungsverfahren“ beschlossen (in Kraft seit 1.4.2008). Dies war einerseits eine Reaktion auf die BGH-Rechtsprechung⁴⁴⁷, wonach heimlich eingeholte Vaterschaftstests rechtswidrig und im Verfahren auf Vaterschaftsanfechtung unverwertbar seien. Andererseits kam der Deutsche Bundestag so der Aufforderung des BVerfG⁴⁴⁸ nach, bis zum 31.03.2008 eine gesetzliche Regelung zur isolierten Feststellung der Abstammung eines Kindes von seinem rechtlichen Vater zu treffen, da die bisherige Gesetzeslage nicht mit dem (beiderseitigen) Recht auf Kenntnis der Abstammung aus Art 1 Abs 1 und Art 2 Abs 1 GG vereinbar sei. Somit ist es nun möglich, die genetische Abstammung eines Kindes unabhängig von der Anfechtung der Vaterschaft feststellen zu lassen.

Zentrale Vorschrift des Gesetzes ist § 1598a BGB. Dieser begründet in Abs 1 einen Anspruch auf Einwilligung in eine genetische Untersuchung zur Klärung

⁴⁴⁶ *Seidel* in Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch VIII⁵ (2008) Vor § 1589, Rz 12.

⁴⁴⁷ BGH 12.1.2005, XII ZR 227/03, FamRZ 2005 340ff und BGH 12.1.2005, XII ZR 60/03, FamRZ 2005, 342ff. In diesen Entscheidungen vertritt der BGH die Auffassung, dass das Recht des Kindes auf informationelle Selbstbestimmung im Vordergrund stehe, sodass heimlich eingeholte DNA-Vaterschaftsanalysen das Persönlichkeitsrecht des Kindes verletzen. Das Verbot heimlicher Vaterschaftstests ist mE nicht unproblematisch, da es dem Vater die Feststellung der Abstammung eines Kindes von ihm erschwert, ohne dass danach gefragt wird, ob die Feststellung der Abstammung nicht auch im Interesse des Kindes liegen könnte. Der EGMR hat jedenfalls eine DNA-Analyse **nicht als schwerwiegenden Eingriff** in das Persönlichkeitsrecht angesehen und sogar eine Exhumierung des vermuteten verstorbenen Vaters für geboten angesehen, um die Abstammungsverhältnisse zu klären (vgl. EGMR 13.7.2006, BeschNr 58757/00 (Jäggi/Schweiz), FamRZ 2006, 1354f).

⁴⁴⁸ BVerfG 13.2.2007, 1 BvR 421/05, FamRZ 2007, 441ff (*Balthasar*); in dieser Entscheidung hatte das BVerfG festgehalten, dass es keine Lösung sei, die Frage der Abstammung mittels heimlich eingeholter DNA- Tests zu beantworten. Genetische Daten gehörten zu den persönlichsten Informationen, die es über einen Menschen gebe. Die heimliche Untersuchung von Haaren oder Speichel eines Kindes in einem Labor stelle einen schwerwiegenden Verstoß gegen das informationelle Selbstbestimmungsrecht dar.

der leiblichen Abstammung eines Kindes und auf Duldung einer Entnahme einer für die Untersuchung geeigneten genetischen Probe. Der Anspruch ist an keine weiteren Voraussetzungen, auch nicht an Fristen geknüpft und kann auch nicht verjähren (vgl § 194 Abs 2 BGB). Es gilt lediglich die allgemeine Schranke rechtmisbräuchlicher Rechtsausübung. Der Anspruch zielt auf die Abgabe einer Einwilligungserklärung des anderen Teils, also auf vorherige Zustimmung zu Abstammungsbegutachtung. Ein Anspruch auf nachträgliche Genehmigung eines zuvor eigenmächtig und damit rechtswidrig eingeholten Gutachtens besteht nicht. Nicht geregelt wurde, was in dem Fall gelten soll, dass der Anspruchsgegner bereits verstorben ist. In dieser Situation geht es natürlich nicht mehr um dessen Einwilligung, wohl aber um die Entscheidung, ob dessen Leiche zum Zweck der Probeentnahme exhumiert werden darf.⁴⁴⁹ Ein entsprechender Antrag sollte wohl (analog zu § 1600e Abs 2 BGB aF bzw gem § 169 FamFG) auch im Rahmen des § 1598a BGB möglich sein.⁴⁵⁰

Von der Aufnahme des biologischen Vaters in den Kreis der Klärungsberechtigten hat der Gesetzgeber ausdrücklich abgesehen. Im sei es zuzumuten, den Weg über das Anfechtungsverfahren zu gehen, da nur so sichergestellt sei, dass er im gegebenen Fall auch Verantwortung für das Kind übernehmen werde. Auch ein Anspruch des Kindes gegen den potentiellen leiblichen Vater fehlt, sodass auch dessen Interessen nicht ausreichend berücksichtigt wurden. Das Kind will nämlich, wenn der rechtliche Vater nicht der leibliche ist, auch klären können, ob ein bestimmter anderer Mann als Vater in Betracht kommt. Deshalb wäre es vorzugswürdig gewesen, auch den leiblichen Vater in den Kreis der Anspruchsberechtigten bzw Anspruchsgegner aufzunehmen.⁴⁵¹

Zusammenfassend ist Folgendes festzuhalten: In der BRD stehen nunmehr zwei Verfahren zur Klärung der Abstammung zur Verfügung; dabei handelt es

⁴⁴⁹ Zum Sonderproblem der Exhumierung zur postmortalen Vaterschaftsfeststellung s gleich unter III.B.4.).

⁴⁵⁰ *Wellenhofer* in Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch VIII⁵ (2008) § 1598a Rz 5.

⁴⁵¹ *Wellenhofer* in MünchKomm VIII⁵ § 1598a Rz 6.

sich um die isolierte Abstammungsfeststellung nach § 1598a BGB und das Verfahren zur Anfechtung der Vaterschaft (§§ 1600 ff BGB), welches vom Verfahren zur Durchsetzung des Klärungsanspruchs unabhängig ist. Die Abstammungsklä rung des § 1598a BGB bleibt ohne unmittelbare Rechtsfolgen, sodass die Beteiligten überlegen können, ob sie im Weg eines Verfahrens zur Anfechtung der Vaterschaft rechtliche Konsequenzen ziehen wollen. Beachtlich bleibt hier aber die zweijährige Anfechtungsfrist (§ 1600b Abs 1 BGB), die spätestens mit Kenntnis des Gutachtens zu laufen beginnt, welches die fehlende genetische Abstammung des Kindes von seinem rechtlichen Vater belegt. Diese Frist ist allerdings während des gerichtlichen Verfahrens nach Abs 2, 3 gehemmt (§ 1600b Abs 5 BGB).⁴⁵²

2.1.1.) Rechtsgrundlage des Auskunftsanspruchs des Kindes

Die Rechtsgrundlage des Auskunftsanspruchs wird entweder in § 242 BGB (Grundsatz von Treu und Glauben) oder in § 1618a BGB⁴⁵³, wonach Kinder und Eltern einander Beistand und Rücksicht schulden, gesehen, wobei sich hier die besondere Schutzwürdigkeit des unehelichen Kindes auch mE daraus ergibt, dass ihm Tatsachen vorenthalten werden, ohne deren Kenntnis es nicht in der Lage ist, zum anderen Elternteil ein Statusverhältnis zu begründen.⁴⁵⁴

Dass der mögliche Vater verheiratet ist, soll dem Auskunftsanspruch genauso wenig entgegenstehen wie die Behauptung der Mutter, den Vater nicht benennen zu können.⁴⁵⁵ Ebenso soll die Befürchtung des Scheiterns der Ehe

⁴⁵² *Wellenhofer* in MünchKomm VIII⁵ § 1598a Rz 12.

⁴⁵³ AG Passau 15.7.1987, 11 C 724/87, FamRZ 1987, 1309; LG Passau 26.11.1987, 1 S 231/87, NJW 1988, 144; LG Münster 21.2.1990, 1 S 414/89, FamRZ 1990, 1033; *Eidenmüller*, Der Auskunftsanspruch des Kindes gegen seine Mutter auf Benennung des leiblichen Vaters-BVerfGE 96, 56, JuS 1998, 790; *Enders*, NJW 1989, 882ff.; abl *Frank/Helms*, FamRZ 1997, 1263; *Weber*, Der Auskunftsanspruch des Kindes und/oder des Scheinvaters auf namentliche Benennung des leiblichen Vaters gegen die Kindesmutter, FamRZ 1996, 1255f; *Moritz*, Jura 1990, 135, der zusätzlich zu § 1618a BGB auf die Art 1 Abs 1, Art 2 Abs 1 und Art 6 Abs 5 GG verweist.

⁴⁵⁴ So auch *Seidel* in Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch VIII⁵ (2008) § 1589 Rz 33.

⁴⁵⁵ LG Münster 21.2.1990, 1 S 414/89, FamRZ 1990, 1033.

nicht ausreichend sein. Kommen mehrere Männer als potentielle Väter in Betracht, soll die Mutter all diese möglichen Väter benennen müssen.⁴⁵⁶

2.1.2.) Prozessuale Durchsetzung des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung

2.1.2.1.) Abstammungsverfahren

Im deutschen Recht sind, neben § 1598a BGB, zwei Verfahren zu unterscheiden: Die Anfechtung eines bestehenden Abstammungsverhältnisses nach § 1599 Abs 1 BGB und die Vaterschaftsfeststellung nach § 1600 d BGB. Wurde eine bestehende Vaterschaft erfolgreich angefochten, wird die Abstammung vom bisherigen rechtlichen Vater rückwirkend ab Kindesgeburt aufgehoben und das Kind ist vaterlos. Es kann dann durch Anerkennung oder gerichtliche Vaterschaftsfeststellung einem anderen Mann zugeordnet werden. Hat ein Kind keinen rechtlichen Vater iSd §§ 1592 Nr 1, 2 oder 1593 BGB, ist die Vaterschaft nach § 1600d Abs 1 BGB festzustellen. Eine Vaterschaftsfeststellung ist auch nach dem Tod des Putativvaters, in einem Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, möglich (vgl § 1600e Abs 2 BGB aF für Verfahren bis 1.9.2009 bzw danach § 169 FamFG).

Gem § 372a ZPO ist im Rahmen dieser Verfahren jede Person verpflichtet, Untersuchungen zu dulden, soweit sie für die Abstammungsfeststellung notwendig sind. Diese Bestimmung beschränkt die Duldungspflicht zwar durch ein Zumutbarkeitskriterium, doch legt die Rechtsprechung so strenge Maßstäbe an, dass eine Unzumutbarkeit der Untersuchung nur in seltenen Fällen angenommen werden kann. Für eine DNA-Analyse genügt eine Speichelprobe, ein Wangenschleimhautabstrich oder die Entnahme einer geringen Blutmenge. Solch geringfügige Eingriffe in die körperliche Integrität sind unter dem Blickwinkel der Verhältnismäßigkeit unbedenklich. Außerdem beschränkt sich eine DNA-Untersuchung zur Vaterschaftsfeststellung auf die nicht codierten Abschnitte der Erbsubstanzen und ist deshalb insgesamt zumutbar.

⁴⁵⁶ Eidenmüller, JuS 1998, 792.

Infolgedessen müssen bei einer Vaterschaftsfeststellung im Rahmen förmlicher Abstammungsverfahren gegenläufige Interessen zurückstehen, und das Kind kann auf diese Weise mittelbar sein Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung durchsetzen.⁴⁵⁷

2.1.2.2.) Durchsetzung von Auskunftsansprüchen

Nach oberlandesgerichtlicher Praxis ist der Anspruch nach § 888 Abs 1 Satz 1 ZPO⁴⁵⁸ als unvertretbare, ausschließlich vom Willen des Schuldners abhängige Handlung sogar mit Zwangsgeld oder Zwangshaft vollstreckbar.⁴⁵⁹

AA ist *Seidel*, der für diesen Fall eine entsprechende Anwendung des § 888 Abs 3 dZPO⁴⁶⁰ als unumgänglich erachtet, da die Zwangsauskunft dem sittlichen Empfinden widerspräche. Genau dies sei nämlich das Ergebnis der Abwägung verfassungsrechtlich geschützter Rechte, von Ausnahmefällen abgesehen.⁴⁶¹

Die Mutter werde zwar – so *Seidel* - nicht zur Preisgabe der zu ihrem Intimbereich gehörenden Tatsachen jedem gegenüber gezwungen, sondern zunächst nur gegenüber Personen, die selbst zur Verschwiegenheit verpflichtet sind. Diese, verglichen mit dem Kindesinteresse, der Mutter an sich zumutbare

⁴⁵⁷ *Schönberger*, Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung. Zu den Auswirkungen des Urteils Jäggi gegen Schweiz auf das schweizerische und das deutsche Abstammungsrecht, http://doc.rero.ch/lm.php?url=1000,41,5,20080827170103-BY/Schoenberger_M_moire_LLM.pdf (26.1.2010).

⁴⁵⁸ § 888 ZPO: Nicht vertretbare Handlungen

(1) „Kann eine Handlung durch einen Dritten nicht vorgenommen werden, so ist, wenn sie ausschließlich von dem Willen des Schuldners abhängt, auf Antrag von dem Prozessgericht des ersten Rechtszuges zu erkennen, dass der Schuldner zur Vornahme der Handlung durch Zwangsgeld und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, durch Zwangshaft oder durch Zwangshaft anzuhalten sei.(...)“

⁴⁵⁹ OLG Bremen 21.7.1999, 6 W 21/98, FamRZ 2000, 618; OLG Hamm 16.1.2001, 14 W 129/99, NJW 2001, 1817; vgl auch *Eidenmüller*, JuS 1998, 792; krit *Frank*, Grundzüge und Einzelprobleme des Abstammungsrechts, StAZ 2003, 135.

⁴⁶⁰ § 888 Abs 3 dZPO: „Diese Vorschriften kommen im Fall der Verurteilung zur Eingehung einer Ehe, im Fall der Verurteilung zur Herstellung einer des ehelichen Lebens und im Fall der Verurteilung zur Leistung von Diensten aus einem Dienstvertrag nicht zur Anwendung“.

⁴⁶¹ *Seidel* in MünchKomm VIII⁵ § 1589 Rz 36.

Belastung sei aber mit der Offenbarung gegenüber einem meist volljährigen Kind und im Fall mehrerer Putativväter mit der Offenbarung diesen gegenüber verbunden. Das mache sie mit den Ausnahmen des § 888 Abs 3 dZPO vergleichbar.⁴⁶²

2.2.) Zusammenfassung und Bewertung

Die Entscheidung des BVerfG vom 6.5.1997 zeigt nach richtiger Ansicht *Franks* und *Helms* sehr deutlich, wie zweifelhaft die Ableitung eines verfassungsmäßig gewährleisteten Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung ist.⁴⁶³ ME ist es nahe liegend und relativ unproblematisch, dass sich aus dem in Art 2 GG verankerten Persönlichkeitsrecht ein Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung ableiten lässt. Das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit wird aber nur gewährleistet, wenn und soweit nicht die Rechte anderer verletzt werden. Über die Frage, wie diese Rechte anderer (vor allem der Eltern) zu gewichten sind, kann man streiten. Bei der pauschalen Bevorzugung der Interessen des Kindes vermisst man jedenfalls den, ansonsten bei Aufeinandertreffen widerstreitender Verfassungsgüter so häufig geforderten Ausgleich im Sinn praktischer Konkordanz. Ich bin jedenfalls wie *Frank*⁴⁶⁴ der Meinung, dass das richtige Gleichgewicht in der BRD in letzter Zeit zu Gunsten eines wertungsmäßig überhöhten Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung verloren gegangen ist.

Diese Ansicht dürfte wohl auch der EGMR⁴⁶⁵ teilen, wenn er festhält, dass selbst das Interesse des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung nicht pauschal als höherwertig gegenüber entgegenstehenden Interessen zu gewichten ist (Näheres gleich unter III.B.3).

⁴⁶² *Seidel* in MünchKomm VIII⁵ § 1589 Rz 37.

⁴⁶³ Krit dazu auch schon *Deichfuß*, NJW 1988, 113; *Enders*, NJW 1989, 881; *Mansees*, NJW 1988, 2984.

⁴⁶⁴ *Frank*, StAZ, 2003, 136.

⁴⁶⁵ EGMR 13.2.2003, BeschwNr 42326/98 (Odievre/Frankreich), NJW 2003, 2146.

2.3.) Auskunft bei künstlicher Zeugungshilfe

Im Fall der heterologen Insemination scheint die Pflicht zur Auskunft mE zwar als geboten, doch fehlen in der BRD die entsprechenden Regelungen. Auch hier - wie in allen anderen Fällen - ist eine Interessensabwägung unter Beachtung verfassungsmäßiger Rechte erforderlich. Bei heterologen Fortpflanzungshilfen liegen aber nach zutreffender Ansicht *Seidels* die Gewichte anders als zB beim Verschweigen des Sexualpartners, da es in einem solchen Fall um Tatsachen aus dem Intimbereich geht, die offen gelegt werden müssten. Bei einer heterologen Befruchtung ist das Überwiegen des Informationsinteresses des Kindes, das wegen § 1592 Nr 1 BGB regelmäßig einen gesetzlichen Vater hat, bei der Abwägung in erster Linie daraus herzuleiten, dass die gesetzlichen Eltern, von denen Auskunft verlangt wird, nicht nachträglich einen Zeugungsvorgang verschleiern dürfen, dem sie selbst etwas von seinem intimen Charakter durch Hinzuziehung fremder Personen genommen und „technisiert“ haben.⁴⁶⁶

Auch in diesem Zusammenhang wesentlich ist die Frage nach der entsprechenden Anwendbarkeit von § 888 Abs 3 ZPO. In den Fällen der artifiziellen Insemination liege nach Meinung *Seidels*⁴⁶⁷ meist kein Grund vor, die Vollstreckbarkeit des Anspruchs zu verneinen, da es hier nicht um Fragen des intimen Sexualbereichs, sondern quasi um geschäftsmäßige Fragen gehe. Dies ergebe sich aus einer verfassungsgemäßen Auslegung.

In vielen Fällen wird mit der Auskunft lediglich der Hinweis auf einen Arzt (und nicht direkt auf einen Spender) zu erhalten sein. Hier stellt sich dann die Frage nach einer Auskunftsklage gegen den Arzt. Das OLG Hamm⁴⁶⁸ hat sich in jüngerer Vergangenheit für eine grundsätzlich bestehende Auskunftsverpflichtung ausgesprochen. In Bezug auf seine Schweigepflicht gegenüber dem Samenspender ist hA, dass das Persönlichkeitsrecht des Kindes dem Anonymitätsinteresse des Spenders vorgeht.⁴⁶⁹ Eine

⁴⁶⁶ *Seidel* in MünchKomm VIII⁵ § 1589 Rz 40; so auch *Wolf*, FuR 1998, 396.

⁴⁶⁷ *Seidel* in MünchKomm VIII⁵ § 1589 Rz 41.

⁴⁶⁸ OLG Hamm 13.6.2007, 3 W 32/07, MedR 2008, 213ff (*Cramer*).

⁴⁶⁹ *Seidel* in MünchKomm VIII⁵ § 1589 Rz 43; *Wolf*, FuR 1998, 396.

Anonymitätsszusage des Arztes ist wirkungslos.⁴⁷⁰ Die Forderung nach Anonymität des Samenspenders missachtet das Persönlichkeitsrecht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung⁴⁷¹. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht ist zwar als zur Privatsphäre gehörendes Recht nicht uneingeschränkt gewährleistet, sondern kann durch die verfassungsmäßigen Organe unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit beschränkt werden. Denkbare schützenswerte Interessen wären insbesondere neben dem Interesse des Samenspenders anonym zu bleiben auch das Interesse der Wunscheltern an Samenspenden. Doch geht das Recht des Kindes mE auch dem Interesse kinderloser Paare vor.

2.4.) Fazit

Um die vorstehend dargestellten Probleme einer sachgerechten Lösung zuzuführen, wäre de lege ferenda eine gesetzlich geregelte Dokumentationspflicht jener Ärzte geboten, die eine künstliche Befruchtung durchführen.⁴⁷² Festzuhalten ist hier, von welcher Person die Keimzellen stammen, wobei Anonymitätsszusagen an Spender rechtlich wirkungslos sind⁴⁷³ und deshalb auch gesetzlich verboten werden sollten.⁴⁷⁴ Je besser die ärztliche Dokumentation geregelt würde, umso eher könnte insoweit auf die fragwürdige Durchsetzung eines abstammungsrechtlichen Auskunftsanspruchs verzichtet werden.⁴⁷⁵

⁴⁷⁰ *Laufs*, Die künstliche Befruchtung beim Menschen - Zulässigkeit und zivilrechtliche Folgen, JZ 1986, 772.

⁴⁷¹ *Giesen*, JZ 1989, 368; *Starck*, JZ 1989, 339; aA *Enders*, NJW 1989, 884.

⁴⁷² *Rauscher* in *Staudinger*, BGB- Kommentar IV (2004) Anh zu § 1592 Rz 25; *Starck*, JZ 1989, 339; *Seidel* in MünchKomm VIII⁵ § 1589 Rz 45; vgl auch *Böckenförde*, Bericht über das Symposium des Bundesgesundheitsministeriums zum Thema „Fortpflanzungsmedizin in Deutschland“ vom 24.- 26. Mai 2000 in Berlin, MedR 2000, 418.

