



DISSERTATION / DOCTORAL THESIS

Titel der Dissertation / Title of the Doctoral Thesis

„Rechtliche und leibliche Elternschaft aus zivil- und
grundrechtlicher Perspektive“

verfasst von / submitted by

Mag. Teresa Maier

angestrebter akademischer Grad / in partial fulfilment of the requirements for the degree of

Doktorin der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

Wien, 2018 / Vienna 2018

Studienkennzahl lt. Studienblatt / degree
programme code as it appears on the student
record sheet:

A 783 101

Dissertationsgebiet lt. Studienblatt /
field of study as it appears on the student record
sheet:

Rechtswissenschaften

Betreut von / Supervisor:

Univ.-Prof. Dr. Constanze Fischer-Czermak

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	x
1. Kapitel: Grundlagen	1
I. Das Abstammungsrecht des ABGB	1
A. Rechtliche versus biologische Abstammung	1
B. Mutterschaft	3
C. Vaterschaft	4
1. Vaterschaft durch Ehe mit der Mutter.....	5
2. Anerkenntnis der Vaterschaft.....	7
3. Gerichtliche Feststellung der Vaterschaft	10
D. Elternschaft der Co-Mutter	13
E. Rolle des Kindeswohls	16
II. Relevante Grundrechte	16
A. Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens gem Art 8 EMRK.....	19
1. Schutzbereich	19
a. Privatleben.....	19
b. Familienleben	23
c. Bedeutung der Unterscheidung	27
2. Gesetzesvorbehalt gem Art 8 Abs 2 EMRK	27
a. Gesetzliche Grundlage	28
b. Legitimes Ziel	29
c. Notwendigkeit in einer demokratischen Gesellschaft.....	29
3. Positive Gewährleistungspflichten.....	31
B. Recht auf Datenschutz gem § 1 DSG 2000.....	33
C. Recht auf ein faires Verfahren gem Art 6 Abs 1 EMRK.....	36
1. Anwendungsbereich des Art 6 Abs 1 EMRK	37
2. Begriff des Gerichts („tribunal“)... ..	39
3. Recht auf Zugang zu einem Gericht	40
4. Grundsatz des fairen Verfahrens.....	41
D. Gleichheitsgrundsatz.....	42
1. Grundrechtsträger.....	43
2. Gleichheitssatz und Gesetzgebung	44
a. Gleichheitsgebot.....	44
b. Differenzierungsgebot	46
c. Sachlichkeitsgebot.....	46

E.	Diskriminierungsverbot des Art 14 EMRK	48
2.	Kapitel: Natürliche Fortpflanzung	52
I.	Konflikte zwischen rechtlicher und leiblicher Vaterschaft	52
A.	Rechte des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters	52
1.	„Vätertausch“ und „durchbrechendes“ Anerkenntnis.....	52
a.	Problematik	52
b.	Rechtsprechung des EGMR	54
c.	Schutzbereich des Art 8 EMRK	56
d.	Rechtfertigung nach Art 8 Abs 2 EMRK.....	57
e.	Ergebnis.....	60
f.	Verletzung von Art 6 EMRK?	63
2.	Umgangs- und Auskunftsrechte des leiblichen Vaters	64
a.	Rechtsprechung des EGMR	65
b.	Exkurs: „Vaterschaft light“ im deutschen Recht.....	66
c.	Kontaktrecht des biologischen Vaters als Dritter gem § 188 Abs 2 ABGB	67
d.	Inzidentfeststellung der Vaterschaft im Kontaktrechtsverfahren.....	69
e.	Auskunftsrechte des biologischen Vaters	70
f.	Ergebnis.....	71
B.	Mitwirkung der Mutter beim Anerkenntnis	72
1.	Bezeichnung als Vater durch die Mutter gem § 147 Abs 2 ABGB	72
a.	Problematik	72
b.	Verletzung von Art 8 EMRK	73
c.	Ergebnis.....	77
2.	Zur Diskriminierung nicht einsichts- und urteilsfähiger Mütter.....	78
a.	Problematik	78
b.	Verletzung von Art 6 EMRK	79
c.	Gleichheitswidrigkeit der Regelung.....	81
d.	Ergebnis.....	84
C.	Recht des Ehemannes auf Feststellung der Nichtabstammung.....	85
1.	Vereinbarkeit mit Art 6 EMRK	86
2.	Gleichheitswidrigkeit der unterschiedlichen Fristen?.....	87
3.	Diskriminierung gem Art 14 iVm Art 8 EMRK.....	89
D.	Recht des Kindes auf Unwirksamklärung eines falschen Anerkenntnisses.....	91
1.	Verletzung von Art 8 EMRK.....	92
2.	Verletzung von Art 14 iVm Art 8 EMRK.....	95

E.	Disposition über die Abstammung.....	96
1.	Verletzung der Rechte des Kindes gem Art 8 EMRK durch Abgabe eines falschen Anerkennnisses	97
a.	Eingriff in das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens.....	98
b.	Rechtfertigung.....	100
2.	Rechtsposition der Großeltern	102
a.	Verletzung von Art 8 EMRK	103
b.	Verletzung von Art 6 EMRK	104
c.	Recht auf Kenntnis der eigenen Enkelkinder?	106
3.	Rechtsposition des biologischen Vaters.....	106
F.	Zulässigkeit einer Inzidentfeststellung der Vaterschaft.....	106
1.	Zivilrechtliche Problematik	106
2.	Der Bereicherungsanspruch des Scheinvaters und Art 6 EMRK	111
II.	Konflikte auf der Mutterseite	114
A.	Schweigerecht der Mutter gem § 149 ABGB	114
1.	Natur und Entwicklung des Schweigerechts.....	114
2.	Kritik de lege ferenda.....	117
3.	Auskunft und Scheinvaterregress	118
4.	Konsequenzen eines Wegfalls des Schweigerechts.....	121
5.	Schweigerecht und Grundrechte	122
a.	Eingriff in das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung	122
b.	Eingriff in das Recht des Scheinvaters auf effektiven Rechtsschutz	127
6.	Ergebnis	128
B.	Anonyme Geburt und Babynest.....	129
1.	Problematik.....	129
2.	Rechtslage in Österreich	131
3.	Exkurs: Rechtslage in Deutschland.....	133
4.	Vereinbarkeit der österreichischen Rechtslage mit Art 8 EMRK.....	133
a.	Rechtsprechung des EGMR	134
b.	Schutzbereich	136
c.	Eingriff oder Verletzung positiver Gewährleistungspflichten?	138
d.	Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage	139
e.	Legitimes Ziel	140
f.	Verhältnismäßigkeit	141
g.	Ergebnis.....	148

5.	Zum Datenschutzrecht der anonymen Mutter.....	148
6.	Faktische Aufgabe der Mutterschaft und ihre rechtlichen Konsequenzen	150
a.	Die anonyme Mutter im Abstammungsrecht	150
b.	Verfahren zur Feststellung der Mutterschaft.....	153
7.	Anonyme Geburt und Adoption.....	158
a.	Zustimmung und Aufhebung der Adoption	158
b.	Zustimmung des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters	163
3.	Kapitel: Medizinisch unterstützte Fortpflanzung.....	168
I.	Einleitung	168
A.	Entwicklung des FMedG	168
B.	Grundrecht auf Fortpflanzung mit medizinischer Unterstützung?	171
II.	Rechtsposition des Wunschvaters oder anderen Elternteils	174
A.	Zustimmung zur medizinisch unterstützten Fortpflanzung	174
1.	Zustimmung des Ehegatten.....	175
a.	Zivilrechtliche Problematik.....	175
b.	Grundrechtsverletzungen bei mangelhafter Zustimmung.....	179
2.	Zustimmung des Lebensgefährten	182
a.	Zivilrechtliche Problematik.....	182
b.	Verletzung von Art 8 EMRK bei mangelhafter Zustimmung.....	183
c.	Formvorschrift für Lebensgefährten und Gleichheitssatz.....	184
3.	Zustimmung der eingetragenen Partnerin oder Lebensgefährtin.....	187
B.	Diskriminierung gegenüber verschiedengeschlechtlichen Eltern?	187
1.	Diskriminierung eingetragener Partnerinnen.....	189
2.	Diskriminierung von Lebensgefährtinnen	192
C.	Recht des Kindes zur Lösung des Abstammungsverhältnisses vom Wunschelternteil?.....	196
III.	Verhältnis zwischen Kind und Wunschmutter	199
A.	Problematik	199
B.	Feststellung der Nichtabstammung von der gebärenden Frau	201
C.	„Durchbrechung“ der Mutterschaft.....	203
D.	„Müttertausch“ auf Antrag des Kindes?	205
IV.	Rechtsposition des Samenspenders und der Eizellenspenderin	208
A.	Samenspender und Eizellenspenderin im FMedG und im ABGB.....	209
B.	Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen	211
C.	Eingriff in das Privat- oder Familienleben des Kindes?	212

1.	Ausschluss des Samenspenders von der Vaterschaft.....	212
2.	Ausschluss der Eizellenspenderin von der Mutterschaft	216
D.	Diskriminierung juristisch vaterloser Kinder?.....	217
E.	Eingriff in das Grundrecht des Keimzellenspenders auf Datenschutz.....	219
F.	Eingriff in das Privatleben des Samenspenders oder der Eizellenspenderin.....	221
G.	Aufklärung des Kindes durch seine rechtlichen Eltern?.....	224
H.	Ergebnis	226
V.	Medizinisch unterstützte Fortpflanzung an alleinstehenden Frauen?.....	227
A.	Vereinbarkeit des § 2 Abs 1 FMedG mit Art 8 EMRK.....	228
B.	Diskriminierung alleinstehender Frauen?	234
	Zusammenfassung	236
	Anhang	I
	Literaturverzeichnis	I
	Abstract.....	XXIV
	Danksagung	XXVI

Abkürzungsverzeichnis

aA(M)	=	anderer Ansicht (Meinung)
ABGB	=	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch
ABl	=	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs	=	Absatz
AcP	=	Archiv für die civilistische Praxis
aE	=	am Ende
aF	=	alte Fassung
AG	=	Amtsgericht
Anm	=	Anmerkung
Art	=	Artikel
Aufl	=	Auflage
AußStrG	=	Außerstreitgesetz
Bd(e)	=	Band (Bände)
BGB	=	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	=	Bundesgesetzblatt
BGBIG	=	Bundesgesetzblattgesetz
BGH	=	Bundesgerichtshof
BJOG	=	British journal of obstetrics and gynaecology
BlgNR	=	Beilagen zu den stenographischen Protokollen des Nationalrates
BMJ	=	Bundesministerium für Justiz
BVerfG	=	Bundesverfassungsgericht
B-VG	=	Bundes-Verfassungsgesetz
BVG	=	Bundesverfassungsgesetz
ca	=	circa (ungefähr)
DEuFamR	=	Deutsches und europäisches Familienrecht
dh	=	das heißt
DNotZ	=	Deutsche Notarzeitschrift
DSG	=	Datenschutzgesetz 2000
DSGVO	=	Datenschutz-Grundverordnung
dt	=	deutscher (deutsche, deutsches)
E	=	Entscheidung
ecolex	=	Ecolex: Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht
EFSlg	=	Ehe- und familienrechtliche Entscheidungen
EF-Z	=	Zeitschrift für Ehe- und Familienrecht / für Familien- und Erbrecht
EGMR	=	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EKMR	=	Europäische Kommission für Menschenrechte
EMRK	=	Europäische Menschenrechtskonvention
ErläutRV	=	Erläuternde Bemerkungen zur Regierungsvorlage
etc	=	et cetera (und so weiter)
EU	=	Europäische Union
EuGRZ	=	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EvBl	=	Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen
f	=	und der (die) folgende
ff	=	und die folgenden
FamRZ	=	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FMedG	=	Fortpflanzungsmedizingesetz
FN	=	Fußnote
FS	=	Festschrift
gem	=	gemäß

GP	=	Gesetzgebungsperiode
GRC	=	Europäische Grundrechtecharta
hA	=	herrschende Ansicht
hM	=	herrschende Meinung
Hrsg	=	Herausgeber
IA	=	Initiativantrag
idF	=	in der Fassung
idgF	=	in der geltenden Fassung
idR	=	in der Regel
idS	=	in diesem Sinne
idZ	=	in diesem Zusammenhang
ieS	=	im engeren Sinn
iFamZ	=	Interdisziplinäre Zeitschrift für Familienrecht
insb	=	insbesondere
IPRax	=	Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts
iVm	=	in Verbindung mit
iS	=	im Sinne
iSd	=	im Sinne des (der)
iSv	=	im Sinne von
iwS	=	im weiteren Sinn
iZm	=	im Zusammenhang mit
JAB	=	Bericht des Justizausschusses
JABl	=	Amtsblatt der Österreichischen Justizverwaltung
JAP	=	Zeitschrift für Juristische Ausbildung und Praxisvorbereitung
JBl	=	Juristische Blätter
JGS	=	Justizgesetzsammlung
JN	=	Jurisdiktionsnorm
JR	=	Juristische Rundschau
JRP	=	Journal für Rechtspolitik
JuS	=	Juristische Schulung
JZ	=	Juristenzeitung
Kap	=	Kapitel(n)
KJHT	=	Kinder- und Jugendhilfeträger
krit	=	kritisch
leg cit	=	legis citatae (der zitierten Vorschrift)
Lfg	=	Lieferung
LG	=	Landesgericht
lit	=	litera (Buchstabe)
Mat	=	Materialien
maW	=	mit anderen Worten
mE	=	meines Erachtens
MietSlg	=	Mietrechtliche Entscheidungen
migraLex	=	Zeitschrift für Fremden- und Minderheitenrecht
MüKoBGB	=	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
mwN	=	mit weiteren Nachweisen
nF	=	neue Fassung
NJW	=	Neue Juristische Wochenschrift
Nr	=	Nummer
NZ	=	Österreichische Notariats-Zeitung
oÄ	=	oder Ähnliches
ÖA	=	Der österreichische Amtsvormund

OGH	=	Oberster Gerichtshof
ÖJT	=	Österreichischer Juristentag
ÖJZ	=	Österreichische Juristen-Zeitung
OLG	=	Oberlandesgericht
ÖStA	=	Österreichisches Standesamt
Pkt	=	Punkt
PStG	=	Personenstandsgesetz
RdM	=	Recht der Medizin
RIS	=	Rechtsinformationssystem des Bundes
Rsp	=	Rechtsprechung
RV	=	Regierungsvorlage
Rz	=	Randziffer
RZ	=	Österreichische Richterzeitung
S	=	siehe
Sbg	=	Salzburg(er)
sog	=	so genannte(r, -s)
StAZ	=	Zeitschrift für Standesamtswesen
StGB	=	Strafgesetzbuch
SZ	=	Entscheidungen des österr. Obersten Gerichtshofes in Zivilsachen
ua	=	und andere(n), unter anderem
UN	=	United Nations (Vereinte Nationen)
UN-KRK	=	UN-Kinderrechtskonvention
USA	=	United States of America (Vereinigte Staaten von Amerika)
usw	=	und so weiter
uU	=	unter Umständen
va	=	vor allem
VfGH	=	Verfassungsgerichtshof
VfSlg	=	Gesammelte Beschlüsse und Erkenntnisse des Verfassungsgerichtshofs
vgl	=	vergleiche
VO	=	Verordnung
Vorbem	=	Vorbemerkung(en)
VwG	=	Verwaltungsgericht
VwGH	=	Verwaltungsgerichtshof
WK	=	Wiener Kommentar
Wobl	=	Wohnrechtliche Blätter
Z	=	Ziffer, Zahl
Zak	=	Zivilrecht aktuell
zB	=	zum Beispiel
ZfRV	=	Zeitschrift für Rechtsvergleichung
ZPO	=	Zivilprozessordnung
ZÖR	=	Zeitschrift für öffentliches Recht
ZRP	=	Zeitschrift für Rechtspolitik
zT	=	zum Teil
ZTR	=	Zeitschrift für Energie- und Technikrecht
ZVR	=	Zeitschrift für Verkehrsrecht

Einleitung

Leo Tolstois Roman „Anna Karenina“ beginnt mit dem bekannten Satz: „Alle glücklichen Familien sind einander ähnlich; jede unglückliche Familie jedoch ist auf ihre besondere Weise unglücklich.“ Dieses Unglück kann, wie in Tolstois Roman, darin liegen, dass eine verheiratete Frau ein Kind bekommt, dessen Vater in Wahrheit ein anderer Mann ist. Unglücklich ist meist auch ein Kind, das herausfindet, dass es von seiner leiblichen Mutter anonym abgegeben wurde, oder eine Frau, die nicht verhindern kann, dass ihr Kind von einem Mann anerkannt wird, der nicht der Vater ist. Zwar soll es in dieser Arbeit nicht um Glück und Unglück gehen. Es wird sich aber zeigen, dass auch glückliche Familien sehr unterschiedlich aussehen können – zum Beispiel, wenn ein Kind sich mit seinem juristischen Vater und seinem leiblichen Vater so arrangiert, dass alle zufrieden sind; wenn zwei Frauen gemeinsam Eltern eines Kindes werden und dieses später einmal seinen Samenspender kennen lernt; oder wenn das anonym abgegebene Kind seine leiblichen Eltern findet, entweder indem die Mutter das Kind noch vor einer Adoption zurückholt oder bei einer Begegnung nach einer Adoption, Jahre später.

Mit allen diesen Familienkonstellationen beschäftigt sich die vorliegende Arbeit, genau genommen mit der Begründung, Änderung und Beseitigung von Eltern-Kind-Verhältnissen im Abstammungsrecht, dessen Inhalt zunehmend durch das Fortpflanzungsmedizinrecht ergänzt wird. Gesellschaftsromane wie „Anna Karenina“ zeigen, dass die Zuordnung von Kindern zu ihren Eltern – insbesondere zum Vater – schon immer auf psychologischer, sozialer und juristischer Ebene eine Herausforderung war. Mit den Möglichkeiten der medizinisch unterstützten Fortpflanzung haben die Fälle, in denen die unterschiedlichen Aspekte der Elternrolle auf mehrere Personen aufgeteilt sind, weiter zugenommen: Beispielsweise stellen Samenspender oder Eizellenspenderinnen „nur“ die Keimzellen und ihre DNA zur Verfügung und bauen mit dem so gezeugten Kind keine soziale Beziehung auf. Die Rolle des Elternteils, der rechtliche Verantwortung trägt und das Kind großzieht, übernimmt stattdessen eine mit dem Kind nicht verwandte Person.¹ Man spricht vom Auseinanderfallen von rechtlicher und leiblicher Elternschaft, das in solchen Fällen in Kauf

¹ Vgl. *Bernat*, Der anonyme Vater im System der Fortpflanzungsmedizin: Vorfindliches, Rechtsethik und Gesetzgebung, in *Bernat* (Hrsg), Die Reproduktionsmedizin am Prüfstand von Recht und Ethik (2000) 161; *Lurger*, Fortpflanzungsmedizin und Abstammungsrecht, in *Bernat* (Hrsg), Die Reproduktionsmedizin am Prüfstand von Recht und Ethik (2000) 108; *M. Steininger*, Reproduktionsmedizin und Abstammungsrecht: Fortpflanzung und Elternschaft als Rechtsgeschäft? (2014) Rz 1/20.

genommen wird.² Dass die Regelungen, die für solche Fälle getroffen werden, häufig umstritten sind, führte zur Idee, sich diese zivilrechtlichen Normen aus der Perspektive der Grundrechte anzusehen.

Bei genauerer Betrachtung des Abstammungsrechts zeigt sich, dass die leibliche und die rechtliche Elternschaft in zahlreichen Konstellationen nicht übereinstimmen, und zwar nicht nur im Zusammenhang mit den Methoden der Fortpflanzungsmedizin. In der vorliegenden Arbeit werden ausgewählte Fragen behandelt, in denen dieses Auseinanderfallen zu Konflikten führt. Diese bestehen häufig darin, dass eine Person ohne sachliche Begründung gegenüber einer anderen Person benachteiligt wird, woraus sich verfassungsrechtliche Bedenken ergeben. Häufig wird auch eine Person daran gehindert, ihre Interessen zu verfolgen, obwohl es um ihre eigene Herkunft oder andere Kernbereiche ihrer Privatsphäre geht. In einigen Fällen ist dabei auch die zivilrechtliche Rechtslage unklar, sodass zunächst die Lösung jener Rechtsfragen erforderlich ist, die sich auf privatrechtlicher Ebene stellen. Dort, wo es möglich erscheint, wird auch der Versuch unternommen, grundrechtliche Bedenken im Wege einer verfassungskonformen Interpretation aufzulösen.

Dass diese Betrachtungsweise gerade in der heutigen Zeit relevant ist, zeigt die massive Einwirkung der Grundrechte auf das Familienrecht durch die höchstgerichtliche Rechtsprechung.³ Während der VfGH sich früher sehr stark zurückgehalten hat, um den rechtspolitischen Spielraum des Gesetzgebers nicht allzu stark zu verengen,⁴ ergingen besonders innerhalb der letzten Jahre einige Urteile, die Bestimmungen des Familienrechts und des Fortpflanzungsmedizinrechts als verfassungswidrig aufhoben.⁵ Die Beseitigung von Grundrechtsverletzungen – insbesondere von Diskriminierungen aufgrund der Geburt oder der sexuellen Orientierung – ist eine positive und wünschenswerte Folge dieser Entwicklung. Auf diese Weise hat der VfGH die Möglichkeit, einen Anstoß zu überfälligen Reformen zu

² Siehe statt vieler *Erlebach*, Rechte des Kindes nach Samen- und Eizellenspende, in *Barth/Erlebach* (Hrsg), Handbuch des neuen Fortpflanzungsmedizinrechts (2015) 243 (257).

³ Darauf weist auch *Stolzlechner*, Der Schutz des Privat- und Familienlebens (Art 8 MRK) im Licht der Rechtsprechung des VfGH und der Straßburger Instanzen, ÖJZ 1980, 85, 123 (127) hin; zur Einwirkung insb der aus der EMRK abgeleiteten Schutzpflichten auch *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht¹¹ (2015) Rz 1346 lit f.

⁴ Zur früheren Zurückhaltung des VfGH unter Betonung des rechtspolitischen Spielraums des Gesetzgebers siehe noch *Berka*, Die Grundrechte, Grundfreiheiten und Menschenrechte in Österreich (1999) 949; vgl auch *derselbe*, Verfassungsrecht⁶ (2016) Rz 1403; *derselbe* in *Rill/Schäffer* (Hrsg), Bundesverfassungsrecht Kommentar (1. Lfg 2001) Art 7 Rz 21.

⁵ Siehe ua die Aufhebung einiger Bestimmungen des Abstammungsrechts durch den VfGH G 78/00 VfSlg 16.928 FamRZ 2003, 1915 (*Bernat*); die Aufhebung von § 2 Abs 1 FMedG durch das Urteil VfGH G 16/2013, G 44/2013 EF-Z 2014/38 = RdM 2014/77 (*Kopetzki*) = iFamZ 2014/3 (*Meinl*), die Aufhebung des Adoptionsverbots für eingetragene Partner (VfGH G 119/2014, G 120/2014 iFamZ 2015/2 (*Schoditsch*)) oder zuletzt die Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare (VfGH G 258/2017 ua EF-Z 2018/31 (*Höllwerth*)).

geben,⁶ wie es insb beim FMedRÄG 2015 geschehen ist.⁷ Der Gleichheitssatz oder der grundrechtliche Schutz des Privat- und Familienlebens oder der Familiengründung bieten wichtige Anhaltspunkte für die zivilrechtliche Ausgestaltung von Elternschaft.⁸

Allerdings stößt die Wirkmacht der Judikatur auch auf gewisse Grenzen. Denn das Verfassungsrecht kann und soll das Zivilrecht nicht bis in die kleinsten Details hinein determinieren, sondern nur evidenten Grundrechtsverstößen entgegentreten.⁹ Der gesetzgeberische Gestaltungsspielraum, der bei der Prüfung einer Grundrechtsverletzung regelmäßig eine Rolle spielt,¹⁰ sollte nicht nur eine hohle Floskel sein. Im Rahmen der vorliegenden Arbeit bietet sich auch eine Gelegenheit, diese Grenzen ein wenig auszuloten, denn die Grundrechte können keine umfassende Antwort auf die Frage geben, in welche Richtung sich das Familienrecht unter dem Eindruck der technischen und sozialen Entwicklungen bewegen wird. In diesem Zusammenhang formulieren *Öhlinger/Nowak* treffend:

„Der Gesetzgeber wiederum sucht in einer so neuartigen und zugleich weltanschaulich belasteten und umstrittenen Materie nach Orientierung. Es ist naheliegend, danach die Grundrechte der Verfassung zu befragen. [...] Der Verfassungsjurist muß freilich davor warnen, solche Erwartungen zu hoch zu schrauben. Juristisch bedeuten „Grundrechte“ die „verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechte“, die es mit den juristischen Methoden auszulegen gilt, um juristisch brauchbare Antworten auf die gestellten Fragen zu finden. Der Grundrechtskatalog der österreichischen Bundesverfassung enthält nun zwar Bestimmungen, die die durch die Möglichkeiten künstlicher Fortpflanzung aufgeworfenen rechtlichen Probleme berühren – dies jedoch nur am Rande. Die Erwartung, eine Antwort auf alle kontroversen Fragen aus den Grundrechten deduzieren zu können, sollte daher nicht überspannt werden.“¹¹

Hier wird eine weitere Schwierigkeit des Themas der vorliegenden Arbeit angesprochen, nämlich dass es sich um kontroverse und ethisch, moralisch und religiös stark aufgeladene Fragen handelt. Dabei besteht für den Autor oder die Autorin immer die Gefahr, bei der Untersuchung von einer vorgefassten Lösung auszugehen, die den eigenen Wertvorstellungen

⁶ *Berka* in *Rill/Schäffer*, Bundesverfassungsrecht Art 7 Rz 51 zur Judikatur des VfGH zum Gleichheitssatz.

⁷ Vgl *Wendehorst*, Das legislatorische Trägheitsprinzip und das FMedG, RdM 2014, 302.

⁸ *Lurger* in *Bernat*, Reproduktionsmedizin 108 (109 f).

⁹ So zum Gleichheitssatz *Berka* in *Rill/Schäffer*, Bundesverfassungsrecht Art 7 Rz 21.

¹⁰ Vgl *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention⁶ (2016) § 18 Rz 20 f; zum Gleichheitssatz siehe *Pöschl*, Gleichheitsrechte, in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, Handbuch der Grundrechte VII/1² (2014) § 14 Rz 44, 50 ff.

¹¹ *Öhlinger/Nowak*, Grundrechtsfragen künstlicher Fortpflanzung, in Bundesministerium für Familie, Jugend und Konsumentenschutz (Hrsg), Österreichische Enquete zum Thema Familienpolitik und künstliche Fortpflanzung (1986) 31 (32).

entspricht.¹² Dennoch ist es mE möglich, mithilfe juristischer Methodik und sachlichen Argumenten zu Ergebnissen zu gelangen, die als juristische Beurteilung und nicht als persönliche moralische Bewertung einer bestimmten Regelung Bestand haben.

Da das Thema außerordentlich breit gefächert ist, wurde es auf Fragen beschränkt, die direkt mit der Begründung und Auflösung von Eltern-Kind-Verhältnissen im Zusammenhang stehen und auf die österreichisches Recht anwendbar ist. Fallkonstellationen mit überwiegendem Auslandsbezug (zB Leihmutterchaft) und Entwicklungen in ausländischen Rechtsordnungen (zB „multiple parenthood“)¹³ sind daher nicht Gegenstand der vorliegenden Arbeit. Auch das Verbot oder die Erlaubnis bestimmter Fortpflanzungsmethoden werden hier nur am Rande erwähnt, da diese Fragen nicht direkt mit der Entstehung eines Eltern-Kind-Verhältnisses zu tun haben, sondern lediglich die Voraussetzungen dafür schaffen.¹⁴ Fragen, die mE eher ins Medizinrecht oder in die Rechtsphilosophie gehören, wie jene nach der Regelung neuer bzw erst in Zukunft verfügbarer Fortpflanzungsmethoden oder der Grundrechtsschutz von Embryonen, werden ebenfalls nicht behandelt. Die Frage, wer eine bestimmte Fortpflanzungsmethode in Anspruch nehmen darf, ist für die Zielsetzung dieser Arbeit dagegen durchaus von Relevanz und wird im Zusammenhang mit der Fortpflanzung alleinstehender Frauen thematisiert.

Zur Auswahl der betroffenen Grundrechte ist folgendes zu sagen: Nicht in jeder Fallkonstellation ist jedes vorhandene Grundrecht einschlägig. Die Frage nach einer verfassungskonformen Ausgestaltung von Elternschaft kreist immer wieder um die gleichen Grundrechte, und zwar insb Art 8 EMRK, Art 6 EMRK und die Gleichheitsrechte. Geprüft wird im Zusammenhang mit jeder behandelten Frage das jeweils sachnächste Grundrecht,¹⁵ bei dem sich aus einer zivilrechtlichen Betrachtung Anhaltspunkte für eine Überprüfung ergeben. Dabei wird zunächst jeweils das betroffene Freiheitsrecht geprüft und anschließend –

¹² Vgl *Bernat*, Zivilrechtliche Fragen um die künstliche Humanreproduktion, in *Bernat* (Hrsg), Lebensbeginn durch Menschenhand (1985) 125; *Posch*, Rechtsprobleme der medizinisch assistierten Fortpflanzung und Gentechnologie. Gutachten zum 10. ÖJT I/5 (1988) 24.

¹³ Darunter versteht man eine Rechtslage, die eine rechtliche Elternschaft von mehr als zwei Personen ermöglicht. Die ersten Gesetze über die Erlaubnis von „multi-parenthood“ wurden in Kalifornien (USA) und British Columbia (Kanada) erlassen: S.B. 274, § 1(a), 2013-2014 Reg. Sess. (Cal. 2013) (enacted), http://www.leginfo.ca.gov/pub/13-14/bill/sen/sb_0251-0300/sb_274_bill_20131004_chaptered.pdf (5. 3. 2018); British Columbia Family Law Act, Chapter 25, Part 3, Division 1, Art 30, [http://www.bclaws.ca/civix/document/LOC/complete/statreg/--%20F%20--/Family%20Law%20Act%20\[SBC%202011\]%20c.%2025/00_Act/11025_03.xml](http://www.bclaws.ca/civix/document/LOC/complete/statreg/--%20F%20--/Family%20Law%20Act%20[SBC%202011]%20c.%2025/00_Act/11025_03.xml) (5. 3. 2018).

¹⁴ Darüber hinaus sind einige umstrittene Beschränkungen des FMedG in den letzten Jahren durch höchstgerichtliche Entscheidungen und den Gesetzgeber beseitigt worden; siehe dazu S. 168 ff.

¹⁵ Siehe dazu *Eberhard*, Grundrechtskonkurrenzen und Grundrechtskollisionen, in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer* (Hrsg), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa VII/1² (2014) § 8 Rz 81.

bei Vorliegen einer Ungleichbehandlung vergleichbarer Sachverhalte – der Gleichheitssatz bzw das Diskriminierungsverbot des Art 14 EMRK.¹⁶

Im 1. Kapitel werden zur Einleitung kurz das geltende Abstammungsrecht und die für diese Arbeit am meisten relevanten Grundrechte dargestellt. Danach teilt sich die Arbeit in zwei weitere große Kapitel über die natürliche Fortpflanzung (2. Kapitel) und die medizinisch unterstützte Fortpflanzung (3. Kapitel).

Im 2. Kapitel werden zuerst einige Fragen behandelt, die mit der Vaterschaft zu tun haben, und dann ausgewählte Konflikte auf der Mutterseite. Im ersten Teil des 2. Kapitels werden zuerst die Rechte des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters (2. Kapitel I.A.) und die Mitwirkungsrechte der Mutter bei Begründung und Beseitigung der Vaterschaft erörtert (2. Kapitel I.B.). Darauf folgen Abschnitte über Fristen im Abstammungsverfahren (2. Kapitel I.C., D.), die Disposition über die Vaterschaft (2. Kapitel I.E.) und die Inzidentfeststellung der Vaterschaft außerhalb des Abstammungsverfahrens (2. Kapitel I.F.). Der zweite Teil des 2. Kapitels behandelt das Schweigerecht der Mutter (2. Kapitel II.A.) und die anonyme Geburt (2. Kapitel II.B.).

Das 3. Kapitel beginnt mit einer kurzen Darstellung der aktuellen Entwicklungen im Fortpflanzungsmedizinrecht (3. Kapitel I.A.). Anschließend wird untersucht, inwiefern es ein Grundrecht auf Fortpflanzung gibt (3. Kapitel I.B.). Im folgenden Abschnitt werden zivil- und grundrechtliche Probleme im Zusammenhang mit der Rechtsposition des „Wunschelternteils“ untersucht (3. Kapitel II.), und zwar dessen mangelhafte Zustimmung (3. Kapitel II.A.), die Voraussetzung der Durchführung einer medizinisch unterstützten Fortpflanzung für die Elternschaft der Co-Mutter (3. Kapitel II.B.) und das Recht des Kindes, das Abstammungsverhältnis zu seinem rechtlichen Elternteil aufzulösen (3. Kapitel II.C.). Letztere Frage stellt sich auch im Verhältnis zwischen Kind und Wunschmutter (3. Kapitel III). Das vorletzte Kapitel beleuchtet die Rechtsposition des Samenspenders, der Eizellenspenderin und deren Verhältnis zum Kind (3. Kapitel IV.). Schließlich wird im letzten Abschnitt der Ausschluss alleinstehender Frauen von der medizinisch unterstützten Fortpflanzung untersucht (3. Kapitel V.).

¹⁶ Vgl *Pöschl*, Gleichheit vor dem Gesetz (2008) 569, 581 ff; *dieselbe* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, Handbuch VII/1² § 14 Rz 15 zum Verhältnis zwischen Freiheitsrechten und Gleichheitssatz.

1. Kapitel: Grundlagen

I. Das Abstammungsrecht des ABGB

A. Rechtliche versus biologische Abstammung

Welche Personen zueinander juristisch gesehen in einem Eltern-Kind-Verhältnis stehen, bestimmt das Abstammungsrecht (§§ 140 ff ABGB).¹⁷ Grundsätzlich soll die rechtliche Elternschaft auf der genetischen Verwandtschaft aufbauen. Die Bedeutung der leiblichen Abstammung als Grundwertung im Abstammungsrecht zeigt sich unter anderem daran, dass in Gesetzgebung und Lehre immer wieder von einem Grundsatz der biologischen Vaterschaft die Rede war, wonach grundsätzlich jener Mann die Vaterschaft zu einem unehelichen Kind übernehmen soll, der es gezeugt hat.¹⁸ Auch nach *F. Bydlinski* baut die Zuordnung von Kindern zu ihren Eltern auf dem Prinzip der Blutsverwandtschaft auf.¹⁹ Der Grund dafür liege in der Selbstverantwortung der Eltern für die Existenz der Kinder.²⁰ Darüber hinaus spielt das biologische Abstammungsverhältnis psychologisch und emotional eine große Rolle im Leben der Beteiligten, da die biologischen Eltern ihre Kinder als Fortsetzung ihrer eigenen Existenz begreifen.²¹

Nach diesem Verständnis des Abstammungsrechts soll man idR davon ausgehen können, dass die rechtliche und die biologische Abstammung übereinstimmen.²² Allerdings ist das nicht zwangsläufig der Fall,²³ denn eine rechtliche Abstammungsbeziehung setzt nicht unbedingt die biologische Abstammung voraus.²⁴ Selbst wenn eindeutig feststeht, dass ein Kind und sein Elternteil nicht genetisch verwandt sind, ändert diese Tatsache allein noch nichts an der rechtlichen Abstammungsbeziehung.²⁵ Deswegen folgt das geltende Abstammungsrecht primär dem Prinzip der sozialen Abstammung.²⁶ Das Abstammungsrecht ordnet nicht automatisch jedes Kind seinen genetischen Eltern zu. Eine Art amtswegige Kontrolle der

¹⁷ *Koziol – Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁴ (2014) Rz 1683.

¹⁸ ErläutRV 6 BlgNR 12. GP 12; ebenso *Bernat* in *Bernat*, Lebensbeginn 125 (143); *Edlbacher*, Künstliche Zeugungshilfe – eine Herausforderung für den Gesetzgeber? ÖJZ 1986, 321 (322); *Hoyer*, Anm zu BGH IX ZR 24/82, ZfRV 1983, 300 (305); *Zemen*, Die Neuordnung der Rechtsstellung des unehelichen Kindes in Österreich, FamRZ 1973, 355 (359); zum besonders großen Stellenwert der biologischen Abstammung im deutschen Recht *Helms*, Die Stellung des potentiellen biologischen Vaters im Abstammungsrecht, FamRZ 2010, 1 (4); *Coester-Waltjen*, Statusrechtliche Folgen der Stärkung der Rechte der nichtehelichen Väter, FamRZ 2013, 1693 (1699).

¹⁹ *F. Bydlinski*, System und Prinzipien des Privatrechts (1996) 382.

²⁰ *F. Bydlinski*, System 384.

²¹ *F. Bydlinski*, System 383 f.

²² *Pierer*, Abstammung, in *Deixler-Hübner*, Handbuch Familienrecht (2015) 215 (228); *Jung*, Die Bedeutung des § 159a ABGB, JBl 1971, 560 (563).

²³ *Koziol – Welser/Kletečka* I¹⁴ Rz 1683; *Pierer* in *Deixler-Hübner*, Handbuch 215 (218).

²⁴ *Pierer* in *Deixler-Hübner*, Handbuch 215 (227); *Stefula* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch* (Hrsg), Klang³ (2008) § 163b Rz 9.

²⁵ *Koziol – Welser/Kletečka* I¹⁴ Rz 1683.

²⁶ ErläutRV 471 BlgNR 22. GP 7; *Koziol – Welser/Kletečka* I¹⁴ Rz 1683.

„Richtigkeit“ rechtlicher Abstammungsverhältnisse gibt es nicht.²⁷ Dafür stellt der Gesetzgeber Rechtsinstrumente zur Verfügung, die es den betroffenen Personen ermöglichen, „unrichtige“ Abstammungsbeziehungen zu ändern.²⁸ Die früheren Befugnisse des Staatsanwalts im Abstammungsrecht wurden im Anschluss an ein Urteil des VfGH²⁹ mit dem FamErbRÄG 2004 aufgehoben.³⁰

Da die rechtliche und die biologische Abstammung auseinanderfallen können, muss zwischen den verschiedenen Bedeutungen des Begriffes „Abstammung“ unterschieden werden.³¹ Die biologische oder genetische Abstammung ist die naturwissenschaftliche Tatsache, dass ein Kind aus den Samen- und Eizellen von bestimmten Personen entstanden ist.³² Dagegen ist die rechtliche Abstammung die Folge einer Subsumtion, deren Rechtsfolge die Begründung eines Eltern-Kind-Verhältnisses mit allen weiteren Konsequenzen ist (zB Unterhaltspflichten, erbrechtliche Ansprüche oder Kontaktrechte).³³ Deutlich wird dieser Unterschied bei der Betrachtung anderer Bestimmungen der Rechtsordnung, die auf die Abstammung abstellen. Häufig stellt sich die Frage, ob damit die rechtliche Abstammungsbeziehung gemeint ist oder ob es auf die Tatsache der biologischen Abstammung ankommen soll, wenn dies dem Zweck der Norm besser entspricht,³⁴ wie zB beim strafrechtlichen Angehörigenbegriff (§ 72 StGB).³⁵

Besonders deutlich zeigt sich dieses Problem am Beispiel des Eheverbots der Blutsverwandtschaft (§ 6 EheG). Es ist nach wie vor umstritten, ob sich dieses nur auf eine genetische Verwandtschaft zwischen den potentiellen Ehegatten bezieht³⁶ oder ob diese

²⁷ Ferrari, Privatautonomie und öffentliche Interessen im Kindschaftsrecht, in FS 200 Jahre ABGB II (2011) 935 (938).

²⁸ ErläutRV 471 BlgNR 22. GP 7 f.

²⁹ VfGH G 78/00 VfSlg 16.928 FamRZ 2003, 1915 (Bernat).

³⁰ ErläutRV 471 BlgNR 22. GP 1 f, 5, 20, 27, 37; Ferrari in FS 200 Jahre ABGB II 935 (938 f); Rosenmayr, Änderungen im Abstammungsrecht durch das FamErbRÄG 2004, NZ 2004, 360 mwN; ausführlich V. Steininger, Verfassungswidrigkeiten im Bereich der Familienrechtsreform, in FS zur 200-Jahr-Feier der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Graz (1979) 457 (459 ff); kritisch auch bereits Bernat, Rechtsfragen medizinisch assistierter Zeugung (1989) 141 FN 215.

³¹ Höllwerth, Vom Blut als dem besonderen Saft bis zur sozialen Elternschaft. Grundwertungen im Abstammungsrecht, in FS 200 Jahre ABGB II (2011) 1033 f; Hoyer, Familienrecht und System, in FS Schwind (1993) 157 (163); Jung, JBl 1971, 560 (563).

³² Pierer in Deixler-Hübner, Handbuch 215 (226); Höllwerth in FS 200 Jahre ABGB II 1033.

³³ Pierer in Deixler-Hübner, Handbuch 215 (226). Zu den terminologischen Unklarheiten in der juristischen Literatur siehe Höllwerth in FS 200 Jahre ABGB II 1033 (1035 FN 8-11).

³⁴ Höllwerth in FS 200 Jahre ABGB II 1033 (1034); vgl auch Jung, JBl 1971, 560 (564 f).

³⁵ Zum Angehörigenbegriff im Strafrecht siehe Jerabek/Ropper in Höpfel/Ratz, WK² § 72 StGB Rz 4 (Stand 1. 1. 2017, rdb.at); Triffterer in Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer, Sbg Kommentar II (6. Lfg 2001) § 72 StGB Rz 7; aA Schwaighofer, Das Angehörigenverhältnis durch gemeinsame Elternschaft zu einem Kind – personenstandsrechtlich oder/und biologisch begründet? ÖJZ 2001, 661.

³⁶ Dafür ua Koziol/Welser, Bürgerliches Recht I¹³ (2006) 451; Koziol – Welser/Kletečka I¹⁴ Rz 1433; Ehrenzweig, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts: Familien- und Erbrecht II/2² (1937) 36; Hoyer in FS Schwind 157 (160); Koch in KBB⁵ (2015) § 6 EheG Rz 2.

Bestimmung nur rechtlich verwandten Personen die Ehe verbietet.³⁷ Nach einer Mittellösung besteht das Eheverbot sowohl bei genetischer als auch bei rechtlicher Verwandtschaft.³⁸

Gem § 140 ABGB wirken die Begründung, Änderung oder Beseitigung eines Abstammungsverhältnisses gegenüber jedermann (*erga-omnes*-Wirkung). Das bedeutet, dass eine rechtlich feststehende Abstammung so lange bestehen bleibt, bis sie auf die gesetzlich vorgesehene Weise beseitigt wird.³⁹ Daraus hat die frühere hL abgeleitet, dass eine selbstständige Beurteilung der Abstammung als Vorfrage in einem anderen Verfahren grundsätzlich unzulässig ist.⁴⁰ Die Feststellung der Abstammung oder Nichtabstammung sowie die Änderung der Abstammung können auch noch von den Rechtsnachfolgern oder gegen diese bewirkt werden (§ 142 ABGB). Da ein Kind grundsätzlich zwei Eltern haben soll,⁴¹ ist der gesetzliche Vertreter verpflichtet, die Vaterschaft zum Kind feststellen zu lassen (§ 149 ABGB). Diese Pflicht entfällt nur dann, wenn eine Feststellung der Vaterschaft dem Kindeswohl schaden würde (zB weil es von einem Vergewaltiger gezeugt wurde)⁴² oder wenn die Mutter ihr Recht ausübt, den Namen des Vaters nicht zu nennen.⁴³

B. Mutterschaft

Die Mutter eines Kindes ist unwiderleglich die Frau, die es geboren hat (§ 143 ABGB).⁴⁴ Bevor diese Bestimmung erlassen wurde, galt lange Zeit das römisch-rechtliche Sprichwort „*mater semper certa est*“:⁴⁵ Die Mutterschaft war so klar, dass sich eine Regelung erübrigte.⁴⁶

³⁷ *Schwind*, Kommentar zum österreichischen Eherecht² (1980) 107; *Pichler* in *Rummel* (Hrsg), ABGB II² (1992) § 6 EheG Rz 2; *Bernat*, Rechtsfragen 142.

³⁸ *Mader*, Die Geschwister in der Familie, in *Harrer/Zitta*, Familie und Recht (1992) 85 (101 f); *Stefula* in *Klang*³ § 138a Rz 9; *Höllwerth* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EuPR (2011) § 6 EheG Rz 5 mwN; *Pierer* in *Deixler-Hübner*, Handbuch 215 (228 f).

³⁹ *Fischer-Czermak*, Neueste Änderungen im Abstammungs- und Erbrecht, JBl 2005, 2; *dieselbe* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 140 Rz 2 (Stand 1. 5. 2017, rdb.at); OGH 8 Ob 49/13h EFSlg 137.609 = iFamZ 2013/167 (*Zemanek*).

⁴⁰ OGH 8 Ob 49/13h EFSlg 137.609 = iFamZ 2013/167 (*Zemanek*); *Stefula* in *Klang*³ § 138a Rz 6 mwN; *Stormann* in *Schwimmann/Kodek* (Hrsg), Praxiskommentar zum ABGB Ia⁴ (2013) § 140 Rz 1; siehe S. 108.

⁴¹ ErläutRV 445 BlgNR 25. GP 1, wonach die medizinisch unterstützte Fortpflanzung nur Paaren offenstehen soll, weil Kinder nicht von vornherein nur einen Elternteil haben sollen; ebenso *Gottschamel/Kratz-Lieber*, Verfassungsrechtliche Fragen im Abstammungsrecht nach dem FMedRÄG 2015, ÖJZ 2015, 917 (923); *Voithofer/Flatscher-Thöni*, VfGH vereinfacht Zugang zur Fortpflanzungsmedizin. Was passiert, wenn nichts passiert? iFamZ 2014, 54 (55); vgl jedoch unten S. 229 ff.

⁴² Zu möglichen Nachteilen für das Kindeswohl siehe ausführlich *Stefula* in *Klang*³ § 163a Rz 7 f.

⁴³ Siehe dazu ausführlich S. 115 ff.

⁴⁴ *Koziol – Welser/Kletečka* I¹⁴ Rz 1684.

⁴⁵ D 2.4.5 (Paulus 4 ad ed.); *Fischer-Czermak* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 143 Rz 1 (Stand 1. 5. 2017, rdb.at); *Pierer* in *Deixler-Hübner*, Handbuch 215 (236).

⁴⁶ *Stefula* in *Klang*³ § 137b ABGB Rz 1 mwN; *Höllwerth* in FS 200 Jahre ABGB II 1033 (1035 f); *Stormann* in *Schwimmann/Kodek* Ia⁴ § 143 Rz 1; *Koziol – Welser/Kletečka* I¹⁴ Rz 1684.

Dieser Grundsatz hat mit dem Fortschritt der Fortpflanzungsmedizin seine Geltung verloren.⁴⁷ Als es medizinisch möglich wurde, einer Frau eine fremde Eizelle einzusetzen, entbrannte eine juristische Diskussion darüber, ob die gebärende Frau, die Geberin der Eizelle oder beide als juristische Mütter gelten sollten.⁴⁸ Schließlich wurde diese Frage im Jahr 1992 mit dem FMedG geklärt.⁴⁹ Die Eizellenspende wurde zwar mit diesem Gesetz verboten,⁵⁰ doch dieses Verbot wurde mittlerweile mit dem FMedRÄG 2015 beseitigt.⁵¹

Da die Frau, die das Kind geboren hat, nicht mehr zwangsläufig auch die Produzentin der Eizelle ist und daher nicht mehr genetisch mit dem Kind verwandt sein muss, wird ein Auseinanderfallen der rechtlichen und der genetischen Mutterschaft in Kauf genommen.⁵² Zwischen der genetischen Mutter und dem Kind entsteht bei einer Eizellenspende keine rechtliche Beziehung.⁵³ Da die Tatsache der Geburt im Normalfall leicht zu beweisen ist, soll diese Regelung der Rechtssicherheit dienen.⁵⁴ Damit soll die Mutterschaft immer noch sicherer feststehen als die Vaterschaft.⁵⁵ Gleichzeitig wollte man mit dieser Regelung auch die Durchführung verbotener Leihmutterschaften innerhalb von Österreich erschweren,⁵⁶ da in diesem Fall die Leihmutter als rechtliche Mutter gelten würde⁵⁷ und die genetische Mutter gezwungen wäre, ihr Kind zu adoptieren.⁵⁸

C. Vaterschaft

Mangels eines offenkundigen Ereignisses wie der Geburt steht – zumindest vor einer DNA-Untersuchung – nicht mit Sicherheit fest, wer der Vater eines Kindes ist. Daher lautete die

⁴⁷ Fischer-Czermak in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 143 Rz 1; vgl auch *Selb*, Rechtsordnung und künstliche Reproduktion des Menschen (1987) 75.

⁴⁸ Für die Lösung des heutigen § 143 ABGB insb *Bernat*, Künstliche Zeugungshilfe – eine Herausforderung für den Gesetzgeber? JBl 1985, 720 (724 ff); *derselbe*, Rechtsfragen 227 ff; für die Mutterschaft der genetischen Mutter *Edlbacher*, ÖJZ 1986, 321 (324 f); *derselbe*, Eimutter, Ammenmutter, Doppelmutter, ÖJZ 1988, 417 (420); für eine Doppelmutterschaft beider Frauen *Selb*, Rechtsordnung 74 ff; *Steiner*, Ausgewählte Rechtsfragen der Insemination und Fertilisation, ÖJZ 1987, 513 (517).

⁴⁹ ErläutRV 216 BlgNR 18. GP 24; *Stabentheiner* in *Rummel* (Hrsg), ABGB³ § 137b ABGB (Stand 1. 1. 2003, rdb.at).

⁵⁰ ErläutRV 216 BlgNR 18. GP 11.

⁵¹ § 3 Abs 3 FMedG idF FMedRÄG 2015 BGBI I 2015/35; ErläutRV 445 BlgNR 25. GP 2, 7; zur Vorgeschichte siehe S. 168 ff; EGMR U 1. 4. 2010, *S.H. ua gegen Österreich*, Nr. 57813/2000 RdM 2010, 85; EGMR U 3. 11. 2011, *S.H. ua gegen Österreich*, Nr. 57813/2000 (Große Kammer) EF-Z 2012/7 (*Bernat*). Näheres zur Rechtsposition der Eizellenspenderin siehe ausführlich S. 208 ff.

⁵² *Pierer* in *Deixler-Hübner*, Handbuch 215 (237).

⁵³ *Kerschner-Sagerer/Forić*, Familienrecht⁶ (2017) Rz 3/3; *Stefula* in *Klang*³ § 137b Rz 5.

⁵⁴ ErläutRV 216 BlgNR 18. GP 24; so auch *Bernat*, Rechtsfragen 227 f.

⁵⁵ *Kerschner-Sagerer/Forić*, Familienrecht⁶ Rz 3/3.

⁵⁶ ErläutRV 216 BlgNR 18. GP 24; *Nademleinsky* in *Schwimann* (Hrsg), ABGB Taschenkommentar³ (2015) § 143 Rz 1; *Stormann* in *Schwimann/Kodek* Ia⁴ § 143 Rz 3.

⁵⁷ *Lurger* in *Bernat*, Reproduktionsmedizin 108 (128).

⁵⁸ *Bernat*, JBl 1985, 720 (726); *Stefula* in *Klang*³ § 137b Rz 5.

Regel im römischen Recht: „[...] *pater vero is est, quem nuptiae demonstrant*.“⁵⁹ Auch heute kann die juristische Vaterschaft durch die Ehe mit der Mutter des Kindes begründet werden (§ 144 Abs 1 Z 1 ABGB). Ist der Vater nicht mit der Mutter verheiratet, kann die Vaterschaft anerkannt oder gerichtlich festgestellt werden. Während der Ehemann der Mutter schon *ex lege* der Vater eines Kindes ist, das während aufrechter Ehe geboren wird,⁶⁰ bedürfen die beiden anderen Arten der Begründung der Vaterschaft eines eigenen rechtlichen Aktes. Hier spielt es also trotz der Beseitigung der Unterscheidung zwischen ehelichen und unehelichen Kindern mit dem KindNamRÄG 2013⁶¹ eine Rolle, ob die Eltern verheiratet sind oder nicht.⁶²

1. Vaterschaft durch Ehe mit der Mutter

Der Mann, der mit der Mutter zur Zeit der Geburt des Kindes verheiratet ist oder der nicht früher als 300 Tage vor der Geburt des Kindes verstorben ist, ist *ex lege* dessen rechtlicher Vater (§ 144 Abs 1 Z 1 ABGB). Ob das Kind vor der Ehe oder mithilfe medizinisch unterstützter Fortpflanzung gezeugt wurde, spielt dafür keine Rolle.⁶³ Die rechtliche Vaterschaft des Ehemannes besteht auch dann, wenn das Kind durch künstliche Insemination mit dem Samen eines Dritten entstanden ist.⁶⁴ Wenn mehrere Ehemänner als Väter in Betracht kommen, weil zB der erste Ehemann der Mutter innerhalb von 300 Tagen vor der Geburt des Kindes verstorben ist und die Mutter in diesem Zeitraum einen neuen Mann heiratet, bestimmt § 144 Abs 4 ABGB denjenigen zum Vater, der mit der Mutter zuletzt die Ehe geschlossen hat. Wenn jedoch festgestellt wird, dass das Kind nicht vom zweiten Ehemann der Mutter abstammt (§ 151 ABGB), gilt – auch wenn es nicht mehr ausdrücklich geregelt ist⁶⁵ – automatisch der erste Ehemann als rechtlicher Vater.⁶⁶

Die Vaterschaft des Ehemannes beruht zwar auf dem Gedanken, dass dieser das Kind idR gezeugt haben wird,⁶⁷ seine rechtliche Vaterschaft besteht jedoch unabhängig davon.⁶⁸ Sowohl der Ehemann als auch das Kind haben gem §§ 151 ff ABGB das Recht, die Feststellung der Nichtabstammung zu beantragen. Die Berechtigung des Kindes, diesen

⁵⁹ D 2.4.5 (Paulus 4 ad ed.).

⁶⁰ Fischer-Czermak in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 144 Rz 3 (Stand 1. 5.2017, rdb.at).

⁶¹ ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP 7.

⁶² Koziol – Welser/Kletečka I¹⁴ Rz 1682; Kerschner-Sagerer/Forić, Familienrecht⁶ Rz 3/2.

⁶³ Fischer-Czermak in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 144 Rz 2.

⁶⁴ Koziol – Welser/Kletečka I¹⁴ Rz 1687; Stefula in Klang³ § 138 Rz 10; ErläutRV 216 BlgNR 18. GP 24 f.

⁶⁵ Fischer-Czermak, JBl 2005, 2; Kerschner-Sagerer/Forić, Familienrecht⁶ Rz 3/4.

⁶⁶ Fischer-Czermak, JBl 2005, 2; ErläutRV 471 BlgNR 22. GP 15.

⁶⁷ Zeiller, Kommentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesammten deutschen Erbländer der oesterreichischen Monarchie I (1811) 315; Stefula in Klang³ § 138 Rz 9; Rosenmayr, NZ 2004, 360 (363).

⁶⁸ Stefula in Klang³ § 138 Rz 10. Dies ist Ausdruck des Prinzips der sozialen Abstammung: Koziol – Welser/Kletečka I¹⁴ Rz 1686.

Antrag zu stellen, wurde mit dem FamErbRÄG 2004 eingeführt⁶⁹ und ist zum Schutz seines Rechts auf Achtung seines Familienlebens gem Art 8 EMRK verfassungsrechtlich geboten.⁷⁰

Wenn im Verfahren der Beweis der absoluten Unwahrscheinlichkeit der Zeugung – insb durch eine DNA-Analyse – erbracht wird,⁷¹ beseitigt die gerichtliche Feststellung die Vaterschaft des Ehemannes *ex tunc*.⁷² Dieser Antrag kann innerhalb einer Frist von zwei Jahren ab Kenntnis der Umstände gestellt werden, die für die Nichtabstammung sprechen (§ 153 Abs 1 ABGB). Subjektive Verdachtsmomente reichen dafür noch nicht aus. Die Frist beginnt erst zu laufen, wenn der Ehemann die Nichtabstammung als höchst wahrscheinlich und beweisbar ansieht.⁷³ Für eine noch nicht eigenberechtigte Person ist der Lauf der Frist bis zur Eigenberechtigung gehemmt (§ 153 Abs 2 ABGB). Da der Fristenlauf nach den Materialien jedoch neu beginnen soll, wenn die betroffene Person die Eigenberechtigung erlangt,⁷⁴ meinte der Gesetzgeber eine Unterbrechung und keine Hemmung der Frist.⁷⁵ Für den Antrag des Ehemannes gibt es eine absolute Verjährungsfrist von 30 Jahren nach der Geburt des Kindes oder nach einer Änderung der Abstammung, während das Kind den Antrag unbefristet stellen kann (§ 153 Abs 3 ABGB).⁷⁶

§ 152 ABGB verhindert eine Feststellung der Nichtabstammung, wenn der Ehemann der Durchführung einer medizinisch unterstützten Fortpflanzung an seiner Frau mit dem Samen eines Dritten in Form eines Notariatsakts zugestimmt hat. Ohne diese Bestimmung könnte er sich seiner Vaterschaft entledigen, weil das Kind ja nicht genetisch von ihm abstammt.⁷⁷ Vor der Durchführung einer künstlichen Insemination mit dem Samen eines Spenders müssen sowohl Ehegatten als auch eingetragene Partner oder Lebensgefährten in Form eines Notariatsakts zustimmen (§ 8 FMedG). Diese Zustimmung kann nur höchstpersönlich erteilt werden und darf bei der Durchführung der Insemination nicht älter als zwei Jahre sein (§ 8 Abs 2, 5 FMedG). Für den Ehegatten hat seine Zustimmung zur Konsequenz, dass er seine Vaterschaft nicht mehr durch einen Antrag gem §§ 151 ff ABGB beseitigen kann.⁷⁸ Im

⁶⁹ ErläutRV 471 BlgNR 22. GP 19.

⁷⁰ VfGH G 78/00 VfSlg 16.928 FamRZ 2003, 1915 (Bernat); Fischer-Czermak, JBl 2005, 2 (8); Bernat in Schwimann/Kodek Ia⁴ § 151 Rz 3 FN 5.

⁷¹ Fischer-Czermak, JBl 2005, 2 (8); Kerschner-Sagerer/Forić, Familienrecht⁶ Rz 3/5; Bernat in Schwimann/Kodek Ia⁴ § 151 Rz 6.

⁷² Koziol – Welser/Kletečka I¹⁴ Rz 1688.

⁷³ Kerschner-Sagerer/Forić, Familienrecht⁶ Rz 3/5; Koziol – Welser/Kletečka I¹⁴ Rz 1689 mwN.

⁷⁴ ErläutRV 471 BlgNR 22. GP 20.

