



REPUBLIK ÖSTERREICH
BUNDESMINISTERIUM FÜR JUSTIZ

GZ 4.503/49-I.1/2004

An das
Präsidium des Nationalrats
Parlament
1010 Wien

Museumstraße 7
1070 Wien

Briefanschrift
1016 Wien, Postfach 63

Telefon
01/52 1 52-0*

Telefax
01/52 1 52/2829

E-Mail: kzl.b@bmj.gv.at

Sachbearbeiter **Mag. Patrick Aulebauer**

Klappe 2052 (DW)

Betrifft: Bundesgesetz über Änderungen des Abstammungs- und Erbrechts im allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch (Abstammungs- und Erbrechtsänderungsgesetz 2004). Begutachtungsverfahren.

Das Bundesministerium für Justiz beehrt sich, den Entwurf eines Bundesgesetzes über Änderungen des Abstammungs- und Erbrechts im allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch (Abstammungs- und Erbrechtsänderungsgesetz 2004) samt Erläuterungen in 25-facher Ausfertigung mit dem Ersuchen um gefällige Kenntnisnahme zu übersenden.

Die im Begutachtungsverfahren befassten Stellen wurden um Stellungnahme bis

14. April 2004

ersucht.

Es darf darauf hingewiesen werden, dass der Gesetzesentwurf auch auf der Website des Bundesministeriums für Justiz (www.bmj.gv.at) zur Einsicht und zum Download bereitsteht.

Weiters wird um Verständnis dafür gebeten, dass im Hinblick auf das Inkrafttreten der Aufhebung der Bestimmungen der §§ 156, 157, 158 ABGB und § 159 Abs. 1 zweiter Satz ABGB mit Ablauf des 30. Juni 2004 die Begutachtungsfrist nicht

erstreckt werden kann und verspätet einlangende Stellungnahmen nicht berücksichtigt werden können.

10. März 2004
Für den Bundesminister:

SChef Dr. Gerhard Hopf

Beilage: 25 Ausf.

F.d.R.d.A.





BUNDESMINISTERIUM FÜR JUSTIZ

Entwurf

Abstammungs- und Erbrechtsänderungsgesetz 2004

JMZ 4.503/49-I.1/2004

**Bundesgesetz über Änderungen
des Abstammungs- und Erbrechts
im allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch
(Abstammungs- und Erbrechtsänderungsgesetz 2004)**

Der Nationalrat hat beschlossen:

Artikel I

Änderungen des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuchs

Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, JGS Nr. 946/1811, zuletzt geändert durch die Kundmachung BGBl. I Nr. 85/2003, wird wie folgt geändert:

1. Vor § 137b wird statt der Überschrift „Mutterschaft“ folgende Überschrift eingefügt:

„Abstammung“

2. Die Überschrift „Vermutung der Ehelichkeit“ vor § 138 entfällt.

3. § 138 lautet:

„§ 138. (1) Vater des Kindes ist der Mann,

1. der mit der Mutter im Zeitpunkt der Geburt des Kindes verheiratet ist,
2. der die Vaterschaft anerkannt hat oder
3. dessen Vaterschaft gerichtlich festgestellt ist.

(2) Ist die Ehe der Mutter vor der Geburt des Kindes durch den Tod des Ehemannes aufgelöst worden, so ist dieser der Vater, wenn das Kind innerhalb von 300 Tagen nach dem Tod geboren wird. Hat die Mutter inzwischen eine weitere Ehe mit einem anderen Mann geschlossen, so ist dieser der Vater des Kindes, wenn das

Kind während der Ehe oder vor Ablauf von 300 Tagen nach dem Tod dieses Mannes geboren wird; wird festgestellt, dass das Kind nicht von diesem abstammt, so ist der frühere Ehemann der Vater des Kindes.“

4. Nach § 138 werden folgende §§ 138a bis 138d eingefügt:

„§ 138a. (1) Die nach diesem Gesetzbuch begründete Abstammung und deren Änderung sowie die Feststellung der Nichtabstammung wirken gegenüber jedermann.

(2) 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.“

§ 138b. (1) Ehelich ist ein Kind, das während der Ehe der Mutter oder vor Ablauf von 300 Tagen nach dem Tod des Ehemanns der Mutter geboren ist oder das legitimiert ist; sonst ist das Kind unehelich.

(2) Wird die Ehe der Eltern für nichtig erklärt, so bleibt das Kind ehelich.

§ 138c. (1) Ist ein Kind innerhalb von 300 Tagen nach Scheidung, Aufhebung oder Nichtigerklärung der Ehe geboren, so ist es ehelich, wenn der frühere Ehemann der Mutter die Vaterschaft anerkennt oder das Gericht auf Antrag des Kindes oder des früheren Ehemanns der Mutter feststellt, dass das Kind von diesem abstammt.

(2) Ist das Kind nach Ablauf von 300 Tagen nach Auflösung oder Nichtigerklärung der Ehe geboren, so hat das Gericht auf Antrag des Kindes oder des früheren Ehemanns der Mutter die eheliche Abstammung 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.

(3) Steht in den Fällen der Abs. 1 und 2 bereits die Vaterschaft eines anderen Mannes fest, so sind die §§ 163b und 163e Abs. 2 bis 4 anzuwenden.

(4) Für Kinder, die nach den vorstehenden Absätzen die Rechtsstellung eines ehelichen Kindes erlangen, gelten der § 161 Abs. 2 und 3 sowie die §§ 162 a bis 162 d entsprechend. Hinsichtlich der Obsorge gilt § 166 erster Satz, doch können die Eltern dem Gericht eine Vereinbarung über die Betrauung mit der Obsorge nach § 177 vorlegen; § 177a Abs. 2 gilt entsprechend.

§ 138d. (1) Einsichts- und urteilsfähige Personen können, wenn sie nicht eigenberechtigt sind, in Angelegenheiten ihrer Abstammung und der Abstammung von ihnen rechtswirksam handeln, sofern ihr gesetzlicher Vertreter zustimmt. Handelt in einem solchen Fall der gesetzliche Vertreter, so bedarf er der Einwilligung der einsichts- und urteilsfähigen Person. Im Zweifel wird das Vorliegen der Einsichts- und Urteilsfähigkeit bei mündigen Minderjährigen vermutet.

(2) Der gesetzliche Vertreter hat sich vom Wohl des Vertretenen leiten zu lassen. Seine Vertretungshandlungen in Angelegenheiten der Abstammung bedürfen nicht der Genehmigung des Gerichtes.“

5. *§ 155 wird samt der Überschrift „Vermutung der Unehelichkeit“ aufgehoben.*

6. *Die Überschrift zu den §§ 156 bis 158 lautet:*

"Feststellung der Nichtabstammung"

7. *§ 156 lautet:*

„§ 156. (1) Stammt ein Kind, das während der Ehe der Mutter oder vor Ablauf von 300 Tagen nach dem Tod des Ehemanns der Mutter geboren ist, nicht von diesem ab, so hat das Gericht dies auf Antrag festzustellen.

(2) Der Antrag kann vom Kind gegen den Mann und von diesem gegen das Kind gestellt werden.“

8. *§ 156a wird aufgehoben.*

9. § 157 lautet:

"§ 157. Hat der Ehemann der Mutter einer medizinisch unterstützten Fortpflanzung mit dem Samen eines Dritten in Form eines gerichtlichen Protokolls oder eines Notariatsakts zugestimmt, so kann nicht die Feststellung begehrt werden, dass das mit dem Samen des Dritten gezeugte Kind nicht vom Ehemann der Mutter abstammt."

10. § 158 lautet:

"§ 158. (1) Ein Antrag auf Feststellung, dass das Kind nicht vom Ehemann der Mutter abstammt, kann längstens bis zum Ablauf von zwei Jahren ab Kenntnis der hierfür sprechenden Umstände gestellt werden. Diese Frist beginnt frühestens mit der Geburt des Kindes, im Fall einer Änderung der Abstammung frühestens mit der Wirksamkeit der Änderung. Ein Antrag ist nicht zulässig, solange die Abstammung des Kindes von einem anderen Mann feststeht.

(2) Der Lauf der Frist ist gehemmt, solange die antragsberechtigte Person nicht eigenberechtigt ist oder innerhalb des letzten Jahres der Frist durch ein unvorhergesehenes oder unabwendbares Ereignis an der Antragstellung gehindert ist. (3) Später als 30 Jahre nach der Geburt des Kindes oder nach einer Änderung der Abstammung kann nur das Kind die Feststellung der Nichtabstammung begehren."

11. § 159 wird aufgehoben.

12. § 161 wird wie folgt geändert:

a) im Abs. 1 entfällt die Anführung „(163b)“,

b) Abs. 3 lautet:

„ (3) Die Wirkungen der Legitimation treten nur auf Grund eines Anerkenntnisses nach § 163e Abs. 2 oder einer gerichtlichen Entscheidung außer Kraft, die in einem für die Beseitigung der Feststellung der Abstammung vorgesehenen Verfahren ergeht."

13. Die Überschrift vor den §§ 163 bis 168 lautet:

"Rechtsverhältnisse zwischen unehelichen Kindern und ihren Eltern"

14. Die Überschrift vor den §§ 163 bis 164 lautet:

"Feststellung der Vaterschaft"

15. § 163 lautet:

"§ 163. (1) Als Vater hat das Gericht den Mann festzustellen, der das Kind gezeugt hat. 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, es sei denn, er weist nach, dass das Kind nicht von ihm abstammt. Eine solche Feststellung ist nach Ablauf von zwei Jahren nach dem Tod des Mannes nicht mehr möglich, es sei denn das Kind weist nach, dass ihm der Beweis nach Abs. 1 aus Gründen auf Seiten des Mannes nicht gelingt.

(3) 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 eines Notariatsakts zugestimmt hat, es sei denn, er weist nach, dass das Kind nicht durch diese medizinisch unterstützte Fortpflanzung gezeugt worden ist.

(4) Ein Dritter, dessen Samen für eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung verwendet wird, kann nicht als Vater des mit seinem Samen gezeugten Kindes festgestellt werden. 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.

16. § 163b lautet:

„§ 163b. Das Kind kann die Feststellung seiner Abstammung auch beantragen, wenn die Vaterschaft eines anderen Mannes bereits feststeht. In einem solchen Fall hat die Feststellung der Abstammung die vom Gericht auszusprechende Wirkung, dass das Kind nicht vom anderen Mann abstammt.“

17. § 163c Abs. 3 lautet:

“(3) Für Zustimmungen zum Anerkenntnis gelten die Abs. 1 und 2 entsprechend.”

18. § 163d lautet:

“§ 163d. (1) Das Kind oder die Mutter, sofern sie einsichts- und urteilsfähig sowie am Leben ist, können gegen das Anerkenntnis innerhalb von zwei Jahren ab Kenntnis von dessen Rechtswirksamkeit bei Gericht Widerspruch erheben.

(2) Der Lauf der Frist ist gehemmt, solange die zum Widerspruch berechtigte Person nicht eigenberechtigt ist oder innerhalb des letzten Jahres der Frist durch ein unvorhergesehenes oder unabwendbares Ereignis am Widerspruch gehindert ist.“

19. § 163e Abs. 2 bis 4 lauten:

„(2) Ein zu einem Zeitpunkt, zu dem die Abstammung des Kindes von einem anderen Mann feststand, abgegebenes Vaterschaftsanerkenntnis wird jedoch rechtswirksam, wenn in öffentlicher oder öffentlich beglaubigter Urkunde das Kind dem Anerkenntnis zustimmt. Ist das Kind nicht eigenberechtigt, so wird das Anerkenntnis überdies nur rechtswirksam, wenn die einsichts- und urteilsfähige Mutter selbst den Anerkennenden in der genannten Form als Vater bezeichnet. Das Anerkenntnis wirkt ab dem Zeitpunkt seiner Erklärung, sofern die über diese Erklärung sowie über die Zustimmung zum Anerkenntnis und, falls erforderlich, über die Bezeichnung des Anerkennenden als Vater errichteten Urkunden oder ihre öffentlich-beglaubigten Abschriften dem Standesbeamten zukommen.

(3) Der Mann, der als Vater feststand, oder die Mutter, sofern sie einsichts- und urteilsfähig sowie am Leben ist und nicht nach Abs. 2 den Anerkennenden als Vater bezeichnet hat, kann gegen das Anerkenntnis bei Gericht Widerspruch erheben.

(4) Für die Zustimmung des minderjährigen Kindes ist der Jugendwohlfahrtsträger gesetzlicher Vertreter des Kindes.“

20. § 164 lautet:

„§ 164. (1) Das Gericht hat das Anerkenntnis für rechtsunwirksam zu erklären

1. von Amts wegen, wenn

a) das Anerkenntnis oder - im Fall des § 163e Abs. 2 - die Zustimmung des Kindes oder die Bezeichnung des Anerkennenden als Vater durch die Mutter nicht den Formvorschriften entspricht,

b) es auf Seite des Anerkennenden oder - im Fall des § 163e Abs. 2 - des Kindes oder der Mutter an der Einsichts- und Urteilsfähigkeit oder – beim Anerkennenden oder beim Kind – an der gesetzlichen Vertretung gemangelt hat, es sei denn, der Mangel der gesetzlichen Vertretung ist nachträglich behoben worden oder der Anerkennende hat nach Erreichung der Eigenberechtigung das Anerkenntnis gebilligt;

2. aufgrund eines Widerspruchs, es sei denn, der Anerkennende beweist, dass das Kind von ihm abstammt, oder - wenn das Kind durch eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung mit dem Samen eines Dritten gezeugt worden ist – dass er dem in Form eines gerichtlichen Protokolls oder Notariatsakts zugestimmt hat;

3. auf Antrag des Anerkennenden, wenn er beweist,

a) dass sein Anerkenntnis durch List, ungerechte und begründete Furcht oder Irrtum darüber veranlasst worden ist, dass das Kind von ihm abstammt oder dass an der Mutter eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung mit seinem Samen oder mit seiner Zustimmung mit dem Samen eines Dritten vorgenommen wurde, oder

b) dass das Kind nicht von ihm abstammt und er erst nachträglich von solchen Umständen Kenntnis erlangt hat, die für die Nichtabstammung des Kindes sprechen.

(2) Der Antrag nach Abs. 1 Z 3 kann längstens bis zum Ablauf von zwei Jahren nach Entdeckung der Täuschung, des Irrtums oder der genannten Umstände oder nach Wegfall der Zwangslage erhoben werden. Die Frist beginnt frühestens mit der Geburt des Kindes.“

21. §§ 164a bis 164d werden aufgehoben.

22. Die Überschrift vor den §§ 165 bis 168 wird aufgehoben.

23. § 212 Abs. 2 lautet:

"(2) Für die Festsetzung oder Durchsetzung der Unterhaltsansprüche des Kindes sowie gegebenenfalls in Abstammungsangelegenheiten ist der Jugendwohlfahrtsträger Vertreter des Kindes, wenn die schriftliche Zustimmung des sonstigen gesetzlichen Vertreters vorliegt."

24. § 213 wird folgender Satz angefügt:

„Gleiches gilt, wenn einem Minderjährigen ein Kurator zu bestellen ist.“

25. In § 214 Abs.2 werden die Worte "zu Klagen auf Feststellung der Vaterschaft und Leistung des Unterhalts sowie" aufgehoben.

26. In § 281 Abs. 1 entfällt die Wortfolge „ist sie minderjährig, der bisherige gesetzliche Vertreter“.

27. In § 283

a) wird Abs. 1 aufgehoben,

b) erhalten die bisherigen Abs. 2 und 3 die Absatzbezeichnungen „(1)“ und „(2)“,

c) lautet im neuen Abs. 1 der letzte Satz: „§ 253 ist sinngemäß anzuwenden.“,

d) entfallen im neuen Abs. 2 die Worte „im Rahmen seiner Fürsorgepflicht“.

28. Im § 730 werden Abs. 2 sowie die Absatzbezeichnung "(1)" aufgehoben.

29. § 757 Abs. 1 lautet:

„(1) Der Ehegatte des Erblassers ist neben Kindern des Erblassers und deren Nachkommen zu einem Drittel des Nachlasses, neben Eltern des Erblassers und deren Kindern oder neben Großeltern zu zwei Dritteln des Nachlasses gesetzlicher Erbe. Sind neben Großeltern Nachkommen verstorbener Großeltern vorhanden, so erhält überdies der Ehegatte von dem restlichen Drittel des Nachlasses den Teil, der nach den §§ 739 und 740 den Nachkommen der verstorbenen Großeltern zufallen würde. Gleiches gilt hinsichtlich jener Erbteile, die den Nachkommen verstorbener Geschwister zufallen würden. In den übrigen Fällen erhält der Ehegatte den ganzen Nachlass.“

Artikel II

Übergangs- und Schlussbestimmungen

§ 1. Dieses Bundesgesetz tritt, soweit im Folgenden nichts anderes bestimmt wird, am 1. Jänner 2005 in Kraft.

§ 2. Vor dem Inkrafttreten dieses Bundesgesetzes eingetretene Abstammungsverhältnisse bleiben durch das bloße Inkrafttreten dieses Bundesgesetzes unberührt.

§ 3. Vom 1. Juli 2004 bis 31. Dezember 2004 gilt hinsichtlich der Bestreitung der Ehelichkeit folgendes:

1. Das Kind oder der Ehemann der Mutter kann die Ehelichkeit des Kindes binnen Jahresfrist mit Klage bestreiten.

2. Die Frist beginnt mit dem Zeitpunkt, in dem der zur Bestreitung Berechtigte Kenntnis von Umständen erlangt, die für die Abstammung des Kindes von einem anderen Mann sprechen. Sie beginnt für den Ehemann frühestens mit der Geburt des Kindes, für das Kind frühestens mit 1. Juli 2004, sonst mit der Erlangung der Eigenberechtigung. Der Lauf der Frist ist gehemmt, solange der zur Bestreitung Berechtigte innerhalb der letzten sechs Monate der Frist nicht eigenberechtigt war

oder durch ein unvorhergesehenes oder unabwendbares Ereignis an der Bestreitung gehindert ist.

3. Die Klage kann auch von oder gegen Rechtsnachfolger erhoben werden.

4. Eine Bestreitung ist nicht zulässig, solange die Abstammung des Kindes von einem anderen Mann feststeht.

5. Wird die Klage zurückgenommen, so ist die Bestreitung als nicht erfolgt anzusehen.

6. Der Jugendwohlfahrtsträger bedarf zu Klagen in Abstammungsangelegenheiten nicht der Genehmigung des Gerichtes

7. Ist ein Kind vor Ablauf von 300 Tagen nach Scheidung, Aufhebung oder Nichtigerklärung der Ehe geboren, so ist es ehelich, wenn der frühere Ehemann der Mutter ab dem 1. Juli 2004 die Vaterschaft anerkennt.

8. § 159 Abs. 1 erster und dritter Satz und Abs. 2 werden mit Ablauf des 30. Juni 2004 aufgehoben.

9. In am 1. Juli 2004 anhängigen gerichtlichen Verfahren, sind die bisher geltenden Bestimmungen weiter anzuwenden. Gleiches gilt für die Wirkung der Entscheidung in diesen Verfahren.

§ 4. (1) Auf abstammungsrechtliche Fristen, die am Tag des In-Kraft-Tretens dieses Bundesgesetzes noch nicht abgelaufen waren, sind die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes anzuwenden.

(2) Fristen zur Geltendmachung von abstammungsrechtlichen Ansprüchen, die vor dem In-Kraft-Treten dieses Bundesgesetzes nicht bestanden haben, beginnen frühestens mit dem In-Kraft-Treten dieses Bundesgesetzes zu laufen.

§ 5. (1) Die Wirkungen eines Widerspruches gegen ein Anerkenntnis sind nach den bisherigen Bestimmungen zu beurteilen, wenn der Widerspruch vor dem Inkrafttreten dieses Bundesgesetzes bei Gericht eingelangt ist; ist der Widerspruch nach dem Inkrafttreten bei Gericht eingelangt, sind die Bestimmungen in der Fassung dieses Bundesgesetzes anzuwenden.

(2) Die Wirksamkeit eines Anerkennnisses nach § 163e ABGB ist nach den Bestimmungen in der Fassung dieses Bundesgesetzes zu beurteilen, wenn die Urkunde über die Bezeichnung des Anerkennenden als Vater dem Standesbeamten zum Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens noch nicht zugekommen ist.

§ 6. In am 1. Jänner 2005 anhängigen gerichtlichen Verfahren, sind die bisher geltenden Bestimmungen weiter anzuwenden. Gleiches gilt für die Wirkung der Entscheidung in diesen Verfahren.

§ 7. (1) § 730 Abs. 2 ABGB in der bisher geltenden Fassung ist, auch wenn der Erblasser ab dem In-Kraft-Treten dieses Bundesgesetzes gestorben ist, weiterhin anzuwenden, es sei denn die Feststellung der Abstammung wurde

1. nach den jeweiligen Bestimmungen in der Fassung dieses Bundesgesetzes,

2. durch gerichtliche Entscheidung auf Grund der bisher geltenden Bestimmungen unter Durchführung einer Abstammungsuntersuchung oder

3. durch Anerkennung der Vaterschaft
vorgenommen.

(2) Wenn der Erblasser ab dem In-Kraft-Treten dieses Bundesgesetzes gestorben ist und die Voraussetzungen des Abs. 1 lit. a bis c nicht vorliegen, so obliegt demjenigen, der sich auf sein Erbrecht beruft, der Beweis der Abstammung.

§ 8. § 757 Abs. 1 ABGB in der Fassung dieses Bundesgesetzes ist anzuwenden, wenn der Erblasser ab dem In-Kraft-Treten dieses Bundesgesetzes gestorben ist.

§ 9. Mit der Vollziehung dieses Bundesgesetzes ist der Bundesminister für Justiz betraut.

Vorblatt

Problem

a) Der Verfassungsgerichtshof hat den größten Teil des durch die (deutsche) Verordnung über die Angleichung familienrechtlicher Vorschriften vom 6.2.1943, dRGBI. I S 80/1943 in das österreichische Recht eingefügten Ehelichkeitsbestreitungsrechts aufgehoben. Die Aufhebung tritt mit Ablauf des 30.6.2004 in Kraft. Mit dem am 1.1.2005 in Kraft tretenden neuen Außerstreitgesetz, BGBl. I Nr. 111/2003, wird das gesamte Abstammungsverfahren vom Zivilprozess in das außerstreitige Verfahren überstellt; dies erfordert auch Anpassungen des materiellen Abstammungsrechts.

b) Im Recht der gesetzlichen Erbfolge muss die Abstammung zu Lebzeiten der die Verwandtschaft vermittelnden Person festgestellt sein. Dies führt – vor allem wenn die verspätete Feststellung die Folge einer Bestreitung der Abstammung ist – zu unangemessenen Härten. Weiters ist ein gesetzliches Erbrecht von Neffen und Nichten des Erblassers zu Lasten des Erbrechts des überlebenden Ehegatten nicht mehr zeitgemäß.

2. Ziel

a) Rasche Auffüllung der durch die Aufhebung entstandenen Lücken im Ehelichkeitsbestreitungsrecht,

b) Verbesserung des Systems des Abstammungsrechts zeitgleich mit dem Inkraft-Treten des neuen Außerstreitgesetzes,

c) ersatzlose Beseitigung der – vor allem Kinder diskriminierenden – erbrechtlichen Bestimmung über den Zeitpunkt der Feststellung der Abstammung und

d) Verbesserung des Erbrechts des überlebenden Ehegatten gegenüber entfernteren Verwandten der Seitenlinie.

3. Wesentlicher Inhalt

a) Verfassungskonforme Schaffung eines eigenen Rechtes auch des Kindes auf Feststellung, dass es nicht vom Ehemann seiner Mutter abstammt, und Beseitigung der Klage- und Antragsbefugnisse des Staatsanwalts auf Ehelichkeitsbestreitung ab 1.7.2004.

b) Beseitigung des unbedingten Erfordernisses der Klage auf Feststellung der Ehelichkeit vor allem für kurz nach Scheidung der Eltern geborene Kinder durch eine Möglichkeit der Vaterschaftsanerkennung ab 1.7.2004.

c) Gesamtverbesserung des Systems des Abstammungsrechts mit systemkonformer Fortentwicklung bewährter Rechtsinstitute, insbesondere der Anerkennung der Vaterschaft, und Schaffung einer ausgewogenen Abgrenzung zwischen dem Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung und dem Schutz der intakten Familie.

d) Neuregelung der Geschäftsfähigkeit nicht Eigenberechtigter in Fragen ihrer Abstammung und der Abstammung von ihnen.

e) Erweiterung des Handlungsspielraums der Mutter als gesetzliche Vertreterin in Abstammungsfragen ihres Kindes.

f) Klarstellung der Aufgaben des Jugendwohlfahrtsträgers als Kollisionskurator.

g) Beseitigung aller Befugnisse des Staatsanwaltes im Abstammungsrecht.

h) Neuregelung des Zusammenhangs zwischen Feststellung der Abstammung und Erbrecht.

i) Beseitigung des gesetzlichen Erbrechts von Neffen und Nichten des Erblassers zu Gunsten des überlebenden Ehegatten.

4. Alternativen

Für den Ersatz der durch den Verfassungsgerichtshof aufgehobenen Regelungen über die Bestreitung der Ehelichkeit ab 1.7.2004 besteht keine Alternative.

5. Kosten

Das Gesetzesvorhaben ist mit keinem nennenswerten Mehraufwand für den Bundeshaushalt verbunden. Die Beseitigung der Mitwirkungsbefugnisse des Staatsanwalts im Abstammungsverfahren führt zu gewissen – freilich äußerst geringfügigen - Einsparungen.

6. EU-Konformität

Der Gesetzesentwurf berührt gemeinschaftsrechtliche Vorschriften nicht. Im Bereich des Abstammungsrechts, des Rechts der Geschäftsfähigkeit in Abstammungsangelegenheiten sowie des Erbrechts gibt es keine EU-Normen.

