

Seit dem Erscheinen der siebten Auflage des Perner | Spitzer | Kodek hat sich die Rechtslage in manchen Bereichen geändert. Die folgenden Ausführungen geben einen Überblick über diese Neuerungen, die einerseits auf den Gesetzgeber (Abstammungsrecht, § 1319b zur Baumhaftung) und andererseits auf die Entscheidung eines verstärkten Senats (OGH 3 Ob 9/23d zum Schadenersatz bei unerwünschter Geburt eines Kindes) zurückgehen. Sie bringen den P|S|K⁷ „auf Stand“.

Die neue Rechtslage wurde in einem Guss aufbereitet, um Ihnen das Zusammensuchen von Informationen zu ersparen. Die Verweise auf das Lehrbuch ermöglichen eine rasche Orientierung. Diese Information über aktuelle Entwicklungen im Bürgerlichen Recht ist auf der Lernplattform psk.manz.at ebenso abrufbar wie eine Bibliothek von Lecturecasts.

- Kapitel 1: Abstammungsrecht
- Kapitel 2: Schadenersatzrecht

Kapitel 1: Abstammung

Lernen

Grundlagen

Das Abstammungsrecht ist der Teil des Familienrechts, der die **Herkunft eines Kindes** regelt. Die Regelungen dazu finden sich im ABGB.

Abstammung ist
Statusangelegenheit

Die Abstammung hat Wirkung gegenüber **jedermann** (§ 140). So folgt daraus zB der Unterhaltsanspruch ebenso wie die gesetzliche Erbberechtigung. Die familien- und erbrechtlichen Folgen, die sich an die Abstammung knüpfen, hängen immer an der juristisch festgestellten Abstammung. Es genügt dafür also nicht, biologisch jemandes Kind zu sein.

Da jedes Kind biologisch eine Mutter und einen Vater hat, hat das Gesetz die längste Zeit auch bei der juristischen Abstammung (nur) die Abstammung von einer Mutter und einem Vater gekannt.

Familien bestehen aber schon seit Längerem nicht mehr nur im Schema Vater-Mutter-Kind, wozu gleichgeschlechtliche Paare und unterstützte Fortpflanzung beitragen. Dem hat der Gesetzgeber mit einer Neuregelung des Abstammungsrechts Rechnung getragen.

Mutterschaft

Jedes Kind hat nicht nur biologisch, sondern auch juristisch eine Mutter: Das ist die Frau, die das **Kind geboren** hat (§ 143). Während diese Aussage früher eine Selbstverständlichkeit war (*mater semper certa est*), hat die Regel aufgrund medizinischer Entwicklungen mittlerweile einen normativen Gehalt. Sie gilt also zB auch im Fall einer Eizellenspende, die in Österreich mit wenigen Ausnahmen (§ 3 Abs 3 FMedG) verboten ist. In einem solchen Fall ist genetisch zwar die Eizellenspenderin Mutter des Kindes, rechtlich aber die Frau, die das Kind geboren hat.

Rechtlich steht die Mutter also immer fest. Natürlich kann es aber faktische Schwierigkeiten der Identitätsermittlung geben. Man denke an Findelkinder oder im Krankenhaus vertauschte Kinder (siehe den vom OGH entschiedenen Fall P[S]K⁷ S 317).

Begründung der Vaterschaft

Während jedes Kind eine rechtlich eindeutig feststellbare Mutter hat, ist es mit der Vaterschaft seit jeher etwas komplizierter. Sie kann sich aus drei Tatbeständen ergeben (§ 144). Vater eines Kindes ist:

- der **Ehemann** oder eingetragene Partner der Mutter im Zeitpunkt der Geburt (Z 1);
- wer die Vaterschaft **anerkannt** hat (Z 2);
- wer als Vater gerichtlich **festgestellt** wurde (Z 3).

Es gibt also nicht nur biologisch, sondern auch juristisch immer nur (maximal) einen Vater.

Ob das immer so bleibt, ist 2024 durch ein Urteil des deutschen Bundesverfassungsgerichts unsicher geworden, das auch für Österreich Bedeutung haben könnte. Es will bei ähnlicher familienrechtlicher Ausgangslage wie in Österreich nämlich neben dem juristischen auch dem biologischen Vater Rechte geben.

(1) Ehemann

Wird ein Kind während **aufrechter Ehe** oder eingetragener (gemischt-geschlechtlicher) Partnerschaft geboren, ist der Ehemann oder eingetragene Partner der Vater, das Kind ist juristisch also automatisch sein Kind (§ 144 Abs 1 Z 1). Das Gesetz knüpft hier pragmatisch an den Regelfall an. Ob biologisch tatsächlich ein anderer Mann Urheber war, spielt keine Rolle: Das Kind hat einen Unterhaltsanspruch und ein Erbrecht gegen den (Ehe-)Partner der Mutter. Natürlich muss es daher die Möglichkeit geben, die gesetzlich vermutete Abstammung zu beseitigen, wenn die Vermutung nicht zutrifft (siehe gleich).

