

Dokument 1 von 1

Zak - Zivilrecht aktuell



---

**Zak 2013/244**

**Zak 2013, 127**

Heft 7 v. 16.04.2013

Thema

## **Die Abstammung eines Kindes bei Mehrverkehr mit eineiigen Zwillingen**

**Armin Ahari, LL.M. (WU)**

Die Entscheidung 1 Ob 148/12i = Zak 2013/247, 137 zeigt die Grenzen von DNA-Tests bei der Vaterschaftsfeststellung auf, wenn eineiige Zwillinge der Mutter während der gesetzlichen Empfängniszeit beigewohnt haben. Trotz ständiger technischer Fortschritte kann bei keinem der eineiigen Zwillinge die Vaterschaft ausgeschlossen werden. Der folgende Beitrag soll die daraus entstehenden rechtlichen Konsequenzen beleuchten.

### **1. Der aktuelle Fall der Vaterschaftsfeststellung von Zwillingenbrüdern**

#### **1.1. Überblick**

Im Anlassfall wurde ein Mann - nach der damaligen Rechtslage im streitigen Verfahren - auf Feststellung der Vaterschaft geklagt. Der Beklagte hatte jedoch auch einen eineiigen Zwillingenbruder, der der Mutter des Kindes in der gesetzlichen Empfängniszeit ebenso beigewohnt hatte. **Beide Brüder** unterlagen damit hinsichtlich des gezeugten Kindes (Kläger) der **Vaterschaftsvermutung** des damaligen § 163 Abs 1 ABGB idF BGBl 1992/275. Die DNA-Analyse der Zwillinge bezüglich der Vaterschaft zum Kind war bei beiden positiv (eineiige Zwillinge haben eine identische DNA), womit eine Wahrscheinlichkeit von jeweils 50 % bestand, Vater des Klägers zu sein.

Die Vorinstanzen sahen für die Widerlegung der Vaterschaftsvermutung den Beweis der "relativen Unwahrscheinlichkeit" (§ 163 Abs 2 2. HS ABGB idF BGBl 1992/275) als erbracht, wenn die Wahrscheinlichkeit der Vaterschaft bei beiden Männern zumindest gleich hoch ist. Der OGH verwies hingegen zunächst darauf, dass eine **ausführliche Beweiserhebung** hinsichtlich der "biologischen Empfängniszeit" (siehe BGH NJW-RR 1989, 1223) durchzuführen sei (etwa die Feststellung höherer Wahrscheinlichkeit der Vaterschaft durch ausschließlichen Verkehr mit einem Zwilling, der dem Zeitpunkt der Zeugung näher liegt), um trotz genetischer Identität der Zwillinge eine unterschiedliche Vaterschaftswahrscheinlichkeit feststellen zu können.

Erst wenn die Beweiserhebung zu keiner größeren Wahrscheinlichkeit der Vaterschaft eines Zwillingen führt, stellt sich die Rechtsfrage, ob die Vaterschaftsvermutung durch den Nachweis gleicher Wahrscheinlichkeit beseitigt werden kann. Die Vorinstanzen folgten den Auffassungen, die ein Herausgreifen eines der beiden Männer bei gleicher Wahrscheinlichkeit für willkürlich erachteten (*Pichler in Rummel* <sup>2</sup> § 163 ABGB Rz 4; anders *Pichler*, RZ 1972, 37 [38]; *Stabentheiner in Rummel* <sup>3</sup> § 163 ABGB Rz 4; LGZ Wien EFSlg 56.740). Dagegen spricht laut OGH aber der unmissverständliche **Wortlaut** des § 163 Abs 2 2. HS ABGB idF BGBl

1992/275, welcher die Entkräftung der Vaterschaftsvermutung nur dann zulasse, wenn die "*Vaterschaft unwahrscheinlicher als die eines anderen Mannes ist*" (siehe auch *Zemen*, FamRZ 1973, 355 [358]; *Faistenberger/Gschnitzer*, Familienrecht<sup>2</sup> 130; *W. Kralik*, JBI 1965, 294 [299]). Der Gesetzgeber habe das Problem von gleichen Wahrscheinlichkeiten sehr wohl erkannt und in den ErläutRV eine Entkräftung bei gleicher Wahrscheinlichkeit vorgesehen (ErläutRV 6 BlgNR 12. GP 14). Der Justizausschuss strich allerdings die Wortgruppe "*oder doch nicht wahrscheinlicher*" als "überflüssig", da auch bei eineiigen Zwillingen sonstige Beweismittel zu einem Übergewicht führen würden und so einer der Brüder als Vater feststellbar sei (JAB 155 BlgNR 12. GP 2).