Erläuterungen

Allgemeiner Teil

1. Vorgeschichte

Das österreichische Abstammungsrecht entstammt verschiedenen historischen Rechtsschichten: Das Abstammungsrecht der Stammfassung des ABGB aus dem Jahre 1811 wurde durch die III. Teilnovelle überarbeitet. Eine weitere – viel tiefgreifendere – Reform erfuhr das Abstammungsrecht durch die – auf Gesetzesstufe stehende – reichsdeutsche Verordnung über die Angleichung familienrechtlicher Vorschriften vom 6.2.1943, dRGBI. I S 80/1943. Ohne diese Rechtsvorschrift überbewerten zu wollen, sei doch betont, dass sie das noch heute – bis zum Inkrafttreten des neuen Außerstreitgesetzes am 1.1.2005 - geltende Verfahrensrecht in Abstammungssachen, insbesondere die rechtlichen Grundlagen für die – auch zwangsweise – Gewinnung von Blutproben, enthält (s in diesem Zusammenhang das Erkenntnis der Europäischen Kommission für Menschenrechte 13.12.1978, 8278/78, EvBl 1980/161). Das mit der III. Teilnovelle eingeführte – wenn auch eingeschränkte - eigene Recht des Kindes auf Bestreitung seiner Ehelichkeit wurde in der erwähnten Verordnung durch ein im öffentlichen Interesse oder im Interesse des Kindes wahrzunehmendes Bestreitungsrecht des Staatsanwalts – und zwar völlig – ersetzt. Das Fehlen eines eigenen Bestreitungsrechts des Kindes führte letztlich zur Aufhebung der maßgeblichen §§ 156 ff ABGB durch den Verfassungsgerichtshof (Erkenntnis des VfGH vom 28.6.2003, G 78/00-13, BGBl I Nr. 85/2003).

Durch das Bundesgesetz über die Rechtstellung des unehelichen Kindes (UeKindG), BGBl. Nr. 342/1970, wurden unter anderem die Regelungen über die allgemein verbindliche Feststellung der Vaterschaft zu einem unehelichen Kind durch Urteil oder Anerkenntnis in den Rechtsbestand eingefügt und mit der Einräumung eines Klagerechts des Staatsanwalts im öffentlichen oder im Interesse des Kindes gegen den mutmaßlichen Vater eine Möglichkeit geschaffen, unrichtige Vaterschaftsanerkenntnisse zu korrigieren.

In weiterer Folge wurde das Abstammungsrecht durch das Bundesgesetz über die Neuordnung des Kindschaftsrechts, BGBl. Nr. 403/1977 idF Kdm. 168/1979, und durch das Kindschaftsrecht-Änderungsgesetz 1989 (KindRÄG 1989), BGBl. Nr. 162, insbesondere durch formale Erleichterungen auf dem Gebiet der Vaterschaftsanerkennung, geändert.

Bereits vor dem KindRÄG 1989 hatte sich herausgestellt, dass die Bestimmungen des Abstammungsrechts, die das Vorgehen des Staatsanwalts „im öffentlichen Interesse“ regeln, in einem demokratischen Rechtsstaat auf Vollzugsschwierigkeiten stoßen, vor allem, wenn das – meist von Seiten des als rechtlicher Vater geltenden Mannes, dessen Anfechtungsrechte verfristet waren – geforderte Vorgehen im öffentlichen Interesse den deutlich zu Tage tretenden Interessen des Kindes zuwiderlief, deren Wahrnehmung ja auch dem Staatsanwalt übertragen war. Insbesondere bestehen auch höchste Bedenken dagegen, dass die Worte „im öffentlichen Interesse“ vor dem Hintergrund ihrer tradierten Auslegung (Deutsche Justiz 1938, 619ff) die Prüfungsschwelle des § 1 Abs. 1 Rechts-Überleitungsgesetz 1945, StGBI 1945/6, passiert haben. Man kann auch davon ausgehen, dass die Worte „im öffentlichen Interesse“ in die im Rahmen des UeKindG 1971 geschaffenen Rechtsvorschriften (s § 164c Z 3 ABGB) in bloßer Angleichungsabsicht und ohne nähere Prüfung des Rechtsbestandes des § 159 ABGB übernommen wurden. In der Folge gingen daher die Staatsanwaltschaften in Übereinstimmung mit der Rechtsauffassung des Bundesministeriums für Justiz dazu über, sich bei ihren Klagsführungen in Abstammungssachen ausschließlich vom Interesse des Kindes leiten zu lassen. Ob diese Vorgangsweise richtig oder falsch war, lässt sich in Ermangelung diesbezüglicher höchstgerichtlicher Entscheidungen vor dem Hintergrund der nunmehrigen Aufhebung dieser Gesetzesstelle nicht mehr sagen. Aus den vom Bundesministerium für Justiz behandelten Beschwerden und Interventionen zeigte sich bloß, dass es in den letzten zwei Jahrzehnten keinen einzigen Vorgang gab, in dem seitens eines Kindes oder aus dessen Umgebung eine Klage des Staatsanwalts gefordert wurde, was dafür spricht, dass die Staatsanwaltschaften die an sie von Seiten des Kindes herangetragenen Anregungen nach Möglichkeit aufgegriffen haben. Vorwürfe gegen das Vorgehen

der Staatsanwaltschaften wurden nur von jenen Männern, die rechtlich als Vater galten und die ihnen offenstehenden Möglichkeiten einer Anfechtung ihrer Vaterschaft ungenützt verstreichen ließen, - vor diesem Hintergrund ungerechtfertigt - erhoben.

Eine weitere Fortentwicklung des Abstammungsrechts brachte das Kindschaftsrechts-Änderungsgesetz 2001 (KindRÄG 2001), BGBl I Nr. 135/2000: Es zeigte sich immer mehr, dass nach Ehescheidungen geborene Kinder in Widerspruch zur biologischen Tatsachenlage rechtlich dem früheren Ehemann der Mutter zugeordnet wurden. Hierauf reagierte der Gesetzgeber in zweierlei Richtung: Einerseits wurde die sogenannte „Vermutung der Ehelichkeit“ dahin geändert, dass in einer Frist von 300 Tagen nach Auflösung der Ehe geborene Kinder nur noch dann dem früheren Ehemann zugeordnet wurden, wenn die Ehe durch dessen Tod geendet hatte. Für die Vielzahl von nach einer Scheidung geborenen Kinder zog der Gesetzgeber aufgrund der Erfahrungen insbesondere der Personenstandsbehörden den Schluss, dass diese grundsätzlich einem anderen Mann als dem früheren Ehemann der Mutter zugeordnet werden sollten. Für Kinder, die dennoch den früheren Ehemann der Mutter zum Vater haben, sieht das geltende Recht eine Klage des Kindes auf Feststellung der Ehelichkeit gegen den früheren Ehemann vor (§ 155 zweiter Satz ABGB). Des weiteren hat das KindRÄG 2001 die Möglichkeit eines bestehende Vaterschaft „durchbrechenden“ Vaterschaftsanerkennnisses geschaffen, das zum Schutz des Kindes an die Voraussetzungen seiner Zustimmung sowie der Bezeichnung des Anerkennenden als Vater durch die Mutter geknüpft ist. Beide Änderungen des Abstammungsrechts sind in der Praxis offenbar auf keine Probleme gestoßen und haben sich bewährt. Als Mangel hat sich freilich herausgestellt, dass für die vom Ehemann gezeugten und nach der Scheidung geborenen Kinder in unstreitigen Fällen ein einfacherer Weg als das gerichtliche Verfahren zur Feststellung der ehelichen Abstammung fehlt.

2. Die Aufhebung des Ehelichkeitsbestreitungsrechts durch den Verfassungsgerichtshof

Der Verfassungsgerichtshof hat mit seinem Erkenntnis vom 28.6.2003, G 78/00, FamRZ 2003, 1915, die §§ 156,157,158 und 159 Abs.1 zweiter Satz ABGB wegen Verfassungswidrigkeit aufgehoben und seine Entscheidung im Wesentlichen damit begründet, dass die genannten Bestimmungen gegen das verfassungsgesetzlich gewährleistete Recht auf Achtung des Familienlebens nach Art 8 EMRK verstoßen, da sie dem Kind als Hauptbetroffenen aus dem Statusverhältnis nicht die rechtliche Möglichkeit einräumen, seine Abstammung vom Ehemann der Mutter zu bestreiten. Zur Frage, ob auch der Mutter ein Anfechtungsrecht zustehen solle, hat sich der Verfassungsgerichtshof, obwohl gerade dies den Gegenstand des Anlassfalles bildete, nicht geäußert. Zur Schaffung eines Anfechtungsrechts des leiblichen Vaters hat der Verfassungsgerichtshof ausgeführt, dass die Rechtsauffassung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, wonach die „Achtung des Familienlebens“ verlange, dass die biologische und gesellschaftliche Realität Vorrang vor der Rechtsvermutung hätte, nicht so zu verstehen sei, dass ein faktisch bestehendes Familienband zwischen dem Kind, seiner Mutter und deren Ehemann (der rechtlich als Vater des Kindes gilt) insofern einen geringeren Schutz nach Art 8 EMRK genieße, dass es der Staat generell zulassen dürfte oder gar müsste, dass sich ein Mann, der sich für den leiblichen Vater des Kindes hält, in bestimmter rechtlicher Form (z.B. durch Führung eines Abstammungsprozesses) in diese Familie (gegen den Willen aller übrigen Beteiligten und daher zum Nachteil dieser bestehenden Familiengemeinschaft) hineindränge. Gerade das Wohl des Kindes könne nämlich einen Eingriff in das Grundrecht im Sinne des Art 8 Abs. 2 EMRK rechtfertigen und es auch erfordern, dass unter bestimmten Voraussetzungen der Zugang zu einem solchen Verfahren nicht allen in Betracht kommenden Personen offen stehe. Der Verfassungsgerichtshof hat ausgesprochen, dass die Aufhebung mit Ablauf des 30.6.2004 in Kraft tritt.

3. Zeit zur Reform

Bereits während der Arbeiten am KindRÄG 2001 wurde klar, dass das österreichische Kindschaftsrecht noch Änderungen in verschiedener Richtung

erfordert. So wurde ein Reformbedarf auf dem Gebiet des Abstammungsrechts ausgemacht, der insbesondere eine praxisnähere Regelung hinsichtlich der Abstammung von nach Ende der Ehe durch Scheidung geborenen Kindern sowie die Frage betraf, ob die Mitwirkung des Staatsanwalts im Verfahren über die höchst privaten Fragen der Abstammung noch zeitgemäß ist. Als weiterer wichtiger Bestandteil einer kommenden Reform wurde auch die allgemeine Regelung der Geschäftsfähigkeit Minderjähriger und sonst in ihrer Handlungsfähigkeit beschränkter Personen in Abstammungsangelegenheiten empfunden. Das geltende Recht regelt nämlich diese Frage für die verschiedenen Fallkonstellationen in unterschiedlicher Weise, ohne dass sich dies ohne weiteres sachlich rechtfertigen lässt. Auch die Rolle der Mutter im Rahmen der Feststellung oder Bestreitung der Vaterschaft schien reformbedürftig. Denn sieht man von ihren Widerspruchsmöglichkeiten gegen ein Vaterschaftsanerkennntnis ab, so kann sich die Mutter nach geltendem Recht nur beschränkt an der Festlegung oder Bestreitung der Abstammung ihres Kindes beteiligen. Ihr kommt nur die Möglichkeit zu, einem Ehelichkeitsbestreitungsprozess auf Seiten des beklagten Kindes und in einem Vaterschaftsfeststellungsprozess auf Seiten des klagenden Kindes als Nebenintervenientin beizutreten. Auf der anderen Seite ist die Rolle der Mutter im geltenden Recht mitunter auch nicht sachlich konsequent geregelt: So ist ihr Recht auf Widerspruch zu einem Anerkenntnis der Vaterschaft als ihr subjektives Recht ausgebildet, was sich daraus ergibt, dass der Widerspruch der beschränkt geschäftsfähigen Mutter der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters bedarf. Ist sie jedoch nicht einmal beschränkt geschäftsfähig, so kann ihr gesetzlicher Vertreter Widerspruch erheben. Die Beiträge, die eine Mutter zur Frage der Richtigkeit eines Vaterschaftsanerkennntnisses liefern kann, sind freilich höchstpersönlicher Art und der gesetzlichen Vertretung unzugänglich: In der Regel wird der gesetzliche Vertreter einer Mutter keine sachdienlichen Informationen über die intimen Verhältnisse der Vertretenen beitragen können. In dieser Beziehung hat bereits der § 82 Abs. 2 AußStrG, BGBl. I 2003 Nr. 111, eine Verbesserung gebracht; diese Bestimmung schränkt die Parteistellung der Mutter bei der Feststellung, Änderung

oder Aufhebung der Vaterschaft dahin ein, dass sie „einsichts- und urteilsfähig sowie am Leben“ zu sein hat.

Zur Feststellung des Reformbedarfs und zur Erörterung der Lösungsmöglichkeiten hat das Bundesministerium für Justiz eine kleine Arbeitsgruppe, bestehend aus Vertretern der Wissenschaft sowie der am Abstammungsrecht besonders interessierten Berufsgruppen der Richter, Amtsvormünder und Standesbeamten zu Gesprächen eingeladen. Die Ergebnisse dieser Gespräche wurden in dem nun vorliegenden Entwurf weitgehend berücksichtigt.

Die Reform soll in zwei Schritten durchgeführt werden. Zum 1.7.2004 soll der dringendste Reformbedarf durch Ersetzung der vom Verfassungsgerichtshof aufgehobenen Regelungen über die Ehelichkeitsbestreitung durch Ehemann oder Staatsanwalt durch eine Klagebefugnis des Kindes und des Ehemanns der Mutter befriedigt werden. Auch die Möglichkeit, ein bis zu 300 Tagen nach Scheidung, Aufhebung oder Nichtigerklärung geborenes – uneheliches – Kind im Weg einer Vaterschaftsanerkennung zum ehelichen Kind zu machen, soll bereits ab 1.7.2004 zur Verfügung stehen, um in unstreitigen Fällen Prozesse im Familienkreis zu vermeiden. Die übrigen Regelungen des Gesetzesvorschlags sollen zeitgleich mit dem neuen Außerstreitgesetz, BGBl. I Nr. 111/2003, am 1.1.2005 in Kraft treten, zumal mit diesem Reformschritt die völlige Überstellung des Abstammungsverfahrens aus dem Zivilprozess in das außerstreitige Verfahren vorgenommen wird und damit Verfahrensrecht und materielle Bestimmungen aufeinander abgestimmt werden müssen.

4. Wesentlicher Inhalt

a) Eigenes Klagerecht auch des Kindes und Beseitigung der Klagebefugnisse des Staatsanwalts auf Ehelichkeitsbestreitung

Im Hinblick auf die mit Ablauf des 30.6.2004 wirksam werdende Beseitigung der Ehelichkeitsbestreitung durch Klage nur des Ehemanns oder des Staatsanwalts ist es unbedingt nötig, eine Ersatzregelung zu schaffen, wobei auf das In-Kraft-Treten des neuen Außerstreitgesetzes, BGBl. I Nr. 111/2003, mit 1.1.2005 Bedacht

zu nehmen ist, weil damit das Abstammungsverfahren in das außerstreitige Verfahren überstellt wird. Das legislative Problem ließe sich damit lösen, dass neu zu schaffende materielle Regelungen über die Ehelichkeitsbestreitung ab 1.7.2004 im außerstreitigen Verfahren angewandt werden, wobei die Wahl zwischen dem alten Außerstreitgesetz, das bereits jetzt für Anträge des Staatsanwalts auf Bestreitung der Ehelichkeit nach dem Tod des Kindes angewandt wird, oder einem vorverlegten In-Kraft-Treten des neuen Abstammungsverfahrensrechts samt den entsprechenden Regelungen des allgemeinen Teiles des neuen Außerstreitgesetzes bestünde. Diese Varianten haben allerdings den Nachteil, dass Regelungen des Verfahrensrechts zur Vorbereitung eines sicheren Vollzuges eine längere Legisvakanz erfordern würden, als für das vorliegende Legislativprojekt zur Verfügung steht. Die zweckmäßigere Lösung besteht darin, in das alte – aufgehobene – Ehelichkeitsbestreitungsrecht ab 1.7.2004 das vom Verfassungsgerichtshof vermisste Klagerecht des Kindes einzufügen und diese möglichst an das geltende Recht angenäherten Regelungen – als Übergangsrecht – bis zum In-Kraft-Treten des neuen Außerstreitgesetzes in Geltung zu setzen (Art. II § 3 des Entwurfes). Gleichzeitig sollen aber auch die Klage- und Antragsrechte des Staatsanwalts in Ehelichkeitsbestreitungssachen beseitigt werden.

b) Anerkennung der Ehelichkeit

Bis zum In-Kraft-Treten des KindRÄG 2001 am 1.7.2001 galten alle Kinder, die innerhalb von 302 Tagen nach Auflösung einer Ehe geboren wurden, als ehelich. Diese – sich auch auf die Eheauflösung durch Scheidung beziehende - Regelung erwies sich auf Grund der gesellschaftlichen Veränderungen als überschießend und führte dazu, dass annähernd doppelt so viele Ehelichkeitsbestreitungsprozesse bei den Gerichten geführt wurden als Verfahren zur Feststellung der Vaterschaft zu einem unehelichen Kind. Nunmehr sind Kinder, die – auch innerhalb von 300 Tagen - nach Scheidung, Aufhebung oder Nichtigerklärung der Ehe ihrer Eltern geboren wurden, unehelich – und damit vaterlos. Die Vaterschaft eines anderen Mannes als des früheren Ehemannes wird entweder durch Anerkennung oder gerichtliche Feststellung der Vaterschaft zu einem unehelichen Kind begründet. Für den Fall,

dass das Kind doch während der Ehe vom Ehemann gezeugt worden ist, sieht das geltende Recht eine gerichtliche Feststellungsentscheidung – aufgrund einer Klage des Kindes gegen den früheren Ehemann der Mutter – vor. Die Erfahrungen mit dieser Regelung haben gezeigt, dass es sich dabei um einen aufwändigen und unbequemen Weg handelt. Vereinzelt behalf man sich in der Praxis damit, dass der frühere Ehemann der Mutter die Vaterschaft zu seinem nach Scheidung der Ehe geborenen Kind anerkannt hat, was freilich nicht dazu führte, dass ein Verhältnis wie zwischen einem ehelichen Kind und dessen Eltern hergestellt wurde. Dies wirkt sich vor allem im Namensrecht (insbesondere wenn die Mutter nach der Ehescheidung ihren Namen gewechselt hatte) und im Bereich der Obsorge beider Eltern aus. Abgesehen von der Schaffung einer gerichtlichen Feststellungsentscheidung – die ja ab 1.1.2005 im außerstreitigen Verfahren ergehen kann – soll daher künftig für Kinder, die spätestens 300 Tage nach der Scheidung geboren werden, bereits ab 1.7.2004 die vereinfachte Möglichkeit eines Vaterschaftsanerkennnisses bestehen, das auch zur Rechtsstellung eines ehelichen Kindes führt.

c) Verfassungskonforme Neuregelung der Feststellung der Nichtabstammung durch Schaffung eigener Antragsrechte des Kindes

Durch die familienrechtliche Angleichungsverordnung vom 6.2.1943, dRGBI. I S 80/1943 idF BGBl. I Nr. 111/2003, wurde das in Österreich bis dahin bestehende, wenngleich eingeschränkte Recht des Kindes, seine Ehelichkeit zu bestreiten, gänzlich beseitigt und durch ein Bestreitungsrecht des Staatsanwalts „im öffentlichen oder im Interesse des Kindes“ ersetzt. Diese Regelung wurde – wie bereits dargestellt – vom Verfassungsgerichtshof mit der Begründung aufgehoben, dass dem Kind ein eigenes Bestreitungsrecht zustehen müsse. Zur Frage, ob auch der Mutter oder gar dem natürlichen Vater ein eigenes Anfechtungsrecht zustehen müsse, hat sich der Verfassungsgerichtshof nicht geäußert.

Der Entwurf geht nunmehr den Weg, das er dem als Vater geltenden Ehemann oder früheren Ehemann oder dem Kind das Recht zugesteht, die Feststellung zu beantragen, dass das Kind nicht vom Ehemann abstammt. Sieht man von der vorgesehenen Möglichkeit ab, dass die Mutter eines minderjährigen

Kindes als dessen gesetzliche Vertreterin die Feststellung der Nichtabstammung ihres Kindes vom Ehemann begehrt, so gewährt ihr der vorliegende Entwurf kein eigenes Recht, eine solche Feststellung zu verlangen. Dem liegt die Erwägung zugrunde, dass das Statusverhältnis zwischen zwei Personen in rechtlicher Hinsicht eine Angelegenheit ist, die grundsätzlich und primär nur diese zwei Personen rechtlich betrifft. Dies wird deutlich, wenn man sich das Verhältnis eines Vaters zu seinem erwachsenen Kind vor Augen hält. Es würde wenig akzeptiert werden, wenn man der Mutter ohne Rücksicht auf die Haltung des erwachsenen Kindes das Recht einräumte, sich in dieses Verhältnis durch einen Antrag auf Feststellung der Nichtabstammung gleichsam einzumengen. Selbstverständlich kann aber der Mutter ein Interesse daran, wer Vater ihres Kindes ist, nicht abgesprochen werden. Dem trägt das am 1.1.2005 in Kraft tretende neue Außerstreitgesetz, BGBl I Nr. 111/2003, im § 82 Abs. 2 dadurch Rechnung, dass es der Mutter, sofern sie einsichts- und urteilsfähig sowie am Leben ist, die Möglichkeit einräumt, sich am Abstammungsverfahren ihres Kindes als Partei zu beteiligen. Dem in jüngerer Zeit immer häufiger diskutierten Problem, ob auch der wahre Vater die Möglichkeit erhalten solle, die Feststellung zu erwirken, dass das Kind nicht vom Ehemann der Mutter sondern von ihm abstamme (s etwa *Wellenhofer-Klein*, FamRZ 2003, 1889ff), trägt bereits das geltende Recht im Rahmen des „durchbrechenden“ Vaterschaftsanerkennnisses Rechnung (§ 163e Abs. 2 ABGB). Die durch den vorliegenden Entwurf vorgeschlagenen Änderungen dieses Rechtsinstituts zielen darauf ab, dem derzeitigen Diskussionsstand zu dieser Frage gerecht zu werden (s die Erläuterungen zu den Änderungen des § 163e ABGB).

Neu geregelt werden im Zusammenhang mit der Bestreitung der Ehelichkeit auch das Ruhen des Rechts auf Feststellung der Nichtabstammung sowie der Lauf der diesbezüglichen Fristen. Anders als im geltenden Recht soll kein Anspruch auf Feststellung bestehen, dass das Kind nicht vom Ehemann abstammt, solange – etwa durch ein wirksames „durchbrechendes“ Vaterschaftsanerkennnis – der Anerkennende als Vater des Kindes festgestellt ist. Einer gleichsam vorsorglichen Ehelichkeitsbestreitung – samt diesbezüglichem Verfahrensaufwand – wird es daher im neuen Recht nicht bedürfen.

Verlängert wurde die Frist für den Antrag auf Feststellung, dass das Kind nicht vom Ehemann abstammt. Nach dem geltenden Ehelichkeitsbestreitungsrecht beträgt diese Frist ein Jahr. Die Erfahrungen zeigen, dass die Frist vielfach zu kurz ist und dazu führt, dass eine Bestreitung der Ehelichkeit unterbleibt. Der Entwurf schlägt daher eine Verlängerung auf zwei Jahre vor, wobei die Frist insbesondere solange nicht läuft, als die antragsberechtigte Person nicht eigenberechtigt, also minderjährig ist oder - mit welchem Wirkungskreis auch immer – einen Sachwalter hat. Das Recht des Mannes, die Abstammung des Kindes von ihm zu bestreiten, soll allerdings nach 30 Jahren absolut verfristet sein. Für das Kind besteht eine derartige Einschränkung nicht. Der Vollständigkeit halber sei auch erwähnt, dass dem Kind – nach dem vorgeschlagenen § 163b ABGB - die Möglichkeit offen steht, ungeachtet einer aus welchem Grund immer festgestellten Vaterschaft die Feststellung zu betreiben, dass ein anderer Mann sein Vater ist. Ein solcher in einem gerichtlichen Verfahren vorzunehmender „Vätertausch“ soll dem Kind zeitlich unbeschränkt offen stehen.

d) Gesamtverbesserung des Systems des Abstammungsrechts mit systemkonformer Fortentwicklung bewährter Rechtsinstitute

aa) Regelung der allgemein verbindlichen Wirkung abstammungsrechtlicher Vorgänge

So wie schon im geltenden Unehelichenrecht (§ 163b zweiter Satz ABGB) wird nunmehr klargestellt, dass die Feststellung der Abstammung, die Änderung der Abstammung und die Feststellung der Nichtabstammung allgemein verbindliche Wirkung haben (§ 138a Abs. 1 ABGB). Dies bedeutet natürlich nicht, dass die Anwendung der im Gesetz vorgesehenen abstammungsrechtlichen Rechtsinstitute, die auf eine Änderung der Abstammung oder auf eine Feststellung der Nichtabstammung hinauslaufen, durch die allgemein verbindliche Wirkung vorher eingetretener abstammungsrechtlicher Feststellungen gehindert wird.

bb) Klare Regelungen über die Abstammung eines Kindes

Das geltende Recht drückt nicht positiv aus, wer Vater eines Kindes ist. § 138 ABGB, der für die Beantwortung der Frage, wer Vater eines in der Ehe geborenen Kindes ist, maßgeblich ist, regelt nach seinem Wortlaut nur, dass von Kindern, die während der Ehe oder spätestens 300 Tage nach der Beendigung der Ehe durch Tod des Ehemanns geboren werden, „vermutet“ wird, dass sie ehelich sind. Eine klare Zuordnung, dass Vater dieser Kinder der Ehemann „ist“, trifft der Gesetzeswortlaut nicht. Nach § 163 ABGB wird vom Mann, der der Mutter innerhalb von 180 und 300 Tagen vor Geburt des Kindes beigewohnt hat, „vermutet“, dass er das Kind gezeugt hat, wobei dem Mann zwei Beweismöglichkeiten zur Entkräftung der Vermutung eingeräumt werden. Während die Vermutung der Ehelichkeit des § 138 ABGB keine tatsächliche Vermutung im Rechtssinn, sondern eine klare Statusaussage dahin ist, dass Vater eines Kindes, das die Kriterien der Gesetzesstelle erfüllt, der Ehemann der Mutter ist, enthält § 163 ABGB mit seiner Zeugungsvermutung bloß eine Beweislastregelung für das gerichtliche Verfahren zur Feststellung der Vaterschaft zu einem unehelichen Kind. Beide Gesetzesstellen verwenden auch nicht das Wort Vater.

