

## I. Einleitung

---

*„Mater semper certa est, pater semper incertus est“*

### **„Scheinvater‘ fordert Unterhalt zurück**

*21 Jahre lang hat ein Mann aus dem Bezirk Steyr-Land mit seiner Lebensgefährtin zusammengelebt und geglaubt, vier Kinder mit ihr zu haben. Doch dann stellte sich heraus, dass kein einziges von ihm war. Jetzt fordert er einen Teil des Unterhalts zurück.“<sup>1</sup>*

Von solchen oder so ähnlichen Fällen liest oder hört man ständig in den Medien. Die Zahlen, die Experten nennen, sind erschreckend hoch: Für Deutschland und Österreich wird die Zahl der sogenannten „Kuckuckskinder“ auf etwa 8–10 % geschätzt.<sup>2</sup> Von diesen Schätzungen ausgehend wären von den 2016 in Österreich geborenen Kindern etwa 7.000–8.700 „Kuckuckskinder“.<sup>3</sup> Vaterschaftstests boomen. Das Phänomen ist zwar sicher nicht neu, doch ermöglichen die modernen Methoden der DNA-Analyse, mit deren Hilfe die Vaterschaft mit einer Sicherheit von 99,9 % festgestellt werden kann, mittlerweile jedermann schnelle Abstammungsgutachten zu immer günstigeren Preisen. Private Labors werben für Vaterschaftstest unter € 200,-. Für die Durchführung eines solchen Tests reichen schon gebrauchte Zahnbürsten, Kaugummis, Zigarettenkippen oder Fingernägel.

Die praktische Relevanz dieser Fälle lässt sich also kaum leugnen.

Neben vielen Problemen tun sich zugleich auch zahlreiche rechtliche Fragen auf:

- Von wem kann der Scheinvater den geleisteten Unterhalt zurückfordern?
- Welche Voraussetzungen müssen für einen solchen Regress vorliegen?

---

1 <http://ooe.orf.at/news/stories/2506110/> vom 19.10.2011.

2 Vgl dazu etwa *Tews*, Alles was recht ist – Juristisches rund um Mutter, Kind und ... Vater im Österreichischen Recht, in *Haas/Waldenmaier* (Hrsg), Der Kuckucksfaktor (2004) 248 f.

3 Laut Statistik Austria bemisst sich die Zahl der 2016 lebendgeborenen Kinder auf 87.675: [https://www.statistik.at/web\\_de/statistiken/menschen\\_und\\_gesellschaft/bevoelkerung/geborene/022899.html](https://www.statistik.at/web_de/statistiken/menschen_und_gesellschaft/bevoelkerung/geborene/022899.html).

- Für welchen Zeitraum kann eine solche Rückforderung des Unterhalts geltend gemacht werden?

Diese Fragen sollen im Rahmen der vorliegenden Arbeit erörtert werden, wobei der Schwerpunkt auf den Anspruch des Scheinvaters gegen den wahren Vater und die Verjährung des Anspruchs gelegt wird.

## II. Bereicherungsansprüche des Scheinvaters

---

### Wer ist Scheinvater?

Als Scheinvater gilt derjenige, der glaubt, Vater eines Kindes zu sein, das aber in Wahrheit nicht von ihm abstammt. Leistet ein solcher Scheinvater an das vermeintlich von ihm abstammende Kind Unterhalt und erfährt er nachträglich, dass das Kind nicht sein leibliches ist, so stellt sich die Frage nach Rückforderungsansprüchen für die von ihm entrichteten Unterhaltsleistungen. Denkbar ist dabei sowohl der Fall, dass der Scheinvater während seiner rechtlich festgestellten Vaterschaft Zahlungen tätigt, als auch die Variante, dass er dies – ohne rechtliche Feststellung – bloß im Glauben an eine Vaterschaft macht.<sup>4</sup>

### Bereicherung und/oder Schadenersatz

In Betracht kommen zunächst Bereicherungsansprüche. Dazu zählen zum einen eine Leistungskondiktion gegen das vermeintliche Kind und zum anderen ein Aufwändersatzanspruch gegen den wahren Vater, also den eigentlich Unterhaltspflichtigen. Des Weiteren wären unter bestimmten Voraussetzungen auch Schadenersatzansprüche gegen die Mutter des Kindes und/oder den wahren Vater denkbar. Im Rahmen der vorliegenden Arbeit soll nur auf die bereicherungsrechtlichen Ansprüche und deren Verjährung eingegangen werden.