Der OGH gelangte zum Ergebnis - sollte die Verfahrensergänzung zu keiner größeren Wahrscheinlichkeit eines Mannes führen -, den **Beklagten als Vater festzustellen**. Das Kind kann sich durch diese Lösung den Vater "aussuchen". Dies ist laut OGH nicht als Vorzug der gesetzlichen Regelung anzusehen, wird aber vom Gesetzgeber in Kauf genommen.

## 1.2. Beurteilung

Der Entscheidung des OGH ist **zuzustimmen**. Allein der Wortlaut des § 163 Abs 3 2. HS ABGB idF BGBl 1992/275, der bei der "relativen Unwahrscheinlichkeit" der Zeugung eine Entkräftung nur zulässt, wenn diese "*unwahrscheinlicher als die eines anderen Mannes ist*", führt zum Ergebnis, dass die Wahrscheinlichkeit der Vaterschaft unter 50 % liegen muss (siehe 6 Ob 294/73 = SZ 46/119), um sich freibeweisen zu können. Eine Abweisung der Vaterschaftsfeststellung des Beklagten hätte konsequenterweise auch zu einer Abweisung des Feststellungsbegehrens gegen den anderen Bruder führen müssen. Die Folge wäre die **Vaterlosigkeit** des Kindes, obwohl einer der Zwillinge ohne Zweifel der Vater ist. Dieses Ergebnis wäre zu **100 % falsch**, wohingegen die Feststellung eines Zwillinges als Vater zumindest mit einer Wahrscheinlichkeit von 50 % richtig ist und dem Kind entgegenkommt (*W. Kralik*, JBI 1965, 294 [299]). Von Willkür kann in diesem Fall daher nicht die Rede sein.

Bei Mehrverkehr in der gesetzlichen Empfängniszeit (aktuell 180 bis 300 Tage vor der Geburt, siehe § 148 ABGB) kommen mehrere Männer als Vater infrage. Ein Kind kann jedoch rein **biologisch** und auch **rechtlich** nur **einen Vater** haben (*Ehrenzweig*, System II/2, 242; *Zeiller*, ABGB I 365; *Stefula in Klang* <sup>3</sup> § 138 ABGB Rz 3; *Ellinger*, Handbuch 92 f; ErläutRV 6 BlgNR 12. GP 12; aA bezüglich des juristischen Vaterbe-

*Armin Ahari, LL.M. (WU): Die Abstammung eines Kindes bei Mehrverkehr mit eineiigen Zwillingen -- Zak Heft 7, 128*

griffs *Steininger*, Rechtsfragen 40). Eine Feststellung mehrerer Männer als Vater ist damit ausgeschlossen. Auch eine Lösung - zumindest der Unterhaltsproblematik - unter Annahme einer Solidarhaftung wie bei alternativer Kausalität ist abzulehnen, da die biologische Abstammung keine deliktische Handlung und das Vaterschaftsverhältnis keinen Schadenersatzanspruch begründet (siehe *W. Kralik*, JBI 1965, 294 [300] mwN).

Das zu befürwortende Ergebnis des OGH führt dazu, dass sich Mutter und Kind - sofern auch hinsichtlich der Empfängnis-/Beiwohnungszeit keine Unterscheidung möglich ist ("soft evidence", siehe *Spitzer*, EF-Z 2013, 101 [in Druck]) - den finanziell potentesten Mann als Vater "**aussuchen**" können (siehe etwa *Bartsch* in *Klang*, ABGB I/1 912; *Ehrenzweig*, System II/2, 241 f; *F. Bydlinski*, Gutachten 1. ÖJT [1961] 136, sieht darin einen Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz). Durch die Weiterentwicklung von DNA-Tests liegt solch eine Konstellation **heute** praktisch jedoch **nur noch bei eineiigen Zwillingen** vor. Die Beweislast auf das Kind zu überwälzen, führt zu keinem kinderfreundlichen Ergebnis. Potenzielle Väter wären sogar dazu angehalten, sich durch den Beischlaf des anderen Zwillinges - oder nur der Behauptung der Existenz eines Zwillingesbruders (7 Ob 591/88) - vor Vaterschaftspflichten abzusichern (vgl. *Ehrenzweig*, System II/2, 241).