⁷⁵ Fischer-Czermak, JBl 2005, 2 (8 f); ebenso Simotta, Das neue Abstammungsrecht, ÖA 2004, 175 (186); Kerschner-Sagerer/Forić, Familienrecht⁶ Rz 3/5; aA Koziol – Welser/Kletečka I¹⁴ Rz 1690.

⁷⁶ Fischer-Czermak, JBl 2005, 2 (9); Simotta, ÖA 2004, 175 (187); siehe auch S. 85 ff.

⁷⁷ Fischer-Czermak in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 152 Rz 1 (Stand 1. 5. 2017, rdb.at).

⁷⁸ Siehe S. 175 ff.

Hinblick auf die rechtliche Beratung des Ehemannes und die Schutzbedürftigkeit des Kindes erscheint dem Gesetzgeber diese Einschränkung gerechtfertigt.⁷⁹ Wenn die Insemination mit Spendersamen im Ausland stattfindet, genügt nach hL – entgegen der Rsp⁸⁰ – die Einhaltung der Ortsform (§ 8 IPRG).⁸¹ Ansonsten steht eine formungültige Zustimmung einer Feststellung der Nichtabstammung nicht entgegen.⁸² Ein Teil der Lehre weist jedoch darauf hin, dass der auf Feststellung der Nichtabstammung gerichtete Antrag eines Mannes, der über die Folgen seiner Zustimmung ausreichend aufgeklärt war, rechtsmissbräuchlich sein könnte.⁸³ Darüber hinaus betrachtet der OGH eine formungültige Zustimmung als vertragliche Unterhaltszusage des zustimmenden Mannes.⁸⁴ Kann der Ehemann allerdings nachweisen, dass das Kind nicht mittels heterologer Insemination gezeugt wurde, sondern im Ehebruch, ist seinem Antrag auf Feststellung der Nichtabstammung stattzugeben.⁸⁵

2. Anerkenntnis der Vaterschaft

Gem § 145 ABGB wird die Vaterschaft durch die persönliche Erklärung, Vater eines Kindes zu sein,⁸⁶ in einer inländischen öffentlichen oder öffentlich beglaubigten Urkunde anerkannt. Nach hA handelt es sich um eine Willenserklärung.⁸⁷ Eine gesetzliche oder gewillkürte Stellvertretung ist ausgeschlossen.⁸⁸ Allerdings können die Rechtsnachfolger des Mannes auch nach seinem Tod noch ein Anerkenntnis abgeben (vgl § 142 ABGB).⁸⁹

⁷⁹ ErläutRV 216 BlgNR 18. GP 25.

⁸⁰ OGH 7 Ob 527/96 JBl 1996, 717 (*Bernat*).

⁸¹ *Fischer-Czermak*, Das Erbrecht des Kindes nach artifizieller Insemination, NZ 1999, 262 (265 f); *dieselbe* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 152 Rz 2 (Stand 1. 5. 2017, rdb.at); *Lurger* in *Bernat*, Reproduktionsmedizin 108 (124); *Bernat* in *Schwimann/Kodek Ia*⁴ § 152 Rz 6; *Nademleinsky* in *Schwimann*, ABGB Taschenkommentar³ § 152 Rz 1; *Hopf* in KBB⁵ §§ 151-153 Rz 4; aA *Stefula* in *Klang*³ § 157 Rz 11.

⁸² *Fischer-Czermak* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 152 Rz 2 (Stand 1. 5. 2017, rdb.at); *Stefula* in *Klang*³ § 157 Rz 7.

⁸³ *Bernat* in *Schwimann/Kodek Ia*⁴ § 152 Rz 5; bereits vor Einführung des FMedG *derselbe*, JBl 1986, 720 (722); *Lurger* in *Bernat*, Reproduktionsmedizin 108 (135); *Fischer-Czermak* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 152 Rz 2 (Stand 1. 5. 2017, rdb.at); ähnlich *V. Steininger*, Interpretationsvorschläge für die neuen Normierungen im ABGB über die väterliche Abstammung, ÖJZ 1995, 121 (126, 130); siehe auch S. 177.

⁸⁴ OGH 7 Ob 212/97w RdM 1998/2 (*Bernat*) = SZ 70/155; *Fischer-Czermak*, NZ 1999, 262 (266); *Stefula* in *Klang*³ § 157 Rz 7; *Nademleinsky* in *Schwimann*, ABGB Taschenkommentar³ § 152 Rz 1.

⁸⁵ *Bernat* in *Schwimann/Kodek Ia*⁴ § 152 Rz 2; *Bernat*, Das Fortpflanzungsmedizingesetz: Neue Aufgaben für das Notariat, NZ 1992, 244; *Hopf* in KBB⁵ §§ 151-153 Rz 4; *Stefula* in *Klang*³ § 157 Rz 10; *Fischer-Czermak* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 152 Rz 1 (Stand 1. 5. 2017, rdb.at).

⁸⁶ *Kerschner-Sagerer/Forić*, Familienrecht⁶ Rz 3/9.

⁸⁷ *Zemen*, FamRZ 1973, 355 (361 f); *Kralik*, Das Vaterschaftsanerkenntnis vor dem Notar, NZ 1971, 33 (35); OLG Linz 4 R 159/77 EFSlg 29.145; *Stefula* in *Klang*³ § 163c Rz 2 mwN.

⁸⁸ *Koziol – Welser/Kletečka I*¹⁴ Rz 1697 mwN; *Stefula* in *Klang*³ § 163c Rz 13.

⁸⁹ ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP 19.

Auch wenn es nicht überprüft wird,⁹⁰ soll grundsätzlich nur der tatsächliche Vater oder der Lebensgefährte der Mutter,⁹¹ der einer medizinisch unterstützten Fortpflanzung mit Samen eines Dritten zugestimmt hat, das Kind anerkennen.⁹² Auch ein ungeborenes Kind kann bereits anerkannt werden. In diesem Fall wird das Anerkenntnis mit der Geburt wirksam und ist durch die Lebendgeburt des Kindes bedingt.⁹³ Im Anerkenntnis sollen der anerkennende Mann, das Kind und die Mutter genau bezeichnet werden (§ 145 Abs 2 ABGB). Dass ein bestimmtes Kind identifizierbar ist, gehört zu den Wirksamkeitserfordernissen eines Anerkenntnisses.⁹⁴

Grundsätzlich kann ein Vaterschaftsanerkenntnis gem § 147 Abs 1 ABGB nicht rechtswirksam werden, solange die juristische Vaterschaft eines anderen Mannes besteht. Ein solches Anerkenntnis ist schwebend unwirksam.⁹⁵ Nur bei Erfüllung zusätzlicher Voraussetzungen kann ein Anerkenntnis gem § 147 Abs 2 ABGB eine bestehende Vaterschaft „durchbrechen“. Dies gilt unabhängig davon, ob die bestehende Vaterschaft auf der Ehe mit der Mutter, auf einem Anerkenntnis oder auf einer gerichtlichen Feststellung beruht.⁹⁶ Die Durchbrechung der bestehenden Vaterschaft setzt die Zustimmung des Kindes voraus. Wenn es noch minderjährig ist, wird es dabei gem § 147 Abs 4 ABGB vom Kinder- und Jugendhilfeträger (KJHT)⁹⁷ gesetzlich vertreten. Damit soll Missbräuchen vorgebeugt⁹⁸ bzw eine Interessenkollision bei der Mutter vermieden werden, die das Kind sonst idR gesetzlich vertreten würde.⁹⁹ Darüber hinaus muss die Mutter des Kindes den Vater als solchen „bezeichnen“, wenn das Kind noch nicht eigenberechtigt ist.¹⁰⁰ Dabei handelt es sich um ein

⁹⁰ Vgl ErläutRV 471 BlgNR 22. GP 7; *Schwimann*, Das Kindschaftsrecht-Änderungsgesetz – eine Melodie mit verpatzter Orchestrierung, NZ 1990, 218 (225).

⁹¹ Zur Lebensgefährtin der Mutter siehe sogleich S. 13 ff.

⁹² *Stefula* in Klang³ § 163c Rz 1; *Hoyer*, Anm zu BGH 7. 4. 1983, IX ZR 24/82, ZfRV 1983, 300 (305); aA *Bernat*, JBl 1985, 720 (723).

⁹³ *Stefula* in Klang³ § 163c Rz 9 mwN; *Bernat* in *Schwimann/Kodek* Ia⁴ § 145 Rz 4.

⁹⁴ *Bernat* in *Schwimann/Kodek* Ia⁴ § 145 Rz 2, 8; *Stefula* in Klang³ § 163c Rz 14, 21. Zur Frage, auf welches Kind sich ein Anerkenntnis im Zweifel bezieht, siehe *T. Maier*, Abstammung und Unterhalt bei vertauschten Kindern, JAP 2015/2016, 182 (182 f).

⁹⁵ *Nademleinsky* in *Schwimann*, ABGB Taschenkommentar³ § 147 Rz 1.

⁹⁶ *Koziol – Welser/Kletečka* I¹⁴ Rz 1702; *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB³ § 163e Rz 1 (Stand 1. 1. 2003, rdb.at); *Schwimann*, Neuerliche Abstammungsreform mit Ablaufdatum, NZ 2005, 33 (39); *Stefula* in Klang³ § 163e Rz 2; *Bernat* in *Schwimann/Kodek* Ia⁴ § 147 Rz 5; *Hopf* in KBB⁵ § 147 Rz 1. Dass ein solches Anerkenntnis auch eine rechtskräftige gerichtliche Vaterschaftsfeststellung beseitigen kann, wird in der Lehre kritisiert: *Simotta*, ÖA 2004, 175 (189 FN 90); *Schwimann*, NZ 2005, 33 (38, 43); *Bernat* in *Schwimann/Kodek* Ia⁴ § 147 Rz 6.

⁹⁷ Seit dem B-KJHG 2013 (BGBl I 2013/69) wird der ehemalige Jugendwohlfahrtsträger als Kinder- und Jugendhilfeträger (KJHT) bezeichnet.

⁹⁸ *Hopf/Weitzenböck*, Schwerpunkte des Kindschaftsrechts-Änderungsgesetzes 2001, ÖJZ 2001, 530 (531).

⁹⁹ *Hinteregger/Ferrari*, Familienrecht⁷ (2015) 180.

¹⁰⁰ Siehe S. 72 ff.

höchstpersönliches Recht, das nur der einsichts- und urteilsfähigen Mutter zu Lebzeiten zusteht.¹⁰¹ Inhaltlich liegt eine Zustimmung vor.¹⁰²

Ein rechtswirksames Anerkenntnis wirkt *ex tunc*, dh auf den Zeitpunkt der Geburt des Kindes zurück.¹⁰³ Der Mann, der vorher als Vater feststand, war es also nie, während der Anerkennende immer schon mit allen daraus resultierenden Rechten und Pflichten der Vater war.¹⁰⁴ Um ein Anerkenntnis zu bekämpfen, können das Kind oder die Mutter dagegen Widerspruch erheben (§ 146 ABGB). Dieser muss nicht begründet werden.¹⁰⁵ Bei einem „durchbrechenden“ Anerkenntnis kommt das Widerspruchsrecht auch dem bisherigen juristischen Vater und der Mutter zu, sofern diese nicht am Zustandekommen des „durchbrechenden“ Anerkenntnisses beteiligt war (§ 147 Abs 3 ABGB). Das Widerspruchsrecht kann die Mutter nur ausüben, wenn sie noch lebt und einsichts- und urteilsfähig ist.¹⁰⁶

Zum Widerspruch steht den Antragsberechtigten eine zweijährige Frist zur Verfügung, die mit Kenntnis von der Rechtswirksamkeit des Anerkenntnisses zu laufen beginnt, dh mit der Verständigung durch das Standesamt (§ 68 Abs 5 PStG 2013).¹⁰⁷ Ein Widerspruch führt grundsätzlich dazu, dass das Anerkenntnis vom Gericht für unwirksam erklärt wird (§ 154 Abs 1 Z 2 ABGB), wenn nicht erwiesen wird, dass das Kind doch vom Anerkennenden abstammt. Mit einem erfolgreichen positiven Abstammungsbeweis setzt sich daher auch beim Anerkenntnis die genetische Abstammung durch.¹⁰⁸ Das gilt allerdings nicht, wenn das Kind durch eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung mit dem Samen eines Dritten gezeugt wurde und der Anerkennende formgültig zugestimmt hat,¹⁰⁹ da das Anerkenntnis in diesem Fall nicht wegen der fehlenden genetischen Abstammung für unwirksam erklärt werden kann (§ 154 Abs 1 Z 2 ABGB).

¹⁰¹ ErläutRV 471 BlgNR 22. GP 26; *Fischer-Czermak*, JBl 2005, 2 (5); *Stefula* in Klang³ § 163e Rz 10; *Bernat* in *Schwimann/Kodek Ia*⁴ § 147 Rz 4; *Nademleinsky* in *Schwimann*, ABGB Taschenkommentar³ § 147 Rz 3.

¹⁰² *Bernat* in *Schwimann/Kodek Ia*⁴ § 147 Rz 3 FN 2; *Schwimann*, NZ 2005, 33 (39 FN 41).

¹⁰³ *Hinteregger/Ferrari*, Familienrecht⁷ 179; *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB³ § 163c Rz 12a (Stand 1. 1. 2003, rdb.at); *Bernat* in *Schwimann/Kodek Ia*⁴ § 147 Rz 3.

¹⁰⁴ *Stefula* in Klang³ § 163e Rz 13; *Nademleinsky* in *Schwimann*, ABGB Taschenkommentar³ § 147 Rz 5.

¹⁰⁵ *Nademleinsky* in *Schwimann*, ABGB Taschenkommentar³ § 147 Rz 6.

¹⁰⁶ ErläutRV 471 BlgNR 22. GP 26f; *Fischer-Czermak*, JBl 2005, 2 (9); *Bernat* in *Schwimann/Kodek Ia*⁴ § 147 Rz 9; siehe S. 78 ff.

¹⁰⁷ *Deixler-Hübner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 147 Rz 5 (Stand 1. 10. 2016, rdb.at).

¹⁰⁸ *Fischer-Czermak*, JBl 2005, 2 (9); *Stefula* in Klang³ § 164 Rz 15; *Kerschner-Sagerer/Forić*, Familienrecht⁶ Rz 3/11.

¹⁰⁹ Die Zustimmung zur medizinisch unterstützten Fortpflanzung gem § 8 FMedG ist vom Anerkenntnis der Vaterschaft zu unterscheiden: *Bernat*, NZ 1992, 244 (245); *Pichler*, Probleme der medizinisch unterstützten Fortpflanzung, ÖA 1993, 53 (54); *Memmer*, Eheähnliche Lebensgemeinschaften und Reproduktionsmedizin, JBl 1993, 297 (305); *Fischer-Czermak*, NZ 1999, 262 (266).

Ob das Gericht die Abstammung von Amts wegen zu überprüfen hat oder ob die Parteien des Verfahrens (§ 82 Abs 2 AußStrG) diesen Beweis antreten können, ist umstritten. Für die Amtswegigkeit der Beweisaufnahme sprechen der Gesetzeswortlaut „es ist erwiesen“ in § 154 Abs 1 Z 2 ABGB und der Untersuchungsgrundsatz im Außerstreitverfahren (§ 16 Abs 1 AußStrG).¹¹⁰ Nach den Gesetzesmaterialien muss dagegen eine Partei – der Anerkennende, der bisherige Vater, das Kind oder die Mutter – einen Beweisantrag stellen, um eine klare Beweislastverteilung zu erreichen.¹¹¹

Wird ein „durchbrechendes“ Anerkenntnis für unwirksam erklärt, lebt die bisherige Vaterschaft rückwirkend wieder auf und die ursprünglichen Abstammungsverhältnisse sind wieder hergestellt.¹¹² Unklar ist allerdings, welche Konsequenzen aus dem vorübergehenden Wechsel der Vaterschaft zB für den Unterhalt, das Erbrecht, den Namen des Kindes und die Obsorge folgen und wie die dadurch ausgelösten Veränderungen rückgängig zu machen sind.¹¹³

3. Gerichtliche Feststellung der Vaterschaft

Das Gericht hat gem § 148 ABGB jenen Mann als Vater festzustellen, der das Kind gezeugt hat.¹¹⁴ Sowohl das Kind als auch der Mann können diese Feststellung unbefristet beantragen.¹¹⁵ Grundsätzlich ist dafür ein positiver Abstammungsbeweis erforderlich, dh dass die genetische Vaterschaft des betroffenen Mannes zum Kind mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit feststeht.¹¹⁶ IdR wird dieser Beweis durch einen DNA-Test erbracht.¹¹⁷ Dagegen kann sich das Kind gem § 148 Abs 2 ABGB auch auf die so genannte Zeugungsvermutung stützen, sodass es nur beweisen muss, dass der Mann der Mutter des Kindes innerhalb von 300 bis 180 Tagen vor der Geburt beigewohnt hat.¹¹⁸ Der Mann kann

¹¹⁰ *Schwimann*, NZ 2005, 33 (40); *derselbe*, Wechselväter und andere Neuheiten, StAZ 2005, 33 (41); *Simotta*, ÖA 2004, 175 (183 FN 54); *Stefula* in *Klang*³ § 164 Rz 15.

¹¹¹ ErläutRV 471 BlgNR 22. GP 27; ebenso *Fischer-Czermak*, JBl 2005, 2 (9 f).

¹¹² *Bernat* in *Schwimann/Kodek Ia*⁴ § 147 Rz 2; *Nademleinsky* in *Schwimann*, ABGB Taschenkommentar³ § 147 Rz 5; *Hopf/Weitzenböck*, ÖJZ 2001, 530 (531); *Schwimann*, NZ 2005, 33 (39).

¹¹³ *Bernat* in *Schwimann/Kodek Ia*⁴ § 147 Rz 11; kritisch dazu *Schwimann*, StAZ 2005, 33 (41).

¹¹⁴ *Deixler-Hübner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 148 Rz 1 (Stand 1. 10. 2016, rdb.at); *Bernat* in *Schwimann/Kodek Ia*⁴ § 148 Rz 1 FN 1: Der Wortlaut „von dem das Kind abstammt“ ist irreführend, da das Kind auch von seinem Großvater, Urgroßvater und allen weiteren Vorfahren in gerader Linie abstammt. Ebenso *Stefula* in *Klang*³ § 163 Rz 3; *Wentzel/Plessl* in *Klang I/2*² (1962) 111.

¹¹⁵ *Stefula* in *Klang*³ § 163 Rz 8.

¹¹⁶ *Fischer-Czermak*, JBl 2005, 2 (5 f); *Bernat* in *Schwimann/Kodek Ia*⁴ § 148 Rz 2; zu den Gründen für dieses höhere Beweismaß *Spitzer*, Problemfälle des Abstammungsverfahrens, EF-Z 2013, 101.

¹¹⁷ *Nademleinsky* in *Schwimann*, ABGB Taschenkommentar³ § 148 Rz 3; vgl OGH 6 Ob 28/05v EFSlg 110.842; *Simotta*, ÖA 2004, 175 (180). Nach *Stefula* in *Klang*³ § 163 Rz 4 genügt jedoch auch der Beweis, dass die Mutter im betreffenden Zeitraum nur mit einem Mann Geschlechtsverkehr hatte.

¹¹⁸ Dieser Zeitraum entspricht aufgrund des medizinischen Fortschritts nicht mehr der tatsächlich möglichen Schwangerschaftsdauer: *Stefula* in *Klang*³ § 163 Rz 11 mwN.

dagegen den Ausschlussbeweis erbringen, dass das Kind nicht von ihm abstammt. Anders als vor 2004 muss dazu nicht nur der Beweis erbracht werden, dass die Zeugung durch einen anderen Mann wahrscheinlicher ist,¹¹⁹ sondern es muss die absolute Unwahrscheinlichkeit der Vaterschaft des Antragsgegners bewiesen werden.¹²⁰

Zwei Jahre nach dem Tod des Mannes¹²¹ kann das Kind seinen Antrag nicht mehr auf die Zeugungsvermutung stützen, es sei denn, der Beweis gelingt aus Gründen auf Seiten des Mannes nicht. Dies kann zB der Fall sein, wenn die Erben genetisches Material verschwinden lassen¹²² oder der Leichnam eingeäschert wurde.¹²³ Nach der Rsp genügt es, dass genetisches Material ohne Verschulden des verstorbenen Mannes nicht mehr verwertet werden kann.¹²⁴ Obwohl das Kind grundsätzlich die Wahl hat, ob es seinen Antrag auf einen positiven Vaterschaftsbeweis oder die Zeugungsvermutung stützen möchte,¹²⁵ soll nach Möglichkeit eine DNA-Analyse durchgeführt werden,¹²⁶ die auch der Richter von Amts wegen anordnen kann.¹²⁷

Ein Kind, das durch heterologe Insemination¹²⁸ – dh unter Verwendung des Samens eines Dritten – gezeugt wird, stammt genetisch vom Samenspender ab. Dieser kann gem § 148 Abs 4 ABGB nicht als Vater festgestellt werden.¹²⁹ Der Lebensgefährte der Mutter kann juristischer Vater des Kindes werden, wenn er der heterologen Insemination in Form eines

¹¹⁹ *Fischer-Czermak*, JBl 2005, 2 (6); *Deixler-Hübner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 148 Rz 4.

¹²⁰ *Bernat* in *Schwimann/Kodek Ia*⁴ § 148 Rz 3; *Deixler-Hübner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 148 Rz 4; ausführlich *Stefula* in *Klang*³ § 163 Rz 12 mwN; siehe dazu auch den berühmten „Zwillingsfall“: OGH 1 Ob 148/12i EF-Z 2013/82 (*Beck*) = JBl 2013, 171 = iFamZ 2013/45 (*Seeber-Grimm/Schoditsch*) = EvBl 2013/95 (*Brenn/Pesendorfer*) = EFSlg 134.336; zu dieser Entscheidung auch *Spitzer*, EF-Z 2013, 101; *Ahari*, Die Abstammung eines Kindes bei Mehrverkehr mit eineiigen Zwillingen, *Zak* 2013, 127.

¹²¹ Zum Hintergrund dieser Befristung *Simotta*, ÖA 2004, 175 (181); mit Bedenken zur Übereinstimmung dieser Frist mit dem Sachlichkeitsgebot gem Art 7 B-VG *Bernat* in *Schwimann/Kodek Ia*⁴ § 148 Rz 5.

¹²² ErläutRV 471 BlgNR 22. GP 22.

¹²³ *Fischer-Czermak*, JBl 2005, 2 (6); *Bernat* in *Schwimann/Kodek Ia*⁴ § 148 Rz 5.

¹²⁴ OGH 7 Ob 75/07s *Zak* 2007/708 = EF-Z 2008/5 (*Höllwerth*) = EFSlg 116.919; *Hinteregger/Ferrari*, Familienrecht⁷ 182.

¹²⁵ OGH 7 Ob 75/07s *Zak* 2007/708 = EF-Z 2008/5 (*Höllwerth*); *Bernat* in *Schwimann/Kodek Ia*⁴ § 148 Rz 4; *Deixler-Hübner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 148 Rz 4; *Nademleinsky* in *Schwimann*, Taschenkommentar³ § 148 Rz 2; *Stefula* in *Klang*³ § 163 Rz 9; *Schwimann*, StAZ 2005, 33 (43); unklar sind dagegen die Materialien, nach denen dieser Beweis nur als subsidiärer Weg verstanden werden könnte: ErläutRV 471 BlgNR 22. GP 22.

¹²⁶ ErläutRV 471 BlgNR 22. GP 22; *Simotta*, ÖA 2004, 175 (181).

¹²⁷ *Fischer-Czermak*, JBl 2005, 2 (6) verweist auf den Untersuchungsgrundsatz im Außerstreitverfahren (§ 16 AußStrG); aA *Stefula* in *Klang*³ § 163 Rz 13, weil dies die Beweiserleichterung für das Kind zunichtemache.

¹²⁸ Seit dem FMedRÄG 2015 ist die Verwendung von Samen eines Dritten nicht nur bei der Insemination *in vivo*, sondern auch bei der *In-vitro*-Fertilisation zulässig (siehe ErläutRV 445 BlgNR 25. GP 1). Zwischen den beiden Methoden bestehen jedoch keine Unterschiede, was die rechtlichen Abstammungsverhältnisse und die Rechtsposition des Samenspenders betrifft; vgl dazu *Pöschl*, Anm zu EGMR U 3. 11. 2011, *S.H. ua gegen Österreich*, Nr. 57813/2000 (Große Kammer), RdM 2012/53 (74); *Bernat*, Anm zu EGMR U 3. 11. 2011, *S.H. ua gegen Österreich*, Nr. 57813/2000 (Große Kammer), EF-Z 2012/7 (27); *Fischer-Czermak*, Medizinisch unterstützte Fortpflanzung für lesbische Paare, EF-Z 2014, 61 (62).

¹²⁹ Zur Rechtsposition des Samenspenders siehe S. 208 ff.

Notariatsakts zugestimmt hat (§ 8 FMedG).¹³⁰ Aufgrund dieser Zustimmung ist er gem § 148 Abs 3 ABGB zur gerichtlichen Feststellung der Vaterschaft aktiv- und passivlegitimiert.¹³¹ Ohne diese Sonderbestimmung wäre das nicht möglich, weil er nicht der biologische Vater ist.¹³² Statt der Zeugung des Kindes ist hier der Wille, die Vaterschaft zu übernehmen, das konstitutive Element für die Begründung einer Eltern-Kind-Beziehung.¹³³ Nur durch den Beweis, dass das Kind in Wahrheit auf „natürliche“ Weise gezeugt wurde, kann die Vaterschaftsfeststellung verhindert werden.¹³⁴ Ob der zustimmende Mann tatsächlich der Lebensgefährte der Mutter ist, spielt für die abstammungsrechtlichen Konsequenzen der Zustimmung nach hM keine Rolle,¹³⁵ obwohl die medizinisch unterstützte Fortpflanzung gem § 2 Abs 1 FMedG nur Paaren offensteht.

Abgesehen von einer „Durchbrechung“ durch Anerkenntnis oder „Vätertausch“ kann eine rechtskräftig gerichtlich festgestellte Vaterschaft nur durch einen Abänderungsantrag gem §§ 72 ff AußStrG beseitigt werden.¹³⁶ Antragsberechtigt ist jede Partei des Abstammungsverfahrens, dh insb der bisherige juristische Vater, das Kind und die Mutter (vgl § 82 Abs 2 AußStrG). Diese Möglichkeit ist vor allem dann interessant, wenn eine der Parteien später von Umständen erfährt, die gegen die Vaterschaft sprechen, zB weil der wahre Vater einen anderen Mann zur Blutabnahme geschickt hat (vgl § 73 Abs 1 Z 6 AußStrG).¹³⁷ Im Abstammungsverfahren kann ein Abänderungsantrag innerhalb einer absoluten Frist von 30 Jahren gestellt werden (§§ 83 Abs 5 iVm 74 Abs 5 AußStrG).¹³⁸ Darüber hinaus gibt es eine relative Frist von vier Wochen ab dem Zeitpunkt, in dem der Antragsteller die neuen Tatsachen oder Beweismittel vorbringen konnte (§ 74 Abs 1 iVm Abs 2 Z 4 AußStrG).¹³⁹

¹³⁰ Siehe S. 182.

¹³¹ Bernat, NZ 1992, 244 (245); Memmer, JBl 1993, 297 (305); Bernat in Schwimann/Kodek Ia⁴ § 148 Rz 7.

¹³² Pierer in Deixler-Hübner, Handbuch 215 (267 f).

¹³³ Bernat in Schwimann/Kodek Ia⁴ § 148 Rz 6; Stefula in Klang³ § 163 Rz 16.

¹³⁴ Stabentheiner in Rummel, ABGB³ § 163 Rz 1b (Stand 1. 1. 2003, rdb.at); Stefula in Klang³ § 163 Rz 19; Hopf in KBB⁵ § 148 Rz 6; Deixler-Hübner in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 148 Rz 6. Sollte es sich um das leibliche Kind des Lebensgefährten handeln, ist seine Vaterschaft stattdessen nach § 148 Abs 1, 2 ABGB festzustellen: Bernat in Schwimann/Kodek Ia⁴ § 148 Rz 9.

¹³⁵ V. Steininger, ÖJZ 1995, 121 (126 f); Fischer-Czermak, NZ 1999, 262 (264, 266); Bernat in Schwimann/Kodek Ia⁴ § 148 Rz 8; Stabentheiner in Rummel, ABGB³ § 163 Rz 1b (Stand 1. 1. 2003, rdb.at); Stefula in Klang³ § 163 Rz 17; Hopf in KBB⁵ § 148 Rz 6; aA Memmer, Rechtsfragen im Gefolge medizinisch assistierter Fortpflanzungen post mortem vel divortium, JBl 1992, 361 (369); Schwimann, NZ 2005, 33 (41 FN 56); siehe dazu S. 182 f.

¹³⁶ Fischer-Czermak, JBl 2005, 2 (10).

¹³⁷ Simotta, ÖA 2004, 175 (184).

¹³⁸ Weitzenböck, Das neue materielle und formelle Recht der Abstammung und der Adoption – ein Überblick, ÖStA 2005, 68, 84 (89).

¹³⁹ Simotta, ÖA 2004, 175 (184).

Eine weitere Möglichkeit, den juristischen Vater in einem Zug durch einen anderen zu ersetzen,¹⁴⁰ ist der so genannte „Vätertausch“ gem § 150 ABGB. Dabei stellt das Gericht rückwirkend auf den Zeitpunkt der Geburt des Kindes¹⁴¹ fest, dass das Kind von einem anderen Mann als dem bisher feststehenden Vater abstammt. Mit dieser Entscheidung wird automatisch auch die Nichtabstammung vom bisherigen juristischen Vater festgestellt,¹⁴² sodass das Kind zu keiner Zeit vaterlos ist.¹⁴³ Ob die bisherige Vaterschaft auf der Ehe mit der Mutter, einem Anerkenntnis oder einer gerichtlichen Feststellung beruhte, ist auch hier unerheblich.¹⁴⁴ Das unbefristete¹⁴⁵ Recht, einen „Vätertausch“ zu beantragen, steht nur dem Kind zu. Auch diesen Antrag kann das Kind auf die Zeugungsvermutung (§ 148 Abs 2 ABGB) stützen.¹⁴⁶ Allerdings steht weder dem bisherigen juristischen Vater noch dem potentiellen biologischen Vater ein Antragsrecht zu.¹⁴⁷ Wird die Entscheidung später zB durch einen Abänderungsantrag beseitigt, lebt die Vaterschaft des verdrängten Vaters nach hM wieder auf.¹⁴⁸

D. Elternschaft der Co-Mutter¹⁴⁹

Die nach dem FMedG zulässigen Methoden der medizinisch unterstützten Fortpflanzung standen früher nur Ehepaaren und Lebensgefährten verschiedenen Geschlechts offen.¹⁵⁰ Diese Beschränkung hob der VfGH am 10. 12. 2013 als verfassungswidrig auf.¹⁵¹ Seitdem ist die medizinisch unterstützte Fortpflanzung auch für lesbische Paare zulässig, die in eingetragener Partnerschaft oder Lebensgemeinschaft leben. Männliche homosexuelle Paare bleiben dagegen von der medizinisch unterstützten Fortpflanzung ausgeschlossen, da das Kind, das

¹⁴⁰ *Bernat* in *Schwimann/Kodek* Ia⁴ § 150 Rz 1.

¹⁴¹ *Deixler-Hübner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 150 Rz 4 (Stand 1. 10. 2016, rdb.at); *Stefula* in *Klang*³ § 163b Rz 11; RIS-Justiz RS0123619.

¹⁴² Kritisch dazu *Simotta*, ÖA 2004, 175 (188).

¹⁴³ *Simotta*, ÖA 2004, 175 (187); *Stefula* in *Klang*³ § 163b Rz 1.

¹⁴⁴ ErläutRV 471 BlgNR 22. GP 18, 23; *Fischer-Czermak*, JBl 2005, 2 (7); *Hopf* in *KBB*⁵ § 150 Rz 1; kritisch dazu *Simotta*, ÖA 2004, 175 (187 FN 83); *Weitzenböck*, ÖStA 2005, 68 (71); ausführlich *Bernat* in *Schwimann/Kodek* Ia⁴ § 150 Rz 2 ff.

¹⁴⁵ ErläutRV 471 BlgNR 22. GP 7; OGH 9 Ob 76/07b iFamZ 2008/65; LG Wels 21 R 204/13v EFSlg 137.611.

¹⁴⁶ *Fischer-Czermak*, JBl 2005, 2 (7); ErläutRV 471 BlgNR 22. GP 23; *Hopf* in *KBB*⁵ § 150 Rz 2.

¹⁴⁷ Siehe dazu ausführlich S. 53 ff.

¹⁴⁸ *Bernat* in *Schwimann/Kodek* Ia⁴ § 150 Rz 14 mwN; *Nademleinsky* in *Schwimann*, Taschenkommentar³ § 150 Rz 3; *Stefula* in *Klang*³ § 163b Rz 11.

¹⁴⁹ Dieser Begriff wurde schon früher für die lesbische Partnerin der leiblichen Mutter eines Kindes verwendet (siehe OGH 10 Ob S 68/14v EF-Z 2015/43 (*T. Maier*)) und scheint sich mittlerweile durchzusetzen, weil er kürzer und klarer ist als andere vorgeschlagene Bezeichnungen: *Pierer* in *Deixler-Hübner*, Handbuch 215 (270); siehe auch *Bernat*, Gleichgeschlechtliche Eltern, EF-Z 2015, 60 (61).

¹⁵⁰ § 2 Abs 1 FMedG idF BGBl I 2009/135.

¹⁵¹ VfGH G 16/2013, G 44/2013 EF-Z 2014/38 = RdM 2014/77 (*Kopetzki*) = iFamZ 2014/3 (*Meinl*).

mit dem Samen eines der Partner gezeugt wird, von einer Leihmutter ausgetragen werden müsste und die Leihmutterschaft weiterhin verboten ist (§ 3 Abs 3 FMedG).¹⁵²

Der Entscheidung des VfGH folgte eine Reform des Fortpflanzungsmedizinrechts, das FMedRÄG 2015.¹⁵³ Seitdem regeln mehrere neue Bestimmungen des Abstammungsrechts das familienrechtliche Rechtsverhältnis zwischen dem Kind und der eingetragenen Partnerin oder Lebensgefährtin der Mutter.¹⁵⁴ Gem § 144 Abs 2 Z 1 ABGB wird die eingetragene Partnerin der Mutter, an der eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung durchgeführt wurde, *ex lege* „anderer Elternteil“. Die Lebensgefährtin der Mutter kann das Kind anerkennen oder ihre Elternschaft gerichtlich feststellen lassen (§ 144 Abs 2 Z 2, 3 ABGB). Der Wortlaut dieser Bestimmung stellt nicht auf eine Lebensgemeinschaft mit der Mutter ab, allerdings ist diese gem § 2 Abs 1 FMedG Voraussetzung für die medizinisch unterstützte Fortpflanzung.¹⁵⁵

Mit Urteil vom 4. 12. 2017 hob der VfGH die Wortfolge „verschiedenen Geschlechtes“ in § 44 ABGB und jene Bestimmungen des EPG als verfassungswidrig auf, die sich auf die Gleichgeschlechtlichkeit der Partner beziehen. Die Aufhebung tritt mit Ablauf des 31. 12. 2018 in Kraft.¹⁵⁶ Falls der Gesetzgeber bis dahin untätig bleibt, können gleichgeschlechtliche Paare ab 1. 1. 2019 eine Ehe und verschiedengeschlechtliche Paare eine eingetragene Partnerschaft eingehen. Die abstammungsrechtlichen Konsequenzen dieser Änderung sind derzeit noch offen und vom Inhalt einer etwaigen Reform abhängig, die wohl auf eine Aufhebung des EPG abzielen würde.¹⁵⁷

Die drei Arten der Begründung der Elternschaft der Co-Mutter setzen die Durchführung einer medizinisch unterstützten Fortpflanzung an der Mutter innerhalb der „kritischen Zeit“ von nicht mehr als 300 und nicht weniger als 180 Tagen vor der Geburt voraus.¹⁵⁸ Das bedeutet,

¹⁵² VfGH G 16/2013, G 44/2013; *Fischer-Czermak*, EF-Z 2014, 61 (62); *Voithofer/Flatscher-Thöni*, iFamZ 2014, 54 (55); *Wendehorst*, Neuerungen im österreichischen Fortpflanzungsmedizinrecht durch das FMedRÄG 2015, iFamZ 2015, 4.

¹⁵³ BGBl I 2015/35.

¹⁵⁴ Zur Notwendigkeit dieser Regelung *Wendehorst*, iFamZ 2015, 4 (5); vgl auch *Voithofer/Flatscher-Thöni*, iFamZ 2014, 54 (55 f), die vor der Reform eine Analogie zur Vaterschaft erwogen, aber im Ergebnis doch das Tätigwerden des Gesetzgebers für notwendig hielten.

¹⁵⁵ *Fischer-Czermak* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 144 Rz 4/2 (Stand 1. 5. 2017, rdb.at); *Ferrari*, Medizinisch unterstützte Fortpflanzung und Elternschaft zweier Frauen, in *Barth/Erlebach* (Hrsg), Handbuch des neuen Fortpflanzungsmedizinrechts (2015) 95 (107) geht davon aus, dass die zustimmende Frau auch dann als anderer Elternteil festgestellt werden kann, wenn die Lebensgemeinschaft nicht (mehr) besteht. Zur vergleichbaren Problematik beim männlichen Lebensgefährten siehe S. 182 f.

¹⁵⁶ VfGH G 258/2017 ua EF-Z 2018/31 (*Höllwerth*) = JBl 2018, 28 (*Kerschner*); siehe dazu auch *Khakzadeh-Leiler*, Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare. Verfassungsrechtliche Überlegungen zu VfGH 4. 12. 2017, G 258/2017, EF-Z 2018, 52.

¹⁵⁷ Siehe auch unten S. 188 f.

¹⁵⁸ ErläutRV 445 BlgNR 25. GP 12 f.

dass die eingetragene Partnerin oder Lebensgefährtin nicht Elternteil werden kann, wenn die Mutter des Kindes ohne medizinische Unterstützung schwanger wurde.¹⁵⁹ Dass die eingetragene Partnerin im Gegensatz zum Ehemann in solchen Fällen nicht automatisch anderer Elternteil wird, ist in der Lehre auf verfassungsrechtliche Bedenken gestoßen.¹⁶⁰

Das Anerkenntnis der Lebensgefährtin wird nur wirksam, wenn diesem ein Nachweis über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung beigelegt wird.¹⁶¹ Nach den Materialien ist dieser Nachweis durch eine ärztliche Bestätigung auf der Grundlage der Informationen zu erbringen, die gem § 18 FMedG aufzuzeichnen sind.¹⁶² Daraus wird geschlossen, dass der Nachweis auch die Namen der Lebensgefährtinnen enthalten muss.¹⁶³ Zusätzlich muss darin das Datum der Durchführung der medizinisch unterstützten Fortpflanzung enthalten sein, um zu beweisen, dass diese innerhalb der in § 144 Abs 2 1. Satz ABGB genannten Frist stattgefunden hat.¹⁶⁴

Die Rechtsstellung des „anderen Elternteils“ ist der Vaterschaft nachgebildet.¹⁶⁵ Nach der Generalklausel des § 144 Abs 3 ABGB sind alle Bestimmungen der Rechtsordnung, die auf Väter und die Vaterschaft Bezug nehmen, auch auf die Partnerin der Mutter sinngemäß anzuwenden.¹⁶⁶ Das gilt auch für jene Bestimmungen, die die rechtliche Elternschaft des Ehemannes oder Lebensgefährten der Mutter absichern (§§ 148 Abs 2 und 3, 152, 154 Abs 1 Z 2 und Z 3 lit a ABGB), wenn dieser der medizinisch unterstützten Fortpflanzung formgerecht zugestimmt hat.¹⁶⁷ Die Einführung eines „anderen Elternteils“ ist ein völlig neues Phänomen im Abstammungsrecht, weil dabei nicht nur die rechtliche und die biologische Elternschaft auseinanderfallen, sondern auch zum ersten Mal ein Kind von einer Person rechtlich abstammen kann, von der es niemals genetisch abstammen könnte.¹⁶⁸

¹⁵⁹ *Pierer* in *Deixler-Hübner*, Handbuch 215 (270 f); *Ferrari* in *Barth/Erlebach*, Handbuch 95 (97 f, 104).

¹⁶⁰ *Bernat*, EF-Z 2015, 60 (61); eine Verletzung von Art 14 iVm Art 8 EMRK bejahen *Gottschamel/Kratz-Lieber*, ÖJZ 2015, 917; wohl aA *Ferrari* in *Barth/Erlebach*, Handbuch 95 (97 ff); siehe unten ausführlich S. 189 ff.

¹⁶¹ Mit verfassungsrechtlichen Bedenken dazu *Gottschamel/Kratz-Lieber*, Verfassungsrechtliche Fragen bei der Erlangung der weiteren Elternschaft durch ein Anerkenntnis, iFamZ 2017, 9; siehe dazu S. 192 ff.

¹⁶² ErläutRV 445 BlgNR 25. GP 14.

¹⁶³ *Fischer-Czermak* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 144 Rz 4/2; aA *Ferrari* in *Barth/Erlebach*, Handbuch 95 (105).

¹⁶⁴ *Ferrari* in *Barth/Erlebach*, Handbuch 95 (105).

¹⁶⁵ ErläutRV 445 BlgNR 25. GP 12.

¹⁶⁶ Siehe dazu ErläutRV 445 BlgNR 25. GP 13; *Wendehorst*, iFamZ 2015, 4 (5).

¹⁶⁷ *Wendehorst*, iFamZ 2015, 4 (5).

¹⁶⁸ So auch ErläutRV 445 BlgNR 25. GP 13; *T. Maier*, Anm zu OGH 10 Ob S 68/14v, EF-Z 2015/43.

E. Rolle des Kindeswohls

Vor allem im Zusammenhang mit der Regelung der Fortpflanzungsmedizin wird häufig auch das Kindeswohl ins Spiel gebracht. Der Gesetzgeber hält es im Interesse des Kindeswohls für gerechtfertigt, durch gewisse Beschränkungen günstige Rahmenbedingungen für das Aufwachsen des mit medizinischer Unterstützung gezeugten Kindes zu schaffen.¹⁶⁹ Dagegen könnte man einwenden, dass das Kind, dessen Zeugung durch das FMedG geregelt wird, noch nicht existiert und ihm daher auch noch keine Interessen zugerechnet werden können.¹⁷⁰ Embryonen sind nach hA noch keine Grundrechtsträger.¹⁷¹ Daher kann ein Eingriff in Art 8 EMRK nicht zum Schutz des noch ungezeugten Kindes und damit der „Rechte und Freiheiten anderer“ gem Art 8 Abs 2 EMRK gerechtfertigt werden.¹⁷²

Um dieses Problem zu umgehen, wird das Wohl noch nicht gezeugter Kinder teilweise als öffentliches Interesse verstanden¹⁷³ oder zur Konkretisierung des Schutzes der Moral oder anderer legitimer Ziele iSd Art 8 Abs 2 EMRK herangezogen.¹⁷⁴ Ist das Kind einmal geboren, spielt sein Wohl in grundrechtlichen Interessenabwägungen grundsätzlich eine tragende Rolle (vgl Art 1 BVG Kinderrechte, Art 3 UN-KRK).¹⁷⁵ Dies gilt mE auch bei einer grundrechtlichen Analyse des Abstammungsrechts, obwohl das Kindeswohl im eigentlichen Abstammungsverfahren kein eigenständiges Kriterium ist.¹⁷⁶ Gem § 141 Abs 2 ABGB hat sich der gesetzliche Vertreter vom Wohl des Kindes leiten zu lassen. Dieser soll im Vorfeld entscheiden, ob die Einleitung eines Abstammungsverfahrens dem Wohl des Kindes im Einzelfall entspricht oder ob die Beibehaltung der bestehenden Familienverhältnisse zum Schutz des Kindeswohls günstiger wäre.¹⁷⁷

II. Relevante Grundrechte

Wenn durch Bestimmungen des Abstammungsrechts Grundrechte verletzt werden, handelt es sich dabei in erster Linie um das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens (Art 8

¹⁶⁹ ErläutRV 216 BlgNR 18. GP 11.

¹⁷⁰ VfGH G 91/98, G 116/98 VfSlg 15.632 = JBl 2000, 228; *Bernat*, Rechtsfragen 91 ff; *Czech*, Fortpflanzungsfreiheit (2015) 81.

¹⁷¹ Bioethikkommission, Stellungnahme vom 2. 7. 2012, 22; *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 22 Rz 3.

¹⁷² AA wohl VfGH G 91/98, G 116/98 VfSlg 15.632; die Frage offen lassend EKMR Ber 12. 7. 1977, *Brüggemann u. Scheuten*, Nr. 6959/75 EuGRZ 1978, 199.

¹⁷³ Vgl EGMR 18. 4. 2006, *Dickson*, Nr. 44362/04 Z 76.

¹⁷⁴ *Czech*, Fortpflanzungsfreiheit 83.

¹⁷⁵ *Czech*, Fortpflanzungsfreiheit 77 f; siehe sogleich S. 17 f.

¹⁷⁶ *Stormann in Schwimann/Kodek Ia*⁴ § 143 Rz 3; *Coester-Waltjen*, FamRZ 2013, 1693 (1699) zum deutschen Recht.

¹⁷⁷ ErläutRV 471 BlgNR 22. GP 19; *Simotta*, Die Neuregelung der Bestreitung der Ehelichkeit eines Kindes nach österreichischem Recht, in FS Schlosser (2005) 901 (904 f).

EMRK), das Grundrecht auf Datenschutz (§ 1 DSGVO 2000), das Recht auf ein faires Verfahren (Art 6 EMRK), den Gleichheitssatz (Art 2 StGG, Art 7 B-VG) und das Diskriminierungsverbot des Art 14 EMRK. Aus diesem Grund sollen die genannten verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechte an dieser Stelle etwas näher dargestellt werden, soweit es für die nachfolgenden Kapitel erforderlich sein wird.

Die Europäische Menschenrechtskonvention¹⁷⁸ hat in Österreich Verfassungsrang.¹⁷⁹ Die Grundrechte der EMRK sind daher im österreichischen Recht ebenso unmittelbar anwendbar wie die im StGG und in anderen Verfassungsgesetzen (zB im BVG Kinderrechte) festgelegten Grundrechte. Im Vergleich zu den anderen Staaten, die die EMRK ratifiziert haben, wird der Schutz der EMRK dadurch bestmöglich gewährleistet.¹⁸⁰

Die Grundrechte gelten im Allgemeinen auch für Kinder, dh auch diese sind Grundrechtsträger.¹⁸¹ Über die allgemeinen Grundrechte hinaus gibt es jedoch spezifische Grundrechte für Kinder. Diese Kinderrechte sind ebenfalls häufig relevant, wenn es um Grundrechtsverletzungen im Zusammenhang mit der Begründung, Änderung oder Auflösung von Eltern-Kind-Beziehungen geht. Das 2011 in Kraft getretene BVG über die Rechte von Kindern¹⁸² übernimmt Teile der UN-Kinderrechtskonvention¹⁸³ und gestaltet diese als eigenständige Grundrechte aus.¹⁸⁴ Die UN-Kinderrechtskonvention (UN-KRK) selbst wurde von Österreich im Jahr 1992 ratifiziert, steht jedoch unter Erfüllungsvorbehalt gem Art 50 Abs 2 B-VG und ist daher nicht unmittelbar anwendbar.¹⁸⁵

Ein zentraler Bestandteil des BVG Kinderrechte ist der Grundsatz der vorrangigen Berücksichtigung des Kindeswohls auf verfassungsrechtlicher Ebene (Art 1 BVG Kinderrechte, vgl auch Art 3 Abs 1 UN-KRK, Art 24 Abs 2 GRC).¹⁸⁶ Damit spielt das

¹⁷⁸ BGBl 1958/210.

¹⁷⁹ Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger, Bundesverfassungsrecht¹¹ Rz 1346 lit f; Fahrenhorst, Familienrecht und Europäische Menschenrechtskonvention (1994) 11.

¹⁸⁰ Fahrenhorst, Familienrecht und EMRK 11.

¹⁸¹ Bezemek, Grundrechte in der Rechtsprechung der Höchstgerichte (2016) § 26 Rz 1; Grabenwarter/Pabel, EMRK⁶ § 17 Rz 3.

¹⁸² BGBl I 2011/4.

¹⁸³ Übereinkommen über die Rechte des Kindes, BGBl 1993/7 idF BGBl III 2003/16; zur Entstehungsgeschichte Sax, Kinderrechte, in Heißl (Hrsg), Handbuch Menschenrechte (2009) Rz 30/2; derselbe, Kinderrechte in der Verfassung – was nun? EF-Z 2011, 204 (204 f).

¹⁸⁴ Barth, Das Bundesverfassungsgesetz über die Rechte von Kindern, iFamZ 2011, 60; Berka, Verfassungsrecht⁶ Rz 1406a.

¹⁸⁵ Berka, Verfassungsrecht⁶ Rz 1406a; Hinteregger, Menschenrechte und Privatrecht, in Weyers (Hrsg), Menschenrechte und Zivilrecht (1999) 79 (82); Sax, EF-Z 2011, 204; ausführlicher derselbe in Heißl, Handbuch Rz 30/10 f.

¹⁸⁶ Bezemek, Grundrechte § 26 Rz 2; Berka, Verfassungsrecht⁶ Rz 1406a; zum Kindeswohl als Leitmotiv der UN-KRK siehe Sax in Heißl, Handbuch Rz 30/5.

Kindeswohl nicht nur bei der zivilrechtlichen Beurteilung kinschaftsrechtlicher Fragen eine Rolle,¹⁸⁷ sondern auch bei der Abwägung zwischen verschiedenen betroffenen Grundrechten.¹⁸⁸ Darüber hinaus ist für diese Arbeit insb Art 2 BVG Kinderrechte relevant, wonach jedes Kind Anspruch auf regelmäßige persönliche Beziehungen und soziale Kontakte zu beiden Elternteilen hat. Die Materialien sprechen von einem „Leitbild für die personenrechtlichen Beziehungen des Kindes zu seinen Eltern“.¹⁸⁹ Diese Rechte entsprechen Art 9 Abs 3 UN-KRK und Art 24 Abs 3 GRC und können insb zum Schutz des Kindeswohls beschränkt werden.¹⁹⁰ Nicht übernommen wurde hingegen das Recht des Kindes, nach Möglichkeit seine Eltern zu kennen und von ihnen betreut zu werden, das in Art 7 UN-KRK vorgesehen ist.

Der VfGH berücksichtigt seit einiger Zeit auch die in der europäischen Grundrechte-Charta (GRC)¹⁹¹ festgelegten Rechte als verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte.¹⁹² Diese sind gem Art 51 GRC jedoch nur bei der Durchführung von Unionsrecht anwendbar. Da viele dieser Grundrechte den entsprechenden Bestimmungen der EMRK nachgebildet sind, sind sie in ihrem Anwendungsbereich vor allem dann relevant, wenn ihr Schutzbereich über jenen eines anderen Grundrechts hinausgeht.¹⁹³ In familienrechtlichen Fragen gehen insb die Rechte des Kindes gem Art 24 GRC, die Rechte älterer Menschen gem Art 25 GRC und der Schutz des Familien- und Berufslebens gem Art 33 GRC inhaltlich über die Garantien der EMRK hinaus.¹⁹⁴ Zu beachten ist jedoch, dass das Familienrecht weitestgehend nicht auf Unionsrecht beruht und Grundrechtsverletzungen in diesem Bereich daher idR nicht bei der Durchführung von Unionsrecht stattfinden, sodass die GRC nicht anwendbar ist.

¹⁸⁷ *Barth*, iFamZ 2011, 60.

¹⁸⁸ IA 935/A B1gNR 24. GP 3; zu weiteren Funktionen der Verankerung des Kindeswohls im Verfassungsrecht siehe *Sax*, EF-Z 2011, 204 (207 f); *Bezemek*, Grundrechte § 26 Rz 2.

¹⁸⁹ IA 935/A B1gNR 24. GP 3.

¹⁹⁰ IA 935/A B1gNR 24. GP 3; *Sax*, EF-Z 2011, 204 (208).

¹⁹¹ Abl 2010 C 83, 389.

¹⁹² VfGH U 466/11 ua VfSlg 19.632= *migraLex* 2012, 92 = iFamZ 2012/120 (*Cede/Pesendorfer*) = DrDA 2012, 524 = ZfVB 2012/1773 = Zak 2012/328; kritisch *Kucsko-Stadlmayer*, Die allgemeinen Strukturen der Grundrechte, in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer* (Hrsg), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa VII/1² (2014) § 3 Rz 7 mwN; *Brenn*, VfGH versus Unionsrecht. Unionsrechtliche Würdigung des Grundrechteerkenntnisses, ÖJZ 2012, 1062; *Gamper*, Wie viel Kosmopolitismus verträgt eine Verfassung? JBl 2012, 763; siehe dazu auch *Pöschl*, Verfassungsgerichtsbarkeit nach Lissabon, ZÖR 2012, 587; *Danda*, Die Anwendung der Charta der Grundrechte der Europäischen Union im österreichischen Grundrechtsschutz, *migraLex* 2013, 14.

¹⁹³ *Klaushofer*, Grundrechtliche Organisations- und Verfahrensgarantien, in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer* (Hrsg), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa VII/1² (2014) § 18 Rz 12, 116; zum Verhältnis zwischen GRC und EMRK und ihren jeweiligen Günstigkeitsprinzipien siehe *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 4 Rz 9 ff; *Kucsko-Stadlmayer* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, Handbuch VII/1² § 3 Rz 7; *Eberhard* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, Handbuch VII/1² § 8 Rz 22 f.

¹⁹⁴ *Cede/Pesendorfer*, Anm zu VfGH U 466/11, iFamZ 2012/120.

A. Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens gem Art 8 EMRK

Das Recht auf Privat- und Familienleben ist das zentrale Grundrecht, das im Zusammenhang mit der Begründung oder Auflösung eines Eltern-Kind-Verhältnisses regelmäßig betroffen ist. Träger des Grundrechts auf Privat- und Familienleben sind alle natürlichen Personen einschließlich minderjähriger Kinder, aber uU auch juristische Personen.¹⁹⁵ Art 8 EMRK garantiert den Schutz der Privatsphäre jedes Einzelnen. Darin enthalten sind der Anspruch auf Achtung des Privatlebens, des Familienlebens, der Wohnung und des Briefverkehrs, wobei im Folgenden die in diesem Zusammenhang weniger relevanten Schutzbereiche der Wohnung und des Briefverkehrs ausgeklammert werden. Diese vier Bereiche lassen sich nicht immer eindeutig voneinander abgrenzen, da es zahlreiche Überschneidungen gibt.¹⁹⁶ Auch das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens gem Art 7 GRC, das inhaltlich stark an Art 8 EMRK angelehnt ist,¹⁹⁷ schützt diese vier Bereiche. Der Schutz des Familienlebens gem Art 8 EMRK wird ergänzt durch das Recht auf Eheschließung und Familiengründung gem Art 12 EMRK,¹⁹⁸ das Gebot der Gleichberechtigung der Ehegatten (Art 5 7. ZPEMRK) und das Elternrecht (Art 2 1. ZPEMRK).¹⁹⁹

1. Schutzbereich

In einem ersten Schritt muss geklärt werden, was unter „Privatleben“ und „Familienleben“ iSd Art 8 EMRK zu verstehen ist. Es handelt sich jedenfalls um autonome Begriffe, die unabhängig vom Begriffsverständnis des nationalen Rechts auszulegen sind.²⁰⁰

a. *Privatleben*

Das Privatleben iSd Art 8 EMRK ist ein umfassender Begriff, der einer abschließenden Definition nicht zugänglich ist.²⁰¹ In einem weiteren Sinn umfasst das Privatleben eines

¹⁹⁵ Grabenwarter/Pabel, EMRK⁶ § 22 Rz 3 f; Feik, Recht auf Familienleben, in Heißl (Hrsg), Handbuch Menschenrechte (2009) Rz 9/2.

¹⁹⁶ Grabenwarter/Pabel, EMRK⁶ § 22 Rz 1; Frowein in Frowein/Peukert (Hrsg), Europäische Menschenrechtskonvention³ (2009) Art 8 Rz 1; Wildhaber/Breitenmoser in Pabel/Schmahl (Hrsg), IntKommEMRK² (1992) Art 8 Rz 1.

¹⁹⁷ Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger, Bundesverfassungsrecht¹¹ Rz 1420 mwN; vgl Baumgartner, Institutsgarantien und institutionelle Garantien, in Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer (Hrsg), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa VII/1² (2014) § 7 Rz 45.

¹⁹⁸ Zum Recht auf Familiengründung und zum Verhältnis zwischen Art 8 und Art 12 EMRK siehe unten S. 171 ff.

¹⁹⁹ Feik in Heißl, Handbuch Rz 9/1.

²⁰⁰ Fahrenhorst, Familienrecht und EMRK 95 mwN; Grabenwarter/Pabel, EMRK⁶ § 5 Rz 10; Heißl, Recht auf Achtung des Privatlebens, des Hausrechts sowie des Brief- und Fernmeldegeheimnisses, in Heißl (Hrsg), Handbuch Menschenrechte (2009) Rz 8/2; Brötel, Die grundrechtliche Stellung des Vaters bei der Adoption seines nichtehelichen Kindes durch Dritte, FamRZ 1995, 72 (74); Stolzlechner, ÖJZ 1980, 85, 123 (127).

Menschen alle Bereiche seines Lebens, die andere nicht betreffen.²⁰² Das Recht auf Achtung des Privatlebens wird als Recht auf einen geschützten Raum verstanden, in dem eine persönliche Entwicklung und Erfüllung möglich ist.²⁰³ Geschützt sind also die Identität, Integrität und Individualität der Person.²⁰⁴ Das Privatleben lässt sich nicht als das Gegenteil von Öffentlichkeit definieren,²⁰⁵ denn es ist „nicht das eines Robinson Crusoe, sondern ein sozialbezogenes.“²⁰⁶ Daher kann uU auch ein Handeln in der Öffentlichkeit Teil des Privatlebens sein, weil man es in einer modernen Gesellschaft kaum vermeiden kann, sich regelmäßig in der Öffentlichkeit zu befinden.²⁰⁷

Die Grundlage für den Schutz des Privatlebens bildet das Recht des Einzelnen auf Autonomie und Selbstbestimmung im privaten Bereich.²⁰⁸ Die unterschiedlichen Ausprägungen des Schutzes des Privatlebens lassen sich alle auf diesen Grundgedanken zurückführen. Solche Teilbereiche sind das Selbstbestimmungsrecht über den eigenen Körper, der Schutz der Privatsphäre und der Schutz der freien Gestaltung der persönlichen Lebensführung.²⁰⁹ Das im Recht auf Achtung des Privatlebens enthaltene Recht auf sexuelle Selbstbestimmung²¹⁰ umfasst auch die sexuelle Orientierung und Transsexualität.²¹¹

²⁰¹ EGMR U 29. 4. 2002, *Pretty*, Nr. 2346/02 Z 61; *Meyer-Ladewig/Nettesheim* in *Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer* (Hrsg), EMRK⁴ (2017) Art 8 Rz 7; *Fahrenhorst*, Familienrecht und EMRK 111; *Frowein* in *Frowein/Peukert*, EMRK³ Art 8 Rz 3; *Berka*, Grundrechte Rz 457; *derselbe*, Lehrbuch Verfassungsrecht⁶ Rz 1391; *Wiederin*, Schutz der Privatsphäre, in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer* (Hrsg), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa VII/1² (2014) § 10 Rz 28; *Stolzlechner*, ÖJZ 1980, 85, 123 (85 f).