Was die bereicherungsrechtlichen Ansprüche betrifft, so stützen sich diese zunächst auf die Grundlage, dass der Scheinvater eine Leistung erbracht hat, die er nicht hätte erbringen müssen. Er hat dem vermeintlich von ihm abstammenden Kind Unterhalt geleistet, obwohl er nicht der biologische Vater des Kindes ist. In Betracht kommen daher eine Leistungskondiktion (*condictio indebiti* nach § 1431 ABGB [irrtümliche Zahlung einer Nichtschuld] bzw. *condictio causa finita* nach § 1435 ABGB [Wegfall des Rechtsgrunds]) gegen das Kind oder ein Aufwändersatzanspruch nach § 1042 ABGB gegen den wahren Vater. Da beide Ansprüche voraussetzen, dass eine Leistung **rechtsgrundlos** erbracht wurde,<sup>5</sup> ist zunächst zu klären, wer einem Kind gegenüber zur Leistung von Unterhalt verpflichtet ist.

<sup>4</sup> *Schwimmann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht<sup>8</sup> (2016) 105.

<sup>5</sup> Vgl. dazu etwa bezüglich § 1431 ABGB *Rummel* in *Rummel*<sup>3</sup> § 1431 ABGB Rz 4 bzw. zu § 1042 ABGB *Apathy* in *Schwimmann/Kodek*<sup>4</sup> § 1042 ABGB Rz 1.

## A. Verpflichtung zum Kindesunterhalt

§ 231 ABGB normiert zunächst grundsätzlich, dass zur Unterhaltsleistung an das Kind die **Eltern** des Kindes verpflichtet sind. Die Unterhaltspflicht gegenüber einem Kind beginnt dabei mit dessen Geburt und zwar unabhängig davon, ob der unterhaltspflichtige Elternteil Kenntnis von der Geburt des Kindes hat.<sup>6</sup> Mit „Eltern“ sind grundsätzlich die **leiblichen** Eltern des Kindes i.e.S. bzw. die Adoptiveltern gemeint.<sup>7</sup>

Wer als Elternteil **im rechtlichen Sinn** zu gelten hat und mit den elterlichen Rechten und Pflichten ausgestattet ist, regelt das ABGB im Teil über das Abstammungsrecht. Die §§ 143 und 144 ABGB regeln **positiv**, wer Mutter bzw. Vater eines Kindes ist. Dabei ist vom Grundsatz auszugehen, dass nur **eine** Frau als Mutter eines Kindes und nur **ein** Mann als Vater eines Kindes gelten kann (zur Möglichkeit der rechtlichen Elternschaft einer „Co-Mutter“ vgl. FN 20; durch Adoption können auch zwei Väter Eltern eines Kindes sein<sup>8</sup>). Das **Kindeswohl** fordert hier eine eindeutige rechtliche Zuordnung.

### 1. Mutterschaft

**Mutter** eines Kindes ist gem § 143 ABGB die Frau, die das Kind geboren hat. Dabei wird an die Geburt des Kindes als nach außen in Erscheinung tretender Vorgang angeknüpft. Diese Regelung entspricht grundsätzlich auch dem allgemeinen Verständnis des Wortes „Mutter“ und wurde lange Zeit als selbstverständlich angesehen. Denn historisch gesehen war mit der Geburt eines Kindes durch eine Frau zwingend auch die **genetische** Abstammung des Kindes von der gebärenden Frau verbunden (vgl. dazu auch das lateinische Rechtssprichwort: „*Mater semper certa est*“ = „Die Mutter ist immer sicher“<sup>9</sup>). Erst seit jüngerer Zeit besteht durch die Errungenschaften der modernen Fortpflanzungsmedizin die faktische Möglichkeit, dass eine Frau ein Kind austrägt, mit dem sie genetisch nicht verwandt ist (Eizellenspende, Leihmutterschaft). Dabei kommt es zu einer Aufspaltung der biologischen Mutterschaft in eine genetische und eine plazentare Mutterschaft. Aus naturwissenschaftlicher Sicht können beide als biologische Mutter gesehen werden, weshalb aus dieser naturwissenschaftlichen Perspektive zwei

---

6 Schwimann/Kolmasch, Unterhaltsrecht<sup>8</sup> (2016) 102.

7 Barth/Neumayr in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB<sup>3</sup> § 140 ABGB Rz 20.

8 Vgl. dazu Kerschner/Sagerer-Forić, Familienrecht<sup>6</sup> (2017) Rz 6/2.

9 Zur Frage der Gültigkeit des Satzes „mater semper certa est“ in Hinblick auf „neue“ fortpflanzungsmedizinische Phänomene wie zB Eizpende, In-Vitro-Fertilisation, Leihmutterschaft vgl. etwa Bernat, Künstliche Zeugungshilfe – Eine Herausforderung für den Gesetzgeber?, JBl 1985, 720 ff.