In einer Zeit, in der die Abstammungsfeststellung mit molekularbiologischen Methoden mit bisher nie da gewesener Genauigkeit möglich ist, kann auch im Gesetz zur Frage, wer Vater eines Kindes ist, eine klare Aussage getroffen werden. Im vorliegenden Entwurf wird daher im § 138 ABGB, der in die wenigen, für ein allgemeines Kindschaftsrecht vorgesehenen Paragraphen eingegliedert ist, die zentrale Frage beantwortet, wer Vater eines Kindes ist.

cc) Erleichterung der Feststellung der Ehelichkeit nach Scheidung geborener Kinder

Diese Feststellung soll dazu führen, dass das Kind den Status eines ehelichen Kindes erhält und, da das Kind ja bis dahin als unehelich gegolten hat, grundsätzlich die Rechtsfolgen auslösen, die für den Fall der Legitimation der vor der Ehe geborenen Kinder vorgesehen sind. Für die Obsorge werden praxisnahe Regelungen geschaffen. Grundsätzlich entsteht Alleinobsorge der Mutter, doch

können die Eltern auch die für Obsorge beider Eltern nach Scheidung zur Verfügung stehenden Möglichkeiten nutzen (§ 138c ABGB).

dd) Abstammung und Rechtsnachfolge

Nach dem Entwurf sollen die Instrumente des Abstammungsrechts – so wie jetzt schon im geltenden Recht hinsichtlich der Feststellung der Abstammung eines unehelichen Kindes – allgemein auch für und gegen Rechtsnachfolger verstorbener Personen offen stehen. Dies wird in § 138a Abs. 2 ABGB ausdrücklich gesagt.

ee) Verbesserte Wahrnehmung der Rechte des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung und erhöhte Rechtssicherheit für den an der Feststellung seiner Vaterschaft Interessierten

Das österreichische System des Abstammungsrechts geht vom Prinzip der sozialen Abstammung aus: Wird ein Kind in der Ehe geboren, so gilt der Ehemann als Vater; anerkennt ein Mann seine Vaterschaft zu einem unehelichen Kind, so wird er hiedurch Vater. In beiden Fällen gibt es keine staatliche Kontrolle der Richtigkeit, sondern bleibt es vielmehr der Privatinitiative der betroffenen Personen überlassen, eine Änderung unrichtiger Abstammungsverhältnisse herbeizuführen. Dieser Grundsatz soll durch den Entwurf nicht aufgegeben werden. Allerdings darf nicht verkannt werden, dass durch wiederholtes Eingehen von Lebensgemeinschaften oder Ehen („Lebensabschnittspartnerschaften“) die rechtlichen Regelungen, die naturgemäß darauf abstellen, in einer möglichst hohen Anzahl von Fällen ex lege ein befriedigendes Ergebnis herbeizuführen, bei bestimmten Fallkonstellationen zu unrichtigen Ergebnissen führen. Für solche Fälle hat die Rechtsordnung möglichst friktionsfrei arbeitende Rechtsinstrumente zur Verfügung zu stellen, die eine Richtigstellung der rechtlichen Vaterschaft ermöglichen (s insbesondere den „Vätertausch“ [Stabentheiner in Rummel³, ErgBd § 163 e Rz 1 und 2]).

Mit dem durch das Kindschaftsrechts-Änderungsgesetz 2001 eingeführten „durchbrechenden Vaterschaftsanerkennnis“ nach § 163e Abs. 2 ABGB wurde ein Schritt zu einer solchen Erleichterung gemacht, der nach den Wahrnehmungen des Bundesministeriums für Justiz von der Praxis mit Zufriedenheit aufgenommen

wurde. Der nunmehr zu setzende Reformschritt soll – wie noch später auszuführen sein wird – auch der Fortentwicklung dieses Rechtsinstituts dienen. Allerdings kann nicht übersehen werden, dass die Rechtseinrichtung der Vaterschaftsanerkennung nicht zu einer Feststellung der genetischen, sondern wieder nur zur Feststellung einer sozialen Vaterschaft führt. Steht nach dem geltenden Recht weder durch das Zutreffen der Ehelichkeitsvermutung noch durch eine Feststellung der Vaterschaft zu einem unehelichen Kind in einem Abstammungsprozess die Vaterschaft fest, so gibt es für einen Mann, der die Feststellung seiner Vaterschaft anstrebt, nur die Möglichkeit einer Vaterschaftsanerkennung. Erst wenn seitens der Mutter oder des Kindes gegen das Vaterschaftsanerkennntnis fristgerecht Widerspruch erhoben und das Vaterschaftsanerkennntnis aufgrund dieses Widerspruchs – ohne weiteres Ermittlungsverfahren – für rechtsunwirksam erklärt wird, kann der betroffene Mann seine Vaterschaft mit Klage gegen das uneheliche, vaterlose Kind gerichtlich durchsetzen. Dieser Vorgang ist für einen um die Feststellung seiner Vaterschaft bemühten Mann mit dem Risiko belastet, in Ermangelung eines Widerspruchs, der in der Tat überaus selten stattfindet, rechtlich Vater eines Kindes zu werden, das genetisch nicht das seine ist. Für das Kind führt dieser Zustand zwar dazu, dass ein „Zahlvater“ gefunden wird, eine durch ein gerichtliches Verfahren gewährleistete Sicherheit der Feststellung des richtigen Vaters besteht dabei freilich nicht. Dieses den um die Feststellung seiner Vaterschaft bemühten Mann und das betroffene Kind gleichermaßen berührende Problem kann nur durch die Eröffnung eines – fakultativen – zweiten Weges zur Feststellung der Vaterschaft, der über ein gerichtliches Verfahren führt, gelöst werden.

Zu diesem Zweck bedarf es zunächst einer Regelung, die sicherstellt, dass ein gegen ein Vaterschaftsanerkennntnis erhobener Widerspruch nicht zur Zerstörung eines Vaterschaftsanerkennntnisses führt, welches zutreffend war. Der Entwurf übernimmt daher für den Mann, der sich um die Feststellung seiner Vaterschaft bemüht, die schon bisher bestehende Möglichkeit, im Verfahren über einen vom Kind oder von der Mutter sowie – und das ist neu - im Fall eines „durchbrechenden Anerkennntnisses“ auch vom bisherigen rechtlichen Vater erhobenen Widerspruch den Beweis anzutreten, dass das Kind von ihm abstammt oder durch eine auf seiner

förmlichen Zustimmung beruhende heterologe Insemination gezeugt wurde. In einem solchen Fall führt der Widerspruch nicht zur Rechtsunwirksamklärung des Vaterschaftsanerkenntnisses.

Für denjenigen, dem die Anerkennung der Vaterschaft zu einem Kind zu riskant scheint, soll nun aber auch die Möglichkeit eröffnet werden, in einem geordneten gerichtlichen Verfahren den Beweis seiner genetischen Vaterschaft zu liefern. Anders als im geltenden Recht wird daher ein Weg dahin eröffnet, dass hinsichtlich eines Kindes, zu dem die Vaterschaft noch nicht feststeht, auf Antrag eines Mannes ein gerichtliches Verfahren zur Feststellung der Vaterschaft des Antragstellers geführt werden kann. Diese Rechtseinrichtung ist zwar tendenziell geeignet, eine Erhöhung gerichtlicher Vaterschaftsverfahren sowie eine Senkung der in Österreich traditionell überaus hohen Anerkennungsquote zu bewirken, doch wird – wenn die Beteiligten hierfür einen Bedarf empfinden – eine in zeitlicher Nähe zur Geburt des Kindes liegende eindeutige Klärung der Abstammung geeignet sein, das künftige Verhältnis zwischen Mutter und Vater reibungsfreier zu gestalten und so wieder zu einer Verringerung des Aufwandes für gerichtliche Verfahren im Zusammenhang mit Obsorge, Besuchsrecht und Unterhalt beizutragen. Darüber hinaus dient ein derartiges Rechtsinstitut auch den Interessen des Kindes, weil dadurch sichergestellt ist, dass tatsächlich der genetische Vater als Vater im Rechtssinne festgestellt wird.

In ähnlicher Richtung wirkt auch die Neugestaltung des Antragsrechts des Kindes auf Feststellung seiner Abstammung von einem Mann. Hier soll die im geltenden Recht bereits vorhandene Regel, dass der Mann, der der Mutter innerhalb der kritischen Zeit beigewohnt hat, als Vater festgestellt wird, sofern ihm nicht der Beweis seiner Nichtvaterschaft gelingt, grundsätzlich beibehalten werden, aber bloß als hilfsweiser Weg, etwa dann, wenn sich der mutmaßliche Vater durch „Untertauchen“ oder Flucht der Feststellung seiner Vaterschaft zu entziehen sucht. Primär soll der Anspruch des Kindes bestehen, dass der Mann als Vater festgestellt werde, der es gezeugt hat. Die modernen molekularbiologischen Methoden lassen zwar noch immer nicht zu, den Beweis der Abstammung mit absoluter Sicherheit zu erbringen, liefern aber inzwischen eine derart hohe Wahrscheinlichkeit des

Ausschlusses von „Nichtvätern“, dass ein Mann, von dem die Mutter in ihrer Aussage behauptet hat, mit ihm in der kritischen Zeit Geschlechtsverkehr gehabt zu haben, oder der durch andere Aussagen als dem sozialen Umfeld der Mutter zugehörig bezeichnet wird, und der mit den genetischen Methoden als Vater nicht ausgeschlossen werden kann, mit einer geradezu an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit der Vater sein muss.

Ein neugeborenes Kind ist naturgemäß nicht in der Lage, sein Recht auf Kenntnis seiner eigenen Abstammung selbständig wahrzunehmen. In der Regel wird es an der Mutter liegen, die entsprechenden Schritte zu setzen. Geschieht dies nicht, so liegt es entweder am Ehemann der Mutter, die Ehelichkeit zu bestreiten, wenn hiefür entsprechende Hinweise gegeben sind, oder an dem Mann, der meint, Vater zu sein, sich um die Feststellung seiner Vaterschaft zu bewerben. Wie bereits gesagt, wird der vorliegende Entwurf mit dem nunmehr geschaffenen Antragsrecht des vermeintlichen Vaters eines unehelichen Kindes einen diesbezüglich tauglichen Weg bieten.

Schwieriger ist allerdings die Frage zu beantworten, was geschehen soll, wenn das Kind einen rechtlichen Vater hat und ein anderer Mann sich um die Vaterschaft bewirbt. Das geltende Recht sieht hiefür das sogenannte „durchbrechende Vaterschaftsanerkennnis“ vor, das allerdings zu seiner Wirksamkeit die Zustimmung des Kindes (ist es minderjährig, vertreten durch den Jugendwohlfahrtsträger) und die Bezeichnung des Anerkennenden als Vater durch die Mutter voraussetzt. Erst wenn diese Voraussetzungen erfüllt sind, erlangt ein derartiges Vaterschaftsanerkennnis Rechtswirksamkeit: Es liegt dann am bisher als Vater im rechtlichen Sinne Geltenden, dieses durch Widerspruch außer Kraft zu setzen. Nach dem Entwurf soll nun – wie bereits dargestellt – der Widerspruch – wohl anders als nach herrschender Auffassung im geltenden Recht – dem Anerkennenden die Möglichkeit geben, im gerichtlichen Verfahren den Beweis seiner Vaterschaft anzutreten und dadurch die Rechtsunwirksamklärung seines Vaterschaftsanerkennnisses zu verhindern. Neu ist auch, dass in denjenigen Fällen, in denen das eigenberechtigte Kind seine Zustimmung zum „durchbrechenden“ Vaterschaftsanerkennnis erklärt hat, es nicht mehr der Bezeichnung des

Anerkennenden als Vater durch die Mutter bedarf, sondern diese nur noch Widerspruch erheben kann, der dem Anerkennenden die Möglichkeit des Beweises seiner Vaterschaft offen lässt.

Weiter soll dem Kind die Möglichkeit eingeräumt werden, ein Verfahren zur Feststellung der Abstammung auch dann in Gang zu bringen, wenn bereits die Abstammung eines anderen Mannes feststeht. Dies soll gewährleisten, dass das Kind in einem geordneten gerichtlichen Verfahren Aufschluss darüber erhält, wer sein Vater ist. Gleichzeitig dient ein solches Verfahren auch dem Rechtsschutz des zu Unrecht als Vater Feststehenden.

e) Neuregelung der Geschäftsfähigkeit nicht Eigenberechtigter in Fragen ihrer Abstammung und der Abstammung von ihnen

Das geltende Recht enthält keine einheitliche Normierung der Geschäftsfähigkeit nicht eigenberechtigter Personen in Abstammungsangelegenheiten. Die Geschäftsfähigkeit in Ehelichkeitsbestreitungssachen ist im vom Verfassungsgerichtshof aufgehobenen § 157 ABGB geregelt, die Geschäftsfähigkeit junger Männer bei der Vaterschaftsanerkennung ist – abweichend – im § 163c Abs. 3, die Geschäftsfähigkeit der Mütter hinsichtlich des Widerspruchs im § 163d Abs. 2 festgelegt; weitere Regelungen finden sich im § 163e Abs. 4 und im § 164a ABGB. Im Interesse der Klarheit, Übersichtlichkeit und Widerspruchsfreiheit des Gesetzes ist es daher erforderlich, eine einheitliche Regelung der Geschäftsfähigkeit minderjähriger oder unter Sachwalterschaft stehender Personen in Abstammungsangelegenheiten zu schaffen. Dabei wird folgendes System gewählt: Minderjährige oder Personen, denen ein Sachwalter bestellt ist, bedürfen der Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters, und zwar unabhängig vom Wirkungskreis des Sachwalters. Insofern wird dem Vorbild des § 3 Abs. 1 EheG gefolgt. Sind diese Personen jedoch einsichts- und urteilsfähig, so können sie – die Zustimmung ihres gesetzlichen Vertreters vorausgesetzt – auch selbst handeln. Sind sie nicht einsichts- und urteilsfähig, so handelt der gesetzliche Vertreter für sie. Dies gilt für alle Fragen, in denen die Abstammung der betreffenden Person oder eine

Abstammung von ihr eine Rolle spielt (§ 138d ABGB). Klar gesagt wird auch, dass Vertretungshandlungen des gesetzlichen Vertreters keiner gerichtlichen Genehmigung bedürfen – dies vor dem Hintergrund, dass Abstammungsverfahren nach dem am 1.1.2005 in Kraft tretenden neuen AußStrG im außerstreitigen Verfahren zu erledigen sind und in Abstammungsverfahren minderjähriger Kinder kein Anspruch auf Kostenersatz besteht.

f) Klarstellung der Aufgaben des Jugendwohlfahrtsträgers als Kollisionskurator

In der neueren Rechtsprechung herrscht Unklarheit darüber, ob der Jugendwohlfahrtsträger vom Gericht zum Kollisionskurator bestellt werden kann. Mit dem Entwurf soll klargestellt werden, dass dem so ist – nicht zuletzt deshalb, um dem Kind im Fall einer in Abstammungsangelegenheiten nötigen Kollisionskuratel die besondere Fachkenntnis und Erfahrung der hierfür von den Jugendwohlfahrtsträgern herangezogenen „Amtsvormünder“ zu sichern (§ 213 ABGB).

g) Neuregelung des Zusammenhangs zwischen Feststellung der Abstammung und Erbrecht

Nach dem im Zuge der völligen Gleichstellung unehelicher Kinder im Erbrecht eingefügten § 730 Abs. 2 ABGB muss zur Erlangung des Erbrechts die Vaterschaft des die Verwandtschaft vermittelnden Mannes zu dessen Lebzeiten festgestellt worden sein. Diese Regelung ist geeignet, uneheliche Kinder, deren Abstammung noch nicht festgestellt, aber auch eheliche Kinder, deren Ehelichkeit bestritten wurde, vom Erbrecht nach ihrem wahren Vater auszuschließen. Allerdings ist auch ein gewisses Bedürfnis der Erben eines verstorbenen Mannes nach Sicherheit davor zu bejahen, dass sie nicht als dessen Rechtsnachfolger in ein Vaterschaftsfeststellungsverfahren verwickelt werden, in dem die Vermutung der Vaterschaft wegen der durch die Aussage der Mutter erwiesenen Beiwohnung in der kritischen Zeit gegen sie spricht, ihnen jedoch der Gegenbeweis verwehrt bleibt, weil für eine moderne Abstammungsuntersuchung verwertbare Substanzen nicht mehr

vorhanden sind. Der Entwurf versucht dadurch einen Ausgleich zu schaffen, dass einerseits die erbrechtliche Sonderregelung ersatzlos beseitigt wird, jedoch andererseits der Antrag auf Abstammungsfeststellung, gestützt auf die Beiwohnungsvermutung, nur innerhalb einer Frist von zwei Jahren nach dem Tod des betreffenden Mannes gestellt werden kann. Darüber hinaus – also ohne die zeitliche Beschränkung auf zwei Jahre – soll dem Kind die Möglichkeit der Vaterschaftsfeststellung nur offen stehen, wenn der Nachweis erbracht wird, dass es vom Verstorbenen – genetisch – abstammt; der Nachweis der Beiwohnung in der „kritischen“ Zeit soll in diesem Fall nicht mehr hinreichen.

h) Beseitigung des gesetzlichen Erbrechts von Neffen und Nichten des Erblassers zu Gunsten des überlebenden Ehegatten

Das Regierungsprogramm sieht im Kapitel 5 (Justiz) folgendes vor: „Besserstellung des Ehepartners, insbesondere wenn keine direkten Nachkommen vorhanden sind“. Der Entwurf trägt diesem Ziel in der Weise Rechnung, dass in Zukunft Neffen und Nichten eines Erblassers das gesetzliche Erbrecht der Witwe nicht schmälern sollen (§ 757 ABGB).

5. Offene Fragen

Im Zuge der der Ausarbeitung des Entwurfes vorangegangenen Gespräche mit Vertretern der Rechtswissenschaft und der Personenstandspraxis ist auch die Forderung erhoben worden, die Regelungen des Abstammungsrechts derart zu fassen, dass – ausländischen Vorbildern folgend – nicht mehr darauf abgestellt wird, ob es sich um eheliche oder uneheliche Kinder handelt. Genauere Untersuchungen dieser Vorbilder zeigen allerdings, dass die Regelungen in dieser Beziehung zwar sprachlich neutral gefasst sind, es aber vom normativen Gehalt her keinen Unterschied macht, ob von ehelichen oder unehelichen Kindern gesprochen wird oder von Kindern, deren Eltern verheiratet bzw. nicht verheiratet sind. Zu überlegen wäre allerdings, nicht bloß das Abstammungsrecht, sondern das gesamte Kindschaftsrecht „Unehelichen-neutral“ zu gestalten. Dies bedarf freilich, etwa im Hinblick auf die Regelungen der Obsorge beider Eltern, einer gründlichen

Diskussion, die in der für das Wirksamwerden der Aufhebung der Gesetzesbestimmungen über die Bestreitung der Ehelichkeit vom Verfassungsgerichtshof gesetzten Frist nicht möglich ist.

Im Rahmen der erwähnten Vorgespräche wurde auch erörtert, die Paragraphenfolge des dritten Hauptstücks, insbesondere die §§ 137 bis 178a ABGB, mit dem Ziel einer Verbesserung der Systematik des Kindschaftsrechts umzustellen. In der Tat enthält das geltende Kindschaftsrecht nur einen sehr kleinen allgemeinen Teil, der für eheliche und uneheliche Kinder gleichermaßen gilt. Es folgen große Blöcke an Sonderregelungen für eheliche Kinder, für uneheliche Kinder und erst danach wieder gemeinsame Bestimmungen über die Entziehung der Obsorge, die Annahme an Kindes Statt und die Pflegeelternschaft. Im Hinblick auf die geringfügigen Unterschiede, die in der Rechtstellung von ehelichen und unehelichen Kindern noch bestehen, könnte dem Anliegen Rechnung getragen werden. Aber auch ein solches Vorhaben geht über den für das vorliegende Gesetzesvorhaben zur Verfügung stehenden zeitlichen Rahmen weit hinaus.

Was den erbrechtlichen Teil des vorliegenden Entwurfes anlangt, wird vielleicht ein Vorschlag vermisst werden, über den in letzter Zeit in den Medien berichtet worden ist: die Abschaffung des mündlichen Testaments als „ordentliche“ Testamentsform und deren Zulassung bloß als „Nottestament“. Der diesbezügliche Gesetzesvorschlag ist vom Bundesministerium für Justiz bereits im Rahmen der Reform des außerstreitigen Verfahrens zur Begutachtung versandt worden und dabei auf weitgehende Zustimmung gestoßen. Die notwendige Änderung des ABGB wird das Bundesministerium für Justiz in die nach Abschluss des Begutachtungsverfahrens zum vorliegenden Gesetzesentwurf vorzubereitende Regierungsvorlage aufnehmen.

6. Kosten

Die Frage, in welchem Umfang es in der Praxis zu Feststellungen der Vaterschaft zu einem unehelichen Kind durch Anerkennung oder durch Inanspruchnahme gerichtlicher Verfahren kommt, hängt von verschiedenen Umständen ab, unter anderem auch von den zur Verfügung stehenden

Rechtswegen und den Regelungen des materiellen Rechts. Es ist freilich unmöglich, gesicherte Aussagen zur Frage zu treffen, inwieweit Änderungen des Verfahrensrechts oder des materiellen Rechts auf dem Gebiet der Abstammungsfeststellung zu einer verstärkten Inanspruchnahme der Gerichte führen und eine Kostensteigerung auslösen können. Abgesehen davon, dass sozialwissenschaftliche Arbeiten hiezu kaum bestehen, wäre es höchst unrealistisch, eine in anderen Ländern festgestellte Praxis auf die österreichische Rechtsanwendung zu übertragen. Es lässt sich auch nicht sagen, ob die im Entwurf vorgenommene Ausweitung des Rechtsinstituts der Vaterschaftsanerkennung – insbesondere für nach der Scheidung der Ehe geborene Kinder – nicht sogar geeignet ist, die Anzahl gerichtlicher Verfahren im Zusammenhang mit der Abstammungsfeststellung erneut zu senken, wie dies schon durch die Änderung des Vaterschaftsanerkennungsrechts durch das Kindschaftsrechts-Änderungsgesetz 1989 geschehen ist. Es kann daher nur gesagt werden, dass der Entwurf voraussichtlich sowohl kostensteigernde wie auch – möglicherweise etwas mehr – kostensenkende Elemente enthält, die mangels Vorhersehbarkeit des Verhaltens der betroffenen Kreise nicht quantifiziert werden können.

Besonderer Teil

Zu Artikel I (Änderungen des ABGB)

Zu Z 1 und 2 (Ersetzung der Überschrift zu § 137b und Entfall der Überschrift vor § 138):

Nach dem ersten Teil des Dritten Hauptstücks über die allgemeinen Rechte und Pflichten zwischen Eltern und Kindern soll nach dem Entwurf ein allgemeiner Abschnitt über die Abstammung folgen. Die bisher vor § 137b befindliche Überschrift „Mutterschaft“ wird daher durch die Überschrift „Abstammung“ ersetzt. Da der neue § 138 nicht mehr die Ehelichkeit regelt und auch nicht mehr an gesetzliche Vermutungen anknüpft (siehe die Erläuterungen zu § 138), entfällt auch die Überschrift „Vermutung der Ehelichkeit“ vor § 138.

Zu Z 3 (§ 138):

Mit dieser Bestimmung soll an zentraler Stelle und klar geregelt werden, wer im rechtlichen Sinn Vater eines Kindes ist. Im Anschluss an die in § 137b enthaltene Regelung über die Mutterschaft fasst daher **§ 138 Abs. 1** die grundsätzlichen Möglichkeiten der rechtlichen Begründung der Vaterschaft zusammen. Wie bisher kann die Abstammung des Kindes kraft Ehe der Mutter (Z 1), aufgrund eines Anerkennnisses der Vaterschaft (Z 2) oder durch eine gerichtliche Entscheidung begründet werden (Z 3).

Im Gegensatz zum Wortlaut des bisherigen § 138 Abs. 1 wird die Vaterschaft während aufrechter Ehe nicht mehr an eine gesetzliche Vermutung geknüpft, vielmehr wird ausdrücklich gesagt, dass die Geburt des Kindes unmittelbar den Status der Abstammung vom Ehemann der Mutter begründet. Diese Änderung ist freilich im Ergebnis keine inhaltliche, denn schon nach geltendem Recht vermittelt die Geburt eines Kindes, das unter die Ehelichkeitsvermutung des § 138 Abs. 1 erster Satz fällt, den Status der Abstammung vom Ehemann der Mutter. Im Grunde genommen ist diese Vermutung aber entbehrlich: der Ehemann der Mutter ist im Rechtssinn der Vater.

Die nach **Z 1** begründete (eheliche – s § 138b Abs. 1 idF Entwurf) Abstammung kann auf Antrag des Kindes oder des Ehemanns durch eine gerichtliche Entscheidung nach dem vorgeschlagenen § 156 Abs. 1, mit der festgestellt wird, dass das Kind nicht vom Ehemann der Mutter abstammt, wieder beseitigt werden (s die Erläuterungen zu § 156). Ebenso kann die Abstammung des Kindes vom Ehemann der Mutter durch ein Feststellung der Vaterschaft eines anderen Mannes nach § 163b oder durch ein „durchbrechendes“ Anerkenntnis eines anderen Mannes nach § 163e Abs. 2 aufgehoben werden. Eines besonderen Hinweises auf diese Bestimmungen (vgl § 138 Abs. 1 idgF) bedarf es – im Hinblick auf den systematischen Zusammenhang der Regelungen – wohl nicht.