²⁰² *Wildhaber* in *Pabel/Schmahl*, IntKommEMRK² Art 8 Rz 114.

²⁰³ *Meyer-Ladewig/Nettesheim* in *Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer*, EMRK⁴ Art 8 Rz 7; *Frowein* in *Frowein/Peukert*, EMRK³ Art 8 Rz 3; *Wildhaber* in *Pabel/Schmahl*, IntKommEMRK² Art 8 Rz 122; *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 22 Rz 6.

²⁰⁴ *Wiederin* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, Handbuch VII/1² § 10 Rz 35 mwN; *Adamovich/Funk/Holzinger/Frank*, Staatsrecht III² (2015) Rz 42.074; *Czech*, Fortpflanzungsfreiheit 14 f.

²⁰⁵ *Berka*, Grundrechte Rz 457; *derselbe*, Verfassungsrecht⁶ Rz 1391; ausführlich zu dieser negativen Abgrenzung *Wiederin* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, Handbuch VII/1² § 10 Rz 30 ff.

²⁰⁶ *Novak*, Fortpflanzungsmedizinengesetz und Grundrechte, in *Bernat* (Hrsg), Die Reproduktionsmedizin am Prüfstand von Recht und Ethik (2000) 62 (67).

²⁰⁷ *Wildhaber* in *Pabel/Schmahl*, IntKommEMRK² Art 8 Rz 113 ff; *Stolzlechner*, ÖJZ 1980, 85, 123 (92); aA dagegen noch die ältere Rsp, vgl EKMR Ber 12. 7. 1977, *Brüggemann u. Scheuten*, Nr. 6959/75 EuGRZ 1978, 199.

²⁰⁸ *Meyer-Ladewig/Nettesheim* in *Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer*, EMRK⁴ Art 8 Rz 7; *Heißl* in *Heißl*, Handbuch Rz 8/2; *Fahrenhorst*, Familienrecht und EMRK 112, vgl auch *Wildhaber* in *Pabel/Schmahl*, IntKommEMRK² Art 8 Rz 121.

²⁰⁹ *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 22 Rz 6.

²¹⁰ *Fahrenhorst*, Familienrecht und EMRK 112; *Wildhaber* in *Pabel/Schmahl*, IntKommEMRK² Art 8 Rz 121, 124 f; *Stolzlechner*, ÖJZ 1980, 85, 123 (87); *Berka*, Grundrechte Rz 463; *Czech*, Fortpflanzungsfreiheit 13; *Heißl* in *Heißl*, Handbuch Rz 8/6.

²¹¹ *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 22 Rz 8; *Meyer-Ladewig/Nettesheim* in *Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer*, EMRK⁴ Art 8 Rz 7; *Heißl* in *Heißl*, Handbuch Rz 8/8.

Zum Schutzbereich des Privatlebens gehören die körperliche Integrität und die geistige Gesundheit eines Menschen.²¹² Zwangsuntersuchungen wie zB eine zwangsweise Blutabnahme,²¹³ Impfungen oder medizinische Eingriffe berühren daher das geschützte Privatleben.²¹⁴ Der Schutz der körperlichen Integrität fällt allerdings nicht ausschließlich in den Anwendungsbereich des Art 8 EMRK, sondern wird auch insb durch Art 2, 3 und 5 EMRK gewährleistet.²¹⁵

Das Recht auf Achtung des Privatlebens enthält auch ein Recht auf Datenschutz²¹⁶ und auf informationelle Selbstbestimmung.²¹⁷ Sämtliche Informationseingriffe, durch die sich Außenstehende Informationen über das Privatleben eines Menschen verschaffen, sind daher als Eingriffe in den Schutzbereich des Privatlebens zu qualifizieren.²¹⁸ Dazu zählen das Abhören von Telefongesprächen und andere Abhörmaßnahmen im häuslichen Bereich,²¹⁹ die Überwachung öffentlicher Orte²²⁰ und die Sammlung und Speicherung von Daten über eine Person.²²¹ Es macht jedoch keinen Unterschied, ob der Staat sich bestimmte Informationen selbst verschafft oder eine Auskunftspflicht darüber normiert. Auch eine solche Pflicht kann daher Art 8 EMRK verletzen.²²² Darüber hinaus umfasst der Schutzbereich des Privatlebens vielfältige weitere Aspekte, darunter auch geschäftliche und berufliche Aktivitäten²²³ und damit gewisse Aspekte der Berufsfreiheit.²²⁴

Ein wesentlicher Bereich des Privatlebens ist der Anspruch, Beziehungen zu anderen menschlichen Wesen herzustellen, insbesondere im Gefühlsbereich und zur Entwicklung der

²¹² *Meyer-Ladewig/Nettesheim* in *Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer*, EMRK⁴ Art 8 Rz 11; *Wildhaber* in *Pabel/Schmahl*, IntKommEMRK² Art 8 Rz 119; *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 22 Rz 7; *Wiederin* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, Handbuch VII/1² § 10 Rz 42 f; *Berka*, Grundrechte Rz 458; *Heißl* in *Heißl*, Handbuch Rz 8/9; *Czech*, Fortpflanzungsfreiheit 12 f.

²¹³ *Frowein* in *Frowein/Peukert*, EMRK³ Art 8 Rz 8; *Wildhaber* in *Pabel/Schmahl*, IntKommEMRK² Art 8 Rz 119.

²¹⁴ *Wildhaber* in *Pabel/Schmahl*, IntKommEMRK² Art 8 Rz 119.

²¹⁵ *Wildhaber* in *Pabel/Schmahl*, IntKommEMRK² Art 8 Rz 119.

²¹⁶ *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 22 Rz 10; *Wildhaber* in *Pabel/Schmahl*, IntKommEMRK² Art 8 Rz 121.

²¹⁷ *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 22 Rz 11; *Czech*, Fortpflanzungsfreiheit 16.

²¹⁸ *Berka*, Verfassungsrecht⁶ Rz 1398; *derselbe*, Grundrechte Rz 466.

²¹⁹ *Frowein* in *Frowein/Peukert*, EMRK³ Art 8 Rz 6; *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 22 Rz 10; *Fahrenhorst*, Familienrecht und EMRK 112.

²²⁰ *Meyer-Ladewig/Nettesheim* in *Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer*, EMRK⁴ Art 8 Rz 31; *Frowein* in *Frowein/Peukert*, EMRK³ Art 8 Rz 6.

²²¹ *Frowein* in *Frowein/Peukert*, EMRK³ Art 8 Rz 5; *Wildhaber* in *Pabel/Schmahl*, IntKommEMRK² Art 8 Rz 121; *Wiederin* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, Handbuch VII/1² § 10 Rz 46.

²²² *Wiederin* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, Handbuch VII/1² § 10 Rz 45.

²²³ *Meyer-Ladewig/Nettesheim* in *Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer*, EMRK⁴ Art 8 Rz 7; *Frowein* in *Frowein/Peukert*, EMRK³ Art 8 Rz 3; *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 22 Rz 15.

²²⁴ *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 22 Rz 15; vgl auch *Heißl* in *Heißl*, Handbuch Rz 8/10 f.

eigenen Persönlichkeit.²²⁵ Dazu gehören freundschaftliche, berufliche oder sexuelle Beziehungen.²²⁶ Tätigkeiten, die dazu dienen, äußere Beziehungen zu anderen Menschen aufzubauen, sind geschützt, wenn eine gewisse Nähe zur Verwirklichung der Persönlichkeit besteht.²²⁷ Aus der Achtung zwischenmenschlicher Beziehungen ergibt sich auch ein Recht, solche Beziehungen abzulehnen.²²⁸

Emotionale Beziehungen von längerer Dauer können zum geschützten Privatleben gehören, auch wenn sie nicht als Familienleben iSd Art 8 EMRK zu qualifizieren sind.²²⁹ Allerdings müssen solche Beziehungen immer eine faktische Grundlage haben, denn eine beabsichtigte Beziehung genügt – anders als zT bei Familienbeziehungen – nicht.²³⁰ Die staatliche Anerkennung der tatsächlichen Familienverhältnisse einer Person ist als Teil ihrer psychischen Integrität und sozialen Identität geschützt.²³¹ Zum Privatleben gehört auch das Recht, notwendige Informationen über die eigene Identität und Familie zu erhalten, und zwar insb über die eigene Geburt und die Umstände, unter denen sie stattgefunden hat.²³²

Medizinische Maßnahmen, die die Entstehung menschlichen Lebens betreffen, berühren ebenso das Privatleben. Dies gilt zB für Fragen im Zusammenhang mit einer Abtreibung oder einer *In-vitro*-Fertilisation.²³³ Mittlerweile behandelt der EGMR die medizinisch unterstützte Fortpflanzung unter dem Aspekt des Privatlebens.²³⁴ Die EKMR entschied 1977 noch, dass die Schwangerschaft einer Frau nicht allein zu ihrem Privatleben gehöre.²³⁵ Dennoch ist unbestritten, dass Fragen im Zusammenhang mit einer Schwangerschaft jedenfalls auch das

²²⁵ *Fahrenhorst*, Familienrecht und EMRK 111 mwN; *Frowein* in *Frowein/Peukert*, EMRK³ Art 8 Rz 3; *Wildhaber* in *Pabel/Schmahl*, IntKommEMRK² Art 8 Rz 141 mwN; *Wiederin* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, Handbuch VII/1² § 10 Rz 38.

²²⁶ *Wiederin* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, Handbuch VII/1² § 10 Rz 49; *Meyer-Ladewig/Nettesheim* in *Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer*, EMRK⁴ Art 8 Rz 7; *Frowein* in *Frowein/Peukert*, EMRK³ Art 8 Rz 3; *Stolzlechner*, ÖJZ 1980, 85, 123 (87); *Gutknecht* in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht Art 12 EMRK Rz 33.

²²⁷ *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 22 Rz 6 mwN.

²²⁸ *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 22 Rz 14.

²²⁹ *Fahrenhorst*, Familienrecht und EMRK 108; *Meyer-Ladewig/Nettesheim* in *Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer*, EMRK⁴ Art 8 Rz 60; *Holoubek*, Grundrechtliche Gewährleistungspflichten (1997) 140; siehe statt vieler EGMR U 21. 12. 2010, *Anayo*, Nr. 20578/07 Z 58 EF-Z 2011/34 (*Nademleinsky*) = FamRZ 2011, 1363 (*Rixe*) = NJW 2011, 3565.

²³⁰ *Fahrenhorst*, Familienrecht und EMRK 109.

²³¹ *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 22 Rz 12.

²³² *Meyer-Ladewig/Nettesheim* in *Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer*, EMRK⁴ Art 8 Rz 22.

²³³ *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 22 Rz 8; *Czech*, Fortpflanzungsfreiheit 11.

²³⁴ EGMR U 1. 4. 2010, *S.H. ua gegen Österreich*, Nr. 57813/2000 RdM 2010/88 (*Kopetzki*); EGMR U 3. 11. 2011, *S.H. ua gegen Österreich*, Nr. 57813/2000 (Große Kammer) EF-Z 2012/7 (*Bernat*) = RdM 2012/53 (*Pöschl*) = iFamZ 2012/1 (*Vašek*); EGMR U 28. 8. 2012, *Costa/Pavan*, Nr. 54270/10 RdM 2013/135 (*Kopetzki*).

²³⁵ EKMR, Ber 12. 7. 1977, *Brüggemann u. Scheuten*, Nr. 6959/75 EuGRZ 1978, 199.

Privatleben der schwangeren Frau berühren.²³⁶ Teil des geschützten Privatlebens ist schließlich auch die Entscheidung, ob man ein Kind haben möchte oder nicht.²³⁷

b. Familienleben

Grundsätzlich schützt Art 8 EMRK nur das Familienleben einer bestehenden Familie.²³⁸ Ein Recht auf Gründung einer Familie wird daher im Allgemeinen nicht aus Art 8 EMRK abgeleitet.²³⁹ Geschützt ist vor allem das Familienleben von Eltern mit ihren Kindern,²⁴⁰ und zwar unabhängig davon, ob diese Kinder ehelich oder unehelich sind oder ob es sich um Adoptivkinder oder Pflegekinder handelt.²⁴¹

Ein Kind, dessen Eltern zueinander eine Familienbeziehung iSd Art 8 EMRK begründet haben, ist ab seiner Geburt *ipso iure* Teil dieser Beziehung, selbst wenn diese schon bei der Geburt nicht mehr besteht oder die Eltern nicht mehr zusammenleben.²⁴² Auch beabsichtigte Familienbeziehungen zwischen einem Kind und seinem Vater oder zwischen Ehegatten können bereits in den Schutzbereich des Familienlebens fallen, selbst wenn sie noch nicht zusammenleben bzw der tatsächliche Kontakt dafür noch nicht ausreichen würde.²⁴³ Während das Familienleben der Eltern mit ihrer Scheidung oder Trennung endet, besteht jenes

²³⁶ Meyer-Ladewig/Nettesheim in Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, EMRK⁴ Art 8 Rz 29; Frowein in Frowein/Peukert, EMRK³ Art 8 Rz 4; Wildhaber in Pabel/Schmahl, IntKommEMRK² Art 8 Rz 117.

²³⁷ EGMR U 10. 4. 2007, *Evans*, Nr. 6339/05 (Große Kammer) Z 71; *Adamovich/Funk/Holzinger/Frank*, Staatsrecht III² Rz 42.074.

²³⁸ EGMR U 13. 6. 1979, *Marckx*, Nr. 6833/74 Z 31 NJW 1979, 2449; EGMR U 28. 5. 1985, *Abdulaziz u.a.*, Nr. 9214/80 Z 62; *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 22 Rz 16 mwN; *Wiederin* in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht Art 8 EMRK Rz 73; *Feik* in *Heißl*, Handbuch Rz 9/4; *Fahrenhorst*, Familienrecht und EMRK 101.

²³⁹ EGMR U 22. 1. 2008, *E.B. gegen Frankreich*, Nr. 43546/02 Z 41 EF-Z 2008/30 (*Raptis*); Meyer-Ladewig/Nettesheim in Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, EMRK⁴ Art 8 Rz 54; *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 22 Rz 16 mwN; *Czech*, Fortpflanzungsfreiheit 16; siehe jedoch S. 171 ff.

²⁴⁰ *Wildhaber* in *Pabel/Schmahl*, IntKommEMRK² Art 8 Rz 341; *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 22 Rz 16 f; *Stolzlechner*, ÖJZ 1980, 85, 123 (127); *Feik* in *Heißl*, Handbuch Rz 9/3; *Pernthaler/Kathrein*, Der grundrechtliche Schutz von Ehe und Familie in Österreich, EuGRZ 1983, 505 (509).

²⁴¹ Meyer-Ladewig/Nettesheim in Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, EMRK⁴ Art 8 Rz 54; Frowein in Frowein/Peukert, EMRK³ Art 8 Rz 17, 21; *Berka*, Grundrechte Rz 469; *derselbe*, Verfassungsrecht⁶ Rz 1401; *Brötzel*, FamRZ 1995, 72 (75); *Pernthaler/Kathrein*, EuGRZ 1983, 505 (509); *Wildhaber* in *Pabel/Schmahl*, IntKommEMRK² Art 8 Rz 382 subsumiert das Verhältnis eines Kindes zu seinen Pflegeeltern unter „Privatleben“.

²⁴² *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 22 Rz 17; *Wiederin* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, Handbuch VII/1² § 10 Rz 57; *derselbe* in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht Art 8 EMRK Rz 76; EGMR U 26. 5. 1994, *Keegan*, Nr. 16969/90 Z 44 ÖJZ 1995, 70; EGMR U 27. 10. 1994, *Kroon*, Nr. 18535/91 Z 30; EGMR U 1. 6. 2004, *L. gegen NL*, Nr. 45582/99 Z 35; *Feik* in *Heißl*, Handbuch Rz 9/7; zum Beginn dieser familiären Beziehung siehe *Czech*, Fortpflanzungsfreiheit 16 f.

²⁴³ EGMR U 26. 5. 1994, *Keegan*, Nr. 16969/90 Z 44 f ÖJZ 1995, 70; EGMR U 21. 12. 2010, *Anayo*, Nr. 20578/07 Z 60 ff (allerdings hat der Vater die Kinder nie getroffen und der EGMR lässt offen, ob hier nicht nur das Privatleben berührt ist); EGMR 15. 9. 2011, *Schneider*, Nr. 17080/07 Z 81; bezüglich Ehegatten EGMR U 28. 5. 1985, *Abdulaziz, Cabales u. Balkandali*, Nr. 9214/80, 9473/81, 9474/81 Z 62; siehe dazu *Fahrenhorst*, Familienrecht und EMRK 107; *Feik* in *Heißl*, Handbuch Rz 9/5.

zwischen Eltern und Kindern auch danach weiter.²⁴⁴ In der Beziehung zwischen Eltern und Kindern kommt es daher – anders als bei weiter entfernten Verwandten²⁴⁵ – nicht auf ein Zusammenleben an.²⁴⁶ Die Familienbeziehung, die durch die Geburt eines Kindes zu seinen Eltern entsteht, endet überhaupt nur unter besonderen Umständen, zB durch eine rechtmäßige Adoption.²⁴⁷ Insbesondere das Erreichen der Volljährigkeit ändert am geschützten Familienband zwischen Eltern und Kindern idR nichts.²⁴⁸

Der Begriff des Familienlebens iSd Art 8 EMRK unterscheidet sich von Art 12 EMRK und Art 6 des deutschen Grundgesetzes dadurch, dass damit nicht ein bestimmtes Leitbild der Familie definiert wird, zu dessen Schutz und Förderung der Staat verpflichtet ist.²⁴⁹ Stattdessen wird ein bestimmter Lebensbereich geschützt, der von jedem Einzelnen in Ausübung seines Rechts auf Achtung des Privatlebens auch abweichend von herrschenden Wertvorstellungen gestaltet werden kann. Die Abwehrrechte und positiven Verpflichtungen, die sich daraus ergeben, schützen also gerade auch unkonventionelle Familienformen.²⁵⁰

Dementsprechend ist der Schutzbereich des Familienlebens sehr weit: Seit dem richtungsweisenden Urteil *Marckx* aus dem Jahr 1979 vertritt der EGMR in stRsp, dass auch die nichteheliche Familie – in diesem Fall die Beziehung einer Mutter zu ihrem unehelich geborenen Kind – den Schutz des Art 8 EMRK genießt.²⁵¹ Auch der Grundrechtsschutz der Beziehung des Kindes zu seinem nicht mit der Mutter verheirateten Vater wurde durch die Rechtsprechung des EGMR immer mehr aufgewertet.²⁵² Nach mittlerweile hM ist das Zusammenleben sowohl von verschieden- als auch gleichgeschlechtlichen Paaren als

²⁴⁴ Wildhaber in Pabel/Schmahl, IntKommEMRK² Art 8 Rz 400; Grabenwarter/Pabel, EMRK⁶ § 22 Rz 18; Berka, Verfassungsrecht⁶ Rz 1401; Feik in Heißl, Handbuch Rz 9/2; Gutknecht in Korinek/Holoubek, Bundesverfassungsrecht Art 12 EMRK Rz 36.

²⁴⁵ Wildhaber in Pabel/Schmahl, IntKommEMRK² Art 8 Rz 343.

²⁴⁶ Wiederin in Korinek/Holoubek, Bundesverfassungsrecht Art 8 EMRK Rz 76 mwN; Gutknecht in Korinek/Holoubek, Bundesverfassungsrecht Art 12 EMRK Rz 35; EGMR U 24. 2. 1996, *Boughanemi*, Nr. 22070/93 Z 35.

²⁴⁷ Frowein in Frowein/Peukert, EMRK³ Art 8 Rz 21; Wildhaber in Pabel/Schmahl, IntKommEMRK² Art 8 Rz 379; Feik in Heißl, Handbuch Rz 9/7 f; vgl EGMR U 28. 10. 1998, *Söderbäck*, Nr. 24484/94; von einer Beendigung des Familienlebens „nicht jedenfalls und sofort“ sprechen Grabenwarter/Pabel, EMRK⁶ § 22 Rz 17.

²⁴⁸ Feik in Heißl, Handbuch Rz 9/7; einschränkend Gutknecht in Korinek/Holoubek, Bundesverfassungsrecht Art 12 EMRK Rz 37.

²⁴⁹ Holoubek, Gewährleistungspflichten 139; vgl auch Gutknecht in Korinek/Holoubek, Bundesverfassungsrecht Art 12 EMRK Rz 34.

²⁵⁰ Holoubek, Gewährleistungspflichten 139 f; Baumgartner in Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer, Handbuch VII/1² § 7 Rz 50 nur bezüglich der positiven Verpflichtungen; vgl auch Wiederin in Korinek/Holoubek, Bundesverfassungsrecht Art 8 Rz 72; zur Einbeziehung polygamer Familienstrukturen Gutknecht in Korinek/Holoubek, Bundesverfassungsrecht Art 12 EMRK Rz 37 mwN.

²⁵¹ EGMR U 13. 6. 1979, *Marckx*, Nr. 6833/74 Z 31 NJW 1979, 2449.

²⁵² EGMR U 26. 5. 1994, *Keegan*, Nr. 16969/90 ÖJZ 1995, 70; *Brötel*, FamRZ 1995, 72 (76 f); *B. Rudolf*, EuGRZ 1995, 110 (110 f); vgl auch EGMR U 27. 10. 1994, *Kroon*, Nr. 18535/91; EGMR U 18. 5. 2006, *Różański*, Nr. 55339/00.

Ehegatten, eingetragene Partner oder Lebensgefährten als geschütztes Familienleben zu qualifizieren.²⁵³ Dies gilt auch dann, wenn keine Kinder vorhanden sind.²⁵⁴ Auch ein tatsächlich bestehendes Naheverhältnis zu anderen nahen Verwandten, insb zu Großeltern, Enkeln oder Geschwistern, fällt in den Schutzbereich des Familienlebens.²⁵⁵ Grundsätzlich kann daher zwischen allen durch Blutsverwandtschaft, Eheschließung oder Adoption verbundenen Personen ein gem Art 8 EMRK geschütztes Familienleben bestehen.²⁵⁶

Der EGMR stellt auf die tatsächlichen Umstände ab, um zu beurteilen, ob eine Beziehung den Schutz des Familienlebens iSd Art 8 EMRK genießt.²⁵⁷ Solche Kriterien sind insbesondere der faktisch bestehende Kontakt, die rechtliche Anerkennung der Vaterschaft²⁵⁸ oder auch das Interesse am und das Bekenntnis zum Kind vor und nach seiner Geburt,²⁵⁹ das Zusammenleben im gemeinsamen Haushalt, ein Abhängigkeitsverhältnis oder sonstige enge Bande,²⁶⁰ wie sie zwischen Familienmitgliedern normalerweise bestehen.²⁶¹ Ein Familienleben wird noch nicht allein durch die Tatsache der biologischen Abstammung begründet, wenn keine tatsächlichen oder rechtlichen Elemente hinzutreten, die für eine enge persönliche Beziehung sprechen.²⁶² Bei näherer Blutsverwandtschaft sind die Anforderungen

²⁵³ *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 22 Rz 16; *Berka*, Verfassungsrecht⁶ Rz 1401; *Meyer-Ladewig/Nettesheim* in *Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer*, EMRK⁴ Art 8 Rz 54; aA noch *Wildhaber* in *Pabel/Schmahl*, IntKommEMRK² Art 8 Rz 342; *Fahrenhorst*, Familienrecht und EMRK 454; wonach nichteheliche und gleichgeschlechtliche Familienformen nur in den Schutzbereich des Privatlebens fallen. *Wiederin* in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht Art 8 Rz 75 und *Feik* in *Heißl*, Handbuch Rz 9/5 f zählen die Beziehung von Lebensgefährten schon zum Familienleben und deuten eine bevorstehende Entwicklung in diese Richtung für gleichgeschlechtliche Paare an. Zur Anerkennung des Familienlebens homosexueller Paare in einer stabilen Partnerschaft vgl EGMR U 24. 6. 2010, *Schalk u. Kopf*, Nr. 30141/04 Z 95; EGMR U 15. 3. 2012, *Gas u Dubois*, Nr. 25951/07 Z 37 NJW 2013, 2171; EGMR U 19. 2. 2013, *X ua gegen Österreich*, Nr. 19010/07 Z 95 ÖJZ 2013/4 = EF-Z 2013/80 (*Simma*); vgl auch EGMR U 22. 1. 2008, *E.B. gegen Frankreich*, Nr. 43546/02 EF-Z 2008/30 (*Raptis*).

²⁵⁴ *Baumgartner* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer* (Hrsg), Handbuch VII/1² § 7 Rz 45.

²⁵⁵ *Meyer-Ladewig/Nettesheim* in *Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer*, EMRK⁴ Art 8 Rz 57; *Berka*, Grundrechte Rz 469; *derselbe*, Verfassungsrecht⁶ Rz 1401; *Frowein* in *Frowein/Peukert*, EMRK³ Art 8 Rz 20; *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 22 Rz 18; *Wildhaber* in *Pabel/Schmahl*, IntKommEMRK² Art 8 Rz 390 f; *Pernthaler/Kathrein*, EuGRZ 1983, 505 (510); *Feik* in *Heißl*, Handbuch Rz 9/9.

²⁵⁶ *Wildhaber* in *Pabel/Schmahl*, IntKommEMRK² Art 8 Rz 343; *Adamovich/Funk/Holzinger/Frank*, Österreichisches Staatsrecht III² Rz 42.075; *Wiederin* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, Handbuch VII/1² § 10 Rz 58; *derselbe* in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht Art 8 EMRK Rz 73; *Feik* in *Heißl*, Handbuch Rz 9/4.

²⁵⁷ *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 22 Rz 18; *Meyer-Ladewig/Nettesheim* in *Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer*, EMRK⁴ Art 8 Rz 58; vgl EGMR U 22. 4. 1997, *X, Y u. Z gegen Großbritannien*, Nr. 21830/93 (Große Kammer) Z 36 f.

²⁵⁸ *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 22 Rz 18.

²⁵⁹ EGMR U 1. 6. 2004, *L. gegen NL*, Nr. 45582/99 Z 36; EGMR 18. 5. 2006, *Rózański*, Nr. 55339/00 Z 64; *Meyer-Ladewig/Nettesheim* in *Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer*, EMRK⁴ Art 8 Rz 58.

²⁶⁰ *Wildhaber* in *Pabel/Schmahl*, IntKommEMRK² (1992) Art 8 Rz 389; *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 22 Rz 18.

²⁶¹ *Wiederin* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, Handbuch VII/1² § 10 Rz 55.

²⁶² *Meyer-Ladewig/Nettesheim* in *Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer*, EMRK⁴ Art 8 Rz 57; *Fahrenhorst*, Familienrecht und EMRK 101; EGMR U 1. 6. 2004, *L. gegen NL*, Nr. 45582/99 Z 37; EGMR U 15. 9. 2011, *Schneider*, Nr. 17080/07 NJW 2012, 2781; aA *Holoubek*, Gewährleistungspflichten 56.

an die Intensität der Beziehung allerdings weniger hoch als bei weiter entfernter Verwandtschaft.²⁶³ Umgekehrt setzt der grundrechtliche Schutz einer Familienbeziehung nicht zwingend voraus, dass diese rechtlich anerkannt ist.²⁶⁴ Darüber hinaus ist in gewissem Umfang zu berücksichtigen, in welcher Weise das Familienleben im konkreten Fall geschützt werden soll, zB durch die Gewährung familienrechtlicher Ansprüche oder die Ermöglichung des Zusammenlebens von Familienmitgliedern.²⁶⁵

Das Vorliegen eines nach Art 8 EMRK geschützten Familienlebens gibt den Beteiligten das Recht auf ein Zusammenleben und auf persönliche Kontakte zueinander.²⁶⁶ Nach Ansicht des EGMR ist ein grundlegender Bestandteil des Familienlebens, dass sich ein Elternteil und das Kind „wechselseitig an der Gesellschaft des anderen erfreuen können.“²⁶⁷ Sobald eine familiäre Bindung zu einem Kind besteht, trifft den Staat eine positive Gewährleistungspflicht, eine Fortentwicklung dieser Bindung zu ermöglichen und durch rechtliche Schutzmaßnahmen eine Integration des Kindes in seine Familie von Geburt an sicherzustellen.²⁶⁸ Umgekehrt ist die Trennung von Familienmitgliedern ein Eingriff in das Recht auf Achtung des Familienlebens.²⁶⁹ Der Begriff „Familienleben“ ist weit zu verstehen und umfasst sowohl die sozialen, kulturellen und moralischen als auch die finanziellen Aspekte der Beziehungen zwischen Familienmitgliedern.²⁷⁰

Fragen der Abstammung gehören mE jedenfalls zum Familienleben,²⁷¹ weil das Bestehen oder Nicht-Bestehen eines juristischen Abstammungsverhältnisses sich auch auf das tägliche Familienleben erheblich auswirkt. Daran knüpfen sich zB die elterlichen Mindestrechte gem §§ 186 ff ABGB, die jedem Elternteil unabhängig von der Betrauung mit der Obsorge das

²⁶³ *Fahrenhorst*, Familienrecht und EMRK 102.

²⁶⁴ *Wiederin in Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht Art 8 EMRK Rz 73; *Fahrenhorst*, Familienrecht und EMRK 101; *Kneihs*, Die Regelungen über die Durchsetzung und Anerkennung der Vaterschaft im ABGB, FamZ 2006, 132 (134).

²⁶⁵ *Wildhaber in Pabel/Schmahl*, IntKommEMRK² Art 8 Rz 389; *Wiederin in Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht Art 8 EMRK Rz 77.

²⁶⁶ *Meyer-Ladewig/Nettesheim in Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer*, EMRK⁴ Art 8 Rz 67; EGMR U 3. 12. 2009, *Zaunegger*, Nr. 22028/04 Z 38; *Feik in Heißl*, Handbuch Rz 9/10; bzgl verheirateter Paare ebenso *Fahrenhorst*, Familienrecht und EMRK 110; zur eher ablehnenden Haltung des EGMR bzgl der grundrechtlichen Absicherung finanzieller Leistungen, die sich aus dem Eltern-Kind-Verhältnis ergeben (insb aus dem Erbrecht), siehe EGMR U 13. 6. 1979, *Marckx*, Nr. 6833/74 Z 53; *Pernthaler/Kathrein*, EuGRZ 1983, 505 (510).

²⁶⁷ EGMR U 26. 5. 1994, *Keegan*, Nr. 16969/90 Z 50 ÖJZ 1995, 70 (72); *Wiederin in Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, Handbuch VII/1² § 10 Rz 59; *derselbe in Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht Art 8 EMRK Rz 79.

²⁶⁸ EGMR U 13. 6. 1979, *Marckx*, Nr. 6833/74 Z 31; *Holoubek*, Gewährleistungspflichten 56.

²⁶⁹ *Feik in Heißl*, Handbuch Rz 9/14 mwN.

²⁷⁰ EGMR U 13. 6. 1979, *Marckx*, Nr. 6833/74 Z 52; *Meyer-Ladewig/Nettesheim in Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer*, EMRK⁴ Art 8 Rz 56; *Stolzlechner*, ÖJZ 1980, 85, 123 (127).

²⁷¹ Vgl *Meyer-Ladewig/Nettesheim in Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer*, EMRK⁴ Art 8 Rz 23; aA EGMR U 13. 6. 1979, *Marckx*, Nr. 6833/74, Dissenting opinion of Judge *Fitzmaurice*.

Recht auf persönliche Kontakte zum Kind, ein Informations- und Äußerungsrecht in wichtigen Angelegenheiten und eingeschränkte Vertretungsbefugnisse im Rahmen des rechtmäßigen Kontakts einräumen. Darüber hinaus werden idR die Eltern mit der Obsorge betraut (vgl §§ 177 ff ABGB) und damit Träger jener Rechte und Pflichten, die für das Zusammenleben als Familie entscheidend sind. Auch der Name des Kindes (§§ 155 ff ABGB), der nach außen hin ua die Zugehörigkeit zu einer Familie ausdrückt, richtet sich nach jenem der juristischen Eltern. Bereits diese wenigen Beispiele veranschaulichen, dass die Frage, von wem ein Kind abstammt und welchen Eltern es juristisch zugeordnet ist, unmittelbar mit der Gestaltung des Familienlebens zu tun hat.

c. Bedeutung der Unterscheidung

Oft wird in der Judikatur zur EMRK nicht genau zwischen den Begriffen „Privatleben“ und „Familienleben“ unterschieden, sondern ein kombinierter Schutzbereich aus „Privat- und Familienleben“ angenommen.²⁷² Da das „Familienleben“ wegen der familiären Bande ein zusätzliches Element erfordert, könnte man es als spezielleren Schutzbereich gegenüber dem allgemeineren „Privatleben“ verstehen.²⁷³ Allerdings ist eine genauere Abgrenzung erstens kaum möglich²⁷⁴ und zweitens mE rechtlich nicht relevant,²⁷⁵ weil für beide Schutzbereiche derselbe Gesetzesvorbehalt gilt und das Familienleben daher nicht intensiver geschützt sein kann als das Privatleben.²⁷⁶ Der EGMR stellt in seiner Rsp auch keine unterschiedlichen Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit, je nachdem, ob die angefochtene Maßnahme das Privat- oder Familienleben betrifft.²⁷⁷ Dennoch wird vertreten, dass sich die Unterscheidung im Einzelfall auf die Intensität des Schutzes auswirken kann,²⁷⁸ sodass das Schutzniveau beim Familienleben uU höher sein kann als beim Privatleben.²⁷⁹

2. Gesetzesvorbehalt gem Art 8 Abs 2 EMRK

²⁷² *Fahrenhorst*, Familienrecht und EMRK 99 f mwN.

²⁷³ *Fahrenhorst*, Familienrecht und EMRK 100; *Stolzlechner*, ÖJZ 1980, 85, 123 (124); *Gutknecht* in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht Art 12 EMRK Rz 32.

²⁷⁴ *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 22 Rz 1.

²⁷⁵ Vgl *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 22 Rz 5; *Czech*, Fortpflanzungsfreiheit 17; aA *Fahrenhorst*, Familienrecht und EMRK 100.

²⁷⁶ *Fahrenhorst*, Familienrecht und EMRK 101 mwN; so wohl auch *Pernthaler/Kathrein*, EuGRZ 1983, 505 (510).

²⁷⁷ *Czech*, Fortpflanzungsfreiheit 18 mwN.

²⁷⁸ *Holoubek*, Gewährleistungspflichten 140; *Gutknecht* in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht Art 12 EMRK Rz 32; vgl auch *Wildhaber* in *Pabel/Schmahl*, IntKommEMRK² Art 8 Rz 389, der auch im Schutzbereich des Familienlebens nach der konkreten Maßnahme unterscheidet.

²⁷⁹ Vgl EGMR U 21. 12. 2010, *Anayo*, Nr. 20578/07 Z 62: „The domestic courts' decision to refuse him contact with his children thus interfered with his right to respect, at least, for his private life.”

Wenn der Staat in das Privat- oder Familienleben eines Menschen eingreift, ist als nächstes zu prüfen, ob dieser Eingriff durch den Gesetzesvorbehalt des Art 8 Abs 2 EMRK gerechtfertigt ist.²⁸⁰ Dies ist dann der Fall, wenn der Eingriff auf einer gesetzlichen Grundlage beruht und wenn er zur Erreichung bestimmter, in Art 8 Abs 2 EMRK aufgezählter Ziele in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist.

a. Gesetzliche Grundlage

Das Erfordernis, dass der Eingriff „gesetzlich vorgesehen“ sein muss, ist Ausfluss des allgemeinen Rechtsstaatsprinzips.²⁸¹ Auch dem Grundsatz der Demokratie wird dadurch Rechnung getragen, weil die Einschränkung der durch Art 8 EMRK gewährleisteten Rechte an einen Akt des Parlaments gebunden wird.²⁸² Der Begriff „Gesetz“ („law“/“loi“) ist hier im materiellen Sinn zu verstehen, sodass – je nach Rechtsordnung und deren Rechtsquellen-system – auch untergesetzliches und ungeschriebenes Recht sowie Richterrecht als „Gesetz“ iSd EMRK gelten kann.²⁸³ Eine gesetzliche Grundlage kann jedoch nur angenommen werden, wenn sie nach innerstaatlichem Recht auch als Rechtsnorm angesehen wird.²⁸⁴

Darüber hinaus verlangt der EGMR, dass das in Art 8 EMRK eingreifende Gesetz auch qualitative Anforderungen erfüllt: Es muss für den Bürger zugänglich²⁸⁵ und vorhersehbar und darf nicht willkürlich sein.²⁸⁶ Ein Gesetz ist vorhersehbar, wenn es hinreichend bestimmt ist,²⁸⁷ sodass ein Bürger die möglichen Folgen seines Handelns voraussehen kann.²⁸⁸ Die notwendige Bestimmtheit ist nach der Rsp des VfGH an Art 18 B-VG zu messen.²⁸⁹ Außerdem muss die gesetzliche Grundlage gewisse rechtsstaatliche Voraussetzungen erfüllen

²⁸⁰ *Wildhaber/Breitenmoser in Pabel/Schmahl*, IntKommEMRK² Art 8 Rz 4 f.

²⁸¹ *Meyer-Ladewig/Nettesheim in Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer*, EMRK⁴ Art 8 Rz 104; *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 18 Rz 7; *Holoubek*, Gewährleistungspflichten 48.

²⁸² *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 18 Rz 7.

²⁸³ *Meyer-Ladewig/Nettesheim in Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer*, EMRK⁴ Art 8 Rz 102; *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 18 Rz 8; *Wiederin in Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht Art 8 EMRK Rz 17; *Holoubek*, Gewährleistungspflichten 48 FN 156.

²⁸⁴ *Frowein in Frowein/Peukert*, EMRK³ Vorbemerkung zu Art 8-11 Rz 4.

²⁸⁵ *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 18 Rz 10.

²⁸⁶ *Meyer-Ladewig/Nettesheim in Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer*, EMRK⁴ Art 8 Rz 104; *Heißl in Heißl*, Handbuch Rz 8/19; *Wiederin in Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht Art 8 EMRK Rz 16.

²⁸⁷ *Meyer-Ladewig/Nettesheim in Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer*, EMRK⁴ Art 8 Rz 105; *Frowein in Frowein/Peukert*, EMRK³ Vorbemerkung zu Art 8-11 Rz 2.

²⁸⁸ *Frowein in Frowein/Peukert*, EMRK³ Vorbemerkung zu Art 8-11 Rz 3; *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 18 Rz 11.

²⁸⁹ VfGH 12. 12. 1985, G 225/85 ua VfSlg 10.737; *Wiederin in Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht Art 8 EMRK Rz 17; *Gutknecht in Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht Art 12 EMRK Rz 41.

und zB einen gerichtlichen Rechtsschutz vorsehen.²⁹⁰ Wenn ein Eingriff in das Privat- oder Familienleben eines Menschen nicht auf einer gesetzlichen Grundlage beruht, erübrigt sich eine Prüfung der übrigen Voraussetzungen, weil dann jedenfalls eine Verletzung von Art 8 EMRK vorliegt.²⁹¹

b. Legitimes Ziel

Ein Eingriff kann darüber hinaus nur gerechtfertigt sein, wenn er der Verwirklichung eines der in Art 8 Abs 2 EMRK abschließend²⁹² aufgezählten Eingriffsziele dient. Der Katalog der legitimen Ziele ist weit gespannt²⁹³ und voller unbestimmter Gesetzesbegriffe, die der EGMR bis jetzt nicht näher definiert hat und die sich zum Teil überschneiden.²⁹⁴ Bei der Auswahl der Schutzzwecke, zu deren Verfolgung Maßnahmen getroffen werden, die in das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens eingreifen, genießen die Mitgliedstaaten daher einen weiten Ermessensspielraum.²⁹⁵

c. Notwendigkeit in einer demokratischen Gesellschaft

Wesentlich strenger geprüft wird die letzte Voraussetzung des Art 8 Abs 2 EMRK, wonach ein Eingriff nur zulässig ist, wenn er „in einer demokratischen Gesellschaft notwendig“ ist. Eine Einschränkung des Rechts auf Privat- und Familienleben ist nach der Rsp des EGMR notwendig, wenn ein dringendes soziales Bedürfnis („pressing social need“) dafür besteht, um ein berechtigtes Ziel zu erreichen.²⁹⁶ Der EGMR prüft, ob die Notwendigkeit des eingesetzten Mittels zum Schutz des betreffenden Gutes nachgewiesen ist und ob eine Abwägung zwischen dem Freiheitsrecht einerseits und dem Schutzgut andererseits stattgefunden hat²⁹⁷ („fair balance“).²⁹⁸ Dies entspricht dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.²⁹⁹

²⁹⁰ Meyer-Ladewig/Nettesheim in Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, EMRK⁴ Art 8 Rz 105; Wiederin in Korinek/Holoubek, Bundesverfassungsrecht Art 8 EMRK Rz 16.

²⁹¹ Wiederin in Korinek/Holoubek, Bundesverfassungsrecht Art 8 EMRK Rz 17; Wildhaber/Breitenmoser in Pabel/Schmahl, IntKommEMRK² Art 8 Rz 587; Heißl in Heißl, Handbuch Rz 8/18 mwN.

²⁹² Grabenwarter/Pabel, EMRK⁶ § 18 Rz 12; Wiederin in Korinek/Holoubek, Bundesverfassungsrecht Art 8 EMRK Rz 22; Wildhaber/Breitenmoser in Pabel/Schmahl, IntKommEMRK² Art 8 Rz 11; vgl Rz 595 zum Verbot immanenter Schrankenziele.

²⁹³ Frowein in Frowein/Peukert, EMRK³ Vorbemerkung zu Art 8-11 Rz 10.

²⁹⁴ Grabenwarter/Pabel, EMRK⁶ § 18 Rz 13.

²⁹⁵ Wildhaber/Breitenmoser in Pabel/Schmahl, IntKommEMRK² Art 8 Rz 593; Heißl in Heißl, Handbuch Rz 8/20.

²⁹⁶ EGMR U 7. 12. 1976, Handyside, Nr. 5493/72 Z 48; Meyer-Ladewig/Nettesheim in Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, EMRK⁴ Art 8 Rz 110; Frowein in Frowein/Peukert, EMRK³ Vorbemerkung zu Art 8-11 Rz 14; Wildhaber/Breitenmoser in Pabel/Schmahl, IntKommEMRK² Art 8 Rz 711; Grabenwarter/Pabel, EMRK⁶ § 18 Rz 14 mwN.

²⁹⁷ Frowein in Frowein/Peukert, EMRK³ Vorbemerkung zu Art 8-11 Rz 15.

²⁹⁸ Grabenwarter/Pabel, EMRK⁶ § 18 Rz 16.

Die Voraussetzung der Notwendigkeit in einer demokratischen Gesellschaft soll nicht bedeuten, dass in allen Konventionsstaaten derselbe Standard gelten muss: Je nach Situation des konkreten Staates können in ähnlichen Fällen ganz unterschiedliche Maßnahmen gerechtfertigt sein.³⁰⁰ Der nationale Gesetzgeber hat also einen gewissen Beurteilungsspielraum („margin of appreciation“/ „marge d’appréciation“), dessen Grenzen der EGMR überprüft.³⁰¹ Dieser kann je nach betroffenem Lebensbereich und Grundrecht enger oder weiter sein und dient dem EGMR daher auch zur Variation seiner Kontrolldichte.³⁰² Dabei betrachtet der Gerichtshof die Entwicklung des innerstaatlichen Rechts in anderen Konventionsstaaten und gegebenenfalls die Wechselwirkung mit internationalen Verträgen und stellt rechtsvergleichend fest, ob sich ein europäischer Mindeststandard allgemeiner Rechtsgrundsätze zum jeweiligen Thema herausgebildet hat.³⁰³ Je größer dieser festgestellte Konsens ist, desto kleiner fällt der staatliche Ermessensspielraum aus.³⁰⁴ Umgekehrt gibt es einen weiten Spielraum, wenn die Regelungen der Konventionsstaaten so unterschiedlich sind, dass man keinen gemeinsamen Standard ermitteln kann, und zwar insb bei moralisch oder ethisch sensiblen Themen.³⁰⁵ Für den Umfang des Beurteilungsspielraums spielen auch andere Faktoren eine Rolle: Beispielsweise verengt ein besonders schwerer Eingriff den Ermessensspielraum des Staates.³⁰⁶ Ebenso schränkt es den Spielraum ein, wenn besonders wichtige Aspekte der Existenz oder Identität einer Person berührt werden.³⁰⁷

Auch die Frage, ob eine Maßnahme geeignet und erforderlich ist, um das angestrebte Ziel zu erreichen, fließt immer mehr in die Verhältnismäßigkeitsprüfung ein.³⁰⁸ Im Rahmen dieses Prüfungsschrittes spielt manchmal auch die Frage nach gelinderen Mitteln eine Rolle.³⁰⁹ Der Bezug auf die „demokratische Gesellschaft“ verweist auf den demokratischen Rechtsstaat

²⁹⁹ *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 18 Rz 14; *Wildhaber/Breitenmoser* in *Pabel/Schmahl*, IntKommEMRK² Art 8 Rz 660; *Meyer-Ladewig/Nettesheim* in *Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer*, EMRK⁴ Art 8 Rz 110.

³⁰⁰ *Frowein* in *Frowein/Peukert*, EMRK³ Vorbemerkung zu Art 8-11 Rz 13.

³⁰¹ *Frowein* in *Frowein/Peukert*, EMRK³ Vorbemerkung zu Art 8-11 Rz 13; *Wildhaber/Breitenmoser* in *Pabel/Schmahl*, IntKommEMRK² Art 8 Rz 661; *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 18 Rz 20.

³⁰² *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 18 Rz 20.

³⁰³ *Wildhaber/Breitenmoser* in *Pabel/Schmahl*, IntKommEMRK² Art 8 Rz 703; *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 18 Rz 21.

³⁰⁴ *Wildhaber/Breitenmoser* in *Pabel/Schmahl*, IntKommEMRK² Art 8 Rz 703.

³⁰⁵ *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 18 Rz 21, § 22 Rz 39.

³⁰⁶ *Wildhaber/Breitenmoser* in *Pabel/Schmahl*, IntKommEMRK² Art 8 Rz 680.

³⁰⁷ *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 18 Rz 21.

³⁰⁸ *Frowein* in *Frowein/Peukert*, EMRK³ Vorbemerkung zu Art 8-11 Rz 16; siehe auch *Wildhaber/Breitenmoser* in *Pabel/Schmahl*, IntKommEMRK² Art 8 Rz 712 ff; *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 18 Rz 15.

³⁰⁹ *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 18 Rz 15.

europäischer Prägung, an dessen Leitbildern wie Pluralismus, Toleranz, Offenheit und Vorherrschaft des Rechts sich der EGMR bei der Interessenabwägung orientieren soll.³¹⁰

Wie die gebotene Interessenabwägung aussieht, hängt von der jeweiligen Fallgruppe ab. Bei Eingriffen in das durch Art 8 EMRK gewährte Datenschutzrecht ist das öffentliche Interesse an der Datenerhebung oder -speicherung gegen den Schutz der Privatsphäre des Betroffenen abzuwägen, wobei die Art der Daten und ihre Bedeutung für die Persönlichkeit des Betroffenen zu berücksichtigen sind.³¹¹ Bei Eingriffen in das Familienleben ist vor allem das Kindeswohl zu beachten,³¹² das im Einzelfall auch das Wohl der Eltern überwiegen kann.³¹³ Diese Verpflichtung ergibt sich für den Staat auch aus Art 1 2. Satz BVG über die Rechte von Kindern.³¹⁴ Besonders schwer wiegt die endgültige Trennung des Kindes von seinen Eltern oder Großeltern.³¹⁵ Eine solche Maßnahme ist nur aus besonders überzeugenden Gründen gerechtfertigt.³¹⁶

3. Positive Gewährleistungspflichten

Die Grundrechte werden nicht mehr nur als Abwehrrechte verstanden, die jeden Einzelnen vor Eingriffen des Staates in seine Freiheitssphäre schützen. Wie der EGMR in seiner Rsp bereits früh anerkannt hat,³¹⁷ treffen den Staat auch positive Gewährleistungspflichten oder Schutzpflichten („positive obligations“/„obligations positives“),³¹⁸ um die Ausübung der Grundrechte zu ermöglichen.³¹⁹ Das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens zählt zu jenen Grundrechten, bei denen positive Gewährleistungs- bzw Schutzpflichten die größte

³¹⁰ *Wildhaber/Breitenmoser in Pabel/Schmahl*, IntKommEMRK² Art 8 Rz 720; *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 18 Rz 18; *Meyer-Ladewig/Nettesheim in Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer*, EMRK⁴ Art 8 Rz 110.

³¹¹ *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 22 Rz 45 mwN.

³¹² *Meyer-Ladewig/Nettesheim in Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer*, EMRK⁴ Art 8 Rz 116 ff; *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 22 Rz 46; *Wiederin in Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, Handbuch VII/1² § 10 Rz 61.

³¹³ *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 22 Rz 46.

³¹⁴ *Adamovich/Funk/Holzinger/Frank*, Staatsrecht III² Rz 42.078-01.

³¹⁵ *Meyer-Ladewig/Nettesheim in Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer*, EMRK⁴ Art 8 Rz 116; *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 22 Rz 46.

³¹⁶ *Wiederin in Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, Handbuch VII/1² § 10 Rz 61.

³¹⁷ EGMR U 13. 6. 1979, *Marckx*, Nr. 6833/74 Z 31; EGMR U 9. 10. 1979, *Airey*, Nr. 6289/73 Z 32; *Holoubek*, Gewährleistungspflichten 54.

³¹⁸ Zu den verwendeten Begriffen siehe *Kucsko-Stadlmayer in Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, Handbuch VII/1² § 3 Rz 57 mwN; *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 19 Rz 1 f.

³¹⁹ *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 19 Rz 1; *Holoubek*, Gewährleistungspflichten 54; *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht¹¹ Rz 1420; *Wiederin in Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, Handbuch VII/1² § 10 Rz 15 f; *Adamovich/Funk/Holzinger/Frank*, Österreichisches Staatsrecht III² Rz 42.080; *Frowein in Frowein/Peukert*, EMRK³ Art 8 Rz 11; *Wildhaber/Breitenmoser in Pabel/Schmahl*, IntKommEMRK² Art 8 Rz 74 ff.

praktische Rolle spielen.³²⁰ Bereits aus dem Wortlaut des Art 8 Abs 1 EMRK ergibt sich, dass der Staat zur „Achtung“ des Privat- und Familienlebens jedes Einzelnen verpflichtet ist und damit zu einem positiven Tun.³²¹ Wo es solche Pflichten gibt, kann der Staat durch bloßes Nichtstun eine Grundrechtsverletzung begehen.³²² So ist der Staat zB verpflichtet, einem Kind vom Augenblick seiner Geburt an die Integration in seine Familie zu ermöglichen.³²³

Der EGMR betont dabei, dass eine genaue Abgrenzung von negativen Unterlassungspflichten und positiven Handlungspflichten nicht möglich ist. Es soll ein gerechter Ausgleich zwischen gegensätzlichen Interessen des Individuums und der Gemeinschaft hergestellt werden, wobei der Staat einen gewissen Ermessensspielraum hat.³²⁴ Der Gerichtshof ließ zB die Frage offen, ob es sich um einen Eingriff oder um die Nichtachtung einer positiven Verpflichtung handelt, wenn einem Strafgefangenen die medizinisch unterstützte Fortpflanzung verweigert wird.³²⁵

Im Zusammenhang mit Art 8 EMRK zielen solche Pflichten insb darauf ab, die notwendigen Voraussetzungen zu schaffen, damit sich jeder gegen Beeinträchtigungen seiner Privatsphäre auch durch Dritte wehren kann.³²⁶ Der Staat ist daher in einem gewissen Umfang dazu verpflichtet, die Grundrechte einer Privatperson gegen Angriffe einer anderen Privatperson zu schützen.³²⁷ Zum Schutz des Familienlebens hat der Staat geeignete Maßnahmen zu setzen, die den Betroffenen die Entwicklung eines normalen Familienlebens ermöglichen.³²⁸ Dazu gehört es, die Integration eines Kindes in seine Familie zu ermöglichen und Familienmitglieder bei der Durchsetzung ihres Rechts auf Zugang zueinander zu

³²⁰ *Kucsko-Stadlmayer* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, Handbuch VII/1² § 3 Rz 58; *Wiederin* in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht Art 8 EMRK Rz 11.

³²¹ *Holoubek*, Gewährleistungspflichten 57 f.

³²² *Meyer-Ladewig/Nettesheim* in *Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer*, EMRK⁴ Art 8 Rz 2; *Kucsko-Stadlmayer* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, Handbuch VII/1² § 3 Rz 59; vgl aber *Frowein* in *Frowein/Peukert*, EMRK³ Art 8 Rz 14, wonach die Nichtachtung einer positiven Pflicht als Eingriff zu werten ist.

³²³ EGMR U 13. 6. 1979, *Marckx*, Nr. 6833/74 Z 31.

³²⁴ EGMR U 26. 5. 1994, *Keegan*, Nr. 16969/90 Z 49 ÖJZ 1995, 70; EGMR U 23. 9. 1994, *Hokkanen*, Nr. 19823/92 Z 55; EGMR U 27. 10. 1994, *Kroon*, Nr. 18535/91 Z 31 ÖJZ 1995/20 (MRK) = FamRZ 2003, 813 (*Rixe*); EGMR U 7. 2. 2002, *Mikulić*, Nr. 53176/99 Z 58; EGMR U 24. 11. 2005, *Shofman*, Nr. 74826/01 Z 34; *Holoubek*, Gewährleistungspflichten 58 f; *Meyer-Ladewig/Nettesheim* in *Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer*, EMRK⁴ Art 8 Rz 3 mwN; *Wiederin* in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht Art 8 EMRK Rz 12.

³²⁵ EGMR U 4. 12. 2007, *Dickson*, Nr. 44362/04 (Große Kammer) Z 71; in der vorangegangenen Entscheidung war der Gerichtshof von einer positiven Verpflichtung ausgegangen: EGMR 18. 4. 2006, *Dickson*, Nr. 44362/04 Z 28 ff.

³²⁶ *Frowein* in *Frowein/Peukert*, EMRK³ Art 8 Rz 11; *Berka*, Verfassungsrecht⁶ Rz 1393; vgl die Beispiele solcher vom EGMR anerkannten positiven Schutzpflichten bei *Wiederin* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, Handbuch VII/1² § 10 Rz 53.

³²⁷ *Fahrenhorst*, Familienrecht und EMRK 93; *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 19 Rz 3.

³²⁸ EGMR U 13. 6. 1979, *Marckx*, Nr. 6833/74 Z 31; EGMR U 18. 12. 1986, *Johnston ua*, Nr. 9697/82 Z 74; EGMR U 26. 5. 1994, *Keegan*, Nr. 16969/90 Z 49 ÖJZ 1995, 70; EGMR U 27. 10. 1994, *Kroon*, Nr. 18535/91 Z 31 f; *Holoubek*, Gewährleistungspflichten 56.

unterstützen.³²⁹ Im Rahmen von Art 8 EMRK bestehen die positiven Pflichten des Staates auch häufig darin, Verfahrensvorschriften zu erlassen, beispielsweise um in familienrechtlichen Prozessen eine konventionskonforme Verfahrensgestaltung zu erreichen.³³⁰

Die Abgrenzung zwischen negativen Unterlassungs- und positiven Handlungspflichten wirkt sich in der Rsp des EGMR auf die weitere Prüfung einer Grundrechtsverletzung aus:³³¹ Im Urteil *Gaskin* befasste sich der EGMR beispielsweise lediglich mit der Frage nach einer fairen Abwägung der betroffenen Interessen und führte keine strenge Prüfung nach Art 8 Abs 2 EMRK durch, weil der Wortlaut des Art 8 Abs 2 EMRK nur „Eingriffe“ erfasst.³³² IdR prüft der EGMR im Zusammenhang mit positiven Gewährleistungspflichten daher nur, ob die getroffene Maßnahme vernünftig und geeignet ist.³³³ Dennoch wird den in Art 8 Abs 2 EMRK genannten Zielen eine gewisse Bedeutung beigemessen.³³⁴ Entgegen der Rsp geht ein Teil der Lehre jedoch davon aus, dass die Nichtanerkennung einer positiven Pflicht des Staates einem Eingriff gleichkommt.³³⁵ Folgt man dieser Ansicht, ist eine genaue Prüfung der Rechtfertigung nach Art 8 Abs 2 EMRK einschließlich des Erfordernisses einer gesetzlichen Grundlage erforderlich.³³⁶ Die praktischen Konsequenzen dieser dogmatischen Streitfrage sind jedoch gering,³³⁷ weil die Rechtfertigung der Verletzung einer positiven Gewährleistungspflicht meist ohnehin nicht am Fehlen einer gesetzlichen Grundlage scheitert, sondern gegebenenfalls erst an der Verhältnismäßigkeit.³³⁸

B. Recht auf Datenschutz gem § 1 DSG 2000

³²⁹ *Wiederin* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, Handbuch VII/1² § 10 Rz 74 mwN.

³³⁰ *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 19 Rz 10; *B. Rudolf*, Zur Rechtsstellung des Vaters eines nichtehelichen Kindes nach der EMRK, EuGRZ 1995, 110 (112 f); *Holoubek*, Gewährleistungspflichten 62 f; *Feik* in *Heißl*, Handbuch Rz 9/13.

³³¹ *Verschraegen*, Schutz des Lebens und Kenntnis der eigenen Abstammung, ÖJZ 2004, 1 (8) mwN.

³³² EGMR U 7. 7. 1989, *Gaskin*, Nr. 10454/83 Z 41 f.

³³³ EGMR U 17. 10. 1986, *Rees*, Nr. 9532/81 Z 37; EGMR U 7. 7. 1989, *Gaskin*, Nr. 10454/83 Z 42; *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ (2016) § 19 Rz 6; siehe jedoch EGMR U 24. 11. 2005, *Shofman*, Nr. 74826/01 Z 36, wo der EGMR im Zusammenhang mit „positive obligations“ das Bestehen einer gesetzlichen Grundlage feststellt.

³³⁴ EGMR U 7. 7. 1989, *Gaskin*, Nr. 10454/83 Z 42; *Verschraegen*, ÖJZ 2004, 1 (8 f); vgl bereits EGMR U 17. 10. 1986, *Rees*, Nr. 9532/81 Z 37.