Dieselben Regeln wie für die Geburt während aufrechter Ehe oder eP gelten, wenn das Kind vor Ablauf von 300 Tagen nach dem **Tod des (Ehe-)Partners** geboren wird. 300 Tage sind die längste biologisch mögliche Schwangerschaft. Wird ein Kind unter diesen Voraussetzungen geboren, ist der verstorbene (Ehe-)Partner juristisch automatisch der Vater. Wieder handelt es sich um eine gesetzliche Vermutung, die biologisch nicht zutreffen muss.

Wird das Kind nach einer **Scheidung** geboren, greift die Vermutung nicht. Der Gesetzgeber hält es für unwahrscheinlich, dass der Mann unmittelbar vor einer Scheidung mit seiner Frau ein Kind gezeugt hat, weil für die Scheidung ja gerade eine Aufhebung der Lebensgemeinschaft charakteristisch ist. Hier greift daher keine Vermutung. Ist doch der frühere (Ehe-)Partner der Vater, bedarf es des Anerkenntnisses (§ 145) oder einer gerichtlichen Feststellung (§ 148) zur Begründung seiner Vaterschaft.

(2) Anerkenntnis

Wo sich die Abstammung nicht aus dem Gesetz ergibt, muss sie erst begründet werden. Das kann durch persönliche Erklärung in einer öffentlichen oder öffentlich beglaubigten Urkunde als **Vaterschaftsanerkenntnis** (§ 144 Abs 1 Z 2) geschehen (§§ 145 ff).

Solche Urkunden können zB vor Gericht, beim Standesamt oder Notar errichtet werden.

Mutter und Kind können gegen ein Anerkenntnis binnen zwei Jahren Widerspruch erheben (§ 146). Der **Widerspruch** führt zu einem Verfahren (§ 154 Abs 1 Z 2), in dem das Gericht die Abstammung überprüft und gegebenenfalls das Anerkenntnis für unwirksam erklärt, wenn das Kind vom Anerkennenden biologisch nicht abstammt. Stammt das Kind vom Anerkennenden ab, bleibt das Anerkenntnis aufrecht und wirksam.

(3) Feststellung

Die Vaterschaft kann auch auf Antrag **gerichtlich festgestellt** werden (§ 144 Abs 1 Z 3, § 148). Das ist einerseits dann der Fall, wenn sich niemand freiwillig (durch Anerkenntnis) zu dem Kind bekennt. Für die Feststellung der Vaterschaft zu sorgen, ist Aufgabe der Mutter als gesetzlicher Vertreterin. Dies stößt allerdings an Grenzen, weil die Mutter auch das Recht hat, den Vater nicht preiszugeben (§ 149 Abs 1). Es ist also denkbar, dass ein Kind über einen längeren Zeitraum juristisch nur eine Mutter hat, aber keinen Vater.

Eine gerichtliche Feststellung kommt auch in Betracht, wenn der potenzielle Vater sich zwar zum Kind bekennen möchte, aber nicht weiß, ob er wirklich der Vater ist. Dann empfiehlt sich ein Anerkenntnis nicht.

Antragsberechtigt ist das Kind gegen den Mann und umgekehrt der Mann, der als Vater festgestellt werden möchte, gegen das Kind. § 142 bestimmt, dass die Feststellung der Vaterschaft auch durch und gegen Rechtsnachfolger von Mann oder Kind erfolgen kann. Auch nach dem Tod von Vater oder Kind kann es ja ein manifestes Interesse an der Klärung der Abstammungsfrage geben (Erbrecht!).

Idealfall der Abstammungsfeststellung ist der **positive Abstammungsbeweis**, der durch DNA-Test erbracht wird. Das Kind kann sich aber ebenso auf die Zeugungsvermutung stützen (§ 148 Abs 2), nach der derjenige als Vater festgestellt werden kann, der der Mutter innerhalb der kritischen Zeit (180–300 Tage vor der Geburt) beige-wohnt hat. Die Zeugungsvermutung kann wiederum vom Antragsgegner entkräftet werden (zB durch DNA-Beweis).

Zu erbringen ist der Beweis des Gegenteils der Zeugungsvermutung. Es reicht daher nicht der Beweis, dass noch andere der Vater sein könnten (Mehrverkehr; auch nicht die mögliche Vaterschaft des eineiigen und daher mit identischer DNA ausgestatteten Zwillingbruders) oder des Gebrauchs eines Kondoms. Denkbar wären der Beweis der Zeugungsunfähigkeit, der Reifegrad des Kindes im Verhältnis zum Zeitpunkt der Beiwohnung oder biologische Eigenschaften, die eine Vaterschaft ausschließen (Blutgruppe).

Eine Vaterschaftsfeststellung aufgrund der **Zeugungsvermutung** ist nach dem Tod des Mannes nur binnen zwei Jahren zulässig. Diese Frist gilt nicht, wenn der positive Abstammungsbeweis aus Gründen aus der Sphäre des Mannes unmöglich ist, zB wenn die Angehörigen des Mannes genetisches Material verschwinden lassen und so einen positiven Abstammungsbeweis unmöglich machen. Der OGH legt die Sphäre des Mannes aber großzügig aus, sodass die Zeugungsvermutung auch dann zur Anwendung kommen kann, wenn genetisches Material aus unverdächtigen Gründen nicht zur Verfügung steht (zB Einäscherung des Leichnams des potenziellen Vaters).

medizinisch
unterstützte
Fortpflanzung

Ob die Befruchtung mit Spermien des Partners (homologe Insemination) auf natürlichem Weg stattfand oder nicht, hat für die Begründung der Vaterschaft keine Bedeutung: Konnte der Kinderwunsch nur durch eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung erfüllt werden und fand die Befruchtung der Frau mit Spermien ihres Partners statt, ist der Partner selbstverständlich ebenfalls Vater des Kindes.