⁴⁷³ *Brohm*, Forum: Humangenetik, Eigentum und Menschenwürde, JuS 1998, 202.

⁴⁷⁴ *Starck*, Die künstliche Befruchtung beim Menschen- Zulässigkeit und zivilrechtliche Folgen, Gutachten A zum 56. DJT (1986) A 24; *ders.*, JZ 1989, 339; *Seidel* in MünchKomm VIII⁵ § 1589 Rz 45.

⁴⁷⁵ *Seidel* in MünchKomm VIII⁵ § 1589 Rz 45.

Hinsichtlich der Dauer der Aufbewahrung ist auf die oben erwähnte Entscheidung des OLG Hamm⁴⁷⁶ hinzuweisen. Das Gericht hatte hier folgenden Sachverhalt zu beurteilen: Eine 26-jährige, durch heterologe Insemination gezeugte Frau, wollte von jenem Klinikum, in dem die Behandlung vorgenommen wurde, Auskunft über die Identität ihres biologischen Vaters erhalten. Dies war allerdings nicht möglich, da die betreffenden Unterlagen nach Ablauf der in § 10 Abs 3 der Berufsordnung LÄK vorgesehen Regelaufbewahrungsfrist von 10 Jahren vernichtet worden waren und so keine „erlangbaren Informationen“ mehr vorhanden waren. *Cramer*⁴⁷⁷ vertritt die zustimmungswürdige Auffassung, dass aufgrund des insoweit eindeutigen Votums des OLG Hamm zur grundsätzlich bestehenden Auskunftsverpflichtung eine längere Aufbewahrung der ärztlichen Dokumentation geschuldet werde, um dem durch artifizielle Insemination gezeugten Kind die Möglichkeit zu geben, von seiner tatsächlichen Abstammung Kenntnis zu erlangen.

3.) Der Fall Odièvre/Frankreich

Das folgende Urteil des EGMR⁴⁷⁸ hat zwar nicht die Vaterschaftsfeststellung, sondern die Handhabe anonymer Geburten zum Gegenstand; da aber sowohl Babyklappe als auch anonyme Geburt dazu führen, dass die Mutter (und der Vater) des Kindes unbekannt bleiben, berührt dies das (Grund)Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung.

Der, in Österreich im Verfassungsrang stehende Art 8 EMRK, schützt ua das Interesse des Einzelnen, die für das Herausfinden wichtiger Aspekte der persönlichen Identität notwendigen Informationen, insbesondere etwa über die Identität der eigenen Erzeuger, zu erhalten.⁴⁷⁹ Auch in Deutschland wird, wie die vorstehenden Ausführungen darlegen, das Kenntnisrecht verfassungsmäßig gewährleistet. Deshalb, und weil sich Österreich und Deutschland zur Zulassung der anonymen Geburt nach französischem Vorbild hinzubewegen

⁴⁷⁶ OLG Hamm, 13.6.2007, 3 W 32/07, MedR 2008, 213ff (*Cramer*).

⁴⁷⁷ *Cramer*, Anmerkung zu OLG Hamm, 3 W 32/07, MedR 2008, 213.

⁴⁷⁸ EGMR 13.2.2003, BeschwerNr 42326/98 (Odièvre/Frankreich), NJW 2003, 2146.

⁴⁷⁹ *Lux-Wesener*, Anonyme Geburt EMRK vereinbar/ Der Fall Odièvre, EuGRZ 2003, 555.

scheinen,⁴⁸⁰ soll das Urteil des EGMR im Fall Odièvre gegen Frankreich an dieser Stelle besprochen und einer kurzen Würdigung unterzogen werden.

3.1.) Sachverhalt

Die Beschwerdeführerin (Bf) ist französische Staatsbürgerin. Sie wurde 1965 in Paris geboren. Ihre Mutter beantragte die Geheimhaltung der Geburt und unterschrieb eine Erklärung, in welcher sie angab, auf ihr Kind zu verzichten. Sie bestätigte, darüber aufgeklärt worden zu sein, dass der Verzicht nach Ablauf eines Monats nicht mehr widerrufen werden könne und dass sich die Behörden das Recht vorbehielten, das Kind adoptieren zu lassen.

Die Bf wurde 1969 vom Ehepaar *Odièvre* adoptiert. Sie konnte Akten der Jugendwohlfahrtsbehörde einsehen, in welchen allgemeine Angaben über ihre Eltern enthalten waren. 1998 beantragte die Bf beim LG Paris, die Geheimhaltung ihrer Geburt aufzuheben und ihr alle Personenstandsunterlagen herauszugeben.

Die anonyme Geburt ist in Frankreich seit 1638 bekannt. Das Gesetz Nr 2002-93 v. 22.1.2002 über den „Zugang von Adoptierten und Pflegekindern zu Informationen über ihre Abstammung“ stellt den Grundsatz der anonymen Geburt nicht in Frage, erlaubt aber, die Geheimhaltung der Identität aufzuheben, wenn Mutter und Kind dem ausdrücklich zustimmen. 1998 hat sich die Bf an die EKMR gewandt und geltend gemacht, dass die Geheimhaltung ihrer Geburt und die daraus resultierende Unkenntnis ihrer Abstammung, ihre durch Art 8 EMRK garantierten Rechte verletzen. Am 1.11.1998 ist die Beschwerde mit In-Kraft-Treten des 11. Protokolls zur EMRK auf den Gerichtshof übergegangen.

⁴⁸⁰ Nachweise bei *Lux-Wesener*, EuGRZ 2003, 557f.

3.2.) Die Entscheidung

Die dem EGMR gestellten Fragen lauteten: Hat ein anonym zur Welt gebrachten Kind einen Anspruch gegen die Behörde, Näheres über seine Herkunft zu erfahren? Verstößt die Auskunftsverweigerung gegen den durch Art 8 EMRK garantierten Schutz des Privat- und Familienlebens?⁴⁸¹

Der EGMR hat festgehalten, dass Art 8 EMRK ein Recht auf Identität und Entwicklung einer Person ebenso schütze wie ein Recht darauf, Beziehungen zu anderen Personen und zur Außenwelt anzuknüpfen und zu entwickeln. Die Erhaltung seelischer Ausgeglichenheit sei unabdingbare Voraussetzung für die wirksame Ausübung des Rechts auf Achtung des Privatlebens. Zur persönlichen Entwicklung gehörten die Kenntnis von Einzelheiten über die eigene Identität sowie das von der Konvention geschützte vitale Interesse daran, zur Wahrheitsfindung notwendige Informationen über wesentliche Aspekte der persönlichen Identität zu erhalten, beispielsweise über die Identität seiner Eltern. Die Geburt und die Umstände, unter denen ein Kind geboren wird, seien Teil des Privatlebens eines Kindes und später des Erwachsenen, das von Art 8 EMRKK geschützt werde.⁴⁸²

Der Ausdruck „jede Person“ in Art 8 EMRK erfasse, so der Gerichtshof weiter, das Kind und die Mutter in gleicher Weise. Einerseits gebe es das Recht, seine Herkunft zu erfahren, welches aus einer weiten Auslegung des Begriffs Privatleben abgeleitet werde. Auf der anderen Seite lasse sich das Interesse einer Frau nicht leugnen, anonym zu bleiben, um ihre Gesundheit zu schützen, indem sie ihr Kind unter angemessenen medizinischen Bedingungen zur Welt bringen könne. Im vorliegenden Fall habe die Mutter der Bf diese nie in der Klinik besucht. Auch sei nicht vorgebracht worden, dass sie später den Wunsch geäußert habe, ihr Kind kennen zu lernen. Somit gebe es in diesem Fall zwei private Interessen zweier erwachsener Personen, die nicht ohne

⁴⁸¹ *Henrich*, Anmerkung zu EuGHMR 13.2.2003, BeschwNr 42326/98 (Odièvre/Frankreich), FamRZ 2003, 1370.

⁴⁸² EGMR 13.2.2003, BeschwNr 42326/98 (Odièvre/Frankreich), NJW 2003, 2146.

weiteres in Einklang gebracht werden könnten. Außerdem müssten hier die Interessen aller Beteiligten, einschließlich der Adoptiveltern, abgewogen werden, sowie das öffentliche Interesse daran, die Gesundheit von Mutter und Kind zu schützen, sowie Abtreibungen und das „wilde“ Aussetzen von Kindern zu vermeiden.⁴⁸³

Mit der neuen französischen Gesetzgebung, die den Grundsatz der anonymen Geburt bekräftigt und die Möglichkeit verstärkt, die Geheimhaltung der Anonymität aufzuheben, habe Frankreich einen angemessenen Interessenausgleich gefunden, der die Grenzen des den Konventionsstaaten zustehenden Beurteilungsspielraum nicht übersteige. Aus diesem Grund war der Gerichtshof der Auffassung, dass Art 8 EMRK nicht verletzt worden sei.⁴⁸⁴

3.3.) Rechtsvergleichende Ausführungen

3.3.1.) Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung

In Deutschland wurden unter Hinweis⁴⁸⁵ auf die Regelung in Frankreich und aus Anlass einiger Kindsweglegungen und -tötungen in mehreren Städten Babyklappen eingeführt, die eine anonyme Kindsweglegung (und wohl auch eine anonyme Geburt) ermöglichen.⁴⁸⁶ Auch in Österreich wurden seit Ende 2000 derartige Vorrichtungen an zahlreichen Krankenhäusern eröffnet.⁴⁸⁷

Die anonyme Kindsweglegung ist allerdings im Hinblick auf die vom BVerfG und der deutschen Lehre entwickelten Vorgaben zum Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung bedenklich. Aus verfassungsrechtlicher Sicht wird durch die gesetzliche Verankerung der anonymen Weglegung und anonymen Geburt eine grundsätzlich erlangbare Information, nämlich jene über die eigene

⁴⁸³ EGMR 13.2.2003- 42326/98 (Odièvre/Frankreich), NJW 2003, 2148.

⁴⁸⁴ EGMR 13.2.2003- 42326/98 (Odièvre/Frankreich), NJW 2003, 2148.

⁴⁸⁵ Vgl. Schwarz, Rechtliche Aspekte von „Babyklappe“ und „anonymer Geburt“, StAZ 2003, 34.

⁴⁸⁶ Verschraegen, ÖJZ 2004, 5.

⁴⁸⁷ Nachweise bei Moser, Völkerrechtliche und gemeinschaftsrechtliche Implikationen der anonymen Geburt, ÖA 2003, 200.

Identität, vorenthalten, was einen relevanten Eingriff in eine Grundrechtsposition (Art 2 Abs 1 GG iVm Art 1 Abs 1 GG) darstellt.⁴⁸⁸ Ein derartiger Eingriff ist nur dann gerechtfertigt, wenn er dem Schutz des verfassungsrechtlich gewährleisteten Rechts auf Leben (Art 2 Abs 2 Satz 1 GG) dient. Nach einem Teil der Lehre sei der Schutz der Anonymität vorrangig gegenüber dem Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung, weil das Recht des Kindes auf Leben nur im Weg der Anonymität hinreichend geschützt sei.⁴⁸⁹ Es ist allerdings festzuhalten, dass bis heute **nicht** erwiesen werden konnte, dass aufgrund der Einrichtung von Babyklappen und anonymer Geburt die Zahl der Kindstötungen oder Abtreibungen zurückgegangen ist.⁴⁹⁰ Im Gegenzug nehmen diese Einrichtungen dem Kind aber auf Dauer die Möglichkeit, von seiner eigenen Abstammung Kenntnis zu erlangen.⁴⁹¹

3.3.2.) Internationaler Konsens

Auf der Ebene des Völkerrechts ist Art 8 EMRK zu berücksichtigen. Diese Bestimmung erwähnt das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung zwar nicht ausdrücklich, doch hat der EGMR das Recht auf Achtung des Privat- und

⁴⁸⁸ Dem könnte entgegengehalten werden, dass nicht der Staat, sondern die Mutter die Informationen vorenthalte. Diese Meinung würde allerdings übersehen, dass der Staat alles zu unternehmen hat, was der Beseitigung dieses Misstandes dient.

⁴⁸⁹ Schwarz, StAZ 2003, 37ff; er übersieht allerdings nicht, dass ein Interessenausgleich zwischen dem Kenntnisrecht und dem Recht auf Leben nur möglich ist, wenn zwischen beiden Verfassungsgütern eine praktische Konkordanz hergestellt wird. Das bedeute, dass die Möglichkeit des Kindes, von seiner wahren Abstammung Kenntnis zu erlangen, nicht a priori ausgeschlossen werden dürfe. Vor dem Hintergrund der Erwägung, dass mit zunehmendem zeitlichen Abstand von der Geburt die Schutzwürdigkeit der anonymen Mutter nachlasse und das Kenntnisrecht an Bedeutung gewinne, werde man Regelungen, die es der Mutter ermöglichen, sie aber nicht verpflichten, Daten, die sie und das Kind betreffen, nach der Geburt zu hinterlassen, für unbedenklich halten können. Dies bedeute aber auch, dass die Babyklappe stärkeren verfassungsrechtlichen Bedenken begegne als die anonyme Geburt, da die Anonymität zu einem späteren Zeitpunkt nicht mehr durchbrochen werden könne und so die Möglichkeit, von seiner eigenen Abstammung Kenntnis zu erlangen, mit Wirkung pro futuro ausgeschlossen sei.

⁴⁹⁰ Vgl dazu eingehend Lux- Wesener, EuGRZ 2003, 559; Verschraegen, ÖJZ 2004, 6ff.

⁴⁹¹ Moser, ÖA 2003, 202.

Familienlebens dahingehend interpretiert, dass es auch das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung umfasst.⁴⁹²

Eine weitere völkerrechtliche Vorgabe folgt aus Art 7 Abs 1 KRK⁴⁹³. Dieser gewährt - soweit möglich - das Recht, seine Eltern zu kennen. Ob diese Bestimmung das Recht auf Verschaffung der Kenntnis der eigenen Abstammung umfasst, ist allerdings fraglich.⁴⁹⁴ Der EGMR⁴⁹⁵ verweist in seiner ständigen Rechtsprechung jedenfalls immer wieder auf die KRK, insbesondere auf Art 7, womit er wohl zum Ausdruck bringen will, dass er die KRK als internationales Rechtsinstrument im europäischen Rechtsraum berücksichtigt.⁴⁹⁶

Schließlich sieht das Haager Übereinkommen über den Schutz von Kindern und die Zusammenarbeit auf dem Gebiet der internationalen Adoption vom 29.5.1993⁴⁹⁷ in Art 30 vor, dass Daten über die Herkunft des Kindes, insb über die Identität der Eltern, aufzubewahren und nach Maßgabe des staatlichen Rechts zugänglich zu machen sind.⁴⁹⁸

3.4.) Prüfungskriterien

3.4.1.) Allgemeines

Da es, wie bereits erwähnt, zweifelhaft ist, ob Babyklappe und anonyme Geburt das Leben des Kindes schützen, kann das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung nicht durch das Recht auf Leben eingeschränkt werden. Da das Recht auf Leben für die Beurteilung der Anonymität somit nicht ausschlaggebend ist, soll das Interesse des Kindes, über seine Abstammung

⁴⁹² Zuletzt EGMR 13.7.2006, BeschwerNr 58757/00 (Jäggi/Schweiz), FamRZ 2006, 1354f.

⁴⁹³ UN-Übereinkommen über die Rechte des Kindes vom 20.11.1989 (Kinderrechtskonvention).

⁴⁹⁴ *Verschraegen*, ÖJZ 2004, 7; *Schwarz*, StAZ 2003,36.

⁴⁹⁵ Vgl zB EGMR 13.2.1992 (Keegan/Irland), BeschwerNr 16969/90, EuGRZ 1995, 113ff.

⁴⁹⁶ *Verschraegen*, ÖJZ 2004, 7

⁴⁹⁷ BGBl III 1999/145 (Österreich) bzw Gesetz zu dem Haager Übereinkommen vom 29.5.1993 über den Schutz von Kindern und die Zusammenarbeit auf dem Gebiet der internationalen Adoption vom 23.10.2001 (BGBl II S 1034; Deutschland)

⁴⁹⁸ *Verschraegen*, ÖJZ 2004, 7; *Schwarz*, StAZ 2003,36.

Kenntnis zu erlangen, mit den Interessen der Mutter (ihre Identität geheim zu halten), dritter Personen (Vater oder Großeltern) und möglichen allgemeinen Interessen (Schutz der Gesundheit von Mutter und Kind während und nach der Geburt) abgewogen werden. Sodann ist die Frage zu beantworten, ob zwischen diesen Interessen ein gerechter Ausgleich gefunden wurde, da nur so die Übereinstimmung des nationalen Rechts mit der EMRK festgestellt werden kann.⁴⁹⁹

3.4.2.) Negative und positive Pflichten

Art 8 EMRK erschöpft sich nicht in der negativen Ausrichtung, den einzelnen davor zu schützen, dass der Staat nicht, bzw nur unter bestimmten Bedingungen, in die gewährleisteten Rechte eingreift. Diese Bestimmung verpflichtet den Staat unter bestimmten Umständen auch zur Sicherung der „Achtung“ der geschützten Rechte. Ob aber ein Staat seine positiven Pflichten aus Art 8 EMRK erfüllt hat, wird nicht an der für Eingriffe geltenden Schrankenbestimmung des Art 8 Abs 2 EMRK geprüft. Vielmehr begründet die Nicht-Achtung der durch Art 8 EMRK garantierten Rechte durch Verletzung einer staatlichen Schutzpflicht automatisch eine Verletzung des Art 8 EMRK. Der Begriff der Achtung ist in diesem Zusammenhang einer genauen Definition allerdings nicht zugänglich.⁵⁰⁰ Um zu bestimmen, ob er im Einzelfall eine staatliche Pflicht zum Tätigwerden begründet, ist eine Abwägung zwischen dem Interesse des Einzelnen und dem Interesse der Allgemeinheit vorzunehmen um einen gerechten Ausgleich zu finden. Dabei ist den Mitgliedstaaten ein gewisser Ermessensspielraum in der Frage zuzuerkennen, ob und in welcher Weise Maßnahmen zur Sicherung der Achtung der in Art 8 EMRK gewährleisteten Rechte, zu ergreifen sind.⁵⁰¹

⁴⁹⁹ *Verschraegen*, ÖJZ 2004, 8.

⁵⁰⁰ *Lux- Wesener*, EuGRZ 2003, 556; *Verschraegen*, ÖJZ 2004, 8.

⁵⁰¹ *Lux- Wesener*, EuGRZ 2003, 556 (mwN).

3.5.) Konventionsgerechtes nationales Recht

Um konventionsgerecht vorzugehen ist daher zu prüfen, ob der Staat im konkreten Fall einen gerechten Ausgleich zwischen den verschiedenen Interessen schafft, da nur so die Übereinstimmung des nationalen Rechts mit der EMRK festgestellt werden kann. Der EGMR nahm aber eine abstrakte Abwägung vor und stellte auf diesem Weg fest, welchem Interesse absoluter Vorrang einzuräumen sei. Im vorliegenden Fall konnte es weder tatsächlich noch rechtlich zu einer Interessenabwägung kommen, da das französische Recht in der Entscheidung der Mutter ein absolutes Hindernis für das Kind sieht, Informationen über seine Abstammung zu erhalten. Die Interessen des Kindes finden keinerlei Berücksichtigung. MaW: *„Die Mutter hat also ein völlig unbeschränktes Recht, ein leidendes Kind zur Welt zu bringen und es für sein ganzes Leben zur Unwissenheit über seine Abstammung zu verdammen. Es handelt sich also keineswegs um ein gemischtes System, das irgendeinen Ausgleich zwischen den betroffenen Rechten sichert.“*⁵⁰²

Fraglich ist, ob nicht die in der Odièvre- Entscheidung selbst erwogene „geheime“ Geburt den betroffenen Interessen gerecht werden könnte. Nach diesem Konzept muss die Mutter bei der Geburt ihre Daten bekannt geben, und diese unterliegen einer Geheimhaltungspflicht, bis das Kind ein gewisses Alter erreicht hat.⁵⁰³ Für dieses Konzept spricht, dass Kinder nicht generell von Informationen über ihre Abstammung abgeschnitten werden.⁵⁰⁴

3.6.) Würdigung

Das Urteil des EGMR hatte zwar nur die (französische Form der) anonymen Geburt als Gegenstand, doch dürfte der Gerichtshof damit, dass er der

⁵⁰² EGMR 13.2.2003- 42326/98 (Odièvre/Frankreich), NJW 2003, 2149 (dissenting opinion).

⁵⁰³ Vgl etwa § 20 FMedG oder § 61 Abs 2 Satz 1 des deutschen Personenstandsgesetzes vom 8.8.1957, BGBl I 1125, BGBl III 2 Nr 211-1.

⁵⁰⁴ Verschraegen, ÖJZ 2004, 10.