³³⁵ *Wildhaber/Breitenmoser* in *Pabel/Schmahl*, IntKommEMRK² Art 8 Rz 55 f; EGMR U 25. 11. 1994, *Stjerna*, Nr. 18131/91, Concurring opinion of Judge *Wildhaber*; *Frowein* in *Frowein/Peukert*, EMRK³ Art 8 Rz 14; *Gutknecht* in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht Art 12 EMRK Rz 39; *Holoubek*, Gewährleistungspflichten 59, 265 FN 414, 280 f; *Verschraegen*, ÖJZ 2004, 1 (9); vgl auch *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 19 Rz 5 mwN; aA *Wiederin* in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht Art 8 EMRK Rz 15.

³³⁶ *Holoubek*, Gewährleistungspflichten 59, 281; *Verschraegen*, ÖJZ 2004, 1 (9).

³³⁷ EGMR U 25. 11. 1994, *Stjerna*, Nr. 18131/91, Concurring opinion of Judge *Wildhaber*.

³³⁸ *Feik* in *Heißl*, Handbuch Rz 9/12.

Jedermann hat gem § 1 Abs 1 DSG 2000 einen Anspruch auf Geheimhaltung der ihn betreffenden personenbezogenen Daten, soweit ein schutzwürdiges Interesse daran besteht, und zwar besonders im Hinblick auf die Achtung seines Privat- und Familienlebens. Träger des Grundrechts sind nicht nur Staatsbürger,³³⁹ sondern alle natürlichen und juristischen Personen.³⁴⁰ Personenbezogen sind Daten, die mit einer bestimmten oder bestimmbaren Person verknüpft sind.³⁴¹ Voraussetzung für die Anwendung des Datenschutzrechts ist ein schutzwürdiges Interesse des Betroffenen an den ihn betreffenden Daten. Dieses ist nach dem Gesetzeswortlaut insb dann nicht vorhanden, wenn sie allgemein zugänglich oder nicht auf den Betroffenen rückführbar sind.³⁴² Da diese Daten nicht geheim sind, besteht auch kein Anspruch auf deren Geheimhaltung.³⁴³ Für die Schutzwürdigkeit des Interesses an einer Information genügt es, dass die betroffene Person diese als Teil ihrer Privatsphäre für schutzwürdig erachtet und entsprechend damit umgeht.³⁴⁴ Gem § 5 Abs 4 DSG gilt das Grundrecht auf Datenschutz als einziges Grundrecht auch gegenüber privaten Rechtsträgern,³⁴⁵ womit der Gesetzgeber eine unmittelbare Drittwirkung des Grundrechts auf Datenschutz anordnet.³⁴⁶

Ein Eingriff in das aus Art 8 EMRK abgeleitete Datenschutzrecht ist idR auch ein Eingriff in das Grundrecht auf Datenschutz gem § 1 DSG,³⁴⁷ wobei dieses Grundrecht noch weiter geht und zB auch rein politische oder wirtschaftliche Geheimhaltungsinteressen schützt.³⁴⁸ Darüber hinaus ist auf den Schutz personenbezogener Daten bei der Durchführung von Unionsrecht auch Art 8 GRC anwendbar.³⁴⁹

³³⁹ *Dohr/Pollirer/Weiss/Knyrim*, DSG² § 1 Anm 4 (Stand 26. 11. 2015, rdb.at).

³⁴⁰ *Lehner*, Recht auf Datenschutz, in *Heißl* (Hrsg), Handbuch Menschenrechte (2009) Rz 11/8.

³⁴¹ *Lehner* in *Heißl*, Handbuch Rz 11/10.

³⁴² *Dohr/Pollirer/Weiss/Knyrim*, DSG² § 1 Anm 7 ff (Stand 26. 11. 2015, rdb.at).

³⁴³ *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht¹¹ (2016) Rz 829.

³⁴⁴ *Lehner* in *Heißl*, Handbuch Rz 11/11.

³⁴⁵ *Lehner* in *Heißl*, Handbuch Rz 11/3; *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht¹¹ Rz 1441.

³⁴⁶ *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht¹¹ Rz 833; *Berka*, Verfassungsrecht⁶ Rz 1409; zur Drittwirkung siehe auch *Wiederin* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, Handbuch VII/1² § 10 Rz 144; *Dohr/Pollirer/Weiss/Knyrim*, DSG² § 1 Anm 2 (Stand 26. 11. 2015, rdb.at); *Bezemek*, Grundrechte § 14 Rz 6. Die Anordnung der Drittwirkung wurde mit der DSG-Novelle 2014 (BGBl I 2013/83) von § 1 Abs 5 DSG zu § 5 Abs 4 DSG verschoben: ErläutRV 2168 BlgNR 24. GP 6.

³⁴⁷ *Wiederin* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, Handbuch VII/1² § 10 Rz 139; *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht¹¹ Rz 1439; *Heißl* in *Heißl*, Handbuch Rz 8/13; zu den Unterschieden in den nicht ganz deckungsgleichen Schutzbereichen der beiden Grundrechte siehe *Lehner* in *Heißl*, Handbuch Rz 11/2.

³⁴⁸ *Dohr/Pollirer/Weiss/Knyrim*, DSG² § 1 Anm 5 (Stand 26. 11. 2015, rdb.at); *Wiederin* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, Handbuch VII/1² § 10 Rz 139; *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht¹¹ Rz 827.

³⁴⁹ Näheres bei *Dohr/Pollirer/Weiss/Knyrim*, DSG² § 1 Anm 1 (Stand 26. 11. 2015, rdb.at); *Bezemek*, Grundrechte § 14 Rz 7 ff.

Der Anspruch auf Geheimhaltung schützt sowohl vor der Ermittlung und Weitergabe personenbezogener Daten als auch davor, selbst zur Offenlegung dieser Daten verpflichtet zu werden.³⁵⁰ Dabei kommt es nicht auf die Art und Weise des Eingriffs an, zB durch elektronische Verarbeitung, gesprochene Mitteilung etc.³⁵¹ Jede solche „Verwendung“ greift in das Grundrecht des Betroffenen auf Datenschutz ein.³⁵²

Beschränkungen dieses Grundrechts sind gem § 1 Abs 2 DSG 2000 zur Wahrung überwiegender berechtigter Interessen eines anderen zulässig. Bei Eingriffen einer staatlichen Behörde – nicht also bei der Datenverwendung durch Privatpersonen³⁵³ – müssen zusätzlich die Voraussetzungen des Gesetzesvorbehalts gem Art 8 Abs 2 EMRK erfüllt sein.³⁵⁴ Die überwiegenden berechtigten Interessen eines anderen müssen aus dem Recht bzw der Gesamtrechtsordnung abgeleitet werden können.³⁵⁵ Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wird im Gesetzeswortlaut nochmals besonders betont,³⁵⁶ obwohl er bereits in Art 8 Abs 2 EMRK enthalten wäre, woraus eine Verstärkung dieses Grundsatzes abgeleitet wird. An die Verhältnismäßigkeit eines Informationseingriffs ist daher ein strengerer Maßstab zu legen.³⁵⁷ Insgesamt gehen die Anforderungen an die Rechtfertigung eines Eingriffs in das Datenschutzrecht über jene des Art 8 Abs 2 EMRK hinaus.³⁵⁸ Mit Zustimmung des Betroffenen oder in seinem lebenswichtigen Interesse dürfen personenbezogene Daten allerdings auch ohne Erfüllung der Voraussetzungen des Art 8 Abs 2 EMRK verarbeitet werden.³⁵⁹ Mit dem Rechtfertigungsgrund der Zustimmung wird der Idee der informationellen Selbstbestimmung Rechnung getragen.³⁶⁰

Wenn ein Gesetz die Verwendung sensibler – dh ihrer Art nach besonders schutzwürdiger – Daten regelt, müssen als zusätzliche Erfordernisse ein wichtiges öffentliches Interesse und

³⁵⁰ Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger, Bundesverfassungsrecht¹¹ Rz 1439; Wiederin in Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer, Handbuch VII/1² § 10 Rz 138; Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht¹¹ Rz 829; Bezemek, Grundrechte § 14 Rz 2; Lehner in Heißl, Handbuch Rz 11/15; vgl VfGH B 663/90 VfSlg 12.880.

³⁵¹ Lehner in Heißl, Handbuch Rz 11/9.

³⁵² Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht¹¹ Rz 829.

³⁵³ Lehner in Heißl, Handbuch Rz 11/26.

³⁵⁴ Lehner in Heißl, Handbuch Rz 11/21; Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger, Bundesverfassungsrecht¹¹ Rz 1442; Stolz, Grundrechtsaspekte künstlicher Befruchtungsmethoden, in Bernat (Hrsg), Lebensbeginn durch Menschenhand (1985) 109 (120 f); aA Wiederin in Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer, Handbuch VII/1² § 10 Rz 140, wonach Eingriffe in das Recht auf Datenschutz generell an Art 8 Abs 2 EMRK zu messen sind, außer mit Zustimmung oder im lebenswichtigen Interesse des Betroffenen.

³⁵⁵ Dohr/Pollirer/Weiss/Knyrim, DSG² § 1 Anm 13 (Stand 26. 11. 2015, rdb.at).

³⁵⁶ Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger, Bundesverfassungsrecht¹¹ Rz 1444.

³⁵⁷ Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht¹¹ Rz 830a.

³⁵⁸ Wiederin in Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer, Handbuch VII/1² § 10 Rz 139; Berka, Verfassungsrecht⁶ Rz 1410.

³⁵⁹ Wiederin in Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer, Handbuch VII/1² § 10 Rz 140 mwN.

³⁶⁰ Lehner in Heißl, Handbuch Rz 11/16.

angemessene Garantien für den Schutz der Geheimhaltungsinteressen des Betroffenen vorhanden sein.³⁶¹ Da sensible Daten besonders schutzwürdig sind, reicht dem Verfassungsgesetzgeber hier die Erfüllung der Voraussetzungen des Art 8 Abs 2 EMRK nicht aus, um einen Eingriff zuzulassen.³⁶² Solche Daten sind zB die ethnische Herkunft, die politische Meinung, die Gesundheit oder das Sexualleben (vgl § 4 Z 2 DSG).³⁶³ Angemessene Garantien zum Schutz der Geheimhaltungsinteressen können zB in besonderen Verschwiegenheitspflichten, Verwendungsbeschränkungen oder einem erhöhten Rechtsschutz des Betroffenen bestehen.³⁶⁴

§ 1 Abs 3 DSG 2000 gewährt jedem Einzelnen über Abs 1 leg cit hinaus ein Recht auf Auskunft über ihn betreffende personenbezogene Daten, ein Recht auf Richtigstellung unrichtiger Daten und ein Recht auf Löschung von unzulässigerweise verarbeiteten Daten.³⁶⁵

Ab 25. 5. 2018 wird die am 24. 5. 2016 in Kraft getretene Datenschutz-Grundverordnung unmittelbar anzuwenden sein.³⁶⁶ Die Rechte des Betroffenen und die materiellen Voraussetzungen für die Verarbeitung sowohl sensibler als auch nicht-sensibler Daten erfahren dadurch jedoch keine wesentliche inhaltliche Änderung.³⁶⁷ Darüber hinaus ist die Datenschutz-Grundverordnung auf die hier behandelten Fragen nicht anwendbar, weil Tätigkeiten außerhalb des Anwendungsbereichs des Unionsrechts ausdrücklich vom Anwendungsbereich ausgeschlossen sind (Art 2 Abs 2 lit a VO 2016/679/EU) und sowohl das Familienrecht als auch das Fortpflanzungsmedizinrecht nicht auf Unionsrecht beruhen.

C. Recht auf ein faires Verfahren gem Art 6 Abs 1 EMRK

In diesem Abschnitt sollen die Anforderungen an ein Verfahren über zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen in groben Zügen dargestellt werden (Art 6 Abs 1 EMRK), soweit sie für diese Arbeit relevant sind. Die grundrechtlichen Garantien im Strafverfahren können dagegen ausgeklammert bleiben.

³⁶¹ Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger, Bundesverfassungsrecht¹¹ Rz 1442; Wiederin in Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer, Handbuch VII/1² § 10 Rz 141.

³⁶² Dohr/Pollirer/Weiss/Knyrim, DSG² § 1 Anm 7 (Stand 26. 11. 2015, rdb.at).

³⁶³ Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger, Bundesverfassungsrecht¹¹ Rz 1442; zum Begriff der sensiblen Daten siehe auch Lehner in Heißl, Handbuch Rz 11/22.

³⁶⁴ Lehner in Heißl, Handbuch Rz 11/24.

³⁶⁵ Siehe dazu Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger, Bundesverfassungsrecht¹¹ Rz 1440; Lehner in Heißl, Handbuch Rz 11/37 ff.

³⁶⁶ VO 2016/679/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung), ABl L 2016/119, 1 ff.

³⁶⁷ Ennöckl, Die Verarbeitung von personenbezogenen Gesundheitsdaten nach der DSGVO, RdM 2017, 88 (90 ff).

Art 6 EMRK ist die Grundrechtsbestimmung, die vor dem EGMR am häufigsten geltend gemacht wird, deren Verletzung am öftesten festgestellt wird und die damit die größte praktische Bedeutung erlangt hat.³⁶⁸ Das Grundrecht auf ein faires Verfahren wird als Ausprägung des rechtsstaatlichen Prinzips betrachtet, das in der Konvention zum Ausdruck kommt.³⁶⁹ Die in Art 6 EMRK enthaltenen Organisations- und Verfahrensgarantien gehen über das Recht auf den gesetzlichen Richter gem Art 83 Abs 2 B-VG weit hinaus.³⁷⁰ Bei der Durchführung von Unionsrecht ist – der inhaltlich Art 6 EMRK entsprechende³⁷¹ – Art 47 GRC anzuwenden.³⁷² Art 6 EMRK gilt für jede natürliche oder juristische Person als Prozesspartei im Zivilverfahren und sowohl für Inländer als auch für Ausländer.³⁷³

1. Anwendungsbereich des Art 6 Abs 1 EMRK

Zum Anwendungsbereich des Art 6 EMRK gehören einerseits Verfahren über zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen und andererseits Verfahren über die Stichhaltigkeit einer strafrechtlichen Anklage.³⁷⁴ Gerade im Rahmen dieser Grundrechtsbestimmung sind Fragen des Anwendungsbereichs oft entscheidend.³⁷⁵ Die Anwendung von Art 6 Abs 1 EMRK setzt zunächst voraus, dass über ein „Recht“ („right“/„droit“) entschieden wird.³⁷⁶ Der EGMR interpretiert diesen Begriff autonom, zieht aber als Ausgangspunkt das nationale Recht in seiner Auslegung durch die nationalen Gerichte heran.³⁷⁷ Die autonome Interpretation berücksichtigt den Sinn und Zweck der EMRK und die vorherrschenden Auffassungen in den Rechtssystemen der Mitgliedstaaten.³⁷⁸ Dadurch wird ein gemeinsamer europäischer Standard gesichert und eine Einschränkung der Garantien des Art 6 EMRK durch den nationalen Gesetzgeber verhindert.³⁷⁹

³⁶⁸ Meyer-Ladewig/Harrendorf in Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, EMRK⁴ Art 6 Rz 1; Peukert in Frowein/Peukert, EMRK³ Art 6 Rz 3; Brötel, FamRZ 1995, 72 (75).

³⁶⁹ Grabenwarter/Pabel, EMRK⁶ § 24 Rz 2.

³⁷⁰ Klaushofer in Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer, Handbuch VII/1² § 18 Rz 37.

³⁷¹ VfGH B 254/11 ua VfSlg 19.425; Berka, Verfassungsrecht⁶ Rz 1587.

³⁷² Klaushofer in Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer, Handbuch § 18 Rz 12 FN 25; Berka, Verfassungsrecht⁶ Rz 1587 f.

³⁷³ Peukert in Frowein/Peukert, EMRK³ Art 6 Rz 4; Meyer-Ladewig/Harrendorf in Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, EMRK⁴ Art 6 Rz 4.

³⁷⁴ Grabenwarter/Pabel, EMRK⁶ § 24 Rz 4; Peukert in Frowein/Peukert, EMRK³ Art 6 Rz 5.

³⁷⁵ Grabenwarter/Pabel, EMRK⁶ § 24 Rz 4.

³⁷⁶ Peukert in Frowein/Peukert, EMRK³ Art 6 Rz 6 f; Grabenwarter/Pabel, EMRK⁶ § 24 Rz 5.

³⁷⁷ Grabenwarter/Pabel, EMRK⁶ § 24 Rz 5; Meyer-Ladewig/Harrendorf in Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, EMRK⁴ Art 6 Rz 5; Berka, Grundrechte Rz 795; EGMR U 19. 10. 2005, Roche, Nr. 32555/96 Z 120.

³⁷⁸ Peukert in Frowein/Peukert, EMRK³ Art 6 Rz 5.

³⁷⁹ Klaushofer in Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer, Handbuch § 18 Rz 40.

Voraussetzung für die Anwendung des Art 6 Abs 1 EMRK ist ein bereits bestehender materieller Rechtsanspruch des Betroffenen nach innerstaatlichem Recht.³⁸⁰ Es kommt nicht darauf an, ob dieser Anspruch sich auf grundrechtliche Verbürgungen stützt, sodass das Recht auf ein faires Verfahren gerade auch für die Durchsetzung einfachgesetzlich eingeräumter Rechte gilt und insofern einen gewissen „Selbstzweck“ hat.³⁸¹ Ob das in Frage stehende Recht bereits als subjektives Recht bzw mit ausreichenden prozessualen Durchsetzungsmöglichkeiten ausgestattet ist, spielt für die Qualifikation als „Recht“ keine Rolle, da gerade das Fehlen solcher Durchsetzungsmöglichkeiten eine Verletzung von Art 6 Abs 1 EMRK sein kann.³⁸² Der Anspruch selbst muss nicht begründet sein, da diese Frage ja erst im Verfahren geklärt werden soll.³⁸³ Art 6 EMRK schafft keine neuen materiellen Ansprüche, sondern gewährleistet ihre Durchsetzung in einem fairen Verfahren.³⁸⁴ Das Recht muss jedoch zumindest auf einer vertretbaren Rechtsansicht („on arguable grounds“)³⁸⁵ beruhen.³⁸⁶ Ob dies der Fall ist, entscheidet das nationale Recht.³⁸⁷ Für eine vertretbare Rechtsansicht spricht, dass bereits ein höheres nationales Gericht diesen Standpunkt vertreten hat.³⁸⁸

Darüber hinaus prüft der EGMR, ob ein ernsthafter und realer Streit („a genuine dispute of a serious nature“)³⁸⁹ zwischen den Parteien besteht,³⁹⁰ zB über den Bestand des Rechts, seine Tragweite oder die Art und Weise seiner Ausübung.³⁹¹ Der Begriff der „Streitigkeit“ leitet sich aus dem französischen Wortlaut „contestation“ ab und ist in der Übersetzung für Deutschland enthalten. Dagegen findet sich weder im englischen Text der Konvention noch in

³⁸⁰ EGMR U 19. 10. 2005, *Roche*, Nr. 32555/96 Z 116 ff; *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 24 Rz 5; *Peukert in Frowein/Peukert*, EMRK³ Art 6 Rz 6; *Berka*, Grundrechte Rz 795; *Marx*, Verfahrensgarantien in Zivil- und Strafsachen, in *Heißl* (Hrsg), Handbuch Menschenrechte (2009) Rz 26/3.

³⁸¹ *Klaushofer in Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, Handbuch § 18 Rz 6; vgl auch *Peukert in Frowein/Peukert*, EMRK³ Art 6 Rz 7.

³⁸² *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 24 Rz 6.

³⁸³ *Meyer-Ladewig/Harrendorf in Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer*, EMRK⁴ Art 6 Rz 14; *Peukert in Frowein/Peukert*, EMRK³ Art 6 Rz 7.

³⁸⁴ *Meyer-Ladewig/Harrendorf in Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer*, EMRK⁴ Art 6 Rz 14; *Peukert in Frowein/Peukert*, EMRK³ Art 6 Rz 7; *Klaushofer in Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, Handbuch § 18 Rz 37.

³⁸⁵ EGMR 5. 1. 2000, *Mennitto*, Nr. 33804/96 Z 23.

³⁸⁶ *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 24 Rz 6; *Meyer-Ladewig/Harrendorf in Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer*, EMRK⁴ Art 6 Rz 14; *Peukert in Frowein/Peukert*, EMRK³ Art 6 Rz 7.

³⁸⁷ *Meyer-Ladewig/Harrendorf in Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer*, EMRK⁴ Art 6 Rz 15.

³⁸⁸ *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 24 Rz 7.

³⁸⁹ *Peukert in Frowein/Peukert*, EMRK³ Art 6 Rz 6; EGMR 5. 1. 2000, *Mennitto*, Nr. 33804/96 Z 23.

³⁹⁰ *Meyer-Ladewig/Harrendorf in Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer*, EMRK⁴ Art 6 Rz 17; *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 24 Rz 6.

³⁹¹ *Peukert in Frowein/Peukert*, EMRK³ Art 6 Rz 11; *Marx in Heißl*, Handbuch Rz 26/4.

der österreichischen Übersetzung ein entsprechender Begriff, sodass in dieser Voraussetzung wohl kein weiteres begrenzendes Kriterium liegt.³⁹²

Anschließend an die Feststellung eines „Rechts“ prüft der Gerichtshof dessen „zivilrechtlichen“ Charakter.³⁹³ Die genaue Bedeutung der Wortfolge „civil rights and obligations“ bzw „droits et obligations de caractère civil“ ist vom EGMR nicht abstrakt definiert worden.³⁹⁴ Jedenfalls ist sie nicht mit dem klassischen „Zivilrecht“ kontinentaleuropäischer Prägung gleichzusetzen.³⁹⁵ Als „zivilrechtlich“ iSd Art 6 EMRK sind daher auch öffentlich-rechtliche Rechte und Pflichten einzuordnen.³⁹⁶ Es kommt nur darauf an, ob der Ausgang des Verfahrens für zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen unmittelbar entscheidend ist, indem diese begründet, geändert oder aufgehoben werden.³⁹⁷ Die schwierige Abgrenzung zum öffentlichen Recht wird durch eine rechtsvergleichende Gegenüberstellung des öffentlichen Rechts und des Privatrechts der Mitgliedstaaten vorgenommen.³⁹⁸

Rechte aus einem privatrechtlichen Rechtsverhältnis sind idR problemlos als „civil rights“ zu verstehen.³⁹⁹ Auch der Vermögenswert eines Rechts kann für seine Beurteilung als zivilrechtlicher Anspruch relevant sein, wobei auch nicht vermögensrechtliche Ansprüche darunter fallen können.⁴⁰⁰ Entscheidungen mit Auswirkungen auf das Privat- und Familienleben einer Person sind idR jedenfalls „civil rights“.⁴⁰¹ Vor allem Abstammungsfragen sind als familienrechtliche Angelegenheiten schon ihrer Natur nach eindeutig „zivilrechtlich“ iSd Art 6 Abs 1 EMRK.⁴⁰²

2. Begriff des Gerichts („tribunal“)

³⁹² *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 24 Rz 15.

³⁹³ *Peukert in Frowein/Peukert*, EMRK³ Art 6 Rz 15.

³⁹⁴ *Peukert in Frowein/Peukert*, EMRK³ Art 6 Rz 15; *Marx in Heißl*, Handbuch Rz 26/2.

³⁹⁵ *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 24 Rz 8; *Peukert in Frowein/Peukert*, EMRK³ Art 6 Rz 6; *Marx in Heißl*, Handbuch Rz 26/2.

³⁹⁶ *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 24 Rz 8; *Klaushofer in Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, Handbuch § 18 Rz 41; *Peukert in Frowein/Peukert*, EMRK³ Art 6 Rz 15 f.

³⁹⁷ *Meyer-Ladewig/Harrendorf in Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer*, EMRK⁴ Art 6 Rz 9; *Klaushofer in Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, Handbuch § 18 Rz 41; *Berka*, Grundrechte Rz 795; *Peukert in Frowein/Peukert*, EMRK³ Art 6 Rz 16.

³⁹⁸ *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 24 Rz 9.

³⁹⁹ *Peukert in Frowein/Peukert*, EMRK³ Art 6 Rz 15.

⁴⁰⁰ *Meyer-Ladewig/Harrendorf in Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer*, EMRK⁴ Art 6 Rz 12; *Peukert in Frowein/Peukert*, EMRK³ Art 6 Rz 15.

⁴⁰¹ *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 24 Rz 10 mwN; *Peukert in Frowein/Peukert*, EMRK³ Art 6 Rz 15.

⁴⁰² EGMR U 28. 11. 1984, *Rasmussen*, Nr. 8777/79 Z 32; *Fahrenhorst*, Familienrecht und EMRK 359; *Peukert in Frowein/Peukert*, EMRK³ Art 6 Rz 15; *V. Steininger in FS zur 200-Jahr-Feier der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Graz 457 (461)*; vgl auch EGMR 27. 6. 2000, *Nuutinen*, Nr. 32842/96.

Verfahren im Anwendungsbereich des Art 6 EMRK sind von einem unabhängigen,⁴⁰³ unparteiischen,⁴⁰⁴ auf Gesetz beruhenden⁴⁰⁵ Gericht („tribunal“)⁴⁰⁶ zu entscheiden. Auch der Gerichtsbegriff ist autonom auszulegen,⁴⁰⁷ sodass kein Ermessensspielraum der Mitgliedstaaten bezüglich dieser Frage besteht.⁴⁰⁸ Gerichte der ordentlichen Gerichtsbarkeit sind jedenfalls Gerichte iSd Art 6 EMRK.⁴⁰⁹ Darüber hinaus sind als Gerichte im materiellen Sinn alle Spruchkörper zu verstehen, die über die Kompetenz verfügen, aufgrund eines geregelten Verfahrens mit entsprechenden Garantien nach rechtlichen Maßstäben über den jeweiligen Anspruch zu entscheiden.⁴¹⁰ Das jeweilige Organ muss für die Parteien eine bindende Entscheidung treffen⁴¹¹ und dabei über volle Kognition in Rechts- und Tatsachenfragen verfügen.⁴¹²

3. Recht auf Zugang zu einem Gericht

Zu den Garantien des Art 6 EMRK gehört auch das Recht auf Zugang zu einem Gericht.⁴¹³ Darunter versteht man das subjektive Recht,⁴¹⁴ ein Verfahren bei Gericht anhängig zu machen, sowie das Recht auf eine abschließende gerichtliche Entscheidung.⁴¹⁵ Um dieses Recht effektiv zu gewährleisten, trifft den Staat eine positive Pflicht, ein Rechtsschutzsystem zu errichten, das dem Einzelnen tatsächlich Zugang zu einem Gericht ermöglicht.⁴¹⁶ Verhältnismäßige Beschränkungen zur Verfolgung eines legitimen Ziels sind jedoch zulässig.⁴¹⁷ So sind zB Fristen und andere Bedingungen für die Zulässigkeit von Klagen als

⁴⁰³ *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 24 Rz 34 ff; *Klaushofer* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, Handbuch § 18 Rz 49; *Peukert* in *Frowein/Peukert*, EMRK³ Art 6 Rz 204 ff.

⁴⁰⁴ *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 24 Rz 41 ff; *Klaushofer* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, Handbuch § 18 Rz 50 ff; *Berka*, Grundrechte Rz 812; *Peukert* in *Frowein/Peukert*, EMRK³ Art 6 Rz 213 ff.

⁴⁰⁵ *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 24 Rz 32 ff; *Peukert* in *Frowein/Peukert*, EMRK³ Art 6 Rz 201 ff; *Berka*, Grundrechte Rz 811; *Klaushofer* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, Handbuch § 18 Rz 48.

⁴⁰⁶ *Klaushofer* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, Handbuch § 18 Rz 36.

⁴⁰⁷ *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 24 Rz 29; *Berka*, Grundrechte Rz 806.

⁴⁰⁸ *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 24 Rz 29.

⁴⁰⁹ *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 24 Rz 30; *Klaushofer* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, Handbuch § 18 Rz 54; *Peukert* in *Frowein/Peukert*, EMRK³ Art 6 Rz 200.

⁴¹⁰ *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 24 Rz 30; *Berka*, Grundrechte Rz 806; *Peukert* in *Frowein/Peukert*, EMRK³ Art 6 Rz 200; zum VfGH – der nicht als „tribunal“ gilt – und zur differenzierenden Ansicht des EGMR zum VwGH siehe *Klaushofer* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, Handbuch § 18 Rz 54; zu weiteren Anforderungen siehe *Marx* in *Heißl*, Handbuch Rz 26/23.

⁴¹¹ *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 24 Rz 31.

⁴¹² *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 24 Rz 31; *Klaushofer* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, Handbuch § 18 Rz 47, 53; *Meyer-Ladewig/Harrendorf* in *Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer*, EMRK⁴ Art 6 Rz 35; *Berka*, Grundrechte Rz 810, 813; *Peukert* in *Frowein/Peukert*, EMRK³ Art 6 Rz 58; *Marx* in *Heißl*, Handbuch Rz 26/26.

⁴¹³ EGMR U 21. 2. 1975, *Golder*, Nr. 4451/70 Z 36.

⁴¹⁴ *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 24 Rz 51.

⁴¹⁵ *Meyer-Ladewig/Harrendorf* in *Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer*, EMRK⁴ Art 6 Rz 34; *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 24 Rz 51; *Peukert* in *Frowein/Peukert*, EMRK³ Art 6 Rz 45.

⁴¹⁶ *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 24 Rz 52.

⁴¹⁷ Siehe dazu *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 24 Rz 53 ff; *Berka*, Grundrechte Rz 807; *Meyer-Ladewig/Harrendorf* in *Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer*, EMRK⁴ Art 6 Rz 36 f; *Peukert* in

Beschränkungen des Zugangs zu Gericht zu beurteilen, die aber idR verhältnismäßig sind,⁴¹⁸ solange sie nicht auf unangemessene Weise den Zugang zum Gericht beschränken.⁴¹⁹ Aus dem Recht auf Zugang zu Gericht kann auch das Recht auf Einräumung der Parteistellung in einem Verfahren folgen.⁴²⁰

4. Grundsatz des fairen Verfahrens

Der Grundsatz des fairen Verfahrens bildet den Kern der Verfahrensgarantien,⁴²¹ wird in Art 6 EMRK jedoch nicht genauer definiert.⁴²² Aus Art 6 iVm der Präambel der EMRK ergeben sich der Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit und das Erfordernis der Rechtssicherheit.⁴²³ Jeder Beteiligte muss Subjekt des Verfahrens sein und angemessene Mitwirkungsrechte haben.⁴²⁴ Im Einzelnen umfasst der Fairnessgrundsatz Teilgarantien wie das Recht auf Gehör, den Grundsatz der Waffengleichheit, das Recht auf Akteneinsicht und das Recht auf Begründung einer Entscheidung.⁴²⁵ Darüber hinaus garantiert Art 6 Abs 1 EMRK eine öffentliche, mündliche Verhandlung.⁴²⁶ Jedenfalls beinhaltet das Recht auf Fairness des Verfahrens kein Recht auf das „richtige Ergebnis“.⁴²⁷

Für die Zwecke dieser Arbeit soll das Recht auf Gehör hier kurz dargestellt werden. Danach hat jeder Beteiligte Anspruch darauf, sich in gerichtlichen Verfahren zu allen erheblichen Tatsachen und Rechtsfragen ausreichend zu äußern und Beweise anzubieten.⁴²⁸ Das Gericht muss den Vortrag des Beteiligten und seine Beweisanbote zur Kenntnis nehmen und prüfen.⁴²⁹ Die Parteien eines Verfahrens haben daher einerseits in der Lage zu sein, alle erforderlichen Beweismittel vorzulegen, und andererseits Kenntnis von allen Beweismitteln

Frowein/Peukert, EMRK³ Art 6 Rz 64; zur Berücksichtigung insb von öffentlichen Interessen *Klaushofer* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, Handbuch § 18 Rz 45.

⁴¹⁸ *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 24 Rz 55; zu Verjährungs- und Rechtsmittelfristen siehe *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 24 Rz 57.

⁴¹⁹ *Meyer-Ladewig/Harrendorf* in *Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer*, EMRK⁴ Art 6 Rz 39.

⁴²⁰ *Marx* in *Heißl*, Handbuch Rz 26/27.

⁴²¹ *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ Rz 66.

⁴²² *Meyer-Ladewig/Harrendorf* in *Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer*, EMRK⁴ Art 6 Rz 87; *Peukert* in *Frowein/Peukert*, EMRK³ Art 6 Rz 112.

⁴²³ *Meyer-Ladewig/Harrendorf* in *Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer*, EMRK⁴ Art 6 Rz 87.

⁴²⁴ *Meyer-Ladewig/Harrendorf* in *Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer*, EMRK⁴ Art 6 Rz 87.

⁴²⁵ *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 24 Rz 66; zum Recht auf Begründung siehe *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 24 Rz 76; *Peukert* in *Frowein/Peukert*, EMRK³ Art 6 Rz 182; *Klaushofer* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, Handbuch § 18 Rz 56 ff; *Marx* in *Heißl*, Handbuch Rz 26/28.

⁴²⁶ *Marx* in *Heißl*, Handbuch Rz 26/36; *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht¹¹ Rz 965.

⁴²⁷ *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 24 Rz 66.

⁴²⁸ *Meyer-Ladewig/Harrendorf* in *Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer*, EMRK⁴ Art 6 Rz 96; *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 24 Rz 72; *Klaushofer* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, Handbuch § 18 Rz 56; *Peukert* in *Frowein/Peukert*, EMRK³ Art 6 Rz 114, 142.

⁴²⁹ *Meyer-Ladewig/Harrendorf* in *Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer*, EMRK⁴ Art 6 Rz 97 f; *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 24 Rz 72.

zu haben und sich dazu äußern zu können.⁴³⁰ Der Beteiligte hat jedoch kein Recht auf eine Zeugeneinvernehmung oder sonstige Beweiserhebung in Zivilsachen.⁴³¹ Ansonsten stellt Art 6 EMRK für die Beweisaufnahme grundsätzlich keine Regeln auf, sondern verlangt nur ein insgesamt faires Beweisverfahren.⁴³² Dessen Ablauf, die Zulässigkeit von Beweismitteln sowie Bestimmungen über Beweiskraft und Beweiswürdigung liegen innerhalb des Spielraums des nationalen Rechts.⁴³³

D. Gleichheitsgrundsatz

Im Gleichheitssatz ist das Prinzip der Gleichbehandlung aller Menschen verbürgt:⁴³⁴ Art 7 Abs 1 1. Satz B-VG und Art 2 StGG legen fest, dass alle Staatsbürger vor dem Gesetz gleich sind. Über die fast wortwörtliche Wiederholung der klassischen Gleichheitsformel hinaus ergänzt Art 7 B-VG den Gleichheitssatz durch spezifische Privilegierungsverbote.⁴³⁵ Vorrechte der Geburt, des Geschlechts, des Standes, der Klasse und des Bekenntnisses sind nach Art 7 Abs 1 2. Satz B-VG ausgeschlossen. Ähnliche Formulierungen enthält auch Art 66 StV St Germain.⁴³⁶ Da sich die genannten Bestimmungen nicht widersprechen, werden sie ungeachtet einer möglichen Derogation durch Art 7 B-VG weiterhin als geltendes Recht behandelt.⁴³⁷ Der allgemeine Gleichheitssatz des Art 20 GRC entspricht inhaltlich Art 7 Abs 1 1. Satz B-VG und Art 2 StGG, gilt jedoch nur im Zusammenhang mit der Durchführung von Unionsrecht.⁴³⁸ Die EMRK, die in ihrer Stammfassung keine entsprechende Bestimmung enthält, wird in Art 1 12. ZPEMRK um einen allgemeinen Gleichheitssatz erweitert.⁴³⁹ Österreich hat das 12. Zusatzprotokoll jedoch noch nicht ratifiziert.⁴⁴⁰

⁴³⁰ *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 24 Rz 69; *Meyer-Ladewig/Harrendorf* in *Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer*, EMRK⁴ Art 6 Rz 96; *Peukert* in *Frowein/Peukert*, EMRK³ Art 6 Rz 114.

⁴³¹ *Meyer-Ladewig/Harrendorf* in *Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer*, EMRK⁴ Art 6 Rz 139.

⁴³² *Meyer-Ladewig/Harrendorf* in *Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer*, EMRK⁴ Art 6 Rz 139; *Klaushofer* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, Handbuch § 18 Rz 59.

⁴³³ *Meyer-Ladewig/Harrendorf* in *Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer*, EMRK⁴ Art 6 Rz 139; *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 24 Rz 69; *Klaushofer* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, Handbuch § 18 Rz 59, 68; *Peukert* in *Frowein/Peukert*, EMRK³ Art 6 Rz 165; vgl. *Berka*, Grundrechte Rz 836.

⁴³⁴ *Berka* in *Rill/Schäffer*, Bundesverfassungsrecht Art 7 Rz 1.

⁴³⁵ *Berka* in *Rill/Schäffer*, Bundesverfassungsrecht Art 7 Rz 8.

⁴³⁶ Zum Verhältnis dieser Bestimmungen zueinander siehe *Berka*, Grundrechte Rz 883; *Bezemek*, Gleichheitssatz, in *Heißl* (Hrsg), Handbuch Menschenrechte (2009) Rz 12/5.

⁴³⁷ *Berka* in *Rill-Schäffer*, Bundesverfassungsrecht Art 7 Rz 8; *Bezemek* in *Heißl*, Handbuch Rz 12/5.

⁴³⁸ Vgl. dazu *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 26 Rz 1; *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht¹¹ Rz 758; *Bezemek* in *Heißl*, Handbuch Rz 12/13; vgl. auch das Diskriminierungsverbot für Unionsbürger gem Art 18 AEUV.

⁴³⁹ Dazu *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 26 Rz 1, 40 f; *Meyer-Ladewig/Lehner* in *Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer*, EMRK⁴ Art 14 Rz 3 f.

⁴⁴⁰ *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht¹¹ Rz 756; *Frowein* in *Frowein/Peukert*, EMRK³ Art 1 12. ZPEMRK Rz 1; *Bezemek* in *Heißl*, Handbuch Rz 12/10; zum Ratifikationsstand siehe die Website des Europarats, http://www.coe.int/de/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/177/signatures?p_auth=PgKwTUrP

Der Gleichheitsgrundsatz ist jenes subjektive, verfassungsgesetzlich gewährleistete Recht, das in der Praxis die größte Rolle spielt.⁴⁴¹ Er gilt ohne sachliche Einschränkung für jedes staatliche Handeln⁴⁴² und zielt darauf ab, rechtlich bedingte Ungleichheit zu vermeiden.⁴⁴³ Dennoch bereitet die Konkretisierung seines Inhalts große Schwierigkeiten.⁴⁴⁴ Häufig wird der Gleichheitssatz als Einfallstor für außerrechtliche Wertungen kritisiert.⁴⁴⁵

1. Grundrechtsträger

Nach seinem Wortlaut richtet sich der Gleichheitssatz gem Art 7 Abs 1 1. Satz B-VG und Art 2 StGG grundsätzlich nur an österreichische Staatsbürger.⁴⁴⁶ Mit der Erlassung des BVG betreffend das Verbot rassistischer Diskriminierung (BVG-RD)⁴⁴⁷ war jedoch eine Erweiterung des Kreises der Grundrechtsträger auf Fremde beabsichtigt,⁴⁴⁸ sodass der Gleichheitssatz seitdem nach hM auch auf Nichtstaatsbürger anzuwenden ist.⁴⁴⁹ Im Ergebnis ist daher jedermann vor willkürlichem Vorgehen der Behörden geschützt und dazu berechtigt, die Gleichheitswidrigkeit einer generellen Norm geltend zu machen.⁴⁵⁰ Allerdings ist in der Lehre nach wie vor umstritten, inwieweit der Gleichheitssatz auf Differenzierungen zwischen Staatsbürgern und Fremden anzuwenden ist.⁴⁵¹ Unionsbürger sind nach Ansicht des VfGH wie österreichische Staatsbürger zu behandeln.⁴⁵²

(8. 3. 2018); vgl auch den auf die Ratifikation gerichteten Entschließungsantrag vom 27. 3. 2014, 332/A (E) 25. GP.

⁴⁴¹ *Berka* in *Rill/Schäffer*, Bundesverfassungsrecht Art 7 Rz 2; *derselbe*, Grundrechte Rz 876; *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht¹¹ Rz 1348; *Pöschl* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, Handbuch VII/1² § 14 Rz 1; *Novak* in *Bernat*, Reproduktionsmedizin 62 (68) spricht von einem „Supergrundrecht“.

⁴⁴² *Berka* in *Rill-Schäffer*, Bundesverfassungsrecht Art 7 Rz 9; *derselbe*, Grundrechte Rz 884.

⁴⁴³ *Berka*, Grundrechte Rz 890.

⁴⁴⁴ *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht¹¹ Rz 1348; *Pöschl* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, Handbuch VII/1² § 14 Rz 2 verweist darauf, dass die allgemeinen Interpretationsmethoden auch auf den Gleichheitssatz anzuwenden sind.

⁴⁴⁵ *Pöschl* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, Handbuch VII/1² § 14 Rz 1 mwN; *Berka*, Grundrechte Rz 927; *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht¹¹ Rz 1348; vgl auch *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht¹¹ Rz 767.

⁴⁴⁶ *Berka* in *Rill/Schäffer*, Bundesverfassungsrecht Art 7 Rz 22; *derselbe*, Grundrechte Rz 895; *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht¹¹ Rz 1355; *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht¹¹ (2016) Rz 755; *Pöschl* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, Handbuch VII/1² § 14 Rz 18; *Bezemek* in *Heißl*, Handbuch Rz 12/14.

⁴⁴⁷ BGBl 1973/390.

⁴⁴⁸ ErläutRV 732 BlgNR 13. GP 2.

⁴⁴⁹ *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht¹¹ Rz 1355; *Pöschl* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, Handbuch VII/1² § 14 Rz 20 ff; kritisch, aber im Ergebnis zustimmend *Berka* in *Rill/Schäffer*, Bundesverfassungsrecht Art 7 Rz 25.

⁴⁵⁰ *Pöschl* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, Handbuch VII/1² § 14 Rz 22; *Berka* in *Rill/Schäffer*, Bundesverfassungsrecht Art 7 Rz 24; *derselbe*, Grundrechte Rz 897; vgl auch *Bezemek* in *Heißl*, Handbuch Rz 12/15 mwN.

⁴⁵¹ *Pöschl* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, Handbuch VII/1² § 14 Rz 23 mwN; für die Zulässigkeit solcher Differenzierungen *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht¹¹ Rz 757; *Berka* in *Rill/Schäffer*, Bundesverfassungsrecht Art 7 Rz 24; *derselbe*, Grundrechte Rz 898; *Bezemek* in *Heißl*, Handbuch Rz 12/15

2. Gleichheitssatz und Gesetzgebung

Die nach dem Wortlaut des Gleichheitssatzes bestehende Gleichheit *vor* dem Gesetz bedeutet, dass die Gesetze auf alle Bürger in gleicher Weise anzuwenden sind, was nur auf eine Bindung der Vollziehung hinauslaufen würde.⁴⁵³ Dennoch bindet der Gleichheitsgrundsatz nach mittlerweile einhelliger Meinung auch den Gesetzgeber.⁴⁵⁴ Da der VfGH den Gleichheitssatz besonders häufig zur Begründung einer Gesetzesaufhebung heranzieht, hat sich diese Bestimmung zur praktisch wichtigsten verfassungsrechtlichen Schranke der Gesetzgebung entwickelt.⁴⁵⁵ Daraus folgen drei Forderungen an den Gesetzgeber: das Gleichheitsgebot oder Verbot unsachlicher Differenzierung, das Differenzierungsgebot und das Sachlichkeitsgebot.⁴⁵⁶ Der Gleichheitssatz enthält daher sowohl komparative als auch nicht komparative Rechte: Das Recht, gleich oder ungleich wie andere behandelt zu werden, ist ein komparatives Recht, während das allgemeine Sachlichkeitsgebot ein nicht komparatives Recht ist.⁴⁵⁷ Der nicht komparative Kern des Gleichheitssatzes lautet, dass jeder Mensch als Person gleichwertig mit anderen ist, und zwar nicht nur, weil auch ein anderer als Person anerkannt wird.⁴⁵⁸

a. *Gleichheitsgebot*

Der Gleichheitsgrundsatz gewährleistet nicht die Herstellung faktischer Gleichheit, sondern zielt auf die Vermeidung rechtlich bedingter Ungleichheiten ab.⁴⁵⁹ Nach dem Gleichheitsgebot ist der Gesetzgeber verpflichtet, gleiche Rechtsfolgen für gleiche Tatbestände anzuordnen.⁴⁶⁰ Dies gilt allerdings nur dann, wenn zwischen mehreren Vergleichsgruppen wesentliche Gemeinsamkeiten bestehen, denn es muss nicht jeder in jeder Hinsicht gleich behandelt werden.⁴⁶¹ Zunächst ist daher zu prüfen, welche Sachverhalte zu

zufolge bedürfen solche Differenzierungen einer sachlichen Rechtfertigung und sind auch an Art 14 EMRK zu messen.

⁴⁵² VfGH B 887/09 VfSlg 19.077; B 538/09 VfSlg 19.118; näher dazu *Pöschl* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, Handbuch VII/1² § 14 Rz 27 mwN.

⁴⁵³ *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht¹¹ Rz 760; die Bedeutung des Gleichheitssatzes in der Vollziehung soll hier nicht näher erörtert werden, weil dies für die Zwecke dieser Arbeit nicht relevant ist.

⁴⁵⁴ *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht¹¹ Rz 1356; *Bezemek*, Grundrechte § 25 Rz 13 mwN; *derselbe* in *Heißl*, Handbuch Rz 12/19; *Pöschl* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, Handbuch VII/1² § 14 Rz 31 mwN zu früheren abweichenden Meinungen in Lehre und Rechtsprechung.

⁴⁵⁵ *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht¹¹ Rz 760.

⁴⁵⁶ *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht¹¹ Rz 761 ff; *Pöschl* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, Handbuch VII/1² § 14 Rz 32 ff.

⁴⁵⁷ *Pöschl* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, Handbuch VII/1² § 14 Rz 11.

⁴⁵⁸ *Pöschl* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, Handbuch VII/1² § 14 Rz 12.

⁴⁵⁹ *Berka* in *Rill-Schäffer*, Bundesverfassungsrecht Art 7 Rz 16.

⁴⁶⁰ *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht¹¹ Rz 1357; *Berka* in *Rill-Schäffer*, Bundesverfassungsrecht Art 7 Rz 16; *Bezemek* in *Heißl*, Handbuch Rz 12/24.

⁴⁶¹ *Pöschl* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, Handbuch VII/1² § 14 Rz 32.

vergleichen sind bzw welche Normen dazu unterschiedliche Rechtsfolgen anordnen.⁴⁶² Dieser Schritt ist entscheidend, denn durch die Auswahl der Vergleichspaare werden häufig bereits die Weichen für die spätere Beurteilung der Sachlichkeit der Differenzierung gestellt.⁴⁶³ Wenn zwischen den Vergleichsgruppen wesentliche Unterschiede im Tatsächlichen bestehen, ist eine Differenzierung erlaubt.⁴⁶⁴ Das ist mit der Prüfungsformel des VfGH gemeint, wonach nur „sachlich gerechtfertigte“ Differenzierungen zulässig sind.⁴⁶⁵ Da sich *de facto* alle Sachverhalte voneinander in irgendeinem Punkt unterscheiden, kommt es darauf an, dass der jeweilige Unterschied für die angeordnete rechtliche Differenzierung wesentlich ist.⁴⁶⁶ Bei der Beantwortung der Frage, ob es für eine Differenzierung einen vernünftigen, zureichenden Grund gibt, ist der Gleichheitsgrundsatz auf Wertungen angewiesen.⁴⁶⁷ Eine sachliche Rechtfertigung ist insb dann gegeben, wenn der Gesetzgeber ein legitimes Regelungsziel verfolgt und dazu geeignete und angemessene Mittel einsetzt, dh wenn die Regelung insgesamt verhältnismäßig ist.⁴⁶⁸

Die Gleichheitswidrigkeit einer unsachlichen Differenzierung besteht unabhängig von einer Diskriminierungsabsicht des Gesetzgebers.⁴⁶⁹ Jede differenzierende Regelung muss dem Gleichheitssatz entsprechen, egal aus welchem Grund differenziert wird – nicht nur die in Art 7 Abs 1 B-VG ausdrücklich genannten Differenzierungen nach Geburt, Stand, Geschlecht, Klasse oder Bekenntnis sind vom Gleichheitssatz erfasst.⁴⁷⁰ Allerdings wird teilweise vertreten, dass eine Differenzierung nach den aufgezählten Merkmalen einer besonders überzeugenden Rechtfertigung bedarf.⁴⁷¹ Darüber hinaus darf auch niemand aufgrund seiner persönlichen Eigenschaften privilegiert werden, was besonders Art 7 Abs 1

⁴⁶² Berka in Rill-Schäffer, Bundesverfassungsrecht Art 7 Rz 45; derselbe, Grundrechte Rz 922.

⁴⁶³ Berka in Rill-Schäffer, Bundesverfassungsrecht Art 7 Rz 45.

⁴⁶⁴ Pöschl in Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer, Handbuch VII/1² § 14 Rz 33; Berka in Rill-Schäffer, Bundesverfassungsrecht Art 7 Rz 41; derselbe, Grundrechte Rz 919; Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger, Bundesverfassungsrecht¹¹ Rz 1357; Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht¹¹ Rz 761; Bezemek, Grundrechte § 25 Rz 16 mwN; derselbe in Heißl, Handbuch Rz 12/24.

⁴⁶⁵ Vgl zB VfGH G 64/92 VfSlg 13.178; Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger, Bundesverfassungsrecht¹¹ Rz 1357; vgl auch Berka in Rill/Schäffer, Bundesverfassungsrecht Art 7 Rz 32.

⁴⁶⁶ Berka in Rill/Schäffer, Bundesverfassungsrecht Art 7 Rz 42; derselbe, Grundrechte Rz 920; Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht¹¹ Rz 762; vgl auch Bezemek in Heißl, Handbuch Rz 12/22.

⁴⁶⁷ Berka in Rill/Schäffer, Bundesverfassungsrecht Art 7 Rz 42.

⁴⁶⁸ Berka in Rill/Schäffer, Bundesverfassungsrecht Art 7 Rz 47 mwN zum Meinungsstreit in der Lehre, ob dieser Prüfschritt im Rahmen des Gleichheitssatzes ein Anwendungsfall des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ist oder nicht; vgl auch derselbe, Grundrechte Rz 923 f.

⁴⁶⁹ Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger, Bundesverfassungsrecht¹¹ Rz 1357.

⁴⁷⁰ Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger, Bundesverfassungsrecht¹¹ Rz 1357; Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht¹¹ Rz 761; Berka in Rill/Schäffer, Bundesverfassungsrecht Art 7 Rz 32.

⁴⁷¹ Berka in Rill/Schäffer, Bundesverfassungsrecht Art 7 Rz 34 mwN; der VfGH verlangt etwa für eine Differenzierung zwischen ehelich und unehelich geborenen Kindern „sehr gewichtige Gründe“: VfGH G 163/91, G 164/91 VfSlg 12.735; ausführlich dazu Pöschl, Gleichheit 467 ff.

2. Satz B-VG deutlich zum Ausdruck bringt.⁴⁷² Dem Gesetzgeber kommt jedoch ein legitimer rechtspolitischer Gestaltungsspielraum bezüglich der Verfolgung politischer Zielvorstellungen und der Wahl der dafür eingesetzten Mittel zu,⁴⁷³ wengleich dieser in der neueren Judikatur zunehmend eingeengt wurde.⁴⁷⁴

b. Differenzierungsgebot

Umgekehrt ist die Ungleichbehandlung von Sachverhalten geboten und nicht nur erlaubt, wenn die tatsächlichen Unterschiede zwischen den Vergleichsgruppen so schwer wiegen, dass eine Gleichbehandlung ausgeschlossen ist.⁴⁷⁵ Aus dem Gleichheitssatz folgt also auch ein Differenzierungsgebot, wonach der Gesetzgeber wesentlich Ungleiches ungleich behandeln und gravierende Unterschiede berücksichtigen muss.⁴⁷⁶ Die Grenze zwischen gebotenen und lediglich zulässigen Differenzierungen⁴⁷⁷ ist dabei genauso fließend wie die Grenze zwischen dem rechtspolitischen Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers und einer unsachlichen Differenzierung.⁴⁷⁸

c. Sachlichkeitsgebot

Der VfGH hat in seiner Rechtsprechung aus dem Gleichheitssatz auch ein umfassendes Sachlichkeitsgebot abgeleitet.⁴⁷⁹ Dieses verlangt keinen Vergleich zwischen verschiedenen Sachverhalten, sondern beinhaltet die Prüfung, ob eine bestimmte Norm auf sachlichen Gründen beruht.⁴⁸⁰ Damit hat sich die Auslegung des Gleichheitssatzes von seinem ursprünglichen Gehalt relativ weit entfernt.⁴⁸¹ Auch das Ausmaß der Kontrolle der Entscheidungen des Gesetzgebers durch den VfGH hat sich damit beträchtlich erweitert, da die Frage nach den sachlichen Gründen einer Regelung die entscheidende rechtspolitische

⁴⁷² *Berka* in *Rill/Schäffer*, Bundesverfassungsrecht Art 7 Rz 30; *derselbe*, Grundrechte Rz 908.

⁴⁷³ *Bezemek* in *Heißl*, Handbuch Rz 12/28; *Novak* in *Bernat*, Reproduktionsmedizin 62 (68).

⁴⁷⁴ *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht¹¹ Rz 763.

⁴⁷⁵ *Pöschl* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, Handbuch VII/1² § 14 Rz 35; *Bezemek* in *Heißl*, Handbuch Rz 12/24.

⁴⁷⁶ *Pöschl* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, Handbuch VII/1² § 14 Rz 35; *Berka* in *Rill/Schäffer*, Bundesverfassungsrecht Art 7 Rz 32; *derselbe*, Grundrechte Rz 910.

⁴⁷⁷ Dazu *Pöschl* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, Handbuch VII/1² § 14 Rz 35.

⁴⁷⁸ *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht¹¹ Rz 1357; zur Weite des rechtspolitischen Gestaltungsspielraums siehe *Bezemek*, Grundrechte § 25 Rz 14 mwN.

⁴⁷⁹ VfGH B 639/87 VfSlg 11.934; G 248/91 VfSlg 13.581 ua; *Berka*, Grundrechte Rz 911; *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht¹¹ Rz 765; *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht¹¹ Rz 1360 mwN; *Bezemek*, Grundrechte § 25 Rz 18 mwN.

⁴⁸⁰ *Berka* in *Rill/Schäffer*, Bundesverfassungsrecht Art 7 Rz 33; *derselbe*, Grundrechte Rz 912; *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht¹¹ Rz 1360; *Pöschl* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, Handbuch VII/1² § 14 Rz 36; *Holoubek*, Gewährleistungspflichten 365 f; *Bezemek* in *Heißl*, Handbuch Rz 12/27.

⁴⁸¹ *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht¹¹ Rz 765.

Frage ist, die der demokratische Gesetzgeber zu beantworten hat.⁴⁸² Da ein Rechtsstaat keine unsachlichen Regelungen erlassen darf, kann man das Sachlichkeitsgebot jedoch auch aus dem Rechtsstaatsprinzip ableiten.⁴⁸³

Die Sachlichkeit einer Regelung ist vor allem anhand des jeweiligen Regelungsgegenstandes zu ermitteln.⁴⁸⁴ Aus dem Sachlichkeitsgebot wird auch das Gebot der Verhältnismäßigkeit staatlicher Eingriffe in Rechtspositionen des Einzelnen abgeleitet,⁴⁸⁵ da insbesondere eine unverhältnismäßige Maßnahme als unsachlich gilt.⁴⁸⁶ Daher verletzt der Gesetzgeber das Sachlichkeitsgebot, wenn er ein untaugliches Mittel zur Erreichung eines legitimen Ziels einsetzt oder wenn der Einsatz eines tauglichen Mittels eine unsachliche Differenzierung zur Folge hat.⁴⁸⁷

Zur Konkretisierung seiner Sachlichkeitserwägungen hat der VfGH bestimmte Entscheidungsstandards oder –topoi entwickelt,⁴⁸⁸ zu denen ua der folgende zählt: Da eine generelle Regelung nicht jedem Einzelfall gerecht werden kann und deswegen nicht immer zu befriedigenden Ergebnissen führt, ist eine auf den Regelfall abstellende Regelung noch nicht unsachlich.⁴⁸⁹ Einzelne, atypische Härtefälle müssen daher in Kauf genommen werden und machen eine Regelung noch nicht gleichheitswidrig,⁴⁹⁰ sofern die den Betroffenen auferlegten Belastungen ein gewisses Maß nicht überschreiten und nicht bereits von der Regelung mitgedacht sind.⁴⁹¹

Eine entscheidende Bedeutung kommt auch der Frage zu, ob der Gesetzgeber zu „Systemgerechtigkeit“ verpflichtet ist,⁴⁹² dh ob bestimmte Wertmaßstäbe, die der Gesetzgeber bei der Ordnung eines bestimmten Lebensbereichs berücksichtigt hat, auch für jede neue

⁴⁸² Berka in Rill/Schäffer, Bundesverfassungsrecht Art 7 Rz 33; derselbe, Grundrechte Rz 912; Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht¹¹ Rz 767.

⁴⁸³ Berka in Rill/Schäffer, Bundesverfassungsrecht Art 7 Rz 33.

⁴⁸⁴ Bezemek, Grundrechte § 25 Rz 17 mwN; derselbe in Heißl, Handbuch Rz 12/25.

⁴⁸⁵ Holoubek, Gewährleistungspflichten 365 ff; Pöschl in Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer, Handbuch VII/1² § 14 Rz 36; Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger, Bundesverfassungsrecht¹¹ Rz 1360; Bezemek, Grundrechte § 25 Rz 18; derselbe in Heißl, Handbuch Rz 12/26.

⁴⁸⁶ Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht¹¹ Rz 765.

⁴⁸⁷ Pöschl in Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer, Handbuch VII/1² § 14 Rz 36; Bezemek in Heißl, Handbuch Rz 12/31.

⁴⁸⁸ Berka in Rill/Schäffer, Bundesverfassungsrecht Art 7 Rz 56; derselbe, Grundrechte Rz 928 ff; Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht¹¹ Rz 768 ff jeweils mwN.

⁴⁸⁹ Bezemek, Grundrechte § 25 Rz 19 mwN; derselbe in Heißl, Handbuch Rz 12/29; Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht¹¹ Rz 768.

⁴⁹⁰ Vgl VfGH G 1/80 ua, VfSlg 8806; Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht¹¹ Rz 768; Bezemek, Grundrechte § 25 Rz 19 mwN.

⁴⁹¹ Berka, Grundrechte Rz 939; Bezemek in Heißl, Handbuch Rz 12/30.

⁴⁹² Zur „Ordnungssystemjudikatur“ ausführlich Pöschl, Gleichheit 279 ff.