Frauen gleichzeitig „Mutter“ sein können. Die eine genetisch, die andere plazerar.<sup>10</sup>

Zwar ist die Leihmutterchaft in Österreich – wie überwiegend in ganz Europa –<sup>11</sup> nach wie vor verboten, mit 24.2.2015 wurde aber mit der Novellierung des Fortpflanzungsmedizingesetzes (Fortpflanzungsmedizinrechts-Änderungsgesetz [FMedRÄG 2015] idF BGBl I 2015/35) die Eizellenspende prinzipiell erlaubt – wenn auch nur unter engen Grenzen.<sup>12</sup>

Obwohl die Eizellenspende erst seit Kurzem erlaubt ist, bedurfte es schon vorher durch die medizinischen Entwicklungen und der damit verbundenen faktischen Möglichkeit von Leihmutterchaft und Eizellenspende – vor allem auch in Hinblick auf das Kindeswohl – einer eindeutigen rechtlichen Zuordnung des Kindes zu **einer** Mutter, um rechtlich eine „Mehrmutterschaft“ zu vermeiden. Die diesbezügliche gesetzliche Regelung wurde im Jahr 1992 im Zuge der Schaffung eines Fortpflanzungsmedizingesetzes (FMedG) mit § 137b ABGB idF BGBl 1992/275 – dem der nunmehrige § 143 ABGB idF BGBl I 2013/15 entspricht – in das Abstammungsrecht des ABGB imple-

10 So auch der VfGH G 91, 116/98, VfSlg 15632/1999; vgl dazu auch ErläutRV 216 BlgNR 18. GP 13. Dazu schon *Bernat*, Künstliche Zeugungshilfe – Eine Herausforderung für den Gesetzgeber?, JBl 1985, 723.

11 *Erlebach*, Wo steht Österreich vor und nach der Reform des FMedG?, iFamZ 2015, 10ff.

12 Vgl dazu die Mat ErläutRV 445 BlgNR 25. GP 2f, 6f. Eine Eizellenspende von dritter Seite ist generell nur dann erlaubt, wenn die Eizellen der Frau, bei der die Schwangerschaft herbeigeführt werden soll, nicht fortpflanzungsfähig sind. Zudem darf etwa die Eizellspenderin (Mindestalter 18 Jahre) bei der Entnahme das 30. Lebensjahr und die Empfängerin bei Behandlungsbeginn das 45. Lebensjahr noch nicht vollendet haben (vgl § 2b Abs 2 und § 3 Abs 3 FMedG). Die Materialien verweisen hinsichtlich der Rechtfertigung für diese Altersgrenzen teilweise auf „internationale Standards“ und auf eine Empfehlung der Bioethikkommission (Stellungnahme der Bioethikkommission beim Bundeskanzleramt [2012] 45). Diese Altersgrenzen werden in der Literatur vielfach als willkürlich kritisiert; vgl dazu etwa *Wendeborst*, Neuerungen im österreichischen Fortpflanzungsmedizinrecht durch das FMedRÄG 2015, iFamZ 2015, 7; *dieser* folgend *Mauernböck*, Das neue Fortpflanzungsmedizinrecht, ZTR 2015, 110; *Flatscher-Thöni/Voithofer/Werner-Felmayer*, Fortpflanzungsmedizingesetz 2015: Lang ersehnte Liberalisierung ohne unerwünschte Nebenwirkungen?, juridikum 2015, 29f. *Wendeborst* (Neuerungen im österreichischen Fortpflanzungsmedizinrecht durch das FMedRÄG 2015, iFamZ 2015, 7) verweist etwa darauf, dass die Bioethikkommission noch im November 2014 erhebliche ethische und verfassungsrechtliche Bedenken in Hinblick auf die gewählten Altersgrenzen geäußert habe (Bioethikkommission, Stellungnahme vom 28.11.2014, 7f). In § 16 FMedG wird weiters ein Kommerzialisierungs-, Vermittlungs- und Werbeverbot normiert. Es wird festgelegt, dass die Überlassung von Eizellen nicht Gegenstand eines entgeltlichen Rechtsgeschäfts sein darf und sowohl ihre Vermittlung als auch ihre Bewerbung unzulässig sind; dazu eingehend *Flatscher-Thöni/Voithofer/Werner-Felmayer*, Fortpflanzungsmedizingesetz 2015: Lang ersehnte Liberalisierung ohne unerwünschte Nebenwirkungen?, juridikum 2015, 30f.