Stehen der Fortpflanzung auf natürlichem Weg Hindernisse entgegen (vgl § 2 FMedG), kommt neben der homologen Insemination eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung in Betracht, bei der Samen einer dritten Person eingesetzt wird (heterologe Insemination). Sie ist bei allen gemischt-geschlechtlichen Paaren (Ehegatten, eP, Lebensgefährten) zulässig (§ 2 FMedG; zu homosexuellen Paaren siehe unten). Alleinstehende Frauen haben hingegen keine Möglichkeit einer legalen medizinisch unterstützten Fortpflanzung. Für die Abstammung ist zu unterscheiden:

- Derjenige, der als **Spender** seinen Samen einer dafür zugelassenen Krankenanstalt (siehe im FMedG) zur Verfügung gestellt hat (biologischer Vater), kann **nicht** als Vater **festgestellt** werden (§ 148 Abs 4). Nur wenn das Kind vaterlos ist und sich der Samenspender später zu „seinem“ Kind bekennen möchte, kann er ein Vaterschaftsanerkenntnis (siehe oben) abgeben.
- **Vater** wird der **Partner**, der der medizinisch unterstützten Fortpflanzung in Form eines Notariatsaktes zugestimmt hat (vgl § 8 Abs 1 FMedG, § 148 Abs 3). Er kann selbstverständlich nicht die Feststellung der Nichtabstammung begehren (§ 152).

nicht-medizinisch
unterstützte
Fortpflanzung

Das Gesetz trägt seit 2024 auch dem Umstand Rechnung, dass nicht alle Paare mit unerfülltem Kinderwunsch die medizinisch unterstützte Fortpflanzung in Anspruch nehmen. Samenspenden im privaten Bereich („Becherspende“ oder Geschlechtsver-

kehr mit einer dritten Person zum Zweck der Zeugung eines Kindes durch „Samenspende“) waren rechtlich die längste Zeit nicht geregelt, haben aber praktisch dennoch stattgefunden. Nunmehr sieht § 154a einen Rechtsrahmen für die nicht-medizinisch unterstützte Fortpflanzung vor, der allerdings mit seinem Anliegen möglicher Liberalisierung über das Ziel hinausschießt und Rechtsunsicherheit im Abstammungsrecht schafft, das auf Grund der Bedeutung der Abstammung sonst sehr auf Rechtssicherheit und Klarheit bedacht ist.

Vater ist in diesem Fall der **Ehegatte** oder **eingetragene Partner**, der der nicht-medizinisch unterstützten Fortpflanzung zugestimmt hat (§ 148 Abs 3a). Lebensgefährten können hingegen – anders als bei medizinisch unterstützter Fortpflanzung – nicht als Vater oder anderer Elternteil festgestellt werden.

Für Ehegatten oder eingetragene Partner gilt zwar ohnehin die Ehelichkeitsvermutung nach § 144 Abs 1 Z 1. § 148 Abs 3a verhindert aber, dass diese Vermutung durch den Beweis der Nichtabstammung widerlegt wird.

Bei der nicht-medizinisch unterstützten Fortpflanzung ist Vorsicht geboten, weil das Gesetz die **Zustimmung** hier **formfrei** ermöglicht. Das schafft nicht nur Beweisprobleme, sondern spitzt auch Fragen der Entscheidungsfähigkeit und von Willensmängeln zu. Solche Probleme sind zwar auch beim Notariatsakt bei der medizinisch unterstützten Fortpflanzung nicht völlig ausgeschlossen, auf Grund der notariellen Beratung und Anleitung aber wesentlich weniger brisant.

Unsicherheiten bei der Zustimmung belasten auch den Samenspender. Sein Anliegen ist typischerweise, nicht selbst als Vater festgestellt werden zu können, da sonst kein Unterschied zu einem gemeinsamen Kinderwunsch bestünde. Eine Vaterschaftsfeststellung ist (nur) ausgeschlossen, wenn die Mutter in aufrechter Ehe oder eP lebt und der Partner der nicht-medizinisch unterstützten Fortpflanzung zugestimmt hat (§ 148 Abs 5).

Praktisch empfiehlt sich die Einhaltung der Notariatsaktsform daher auch bei der nicht-medizinisch unterstützten Fortpflanzung. So kann die Wirksamkeit der Zustimmung rechtssicher ausgestaltet und damit verhindert werden, dass der Samenspender als Vater festgestellt wird (§ 148 Abs 5) sowie dass der Partner der Mutter die Feststellung der Nichtabstammung begehrt (§ 152 a).