Bisher war in § 163b erster Satz ausdrücklich normiert, dass die Vaterschaft zu einem unehelichen Kind durch Anerkenntnis oder durch Urteil festgestellt wird. Dies soll sich nach dem neuen Recht bloß insofern ändern, als das

Abstammungsverfahren nunmehr zur Gänze ins außerstreitige Verfahren verwiesen wird, das Gericht somit nicht mit Urteil sondern mit Beschluss entscheidet. Systematisch wird die Regelung in die allgemeine Bestimmung des § 138 Abs. 1 vorgezogen: **Z 2** führt die Möglichkeit des Anerkenntnisses und **Z 3** jene der gerichtlichen Vaterschaftsfeststellung an. In beiden Fällen geht es in der Regel um die uneheliche Abstammung des Kindes. Ausnahmsweise kann aber auf Grundlage des neuen § 138c sowohl durch ein Vaterschaftsanerkentnis, als auch durch eine gerichtliche Feststellung der Vaterschaft im Ergebnis eine eheliche Abstammung begründet werden (s die Erläuterungen zu § 138c). Die nähere Ausgestaltung des Vaterschaftsanerkentnisses findet sich weiterhin in §§ 163c ff, die gerichtliche Feststellung der unehelichen Vaterschaft ist nunmehr in §§ 163 und 163b geregelt. § 164c über die Klage auf Feststellung der Vaterschaft wird aufgehoben.

Abs. 2 übernimmt im wesentlichen die derzeitige Regelung des § 138 Abs. 1 zweiter Satz und Abs. 2. § 138 Abs. 1 zweiter Satz hatte bisher vorgesehen, dass die Ehelichkeitsvermutung auch für ein Kind gilt, das vor Ablauf von 300 Tagen nach dem Tod des Ehemanns der Mutter geboren wird. Auch dabei wird nunmehr im neuen **ersten Satz** nicht mehr eine Ehelichkeitsvermutung normiert, sondern unmittelbar die Abstammung des Kindes vom verstorbenen Ehemann der Mutter begründet. Aus § 138b Abs. 1 ergibt sich, dass auch dieses Kind ehelich ist. Der **zweite Satz** regelt den Fall, dass die Vaterschaft eines Mannes nach § 138 Abs. 1 Z 1 mit jener eines anderen Mannes nach § 138 Abs. 2 erster Satz (die Mutter heiratet vor Ablauf von 300 Tagen nach dem Tod des ersten Ehemanns erneut und bringt noch innerhalb dieser 300 Tages-Frist ein Kind zur Welt) oder allenfalls die Vaterschaft zweier Männer nach § 138 Abs. 2 erster Satz (die Mutter heiratet vor Ablauf von 300 Tagen nach dem Tod des ersten Ehemanns erneut, der zweite Ehemann stirbt ebenfalls und das Kind wird noch innerhalb von 300 Tagen nach dem Tod des ersten Ehemanns geboren) kollidiert. In beiden Fällen wird diese Kollision wie bisher dahin gelöst, dass das Kind vom zweiten Ehemann der Mutter abstammt. Diese Regelung ist schon im geltenden § 138 Abs. 2 enthalten; sie wird analog angewendet, wenn die Mutter während aufrechter Ehe – unter Umgehung des Verbots der Doppelehe - eine weitere Ehe eingegangen ist. Abs. 2 soll auch

diese Konstellationen wiederholter Eheschließungen erfassen und dem letzten Ehemann den Vorrang einräumen. Wird gemäß § 156 gerichtlich festgestellt, dass das Kind nicht vom letzten Ehemann der Mutter abstammt, so ist der vorangegangene Ehemann der Mutter mit dem Zeitpunkt der rechtskräftigen Entscheidung Vater des Kindes. Gibt hingegen ein dritter Mann ein rechtswirksames „durchbrechendes“ Anerkenntnis nach § 163e Abs. 2 ab, so kommt der frühere Ehemann nach § 138 Abs. 2 letzter Halbsatz nicht zum Zug. Der Widerspruch steht dem zweiten Ehemann zu. Der bisher im letzten Satz des § 138 Abs. 2 normierte Fristbeginn für die Bestreitung der Ehelichkeit durch den früheren Ehemann ist nunmehr in § 158 Abs. 1 zweiter Satz geregelt.

Zu Z 4 (§§ 138a bis 138d):

§ 138a Abs. 1 übernimmt inhaltlich die Regelung der geltenden §§ 138 Abs. 1 dritter Satz und 163b zweiter Satz, wonach die Feststellung der Abstammung gegenüber jedermann wirkt. Das Statusverhältnis bleibt aufrecht, solange es nicht auf dem gesetzlich vorgesehenen Weg beseitigt wird. So kann die nach § 138 Abs. 1 Z 1 oder § 138 Abs. 2 erster Satz begründete eheliche Abstammung – wie bereits zu § 138 ausgeführt - entweder durch Entscheidungen nach §§ 156, 163b iVm § 163 oder durch ein „durchbrechendes“ Anerkenntnis nach § 163e Abs. 2 aufgehoben werden. Die uneheliche Vaterschaft kann einerseits durch ein „durchbrechendes“ Anerkenntnis nach § 163e Abs. 2 oder andererseits durch eine gerichtliche Entscheidung nach § 163b iVm § 163 wieder beseitigt werden. § 163b lässt in diesem Zusammenhang auf Antrag des Kindes ein sogenanntes „Vätertauschverfahren“ zu, in dem ein bereits rechtlich feststehender Vater unmittelbar durch einen anderen Mann als Vater ersetzt wird (s dazu die Erläuterungen zu § 163b).

§ 138a Abs. 2 regelt die Rechtsnachfolge in Abstammungsangelegenheiten. Bisher war bei der ehelichen Abstammung diese Rechtsnachfolge nur insofern geregelt, als nach dem Tod des Ehemannes der Mutter und auch nach dem Tod des Kindes nur mehr der Staatsanwalt die Bestreitungsklage erheben (§ 158 aF)

bzw den Antrag auf Feststellung der Unehelichkeit des Kindes einbringen (§ 159 Abs. 2 aF) konnte. Nach dem neuen Abs. 2 des § 138a können die Gesamtrechtsnachfolger sowohl des Kindes als auch jene des Vaters einen Antrag nach § 156 auf Feststellung der Nichtabstammung stellen, sofern die dafür vorgesehene – auf zwei Jahre verlängerte - Frist des § 158 Abs. 1 noch nicht abgelaufen ist. Hat beispielsweise der Ehemann der Mutter noch zu Lebzeiten Kenntnis davon erlangt, dass er nicht der Vater des Kindes sein kann, und binnen zwei Jahren keinen Antrag nach § 156 eingebracht, so haben auch die Rechtsnachfolger des Ehemanns keine Möglichkeit mehr, eine Feststellung nach § 156 zu erwirken. Auf ihre eigene Kenntnis der Umstände kommt es in diesem Fall nicht an (zum Fristbeginn s die Erläuterungen zu § 156).

Für die uneheliche Abstammung enthielt schon bisher § 164d die allgemeine Regelung, dass die jeweiligen Erben zu einem Vaterschaftsanerkennnis, zu einem Widerspruch gegen ein Vaterschaftsanerkennnis, sowie zu einer Klage auf Rechtsunwirksamkeit des Anerkennnisses und auf Feststellung der Vaterschaft aktiv und auch passiv legitimiert sind. Diese Bestimmung wird durch den Entwurf mit der Einschränkung übernommen, dass eine Rechtsnachfolge beim Widerspruch der Mutter und bei der Bezeichnung des Mannes durch die Mutter nicht zulässig ist. Die erste Ausnahme ergibt sich aus der Ergänzung des § 163d, wonach die Mutter nur dann einen Widerspruch erheben kann, wenn sie „am Leben“ ist. Dass die Rechtsnachfolger der Mutter einen Mann nicht als Vater iSd § 163e Abs. 2 bezeichnen können, wird in § 163e Abs. 2 insofern klargestellt, als die Mutter den Mann „selbst“ als Vater bezeichnen muss. Die Erben der Mutter sollen in den genannten Fällen deswegen ausgeschlossen sein, weil naturgemäß nur die Mutter selbst wissen kann, welcher Mann als Vater des Kindes in Frage kommt. Eine weitere Einschränkung der Rechtsnachfolge ergibt sich auch aus § 163 Abs. 2.

Auf Grund des Entfalls der Ehelichkeitsvermutung des § 138 ABGB wird nunmehr in **§ 138b Abs. 1** bestimmt, welche Kinder ehelich sind. Inhaltlich ergibt sich im Vergleich zum geltenden Recht allerdings keine Änderung, sodass die Ehelichkeit des Kindes durch die Geburt während aufrechter Ehe (§ 138 Abs. 1 Z 1) oder innerhalb von 300 Tagen nach dem Tod des Ehemanns der Mutter (§ 138 Abs.

2 erster Satz) sowie durch Legitimation (§§ 161 ff.) begründet wird. Eine weitere Möglichkeit der ehelichen Abstammung ergibt sich darüber hinaus aus dem neuen § 138c (s dazu gleich im Anschluss).

§ 138b Abs. 2 bestimmt, dass Kinder aus einer nichtigen Ehe weiterhin ehelich bleiben. Bisher ergab sich diese Rechtsfolge aus den §§ 138 und 155 (vgl auch LGZ Wien 5.8.1997, 44 R 384/97i, EFSlg 83.064). Zwar könnte dies – nach der inhaltlichen Änderung des § 138 und der Aufhebung des § 155 – allenfalls aus dem neuen § 138c abgeleitet werden, doch erscheint eine ausdrückliche Klarstellung in Abs. 2 jedenfalls zweckdienlich.

§ 138c übernimmt inhaltlich die bisherige Regelung des § 155, wonach die Vermutung der Unehelichkeit durch die gerichtliche Feststellung widerlegt werden kann, dass das Kind vom früheren Ehemann der Mutter abstammt. Beweisthema dieser Widerlegung war bisher der Umstand, dass noch während der Ehe entweder das Kind vom Ehemann natürlich gezeugt oder die Schwangerschaft durch eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung mit dem Samen des Ehemanns oder eines Dritten unter qualifizierter Zustimmung des Ehemanns herbeigeführt worden ist. Dieser Bestimmung des § 155 entspricht inhaltlich der **Abs. 2** des vorgeschlagenen § 138c, wobei das Gericht künftig im Verfahren außer Streitsachen festzustellen hat, dass das Kind vom früheren Ehemann der Mutter abstammt. Im Gegensatz zum geltenden Recht, das die Aktivlegitimation für eine Klage auf Feststellung der ehelichen Abstammung nur dem Kind gewährt (*Hinteregger, Familienrecht*² [2001] 135), räumt der Entwurf – im Einklang mit dem neuen § 156 Abs. 2 - neben dem Kind auch dem früheren Ehemann der Mutter eine Antragslegitimation ein.

Für jene Fälle, in denen das Kind innerhalb von 300 Tagen nach Scheidung, Aufhebung oder Nichtigerklärung der Ehe geboren wird, erweitert der **Abs. 1** des § 138c die Möglichkeit, die eheliche Abstammung des Kindes festzustellen. Im gerichtlichen Verfahren braucht das Kind bzw der Mann nicht zu beweisen, dass die Zeugung bzw die medizinisch unterstützte Fortpflanzung während der Ehe erfolgte, sondern lediglich, dass das Kind vom Ehemann der Mutter abstammt. In diesen Fällen ist es nicht entscheidend, dass das Kind auch während der Ehe gezeugt wurde. Der Beweis des Zeugungszeitpunktes könnte nämlich schwieriger zu

erbringen sein als der Beweis der Abstammung. Eine weitere Neuerung liegt aber vor allem auch darin, dass dem früheren Ehemann der Mutter bei Geburt des Kindes innerhalb der 300-Tagesfrist auch die Möglichkeit des Vaterschaftsanerkenntnisses zukommen soll. Bisher war eine Anerkennung der ehelichen Vaterschaft im Gesetz nicht vorgesehen, eine analoge Anwendung des § 163c wurde von der Rechtsprechung abgelehnt (vgl. LGZ Wien 13.11.1986, 47 R 828/86, EFSlg 51.261). In der Lehre wird die in § 155 vorgesehene Notwendigkeit eines gerichtlichen Urteils als „schwer verständliche Diskrepanz zur außerehelichen Vaterschaft“ angesehen, weil diese auch durch ein Anerkenntnis festgestellt werden kann (*Koziol/Welser, Bürgerliches Recht* ¹² [2002] 476). Der Entwurf will diese Ungleichbehandlung beseitigen, beschränkt die Anerkennung der ehelichen Abstammung aber auf jene Fälle, in denen sich aufgrund des Geburtszeitpunktes des Kindes eine hohe Wahrscheinlichkeit ergibt, dass die Zeugung bzw die Durchführung der medizinisch unterstützten Fortpflanzung noch während aufrechter Ehe erfolgte. Entsprechend § 138 Abs. 2 geht der Entwurf auch hier von einer Frist von 300 Tagen aus, die gewährleisten soll, dass das Kind noch während aufrechter Ehe gezeugt worden sein wird. Dennoch kann nicht ausgeschlossen werden, dass auch ein Kind, das kurz nach Auflösung der Ehe gezeugt wurde, noch innerhalb der 300 Tagesfrist geboren wird. Die Häufigkeit einer derartigen Fallkonstellation wird aber erfahrungsgemäß sehr gering sein, sodass sie im Gesetz vernachlässigt werden kann. Es erscheint rechtspolitisch vertretbar, in solchen ganz wenigen Ausnahmefällen dem Kind den Status der Ehelichkeit zuzuerkennen.

Im Gegensatz zum geltenden § 155 kann die eheliche Abstammung nach **Abs. 3** aber auch dann festgestellt werden, wenn bereits die uneheliche Vaterschaft eines anderen Mannes, sei es aufgrund einer gerichtlichen Feststellung oder eines Anerkenntnisses, besteht. § 138c Abs. 3 verweist diesbezüglich auf die §§ 163b und 163e Abs. 2 bis 4. Da § 163b ein gerichtliches „Vätertauschverfahren“ aber nur auf Antrag des Kindes zulässt, darf auch für § 138c nichts anderes gelten. Steht also bereits die uneheliche Vaterschaft eines Mannes fest, kann nur das Kind die gerichtliche Feststellung begehren, dass der ehemalige Ehemann der Mutter sein Vater ist. Diesem wird es im Einklang mit den Grundwertungen des Entwurfs aus

eigener Initiative nicht gestattet, sich in die bereits bestehende rechtliche Familie hineinzudrängen (s dazu die Erläuterungen zu den §§ 163 und 163b). Ihm bleibt lediglich die Möglichkeit, ein „durchbrechendes“ Anerkenntnis mit Zustimmung des Kindes und darüber hinaus - bei fehlender Eigenberechtigung des Kindes - mit der Bezeichnung durch die Mutter gemäß § 163e Abs. 2 abzugeben. § 138c Abs. 3 ist – mangels einer entsprechenden Einschränkung im vorgeschlagenen Wortlaut der Bestimmung – auch dann anwendbar, wenn bereits die eheliche Vaterschaft eines Mannes nach § 138 Abs. 1 Z 1 oder allenfalls auch nach § 138 Abs. 2 erster Satz feststeht. Die Beschränkung des geltenden § 155 auf uneheliche Kinder fällt somit weg.

Abs. 4 regelt einerseits die Frage, wie eine Vaterschaft nach § 138c wieder beseitigt werden kann und andererseits die Rechtsfolgen für die betroffenen Kinder. Durch den Verweis auf § 161 Abs. 3 soll klargestellt werden, dass die eheliche Abstammung nicht durch einen Antrag nach § 156, mit dem festgestellt wird, dass das Kind nicht vom ehemaligen Ehemann der Mutter abstammt, beseitigt werden kann. Die Anfechtung der ehelichen Abstammung nach § 138c erfolgt gleichermaßen wie bei einer Legitimation. Wurde die Abstammung durch gerichtliche Vaterschaftsfeststellung begründet, so kann sie nur durch eine Nichtigkeits- oder Wiederaufnahmsklage (vgl OLG Wien 6.3.1979, 12 R 20/79, EFSlg 33.574; *Schwimann*, Praxiskommentar zum ABGB I² (1997) § 161 Rz 5) – künftig nach den §§ 72 ff des neuen AußStrG, BGBl. I Nr. 111/2003, durch einen Abänderungsantrag - beseitigt werden. Wurde die Abstammung hingegen durch ein Vaterschaftsanerkenntnis festgestellt, dann kann sie entweder durch Rechtsunwirksamklärung des Anerkenntnisses nach § 164 oder durch ein qualifiziertes Anerkenntnis nach § 163e Abs. 2 wieder aufgehoben werden.

Die Kinder werden mit der rechtskräftigen Feststellung der Abstammung bzw mit der Wirksamkeit des Anerkenntnisses – rückwirkend im Zeitpunkt der Geburt – ehelich. Da das Kind zunächst unehelich war, sollen allerdings die rechtlichen Wirkungen der Ehelichkeit nur unter den gleichen Voraussetzungen wie bei einer Legitimation des Kindes durch nachfolgende Eheschließung der Eltern eintreten. Zu diesem Zweck verweist Abs. 4 hinsichtlich der namensrechtlichen Folgen auf die

Bestimmungen der §§ 162a bis 162d. Mit der Obsorge soll nach der ausdrücklichen Regelung des Abs. 4 die Mutter gemäß § 166 erster Satz allein betraut sein. Es erscheint in diesen Konstellationen nicht sachgerecht, die gemeinsame Obsorge der Eltern ex lege und rückwirkend mit dem Zeitpunkt der Geburt eintreten zu lassen. Den Eltern soll es aber dennoch – wie auch sonst Eltern einer geschiedenen, aufgehobenen oder für nichtig erklärten Ehe – unbenommen bleiben, eine Obsorge beider Eltern oder auch eine Alleinobsorge des Vaters zu vereinbaren. Diese Vereinbarung kann in allen Varianten des § 177 Abs. 1 geschlossen werden; bei Vereinbarung einer beiderseitigen Obsorge müssen die Eltern aber jedenfalls eine Aufenthaltsvereinbarung nach § 177 Abs. 2 vorlegen. Die Vereinbarungen der Eltern (Obsorgevereinbarung und Aufenthaltsvereinbarung) sind gemäß § 177 Abs. 3 gerichtlich zu genehmigen. Für die Regelung der Obsorge kommt somit der gesamte § 177 zur Anwendung. Soll eine auf diesem Weg begründete gemeinsame Obsorge wieder aufgehoben werden, so gilt § 177a Abs. 2 entsprechend.

Steht hingegen bereits die Vaterschaft eines anderen Mannes fest und ist dieser Mann kraft einer Vereinbarung mit der Mutter gemäß § 167 auch mit der Obsorge betraut, so soll mit dem Zeitpunkt der wirksamen Feststellung der Vaterschaft des ehemaligen Ehemanns der Mutter, die Mutter alleine mit der Obsorge betraut sein. Allenfalls vom früheren Vater gesetzte Vertretungshandlungen sollen dadurch nicht ihre Wirksamkeit verlieren. Diese Konsequenz ergibt sich daraus, dass § 138c Abs. 4 auch auf § 161 Abs. 2 verweist. Auch in diesen Fällen kann die Mutter in der Folge mit ihrem ehemaligen Ehemann eine Obsorgevereinbarung in allen Variationen des § 177 ABGB schließen.

§ 138d Abs. 1 regelt allgemein die Geschäftsfähigkeit in Abstammungsangelegenheiten neu. Im Gegensatz zum geltenden Recht wird nicht mehr an die beschränkte Geschäftsfähigkeit, sondern an die mangelnde Eigenberechtigung sowie die Einsichts- und Urteilsfähigkeit angeknüpft. Mangelnde Eigenberechtigung liegt einerseits bei allen Minderjährigen und andererseits bei Personen vor, die einen Sachwalter zur Seite gestellt haben. Dabei ist nicht ausschlaggebend, ob der Sachwalter auch für Abstammungsangelegenheiten bestellt worden ist. Diese Regelung scheint insofern sachgerecht, als auch für die

Eheschließung gemäß § 3 EheG die Zustimmung des Sachwalters notwendig ist, selbst wenn der Sachwalter nur für eine Einzelangelegenheit, die mit dem Abschluss einer Ehe nichts zu tun hat, zuständig ist.

Sind die genannten Personen (Minderjährige und Personen mit einem Sachwalter) einsichts- und urteilsfähig, so können sie in Abstammungsangelegenheiten selbst tätig werden, freilich nur mit Zustimmung ihres gesetzlichen Vertreters (des mit der Obsorge Betrauten bzw des Sachwalters). Handelt in diesen Fällen der gesetzliche Vertreter, so bedarf er der Einwilligung der einsichts- und urteilsfähigen Person. Bei minderjährigen Personen wird das Vorliegen der Einsichts- und Urteilsfähigkeit in Anlehnung an § 146c Abs. 1 über die Einwilligung in medizinische Heilbehandlungen im Zweifel ab dem vollendeten 14. Lebensjahr vermutet.

Das Erfordernis der – gegenseitigen - Zustimmung gilt für Anträge des Kindes bzw des Mannes auf Feststellung der Abstammung nach § 138c Abs. 1 und Abs. 2, auf Feststellung der Nichtabstammung nach § 156 Abs. 1 sowie auf Feststellung der Vaterschaft nach § 163. Auch bei einem Anerkenntnis ist die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters notwendig. In diesem Bereich ergibt sich eine Änderung zum bisherigen Recht, da gemäß § 163c der Sachwalter zu einem Anerkenntnis nur dann zustimmen musste, wenn das Vaterschaftsanerkenntnis in seinen Wirkungsbereich fiel (*Simotta*, Zweifelsfragen der Eigenberechtigung, ÖJZ 1990, 669). Hingegen fällt der Widerspruch der Mutter gegen das Anerkenntnis und die Bezeichnung des Vaters durch die Mutter gemäß § 163e Abs. 2 aufgrund des ausdrücklichen Wortlautes „in Angelegenheiten ihrer Abstammung“ nicht unter die Regelung des § 138d Abs. 1. Für beide Fälle (Widerspruch und Bezeichnung) entfällt sowohl das Erfordernis der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters als auch die Möglichkeit, dass der gesetzliche Vertreter mit Einwilligung der Mutter handeln kann. Ist die Mutter nicht einsichts- und urteilsfähig, so gibt es keinen Widerspruch der Mutter und auch keine Bezeichnung des Mannes durch die Mutter. Dies ergibt sich für den Widerspruch aus der Formulierung des § 163d („die Mutter, sofern sie einsichts- und urteilsfähig sowie am Leben ist“), und für die Bezeichnung aus § 163e Abs. 2 („wenn die einsichts- und urteilsfähige Mutter selbst den Anerkennenden in der genannten

Form als Vater bezeichnet.“). Ein durchbrechendes Anerkenntnis kann dann nur mehr mit Zustimmung des eigenberechtigten Kindes erfolgen.

In **§ 138d Abs. 2** soll ausdrücklich klargestellt werden, dass sich der gesetzliche Vertreter, wenn er in Angelegenheiten der Abstammung einer Person tätig wird, ausschließlich vom Wohl des Vertretenen leiten zu lassen hat. Diese Anordnung scheint auch vor dem Hintergrund, dass der Entwurf eine gerichtliche Genehmigung in Angelegenheiten der Abstammung nicht mehr vorschreibt, zweckmäßig. Der Entfall der gerichtlichen Genehmigungspflicht ist einerseits aufgrund des fehlenden Prozesskostenrisikos im Außerstreitverfahren (vgl § 83 Abs. 4 AußStrG neu) gerechtfertigt; andererseits ist der Ausgang eines Abstammungsprozesses zumeist nicht vorhersehbar, sodass aussagekräftige Kriterien für die gerichtliche Genehmigungsentscheidung schwer gefunden werden könnten.

Für das nunmehr dem Kind eingeräumte Recht gegen seinen Vater einen Antrag auf Feststellung der Nichtabstammung zu stellen (§ 156), bedeutet § 138d Abs. 2, dass sich der gesetzliche Vertreter, wenn er für das Kind den Antrag stellt oder – im Fall der Einsicht- und Urteilsfähigkeit des Kindes – dessen Antrag zustimmt, nicht allein vom Wunsch des Kindes leiten lassen darf, seine Abstammung klarzustellen. Er wird auch darauf Bedacht zu nehmen haben, in welchen familiären Verhältnissen das Kind aufwächst und ob es dem Kind zu seinem Wohl gereicht, die aufrechten Beziehungen des Kindes zu seinem Gilt-Vater durch ein solches Feststellungsverfahren zu beeinträchtigen oder gar zu zerstören.

Zu Z 5 (Aufhebung des § 155): Die Unehelichkeitsvermutung des § 155 kann aufgehoben werden, da sich nach dem Entwurf aus § 138b Abs. 1 klar ergibt, welche Kinder die Rechtsstellung eines unehelichen Kindes erhalten. Die bisherige Regelung des zweiten Satzes über die Widerlegung der Unehelichkeitsvermutung wird inhaltlich in den neuen § 138c übernommen.

Zu Z 6 (Einfügung der Überschrift „Feststellung der Nichtabstammung“ vor den §§ 156 bis 158):

Die Überschrift im geltenden Recht vor den §§ 156 ff „Bestreitung der Ehelichkeit“ ist im Hinblick auf die gänzliche Überstellung des Abstammungsverfahrens in das außerstreitige Verfahren, das nicht durch eine Klage sondern durch einen Antrag eingeleitet wird, terminologisch nicht mehr passend. Die Bezeichnung „Ehelichkeitsbestreitung“ weist eher auf das streitige Verfahren hin. Tatsächlich geht es auch in dem Verfahren in erster Linie um die Frage der Abstammung des Kindes vom Ehemann der Mutter. Der Entwurf schlägt daher als neue Überschrift „Feststellung der Nichtabstammung“ vor, wenngleich zuzugestehen ist, dass die Wortschöpfung „Nichtabstammung“ nicht sehr schön ist. Es scheint jedoch kaum eine kurze und prägnante Alternative hiezu zu geben.