mentiert. Der Gesetzgeber hat sich dabei dafür entschieden, im Interesse der **Rechtssicherheit** und **Rechtsklarheit** an der nach außen in Erscheinung tretenden, offenkundigen Tatsache der **Geburt** und nicht an der genetischen Abstammung anzuknüpfen.<sup>13</sup> Damit wurde die bis dahin herrschende Übung, ohne weitere Überprüfung eben jene Frau in den Personenstandsbüchern als Mutter einzutragen, die das Kind geboren hat, im Gesetz verankert.<sup>14</sup> Ein weiterer Grund dafür, die genetische Abstammung rechtlich zurückzudrängen, war die Bedeutung der vorgeburtlichen Beziehung zwischen dem Kind und der austragenden Mutter.<sup>15</sup> Im Fall einer Eizellenspende oder einer Leihmutterschaft kommt es demnach zwischen der genetischen Mutter und dem Kind rechtlich zu keiner „Mutter-Kind-Beziehung“.<sup>16</sup>

Im Regelfall wird mit der klaren rechtlichen Zuordnung zur austragenden Mutter die Feststellung der Mutterschaft eines Kindes relativ einfach sein. Freilich bleiben die Fälle offen, in denen die Identität der Mutter unbekannt ist, etwa bei Abgabe des Kindes in einer Babyklappe oder bei Findelkindern. Sowohl für den Fall der fehlenden Eintragung der Mutter (etwa bei Findelkindern) als auch für den Fall, dass bestritten wird, dass die in den Personenstandsbüchern eingetragene Mutter das Kind tatsächlich geboren hat, soll zur Klärung dieser Frage der Zugang zu den österreichischen Gerichten im Verfahren außer Streitsachen (§§ 82–85 AußStrG: Abstammungssachen) offen stehen, wenn sich im Verwaltungsverfahren die rechtliche Mutterschaft nicht feststellen lässt.<sup>17</sup> Nach Ansicht *Stormanns*<sup>18</sup> soll in diesen Verfahren die genetische Beweisführung ausgeschlossen sein, da es auf die genetische Abstammung ja gerade nicht ankommt. ME wäre die Einholung von DNA-Gutachten hingegen zulässig, da die genetische Abstammung im

---

13 *Bernat*, Künstliche Zeugungshilfe – Eine Herausforderung für den Gesetzgeber?, JBl 1985, 724 zieht dabei den Vergleich mit der Statuierung des Ehemanns der Mutter als Vater eines in die Ehe hineingeborenen Kindes durch den Gesetzgeber aus Gründen der Rechtssicherheit und des Familienfriedens. Beachte man diese Vorstellung des Gesetzgebers auch in Hinblick auf die rechtliche „Mutter-Kind-Beziehung“, sei es nahe liegend, die austragende Mutter als juristische zu normieren.

14 ErläutRV 216 BlgNR 18. GP 24.

15 ErläutRV 216 BlgNR 18. GP 24. So weist auch *Bernat* (Künstliche Zeugungshilfe – Eine Herausforderung für den Gesetzgeber?, JBl 1985, 724) darauf hin, dass Muttergefühle nach wissenschaftlichen Erkenntnissen unabhängig von der (genetischen) Abstammung des Kindes, vornehmlich durch Schwangerschaft und Geburt entstehen. Der Wille zur Mutterschaft allein sei als konstituierendes Moment zu schwach im Verhältnis zum Kriterium der Geburt (unter Verweis auf *Coester-Waltjen*, Befruchtungs- und Gentechnologie beim Menschen – rechtliche Probleme von morgen?, FamRZ 1984, 230 [232]).

