

Zeitschrift für

FAMILIEN-**EF-Z** UND ERBRECHT

Redaktion **Edwin Gitschthaler**
Constanze Fischer-Czermak
Andreas Tschugguel

September 2016

05

225 – 280

ErbRÄG spezial

Verträge auf den Todesfall

Constanze Fischer-Czermak ↻ 228

Beiträge

Normative Nahtstellen von Familien- und Mietrecht

Johannes Stabentheiner ↻ 234

Abfertigung und Unterhaltsbemessung *Lena Kolbitsch* ↻ 241

Berechnung des betreuungsrechtlichen Unterhaltsanspruchs
Günter Tews ↻ 244

Das Verlassenschaftsinventar (Teil 2) *Patrick Schweda* ↻ 247

EF Kurz gesagt

Die vorfrageweise Beurteilung der Vaterschaft beim Unterhaltsregress
Birgit Schneider ↻ 250

Grundrechte aktuell *Barbara Simma* ↻ 251

Rechtsprechung

Ehewidrige Beziehungen vs Kuckuckskind ↻ 256

Unterhalt und Privatstiftung *Natalie Dummer* ↻ 256

Pflege als Geschäftsführung ohne Auftrag *Martin Stefula* ↻ 262

Fälle für Parteienvertreter: Unklare Verfahrenshilfebewilligung ↻ 270

Zur Verschollenheitsfrist für Todeserklärung eines Kämpfers
im Syrischen Bürgerkrieg nach §§ 4, 7 TEG

Willibald Posch und Georg Aichinger ↻ 272

EF Kurz gesagt

Die vorfrageweise Beurteilung der Vaterschaft beim Unterhaltsregress

Zugleich eine Besprechung der E 7 Ob 60/15 x

EF-Z 2016/112

Der OGH lässt in 7 Ob 60/15 x¹⁾ die vorfrageweise Feststellung der Vaterschaft im Regressprozess des Scheinvaters gegen den von ihm vermuteten Vater zu.²⁾ Dieser E ist aus verfahrensrechtl Sicht zuzustimmen.

Wer für einen anderen einen Aufwand tätigt, den dieser nach dem Gesetz selbst hätte machen müssen, kann die Aufwendungen nach § 1042 ABGB zurückfordern. Einen typischen Anwendungsfall bildet der UhRegress des Scheinvaters.³⁾ In diesem Leistungsprozess bildet die **Vaterschaft eine Vorfrage** dahin, ob der Bekl den Aufwand selbst hätte machen müssen. Zur Beurteilung der Vorfrage kommt es maßgeblich darauf an, ob darüber eine für das Gericht (und die Parteien) bindende E vorliegt. Das kann va durch eine Vaterschaftsfeststellung gegeben sein. Diese weist nach § 140 ABGB die Besonderheit der erga-omnes-Wirkung auf. Grds entfalten zwar nur solche E Bindungswirkung, die zw denselben Parteien ergangen sind, doch ist bei der Vaterschaftsfeststellung deren umfassende Wirkung zu berücksichtigen.⁴⁾

Ist – wie in der Ausgangssituation in 7 Ob 60/15 x – derzeit keine rechtl Vaterschaft festgestellt, liegt nach *Lurger/Tscherner*⁵⁾ ein statusrechtl Vakuum vor. Wenn keine bindende E über eine Vorfrage vorliegt, hat das Gericht diese nach § 190 ZPO selbst zu beurteilen. Ist kein Verfahren anhängig,⁶⁾ ist das Gericht dazu auch verpflichtet. Eine Ausnahme besteht dann, wenn das Gesetz ausdrücklich die E über die Vorfrage verwehrt.⁷⁾ Die Unzulässigkeit der Vorfragenbeurteilung wird insb aus dem AB zum KindRÄG⁸⁾

abgeleitet, wonach sich niemand auf eine nicht festgestellte Vaterschaft berufen kann. Mit dem KindRÄG wurde die erga-omnes-Wirkung der Vaterschaftsfeststellung ausdrücklich gesetzlich verankert. Bereits *Stabentheiner*⁹⁾ hat zutr betont, dass nur eine erfolgte Vaterschaftsfeststellung gemeint sei und daraus keine Aus-