Zu Z 7 (§ 156):

§ 156 gewährt dem ehelichen „Gilt-Vater“ und - in Entsprechung des Erkenntnisses des VfGH vom 23.6.2003 (G 78/00, FamRZ 2003, 1915) - nunmehr auch dem Kind die Möglichkeit, einen Antrag auf Feststellung der Nichtabstammung einzubringen. Hingegen soll weder der Mutter noch demjenigen, der behauptet biologischer Vater zu sein, eine derartige Antragslegitimation zustehen (s dazu die Ausführungen im Allgemeinen Teil der Erläuterungen). Gemäß § 82 Abs. 2 AußStrG kommt aber der Mutter jedenfalls Parteistellung im Verfahren zu. Der biologische Vater kann – wie bisher - mit Zustimmung des Kindes und Mitwirkung der Mutter ein „durchbrechendes“ Vaterschaftsanerkennnis nach § 163e Abs. 2 ABGB abgeben. Ist das Kind bereits eigenberechtigt, dann kann der biologische Vater auch ohne Mitwirkung der Mutter - allein durch die Zustimmung des Kindes - die Vaterschaft mit „durchbrechender“ Wirkung anerkennen. Erhebt die Mutter oder der Ehemann der Mutter gegen ein derartiges Anerkenntnis einen Widerspruch gemäß § 163e Abs. 3, so hat der biologische Vater nunmehr gemäß § 164 Abs. 1 Z 2 die Möglichkeit, den positiven Abstammungsbeweis zu erbringen (s dazu die Erläuterungen zu § 164).

Der Antrag des Kindes richtet sich gemäß **Abs. 2** gegen den „Gilt-Vater“, jener des „Gilt-Vaters“ gegen das Kind; beide Anträge lauten auf Feststellung, dass

das Kind nicht vom Ehemann der Mutter abstammt. Im gerichtlichen Verfahren hat der jeweilige Antragsteller - wie bisher - die absolute Unwahrscheinlichkeit der Zeugung zu beweisen. Im Vorfeld der Entwurfserstellung ist mit Vertretern der Rechtswissenschaft die Frage erörtert worden, ob dem – minderjährigen – Kind das Antragsrecht nur unter dem Vorbehalt, dass die Feststellung seiner Nichtabstammung vom Ehemann der Mutter im Einklang mit seinem Wohl steht, eingeräumt werden soll oder ob es ihm gewissermaßen „ohne Wenn und Aber“ zustehen soll (s hiezu insbesondere *Bernat* in seiner Anmerkung zum Erkenntnis des VfGH 28.6.2003 [G 78/00, FamRZ 2003, 1915] FamRZ 2003, 1917 [1919]). Der Entwurf schlägt die zweite Lösung vor. Erwägungen des Kindeswohls sollten im Abstammungsverfahren keine Rolle spielen. Sachgerechter und systematisch zutreffender erscheint es, die Prüfung des Kindeswohls im Vorfeld des Verfahrens über die Abstammung, nämlich im Rahmen der Entscheidung des gesetzlichen Vertreters des Kindes, ob er einen Antrag stellt bzw dem Antrag des einsichts- und urteilsfähigen minderjährigen Kindes zustimmt, vorzunehmen. In diesem Zusammenhang ist auf die vorgeschlagene Bestimmung des § 138d Abs. 2 ABGB idF des Entwurfes zu verweisen, die den gesetzlichen Vertreter ausdrücklich verpflichtet, sich in Abstammungsangelegenheiten vom Wohl des Kindes – und nicht allein vom Bestreben, „um jeden Preis“ die wahre Abstammung festzustellen – leiten zu lassen. Einem allfälligen Fehlverhalten des gesetzlichen Vertreters in diesem Zusammenhang könnte mit einer Maßnahme nach § 176 ABGB begegnet werden. Unter diesem Gesichtspunkt wird der gesetzliche Vertreter eines Minderjährigen etwa zu prüfen haben, ob eine Antragstellung mit dem Wohl des Kindes vereinbar ist, wenn das Kind in durchaus harmonischen familiären Beziehungen mit dem Gilt-Vater aufwächst oder es bei Feststellung der Nichtabstammung vom Ehemann der Mutter, der seinen Pflichten gegenüber dem Kind durchwegs nachkommt, ohne einen Vater dastünde.

Zu Z 8 und 9 (Aufhebung des § 156a und Änderung des § 157):

Die Regelung des geltenden § 156a erfährt eine terminologische Anpassung (statt von der Ehelichkeitsbestreitung spricht die Bestimmung nunmehr von der

Feststellung, dass das Kind nicht vom Ehemann abstammt), wird aber inhaltlich beibehalten und in § 157 überstellt. Der bisherige § 157, der durch das Erkenntnis des VfGH (28.6.2003, G 78/00, FamRZ 2003, 1915) aufgehoben wurde, normierte in seinem Abs. 1 das Ehelichkeitsbestreitungsrecht des Mannes als höchstpersönliches Recht, dessen Ausübung auch bei Minderjährigkeit keiner Zustimmung des gesetzlichen Vertreters bedurfte. Nach dem Entwurf soll nunmehr auch beim Antrag auf Feststellung der Nichtabstammung nach § 156 der zwar einsichts- und urteilsfähige, aber aufgrund seines Alters noch nicht eigenberechtigte Mann nach der allgemeinen Regel des § 138d Abs. 1 der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters bedürfen. Diese allgemeine Regel gilt nunmehr auch für Volljährige, denen ein Sachwalter bestellt ist. Der bisherige Inhalt des § 157 ist daher vollständig aufzuheben.

Zu Z 10 (§ 158):

Abs. 1 regelt die Frist für den Antrag auf Feststellung der Nichtabstammung und orientiert sich weitgehend am bisherigen § 156. Die dort vorgesehene einjährige Bestreitungsfrist wird jedoch im **ersten Satz** auf 2 Jahre verlängert. Trotz des geänderten Wortlauts soll sich am Beginn des Fristenlaufs nichts ändern, sodass die bisherige Rechtsprechung zu § 156 Abs. 2 weiter herangezogen werden kann. Die Regelung des **zweiten Satzes**, wonach die Frist im Fall einer Änderung der Abstammung frühestens mit der Wirksamkeit der Änderung zu laufen beginnt, war bisher in § 138 Abs. 2 letzter Satz enthalten und bezieht sich ausschließlich auf die Fälle des neuen § 138 Abs. 2 letzter Satz. So beginnt die zweijährige Anfechtungsfrist für den früheren Ehemann der Mutter bzw für die Rechtsnachfolger des bereits verstorbenen vorangegangenen Ehemanns der Mutter frühestens mit der rechtskräftiger Feststellung, dass das Kind nicht vom Ehemann der Mutter abstammt.

Die Rechtsprechung (OGH 26.2.2002, 1 Ob 31/02v, JBI 2002, 515) lässt das Recht des Ehemanns auf Ehelichkeitsbestreitung konsequenterweise selbst dann zu, wenn ein anderer Mann ein wirksames Anerkenntnis nach § 163 e Abs. 2 abgegeben hat und der Ehemann folglich das Anerkenntnis auch mit einem

Widerspruch nach § 163 e Abs. 3 beseitigen hätte können. Daraus ergibt sich, dass die Frist zur Ehelichkeitsbestreitung auch dann läuft, wenn ein anderer Mann ein rechtswirksames „durchbrechendes“ Vaterschaftsanerkennntnis abgegeben hat. Will nun der Ehemann der Mutter für jene Fälle Vorsorge treffen, in denen das Vaterschaftsanerkennntnis des anderen Mannes später aus einem Grund des § 164 für rechtsunwirksam erklärt wird, so müsste er nach geltendem Recht trotz bestehender Vaterschaft des anderen Mannes vorbeugend eine Ehelichkeitsbestreitungsklage erheben. Andernfalls liefe er Gefahr, dass die Anfechtungsfrist zum Zeitpunkt des Wegfalls des Vaterschaftsanerkennntnisses bereits abgelaufen ist. Genau dies soll durch den neuen **dritten Satz des Abs. 1** verhindert werden. Der Ehemann soll nicht dazu verhalten werden, ein Abstammungsverfahren zur bloßen Wahrung der – nunmehr – zweijährigen Anfechtungsfrist einzuleiten, solange ein anderer Mann allgemein verbindlich als Vater feststeht. Die Anfechtungsfrist ist während des Zeitraumes, in dem ein anderer Mann aufgrund eines Anerkennntnisses als Vater gilt, gehemmt. Sie läuft weiter, wenn der andere Mann als Vater, etwa aufgrund einer Entscheidung nach § 164, wieder wegfällt.

Abs. 2 übernimmt zunächst die Bestimmung des geltenden § 156 Abs. 3, sieht aber – im Hinblick auf die neue Antragsfrist von zwei Jahren - eine Hemmung der Anfechtungsfrist vor, wenn das unabwendbare oder unvorhergesehene Ereignis innerhalb des letzten Jahres und nicht wie bisher innerhalb der letzten sechs Monate der Frist eingetreten ist. Darüber hinaus ist eine Hemmung der Frist vorgesehen, solange die antragsberechtigte Person nicht eigenberechtigt ist. Ab Erlangung der Eigenberechtigung (Volljährigkeit bzw volle Geschäftsfähigkeit) fängt die zweijährige Frist erneut zu laufen an.

Abs. 3 enthält für den Antrag des Mannes eine absolute Frist von 30 Jahren ab der Geburt des Kindes bzw ab der Wirksamkeit der Abstammungsänderung (vgl § 138 Abs. 2). Nach Ablauf dieser Frist kann nur mehr das Kind bzw dessen Rechtsnachfolger den Antrag auf Feststellung der Nichtabstammung stellen.

Zu Z 11 (Aufhebung des § 159):

Die in **§ 159 Abs. 1** in der geltenden Fassung vorgesehene Regelung über die Bestreitung der ehelichen Abstammung findet sich in Form des „Antrags auf Feststellung der Nichtabstammung“ im vorgeschlagenen § 156. Das in **Abs. 2** enthaltene Anfechtungsrecht des Staatsanwalts nach dem Tod des Kindes ist aufgrund der §§ 156 iVm 138a Abs. 2 entbehrlich.

Zu Z 12 (§ 161):

In **Abs. 1** wird die Bezugnahme auf § 163b aufgehoben, da der im Entwurf vorgeschlagene § 163b einen anderen, hier nicht relevanten Inhalt erhalten soll. Weiters wird in **Abs. 3** durch Aufnahme des Anerkenntnisses nach § 163e Abs. 2 klargestellt, dass die Legitimation seit dem KindRÄG 2001 auch durch ein „durchbrechendes“ Anerkenntnis wieder aufgehoben werden kann.

Zu Z 15 (§ 163):

§ 163 des vorgeschlagenen Entwurfs regelt die gerichtliche Feststellung der Abstammung eines unehelichen Kindes grundlegend neu. Nach dem geltenden § 163 ABGB wird von dem Mann, welcher der Mutter innerhalb eines Zeitraums von nicht mehr als 300 und nicht weniger als 180 Tagen vor der Entbindung beigewohnt hat, vermutet, dass er das Kind gezeugt hat.

Ist die Vaterschaft zu einem Kind noch nicht festgestellt, so besteht nach geltendem Recht für den Mann, der bereit ist, Elternverantwortung für ein Kind zu übernehmen, nur die Möglichkeit eines Vaterschaftsanerkenntnisses. Ein solches Anerkenntnis ist für den Anerkennenden freilich mit dem Risiko verbunden, rechtlicher Vater eines Kindes zu werden, das biologisch nicht von ihm abstammt. Wird nämlich – was in der Praxis der Regelfall ist – gegen das Anerkenntnis weder von der Mutter noch vom Kind Widerspruch erhoben, kommt es erst gar nicht zu einem gerichtlichen Verfahren, das die Feststellung des richtigen („genetischen“ oder „biologischen“) Vaters gewährleistet. Nur im Fall eines Widerspruchs wird das Vaterschaftsanerkenntnis – gleichsam ohne Ermittlungsverfahren – für rechtsunwirksam erklärt und dem anerkennenden Mann die Möglichkeit eröffnet, seine Vaterschaft mit Klage gegen das Kind durchzusetzen.

Um diese für den Anerkennenden und das betreffende Kind gleichermaßen unbefriedigende Situation zu entschärfen, sieht der neue § 163 Abs. 1 – neben dem nach wie vor unverändert gebliebenen Vaterschaftsanerkenntnis – für den Mann (und für das Kind; s. dazu unten) die Möglichkeit vor, in einem gerichtlichen Verfahren feststellen zu lassen, dass (ob) er das Kind gezeugt hat. Anders als nach der derzeitigen Rechtslage steht somit auch all jenen Männern, denen die Anerkennung der Vaterschaft zu einem Kind zu riskant scheint, der Weg offen, in einem geordneten gerichtlichen Verfahren – und nicht wie derzeit gelegentlich und unter Missachtung der Persönlichkeitsrechte des Kindes durch heimliche Privatgutachten – den Nachweis der genetischen Vaterschaft zu erlangen. Diese Regelung soll (auch) in all jenen Fällen, in denen Unsicherheit über die tatsächliche Vaterschaft besteht, zu klaren Verhältnissen beitragen und Zweifel und Argwohn von vornherein ausräumen. Erfahrungen der Pflegschaftsgerichte haben gezeigt, dass Männer, die durchaus bereit wären, Elternverantwortung für ein Kind zu übernehmen, die fehlende Möglichkeit, über ihre tatsächliche genetische Vaterschaft Gewissheit zu erlangen, zunehmend als unbefriedigend empfinden und dass Partnerschaften, die mit einer solchen Unsicherheit belastet sind, dieser Last oft nicht standhalten. Klare – der wahren Abstammung entsprechende – Verhältnisse geben allen Beteiligten die Möglichkeit, mit den Gegebenheiten umzugehen.

Im Rahmen der Expertengespräche geäußerte Bedenken, die mit der vorgeschlagenen Neufassung des § 163 Abs. 1 für den Mann geschaffene Antragsmöglichkeit könnte zu einer Erhöhung gerichtlicher Vaterschaftsverfahren (bei gleichzeitiger Senkung der Anerkennungsquote) und damit zu einer Mehrbelastung der Gerichte führen, wurde – unter anderem von Seiten der Richterschaft – damit begegnet, dass – wie bereits ausgeführt – diese Regelung durchaus geeignet scheint, Konfliktpotentiale zwischen Mutter und Vater zu verringern oder überhaupt von vornherein auszuschalten. Dass damit eine Verringerung des Aufwands für gerichtliche Folgeverfahren (Obsorge-, Besuchsrechts-, aber auch später angestrebte Abstammungsverfahren) einher geht, ist durchaus naheliegend, wenngleich einzuräumen ist, dass mangels Vorhersehbarkeit der Reaktion der Betroffenen auf die geänderte Rechtslage,

seriöse Aussagen über die Auswirkungen auf die Arbeitsbelastung der Gerichte nicht getroffen werden können.

Ebenso wie dem Mann eröffnet § 163 Abs. 1 des Entwurfs auch dem Kind die Möglichkeit, auf Antrag in einem gerichtlichen Verfahren den positiven Abstammungsbeweis zu erbringen. Dies bedeutet in der Praxis, dass das Kind den Beweis zu erbringen haben wird, dass es mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit von dem Mann gezeugt wurde, gegen den sich der Antrag richtet. Auch für die heutigen DNA-Untersuchungen gilt nämlich, dass sie nicht geeignet sind, eine Vaterschaft mit 100%iger Sicherheit festzustellen, jedoch haben die heute zur Verfügung stehenden Methoden eine derart hohe Präzision, dass ein Mann, der - etwa durch die Aussage der Mutter, mit ihm zur fraglichen Zeit Geschlechtsverkehr gehabt zu haben - als Vater in Frage kommt und mit den genetischen Methoden als Vater nicht ausgeschlossen werden kann, mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit Vater ist. DNA-Untersuchungen haben überdies den Vorteil, dass auch gegen den Willen der Betroffenen – meist des mutmaßlichen Vaters – Proben ohne invasive Methoden gewonnen werden können. Der Entwurf verwendet – Expertenmeinung folgend – den Begriff „gezeugt“ und nicht „abstammt“. Ein Kind stammt nämlich stets – in gerader Linie – von mehreren Männern (Vater, Großvater usw) ab, gezeugt ist es nur von einem. Dabei ist unter dem Zeugungsakt hier nicht der Geschlechtsverkehr zu verstehen, sondern die für die Entstehung des menschlichen Lebens wesentlichen Vereinigung von Samen und Eizellen (s auch die Verwendung des Wortes „gezeugt“ in Abs 3 im Zusammenhang mit der medizinisch unterstützten Fortpflanzung).

Abs. 2 hält im Fall eines Antrags des Kindes am System der widerlegbaren Vermutungswirkung der Beiwohnung fest. Es gilt weiterhin, dass der Mann, der der Mutter innerhalb der kritischen Zeit beigewohnt hat, als Vater festgestellt wird, sofern ihm nicht der Beweis seiner Nichtvaterschaft gelingt. Den vermuteten Vater trifft die Beweislast zur Widerlegung der Vaterschaftsvermutung. Während nach der derzeitigen Rechtslage hierzu der Nachweis der höheren Wahrscheinlichkeit der Zeugung durch einen anderen Mann ausreicht (*Schwimann*, ABGB² I, § 163 Rz 15), hat ein Mann zur Widerlegung der nach Abs. 2 aufgestellten Vaterschaftsvermutung

nunmehr zu beweisen, dass das Kind nicht von ihm abstammt, also den Ausschlussbeweis zu erbringen. In einer Zeit, in der auf Grund der in den letzten Jahren erzielten Fortschritte in der Paternitätsbegutachtung durch DNA-Gutachten die Abstammungsfeststellung mit sehr hoher Genauigkeit möglich ist, kann von einer bloßen Vermutungsregelung abgegangen werden. Dies gilt für den positiven Abstammungsbeweis nach Abs. 1 ebenso wie für den hier relevanten Ausschlussbeweis.

Die dem Kind nach Abs. 2 eingeräumte Möglichkeit, auch im Wege der Zeugungsvermutung zur Feststellung der Vaterschaft zu gelangen, ist nur als zweiter (hilfsweiser) Weg gedacht, wenn – aus welchen Gründen auch immer – eine genetische Abstammungsfeststellung nicht möglich ist, etwa weil der mutmaßliche Vater sich einer Abstammungsuntersuchung entzieht. Ist die Feststellung der Abstammung durch einen DNA-Test möglich, soll diese Beweismöglichkeit auch wahrgenommen und dem Kind die uneingeschränkte Möglichkeit eröffnet werden, seine wahre Abstammung feststellen zu lassen. In Anbetracht der Verlässlichkeit und Sicherheit moderner DNA-Gutachten und deren mittlerweile relativ geringen Kosten soll dem Kind die Feststellung seiner „eigenen Wurzeln“ erleichtert und nur hilfsweise, etwa wenn eine „Vaterlosigkeit“ droht, auf die Zeugungsvermutung zurückgegriffen werden.

Abs. 2 zweiter Satz regelt die Feststellung der Abstammung eines unehelichen Kindes von einem bereits verstorbenen Mann. Die Feststellung der Abstammung nach dem ersten Satz („Vaterschaftsvermutung durch Beiwohnung“) ist nur innerhalb von zwei Jahren nach dem Tod des Mannes möglich, es sei denn, das Kind beweist, dass ihm der Beweis nach Abs. 1 (positiver Abstammungsbeweis) aus Gründen auf Seiten des Mannes nicht gelingt. In der Regel werden auch nach dem Tod des mutmaßlichen Vaters diesem zuordenbare DNA-Spuren verfügbar sein, sodass auch in diesem Fall die Zeugungsvermutung nur eine eingeschränkte praktische Bedeutung haben wird. In jenen seltenen Fällen, in denen ein DNA-Test unmöglich ist, soll durch die Anknüpfung an die Beiwohnung dennoch die Vaterschaft festgestellt werden können. Ein solcher Antrag kann nur innerhalb von zwei Jahren nach dem Tod des Mannes gestellt werden; nach Ablauf einer größeren

Zeitspanne wird der Nachweis der Beiwohnung und ein allfälliger Gegenbeweis nur noch schwer zu erbringen sein. Die Feststellung der Vaterschaft durch Nachweis der Beiwohnung soll jedoch in jenen Fällen unbeschränkt möglich sein, in denen das Kind beweist, dass ihm der positive Abstammungsbeweis aus Gründen „auf Seiten des Mannes“, die also der Sphäre des Mannes zuzurechnen sind, nicht gelungen ist. Dabei ist insbesondere an die „flüchtigen Männer“, die sich zu Lebzeiten dem Zugriff des Gerichtes entzogen haben und die auch nach ihrem Tod nicht „greifbar“ sind, aber auch an jene Fälle gedacht, in denen etwa Erben genetisches Material verschwinden lassen. Der positive Abstammungsbeweis ist generell ohne zusätzliche Bedingungen und auch ohne zeitliche Beschränkung möglich, weil DNA-Spuren, die dem Verstorbenen zugeordnet werden können, auch noch lange nach dessen Tod für den Vaterschaftsbeweis verwertbar sind.

§ 163 Abs. 2 letzter Satz ist aber auch in Zusammenhang mit der Aufhebung der bisher in § 730 Abs. 2 ABGB enthaltenen erbrechtlichen Sonderregelung bedeutsam. Die Anordnung, dass ein Antrag auf Feststellung der Vaterschaft auf der Grundlage der Beiwohnungsvermutung nur innerhalb von zwei Jahren nach dem Tod des Mannes zulässig ist, stellt einen Ausgleich für den Entfall dieser Sonderregelung dar und soll der missbräuchlichen Geltendmachung erbrechtlicher Ansprüche vorbeugen (s auch die Erläuterungen zur Aufhebung des § 730 Abs. 2 ABGB).

Abs. 3 regelt die Feststellung der Vaterschaft im Fall einer heterologen medizinisch unterstützten Fortpflanzung. Ist an der Mutter eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung mit dem Samen eines Dritten durchgeführt worden, so ist Vater der Mann, der dieser medizinisch unterstützten Fortpflanzung in Form eines gerichtlichen Protokolls oder eines Notariatsakts zugestimmt hat. Beweisthema ist somit die qualifizierte Zustimmung zur medizinisch unterstützten Fortpflanzung. Die Vaterschaft kann nur durch den Beweis, dass das Kind nicht aus dieser medizinisch unterstützten Fortpflanzung stammt, entkräftet werden. Der genetische Vaterschaftsnachweis steht in diesem Fall naturgemäß nicht zur Verfügung. In dieser Beziehung unterscheidet sich die heterologe von der homologen medizinisch unterstützten Fortpflanzung. Aus diesem Grund bedarf es auch für die medizinisch

unterstützte Fortpflanzung mit dem Samen des Ehemannes (oder des Lebensgefährten) keiner besonderen Regelung.

Abs. 4 erster Satz entspricht dem geltenden § 163 Abs. 4. Der zweite Satz enthält eine Legaldefinition des Begriffs „Dritter“. „Dritter“ im Sinne des Abs. 4 ist der Mann, der seinen Samen für andere - also nicht für die eigene Fortpflanzung - einer nach dem Fortpflanzungsmedizingesetz zur Durchführung heterologer Inseminationen befugten Krankenanstalt überlässt. Die Bestimmung soll gleichzeitig klarstellen, dass die Feststellung der Vaterschaft eines Samenspenders nur dann ausgeschlossen sein soll, wenn die in Abs. 4 genannten Voraussetzungen vorliegen. Wer also seinen Samen beispielsweise direkt - ohne Einschaltung einer Krankenanstalt - den Wunscheltern überlässt, könnte demnach als Vater festgestellt werden. Mit dieser Klarstellung kann möglichen „Schutzbehauptungen“ von Männern vorgebeugt werden, sie hätten der Mutter nie beigezogen, sondern ihren Samen nur als „Dritter“ für eine „private“ Insemination zur Verfügung gestellt. Darüber hinaus soll die Bestimmung in präventiver Weise sicherstellen, dass heterologe Inseminationen grundsätzlich nur unter Einschaltung entsprechend befugter Krankenanstalten durchgeführt werden.

Zu Z 16 (§ 163b):

§ 163b regelt die nunmehr neu vorgesehene Möglichkeit des Kindes, bei bereits feststehender – auch ehelicher - Vaterschaft die Feststellung der Vaterschaft eines anderen Mannes zu erwirken („Vätertausch“). Nach geltendem Recht kann eine feststehende Vaterschaft nur durch ein Urteil auf Grund einer Klage nach § 164c Z 3 ABGB und durch ein Anerkenntnis nach § 163e Abs. 2 ABGB durchbrochen werden. In allen übrigen Fällen ist die Feststellung der Abstammung von einem anderen Mann nur dann möglich, wenn zuerst die bestehende Vaterschaft beseitigt worden ist. Das Gesetz unterscheidet dabei die Fälle der Unwirksamklärung im Außerstreitverfahren nach § 164 ABGB und die Fälle der Beseitigung des rechtswirksamen Vaterschaftsanerkenntnisses im streitigen Verfahren nach § 164b ABGB. Nach § 164 ABGB hat das Gericht die Rechtsunwirksamkeit des Anerkenntnisses im Außerstreitverfahren von Amts wegen

festzustellen, wenn es von den dort genannten Unwirksamkeitsgründen Kenntnis erlangt (*Stabentheiner* in *Rummel*, § 164 Rz 3). Nach § 164b kann der anerkennende Mann durch Klage (gegen das Kind) ein Urteil auf Rechtsunwirksamklärung seines Anerkenntnisses erwirken.

Ein Recht des Kindes auf Anfechtung des Anerkenntnisses ist nach der geltenden Rechtslage bloß in Form des Widerspruchs bei Gericht möglich. Dieser setzt aber voraus, dass das Kind Informationen über die tatsächliche Vaterschaft hat. Ein Recht des Kindes auf Feststellung der biologischen Vaterschaft gegen die bloß rechtlich vermutete sieht das geltende Recht nicht vor.

Zwar hat der Staatsanwalt nach § 164c Z 3 ABGB das Recht, „im öffentlichen Interesse oder im Interesse des Kindes oder seiner Nachkommenschaft“ den mutmaßlichen Vater zu klagen. Der VfGH hat jedoch in seinem Erkenntnis vom 28.6.2003, G 78/00, Folgendes betont: Die durch Art. 8 EMRK gebotene Achtung der bestehenden Familiengemeinschaft im Lichte der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte erfordere jedenfalls in einem Fall, in welchem eine Störung eines nach Art. 8 EMRK geschützten Familienlebens von vornherein nicht in Betracht komme, zumindest für das Kind die Bereitstellung eines mit Rechtsanspruch zugänglichen Verfahrens, welches in rechtsförmlicher und verbindlicher Weise die Feststellung einer biologischen Vaterschaft gegen die bloß rechtlich vermutete ermögliche. Das Klagerecht des Staatsanwalts nach § 164c Z 3 ABGB werde – selbst wenn der Staatsanwalt im Interesse des Kindes einschreite – diesem Erfordernis nicht gerecht, da der Staatsanwalt jedenfalls nicht als Vertreter des Kindes tätig werde und die Einschätzung des Staatsanwalts sich nicht notwendigerweise mit den tatsächlichen subjektiven Interessen des Kindes decken müsse. Aber auch die Möglichkeit, eine bereits festgestellte Abstammung durch ein Anerkenntnis nach § 163e ABGB zu durchbrechen, beseitige die Verfassungswidrigkeit der angefochtenen Regelungen nicht, da es für ein solches Anerkenntnis des gemeinsamen Zusammenwirkens aller Beteiligten zur Widerlegung der Vaterschaftsvermutung bedürfe.