Mutter das Recht zugesteht, endgültig und unwiderruflich über die Vorenthaltung ihrer Identität zu entscheiden, auch anderen Varianten der anonymen Geburt iWS, wie der Babyklappe, eine weite Tür geöffnet haben.⁵⁰⁵

Eine anonyme Geburt ist aber mE grundsätzlich nur dann konventionskonform, wenn das Kind die Möglichkeit hat, von seiner eigenen Abstammung Kenntnis zu erlangen. Die Verweigerung des Zugangs zu den dafür relevanten Daten sollte nur in Ausnahmefällen zulässig sein. Die Babyklappe schließt den Zugang zu den Daten aber von vorn herein aus. Zudem verstößt jede Rechtsordnung, die die Zustimmung als absolutes Veto ausgestaltet, gegen die EMRK.⁵⁰⁶

Selbst wenn die Zulässigkeit der anonymen Geburt und Weglegung auf Notsituationen beschränkt wird, verliert der Ausnahmecharakter umso mehr an Kraft, je mehr Zeit seit der Notsituation verstreicht. Es liegt somit mit zunehmendem Zeitverlauf seit der Geburt oder Weglegung keine Notsituation mehr vor, sodass die Bedeutung der Zustimmung der Mutter zur Datenfreigabe umso mehr an Gewicht verliert, je mehr Zeit seit der Geburt verstrichen ist. Im Gegensatz dazu gewinnt das Interesse des Kindes, von seiner wahren Abstammung Kenntnis zu erlangen, an Bedeutung. Folglich müssen also auch in diesem Fall eine entsprechende Datenaufnahme und Datenverwaltung gewährleistet sein, um die Übereinstimmung mit der EMRK zu gewährleisten. Dies ist im Fall der Babyklappe naturgemäß nicht möglich. Eine anonyme Geburt, bei der auch in der Praxis das Vorliegen einer Notsituation nicht geprüft wird und auch keine Daten erhoben werden, ist im Hinblick auf die Vorgaben der EMRK jedenfalls äußerst bedenklich. Um es mit den Worten *Verschraegen*⁵⁰⁷ zu sagen, bedeuten anonyme Geburt und anonyme Weglegung: „Väter müssen nicht (mehr) festgestellt werden, im Gegenzug können Frauen ihre Kinder derelinquieren.“

⁵⁰⁵ Moser, ÖA 2003, 206.

⁵⁰⁶ *Verschraegen*, ÖJZ 2004, 11.

⁵⁰⁷ *Verschraegen*, ÖJZ 2004, 11.

4.) Exhumierung zur postmortalen Vaterschaftsfeststellung

Exhumierungen als Mittel zur postmortalen Feststellung der Vaterschaft sind aufgrund der heutigen Möglichkeiten auf dem Gebiet der DNA-Analyse⁵⁰⁸, in vielen Fällen nicht erforderlich. Notwendig sind sie nur, wenn keine Verwandten des Verstorbenen und kein genetisch brauchbares Material zur Verfügung stehen und auch die Zeugungsvermutung nicht greift. Trotz dieser Tatsache mehren sich in den letzten Jahren die Entscheidungen, die zu Exhumierungen ergehen.⁵⁰⁹

Die DNA-Analyse hat es ermöglicht, selbst aus Knochenmaterial verwester Leichen zuverlässige Aussagen über die genetische Abstammung zu gewinnen, sodass va in Deutschland eine steigende Tendenz von Exhumierungen zu verzeichnen ist.⁵¹⁰ Auch der EGMR⁵¹¹ hatte sich bereits mit diesem Problem auseinander zu setzen und festgestellt, dass das Interesse einer Person an der Feststellung ihrer Abstammung im Einzelfall dazu führen kann, dass der vermutete verstorbene Vater exhumiert wird. Vorausgesetzt wird, dass die Person ihr Interesse an dieser Feststellung nachhaltig unter Beweis gestellt hat und die Familie des Verstorbenen für ihre Verweigerung einer entsprechenden Maßnahme keine überzeugenden Motive vorbringen kann.

⁵⁰⁸ Zu DNA-Tests als Beweismittel für die Vaterschaftsfeststellung vgl OGH 2.4.1997, 7 Ob 2408/96k.

⁵⁰⁹ Nachweise bei *Lakkis*, Die Exhumierung zur postmortalen Vaterschaftsfeststellung und -anfechtung, FamRZ 2006, 454.

⁵¹⁰ ME sollte eine Exhumierung nur als ultima ratio, nach Ausschöpfung aller Möglichkeiten der Begutachtung lebender Angehöriger, erwogen werden.

⁵¹¹ EGMR 13.7.2006, BeschwNr 58757/00, FamRZ 2006, 1354 (Jäggi/Schweiz).

4.1.) Der Fall Jäggi/Schweiz

4.1.1.) Sachverhalt

Der im Jahr 1939 geborene Antragsteller wollte Klarheit darüber haben, wer sein Vater ist.

Seine Mutter hatte bei seiner Geburt einen gewissen A.H. als Vater bezeichnet. A.H. hatte zwar eingeräumt, intime Beziehungen mit der Mutter gehabt zu haben, seine Vaterschaft aber bestritten. Eine Vaterschaftsfeststellungsklage wurde 1948 rechtskräftig abgewiesen, weil A.H. die nach dem damaligen Schweizer Recht mögliche Einrede des Mehrverkehrs erhoben hatte. Nachdem der Antragsteller von seiner Mutter erfahren hatte, dass A.H. sein Vater sei, nahm er Kontakt zu ihm auf. A.H. verweigerte aber einen medizinischen Vaterschaftstest. Kurz nach A.H.s Tod im Jahr 1976 wurde auf Betreiben des Antragstellers eine Blutgruppenuntersuchung durchgeführt, mit dem Ergebnis, dass eine Vaterschaft A.H.s nicht ausgeschlossen werden könne. 1997 erreichte Herr Jäggi auf eigene Kosten die Verlängerung der Konzession für das Grab des A.H. bis 2016. 1999 legte der Sohn Klage auf Revision gegen das Urteil von 1948 ein und verlangte die Exhumierung des Leichnams von A.H. zur Vornahme einer DNA-Analyse.

Die Klage wurde in der Schweiz in allen Instanzen abgewiesen. Das Bundesgericht begründete seine Entscheidung damit, dass das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung nicht absolut geschützt sei, sondern mit dem Recht auf Totenruhe und dem Recht der nächsten Angehörigen, die gegen eine Exhumierung sind, abgewogen werden müsse. Dabei sei zu berücksichtigen, dass der zwischenzeitlich 60-jährige Antragsteller durch die Ungewissheit über seine Abstammung immerhin keinen Schaden genommen habe.

Daraufhin wandte sich Herr Jäggi mit Beschwerde nach Art 34 EMRK an den EGMR.

4.1.2.) Entscheidung

Der Antragsteller machte geltend, dass die Ablehnung seines Antrags, ihm durch ein Sachverständigengutachten zu ermöglichen, das Bestehen eines Abstammungsverhältnisses zu seinem vermutlichen Vater nachzuweisen, ihn in seinem Recht aus Art 8 EMRK verletze. Aufgrund des wissenschaftlichen Fortschritts sei es nunmehr, im Gegensatz zum Jahr 1948, möglich, einen positiven Vaterschaftsnachweis mittels DNA-Analyse zu erbringen. Der Staat hätte ihn ermächtigen müssen, eine solche vornehmen zu lassen.

Der Gerichtshof wog in seinem Urteil folgende Interessen gegeneinander ab:

- das Interesse des Antragstellers auf Kenntnis der eigenen Abstammung
- das Rechts der Dritten auf die Unverletzlichkeit des Körpers des Verstorbenen
- das Recht auf Achtung der Toten
- das öffentliche Interesse auf Schutz der Rechtssicherheit

Sodann stellte der Gerichtshof fest, dass das Recht auf Identität einen integrierenden Bestandteil des Rechts auf Schutz des Privatlebens bilde und dass nach sorgfältiger Abwägung aller widerstreitenden Interessen diesem Recht der Vorrang einzuräumen sei. Das Interesse, das ein Einzelner an der Kenntnis seiner Abstammung habe, höre keinesfalls mit zunehmendem Alter auf, im Gegenteil: Aus der Tatsache, dass der Antragsteller sein ganzes Leben lang versucht hatte, Sicherheit über diesen Punkt zu erlangen, sei zu schließen, dass er moralisch und psychisch durch diese Unsicherheit belastet gewesen sei, auch wenn sich das nicht im medizinischen Bereich habe feststellen lassen.

Die Weigerung der nahen Angehörigen, den Körper des Verstorbenen exhumieren zu lassen, fiel nach Ansicht des EGMR nicht so schwer ins Gewicht, da sie keine Motive religiöser oder philosophischer Natur ins Feld geführt hätten. Im Übrigen stelle eine DNA-Analyse keinen schwerwiegenden Eingriff dar. Das Recht auf Achtung der Toten sei auch zu vernachlässigen, da das Recht, in Frieden zu ruhen, nur einen zeitlich begrenzten Schutz genieße,

da die sterblichen Überreste des Verstorbenen nach Ablauf der Konzession für die Grabstätte ohnehin exhumiert würden.

Auf Grund dieser Überlegungen bestätigte der EGMR dem Antragsteller, dass die schweizerischen Behörden sein Recht auf Schutz seines Privatlebens (Art 8 MRK) verletzt hätten. Damit sprach der Gerichtshof dem Antragsteller im Ergebnis das Recht zu, im Weg der DNA-Analyse die Vaterschaft des Verstorbenen feststellen zu lassen, um Sicherheit über seine Abstammung zu bekommen. Die Angehörigen des Verstorbenen können somit eine Exhumierung nicht verweigern. Das Interesse des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung wurde also vom Gerichtshof höher gewichtet als das Interesse der nächsten Angehörigen an der Nichtdurchführung der Abstammungsuntersuchung.

4.2.) Die entgegenstehenden Interessen des Verstorbenen und dessen Angehörigen

Kann die Vaterschaft nur durch eine Exhumierung festgestellt werden, stellt sich zunächst die Frage, welche Persönlichkeitsrechte des Verstorbenen oder seiner Angehörigen dadurch betroffen sein können.

4.2.1. Die österreichische Rechtslage

Die österreichische Rechtsordnung anerkennt sowohl schutzwürdige Interessen der Angehörigen des Verstorbenen als auch ein fortwirkendes postmortales Persönlichkeitsrecht des Verstorbenen selbst.

Darüber hinaus zielen einige Bestimmungen des öffentlichen Rechts und des Strafrechts darauf ab, den Leichnam mit Respekt und Pietät zu behandeln. Das Strafrecht trägt va mit dem Schutz der Totenruhe nach § 190 Abs 1 StGB zur Wahrung der Würde des Verstorbenen bei. Hinzu kommen diverse öffentlich-

rechtliche Normen über den Totenkult, welche stark vom Brauchtum des Totenkults geprägt sind.⁵¹²

Das österreichische Recht enthält somit Regeln, die dafür sorgen, dass der Leichnam einer entsprechenden Bestattung zugeführt wird. Hier kann exemplarisch auf § 17 Abs 1 des Steiermärkischen Leichenbestattungsgesetzes verwiesen werden.⁵¹³ Diese Norm bestimmt, dass das Recht, die Bestattungsart zu wählen, **mangels feststellbaren Willens des Verstorbenen**,⁵¹⁴ ein Recht der nächsten Angehörigen ist. § 17 Abs 1 leg cit beruht auf einer Theorie, die das Totensorgerecht als Ausfluss des allgemeinen Persönlichkeitsrechts der Hinterbliebenen begreift.⁵¹⁵ Dieses Recht steht den nächsten Angehörigen zu, weil davon ausgegangen wird, dass diese ein emotional stark ausgeprägtes Andenken mit dem Verstorbenen verbindet; dieses sei auch nach dem Tod das eigentlich Schutzwürdige. Das Totensorgerecht, als originäres Recht der Angehörigen, verleiht diesen auch die Rechtsmacht, unberechtigte Einwirkungen auf den Leichnam abzuwehren.⁵¹⁶

⁵¹² Vgl etwa §§ 16-19 des Steiermärkischen Leichenbestattungsgesetzes vom 23.6.1992, LGBl Nr 45 idgF.

⁵¹³ In Österreich bestehen entsprechende Vorschriften in jedem Bundesland.

⁵¹⁴ Primär entscheidet der Verstorbene selbst aufgrund seines über den Tod hinaus fortwirkenden Persönlichkeitsrechts. Die Totenfürsorgeberechtigten sind dazu befugt, den Willen des Verstorbenen, sofern er bekannt ist, durchzusetzen. Ist der Wille des Verstorbenen nicht bekannt, wird der Richter den mutmaßlichen Willen ermitteln, wobei er nicht an die Angaben des Totenfürsorgeberechtigten gebunden ist. In Fragen der Bestattung, Umbettung, Exhumierung usw geht der Wille des Verstorbenen vor, sodass für eigenen Entscheidungen des Totenfürsorgeberechtigten nur dann Raum bleibt, wenn der Wille des Verstorbenen nicht bekannt ist und auch nicht ermittelt werden kann.

⁵¹⁵ Tendenziell aA OGH 27.10.1999, JBl 2000, 111, der das Totensorgerecht auf ein, über den Tod fortwirkendes Persönlichkeitsrecht des Verstorbenen selbst zurückführt.

⁵¹⁶ *Bernat*, Sind sog. Schlittenversuche mit der Leiche nach österreichischem Recht zulässig? Gutachten, erstellt im Auftrag der Ethikkommission der Medizinischen Universität Graz, Rechtsmedizin 2005, 361.

4.2.2.) Die deutsche Rechtslage

In Deutschland ist ein postmortale Persönlichkeitsrechte des Verstorbenen seit der berühmten Mephisto-Entscheidung⁵¹⁷ aus dem Jahr 1968 zwar grundsätzlich anerkannt, doch bestehen bis heute mannigfaltige Unsicherheit in Bezug auf die Ausgestaltung eines solchen Schutzes. Im Mittelpunkt steht va die Frage, ob der Verstorbene als Träger dieses Persönlichkeitsrechts zu betrachten ist und somit über den Tod hinaus rechtsfähig sein soll oder ob eine Anerkennung von postmortalen Persönlichkeitsrechten denkbar ist, ohne diese einem Träger als Rechtssubjekt zuzuordnen. Auch die Konstruktion einer Wahrnehmungsbefugnis ist umstritten.⁵¹⁸

In der BRD besteht auch ein Schutz der Angehörigen in ihrem Recht auf Totengedenken, welches als sonstiges Recht im Sinn des § 823 Abs 1 BGB eingeordnet wird.

4.3.) Die gesetzliche Grundlage für Exhumierungen

4.3.1) Österreich

In Österreich ist das Bestattungswesen auf landesgesetzlicher Ebene verankert, sodass in jedem Bundesland auch spezielle Regelungen bezüglich der Exhumierung von Leichen bestehen. Diese Bestimmungen berechtigen die Gemeinde (den Bürgermeister) in deren Gebiet der Friedhof gelegen ist, auf welchem die Leiche bestattet ist, zur Bewilligung der Exhumierung. Eine beantragte Exhumierung darf allerdings nur dann nicht bewilligt werden, wenn sanitätspolizeiliche Bedenken entgegenstehen! Die Bewilligung der Gemeinde ist im Fall behördlich angeordneter Exhumierungen nicht notwendig.⁵¹⁹

⁵¹⁷ BGH 26.4.1995, BGHZ 50, 133.

⁵¹⁸ Schönberger, Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung. Zu den Auswirkungen des Urteils Jäggi gegen Schweiz auf das schweizerische und das deutsche Abstammungsrecht, http://doc.rero.ch/lm.php?url=1000,41,5,20080827170103-BY/Schoenberger_M_moire_LLM.pdf (26.1.2010)

⁵¹⁹ Vgl ua § 26 des Oö. Leichenbestattungsgesetzes 1985, LGBl Nr 40/85 idgF.

Auf bundesgesetzlicher Ebene sind folgende Bestimmungen maßgebend:

§ 163 Abs 1 ABGB:

„Als Vater hat das Gericht den Mann festzustellen, von dem das Kind abstammt. Der Antrag kann vom Kind gegen den Mann oder von diesem gegen das Kind gestellt werden.“

§ 138a Abs 2 ABGB: *„Nach dem Tod der betroffenen Person können die Feststellung der Abstammung, deren Änderung oder die Feststellung der Nichtabstammung von den Rechtsnachfolgern oder gegen diese begehrt werden.“*

Kommt es zu einem Antrag auf postmortale Vaterschaftsfeststellung, sind die beklagten Rechtsnachfolger nach § 85 Außerstreitgesetz⁵²⁰ verpflichtet, an Untersuchungen mitzuwirken, die zur Aufklärung der Abstammung nötig und ohne Gesundheitsgefährdung durchführbar sind.

§ 85 AußStrG bestimmt Folgendes: *„(1) Soweit es zur Feststellung der Abstammung erforderlich ist, haben die Parteien und alle Personen, die nach den Ergebnissen des Verfahrens zur Aufklärung des Sachverhalts beitragen können, bei der Befundaufnahme durch einen vom Gericht bestellten Sachverständigen, insbesondere an der notwendigen Gewinnung von Gewebeproben, Körperflüssigkeiten und Blutproben, mitzuwirken.*

(2) Die Pflicht zur Mitwirkung besteht nicht, soweit diese mit einer ernsten oder dauernden Gefahr für Leben oder Gesundheit verbunden wäre. Vor einer Befundaufnahme hat das Gericht die zur Mitwirkung aufgeforderten Personen über die Weigerungsgründe zu belehren und zur Äußerung aufzufordern. Über die Weigerung ist mit besonderem, selbständig anfechtbaren Beschluss zu entscheiden. Im Fall einer rechtmäßigen Weigerung hat das Gericht eine nicht mit der angeführten Gefahr verbundene Methode der Abstammungsuntersuchung anzuordnen.

(3) ...

⁵²⁰ BGBl I Nr 111/2003.

(4) *Soweit die erforderlichen Beweise nicht nach den vorstehenden Absätzen erbracht werden können und besondere gesetzliche Bestimmungen nicht entgegenstehen, kann das Gericht von jedermann die Herausgabe notwendiger Gewebeproben, Körperflüssigkeiten und Blutproben der in Abs. 1 genannten Personen, auch wenn diese bereits verstorben sind, verlangen.*“

Grundsätzlich haben somit gem § 85 Abs 1 AußStrG die Parteien des Verfahrens und alle Personen, die nach den Ergebnissen des Verfahrens zur Aufklärung des Sachverhalts beitragen können, bei der Befundaufnahme durch einen, vom Gericht bestellten Sachverständigen, insbesondere an der notwendigen Gewinnung von Gewebeproben, Blutproben und Körperflüssigkeiten, im zur Feststellung erforderlichen Ausmaß mitzuwirken. Ausnahmen bestehen gemäß § 85 Abs 2 AußStrG, soweit die Mitwirkung mit einer ernsten oder dauernden Gefahr für Leben oder Gesundheit verbunden wäre.⁵²¹

Die Absätze 1 und 2 des § 85 AußStrG tragen der Tatsache Rechnung, dass die Abstammung im Streitfall oft nur durch medizinische Begutachtung festgestellt werden kann.⁵²²

Subsidiäre Beweismittel gemäß § 85 Abs 4 AußStrG: Soweit die erforderlichen Beweise nach den vorstehenden Absätzen nicht erbracht werden können und auch keine besonderen gesetzlichen Bestimmungen entgegenstehen, kann das Gericht von den in Abs 1 genannten Personen die Herausgabe notwendiger Gewebeproben, Blutproben und Körperflüssigkeiten verlangen. Der Gesetzgeber denkt dabei zwar in erster Linie an Gewebeproben, die noch in Arztpraxen oder Labors lagern.⁵²³ Wenn nötig, können aber auch Proben von verstorbenen Personen zur Erbringung des Abstammungsnachweises

⁵²¹ Mayer/Fucik, Das neue Verfahren außer Streitsachen (2004) Rz 353.

⁵²² Langer, Außerstreitgesetz 2003 - Textausgabe mit den Erläuternden Bemerkungen und Anmerkungen des Verfassers² (2007) § 85, 193; Maurer, AußerstrG neu - Außerstreitgesetz und Außerstreit- Begleitgesetz (2004) § 85, 194.

⁵²³ Fucik, Außerstreitverfahren in Abstammungs-, Adoptions-, Ehe- und Sachwalterschaftssachen, ecolex 2004, 922.

herangezogen werden. **Auf diese Regelung lässt sich, in letzter Konsequenz, auch die Exhumierung zur Probenentnahme stützen.**⁵²⁴

4.3.2.) Deutschland

4.3.2.1.) Die Entscheidung des OLG München

Als Grundsatzentscheidung der Exhumierungsproblematik gilt in Deutschland ein Beschluss des OLG München aus dem Jahr 2000⁵²⁵.

Ein 32-jähriger Mann beantragte, dass ein verstorbener verheirateter Mann als sein Vater festgestellt werde. Nachdem das AG München eine Exhumierung als unzumutbar verweigert und den Antrag auf Vaterschaftsfeststellung zurückgewiesen hatte, hatte der Antragsteller auf seine sofortige Beschwerde hin Erfolg vor dem OLG München. Für das Gericht genügte, dass nach Aussage des Instituts für Rechtsmedizin bei einer Exhumierung „*die nicht nur gänzlich fern liegende Möglichkeit*“ bestand, eine „*aussagekräftige Wahrscheinlichkeitsbestimmung*“ zu treffen. Der Antragsteller habe Umstände dargelegt, die es durchaus möglich erscheinen ließen, dass er vom Verstorbenen abstamme. Das Interesse, seine Abstammung zu klären, überwiege die Achtung vor der Totenruhe. Falls keine andere Möglichkeit mehr in Betracht komme, wie etwa die Analyse von Gewebeproben des Verstorbenen, müsse die Witwe die Exhumierung dulden.