- 1) EF-Z 2016/45, 97; s dazu auch *Bernat*, Der Scheinvaterregress (§ 1042 ABGB) und die Durchbrechung der positiven Rechtsausübungssperre, EF-Z 2016/32, 93.
- 2) Ebenso *Gitschthaler*, Scheinvaterregress – Bereicherung oder Schadenersatz? EF-Z 2009/94, 129 (132); *Lurger/Tscherner*, Inzidentfeststellung der Vaterschaft im Unterhaltsregressverfahren, JBl 2009, 205 (210 ff); *Spitzer* in *Gitschthaler/Höllwerth*, Kommentar zum Außerstreitgesetz (2013) Vor §§ 81 – 85 Rz 4; *Stabentheiner* in *Rummel*, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch³ I (2000) § 163b Rz 3; *Weber*, Inzidentfeststellung der Vaterschaft im Unterhaltsvorschluss- und Kindesunterhaltsverfahren? Zak 2013/388, 207 (208); aA *Apathy* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar⁴ IV (2014) § 1042 Rz 7; *Deixler-Hübner* in *Rechberger*, Kommentar zum Außerstreitgesetz² (2013) § 82 Rz 1; *Fischer-Czermak* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} (Stand 1. 3. 2015, rdb.at) § 140 Rz 2; *Hopf* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, Kurzkomentar zum ABGB⁴ (2014) § 140 Rz 1; *Stormann* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB⁴ I ErgBd (2013) § 140 Rz 1; 8 Ob 49/13 h iFamZ 2013/167, 230 (*Zemanek*) = NZ 2013, 377.
- 3) *Koziol* in *KBB*⁴ § 1042 Rz 2; *Lurger* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} (Stand 1. 2. 2014, rdb.at) § 1042 Rz 5.
- 4) Vgl *Fasching/Klicka* in *Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen² III (2004) § 411 ZPO Rz 128.
- 5) JBl 2009, 211.
- 6) Siehe dazu *Höllwerth* in *Fasching/Konecny*³ § 190 ZPO Rz 74 ff.
- 7) RIS-Justiz RS0045567. Siehe dazu die Aufzählung bei *Fucik* in *Rechberger*, Kommentar zur ZPO⁴ (2014) § 190 Rz 3.
- 8) 887 BlgNR 17. GP 6.
- 9) In *Rummel*³ § 163b Rz 3.

sage für die Vorfragenbeurteilung vor dieser Feststellung gewonnen werden könne. Damit hat das Gericht verfahrensrechtlich keine andere Möglichkeit, als die Vaterschaft vorfrageweise zu prüfen.

Dieses Ergebnis steht auch nicht in Widerspruch zu der umfassenden Wirkung der Vaterschaftsfeststellung: Auf diese kann zum einen nur Rücksicht genommen werden, wenn sie positiv besteht.¹⁰⁾ Zum anderen wird durch die vorfrageweise Beurteilung die Möglichkeit der Vaterschaftsfeststellung in keiner Weise berührt.¹¹⁾ Die „Vaterschaftsfeststellung“ findet sich im Urteil über den Regress nach § 1042 ABGB in den Entscheidungsgründen, die nicht in Rk erwachsen.¹²⁾

Mit der grundsätzlichen Zulässigkeit der Inzidentfeststellung der Vaterschaft ist noch nicht geklärt, ob der Bekl im Regressprozess den recht weitgehenden **Mitwirkungspflichten** des § 85 AußStrG unterworfen ist. Diese umfassen insb eine für die Vaterschaftsfeststellung idR notwendige DNA-Untersuchung. *Lurger/Tscherner*¹³⁾ halten im Ergebnis die Mitwirkungspflichten für anwendbar, weil das Verweigerungsrecht des AußStrG – wonach eine Pflicht zur Mitwirkung nicht besteht, wenn sie zu einer ernstesten Gefahr für Leben oder Gesundheit führt – ausreichend sei. Demgegenüber kann nach *Gitschthaler*¹⁴⁾ nicht durch Regressklage „irgendein“ Mann benannt werden, der zur DNA-Untersuchung gezwungen werden kann. Ein Zwang gegen den Bekl sei nur dann möglich, wenn vom kl Scheinvater ausreichend Umstände dargelegt werden, die den Bekl als tatsächlichen Vater in Betracht kommen lassen. *Pierer*¹⁵⁾ will die unbegründete Weigerung der Mitwirkung der freien Beweiswürdigung unterwerfen.

Beim Regressprozess handelt es sich um einen Zivilprozess, sodass die **Beweisvorschriften der ZPO** zur Anwendung kommen. Die ZPO sieht zur Durchsetzung von Parteipflichten jedoch (anders als das AußStrG) grds **keine Möglichkeit des Zwangs** vor.¹⁶⁾ Die notwendige Mitwirkung ergibt sich im Regressprozess beim erforderlichen **Sachverständigenbeweis**. Dort kann das Gericht nach § 359 Abs 2 ZPO die **Mitwirkung der Parteien** auftragen. Darunter lässt sich mE eine Mitwirkung für eine DNA-Begutachtung subsumieren. Kommt die Partei dem gerichtl Auftrag nicht nach, so ist das Gutachten „ohne Berücksichtigung des Fehlenden“ zu erstatten. Der Gesetzeswortlaut nimmt dabei zwar nicht auf Verweigerungsrechte der Parteien Bedacht, doch aus den Erläuterungen zur ZVN 2002¹⁷⁾ folgt, dass das Gericht diese vor der Anordnung der Mitwirkung zu beachten hat. Daher darf die Partei die Mitwirkung (nach §§ 304, 305, 380 ZPO) grds berechtigt verweigern.¹⁸⁾ In Betracht kommt in concreto uU § 321 Abs 1 Z 1 ZPO,¹⁹⁾ der eine Verweigerung vorsieht, wenn die Fragen „zur