Regelung gelten oder ob ein „Systembruch“ in Kauf genommen werden darf.⁴⁹³ Nach der Judikatur des VfGH darf der Gesetzgeber verschiedene Ordnungssysteme schaffen und dabei auch ähnliche Rechtsinstitute unterschiedlich behandeln.⁴⁹⁴ Eine nicht systemgerechte Regelung innerhalb eines bestimmten Ordnungssystems ist zulässig, wenn sie auf sachlichen Gründen beruht.⁴⁹⁵

E. Diskriminierungsverbot des Art 14 EMRK

Die Gewährleistung der in der EMRK festgelegten Rechte hat frei von Diskriminierung zu erfolgen. Daher dürfen Einzelne beim Genuss dieser Rechte nicht aufgrund bestimmter Merkmale benachteiligt werden, zB aufgrund des Geschlechts, der Rasse, der Hautfarbe, der Sprache oder der Religion. Die Aufzählung der verpönten Merkmale ist jedoch nicht abschließend, sodass auch die Differenzierung nach anderen Kriterien zu einer Diskriminierung iSd Art 14 EMRK führen kann,⁴⁹⁶ zB nach der sexuellen Orientierung, dem Alter oder dem Wohnsitz.⁴⁹⁷ Allen genannten Merkmalen ist gemeinsam, dass sie persönliche Eigenschaften von Menschen betreffen,⁴⁹⁸ die ihre Identität prägen und deren Änderung für den Betroffenen nicht möglich oder nicht zumutbar ist.⁴⁹⁹ Da auch Diskriminierungen aufgrund der Geburt von Art 14 EMRK erfasst sind, dürfen unehelich geborene Kinder nicht gegenüber Kindern benachteiligt werden, deren Eltern verheiratet sind.⁵⁰⁰ Art 21 Abs 1 GRC enthält ebenfalls ein Diskriminierungsverbot, das über Art 14 EMRK hinaus auch Behinderung, Alter und sexuelle Orientierung ausdrücklich als verpönte Merkmale nennt.⁵⁰¹

⁴⁹³ *Berka* in *Rill/Schäffer*, Bundesverfassungsrecht Art 7 Rz 58.

⁴⁹⁴ *Berka* in *Rill/Schäffer*, Bundesverfassungsrecht Art 7 Rz 59; *Bezemek* in *Heißl*, Handbuch Rz 12/34 mwN; *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht¹¹ Rz 771; *Pöschl*, Gleichheit 284 ff verweist darauf, dass deswegen noch nicht jede Ungleichbehandlung automatisch gerechtfertigt ist; zB VfGH G 53/83 ua VfSlg 10.367 zum Zivil- und Verwaltungsverfahrenrecht.

⁴⁹⁵ Ausführlich *Berka* in *Rill/Schäffer*, Bundesverfassungsrecht Art 7 Rz 60 mwN; vgl auch *Bezemek* in *Heißl*, Handbuch Rz 12/36; *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht¹¹ Rz 772; *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht¹¹ Rz 1359.

⁴⁹⁶ *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 26 Rz 11, 27; *Peukert* in *Frowein/Peukert*, EMRK³ Art 14 Rz 13; *Berka* in *Rill/Schäffer*, Bundesverfassungsrecht Art 14 EMRK Rz 6; *derselbe*, Grundrechte Rz 1012; *Czech*, Fortpflanzungsfreiheit 115.

⁴⁹⁷ *Pöschl*, Gleichheit 629 mwN.

⁴⁹⁸ *Czech*, Fortpflanzungsfreiheit 115.

⁴⁹⁹ *Pöschl*, Gleichheit 646 f.

⁵⁰⁰ *Brötel*, FamRZ 1995, 72 (74); *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 26 Rz 12, 24 ff; *Peukert* in *Frowein/Peukert*, EMRK³ Art 14 Rz 30; *Czech*, Fortpflanzungsfreiheit 116; zB VfGH G 66/12 ua VfSlg 19.704 = migraLex 2013, 26 (*Schmitt*) = ZfVB 2013/1091; EGMR U 13. 6. 1979, *Marckx*, Nr. 6833/74; EGMR U 28. 10. 1987, *Inze*, Nr. 8695/79; EGMR U 3. 10. 2000, *Camp u. Bourimi*, Nr. 28369/95.

⁵⁰¹ *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 26 Rz 1; *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht¹¹ Rz 758.

Die Anwendbarkeit des Art 14 EMRK im Zusammenhang mit einem Konventionsrecht setzt nach mittlerweile stRsp des EGMR⁵⁰² nicht voraus, dass dieses Recht selbst verletzt ist.⁵⁰³ Es muss lediglich der Regelungsbereich („ambit“) eines der Grundrechte aus der EMRK berührt sein.⁵⁰⁴ Dies ist dann der Fall, wenn eine Benachteiligung bei der Ausübung eines Konventionsrechts in Frage steht.⁵⁰⁵ Der Staat verstößt auch dann gegen das Diskriminierungsverbot, wenn er sich zwar innerhalb des jeweiligen Eingriffsvorbehalts bewegt, dabei aber in diskriminierender Weise vorgeht.⁵⁰⁶ Insofern handelt es sich nicht um einen allgemeinen, sondern einen akzessorischen Gleichheitssatz,⁵⁰⁷ der immer in Verbindung mit einem Konventionsrecht anzuwenden ist.⁵⁰⁸

Eine Diskriminierung wird angenommen, wenn Personen in einer vergleichbaren Lage unterschiedlich behandelt werden, ohne dass es eine vernünftige und sachliche Rechtfertigung dafür gibt.⁵⁰⁹ Zunächst ist also zu prüfen, ob zwei Sachverhalte bezüglich der relevanten Umstände im Vergleich im Wesentlichen ähnlich oder sachlich gleich sind.⁵¹⁰ Diese Frage bejaht der EGMR idR, wenn es um eines der ausdrücklich genannten Differenzierungsmerkmale geht.⁵¹¹ Manchmal kommt es zwischen der Feststellung der Vergleichbarkeit und der Prüfung der Rechtfertigung zu Überschneidungen, weil Umstände, die Situationen voneinander unterscheiden, auch zur Begründung für eine Ungleichbehandlung herangezogen werden können.⁵¹² Aus diesem Grund wird bei der Prüfung der Vergleichbarkeit idR kein allzu strenger Maßstab angelegt,⁵¹³ obwohl diese für das Ergebnis entscheidend sein kann.⁵¹⁴

⁵⁰² EGMR 23. 7. 1968, *Belgischer Sprachenfall*, Nr. 1474/62, 1677/62 ua; zur abweichenden älteren Rechtsprechung siehe *Pöschl*, Gleichheit 622 f mwN.

⁵⁰³ *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht¹¹ Rz 1353; *Meyer-Ladewig/Lehner* in *Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer*, EMRK⁴ Art 14 Rz 5 mwN; *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 26 Rz 5; *Peukert* in *Frowein/Peukert*, EMRK³ Art 14 Rz 2; *Berka* in *Rill/Schäffer*, Bundesverfassungsrecht Art 14 EMRK Rz 3; *dieselbe*, Grundrechte Rz 1009.

⁵⁰⁴ *Czech*, Fortpflanzungsfreiheit 111; *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 26 Rz 4; *Pöschl*, Gleichheit 623 f; *Meyer-Ladewig/Lehner* in *Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer*, EMRK⁴ Art 14 Rz 5; *Bezemek* in *Heißl*, Handbuch Rz 12/9; *Brötel*, FamRZ 1995, 72 (75).

⁵⁰⁵ *Peukert* in *Frowein/Peukert*, EMRK³ Art 14 Rz 3.

⁵⁰⁶ *Pöschl*, Gleichheit 628; *Brötel*, FamRZ 1995, 72 (75); *Meyer-Ladewig/Lehner* in *Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer*, EMRK⁴ Art 14 Rz 6.

⁵⁰⁷ *Berka*, Grundrechte Rz 1008; *Brötel*, FamRZ 1995, 72 (75); *Bezemek* in *Heißl*, Handbuch Rz 12/9.

⁵⁰⁸ *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 26 Rz 4.

⁵⁰⁹ *Meyer-Ladewig/Lehner* in *Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer*, EMRK⁴ Art 14 Rz 9; *Peukert* in *Frowein/Peukert*, EMRK³ Art 14 Rz 7; *Berka*, Grundrechte Rz 1012; *Brötel*, FamRZ 1995, 72 (75).

⁵¹⁰ *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 26 Rz 8; *Peukert* in *Frowein/Peukert*, EMRK³ Art 14 Rz 9; *Pöschl*, Gleichheit 630; *Czech*, Fortpflanzungsfreiheit 117.

⁵¹¹ *Pöschl*, Gleichheit 630 mwN.

⁵¹² *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 26 Rz 16; EGMR U 21. 2. 1997, *van Raalte*, Nr. 20060/92 Z 40.

⁵¹³ *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 26 Rz 8.

⁵¹⁴ *Czech*, Fortpflanzungsfreiheit 110.

Wenn eine Ungleichbehandlung dieser Sachverhalte vorliegt, ist anschließend festzustellen, ob es eine vernünftige und sachliche Rechtfertigung dafür gibt.⁵¹⁵ Die Ungleichbehandlung ist nach hA einer sachlichen Rechtfertigung zugänglich,⁵¹⁶ wenn ein angemessenes Verhältnis zwischen dem verfolgten berechtigten Ziel und den angewandten Mitteln besteht.⁵¹⁷ Darin liegt inhaltlich wiederum eine Prüfung der Verhältnismäßigkeit.⁵¹⁸ Im Unterschied zu Art 8-11 EMRK enthält Art 14 EMRK keine Aufzählung legitimer Ziele, die eine Diskriminierung rechtfertigen können, sodass der Staat hier einen breiteren Spielraum hat.⁵¹⁹ Eine Maßnahme, die eine bestimmte Personengruppe benachteiligt, kann diskriminierend sein, auch wenn diese Maßnahme nicht auf diese Gruppe zielt.⁵²⁰

Bei der Beurteilung, ob tatsächliche Unterschiede eine unterschiedliche Behandlung in rechtlicher Hinsicht rechtfertigen, haben die Mitgliedstaaten einen Ermessensspielraum.⁵²¹ Dieser ist in moralisch oder ethisch sensiblen Fragen weit.⁵²² Bei der Differenzierung ausschließlich nach bestimmten persönlichen Eigenschaften⁵²³ – insbesondere nach dem Geschlecht, der sexuellen Orientierung oder der Geburt – ist der Spielraum dagegen eng.⁵²⁴ Der EGMR verlangt daher besonders triftige Gründe für die Rechtfertigung einer solchen Differenzierung.⁵²⁵

IdR prüft der EGMR Art 14 EMRK nur dann, wenn er keine Verletzung des berührten Konventionsrechts an sich festgestellt hat, weil die Diskriminierung im Fall einer Grundrechtsverletzung keinen weiteren Unrechtsgehalt bedeute.⁵²⁶ Manchmal geht der

⁵¹⁵ *Meyer-Ladewig/Lehner in Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer*, EMRK⁴ Art 14 Rz 9; *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 26 Rz 13.

⁵¹⁶ *Berka in Rill/Schäffer*, Bundesverfassungsrecht Art 14 EMRK Rz 5; *derselbe*, Grundrechte Rz 1011; vereinzelt wird in der Lehre ein strengerer Prüfungsmaßstab aus Art 14 EMRK abgeleitet, der von einer widerleglichen Diskriminierungsvermutung bis zum ausnahmslosen Verbot einer Differenzierung reicht; kritisch dazu *Pöschl*, Gleichheit 646 ff mwN.

⁵¹⁷ *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 26 Rz 13; *Peukert in Frowein/Peukert*, EMRK³ Art 14 Rz 12; *Meyer-Ladewig/Lehner in Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer*, EMRK⁴ Art 14 Rz 9.

⁵¹⁸ *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht¹¹ Rz 756; *Brötzel*, FamRZ 1995, 72 (75); *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 26 Rz 13.

⁵¹⁹ *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 26 Rz 15; *Czech*, Fortpflanzungsfreiheit 125; vgl auch *Berka*, Grundrechte Rz 1012.

⁵²⁰ *Meyer-Ladewig/Lehner in Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer*, EMRK⁴ Art 14 Rz 10.

⁵²¹ *Meyer-Ladewig/Lehner in Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer*, EMRK⁴ Art 14 Rz 11; *Peukert in Frowein/Peukert*, EMRK³ Art 14 Rz 12; *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 26 Rz 16; *Berka in Rill/Schäffer*, Bundesverfassungsrecht Art 14 EMRK Rz 6.

⁵²² *Meyer-Ladewig/Lehner in Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer*, EMRK⁴ Art 14 Rz 12.

⁵²³ *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 26 Rz 16.

⁵²⁴ *Meyer-Ladewig/Lehner in Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer*, EMRK⁴ Art 14 Rz 13; *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 26 Rz 17, 20 ff, 24 ff, 32; vgl zB EGMR U 28. 5. 1985, *Abdulaziz, Cabales u. Balkandali*, Nr. 9214/80, 9473/81, 9474/81 Z 78; EGMR U 21. 2. 1997, *van Raalte*, Nr. 20060/92 Z 42.

⁵²⁵ *Czech*, Fortpflanzungsfreiheit 126 f; ausführlich *Pöschl*, Gleichheit 633 ff.

⁵²⁶ *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 26 Rz 2 mwN; *Peukert in Frowein/Peukert*, EMRK³ Art 14 Rz 5; *Berka in Rill/Schäffer*, Bundesverfassungsrecht Art 14 EMRK Rz 4; *derselbe*, Grundrechte Rz 1009.

Gerichtshof allerdings auch umgekehrt vor, stellt eine Verletzung von Art 14 EMRK in Verbindung mit einem Konventionsrecht fest und erklärt eine weitere Prüfung, ob das Konventionsrecht selbst verletzt ist, für unerheblich.⁵²⁷ Wenn er es für geboten erachtet, insb wenn die Diskriminierung der Hauptaspekt der Grundrechtsverletzung ist,⁵²⁸ prüft der EGMR vereinzelt auch die Verletzung eines Konventionsrechts sowohl für sich genommen als auch in Verbindung mit Art 14 EMRK.⁵²⁹

In der österreichischen Judikatur wird Art 14 EMRK zwar weitaus seltener herangezogen als der allgemeine Gleichheitssatz,⁵³⁰ doch in einigen jüngeren Entscheidungen wird Art 14 EMRK auf Differenzierungen angewendet, für die der EGMR besonders schwerwiegende Gründe verlangt.⁵³¹ Da Art 14 EMRK an die Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung andere und uU strengere Anforderungen stellt als der allgemeine Gleichheitssatz (Art 7 Abs 1 B-VG, aber auch Art I Abs 1 BVG-RD), sind die genannten Bestimmungen nebeneinander anwendbar und ergänzen einander.⁵³²

⁵²⁷ *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 26 Rz 2 mwN; *Pöschl*, Gleichheit 624 mwN; *Peukert* in *Frowein/Peukert*, EMRK³ Art 14 Rz 5; *Berka*, Grundrechte Rz 1009; vgl ua EGMR U 21. 12. 1999, *Salgueiro da Silva Mouta*, Nr. 33290/96 Z 36 f; EGMR U 3. 12. 2009, *Zaunegger*, Nr. 22028/04 Z 64 f EF-Z 2010/37 (*Stormann*) = ÖJZ 2010/2 (MRK) = iFamZ 2010/1.

⁵²⁸ *Berka* in *Rill/Schäffer*, Bundesverfassungsrecht Art 14 EMRK Rz 4.

⁵²⁹ *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 26 Rz 2 mwN; *Pöschl*, Gleichheit 624 f; *Peukert* in *Frowein/Peukert*, EMRK³ Art 14 Rz 5; zB EGMR U 13. 6. 1979, *Marckx*, Nr. 6833/74; EGMR U 12. 1. 2006, *Mizzi*, Nr. 26111/02.

⁵³⁰ *Pöschl*, Gleichheit 639.

⁵³¹ *Pöschl* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, Handbuch VII/1² § 14 Rz 98 mwN; zB VfGH G 66/12 ua VfSlg 19.704 = migraLex 2013, 26 (*Schmitt*) = ZfVB 2013/1091.

⁵³² *Pöschl*, Gleichheit 652 f mit Hinweis auf das Günstigkeitsgebot gem Art 53 EMRK.

2. Kapitel: Natürliche Fortpflanzung

I. Konflikte zwischen rechtlicher und leiblicher Vaterschaft

A. Rechte des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters

1. „Vätertausch“ und „durchbrechendes“ Anerkenntnis

Der erste Konflikt zwischen rechtlicher und leiblicher Elternschaft, der im Rahmen dieser Arbeit untersucht werden soll, betrifft die in der Praxis durchaus häufige Fallkonstellation, dass ein Kind mit seiner Mutter und seinem juristischen Vater aufwächst, sich später jedoch herausstellt, dass in Wahrheit ein anderer Mann der biologische Vater des Kindes ist. Möchte dieser eine familienrechtliche Beziehung zum Kind aufbauen, entstehen neben emotionalen auch rechtliche Komplikationen.

a. Problematik

Im geltenden Recht ist der Status des juristischen Vaters dagegen abgesichert, dass der biologische Vater – oder jener Mann, der sich dafür hält – ihm die Vaterschaft streitig macht.⁵³³ Wenn der biologische Vater ein Anerkenntnis abgibt, bleibt dieses schwebend unwirksam,⁵³⁴ solange nicht das Kind bzw die Mutter des nicht eigenberechtigten Kindes an der „Durchbrechung“ der bestehenden Vaterschaft durch ein Anerkenntnis gem § 147 Abs 2 ABGB mitwirken. Das bedeutet, dass ein „durchbrechendes“ Vaterschaftsanerkenntnis unmöglich ist, wenn das Kind bzw die Mutter nicht wollen, dass der Anerkennende an die Stelle des bisherigen juristischen Vaters tritt.⁵³⁵ Auch für eine gerichtliche Feststellung seiner Vaterschaft fehlt dem potentiellen biologischen Vater die Antragslegitimation, weil nur das Kind einen „Vätertausch“ gem § 150 ABGB beantragen kann.⁵³⁶ Dahinter steht nach dem eindeutigen Willen des Gesetzgebers der Gedanke, dass der Schutz einer intakten sozialen Familie vor den Interessen des (potentiellen) biologischen Vaters Vorrang haben soll, der sich gegen deren Willen in diese Familie hineindrängen will.⁵³⁷

Der OGH hat verfassungsrechtliche Bedenken dagegen geäußert, dass der biologische Vater seine Vaterschaft nicht ohne Mitwirkung des Kindes bzw der Mutter gegen den bisherigen

⁵³³ *Kneihls*, FamZ 2006, 132 (133); vgl auch *Koppensteiner*, Zwei Väter und ein Kuckucksei. Zum Spannungsfeld zwischen biologischer Herkunft und sozialer Familie (1 Ob 236/05w), FamZ 2006, 60 (61).

⁵³⁴ *Bernat* in *Schwimann/Kodek* Ia⁴ § 145 Rz 13; *Deixler-Hübner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 147 Rz 1.

⁵³⁵ *Stefula* in *Klang*³ § 163e Rz 14; *Ferrari*, Das neue österreichische Abstammungsrecht, in FS Schwab (2005) 1333 (1342).

⁵³⁶ *Bernat* in *Schwimann/Kodek* Ia⁴ § 150 Rz 6; *Deixler-Hübner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 150 Rz 2 (Stand 1. 10.2016, rdb.at); *Beck*, Der biologische Vater und sein Kind, EF-Z 2015, 210.

⁵³⁷ ErläutRV 296 BlgNR 21. GP 62; ErläutRV 471 BlgNR 22. GP 6, 26; OGH 1 Ob 98/07d ÖJZ 2007/176 (*Fischer-Czermak*); *Simotta*, ÖA 2004, 175 (186); *Stefula* in *Klang*³ § 163b Rz 6.

juristischen Vater durchsetzen kann.⁵³⁸ Dass für den biologischen Vater zur Feststellung seiner Vaterschaft keinerlei rechtliche Möglichkeit besteht, legt einen Eingriff in sein von Art 8 EMRK geschütztes Recht auf Achtung seines Privat- und Familienlebens nahe.⁵³⁹ Allerdings relativierte der OGH seine Ansicht in einer Folgeentscheidung im selben Verfahren und betonte, dass die Rechtslage jedenfalls in jenen Fällen verfassungskonform ist, in denen das Kind mit dem gesetzlich vermuteten Vater zusammenlebt.⁵⁴⁰ Diese Ansicht hat der OGH unter Berücksichtigung der Rsp des EGMR bereits mehrfach bestätigt.⁵⁴¹

Bereits ein paar Jahre zuvor hatte der VfGH eine Regelung des Abstammungsrechts für verfassungswidrig erklärt, wonach das Kind keine Möglichkeit hatte, seine eheliche Abstammung zu bestreiten, da eine Antragsbefugnis dazu nur dem Ehemann oder dem Staatsanwalt zukam.⁵⁴² Der VfGH kam zum Ergebnis, dass ein fehlender durchsetzbarer Rechtsanspruch des Kindes dem Recht auf Achtung seines Familienlebens gem Art 8 EMRK widerspricht. Das bedeute allerdings nicht, dass das Recht des biologischen Vaters auf Achtung seines Familienlebens auf Kosten anderer Familienbande etwa zwischen dem Kind und dem als Vater feststehenden Mann zu schützen wäre. Ein Eingriff in das Grundrecht des Mannes, der sich für den biologischen Vater hält, könne gem Art 8 Abs 2 EMRK aufgrund des Kindeswohls gerechtfertigt sein.⁵⁴³

Diese Entscheidung hatte zur Folge, dass mit dem FamErbRÄG 2004 eigene Antragsrechte des Kindes auf Bestreitung seiner Ehelichkeit (heute „Feststellung der Nichtabstammung vom Ehemann der Mutter“, §§ 151 ff ABGB) und die Möglichkeit eines „Vätertauschs“ geschaffen wurden,⁵⁴⁴ während das mit dem KindRÄG 2001 eingeführte⁵⁴⁵ „durchbrechende“ Anerkenntnis die einzige Möglichkeit des biologischen Vaters blieb, seine Vaterschaft gegen eine bereits bestehende rechtliche Abstammungsbeziehung durchzusetzen.

Das deutsche BVerfG stellte dagegen um dieselbe Zeit eine Verletzung von Art 6 des deutschen Grundgesetzes fest, weil der biologische Vater eines Kindes seine Vaterschaft nicht gegen die rechtliche Vaterschaft eines anderen Mannes durchsetzen konnte, selbst wenn

⁵³⁸ OGH 1 Ob 236/05w EF-Z 2006/24 (*Huber*).

⁵³⁹ Allerdings sind diese Bedenken von vornherein sehr vorsichtig und allgemein formuliert, da nur von Zweifeln an der Verfassungskonformität und einem möglichen Eingriff in familiäre Beziehungen die Rede ist: OGH 1 Ob 236/05w EF-Z 2006/24 (*Huber*).

⁵⁴⁰ OGH 1 Ob 98/07d EvBl 2007/176 (*Fischer-Czermak*).

⁵⁴¹ OGH 9 Ob 73/14x iFamZ 2015/50 (*Zemanek*) = EF-Z 2015/121; 8 Ob 32/15m iFamZ 2015/155 (*Pesendorfer*).

⁵⁴² VfGH G 78/00 VfSlg 16.928 FamRZ 2003, 1915 (*Bernat*).

⁵⁴³ VfGH G 78/00 VfSlg 16.928 FamRZ 2003, 1915 (*Bernat*).

⁵⁴⁴ BGBl I 58/2004; vgl ErläutRV 471 BlgNR 22. GP 6 f.

⁵⁴⁵ BGBl I 2000/135; vgl ErläutRV 296 BlgNR 21. GP 61 f.

dieser zum Kind keine sozial-familiäre Beziehung pflegte.⁵⁴⁶ Daher ist der leibliche Vater des Kindes nun gem § 1600 Abs 1 Z 2 iVm Abs 2 BGB zur Anfechtung der Vaterschaft berechtigt, wenn der bisherige rechtliche Vater keine sozial-familiäre Beziehung zum Kind hat oder vor seinem Tod hatte.⁵⁴⁷ Nach Ansicht des EGMR entspricht diese Lösung den Anforderungen des Art 8 EMRK, weil sich aus dem Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens nicht notwendigerweise eine Pflicht des Gesetzgebers ableiten lässt, dem biologischen Vater die Feststellung seiner rechtlichen Vaterschaft zu ermöglichen.⁵⁴⁸

Nach einem Teil der Lehre ist die geltende österreichische Rechtslage verfassungskonform, da sie sich innerhalb des gesetzgeberischen Spielraums bewege, den Art 8 EMRK gewähre.⁵⁴⁹ Dagegen stimmt ein anderer Teil der Lehre den verfassungsrechtlichen Bedenken des OGH zu⁵⁵⁰ bzw betrachtet es sogar als verfassungsrechtlich geboten,⁵⁵¹ dem leiblichen Vater zumindest dann die Durchsetzung seiner Vaterschaft zu ermöglichen, wenn keine Familiengemeinschaft zwischen dem Kind und seinem rechtlichen Vater (mehr) besteht.⁵⁵² Eine funktionierende Eltern-Kind-Beziehung zwischen dem Kind und seinem rechtlichen Vater soll jedoch auch nach dieser Ansicht Vorrang haben.⁵⁵³ Im Folgenden soll daher den ursprünglichen Bedenken des OGH nachgegangen werden.⁵⁵⁴ Es stellt sich die Frage, ob die fehlende Antragslegitimation des biologischen Vaters in seine durch Art 8 EMRK geschützten Rechte eingreift.

b. Rechtsprechung des EGMR

Der EGMR hatte sich schon häufig mit Fällen zu befassen, in denen der biologische Vater eines Kindes aufgrund der feststehenden Abstammung eines anderen Mannes daran gehindert

⁵⁴⁶ BVerfG 1 BvR 1493/96 u. 1724/01 NJW 2003, 2151 = FamRZ 2003, 816.

⁵⁴⁷ Dazu ausführlich *Wellenhofer* in MüKoBGB⁷ § 1600 Rz 22 ff; kritisch dazu *Coester-Waltjen*, FamRZ 2013, 1693 (1698).

⁵⁴⁸ EGMR U 22. 3. 2012, *Ahrens*, Nr. 45071/09 Z 74; EGMR U 22. 3. 2012, *Kautzor*, Nr. 23338/09 Z 77; *Wellenhofer*, Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte und das Vaterschaftsanfechtungsrecht des leiblichen Vaters, FamRZ 2012, 828 (831).

⁵⁴⁹ *Kneihs*, FamZ 2006, 132 (136); *Fischer-Czermak*, Anm zu OGH 1 Ob 98/07d, EvBl 2007/176; *Wukovits*, Die soziale Familie: Vorrang vor dem biologischen Band zwischen Vater und Kind, EF-Z 2012, 211 (212); *Pierer* in *Deixler-Hübner*, Handbuch 215 (255).

⁵⁵⁰ *Huber*, Anm zu OGH 1 Ob 236/05w, EF-Z 2006/24; *Ferrari* in FS 200 Jahre ABGB II 935 (940, 954); *Stefula* in Klang³ § 138a Rz 15.

⁵⁵¹ *Aichinger*, Zur Legalisierung der bloßen „Erzeugerschaft“ (Teil I), EF-Z 2009, 5 (9); *Bernat*, Anm zu VfGH G 78/00, FamRZ 2003, 1915 (1918).

⁵⁵² So zum deutschen Recht *Fahrenhorst*, Familienrecht und EMRK 358; *R. Frank*, Grundzüge und Einzelprobleme des Abstammungsrechts, StAZ 2003, 129 (132); *Stefula* in Klang³ § 163b Rz 7; vgl jedoch *derselbe* in Klang³ § 138a Rz 15, wonach die Vaterschaft des Ehemannes aufgrund der Schutzwürdigkeit der Ehe von einer Anfechtung durch den biologischen Vater ausgeschlossen bleiben soll.

⁵⁵³ *Aichinger*, EF-Z 2009, 5 (9); *Koppensteiner*, FamZ 2006, 60 (62); *Bernat*, Anm zu VfGH G 78/00, FamRZ 2003, 1915 (1918); *Stefula* in Klang³ § 163b Rz 7.

⁵⁵⁴ OGH 1 Ob 236/05w EF-Z 2006/24 (*Huber*).

war, sein Kind anzuerkennen.⁵⁵⁵ Wenn das Abstammungsrecht verhindert, dass ein Kind von seinem biologischen Vater anerkannt wird, obwohl die beiden faktisch eine Vater-Kind-Beziehung pflegen und der juristische Vater im Leben des Kindes keine Rolle spielt, nimmt der EGMR eine Verletzung von Art 8 EMRK an:

„[...] „respect“ for „family life“ requires that biological and social reality prevail over a legal presumption which, as in the present case, flies in the face of both established fact and the wishes of those concerned without actually benefiting anyone.“⁵⁵⁶

Differenzierter beurteilt der EGMR jene Fälle, in denen der biologischen und sozialen Realität nicht nur eine leere Rechtsvermutung gegenübersteht: Den Mitgliedstaat trifft keine positive Verpflichtung, die Anfechtung der bestehenden rechtlichen Vaterschaft durch den biologischen Vater eines Kindes zu ermöglichen.⁵⁵⁷ Eine solche Verpflichtung lässt sich nach Ansicht des EGMR auch nicht aus dem Urteil *Róžański* ableiten.⁵⁵⁸ Daraus geht lediglich hervor, dass die Rechte des biologischen Vaters aus Art 8 EMRK verletzt sind, wenn er die Vaterschaft allein aufgrund des Anerkenntnisses eines anderen Mannes nicht erlangen kann, ohne dass die Umstände des Falles genauer geprüft würden.⁵⁵⁹

Der EGMR nimmt zwar in seiner mit den Urteilen *Kautzor* und *Ahrens* begonnenen Judikaturlinie einen Eingriff in das Recht des biologischen Vaters auf Achtung seines Privatlebens an, wenn dieser nicht rechtlicher Vater des Kindes werden kann.⁵⁶⁰ Dieser Eingriff verfolge jedoch ein legitimes Ziel und sei notwendig in einer demokratischen Gesellschaft iSd Art 8 Abs 2 EMRK, solange eine ausreichende Abwägung der entgegengesetzten Interessen stattfindet.⁵⁶¹ Die Regelung dieser Frage falle in den

⁵⁵⁵ EGMR U 27. 10. 1994, *Kroon*, Nr. 18535/91; EGMR E 29. 6. 1999, *Nylund*, Nr. 27110/95 ÖJZ 2000/5 (MRK); EGMR U 18. 5. 2006, *Róžański*, Nr. 55339/00; EGMR U 22. 3. 2012, *Kautzor*, Nr. 23338/09; EGMR U 22. 3. 2012, *Ahrens*, Nr. 45071/09; EGMR 14. 1. 2016, *Mandet*, Nr. 30955/12 FamRZ 2016, 529.

⁵⁵⁶ EGMR U 27. 10. 1994, *Kroon*, Nr. 18535/91 Z 40; EGMR 18. 5. 2006, *Róžański*, Nr. 55339/00 Z 67; vgl auch EGMR U 12. 1. 2006, *Mizzi*, Nr. 26111/02 zum umgekehrten Fall (Verletzung von Art 8 EMRK, weil der Ehemann die Vaterschaft zu einem Kind nicht beseitigen kann, das ihm weder biologisch noch sozial zugeordnet ist).

⁵⁵⁷ EGMR E 29. 6. 1999, *Nylund*, Nr. 27110/95 ÖJZ 2000/5 (MRK); EGMR U 22. 3. 2012, *Kautzor*, Nr. 23338/09 Z 77; EGMR U 22. 3. 2012, *Ahrens*, Nr. 45071/09 Z 74; vgl auch *Fahrenheit*, Familienrecht und EMRK 356.

⁵⁵⁸ EGMR U 22. 3. 2012, *Kautzor*, Nr. 23338/09 Z 77; EGMR U 22. 3. 2012, *Ahrens*, Nr. 45071/09 Z 74.

⁵⁵⁹ EGMR U 18. 5. 2006, *Róžański*, Nr. 55339/00 Z 78; EGMR U 8. 12. 2016, *L.D./P.K. gegen Bulgarien*, Nr. 7949/11, 45522/13 FamRZ 2017, 385 (*Frank*).

⁵⁶⁰ EGMR U 22. 3. 2012, *Kautzor*, Nr. 23338/09 Z 63; EGMR U 22. 3. 2012, *Ahrens*, Nr. 45071/09 Z 60; EGMR E 5. 11. 2013, *Hülsmann*, Nr. 26610/09 NJW 2014, 3083; EGMR U 8. 12. 2016, *L.D./P.K. gegen Bulgarien*, Nr. 7949/11, 45522/13 FamRZ 2017, 385 (*Frank*).

⁵⁶¹ EGMR U 18. 5. 2006, *Róžański*, Nr. 55339/00 Z 78; EGMR U 22. 3. 2012, *Kautzor*, Nr. 23338/09 Z 77; EGMR U 22. 3. 2012, *Ahrens*, Nr. 45071/09 Z 74.

Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers, der hier weit sei,⁵⁶² da es in dieser Frage höchstens einen Trend, aber keinen eindeutigen Konsens zwischen den Mitgliedstaaten gebe.⁵⁶³

Dementsprechend hat der EGMR seine Rechtsprechung zur deutschen Rechtslage in den letzten Jahren mehrmals bestätigt:⁵⁶⁴ Wenn der biologische Vater die Vaterschaft des rechtlichen Vaters nur dann anfechten kann, wenn dieser zum Kind keine sozial-familiäre Beziehung pflegt, steht dies im Einklang mit Art 8 EMRK.⁵⁶⁵ Wie weit der Ermessensspielraum der Mitgliedstaaten ist, zeigt jedoch das Urteil *Mandet*: Darin erklärte der Gerichtshof eine Regelung des französischen Rechts für konventionskonform, wonach der biologische Vater eines Kindes die rechtliche Vaterschaft auf Antrag auch gegen den Willen des Kindes, der Mutter und des bisherigen rechtlichen und sozialen Vaters erlangen kann.⁵⁶⁶

c. *Schutzbereich des Art 8 EMRK*

Wenn ein Kind in eine bestehende Familienbeziehung zwischen den Eltern hineingeboren wird, wird es *ipso iure* Teil dieses geschützten Familienlebens.⁵⁶⁷ Nach der Rechtsprechung des EGMR reicht die biologische Verwandtschaft allein dagegen nicht aus, um ein Familienleben iSd Art 8 EMRK zu begründen, wenn keine Elemente einer persönlichen Beziehung hinzutreten.⁵⁶⁸ Daher kann die Beziehung zwischen Vater und Kind als Familienleben angesehen werden, wenn eine „realistische Beziehung“ und „regelmäßige Kontakte“ zwischen ihnen bestehen.⁵⁶⁹ Dabei kommt es besonders auf die tatsächlichen Umstände an.⁵⁷⁰ Ob eine tatsächlich gelebte Familienbeziehung zwischen einem leiblichen Vater und seinem außerhalb der Ehe geborenen Kind besteht, wenn die Eltern nicht zusammenleben, hängt vor allem von der Natur der Beziehung der Eltern und vom Interesse

⁵⁶² EGMR U 22. 3. 2012, *Ahrens*, Nr. 45071/09 Z 68; EGMR U 22. 3. 2012, *Kautzor*, Nr. 23338/09 Z 70.

⁵⁶³ EGMR U 22. 3. 2012, *Kautzor*, Nr. 23338/09 Z 72; EGMR U 22. 3. 2012, *Ahrens*, Nr. 45071/09 Z 70; vgl auch die rechtsvergleichenden Ausführungen bei *Helms*, FamRZ 2010, 1 (2 ff).

⁵⁶⁴ EGMR E 5. 11. 2013, *Hülsmann*, Nr. 26610/09 NJW 2014, 3083; EGMR E 2. 12. 2014, *Adebowale*, Nr. 546/10 EuGRZ 2015, 644; EGMR E 10. 3. 2015, *Markgraf*, Nr. 42719/14 FamRZ 2016, 437.

⁵⁶⁵ EGMR U 22. 3. 2012, *Kautzor*, Nr. 23338/09; EGMR U 22. 3. 2012, *Ahrens*, Nr. 45071/09; ausführlich *Wellenhofer*, FamRZ 2012, 828; zu § 1600 Abs 2 BGB siehe auch *Koppensteiner*, FamZ 2006, 60 (61), *Büttner*, Der biologische (genetische) Vater und seine Rechte, in FS Schwab (2005) 735 (736); *Hager*, Der rechtliche und der leibliche Vater, in FS Schwab (2005) 773 (773 ff).

⁵⁶⁶ EGMR U 14. 1. 2016, *Mandet*, Nr. 30955/12 FamRZ 2016, 529.

⁵⁶⁷ EGMR U 13. 6. 1979, *Marckx*, Nr. 6833/74 NJW 1979, 2449; EGMR U 26. 5. 1994, *Keegan*, Nr. 16969/90 ÖJZ 1995, 70; EGMR U 27. 10. 1994, *Kroon*, Nr. 18535/91; EGMR U 1. 6. 2004, *L. gegen Niederlande*, Nr. 45582/99.

⁵⁶⁸ EGMR U 1. 6. 2004, *L. gegen Niederlande*, Nr. 45582/99 Z 37; EGMR U 15. 9. 2011, *Schneider*, Nr. 17080/07 Z 80; aA *Brötel*, FamRZ 1995, 72 (74); siehe S. 25.

⁵⁶⁹ *Wildhaber* in *Pabel/Schmahl*, IntKommEMRK² Art 8 Rz 366; *Wiederin* in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht Art 8 EMRK Rz 76; *Fahrenhorst*, Familienrecht und EMRK 102; *B. Rudolf*, EuGRZ 1995, 110 (111); EGMR U 26. 5. 1994, *Keegan*, Nr. 16969/90 ÖJZ 1995, 70.

⁵⁷⁰ *Meyer-Ladewig/Nettesheim* in *Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer*, EMRK⁴ Art 8 Rz 56; siehe S. 25.

des Vaters am Kind sowohl vor als auch nach der Geburt ab.⁵⁷¹ Im Urteil *L. gegen Niederlande* genügte es beispielsweise, dass der leibliche Vater mit der Mutter bis zum 16. Lebensmonat des Kindes eine Beziehung führte, er das Kind während dieser Zeit regelmäßig besuchte, es ein- bis zwei Mal beaufsichtigte und sich für die Gesundheit des Kindes interessierte.⁵⁷² Ausnahmsweise kann sogar ein nur beabsichtigtes Familienleben („intended family life“) zwischen einem leiblichen Vater und seinen Kindern den Schutz des Art 8 EMRK genießen, wenn der Umstand, dass es noch nicht hergestellt wurde, nicht dem biologischen Vater zugerechnet werden kann.⁵⁷³ Insgesamt stellt der EGMR daher keine allzu hohen Anforderungen an die Intensität einer nach Art 8 EMRK geschützten Familienbeziehung.⁵⁷⁴

Ein geschütztes Familienleben besteht auch im Verhältnis zwischen dem rechtlichen Vater und dem Kind, wenn diese bisher als Familie zusammengelebt haben und faktisch in einem engen, persönlichen Verhältnis stehen. Doch selbst wenn zwischen dem rechtlichen Vater und dem Kind kein Familienleben iSd Art 8 EMRK besteht, betrifft die drohende Änderung der Abstammungsverhältnisse jedenfalls ihr Privatleben.⁵⁷⁵ Nach der Rechtsprechung des EGMR wirkt sich die Abstammung oder Nicht-Abstammung eines Kindes von seinem Vater auch direkt auf die soziale Identität und damit auf die Privatsphäre des Vaters aus, da sie ua im Personenstandsregister, in medizinischen Aufzeichnungen und in Personalakten aufscheint.⁵⁷⁶

d. Rechtfertigung nach Art 8 Abs 2 EMRK

Aus der oben zitierten Judikatur des EGMR ergibt sich bereits, dass das geltende Recht jedenfalls in solchen Fällen gegen Art 8 EMRK verstößt, in denen der juristische Vater und das Kind keine Familienbeziehung führen, die als Familienleben zu qualifizieren ist.⁵⁷⁷ Denn in diesem Fall gibt es schon kein legitimes Ziel, das den Eingriff in das Familienleben des

⁵⁷¹ EGMR E 29. 6. 1999, *Nylund*, Nr. 27110/95 ÖJZ 2000/5 (MRK); EGMR U 1. 6. 2004, *L. gegen Niederlande*, Nr. 45582/99 Z 36; EGMR U 18. 5. 2006, *Róžański*, Nr. 55339/00 Z 64; EGMR U 3. 12. 2009, *Zaunegger*, Nr. 22028/04 Z 37; EGMR U 22. 3. 2012, *Kautzor*, Nr. 23338/09 Z 61; EGMR U 22. 3. 2012, *Ahrens*, Nr. 45071/09 Z 58.

⁵⁷² EGMR U 1. 6. 2004, *L. gegen Niederlande*, Nr. 45582/99 Z 9, 39 f.

⁵⁷³ EGMR U 21. 12. 2010, *Anayo*, Nr. 20578/07 EF-Z 2011/34 (*Nademleinsky*) = FamRZ 2011, 1363 (*Rixe*) = NJW 2011, 3565; EGMR U 15. 9. 2011, *Schneider*, Nr. 17080/07 NJW 2012, 2781.

⁵⁷⁴ *Kneihs*, FamZ 2006, 132 (133 FN 18); *derselbe*, Privater Befehl und Zwang (2004) 218 FN 494 geht in systematischer Interpretation des Art 8 EMRK iVm Art 2 1. ZPEMRK davon aus, dass das Nichtbestehen von Familienleben zwischen einem Elternteil und seinem Kind begründet werden muss und nicht umgekehrt.

⁵⁷⁵ EGMR U 28. 11. 1984, *Rasmussen*, Nr. 8777/79 Z 33; EGMR U 12. 1. 2006, *Mizzi*, Nr. 26111/02 Z 102; EGMR U 10. 10. 2006, *Paulík*, Nr. 10699/05; EGMR 14. 1. 2016, *Mandet*, Nr. 30955/12 Z 33 ff, Z 44 FamRZ 2016, 529.

⁵⁷⁶ EGMR U 10. 10. 2006, *Paulík*, Nr. 10699/05 Z 42.

⁵⁷⁷ EGMR U 27. 10. 1994, *Kroon*, Nr. Nr. 18535/91 Z 40; EGMR 18. 5. 2006, *Róžański*, Nr. 55339/00 Z 67; ebenso *Fahrenhorst*, Familienrecht und EMRK 465.

leiblichen Vaters rechtfertigen könnte.⁵⁷⁸ Wenn der juristische Vater dagegen mit dem Kind eine enge Familienbeziehung pflegt und die „soziale“ Vaterrolle innehat, steht dem Eingriff ins Familienleben des biologischen Vaters das ebenfalls durch Art 8 EMRK geschützte Familienleben des juristischen Vaters mit der Mutter und dem Kind gegenüber, das im Rahmen der „Rechte und Freiheiten anderer“ auf der Ebene der Rechtfertigung gem Art 8 Abs 2 EMRK zu berücksichtigen ist.⁵⁷⁹

Der Ausschluss des biologischen Vaters von einem Antragsrecht auf einen „Vätertausch“ ergibt sich aus § 150 ABGB; die Rechtswirksamkeit eines Anerkenntnisses wird bei Bestehen einer anderen juristischen Vaterschaft durch § 147 Abs 1, 2 ABGB eingeschränkt. Der Eingriff in das Recht auf Familienleben beruht daher auf einer gesetzlichen Grundlage. Um festzustellen, ob dieser gerechtfertigt ist, sind daher die übrigen Voraussetzungen gem Art 8 Abs 2 EMRK zu prüfen.⁵⁸⁰ Als legitimes Ziel kommen hier die „Rechte und Freiheiten anderer in Betracht“, insbesondere jene des Kindes, des juristischen Vaters und der Mutter. Die Anfechtungsmöglichkeit des biologischen Vaters würde auch umgekehrt in das Recht der genannten Beteiligten auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens eingreifen.⁵⁸¹ In jenen Fällen, in denen das Kind zu beiden „Vätern“ gem Art 8 EMRK geschützte Familienbeziehungen hat, ist zu prüfen, ob ein Eingriff in das Familienleben des biologischen Vaters zum Schutz des Familienlebens des juristischen Vaters in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist. Im Zuge einer sorgfältigen Interessenabwägung ist zu ermitteln, wessen Interessen höher zu bewerten sind und wie diese geschützt werden sollen.⁵⁸² Eine zentrale Rolle spielt dabei das Kindeswohl, dem im Einzelfall ein höheres Gewicht zukommen kann als den Interessen der Eltern.⁵⁸³

⁵⁷⁸ AA *Kneihls*, FamZ 2006, 132 (135 f); *Stefula* in Klang³ § 138a Rz 15.

⁵⁷⁹ Vgl EGMR U 22. 3. 2012, *Ahrens*, Nr. 45071/09 Z 61 f, 71 f; EGMR U 22. 3. 2012, *Kautzor*, Nr. 23338/09 Z 73 f; EGMR E 5. 11. 2013, *Hülsmann*, Nr. 26610/09 NJW 2014, 3083; EGMR E 10. 3. 2015, *Markgraf*, Nr. 42719/14 Z 25 FamRZ 2016, 437; *Stefula* in Klang³ § 163b Rz 7.

⁵⁸⁰ *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 22 Rz 36.

⁵⁸¹ *Huber*, Anm zu OGH 1 Ob 236/05w EF-Z 2006/24; *Stefula* in Klang³ § 163b Rz 7; EGMR U 14. 1. 2016, *Mandet*, Nr. 30955/12 Z 45 FamRZ 2016, 529.

⁵⁸² *Fischer-Czermak*, Anm zu OGH 26. 6. 2007, 1 Ob 98/07d EvBl 2007/176; *Aichinger*, EF-Z 2009, 5 (8); EGMR 18. 5. 2006, *Rózański*, Nr. 55339/00 Z 78.

⁵⁸³ *Fahrenhorst*, Familienrecht und EMRK 357; EGMR U 5. 11. 2002, *Yousef*, Nr. 33711/96 Z 66; EGMR U 26. 2. 2004, *Görgülü*, Nr. 74969/01 Z 43; EGMR U 8. 7. 2003, *Sommerfeld*, Nr. 31871/06 Z 64 EuGRZ 2004, 711; EGMR U 22. 3. 2012, *Ahrens*, Nr. 45071/09 Z 63; EGMR U 22. 3. 2012, *Kautzor*, Nr. 23338/09 Z 64; EGMR U 14. 1. 2016, *Mandet*, Nr. 30955/12 Z 57, wobei das Kindeswohl in diesem Urteil in einer Weise berücksichtigt wird, die den Wünschen des Kindes widerspricht.

Das Leitbild des biologischen, nicht mit der Mutter verheirateten Vaters hat sich aufgrund des gesellschaftlichen Wandels der letzten Jahrzehnte verändert:⁵⁸⁴ Während man früher davon ausging, dass sich ein Vater im Allgemeinen nicht für sein uneheliches Kind interessieren wird,⁵⁸⁵ betrachtet man das Interesse des Vaters an seinem Kind heute als den Regelfall, und zwar unabhängig von einer dauerhaften Ehe oder Lebensgemeinschaft mit der Mutter.⁵⁸⁶ Als Folge davon werden die Interessen von Vätern, die nicht mit der Mutter verheiratet sind,⁵⁸⁷ und ihre Rolle als wichtige Bezugspersonen für das Kind heute höher bewertet.⁵⁸⁸

Da die genetische Verwandtschaft zwischen dem biologischen Vater und dem Kind sich nicht ändert, hat dieser ein Leben lang einen Grund, eine Beziehung zum Kind aufbauen und erhalten zu wollen.⁵⁸⁹ Zwischenmenschliche Beziehungen allein sind dagegen brüchig und mit Unsicherheiten verbunden, selbst wenn man auf ihre lebenslange Dauer hinarbeitet. Sollte die Beziehung zwischen der Mutter und dem sozialen Vater enden, ist dadurch automatisch auch dessen Verhältnis zum Kind gefährdet.⁵⁹⁰

Allerdings ist das Wohl des Kindes nicht zwangsläufig beeinträchtigt, wenn es nicht die leiblichen Eltern sind, zu denen das Kind eine sichere und stabile Beziehung aufbaut.⁵⁹¹ Eine intakte Familie gibt idR Sicherheit und Geborgenheit⁵⁹² und ist damit entscheidend für die Entwicklung des Kindes.⁵⁹³ Wenn tatsächlich eine stabile familiäre Beziehung zwischen dem Kind und seinem sozialen und rechtlichen Vater besteht und die Durchsetzung der genetischen Vaterschaft diese gewachsenen Familienbande zerstören würde, werden die Kosten für das Kindeswohl im Einzelfall zu hoch sein.⁵⁹⁴ Dieses Argument wird umso stärker, je länger die Beziehung des Kindes zum nicht-leiblichen Vater sich verfestigt hat.⁵⁹⁵ Nach Ansicht des OGH sind solche Fallkonstellationen *de facto* so häufig, dass man sie einer typisierenden Betrachtungsweise zugrunde legen kann.⁵⁹⁶

⁵⁸⁴ Janda, Die Rechte des biologischen Vaters – Verschiebung der Machtverhältnisse in der Familie? in *Hauer/Rudkowski ua*, Jahrbuch junger Zivilrechtswissenschaftler 2012. Macht im Zivilrecht (2013) 323.

⁵⁸⁵ Aichinger, EF-Z 2009, 5 (8); Helms, FamRZ 2010, 1 (2).

⁵⁸⁶ Helms, FamRZ 2010, 1 (2).

⁵⁸⁷ Coester-Waltjen, FamRZ 2013, 1693.

⁵⁸⁸ Janda in *Hauer/Rudkowski ua*, Jahrbuch 323.

⁵⁸⁹ Helms, FamRZ 2010, 1 (6).

⁵⁹⁰ Coester-Waltjen, FamRZ 2013, 1693 (1698); Helms, FamRZ 2010, 1 (6).

⁵⁹¹ Helms, FamRZ 2010, 1 (6).

⁵⁹² Fahrenhorst, Familienrecht und EMRK 357.

⁵⁹³ Vgl EGMR U 14. 1. 2016, *Mandet*, Nr. 30955/12 Z 33 f; Dissenting opinion of Judge Nussberger Z 9.

⁵⁹⁴ *Kneihs*, FamZ 2006, 132 (135); vgl die Argumentation der Beschwerdeführer in EGMR U 14. 1. 2016, *Mandet*, Nr. 30955/12 Z 22.

⁵⁹⁵ Helms, FamRZ 2010, 1 (7).

⁵⁹⁶ OGH 1 Ob 98/07d EvBl 2007/176 (*Fischer-Czermak*).

Zu beachten ist allerdings, dass das Kindeswohl nach den Umständen des Einzelfalls und unter Berücksichtigung der Wünsche des Kindes zu bestimmen ist.⁵⁹⁷ Der Vorrang des Kindeswohls kann daher in einen Fall zugunsten des rechtlichen und sozialen Vaters und im anderen Fall zugunsten des biologischen Vaters ausschlagen.⁵⁹⁸ In jenem Umfang, in dem man dem biologischen Vater die Durchsetzung seiner Vaterschaft ermöglicht, nimmt man dem Kind die Entscheidungsfreiheit zwischen der Beibehaltung seines bisherigen Vaters und der Anerkennung seiner genetischen Abstammung.⁵⁹⁹

e. Ergebnis

Diese Gegenüberstellung von Argumenten zeigt mE, dass weder eine Bevorzugung des rechtlichen Vaters noch eine Privilegierung des biologischen Vaters zu einem Ergebnis führen wird, das für jeden Einzelfall eine befriedigende Lösung bietet.⁶⁰⁰

Eine Aufrechterhaltung einer Vaterschaft „auf dem Papier“ ist mE nicht verhältnismäßig, wenn für deren Beibehaltung ausschließlich formale Gründe und Rechtssicherheitserwägungen sprechen, während der biologische Vater dem Kind so viel Interesse entgegenbringt, dass er mit allen Rechten und Pflichten sein Vater werden will und sich bereits *de facto* um dieses kümmert.⁶⁰¹ Dagegen vertritt *Kneihs*,⁶⁰² dass in solchen Fällen das Familienleben zwischen Mutter und Kind und das Kindeswohl zu schützen seien. Ein Mann, mit dem die Mutter sich nicht einigen könne und dem es mit sozialen Mitteln nicht gelinge, Teil der Familie zu werden, solle sich den Familienmitgliedern nicht mit den Mitteln des Abstammungsrechts aufdrängen können.⁶⁰³ Allerdings wäre dann fraglich, warum §§ 147, 150 ABGB das Familienleben von Mutter und Kind nur schützen, wenn zuvor jemand anderer die juristische Vaterschaft erlangt hat. Ganz allgemein gilt ja, dass ein Kind sich seinen leiblichen Vater nicht aussuchen kann.⁶⁰⁴ Darüber hinaus sind keine eigenen Interessen eines

⁵⁹⁷ EGMR U 6. 7. 2010, *Neulinger u. Shuruk*, Nr. 41615/07 (Große Kammer) Z 138; *Bezemek*, Grundrechte § 26 Rz 4; aA EGMR U 14. 1. 2016, *Mandet*, Nr. 30955/12 Z 59; vgl Dissenting opinion of Judge *Nussberger* Z 10 f.

⁵⁹⁸ *Coester-Waltjen*, FamRZ 2013, 1693 (1699).

⁵⁹⁹ EGMR E 29. 6. 1999, *Nylund*, Nr. 27110/95 ÖJZ 2000/5 (MRK).

⁶⁰⁰ So auch *Helms*, FamRZ 2010, 1 (7); *Aichinger*, EF-Z 2009, 5 (8); Anm *Heiderhoff* zu BGH XII ZR 49/11, FamRZ 2013, 1209 (1213): „Man kann die Problematik darauf verkürzen, dass kein System dafür besteht, wie die Interessen der unterschiedlichen „Elternanwärter“ zu gewichten sind, die heute oft für ein einziges Kind auftreten.“

⁶⁰¹ Ähnlich *Aichinger*, EF-Z 2009, 5 (9); *Beck*, EF-Z 2015, 210 (211); *Stefula* in Klang³ § 163b Rz 7; *Fahrenhorst*, Familienrecht und EMRK 358 sieht dagegen schon kein legitimes Ziel in diesen Fällen.

⁶⁰² FamZ 2006, 132 (135).

⁶⁰³ *Kneihs*, FamZ 2006, 132 (135); dass die österreichische Rechtslage auf dem Konsens der Beteiligten aufbaut, befürwortet auch *Wukovits*, EF-Z 2012, 211 (212).

⁶⁰⁴ *Stefula* in Klang³ § 163b Rz 7.

de facto nicht vorhandenen juristischen Vaters ersichtlich, die den besonderen Schutz seiner Elternposition rechtfertigen würden.

Darüber hinaus hat auch der Schutz des Privat- und Familienlebens der Mutter mit dem Kind mE nicht automatisch Vorrang gegenüber dem Grundrecht des biologischen Vaters, da der EGMR in jedem Fall eine Abwägung der widerstreitenden Interessen verlangt.⁶⁰⁵ Fraglich ist auch, ob das Interesse der Mutter daran, mit wem sie ihre Elternrechte teilen muss, ein Vetorecht gegen den leiblichen Vater rechtfertigen kann.⁶⁰⁶ Gegebenenfalls kann das Kindeswohl auch mit gelinderen Mitteln, zB durch die Einschränkung von Kontaktrechten gem § 187 Abs 2 ABGB, geschützt werden.⁶⁰⁷

ME wäre eine an den deutschen § 1600 Abs 2 BGB angelehnte Lösung auch im österreichischen Recht erforderlich.⁶⁰⁸ Schließlich wird Art 8 EMRK nach Ansicht des EGMR verletzt, wenn der leibliche Vater seine Vaterschaft nicht durchsetzen kann, obwohl zwischen dem Kind und seinem rechtlichen Vater keinerlei gelebte, familiäre Beziehung besteht⁶⁰⁹ und dieser Umstand im Abstammungsrecht nicht berücksichtigt wird.⁶¹⁰ Danach sind §§ 147 Abs 1-2, 150 ABGB insofern verfassungswidrig, als diese Bestimmungen das Recht des biologischen Vaters missachten, seine Vaterschaft gegen die nur noch „auf dem Papier“ bestehende Vaterschaft eines anderen Mannes durchzusetzen.⁶¹¹

Als zusätzliche Voraussetzung für eine solche Durchsetzung der Vaterschaft wäre erforderlich, dass der leibliche Vater entweder schon ein soziales Verhältnis zum Kind aufgebaut hat oder aus Gründen nicht aufbauen konnte, die ihm nicht zuzurechnen sind. Diese Lösung steht mE auch im Einklang mit der Rechtsprechung des EGMR.⁶¹² Wenn der

⁶⁰⁵ *Huber*, Anm zu OGH 1 Ob 236/05w, EF-Z 2006/24 mwN; EGMR U 7. 2. 2002, *Mikulić*, Nr. 53176/99 Z 65; EGMR U 12. 1. 2006, *Mizzi*, Nr. 26111/02 Z 114; EGMR U 26. 5. 1994, *Keegan*, Nr. 16969/90 Z 49; EGMR U 27. 10. 1994, *Kroon*, Nr. 18535/91 Z 31.

⁶⁰⁶ *Stefula* in Klang³ § 163b Rz 7; siehe dazu S. 75 f.

⁶⁰⁷ So auch *Kneihs*, FamZ 2006, 132 (136); *Aichinger*, EF-Z 2009, 5 (7).

⁶⁰⁸ Dies schlägt auch *Koppensteiner*, FamZ 2006, 60 (62) vor.

⁶⁰⁹ EGMR U 27. 10. 1994, *Kroon*, Nr. 18535/91 ÖJZ 1995/20 (MRK) = FamRZ 2003, 813 (*Rixe*); dagegen kritisiert *Frank*, Anm zu EGMR U 8. 12. 2016, *L.D./P.K. gegen Bulgarien*, Nr. 7949/11, 45522/13, FamRZ 2017, 385 das Abstellen auf die sozial-familiäre Beziehung zum rechtlichen Vater, weil es den Anforderungen an Art 8 EMRK nicht gerecht werde.

⁶¹⁰ EGMR U 18. 5. 2006, *Róžański*, Nr. 55339/00; ähnlich *Huber*, Anm zu OGH 1 Ob 236/05w EF-Z 2006/24; *Coester-Waltjen*, FamRZ 2013, 1693 (1698) zur Rechtslage vor § 1600 Abs 2 BGB; *Beck*, EF-Z 2015, 210 (211); aA *Kneihs*, FamZ 2006, 132 (136).

⁶¹¹ So auch *Ferrari* in FS 200 Jahre ABGB II 935 (954); *Huber*, Anm zu OGH 1 Ob 236/05w, EF-Z 2006/24; *Aichinger*, EF-Z 2009, 5 (7 f); aA *Kneihs*, FamZ 2006, 132 (136).