Will Anna eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung durchführen lassen, benötigt sie die Zustimmung ihres Partners Bert in Notariatsaktsform. Will sie eine nicht-medizinisch unterstützte Fortpflanzung durchführen lassen, genügt eine formfreie Zustimmung von Bert (Ehegatte oder eP). In beiden Fällen ist die Feststellung der Nichtabstammung von Bert ausgeschlossen (für die medizinisch unterstützte Fortpflanzung: § 152; für die nicht-medizinisch unterstützte Fortpflanzung: § 152 a).

Anderer Elternteil

drittes Geschlecht

Nach einer Entscheidung des VfGH muss es neben männlich und weiblich auch ein drittes Geschlecht geben („divers“), was sich mit einer binären Vater-Mutter-Qualifikation nicht verträgt. § 144 Abs 2 bezeichnet einen diversen Elternteil konsequent nicht als Vater, sondern als „anderen Elternteil“.

gleichgeschlechtliche Paare

Die Kategorie des „anderen Elternteils“ ist aber nicht nur für diverse Personen relevant. Mit ihr wird vielmehr auch den Familienverhältnissen gleichgeschlechtlicher Paare Rechnung getragen.

Hat ein Kind keinen Vater nach § 144 Abs 1, kann es also einen anderen Elternteil haben. Das ist nach § 144 Abs 2, der die Regeln für die Begründung der Vaterschaft nachbildet,

- die Person, die mit der Mutter im Zeitpunkt der Geburt **verheiratet** war oder in **eingetragener Partnerschaft** gelebt hat (Z 1);
- wer die Elternschaft **anerkannt** hat (Z 2);
- wessen Elternschaft gerichtlich **festgestellt** wurde (Z 3).

Ist Anna mit Berta verheiratet und bekommt Anna ein Kind, ist Berta also kraft Gesetzes anderer Elternteil, obwohl das Kind biologisch gar nicht von ihr abstammen kann. Sie wird insofern so behandelt wie ein Ehemann, der nicht der wirkliche Vater des Kindes ist. Die Vermutung hat bei Berta aber keine Grundlage in der Realität mehr.

Wird Anna durch einen Seitensprung mit Max schwanger, wird Berta dennoch anderer Elternteil des Kindes, sie kann allerdings die Feststellung der Nichtabstammung beantragen.

unterstützte Fortpflanzung

Da die gemeinsame Begründung der Elternschaft homosexueller Partner nicht auf natürlichem Weg möglich ist, stellt sich bei **weiblichen homosexuellen Paaren** besonders die Frage nach einer Fortpflanzungsunterstützung. Männliche Paare haben nur die Möglichkeit der Adoption.

- Auf medizinischem Weg ist die Fortpflanzungsunterstützung nach § 2 FMedG möglich, wenn die künftigen Eltern in Ehe, eP oder Lebensgemeinschaft leben und die Partnerin der Mutter der Fortpflanzung in einem Notariatsakt zugestimmt hat (§ 8 Abs 1 FMedG). Die Partnerin wird anderer Elternteil nach § 144 Abs 2. Selbstverständlich wird sie nicht „Vater“ oder „Mutter zweiter Klasse“. Beide Elternteile haben dieselben Rechtsbeziehungen zu ihrem Kind wie heterosexuelle Paare, die Rechtslage ist wie bei einer gemischtgeschlechtlichen Beziehung.
- Auch die nicht-medizinisch unterstützte Fortpflanzung folgt den oben dargestellten Regeln wie bei heterosexuellen Paaren.

Will Anna eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung durchführen lassen, benötigt sie die Zustimmung ihrer Partnerin (Ehegattin, eP, Lebensgefährtin) Berta in Notariatsaktsform. Will sie eine nicht-medizinisch unterstützte Fortpflanzung durchführen lassen, genügt eine formfreie Zustimmung von Berta (Ehegattin oder eP). In beiden Fällen ist die Feststellung der Nichtabstammung von Berta ausgeschlossen (für die medizinisch unterstützte Fortpflanzung: § 152 analog; für die nicht-medizinisch unterstützte Fortpflanzung: § 152 a).

Wollen sich Anton und Bert einen Kinderwunsch erfüllen und Eltern werden, funktioniert dies nur durch Adoption. Eine Samenspende durch Anton an Clara (ob medizinisch unterstützt oder nicht) führt auch mit Zustimmung des Bert nicht dazu, dass Anton und Bert nach den dargestellten Regeln Vater und anderer Elternteil werden. Ob in diesem Fall Anton Vater wird, richtet sich nach den oben erläuterten Regeln: Hat Claras Partner der Samenspende durch Anton wirksam zugestimmt, wird er Vater und nicht Anton.

Änderung der Vaterschaft

Eine bestehende Vaterschaft ist nicht unverrückbar. Die Vaterschaft des Ehemannes der Mutter gründet sich wie erwähnt sogar nur auf eine **gesetzliche Vermutung**, die nicht zutreffen muss und daher beseitigt werden kann. Soll (zugleich) eine neue

Vaterschaft festgestellt werden, stellt das Gesetz sicher, dass mit der Neubegründung der einen die alte Vaterschaft wegfällt.