Es gebe grundsätzlich keine Fristen für die Feststellung der Vaterschaft. Der Gesetzgeber messe dem Wissen um die eigene Herkunft einen großen Stellenwert bei, weshalb jede lebende Person Untersuchungen zu diesem Zweck prinzipiell zu dulden habe. Aus diesem Grund sei auch die Entnahme von Gewebeproben aus den sterblichen Überresten einer Person hinzunehmen. Eine DNA-Analyse sei ein geeignetes Beweismittel, das Aufklärung über die Vaterschaft verspreche.

⁵²⁴ Mayer/Fucik, Verfahren außer Streitsachen, Rz 335; Deixler-Hübner in Rechberger (Hrsg), Kommentar zum Außerstreitgesetz (2006) § 85 Rz 5.

⁵²⁵ OLG München 19.01.2000, 26 UF 1453/99, FamRZ 2001, 126.

4.3.2.2.) Die gesetzliche Grundlage

Für Verfahren, die bis zum In-Kraft-Treten des FamFG (am 1.9.2009) bereits eingeleitet oder deren Einleitung bis zu diesem Zeitpunkt bereits beantragt wurde, ist § 1600e Abs 2 BGB als Grundlage heranzuziehen. Für alle nach diesem Zeitpunkt eingeleiteten oder beantragten Verfahren gelten die neuen Bestimmungen des FamFG, da § 1600e BGB durch das betreffende Gesetz aufgehoben wurde und alle Abstammungssachen nunmehr einheitlich als Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit ohne formalen Gegner ausgestaltet sind. Es gibt keine Sonderregelung mehr für den Fall, dass die Person, gegen die ein entsprechender Antrag zu richten wäre, verstorben ist.⁵²⁶ In diesem Fall genügt es, wenn das Verfahren (zur postmortalen Feststellung der Vaterschaft) durch den Antragsteller eingeleitet wird.⁵²⁷

§ 372 a ZPO⁵²⁸ lautet:

(1) Soweit es zur Feststellung der Abstammung erforderlich ist, hat jede Person Untersuchungen, insbesondere die Entnahme von Blutproben, zu dulden, es sei denn, dass die Untersuchung dem zu Untersuchenden nicht zugemutet werden kann.

(2) Die §§ 386 bis 390 gelten entsprechend. Bei wiederholter unberechtigter Verweigerung der Untersuchung kann auch unmittelbarer Zwang angewendet, insbesondere die zwangsweise Vorführung zur Untersuchung angeordnet werden.

§ 372 a ZPO ist zwar eindeutig auf Lebende zugeschnitten⁵²⁹, da er die Pflicht einführt, eine Untersuchung zu dulden, was sich nur auf eine lebende Person beziehen kann. Aus diesem Grund ist zu untersuchen, ob diese Bestimmung analog auf Verstorbene anwendbar ist, sodass anstelle des Duldungszwangs

⁵²⁶ Stößler, FamRZ 2009, 923.

⁵²⁷ Bt-Drucks 16/6308, 243f.

⁵²⁸ idF BGBI I S 2586

⁵²⁹ Lakkis, FamRZ 2006, 358; Helms, Exhumierung aus Anlaß einer postmortalen Vaterschaftsfeststellung: Überlegungen zur „Affäre Yves Montand“, DEuFamR 2000, 168.

eine Exhumierung ohne Zustimmung der Angehörigen möglich wäre. Dies wird wegen der Vergleichbarkeit der Sach- und Interessenlage von der, zu diesem Thema kaum vorhandenen Literatur bejaht.⁵³⁰

Inwieweit die Persönlichkeitsrechte des Verstorbenen und jene seiner Angehörigen im Rahmen des § 372a ZPO berücksichtigt werden, ist allerdings umstritten. Aus diesem Grund soll in der Folge untersucht werden, in welchem Maß Persönlichkeitsrechte des Verstorbenen und seiner Angehörigen bei der Entscheidung über die Anordnung einer Exhumierung zum Zweck der Vaterschaftsfeststellung in Österreich und Deutschland ins Gewicht fallen.

4.4.) Abwägung der relevanten Grundrechtspositionen

In der Grundsatzentscheidung zur Exhumierungsproblematik genügte es dem OLG München für eine Exhumierungsanordnung, dass nach Aussage des Instituts für Rechtsmedizin bei einer Exhumierung „*die nicht nur gänzlich fern liegende Möglichkeit*“ bestand, eine „*aussagekräftige Wahrscheinlichkeitsbestimmung*“ zu treffen. Das Gericht sieht das Recht auf Klärung der Abstammung unabhängig vom Einzelfall als höherrangig an, sodass es zu einer Einzelfallabwägung nicht kommt.⁵³¹

Die deutsche Lehre hat sich bis jetzt zwar sehr wenig mit dem Thema beschäftigt, doch lassen sich immerhin zwei Ansichten zur Notwendigkeit einer Interessenabwägung in Bezug auf eine Exhumierung unterscheiden.

⁵³⁰ Helms, DEuFamR 2000, 168f; Lakkis, FamRZ 2006, 358f.

⁵³¹ Schönberger, Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung. Zu den Auswirkungen des Urteils Jäggi gegen Schweiz auf das schweizerische und das deutsche Abstammungsrecht, http://doc.rero.ch/lm.php?url=1000,41,5,20080827170103-BY/Schoenberger_M_moire_LLM.pdf (26.1.2010).

4.4.1.) Keine konkrete Abwägung

*Helms*⁵³² betont, dass § 372a ZPO Eingriffe in die körperliche Integrität einer lebenden Person ermöglichen soll. Im Fall einer Exhumierung und postmortalen Gewebeprobenentnahme sei aber nicht mehr die körperliche Integrität des Verstorbenen betroffen, sondern sein Recht auf Totenruhe und das Pietätsgefühl seiner Angehörigen. Es wäre widersprüchlich, wenn § 372a ZPO einen Eingriff in die körperliche Integrität einer lebenden Person in jedem Fall zuließe,⁵³³ aber der Leichnam eines Toten nur mit Einverständnis des Verstorbenen oder seiner Angehörigen untersucht werden dürfte: Totenruhe und Pietätsgefühl von Angehörigen könnten nicht schutzwürdiger sein als die körperliche Integrität einer lebenden Person. Das, was den Lebenden zugemutet wird, stelle auch den Rahmen für den Umgang mit den Toten dar. Die Totenruhe sei zwar grundsätzlich ein schutzwürdiges Gut, doch müsse sie im Regelfall gegenüber den Interessen eines Kindes auf Feststellung seiner Abstammung zurücktreten: Insoweit würden die legitimen Interessen der Lebenden Vorrang vor einem Schutz der Toten genießen. Auch das Recht der nächsten Angehörigen auf Totenfürsorge könne keinen weitergehenden Schutz vermitteln, da es sich um ein, vom Verstorbenen abgeleitetes Recht handle und somit nicht stärker sein könne als die Rechtsposition des Verstorbenen selbst. Nach dieser Ansicht kommt es also zu keiner einzelfallbezogenen Abwägung der in Rede stehenden Interessen, sondern es wird typisierend von einem Vorrang der Kindesinteressen ausgegangen. Extreme Ausnahmefälle könnten nach dieser Meinung wohl über das Zumutbarkeitskriterium des § 372a ZPO abgefangen werden.⁵³⁴

⁵³² *Helms*, DEuFamR 2000, 169.

⁵³³ Die tatbestandlichen Einschränkungen dieser Bestimmung spielten in der Praxis nämlich keine Rolle.

⁵³⁴ *Schönberger*, Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung. Zu den Auswirkungen des Urteils Jäggi gegen Schweiz auf das schweizerische und das deutsche Abstammungsrecht, http://doc.rero.ch/lm.php?url=1000,41,5,20080827170103-BY/Schoenberger_M_moire_LLM.pdf (26.1.2010).

4.4.2.) Abwägung im Einzelfall

Nach Auffassung *Lakkis*⁵³⁵ sei allerdings eine einzelfallbezogene Interessenabwägung erforderlich. Abzuwägen seien, entgegen der Auffassung von *Helms*, das Recht auf Kenntnis der Abstammung des Antragstellers und das postmortale Persönlichkeitsrecht des Verstorbenen. Letzteres sei nicht allein durch eine Störung der Totenruhe betroffen, sondern in erster Linie deshalb, weil mit einer DNA-Analyse die Informationen über die genetische Struktur des Menschen offenbart würde. Diese seien aber die persönlichsten Daten, die überhaupt vorstellbar sind. Insofern sei hier das nachwirkende allgemeine Persönlichkeitsrecht des Verstorbenen betroffen und zwar in Form des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung.⁵³⁶ Da sich also zwei grundrechtlich geschützte Rechtspositionen gegenüberstünden und das BVerfG⁵³⁷ entschieden habe, dass die Anwendung des § 372a ZPO nicht zu einer unverhältnismäßigen Grundrechtseinschränkung führen dürfe, müsse die Abwägung **konkret** und nicht typisiert vorgenommen werden. Außerdem bestehe das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung nach der Rspr des BVerfG⁵³⁸ nicht absolut, sondern unterliege der Abwägung im Einzelfall. Das Motiv des Antragstellers sei dabei besonders zu berücksichtigen: Der Richter müsse davon überzeugt werden, dass es nicht zB um finanzielle Interessen, sondern tatsächlich um das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung geht. Das bedeute, dass eine Exhumierung nur dann vorzunehmen sei, wenn für den Antragsteller tatsächlich das Verständnis und die Entfaltung der eigenen Individualität im Vordergrund stehen. Eine Exhumierung sei somit gerechtfertigt, wenn die Abwägung der widerstreitenden Rechtspositionen des Antragstellers und des Verstorbenen unter Berücksichtigung der Schwere des Eingriffs zugunsten des Antragstellers ausfalle, wobei rein vermögensrechtliche

⁵³⁵ *Lakkis*, FamRZ 2006, 459.

⁵³⁶ Dieser Begriff wird bei lebenden Personen im Hinblick auf den Schutz von Informationen über das Erbgut verwendet (*Lakkis*, FamRZ 2006, 456).

⁵³⁷ BVerfGE 89, 69, 82.

⁵³⁸ BVerfGE 96, 56, 65f; vgl auch EGMR 13.2.2003- 42326/98, NJW 2003, 2148 (Odièvre/Frankreich); EGMR 13.7.2006, BeschwerNr 58757/00, FamRZ 2006, 1354 (Jäggi/Schweiz).

Interessen des Antragstellers eine Exhumierung keinesfalls rechtfertigen könnten.⁵³⁹

4.5.) Zusammenfassung und Ergebnis

Wie bereits oben III.B.2.1.2.1.) dargelegt, bezieht sich eine DNA-Analyse, die zum Zweck der Vaterschaftsfeststellung durchgeführt wird, nur auf den nicht codierten Bereich der DNA, sodass es zu keiner Offenlegung von Erbinformationen kommt. Somit ist das Recht des Verstorbenen auf informationelle Selbstbestimmung nicht betroffen. Die Entnahme von Gewebeproben bei Toten ist auch mE von § 372a dZPO bzw § 85 AußStrG gedeckt. Entscheidend ist hier die Exhumierung des Leichnams. Diese wird vielfach im Vergleich zur bloßen Gewebeprobenentnahme bei einem unbeerdigten Leichnam als der wesentlich schwerwiegendere Eingriff angesehen, wobei man auch mE die Scheu vor einem Eingriff in einen Leichnam und den Respekt vor seiner letzten Ruhestätte, nicht als sentimentale oder irrationale Belanglosigkeit abtun sollte. Beim Totenkult handelt es sich schließlich um äußere Anzeichen und symbolische Handlungen, die es den Überlebenden erleichtern sollen, den Tod einer nahe stehenden Person zu bewältigen und als Teil des menschlichen Daseins zu akzeptieren.⁵⁴⁰ Deshalb ist das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung gegen das Recht des Verstorbenen auf Wahrung seiner Totenruhe und das Recht der Angehörigen auf Schutz ihres Totengedenkens abzuwägen.⁵⁴¹ Diese Verhältnismäßigkeitsprüfung muss allerdings *einzelfallbezogen* vorgenommen

⁵³⁹ Lakkis, FamRZ 2006, 459ff (mwN); vgl auch OLG München 19.01.2000, 26 UF 1453/99, FamRZ 2001, 126.

⁵⁴⁰ Nachweise bei Helms, DEuFamR 2000, FN 16ff.

⁵⁴¹ Schönberger, Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung. Zu den Auswirkungen des Urteils Jäggi gegen Schweiz auf das schweizerische und das deutsche Abstammungsrecht, http://doc.rero.ch/lm.php?url=1000,41,5,20080827170103-BY/Schoenberger_M_moire_LLM.pdf (26.1.2010).

werden, da das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung nicht absoluten Vorrang genießt.⁵⁴²

Rein vermögensrechtliche Interessen rechtfertigen mE keinesfalls eine Exhumierung. In einem solchen Fall stehen für den Antragsteller nämlich nicht das Verständnis und die Entfaltung der eigenen Individualität im Vordergrund. Ein rein finanzielles Interesse kann aber mE die grundrechtlich geschützten Persönlichkeitspositionen des Verstorbenen und seiner Angehörigen nicht überwiegen. In diesen Fällen muss, wenn kein genetisches Material des Verstorbenen oder DNA-Proben naher Blutsverwandter zur Verfügung stehen, auf die gesetzliche Vaterschaftsvermutung zurückgegriffen werden.

⁵⁴² BVerfGE 96, 56, 65f.

C.) Vaterschaftsfeststellung bei Zeugung des Kindes nach dem Tod des Ehemannes oder Lebensgefährten der Mutter (postmortale Zeugung)

Die postmortale Zeugung eines Kindes mit dem Samen des bereits verstorbenen Ehemannes oder Lebensgefährten ist gemäß § 2 FMedG sowohl in Form der Insemination als auch mittels IVF in Österreich verboten, da sie nur **in** einer Ehe oder eheähnlichen Lebensgemeinschaft, nicht also in einer durch den Tod beendeten, durchgeführt werden darf. Auch alle anderen Formen postmortaler künstlicher Zeugung sind sowohl in Österreich als auch in der BRD verboten.

In diesem Kapitel soll nun die Frage behandelt werden, wie das Abstammungsrecht zu beurteilen ist, wenn trotz der innerstaatlichen Verbote eine postmortale homologe oder heterologe Insemination/IVF vorgenommen wurde, sowie in weiterer Folge- und darauf soll hier wegen der Uneinigkeit der Lehre ebenfalls in aller Kürze eingegangen werden- nach dem gesetzlichen Erbrecht jener Kinder, welche aus einer postmortalen Zeugung hervorgegangen sind.

Um eine sachgerechte Lösung dieser Rechtsfragen zu finden, müssen folgende, bereits oben III.) dargestellten Fälle medizinisch unterstützter Fortpflanzung unterschieden werden:⁵⁴³

1) Die medizinisch unterstützte Fortpflanzung kann durch eine künstliche Befruchtung⁵⁴⁴ der Frau mit dem Samen des Ehemannes/ Lebensgefährten **nach** dessen Tod erfolgen (= postmortale homologe/quasi- homologe Insemination).⁵⁴⁵ Dies ua unter Zuhilfenahme der Kryokonservierung..

2) Eine artifizielle Insemination ist auch nach dem Tod des Ehemannes oder Lebensgefährten unter Verwendung von Spendersamen möglich, wenn der

⁵⁴³ Memmer, JBI 1992, 362.

⁵⁴⁴ Künstlich ist dabei nur die Einbringung der Samenflüssigkeit in die Nähe der Eizelle; die Befruchtung selbst, nämlich die Verschmelzung von Ei- und Samenzelle, findet im Körper der Frau auf natürliche Weise statt (Coester-Waltjen, Gutachten B, B9).

⁵⁴⁵ Memmer, JBI 1992, 362.

Ehemann dem schriftlich, der Lebensgefährte mittels Notariatsakts oder gerichtlichem Protokoll zu Lebzeiten zugestimmt hat und der behandelnde Arzt zB nichts vom Ableben des Zustimmenden weiß (= postmortale heterologe Insemination).

3) Die medizinisch unterstützte Fortpflanzung kann auch unter Zuhilfenahme der Kryotechnik nach Auflösung der Ehe/Lebensgemeinschaft durch Tod des Ehemannes oder Lebensgefährten dadurch erfolgen, dass ein während der Ehe/Lebensgemeinschaft in- vitro gezeugter Embryo implantiert wird.⁵⁴⁶ Auf Grund der Kryokonservierung können die beiden Behandlungsschritte der IVF (Befruchtung im Glas und Reimplantation; vgl bereits oben III.) bis zu zehn Jahre (vgl § 17 Abs 1 Satz 2 FMedG idF BGBl I Nr 163/2004)⁵⁴⁷ auseinander fallen. Zu unterscheiden sind auch hier die (quasi) homologe und die heterologe postmortale IVF.

1.) Die Rechtslage in Österreich

1.1.) Homologe/quasi-homologe Insemination nach dem Tod des Ehemannes oder Lebensgefährten

1.1.1.) Gerichtliche Vaterschaftsfeststellung

Nach dem Tod des Ehemannes oder Lebensgefährten dürfte nach § 2 Abs 1 FMedG⁵⁴⁸ eine artifizielle Insemination nicht durchgeführt werden.⁵⁴⁹ Darüber hinaus bestimmt § 17 Abs 1 FMedG⁵⁵⁰ in seiner Neufassung, dass der Samen, der für eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung verwendet werden soll, nur

⁵⁴⁶ Memmer, JBI 1992, 362.

⁵⁴⁷ Nach § 17 Abs 1 FMedG aF war eine Aufbewahrung höchstens ein Jahr lang zulässig.

⁵⁴⁸ IdF der FMedG-Nov 2004, BGBl I 2004/163.

⁵⁴⁹ Dies ergibt sich aus einem Umkehrschluss aus dem auch nach der FMedG- Nov 2004 unverändert gebliebenen § 2 Abs 1 FMedG, der Folgendes bestimmt: „Eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung ist nur in einer Ehe oder eheähnlichen Lebensgemeinschaft zulässig.“

⁵⁵⁰ IdF BGBl I 2004/163.

(...) bis zum Tod eines der Ehegatten oder Lebensgefährten höchstens jedoch zehn Jahre (..) aufbewahrt werden darf, sodass beim Tod eines Ehegatten oder Lebensgefährten die Aufbewahrung jedenfalls zu beenden ist, da der Samen- sowie alle entwicklungsfähigen Zellen- dann keinesfalls mehr verwendet werden dürfen. Bei § 17 Abs 1 FMedG handelt es sich um eine verwaltungsrechtliche Vorschrift, die an die einlagernde Krankenanstalt adressiert ist. Diese muss aber über den Tod des Mannes nicht unbedingt Kenntnis erlangen, sodass es durchaus zu einer postmortalen Insemination kommen kann.

Ist dies geschehen, stellt sich zunächst die bereits oben dargelegte Frage nach dem Status des Kindes. Hier muss zwischen Ehe und Lebensgemeinschaft unterschieden werden:

Wird das Kind innerhalb von 300 Tagen nach dem Tod des **Ehemannes** der Mutter geboren, gilt es als ehelich (§ 138 Abs 1 Z 1 ABGB). Bei einer Geburt nach diesem Zeitraum gilt das Kind als unehelich (§ 138 c Abs 1 ABGB). Die Widerlegung dieser Unehelichkeit wäre nur möglich, wenn bewiesen wird, dass die Zeugung während der Ehe stattgefunden hat⁵⁵¹ (vgl § 138 d Abs 2 ABGB). Dieser Nachweis kann aber naturgemäß nicht gelingen, da die artifizielle Insemination erst **nach** dem Tod des Ehemannes (und somit nach der Ehe) erfolgt ist. Dass die Samenspende während aufrechter Ehe erfolgt ist, genügt nicht, da Samenspende und Zeugung nicht gleichgesetzt werden können. Das Kind ist genauso unehelich wie jenes, das nach dem Tod des Lebensgefährten der Mutter gezeugt wird.⁵⁵²

Die Feststellung der Vaterschaft des bereits verstorbenen Mannes wird hier mE aber dennoch, nämlich nach § 163 Abs 1 ABGB möglich sein, da diese Bestimmung besagt, dass das Gericht den Mann als Vater festzustellen hat, von dem das Kind abstammt und somit auf den biologischen Vater zielt. Aus diesem Grund genügt zur Vaterschaftsfeststellung mE der Nachweis der

⁵⁵¹ Memmer, JBI 1992, 368.

⁵⁵² Nach Auffassung F. Bydlinskis, Zum Entwurf eines Fortpflanzungshilfegesetzes, JBI 1990, 743, spreche gegen diese Lösung, dass zumindest der erste Teilakt der künstlichen Zeugung, nämlich die Samenspende, noch zu Lebzeiten des Ehemannes und daher in aufrechter Ehe stattgefunden haben müsse. Keinesfalls dürfe man dem Kind jedenfalls rechtliche Vaterlosigkeit auferlegen.

artifiziellen Insemination mit dem Samen des Ehemannes oder Lebensgefährten der Mutter. Der Tod des Mannes macht aus dessen Samen nämlich keinen Spendersamen⁵⁵³, sodass § 163 Abs 4 ABGB der Vaterschaftsfeststellung nicht entgegensteht.⁵⁵⁴

1.1.2.) Anerkenntnis

Grundsätzlich ist auch die Vaterschaftsfeststellung durch Anerkenntnis nach dem Tod des Vaters möglich. Das ergibt sich aus § 138a Abs 2 ABGB, der Folgendes bestimmt: „*Nach dem Tod der betroffenen Person können die Feststellung der Abstammung, deren Änderung oder die Feststellung der Nichtabstammung von den Rechtsnachfolgern oder gegen diese begehrt werden.*“ Die Rechtsnachfolger des Verstorbenen sind somit zur Abgabe eines Anerkenntnisses berechtigt.