## 1.3. Ein reiner Einzelfall?

In Österreich ist der hier behandelte Sachverhalt bislang zwar ein juristischer Einzelfall. Ein Blick nach Deutschland (zB BGH NJW-RR 1989, 1223; OLG Celle FamRZ 1994, 650; OLG Hamm FamRZ 1995, 245;

zuletzt OLG Celle, 30. 1. 2013 15 UF 51/06) oder auch in die USA (Appellate Court of Illinois, *Ill. Dept. Of Public Aid v. Whitworth*, 30. 6.1995 Nr 4-94-0523, 652 N.E.2d 458; Missouri Court of Appeals Southern District, *State ex re. Dept. of Social Serv. v. Miller*, 14. 3. 2007 Nr 27188, 218 S.W.3d 2) zeigt allerdings, dass derartige Fallkonstellationen schon früher Gegenstand gerichtlicher Entscheidungen waren.

Nach § 1600d Abs 1 BGB muss das Gericht in Deutschland alle zur Verfügung stehenden Beweise erheben, dazu gehören auch DNA-Analysen. Nur wenn hierdurch die Vaterschaft nicht zweifelsfrei festgestellt werden kann (nur bei eineiigen Zwillingen), greift subsidiär die Vaterschaftsvermutung gem § 1600d Abs 2 S 1 BGB, welche wie in Österreich mit dem Nachweis der Beiwohnung in der gesetzlichen Empfängniszeit verbunden ist. Anders als in Österreich gilt die Vaterschaftsvermutung jedoch nicht, wenn **schwerwiegende Zweifel** an der Vaterschaft, wie nachgewiesener **Mehrverkehr**, bestehen. Um die Vaterschaft festzustellen, bedarf es einer ganz überwiegenden Wahrscheinlichkeit (siehe etwa OLG Düsseldorf FamRZ 1971, 379). Eine nur relativ höhere Wahrscheinlichkeit oder gar eine gleiche Wahrscheinlichkeit führt zur Abweisung des Feststellungsbegehrens und das **Kind bleibt vaterlos** (siehe zu Mehrverkehr und Wahrscheinlichkeit etwa *Wellenhofer* in MünchKomm<sup>6</sup> § 1600d BGB Rz 106; *Rauscher* in *Staudinger* [2011] § 1600d BGB Rz 67 u 69; OLG Karlsruhe FamRZ 2001, 931). Somit führt der Fall des Mehrverkehrs in der Empfängniszeit mit eineiigen Zwillingen, für den ein DNA-Verfahren keine Lösung bietet, zu einem Scheitern der Vaterschaftsfeststellung nach § 1600d Abs 2 BGB (*Rauscher* in *Staudinger* [2011] § 1600d BGB Rz 70 mwN). Das Kind bleibt damit im Ergebnis vaterlos, eine für das Kind ungleich härtere Lösung als in Österreich.

#### 1.4. Lösung nach der geltenden Rechtslage

Das Ergebnis des OGH lässt sich bei einem Beklagten (nunmehr Antragsgegner) problemlos auf die geltende Rechtslage übertragen (siehe *M. Leitner*, *ecolex* 2012, 547). Die Beweiserbringung, dass ein anderer Mann wahrscheinlicher der Vater ist ("relative Unwahrscheinlichkeit"), wurde durch das FamErbRÄG 2004 (BGBl I 2004/58) durch das Erfordernis der Erbringung eines **Ausschlussbeweises** bei der **Vaterschaftsvermutung** ersetzt. Wird nach § 148 Abs 2 ABGB (inhaltsgleich zu § 163 ABGB idF BGBl I 2004/58) bewiesen, dass ein Mann der Mutter in der gesetzlichen Empfängniszeit beigewohnt hat, so ist der Zwilling als Vater festzustellen, gegen den der Antrag eingebracht wurde, es sei denn, er weist nach, dass das Kind nicht von ihm abstammt. Das wird dem eineiigen **Zwilling** allerdings - soweit die Beiwohnung nachgewiesen wurde - meist **nicht gelingen**, da er nach neuer Rechtslage hierfür eine an Sicherheit grenzende Unwahrscheinlichkeit der Vaterschaft nachweisen bzw den **Ausschlussbeweis** erbringen muss (siehe *Stefula* in *Klang*<sup>3</sup> § 163 ABGB Rz 12 mwN; *Rechberger* in *Rechberger*, ZPO<sup>3</sup> Vor § 266 Rz 6).