⁶¹² Vgl EGMR U 1. 6. 2004, *L. gegen Niederlande*, Nr. 45582/99 Z 37 ff; EGMR U 21. 12. 2010, *Anayo*, Nr. 20578/07 Z 59 ff EF-Z 2011/34 (*Nademleinsky*) = FamRZ 2011, 1363 (*Rixe*). In beiden Fällen nahm der EGMR eine Verletzung des Privatlebens des biologischen Vaters wegen des fehlenden Kontaktrechts mit dem Kind an,

biologische Vater die rechtliche Vaterschaft zB nur aus Rache an der Mutter oder anderen Motiven erlangen will,⁶¹³ ohne mit dem Kind tatsächlich ein Familienleben zu beabsichtigen, kann er sich nicht über eine Verletzung von Art 8 EMRK beschweren.⁶¹⁴

Damit würde man vermeiden, dass das Kind zugunsten eines ihm fremden Mannes seinen rechtlichen Vater verliert: Die Entscheidung zwischen zwei „Vätern“, die beide nicht die soziale Vaterrolle ausüben, sollte aus Kindeswohlüberlegungen dem Kind selbst überlassen bleiben. § 150 ABGB könnte daher um die Antragsbefugnis des leiblichen Vaters ergänzt werden, wobei das Gericht einen „Vätertausch“ nur durchzuführen hat, wenn erstens der rechtliche Vater mit dem Kind nicht in einer familiären Beziehung lebt und zweitens eine solche Beziehung zwischen dem Kind und dem biologischen Vater besteht. Daneben könnte das „durchbrechende“ Anerkenntnis gem § 147 Abs 2 ABGB in der bisherigen Form erhalten bleiben,⁶¹⁵ um die Vaterschaft schneller ändern zu können, wenn das Kind bzw die Mutter⁶¹⁶ ohnehin damit einverstanden sind. Dieses Ergebnis steht auch nicht im Widerspruch zur Ansicht des VfGH, dass Art 8 EMRK nicht verlangt, dass sich ein potentieller biologischer Vater in eine bestehende Familiengemeinschaft hineindrängen können soll.⁶¹⁷

Wenn das Kind zum rechtlichen Vater eine tatsächliche familiäre Beziehung hat, wird es dagegen idR nicht seinem Wohl dienen, diesen im Zuge eines gegen den Willen der Beteiligten eingeleiteten Abstammungsprozesses zu verlieren und sich mit dem idR unbekannteren leiblichen Vater arrangieren zu müssen.⁶¹⁸ Nach obigem Vorschlag würde das Bestehen einer intakten sozialen Familie zwar einer gerichtlichen Prüfung unterzogen, der Schutz dieser Familie hätte jedoch weiterhin Vorrang vor den Interessen des biologischen Vaters. Zwar kann der biologische Vater *de facto* nie verhindern, dass das Kind weiterhin bei seiner sozialen Familie lebt, doch der Wechsel der Vaterschaft mit allen Rechten und Pflichten bringt für die Beteiligten weitreichende rechtliche Konsequenzen und familiäre Konflikte mit sich.⁶¹⁹ Der leibliche Vater hat in diesem Fall immer noch die Möglichkeit, gem § 188 Abs 2 ABGB ein Kontaktrecht zu erwirken und auf diese Weise eine Beziehung zum

verneinte jedoch in *L. gegen Niederlande* das Bestehen eines Familienlebens bzw ließ in *Anayo* selbst die Frage nach „intended family life“ offen.

⁶¹³ Büttner in FS Schwab 735 (744).

⁶¹⁴ Vgl ua EGMR U 24. 2. 1996, *Boughanemi*, Nr. 22070/93 Z 35; der Gesetzgeber ist jedoch zur Gleichbehandlung verpflichtet und darf dem biologischen Vater daher pauschal kein Desinteresse unterstellen: *Janda in Hauer/Rudkowski ua*, Jahrbuch 323 (342).

⁶¹⁵ Mit Verweis auf die Praxisrelevanz dieser Bestimmung ErläutRV 471 BlgNR 22. GP 26.

⁶¹⁶ Siehe jedoch S. 77 f.

⁶¹⁷ VfGH G 78/00 VfSlg 16.928 FamRZ 2003, 1915 (*Bernat*).

⁶¹⁸ Vgl EGMR U 14. 1. 2016, *Mandet*, Nr. 30955/12, Dissenting opinion of Judge *Nussberger* Z 7 ff; *Koppensteiner*, FamZ 2006, 60 (62).

⁶¹⁹ EGMR U 22. 3. 2012, *Ahrens*, Nr. 45071/09 Z 67; EGMR U 14. 1. 2016, *Mandet*, Nr. 30955/12 Z 58.

Kind aufzubauen, ohne damit allzu stark das Familienleben der übrigen Beteiligten zu beeinträchtigen.⁶²⁰

f. Verletzung von Art 6 EMRK?

In der fehlenden Antragslegitimation des biologischen Vaters zur Feststellung seiner Vaterschaft bei gleichzeitiger Feststellung der Nichtabstammung des Kindes vom bisherigen juristischen Vater („Vätertausch“ gem § 150 ABGB) könnte auch eine Verletzung von Art 6 Abs 1 EMRK liegen, weil der biologische Vater in diesem Fall keinen Zugang zu einem Gericht hat.⁶²¹ Zur alten Rechtslage wurde in der Lehre vertreten, dass das rechtliche Gehör des biologischen Vaters und des Kindes gem Art 6 EMRK verletzt wurde, weil nur der Staatsanwalt die Ehelichkeit des Kindes bestreiten konnte und weder das Kind noch der leibliche Vater in diesem Verfahren Parteistellung hatten.⁶²² Als verfassungswidrig aufgehoben wurde die Bestimmung aber aufgrund einer Verletzung von Art 8 EMRK.⁶²³

Art 6 EMRK ist nur anwendbar, wenn der Betroffene ein nach innerstaatlichem Recht zumindest vertretbares Recht hat,⁶²⁴ das als „civil right“ zu qualifizieren ist.⁶²⁵ Das Vorliegen eines „Rechts“ iSd Art 6 EMRK könnte damit begründet werden, dass der biologische Vater gem § 148 ABGB grundsätzlich als Vater festgestellt werden kann und nur die gerichtliche Geltendmachung seiner Vaterschaft ausscheidet, wenn ein anderer Mann als juristischer Vater feststeht. Dass die Durchsetzung eines Rechts nach nationalem Recht nicht möglich ist, schließt die Qualifikation als „Recht“ iSd Art 6 EMRK gerade nicht aus.⁶²⁶

Allerdings ist danach zu unterscheiden, ob sich eine Beschränkung des Anspruchs aus dem materiellen Recht ergibt, zB durch Voraussetzungen, die im vorliegenden Fall nicht erfüllt sind, oder ob verfahrensrechtliche Einschränkungen zu dessen Durchsetzung bestehen, denn

⁶²⁰ Siehe dazu S. 64 ff.

⁶²¹ *Stefula* in Klang³ § 138a Rz 15; vgl EGMR E 19. 10. 1999, *Yildirim*, Nr. 34308/96; zum Recht auf Zugang zu einem Gericht siehe oben S. 40 f; *Meyer-Ladewig/Harrendorf* in *Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer*, EMRK⁴ Art 6 Rz 34, 36 ff; *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 24 Rz 51 ff; *Peukert* in *Frowein/Peukert*, EMRK³ Art 6 Rz 45 ff.

⁶²² *V. Steininger* in FS zur 200-Jahr-Feier der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Graz 457 (462); zustimmend *Bernat*, Rechtsfragen 141; *Hinteregger* in *Weyers*, Menschenrechte 79 (104); *dieselbe*, Die Bedeutung der Grundrechte für das Privatrecht, ÖJZ 1999, 741 (745).

⁶²³ VfGH G 78/00 VfSlg 16.928 FamRZ 2003, 1915 (*Bernat*).

⁶²⁴ *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 24 Rz 5; *Peukert* in *Frowein/Peukert*, EMRK³ Art 6 Rz 6; siehe S. 38.

⁶²⁵ *Peukert* in *Frowein/Peukert*, EMRK³ Art 6 Rz 6; siehe S. 39.

⁶²⁶ *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 24 Rz 6; siehe oben S. 38.

nur solche fallen in den Anwendungsbereich von Art 6 EMRK.⁶²⁷ Der zivilrechtliche Charakter einer Vaterschaftsfeststellung ist jedenfalls unbestritten.⁶²⁸

Aufschlussreich ist in diesem Zusammenhang die Entscheidung *Nylund*: Darin macht der Beschwerdeführer geltend, dass er nach finnischem Recht als leiblicher Vater eines Kindes nicht die Möglichkeit hat, die Vaterschaft des Ehegatten der Mutter zugunsten seiner eigenen Vaterschaft zu beseitigen. In diesem Fall prüft der EGMR auch den Anwendungsbereich von Art 6 Abs 1 EMRK und kommt zum Ergebnis, dass kein „Recht“ des Beschwerdeführers im Sinne dieser Bestimmung vorliege, weil es nach dem materiellen finnischen Abstammungsrecht nicht besteht.⁶²⁹ Diese Überlegung stellt der EGMR auch in der Entscheidung *Yildirim* zu § 158 ABGB aF an, wonach der Ehemann die Ehelichkeit des Kindes nur innerhalb eines Jahres nach der Geburt bestreiten konnte: Da der Anspruch des Ehemannes verfristet war, bestand er nach materiellem Recht nicht mehr und es gab kein Recht iSd Art 6 Abs 1 EMRK, das verletzt sein konnte.⁶³⁰

Dieser Gedanke lässt sich mE auch auf den Ausschluss des biologischen Vaters von der Einleitung eines „Vätertauschs“ gem § 150 ABGB übertragen, da dieser keine verfahrensrechtliche Beschränkung, sondern materiellrechtlicher Natur ist. Die Antragslegitimation des leiblichen Vaters zur Feststellung seiner Vaterschaft beurteilt der EGMR meist ausschließlich nach Art 8 EMRK⁶³¹ und berücksichtigt erst in diesem Zusammenhang teilweise dessen verfahrensrechtlichen Aspekt,⁶³² indem er prüft, ob die durch Art 8 EMRK geschützten Interessen im Verfahren ausreichend berücksichtigt wurden.⁶³³ Im Ergebnis ist der biologische Vater daher zwar in seinem Recht auf Achtung seines Familienlebens verletzt,⁶³⁴ mangels eines innerstaatlich anerkannten „Rechts“ jedoch nicht in seinem Recht auf ein faires Verfahren.

2. Umgangs- und Auskunftsrechte des leiblichen Vaters

⁶²⁷ *Meyer-Ladewig/Harrendorf* in *Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer*, EMRK⁴ Art 6 Rz 15.

⁶²⁸ EGMR U 28. 11. 1984, *Rasmussen*, Nr. 8777/79 Z 32; ebenso *Peukert* in *Frowein/Peukert*, EMRK³ Art 6 Rz 15; *Fahrenhorst*, Familienrecht und EMRK 359; vgl auch EGMR 27. 6. 2000, *Nuutinen*, Nr. 32842/96.

⁶²⁹ EGMR E 29. 6. 1999, *Nylund*, Nr. 27110/95 ÖJZ 2000/5 (MRK).

⁶³⁰ EGMR E 19. 10. 1999, *Yildirim*, Nr. 34308/96; aA wohl V. *Steininger* in FS zur 200-Jahr-Feier der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Graz 457 (461 ff).

⁶³¹ EGMR U 27. 10. 1994, *Kroon*, Nr. 18535/91; EGMR U 1. 6. 2004, *L. gegen Niederlande*, Nr. 45582/99; EGMR U 18. 5. 2006, *Rózański*, Nr. 55339/00.

⁶³² EGMR U 22. 3. 2012, *Kautzor*, Nr. 23338/09 Z 80 ff; EGMR U 22. 3. 2012, *Ahrens*, Nr. 45071/09 Z 78 ff.

⁶³³ *B. Rudolf*, EuGRZ 1995, 110 (113).

⁶³⁴ Siehe oben S. 60 ff.

Da der biologische Vater nach geltendem Recht nicht immer in der Lage ist, seine Vaterschaft durchzusetzen, stellt sich die Frage, ob ihm ein Recht auf Kontakt zum Kind und eventuell weitere Mindestrechte einzuräumen sind. Ansonsten besteht die Gefahr, dass die Entstehung einer persönlichen Beziehung von vornherein verhindert wird.⁶³⁵

a. *Rechtsprechung des EGMR*

Der EGMR hat sich in den Urteilen *Anayo* und *Schneider* mit der Frage befasst, ob sich aus Art 8 EMRK eine positive Verpflichtung ergibt, dem potentiellen biologischen Vater eines Kindes ein Umgangsrecht mit diesem einzuräumen.⁶³⁶ Die deutschen Gerichte hatten dem Antragsteller im Fall *Anayo* den Kontakt zu seinen Kindern verwehrt, weil er mangels einer sozial-familiären Beziehung zu ihnen die Voraussetzungen für ein Umgangsrecht gem § 1685 Abs 2 BGB nicht erfüllte.⁶³⁷ Nach Ansicht des EGMR kann auch ein beabsichtigtes Familienleben („intended family life“) ausnahmsweise vom Schutzbereich des Art 8 EMRK erfasst sein,⁶³⁸ wenn der biologische Vater Interesse am Kind hat, sich zu ihm bekennt und wenn der Umstand, dass sich noch keine Familienbeziehung entwickelt hat, nicht dem Vater zuzurechnen ist.⁶³⁹ Ob die Beziehung der Antragsteller in *Anayo* und *Schneider* zu ihren jeweiligen Kindern als beabsichtigtes Familienleben von Art 8 EMRK geschützt ist, lässt der EGMR jedoch offen und ordnet den Sachverhalt stattdessen dem Schutzbereich des Privatlebens zu.⁶⁴⁰ Dadurch genießt die Beziehung zwischen dem biologischen Vater und dem Kind den Schutz des Art 8 EMRK, obwohl die Antragsteller die Kinder in beiden Fällen nie auch nur getroffen haben.⁶⁴¹

Anschließend prüft der EGMR die Rechtfertigung des Eingriffs gem Art 8 Abs 2 EMRK und hält fest, dass der Eingriff nur dann in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist, wenn die zur Rechtfertigung angegebenen Gründe stichhaltig und ausreichend sind, das Verfahren als Ganzes fair war und die Interessen des Beschwerdeführers ausreichend berücksichtigt

⁶³⁵ EGMR U 8. 7. 2003, *Sommerfeld*, Nr. 31871/06 Z 63 EuGRZ 2004, 711; EGMR U 26. 2. 2004, *Görgülü*, Nr. 74969/01 Z 48 ff; EGMR U 21. 10. 2010, *Anayo*, Nr. 20578/07 Z 66; EGMR U 15. 9. 2011, *Schneider*, Nr. 17080/07 Z 94; EGMR U 22. 3. 2012, *Kautzor*, Nr. 23338/09 Z 72.

⁶³⁶ EGMR U 21. 12. 2010, *Anayo*, Nr. 20578/07 EF-Z 2011/34 (*Nademleinsky*) = FamRZ 2011, 1363 (*Rixe*) = NJW 2011, 3565; EGMR 15. 9. 2011, *Schneider*, Nr. 17080/07 NJW 2012, 2781.

⁶³⁷ EGMR U 21. 12. 2010, *Anayo*, Nr. 20578/07; *Khakzadeh-Leiler*, Das KindNamRÄG 2013 aus grundrechtlicher Perspektive, iFamZ 2014, 96 (99).

⁶³⁸ EGMR U 21. 12. 2010, *Anayo*, Nr. 20578/07 Z 60; EGMR U 15. 9. 2011, *Schneider*, Nr. 17080/07 Z 81; EGMR U 22. 3. 2012, *Kautzor*, Nr. 23338/09 Z 61; EGMR U 22. 3. 2012, *Ahrens*, Nr. 45071/09 Z 58; so auch bereits EGMR U 28. 5. 1985, *Abdulaziz u.a.*, Nr. 9214/80 Z 62; *Fahrenhorst*, Familienrecht und EMRK 107.

⁶³⁹ EGMR U 21. 12. 2010, *Anayo*, Nr. 20578/07.

⁶⁴⁰ EGMR U 21. 12. 2010, *Anayo*, Nr. 20578/07 Z 60ff; EGMR U 15. 9. 2011, *Schneider*, Nr. 17080/07 Z 81 f.

⁶⁴¹ EGMR U 21. 12. 2010, *Anayo*, Nr. 20578/07 Z 59; nach dem Sachverhalt der Entscheidung EGMR U 15. 9. 2011, *Schneider*, Nr. 17080/07 Z 83, 97 f ist darüber hinaus die biologische Vaterschaft des Antragstellers noch nicht geklärt. Darin sieht der EGMR jedoch keinen entscheidungsrelevanten Unterschied.

wurden.⁶⁴² Im Ergebnis betrachtet der Gerichtshof diese Voraussetzung als nicht erfüllt und stellt eine Verletzung von Art 8 EMRK fest, weil die deutschen Gerichte den Vätern ein Umgangsrecht verwehrt hatten, ohne zu prüfen, ob der Umgang eines biologischen Vaters mit seinen Kindern deren Wohl dienen würde.⁶⁴³ Daraus leitet der EGMR eine positive Verpflichtung der Mitgliedstaaten ab, zumindest zu prüfen, ob eine Beziehung zum biologischen Vater dem Kindeswohl dienen könnte.⁶⁴⁴

b. Exkurs: „Vaterschaft light“ im deutschen Recht

Als Folge dieser beiden Entscheidungen⁶⁴⁵ wurde das deutsche Recht geändert und § 1686a BGB geschaffen, der dem biologischen, nicht rechtlichen Vater eines Kindes bestimmte Rechte einräumt.⁶⁴⁶ Danach hat der biologische Vater ein Umgangsrecht mit dem Kind und ein Auskunftsrecht über dessen persönliche Verhältnisse, wenn ein anderer Mann der rechtliche Vater des Kindes ist und die leibliche Vaterschaft des Antragstellers inzidenter im Umgangsverfahren festgestellt wird.⁶⁴⁷ Das Umgangsrecht setzt außerdem ein „ernsthaftes Interesse“ des leiblichen Vaters am Kind voraus und ist nur zu gewähren, wenn der Umgang dem Kindeswohl dient.⁶⁴⁸ Dagegen genügt für das Auskunftsrecht ein berechtigtes Interesse an den Auskünften, die dem Kindeswohl nicht widersprechen dürfen.⁶⁴⁹ In Deutschland gibt es damit erstmals eine Vaterschaft, die bestimmte Rechte enthält, aber für den biologischen Vater keinerlei familienrechtliche Pflichten begründet („Vaterschaft light“).⁶⁵⁰

§ 1686a BGB gilt auch, wenn der leibliche Vater die Vaterschaft des rechtlichen Vaters anfechten könnte, es aber nicht tut.⁶⁵¹ Daran wird kritisiert, dass damit im Widerspruch zu den Grundsätzen des Abstammungsrechts zwei Vaterschaften parallel bestehen, aber nur eine

⁶⁴² EGMR U 21. 12. 2010, *Anayo*, Nr. 20578/07 Z 65; EGMR U 15. 9. 2011, *Schneider*, Nr. 17080/07 Z 96 verweist auf das Urteil *Anayo*.

⁶⁴³ EGMR U 21. 12. 2010, *Anayo*, Nr. 20578/07 Z 71 ff; EGMR U 15. 9. 2011, *Schneider*, Nr. 17080/07 Z 104.

⁶⁴⁴ EGMR U 22. 3. 2012, *Kautzor*, Nr. 23338/09 Z 76; EGMR U 22. 3. 2012, *Ahrens*, Nr. 45071/09 Z 74 iFamZ 2012/84.

⁶⁴⁵ *Hoffmann*, Das Gesetz zur Stärkung der Rechte des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters, FamRZ 2013, 1077.

⁶⁴⁶ Gesetz zur Stärkung der Rechte des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters, 4. 7. 2013, dBGBI I 2013/2176.

⁶⁴⁷ Zu den Voraussetzungen im Einzelnen siehe *Hoffmann*, FamRZ 2013, 1077 (1078 ff); *Lang*, Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Rechte des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters, FPR 2013, 233 (233 ff); *Hennemann* in Münchener Kommentar zum BGB⁷ (2017) § 1686a Rz 6 ff; *Veit* in *Bamberger/Roth* (Hrsg), Beck'scher Online-Kommentar BGB⁴² (2017) § 1686a Rz 3 ff.

⁶⁴⁸ *Peschel-Gutzeit*, Der doppelte Vater – Kritische Überlegungen zum Gesetz zur Stärkung der Rechte des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters, NJW 2013, 2465 (2467); *Hoffmann*, FamRZ 2013, 1077 (1080).

⁶⁴⁹ *Hoffmann*, FamRZ 2013, 1077 (1081); *Peschel-Gutzeit*, NJW 2013, 2465 (2467 f).

⁶⁵⁰ Kritisch *Lang*, FPR 2013, 233 (235); *Peschel-Gutzeit*, NJW 2013, 2465 (2469); *Sanders*, Anmerkung zu BVerfG 1 BvR 2843/14, NJW 2015, 542.

⁶⁵¹ *Hennemann* in MüKoBGB⁷ § 1686a Rz 6; *Veit* in *Bamberger/Roth/Hau/Poseck* (Hrsg), BeckOK BGB⁴³ (Stand 15. 6. 2017, beck-online.beck.de) § 1686a Rz 4; *Peschel-Gutzeit*, NJW 2013, 2465 (2466); *Löhnig/Riege*, Die Rechte des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters im Adoptionsrecht – revisited, FamRZ 2015, 9 (11).

Vaterschaft mit Pflichten verbunden ist, sodass sich der biologische Vater „die Rosinen aus dem Kuchen [...] holen“⁶⁵² kann.⁶⁵³

c. Kontaktrecht des biologischen Vaters als Dritter gem § 188 Abs 2 ABGB

Dagegen nimmt das österreichische Kindschaftsrecht keinen Bezug auf den biologischen, aber nicht rechtlichen Vater. Dieser hat lediglich seit dem KindNamRÄG 2013 als Dritter die Möglichkeit, eine Kontaktregelung gem § 188 Abs 2 ABGB zu beantragen. Der Begriff des Dritten erfasst alle engen Bezugspersonen des Kindes wie zB Geschwister, andere Verwandte, Stiefelternteile, ehemalige Pflegeeltern, Tauf- oder Firmpaten und den leiblichen, nicht rechtlichen Vater.⁶⁵⁴ Das Gericht trifft die dafür nötigen Verfügungen, wenn der Kontakt dem Kindeswohl dient. Das Antragsrecht der dritten Person setzt voraus, dass diese zum Kontakt mit dem Kind bereit ist⁶⁵⁵ und zu diesem in einem besonderen persönlichen oder familiären Verhältnis steht oder gestanden ist.⁶⁵⁶

Durch das KindNamRÄG 2013 wurde das Kontaktrecht dritter Personen im Hinblick auf die Rechtsprechung des EGMR neu geregelt. Nach den Materialien sollte insb die Rechtsposition des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters konventionskonform gestaltet werden.⁶⁵⁷ Im Gegensatz zur früheren Rechtslage haben dritte Personen daher seit der Reform ein eigenes Antragsrecht.⁶⁵⁸ Darüber hinaus hat das Gericht dem Dritten nun bereits dann ein Kontaktrecht einzuräumen, wenn der Kontakt dem Kindeswohl dient, und nicht erst, wenn das Kindeswohl bei fehlendem Kontakt zur dritten Bezugsperson gefährdet wäre.⁶⁵⁹

Während das Kontaktrecht des biologischen Vaters im deutschen Recht entweder ein sozial-familiäres Verhältnis (§ 1685 Abs 2 BGB) oder ein ernsthaftes Interesse am Kind (§ 1686a

⁶⁵² Ferrari, EGMR fordert Besuchs- und Informationsrecht des biologischen Vaters, iFamZ 2012, 60 (61).

⁶⁵³ Lang, FPR 2013, 233 (234); Ferrari, iFamZ 2012, 60 (61); aA Hoffmann, FamRZ 2013, 1077 (1079 f).

⁶⁵⁴ ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP 29; Fischer-Czermak in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 188 Rz 2 (Stand 1. 5. 2017, rdb.at); Nademleinsky in Schwimann/Kodek Ia⁴ § 188 Rz 5; Erlebach in Barth/Erlebach, Handbuch 243 (256).

⁶⁵⁵ Mit verfassungsrechtlichen Bedenken zu dieser Voraussetzung Erlebach in Barth/Erlebach, Handbuch 243 (258 ff); Nademleinsky in Schwimann/Kodek Ia⁴ § 188 Rz 7.

⁶⁵⁶ Zu den Voraussetzungen siehe Fischer-Czermak in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 188 Rz 2; Erlebach in Barth/Erlebach, Handbuch 243 (257 ff) hebt hervor, dass auch ein Samenspender bzw eine Eizellenspenderin ein Kontaktrecht beantragen könnten. Siehe dazu auch S. 221 ff.

⁶⁵⁷ ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP 29; Nademleinsky in Schwimann/Kodek Ia⁴ § 188 Rz 5 f; Erlebach in Barth/Erlebach, Handbuch 243 (256).

⁶⁵⁸ Fischer-Czermak in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 188 Rz 2; zur fehlenden Durchsetzungsmöglichkeit des Dritten und den Voraussetzungen einer Kontaktregelung nach § 148 ABGB aF siehe Stabentheiner in Rummel, ABGB³ § 148 Rz 5a (Stand 1. 1. 2003, rdb.at).

⁶⁵⁹ Nademleinsky in Schwimann/Kodek Ia⁴ § 188 Rz 6; Khakzadeh-Leiler, iFamZ 2014, 96 (99); vgl die verfassungsrechtlichen Bedenken zur alten Rechtslage bei Ferrari, iFamZ 2012, 60 (60 f); Nademleinsky, Anm zu EGMR U 21. 12. 2010, Anayo, Nr. 20578/07, EF-Z 2011/34.

BGB) voraussetzt,⁶⁶⁰ verlangt § 188 Abs 2 ABGB ein „besonderes persönliches oder familiäres Verhältnis“. Diese Voraussetzungen dürfen nicht verwechselt werden: Das Erfordernis der sozial-familiären Beziehung im deutschen Recht stellt auf eine tatsächliche Übernahme von Verantwortung ab⁶⁶¹ und wurde vom EGMR beanstandet, weil es dem biologischen Vater den Umgang mit dem Kind ausnahmslos verwehrt, wenn dieser *de facto* noch kein persönliches Verhältnis zum Kind aufbauen konnte.⁶⁶² Dagegen geht der VfGH in einer aktuellen Entscheidung zu § 188 Abs 2 ABGB davon aus, dass der biologische Vater als solcher jedenfalls in einem besonderen persönlichen oder familiären Verhältnis zum Kind steht,⁶⁶³ selbst wenn er zu diesem noch keinerlei faktische Beziehung aufgebaut hat und es vielleicht sogar noch nie gesehen hat.

Dieser Auslegung ist mE zuzustimmen, da der Begriff des besonderen persönlichen oder familiären Verhältnisses in Anlehnung an den Begriff des Familienlebens iSd Art 8 EMRK weit auszulegen ist.⁶⁶⁴ In verfassungskonformer Interpretation ist daher im Einklang mit der Rechtsprechung des EGMR⁶⁶⁵ auch „intended family life“ als besonderes familiäres Verhältnis zu qualifizieren.⁶⁶⁶ Diese Auslegung entspricht auch dem klaren Willen des Gesetzgebers.⁶⁶⁷ In diesem Punkt verlangt § 188 Abs 2 ABGB vom biologischen Vater sogar weniger als § 1686a BGB, der zusätzlich zur biologischen Abstammung – und zur Antragstellung – ein ernsthaftes Interesse am Kind voraussetzt.⁶⁶⁸

Da der leibliche Vater im österreichischen Recht nicht in der Lage ist, durch Eigeninitiative die Vaterschaft eines anderen Mannes zu beseitigen,⁶⁶⁹ stellt sich das Problem des Verhältnisses zwischen der Übernahme der rechtlichen Vaterschaft und der „Vaterschaft light“ in Form eines Kontaktrechts nicht.⁶⁷⁰ Sollte sich die Rechtslage jemals ändern, bräuchte

⁶⁶⁰ Hennemann in MüKoBGB⁷ § 1686a Rz 1.

⁶⁶¹ Zur Auslegung dieses Begriffs Hennemann in MüKoBGB⁷ § 1685 Rz 7; Büttner in FS Schwab 735 (739).

⁶⁶² EGMR U 21. 12. 2010, *Anayo*, Nr. 20578/07 Z 67; EGMR U 15. 9. 2011, *Schneider*, Nr. 17080/07 Z 98.

⁶⁶³ VfGH G 494/2015 iFamZ 2017/1 (*Pesendorfer/Beck*) = EF-Z 2017/31 (*Khakzadeh-Leiler*). Das Bezirksgericht dürfte § 188 Abs 2 ABGB im Anlassfall jedoch ein anderes Verständnis zugrunde gelegt haben.

⁶⁶⁴ *Kathrein*, Kindschafts- und Namensrechts-Änderungsgesetz 2013, ÖJZ 2013, 197 (204 FN 103); *Khakzadeh-Leiler*, iFamZ 2014, 96 (100); *Fischer-Czermak* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 188 Rz 2; *Erlebach* in *Barth/Erlebach*, Handbuch 243 (257).

⁶⁶⁵ EGMR U 21. 12. 2010, *Anayo*, Nr. 20578/07 Z 60; EGMR U 15. 9. 2011, *Schneider*, Nr. 17080/07 Z 81; EGMR U 22. 3. 2012, *Kautzor*, Nr. 23338/09 Z 61; EGMR U 22. 3. 2012, *Ahrens*, Nr. 45071/09 Z 58; so auch bereits EGMR U 28. 5. 1985, *Abdulaziz u.a.*, Nr. 9214/80 Z 62.

⁶⁶⁶ Ebenso *Khakzadeh-Leiler*, iFamZ 2014, 96 (100); *Erlebach* in *Barth/Erlebach*, Handbuch 243 (257 f).

⁶⁶⁷ ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP 29.

⁶⁶⁸ *Hoffmann*, FamRZ 2013, 1077 (1080); kritisch zu diesem unbestimmten Gesetzesbegriff *Peschel-Gutzeit*, NJW 2013, 2465 (2467).

⁶⁶⁹ Dazu ausführlich S. 52 ff.

⁶⁷⁰ *Ferrari*, iFamZ 2012, 60 (61).

man mE kein eigenes Kontakt- und Auskunftsrecht mehr.⁶⁷¹ Wenn der Weg zur Elternschaft mit allen Rechten und Pflichten frei ist, wird dem Recht eines leiblichen Elternteils auf Achtung seines Familienlebens mit dem Kind dadurch ausreichend Rechnung getragen.⁶⁷²

d. Inzidentfeststellung der Vaterschaft im Kontaktrechtsverfahren

Als Vorfrage für die Gewährung eines Kontaktrechts ist notwendigerweise die biologische Abstammung zu klären, die in vielen Fällen ja noch nicht feststeht, wenn der potentielle biologische Vater ein Kontaktrecht beantragt.⁶⁷³ Dies geschieht durch eine Inzidentfeststellung der Vaterschaft im Kontaktrechtsverfahren.⁶⁷⁴ Die Beurteilung der biologischen Vaterschaft des Antragstellers entfaltet keine *erga-omnes*-Wirkung und zieht keine abstammungsrechtlichen Konsequenzen nach sich.⁶⁷⁵ Dennoch wird eine Inzidentfeststellung kritisch gesehen, weil sie der biologischen neben der rechtlichen Vaterschaft zumindest eine gewisse rechtliche Anerkennung verschafft und damit dem Grundsatz des Abstammungsrechts zuwiderläuft, leibliche und rechtliche Abstammung möglichst in Einklang zu bringen.⁶⁷⁶

Um dem biologischen Vater ein Kontaktrecht mit dem Kind gewähren zu können, wird man trotz aller dogmatischen Probleme mE nicht an einer Inzidentfeststellung der biologischen Vaterschaft vorbeikommen.⁶⁷⁷ Zur Antragslegitimation muss schon die Behauptung der biologischen Vaterschaft ausreichen,⁶⁷⁸ damit auch der tatsächliche biologische Vater, dessen Vaterschaft noch nicht geklärt ist,⁶⁷⁹ einen Antrag gem § 188 Abs 2 ABGB stellen kann.⁶⁸⁰ Die Klärung der Vaterschaft im Verfahren ist anschließend jedoch zwingend notwendig, um das Kindeswohl zu schützen und zu verhindern, dass das Kind zum „falschen“ Vater eine Beziehung aufbaut.⁶⁸¹ In Anlehnung an § 108 AußStrG wird das mündige Kind den Kontakt

⁶⁷¹ Allerdings spricht nichts dagegen, § 188 Abs 2 ABGB für Kontaktregelungen mit anderen engen Bezugspersonen des Kindes beizubehalten.

⁶⁷² Ferrari, iFamZ 2012, 60 (61).

⁶⁷³ Vgl VfGH G 494/2015 iFamZ 2017/1 (Pesendorfer/Beck) = EF-Z 2017/31 (Khakzadeh-Leiler); EGMR U 15. 9. 2011, Schneider, Nr. 17080/07.

⁶⁷⁴ VfGH G 494/2015 iFamZ 2017/1 (Pesendorfer/Beck) = EF-Z 2017/31 (Khakzadeh-Leiler); Ferrari, iFamZ 2012, 60 (61); aA Beck, EF-Z 2015, 210 (211).

⁶⁷⁵ Pesendorfer, Anm zu VfGH G 494/2015, iFamZ 2017/1; zur Inzidentfeststellung siehe auch S. 106 ff.

⁶⁷⁶ Vgl zu § 1686a BGB kritisch Lang, FPR 2013, 233 (234); Peschel-Gutzeit, NJW 2013, 2465 (2467); zu den Grundsätzen des Abstammungsrechts siehe oben S. 1 ff.

⁶⁷⁷ So auch Beck, Anm zu VfGH G 494/2015, iFamZ 2017/1.

⁶⁷⁸ AA noch Beck, EF-Z 2015, 210 (211), die davon ausgeht, dass der potentielle biologische Vater daher nicht „Dritter“ iSd § 188 Abs 2 ABGB ist und eine Kontaktregelung daher (bei Kindeswohlgefährdung) nur anregen kann.

⁶⁷⁹ Vgl EGMR U 15. 9. 2011, Schneider, Nr. 17080/07.

⁶⁸⁰ Khakzadeh-Leiler, Anm zu VfGH G 494/2015, EF-Z 2017/31.

⁶⁸¹ Khakzadeh-Leiler, Anm zu VfGH G 494/2015, EF-Z 2017/31; Beck, Anm zu VfGH G 494/2015, iFamZ 2017/1.

zum biologischen Vater ablehnen können, wenn es sogar den Kontakt zu einem rechtlichen Elternteil ablehnen darf.⁶⁸²

Der biologische Vater hat zwar ein durch Art 8 EMRK geschütztes Recht, eine Kontaktregelung mit dem Kind zu beantragen, aber keinen Anspruch auf die Inzidentfeststellung seiner Vaterschaft in diesem Verfahren.⁶⁸³ Das Gericht kann zuerst die anderen Voraussetzungen für die Gewährung des Kontaktrechts prüfen und die Abstammung erst dann untersuchen lassen, wenn alle anderen Voraussetzungen erfüllt sind. Dass die Abstammungsfrage im Kontaktrechtsverfahren uU offen bleibt, greift nach hM nicht in die durch Art 8 EMRK geschützten Rechte des biologischen Vaters ein, weil daraus kein Recht auf isolierte Klärung der Abstammung abzuleiten ist.⁶⁸⁴ Wenn man von einem Recht auf Kenntnis des eigenen Nachwuchses ausgeht,⁶⁸⁵ ist dessen Einschränkung zum Schutz der Rechte des Kindes, des rechtlichen Vaters und der Mutter gerechtfertigt.⁶⁸⁶ Die Entscheidung, eine eigene Klage auf Klärung der leiblichen Abstammung außerhalb eines Abstammungsverfahrens nicht zuzulassen, fällt nach Ansicht des EGMR in den weiten Beurteilungsspielraum der Mitgliedstaaten,⁶⁸⁷ weil nach den rechtsvergleichenden Ausführungen des EGMR keiner der 26 untersuchten Mitgliedstaaten eine solche Möglichkeit kennt.⁶⁸⁸

e. Auskunftsrechte des biologischen Vaters

§ 188 Abs 2 ABGB gewährt einer dritten Person kein Auskunftsrecht über persönliche Verhältnisse des Kindes.⁶⁸⁹ Allerdings beschränkt sich selbst das Informations- und Äußerungsrecht des rechtlichen, nicht mit der Obsorge betrauten Elternteils gem § 189 Abs 1 Z 1 ABGB auf wichtige Angelegenheiten.⁶⁹⁰ Dazu gehören ua ein Schulwechsel, nicht harmlose Erkrankungen oder eine längere Abwesenheit vom gewöhnlichen Aufenthaltsort.⁶⁹¹ Dass ein Antrag des potentiellen biologischen Vaters auf Informationen über das Kind

⁶⁸² Erlebach in Barth/Erlebach, Handbuch 243 (260).

⁶⁸³ VfGH G 494/2015 iFamZ 2017/1 (Pesendorfer/Beck) = EF-Z 2017/31 (Khakzadeh-Leiler); EGMR E 29. 6. 1999, Nylund, Nr. 27110/95 ÖJZ 2000/5 (MRK); EGMR U 22. 3. 2012, Kautzor, Nr. 23338/09 Z 77 ff; ebenso BVerfG 1 BvR 2843/14 FamRZ 2015, 119 = NJW 2015, 542 (Sanders).

⁶⁸⁴ Pesendorfer, Anm zu VfGH G 494/2015, iFamZ 2017/1; EGMR U 22. 3. 2012, Kautzor, Nr. 23338/09 Z 79; gegen eine isolierte Abstammungsfeststellungsklage im deutschen Recht auch R. Frank, StAZ 2003, 129 (135).

⁶⁸⁵ So zB Gernhuber/Coester-Waltjen, Familienrecht⁶ (2010) § 52 Rz 20.

⁶⁸⁶ Vgl auch BVerfG 1 BvR 1548/03 NJW 2009, 423.

⁶⁸⁷ EGMR U 22. 3. 2012, Kautzor, Nr. 23338/09 Z 79.

⁶⁸⁸ EGMR U 22. 3. 2012, Kautzor, Nr. 23338/09 Z 39.

⁶⁸⁹ So zu § 178 ABGB aF Ferrari, iFamZ 2012, 60 (61).

⁶⁹⁰ Kritisch Deixler-Hübner in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 189 Rz 4 (Stand 1. 10. 2016, rdb.at).

⁶⁹¹ Weitzenböck in Schwimann/Kodek Ia⁴ § 189 Rz 6 f mwN; Deixler-Hübner in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 189 Rz 4 (Stand 1. 10. 2016, rdb.at).

jedenfalls keinen Erfolg haben wird, könnte ebenfalls einen Verstoß gegen Art 8 EMRK nahelegen.⁶⁹² Nach Ansicht des EGMR ist auch die Verweigerung von Auskünften an den biologischen Vater nicht nach Art 8 Abs 2 EMRK gerechtfertigt, wenn dabei nicht geprüft wird, ob die Gewährung von Informationen dem Kindeswohl entspricht oder ob nicht zumindest in dieser Hinsicht das Interesse des biologischen Vaters jenes der rechtlichen Eltern überwiegt.⁶⁹³

Dies ist allerdings vor dem Hintergrund zu sehen, dass dem biologischen Vater nach der damaligen deutschen Rechtslage auch kein Kontaktrecht gewährt werden konnte.⁶⁹⁴ Nach Ansicht des EGMR hätte allein aus diesem Grund geprüft werden müssen, ob als gelinderes Mittel zumindest ein Informationsrecht mit dem Kindeswohl vereinbar wäre.⁶⁹⁵ Da der biologische Vater nach österreichischem Recht jedoch eine Kontaktregelung beantragen kann, ist er in keinem Recht verletzt, weil er Informationen über die persönlichen Verhältnisse des Kindes idR durch den regelmäßigen Kontakt mit dem Kind bekommen wird. Ein Informationsrecht würde ihn darüber hinaus mit dem rechtlichen Elternteil gleichstellen, der nicht mit der Obsorge betraut ist, da dieser selbst nur sehr eingeschränkt Informationen verlangen kann.⁶⁹⁶ Aus Art 8 EMRK lässt sich daher mE kein Auskunftsrecht des biologischen Vaters über die Verhältnisse des Kindes ableiten.

f. Ergebnis

Grundsätzlich ist der Rechtsprechung des EGMR zuzustimmen, die dem leiblichen Vater die Möglichkeit gibt, mit seinem Kind in Kontakt zu treten.⁶⁹⁷ Schließlich bedeutet das Antragsrecht noch nicht, dass der leibliche Vater sein Interesse uneingeschränkt durchsetzen kann. Ein Kontaktrecht gibt dem leiblichen Vater und dem Kind die Chance, eine positive Beziehung zueinander aufzubauen, ohne dabei die Familie zu zerstören, in der das Kind aufwächst. Für die Entwicklung des Kindes kann der Kontakt durchaus förderlich sein.⁶⁹⁸

Sollten seelische Konflikte des Kindes zu befürchten sein,⁶⁹⁹ hat das Gericht diese Gefahr bei der Prüfung des Kindeswohls zu berücksichtigen. Zwar greift auch ein Kontaktrecht in die

⁶⁹² So *Ferrari*, iFamZ 2012, 60 (61); *Beclin*, Neuerungen im Obsorge- und Kontaktrecht, iFamZ 2013, 6 (11).

⁶⁹³ EGMR U 15. 9. 2011, *Schneider*, Nr. 17080/07 Z 104.

⁶⁹⁴ Gem § 1685 Abs 2 BGB ist dies nur möglich, wenn bereits eine „sozial-familiäre Beziehung“ zum Kind bestand; siehe statt vieler *Lang*, FPR 2013, 233.

⁶⁹⁵ Vgl EGMR U 15. 9. 2011, *Schneider*, Nr. 17080/07 Z 95, 104.

⁶⁹⁶ Kritisch *Beclin*, iFamZ 2013, 6 (11).

⁶⁹⁷ AA *Büttner* in FS Schwab 735 (740).

⁶⁹⁸ *Aichinger*, EF-Z 2009, 5 (7).

⁶⁹⁹ Vgl *Lang*, FPR 2013, 233 (235); *Büttner* in FS Schwab 735 (743).

durch Art 8 EMRK geschützten Rechte des Kindes, der Mutter und des rechtlichen Vaters ein. Allerdings entspricht dies eher der Verhältnismäßigkeit iSd Art 8 Abs 2 EMRK als die Durchbrechung der Vaterschaft des rechtlichen Vaters. Auch umgekehrt kann das Kind – selbst gegen den Willen seiner rechtlichen Eltern – gem § 188 Abs 2 ABGB eine Kontaktregelung mit seinem leiblichen Vater beantragen. Durch das aus Art 8 EMRK abgeleitete Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung⁷⁰⁰ ist dieser Anspruch auch grundrechtlich verbürgt.⁷⁰¹

B. Mitwirkung der Mutter beim Anerkenntnis

1. Bezeichnung als Vater durch die Mutter gem § 147 Abs 2 ABGB

a. Problematik

Wie bereits erwähnt, setzt ein „durchbrechendes“ Anerkenntnis gem § 147 Abs 2 ABGB bei einem noch nicht eigenberechtigten Kind voraus, dass die einsichts- und urteilsfähige Mutter den Anerkennenden als Vater bezeichnet. In der Lehre wird diese Voraussetzung kritisiert.⁷⁰² Nach hA handelt es sich bei der „Bezeichnung als Vater“ um ein höchstpersönliches Recht der Mutter, das nicht von ihrem gesetzlichen Vertreter oder von ihren Rechtsnachfolgern ausgeübt werden kann.⁷⁰³ Die Erklärung der Mutter ist eine Willenserklärung und keine Wissenserklärung,⁷⁰⁴ weil sie eindeutig auf eine Rechtsfolge gerichtet ist,⁷⁰⁵ nämlich die Begründung der Vaterschaft des Anerkennenden. Inhaltlich liegt darin eine Zustimmung zum Anerkenntnis,⁷⁰⁶ auch wenn das Gesetz diesen Begriff – anders als für die Zustimmung des Kindes – nicht verwendet.⁷⁰⁷ Sobald das Kind eigenberechtigt ist, hat die Mutter nur noch ein Widerspruchsrecht (§ 147 Abs 3 ABGB).

Das Bezeichnungsrecht gem § 147 Abs 2 ABGB gibt der Mutter die Möglichkeit, ein „durchbrechendes“ Anerkenntnis unabhängig davon zu verhindern, ob sie damit rein

⁷⁰⁰ Siehe dazu unten S. 122 ff, 136 ff, 211 f.

⁷⁰¹ *Erlebach* in *Barth/Erlebach*, Handbuch 243 (258).

⁷⁰² *Aichinger*, EF-Z 2009, 5 (8); *Fischer-Czermak*, Anm zu OGH 1 Ob 98/07d, EvBl 2007/176; *Huber*, Anm zu OGH 1 Ob 236/05w, EF-Z 2006/24; *Koppensteiner*, FamZ 2006, 60; *Simotta*, Die Partei-, Geschäfts- und Verfahrensfähigkeit der Kindesmutter und ihrer Rechtsnachfolger in Abstammungsangelegenheiten, in FS Rechberger (2005) 579 (597 ff), im Ergebnis einverstanden mit der geltenden Rechtslage *Kneihs*, FamZ 2006, 132 (135 f).

⁷⁰³ *Deixler-Hübner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 147 Rz 3; *Hopf* in *KBB*⁵ § 147 Rz 2.

⁷⁰⁴ *Bernat* in *Schwimann/Kodek* Ia⁴ § 147 Rz 3 FN 2; aA zum Widerspruchsrecht der Mutter JAB 887 BlgNR 17. GP 5; LGZ Wien 43 R 144/92 EFSlg 68.761.

⁷⁰⁵ Zum Begriff der Willenserklärung siehe *Koziol - Welser/Kletečka* I¹⁴ Rz 315 f.

⁷⁰⁶ *Bernat* in *Schwimann/Kodek* Ia⁴ § 147 Rz 3 FN 2; *Schwimann*, NZ 2005, 33 (39).

⁷⁰⁷ Auch die Materialien gehen davon aus, dass eine Zustimmung der Mutter zum Anerkenntnis dem österreichischen Abstammungsrecht fremd sei: ErläutRV 471 BlgNR 22. GP 24.

egoistische Motive verfolgt oder im Sinne des Kindeswohls handelt.⁷⁰⁸ Dass die Mutter gem § 137 Abs 2 ABGB sowie gem § 141 Abs 2 ABGB verpflichtet ist, sich vom Kindeswohl leiten zu lassen, hat auf die Rechtswirksamkeit ihrer Zustimmung oder deren Verweigerung keinen Einfluss.⁷⁰⁹ Der Gesetzgeber verfolgt mit dem Erfordernis der Bezeichnung als Vater jedoch das Ziel, den besonderen Schutz⁷¹⁰ des nicht eigenberechtigten Kindes sicherzustellen. Dagegen wird mE zu Recht eingewendet, dass die Zustimmung des Kindes dazu ausreichen müsste und darüber hinaus besser geeignet ist, dessen Interessen zu wahren.⁷¹¹ Das Kind wird dabei gem § 147 Abs 4 ABGB durch den KJHT vertreten, der dem Kindeswohl verpflichtet ist⁷¹² und daher auch berücksichtigen muss, wie wahrscheinlich die biologische Abstammung des Kindes vom Anerkennenden ist,⁷¹³ ohne von Interessenkonflikten beeinflusst zu werden.

Nach Ansicht des Gesetzgebers soll die Bezeichnung gem § 147 Abs 2 ABGB dem Schutz des Familienlebens des bisherigen juristischen Vaters mit der Mutter und dem Kind dienen, denn die Mitwirkung der Mutter sei „gerade dann zu erwarten, wenn diese nicht mit dem Gilt-Vater in einer sozialen Familie lebt.“⁷¹⁴ Ob diese Vermutung allerdings immer zutreffen wird, ist fraglich, denn für eine Entscheidung in einer so persönlichen Angelegenheit kann es verschiedenste Gründe geben. Darüber hinaus wäre es merkwürdig, der Mutter ein höchstpersönliches Vetorecht gegen das Anerkenntnis einzuräumen, wenn es ausschließlich dazu gedacht wäre, die Interessen eines anderen Beteiligten zu schützen. Schließlich ist die Mutter in ihrer Entscheidung zur Mitwirkung am Anerkenntnis auch ihm gegenüber frei. Ihre Erklärung kann nicht erzwungen werden.⁷¹⁵ Die Mutter kann sich sogar auf ihr Schweigerecht gem § 149 Abs 1 ABGB stützen.⁷¹⁶ Der Schutz der Interessen anderer wird durch das Erfordernis der Zustimmung der Mutter daher nicht sichergestellt.

b. Verletzung von Art 8 EMRK

Es stellt sich die Frage, ob das Erfordernis der Bezeichnung des Vaters durch die Mutter gem § 147 Abs 2 ABGB in das Grundrecht des biologischen Vaters auf Achtung seines

⁷⁰⁸ *Koppensteiner*, FamZ 2006, 60 (62); *Huber*, Anm zu OGH 1 Ob 236/05w, EF-Z 2006/24.

⁷⁰⁹ So auch *Koppensteiner*, FamZ 2006, 60 (62).

⁷¹⁰ ErläutRV 471 BlgNR 22. GP 26; *Simotta* in FS Schlosser 901 (919).

⁷¹¹ *Huber*, Anm zu OGH 1 Ob 236/05w, EF-Z 2006/24; *Fischer-Czermak*, Anm zu OGH 1 Ob 98/07d, EvBl 2007/176; *Koppensteiner*, FamZ 2006, 60 (62); *Beck*, EF-Z 2015, 210.

⁷¹² *Fischer-Czermak*, Anm zu OGH 1 Ob 98/07d, EvBl 2007/176; *Schwimann*, StAZ 2005, 33 (40).

⁷¹³ *Schwimann*, StAZ 2005, 33 (40).

⁷¹⁴ ErläutRV 471 BlgNR 22. GP 26; zustimmend *Simotta*, ÖA 2004, 175 (189).

⁷¹⁵ *Aichinger*, EF-Z 2009, 5 (8).

⁷¹⁶ Auch ohne Schweigerecht wäre eine Auskunft der Mutter über den Vater nicht immer erzwingbar; siehe dazu S. 121 f.

Familienlebens eingreift.⁷¹⁷ Dieser hat mit seinem Kind ein durch Art 8 EMRK geschütztes Familienleben, wenn zur reinen Tatsache der biologischen Abstammung noch gewisse Elemente einer persönlichen Beziehung hinzutreten,⁷¹⁸ wie bereits erörtert.⁷¹⁹ Ein Eingriff in Art 8 EMRK liegt daher vor. Umgekehrt könnte die Bezeichnung durch die Mutter auch als Eingriff in das Recht des bisherigen juristischen Vaters auf Achtung seines durch Art 8 geschützten Familienlebens mit dem Kind⁷²⁰ zu qualifizieren sein: Wenn das Kind tatsächlich nicht genetisch von ihm abstammt, hat er keine Möglichkeit mehr, seine Vaterschaft zu „retten“, weil sein Widerspruch gem § 154 Abs 1 Z 2 ABGB ins Leere gehen wird.

Zu prüfen ist, ob der Eingriff durch den Gesetzesvorbehalt gem Art 8 Abs 2 EMRK gedeckt ist. Eine gesetzliche Grundlage des Eingriffs ist mit § 147 Abs 2 ABGB jedenfalls vorhanden. Das Bezeichnungsrecht der Mutter dient offenbar dem Schutz der „Rechte und Freiheiten anderer“ iSd Art 8 Abs 2 EMRK: Wie oben bereits dargelegt, ist die Bezeichnung als Vater nämlich nur zum Schutz der Interessen der Mutter geeignet und – auch wenn der Gesetzgeber das Gegenteil beabsichtigt hat⁷²¹ – nicht unbedingt zum Schutz des juristischen Vaters, des Kindes oder der intakten Familie.⁷²² Somit stellt sich die Frage, welche Interessen der Mutter im Zusammenhang mit der Abstammung ihres Kindes betroffen sein könnten.

Der Gesetzgeber bezieht die Mutter wegen ihrer „intimen Betroffenheit“⁷²³ aufgrund ihrer Beziehung zum Mann, der das Kind mit ihr gezeugt hat, ins Abstammungsverfahren ein. Nur aus diesem Grund gehe die Mutter das Statusverhältnis zwischen Vater und Kind überhaupt etwas an.⁷²⁴ Aufgrund dessen soll es auch gerechtfertigt sein, dass ihr Recht höchstpersönlich ist.⁷²⁵ Allerdings ist zu bezweifeln, dass der Gesetzgeber die Intimsphäre der Mutter nur bis zur Eigenberechtigung des Kindes schützen wollte.⁷²⁶

⁷¹⁷ Vgl *Aichinger*, EF-Z 2009, 5 (8).

⁷¹⁸ EGMR E 29. 6. 1999, *Nylund*, Nr. 27110/95 ÖJZ 2000/5 (MRK); EGMR U 1. 6. 2004, *L. gegen Niederlande*, Nr. 45582/99 Z 36; EGMR U 18. 5. 2006, *Róžański*, Nr. 55339/00 Z 64; EGMR U 3. 12. 2009, *Zaunegger*, Nr. 22028/04 Z 37; EGMR U 22. 3. 2012, *Kautzor*, Nr. 23338/09 Z 61; EGMR U 22. 3. 2012, *Ahrens*, Nr. 45071/09 Z 58; vgl auch *B. Rudolf*, EuGRZ 1995, 110 (111).

⁷¹⁹ Siehe S. 56 f; zum Schutzbereich des Familienlebens allgemein siehe S. 23 ff.

⁷²⁰ EGMR E 29. 6. 1999, *Nylund*, Nr. 27110/95 ÖJZ 2000/5 (MRK); *Huber*, Anm zu OGH 1 Ob 236/05w, EF-Z 2006/24; vgl auch EGMR U 14. 1. 2016, *Mandet*, Nr. 30955/12 Z 44 f.

⁷²¹ ErläutRV 471 BlgNR 22. GP 26.

⁷²² *Huber*, Anm zu OGH 1 Ob 236/05w, EF-Z 2006/24; *Fischer-Czermak*, Anm zu OGH 1 Ob 98/07d, EvBl 2007/176; *Koppensteiner*, FamZ 2006, 60 (62); *Aichinger*, EF-Z 2009, 5 (8).

⁷²³ ErläutRV 224 BlgNR 22. GP 63 zur Parteistellung der Mutter im Abstammungsverfahren.

⁷²⁴ *Stefula* in Klang³ § 163d Rz 7.

⁷²⁵ *Stefula* in Klang³ § 163d Rz 8.

⁷²⁶ *Fischer-Czermak*, Anm zu OGH 1 Ob 98/07d, EvBl 2007/176 (975).

Auch das Familienleben der Mutter mit dem Kind genießt den Schutz des Art 8 EMRK.⁷²⁷ Die Frage, wer juristisch als Vater ihres Kindes gilt, beeinflusst konkrete familien- und vermögensrechtliche Interessen der Mutter:⁷²⁸ Die Höhe ihrer eigenen Unterhaltspflicht hängt gem § 231 ABGB ua davon ab, ob es einen unterhaltspflichtigen Vater gibt und wie viel dieser nach dem Anspannungsgrundsatz leisten kann.⁷²⁹ Auch die Erbquote der Mutter richtet sich nach der gesetzlichen Erbfolge in der 2. Parentel nach dem Vorhandensein eines Vaters und dessen Nachkommen (§§ 735-737 ABGB).

Darüber hinaus wird der biologische Vater nach einem erfolgreichen Anerkenntnis im täglichen Leben sein Kontaktrecht mit dem Kind gem §§ 186 f ABGB⁷³⁰ und sein Informations- und Äußerungsrecht gem § 189 Abs 1 Z 1 ABGB ausüben wollen. Seit dem KindNamRÄG 2013 könnte er auch ohne Einvernehmen mit der Mutter einen Antrag auf Beteiligung an der Obsorge oder Übertragung der alleinigen Obsorge gem § 180 Abs 1 Z 2 ABGB stellen.⁷³¹ § 166 ABGB aF über die Obsorge für uneheliche Kinder wurde zuvor vom VfGH als verfassungswidrig aufgehoben, weil die fehlende Möglichkeit des unehelichen Vaters, eine Beteiligung an der Obsorge zu erreichen, gegen Art 14 iVm Art 8 EMRK verstieß.⁷³² Als schützenswerte Interessen der Mutter kommen daher über ihre Intimsphäre hinaus auch ihr eigenes Familienleben mit dem Kind und der Umfang ihrer Rechte und Pflichten aus der Elternschaft in Frage.⁷³³

Wenn man davon ausgeht, dass das Bezeichnungsrecht der Mutter dem Schutz der genannten Interessen und damit legitimen Zielen iSd Art 8 Abs 2 EMRK dient, rechtfertigt dies den Eingriff in die Rechte des Vaters nur, wenn eine Verhältnismäßigkeitsprüfung ergibt, dass die Regelung einen fairen Ausgleich zwischen den widerstreitenden Interessen herstellt.⁷³⁴ Die Mutter bekommt die familienrechtlichen Konsequenzen der Änderung der Vaterschaft zu ihrem Kind sehr wohl zu spüren.⁷³⁵ Im Vergleich zum Vater und zum Kind selbst ist sie

⁷²⁷ *Kneihs*, FamZ 2006, 132 (135).

⁷²⁸ *Simotta* in FS Rechberger 579 (582, 596); *dieselbe* in FS Schlosser 901 (906); *Rosenmayr*, NZ 2004, 360 (365); *Fahrenhorst*, Familienrecht und EMRK 361.

⁷²⁹ *Simotta*, ÖA 2004, 175 (183); *dieselbe* in FS Rechberger 579 (582 f).

⁷³⁰ Vgl *Simotta* in FS Rechberger 579 (583) zur Rechtslage nach dem FamErbRÄG 2004.

⁷³¹ Dazu ausführlich *Kathrein*, ÖJZ 2013, 197 (204 ff); *Beclin*, iFamZ 2013, 6.

⁷³² VfGH G 114/11 iFamZ 2012/161 (*Ferrari*) = EF-Z 2012/127 = JBl 2012, 783 = Zak 2012/513.

⁷³³ *Simotta* in FS Rechberger 579 (582); zum deutschen Recht *Fahrenhorst*, Familienrecht und EMRK 361.

⁷³⁴ EGMR U 18. 5. 2006, *Róžański*, Nr. 55339/00 Z 78; *Frowein* in *Frowein/Peukert*, EMRK³ Vorbemerkung zu Art 8-11 Rz 15; *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 18 Rz 16; vgl auch EGMR U 26. 5. 1994, *Keegan*, Nr. 16969/90 Z 49; EGMR U 23. 9. 1994, *Hokkanen*, Nr. 19823/92 Z 55; EGMR U 27. 6. 2000, *Nuutinen*, Nr. 32842/96 Z 127.