1.2.) Heterologe Insemination nach dem Tod des Ehemannes oder Lebensgefährten

1.2.1.) Lehrmeinungen

Eine artifizielle Insemination mit Drittsamen nach dem Tod des Ehemannes oder Lebensgefährten stellt eine weitere Form medizinisch unterstützter Fortpflanzung dar, welche das FMedG verbietet (vgl § 3 Abs 2 FMedG). Diese ist dennoch etwa dann denkbar, wenn der Arzt nichts vom Ableben des Ehemannes oder Lebensgefährten weiß. Hat der Mann zu Lebzeiten einer

⁵⁵³ *Fischer-Czermak*, NZ 1999, 263f; *Bernat* in *Schwimmann*, ABGB I³ § 163 Rz 8 und 14; aA *Memmer*, JBI 1992, 369; *ders*, JBI 1993, 304, welcher die Auffassung vertritt, dass die Aufhebung einer Lebensgemeinschaft den Lebensgefährten zu einem Dritten mache. Deshalb könne jener, wenn sein Samen nach seinem Ableben für eine künstliche Befruchtung verwendet worden ist, nicht als außerehelicher Vater festgestellt werden; krit *Schwimmann*, StAZ 1993, 181.

⁵⁵⁴ *Bernat* in *Schwimmann*, ABGB I³ § 163 Rz 14; *Fischer-Czermak*, NZ 1999, 263.

künstlichen Insemination seiner Ehefrau oder Lebensgefährtin mit dem Samen eines Dritten in gehöriger Form (Gerichtsprotokoll oder Notariatsakt) zugestimmt, stellt sich zunächst die Frage, ob diese Erklärung über seinen Tod hinaus wirkt.⁵⁵⁵

Keine Probleme ergeben sich in dem Fall, dass das Kind innerhalb von 300 Tagen nach dem Tod des Ehemannes der Mutter geboren wird. Hier greift § 138 Abs 1 Z 1 ABGB ein und das Kind wird automatisch dem Verstorbenen zugerechnet.⁵⁵⁶ Wird das Kind später als 300 Tage nach dem Tod des Ehemannes der Mutter geboren, ist es unehelich. Jetzt stellt sich, genauso wie für die künstliche Besamung nach dem Tod des Lebensgefährten, die Frage nach der Anwendbarkeit des § 163 Abs 3 ABGB. Gemäß § 163 Abs 3 ABGB ist der Mann⁵⁵⁷ als Vater festzustellen, der einer medizinisch unterstützten Fortpflanzung mit dem Samen eines Dritten in qualifizierter Form (Notariatsakt oder Gerichtsprotokoll) zugestimmt hat. Somit ist das Vorliegen einer entsprechenden Einwilligung Voraussetzung für eine Vaterschaftsfeststellung. Darüber, ob eine derartige Einwilligung mit dem Tod endet⁵⁵⁸, sagt § 163 Abs 3 ABGB nichts, und auch die Materialien zum FMedG erörtern diese Frage lediglich für die homologe Insemination.⁵⁵⁹

§ 2 Abs 1 FMedG verbietet zwar eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung außerhalb einer Ehe oder Lebensgemeinschaft, doch handelt es sich dabei um eine verwaltungsrechtliche Vorschrift, deren Normadressat der Arzt ist.⁵⁶⁰ Das heißt, dass, obgleich die Durchführung einer postmortalen artifiziellen Insemination verboten ist, das nicht auch bedeutet, dass die Einwilligung zu einer solchen unwirksam ist. Zu beachten ist allerdings, dass § 8 Abs 5 FMedG idF BGBl I Nr 163/2004 nunmehr vorschreibt, dass die Zustimmung beider

⁵⁵⁵ *Fischer-Czermak*, NZ 1999, 266.

⁵⁵⁶ *Bernat* in *Schwimann*, ABGB I³ § 163 Rz 14.

⁵⁵⁷ Auch jener qualifiziert Zustimmende, der nicht Lebensgefährte der Mutter ist, sondern dies zB wahrheitswidrig behauptet, ist als Vater festzustellen (*Steininger*, ÖJZ 1995, 126ff; *Schwimann* in *Schwimann*, ABGB I² § 163 Rz 7; *Fischer-Czermak*, NZ 1999, 264, 266, *Pichler*, ÖA 1993, 54; *Stabentheiner* in *Rummel* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch I³ (2000) § 163 Rz 1b.

⁵⁵⁸ Diese Meinung vertritt *Memmer*, JBl 1992, 369; *ders*, JBl 1993, 305; kritisch dazu *Schwimann*, StAZ 1993, 181; so auch *Bernat* in *Schwimann* I³ § 163 Rz 14.

⁵⁵⁹ ErläutRV 216 BlgNR 18. GP 25.

⁵⁶⁰ *Bernat*, Anmerkung zu OGH 7 Ob 527/96, JBl 1996, 719.

Ehegatten oder Lebensgefährten zum Zeitpunkt der Einbringung von Samen (...) in den Körper der Frau nicht älter als ein Jahr sein darf. Eine artifizielle Insemination ist jedenfalls nach Ablauf dieser Frist nicht mehr von der Zustimmung des Ehemannes oder Lebensgefährten gedeckt. Allerdings stellt sich darüber hinaus die Frage, ob die Zustimmung schon früher, durch den Tod des Ehemannes oder Lebensgefährten innerhalb dieses Zeitraums, endet. Dies ist jedenfalls dann zu bejahen, wenn die Zustimmungserklärung dies ausdrücklich vorsieht.⁵⁶¹ Wurde dieser Fall allerdings nicht bedacht, so muss durch ergänzende Auslegung⁵⁶² ermittelt werden, was im Fall des Ablebens des Ehemannes oder Lebensgefährten gelten soll, wobei hier verschiedene Wertungsgesichtspunkte zu berücksichtigen sind: Auf der einen Seite steht das Interesse des Kindes an einem Vater, wobei der Drittsamenspende als solcher ausscheidet (§ 163 Abs 4 ABGB)⁵⁶³. Allerdings schafft die formgerechte Zustimmung des Ehemannes/Lebensgefährten der Mutter dem Kind immerhin einen rechtlichen Vater, sodass dieses daran interessiert sein wird, dass auch eine postmortale artifizielle Insemination von der Zustimmung erfasst ist, weil es sonst vaterlos wäre. Auf der anderen Seite steht der Ehemann/Lebensgefährte der Mutter, der zwar nicht der biologische Vater ist, doch immerhin mit seiner Zustimmung die artifizielle Insemination in Gang gesetzt hat. Damit schafft er auch das Risiko, dass innerhalb des von ihm bewilligten Zeitraums eine solche selbst dann erfolgt, wenn er bereits verstorben ist. Demgegenüber ist aber das Kind für die Umstände seiner Zeugung nicht verantwortlich, was nach Auffassung *Fischer-Czermaks*⁵⁶⁴ dafür spreche, im Zweifel die Einwilligung des Ehemannes/Lebensgefährten der Mutter so auszulegen, dass sie jede, im Bewilligungszeitraum durchgeführte heterologe artifizielle Insemination deckt und durch den früheren Tod des Ehemannes/Lebensgefährten nicht automatisch erlischt.

⁵⁶¹ *Steininger*, ÖJZ 1995, 128.

⁵⁶² Unter ergänzender Auslegung wird die Suche nach einer angemessenen Regelung verstanden (*Rummel in Rummel* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch I² (1990) § 914 Rz 12.

⁵⁶³ Zu den Vorschlägen § 163 Abs 4 ABGB teleologisch zu reduzieren vgl bereits oben III.A.1.3.3.).

⁵⁶⁴ *Fischer-Czermak*, NZ 1999, 267.

Memmer vertritt die gegenteilige Auffassung, nämlich dass mit Ende der Lebensgemeinschaft die Einwilligung automatisch erlösche, da es Ziel des FMedG sei, der Einwilligung über den Tod des zustimmenden Partners hinaus keine Statuswirkungen zuzuerkennen. Der vom FMedG gewollten zugelassenen Befristung der Zustimmung (§ 8 Abs 4 FMedG) müsse der Wertung gemäß die implizite Befristung durch die Aufhebung des zugrunde liegenden Verhältnisses gleich gestellt werden. Da also mit dem Tod des Zustimmenden dessen Einwilligung automatisch erlösche, könne er nicht als Vater festgestellt werden. Auch die Feststellung des Samenspenders als biologischer Vater des Kindes sei wegen der Anordnung des § 163 Abs 4 ABGB ausgeschlossen.⁵⁶⁵

1.2.2.) Eigene Meinung

Das FMedG lässt in seiner Gesamtheit eindeutig erkennen, dass es postmortale Zeugungen unter allen Umständen verhindern will. Es besteht somit kein Grund anzunehmen, dass das Gesetz der Einwilligung des zustimmenden Ehemannes/Lebensgefährten über seinen Tod hinaus Statuswirkungen zuerkennen will. Aus der Regelung des § 2 Abs 1 FMedG ergibt sich mE, dass die Zustimmung des Ehemannes/Lebensgefährten zur heterologen Insemination nach dessen Tod genauso erlischt, wie die Zustimmung zu einer (quasi) homologen Insemination. Im Gegensatz zur (quasi) homologen Insemination ist der, einer heterologen Insemination zustimmende Mann, aber nicht biologischer Vater des Kindes, sodass eine Vaterschaftsfeststellung nach § 163 Abs 1 ABGB ausscheidet und das Vorliegen der Einwilligung Voraussetzung für die Feststellung der Vaterschaft ist. Da die Einwilligung aber mE mit dem Tod des Zustimmenden automatisch erlischt, kann er nicht als Vater nach § 163 Abs 3 ABGB festgestellt werden.

⁵⁶⁵ *Memmer*, JBI 1993, 305.

1.3.) Homologe IVF und Implantation des Embryos nach dem Tod des Ehemannes oder Lebensgefährten

1.3.1.) Implantation nach dem Tod des Ehemannes

Erklärtes Ziel des FMedG ist es, wie bereits erwähnt, dass eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung nach dem Tod des Ehemannes oder Lebensgefährten nicht durchgeführt werden soll. Eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung durch IVF und nachfolgender Implantation des Embryos stellt einen (auch) zeitlich zweiaktigen Vorgang dar, sodass es, bei längerer tiefgekühlter Aufbewahrung des Embryos, dazu kommen kann, dass der Ehegatte bzw Lebensgefährte nach der Verschmelzung von Ei- und Samenzelle in vitro, aber vor der Reimplantation verstirbt. In diesem Zusammenhang stellt sich zunächst die Frage, wie lange die Reimplantation des Embryos im Sinn eines einheitlichen Behandlungsverlaufs erfolgen kann, um „in“ der Ehe oder Lebensgemeinschaft stattzufinden und so nach § 2 Abs 1 FMedG zulässig zu bleiben.⁵⁶⁶

Wird ein während der Ehe in vitro gezeugter Embryo der Ehefrau nach dem Tod des Ehemannes implantiert (die Behandlungsschritte können ja bis zu zehn Jahre auseinander fallen; § 17 Abs 1 FMedG)⁵⁶⁷, greift bei Geburt des Kindes vor Ablauf des 300. Tages § 138 Abs 1 Z 1 ABGB ein und das Kind wird automatisch dem Verstorbenen zugerechnet.

Aufgrund der Kryokonservierung kann aber, zwischen der Samenspende, der Gametenverschmelzung und der Implantation des Embryos eine beliebig große Zeitspanne liegen, sodass es dazu kommen kann, dass der Ehemann/ Lebensgefährte zum Zeitpunkt der Implantation bereits verstorben ist.⁵⁶⁸ In diesem Zusammenhang ist die, durch das FamErbRÄG 2004 neu geschaffene

⁵⁶⁶ Schwimann, StAZ 1993, 174; krit Memmer, JBI 1992, 367

⁵⁶⁷ In Deutschland ist die Kryokonservierung von entwicklungsfähigen Zellen in der Regel nur bis zum Vorkernstadium (= 1. Entwicklungstag) zulässig (siehe § 8 Abs 1 ESchG).

⁵⁶⁸ Pichler, ÖA 1993, 53.

Regelung des § 138 d Abs 2 ABGB von großer Bedeutung, da sie Folgendes bestimmt: *„Wird ein Kind nach Ablauf von 300 Tagen nach Auflösung oder Nichtigklärung der Ehe geboren, so hat das Gericht auf Antrag des Kindes oder des früheren Ehemanns der Mutter die Abstammung von diesem und die Ehelichkeit des Kindes festzustellen, wenn bewiesen ist, dass das Kind während der Ehe vom Ehemann der Mutter oder durch eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung mit dem Samen des Ehemanns oder, sofern der Ehemann dem in Form eines gerichtlichen Protokolls oder eines Notariatsakts zugestimmt hat, mit dem Samen eines Dritten **gezeugt** wurde.“*

Dieser Wortlaut ist, im Gegensatz zu § 155 letzter Halbsatz ABGB aF⁵⁶⁹ nunmehr eindeutig. Nach alter Rechtslage ergaben sich folgende Probleme: War mit „Herbeiführung der Schwangerschaft“ gemeint, dass die Schwangerschaft selbst noch während aufrechter Ehe eingetreten sein musste oder genügte es, dass die IVF innerhalb der Ehe stattgefunden und erst nach dem Tod des Ehemannes zu einer Schwangerschaft geführt hatte?

Die Antwort auf diese Frage war von größter Bedeutung, da sie die mögliche Feststellung der **ehelichen** Abstammung eines nach Ablauf von 300 Tagen nach dem Tod des Ehemannes der Mutter geborenen Kindes betraf. Achtet man das Persönlichkeitsrecht der Frau, den einmal begonnen Eingriff fortzusetzen und das Leben des Embryos zu erhalten, und das Lebensrecht des Embryos selbst, so gab dies mE Anlass dazu, § 155 letzter Halbsatz ABGB aF ABGB auch auf die postmortale Implantation anzuwenden. Die Zeugung ist schließlich vom natürlichen Vater zu seinen Lebzeiten mitgetragen worden. Die erst nach Auflösung der Ehe (durch den Tod des Ehemannes) eingetretene Schwangerschaft ist noch zu Lebzeiten des Ehemannes in Gang gesetzt, dh herbeigeführt worden.⁵⁷⁰ Da Embryonen nach hA⁵⁷¹ auch bereits außerhalb des

⁵⁶⁹ Diese Bestimmung stellte nämlich darauf ab, dass *„während der Ehe das Kind vom Ehemann gezeugt oder die Schwangerschaft (...) durch eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung **herbeigeführt** worden ist“* (vgl dazu Memmer, JBI 1992, 270).

⁵⁷⁰ So bereits zur alten Rechtslage (§§ 138, 155 ABGB aF) Lurger, Fortpflanzungsmedizin, in: Bernat, Die Reproduktionsmedizin, 126f.

⁵⁷¹ Vgl ua Memmer, JBI 1992, 365; Steiner, Ausgewählte Rechtsfragen der Insemination und Fertilisation, ÖJZ 1987, 513f; Bernat, Rezension von Mansees, Das Erbrecht des Kindes nach

Mutterleibs in vitro als nascituri iSv § 22 ABGB zu betrachten sind⁵⁷², sollte abstammungsrechtlich bereits ihre Existenz in vitro im Todeszeitpunkt ausschlaggebend sein. Dafür spricht auch, dass es dem Gesetzgeber einzig auf die (früher einzige Möglichkeit) der natürlichen Zeugung während aufrechter Ehe ankam, wobei als Zeugung die Vereinigung von Ei- und Samenzelle in vitro oder in utero verstanden werden kann.⁵⁷³ ME musste daher schon nach alter Rechtslage die Implantation eines, während aufrechter Ehe in vitro gezeugten Embryos auch nach dem Tod des Ehemannes rechtmäßig bleiben.⁵⁷⁴ Eine fortbestehende Zustimmung des Ehemannes nach seinem Tod darf zwar mE auch heute nicht angenommen werden, doch wird diese wohl in einem solchen Fall vom Lebensrecht des Embryos und dem Persönlichkeitsrecht der Frau überlagert. Entsprechendes gilt in einer Lebensgemeinschaft.⁵⁷⁵

§ 138d Abs 2 ABGB bestimmt nunmehr ohnehin, dass die **Zeugung** während der Ehe zu beweisen ist. Dies gilt auch bei medizinischer Fortpflanzungshilfe, für die es nicht mehr auf die **Herbeiführung** der Schwangerschaft in der Ehe ankommt. Das bedeutet bei der extrakorporalen Befruchtung, dass es für die Ehelichkeit nicht erforderlich ist, dass der Embryo noch während aufrechter Ehe implantiert wurde (was ein Teil des Schrifttums als Herbeiführung der Schwangerschaft ansah).⁵⁷⁶ Das entsprach zwar schon der bisherigen Absicht

künstlicher Befruchtung (1991), ZfRV 1992, 477; *ders*, Anmerkung zu OGH 16.12.1996, 1 Ob 2259/96d, RdM 1997, 124.

⁵⁷² Einen grundrechtlichen Lebensschutz für extrakorporal befruchtete Eizellen gibt es in Österreich allerdings nicht (vgl. *Riedl*, Embryonenimplantation nach Scheidung? EF-Z 2008, 85).

⁵⁷³ Auch die Erläuterungen zum FMedG 216 BlgNR 18. GP 24f bezeichnen als entscheidenden Moment für die Ehelichkeit oder Unehelichkeit in § 155 ABGB die **Zeugung** des Kindes mit dem Samen des Ehemannes auf natürlichem Weg **oder** durch medizinische Fortpflanzungshilfe.

⁵⁷⁴ Krit *Schwimann*, StAZ 1993, 180; *ders* abl in *Schwimann*, ABGB I² § 163 Rz 6.

⁵⁷⁵ Ebenso auch *Memmer*, JBI 1992, 370; *ders*, JBI 1993, 304.

⁵⁷⁶ Vgl. *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB I³ § 155 Rz 3, der die Auffassung vertritt, dass bei einer Keimzellenverschmelzung in vitro noch nicht von einer Herbeiführung der Schwangerschaft gesprochen werden könne. Diese Ansicht ginge über den äußerst möglichen Wortsinn des § 155 letzter Halbsatz ABGB hinaus; zwfl *Schwimann*, StAZ 1993, 180; aA *Lurger*, Fortpflanzungsmedizin, in: *Bernat*, Die Reproduktionsmedizin, 127.

des Gesetzgebers⁵⁷⁷, war aber aus dem Gesetz nicht eindeutig erkennbar, was die unterschiedlichen Ansichten in der Lehre belegen.

1.3.2.) Implantation nach dem Tod des Lebensgefährten

Wird ein, in einer Lebensgemeinschaft mit dem Samen des Lebensgefährten der Wunschmutter in vitro gezeugter Embryo, der Frau erst nach dem Tod ihres Lebensgefährten implantiert, so ist die Vaterschaft nach § 163 Abs 1 ABGB festzustellen. Es darf hier auf die Ausführungen zu III.C.1.1.1) verwiesen werden.

1.4.) Heterologe IVF und Implantation des Embryos nach dem Tod des Ehemannes/Lebensgefährten

Diese Form der medizinisch unterstützten Fortpflanzung ist nach dem FMedG in zweifacher Hinsicht verboten. Das Gesetz verbietet nämlich zum einen die heterologe IVF an sich (vgl § 3 Abs 2 FMedG) und zum anderen jede Art der postmortalen Fortpflanzungshilfe.

1.4.1.) Implantation nach dem Tod des Ehemannes

Wie unter III.A.1.4.) ausgeführt, gilt trotz des Verbots der heterologen IVF, der Ehemann als Vater des Kindes, wenn er der heterologen IVF in Form eines Notariatsakts oder Gerichtsprotokolls zugestimmt hat. § 157 ABGB findet auch in diesem Fall Anwendung.

Wird ein während aufrechter Ehe durch heterologe IVF gezeugter Embryo der Wunschmutter erst nach dem Tod ihres Ehemannes implantiert, ist das Kind ehelich, wenn es innerhalb von 300 Tagen nach dem Tod des Ehemannes geboren wird. Wird das Kind nach Ablauf des 300. Tages nach dem Tod des Ehemannes geboren, ist mE dennoch die Abstammung von diesem und die Ehelichkeit des Kindes auf dessen Antrag hin gerichtlich festzustellen, wenn

⁵⁷⁷ Vgl die Erläuterungen zum FMedG 216 BlgNR 18. GP 24f.

bewiesen ist, dass das Kind während der Ehe durch eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung mit dem Samen eines Dritten gezeugt worden ist, welcher der Ehemann in Form eines gerichtlichen Protokolls oder eines Notariatsakts zugestimmt hat (vgl § 138 Abs 2 ABGB). Hat also der Ehemann zu seinen Lebzeiten der heterologen IVF in qualifizierter Form zugestimmt, und wird der entstandene Embryo erst nach dem Ableben des Ehemannes der Ehefrau implantiert, so ist auf Kindesantrag die Abstammung vom verstorbenen Ehemann und die Ehelichkeit festzustellen.