Während das Gesetz bei der Begründung der Elternschaft zwischen Vater und anderem Elternteil unterscheidet, gilt das bei Änderungen weitgehend nicht. Hier ist zu- meist nur von der Änderung der „Vaterschaft“ die Rede. Nach § 144 Abs 3 sind die Bestimmungen für Väter auf den anderen Elternteil aber sinngemäß anzuwenden.

Es gibt folgende Möglichkeiten der Änderung einer bestehenden Vaterschaft:

- Feststellung der Nichtabstammung vom (Ehe-)Partner (§ 151 gegen § 144 Abs 1 Z 1);
- Unwirksamerklärung eines Vaterschaftsanerkenntnisses (§ 154 gegen § 144 Abs 1 Z 2);
- Abänderungsantrag (§ 72 AußStrG gegen § 144 Abs 1 Z 3);
- Vätertausch (§ 150);
- Vaterschaftsdurchbrechendes Anerkenntnis (§ 147).

(1) Nichtabstammung vom Ehemann

Die **Feststellung der Nichtabstammung** vom (Ehe-)Partner der Mutter (§ 151, früher plastisch: Ehelichkeitsbestreitung) beseitigt die Vermutung, dass der Mann der Mutter Vater des Kindes ist. Sie kann auf Antrag des Mannes oder des Kindes erfolgen, wenn die absolute Unwahrscheinlichkeit der Zeugung (etwa durch einen DNA-Test) bewiesen wird (Ausnahme: heterologe Insemination, siehe § 152).

Der Antrag kann auch von den Rechtsnachfolgern und gegen die Rechtsnachfolger gestellt werden (§ 142). Er ist binnen zwei Jahren ab Kenntnis der gegen die Vaterschaft sprechenden Umstände einzubringen (§ 153). Die Frist ist gehemmt, solange die antragsberechtigte Person nicht entscheidungsfähig oder noch minderjährig ist. Wird dem Antrag stattgegeben, ist das Kind vaterlos. 30 Jahre nach der Geburt kann nur mehr das Kind die Feststellung der Nichtabstammung begehren.

Neben der **Antragsberechtigung** von Kind und Vater ist interessant, wer nicht antragsberechtigt ist. Dies ist die Mutter, vor allem aber Dritte (potenziell wirkliche Väter). Damit soll die soziale Familie vor der Einmischung durch Dritte geschützt werden, was der OGH bei Abwägung aller Interessen nicht für einen Verstoß gegen das Recht auf Familie (Art 8 EMRK) des Dritten hält.

Ist Hans der biologische Vater des Kindes, das die mit Egon verheiratete Maria bei einem Seitensprung mit ihm gezeugt hat, ist Egon kraft § 144 Abs 1 Z 1 der juristische Vater. Hans hat keine Möglichkeit, die Vaterschaft Egons zu bekämpfen oder seine Vaterschaft feststellen zu lassen. Dies können nur das Kind und der (rechtliche) Vater. Hans hat nur die Möglichkeit eines vaterschaftsdurchbrechenden Anerkenntnisses (dazu gleich), wozu er aber die Mitwirkung von Mutter und/oder Kind braucht.

(2) Unwirksamerklärung

Ein Vaterschaftsanerkenntnis kann aus verschiedenen Gründen für rechtsunwirksam erklärt werden (§ 154). Dies ist der Fall bei einer **Widerspruchserhebung** durch Mutter oder Kind, aber auch, wenn der Anerkennende einen Willensmangel geltend macht oder beweist, dass das Kind doch nicht von ihm abstammt und er nachträglich davon Kenntnis erlangt hat.

(3) Abänderung

Für die Beseitigung einer gerichtlichen Vaterschaftsfeststellung nach § 148 sieht das ABGB keinen eigenen Rechtsbehelf vor. Allerdings erlauben die §§ 72 ff AußStrG einen **Abänderungsantrag** gegen den Feststellungsbeschluss. Damit kann geltend gemacht werden, dass neue Beweismittel zeigen, dass der Feststellungsantrag abzuweisen gewesen wäre. Eine solche Abänderung kann binnen 30 Jahren erfolgen (§ 83 Abs 5 AußStrG).

(4) Vätertausch

Nur das Kind kann die Feststellung der Vaterschaft eines Mannes auch dann beantragen, wenn ein anderer Mann (aus welchem der Gründe des § 144 immer) bereits als Vater feststeht (§ 150). Gibt das Gericht dem Antrag statt, wird die Vaterschaft des ersten Mannes durch die des zweiten abgelöst, daher spricht man vom **Vätertausch**. Dieses Ergebnis könnte man ohne § 150 auch erreichen: Zuerst durch Beseitigung der Vaterschaft des ersten Mannes (nach den eben referierten Regeln), danach Antrag auf Feststellung der Vaterschaft gegen den zweiten Mann. Der Vätertausch ermöglicht nur, dies „in einem Aufwasch“ zu tun und dem Kind somit einen – bei zwei getrennten Verfahren unvermeidlichen – Zustand zu ersparen, in dem es keinen Vater hat.