IdR kann das Kind zwischen der Feststellung durch einen positiven Vaterschaftstest nach § 148 Abs 1 ABGB und der Vaterschaftsvermutung nach § 148 Abs 2 ABGB wählen (*Schwimann*, NZ 2005, 33 [41], 7 Ob 75/07s = Zak 2007/708, 415 = EF-Z 2008, 19 [*Höllwerth*]). Auf die Zeugungsvermutung sollte nach den Materialien (ErläutRV 471 BlgNR 22. GP 22) zwar nur hilfsweise zurückgegriffen werden, dies wurde vom OGH (7 Ob 75/07s) jedoch abgelehnt. Im Zwillingenfall würde ein positiver Vaterschaftstest aber zu einer Vaterschaftsfeststellung führen, obwohl der

*Armin Ahari, LL.M. (WU): Die Abstammung eines Kindes bei Mehrverkehr mit eineiigen Zwillingen -- Zak Heft 7, 129*

Zwilling der Mutter gar nicht beigewohnt hat. Ein ausschließlich durchgeführtes DNA-Verfahren wird im Fall von eineiigen Zwillingen aus diesem Grund nicht ausreichen, der Nachweis der Beiwohnung wird unumgänglich sein. Im Ergebnis wird auch nach **geltender Rechtslage** jener Zwillingenbruder als **Vater** festgestellt, gegen den der **Antrag** auf Vaterschaftsfeststellung eingebracht wurde.

Ein Ehemann, der gem § 144 Abs 1 Z 1 ABGB *ex lege* Vater des Kindes ist, wird mit dem Antrag auf Feststellung der Nichtabstammung (§ 151 ABGB) in den meisten Fällen scheitern, wenn er behauptet, sein eineiiger Zwillingenbruder wäre der Vater. Das Gericht muss nach Antragserhebung amtswegig (§ 16 AußStrG) Nachforschungen einleiten (*Stefula* in *Klang*<sup>3</sup> § 156 ABGB Rz 14) und dem Antrag stattgeben, wenn mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit ("absolute Unwahrscheinlichkeit") die **Vaterschaft des Ehemanns auszuschließen** ist (siehe *Schwimann/Ferrari* in *Schwimann/Kodek*<sup>4</sup> § 156 ABGB Rz 6).

Eine DNA-Analyse führt hier ebenso wenig zu einem befriedigenden Ergebnis. Mögliche Beweise für eine Nichtabstammung sind die erwiesene Zeugungsunfähigkeit, der Reifegrad des Neugeborenen im zeitlichen Verhältnis zu der infrage kommenden Beiwohnung oder kein Geschlechtsverkehr zwischen der Kindesmutter und dem Mann während der ganzen aus medizinischer Sicht in Betracht kommenden Zeit (siehe hierzu *Stefula in Klang*<sup>3</sup> § 156 ABGB Rz 17 mwN). Ähnlich schwer wird sich eine Rechtsunwirksamkeitserklärung des Vaterschaftsanerkenntnisses gem § 154 Abs 1 Z 3 lit a und b ABGB gestalten (vgl ausführlich *Bernat in Schwimann/Kodek*<sup>4</sup> § 164 ABGB Rz 16 ff).

## 2. Technische Möglichkeit - Whole genome sequencing

### 2.1. OLG Celle

Kürzlich wurde in Deutschland die Möglichkeit in Betracht gezogen, durch eine Sequenzierung des gesamten Genoms die Vaterschaft bei eineiigen Zwillingen festzustellen. Dies wurde aufgrund einer Entscheidung des BVerfG (1 BvR 811/09 = NJW 2010, 3772) notwendig, die es als **Verletzung** des allgemeinen **Persönlichkeitsrechts** des **Kindes** wertete, wenn das teure "*whole genome sequencing*"-Verfahren, welches zu einer Klarstellung der Abstammung führen könnte, nicht durchgeführt wird (dieses hätte im gegenständlichen Fall sogar kostenfrei in Anspruch genommen werden können).