1.4.2.) Implantation nach dem Tod des Lebensgefährten

Wenn eine heterologe IVF in einer Lebensgemeinschaft vorgenommen wurde, ist der Lebensgefährte bei qualifizierter Zustimmung als Vater festzustellen (vgl § 163 Abs 3 ABGB). Es ist nämlich auch für die Zustimmung nach § 163 Abs 3 ABGB irrelevant, ob die konkret angewandte Methode erlaubt oder verboten ist, sodass § 163 Abs 3 ABGB also auch im Fall der vom FMedG verbotenen heterologen IVF Anwendung findet.⁵⁷⁸ Dies muss mE auch im Fall der postmortalen Implantation gelten, wenn der Embryo beim Tod des Lebensgefährten der Wunschmutter bereits in-vitro existiert hat. Der verstorbene Lebensgefährte ist somit gem § 163 Abs 3 ABGB als Vater festzustellen, wenn er der heterologen IVF noch zu seinen Lebzeiten in qualifizierter Form zugestimmt hat, die Implantation bei der Wunschmutter aber erst nach seinem Tod durchgeführt wird.

2.) Die Rechtslage in Deutschland

Auch in der BRD sind, wie erwähnt, alle Formen postmortalen Zeugung verboten und strafbar (§ 4 Abs 1 Nr 3 ESchG), doch können sie natürlich dennoch vorkommen. Deshalb soll an dieser Stelle auch das deutsche Recht in Bezug auf die Möglichkeit der Vaterschaftsfeststellung für postmortal gezeugte Kinder untersucht werden, wobei hierfür mangels besonderer gesetzlicher

⁵⁷⁸ AA Memmer, JBI 1992, 371.

Regelungen, wie sie beispielsweise das FMedG bereit hält, lediglich die allgemeinen Bestimmungen des BGB zur Verfügung stehen.

2.1.) Homologe/quasi-homologe Insemination nach dem Tod des Ehemannes oder Lebensgefährten

Wird das Kind nach dem Tod des Ehemannes mit dessen kryokonserviertem Samen gezeugt, was, wie mehrfach erwähnt, verboten ist (§ 4 Abs 1 EschG)⁵⁷⁹, da es evident dem Kindeswohl zuwiderlaufe⁵⁸⁰, so gelten dennoch die allgemeinen zivilrechtlichen Regeln für die Festlegung der gesetzlichen Eltern. Das Kind wird dem Ehemann nur dann zugerechnet, wenn es innerhalb von 300 Tagen nach der Auflösung der Ehe durch den Tod des Ehemannes geboren wird (§ 1593 Satz 1 BGB), da es für die Vaterschaftsvermutung für den Ehemann nur noch auf die Geburt innerhalb der Ehe ankommt. Dies gilt auch dann, wenn der Samen nicht vom Ehemann stammt.⁵⁸¹ Wird das Kind nach Ablauf der 300-Tage-Frist geboren, was bei einer postmortalen Insemination den Regelfall darstellen dürfte, gilt der verstorbene Ehemann zunächst nicht mehr als Vater des Kindes⁵⁸² und die Vaterschaft muss nach § 1600d Abs 1 BGB (bzw §1600e Abs 2 BGB aF⁵⁸³) gerichtlich festgestellt werden⁵⁸⁴ auch,

⁵⁷⁹ Dass die postmortale Insemination der Ehefrau verfassungswidrig ist, war in der Vergangenheit allerdings die Mindermeinung. Nach dieser Auffassung handelte es sich dabei um einen Verstoß gegen die in Art 6 Abs 2 GG statuierte Verantwortung beider Eltern für das Kind (Nachweise bei *Deutsch*, Des Menschen Vater und Mutter. Die künstliche Befruchtung beim Menschen - Zulässigkeit und zivilrechtliche Folgen, NJW 1986, 1973) . Dem hielt *Deutsch*, NJW 1986, 1973f, entgegen, dass auch kein Anstoß daran genommen werde, dass ein Todkranker, der die Geburt seines Kindes mit Sicherheit nicht erleben werde, ein Kind zeugt. Und selbst wenn man die postmortale Insemination als verfassungswidrig ansehe, sei eine gesetzliche Regelung angesichts der Seltenheit derartiger künstlicher Zeugungen, nicht notwendig.

⁵⁸⁰ Vgl Bt-Drucks 11/5710 S.10.

⁵⁸¹ *Seidel* in MünchKomm VIII⁵ § 1589 Rz 16.

⁵⁸² *Weyrauch*, Zulässigkeitsfragen, 167; *Britting*, Die postmortale Insemination, 138; *Quantius*, Die Elternschaftsanfechtung durch das künstlich gezeugte Kind, FamRZ 1998, 1447.

⁵⁸³ Zur Aufhebung des § 1600e BGB und zur geltenden Rechtslage bereits oben II.C.2.2.)

⁵⁸⁴ *Rauscher* in *Staudinger*, BGB- Kommentar VI (2004) Anh zu § 1592 Rz 9.

wenn die Verwendung seines Samens nicht angezweifelt wird.⁵⁸⁵ Der Ehemann hat also keine Möglichkeit, zu seinen Lebzeiten sicherzustellen, dass er als Vater des mit seinem Samen postmortal gezeugten Kindes gelten wird. Ebenso wenig kann er die Feststellung seiner Vaterschaft verhindern, selbst wenn er sich gegen eine postmortale Insemination ausgesprochen hat.⁵⁸⁶

Dasselbe gilt für das Kind einer unverheirateten Frau, die sich mit dem Samen ihres Lebensgefährten nach dessen Tod künstlich befruchten lässt. Unter §1600 e Abs 2 BGB aF (der auf Verfahren, die bis zum In-Kraft-Treten des FamFG am 1.9.2009 eingeleitet worden sind oder deren Einleitung bis zu diesem Zeitpunkt beantragt wurde, weiterhin anzuwenden ist) ist nämlich auch der Sachverhalt zu subsumieren, dass - entgegen dem Verbot des § 4 Abs 1 Nr 3 ESchG - eine Befruchtung erst nach dem Tod eines Mannes mit dessen (kryokonserviertem) Samen durchgeführt wurde.⁵⁸⁷

Auf Verfahren zur postmortalen Vaterschaftsfeststellung, die nach dem 1.9.2009 eingeleitet werden (wurden), sind die §§ 169ff FamFG anzuwenden, die allerdings keine, für diese Arbeit wesentlichen, Änderungen darstellen.⁵⁸⁸

Anders stellt sich die Rechtslage dar, wenn die Mutter nach dem Tod ihres Ehemannes und biologischen Vater des Kindes, aber vor der Geburt des Kindes erneut geheiratet hat. In diesem Fall gilt das Kind gemäß § 1592 Nr 1 BGB als Kind des zweiten Ehemannes. Da diese Zuordnung nicht den wahren Abstammungsverhältnissen entspricht, ist das Kind nach § 1600 BGB zur Anfechtung berechtigt.⁵⁸⁹ Das gilt auch, wenn das Kind innerhalb von 300 Tagen nach dem Tod des ersten Ehemannes geboren wird, da das Kind dem zweiten Ehemann als Vater zugerechnet wird (§ 1593 Satz 3 BGB).⁵⁹⁰

⁵⁸⁵ *Seidel* in MünchKomm VIII⁵ § 1593 Rz 14.

⁵⁸⁶ *Coester-Waltjen*, Gutachten B, B 39; zur Unerheblichkeit des Willens des Vaters siehe oben III.A.2.2.).

⁵⁸⁷ *Seidel* in MünchKomm VIII⁵ § 1600e Rz 73.

⁵⁸⁸ Näheres bereits oben II.C.2.2.).

⁵⁸⁹ *Quantius*, FamRZ 1998, 1147.

⁵⁹⁰ *Rauscher* in *Staudinger*, BGB- Kommentar IV (2004) Anh zu § 1592 Rz 9.

2.2.) Heterologe Insemination nach dem Tod des Ehemannes/Lebensgefährten

Wird das Kind von einer Ehefrau geboren, gelten je nach den Umständen die Vaterschaftszuordnungen der §§ 1592 Z 1, 1593 oder 1599 Abs 2 BGB. Wird das Kind innerhalb von 300 Tagen nach dem Tod des Ehemannes der Mutter geboren, ist dieser somit auch dann gesetzlicher Vater, wenn der Samen nicht von ihm stammt (heterologe Insemination).⁵⁹¹

Wird das Kind nach Ablauf des 300. Tages nach dem Tod des Ehemannes geboren oder wurde die heterologe Insemination in einer Lebensgemeinschaft vorgenommen, ist das Kind jedenfalls unehelich. Eine Feststellung der Vaterschaft des zu seinen Lebzeiten zustimmenden Ehemannes oder Lebensgefährten ist ausgeschlossen, da eine genetische Vaterschaft nicht vorliegt. Auch ein (wahrheitswidriges) Anerkenntnis des Lebensgefährten noch vor der Zeugung des Kindes (präkonzeptionelles Anerkenntnis) ist in Deutschland nicht vorgesehen und kommt deshalb ebenfalls nicht in Frage.⁵⁹² Es bleibt lediglich die (in Deutschland) mögliche Feststellung des Samenspenders als leiblicher Vater des Kindes.⁵⁹³

2.3.) Homologe IVF und Implantation des Embryos nach dem Tod des Ehegatten/Lebensgefährten

Wird ein während der Ehe in vitro gezeugter Embryo der Ehefrau nach dem Tod des Ehemannes implantiert, wird das Kind dem Ehemann nur dann zugerechnet, wenn es innerhalb von 300 Tagen nach der Auflösung der Ehe durch den Tod des Ehemannes geboren wird (§ 1593 Satz 1 BGB). Wird das Kind nach Ablauf der 300-Tage-Frist geboren, so ist es unehelich und die Vaterschaft muss nach §§ 1592 Nr 3, 1600d Abs 1 BGB (bzw §1600e Abs 2 BGB aF)⁵⁹⁴ gerichtlich festgestellt werden.⁵⁹⁵ In Deutschland existiert nämlich

⁵⁹¹ Seidel in MünchKomm VIII⁵ § 1589 Rz 16; ders in MünchKomm VIII⁵ § 1592 Rz 30.

⁵⁹² Vgl ua Kirchmeier, FamRZ 1998, 1286.

⁵⁹³ Dies ist in Österreich wegen § 163 Abs 4 ABGB ausgeschlossen.

⁵⁹⁴ Zur Aufhebung des § 1600e BGB und zur geltenden Rechtslage bereits oben II.C.2.2.)

⁵⁹⁵ Vgl zur alten Rechtslage Zierl, Zivilrechtliche Aspekte artifizierlicher Reproduktion, DriZ 1986, 303.

eine, § 138d Abs 2 ABGB entsprechende Regelung nicht, sodass es für die Ehelichkeit eines Kindes nicht auf die **Zeugung**, sondern lediglich auf die **Geburt** während der Ehe ankommt. Bei Geburt nach Ablauf von 300 Tagen nach dem Tod des Ehemannes ist deshalb eine Feststellung der Ehelichkeit, wie dies die österreichische Regelung vorsieht, nicht möglich. Auch bei quasi-homologer IVF mit postmortalem Embryonentransfer muss die Vaterschaft nach §§ 1592 Nr 3, 1600d Abs 1 BGB (bzw §1600e Abs 2 BGB aF) festgestellt werden.

2.4.) Heterologe IVF und Implantation des Embryos nach dem Tod des Ehemannes/Lebensgefährten

Die extrakorporale Befruchtung mit Spendersamen stellt in Deutschland in der Problemstellung keine Besonderheit gegenüber der heterologen Insemination dar. Wird das, aus einer heterologen IVF entstandene Kind von einer Ehefrau geboren, gilt auch in diesem Fall Folgendes: Wird das Kind innerhalb von 300 Tagen nach dem Tod des Ehemannes der Mutter geboren, ist dieser auch dann gesetzlicher Vater, wenn der Samen nicht von ihm stammt. In allen anderen Fällen kann der verstorbene Ehemann, mangels genetischer Vaterschaft, nicht als Vater des Kindes festgestellt werden. Dasselbe gilt, wenn die Mutter des Kindes mit dem zustimmenden Mann nicht verheiratet war. Ein präkonzeptionelles Anerkenntnis ist, wie III.A.2.2.) bereits ausgeführt, ausgeschlossen.

2.5.) Aufhebung des § 1600 e BGB

Wie mehrfach erwähnt ist in Deutschland am 1.9.2009 das Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17.12.2008⁵⁹⁶ in Kraft getreten. Dieses regelt das gerichtliche Verfahren in Abstammungssachen grundlegend neu. Die neuen Abstammungssachen, die bisherigen Kindschaftssachen nach § 640 Abs 2 dZPO, betreffen das Bestehen oder Nichtbestehen eines

⁵⁹⁶ BGBl 2008 I 2568.

Verwandtschaftsverhältnisses eines Kindes zu Vater oder Mutter. Diese Verfahren wurden bisher nach den §§ 640 ff ZPO geführt. Für den in diesem Abschnitt behandelten Fall, dass die Person, gegen die die Klage zu richten wäre, verstorben war, sah der, durch das FamFG aufgehobene § 1600e Abs 2 BGB, ein gesondertes Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit vor (vgl § 55b FGG). Dies gilt nicht mehr, doch hat das FamFG als Ersatz für die Aufhebung des § 1600e BGB folgende Regelungen eingeführt: Gem § 169 Nr 1 FamFG sind Verfahren auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Eltern-Kind-Verhältnisses Abstammungssachen iSd FamFG. Hiervon erfasst sind Verfahren nach § 1600d Abs 1 BGB⁵⁹⁷ und auch die bislang von 1600 e Abs 2 BGB erfassten Feststellungsverfahren nach dem Tod der passiv legitimierten Partei.⁵⁹⁸ Nach dem FamFG sind alle Abstammungssachen einheitlich als Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit ohne formalen Gegner ausgestaltet und es gibt auch keine Sonderregelung mehr für den Fall, dass die Person, gegen die ein entsprechender Antrag zu richten wäre, verstorben ist (postmortale Vaterschaftsfeststellung),⁵⁹⁹ da das Verfahren ohnehin keinen Antragsgegner kennt. In diesem Fall, genügt es, wenn das Verfahren durch den Antragsteller eingeleitet wird.⁶⁰⁰

Wer zur Antragstellung berechtigt ist, wird nicht mehr gesondert geregelt (vgl § 1600e BGB aF). Die Antragsbefugnis wird folgendermaßen bestimmt:

Verfahren nach § 1600d Abs 1 BGB können von jenen Personen beantragt werden, die nach § 172 Abs 1 Nr 1 bis 3 FamFG generell in Abstammungssachen zu beteiligen sind, also von dem Kind, von der Mutter und von dem angeblichen Erzeuger.⁶⁰¹ Die Berechtigung zur Verfahreseinleitung nach § 169 Nr 2 FamFG ergibt sich aus § 1598a Abs 1 BGB (**rechtlicher** Vater, Mutter oder Kind). In Verfahren nach § 169 Nr 3 FamFG ist antragsberechtigt, wer als Vater, Mutter oder Kind in eine genetische Abstammungsuntersuchung eingewilligt und eine genetische Probe abgegeben hat (§ 1598a Abs 4 BGB).

⁵⁹⁷ In Verfahren nach Nr 1 kann auch die Abstammung des Kindes von der Mutter geklärt werden, wenn strittig ist, welche Frau das Kind geboren hat (§ 1591BGB).

⁵⁹⁸ Stöβer, FamRZ 2009, 923f.

⁵⁹⁹ Stöβer, FamRZ 2009, 923.

⁶⁰⁰ Bt-Drucks 16/6308, 243f.

⁶⁰¹ Stöβer, FamRZ 2009, 923ff.

D.) Erbrecht des postmortal gezeugten Kindes

1.) Österreichische Rechtslage

1.1.) Postmortale Insemination

Das post mortem, durch **(quasi) homologe** Insemination gezeugte Kind, hat **nach erfolgter** Vaterschaftsfeststellung ein Erbrecht gegenüber seinem biologischen Vater.⁶⁰² Da mE eine Vaterschaftsfeststellung nach postmortaler **heterologer** Insemination ausscheidet (vgl dazu bereits III.C.1.2.), hat das so „entstandene Kind“ auch kein Erbrecht gegenüber dem verstorbenen Ehemann/Lebensgefährten der Mutter.

1.2.) Postmortale IVF

Für das Erbrecht bei postmortaler IVF gilt, dass der extrakorporal gezeugte, aber erst nach dem Tod des **Erzeugers (Ehemannes/Lebensgefährten)** auf die Frau übertragene Embryo ab seiner Geburt als Nachkomme des Mannes die gleiche erbrechtliche Position hat, wie ein auf natürlichem Weg Gezeugter, da er im Zeitpunkt des Todes des Erblassers bereits im Sinn des § 22 ABGB empfangen worden ist.⁶⁰³ Dies gilt **auch** bei Zeugung mittels **heterologer IVF**, wenn die **qualifizierte** Zustimmung des Ehemannes/Lebensgefährten noch zu

⁶⁰² Memmer, JBI 1992, 369; Fischer-Czermak, NZ 1999, 263; Ferrari, Streit, in: Spickhoff/Schwab/Henrich/Gottwald, Streit um die Abstammung, 199; Welser in Rummel (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch I² (1990) § 754 Rz 2b; F. Bydlinki, JBI 1990, 743 hatte bereits bezüglich der alten Rechtslage bei postmortaler Zeugung den Verlust aller familien- und erbrechtlichen Beziehungen zum Vater und dessen Verwandten als extrem scharfe Sanktion für die Verletzung des Verbots kritisiert.

⁶⁰³ Leipold, Erbrechtliche Aspekte der künstlichen Befruchtung und der künstlichen Verlängerung des Lebens, in: FS Kralik (1986) 476f; Selb, Rechtsordnung, 20; so auch Bernat, Rechtsfragen medizinisch assistierter Zeugung (1989) 32; ders, Rechtsfragen im Zusammenhang mit der Kryokonservierung humaner Gameten und Embryonen, 53f, in Abkehr zu seiner früheren Auffassung, dass Empfängnis iSd § 22 ABGB nur die Empfängnis im Mutterleib meine (vgl Bernat, Zivilrechtliche Fragen, in: Bernat, Lebensbeginn, 158ff).

dessen Lebzeiten erfolgt ist und der Embryo bereits vor dem Tod des Zustimmenden in vitro entstanden war. Die Vaterschaft wird hier durch reinen **Willenakt** begründet, sodass der Vaterwille das konstitutive Element der Vaterschaft ist, das die Zeugung substituiert.

2.) Deutsche Rechtslage

2.1.) Postmortale Insemination

§ 1923 BGB lautet:

- (1) „*Erbe kann nur werden, wer zur Zeit des Erbfalls lebt.*
- (2) *Wer zur Zeit des Erbfalls noch nicht lebte, aber bereits gezeugt war gilt als vor dem Erbfall geboren.*“⁶⁰⁴

Zur Frage, ob ein durch postmortale Insemination gezeugtes Kind ein gesetzliches Erbrecht nach seinem Vater hat, gehen die Meinungen in Deutschland wegen der Bestimmung des § 1923 BGB auseinander: *Rauscher*⁶⁰⁵, *Britting*⁶⁰⁶, *Mansees*⁶⁰⁷ und *Coester-Waltjen*⁶⁰⁸ vertreten die Auffassung, dass dem Kind in diesem Fall ein gesetzliches Erbrecht nicht zustehe, da es erst nach dem Erbfall gezeugt wurde. Ein gesetzliches Erbrecht setze aber voraus, dass der Erbe beim Erbfall zumindest gezeugt sein müsse.⁶⁰⁹ AA sind *Schack*⁶¹⁰ und *Leipold*⁶¹¹, mit der Begründung, dass man das unschuldige Kind nicht aus generalpräventiven Gründen dafür bestrafen dürfe, dass es rechtswidrig gezeugt wurde. Nach Auffassung *Leipolds* solle im Fall der postmortalen Befruchtung § 1923 Abs 2 BGB analog angewandt werden. Wenn

⁶⁰⁴ Für das österreichische Recht folgt dasselbe Ergebnis aus § 22 ABGB.

⁶⁰⁵ *Rauscher* in *Staudinger*, BGB IV (2004) Anh zu § 1592 Rz 9.

⁶⁰⁶ *Britting*, Die postmortale Insemination, 156.

⁶⁰⁷ *Mansees*, Das Erbrecht, 63ff.

⁶⁰⁸ *Coester-Waltjen*, Gutachten, B 42.

⁶⁰⁹ So auch *Edenhofer* in *Palandt* (Hrsg), Kurzkomentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch VII⁶⁸ (2009) §1923 Rz 6.

⁶¹⁰ *Schack*, Weiterleben nach dem Tode - juristisch betrachtet, JZ 1989, 611.