(5) vaterschaftsdurchbrechendes Anerkenntnis

Auch das **vaterschaftsdurchbrechende Anerkenntnis** ist eine Art Austausch des bestehenden Vaters gegen einen Dritten (§ 147). Dazu ist es notwendig, dass der Dritte die Vaterschaft anerkennt. Das Gesetz nimmt eine Störung des Familienfriedens in solchen Fällen in Kauf, das Anerkenntnis darf vom Gericht also nicht zurückgewiesen werden. Um einer ungewollten Einmischung Grenzen zu setzen, braucht das Anerkenntnis aber innerfamiliäre Unterstützung:

- Ist das Kind volljährig, muss es dem vaterschaftsdurchbrechenden Anerkenntnis zustimmen.
- Ist das Kind minderjährig, bedarf es der Zustimmung des Kinder- und Jugendhilfeträgers („Jugendamt“, § 147 Abs 4) und der Bezeichnung des Anerkennenden als Vater durch die entscheidungsfähige Mutter.

In einer ähnlichen Konstellation hat das deutsche Bundesverfassungsgericht die Ansicht vertreten, dass das Elternrecht des leiblichen Vaters dabei zu kurz kommt. Die Mutter hatte mit dem leiblichen Vater, dessen Vaterschaft erwiesen war, eine Beziehung geführt und nach Beziehungsende ihren neuen Lebensgefährten motiviert, ein Vaterschaftsanerkenntnis abzugeben. Dadurch war dem leiblichen Vater der Zugang zur rechtlichen Vaterschaft verwehrt. Der Ausschluss des leiblichen Vaters wurde vom BVerfG für verfassungswidrig gehalten. Das Elterngrundrecht „steht leiblichen Vätern von Kindern auch dann zu, wenn sie nicht deren rechtliche Väter sind.“ Da das BVerfG oft Vorbildcharakter hat, bleibt abzuwarten, ob sich diese Rsp auch in Österreich durchsetzt. Das könnte zu mehr als zwei Eltern führen: „Bei der Ausgestaltung der rechtlichen Elternschaft – wie hier – der Grundrechtsträger Mutter, leiblicher Vater und rechtlicher Vater ist es dem Gesetzgeber von Verfassungs wegen nicht verwehrt, allen die rechtliche Elternschaft zuzuerkennen; verfassungsrechtlich geboten ist eine solche Ausgestaltung nicht.“

Gegen ein intern unterstütztes vaterschaftsdurchbrechendes Anerkenntnis kann der bisherige Vater **Widerspruch** erheben; dasselbe gilt für die Mutter bei volljährigen Kindern (§ 147 Abs 3). Geschieht das nicht, hat das Kind einen neuen Vater. Wird Widerspruch erhoben, wird ein gerichtliches Verfahren eingeleitet (wie beim Widerspruch gegen das „normale“ Anerkenntnis). Gelingt es dem Anerkennenden in diesem Verfahren, seine Vaterschaft zu beweisen, bleibt das Anerkenntnis wirksam.

Kindsname

Familien- oder Doppelname

Gem § 155 Abs 1 erhalten Kinder den **gemeinsamen Familiennamen ihrer Eltern**. Da auch Doppelnamen als Familiennamen zulässig sind, können Kinder ebenfalls Doppelnamen tragen.

Susi Weber und Markus Gruber heiraten und wählen als Familiennamen Weber-Gruber. Das Kind heißt ebenfalls Weber-Gruber.

Wurde ein Name als Familienname vereinbart und führt ein Elternteil dennoch einen Doppelnamen nach § 93 Abs 3 (Vor- oder Nachstellen des eigenen Namens), kann auch dieser Doppelname zum Familiennamen des Kindes bestimmt werden (obwohl es sich ja nicht um den Familiennamen der Ehegatten handelt).

Susi Weber und Markus Gruber wählen als Familiennamen Weber, Markus nennt sich Weber-Gruber. Das Kind heißt Weber, die Eltern können es alternativ Weber-Gruber nennen.

kein gemeinsamer
Familiennamen

Haben die verheirateten Eltern **keinen gemeinsamen Familiennamen**, oder sind die Eltern nicht verheiratet, haben sie weitgehende Wahlmöglichkeit bei der Bestimmung des Namens des Kindes. Jede beliebige Kombination der Nachnamen der beiden Eltern oder von Teilen davon ist zulässig, solange der gewählte Name maximal zwei Namensbestandteile umfasst; ein Doppelname ist durch Bindestrich zu trennen (§ 155 Abs 2). Mangels einer einvernehmlichen Namensbestimmung durch die Eltern erhält das Kind den **Familiennamen der Mutter**, auch wenn dieser ein Doppelname ist (§ 155 Abs 3).

Susi Weber und Markus Gruber haben keinen gemeinsamen Familiennamen gewählt. Sie können ihr Kind daher Weber, Gruber, Weber-Gruber und Gruber-Weber nennen. Heiratet Susi Weber-Huber Markus Gruber und bestimmen die beiden keinen Familiennamen, können sie ihr Kind Weber-Huber, Gruber, Weber, Weber-Gruber usw nennen (nur Huber-Weber wäre nicht erlaubt).

Unklar ist, ob das Wahlrecht der Eltern mit dem ersten Kind „konsumiert“ ist oder ob Kinder aus derselben Ehe verschiedene Nachnamen tragen dürfen.