Der neue § 163b ermöglicht nun unmittelbar die Feststellung der Abstammung des Kindes von einem anderen Mann und räumt dem Kind ein

subjektives Recht auf Beseitigung einer bereits (auf Grund eines Anerkenntnisses oder durch eine gerichtliche Feststellung nach § 163 Abs. 1) bestehenden Abstammung ein. Das Kind kann trotz bestehender Vaterschaft einen Antrag gemäß § 163 Abs. 1 bis 3 stellen. Es steht also auch die erleichterte Beweismöglichkeit des § 163 Abs. 2 zur Verfügung; dies erscheint insofern unbedenklich, als dem Mann der Gegenbeweis offen steht. Gelingt dem Kind der Abstammungsnachweis, so hat der Beschluss, in dem die Vaterschaft festgestellt wird, zugleich auszusprechen, dass die Nichtabstammung des Kindes vom ersten Mann festgestellt wird.

Dass das Kind in der Antragstellung nach § 163b allenfalls durch die Mutter vertreten wird, schadet hierbei grundsätzlich nicht. Es liegt an dem am Kindeswohl orientierten Entscheidungsspielraum der Mutter, die wahre Abstammung des Kindes feststellen zu lassen oder vom Antrag auf Feststellung abzusehen, wenn die konkrete (familiäre) Situation ein Vorgehen nach § 163b als für das Kind nachteilig erscheinen lässt. Hier die Interessen und das Wohl des minderjährigen Kindes – selbst wenn diese mit den eigenen Interessen der Mutter verflochten sein mögen – einzuschätzen und nach dieser Einschätzung zu handeln, kann und soll der Mutter überlassen bleiben, zumal § 138d Abs. 2 des Entwurfs die ausdrückliche Verpflichtung des gesetzlichen Vertreters normiert, sich bei seinen Vertretungshandlungen in Angelegenheiten der Abstammung vom Wohl des Kindes leiten zu lassen (s. die Erläuterungen zu § 138d Abs. 2). Im übrigen wird die Vertretung eines minderjährigen Kindes nach § 212 Abs. 2 ABGB idF des Entwurfes in der Regel dem Jugendwohlfahrtsträger überantwortet werden. Dem eigenberechtigten Kind ist es ohnehin unbenommen, seine Abstammung feststellen zu lassen.

Die Bestimmung des § 163b ähnelt in gewisser Weise dem Klagerecht des Staatsanwalts nach § 164c Z 3 ABGB nach der geltenden Rechtslage, gibt aber nunmehr dem Kind unmittelbar die Möglichkeit, den biologischen Vater in juristische Verantwortung zu nehmen. Die in der Lehre vorgebrachten Bedenken, § 164c Z 3 ABGB verletze Art. 6 EMRK, da der Mann, der ein rechtswirksames Vaterschaftsanerkentnis abgegeben habe, seinen familienrechtlichen Status durch ein Urteil in einem Verfahren verliere, von welchem er überhaupt keine Kenntnis

erlangt haben musste und in welchem ihm keine Parteistellung zugekommen sei (*Schwimmann*, ABGB² I, § 164c Rz 4, *Stabentheiner in Rummel*, § 164c Rz 2, beide unter Hinweis auf *Kralik* und *Steininger*), können dem neuen § 163b ABGB nicht entgegengehalten werden. Denn nach § 82 Abs. 2 des am 1.1.2005 in Kraft tretenden AußStrG sind in Verfahren über die Abstammung jedenfalls das Kind, die Person, deren Elternschaft durch das Verfahren begründet, beseitigt oder wieder begründet werden kann, und der andere Elternteil des Kindes, sofern er einsichts- und urteilsfähig sowie am Leben ist, Parteien.

Ein zentrales Thema im Rahmen der dem vorliegenden Entwurf vorangegangenen Expertengespräche war ua die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen es angemessen sei, dem Mann, der behauptet, biologischer Vater zu sein, die Möglichkeit einzuräumen, die Feststellung zu beantragen, ein Kind stamme von ihm (und damit nicht vom Ehemann der Mutter) ab. Nach der Judikatur des EGMR ist das mit Art. 8 EMRK geschützte „Familienleben“ nicht allein auf Beziehungen beschränkt, die sich auf eine Ehe gründen, es könnten auch andere de-facto-Familienbande umfasst sein (EGMR 25.5.1994, *Keegan gegen Irland*, ÖJZ MRK 1995/2; EGMR 23.4.1997, *X, Y und Z gegen Vereinigtes Königreich*, ÖJZ MRK 1998/14; EGMR 27.10.1994, *Kroon u. a. gegen Niederlande*, ÖJZ MRK 1995/20). Ob ein nach Art. 8 EMRK geschütztes Familienleben vorliegt, kann von mehreren Faktoren abhängen. Im Fall *Kroon* meinte der EGMR, dass zwischen dem Kind und seinem biologischen Vater von Zeitpunkt der Geburt an eine „Familieneinheit“ im Sinne des Art. 8 EMRK bestehe.

Die Judikatur des EGMR hat in Österreich sowie im europäischen Ausland zur familienrechtlichen Diskussion geführt, unter welchen Voraussetzungen einem Mann die Feststellung seiner Vaterschaft eröffnet oder aber verweigert werden soll. Ein Blick auf die deutsche Rechtslage lohnt, wenngleich darauf hinzuweisen ist, dass die Überlegungen zur deutschen Rechtslage nur bedingt auf die österreichische umgelegt werden können. Dem österreichischen Abstammungsrecht ist zB ein Zustimmungserfordernis der Mutter zum Vaterschaftsanerkenntnis, das in Deutschland immer wieder Probleme bereitet, fremd. Demgegenüber kennt das deutsche Recht kein dem „durchbrechenden“ Vaterschaftsanerkenntnis

entsprechendes Rechtsinstitut. Der deutsche Gesetzgeber sowie die deutsche Rechtsprechung rechtfertigen das Fehlen der Möglichkeit des leiblichen Vaters, die bestehende Vaterschaft eines anderen Mannes anzufechten, mit dem verfassungsrechtlich geschützten Interesse des Kindes, ungestört in den gewohnten sozialen Bindungen aufwachsen zu können, wie auch mit dem eigenen Interesse der Mutter, diese sozialen Bindungen ungestört aufrecht zu erhalten (vgl. FamRZ 2003, 885). In seiner Entscheidung vom 9.4.2003 führte das deutsche BVerfG aus, das Gesetz müsse dem leiblichen Vater die Möglichkeit, die rechtliche Vaterposition zu erlangen, in solchen Fällen eröffnen, in denen der Schutz einer familiären Beziehung zwischen dem Kind und seinen rechtlichen Eltern nicht entgegensteht. Anders liege es jedoch, wenn die rechtlichen Eltern mit dem Kind eine soziale Familie bilden (BVerfG v. 9.4.2003, 1 BvR 1493/96 u. 1724/01, FamRZ 2003, 816ff).

Diese Entscheidung des BVerfG (wie auch die Judikatur des EGMR) ist ebenso kontroversiell wie die daraus resultierende, vom zwangsläufigen Spannungsfeld zwischen „Kenntnis der wahren Abstammung“ und „Schutz des sozialen Familienverbandes“ getragene familienrechtliche Auseinandersetzung (sowohl in Österreich als auch in Deutschland) zur Frage, ob der nach Art. 8 EMRK gewährleistete Schutz des „Familienlebens“ primär oder gar ausschließlich auf biologische oder aber auf soziale Familienbände bezogen werden müsse. Die Beantwortung dieser Frage leitet zu der oben gestellten über, ob der wahre Vater die Feststellung begehren könne, sein Kind stamme nicht vom Ehemann der Mutter ab. Die Bejahung eines diesbezüglichen Rechtes des genetischen Vaters („ohne Wenn und Aber“) hätte zu einer Aufnahme des Mannes (neben dem Kind) als Antragslegitimierten in § 163b führen müssen (vgl. in diesem Zusammenhang auch die Erläuterungen zum § 156). Der vorliegende Entwurf nimmt von einer solchen Regelung Abstand. Dies bedeutet aber keineswegs, dass der Entwurf dem leiblichen Vater jeglichen Zugang zur Feststellung der wahren Abstammung vorenthält. Der Entwurf löst das Spannungsverhältnis zwischen „Kenntnis der wahren Abstammung“ und „Schutz der sozialen Familie“ mit einer systemkonformen Fortentwicklung des Rechtsinstituts des „durchbrechenden“ Vaterschaftsanerkennnisses nach § 163e Abs. 2 (siehe die Erläuterungen dort), der dem derzeitigen Diskussionsstand zu

dieser heiklen Frage unter Zugrundelegung der Besonderheiten des österreichischen Abstammungsrechts gerecht werden soll.

Der Umstand, dass der Entwurf dem Mann als behaupteten biologischen Vater ein Antragsrecht nach § 163b nicht zuerkennt, soll lediglich verhindern, dass sich dem Kind, das bereits einen Vater im Rechtssinn hat, der biologische Vater um jeden Preis „aufdrängt“. Auch der VfGH weist in dem oben zitierten Erkenntnis ausdrücklich darauf hin, dass die Rechtsauffassung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte nicht so zu verstehen sei, dass ein faktisch bestehendes Familienband zwischen dem Kind, seiner Mutter und deren Ehemann (der rechtlich als Vater des Kindes gilt) insofern einen geringeren Schutz nach Art. 8 EMRK genieße, als es der Staat generell zulassen dürfte oder gar müsste, dass sich ein Mann, der sich für den leiblichen Vater des Kindes halte, in bestimmter rechtlicher Form (zB durch Führung eines Abstammungsprozesses) in diese Familie gegen den Willen aller übrigen Beteiligten (und daher zum Nachteil dieser bestehenden Familiengemeinschaft) hineindränge. Gegen eine Antragslegitimation des Mannes nach § 163b wurde vorgebracht, dass der leibliche Vater in vielen Fällen gar keine Nahebeziehung zum Kind habe, das Kind vielmehr mit seiner Mutter und dem Gilt-Vater in häuslicher Gemeinschaft lebe (*Bernat*, FamRZ 2003, 1915ff). In einer solchen Situation könne dem leiblichen Vater kein Vorrang eingeräumt werden (*Wellenhofer-Klein*, FamRZ 2003, 1889 ff, 1890).

Der Entwurf bekennt sich insofern zum Schutz der „sozialen Familie“, wo eine solche tatsächlich gelebt wird. Unter welchen Voraussetzungen der Entwurf der Feststellung der wahren Abstammung dennoch den Vorzug vor einer rechtlichen Vermutung gibt, ist den Erläuterungen zu § 163e zu entnehmen.

Zu Z 17 (§ 163c Abs. 3):

Der geltende Abs. 3 des § 163c ist im Hinblick auf die nun auch für die Geschäftsfähigkeit bei Vaterschaftsanerkennnissen maßgebliche allgemeine Regel des neuen § 138d entbehrlich. Der neu formulierte § 163c Abs. 3 normiert auch für die nach § 138d erforderliche Zustimmung des gesetzlichen Vertreters die

Formvorschriften des Anerkennnisses. Die Zustimmung kann nur in einer öffentlichen oder öffentlich beglaubigten Urkunde abgegeben werden.

Zu Z 18 (§ 163d) :

Der geltende Abs. 1 wird dahingehend ergänzt, dass der Widerspruch nur von der einsichts- und urteilsfähigen Mutter erhoben werden kann. Damit wird die Formulierung des § 82 Abs. 2 AußStrG, BGBl. I Nr. 2003/111, über die Parteifähigkeit der Mutter im Abstammungsverfahren übernommen.

Ist die einsichts- und urteilsfähige Mutter nicht voll geschäftsfähig, so bedarf sie – anders als nach der geltenden Rechtslage – zur Erhebung des Widerspruchs nicht mehr der Zustimmung ihres gesetzlichen Vertreters. Fehlt der Mutter die Einsichts- und Urteilsfähigkeit oder ist sie gestorben, so entfällt ihre Widerspruchsmöglichkeit vollständig.

Die Widerspruchsfrist beginnt erst, wenn das Anerkenntnis rechtswirksam wird und die Widerspruchsberechtigten davon Kenntnis erlangen. In der Praxis wird der Standesbeamte die Widerspruchsberechtigten von der Rechtswirksamkeit des Anerkennnisses verständigen, womit der Fristenlauf ausgelöst wird. Damit ist auch sicher gestellt, dass ein Widerspruch gegen ein Anerkenntnis, von dem noch nicht klar ist, ob es Rechtswirksamkeit erlangt, zur bloß theoretischen Wahrung von Fristen nicht erforderlich ist.

Abs. 2 sieht eine Hemmung der Widerspruchsfrist vor, wenn die zum Widerspruch berechtigte Person innerhalb des letzten Jahres der Frist durch ein unabwendbares oder unvorhergesehenes Ereignis am Widerspruch gehindert ist. Solange die zum Widerspruch berechtigte Person nicht eigenberechtigt ist, ist die Frist ebenfalls gehemmt und beginnt ab Erlangung der Eigenberechtigung erneut zu laufen.

Zu Z 19 (§ 163e):

Das mit dem Kindschaftsrechts-Änderungsgesetz 2001 (KindRÄG 2001) eingeführte Rechtsinstitut des „durchbrechenden“ Vaterschaftsanerkennnisses nach

§ 163e Abs. 2 ABGB, das von der Praxis offenbar zustimmend aufgenommen wurde, wird mit dem vorliegenden Entwurf systemkonform fortentwickelt.

In Abs. 2 wird ausdrücklich klargestellt, dass auch bei der Bezeichnung des Vaters durch die Mutter und der Zustimmung des Kindes zum Anerkenntnis die Formvorschriften des Anerkenntnisses einzuhalten sind. Die Bezeichnung des Vaters durch die Mutter kann nunmehr durch die einsichts- und urteilsfähige Mutter alleine erfolgen; für eine Zustimmung des gesetzlichen Vertreters der Mutter ist kein Raum mehr.

§ 163e Abs. 2 ermöglicht einem Mann, der sich zu seiner Vaterschaft zu einem Kind bekennt, das bereits einen rechtlichen Vater hat, ein - eine bestehende Vaterschaft „durchbrechendes“ - Anerkenntnis abzugeben. Für dieses qualifizierte Anerkenntnis bedarf es zusätzlich zur Anerkennungserklärung des Mannes der Mitwirkung der Mutter (in Form der Bezeichnung des Anerkennenden als Vater) und der Zustimmung des Kindes, wobei das mj. Kind vom Jugendwohlfahrtsträger vertreten wird. Erst wenn diese Voraussetzungen vorliegen, erlangt ein solches Vaterschaftsanerkenntnis Rechtswirksamkeit, wobei der „Gilt-Vater“ nach Abs. 3 die Möglichkeit hat, das Vaterschaftsanerkenntnis durch Widerspruch bei Gericht außer Kraft setzen zu lassen.

Seit der Einführung des § 163e Abs. 2 ABGB mit dem KindRÄG 2001 herrscht in der Lehre Uneinigkeit darüber, ob im Falle eines Widerspruchs des Gilt-Vaters dem Anerkennenden die Klage nach § 164c Z 2 ABGB offen stehen soll. Wenngleich § 164c Z 2 ABGB vom Wortlaut her ebenso auf einen Widerspruch nach § 163 Abs. 3 ABGB passen würde, ist diese Bestimmung lange vor der Einführung des „durchbrechenden“ Vaterschaftsanerkenntnisses für „normale“ Anerkenntnisse und Widersprüche dagegen geschaffen worden. *Stabentheiner* in Rummel, ABGB³, ErgBd § 163e Rz 4, bejaht ein Klagerecht, während *Schwimmann*, Familienrecht⁴, 54, ein solches mit der Begründung ablehnt, § 164c Z 2 gelte nur für sonst vaterlose Kinder. *Hinteregger*, Familienrecht⁺⁻², 134, kritisiert, dass ein allfälliges Klagerecht des Anerkennenden verfassungsrechtlich bedenklich sei, weil dem Ehemann der Mutter in diesem Verfahren keine Parteistellung zukomme.

In Hinkunft soll in dieser Hinsicht keine Rechtsunsicherheit mehr bestehen: Der nach § 163e Abs. 2 Anerkennende soll nach einem Widerspruch des Gilt-Vaters (oder jetzt auch der Mutter des eigenberechtigten Kindes; s. dazu unten) nach § 163e **Abs. 3** das Recht haben, die Abstammung des Kindes von ihm feststellen zu lassen. § 164 Abs. 1 Z 2 des Entwurfs formuliert zwar nicht spezifisch ein Antragsrecht des Anerkennenden, seine allgemeine Formulierung umfasst aber jedenfalls unzweideutig auch Widersprüche nach § 163e Abs. 3. Demnach hat das Gericht das Anerkenntnis auf Grund eines nach § 163e Abs. 3 erhobenen Widerspruchs des Gilt-Vaters oder der Mutter für rechtsunwirksam zu erklären, es sei denn, der Anerkennende beweist, dass das Kind von ihm abstammt. Der positive Abstammungsbeweis soll also (gerade) auch nach einem Widerspruch gegen ein „durchbrechendes“ Vaterschaftsanerkenntnis zulässig sein. Damit ist sichergestellt, dass ein Widerspruch des Gilt-Vaters die Feststellung der wahren Abstammung nicht verhindert. Die nach der geltenden Rechtslage begründeten verfassungsrechtlichen Bedenken *Hinteregggers* (aaO) gegen ein Klagerecht (Antragsrecht) des Anerkennenden mangels Gehörs des Gilt-Vaters treffen wegen der Bestimmung des § 82 Abs. 2 des neuen AußStrG, mit welcher unter anderem jedenfalls auch dem Gilt-Vater Parteistellung im Abstammungsverfahren zukommt, nicht mehr zu.

Beibehalten wird (beim nicht eigenberechtigten Kind; dazu sogleich unten) das Erfordernis der Mitwirkung der Mutter durch Bezeichnung des Anerkennenden als Vater. Die Bestimmung trägt wesentlich dazu bei, dass einer Einmischung des Mannes, der sich für den biologischen Vater des Kindes hält, in eine intakte Familie zur Wahrung der nach Art 8 EMRK schützenswerten Interessen entgegengewirkt wird. Die Mitwirkung der Mutter ist nämlich gerade dann zu erwarten, wenn diese nicht mit dem Gilt-Vater in einer sozialen Familie lebt.

Eine inhaltliche Änderung, welche gleichsam einen weiteren Schritt zur Feststellung der wahren Abstammung darstellt, erfährt **Abs. 2** dadurch, dass die Bezeichnung des Vaters durch die Mutter nur dann zur Rechtswirksamkeit des Anerkenntnisses erforderlich ist, wenn das Kind nicht eigenberechtigt ist. Da auch in Abstammungsangelegenheiten nur das nicht eigenberechtigte Kind eines

besonderen Schutzes bedarf, hat die Mutter nach erklärter Zustimmung des eigenberechtigten Kindes lediglich ein Widerspruchsrecht, welches in Abs. 3 verankert ist. Dort wird auch klargestellt, dass dieses Widerspruchsrecht ein höchst persönliches Recht ist, das von der Mutter somit nur zu Lebzeiten ausgeübt werden kann. Auch nach einem Widerspruch der Mutter hat der Anerkennende die Möglichkeit des Beweises seiner Vaterschaft nach § 164 Abs. 1 Z 2.

Für die Befristung des Widerspruchs sowie für die Fristenhemmung gilt nach dem zweiten Satz des Abs. 3 der § 163d.

Wie bereits erwähnt, ist eine der Kernfragen des Abstammungsrechts, unter welchen Voraussetzungen einem Mann der Weg zur Feststellung der Vaterschaft zu einem Kind, das bereits einen rechtlichen Vater hat, offen stehen soll. Der Entwurf verneint ein uneingeschränktes Recht des Mannes auf Feststellung der wahren Vaterschaft zu einem solchen Kind, sucht aber durch die Fortentwicklung des Rechtsinstituts des „durchbrechenden“ Anerkenntnisses nach § 163e Abs. 2, die Möglichkeiten der Feststellung der wahren Abstammung behutsam auszuweiten.

Als Alternative zu dieser Lösung käme auch ein Anknüpfen an die durch die Judikatur des EGMR entwickelten Kriterien in Betracht. Danach soll ein Anspruch des biologischen Vaters auf Feststellung seiner Vaterschaft bei feststehender Vaterschaft eines anderen Mannes vor allem davon abhängen, ob das Kind mit dem rechtlichen Vater in einer „sozialen Familie“ lebt oder ob der „Vaterschaftsbewerber“ seinerseits mit dem Kind eine nach Art. 8 EMRK schützenswerte Familieneinheit bildet. So könnte etwa dem Mann eine Antragslegitimation nach § 163b des Entwurfs eingeräumt werden, diese aber vom Vorliegen bestimmter Voraussetzungen (etwa: Bestehen einer Lebensgemeinschaft zwischen Vaterschaftswerber und Kind oder zumindest Nichtbestehen einer Lebensgemeinschaft zwischen Gilt-Vater und Kind) abhängig gemacht werden. Weiters wäre auch ein Anknüpfen an die Obsorge in dem Sinn denkbar, dass die Feststellung der Vaterschaft durch den Dritten unmöglich ist, wenn dem rechtlichen Vater zumindest die gemeinsame Obsorge mit der Mutter zusteht. Der Entwurf hat sich stattdessen zu der wohl einfacher zu handhabenden und mehr Rechtssicherheit

bietenden Lösung entschlossen, den Schutz der „sozialen“ Familie an die Zustimmungserfordernisse zu knüpfen.

Zu Z 20 (§ 164):

§ 164 des Entwurfs fasst im wesentlichen die bisherigen Bestimmungen der §§ 164 und 164b ABGB zusammen und regelt damit abschließend die unterschiedlichen Möglichkeiten, die Rechtsunwirksamkeit eines Anerkenntnisses festzustellen.

Z 1 übernimmt die Fälle der amtswegigen Feststellung der Rechtsunwirksamkeit eines Anerkenntnisses nach dem geltenden § 164. Ausdrücklich wird nunmehr auch normiert, dass es zur Rechtswirksamkeit eines „durchbrechenden“ Vaterschaftsanerkenntnisses nach § 163e Abs. 2 der Einhaltung der Formvorschriften auch bei der Bezeichnung des Anerkennenden als Vater durch die Mutter und bei der Zustimmung des Kindes bedarf sowie Einsichts- und Urteilsfähigkeit des Kindes und der Mutter oder – beim Kind - die gesetzliche Vertretung des Kindes bei diesen Erklärungen gegeben sein müssen.

Z 2 regelt die Fälle des Widerspruchs. Anders als nach der geltenden Rechtslage soll der Anerkennende die Möglichkeit erhalten, die Rechtsunwirksamklärung seines Anerkenntnisses durch Führung des positiven Abstammungsbeweises zu verhindern. Dies gilt für „normale“ Anerkenntnisse und Widersprüche dagegen ebenso wie für Anerkenntnisse nach § 163e Abs. 2 (s die Erläuterungen zu § 163e). In verfahrensrechtlicher Hinsicht ist zu beachten, dass der Anerkennende den Nachweis der Abstammung des Kindes im Rahmen des durch den Widerspruch ausgelösten Verfahrens über die Rechtswirksamkeit des Anerkenntnisses zu erbringen hat. Gelingt der Beweis, so ist dem Widerspruch nicht Folge zu geben, das Anerkenntnis bleibt rechtswirksam.

Z 3 entspricht – abgesehen von kleinen Änderungen - dem bisherigen § 164b. Bei den in lit. a geregelten Fällen der Willensmängel muss das Anerkenntnis nunmehr durch List, Furcht oder Irrtum über die Abstammung des Kindes (und nicht mehr über die Beiwohnung) veranlasst worden sein. In lit. b wird nicht mehr an die Vermutung der Vaterschaft, sondern an jene Umstände angeknüpft, die für die

Nichtabstammung des Kindes sprechen. Auf Grund der heute möglichen Vaterschaftsfeststellungen durch DNA-Gutachten ist ein Abstellen auf bloße Vermutungen nicht mehr zeitgemäß. Der Anerkennende hat nachzuweisen, dass das Kind nicht von ihm abstammt und er erst nachträglich von hierfür sprechenden Umständen Kenntnis erlangt hat.

Abs. 2 verlängert die bisher in § 164b ABGB geregelte Frist auf zwei Jahre.

Zu Z 21 (Aufhebung der §§ 164a bis 164d):

§ 164a ist aufgrund des neuen § 138d Abs. 2 entbehrlich. § 164b wird durch § 164 idF des Entwurfs übernommen. Die Fälle der Vaterschaftsfeststellungsklage des § 164c werden durch den Antrag auf Feststellung der Abstammung (§ 163 idF des Entwurfs) ersetzt, wobei die nicht mehr zeitgemäße Klagebefugnis des Staatsanwalts entfällt. Die Regelung der Rechtsnachfolge ist nunmehr in § 138a Abs. 2 normiert.

Zu Z 23 (§ 212):

§ 212 Abs. 2 normiert ausdrücklich, dass für die Festsetzung oder Durchsetzung der Unterhaltsansprüche des Kindes sowie gegebenenfalls in Abstammungsangelegenheiten der Jugendwohlfahrtsträger Vertreter des Kindes ist, wenn die schriftliche Zustimmung des sonstigen gesetzlichen Vertreters vorliegt. Es bedarf der formellen Bestellung des Jugendwohlfahrtsträgers als Kollisionskurator somit nicht mehr, wenn die Mutter eine solche Erklärung abgibt.