Selbst bei Durchführung des "**whole genome sequencing**"-Verfahrens bestünde laut OLG Celle (30. 1. 2013, UF 51/06) allerdings **keine Erfolgsgarantie** zur Klärung der Vaterschaftsfrage. Um bei diesem neuartigen - in einem solchen Zwillingenfall aber noch nicht durchgeführten - Verfahren überhaupt Erfolg haben zu können, wäre eine Spermaprobe der Zwillinge erforderlich. Eine ausschließliche Blutprobe würde nach einhelliger Meinung der Sachverständigen die Beweisfrage nicht klären. Nach Meinung des Gerichts entspricht das **Verfahren nicht den Grundsätzen der Wissenschaft**, da es experimentellen Charakter hat, und würde auch den Rückschluss auf noch nicht ausgebrochene Krankheiten des Probanden zulassen. Im vorliegenden Fall muss zwischen dem Recht auf informelle Selbstbestimmung und dem Recht auf Kenntnis der Abstammung abgewogen werden. Die Abwägung fällt aufgrund des zu erwartenden, nicht ausreichenden Erkenntnisgewinns zugunsten der Zwillinge aus. Die Verpflichtung zur Abgabe einer Spermaprobe wird damit vom OLG Celle abgelehnt.

### 2.2. Neue Beweismittel durch ein zukünftiges DNA-Verfahren

In Österreich sind Zwillinge wohl eher daran interessiert, eine Probe abzugeben, da sie sich nur auf diese Weise **freibeweisen** können. Dementsprechend würde insb der Antragsgegner die Durchführung eines "*whole genome sequencing*"-Verfahrens unterstützen. Solange kein Verweigerungsrecht nach § 85 Abs 2 AußStrG vorliegt, kann - wenn notwendig - auch eine Spermaprobe (§ 85 Abs 1 AußStrG: "Körperflüssigkeiten") des nicht antragsgegenständlichen Zwillingenbruders verlangt werden. Wird diese rechtswidrig verweigert, kann das Gericht Zwangsmittel, insb Beugestrafen (*Spitzer in Gitschthaler/Höllwerth* § 85 AußStrG Rz 6), anordnen.

Hinsichtlich des Sachverständigengutachtens ist der Beweisführer zu einem Kostenvorschuss verpflichtet (§§ 332, 365 ZPO). Auch bei amtswegig aufgenommenen Beweisen ist ein Vorschuss nach § 3 GEG zu leisten, wobei hier jene Partei den Vorschuss zu leisten hat, in deren Interesse der Beweis durchgeführt werden soll, hier der Antragsgegner. Nach § 83 Abs 4 AußStrG sind die **Kosten** im **Abstammungsverfahren** über minderjährige Kinder allerdings nicht zu ersetzen (siehe zu den Kosten *Spitzer in Gitschthaler/Höllwerth* § 83 AußStrG Rz 20 f). Im Bezug auf den Zwillingenfall ist das "*whole genome sequencing*" derzeit noch auf der Stufe der Grundlagenforschung, deshalb wissenschaftlich nicht abgesichert und außerdem exzeptionell teuer. Ein Antragsgegner wird demnach nicht das **Risiko** eingehen, derartig **hohe Kosten** selbst tragen zu müssen, und solch ein Verfahren wohl nicht durchführen lassen wollen.