Wird das Wahlrecht nicht konsumiert, können im Kindergarten ein kleiner Gruber, eine kleine Weber, eine kleine Gruber-Weber etc sitzen, die trotzdem alle Geschwister sind.

Üben

- Was kann ein Mann tun, wenn ein Kind seiner Ehefrau (Partnerin) nicht von ihm stammt?
- Warum wird zwischen biologischer und juristischer Abstammung unterschieden?
- Wie kommt ein uneheliches Kind zu einem Vater?
- Was ist die Zeugungsvermutung?
- Welche Arten von Anerkennissen gibt es und wodurch unterscheiden sie sich?
- Wann kann ein Kind einen „anderen Elternteil“ haben?
- Wie viele Eltern kann ein Kind juristisch haben?
- Welchen Namen erhält ein Kind? Wovon hängt das ab?

Wissen

- Abänderungsantrag
- anderer Elternteil
- Feststellung der Nichtabstammung

- Feststellung der Vaterschaft
- Kindschaftsrecht
- Kindsname
- medizinisch unterstützte Fortpflanzung
- nicht-medizinisch unterstützte Fortpflanzung
- Recht auf Familie
- Vaterschaftsanerkenntnis
- vaterschaftsdurchbrechendes Anerkenntnis
- Vätertausch
- Zeugungsvermutung

Kapitel 2: Schadenersatzrecht

Lernen

Wrongful Birth und Wrongful Conception

Es kommt vor, dass die **Geburt** eines Kindes **unerwünscht** ist.

Die Verhütung hat nicht funktioniert; ein Arzt hat im Zuge einer pränatalen Diagnose eine Behinderung des Kindes nicht erkannt, bei deren Kenntnis die Eltern abgetrieben hätten; die Mutter hat den Vater über ihre Empfängnismöglichkeit oder ihre Verhütung getäuscht.

Ersatz des
Unterhaltsaufwandes

Unter dem Schlagwort „wrongful birth“ wird die Frage behandelt, inwieweit die mit der Geburt eines Kindes entstehenden gesetzlichen **Unterhaltspflichten** einen ersatzfähigen **Schaden** darstellen können.

A und B kommen einander bei einer Betriebsfeier näher. A täuscht B über ihre Empfängnismöglichkeit, wird (wie von ihr, nicht aber von B gewünscht) schwanger und bekommt ein Kind. Kann der unterhaltspflichtige Vater Ersatz verlangen?

Die schwangere C lässt sich vom Arzt D untersuchen, der eine schwere Behinderung übersieht. C hätte bei Wissen um die Behinderung abgetrieben. Für das behinderte Kind fällt der sechsfache Unterhaltsaufwand wie für ein gesundes Kind an.

Beachte: Von dieser Problematik streng zu unterscheiden ist die schuldhafte Schädigung eines an sich gesunden Fötus im Mutterleib. Verabreicht der Arzt der schwangeren Mutter zB fahrlässig ein Medikament, das zu einer dauerhaften Behinderung des nasciturus führt, hat der nasciturus einen Schadenersatzanspruch gegen den Arzt (vgl § 22).

Bei genauerem Hinsehen lassen sich zwei Fallgruppen unterscheiden: **wrongful conception** (sorgfaltswidrig ermöglichte Schwangerschaft) und **wrongful birth** (sorgfaltswidrig unmöglich gemachter Schwangerschaftsabbruch).

Werden einer Frau bei einer künstlichen Befruchtung gegen ihren Willen statt 2 Embryonen versehentlich 3 eingesetzt, liegt hinsichtlich des dritten Kindes wrongful conception vor. Den Unterhaltsaufwand für dieses Kind haben die Eltern nie in Kauf genommen (sie wollten ja maximal zwei Kinder).

Wird die Behinderung eines Kindes wegen einer fehlerhaften Ultraschalluntersuchung nicht erkannt, hätte die Mutter das Kind aber in Kenntnis der Behinderung abgetrieben, liegt wrongful birth vor.

Klärung durch
verstärkten Senat

Mit dem Problem sind viele ethische Fragen verbunden, sodass der Ersatz lange heftig umstritten war. Eine sachliche Diskussion der Frage wurde oft schon dadurch verhindert, dass die Problematik unter dem Titel „Kind als Schaden“ diskutiert wurde: Nicht das Kind, sondern der verursachte Unterhaltsaufwand stellt den Schaden dar. Das erkennt man auch daran, dass man niemals dem Kind selbst einen Schadenersatzanspruch wegen seiner unerwünschten Geburt zugestehen würde, weil damit ja das eigene Leben einen Schaden bilden würde („wrongful life“).

Der OGH hat wrongful birth und wrongful conception lange verschieden behandelt. Seit einer aufsehenerregenden Entscheidung eines verstärkten Senates, der wegen dieser Judikaturdivergenz einberufen wurde, werden beide Fallgruppen einheitlich behandelt: Der gesamte Unterhalt des (so) nicht gewünschten Kindes wird den Eltern ersetzt.

Die Frau, der drei statt zwei Embryonen eingesetzt wurden, hat daher einen Anspruch auf den Unterhalt für ein Kind. Sie wollte diesen Unterhaltsaufwand ja nie tragen.