⁶¹¹ *Leipold*, Erbrechtliche Aspekte, in: FS Kralik, 478; *ders*, in Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch IX (2004) § 1923 Rz 16f.

die rechtliche Vaterschaft des Samenspenders feststeht, solle zum Schutz des Kindes diesem auch ein gesetzliches Erb- bzw Pflichtteilsrecht zugebilligt werden;⁶¹² dies nicht zuletzt hinsichtlich der verfassungsrechtlichen Garantie des Erbrechts in Art 14 Abs 1 GG.⁶¹³

2.2.) Postmortale IVF

In Bezug auf das Erbrecht eines in-vitro gezeugten Embryos gehen die Meinungen bezüglich des maßgeblichen, ein Erbrecht begründenden Zeitpunkts auseinander. Ein Teil der Lehre vertritt richtigerweise die Auffassung, dass die Erbfähigkeit des später lebend geborenen Kindes bereits dann zu bejahen ist, wenn die **IVF** zum Zeitpunkt des Erbfalls bereits erfolgt war.⁶¹⁴ Es ist zwar richtig, dass § 1923 Abs 2 BGB von der Existenz einer **Leibesfrucht im Mutterleib** zum Zeitpunkt des Erbfalls ausgeht, doch konnten die Verfasser des BGB die heutige Möglichkeit der IVF mit nachfolgendem Embryonentransfer nicht berücksichtigen, sodass der Schutzzweck des § 1923 Abs 2 BGB dafür spricht, Erbfähigkeit ab abgeschlossener IVF zu bejahen, auch wenn die Implantation des Embryos erst nach dem Erbfall erfolgt.⁶¹⁵

AA ist *Zierl*⁶¹⁶, der sich dafür ausspricht, dass als gezeugt iSd § 1923 Abs 2 BGB nur der in den Mutterleib transplantierte Embryo angesehen werden solle, da es ansonsten ua zu einer verlängerten Ungewissheit in der Erbfolge

⁶¹² AA *Bernat*, Zivilrechtliche Frage, in: *Bernat*, Lebensbeginn durch Menschenhand, 156f, der sich dafür ausspricht, dem postmortal gezeugten Kind kein gesetzliches Erbrecht gegenüber seinem biologischen Vater einzuräumen, um so zu verhindern, dass derartige Inseminationen aus erbrechtlichen Motiven durchgeführt werden.

⁶¹³ *Leipold*, Erbrechtliche Aspekte, in: FS Kralik, 471ff; *ders*, in MünchKomm IX § 1923 Rz 17; *ders*, in MünchKomm IX, Einleitung, Rz 29.

⁶¹⁴ *Leipold*, Erbrechtliche Aspekte, in: FS Kralik 471ff; *ders*, in MünchKomm IX § 1923 Rz 16; *Mansees*, Das Erbrecht des Kindes, 155; *Bernat*, Rechtsfragen, 31f; *Selb*, Rechtsordnung, 119. Die gegenteilige Meinung ist, dass die Implantation des Embryos Voraussetzung für die Erbfähigkeit ist (Nachweise bei *Leipold* in MünchKomm IX § 1923 Rz 16).

⁶¹⁵ *Leipold*, Erbrechtliche Aspekte, in: FS Kralik, 467; *Bernat*, Rechtsfragen, 31f; *Mansees*, Das Erbrecht des Kindes, 155f.

⁶¹⁶ *Zierl*, DrZ 1986, 303; weitere Nachweise zu dieser Auffassung bei *Leipold* in MünchKomm IX § 1923 Rz 16.

kommen würde, abhängig davon, ob und wann der Embryo transplantiert und ausgetragen werde.

3.) Eigene Meinung

Seit der Aufhebung des § 730 Abs 2 ABGB hat in Österreich ein postmortal gezeugtes Kind immer ein Erbrecht nach seinem verstorbenen Vater, **wenn** die Vaterschaft von diesem wegen der Ehelichkeitsvermutung (oder eines Anerkenntnisses) **feststeht** bzw **gerichtlich festgestellt wurde**. Aufgrund der Aufhebung kommt es nunmehr für das gesetzliche Erbrecht nicht darauf an, **wann** nach dem Tod des Erblassers die Abstammung von ihm festgestellt wird.⁶¹⁷ Das bedeutet, dass die Feststellung der Abstammung im Fall des positiven Abstammungsbeweises nach geltendem Recht unbefristet möglich ist. Das gilt auch für die Beiwohnungsvermutung, wenn das Kind aus Gründen auf Seiten des Mannes den positiven Abstammungsbeweis nicht erbringen kann.⁶¹⁸

In der BRD ist dies wegen § 1923 Abs 2 BGB nicht immer der Fall. Diese Bestimmung spricht nämlich mE dem nondum conceptus ein Erbrecht bei postmortaler Insemination auch nach erfolgter Vaterschaftsfeststellung ab. Dem Kind steht ein Erbrecht nach seinem verstorbenen Vater somit nur im Fall des postmortalen Embryonentransfers und späterer Lebendgeburt zu, wenn es vor dem Tod des Vaters bereits in vitro „entstanden“ war. In allen anderen Fällen hat ein postmortal gezeugtes Kind keinerlei Erbrecht gegenüber seinem Vater, da § 1923 Abs 2 BGB mE nicht analog auf postmortale Inseminationen angewendet werden kann.

⁶¹⁷ Dies gilt, wenn der Erblasser nach dem 31.12.2004 verstorben ist. Zur Erlangung des Erbrechts des unehelichen Kindes muss aber die Vaterschaft jedenfalls festgestellt worden sein.

⁶¹⁸ Vgl zu den erbrechtlichen Verjährungsvorschriften oben II.D.5.).

IV.) Schlussbemerkungen

Außer in jenen Fällen, in denen ein Kind nach dem Tod des Ehemannes der Mutter diesem noch kraft Ehe zugerechnet wird, ist es auf eine postmortale Vaterschaftsfeststellung angewiesen, da es erst mit endgültiger Feststellung alle Rechtswirkungen der Vaterschaft und Verwandtschaft (grsl von seiner Geburt an) geltend machen kann.⁶¹⁹

Die postmortale Vaterschaftsfeststellung ist nach geltendem Recht grsl problemlos möglich, unabhängig davon, ob die Zeugung des Kindes noch vor oder erst nach dem Tod des **Ehemannes/Lebensgefährten** der Mutter stattgefunden hat, wenn dieser **der biologische Vater** des Kindes ist. Unerheblich ist auch, ob die Zeugung auf natürliche oder auf künstliche Weise stattgefunden hat.

Im Gegensatz dazu ist bei manchen heterologen Fortpflanzungshilfen eine Vaterschaftsfeststellung mE nicht möglich. In Österreich ist dies der Fall, wenn die heterologe Insemination bzw Befruchtung in vitro erst nach dem Tod des konsentierenden Ehemannes/Lebensgefährten der Wunschmutter vorgenommen wird. Da die Zustimmung als Voraussetzung für die Vaterschaftsfeststellung mit dem Tod des zustimmenden Mannes mE automatisch erlischt und auch eine biologische Vaterschaft nicht vorliegt, ist die Vaterschaftsfeststellung weder nach § 163 Abs 1, noch nach Abs 3 möglich. Das Kind ist also juristisch vaterlos, da wegen § 163 Abs 4 ABGB auch der Samenspender nicht als Vater festgestellt werden kann. In diesem Fall wäre mE eine teleologische Reduktion dieser Bestimmung angebracht, und der Samenspender sollte zur Abgabe eines Vaterschaftsanerkenntnisses berechtigt sein.

⁶¹⁹ Seit der Aufhebung der §§ 1934c BGB bzw 730 Abs 2 ABGB kommt es für das gesetzliche Erbrecht nicht mehr darauf an, wann nach dem Tod des Erblassers die Abstammung von ihm festgestellt wird.

In der BRD ist eine *Vaterschaftsfeststellung* bei heterologer Insemination/IVF nach derzeitiger Rechtslage nur in Bezug auf den Samenspender möglich. Es existiert lediglich eine Regelung, wonach der zustimmende Ehemann der Wunschmutter die Vaterschaft zu einem Kind nicht anfechten kann, wenn es aus jener heterologen Insemination hervorgegangen ist, welcher er zugestimmt hat (§ 1600 Abs 5 BGB). Eine Zurechnung des Kindes zum konsentierenden, bereits verstorbenen Ehemann ist nur möglich, wenn das Kind innerhalb von 300 Tagen nach dessen Tod geboren wird. Ansonsten kann nur der Samenspender als Vater festgestellt werden. Eine postmortale Vaterschaftsfeststellung des Lebensgefährten ist selbstverständlich ebenfalls nicht möglich. Auch ein (wahrheitswidriges) präkonzeptionelles Anerkenntnis des Lebensgefährten ist nicht vorgesehen. Es bleibt auch hier nur die Möglichkeit der Feststellung des Samenspenders als biologischen Vater des Kindes.⁶²⁰

Diese, mE problematische Rechtslage in Deutschland ergibt sich aus der Tatsache, dass die heterologen Fortpflanzungshilfen noch keiner umfassenden gesetzlichen Regelung zugeführt wurden. Als Vorbild würden sich die österreichischen Bestimmungen bezüglich der Zustimmung zu heterologen Fortpflanzungsmethoden anbieten. So könnte eine Zurechnung des mit dem Samen eines Dritten gezeugten Kindes zum Lebensgefährten/Ehemann der Wunschmutter durch Einführung bestimmter, erhöhter Formvorschriften erfolgen. Hier sollte mE *de lege ferenda* eine notarielle Beurkundung gefordert werden.

Auch die Situation des Samenspenders sollte in Deutschland mE noch einmal überdacht werden. Dieser sollte jedenfalls vor einer späteren Inanspruchnahme geschützt werden. Eine Anonymitätszusage wäre selbstverständlich wegen des Rechts des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung verfassungsrechtlich bedenklich. *De lege ferenda* wäre eine gesetzlich geregelte Dokumentationspflicht jener Ärzte geboten, die eine künstliche Befruchtung

⁶²⁰ In Österreich ist die Feststellung des Samenspenders als Vater wegen § 163 Abs 4 ABGB ausgeschlossen.

durchführen.⁶²¹ Festzuhalten ist hier, von welcher Person die Keimzellen stammen. Das Kind könnte durch Einsicht in die betreffenden Dokumente Kenntnis von seiner genetischen Herkunft erhalten.⁶²²

Zum Schutz des Samenspenders vor einer (finanziellen) Inanspruchnahme würde sich dann eine Lösung nach österreichischem Vorbild anbieten (vgl § 163 Abs 4 ABGB). Für jene Fälle, in denen das Kind juristisch vaterlos wäre und der Spender die Verantwortung übernehmen will, kann mE auch in der BRD, wie in Österreich, die Möglichkeit der Abgabe eines Vaterschaftsanerkennnisses erwogen werden.

⁶²¹ *Rauscher* in *Staudinger*, BGB- Kommentar IV (2004) Anh zu § 1592 Rz 25; *Starck*, JZ 1989, 339; *Seidel* in *MünchKomm VIII*⁵ § 1589 Rz 45; vgl auch *Böckenförde*, MedR 2000, 418.

⁶²² Vgl zum gesamten Problem der Rechtsstellung des Samenspenders eingehend *Rütz*, *Heterologe Insemination - Die rechtliche Stellung des Samenspenders* (2008) 1ff.

Abkürzungsverzeichnis

A

| | |
|---------|---------------------------------------|
| aA | = anderer Ansicht |
| ABGB | = Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch |
| abl | = ablehnend |
| Abs | = Absatz |
| abw | = abweichend |
| aF | = alte Fassung |
| Anh | = Anhang |
| arg | = argumento (folgt aus) |
| Art | = Artikel |
| AußStrG | = Außerstreitgesetz |

B

| | |
|-----------|--|
| Bf | = Beschwerdeführer, -in |
| BGB | = (deutsches) Bürgerliches Gesetzbuch |
| BGBI | = Bundesgesetzblatt |
| BGH | = Bundesgerichtshof |
| BlgNR | = Beilage(n) zu den stenographischen Protokollen des Nationalrates |
| Bt-Drucks | = Bundestagsdrucksache (deutsch) |
| BVerfG | = Bundesverfassungsgericht |
| B-VG | = Bundes-Verfassungsgesetz |
| bzw | = beziehungsweise |

D

| | |
|---------|--|
| ders | = derselbe |
| DEuFamR | = Deutsches und Europäisches Familienrecht |
| dgl | = dergleichen |
| dh | = das heißt |
| dies | = dieselbe |
| DJT | = Deutscher Juristentag |

DRiZ = Deutsche Richterzeitung
dZPO = Deutsche Zivilprozessordnung

E

ErbRÄG = Erbrechtsänderungsgesetz
E = Entscheidung
ecolex = Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht
EF-Z = Zeitschrift für Ehe- und Familienrecht
EGMR = Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EheG = Ehegesetz
EKMR = Europäische Kommission für Menschenrechte
EMRK = Europäische Menschenrechtskonvention
Erk = Erkenntnis
ErläutRV = Erläuterungen zur Regierungsvorlage
EschG = (deutsches) Embryonenschutzgesetz
etc = et cetera
EuGH = Europäischer Gerichtshof
EuGRZ = Europäische Grundrechte Zeitschrift

F

FamRZ = (deutsche) Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FGG = (deutsches) Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
FMedG = Fortpflanzungsmedizingesetz
FS = Festschrift
FuR = Zeitschrift Familie und Recht

G

gem = gemäß
GG = Grundgesetz
GP = Gesetzgebungsperiode

H

hA = herrschende Auffassung

| | |
|------|-----------------------|
| hL | = herrschende Lehre |
| hM | = herrschende Meinung |
| Hrsg | = Herausgeber |

I

| | |
|-------|---|
| idF | = in der Fassung |
| idgF | = in der geltenden Fassung |
| idR | = in der Regel |
| ieS | = im engeren Sinn |
| iFamZ | = interdisziplinäre Zeitschrift für Familienrecht |
| insb | = insbesondere |
| iSd | = im Sinn des, - der |
| iVm | = in Verbindung mit |
| iwS | = im weiteren Sinn |

J

| | |
|-----------|---|
| JAB | = Justizausschussbericht |
| JAP | = Juristische Ausbildung und Praxisvorbereitung |
| JBI | = Juristische Blätter |
| JGS | = Josephinische Gesetzgebung |
| Jura | = Juristische Ausbildung (Zeitschrift) |
| juridikum | = Zeitschrift im Rechtsstaat |
| JuS | = (deutsche) Juristische Schulung |
| JR | = (deutsche) Juristische Rundschau |
| JZ | = (deutsche) Juristenzeitung |

K

| | |
|-------|--|
| KaisV | = Kaiserliche Verordnung |
| Kl | = Kläger(in) |
| krit | = kritisch |
| KRK | = Übereinkommen über die Rechte des Kindes |

L

| | |
|---------|--|
| leg cit | = legis citatae (der zitierten Vorschrift) |
|---------|--|

M

| | |
|------|-------------------------------------|
| maW | = mit anderen Worten |
| MDR | = Monatsschrift für Deutsches Recht |
| mE | = meines Erachtens |
| MedR | = Medizinrecht |
| mwN | = mit weiteren Nachweisen |

N

| | |
|-----|---|
| ne | = nicht ehelich |
| NJW | = (deutsche) Neue juristische Wochenschrift |
| NZ | = Österreichische Notariats- Zeitung |

O

| | |
|-----|--|
| ÖA | = Der Österreichische Amtsvormund, Fachzeitschrift für Kindschaftsrecht, Familienrecht und Jugendwohlfahrt |
| OGH | = Oberster Gerichtshof |
| ÖJZ | = Österreichische Juristen- Zeitung |
| OLG | = Oberlandesgericht |

R

| | |
|-----|---|
| RdM | = Recht der Medizin |
| RdW | = Österreichisches Recht der Wirtschaft |
| Rsp | = Rechtsprechung |
| RZ | = Österreichische Richterzeitung |

S

| | |
|------|--|
| s | = siehe |
| sog | = so genannt, -e, -er, -es |
| StAZ | = Das Standesamt, (deutsche) Zeitschrift für Standesamtswesen, Personenstandsrecht, Ehe- und Kindschaftsrecht, Staatsangehörigkeitsrecht |
| StGB | = Strafgesetzbuch |

T

TN = Teilnovelle

U

ua = unter anderem

ue = unehelich

usw = und so weiter

V

VfGH = Verfassungsgerichtshof

vgl = vergleiche

Vorbem = Vorbemerkung(en)

Z

zB = zum Beispiel

ZEV = Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge

ZfRV = Zeitschrift für Europarecht, internationales Privatrecht und
Rechtsvergleichung

ZPO = Zivilprozessordnung

ZRP = Zeitschrift für Rechtspolitik

zust = zustimmend

zwfl = zweifelnd

Literaturverzeichnis

Adensamer, Erbrechtsänderungsgesetz 1989, ÖA 1991,6.

Barfuß, Österreichs Rechtstheorie und Rechtspraxis um die Jahrtausendwende- Symposium "Ius 2000"- Vorträge, 22.

Becker in *Erler/Kaufmann/Werkmüller* (Hrsg), Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte V (1998) 454.

Beclin, Das Familien- und Erbrechtsänderungsgesetz 2004 - Teil II: Erbrecht, JAP 2004/2005, 61.

Beig, Das Familien- und Erbrechtsänderungsgesetz 2004 - Teil I: Abstammungsrecht, JAP 2004/2005, 57.

Bernat, Zivilrechtliche Fragen um die künstliche Humanreproduktion, in : *Bernat* (Hrsg), Lebensbeginn durch Menschenhand (1985) 125.

Bernat, Rechtsfragen medizinisch assistierter Zeugung (1989) 3.

Bernat, Rechtsfragen im Zusammenhang mit der Kryokonservierung humaner Gameten und Embryonen, RZ 1989, 52.

Bernat, Das Recht medizinisch assistierter Zeugung 1990 - Eine vergleichende Bestandsaufnahme, in: *Bernat* (Hrsg) Fortpflanzungsmedizin. Wertungen und Gesetzgebung – Beiträge zum Entwurf eines Fortpflanzungshilfegesetzes (1991) 65.

Bernat, Fortpflanzungsmedizin und Recht - Bemerkungen zum Stand der Gesetzgebung in Österreich, Deutschland und Großbritannien, MedR 1991, 308.

Bernat, Auf dem Weg zu einem Recht der medizinisch unterstützten Fortpflanzung, ÖA 1991, 63.

Bernat, Rezension von Mansees, Das Erbrecht des Kindes nach künstlicher Befruchtung (1991), ZfRV 1992, 477.

Bernat, Das Fortpflanzungsmedizingesetz: Neue Aufgaben für das Notariat, NZ 1992, 244.

Bernat, Die rechtliche Regelung von Fortpflanzungsmedizin und Embryonenforschung in Deutschland, Österreich und der Schweiz, ÖA 1993, 47.

Bernat, Diplomprüfung aus bürgerlichem Recht - Musterlösung, JAP 1994/95, 21.

Bernat, Anmerkung zu OGH 7 Ob 527/96, JBI 1996, 719.

Bernat, Anmerkung zu OGH 1 Ob 2259/96d, RdM 1997, 121.

Bernat, Der anonyme Vater im System der Fortpflanzungsmedizin: Vorfindliches, Rechtsethik und Gesetzgebung, in: *Bernat* (Hrsg), Die Reproduktionsmedizin am Prüfstand von Recht und Ethik (2000), 161.

Bernat, Anmerkung zu VfGH G 91/98 - 13 und G 116/98- 13, MedR 2000, 394.

Bernat, Fortpflanzungsfreiheit, Privatleben und die EMRK - Anmerkung zu VfGH 14.10.1999, Juridikum 2000, 114.

Bernat, Anmerkung zu VfGH G 78/00, FamRZ 2003, 1918.

Bernat in *Schwimmann* (Hrsg), Praxiskommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch I³ (2005) § 157 Rz 1.

Bernat in *Schwimmann* (Hrsg), Praxiskommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch I³ (2005) § 163 Rz 1.

Bernat, Sind sog. Schlittenversuche mit der Leiche nach österreichischem Recht zulässig? Gutachten, erstellt im Auftrag der Ethikkommission der Medizinischen Universität Graz, Rechtsmedizin 2005, 361.

Böckenförde, Bericht über das Symposium des Bundesgesundheitsministeriums zum Thema „Fortpflanzungsmedizin in Deutschland“ vom 24.- 26. Mai 2000 in Berlin, MedR 2000, 417.

Bosch, Die geplante Neuordnung der Rechtsstellung des unehelichen Kindes, FamRZ 1963, 398.

Bosch, Erbrechtliche Probleme des „Nichtehelichengesetzes“, FamRZ 1972, 169.

Böhm, Die Neuregelung des Erbrechts nichtehelicher Kinder, NJW 1998, 1043.

Böhm/Waldenmaier/Epplen/Krawczak, Diskussion: Die humangenetische Abstammungsbegutachtung - Stellungnahmen und Schlusswort zu den Ausführungen von H. Ritter, FamRZ 1991, 646ff, FamRZ 1992, 275.

Britting, Die postmortale Insemination als Problem des Zivilrechts (1989) 11.

Brohm, Forum: Humangenetik, Eigentum und Menschenwürde, JuS 1998, 197.

Brüggemann, Zum Verständnis des § 1934 c BGB, in: FS Beitzke (1979) 373.

Brühl, Das allgemeine Verwandten- Unterhaltsrecht und der Unterhaltsanspruch des unehelichen Kindes gegen den Vater, FamRZ 1966, 541.

Büte, Grundzüge des Gesetzes zur Reform des Verfahrens in Familiensachen und in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FGG-RG), FuR 2009, 509f.

F.Bydlinski, Zum Entwurf eines Fortpflanzungshilfegesetzes, JBI 1990, 741.

Canaris, Grundprobleme des privatrechtlichen Persönlichkeitsschutzes, JBI 1991, 205.

Coester-Waltjen, Die Vaterschaft für ein durch künstliche Insemination gezeugtes Kind, NJW 1983, 2059.

Coester-Waltjen, Befruchtungs- und Gentechnologie beim Menschen - rechtliche Probleme von morgen? FamRZ 1984, 230.

Coester-Waltjen, Die künstliche Befruchtung beim Menschen- Zulässigkeit und zivilrechtliche Folgen, Gutachten B für den 56. DJT (1986) B1.

Coester-Waltjen, Künstliche Fortpflanzung und Zivilrecht, FamRZ 1992, 369.

Cramer, Anmerkung zu OLG Hamm, 3 W 32/07, MedR 2008, 213.