Fraglich ist folglich, ob ein **Abänderungsantrag** gem § 73 Abs 1 Z 6 AußStrG aufgrund Kenntnis neuer Beweismittel eingebracht werden kann, wenn das DNA-Verfahren bzw "*whole genome sequencing*" zukünftig weiter entwickelt wird und mit höherer Wahrscheinlichkeit und akzeptablen Kosten zu einem Ergebnis führen kann. Obwohl das Verfahren hier schon durchführbar wäre, ist es ohne Verschulden der

Partei nicht benützbar, da es hinsichtlich eineiiger Zwillinge noch keine wissenschaftlich erwiesene Erkenntnismethode darstellt (vgl. *Kodek* in *Gitschthaler/Höllwerth* § 73 AußStrG Rz 47; *Jelinek* in *Fasching/Konecny*<sup>2</sup> § 530 ZPO Rz 162, 174; 6 Ob 630/88 = SZ 61/184 = EvBl 1989/68 = JBI 1988, 793). Sobald das **Verfahren wissenschaftlich erwiesen** und die

*Armin Ahari, LL.M. (WU): Die Abstammung eines Kindes bei Mehrverkehr mit eineiigen Zwillingen -- Zak Heft 7, 130*

Partei imstande ist, die Beweismittel vorzubringen (*Kodek* in *Gitschthaler/Höllwerth* § 74 AußStrG Rz 9), ist der Abänderungsantrag bei Gericht einzubringen. Die absolute Frist beträgt im Abstammungsverfahren 30 Jahre ab Rechtskraft (§ 83 Abs 5 AußStrG).

### 3. Antrag auf Vaterschaftsfeststellung gegen beide Zwillingenbrüder

Während in der bisher betrachteten Fallkonstellation der Antrag auf Vaterschaftsfeststellung nur gegen einen Zwilling eingebracht wurde, beschäftigt sich der folgende Abschnitt mit der Frage, wie vorzugehen ist, wenn gegen **beide Zwillingenbrüder ein Antrag** eingebracht wird (zu weiteren Fallkonstellationen siehe *Spitzer*, EF-Z 2013, 101 [in Druck]). Im Interesse der Zeit- und Kostenersparnis sollen gem § 84 Abs 1 AußStrG Verfahren, die dasselbe Kind betreffen, tunlichst verbunden werden (ErläutRV 224 BlgNR 22. GP 65). Eine Verbindung der Verfahren führt bei eineiigen Zwillingen zu einer verfahrensrechtlichen Problemstellung. Beide Zwillingenbrüder können sich nicht von der Vaterschaftsvermutung freibeweisen, die Lösung des OGH wäre nicht anwendbar, da statt nur einem zwei Antragsgegner ohne Entkräftungsmöglichkeit der Vaterschaftsvermutung betroffen sind. Um diese Konstellation zu verhindern, ist von einer Verbindung der Verfahren bei eineiigen Zwillingenbrüdern von vornherein abzuraten.

Sollte das Verfahren trotzdem verbunden werden oder gleich beide Zwillingenbrüder in einem Antrag auf Feststellung der Vaterschaft in Anspruch genommen werden und das Beweisverfahren trotz aller Möglichkeiten zu **derselben Vaterschaftswahrscheinlichkeit** gelangen, so besteht eine scheinbar unlösbare Verfahrenssituation. Eine **Abweisung** des Antrags auf Vaterschaftsfeststellung kommt nicht infrage, denn das Kind hat die Beiwohnung nachgewiesen, womit die Beweislast bei den Zwillingenbrüdern liegt, die sich allerdings nicht freibeweisen können. Es wäre nun unsachgemäß, das Kind der Chance auf einen Vater zu berauben, obwohl ein vaterloser Zustand gesellschaftlich wie rechtlich nicht erwünscht ist (vgl. *Zeiller*, ABGB I 362). Andererseits ist auch die **Feststellung eines Mannes** nicht möglich, da beide im selben Verfahren zu gleicher Wahrscheinlichkeit Vater sind und der Feststellungsentscheidung das Belieben als Mangel anhaften würde. In der Praxis wird man versuchen, bei einem Mann die Vaterschaft im Zuge der freien Beweiswürdigung auszuschließen (der Nachweis einer höheren Wahrscheinlichkeit reicht heute nicht mehr aus [ErläutRV 471 BlgNR 22. GP 22]), um nicht in solch eine missliche Lage zu gelangen.