Zu Z 24 (§ 213):

In der Rechtsprechung herrscht im Hinblick auf die Entscheidung 5 Ob 100/03x Unklarheit, ob die Gerichte in Ermangelung anderer geeigneter gesetzlicher Vertreter einem Minderjährigen auch den Jugendwohlfahrtsträger zum gesetzlichen Vertreter – etwa als Kollisionskurator nach § 271 ABGB – bestellen können. Da gerade in Abstammungssachen – trotz der durch das Kindschaftsrechts-Änderungsgesetz 2001 vorgenommenen Einschränkung des Anwendungsbereichs des § 271 ABGB – immer wieder Kollisionsfälle auftreten können, soll – in

Übereinstimmung mit der bisherigen überwiegenden Rechtsprechung – klargestellt werden, dass der Jugendwohlfahrtsträger auch als Kollisionskurator bestellt werden kann. Gerade in Abstammungssachen wird der Jugendwohlfahrtsträger aufgrund seiner besonderen Erfahrungen ein unverzichtbarer Vertreter des Kindes sein.

Zu Z 25 (§ 214):

Abs. 2 wird im Hinblick auf die Überstellung des Abstammungsverfahrens in das außerstreitige Verfahren und die allgemeine Regel des § 138d Abs. 2 idF des Entwurfs, wonach in Abstammungsangelegenheiten keine gerichtliche Genehmigung erforderlich ist, angepasst.

Zu Z 26 und 27 (§§ 281 und 283):

Mit den vorgeschlagenen Änderungen werden bereits durch das Kindschaftsrechts-Änderungsgesetz 2001 nötig gewordene Anpassungen dieser Bestimmungen vorgenommen.

Zu Z 28 (Aufhebung des § 730 Abs. 2):

§ 730 Abs. 2 erster Satz sieht als Voraussetzung für das gesetzliche Erbrecht vor, dass die Abstammung des Erbensprechers - zumeist das uneheliche Kind - zu Lebzeiten des Erblassers feststeht oder zumindest gerichtlich geltend gemacht wurde. Bei - zum Zeitpunkt des Todes des Erblassers – bereits gezeugten aber noch nicht geborenen Kindern genügt es, wenn die Feststellung der Abstammung oder die Einleitung eines darauf gerichteten Verfahrens innerhalb eines Jahres nach der Geburt erfolgt (§ 730 Abs. 2 zweiter Satz). Die Rechtsprechung wendet diese Privilegierung ungeborener Kinder im Anschluss an *Schauer* (Zum Anwendungsbereich des § 730 Abs. 2 ABGB, NZ 1993, 73 ff) analog auch auf jene Kinder an, die beim Tod des Erblassers bereits geboren waren, wenn sie innerhalb eines Jahres nach der Geburt die notwendigen Schritte zur Feststellung der Vaterschaft einleiten (OGH 21.10.1994, 5 Ob 553/94, JBI 1995, 319).

Der Zweck dieser durch das Erbrechtsänderungsgesetz 1989, BGBl 1989/656, eingeführten Bestimmung liegt darin, komplizierte Ermittlungen über ein

Verwandtschaftsverhältnis nach dem Tod des Erblassers zu vermeiden. Nach den Materialien stünden die erforderlichen naturwissenschaftlichen Beweise nach dem Tod einer Person nicht mehr zur Verfügung. Weiters sollten missbräuchliche Abstammungsklagen, die bewusst erst nach dem Tod des Erblassers eingebracht werden, weil sich der Kläger durch den Wegfall der Einvernahme des Erblassers auf eine bessere Beweislage stützen könnte, hintangehalten werden (1158 BlgNR 17. GP 2 f; s dazu auch *Schauer*, NZ 1993, 73; *Welser*, Die Erbrechtsreform 1989, NZ 1990, 137 ff).

Der VfGH hat in seinem Erkenntnis vom 28.2.1991 (G 73/90, JBI 1991, 712) § 754 Abs. 2, die Vorgängerbestimmung des § 730 Abs. 2 ABGB, für verfassungswidrig erklärt. Nach dieser Regelung konnte ein uneheliches Kind nur dann nach seinem Vater erben, wenn die Vaterschaft vor dem Tod des Vaters festgestellt worden ist. War das Kind zum Zeitpunkt des Todes noch minderjährig, so war es ausreichend, wenn die Klage auf Feststellung der Vaterschaft innerhalb eines Jahres nach dem Tod des Vaters eingebracht wurde. Der VfGH hielt es zwar grundsätzlich für nicht unsachlich, zwischen Kindern, denen die Einbringung einer Vaterschaftsklage bis zum Ablauf einer bestimmten Frist nach dem Tod des Vaters gelingt, und jenen zu unterscheiden, die zu spät kommen. Da aber die starre Jahresfrist eine beachtliche Gruppe unehelicher Kinder praktisch vom Erbrecht ausschliesse und die Erlangung der Berechtigung von Zufälligkeiten abhängig mache, verstoße die vorgesehene Jahresfrist gegen das verfassungsrechtliche Gleichbehandlungsgebot.

Auch gegen § 730 Abs. 2 ABGB wurden verfassungsrechtliche Bedenken vorgebracht. Einerseits hat der VfGH anlässlich der Prüfung des § 754 Abs. 2 idF BGBl 1970/342 bereits ausgesprochen, dass eine Regelung, wonach volljährigen unehelichen Kindern ein gesetzliches Erbrecht nach ihrem Vater nur zusteht, wenn ihre Vaterschaft noch vor dem Tod des Vaters festgestellt worden ist, selbst wenn etwa der medizinische Beweis der Vaterschaft schon vorliegt, verfassungswidrig sei. Andererseits werden auch in der Lehre (*Welser*, NZ 1990, 137 ff; *Tschugguelli/Kleiß*, Verfassungs- und zivilrechtliche Probleme des § 730 Abs 2 ABGB, NZ 2001, 389 ff; *Eccher* in *Schwimann*, ABGB III² § 730 Rz 19) Bedenken hinsichtlich der

Verfassungsmäßigkeit des § 730 Abs. 2 ABGB im Hinblick auf das Gleichheitsgebot gehegt.

Für die Aufhebung des § 730 Abs. 2 sprechen somit mehrere Gründe. So sind einerseits die noch bei der Schaffung des § 730 Abs. 2 ins Treffen geführten Argumente nicht mehr aktuell. Nach heutigem Stand der Wissenschaft können auch verstorbene oder nicht greifbare Personen mit Hilfe von DNA, die beispielsweise aus histologischen Präparaten, mit Speichel befeuchteten Briefmarken oder Laschen von Briefkuverts stammt, in die Vaterschaftsbegutachtung einbezogen werden (*Mayer et al*, Vaterschaftsbegutachtung – DNA versus konventionelle Systeme, RZ 2001, 169 (171); *Neuhuber/Klitschar*, Über die Möglichkeiten der DNA-Analyse in der Abstammungsbegutachtung in Fällen mit abwesendem Vater [Defizienzfälle], ÖA 1996, 44 ff). Der genetische Abstammungsbeweis wird daher selbst nach dem Tod des Vaters – von wenigen Ausnahmen abgesehen – zu erbringen sein. Andererseits können auch die verfassungsrechtlichen Bedenken im Hinblick auf den Gleichheitsgrundsatz nicht widerlegt werden, sodass die Erbberechtigung nicht mehr an die zu Lebzeiten des Vaters bzw vor Ablauf einer bestimmten Frist erfolgte Feststellung der Abstammung geknüpft werden kann. Vielmehr soll dem Erbberechtigten, unabhängig davon, wann die Abstammung festgestellt worden ist, ein gesetzliches Erbrecht zustehen. Wird die Abstammung erst nach erfolgter Einantwortung festgestellt, steht dem Erbberechtigten die Möglichkeit der Erbschaftsklage nach § 823 ABGB offen. Eine gewisse zeitliche Begrenzung der Vaterschaftsfeststellung ergibt sich auch aus § 163 Abs. 2, wonach eine Vaterschaftsfeststellung aufgrund einer Beiwohnungsvermutung nach Ablauf von zwei Jahren nach dem Tod des Mannes – abgesehen von wenigen Ausnahmen - nicht mehr zulässig ist (s dazu die Erläuterungen zu § 163).

Zu Z 29 (§ 757 Abs. 1):

Wie bereits im Allgemeinen Teil ausgeführt, sieht das Regierungsprogramm im Kapitel 5 (Justiz) die „Besserstellung des Ehepartners, insbesondere wenn keine direkten Nachkommen vorhanden sind“ vor. Diese programmatische Erklärung könnte zwar dahin verstanden werden, dass eine Erbrechtsreform dahin

durchgeführt werden soll, dass nur noch Nachkommen des Erblassers selbst das Erbrecht des hinterbliebenen Ehegatten schmälern. Eine derartige Änderung wäre aber zu weit gehend und würde von den betroffenen Bevölkerungskreisen nicht verstanden werden. Der Entwurf schlägt daher – im neuen **Satz 1** – vor, dass unter Beibehaltung der bisherigen Erbrechtsgrenze bei den Großeltern, deren Kinder und sonstige Nachkommen schon nach geltendem Recht vom Erbrecht neben einem hinterbliebenen Ehegatten ausgeschlossen sind, eine neue Erbrechtsgrenze bei den Kindern der Eltern des Erblassers gezogen wird. Nachkommen der Geschwister des Erblassers – etwa dessen Neffen und Nichten – würden vom Erbrecht durch einen hinterbliebenen Ehegatten ausgeschlossen werden. Der Kreis der neben einem Hinterbliebenen Ehegatten erbenden Personen sind demnach die Nachkommen des Erblassers, in deren Ermangelung die Eltern des Erblassers und deren Kinder, nämlich die Geschwister des Erblassers, sowie seine Großeltern.

Der **zweite Satz** sieht für den Fall, dass der Erblasser keine Nachkommen, keine Eltern oder deren Kinder, sondern bloß einen oder mehrere Großelternteile hinterlässt, vor, dass das für die Großeltern vorgesehene Drittel des Nachlasses auf den hinterbliebenen Großelternteil (bzw. die hinterbliebenen Großelternteile) und – hier allerdings fiktiv – auf die Nachkommen eines bereits verstorbenen Großelternteils verteilt wird, wobei die fiktiv den Nachkommen verstorbener Großeltern zugewiesenen Teile dem Hinterbliebenen Ehegatten zuwachsen. Der Grund hiefür liegt darin, dass bei der Aufteilung des den Großeltern vorbehaltenen Nachlassanteils kein Großelternteil durch die Existenz des Ehegatten in seinem Erbteil geschmälert werden soll. Aus diesem Gedanken ergibt sich auch, dass Nachkommen der Großeltern, die für sich und ihre Nachkommen einen Erbverzichtsvertrag mit dem Erblasser abgeschlossen hatten (§ 551) oder die erbunwürdig sind und keine Nachkommen haben (§ 541), als nicht vorhanden angesehen werden müssen und den Erbteil des Ehegatten nicht auf Kosten der überlebenden Großeltern vermehren. Nachkommen der Großeltern können die Erbquote allerdings nicht dadurch verschieben, dass sie nach dem Tod ein gar nicht angefallenes Erbrecht ausschlagen (*Kralik in Ehrenzweig Erbrecht*³ 71). Gegen diese Regelung wurde eingewandt, dass das Vorhandensein oder

Nichtvorhandensein von Personen, die selbst auf keinen Fall ein Erbrecht haben, die Erbteile anderer Personen verändert (*Ehrenzweig, System² II/2 391, Gschnitzer, Erbrecht 14*). Obwohl die Regelung darauf abzielt, den Erbanteil eines hinterbliebenen Ehegatten neben einem überlebenden Großelternteil des Erblassers möglichst groß zu halten, muss aus heutiger Sicht schon gesagt werden, dass sie im Verlassenschaftsverfahren zu signifikanten Schwierigkeiten führen kann, weil wegen des verringerten Zusammenhaltes großer Familien die Aufklärung der für die Ermittlung des Erbrechts maßgeblichen Tatsachen – insbesondere im Bereich der fiktiven Erbteilsausmessung der Nachkommen eines vorverstorbenen Großelternteils – große Schwierigkeiten entstehen können. Fraglich ist auch, ob die überlebenden Großeltern, die ein Enkelkind verloren haben und der hinterbliebene Ehegatte in einer besonders sensiblen Phase ihres Lebens vor derart schwierige Beweisfragen gestellt werden sollen. Unter Hinweis auf diese Vor- und Nachteile der Regelung des zweiten Satzes, die dem geltenden Recht entspricht, wird daher an dieser Stelle zur Diskussion gestellt, ob eine ersatzlose Aufhebung des zweiten Satzes besser wäre.

Der neu eingefügte **dritte Satz** sieht analog zum zweiten Satz die Ausdehnung des Erbrechts des überlebenden Ehegatten um jene fiktiven Erbteile vor, die außerhalb der Erbrechtsgrenze liegende Nachkommen verstorbener Geschwister des Erblassers erhalten würden. Der **vierte Satz** entspricht in modifizierter Form dem geltenden dritten Satz.

Zu Artikel II (Übergangs- und Schlussbestimmungen)

Zu § 1:

§ 1 ordnet an, dass das Bundesgesetz grundsätzlich mit 1.1.2005 – somit gleichzeitig mit der Gesamtreform des außerstreitigen Verfahrens – in Kraft tritt.

Zu § 2:

Nach § 2 bleiben vor dem Inkrafttreten des neuen Bundesgesetzes eingetretene Abstammungsverhältnisse durch das bloße Inkrafttreten des Bundesgesetzes unberührt. Diese Bestimmung gilt ausnahmslos. Durch das bloße

Inkrafttreten des neuen Rechtes – also ohne zusätzliche Tatsachen – sollen keine Änderungen am Status zwischen Eltern und Kindern eintreten.

Zu § 3:

Die Aufhebung des Ehelichkeitsbestreitungsrechtes durch den Verfassungsgerichtshof tritt mit Ablauf des 30.6.2004, das neue Außerstreitgesetz jedoch erst mit 1.1.2005 in Kraft. Dadurch entsteht zwischen dem Wirksamkeitsbeginn der Aufhebung und der Überstellung des Abstammungsverfahrens in das außerstreitige Verfahren eine zeitliche Kluft, die – wie bereits im allgemeinen Teil der Erläuterungen ausgeführt – nicht durch ein Inkrafttreten des neuen Rechtes bereits zum 1.7.2004 und eine gleichzeitige – vorverlegte – Überstellung des Abstammungsverfahrens in das Außerstreitrecht geschlossen werden soll. Der § 3 ersetzt daher für die Zeit vom 1.7.2004 bis 31.12.2004 die vom Verfassungsgerichtshof aufgehobenen Bestimmungen über die Ehelichkeitsbestreitung durch neue – verfassungskonforme – Regelungen. Eine Ersetzung des § 159 ABGB, der die Geschäftsfähigkeit des als rechtlichen Vater geltenden Ehemanns in Ehelichkeitsbestreitungssachen regelt, sieht der Entwurf allerdings nicht vor, weil die jetzt noch geltende Regelung der vorgeschlagenen Neuregelung (§ 138b ABGB idF Entw.) in keiner Weise entspricht. Einerseits scheint § 159 Abs. 1 ABGB, der hinsichtlich der Bestreitung der Ehelichkeit seiner Kinder volle Geschäftsfähigkeit auch des minderjährigen Mannes annimmt, als zu weit gehend, andererseits ist der in Abs. 2 vorgesehene Schutz von Personen unter Sachwalterschaft bloß eine Ausnahme von der in Abs. 1 vorgenommenen Regelung. Die weiteren Regelungen des Abs. 2 betreffen den Fristenlauf für Zeiten, in denen die Vertretung des Bestreitungsberechtigten durch einen Sachwalter erfolgt ist oder notwendig gewesen wäre. Die letztgenannten Regelungen finden sich modifiziert in der Z 2 wieder. Für den Übergangszeitraum ist demnach die Geschäftsfähigkeit in Abstammungssachen nach den bisherigen Grundsätzen (Erhebung von Klagen nicht Eigenberechtigter durch den gesetzlichen Vertreter mit gerichtlicher Genehmigung) und nach den noch weitergeltenden Sondervorschriften, z. B §§ 163c Abs. 3 und 163d Abs. 2, geregelt.

Nach der **Z 1** ist das Kind oder der Ehemann der Mutter zur Ehelichkeitsbestreitungsklage passiv legitimiert. Damit wird bereits ab 1. Juli 2004 dem Auftrag des Verfassungsgerichtshofes zur Schaffung eines eigenen Bestreitungsrechtes des Kindes nachgekommen.

Wie bereits gesagt, regelt die **Z 2** den Fristenlauf, insbesondere auch seine Hemmung. Da das Kind bislang kein eigenes Bestreitungsrecht hat, beginnt der einjährige Fristenlauf frühestens mit dem Inkrafttreten dieses Übergangsrechtes, nämlich mit 1. Juli 2004 – und zwar unabhängig davon, wann das Kind Kenntnis von den für seine Abstammung von einem anderen Mann sprechenden Umständen erhalten hat.

Nach der **Z 3** sind auch die Rechtsnachfolger – das sind die Erben im konkreten Fall, gegebenenfalls auch der ruhende Nachlass – aktiv und passiv klagslegitimiert.

Die **Z 4** schränkt die Bestreitung der Ehelichkeit auf aktuelle Statusfälle ein. Eine Bestreitung der Ehelichkeit – sozusagen auf Vorrat - ist nicht erforderlich. Die Regelung ist neu und bildet § 158 Abs. 1 letzter Satz ABGB in der vorgeschlagenen Fassung ab.

Z 5 entspricht dem mit **Z 8** aufgehobenen § 159 Abs. 1 dritter Satz.

Mit der **Z 6** wird die bisher in § 214 Abs. 2 erster Satz für Klagen auf Feststellung der unehelichen Vaterschaft vorgesehene Genehmigungsfreiheit des Jugendwohlfahrtsträgers auf alle Klagen in Abstammungsangelegenheiten ausgedehnt.

Z 7 ermöglicht das Anerkenntnis des ehelichen Kindes im Sinn des noch nicht geltenden § 138c Abs. 1 bereits ab 1.7.2004.

Mit der **Z 8** werden die nach Aufhebung durch den Verfassungsgerichtshof verbleibende Reste des § 159 aufgehoben.

Z 9 enthält Übergangsbestimmungen für gerichtliche Verfahren, die am 1.7.2004 noch anhängig sind. In diesen Verfahren sind die bisher geltenden Bestimmungen weiter anzuwenden. Die Entscheidungen haben die Wirkung, die die vor dem 1.7.2004 geltende Rechtslage vorsieht.

Zu § 4:

Nach dem **Abs. 1** sollen die Bestimmungen des neuen, ab 1.1.2005 geltenden Rechtes auf abstammungsrechtliche Fristen angewandt werden, die zu diesem Zeitpunkt noch nicht abgelaufen waren. Das wird in der Regel eine Verlängerung der einjährigen auf die zweijährige Frist zur Folge haben.

Der **Abs. 2** sieht – insbesondere für die neu geschaffenen Ansprüche des Kindes auf Feststellung der Nichtabstammung vor, dass Fristen, die vor dem Inkrafttreten dieses Bundesgesetzes noch gar nicht bestanden haben, frühesten mit dem Inkrafttreten des Bundesgesetzes zu laufen beginnen.

Zu § 5:

Diese Bestimmung regelt die Anwendbarkeit des neuen Rechtes für Vaterschaftsanerkenntnisse.

Nach dem **Abs. 1** sind die Wirkungen eines Widerspruchs – nämlich die Rechtsunwirksamklärung des Vaterschaftsanerkenntnisses durch das Gericht – nach dem bisher geltenden Recht zu beurteilen, wenn der Widerspruch vor dem 1.1.2005 bei Gericht eingelangt ist. Ist der Widerspruch nach diesem Zeitpunkt bei Gericht eingelangt, sind die neuen Bestimmungen anzuwenden, was insbesondere bedeutet, dass der Anerkennende die Möglichkeit hat, den Nachweis zu erbringen, dass das Kind von ihm abstammt.

Der **Abs. 2** regelt die Wirksamkeit eines durchbrechenden Vaterschaftsanerkenntnisses nach § 163e ABGB. Hier ist eine Änderung dahin vorgesehen, dass im Fall der Zustimmung zu einem solchen Anerkenntnis durch ein eigenberechtigtes Kind das Erfordernis der Bezeichnung des Anerkennenden als Vater durch die Mutter wegfällt; die Mutter erhält bloß ein Widerspruchsrecht. Es soll daher darauf ankommen, ob die Urkunde über die Bezeichnung des Anerkennenden als Vater dem Standesbeamten noch nicht zugekommen ist. In diesem Fall ist neues Recht anzuwenden. Dies wird zu einer Erweiterung der Möglichkeit eigenberechtigter Kinder führen, durch Erteilung ihrer Zustimmung den von ihnen gewünschten „Vätertausch“ zu bewirken.

Zu § 6:

§ 6 sieht in ähnlicher Weise wie § 3 Z 9 die Anwendung des alten Rechtes im gerichtlichen Verfahren vor, die am 1.1.2005 noch anhängig sind.

Zu § 7:

§ 7 regelt den Rechtsübergang für den aufgehobenen § 730 Abs. 2. Dabei soll nach **Abs. 1** Folgendes gelten: Ist die Abstammung des Erblassers und der die Verwandtschaft vermittelnden Personen nach dem neuen Recht (**Z 1**) durch Gerichtsentscheidung aufgrund der bisherigen Bestimmungen, jedoch unter Durchführung einer Abstammungsuntersuchung (**Z 2**) oder durch Anerkennung der Vaterschaft (**Z 3**) vorgenommen worden, so wird die – grundsätzlich vorgesehene – Weiteranwendung des § 730 Abs. 2 ausgeschlossen.

Soweit § 730 Abs. 2 ABGB weiterhin anwendbar ist, sieht **Abs. 2** vor, dass die Abstammung im Verfahren über das Erbrecht geklärt werden kann. Derjenige, der sich auf sein Erbrecht beruft, ist für die Abstammung beweispflichtig.

Es wird nicht verkannt, dass die Anwendung dieses Übergangsrechtes zu einem sehr lang dauernden Rechtsübergang führt, ja sogar **zu einem grundsätzlichen Weitergelten des § 730 Abs. 2** – womöglich über Generationen. Das Begutachtungsverfahren soll daher auch dazu dienen, eine Diskussion zur Frage anzuregen, ob § 730 Abs. 2 ABGB nicht einfach für ab dem Inkrafttreten des neuen Rechtes gestorbene Erblasser außer Kraft gesetzt werden soll.

Zu § 8:

§ 8 regelt die Frage, ab wann die Neufassung des § 757 Abs. 1 ABGB angewandt werden soll. Diese soll angewandt werden, wenn der Erblasser ab dem Inkrafttreten des neuen Rechtes gestorben ist.

Zu § 9:

§ 9 regelt die Vollziehung.

TEXTGEGENÜBERSTELLUNG**Artikel I****Änderungen des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuchs**

Überschrift vor § 137b

Mutterschaft

Überschrift vor § 138

Vermutung der Ehelichkeit

§ 138. (1) Wird ein Kind nach der Eheschließung und vor Scheidung, Aufhebung oder Nichtigerklärung der Ehe seiner Mutter geboren, so wird vermutet, dass es ehelich ist. Gleiches gilt, wenn das Kind vor Ablauf des 300. Tages nach dem Tod des Ehemannes der Mutter geboren wird. Diese Vermutung kann, vorbehaltlich des § 163e, nur durch eine gerichtliche Entscheidung widerlegt werden, mit der festgestellt wird, dass das Kind nicht vom Ehemann der Mutter abstammt.

(2) Träfe die Vermutung des Abs. 1 auch auf einen Mann zu, mit dem die Mutter nach Eingehung, Auflösung oder Nichtigerklärung ihrer Ehe eine weitere Ehe geschlossen hat, so gilt sie nur für diesen Mann. Wird die diesbezügliche Abstammung des Kindes mit Erfolg bestritten, so gilt die Vermutung mit dem Eintritt der Rechtskraft der Entscheidung für den ersten Ehemann; frühestens mit diesem Zeitpunkt beginnt für ihn die Frist zur Bestreitung der Ehelichkeit.

Überschrift vor § 137b

Abstammung

Überschrift vor § 138

entfällt

§ 138. (1) Vater des Kindes ist der Mann,

1. der mit der Mutter im Zeitpunkt der Geburt des Kindes verheiratet ist,

2. der die Vaterschaft anerkannt hat oder

3. dessen Vaterschaft gerichtlich festgestellt ist.

(2) Ist die Ehe der Mutter vor der Geburt des Kindes durch den Tod des Ehemannes aufgelöst worden, so ist dieser der Vater, wenn das Kind innerhalb von 300 Tagen nach dem Tod geboren wird. Hat die Mutter inzwischen eine weitere Ehe mit einem anderen Mann geschlossen, so ist dieser der Vater des Kindes, wenn das Kind während der Ehe oder vor Ablauf von 300 Tagen nach dem Tod dieses Mannes geboren wird; wird festgestellt, dass das Kind nicht von diesem abstammt, so ist der frühere Ehemann der Vater des Kindes.

§ 138a. (1) Die nach diesem Gesetzbuch begründete Abstammung und deren Änderung sowie die Feststellung der Nichtabstammung wirken gegenüber jedermann.

(2) 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.

§ 138b. (1) Ehelich ist ein Kind, das während der Ehe der Mutter oder vor Ablauf von 300 Tagen nach dem Tod des Ehemanns der Mutter geboren ist oder das legitimiert ist; sonst ist das Kind unehelich.

(2) Wird die Ehe der Eltern für nichtig erklärt, so bleibt das Kind ehelich.

§ 138c. (1) Ist ein Kind innerhalb von 300 Tagen nach Scheidung, Aufhebung oder Nichtigerklärung der Ehe geboren, so ist es ehelich, wenn der frühere Ehemann der Mutter die Vaterschaft anerkennt oder das Gericht auf Antrag des Kindes oder des früheren Ehemanns der Mutter feststellt, dass das Kind von diesem abstammt.

(2) Ist das Kind nach Ablauf von 300 Tagen nach Auflösung oder Nichtigerklärung der Ehe geboren, so hat das Gericht auf Antrag des Kindes oder des früheren Ehemanns der Mutter die eheliche Abstammung 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.

(3) Steht in den Fällen der Abs. 1 und 2 bereits die Vaterschaft eines anderen Mannes fest, so sind die §§ 163b und 163e Abs. 2 bis 4 anzuwenden.