16 Vgl etwa *Kerschner/Sagerer-Forić*, Familienrecht<sup>6</sup> (2017) Rz 3/3.

17 *Stormann* in Schwimann/Kodek<sup>4</sup> Ia § 143 ABGB Rz 5; *Nademleinsky* in Schwimann, TaKomm<sup>3</sup> § 143 ABGB Rz 2; vgl OGH 3 Ob 229/07h.

18 In Schwimann/Kodek<sup>4</sup> Ia § 143 ABGB Rz 5f.

Normalfall Rückschlüsse auf die gebärende Mutter zulässt. Anderes wird aber freilich gelten, wenn es Hinweise darauf gibt, dass im konkreten Fall eine Ei- oder Embryospende oder eine Leihmutterschaft vorgelegen hat.<sup>19</sup>

## 2. Vaterschaft<sup>20</sup>

Als **leiblicher Vater** des Kindes wird dessen **männlicher Erzeuger** bezeichnet. Davon kann es zwar denkmöglich **nur einen** geben, die Tatsache der Zeugung eines Kindes liefert allerdings kein gleichwertiges äußeres Beweiszeichen für die leibliche Vaterschaft wie die Geburt bei der Mutterschaft. Auch wenn die Vaterschaft heute mit hoher Wahrscheinlichkeit (99,9 %) mittels DNA-Tests festgestellt werden kann, ist ein zwingender Vaterschaftstest bei Geburt eines Kindes nicht vorgesehen.<sup>21</sup> Schon im römischen Recht galt deshalb der Grundsatz „*Pater semper incertus est*“ = „*Der Vater ist immer ungewiss*“.<sup>22</sup> Das österreichische Abstammungsrecht behilft sich hinsichtlich dieses Problems im Wesentlichen mit der Normierung einer sogenannten „**Gilt-Vaterschaft**“.<sup>23</sup>

Gem § 144 Abs 1 ABGB ist rechtlicher **Vater** des Kindes der Mann, der mit der Mutter im Zeitpunkt der Geburt des Kindes verheiratet ist oder als Ehemann der Mutter nicht früher als 300 Tage vor der Geburt des Kindes verstorben ist (Z 1) oder der die Vaterschaft anerkannt hat (Z 2) oder dessen Vaterschaft gerichtlich festgestellt ist (Z 3). Mit dieser Regelung legt das

19 In diesem Sinne wohl auch *Stefula* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB<sup>3</sup> § 137b ABGB Rz 8; *Nademleinsky* in Schwimann, TaKomm<sup>3</sup> § 143 ABGB Rz 2.

20 Auf die durch das Fortpflanzungsmedizinrechts-Änderungsgesetz 2015 eingeführte Möglichkeit, dass für den Fall, dass an der Mutter innerhalb von nicht mehr als 300 Tagen und nicht weniger als 180 Tagen vor der Geburt eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung durchgeführt worden ist, die Frau als „**anderer Elternteil**“ des Kindes gilt, die mit der Mutter im Zeitpunkt der Geburt des Kindes in eingetragener Partnerschaft verbunden ist oder als eingetragene Partnerin nicht früher als 300 Tage vor der Geburt des Kindes verstorben ist oder die Elternschaft anerkannt hat oder deren Elternschaft gerichtlich festgestellt ist (§ 144 Abs 2 ABGB), soll hier nicht im Detail eingegangen werden. Erwähnt werden soll an dieser Stelle allerdings, dass gem Abs 3 *leg cit* auf diese Frau die auf den Vater und die Vaterschaft bezugnehmenden Bestimmungen im ABGB und anderen bundesgesetzlichen Vorschriften sinngemäß anzuwenden sind. Auch die besonderen Rechte und Pflichten, die im Verhältnis der Eltern mit dem Kind und zwischen den Eltern gelten, kommen in diesen Fällen zur Anwendung.

21 Dazu und zu der Frage, ob eine amtswegige Kontrolle jemals erwünscht sein wird bzw ob eine solche nicht auch einen unverhältnismäßigen Eingriff in das Privatleben darstellen würde, *Aichinger*, Zur Legalisierung der bloßen „Erzeugerschaft“ (Teil I), EF-Z 2009/3 mwN.

22 Vgl dazu auch *Aichinger*, Zur Legalisierung der bloßen „Erzeugerschaft“ (Teil I), EF-Z 2009/3, 5.

23 Vgl den Begriff des „Gilt-Vaters“ auch in den Materialien ErläutRV 471 BlgNR 22. GP 16 ff.