⁷³⁵ *Simotta* in FS Rechberger 579 (582 ff); *dieselbe* in FS Schlosser 901 (906); *V. Steininger* in FS zur 200-Jahr-Feier der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Graz 457 (464).

davon jedoch nur mittelbar betroffen, weil es nicht um ihre eigene Elternschaft geht.⁷³⁶ In der Interessenabwägung hat auch das Kindeswohl entscheidendes Gewicht⁷³⁷ und kann die Interessen der Eltern im Einzelfall überwiegen.⁷³⁸ Fraglich ist, ob die mittelbare familienrechtliche und emotionale Betroffenheit der Mutter als Rechtfertigung dafür ausreicht, dass sie die Entstehung einer rechtlichen Abstammungsbeziehung zwischen dem Kind und seinem biologischen Vater verhindern kann.⁷³⁹

Der Mutter gegen das Anerkenntnis ein absolutes Vetorecht zuzugestehen, wäre mE unverhältnismäßig und damit in einer demokratischen Gesellschaft nicht notwendig (Art 8 Abs 2 EMRK), wenn es gelindere Mittel gibt, um eine gegebenenfalls zu weitgehende Einmischung des leiblichen Vaters zu verhindern.⁷⁴⁰ Schon jetzt hat die Mutter des eigenberechtigten Kindes anstelle eines Zustimmungsrechts gem § 147 Abs 3 ABGB ein Widerspruchsrecht gegen das „durchbrechende“ Anerkenntnis. Dieses würde ihr nach Abschaffung der Bezeichnung des Vaters gem § 147 Abs 2 ABGB jedenfalls erhalten bleiben.

Auch nach einem erfolgreichen „durchbrechenden“ Anerkenntnis können die Rechte des nunmehr auch juristischen Vaters gegebenenfalls eingeschränkt werden: Die elterlichen Mindestrechte des nicht mit der Obsorge betrauten Elternteils können bei Gefährdung des Kindeswohls oder rechtsmissbräuchlicher Inanspruchnahme dieser Rechte (§ 189 Abs 2 ABGB) gerichtlich eingeschränkt oder entzogen werden. Ähnliches gilt für das Kontaktrecht bei Anwendung von Gewalt gegen das Kind oder Verletzung des Wohlverhaltensgebots gem § 159 ABGB (§ 187 Abs 2 ABGB). Bei Gefährdung des Kindeswohls kann auch die Obsorge gem § 181 ABGB gerichtlich eingeschränkt oder entzogen werden, wenn der Vater zuvor durch einen Antrag gem § 180 ABGB seine Betrauung mit bzw Beteiligung an der Obsorge erreicht hat.

Ein absolutes Vetorecht der Mutter verhindert dagegen, dass die Interessenabwägung stattfindet, die durch Art 8 EMRK geboten wäre.⁷⁴¹ Dieses Ergebnis steht auch im Einklang

⁷³⁶ *Fahrenhorst*, Familienrecht und EMRK 361; *Simotta* in FS Schlosser 901 (906); *Rosenmayr*, NZ 2004, 360 (365).

⁷³⁷ *Fischer-Czermak*, Anm zu OGH 1 Ob 98/07d, EvBl 2007/176 (975).

⁷³⁸ EGMR U 7. 8. 1996, *Johansen*, Nr. 17383/90 Z 78; EGMR U 8. 7. 2003, *Sommerfeld*, Nr. 31871/06 Z 64; EGMR U 5. 11. 2002, *Yousef*, Nr. 33711/96 Z 66; EGMR U 26. 2. 2004, *Görgülü*, Nr. 74969/01 Z 43; EGMR U 22. 3. 2012, *Ahrens*, Nr. 45071/09 Z 63; EGMR U 22. 3. 2012, *Kautzor*, Nr. 23338/09 Z 64; *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 22 Rz 46.

⁷³⁹ *Janda* in *Hauer/Rudkowski ua*, Jahrbuch 323 (339).

⁷⁴⁰ *Kneihs*, FamZ 2006, 132 (135 f); *Fischer-Czermak*, Anm zu OGH 1 Ob 98/07d, EvBl 2007/176 (975 f); *Beck*, EF-Z 2015, 210; siehe schon S. 62.

⁷⁴¹ *Huber*, Anm zu OGH 1 Ob 236/05w, EF-Z 2006/24; *Fischer-Czermak*, Anm zu OGH 1 Ob 98/07d, EvBl 2007/176 (974); aA wohl *Fahrenhorst*, Familienrecht und EMRK 373 f, die zumindest in manchen Fällen ein

mit der Argumentation des EGMR in der Entscheidung *Róžański*, in der die Verletzung von Art 8 EMRK ua darin lag, dass der biologische Vater ohne Zustimmung der Mutter nicht in der Lage war, das Kind anzuerkennen.⁷⁴² Gleiches gilt für die Rechtsprechung von EGMR und VfGH zur Obsorge:⁷⁴³ Wenn eine Verletzung von Art 14 iVm Art 8 EMRK darin besteht, dass der Vater ohne Zustimmung der Mutter keine Beteiligung an der Obsorge erreichen kann, muss dies ohne eine sachliche Rechtfertigung auch für die Möglichkeit der Mutter gelten, den biologischen Vater ihres Kindes an einem „durchbrechenden“ Anerkenntnis zu hindern.

c. Ergebnis

§ 147 Abs 2 2. Satz ABGB ist mE verfassungswidrig. Ein Widerspruchsrecht gegen ein Anerkenntnis gem § 147 Abs 2 ABGB wäre ein geeignetes gelinderes Mittel, um den Interessen der Mutter Rechnung zu tragen.⁷⁴⁴ Damit wird auch ihr rechtliches Gehör iSd Art 6 EMRK⁷⁴⁵ zum Schutz der oben genannten Interessen gewahrt.⁷⁴⁶ Die Mutter kann damit weiterhin verhindern, dass sich ein Mann zum juristischen Vater macht, der nicht der biologische Vater ist, was zum Schutz ihrer familienrechtlichen Interessen iSd Art 8 EMRK geboten ist.⁷⁴⁷

Darüber hinaus steht das Widerspruchsrecht mit den Grundrechten des biologischen Vaters im Einklang, da ein Widerspruch nicht automatisch zur Unwirksamklärung des Anerkenntnisses führt, sondern zur Überprüfung der genetischen Vaterschaft.⁷⁴⁸ Dem Kindeswohl und dem Recht des Kindes auf Achtung seines Privat- und Familienlebens gem Art 8 EMRK wird beim „durchbrechenden“ Anerkenntnis durch das Erfordernis seiner Zustimmung ausreichend Rechnung getragen.⁷⁴⁹ Die Verfassungswidrigkeit des Bezeichnungsrechts der Mutter kann nur durch die Aufhebung des § 147 Abs 2 2. Satz ABGB behoben werden, weil der Wortlaut keine verfassungskonforme Auslegung zulässt, wonach

Recht der Mutter auf Anfechtung der Vaterschaft verlangt und ansonsten eine Verletzung von Art 14 iVm Art 8 EMRK annimmt.

⁷⁴² EGMR U 18. 5. 2006, *Róžański*, Nr. 55339/00 Z 74.

⁷⁴³ EGMR U 3. 12. 2009, *Zaunegger*, Nr. 22028/04 EF-Z 2010/37 (*Stormann*) = ÖJZ 2010/2 (MRK) = iFamZ 2010/1; EGMR 3. 2. 2011, *Sporer*, Nr. 35637/03 EF-Z 2011/33 (*Nademeinsky*) = iFamZ 2011/52 (*Klaar*); VfGH G 114/11 iFamZ 2012/161 (*Ferrari*) = EF-Z 2012/127 = JBl 2012, 783 = Zak 2012/513.

⁷⁴⁴ So schon *Fischer-Czermak*, Anm zu OGH 1 Ob 98/07d, EvBl 2007/176; *Aichinger*, EF-Z 2009, 5 (8); *Beck*, EF-Z 2015, 210.

⁷⁴⁵ *Fahrenhorst*, Familienrecht und EMRK 374 erachtet die Mutter in ihrem Recht auf Zugang zu einem Gericht verletzt, wenn diese die Vaterschaft ihres Ehemannes nicht anfechten kann.

⁷⁴⁶ Zum Recht auf Gehör siehe *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 24 Rz 72; *Klaushofer* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, Handbuch VII/1² § 18 Rz 56; *Peukert* in *Frowein/Peukert*, EMRK³ Art 6 Rz 114, 142; S. 41 f.

⁷⁴⁷ *Simotta*, ÖA 2004, 175 (183).

⁷⁴⁸ *Simotta*, ÖA 2004, 175 (183).

⁷⁴⁹ *Fischer-Czermak*, Anm zu OGH 1 Ob 98/07d, EvBl 2007/176 (975).

die Bezeichnung der Mutter substituiert werden kann.⁷⁵⁰ Zusätzlich müsste die Wendung „oder der Mutter“⁷⁵¹ in § 154 Abs 1 lit b ABGB aufgehoben werden.

2. Zur Diskriminierung nicht einsichts- und urteilsfähiger Mütter

a. *Problematik*

Die Mutter kann im Abstammungsverfahren über die Vaterschaft zu ihrem Kind nur mitwirken, wenn sie einsichts- und urteilsfähig und noch am Leben ist. Nur dann ist sie gem § 82 Abs 2 AußStrG parteifähig und kann den Anerkennenden gem § 147 Abs 2 ABGB als Vater bezeichnen oder gegen ein Anerkenntnis gem §§ 146 Abs 1, 147 Abs 3 ABGB Widerspruch erheben. Wenn sie einsichts- und urteilsfähig, aber nicht eigenberechtigt ist, benötigt sie dazu nicht die Zustimmung ihres gesetzlichen Vertreters.⁷⁵² Dies wird damit begründet, dass die Mutter im Abstammungsprozess zwischen Kind und Vater nur in der Lage sein soll, höchstpersönliche, intime Betroffenheiten zu wahren.⁷⁵³

Wenn die Mutter nicht einsichts- und urteilsfähig ist oder nicht mehr lebt, können dagegen weder sie selbst noch ihr gesetzlicher Vertreter oder ihre Rechtsnachfolger den Mann, der ein „durchbrechendes“ Anerkenntnis abgibt, gem § 147 Abs 2 ABGB als Vater bezeichnen oder Widerspruch gegen ein Anerkenntnis erheben.⁷⁵⁴ Nach der Ansicht von *Simotta* verstößt es gegen Art 8 EMRK, den Grundsatz des rechtlichen Gehörs gem Art 6 EMRK und das Verbot der Diskriminierung behinderter Personen gem Art 7 Abs 1 3. Satz B-VG, der nicht einsichts- und urteilsfähigen Mutter bzw ihren Rechtsnachfolgern diese Rechte zu verwehren.⁷⁵⁵ Da das Bezeichnungsrecht der Mutter gem § 147 Abs 2 im vorigen Abschnitt bereits als verfassungswidrig beurteilt wurde,⁷⁵⁶ soll eine Diskriminierung der einsichts- und urteilsfähigen Mutter in diesem Zusammenhang nicht mehr geprüft werden. Es soll hier daher allein um das Widerspruchsrecht gegen ein Anerkenntnis gehen.

⁷⁵⁰ *Huber*, Anm zu OGH 1 Ob 236/05w, EF-Z 2006/24.

⁷⁵¹ Ab 1. 7. 2018 lautet die zu streichende Wendung „die Mutter oder“: BGBl I 2017/59 (2. ErwSchG).

⁷⁵² *Simotta* in FS Rechberger 579 (591).

⁷⁵³ Die Materialien zum FamErbRÄG 2004 (ErläutRV 471 BlgNR 22. GP 16, 25 f) verweisen auf jene zum AußStrG (ErläutRV 224 BlgNR 22. GP 63); siehe auch *Simotta* in FS Rechberger 579 (594) mwN; zweifelnd *Schwimmann*, NZ 2005, 33 (38); *derselbe*, StAZ 2005, 33 (40).

⁷⁵⁴ *Simotta*, ÖA 2004, 175 (178); *dieselbe* in FS Rechberger 579 (592); *Fischer-Czermak*, JBl 2005, 2 (3, 5); *Rosenmayr*, NZ 2004, 360 (362 f); *Stefula* in Klang³ § 163e Rz 10; *Pierer* in *Deixler-Hübner*, Handbuch 215 (253, 259 f).

⁷⁵⁵ Ausführlich dazu *Simotta* in FS Rechberger 579 (593, 597); zum Widerspruch *dieselbe*, ÖA 2004, 175 (183); zustimmend *Stefula* in Klang³ § 163d Rz 9 mwN; kritisch auch *Aichinger*, EF-Z 2009, 5 (8).

⁷⁵⁶ Siehe soeben S. 77 f.

Mit dem 2. Erwachsenenschutzgesetz (2. ErwSchG),⁷⁵⁷ das am 1. 7. 2018 in Kraft tritt, wird der Begriff der Einsichts- und Urteilsfähigkeit durch den Begriff der Entscheidungsfähigkeit ersetzt. Dieser wird in § 24 Abs 2 ABGB idF 2. ErwSchG legaldefiniert, übernimmt aber inhaltlich wesentliche Elemente der Einsichts- und Urteilsfähigkeit.⁷⁵⁸ Auch die Bezeichnung des Vaters durch die Mutter und ihr Widerspruchsrecht gegen ein Anerkenntnis sind nach der Reform an ihre Entscheidungsfähigkeit geknüpft.⁷⁵⁹ Trotz der hier erörterten verfassungsrechtlichen Bedenken kann die Mutter dieses Recht weiterhin weder durch einen gesetzlichen Vertreter noch durch ihre Rechtsnachfolger ausüben.

Vor dem FamErbRÄG 2004 betrachtete der Gesetzgeber das Widerspruchsrecht der Mutter noch nicht als höchstpersönlich.⁷⁶⁰ Wenn die Mutter geschäftsunfähig war, konnte der gesetzliche Vertreter dieses Recht ausüben. Die beschränkt geschäftsfähige Mutter konnte den Widerspruch mit Einwilligung ihres gesetzlichen Vertreters selbst erklären (§ 163d Abs 2 ABGB idF KindRÄG 1989).⁷⁶¹ Nach dem Tod der Mutter waren ihre Rechtsnachfolger dazu berechtigt, diese Erklärung abzugeben (§ 164d ABGB idF KindRÄG 1989).⁷⁶²

b. Verletzung von Art 6 EMRK

Da die Abstammungsentscheidung gem § 140 ABGB gegenüber jedermann wirkt und daher nicht in einem nachfolgenden Unterhalts- oder Obsorgeverfahren neu aufgerollt werden kann,⁷⁶³ wird *Simotta* zufolge das rechtliche Gehör der nicht einsichts- und urteilsfähigen Mutter bzw ihrer Rechtsnachfolger durch die geltende Rechtslage verkürzt.⁷⁶⁴ Wenn eine nicht einsichts- und urteilsfähige Mutter keine Möglichkeit hat, selbst oder durch einen gesetzlichen Vertreter Widerspruch gegen ein Anerkenntnis zu erheben, liegt ein Verstoß gegen Art 6 EMRK nahe.

Zunächst ist der Anwendungsbereich des Art 6 Abs 1 EMRK zu prüfen: Dass die Mutter durch eine Abstammungsentscheidung bezüglich ihres Kindes nicht nur in intimen und somit höchstpersönlichen Betroffenheiten, sondern in ihrer familienrechtlichen Rechtsposition

⁷⁵⁷ BGBl I 2017/59.

⁷⁵⁸ Vgl ErläutRV 1461 BlgNR 25. GP 9.

⁷⁵⁹ ErläutRV 1461 BlgNR 25. GP 10 f.

⁷⁶⁰ *Simotta* in FS Rechberger 579 (593 f); vgl ErläutRV 6 BlgNR 12. GP 19.

⁷⁶¹ *Schwimann* in *Schwimann* (Hrsg), Praxiskommentar zum ABGB I² (1997) § 163d Rz 3; *Pichler* in *Fenyves/Welser* (Hrsg), Klang³ (2000) § 163d Rz 3; JAB 887 BlgNR 17. GP 5 zum Widerspruch.

⁷⁶² Zur früheren Rechtslage beim Widerspruch siehe *Schwimann* in *Schwimann*, ABGB I² § 163d Rz 1, § 164d Rz 2; ErläutRV 6 BlgNR 12. GP 19.

⁷⁶³ *Simotta* in FS Rechberger 579 (585); siehe dazu S. 107.

⁷⁶⁴ *Simotta* in FS Rechberger 579 (595 f).

betroffen ist, wurde oben schon erörtert.⁷⁶⁵ Darüber hinaus ergibt sich das Widerspruchsrecht der Mutter eindeutig aus §§ 146 Abs 1, 147 Abs 3 ABGB. Es lässt sich daher aus der innerstaatlichen Rechtsordnung ein materielles Recht der Mutter ableiten, gegen ein Vaterschaftsanerkennnis vorzugehen.⁷⁶⁶ Als abstammungsrechtliche Frage ist der Widerspruch gegen ein Vaterschaftsanerkennnis zweifellos dem Zivilrecht zuzurechnen.⁷⁶⁷ Da die Mutter also ein „civil right“ hat, gelten für sie die Verfahrensgarantien des Art 6 Abs 1 EMRK.

Das Recht auf Gehör ist eine der zentralen Verfahrensgarantien, die sich aus dem Recht auf ein faires Verfahren ergeben.⁷⁶⁸ Hier ist jedoch mE eher das Recht auf Zugang zu einem Gericht betroffen,⁷⁶⁹ da die Mutter mangels ihrer Einsichts- und Urteilsfähigkeit nicht in der Lage ist, durch ihren Widerspruch ein Abstammungsverfahren zur Rechtsunwirksamklärung eines Anerkenntnisses gem § 154 Abs 1 Z 2 ABGB einzuleiten. Dies widerspricht ihrem Recht, einen Anspruch in Bezug auf ihre zivilrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen vor ein Gericht zu bringen.⁷⁷⁰ Damit ist ihr die Möglichkeit genommen, sich dagegen zur Wehr zu setzen, dass ein Mann ihr Kind anerkennt, den sie nicht für den biologischen Vater hält.⁷⁷¹ Allerdings sind Einschränkungen des Rechts auf Zugang zu einem Gericht zulässig, solange sie mit angemessenen Mitteln ein berechtigtes Ziel verfolgen.⁷⁷² Solche inhärenten Beschränkungen sind auch Regelungen über den Zugang psychisch kranker Personen zu einem Gericht.⁷⁷³ In diesem Fall haben die Mitgliedstaaten einen weiten Ermessensspielraum, dürfen aber den Wesensgehalt des Rechts dennoch nicht verletzen.⁷⁷⁴

In besonders wichtigen Angelegenheiten muss nach der Rechtsprechung des EGMR auch geschäftsunfähigen Personen Zugang zu einem Gericht gewährt werden, wie insbesondere zu

⁷⁶⁵ Siehe S. 75 f.

⁷⁶⁶ Zur Frage, wann ein „Recht“ iSd Art 6 Abs 1 EMRK besteht, siehe *Peukert in Frowein/Peukert*, EMRK³ Art 6 Rz 7; *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 24 Rz 5; EGMR U 19. 10. 2005, *Roche*, Nr. 32555/96 Z 116 ff.

⁷⁶⁷ EGMR U 28. 11. 1984, *Rasmussen*, Nr. 8777/79 Z 32; *Fahrenhorst*, Familienrecht und EMRK 359; *Peukert in Frowein/Peukert*, EMRK³ Art 6 Rz 15; V. *Steininger* in FS zur 200-Jahr-Feier der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Graz 457 (461).

⁷⁶⁸ *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 24 Rz 66; siehe oben S. 41 f.

⁷⁶⁹ Siehe dazu S. 40 f.

⁷⁷⁰ EGMR U 21. 2. 1975, *Golder*, Nr. 4451/70 Z 36; EGMR U 19. 10. 2005, *Roche*, Nr. 32555/96 Z 116; EGMR U 28. 11. 1984, *Rasmussen*, Nr. 8777/79 Z 32; *Peukert in Frowein/Peukert*, EMRK³ Art 6 Rz 45.

⁷⁷¹ *Simotta* in FS Rechberger 579 (595); vgl auch ErläutRV 6 BlgNR 12. GP 19.

⁷⁷² *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 24 Rz 53 ff; *Meyer-Ladewig/Harrendorf in Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer*, EMRK⁴ Art 6 Rz 36 f.

⁷⁷³ *Peukert in Frowein/Peukert*, EMRK³ Art 6 Rz 64 mwN; EGMR 17. 1. 2012, *Stanev*, Nr. 36760/06 Z 241.

⁷⁷⁴ *Peukert in Frowein/Peukert*, EMRK³ Art 6 Rz 64 mwN; *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 24 Rz 53.

einem Verfahren über die eigene Geschäftsfähigkeit.⁷⁷⁵ In der Entscheidung *A.N. gegen Litauen* heißt es:

„[...] the fact that an individual has to be placed under guardianship [...] does not mean that he is incapable of expressing a view on his situation. In such cases, it is essential that the person concerned should have access to court and the opportunity to be heard either in person or, where necessary, through some form of representation.“⁷⁷⁶

Ansonsten ist der Wesensgehalt des Rechts und damit Art 6 Abs 1 EMRK verletzt.⁷⁷⁷ Hier sind mE keine legitimen Ziele ersichtlich, die selbst eine gesetzliche Vertretung der Mutter bei der Ausübung ihres Widerspruchsrechts ausschließen würden.⁷⁷⁸ Zwar nennt der Gesetzgeber den Grund, dass die Beteiligung der Mutter immer nur der Wahrung höchstpersönlicher, intimer Betroffenheiten diene.⁷⁷⁹ Seinem Inhalt nach ist das Widerspruchsrecht der Mutter mE jedoch nicht höchstpersönlich, weil auch konkrete familien- und vermögensrechtliche Interessen der Mutter davon betroffen sind, mit wem sie ihre Elternrechte teilt.⁷⁸⁰ ME spricht daher nichts dagegen, wie vor dem FamErbRÄG 2004⁷⁸¹ wieder einen Widerspruch durch den gesetzlichen Vertreter oder durch Rechtsnachfolger der Mutter zuzulassen.⁷⁸²

c. Gleichheitswidrigkeit der Regelung

Da die fehlende Handlungsfähigkeit der Mutter wegen der Höchstpersönlichkeit ihres Rechts⁷⁸³ nicht durch einen gesetzlichen Vertreter kompensiert werden kann, wird sie im Vergleich zu einer einsichts- und urteilsfähigen Mutter ohne sachliche Rechtfertigung diskriminiert.⁷⁸⁴ Aus diesem Grund ist auch ein Verstoß der §§ 146 Abs 1, 147 Abs 2, 3 ABGB gegen den Gleichheitssatz zu prüfen.⁷⁸⁵

Gem Art 7 Abs 1 3. Satz B-VG darf niemand wegen seiner Behinderung benachteiligt werden. Dieser spezielle Gleichheitssatz gilt sowohl für österreichische Staatsbürger als auch

⁷⁷⁵ EGMR 17. 1. 2012, *Stanev*, Nr. 36760/06 Z 241, 245; EGMR U 31. 5. 2016, *A.N. gegen Litauen*, Nr. 17280/08.

⁷⁷⁶ EGMR U 31. 5. 2016, *A.N. gegen Litauen*, Nr. 17280/08 Z 90.

⁷⁷⁷ EGMR U 31. 5. 2016, *A.N. gegen Litauen*, Nr. 17280/08 Z 90, 105.

⁷⁷⁸ *Simotta* in FS Rechberger 579 (582 ff, 595).

⁷⁷⁹ ErläutRV 224 BlgNR 22. GP 63; vgl auch ErläutRV 471 BlgNR 22. GP 26 f.

⁷⁸⁰ Vgl zum Bezeichnungsrecht der Mutter gem § 147 Abs 2 schon S. 75 f. Die dort vorgebrachten Argumente gelten mE auch hier. Allgemein zu den Charakteristika höchstpersönlicher Ansprüche siehe *Pierer*, Grenzen der Vertretungsmacht des Sachwalters bei erb- und familienrechtlichen Rechtsgeschäften, EF-Z 2013, 244 mwN.

⁷⁸¹ Siehe S. 79.

⁷⁸² Vgl *Simotta* in FS Rechberger 579 (595).

⁷⁸³ Daran zweifelnd *Schwimann*, NZ 2005, 33 (38); *derselbe*, StAZ 2005, 33 (40).

⁷⁸⁴ *Simotta* in FS Rechberger 579 (595 f).

⁷⁸⁵ *Simotta* in FS Rechberger 579 (595 f).

für Fremde (*arg* „niemand“).⁷⁸⁶ Der Begriff „Behinderung“ wurde aus dem deutschen Art 3 Abs 3 2. Satz GG übernommen⁷⁸⁷ und ist nach hA weit auszulegen.⁷⁸⁸ Gem Art 7 Abs 1 3. Satz B-VG sind nur Benachteiligungen behinderter Personen verboten, Begünstigungen hingegen erlaubt.⁷⁸⁹ Dh im Unterschied zum allgemeinen Gleichheitssatz sind Ungleichbehandlungen nicht schlechthin verboten.⁷⁹⁰ Eine Benachteiligung kann sowohl auf einer rechtlichen Differenzierung als auch auf einer Gleichbehandlung beruhen, bei der die Behinderung als wesentlicher Unterschied im Tatsächlichen nicht berücksichtigt wird.⁷⁹¹

Zu prüfen ist daher, ob hier eine Benachteiligung behinderter Personen vorliegt, sofern das Fehlen der Einsichts- und Urteilsfähigkeit der Mutter auf einer Behinderung iSd Art 7 Abs 1 3. Satz B-VG beruht. Eine solche Diskriminierung ist darin zu sehen, dass nur die einsichts- und urteilsunfähige Mutter keinen Widerspruch gegen das Anerkenntnis eines Mannes erheben kann, den sie nicht für den tatsächlichen Vater ihres Kindes hält.⁷⁹²

Obwohl der Wortlaut des Art 7 Abs 1 3. Satz B-VG keine Ausnahmen vorsieht, können bestimmte Benachteiligungen behinderter Personen sachlich gerechtfertigt sein.⁷⁹³ Dazu zählen gerade auch Benachteiligungen aufgrund von Beschränkungen der Geschäftsfähigkeit.⁷⁹⁴ Dennoch ist bei Benachteiligungen aufgrund von Behinderungen ein strenger Maßstab anzulegen.⁷⁹⁵ Wenn die Benachteiligung unmittelbar nachteilige Rechtsfolgen für die behinderte Person auslöst, ist zu prüfen, ob die benachteiligende Maßnahme zwingend notwendig ist, ein legitimes, gewichtiges Ziel verfolgt und zur Erreichung des Ziels geeignet, erforderlich und verhältnismäßig ist.⁷⁹⁶

§§ 146 Abs 1, 147 Abs 3 ABGB lösen für die nicht einsichts- und urteilsfähige Mutter unmittelbar die nachteilige Rechtsfolge aus, dass sie im Gegensatz zu einer einsichts- und urteilsfähigen Mutter ihre Mitwirkungs- und Widerspruchsrechte beim „durchbrechenden“

⁷⁸⁶ VfGH G 106/12 ua VfSlg 19.732; *Adamovich/Funk/Holzinger/Frank*, Staatsrecht III² Rz 42.012; *Pöschl* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, Handbuch VII/1² § 14 Rz 114.

⁷⁸⁷ *Pöschl*, Gleichheit 676; zur Auslegung dieses Begriffs im deutschen Recht vgl BVerfG 1 BvR 9/97 NJW 1998, 131 = EuGRZ 1997, 586 = FamRZ 1998, 21.

⁷⁸⁸ *Pöschl*, Gleichheit 678; *dieselbe* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, Handbuch VII/1² § 14 Rz 114.

⁷⁸⁹ AB 785 BlgNR 20. GP 5; dazu ausführlich *Pöschl*, Gleichheit 682, 695 ff.

⁷⁹⁰ *Pöschl* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, Handbuch VII/1² § 14 Rz 115.

⁷⁹¹ *Pöschl*, Gleichheit 682 f; *dieselbe* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, Handbuch VII/1² § 14 Rz 115; VfGH G 106/12 ua VfSlg 19.732.

⁷⁹² So auch *Simotta* in FS Rechberger 579 (593).

⁷⁹³ AB 785 BlgNR 20. GP 5; *Pöschl* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, Handbuch VII/1² § 14 Rz 116; *dieselbe*, Gleichheit 688; vgl dazu VfGH B 320/79 VfSlg 9997, wonach der Ausschluss blinder oder einäugiger Personen vom Erwerb eines Führerscheins nicht unsachlich ist.

⁷⁹⁴ *Pöschl*, Gleichheit 688.

⁷⁹⁵ *Pöschl*, Gleichheit 689.

⁷⁹⁶ *Pöschl*, Gleichheit 690; *dieselbe* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, Handbuch VII/1² § 14 Rz 116.

Vaterschaftsanerkennnis nicht ausüben kann, und zwar weder selbst noch durch einen gesetzlichen Vertreter. Eine Beschränkung der Geschäftsfähigkeit allein wäre an sich nicht zu beanstanden.⁷⁹⁷ Fraglich ist allerdings, ob es hier zwingend notwendig ist, dass die nicht einsichts- und urteilsfähige Mutter überhaupt nicht handeln kann. Das Handeln des gesetzlichen Vertreters soll nach Ansicht des Gesetzgebers ausgeschlossen sein, damit nur die Mutter selbst ihre intimen Betroffenheiten wahren kann.⁷⁹⁸ Wie bereits erörtert, spielt die Vaterschaft jedoch auch für die familien- und vermögensrechtlichen Interessen der Mutter eine Rolle.⁷⁹⁹

Der Gesetzgeber der letzten Jahre neigt zur stärkeren Berücksichtigung der Rechte nicht einsichts- und urteilsfähiger Personen: Mit dem FMedRÄG 2015 werden die Zustimmung und der Widerruf der Zustimmung des Lebensgefährten bzw der Lebensgefährtin der Mutter zur medizinisch unterstützten Fortpflanzung als höchstpersönliche Rechte ausgestaltet (§ 8 Abs 2 FMedG). Nach den Materialien soll der Widerruf jedoch auch bei Verlust der Einsichts- und Urteilsfähigkeit des Lebensgefährten wirksam sein.⁸⁰⁰ Zur Begründung verweist der Gesetzgeber auf Art 12 Abs 2 UN-Behindertenrechtskonvention,⁸⁰¹ wonach Menschen mit Behinderungen gleichberechtigt mit anderen Rechts- und Handlungsfähigkeit genießen. Auch das 2. ErwSchG eröffnet nicht entscheidungsfähigen Personen punktuell die Möglichkeit, bestimmte Rechtsfolgen allein dadurch auszulösen, dass sie einen bestimmten Willen zu erkennen geben.⁸⁰²

Konsequenterweise müsste auch für das Widerspruchsrecht gem §§ 146 Abs 1, 147 Abs 3 ABGB gelten, dass nicht einsichts- und urteilsfähige Personen entweder selbst oder durch einen gesetzlichen Vertreter handeln können müssen, je nachdem, ob das betreffende Recht tatsächlich höchstpersönlich ist oder nicht.⁸⁰³ Ansonsten würden der nicht einsichts- und urteilsfähige Lebensgefährte und die nicht einsichts- und urteilsfähige Mutter ungleich behandelt, obwohl sie sich mE – bezüglich ihres Handlungsbedarfs – in vergleichbaren

⁷⁹⁷ Vgl *Pöschl*, Gleichheit 688.

⁷⁹⁸ ErläutRV 224 Blg 22. GP 63.

⁷⁹⁹ *Simotta* in FS Rechberger 579 (596).

⁸⁰⁰ ErläutRV 445 BlgNR 25. GP 8. Vorbilder für diese Bestimmung waren auch § 10 Abs 2 PatVG und § 284g 1. Satz ABGB: *Erlebach*, Die Samen- und Eizellspende im FMedG, in *Barth/Erlebach* (Hrsg), Handbuch des neuen Fortpflanzungsmedizinrechts (2015) 213 (236 f).

⁸⁰¹ BGBl III 2008/155, in Kraft seit 26. 10. 2008; ErläutRV 445 BlgNR 25. GP 8.

⁸⁰² Vgl zB §§ 246 Abs 1 2. Satz, 250 Abs 2, 254 Abs 1 ABGB idF BGBl I 2017/59; siehe dazu ErläutRV 1461 BlgNR 25. GP 25 f.

⁸⁰³ Zum Begriff der Höchstpersönlichkeit *Barth/Dokalik*, Personensorge, in *Barth/Ganner*, Handbuch des Sachwalterrechts² (2010) 151 f; *Pierer*, EF-Z 2013, 244; *Schwimmann*, NZ 2005, 33 (38); *derselbe*, StAZ 2005, 33 (40) weist darauf hin, dass sich die Höchstpersönlichkeit und Vertretungsfeindlichkeit der Mitwirkungsmöglichkeiten der Mutter auch nicht zwingend aus dem Gesetzeswortlaut ergeben.

Situationen befinden: In beiden Fällen geht es um die Mitwirkung einer nicht einsichts- und urteilsfähigen Person an der Begründung oder Nicht-Begründung eines Eltern-Kind-Verhältnisses, das weitreichende persönliche und familienrechtliche Konsequenzen nach sich zieht.

Könnte der Lebensgefährte mangels Einsichts- und Urteilsfähigkeit seine Zustimmung zur medizinisch unterstützten Fortpflanzung nicht widerrufen, würde er zweiter Elternteil eines infolge der Zustimmung gezeugten Kindes mit allen Rechten und Pflichten (§ 148 Abs 3 ABGB). Die nicht einsichts- und urteilsfähige Mutter, die ein Anerkenntnis nicht verhindern kann, muss ihre Elternrechte uU mit dem „falschen“ Vater teilen.⁸⁰⁴ In beiden Fällen gibt es keine sachliche Rechtfertigung dafür, einsichts- und urteilsfähige Personen in wichtigen Familienangelegenheiten völlig handlungsunfähig zu machen.

Die Diskriminierung der nicht einsichts- und urteilsfähigen Mutter verstößt mE jedenfalls dann gegen Art 7 Abs 1 3. Satz B-VG, wenn die fehlende Einsichts- und Urteilsfähigkeit auf eine geistige Behinderung der Mutter zurückgeht. Doch selbst wenn dies nicht der Fall sein sollte, liegt eine Ungleichbehandlung von Müttern anhand ihrer Einsichts- und Urteilsfähigkeit vor, die mit dem Sachlichkeitsgebot mE nicht in Einklang zu bringen ist.

d. Ergebnis

Im Ergebnis wird das Recht der nicht einsichts- und urteilsfähigen Mutter bzw ihrer Rechtsnachfolger auf ein faires Verfahren iSd Art 6 Abs 1 EMRK verletzt, weil sie keine Möglichkeit haben, durch einen Widerspruch eine Überprüfung des Anerkenntnisses im Abstammungsverfahren zu erreichen.⁸⁰⁵ Darin liegt eine Diskriminierung geistig behinderter Personen,⁸⁰⁶ die sowohl gleichheitswidrig ist als auch im Widerspruch zu Art 12 Abs 2 UN-Behindertenrechtskonvention steht.

Schließlich ist die Mutter unabhängig von ihrer Einsichts- und Urteilsfähigkeit auch in ihrem Recht auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens gem Art 8 EMRK betroffen, wenn ihr das Widerspruchsrecht gegen ein Vaterschaftsanerkenntnis genommen wird.⁸⁰⁷ Wird bei der

⁸⁰⁴ V. *Steininger* in FS zur 200-Jahr-Feier der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Graz 457 (464); *Rosenmayr*, NZ 2004, 360 (365); *Simotta* in FS Rechberger 579 (582) mwN.

⁸⁰⁵ *Simotta* in FS Rechberger 579 (596).

⁸⁰⁶ So auch *Simotta* in FS Rechberger 579 (593, 601).

⁸⁰⁷ Siehe S. 77.

Gewährung des Widerspruchsrechts nach der Einsichts- und Urteilsfähigkeit differenziert, liegt darüber hinaus eine Diskriminierung iSd Art 14 iVm Art 8 EMRK vor.⁸⁰⁸

C. Recht des Ehemannes auf Feststellung der Nichtabstammung

Später als 30 Jahre nach der Geburt des Kindes kann nur noch das Kind die Feststellung der Nichtabstammung beantragen, der Ehemann hat diese Möglichkeit jedoch nicht mehr (§ 153 Abs 3 ABGB). Wenn das Kind innerhalb von 300 Tagen nach dem Tod des ersten Ehemannes, aber während der zweiten Ehe seiner Mutter geboren wird (vgl § 144 Abs 4 ABGB), läuft die Frist ab der Feststellung, dass das Kind doch vom früheren Ehemann abstammt.⁸⁰⁹ Der OGH wendet die 30-jährige Frist analog auf den Antrag des Anerkennenden auf Unwirksamklärung seines Anerkenntnisses gem § 154 Abs 1 Z 3 ABGB an, um rechtliche Väter unabhängig von einer Ehe mit der Mutter gleich zu behandeln.⁸¹⁰ Aus den Übergangsbestimmungen zum FamErbRÄG 2004 leitet die Rsp ab, dass die 30-jährige Frist frühestens am 1. 1. 2005 zu laufen beginnen konnte. Bis zum 1. 1. 2035 kann der Ehemann daher auch dann die Nichtabstammung feststellen lassen, wenn das „Kind“ bereits älter als 30 Jahre ist.⁸¹¹ Dadurch wird das Problem ein wenig entschärft, das hier erörtert werden soll.

Eine Begründung für die mit dem FamErbRÄG 2004 eingeführte absolute Frist für den Ehemann findet sich in den Materialien nicht.⁸¹² Möglicherweise wollte der Gesetzgeber damit zum Ausdruck bringen, dass das Interesse des Kindes an der Beseitigung der rechtlichen Vaterschaft höher zu bewerten ist als jenes des Ehemannes.⁸¹³ Als Grund genannt wird auch das Kindeswohl,⁸¹⁴ wobei zu beachten ist, dass das Kind bei Ablauf der Frist schon lange volljährig ist. Denkbar wäre auch, dass ein nach so langer Zeit verfestigtes Abstammungsverhältnis nicht mehr korrigiert werden soll,⁸¹⁵ insbesondere weil der Ehemann genug Zeit gehabt hätte, entsprechende Schritte zur Beseitigung seiner Vaterschaft zu

⁸⁰⁸ Dass die Geschäftsfähigkeit nicht zu den in Art 14 EMRK aufgezählten Differenzierungsmerkmalen gehört, steht dem nicht entgegen: *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 26 Rz 11, 27.

⁸⁰⁹ ErläutRV 471 BlgNR 22. GP 20; *Simotta* in FS Schlosser 901 (909).

⁸¹⁰ OGH 1 Ob 106/08g EvBl 2008/177 = RZ 2009/15 = iFamZ 2008/150 = EF-Z 2008/102 = Zak 2008/530; 2 Ob 12/12x EF-Z 2012/65 (*Gitschthaler*) = iFamZ 2012/89 = Zak 2012/212; *Stefula* in Klang³ § 158 Rz 13.

⁸¹¹ OGH 2 Ob 12/12x EF-Z 2012/65 (*Gitschthaler*); ErläutRV 471 BlgNR 22. GP 36; *Pierer* in *Deixler-Hübner*, Handbuch 215 (263).

⁸¹² ErläutRV 471 BlgNR 22. GP 6 f, 20.

⁸¹³ *Ferrari* in FS Schwab 1333 (1344).

⁸¹⁴ *Stefula* in Klang³ § 158 Rz 13.

⁸¹⁵ Vgl *Bernat* in *Schwimann/Kodek* Ia⁴ § 153 Rz 1.

setzen.⁸¹⁶ Die Dauer der 30-jährigen Frist wird an die allgemeine Verjährungs- und Ersitzungsfrist gem § 1478 ABGB angelehnt sein.⁸¹⁷

Dass für den Ehemann und das Kind unterschiedliche Fristen zur Stellung eines Antrags gelten, der jeweils auf dasselbe Ergebnis gerichtet ist, wirft dennoch verfassungsrechtliche Bedenken auf. Da es um die Einleitung eines Abstammungsverfahrens geht, liegt ein Verstoß gegen das Recht des Ehemannes auf ein faires Verfahren gem Art 6 Abs 1 EMRK nahe. Die scheinbar grundlose Ungleichbehandlung des rechtlichen Vaters und des Kindes soll anschließend auf ihre Vereinbarkeit mit dem Gleichheitssatz und eine mögliche Diskriminierung gem Art 14 iVm Art 8 EMRK überprüft werden.

1. Vereinbarkeit mit Art 6 EMRK

Fristen und andere Bedingungen für die Zulässigkeit einer Klage bzw eines Antrags sind grundsätzlich zulässige Beschränkungen des Rechts auf Zugang zu einem Gericht iSd Art 6 EMRK.⁸¹⁸ Dennoch dürfen Fristen den Zugang zu einem Gericht nicht auf unangemessene Weise beschneiden.⁸¹⁹ Allerdings kann davon bei einer 30-jährigen Frist nicht die Rede sein. Konventionswidrig ist eine Frist insbesondere dann, wenn dem Antragsteller die Geltendmachung eines Rechts dadurch praktisch unmöglich gemacht wird.⁸²⁰ IdR sind (Verjährungs-)Fristen dagegen zur geordneten Rechtspflege und zur Wahrung der Rechtssicherheit zulässig und damit gerechtfertigt.⁸²¹ Im Zusammenhang mit der Befristung des Antrags auf Bestreitung der rechtlichen Vaterschaft spricht der EGMR aus, dass diese der Rechtssicherheit und dem Schutz der Kindesinteressen dienen und damit konventionskonform sein können, wenn der Beurteilungsspielraum der Mitgliedstaaten nicht überschritten wird und die Regelung verhältnismäßig ist.⁸²²

Fraglich ist, ob die verfristete Antragslegitimation überhaupt in den Anwendungsbereich von Art 6 EMRK fällt: In der Entscheidung *Yildirim* lehnte der EGMR eine Verletzung des Art 6 EMRK durch das österreichische Abstammungsrecht schon deswegen ab, weil der

⁸¹⁶ Vgl OGH 7 Ob 534/91 EFSlg 66.005 zum Vorbringen eines Ehemannes, der die Frist versäumt hat, weil er frühere Zweifel an der Abstammung seines Sohnes verdrängt hatte.

⁸¹⁷ *Simotta* in FS Schlosser 901 (909 FN 29); *Stefula* in Klang³ § 158 Rz 13 versteht die Frist dagegen als materiellrechtliche Ausschlussfrist.

⁸¹⁸ *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 24 Rz 55; vgl EGMR U 12. 1. 2006, *Mizzi*, Nr. 26111/02 Z 78 ff.

⁸¹⁹ *Meyer-Ladewig/Harrendorf* in *Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer*, EMRK⁴ Art 6 Rz 39.

⁸²⁰ EGMR U 12. 1. 2006, *Mizzi*, Nr. 26111/02 Z 78 ff, Z 89.

⁸²¹ *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht¹¹ Rz 959; *Meyer-Ladewig/Harrendorf* in *Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer*, EMRK⁴ Art 6 Rz 39; *Peukert* in *Frowein/Peukert*, EMRK³ Art 6 Rz 83; *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 24 Rz 55.

⁸²² EGMR U 28. 11. 1984, *Rasmussen*, Nr. 8777/79 Z 41; EGMR U 12. 1. 2006, *Mizzi*, Nr. 26111/02 Z 88.

Antragsteller kein „Recht“ iSd Art 6 Abs 1 EMRK hatte.⁸²³ Die damals einjährige Frist zur Bestreitung der Ehelichkeit gem § 158 ABGB aF war bereits abgelaufen und der Antragsteller konnte eine Antragstellung durch den Staatsanwalt nur anregen, hatte jedoch keinen Anspruch darauf.⁸²⁴ Dagegen betrachtete der EGMR die Frist zur Erhebung einer Bestreitungsklage im Urteil *Mizzi* lediglich als verfahrensrechtliche Beschränkung und ging davon aus, dass der Antragsteller ein im maltesischen Recht zumindest vertretbares Recht geltend machen wollte.⁸²⁵ Nach welchen Kriterien der EGMR entscheidet, wann ein verfristetes Recht nicht mehr in den Anwendungsbereich des Art 6 EMRK fällt und wann hingegen der Fristablauf als verfahrensrechtliche Beschränkung das Recht auf Zugang zu einem Gericht verletzt, ist mE nicht immer ersichtlich.⁸²⁶

§ 153 Abs 3 ABGB verletzt Art 6 EMRK mE jedoch schon deswegen nicht, weil die Länge der Frist, die noch dazu bis zum 1. 1. 2035 *de facto* keine Rolle spielen wird, es dem Ehemann nicht praktisch unmöglich macht, sein Recht auf Feststellung der Nichtabstammung geltend zu machen.

2. Gleichheitswidrigkeit der unterschiedlichen Fristen?

§ 153 Abs 3 ABGB differenziert bezüglich des Antrags auf Feststellung der Nichtabstammung zwischen dem Ehemann und dem Kind. Da der Gesetzgeber verschiedene Personengruppen nur dann ungleich behandeln darf, wenn diesbezüglich wesentliche Unterschiede im Tatsächlichen bestehen,⁸²⁷ sind solche Unterschiede zwischen Kind und Ehemann zu suchen. Das Kind und sein rechtlicher Vater sind durch ein Abstammungsverhältnis verbunden, das für beide jeweils sehr unterschiedliche Rechte und Pflichten festlegt. Allerdings haben viele dieser Unterschiede mit der Schutzbedürftigkeit und Minderjährigkeit des Kindes zu tun (zB der Unterhaltsanspruch des Kindes, die Rechte und Pflichten des Vaters aus der Obsorge, die Gehorsamspflicht des Kindes). Bei der Frage, ob die asymmetrische Anordnung einer 30-jährigen Frist zur Beseitigung des Abstammungsverhältnisses gleichheitswidrig ist, muss allerdings die Situation eines über 30-jährigen Kindes mit jener eines idR schon etwas älteren rechtlichen Vaters verglichen werden.

⁸²³ EGMR E 19. 10. 1999, *Yildirim*, Nr. 34308/96.

⁸²⁴ Diese Bestimmung wurde später vom VfGH als verfassungswidrig aufgehoben, allerdings gestützt auf Art 8 EMRK: VfGH G 78/00 VfSlg 16.928.

⁸²⁵ EGMR U 12. 1. 2006, *Mizzi*, Nr. 26111/02 Z 74 ff.

⁸²⁶ Vgl zu dieser Problematik EGMR U 19. 10. 2005, *Roche*, Nr. 32555/96 Z 118 f.

⁸²⁷ Siehe S. 44 f.

Ein erwachsenes Kind wird den Antrag gem §§ 151 ff ABGB entweder aufgrund einer schlechten Beziehung zum rechtlichen Vater oder zur „Richtigstellung“ seiner Identität und Herkunft stellen. Beim rechtlichen Vater kommen daneben auch erbrechtliche Überlegungen in Betracht, denn solange die rechtliche Abstammungsbeziehung besteht, ist das Kind ungeachtet der fehlenden genetischen Verwandtschaft gesetzlicher Erbe in der 1. Parentel und teilt die Verlassenschaft mit anderen vorhandenen Kindern nach Köpfen (§ 732 ABGB).⁸²⁸ Wenn der rechtliche Vater die Feststellung der Nichtabstammung nicht innerhalb von 30 Jahren beantragt hat, könnte er erbrechtliche Ansprüche des Kindes, das nicht von ihm abstammt, nur noch durch eine Enterbung (§§ 769 ff ABGB) verhindern.

Doch auch beim Vater können emotionale Gründe – zB der Wunsch nach Berichtigung seiner Lebensgeschichte, die auch dadurch geprägt ist, ob man eigene Kinder hat oder nicht – eine Rolle spielen, worin mE ein nachvollziehbares Interesse liegt. ME sind die denkbaren Interessen des Ehemannes und des Kindes daher insgesamt nicht derart unterschiedlich, dass sie nicht vergleichbar wären. Ob der Gesetzgeber ohne Begründung unterschiedliche Regelungen für die jeweils Beteiligten treffen kann, ist zumindest fraglich.

Auch unabhängig vom Gebot der Gleichbehandlung könnte die Sachlichkeit des § 153 Abs 3 ABGB in Zweifel gezogen werden. Das Sachlichkeitsgebot verbietet dem Gesetzgeber, sachlich nicht begründbare Regelungen zu treffen.⁸²⁹ Ungleichbehandlungen müssen nach der Rechtsprechung des VfGH auf einem vernünftigen Grund beruhen und dürfen nicht unverhältnismäßig sein.⁸³⁰ Wie soeben dargestellt, lässt sich ein einleuchtender, vernünftiger Grund für die Anordnung einer 30-jährigen Frist nur für den Ehemann jedoch nicht herausarbeiten. Zwar sind Fristsetzungen idR auch dann zulässig, wenn sie zu Ungleichbehandlungen führen, wenn der Eintritt der Rechtsfolge dadurch nicht von Zufällen oder manipulativen Umständen abhängig gemacht wird.⁸³¹ Allerdings hat der VfGH die Anordnung unterschiedlicher Fristen für vergleichbare Personengruppen schon mehrmals für gleichheitswidrig erklärt.⁸³² In diesen Fällen waren die beanstandeten Fristen mit sechs Monaten zwar bedeutend kürzer, sodass ein ungleich größeres Risiko bestand, durch eine Fristversäumnis Nachteile zu erleiden. Dass eine Frist von 30 Jahren leichter eingehalten werden kann, kompensiert jedoch nicht das Fehlen einer sachlichen Rechtfertigung.

⁸²⁸ Vgl EGMR U 12. 1. 2006, *Mizzi*, Nr. 26111/02 Z 98.

⁸²⁹ VfGH G 250/93, G 251/93 VfSlg 13.777; *Pöschl* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, Handbuch VII/1² § 14 Rz 36 mwN; *Bezemek*, Grundrechte § 25 Rz 18.

⁸³⁰ VfGH B 2318/94 VfSlg 14.191; *Pöschl* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, Handbuch VII/1² § 14 Rz 36 mwN.

⁸³¹ *Berka* in *Rill/Schäffer*, Bundesverfassungsrecht Art 7 Rz 57.

⁸³² VfGH G 254/07 VfSlg 18.412; VfGH G 162/07 ua VfSlg 18.546.

3. Diskriminierung gem Art 14 iVm Art 8 EMRK

In Betracht kommt auch eine mögliche Diskriminierung des Ehemannes gem Art 14 EMRK. Aufgrund ihrer Akzessorietät ist diese Bestimmung nur anwendbar, wenn die jeweilige Maßnahme zumindest in den Anwendungsbereich eines Konventionsrechts fällt.⁸³³ Der EGMR vertritt in stRsp, dass die Klärung der Rechtsbeziehung zwischen einem rechtlichen Vater und seinem (vermeintlichen) Kind zumindest zu deren Privatleben gehört.⁸³⁴ Daher fällt die Anordnung einer Frist zur Beseitigung des Abstammungsverhältnisses zwischen Ehemann und Kind jedenfalls in den Regelungsbereich des Art 8 EMRK. Darüber hinaus kann der Anwendungsbereich von Art 6 Abs 1 EMRK berührt sein, wenn man die Frist als verfahrensrechtliche Beschränkung eines Anspruchs versteht und nicht aus diesem Grund ein „Recht“ im Sinne dieses Konventionsrechts verneint.⁸³⁵

§ 153 Abs 3 ABGB differenziert zwischen dem Kind und seinem Elternteil. Darin liegt zwar keine Differenzierung nach der Geburt im eigentlichen Sinne, doch die Aufzählung verpönter Merkmale in Art 14 EMRK ist nicht abschließend.⁸³⁶ Die Eigenschaft als Ehemann der Mutter oder Kind ist aber jedenfalls eine persönliche Eigenschaft, die man selbst nicht ändern kann und die die eigene Identität maßgeblich prägt, sodass man sie unter den Begriff „sonstigen Status“ iSd Art 14 EMRK subsumieren kann.⁸³⁷

Anschließend ist zu prüfen, ob sich der Ehemann und das Kind in einer vergleichbaren Situation befinden. Diese Frage wird man im Hinblick auf die Rsp des EGMR bejahen können, wonach sich der rechtliche Vater, das Kind, die Mutter und der biologische Vater bezüglich der Anfechtung der Vaterschaft trotz aller tatsächlichen Unterschiede grundsätzlich in einer vergleichbaren Situation befinden.⁸³⁸ Ihre Positionen und Interessen sind in diesem Abstammungsverfahren „sufficiently comparable“.⁸³⁹ Der EGMR legt bei der Frage der

⁸³³ EGMR U 28. 11. 1984, *Rasmussen*, Nr. 8777/79 Z 29; *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 26 Rz 4; *Pöschl*, Gleichheit 623 f; *Meyer-Ladewig/Lehner* in *Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer*, EMRK⁴ Art 14 Rz 5; *Brötel*, FamRZ 1995, 72 (75).

⁸³⁴ EGMR U 28. 11. 1984, *Rasmussen*, Nr. 8777/79 Z 33; EGMR E 19. 10. 1999, *Yildirim*, Nr. 34308/96; EGMR U 24. 11. 2005, *Shofman*, Nr. 74826/01 Z 30 ff; EGMR U 12. 1. 2006, *Mizzi*, Nr. 26111/02 Z 102 ff; EGMR U 10. 10. 2006, *Paulík*, Nr. 10699/05 Z 41.

⁸³⁵ So jedoch EGMR E 19. 10. 1999, *Yildirim*, Nr. 34308/96; siehe S. 86 f.

⁸³⁶ *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 26 Rz 27.

⁸³⁷ Vgl *Pöschl*, Gleichheit 646 f; *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 26 Rz 11 mwN.

⁸³⁸ EGMR U 28. 11. 1984, *Rasmussen*, Nr. 8777/79 Z 35 ff; EGMR U 12. 1. 2006, *Mizzi*, Nr. 26111/02 Z 131; EGMR U 10. 10. 2006, *Paulík*, Nr. 10699/05 Z 54.

⁸³⁹ EGMR U 10. 10. 2006, *Paulík*, Nr. 10699/05 Z 54.

Vergleichbarkeit auch keinen allzu strengen Maßstab an, weil man geringfügige Unterschiede auch noch auf der Ebene der Rechtfertigung berücksichtigen kann.⁸⁴⁰

Dass in der Normierung unterschiedlicher Fristen für einen Antrag auf Feststellung der Nichtabstammung gem §§ 151 ff ABGB eine Ungleichbehandlung des rechtlichen Vaters und des Kindes liegt, ist eindeutig.⁸⁴¹ Daher stellt sich zuletzt die Frage nach einer vernünftigen und sachlichen Rechtfertigung der geprüften Regelung.⁸⁴² Zu prüfen ist, ob es ein legitimes Ziel gibt und, wenn ja, ob die zur Zielerreichung eingesetzten Mittel in einem angemessenen Verhältnis dazu stehen.⁸⁴³ Als legitimes Ziel kommen mE zwei Gesichtspunkte in Frage: die Rechtssicherheit und der Schutz des erwachsenen Kindes vor dem Verlust einer Identität, mit der es schon über 30 Jahre lang gelebt hat. Um dieses Ziel zu erreichen, nimmt man dem rechtlichen Vater die Möglichkeit, sich von einem Kind loszusagen, das nicht von ihm abstammt, obwohl ihm erst nach dessen 30. Geburtstag relevante Zweifel an der Abstammung kamen. Ob diese Maßnahme in einem angemessenen Verhältnis zu den angestrebten Zielen steht, ist fraglich.

Die emotionalen Konsequenzen einer Feststellung der Nichtabstammung werden typischerweise auf beiden Seiten vergleichbar sein, je nachdem, wer den Antrag gestellt hat. Allerdings schützen weder das Familienrecht noch die EMRK vor der Ablehnung einer Familienbeziehung.⁸⁴⁴ Schließlich ist auch die Beistandspflicht gem § 137 ABGB nicht gerichtlich durchsetzbar.⁸⁴⁵ Seinen Namen verliert das Kind nicht zwangsläufig durch die Änderung der Abstammung, da es selbst entscheiden kann, ob es diese zum Anlass nimmt, einen neuen Familiennamen zu bestimmen (§§ 156 Abs 2 iVm 157 Abs 2 ABGB).⁸⁴⁶ Als Rechtfertigung dafür, dass das Kind nach 30 Jahren vor einem Antrag des rechtlichen Vaters gem §§ 151 ff ABGB zu schützen ist, bleibt daher nur die Rechtssicherheit, die für das Kind auch die Sicherung seiner erbrechtlichen Stellung bedeutet.⁸⁴⁷ Diese allein rechtfertigt es wohl

⁸⁴⁰ EGMR U 28. 11. 1984, *Rasmussen*, Nr. 8777/79 Z 37; *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 26 Rz 8.

⁸⁴¹ Vgl EGMR U 12. 1. 2006, *Mizzi*, Nr. 26111/02 Z 129, wobei die Ungleichbehandlung um einiges krasser war: Der Antragsteller konnte seine Vaterschaft nur innerhalb von drei bzw sechs Monaten ab der Geburt des Kindes bestreiten, während jede andere „interested party“ dies unbefristet tun konnte.

⁸⁴² *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 26 Rz 13.

⁸⁴³ *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht¹¹ Rz 756; *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 26 Rz 13.

⁸⁴⁴ *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 22 Rz 14.

⁸⁴⁵ *Fischer-Czermak* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 137 Rz 9 (Stand 1. 5. 2017, rdb.at).

⁸⁴⁶ *Böhsner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 157 Rz 2 (Stand 1. 3. 2015, rdb.at).

⁸⁴⁷ Siehe schon S. 88.

nicht, dem rechtlichen Vater eine 30-jährige Frist zu verordnen, die für das Kind nicht gilt. Daher verstößt § 153 Abs 3 ABGB mE gegen Art 14 iVm Art 8 EMRK.⁸⁴⁸

D. Recht des Kindes auf Unwirksamerklärung eines falschen Anerkenntnisses⁸⁴⁹

Wer ein Kind anerkannt hat, kann gem § 154 Abs 1 Z 3 lit b ABGB die Unwirksamerklärung seines Vaterschaftsanerkenntnisses beantragen, wenn er nachträglich von Umständen erfährt, die dafür sprechen, dass das Kind nicht von ihm abstammt. Ein solcher Antrag kann innerhalb von zwei Jahren nach Entdeckung dieser Umstände gestellt werden (§ 154 Abs 2 ABGB). Die Frist beginnt erst zu laufen, wenn der Anerkennende aufgrund der hervorgekommenen Umstände davon ausgehen kann, dass seine Vaterschaft höchst unwahrscheinlich ist, und objektiv die Möglichkeit der Klärung durch ein Sachverständigengutachten in Form eines DNA-Tests hat.⁸⁵⁰ Da der OGH die für den Ehemann geltende absolute Frist (§ 153 Abs 3 ABGB)⁸⁵¹ analog anwendet, kann auch der Anerkennende später als 30 Jahre nach der Geburt des Kindes seine rechtliche Vaterschaft nicht mehr beseitigen.⁸⁵² Im Ergebnis sind die Möglichkeiten eines nicht mit der Mutter verheirateten rechtlichen Vaters, der nachträglich erfährt, dass sein vermeintliches Kind nicht von ihm abstammt, im Wesentlichen vergleichbar mit den Möglichkeiten des Ehemannes in dieser Situation.