(4) Für Kinder, die nach den vorstehenden Absätzen die Rechtsstellung eines ehelichen Kindes erlangen, gelten der § 161 Abs. 2 und 3 sowie die §§ 162 a bis 162 d entsprechend. Hinsichtlich der Obsorge gilt § 166 erster Satz, doch können die Eltern dem Gericht eine Vereinbarung über die Betrauung mit der Obsorge nach § 177 vorlegen; § 177a Abs. 2 gilt entsprechend.

§ 138d. (1) Einsichts- und urteilsfähige Personen können, wenn sie nicht eigenberechtigt sind, in Angelegenheiten ihrer Ab-

Vermutung der Unehelichkeit

§ 155. Wird ein Kind nach Scheidung, Aufhebung oder Nichtigerklärung der Ehe seiner Mutter geboren, so wird vermutet, dass es unehelich ist; Gleiches gilt, wenn das Kind nach Ablauf des 300. Tages nach dem Tod des Ehemannes der Mutter geboren wird. Diese Vermutung kann nur durch eine gerichtliche Entscheidung widerlegt werden, mit der festgestellt wird, daß das Kind vom früheren Ehemann der Mutter abstammt; hiefür ist zu beweisen, daß während der Ehe das Kind vom Ehemann gezeugt oder die Schwangerschaft mit dem Samen des Ehemanns oder, sofern der Ehemann in Form eines gerichtlichen Protokolls oder eines Notariatsakts zugestimmt hat, mit dem Samen eines Dritten durch eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung herbeigeführt worden ist.

Bestreitung der Ehelichkeit

§ 156. (1) Der Ehemann der Mutter kann die Ehelichkeit des Kindes binnen Jahresfrist bestreiten.

(2) Die Frist beginnt mit dem Zeitpunkt, in dem der Mann Kenntnis von den Umständen erlangt, die für die Unehelichkeit des Kindes sprechen. Sie beginnt frühestens mit der Geburt des Kindes.

(3) Der Lauf der Frist ist gehemmt, solange der Mann innerhalb der letzten sechs Monate der Frist durch ein unvorhergesehenes oder unabwendbares Ereignis an der Bestreitung gehindert ist.

§ 156a. Hat der Ehemann der Mutter einer medizinischunterstütz-

stammung und der Abstammung von ihnen rechtswirksam handeln, sofern ihr gesetzlicher Vertreter zustimmt. Handelt in einem solchen Fall der gesetzliche Vertreter, so bedarf er der Einwilligung der einsichts- und urteilsfähigen Person. Im Zweifel wird das Vorliegen der Einsichts- und Urteilsfähigkeit bei mündigen Minderjährigen vermutet.

(2) Der gesetzliche Vertreter hat sich vom Wohl des Vertretenen leiten zu lassen. Seine Vertretungshandlungen in Angelegenheiten der Abstammung bedürfen nicht der Genehmigung des Gerichtes.

§ 155 wird samt der Überschrift aufgehoben.

Die Überschrift zu den §§ 156 bis 158 lautet:
Feststellung der Nichtabstammung

§ 156. (1) Stammt ein Kind, das während der Ehe der Mutter oder vor Ablauf von 300 Tagen nach dem Tod des Ehemanns der Mutter geboren ist, nicht von diesem ab, so hat das Gericht dies auf Antrag festzustellen.

(2) Der Antrag kann vom Kind gegen den Mann und von diesem gegen das Kind gestellt werden.

§ 156a wird aufgehoben

ten Fortpflanzung mit dem Samen eines Dritten in Form eines gerichtlichen Protokolls oder Notariatsakts zugestimmt, so kann die Ehelichkeit des mit dem Samen des Dritten gezeugten Kindes nicht bestritten werden.

§ 157. (1) Die Bestreitung der Ehelichkeit durch den Ehemann der Mutter ist, abgesehen vom Fall des Abs. 2, ein höchstpersönliches Recht des Mannes. Ist der Mann minderjährig, so bedarf er nicht der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters.

(2) Ist dem Mann ein Sachwalter nach § 273 bestellt worden und gehört zu den von ihm zu besorgenden Angelegenheiten die Bestreitung der Ehelichkeit, so steht das Recht der Bestreitung dem Sachwalter allein zu; er bedarf hierzu der gerichtlichen Genehmigung. Ist dem Mann ein solcher Sachwalter nicht bestellt, obwohl die Voraussetzungen vorliegen, so endet die Frist für die Bestreitung nicht vor dem Ablauf von sechs Monaten nach dem Zeitpunkt, von dem ab der Mann die Ehelichkeit selbst bestreiten kann oder in dem ihm ein Sachwalter bestellt wird. Hat der Sachwalter die Ehelichkeit nicht rechtzeitig bestritten, so kann der Mann nach Beendigung der Sachwalterschaft selbst bestreiten; mit dem Zeitpunkt der Beendigung der Sachwalterschaft beginnt die Frist neu zu laufen.

§ 158. Hat der Mann die Ehelichkeit eines Kindes nicht innerhalb eines Jahres seit der Geburt bestritten, oder ist er gestorben oder ist sein Aufenthalt unbekannt, so kann der Staatsanwalt die Ehelichkeit bestreiten, wenn er dies im öffentlichen Interesse oder im Interesse des Kindes oder seiner Nachkommenschaft für geboten erachtet.

§ 157. Hat der Ehemann der Mutter einer medizinisch unterstützten Fortpflanzung mit dem Samen eines Dritten in Form eines gerichtlichen Protokolls oder eines Notariatsakts zugestimmt, so kann nicht die Feststellung begehrt werden, dass das mit dem Samen des Dritten gezeugte Kind nicht vom Ehemann der Mutter abstammt.

§ 158. (1) Ein Antrag auf Feststellung, dass das Kind nicht vom Ehemann der Mutter abstammt, kann längstens bis zum Ablauf von zwei Jahren ab Kenntnis der hiefür sprechenden Umstände gestellt werden. Diese Frist beginnt frühestens mit der Geburt des Kindes, im Fall einer Änderung der Abstammung frühestens mit der Wirksamkeit der Änderung. Ein Antrag ist nicht zulässig, solange die Abstammung des Kindes von einem anderen Mann feststeht.

(2) Der Lauf der Frist ist gehemmt, solange die antragsberechtigte Person nicht eigenberechtigt ist oder innerhalb des letzten Jahres der Frist durch ein unvorhergesehenes oder unabwendbares Ereignis an der Antragstellung gehindert ist.

§ 159. (1) Die Bestreitung der Ehelichkeit erfolgt bei Lebzeiten des Kindes durch Erhebung der Klage. Die Klage ist gegen das Kind zu richten. Wird sie zurückgenommen, so ist die Bestreitung als nicht erfolgt anzusehen.

(2) Nach dem Tode des Kindes kann nur der Staatsanwalt die Ehelichkeit bestreiten. Die Bestreitung erfolgt durch Antrag auf Feststellung der Unehelichkeit. Über den Antrag entscheidet das Pflegegerichtsgericht.

§ 161. (1) Ist die Vaterschaft zum Kind festgestellt (§ 163b) und schließen Vater und Mutter des Kindes die Ehe, so wird das Kind zum Zeitpunkt der Eheschließung seiner Eltern ehelich.

(2) unverändert

(3) Die Wirkungen der Legitimation treten nur auf Grund einer gerichtlichen Entscheidung außer Kraft, die in einem für die Beseitigung der Feststellung der Vaterschaft vorgesehenen Verfahren ergeht.

Überschrift vor den §§ 163 bis 164d

Vaterschaft zu einem unehelichen Kinde

§ 163. (1) Hat ein Mann der Mutter eines unehelichen Kindes innerhalb eines Zeitraums von nicht mehr als 300 und nicht weniger als 180 Tagen vor der Entbindung beigewohnt, so wird vermutet, daß er das Kind gezeugt hat. Ist an der Mutter eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung innerhalb dieses Zeitraumes durchgeführt worden, so wird vermutet, daß der Mann dessen Samen verwendet worden ist, der Vater des Kindes ist.

(2) Der Mann, auf den eine Vermutung nach Abs. 1 zutrifft, kann sie durch den Beweis einer solchen Unwahrscheinlichkeit der Va-

(3) Später als 30 Jahre nach der Geburt des Kindes oder nach einer Änderung der Abstammung kann nur das Kind die Feststellung der Nichtabstammung begehren.

§ 159 wird aufgehoben

§ 161. (1) Ist die Vaterschaft zum Kind festgestellt und schließen Vater und Mutter des Kindes die Ehe, so wird das Kind zum Zeitpunkt der Eheschließung seiner Eltern ehelich.

(2) unverändert

(3) Die Wirkungen der Legitimation treten nur auf Grund eines Anerkenntnisses nach § 163e Abs. 2 oder einer gerichtlichen Entscheidung außer Kraft, die in einem für die Beseitigung der Feststellung der Abstammung vorgesehenen Verfahren ergeht.

Überschrift vor den §§ 163 bis 168

Rechtsverhältnisse zwischen unehelichen Kindern und ihren Eltern

Überschrift vor §§ 163 bis 164

Feststellung der Vaterschaft

§ 163. (1) Als Vater hat das Gericht den Mann festzustellen, der das Kind gezeugt hat. 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, es sei denn, er weist nach, dass das Kind nicht von ihm abstammt. Eine solche Feststellung ist nach Ablauf von zwei Jahren nach dem Tod des Mannes nicht mehr möglich, es sei denn

Geltende Fassung

80

Entwurf

terschaft entkräften, die unter Würdigung aller Umstände gegen die Annahme spricht, daß er das Kind gezeugt hat; weiters durch den Beweis, dass seine Vaterschaft unwahrscheinlicher als die eines anderen Mannes ist, für den eine Vermutung nach Abs. 1 gleichfalls gilt.

(3) Ist an der Mutter eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung mit dem Samen eines Dritten durchgeführt worden, so wird vermutet, daß der Mann, der dieser medizinisch unterstützten Fortpflanzung in Form eines gerichtlichen Protokolls oder eines Notariatsakts zugestimmt hat, der Vater des Kindes ist, es sei denn, er weist nach, daß das Kind nicht durch diese medizinisch unterstützte Fortpflanzung gezeugt worden ist.

(4) Ein Dritter, dessen Samen für eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung verwendet wird, kann nicht als Vater des mit seinem Samen gezeugten Kindes festgestellt werden.

§ 163b. Die Vaterschaft wird durch Urteil oder durch Anerkenntnis festgestellt. Die Feststellung der Vaterschaft wirkt gegenüber jedermann.

§ 163c. (1) unverändert

(2) unverändert

(3) Handlungsunfähige können die Vaterschaft nicht anerkennen. Der beschränkt handlungsfähige Anerkennende hat sein Anerkenntnis selbst zu erklären; es bedarf der Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters. Für diese Einwilligung gilt Abs. 1 entsprechend.

§ 163d. (1) Die Mutter oder das Kind können gegen das Anerkenntnis bei Gericht Widerspruch erheben. Der Widerspruch gegen das Anerkenntnis kann nur innerhalb eines Jahres ab Kenntnis erhoben werden.

das Kind weist nach, dass ihm der Beweis nach Abs. 1 aus Gründen auf Seiten des Mannes nicht gelingt.

(3) 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 eines Notariatsakts zugestimmt hat, es sei denn, er weist nach, dass das Kind nicht durch diese medizinisch unterstützte Fortpflanzung gezeugt worden ist.

(4) Ein Dritter, dessen Samen für eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung verwendet wird, kann nicht als Vater des mit seinem Samen gezeugten Kindes festgestellt werden. 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.

§ 163b. Das Kind kann die Feststellung seiner Abstammung auch beantragen, wenn die Vaterschaft eines anderen Mannes bereits feststeht. In einem solchen Fall hat die Feststellung der Abstammung die vom Gericht auszusprechende Wirkung, dass das Kind nicht vom anderen Mann abstammt.

§ 163c. (1) unverändert

(2) unverändert

(3) Für Zustimmungen zum Anerkenntnis gelten die Abs. 1 und 2 entsprechend.

§ 163d. (1) Das Kind oder die Mutter, sofern sie einsichts- und urteilsfähig sowie am Leben ist, können gegen das Anerkenntnis innerhalb von zwei Jahren ab Kenntnis von dessen Rechtswirksamkeit bei Gericht Widerspruch erheben.

(2) Die beschränkt handlungsfähige Mutter hat den Widerspruch selbst zu erklären; er bedarf der Einwilligung ihres gesetzlichen Vertreters. Der Widerspruch des gesetzlichen Vertreters des bereits mündigen Kindes bedarf dessen Zustimmung.

§ 163e. (1) unverändert

(2) Ein zu einem Zeitpunkt, zu dem die Vaterschaft eines anderen Mannes feststand, abgegebenes Vaterschaftsanerkennnis wird jedoch rechtswirksam, wenn die Mutter den Anerkennenden als Vater bezeichnet und das Kind dem Anerkennnis zustimmt. Das Anerkennnis wirkt ab dem Zeitpunkt seiner Erklärung, sofern die Urkunde oder ihre öffentlich-beglaubigte Abschrift sowie die Urkunden über die Bezeichnung des Anerkennenden als Vater und die Zustimmung zum Anerkennnis dem Standesbeamten zukommen.

(3) Der Mann, der als Vater feststand, kann gegen das Anerkennnis bei Gericht Widerspruch erheben. § 163d gilt sinngemäß.

(4) Für minderjährige Kinder hat der Jugendwohlfahrtsträger die Zustimmung als gesetzlicher Vertreter zu erklären; er hat hiebei soweit wie möglich den Willen des Minderjährigen zu berücksichtigen.

§ 164. Das Gericht hat die Rechtsunwirksamkeit des Anerkennnisses im Verfahren außer Streitsachen festzustellen, wenn gegen das Anerkennnis Widerspruch erhoben wurde, das Anerkennnis den Formvorschriften nicht entspricht, zu unbestimmt ist, ein Geschäftsunfähiger die Vaterschaft anerkannt hat oder ein beschränkt Geschäftsfähiger die Vaterschaft ohne Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters anerkannt hat, es sei denn, diese Zustimmung ist nachträglich erklärt worden oder der Anerkennende hat nach Erlangung der Eigenberechtigung das Anerkennnis gebilligt.

(2) Der Lauf der Frist ist gehemmt, solange die zum Widerspruch berechtigte Person nicht eigenberechtigt ist oder innerhalb des letzten Jahres der Frist durch ein unvorhergesehenes oder unabwendbares Ereignis am Widerspruch gehindert ist.

§ 163e. (1) unverändert

(2) Ein zu einem Zeitpunkt, zu dem die Abstammung des Kindes von einem anderen Mann feststand, abgegebenes Vaterschaftsanerkennnis wird jedoch rechtswirksam, wenn in öffentlicher oder öffentlich beglaubigter Urkunde das Kind dem Anerkennnis zustimmt. Ist das Kind nicht eigenberechtigt, so wird das Anerkennnis überdies nur rechtswirksam, wenn die einsichts- und urteilsfähige Mutter selbst den Anerkennenden in der genannten Form als Vater bezeichnet. Das Anerkennnis wirkt ab dem Zeitpunkt seiner Erklärung, sofern die über diese Erklärung sowie über die Zustimmung zum Anerkennnis und, falls erforderlich, über die Bezeichnung des Anerkennenden als Vater errichteten Urkunden oder ihre öffentlich-beglaubigten Abschriften dem Standesbeamten zukommen.

(3) Der Mann, der als Vater feststand, oder die Mutter, sofern sie einsichts- und urteilsfähig sowie am Leben ist und nicht nach Abs. 2 den Anerkennenden als Vater bezeichnet hat, kann gegen das Anerkennnis bei Gericht Widerspruch erheben.

(4) Für die Zustimmung des minderjährigen Kindes ist der Jugendwohlfahrtsträger gesetzlicher Vertreter des Kindes.

§ 164. (1) Das Gericht hat das Anerkennnis für rechtsunwirksam zu erklären

1. von Amts wegen, wenn

a) das Anerkennnis oder - im Fall des § 163e Abs. 2 - die Zustimmung des Kindes oder die Bezeichnung des Anerkennenden als Vater durch die Mutter nicht den Formvorschriften entspricht,

b) es auf Seite des Anerkennenden oder - im Fall des § 163e Abs. 2 - des Kindes oder der Mutter an der Einsichts- und Ur-

teilsfähigkeit oder – beim Anerkennenden oder beim Kind – an der gesetzlichen Vertretung gemangelt hat, es sei denn, der Mangel der gesetzlichen Vertretung ist nachträglich behoben worden oder der Anerkennende hat nach Erreichung der Eigenberechtigung das Anerkenntnis gebilligt;

2. aufgrund eines Widerspruchs, es sei denn, der Anerkennende beweist, dass das Kind von ihm abstammt, oder - wenn das Kind durch eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung mit dem Samen eines Dritten gezeugt worden ist – dass er dem in Form eines gerichtlichen Protokolls oder Notariatsakts zugestimmt hat;

3. auf Antrag des Anerkennenden, wenn er beweist,

a) dass sein Anerkenntnis durch List, ungerechte und begründete Furcht oder Irrtum darüber veranlasst worden ist, dass das Kind von ihm abstammt oder dass an der Mutter eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung mit seinem Samen oder mit seiner Zustimmung mit dem Samen eines Dritten vorgenommen wurde, oder

b) dass das Kind nicht von ihm abstammt und er erst nachträglich von solchen Umständen Kenntnis erlangt hat, die für die Nichtabstammung des Kindes sprechen.

(2) Der Antrag nach Abs. 1 Z 3 kann längstens bis zum Ablauf von zwei Jahren nach Entdeckung der Täuschung, des Irrtums oder der genannten Umstände oder nach Wegfall der Zwangslage erhoben werden. Die Frist beginnt frühestens mit der Geburt des Kindes.

§ 164a. Die in den §§ 163c bis 164 angeführten Einwilligungen und Vertretungshandlungen des gesetzlichen Vertreters bedürfen keiner gerichtlichen Genehmigung.

§ 164b. Die Rechtsunwirksamkeit des Anerkenntnisses ist auf Klage des Anerkennenden gegen das Kind festzustellen, wenn der Anerkennende beweist, daß sein Anerkenntnis durch List, ungerechte und begründete Furcht oder Irrtum darüber veranlaßt worden ist, daß er der Mutter innerhalb der gesetzlichen Empfäng-

§ 164a wird aufgehoben

§ 164b wird aufgehoben

niszeit beigewohnt hat, oder dass solche Umstände vorliegen, die die Vermutung seiner Vaterschaft entkräften und die er zur Zeit der Anerkennung nicht gekannt hat. Die Klage kann nur binnen Jahresfrist nach Entdeckung der Täuschung, des Irrtums oder der genannten Umstände oder nach Wegfall der Zwangslage erhoben werden.

§ 164c. Das Recht zur Klage auf Feststellung der Vaterschaft steht zu

1. dem unehelichen Kinde gegen den mutmaßlichen Vater;
2. dem Mann, dessen Anerkenntnis wegen eines Widerspruchs unwirksam geworden ist, gegen das Kind;
3. dem Staatsanwalt im öffentlichen Interesse oder im Interesse des Kindes oder seiner Nachkommenschaft, wenn zwar bereits ein Anerkenntnis vorliegt, aber begründete Bedenken gegen die Vaterschaft des Anerkennenden bestehen, gegen den mutmaßlich Vater; mit dem Eintritt der Rechtskraft des Urteiles, mit dem die Vaterschaft festgestellt wird, wird das Anerkenntnis rechtsunwirksam.

§ 164d. Die in den §§ 163c bis 164c angeführten Rechtshandlungen können auch von den Rechtsnachfolgern der genannten Personen oder gegen diese gesetzt werden.

Überschrift vor den §§ 165 bis 168

Rechtsverhältnisse zwischen Eltern und unehelichen Kindern

§ 212. (1) unverändert

(2) Für die Festsetzung oder Durchsetzung der Unterhaltsansprüche des Kindes sowie gegebenenfalls für die Feststellung der Vaterschaft ist der Jugendwohlfahrtsträger Vertreter des Kindes, wenn die schriftliche Zustimmung des sonstigen gesetzlichen Vertreters vorliegt.

(3) unverändert

(4) unverändert

(5) unverändert

§ 213. Ist eine andere Person mit der Obsorge für einen Minderjährigen ganz oder teilweise zu betrauen und lassen sich dafür Ver-

§ 164c wird aufgehoben

§164d wird aufgehoben

Überschrift vor den §§ 165 bis 168 wird aufgehoben

§ 212. (1) unverändert

(2) Für die Festsetzung oder Durchsetzung der Unterhaltsansprüche des Kindes sowie gegebenenfalls in Abstammungsangelegenheiten ist der Jugendwohlfahrtsträger Vertreter des Kindes, wenn die schriftliche Zustimmung des sonstigen gesetzlichen Vertreters vorliegt.

(3) unverändert

(4) unverändert

(5) unverändert

§ 213. Ist eine andere Person mit der Obsorge für einen Minderjährigen ganz oder teilweise zu betrauen und lassen sich dafür

Geltende Fassung

84

Entwurf

wandte oder andere nahe stehende oder sonst besonders geeignete Personen nicht finden, so hat das Gericht die Obsorge dem Jugendwohlfahrtsträger zu übertragen.

§214. (1) unverändert

(2) Der Jugendwohlfahrtsträger bedarf zu Klagen auf Feststellung der Vaterschaft und Leistung des Unterhalts sowie zum Abschluß von Vereinbarungen über die Höhe gesetzlicher Unterhaltsleistungen nicht der Genehmigung des Gerichtes. Vereinbarungen über die Leistung des Unterhalts eines Minderjährigen, die vor dem Jugendwohlfahrtsträger oder von ihm geschlossen und von ihm beurkundet werden, haben die Wirkung eines gerichtlichen Vergleiches.

(3) unverändert

§ 281. (1) Einer behinderten Person ist, wenn ihr Wohl nicht anderes erfordert, eine geeignete, ihr nahestehende Person, ist sie minderjährig, der bisherige gesetzliche Vertreter zum Sachwalter zu bestellen.

(2) unverändert

(3) unverändert

§ 283. (1) Für das Erlöschen der Sachwalterschaft oder Kuratel gilt der § 249.

(2) Der Sachwalter oder Kurator ist auf Antrag oder von Amts wegen zu entheben, wenn der Pflegebefohlene nicht mehr seiner Hilfe bedarf. Die §§ 254 und 257 sind sinngemäß anzuwenden.

(3) Das Gericht hat im Rahmen seiner Fürsorgepflicht in angemessenen Zeitabständen zu überprüfen, ob das Wohl des Pflegebefohlenen die Aufhebung oder Änderung der Sachwalterschaft (Kuratel) erfordert.

§ 730. (1) Gesetzliche Erben sind der Ehegatte und diejenigen Personen, die mit dem Erblasser in nächster Linie verwandt sind.

(2) Die Abstammung muß zu Lebzeiten des Erblassers und der die Verwandtschaft vermittelnden Personen feststehen oder zumindest

Verwandte oder andere nahe stehende oder sonst besonders geeignete Personen nicht finden, so hat das Gericht die Obsorge dem Jugendwohlfahrtsträger zu übertragen.

Gleiches gilt, wenn einem Minderjährigen ein Kurator zu bestellen ist.

§214. (1) unverändert

(2) Der Jugendwohlfahrtsträger bedarf zum Abschluß von Vereinbarungen über die Höhe gesetzlicher Unterhaltsleistungen nicht der Genehmigung des Gerichtes. Vereinbarungen über die Leistung des Unterhalts eines Minderjährigen, die vor dem Jugendwohlfahrtsträger oder von ihm geschlossen und von ihm beurkundet werden, haben die Wirkung eines gerichtlichen Vergleiches.

(3) unverändert

§ 281. (1) Einer behinderten Person ist, wenn ihr Wohl nicht anderes erfordert, eine geeignete, ihr nahestehende Person, zum Sachwalter zu bestellen.

(2) unverändert

(3) unverändert

§ 283. (1) Der Sachwalter oder Kurator ist auf Antrag oder von Amts wegen zu entheben, wenn der Pflegebefohlene nicht mehr seiner Hilfe bedarf. § 253 ist sinngemäß anzuwenden.

(2) Das Gericht hat in angemessenen Zeitabständen zu überprüfen, ob das Wohl des Pflegebefohlenen die Aufhebung oder Änderung der Sachwalterschaft (Kuratel) erfordert.

§ 730. Gesetzliche Erben sind der Ehegatte und diejenigen Personen, die mit dem Erblasser in nächster Linie verwandt sind.

gerichtlich geltend gemacht worden sein. Bei Ungeborenen genügt es, daß die Abstammung binnen Jahresfrist nach ihrer Geburt feststeht oder gerichtlich geltend gemacht wird.

§ 757. (1) Der Ehegatte des Erblassers ist neben Kindern des Erblassers und deren Nachkommen zu einem Drittel des Nachlasses, neben Eltern des Erblassers und deren Nachkommen oder neben Großeltern zu zwei Dritteln des Nachlasses gesetzlicher Erbe. Sind neben Großeltern Nachkommen verstorbener Großeltern vorhanden, so erhält überdies der Ehegatte von dem restlichen Drittel des Nachlasses den Teil, der nach den §§ 739 und 740 den Nachkommen der verstorbenen Großeltern zufallen würde. Sind weder gesetzliche Erben der ersten oder der zweiten Linie noch Großeltern vorhanden, so erhält der Ehegatte den ganzen Nachlaß.

(2) unverändert

§ 757. (1) Der Ehegatte des Erblassers ist neben Kindern des Erblassers und deren Nachkommen zu einem Drittel des Nachlasses, neben Eltern des Erblassers und deren Kindern oder neben Großeltern zu zwei Dritteln des Nachlasses gesetzlicher Erbe. Sind neben Großeltern Nachkommen verstorbener Großeltern vorhanden, so erhält überdies der Ehegatte von dem restlichen Drittel des Nachlasses den Teil, der nach den §§ 739 und 740 den Nachkommen der verstorbenen Großeltern zufallen würde. Gleiches gilt hinsichtlich jener Erbteile, die den Nachkommen verstorbener Geschwister zufallen würden. In den übrigen Fällen erhält der Ehegatte den ganzen Nachlass.

(2) unverändert