Bei einer derartigen Konstellation wäre es denkbar, beide belangten Zwillingenbrüder als Väter festzustellen, da beide sich trotz Nachweises der Beiwohnung nicht freibeweisen können. Dies ist jedoch aus zweierlei Gründen abzulehnen. Einerseits kann rein biologisch nur einer der Zwillinge Vater sein. Die Argumentation, dass der Begriff Vater im juristischen etwas anderes bedeuten könnte als im biologischen Sinn, überzeugt nicht (*Steininger*, Rechtsfragen 40 ff; ähnlich OGH 10. 7. 1931, ZBI 297, im Schluss aber ablehnend), da die Vaterschaftsfeststellung gerade eben auf die biologische Abstammung des Kindes abstellt (*Fasching*, FamRZ 1962, 134 [136]; ErläutRV 6 BlgNR 12. GP 12). Andererseits können zwei Väter auch materiellrechtlich nicht festgestellt werden. Bereits der Wortlaut des § 148 Abs 1 ABGB, wonach das Gericht den Mann festzustellen hat, von dem das Kind abstammt, lässt auf einen Einzelnen schließen. Die Feststellung **beider Männer als Väter** ist daher jedenfalls **ausgeschlossen** (vgl. *Zeiller*, ABGB I 365; *M. Leitner*, *ecolex* 2012, 547; *Stefula* in *Klang*<sup>3</sup> § 138 Rz 3; ErläutRV 6 BlgNR 12. GP 12).

Eine Aufteilung der Unterhaltsverpflichtungen scheint auf den ersten Blick zwar möglich (befürwortend *F. Bydlinski*, Gutachten 1. ÖJT [1961] 136). Selbst wenn für die **Unterhaltsaufteilung** ein der alternativen Kausalität ähnliches Konstrukt, das nicht auf Schadenersatz basiert, herangezogen wird, kann damit die **Vaterschaftsproblemik** aber **nicht gelöst** werden. Nicht nur das Interesse des Kindes, einen Vater zu haben, um etwa nicht als Außenseiter abgestempelt zu werden (siehe *Bosch*, Gutachten 44. DJT [1962] 77; *Bartsch* in *Klang*, ABGB I/1 913), sondern auch Erbschaftsansprüche hängen wesentlich von der Frage der

Vaterschaft ab.

Daher ist eine prozessuale Lösung zu suchen. Anzuraten ist in einem solchen Abstammungsverfahren als Mehrparteienverfahren, den **Antrag** gegenüber einem Zwillingsbruder gem § 11 AußStrG **zurückzuziehen**. Das Verfahren gegen den anderen Zwillingsbruder bleibt davon unberührt (vgl *Fucik/Kloiber* § 11 AußStrG Rz 8; *Kodek* in *Gitschthaler/Höllwerth* § 11 AußStrG Rz 46). Eine Zurücknahme ist im Abstammungsverfahren ohne Anspruchsverzicht möglich (*Fucik/Kloiber* § 11 AußStrG Rz 7 mwN). Somit kann der Antrag gegenüber einem Zwilling zurückgenommen werden, wenn sich herausstellen sollte, dass die Wahrscheinlichkeit nach allen Beweiserhebungen gleich groß ist. Das Gericht hat sogar im Zuge seiner Manuduktionspflicht gem § 14 AußStrG rechtsunkundigen und nicht durch Rechtsanwälte vertretenen Parteien die nötige Anleitung zu geben und auf diese sinnvolle Verfahrenshandlung hinzuweisen (*Rechberger* in *Rechberger*, AußStrG<sup>2</sup> § 14 Rz 2). Für anwaltlich vertretene Parteien gilt nur eine Erörterungspflicht im Hinblick auf das Verbot von Überraschungsentscheidungen (*Rechberger* in *Rechberger*, AußStrG<sup>2</sup> § 14 Rz 1; *Schragel* in *Fasching/Konecny*<sup>2</sup> § 182, 182a ZPO Rz 10). Das Gericht hat in beiden Fällen die Aufgabe, der beantragenden Partei die Möglichkeit der Rücknahme eines Antrags näherzubringen. Zwar ist die Lösung keine Bestlösung (deren Existenz verneint schon *Bosch*, Gutachten 44. DJT [1962] 79 mwN), jedoch die **rechtlich bestmögliche**.