Schande gereichen“.²⁰⁾ Bei einer berechtigten Verweigerung darf dieser Umstand nicht frei gewürdigt werden.²¹⁾ Selbst wenn man den Verweigerungsgrund verneint, darf die unterlassene Mitwirkung zwar in der Beweiswürdigung berücksichtigt werden, sie kann aber mE nicht automatisch dazu führen, dass der Bekl der „Vater“ ist.

Als weiteres Beweismittel kommt die **Mutter als Zeugin** in Betracht. Die Mutter hat nach § 149 Abs 1 ABGB das Recht, den Namen des Vaters nicht bekannt zu geben. Auch wenn es beim Zeugnisverweigerungsrecht des § 321 Abs 1 Z 1 ZPO darum geht, „was das Ansehen der betreffenden Person in ihrer Umgebung in sittlicher Hinsicht empfindlich herabsetzen könnte“,²²⁾ und das Recht der Mutter zur Verweigerung der Bekanntgabe des Namens des Vaters dem Schutz der Intimsphäre der Mutter dient,²³⁾ so ist auf dieses Recht der Mutter im Wege einer zulässigen teleologischen Ausweitung der Zeugnisverweigerungsrechte²⁴⁾ mE Bedacht zu nehmen.

Im Ergebnis ist mit der zulässigen vorfrageweisen Beurteilung der Vaterschaft wohl nur wenig gewonnen. Denn es bleibt die Hürde der Beweislast.

Birgit Schneider

10) Vgl auch *Pierer*, EvBl 2016/16, 128 (Entscheidungsanmerkung); *Stabentheiner in Rummeß* § 163b Rz 3.

11) Die grundsätzliche Möglichkeit eines Zwischenantrags auf Feststellung, mit dem über eine Vorfrage bindend entschieden werden kann (s dazu *Rechberger/Klicka in Rechberger*⁴ § 236 ZPO Rz 1 ff), scheidet konkret an der Zulässigkeit des Rechtswegs (vgl *Rechberger/Klicka in Rechberger*⁴ § 236 ZPO Rz 6).

12) *Fasching/Klicka in Fasching/Konecny*² § 411 ZPO Rz 62 ff.

13) JBl 2009, 215.

14) EF-Z 2009/94, 133; s auch *Spitzer in Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG Vor §§ 81–85 Rz 4, nach dem Zurückhaltung bei der Anwendung der Mitwirkungspflichten des § 85 AußStrG geboten sei.

15) EvBl 2016/16, 128; ebenso *Gitschthaler*, Zum Kuckuck mit dem DNA-Gutachten! EF-Z 2016/26.

16) *Spending in Fasching/Konecny*² § 380 ZPO Rz 10 f.

17) 962 BlgNR 21. GP 37.

18) *Höllwerth*, Beschleunigung der Sachverständigenbegutachtung durch die ZVN 2002? ÖJZ 2004/17, 251 (257); *Rassi*, Intimes, Privates und Geheimes, SV 2014, 2 (8); *Rechberger in Fasching/Konecny*² § 359 ZPO Rz 4; *ders in Rechberger*⁴ § 359 ZPO Rz 3.

19) Die Verweigerung wegen eines vermögensrechtl Nachteils (§ 321 Abs 1 Z 2 ZPO) gilt bei der Parteienvernehmung nicht (§ 380 Abs 1 ZPO), sodass die Mitwirkung am Sachverständigenbeweis nicht wegen der drohenden Regresszahlungen (berechtigt) verweigert werden darf.

20) Siehe dazu *Frauenberger in Fasching/Konecny*² § 321 ZPO Rz 10; *Simotta*, Die familienrechtlichen Entschuldigungsgründe der ZPO, ÖJZ 1997, 486 (489 f).

21) *Rassi*, SV 2014, 8; *Spending in Fasching/Konecny*² § 380 ZPO Rz 7; aA *Fasching*, Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts² (1990) Rz 959.

22) *Frauenberger in Fasching/Konecny*² § 321 ZPO Rz 10.

23) *Deixler-Hübner in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} (Stand 1. 3. 2015, rdb.at) § 149 Rz 1.

24) Vgl dazu *Frauenberger in Fasching/Konecny*² § 321 ZPO Rz 2.