Damrau, Erbersatzanspruch und Erbaugleich- Zur Neuregelung des Erbrechts im „Nichtehelichengesetz“, FamRZ 1969, 579.

Deichfuß, Recht des Kindes auf Kenntnis seiner blutsmäßigen (genetischen) Abstammung? Zur Diskussion um die Zulässigkeit der heterologen Insemination, NJW 1988, 113.

Deixler-Hübner in *Rechberger* (Hrsg), Kommentar zum Außerstreitgesetz (2006) § 85 Rz 1.

Deutsch, Des Menschen Vater und Mutter. Die künstliche Befruchtung beim Menschen - Zulässigkeit und zivilrechtliche Folgen, NJW 1986, 1971.

Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht⁶ (2008), Rz 748.

Dethloff, Reform des Kindschaftsrechts, NJW 1992, 2200.

Dieckmann, Zum Erbrecht des unehelichen Kindes, FamRZ 1966, 72.

Dieckmann, Zur vermögensrechtlichen Stellung des unehelichen Kindes nach dem Tode des Vaters, FamRZ 1967, 10.

Diederichsen in *Palandt* (Hrsg), Kurzkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch VII⁶⁸ (2009) §1600e Rz 1.

Doralt, Der Schutz des Lebensbildes, ÖJZ 1973, 645.

Ebert, „First Call for Children!“ Zur Notwendigkeit einer verfassungs- und völkerrechtskonformen Familienrechtsreform in Österreich, JBI 1995, 69.

Eccher in Schwimann (Hrsg), Praxiskommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch III² (1997) § 531 Rz 1.

Eccher in Schwimann (Hrsg), Praxiskommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch III² (1997) § 730 Rz 1.

Eccher in Schwimann (Hrsg), Praxiskommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch III³ (2006) § 730 Rz 1.

Edenfeld, Das neue Abstammungsrecht der Bundesrepublik Deutschland im nationalen und internationalen Vergleich, FuR 1996, 190.

Edenfeld in Palandt (Hrsg), Kurzkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch VII⁶⁸ (2009) Einl vor § 1922 Rz 1.

Edenhofer in Palandt (Hrsg), Kurzkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch VII⁶⁸ (2009) § 1923 Rz 1.

Edlbacher, Künstliche Zeugungshilfen- eine Herausforderung für den Gesetzgeber?, ÖJZ 1986, 321.

Edlbacher, Rechtliche Fragen der künstlichen Fortpflanzung, ÖA 1989, 27.

Eidenmüller, Der Auskunftsanspruch des Kindes gegen seine Mutter auf Benennung des leiblichen Vaters - BVerfGE 96, 56, JuS 1998, 789.

Enders, Anmerkung zu BVerfG 1 BvL 17/87, JZ 1989, 335.

Enders, Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung, NJW 1989, 881.

Ferid/Firsching/Dörner/Hausmann, Internationales Erbrecht-Quellensammlungen mit systematischen Darstellungen des materiellen Erbrechts sowie des Kollisionsrechts der wichtigsten Staaten- Deutschland (69. Ergänzungslieferung, 2007) Rz 1422.

Ferrari-Hofmann-Wellenhopf, Zum gesetzlichen Erbrecht der Verwandten seit dem Erbrechtsänderungsgesetz 1989, NZ 1991, 245.

Ferrari, Streit um die Abstammung- die Rechtslage in Österreich, in: *Spickhoff/Schwab/Henrich/Gottwald* (Hrsg), Streit um die Abstammung- ein europäischer Vergleich (2007) 183.

Fischer-Czermak, Das Erbrecht des Kindes nach artifizierlicher Insemination, NZ 1999, 262.

Fischer-Czermak, Neueste Änderungen im Abstammungs- und Erbrecht, JBl 2005, 2.

Fischer/Speiser, Die Entwicklung der Vaterschaftsdiagnostik von 1900 bis 2000, ÖA 2000, 104.

Floßmann, Österreichische Privatrechtsgeschichte⁴ (2004) 100.

Frank/Helms, Der Anspruch des nichtehelichen Kindes gegen seine Mutter auf Nennung des leiblichen Vaters - Zugleich Besprechung der Entscheidung des BVerfG v. 6.5.1997- 1 BvR 409/90, FamRZ 1997, 1258.

Frank, Grundzüge und Einzelprobleme des Abstammungsrechts, StAZ 2003, 129.

Freytag, Neuordnung des gesetzlichen Erbrechts, ZRP 1991, 106.

Fucik, Außerstreitverfahren in Abstammungs-, Adoptions-, Ehe- und Sachwalterschaftssachen, eolex 2004, 920.

Gaul, Die Neuregelung des Abstammungsrechts durch das Kindschaftsrechtsreformgesetz, FamRZ 1997, 1441.

Gaul, Ausgewählte Probleme des materiellen Rechts und des Verfahrensrechts im neuen Abstammungsrecht, FamRZ 2000, 1461.

Giesen, Genetische Abstammung und Recht, JZ 1989, 370.

Grabenwarter, Europäische Menschenrechtskonvention³ (2008) 189.

Hassenstein, Der Wert der Kenntnis der eigenen Abstammung, FamRZ 1988, 120.

Helms, Exhumierung aus Anlaß einer postmortalen Vaterschaftsfeststellung: Überlegungen zur „Affäre Yves Montand“, DEuFamR 2000, 168.

Henrich, Anmerkung zu EuGHMR 13.2.2003 - Beschwerde Nr. 42326/98 (Odièvre/Frankreich), FamRZ 2003, 1370.

Henrich, Streit um die Abstammung - Europäische Perspektiven, in: *Spickhoff/Schwab/Henrich/Gottwald* (Hrsg), Streit um die Abstammung - ein europäischer Vergleich (2007) 399.

Hinteregger, Die Bedeutung der Grundrechte für das Privatrecht, ÖJZ 1999, 741.

Hofmann in *Hofmann/Hopfauf* (Hrsg), Kommentar zum Grundgesetz¹¹ (2008) 294.

Hohloch, „Kinder mit drei Eltern“- Medizintechnologie und Personenstandsrecht, StAZ 1986, 153.

Hohloch, Anmerkung zu BVerfG 1 BvR 1365/84, JuS 1987, 570.

Hohloch, Anmerkung zu LG Passau 1 S 231/87, JuS 1988, 314.

Höllwerth, Anmerkung zu OGH 7 Ob 75/07 s, EF-Z 2008, 19.

Jayme, Europäische Menschenrechtskonvention und deutsches Nichteheleichenrecht, NJW 1979, 2425.

Kirchmeier, Zivilrechtliche Fragen der homologen und heterologen Insemination de lege lata et ferenda, FamRZ 1998, 1281.

Knur, Familienrechtliche und erbrechtliche Probleme des Gesetzes über die rechtliche Stellung der nichtehelichen Kinder, FamRZ 1970, 269.

Körting, Das Erbrecht des nichtehelichen Kindes, NJW 1970, 1525.

Lakkis, Die Exhumierung zur postmortalen Vaterschaftsfeststellung und -anfechtung, FamRZ 2006, 454.

Lange, Gesetzgebungswunsch und Lebenswirklichkeit beim Rechte der unehelichen Kinder, JuS 1964, 253.

Lange/Kuchinke, Lehrbuch des Erbrechts² (1978) 188.

Langer, Außerstreitgesetz 2003 - Textausgabe mit den Erläuternden Bemerkungen und Anmerkungen des Verfassers² (2007) § 85, 193.

Laufs, Die künstliche Befruchtung beim Menschen - Zulässigkeit und zivilrechtliche Folgen, JZ 1986, 769.

Leineweber, Die rechtliche Beziehung des nichtehelichen Kindes zu seinem Erzeuger in der Geschichte des Privatrechts (1978) 1.

Lehner, Familie-Recht-Politik. Die Entwicklung des österreichischen Familienrechts im 19. und 20. Jahrhundert (1987) 43.

Leipold, Erbrechtliche Aspekte der künstlichen Befruchtung und der künstlichen Verlängerung des Lebens, in: FS Kralik (1986) 467.

Leipold in Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch VI² (1989) § 1934 c Rz 1.

Leipold in Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch IX (2004) § 1923 Rz 1.

Leipold in Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch IX (2004) Einleitung, Rz 18.

Loebenstein, Die Zukunft der Grundrechte im Lichte der künstlichen Fortpflanzung des Menschen, JBI 1987, 694.

Lurger, Fortpflanzungsmedizin und Abstammungsrecht, in: *Bernat* (Hrsg), Die Reproduktionsmedizin am Prüfstand von Recht und Ethik (2000), 108.

Lutter, Das Erbrecht des nichtehelichen Kindes, FamRZ 1967, 65.

- Lutter*, Das Erbrecht des nichtehelichen Kindes² (1972) 12.
- Lux-Wesener*, Anonyme Geburt mit EMRK vereinbar/ Der Fall Odièvre, EuGRZ 2003, 555.
- Mack/Olbing*, Das nichteheliche Kind im Erbrecht und Erbschaftssteuerrecht, ZEV 1994, 280.
- Mansees*, Einige Gedanken zum gesetzlichen Erbrecht des auf nicht-natürlichem Wege erzeugten Kindes, FamRZ 1986, 756.
- Mansees*, Jeder Mensch hat ein Recht auf Kenntnis seiner genetischen Herkunft, NJW 1988, 2984.
- Mansees*, Das Erbrecht des Kindes nach künstlicher Befruchtung (1991) 60.
- Maurer*, AußerstrG neu- Außerstreitgesetz und Außerstreit-Begleitgesetz (2004) § 85, 193.
- Mayer/Fucik*, Das neue Verfahren außer Streitsachen (2004) Rz 353.
- Mell*, Erbrechtsreform wozu? JBI 1988, 669.
- Memmer*, Rechtsfragen im Gefolge medizinisch assistierter Fortpflanzung post mortem vel divortium, JBI 1992, 361.
- Memmer*, Eheähnliche Lebensgemeinschaften und Reproduktionsmedizin, JBI 1993, 297.
- Meyer-Ladewig*, Europäische Menschenrechtskonvention² (2006) 158.
- Moritz*, Auskunftsanspruch des nichtehelichen Kindes gegen seine Mutter auf Nennung des Namens seines leiblichen Vaters, Jura 1990, 134.
- Moser*, Völkerrechtliche und gemeinschaftsrechtliche Implikationen der anonymen Geburt, ÖA 2003, 200.
- Muscheler*, Anmerkung zu BGH XII ZB 184/02, JZ 2006, 44.
- Muscheler/Beisenherz*, Das neue Abstammungsrecht, JR 1999, 356.
- Mutschler*, Interessenausgleich im Abstammungsrecht - Teilaspekte der Kindschaftsrechtsreform, FamRZ 1996, 1381.
- Neuhuber/Klitschar*, Über die Möglichkeiten der DNA-Analyse in der Abstammungsbegutachtung in Fällen mit abwesendem Vater (Defizienzfälle), ÖA 1996, 44.
- Niepmann*, Die Reform des Kindschaftsrechts - Die wichtigsten Neuerungen für die Praxis, MDR 1998, 565.

Novak, Fortpflanzungsmedizin und Grundrechte, in: *Bernat* (Hrsg) Die Reproduktionsmedizin am Prüfstand von Recht und Ethik (2000) 62.

Oberloskamp, Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung - Familienrechtliche Zuordnung von Kindern und Problemfelder in der Praxis, FuR 1991, 263.

Öhlinger, Verfassungsrecht⁴ (1999) 37.

Paliege, Neues im österreichischen Erbrecht, ZfRV 1991, 169.

Pichler in *Rummel* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch I² (1990) § 163 Rz 1.

Pichler, Probleme der medizinisch unterstützten Fortpflanzung, ÖA 1993, 53.

Preslmayr, Wirksamwerden des Vaterschaftsanerkennnisses und neues Erbrecht, NZ 1990, 217.

Quantius, Die Elternschaftsanfechtung durch das künstlich gezeugte Kind, FamRZ 1998, 1145.

Rauscher, Die erbrechtliche Stellung nicht in einer Ehe geborener Kinder nach Erbrechtgleichstellungsgesetz und Kindschaftsrechtsreform, ZEV 1998, 41.

Rauscher in *Staudinger* (Hrsg), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen (Neubearbeitung 2004) § 1592 Rz 1.

Rauscher in *Staudinger* (Hrsg), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzes (Neubearbeitung 2004) Anh zu § 1592 Rz 1.

Riedl, Embryonenimplantation nach Scheidung? EF-Z 2008, 84.

Ritter, Die humangenetische Abstammungsbegutachtung, FamRZ 1991, 646.

Rolf/Schulz, Theorie und Praxis der Abstammungsbegutachtung mit molekularbiologischen Methoden, in: *Spickhoff/Schwab/Henrich/Gottwald* (Hrsg), Streit um die Abstammung - ein europäischer Vergleich (2007) 82.

Rosenmayr, Änderungen im Abstammungsrecht durch das FamErbRÄG 2004, NZ 2004, 360.

Rummel in *Rummel* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch I² (1990) § 914 Rz 1.

Rütz, Heterologe Insemination- Die rechtliche Stellung des Samenspenders (2008) 1.

Schack, Weiterleben nach dem Tode - juristisch betrachtet, JZ 1989, 609.

Schauer, Zum Ministerialentwurf über die Änderung des Erbrechts des unehelichen Kindes und des Ehegatten, NZ 1988, 274.

Schauer, Neues Erbrecht ab 1991, RdW 1990, 70.

Schauer, Zum Anwendungsbereich des § 730 Abs 2 ABGB, NZ 1993, 73.

Schlemmer, Europäische Menschenrechtskonvention und österreichisches Unehelichenrecht, ÖA 1979, 3.

Schlosser, Der Einfluss des Grundgesetzes auf die privatrechtliche Stellung des unehelichen Kindes, FamRZ 1963, 601.

Schlüter/Fegeler, Die erbrechtliche Stellung der nichtehelichen Kinder und ihrer Väter nach Inkrafttreten des Erbrechtsgleichstellungsgesetzes, FamRZ 1998, 1337.

Schmidt-Didczuhn, (Verfassungs)Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung? JR 1989, 228.

Schumacher, Fortpflanzungsmedizin und Zivilrecht, FamRZ 1987, 313.

Schwarz, Rechtliche Aspekte von „Babyklappe“ und „anonymer Geburt“, StAZ 2003, 33.

Schwenzer, Die Rechtsstellung des nichtehelichen Kindes, FamRZ 1992, 121.

Schwimmann, Neues Fortpflanzungsmedizinrecht in Österreich, StAZ 1993, 169.

Schwimmann in *Schwimmann* (Hrsg), Praxiskommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch I² (1997) § 163 Rz 1.

Schwimmann in *Bergmann/Ferid/Henrich* (Hrsg), Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht - Österreich (161. Lieferung, 2005) 33.

Schwimmann, Neuerliche Abstammungsrechtsreform mit Ablaufdatum, NZ 2005, 33.

Schwimmann, Wechselväter und andere Neuheiten - Zur jüngsten Zwischenreform des österreichischen Abstammungsrechts, StAZ 2005, 33.

Seidel in Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch VIII⁵ (2008) Vor § 1589 Rz 1.

Seidel in Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch VIII⁵ (2008) § 1589 Rz 1.

Seidel in Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch VIII⁵ (2008) § 1592 Rz 1.

Seidel in Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch VIII⁵ (2008) § 1593 Rz 1.

Seidel in Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch VIII⁵ (2008) § 1600d Rz 1.

Seidel in Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch VIII⁵ (2008) § 1600e Rz 1.

Selb, Rechtsordnung und künstliche Reproduktion des Menschen (1987) 1.

Simotta, Das neue Abstammungsrecht, ÖA 2004, 175.

Spickhoff, Anmerkung zu LG München I, 17 HKO 344/03, FamRZ 2003, 1580.

Spickhoff, Der Streit um die Abstammung - Brennpunkte der Diskussion, in: *Spickhoff/Schwab/Henrich/Gottwald* (Hrsg), Streit um die Abstammung - ein europäischer Vergleich (2007) 13.

Spitzer, Haftungsfalle (Un-) Ehelichkeitsvermutung, NZ 2004, 161.

Stabentheiner in *Rummel* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch I³ (2000) § 155 Rz 1.

Stabentheiner in *Rummel* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch I³ (2000) § 163 Rz 1.

Stabentheiner in *Rummel* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch I³ (2000) § 163a Rz 1.

Starck, Die künstliche Befruchtung beim Menschen - Zulässigkeit und zivilrechtliche Folgen, Gutachten A zum 56. DJT (1986) A1.

Starck, Anmerkung zu BVerfG, 1 BvL 17/87, JZ 1989, 335.

Stefula in *Fenyves/Kerscher/Vonkilch* (Hrsg) Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch §§ 137 bis 267³ (2008) § 157 Rz 1.

Stefula in *Fenyves/Kerscher/Vonkilch* (Hrsg) Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch §§ 137 bis 267³ (2008) § 163 Rz 1.

Stefula in *Fenyves/Kerscher/Vonkilch* (Hrsg) Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch §§ 137 bis 267³ (2008) § 163a Rz 1.

Steiner, Ausgewählte Rechtsfragen der Insemination und Fertilisation, ÖJZ 1987, 513.

Steininger, Rechtsfragen der außerehelichen Vaterschaft (1961) 1.

Steininger, Interpretationsvorschläge für die neuen Normierungen im ABGB über die väterliche Abstammung, ÖJZ 1995, 121.

Steininger, Juristisch elternlose Kinder? ÖJZ 1999, 707.

Stöcker, Nichtigkeit des § 1934c BGB- Auswirkungen im Höferecht, AgrarR 1987, 149.

Stolz, Grundrechtsaspekte künstlicher Befruchtungsmethoden, in: *Bernat* (Hrsg), Lebensbeginn durch Menschenhand (1985) 109.

Strintzing, Erbersatzanspruch und vorzeitiger Erbaugleich nichtehelicher Kinder gem. §§ 1934a-e BGB im Lichte des Art 6 Abs. 5 GG, FuR 1994, 73.

Stößer, Das neue Verfahren in Abstammungssachen nach dem FamFG, FamRZ 2009, 923.

Sturm, Das Straßburger Marcks - Urteil zum Recht des nichtehelichen Kindes und seine Folgen, FamRZ 1982, 1150.

Stürner, Der hundertste Geburtstag des BGB - nationale Kodifikation im Greisenalter? JZ 1996, 741.

Tschugguel/Kleiß, Kinder ohne Erbrecht. Verfassungs - und zivilrechtliche Probleme des § 730 Abs 2 ABGB, NZ 2001, 389.

Umlauf, Das Kind im österreichischen Erbrecht (incl Anerbenrecht), ÖA 1992, 103.

Verschraegen, Schutz des Lebens und Kenntnis der eigenen Abstammung - Zugleich eine Besprechung des Urteils des EGMR 13.2.2003, BeschwNr 42326/98, ÖJZ 2004, 1.

Weber, Der Auskunftsanspruch des Kindes und/oder des Scheinvaters auf namentliche Benennung des leiblichen Vaters gegen die Kindesmutter, FamRZ 1996, 1254.

Weh, Beschränkungen des Rechts auf eigene Kinder - Das Fortpflanzungsmedizinengesetz im Lichte der Menschenrechte, Juridikum 2000, 119.

Wehrstedt, Der Streit um die Abstammung aus rechtsberatender Sicht in Fällen künstlicher Befruchtung mittels Samenspende eines Dritten, sog. heterologe Insemination, in: *Spickhoff/Schwab/Henrich/Gottwald* (Hrsg), Streit um die Abstammung - ein europäischer Vergleich (2007) 73.

Weiß in *Klang* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch III² (1952) 760.

Wellenhofer in Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch VIII⁵ (2008) § 1598a Rz 1.

Wellenhofer in Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch VIII⁵ (2008) Vorbemerkungen zu den §§ 1599ff Rz 1.

Wellenhofer in Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch VIII⁵ (2008) § 1600 Rz 1.

Wellenhofer in Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch VIII⁵ (2008) § 1600b Rz 1.

Wellenhofer in Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch VIII⁵ (2008) § 1600c Rz 1.

Welser, Die Erbrechtsreform 1989, NZ 1990, 137.

Welser in *Rummel* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch I² (1990) § 536 Rz 1.

Welser in *Rummel* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch I² (1990) § 754 Rz 1.

Welser in *Rummel* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch I³ (2000) § 730 Rz 1.

Werner in *Staudinger* (Hrsg), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Fünftes Buch. Erbrecht. Einleitung; §§ 1922-1966 (1999) § 1934 c Rz 1.

Weyrauch, Zulässigkeitsfragen und abstammungsrechtliche Folgeprobleme bei künstlicher Fortpflanzung im deutschen und US- amerikanischen Recht (2003) 1.

Wolf, Die Abstammung von durch medizinische Fortpflanzung gezeugten Kindern nach dem Kindschaftsreformgesetz (KindRG), FuR 1998, 392.

Zankl, Das neue Erbrecht im Überblick, JAP 1990/91, 118.

Zemanek, Das erfolgreiche Abstammungsverfahren. Ein Überblick für die Praxis, iFamZ 2009, 337.

Zemen, Die Neuordnung der Rechtsstellung des unehelichen Kindes in Österreich, FamRZ 1973, 357.

Zierl, Zivilrechtliche Aspekte artifizierlicher Reproduktion, DRiZ 1986, 302.

Zweigert, Zur Reform des Unehelichenrechts, JuS 1967, 241.