Wird der Antrag nicht zurückgenommen, könnte es dem Kind überlassen werden, einen Mann im **Einvernehmen mit dem Gericht** zu beanspruchen (*Bosch*, Gutachten 44. DJT [1962] 75), was aber ebenso mit einer Zurücknahme des Antrags bewerkstelligt werden könnte. Der Lösungsvorschlag *Pichlers* (RZ 1972,

*Armin Ahari, LL.M. (WU): Die Abstammung eines Kindes bei Mehrverkehr mit eineiigen Zwillingen -- Zak Heft 7, 131*

37 [38]) scheint noch einen Ausweg aus der rechtlichen Schwierigkeit der fehlenden Zurücknahme des Antrags zu bieten. Dieser schlägt einen Beschluss auf "**Innehaltung**" vor (dieser von ihm gewählte Begriff ist nicht zu verwechseln mit "Innehalten" iSd § 29 AußStrG), nachdem alle Mittel der Wahrheitsforschung ausgeschöpft worden sind. Die Parteien können das Verfahren trotzdem fortsetzen, indem sie neue Tatsachen oder Beweismittel zur Klärung der Wahrscheinlichkeit (zB neue biologische Erkenntnisverfahren) vorbringen. Auch eine amtswegige Fortsetzung wäre weiterhin möglich. Da das Kind auch hier zwischenzeitig keinen Vater erhält und damit weder Unterhalts- noch Erbschaftsansprüche geltend machen kann, ist die vorgehende prozessrechtliche Lösung vorzuziehen. Allerdings hält das Kind zumindest keine rechtskräftige Entscheidung ohne Feststellung eines Vaters in Händen (womit auch die Frist für einen Abänderungsantrag zu laufen beginnen würde) und kann weiter von der Möglichkeit Gebrauch machen, den Antrag gegen einen Mann gem § 11 AußStrG zurückzunehmen.

### Hinweise & Anmerkungen:

**Literatur:** *Bosch*, Welche Anforderungen sind an eine Reform des Rechts des unehelichen Kindes zu stellen? Gutachten 44. Deutscher Juristentag (1962); *Ehrenzweig*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts II/2 (1924); *Ellinger*, Handbuch des ABGB<sup>7</sup> (1877); *F. Bydlinski*, Der Gleichheitsgrundsatz im österreichischen Privatrecht, Gutachten 1. ÖJT (1961); *Faistenberger/Gschnitzer*, Familienrecht<sup>2</sup> (1979); *Fasching/Konecny* (Hrsg), Kommentar ZPO II<sup>2</sup> (2003); *Fasching/Konecny* (Hrsg), Kommentar ZPO IV/1<sup>2</sup> (2005); *Fasching*, Lässt das österreichische Unehelichenrecht eine mehrfache Vaterschaft zu? FamRZ 1962, 134; *Fenyves/Kerschner/Vonkilch* (Hrsg), Klang Kommentar zum ABGB<sup>3</sup> (2008); *Fucik/Kloiber*, AußStrG (2005); *Gitschthaler/Höllwerth* (Hrsg), AußStrG Kommentar (in Druck); *Klang* (Hrsg), Kommentar zum ABGB I/1 (1933); *M. Leitner*, Pater est quem DNA demonstrat? ecolex 2012, 547; Münchener Kommentar zum BGB<sup>6</sup> (2012); *Pichler*, Einige Probleme des neuen Unehelichenrechts, RZ 1972, 37; *Rechberger* (Hrsg), Kommentar zum AußStrG<sup>2</sup> (2013); *Rechberger* (Hrsg), Kommentar zur ZPO<sup>3</sup> (2006); *Rummel* (Hrsg), ABGB<sup>2</sup> (1990); *Rummel* (Hrsg), ABGB<sup>3</sup> (2003); *Schwimann*, Neuerliche Abstammungsrechtsreform mit Ablaufdatum, NZ 2005, 33; *Schwimann/Kodek* (Hrsg), ABGB Praxiskommentar I<sup>4</sup> (2011); *Staudinger* (Hrsg), BGB (Neubearbeitung 2011); *Spitzer*, Problemfälle des Abstammungsverfahrens - anlässlich 1 Ob 148/12i, EF-Z 2013, 101 (in Druck); *Steininger*, Rechtsfragen der ae Vaterschaft (1961); *W. Kralik*, Zur Reform der Vaterschaftsvermutung des § 163 ABGB, JBI 1965, 294; *Zeiller*, Kommentar ABGB I (1811); *Zemen*, Die Neuordnung der Rechtsstellung des unehelichen Kindes in Österreich, FamRZ 1973, 355.