Die Frau, die das Kind nicht abgetrieben hat, weil der Arzt sie nicht über dessen Behinderung aufgeklärt hat, hat ebenso Anspruch auf den gesamten Unterhalt für ihr behindertes Kind. Der OGH hat es abgelehnt, hier nur den behinderungsbedingten Mehraufwand mit dem Argument zu ersetzen, mit dem Basisunterhalt hätten sich die Eltern ja abgefunden. Das wird in der Lehre kritisiert, weil die Eltern ja ein Kind wollten. Die Kritik geht dahin, dass der Ersatz auch des Basisunterhalts bedeuten würde, ihn für ein gesundes Kind für wertvoller zu halten als für ein behindertes Kind. Dieser Gesichtspunkt ist zwar nicht ganz von der Hand zu weisen, die neue Rsp gewährt aber in sachgerechter Weise für schuldhaftes Handeln des Arztes Ersatz des tatsächlich verursachten Schadens, wo er benötigt wird.

Baumhaftung

Dass der Gesetzgeber sich über 200 Jahre nach dem Inkrafttreten des ABGB mit der Haftung für Schäden beschäftigt, die durch Bäume verursacht wurden (§ 1319b), wirkt auf den ersten Blick überraschend. Bäume gab es schon immer, die Haftung folgte den allgemeinen Regeln unter Berücksichtigung der Grundsätze des § 1319 zur Bauwerkhaftung (PJSJK⁷ S 365).

So wie der Grundstückseigentümer für Schäden nach § 1319 haftet, wenn sich ein Dachziegel seines Hauses löst, auf einen Passanten fällt und ihn verletzt, hat er schon bisher für herabfallende Äste seines Baumes gehaftet, die zu Verletzungen geführt haben. Die Haftung setzte allerdings in beiden Fällen voraus, dass die Schädigung „Folge der mangelhaften Beschaffenheit des Werkes ist und er nicht beweist, dass er alle zur Abwendung der Gefahr erforderliche Sorgfalt angewendet“ hat. Eine Haftung für Schäden durch Bäume kam also etwa nicht in Betracht, wenn der Ast eines gesunden Baumes bei einem schweren Sturm abgebrochen ist.

Das wusste auch der Gesetzgeber, der aus einem anderen Grund Reformbedarf gesehen hat: Aus der Praxis wurde von Haftungsgängsten berichtet, die zu „Angstschnitten“ geführt haben, also dass Grundstückseigentümer aus – übertriebener – Angst vor Haftung ihre Bäume fällen. Das wollte der Gesetzgeber in Zeiten der Klimakrise verhindern. Ratio des neuen § 1319b ist daher nicht, eine neue Baumhaftung zu etablieren. Dass für Schädigungen an Leib, Leben und Eigentum gehaftet wird, wenn der Baumhalter seine Sorgfalt vernachlässigt hat, ist selbstverständlich (§ 1319b Abs 1).

Dem Gesetzgeber ging es vielmehr darum, Baumhalter dadurch zu beruhigen, dass ihr Sorgfaltsmaßstab konkretisiert wird. Dabei kommt es auf den Standort und die damit

verbundene Gefahr an (Baum am Spielplatz). Relevant sind außerdem Größe, Wuchs und Zustand des Baumes sowie die Zumutbarkeit von Prüfungs- und Sicherungsmaßnahmen. All das entspricht den allgemeinen Regeln zur Sorgfaltswidrigkeit, wurde aber eigens noch einmal positiviert, um Rechtssicherheit zu schaffen. Besteht an möglichst naturbelassenen Bäumen ein besonderes Interesse, wie etwa bei einem Naturdenkmal, in Nationalparks, sonstigen Schutzgebieten oder wegen der Bedeutung des Baumes für die natürliche Umgebung, so ist das bei der Beurteilung der dem Baumhalter zumutbaren Maßnahmen angemessen zu berücksichtigen (§ 1319b Abs 2).

§ 1319b Abs 4 weist schließlich noch auf die wichtige Sonderbestimmung des § 176 ForstG hin, der den Waldeigentümer aus der Pflicht zur Abwendung der Gefahr von Schäden nimmt, die abseits von öffentlichen Straßen und Wegen durch den Zustand des Waldes entstehen könnten. Hintergrund dieses Privilegs ist das Recht der Allgemeinheit, den Wald frei nutzen zu dürfen. Kann man die Nutzung schon nicht verhindern, soll man immerhin haftungsrechtlich bessergestellt werden, sodass unzumutbare Verhaltenspflichten vermieden werden.

Üben

- Wie unterscheiden sich wrongful birth und conception tatbestandsseitig voneinander?
- Welche Rechtsfolgen knüpfen sich an wrongful birth und wrongful conception? Gäbe es sachliche Gründe für eine Differenzierung?
- Was versteht man unter wrongful life?
- Welchen Zweck verfolgt der Gesetzgeber mit der Positivierung einer Baumhaftung?
- Nach welchen Regeln würde ein Baumhalter haften, wenn es § 1319b nicht gäbe?

Wissen

- Baumhaftung
- wrongful birth
- wrongful conception
- wrongful life