Das Kind kann gegen ein Anerkenntnis gem § 146 ABGB innerhalb von zwei Jahren ab Kenntnis von dessen Rechtswirksamkeit Widerspruch erheben. Diese Frist ist gehemmt, solange die widerspruchsberechtigte Person nicht eigenberechtigt ist. Aufgrund des Widerspruchs ist das Anerkenntnis vom Gericht für unwirksam zu erklären (§ 154 Abs 1 Z 2 ABGB), wenn keine der Parteien des Verfahrens dagegen den positiven Abstammungsbeweis erbringt.⁸⁵³

Da die Frist für den Widerspruch nicht von der Kenntnis bestimmter Umstände abhängt, die gegen die Abstammung des Kindes vom Anerkennenden sprechen, kann sie bereits

⁸⁴⁸ Ähnlich *Fahrenhorst*, Familienrecht und EMRK 378 f: Verstoß gegen Art 14 iVm Art 8 EMRK durch das deutsche Abstammungsrecht, weil für das volljährige Kind eine zweijährige kenntnisunabhängige Frist zur Bestreitung der Vaterschaft des Ehemannes der Mutter gilt, für den rechtlichen Vater jedoch nicht.

⁸⁴⁹ Dieser Abschnitt wurde bereits als Kurzbeitrag veröffentlicht: *T. Maier*, Zum Recht des Kindes, ein falsches Anerkenntnis für unwirksam erklären zu lassen, EF-Z 2017, 257.

⁸⁵⁰ *Hinteregger/Ferrari*, Familienrecht⁷ 182; *Deixler-Hübner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 154 Rz 9 (Stand 1. 10. 2016, rdb.at); OGH 7 Ob 85/08p iFamZ 2009/146.

⁸⁵¹ Zur Verfassungswidrigkeit dieser Frist siehe soeben S. 87 ff, 89 ff.

⁸⁵² OGH 1 Ob 106/08g RZ 2009/15; 2 Ob 12/12x EF-Z 2012/65 (*Gitschthaler*); siehe auch *Fischer-Czermak* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 153 Rz 6 (Stand 1. 5. 2017, rdb.at); zum Fristbeginn siehe oben S. 85.

⁸⁵³ Damit können alle Parteien iSd § 82 Abs 2 AußStrG eine Feststellung der Vaterschaft des Anerkennenden erreichen: *Fischer-Czermak*, JBl 2005, 2 (9 f).

abgelaufen sein, wenn dem Kind diesbezüglich die ersten Zweifel kommen.⁸⁵⁴ Dann kann das Kind zwar noch einen Antrag auf „Vätertausch“ gem § 150 ABGB stellen, der unbefristet möglich ist.⁸⁵⁵ Dazu benötigt es allerdings Informationen über den biologischen Vater, die für das Kind in vielen Fällen schwierig zu erlangen sind.⁸⁵⁶ Ohne seinen biologischen Vater zu kennen, hat das Kind im Unterschied zum Anerkennenden keine Möglichkeit mehr, seine Nichtabstammung geltend zu machen.⁸⁵⁷ In dieser Situation wird das Kind schlechter behandelt als der Anerkennende, aber auch schlechter als ein während aufrechter Ehe geborenes Kind.⁸⁵⁸ Daraus ergeben sich verfassungsrechtliche Bedenken,⁸⁵⁹ die näher zu untersuchen sind.

1. Verletzung von Art 8 EMRK

Der VfGH hat schon einmal mehrere Bestimmungen des Abstammungsrechts als verfassungswidrig aufgehoben, weil das Kind selbst nicht in der Lage war, die Vaterschaft des Ehemannes zu bestreiten.⁸⁶⁰ Daher liegt es nahe, dass das durch Art 8 EMRK geschützte Recht eines Kindes auf Achtung seines Privatlebens ebenso verletzt ist, wenn es die durch Anerkenntnis hergestellte Vaterschaft nicht beseitigen kann.⁸⁶¹

Unabhängig davon, ob die Beziehung zwischen einem Kind und seinem rechtlichen Vater als Familienleben iSd Art 8 EMRK zu qualifizieren ist, betrifft das rechtliche Abstammungsverhältnis bzw dessen Auflösung nach stRsp des EGMR jedenfalls deren Privatleben.⁸⁶² Dazu gehören auch Aspekte der physischen und sozialen Identität eines Menschen, was seine Abstammung einschließt.⁸⁶³ Wenn dem Kind ein durchsetzbarer Rechtsanspruch zur Auflösung der Abstammungsbeziehung zu seinem Vater verwehrt ist, nimmt der VfGH darüber hinaus eine Verletzung seines Rechts auf Achtung des Familienlebens an.⁸⁶⁴ Kinder nicht verheirateter Eltern genießen den Schutz des Art 8 EMRK

⁸⁵⁴ *Fischer-Czermak*, JBl 2005, 2 (10); *Ferrari* in FS Schwab (2005) 1333 (1343); *Bernat* in *Schwimann/Kodek Ia*⁴ § 151 Rz 5 FN 18; vgl auch ErläutRV 471 BlgNR 22. GP 23.

⁸⁵⁵ OGH 9 Ob 76/07b iFamZ 2008/65; ErläutRV 471 BlgNR 22. GP 7; *Deixler-Hübner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 150 Rz 1 (Stand 1. 10. 2016, rdb.at).

⁸⁵⁶ *Koziol – Welser/Kletečka I*¹⁴ Rz 1698.

⁸⁵⁷ *Fischer-Czermak*, JBl 2005, 2 (10); *Ferrari* in FS Schwab 1333 (1343); *Stefula* in *Klang*³ § 164 Rz 22.

⁸⁵⁸ *Ferrari* in FS Schwab 1333 (1343 f).

⁸⁵⁹ So auch *Fischer-Czermak*, JBl 2005, 2 (10); *Ferrari* in FS Schwab 1333 (1344); *Bernat* in *Schwimann/Kodek Ia*⁴ § 151 Rz 5; *Stefula* in *Klang*³ § 164 Rz 22; vgl auch *Weitzenböck*, ÖStA 2005, 68, 84 (88).

⁸⁶⁰ VfGH G 78/00 VfSlg 16.928 FamRZ 2003, 1915 (*Bernat*).

⁸⁶¹ So auch *Fischer-Czermak*, JBl 2005, 2 (10).

⁸⁶² EGMR U 28. 11. 1984, *Rasmussen*, Nr. 8777/79 Z 33; EGMR E 19. 10. 1999, *Yildirim*, Nr. 34308/96; EGMR U 24. 11. 2005, *Shofman*, Nr. 74826/01 Z 30 ff; EGMR U 12. 1. 2006, *Mizzi*, Nr. 26111/02 Z 102 ff; EGMR U 10. 10. 2006, *Paulík*, Nr. 10699/05 Z 41 f.

⁸⁶³ EGMR U 7. 2. 2002, *Mikulić*, Nr. 53176/99 Z 53.

⁸⁶⁴ VfGH G 78/00 VfSlg 16.928 FamRZ 2003, 1915 (*Bernat*).

in gleicher Weise wie Kinder verheirateter Eltern.⁸⁶⁵ Daher ist Art 8 EMRK mE anwendbar, wenn ein Kind nach Ablauf einer kenntnisunabhängigen Frist nicht mehr in der Lage ist, das Anerkenntnis seines rechtlichen Vaters zu beseitigen, obwohl es dessen Unrichtigkeit kennt.

Der EGMR prüft in solchen Fällen, ob der Staat seinen positiven Verpflichtungen aus Art 8 EMRK nachgekommen ist.⁸⁶⁶ Während der Gerichtshof dabei idR nur die Verhältnismäßigkeit prüft,⁸⁶⁷ hält sich die Lehre überwiegend an den Gesetzesvorbehalt des Art 8 Abs 2 EMRK.⁸⁶⁸ Die Widerspruchsfrist für das Kind (§ 146 Abs 1 ABGB) und die Aktivlegitimation des Anerkennenden zur Unwirksamklärung seines Anerkenntnisses (§ 154 Abs 1 Z 3 lit b ABGB) beruhen jeweils auf einer gesetzlichen Grundlage.⁸⁶⁹ Ein legitimes Ziel für die Normierung unterschiedlicher Rechtsbehelfe wird in den Materialien nicht erwähnt.⁸⁷⁰ Vermutlich betrachtete der Gesetzgeber die Widerspruchsmöglichkeit des Kindes – auch im Hinblick auf die Möglichkeit des „Vätertauschs“ gem § 150 ABGB – als ausreichend.⁸⁷¹

Zur Begründung der Verhältnismäßigkeit der Regelung kann zum Vergleich die Rsp zur Befristung des Antrags auf Beseitigung der Vaterschaft des Ehemannes herangezogen werden. Hier räumt der EGMR den Mitgliedstaaten einen weiten Beurteilungsspielraum ein, weil in dieser Frage kein allgemeiner Konsens besteht.⁸⁷² Allerdings steht es nicht im Einklang mit den positiven Verpflichtungen eines Mitgliedstaats, eine Rechtsvermutung bestehen zu lassen, die der sozialen und biologischen Realität widerspricht, ohne jemandem zu nützen.⁸⁷³ Im Urteil *Rasmussen* wurde die frühere dänische Rechtslage, die nur dem Ehemann eine Frist zur Anfechtung seiner Vaterschaft auferlegte, noch als verhältnismäßig

⁸⁶⁵ Siehe EGMR U 13. 6. 1979, *Marckx*, Nr. 6833/74 Z 40 f; vgl auch EGMR U 18. 12. 1986, *Johnston ua*, Nr. 9697/82 Z 74 f.

⁸⁶⁶ EGMR U 24. 11. 2005, *Shofman*, Nr. 74826/01 Z 33 ff; EGMR U 7. 2. 2002, *Mikulić*, Nr. 53176/99 Z 57 ff.

⁸⁶⁷ EGMR U 13. 6. 1979, *Marckx*, Nr. 6833/74 Z 31; EGMR U 17. 10. 1986, *Rees*, Nr. 9532/81 Z 37; EGMR U 7. 7. 1989, *Gaskin*, Nr. 10454/83 Z 42; *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ (2016) § 19 Rz 6; vgl jedoch EGMR U 24. 11. 2005, *Shofman*, Nr. 74826/01 Z 36.

⁸⁶⁸ EGMR U 25. 11. 1994, *Stjerna*, Nr. 18131/91, Concurring opinion of Judge *Wildhaber*; zustimmend *Holoubek*, Grundrechtliche Gewährleistungspflichten (1997) 59, 281; *Frowein* in *Frowein/Peukert*, EMRK³ (2009) Art 8 Rz 14; *Verschraegen*, Schutz des Lebens und Kenntnis der eigenen Abstammung, ÖJZ 2004, 1 (9); vgl jedoch *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 19 Rz 6; zum strittigen Verhältnis zwischen negativen und positiven Verpflichtungen des Staates im Hinblick auf den Gesetzesvorbehalt gem Art 8 Abs 2 EMRK siehe S. 33.

⁸⁶⁹ Vgl EGMR U 24. 11. 2005, *Shofman*, Nr. 74826/01 Z 36.

⁸⁷⁰ Vgl ErläutRV 471 BlgNR 22. GP 27; in EGMR U 24. 11. 2005, *Shofman*, Nr. 74826/01 Z 43 wurde das Vorliegen eines legitimen Ziels ebenfalls verneint, weil die Regierung keine Gründe für die geprüfte Regelung angeben konnte.

⁸⁷¹ *Fischer-Czermak*, JBl 2005, 2 (10); auch ErläutRV 6 BlgNR 12. GP 16 sehen den Widerspruch als Schutz des Kindes, der Mutter und der Rechtsnachfolger vor einem aufgedrängten Anerkenntnis wohl als ausreichend an.

⁸⁷² EGMR U 24. 11. 2005, *Shofman*, Nr. 74826/01 Z 37, Concurring opinion of Judge *Lorenzen*.

⁸⁷³ EGMR U 27. 10. 1994, *Kroon*, Nr. 18535/91 Z 40; EGMR E 19. 10. 1999, *Yildirim*, Nr. 34308/96; VfGH G 78/00 VfSlg 16.928; EGMR U 24. 11. 2005, *Shofman*, Nr. 74826/01 Z 44; EGMR U 18. 5. 2006, *Rózański*, Nr. 55339/00 Z 67; siehe S. 54 f.

qualifiziert, weil sie der Rechtssicherheit und dem Schutz des Kindeswohles dienen sollte.⁸⁷⁴ Ebenso akzeptierte der EGMR in der Entscheidung *Yildirim* den von der früheren österreichischen Rechtslage getroffenen Interessenausgleich, dass nach Ablauf der einjährigen Frist für den Ehemann die Interessen des Kindes an der Beibehaltung der rechtlichen Vaterschaft höher bewertet wurden als jene des Ehemannes an der Feststellung der Nichtabstammung.⁸⁷⁵

Im Urteil *Shofman* beurteilte der Gerichtshof eine einjährige Frist dagegen als unverhältnismäßig, weil sie unabhängig von der Kenntnis von Umständen, die gegen die Vaterschaft sprechen, zu laufen begann.⁸⁷⁶ Der Antragsteller erfuhr erst einige Jahre nach der Geburt des Kindes, dass er vielleicht nicht der Vater war, und hatte zu diesem Zeitpunkt keine Möglichkeit mehr, seine rechtliche Vaterschaft revidieren zu lassen. Nach Ansicht des EGMR hat in diesem Fall keine ausreichende Interessenabwägung zwischen dem öffentlichen Interesse an Rechtssicherheit und der Stabilität von Familienbeziehungen einerseits und dem Interesse des Antragstellers andererseits stattgefunden.⁸⁷⁷

Der Fall, der *Shofman* zugrunde liegt, lässt sich mit jenem des Kindes vergleichen, das nach Ablauf der Widerspruchsfrist keinen Antrag auf Unwirksamklärung des Anerkenntnisses stellen kann. In beiden Fällen reicht die kenntnisunabhängige Frist nicht aus, um die Achtung des Privatlebens des Betroffenen sicherzustellen. Während aus dem Urteil des VfGH hervorgeht, dass eine Verletzung von Art 8 EMRK vorliegt, wenn das Kind überhaupt keine Möglichkeit hat, seine Nichtabstammung vom rechtlichen Vater geltend zu machen,⁸⁷⁸ zeigt die Entscheidung *Shofman*, dass auch eine vorhandene Möglichkeit, die rechtliche Vaterschaft zu beseitigen, die Interessen des Betroffenen uU nicht ausreichend wahrt.

Dem steht mE auch nicht entgegen, dass das Kind einen „Vätertausch“ gem § 150 ABGB beantragen könnte, sobald es seinen biologischen Vater kennt. Schließlich wird mit §§ 151 ff ABGB auch dem in der Ehe geborenen Kind die Möglichkeit gegeben, auf eigenen Wunsch vaterlos zu werden,⁸⁷⁹ ohne dass es auf einen „Vätertausch“ angewiesen wäre.⁸⁸⁰ ME

⁸⁷⁴ EGMR U 28. 11. 1984, *Rasmussen*, Nr. 8777/79 Z 41.

⁸⁷⁵ EGMR E 19. 10. 1999, *Yildirim*, Nr. 34308/96.

⁸⁷⁶ EGMR U 24. 11. 2005, *Shofman*, Nr. 74826/01 Z 38 ff.

⁸⁷⁷ EGMR U 24. 11. 2005, *Shofman*, Nr. 74826/01 Z 45.

⁸⁷⁸ VfGH 28. 6. 2003, G 78/00 VfSlg 16.928.

⁸⁷⁹ Siehe sogleich S. 95 ff.

⁸⁸⁰ *Ferrari* in FS Schwab 1333 (1344).

verletzen die Bestimmungen über den Widerspruch und die Unwirksamerklärung eines Anerkenntnisses daher Art 8 EMRK.⁸⁸¹

2. Verletzung von Art 14 iVm Art 8 EMRK

Dass bereits Art 8 EMRK verletzt ist, macht die Prüfung einer Diskriminierung gem Art 14 iVm Art 8 EMRK noch nicht sinnlos, weil damit zusätzlich zum Ausdruck kommt, dass eine Maßnahme diskriminierend ist und damit eine bestimmte Personengruppe deklassiert.⁸⁸² Hier ist eine Diskriminierung nach der Geburt zu prüfen, weil ein während aufrechter Ehe geborenes Kind bezüglich seiner Möglichkeiten, die Nichtabstammung von seinem rechtlichen Vater feststellen zu lassen, besser gestellt ist als ein außerhalb der Ehe geborenes Kind. Die Anwendung von Art 14 EMRK setzt voraus, dass die diskriminierende Maßnahme zumindest in den Regelungsbereich eines Konventionsrechts fällt.⁸⁸³ Da Art 8 EMRK mE verletzt ist, ist diese Voraussetzung in der besprochenen Fallkonstellation jedenfalls erfüllt.⁸⁸⁴

Eine Diskriminierung iSd Art 14 EMRK setzt voraus, dass zwei Personengruppen in einer im Wesentlichen vergleichbaren Situation unterschiedlich behandelt werden.⁸⁸⁵ Die Situation eines Kindes, das die Nichtabstammung vom Ehemann seiner Mutter geltend machen möchte, ist mE in allen wesentlichen Punkten vergleichbar mit der Situation eines Kindes, das von einem Mann anerkannt wurde, der nicht sein leiblicher Vater ist.⁸⁸⁶ Dennoch wird im Abstammungsrecht differenziert: Während die Frist für einen Antrag auf Feststellung der Nichtabstammung vom Ehemann der Mutter erst mit Kenntnis der dafür sprechenden Umstände beginnt (§ 153 Abs 1 ABGB), läuft die Widerspruchsfrist, sobald das Kind vom rechtswirksamen Anerkenntnis weiß (§ 146 Abs 1 ABGB). Wann das außerhalb der Ehe geborene Kind erfährt, dass es nicht von seinem rechtlichen Vater abstammt, ist dagegen irrelevant. Daher liegt eine Ungleichbehandlung vor, die auf ihre sachliche und vernünftige Rechtfertigung zu prüfen ist.⁸⁸⁷

⁸⁸¹ So auch *Bernat* in *Schwimann/Kodek* Ia⁴ § 151 Rz 5.

⁸⁸² *Pöschl*, Gleichheit 637 f.

⁸⁸³ *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 26 Rz 4 f; *Pöschl*, Gleichheit 623 f; *Meyer-Ladewig/Lehner* in *Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer*, EMRK⁴ Art 14 Rz 5; *Brötzel*, FamRZ 1995, 72 (75).

⁸⁸⁴ Siehe soeben S. 94 f; vgl zur Anwendbarkeit von Art 14 EMRK auch EGMR U 12. 1. 2006, *Mizzi*, Nr. 26111/02 Z 127 f.

⁸⁸⁵ Siehe statt vieler *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 26 Rz 8; EGMR U 28. 11. 1984, *Rasmussen*, Nr. 8777/79 Z 35.

⁸⁸⁶ Zur Vergleichbarkeit siehe statt vieler *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 26 Rz 8.

⁸⁸⁷ *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 26 Rz 13; *Meyer-Ladewig/Lehner* in *Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer*, EMRK⁴ Art 14 Rz 9; EGMR U 13. 6. 1979, *Marckx*, Nr. 6833/74 Z 33; EGMR U 28. 11. 1984, *Rasmussen*, Nr. 8777/79 Z 38.

Dabei gilt ein strenger Maßstab, da der EGMR für eine Differenzierung zwischen ehelicher und unehelicher Geburt besonders triftige Gründe verlangt („very weighty reasons“).⁸⁸⁸ Ein triftiger Grund für die unterschiedliche Behandlung, die der Gesetzgeber wohl nicht beabsichtigt hat,⁸⁸⁹ ist hier nicht erkennbar. Selbst wenn man zur Begründung die Rechtssicherheit oder die Stabilität von Familienbeziehungen heranzieht,⁸⁹⁰ ist nicht zu erkennen, warum eine anerkannte Vaterschaft für das Kind schwerer zu beseitigen sein soll als die Abstammung vom Ehemann der Mutter. Der EGMR verneint das Bestehen eines legitimen Ziels im Zusammenhang mit Art 14 EMRK zwar eher selten: Da diese Bestimmung im Unterschied zu Art 8 Abs 2 EMRK keine Aufzählung legitimer Ziele enthält, genießt der Staat einen weiteren Ermessensspielraum bei der Formulierung seiner Ziele.⁸⁹¹ Bei Diskriminierungen, für die der EGMR besonders gewichtige Gründe verlangt, kommt es jedoch gelegentlich vor, dass er die durch eine bestimmte Maßnahme angestrebten Ziele nicht als rechtfertigend betrachtet.⁸⁹²

Ohne ein legitimes Ziel erübrigt sich mE die Prüfung, ob die eingesetzten Mittel in einem angemessenen Verhältnis dazu stehen. Auch der EGMR stellt in solchen Fällen eine Diskriminierung iSd Art 14 EMRK ohne Prüfung weiterer Voraussetzungen fest.⁸⁹³ Im Ergebnis diskriminieren die Bestimmungen über den Widerspruch und die Unwirksamklärung eines Anerkenntnisses das außerhalb der Ehe geborene Kind und verletzen daher auch Art 14 iVm Art 8 EMRK.⁸⁹⁴

E. Disposition über die Abstammung

Ein allgemein anerkannter Grundsatz des Familienrechts lautet, dass familienrechtliche Verhältnisse der Disposition durch die Beteiligten entzogen sind: Eltern können sich nicht aussuchen, wer ihr Kind sein soll und wer nicht.⁸⁹⁵ Daher ist nach der Rechtsprechung das vertragliche Versprechen des biologischen Vaters sittenwidrig, seine Vaterschaft niemals

⁸⁸⁸ EGMR U 28. 10. 1987, *Inze*, Nr. 8695/79 Z 41; EGMR U 3. 10. 2000, *Camp u. Bourimi*, Nr. 28369/95 Z 38; EGMR U 11. 10. 2001, *Hoffmann gegen Deutschland*, Nr. 34045/96 Z 56; VfGH G 66/12 ua VfSlg 19.704; *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 26 Rz 24 mwN; vgl im Zusammenhang mit dem Gleichheitssatz auch VfGH G 163/91, G 164/91 VfSlg 12.735 und *Berka in Rill/Schäffer*, Bundesverfassungsrecht Art 7 Rz 69, nach dessen Ansicht keine Benachteiligung unehelicher Kinder mehr gerechtfertigt werden kann.

⁸⁸⁹ Vgl ErläutRV 471 BlgNR 22. GP 27; *Fischer-Czermak*, JBl 2005, 2 (10).

⁸⁹⁰ Wie es gelegentlich der EGMR tut, vgl EGMR U 24. 11. 2005, *Shofman*, Nr. 74826/01 Z 45.

⁸⁹¹ *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 16 Rz 15.

⁸⁹² EGMR U 28. 10. 1987, *Inze*, Nr. 8695/79 Z 43 f (Diskriminierung nach der Geburt); EGMR U 22. 2. 1994, *Burghartz*, Nr. 16213/90 Z 28 f (Diskriminierung nach dem Geschlecht).

⁸⁹³ *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 16 Rz 15; vgl die in der vorigen FN zitierten Entscheidungen.

⁸⁹⁴ *Bernat in Schwimann/Kodek* Ia⁴ § 151 Rz 5 nimmt mangels sachlicher Rechtfertigung auch einen Verstoß gegen den Gleichheitssatz (Art 7 Abs 1 B-VG) an.

⁸⁹⁵ *Koziol – Welser/Kletečka* I¹⁴ Rz 1401; ebenso *Edlbacher*, ÖJZ 1986, 321 (322).

geltend zu machen.⁸⁹⁶ Familienverhältnisse sind nach Ansicht des OGH nicht disponibel. Ansonsten würden die Rechte des Kindes gem Art 8 EMRK verletzt, aus dem die Rsp auch ein Recht auf Feststellung der „wahren“ Vaterschaft ableitet.⁸⁹⁷

Seit dem FamErbRÄG 2004 hat der Staatsanwalt keine Möglichkeit mehr, in Abstammungsverhältnisse einzugreifen,⁸⁹⁸ sodass die Übereinstimmung der genetischen mit der juristischen Abstammung nicht überprüft wird, wenn keiner der Beteiligten tätig wird. Mangels staatlicher Kontrolle haben die Betroffenen selbst für die Änderung unrichtiger Abstammungsverhältnisse zu sorgen.⁸⁹⁹ Die vorsätzliche Abgabe einer falschen Erklärung in Personenstandsangelegenheiten bildet einen Verwaltungsstraftatbestand (§ 71 Abs 1 Z 1 PStG 2013).

Dennoch wird die privatautonome Gestaltung von Eltern-Kind-Verhältnissen im Abstammungsrecht in gewissem Umfang toleriert.⁹⁰⁰ Wenn ein entsprechender Konsens zwischen allen Beteiligten besteht, kann insbesondere eine „falsche“ Vaterschaft leicht etabliert und aufrechterhalten werden, zB durch ein bewusst falsch abgegebenes Anerkenntnis.⁹⁰¹ Bereits *de lege lata* sind also genügend Möglichkeiten vorhanden, Abstammungsverhältnisse privatautonom zu gestalten.⁹⁰² Dies wird von Teilen der Lehre kritisiert, weil es die Stabilität und Klarheit der Abstammungsverhältnisse bedrohe.⁹⁰³

1. Verletzung der Rechte des Kindes gem Art 8 EMRK durch Abgabe eines falschen Anerkenntnisses

Insbesondere durch ein falsches Anerkenntnis können die genetischen Abstammungsverhältnisse sehr leicht verschleiert werden: Wenn sich der Anerkennende und die leiblichen Eltern einig sind, können sie durch ein bewusst falsches Anerkenntnis die

⁸⁹⁶ OGH 2 Ob 322/00t JBl 2001, 712 = SZ 74/11 = EFSIlg 96.945; 2 Ob 74/10m EF-Z 2011/68 (*Gitschthaler*) = NZ 2011/61 = iFamZ 2011/57 = JBl 2001, 303.

⁸⁹⁷ OGH 2 Ob 322/00t JBl 2001, 712 = SZ 74/11 = EFSIlg 96.945; 2 Ob 74/10m EF-Z 2011/68 (*Gitschthaler*) = NZ 2011/61 = iFamZ 2011/57 = JBl 2001, 303.

⁸⁹⁸ *Ferrari* in FS 200 Jahre ABGB II 935 (938 f); *Rosenmayr*, NZ 2004, 360. Die Befugnisse des Staatsanwalts waren wegen ihrer Entstehungsgeschichte, aus Gründen der Privatautonomie und des Kindeswohls sowie aus verfassungsrechtlichen Gründen umstritten: ErläutRV 471 BlgNR 22. GP 3; ausführlich V. *Steininger* in FS zur 200-Jahr-Feier der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Graz 457 (459 ff).

⁸⁹⁹ Siehe S. 1 f; ErläutRV 471 BlgNR 22. GP 7.

⁹⁰⁰ Vgl *Simotta*, ÖA 2004, 175 (193); *Schwimann*, NZ 2005, 33.

⁹⁰¹ *Ferrari* in FS 200 Jahre ABGB II 935 (939); vgl auch *Simotta*, ÖA 2004, 175 (190); *dieselbe* in FS Schlosser 901 (920).

⁹⁰² *Simotta*, ÖA 2004, 175 (193); *Ferrari* in FS 200 Jahre ABGB II 935 (938 f), *Schwimann*, StAZ 2005, 33 (34); *Bernat* in *Bernat*, Lebensbeginn 125 (138).

⁹⁰³ *Simotta*, ÖA 2004, 175 (193); *Schwimann*, StAZ 2005, 33 (34).

Adoptionsbestimmungen umgehen.⁹⁰⁴ Grundsätzlich darf nur der leibliche Vater ein Anerkenntnis abgeben,⁹⁰⁵ weil man davon ausgeht, dass normalerweise nur der leibliche Vater zu einem Anerkenntnis bereit sein wird.⁹⁰⁶ In der Praxis sind Gefälligkeitsanerkennnisse jedoch gar nicht so selten, zB als Vorstufe einer Adoption durch eine dritte Person, wenn man befürchtet, der leibliche Vater werde sonst die Zustimmung verweigern.⁹⁰⁷ In Deutschland häufen sich in letzter Zeit Fälle, in denen Männer gegen Entgelt Kinder anerkennen, um diesen die deutsche Staatsangehörigkeit und ihren Müttern ein Aufenthaltsrecht zu verschaffen.⁹⁰⁸

Zwar haben die zuständigen Stellen⁹⁰⁹ nach hL die Beglaubigung oder Beurkundung des Anerkenntnisses zu verweigern, wenn der Anerkennungswillige das Kind offenkundig nicht gezeugt haben kann, zB wenn er jünger als das Kind oder selbst noch nicht geschlechtsreif ist oder wenn er zugibt, nicht der leibliche Vater des Kindes zu sein.⁹¹⁰ Bloße Zweifel an der Vaterschaft rechtfertigen ein solches Vorgehen jedoch noch nicht.⁹¹¹ Wenn kein Widerspruch erfolgt, wird nicht nachgeprüft, ob der Anerkennende der leibliche Vater ist.⁹¹² Die Elternschaft wird hier also durch einen reinen Willensakt begründet.⁹¹³

a. Eingriff in das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens

Fraglich ist, ob diese Umgehungsmöglichkeit verfassungsrechtlich problematisch ist. Bereits eine Adoption greift gravierend in das durch Art 8 EMRK geschützte Familienleben der

⁹⁰⁴ Simotta, ÖA 2004, 175 (190); Ferrari in FS 200 Jahre ABGB II 935 (939 f).

⁹⁰⁵ Vgl § 154 Abs 1 Z 2, Z 3 lit b ABGB; Stefula in Klang³ § 163c Rz 1; Zemen, FamRZ 1973, 355 (359).

⁹⁰⁶ Stefula in Klang³ § 163c Rz 1.

⁹⁰⁷ Coester-Waltjen, FamRZ 2013, 1693 (1698).

⁹⁰⁸ Sanders, Vater werden wird nun schwer – Das neue „Verbot der missbräuchlichen Anerkennung der Vaterschaft“, FamRZ 2017, 1189.

⁹⁰⁹ Dazu Bernat in Schwimann/Kodek Ia⁴ § 145 Rz 11.

⁹¹⁰ Stefula in Klang³ § 163c Rz 49 mwN; Stabentheiner in Rummel, ABGB³ § 163c Rz 13 (Stand 1. 1.2003, rdb.at); Pierer in Deixler-Hübner, Handbuch 215 (248); Ferrari in Barth/Erlebach, Handbuch 95 (105 f); aA Schwimann, NZ 1990, 218 (225); Bernat in Schwimann/Kodek Ia⁴ § 145 Rz 5.

⁹¹¹ Stefula in Klang³ § 163c Rz 51. Nach dem neu geschaffenen § 1597a BGB ist im deutschen Recht die Beurkundung eines Anerkenntnisses auszusetzen, wenn Anhaltspunkte für ein missbräuchliches Anerkenntnis vorliegen; der Verdacht wird anschließend durch die Ausländerbehörde überprüft. Ausführlich dazu Sanders, FamRZ 2017, 1189 (1191 f).

⁹¹² Dies ergibt sich aus § 154 Abs 1 Z 2 ABGB; allerdings ist der positive Abstammungsbeweis im Fall eines Widerspruchs amtswegig zu führen, was sich aus dem Gesetzestext und dem Untersuchungsgrundsatz im Außerstreitverfahren ergibt: Simotta, ÖA 2004, 175 (183 FN 54); Schwimann, StAZ 2005, 33 (41); Bernat in Schwimann/Kodek Ia⁴ § 154 Rz 15; Deixler-Hübner in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 154 Rz 5 (Stand 1. 10. 2016, rdb.at); aA jedoch ErläutRV 471 BlgNR 22. GP 27.

⁹¹³ Bernat in Bernat, Lebensbeginn 125 (138); Zemen, FamRZ 1973, 355 (362); Kralik, Die Neuordnung der Rechtsstellung des unehelichen Kindes, JBl 1971, 273 (283) ging deswegen sogar von zwei Arten der Vaterschaft aus. Hoyer, Anm zu BGH IX ZR 24/82, ZfRV 1983, 300 (305) bezeichnet ein falsches Anerkenntnis als *fraus legis*.

leiblichen Eltern und des Kindes ein.⁹¹⁴ Diese bleiben zwar blutsverwandt und bestimmte familienrechtliche Ansprüche (insb Unterhalt und erbrechtliche Ansprüche) bleiben subsidiär bestehen,⁹¹⁵ doch darüber hinaus erlöschen gem § 197 Abs 2 ABGB alle übrigen familienrechtlichen Beziehungen.⁹¹⁶ Ein Familienleben iSd Art 8 EMRK wird durch eine rechtmäßige Adoption idR beendet.⁹¹⁷ Die Konsequenzen einer einvernehmlichen Disposition über die Elternschaft durch ein falsches Anerkenntnis sind jedoch noch weitreichender als jene einer Adoption, denn anders als bei dieser verliert der biologische Vater ausnahmslos alle familienrechtlichen Beziehungen zum Kind.⁹¹⁸

Maßnahmen zum Schutz der Rechte des Kindes und der leiblichen Eltern sind bei der Adoption in Fülle vorhanden:⁹¹⁹ Nur eigenberechtigte Personen (§ 191 Abs 1 ABGB), die das 25. Lebensjahr vollendet haben (§ 193 Abs 1 ABGB) und nicht mit der Vermögensverwaltung des anzunehmenden Kindes betraut sind (§ 193 Abs 3 ABGB), dürfen adoptieren. Ehegatten können nach wie vor idR nur gemeinsam annehmen (§ 191 Abs 2 ABGB). Seitdem der Altersunterschied zwischen Wahl Eltern und Wahlkind von mindestens 16 Jahren (§ 193 Abs 2 ABGB aF) vom VfGH als verfassungswidrig aufgehoben wurde,⁹²⁰ muss der Annehmende lediglich „älter“ als das Wahlkind sein. Zu seiner Rechtswirksamkeit muss der Adoptionsvertrag vom Pflegschaftsgericht bewilligt werden (§ 192 ABGB), das vorher zu prüfen hat, ob die Adoption dem Wohl des Kindes dient und ob eine dem Verhältnis zwischen leiblichen Eltern und Kindern entsprechende Beziehung besteht oder hergestellt werden soll (§ 194 Abs 1 ABGB). Darüber hinaus haben bestimmte Personen Zustimmungs- oder Anhörungsrechte (§§ 195 f ABGB), darunter insbesondere beide leiblichen Eltern des minderjährigen Wahlkindes (§ 195 Abs 1 Z 1 ABGB).

Sowohl bei der Adoption als auch bei einem falschen Anerkenntnis ist besonders das Wohl des Kindes zu beachten.⁹²¹ Obwohl ein Anerkenntnis durch einen anderen Mann als den biologischen Vater im Ergebnis die Wirkung einer Adoption hat, fehlen die soeben beschriebenen Garantien für das Kindeswohl,⁹²² obwohl diese bei der Adoption als

⁹¹⁴ *Kneihs*, Privater Befehl und Zwang (2004) 285.

⁹¹⁵ Siehe dazu *Koziol – Welser/Kletečka* I¹⁴ Rz 1823.

⁹¹⁶ *Deixler-Hübner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 197 Rz 2 (Stand 1. 10. 2016, rdb.at); *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB³ § 182 Rz 1 (Stand 1. 1. 2003, rdb.at).

⁹¹⁷ *Frowein* in *Frowein/Peukert*, EMRK³ Art 8 Rz 21; einschränkend *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 22 Rz 17.

⁹¹⁸ *Ferrari* in FS 200 Jahre ABGB II 935 (942).

⁹¹⁹ *Kneihs*, Befehl 285.

⁹²⁰ VfGH G 18/2014 iFamZ 2015/1 (*Pesendorfer*) = EF-Z 2015/63 (*Beck*) = Zak 2015/74; zum Antrag des OGH siehe 4 Ob 214/13v iFamZ 2014/43 (*Zemanek/Fritz*).

⁹²¹ *Kneihs*, Befehl 286.

⁹²² *Schwimann*, StAZ 2005, 33 (36).

verfassungsrechtlich geboten betrachtet werden.⁹²³ Die einzige Maßnahme zum Schutz des Kindeswohls beim „durchbrechenden“ Anerkenntnis ist die zwingende gesetzliche Vertretung des Kindes durch den KJHT (§ 147 Abs 4 ABGB),⁹²⁴ die ua falschen Anerkenntnissen und einer Umgehung der Adoptionsbestimmungen vorbeugen soll.⁹²⁵ Dagegen kann das Kind nicht im Vorhinein verhindern, dass ein Anerkenntnis gem § 145 ABGB rechtswirksam wird, sondern hat erst danach ein Widerspruchsrecht dagegen (§ 146 Abs 1 ABGB).

Auch das Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung⁹²⁶ kann durch ein falsches Anerkenntnis sehr leicht untergraben werden. Eindeutig ist eine Verletzung von Art 8 EMRK, wenn man im Anschluss an die Rsp des OGH ein Recht des Kindes auf Feststellung der „wahren“ Vaterschaft annimmt.⁹²⁷ Darüber hinaus kann auch das Privat- und Familienleben des biologischen Vaters verletzt werden, wenn das Kind ohne seine Zustimmung von jemand anderem anerkannt wird.⁹²⁸

b. Rechtfertigung

Zur Rechtfertigung des Eingriffs in das Recht des Kindes auf Privat- und Familienleben sind die Voraussetzungen des Art 8 Abs 2 EMRK zu prüfen. Eine gesetzliche Grundlage ist mit §§ 145-147 ABGB jedenfalls vorhanden. Schwieriger ist es, ein legitimes Ziel iSd Art 8 Abs 2 EMRK zu finden. Der Gesetzgeber verweist beim „durchbrechenden“ Anerkenntnis auf ein besonderes Bedürfnis der Praxis, ein einfaches Verfahren bereitzustellen, um der tatsächlichen Vaterschaft zum Durchbruch zu verhelfen, sofern sich die Beteiligten einig sind.⁹²⁹ Ziel ist es, die Kosten und Mühen eines Abstammungsverfahrens zu vermeiden.⁹³⁰ Das Anerkenntnis verfolgt als eine besonders einfache Art, die Vaterschaft zu übernehmen, daher das Ziel einer geordneten Rechtspflege und lässt sich damit wohl unter „öffentliche Ruhe und Ordnung“ iSd Art 8 Abs 2 EMRK subsumieren.⁹³¹

⁹²³ *Kneihs*, Befehl 285; für das deutsche Recht *Coester-Waltjen*, FamRZ 2013, 1693 (1698).

⁹²⁴ So auch *Ferrari* in FS 200 Jahre ABGB II 935 (941).

⁹²⁵ *Hopf/Weitzenböck*, ÖJZ 2001, 530 (538); vgl ErläutRV 296 BlgNR 21. GP 62; *Stefula* in Klang³ § 163e Rz 21 mwN.

⁹²⁶ Siehe S. 122 ff, 136 ff, 211 f; vgl auch *Stefula* in Klang³ § 163a Rz 15; OGH 2 Ob 129/06v EF-Z 2007/57 (*Verschraegen*) = EvBl 2007/2; VfGH G78/00 VfSlg 16.928.

⁹²⁷ OGH 2 Ob 322/00t JBl 2001, 712 = SZ 74/11 = EFSIlg 96.945; 2 Ob 74/10m EF-Z 2011/68 (*Gitschthaler*) = NZ 2011/61 = iFamZ 2011/57 = JBl 2001, 303.

⁹²⁸ Kritisch zum deutschen Recht *Coester-Waltjen*, FamRZ 2013, 1693 (1698); *Helms*, FamRZ 2010, 1 (6).

⁹²⁹ ErläutRV 296 BlgNR 21. GP 42.

⁹³⁰ ErläutRV 296 BlgNR 21. GP 42 (damals noch im streitigen Verfahren); *Stefula* in Klang³ § 163c Rz 1; vgl auch *Pierer* in *Deixler-Hübner*, Handbuch 215 (248).

⁹³¹ Zur weiten Auslegung der legitimen Ziele siehe *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 18 Rz 13 mwN.

Auf der Ebene der Verhältnismäßigkeit stellt sich die Frage, ob eine Einschränkung des Rechts des Kindes auf Feststellung der „wahren“ Abstammung aus praktischen Gründen noch in einem angemessenen Verhältnis zum verfolgten Ziel steht. Wenn man schon im „Normalfall“ in Kauf nimmt, dass das Kind ohne weiteres einen „falschen“ Vater bekommen könnte, müsste man wohl das gesamte Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung bzw auf Feststellung der „wahren“ Vaterschaft überdenken. Um die Rechte des Kindes gem Art 8 EMRK in jedem Fall zu wahren, müsste man das Anerkenntnis abschaffen und dürfte nur mehr eine gerichtliche Feststellung der Vaterschaft zulassen.

Der Grundrechtseingriff wird allerdings schon dadurch abgemildert, dass das Kind ein Widerspruchsrecht gegen ein Anerkenntnis hat (§ 146 Abs 1 ABGB) und die Frist von zwei Jahren ab Kenntnis der Rechtswirksamkeit des Anerkenntnisses bis zur Eigenberechtigung des Kindes gehemmt ist (§ 146 Abs 2 ABGB). Die Möglichkeit, den „falschen“ Vater im Abstammungsverfahren zu beseitigen, zerstreut wohl auch verfassungsrechtliche Bedenken im Zusammenhang mit einer möglichen Verletzung von Art 6 EMRK.⁹³²

Darüber hinaus haben die vom Gesetzgeber genannten Beweggründe für das Rechtsinstitut des Vaterschaftsanerkenntnisses mE durchaus ihre Berechtigung: Aufgrund der steigenden Anzahl an Lebensgemeinschaften mit Kindern⁹³³ besteht ein Bedürfnis unverheirateter Paare, die gemeinsame Elternschaft zu ihrem Kind schnell und unkompliziert zu begründen.⁹³⁴ Ansonsten wäre eine Vielzahl von weitgehend unnötigen Abstammungsverfahren einzuleiten, die die Gerichte unverhältnismäßig belasten würden. IdR liegt es auch im Interesse des Kindes, nicht allzu lange vaterlos zu bleiben, selbst wenn es nicht der leibliche Vater ist, der rechtliche Verantwortung gegenüber dem Kind übernehmen möchte.⁹³⁵

Das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung gilt nicht uneingeschränkt. Umso weniger kann dies für das Recht auf Feststellung der „wahren“ Abstammung gelten. Ein gelegentlicher Missbrauch des Anerkenntnisses zur Umgehung der Bestimmungen über die

⁹³² Zum fehlenden Recht des Kindes, ein falsches Anerkenntnis für unwirksam erklären zu lassen, siehe S. 91 ff.

⁹³³ Nach einer Untersuchung der Statistik Austria stieg der Anteil an Lebensgemeinschaften mit Kindern zwischen 1985 und 2016 von 1,3% auf 6,7% der Familien insgesamt: Statistik Austria, http://www.statistik-austria.at/web_de/statistiken/menschen_und_gesellschaft/bevoelkerung/haushalte_familien_lebensformen/familien/index.html (8. 3. 2018).

⁹³⁴ Dies war auch der Grund für die Einführung der Bestimmung der gemeinsamen Obsorge beim Standesbeamten (§ 177 Abs 2 ABGB) mit dem KindNamRÄG 2013: ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP 24 f.

⁹³⁵ *Stefula* in Klang³ § 163c Rz 1.

Adoption ist zwar nicht zu verhindern. Dadurch wird das Anerkenntnis mE aber noch nicht verfassungswidrig.⁹³⁶

2. Rechtsposition der Großeltern

Wie soeben erörtert, bietet insb das Anerkenntnis die Möglichkeit, über die rechtliche Vaterschaft zu verfügen. Davon sind auch die rechtlichen, nicht leiblichen Großeltern des Kindes betroffen.⁹³⁷ Aus der Eigenschaft als Großelternteil ergeben sich dem Kind gegenüber gewisse Rechte und Pflichten, insbesondere die subsidiäre Unterhaltspflicht bei Leistungsunfähigkeit der Eltern gem § 232 ABGB.⁹³⁸ Darüber hinaus kann den Großeltern die Obsorge übertragen werden, wenn der allein obsorgeberechtigte Elternteil oder beide mit der Obsorge betrauten Elternteile verhindert sind (§ 178 ABGB).⁹³⁹ Gem § 188 Abs 1 ABGB haben Großeltern und Enkel ein Recht auf Kontakt zueinander.

Das Rechtsverhältnis zwischen Großeltern und Enkeln hat außerdem erbrechtliche Konsequenzen: Bei der gesetzlichen Erbfolge kommen die Kinder vorverstorbenen Kinder im Wege der Repräsentation in der 1. Parentel zum Zug,⁹⁴⁰ sodass das rechtliche, nicht leibliche Enkelkind uU die Verlassenschaft nach den Großeltern erhält. Stirbt der Vater, wird das von ihm anerkannte Kind in der 1. Parentel dessen gesetzlicher Erbe und schließt damit die Eltern des Vaters in der 2. Parentel von der gesetzlichen Erbfolge aus. Wer der rechtliche Vater des Kindes ist, wirkt sich zumindest indirekt auch auf die Rechte und Pflichten der mütterlichen Großeltern gegenüber dem Kind aus, zB durch ihre Unterhaltspflicht, wenn der von der Mutter und vom rechtlichen Vater geleistete Unterhalt zur Deckung der Bedürfnisse des Kindes nicht ausreicht.⁹⁴¹

Gem § 164b ABGB idF UeKindG⁹⁴² wurde den Großeltern eines Kindes die Möglichkeit eingeräumt, eine Feststellungsklage (§ 228 ZPO) darüber zu erwirken, dass das von ihrem Sohn anerkannte Kind genetisch nicht von diesem abstammt⁹⁴³ und damit nicht ihr leibliches Enkelkind ist. Diese gerichtliche Feststellung wirkte nur *inter partes* und ließ die auf einem

⁹³⁶ Vgl in anderem Zusammenhang *Novak in Bernat*, Reproduktionsmedizin 62 (71).

⁹³⁷ *Stefula in Klang*³ § 138a Rz 16; *Kerschner-Sagerer/Forić*, Familienrecht⁶ Rz 3/4.

⁹³⁸ Zu den Voraussetzungen dieses Unterhaltsanspruchs statt vieler *Hopf in KBB*⁵ § 232 Rz 1 mwN.

⁹³⁹ Zu den Kriterien für die gerichtliche Entscheidung, wem die Obsorge zu übertragen ist, ausführlich *Haberl in Schwimann/Kodek Ia*⁴ § 178 Rz 9 ff, 14 ff.

⁹⁴⁰ *Scheuba in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 734 Rz 2 f (Stand 1. 1. 2017, rdb.at).

⁹⁴¹ *Simotta in FS Rechberger* 579 (589).

⁹⁴² BGBl 1970/342.

⁹⁴³ *Zemen*, FamRZ 1973, 355 (361).

gültigen Anerkenntnis beruhende Vaterschaft ansonsten unberührt.⁹⁴⁴ Damit handelte es sich um eine gesetzlich normierte Ausnahme von der *erga-omnes*-Wirkung der Vaterschaft, die nach erfolgter Feststellung nicht mehr gegenüber den Großeltern bestand.⁹⁴⁵ Das Feststellungsurteil verhinderte, dass die rechtlichen, nicht leiblichen Großeltern familienrechtliche Pflichten für ihr vermeintliches Enkelkind übernehmen mussten.⁹⁴⁶

Mit dem KindRÄG 1989⁹⁴⁷ wurde diese Bestimmung – möglicherweise irrtümlich⁹⁴⁸ – ohne Begründung gestrichen.⁹⁴⁹ Dass die Großeltern bezüglich der ihnen auferlegten familienrechtlichen Pflichten rechtlich machtlos sind,⁹⁵⁰ stößt in der Lehre auf verfassungsrechtliche Bedenken: Erwogen werden Verstöße gegen Art 8 EMRK,⁹⁵¹ Art 6 EMRK⁹⁵² und den Gleichheitssatz.⁹⁵³ Die Großeltern eines vom Vater anerkannten Kindes sind damit auch schlechter gestellt als die Großeltern eines adoptierten Kindes, weil die Wirkungen der Adoption sich nur auf den Annehmenden und dessen Nachkommen erstrecken (§ 197 ABGB), sodass die Eltern des Annehmenden in keinem Adoptionsverhältnis zum Wahlkind stehen.⁹⁵⁴

a. Verletzung von Art 8 EMRK

Ohne eine Möglichkeit, die Nichtabstammung geltend zu machen, sind die Großeltern in ihrem Grundrecht auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens verletzt: Auch die Beziehung zwischen Großeltern und ihren Enkeln ist als Familienleben gem Art 8 EMRK geschützt.⁹⁵⁵ Daher muss ähnlich wie für das Verhältnis zwischen Eltern und Kindern gelten, dass es zur

⁹⁴⁴ JAB 155 BlgNR 12. GP 3; *Kralik*, JBl 1971, 273 (283); *Stefula* in Klang³ § 138a Rz 16 mwN: § 164b ABGB aF galt nur für eine auf Anerkenntnis beruhende Vaterschaft, nicht für eine gerichtlich festgestellte.

⁹⁴⁵ *Zemen*, FamRZ 1973, 355 (361).

⁹⁴⁶ JAB 155 BlgNR 12. GP 3; *Zemen*, FamRZ 1973, 355 (361).

⁹⁴⁷ BGBl 1989/162.

⁹⁴⁸ So *Schwimann*, NZ 1990, 218 (225).

⁹⁴⁹ *Fischer-Czermak*, NZ 1999, 262 (265); *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB³ § 141 Rz 6 (Stand 1. 1. 2003, rdb.at); *Stefula* in Klang³ § 138a Rz 16; *Kerschner-Sagerer/Forić*, Familienrecht⁶ Rz 3/4; *Neuhauser* in *Schwimann/Kodek Ia*⁴ § 232 Rz 15.

⁹⁵⁰ *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB³ § 141 Rz 6 (Stand 1. 1. 2003, rdb.at); *Stefula* in Klang³ § 138a Rz 16; *Barth* in Klang³ § 141 Rz 5; *Kerschner-Sagerer/Forić*, Familienrecht⁶ Rz 3/4; *Neuhauser* in *Schwimann/Kodek Ia*⁴ § 232 Rz 15 spricht von einer „empfindliche[n] Rechtsschutzlücke“.

⁹⁵¹ *Stefula* in Klang³ § 138a Rz 16; *Kerschner-Sagerer/Forić*, Familienrecht⁶ Rz 3/4.

⁹⁵² *Kerschner-Sagerer/Forić*, Familienrecht⁶ Rz 3/4.

⁹⁵³ *Stefula* in Klang³ § 138a Rz 16; *Neuhauser* in *Schwimann/Kodek Ia*⁴ § 232 Rz 17.

⁹⁵⁴ *Neuhauser* in *Schwimann/Kodek Ia*⁴ § 232 Rz 16 f.

⁹⁵⁵ EGMR U 13. 6. 1979, *Marckx*, Nr. 6833/74 Z 45; *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 22 Rz 18; *Frowein* in *Frowein/Peukert*, EMRK³ Art 8 Rz 20; *Wildhaber* in *Pabel/Schmahl*, IntKommEMRK² Art 8 Rz 390 mwN; *Simotta* in FS Rechberger 579 (589 FN 47); *Simotta* in FS Rechberger 579 (589).

Achtung des Privatlebens der Beteiligten gehört, auch das Nichtbestehen einer solchen Beziehung geltend machen zu können.⁹⁵⁶

Der Ausschluss der Großeltern von der Feststellung der Nichtabstammung verfolgt ein ähnliches legitimes Ziel iSd Art 8 Abs 2 EMRK wie die beschränkte Antragslegitimation des biologischen Vaters: Auch die Großeltern sollen sich nicht gegen den Willen des Kindes und der Eltern in eine intakte Familiengemeinschaft einmischen und diese zerstören können.⁹⁵⁷ Die Großeltern-Enkel-Beziehung genießt einen geringeren Schutz nach Art 8 EMRK als ein Familienleben zwischen Eltern und Kindern,⁹⁵⁸ sodass letzterem in einer Interessenabwägung ein größeres Gewicht zukommt. Eine Regelung, die den Großeltern die allgemein verbindliche Beseitigung der rechtlichen Vaterschaft ihres Sohnes erlauben würde, wäre daher nicht verhältnismäßig. Eine § 164b ABGB aF entsprechende Regelung wäre dagegen ein angemessenes Mittel, um die Grundrechte der Großeltern aus Art 8 EMRK zu wahren, da die Feststellung der Nichtabstammung nur *inter partes* wirkt.⁹⁵⁹

Zu berücksichtigen ist allerdings, dass eine Feststellung der Nichtabstammung des Kindes vom rechtlichen Vater gegen den Willen der Personen, die von dieser Information am meisten betroffen sind, den Familienfrieden erheblich beeinträchtigen könnte. Dagegen haben die familienrechtlichen Pflichten der Großeltern, insb deren Unterhaltspflicht, idR keine erhebliche praktische Bedeutung.⁹⁶⁰ Verhältnismäßig wäre daher nur eine Lösung, die eine Interessenabwägung im Einzelfall bzw eine Berücksichtigung des Kindeswohls voraussetzt. Dafür wäre jedoch eine gesetzliche Regelung erforderlich, die über den Inhalt des aufgehobenen § 164b ABGB aF hinaus eine solche Interessenabwägung vorschreibt.

b. Verletzung von Art 6 EMRK

Fraglich ist, ob die Großeltern in ihrem Recht auf ein faires Verfahren verletzt sind, wenn sie das Nichtbestehen ihrer Großelternstellung selbst in keinem Verfahren geltend machen können. Dazu muss zunächst ein „civil right“ vorliegen. Wie bereits gezeigt, lässt sich die Rechtsposition der Großeltern aus dem innerstaatlichen Kindschafts- und Erbrecht ableiten.

⁹⁵⁶ EGMR U 28. 11. 1984, *Rasmussen*, Nr. 8777/79 Z 33; EGMR E 19. 10. 1999, *Yildirim*, Nr. 34308/96; EGMR U 24. 11. 2005, *Shofman*, Nr. 74826/01 Z 30 ff; EGMR U 12. 1. 2006, *Mizzi*, Nr. 26111/02 Z 102 ff; EGMR U 10. 10. 2006, *Paulik*, Nr. 10699/05 Z 41.

⁹⁵⁷ Siehe S. 52.

⁹⁵⁸ EKMR 14. 7. 1988, *Lawlor*, Nr. 12763/87; EGMR E 25. 11. 2014, *Kruškić ua*, Nr. 10140/13 Z 110 mwN; für ein geringeres Gewicht der Interessen der Großeltern spricht auf einfachgesetzlicher Ebene auch die schwächere Ausgestaltung des Kontaktrechts der Großeltern gem § 188 Abs 1 ABGB, dem Kindeswohl und Elterninteressen im Konfliktfall vorgehen; siehe dazu *Barth* in Klang³ § 148 Rz 52 mwN; OGH 10 Ob 114/00p EFSlg 92.999.

⁹⁵⁹ JAB 155 BlgNR 12. GP 3; *Kralik*, JBl 1971, 273 (283); *Stefula* in Klang³ § 138a Rz 16.

⁹⁶⁰ *Neuhauser* in *Schwimann/Kodek* Ia⁴ § 232 Rz 12 f.

Dass § 164b ABGB aF nicht mehr existiert, schadet nicht, da die Ausgestaltung als subjektives Recht mit entsprechenden prozessualen Durchsetzungsmöglichkeiten nicht Voraussetzung für die Annahme eines „Rechts“ ist.⁹⁶¹ Daraus ergibt sich mE,⁹⁶² dass das rechtliche Interesse der Großeltern durchaus geeignet ist, als „Recht“ iSd Art 6 Abs 1 EMRK qualifiziert zu werden.

Wenn die Großeltern familienrechtlich in Anspruch genommen werden, indem sie zB auf Unterhalt geklagt werden, gebietet der aus Art 6 EMRK abgeleitete Grundsatz des rechtlichen Gehörs jedenfalls, dass sie zum Beweis, dass ihre eigene Unterhaltspflicht nicht besteht, die Nichtabstammung des Enkels von ihrem Sohn vorbringen und beweisen können.⁹⁶³ In diesem Fall spricht mE nichts gegen eine Inzidentfeststellung der Vaterschaft, da die Großeltern nicht in der Lage sind, die Nichtabstammung im Abstammungsverfahren geltend zu machen.⁹⁶⁴

Darüber hinaus haben die Großeltern das Recht auf Zugang zu einem Gericht.⁹⁶⁵ Auf einfachgesetzlicher Ebene stellt sich die Frage, ob die Großeltern nicht trotz der Streichung der entsprechenden Formulierung in § 164b ABGB aF noch eine Feststellungsklage erheben können, um die Nichtabstammung des Enkelkinds von ihnen feststellen zu lassen. Ein klarer Wille des Gesetzgebers, mit dem KindRÄG 1989 diesbezüglich eine Änderung der Rechtslage herbeizuführen, liegt nicht vor.⁹⁶⁶ Die Großeltern haben nach wie vor ein rechtliches Interesse an der Feststellung, dass ihr Sohn ein Kind anerkannt hat, das nicht mit ihm verwandt ist.⁹⁶⁷ Dieses rechtliche Interesse liegt bei Statusverhältnissen schon in der unmittelbaren persönlichen Rückwirkung auf den Kläger,⁹⁶⁸ die hier durch die familien- und erbrechtlichen Konsequenzen der Großelternstellung erwiesen ist und nicht weiter geprüft werden muss.⁹⁶⁹

Da die Großeltern sich auf Art 6 Abs 1 EMRK berufen können, ist es mE verfassungsrechtlich geboten, die Feststellungsklage wieder zuzulassen. Zu beachten ist jedoch, dass das Recht auf Zugang zu Gericht zur Verfolgung legitimer Ziele beschränkt

⁹⁶¹ *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 24 Rz 6 mwN.

⁹⁶² Vgl *Klaushofer* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, Handbuch § 18 Rz 37; *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht¹¹ Rz 959.

⁹⁶³ *Simotta* in FS Rechberger 579 (589) verlangt darüber hinaus die Wahrung des rechtlichen Gehörs der Großeltern im Abstammungsverfahren.

⁹⁶⁴ Strittig; siehe dazu sogleich S. 106 ff.

⁹⁶⁵ Siehe dazu S. 40 f.

⁹⁶⁶ *Schwimmann*, NZ 1990, 218 (225); *Stefula* in Klang³ § 138a Rz 16 FN 57.

⁹⁶⁷ *Neuhauser* in *Schwimmann/Kodek Ia*⁴ § 232 Rz 15; JAB 155 BlgNR 12. GP 3.

⁹⁶⁸ *Frauenberger/Pfeiler* in *Fasching/Konecny III/1*³ § 228 ZPO Rz 35 (Stand 1. 8. 2017, rdb.at).

⁹⁶⁹ *Frauenberger/Pfeiler* in *Fasching/Konecny III/1*³ § 228 ZPO Rz 35 (Stand 1. 8. 2017, rdb.at); so auch OGH 3 Ob 643/54 JBl 1955, 276 mwN.

werden darf, wozu auch das Kindeswohl zählt.⁹⁷⁰ Das Gericht wird daher im Einzelfall zu prüfen haben, ob die Feststellung der Nichtabstammung von den Großeltern das Kindeswohl beeinträchtigen würde.

c. Recht auf Kenntnis der eigenen Enkelkinder?

Zur Frage, ob die leiblichen, nicht rechtlichen Großeltern aus Art 8 EMRK ein Recht auf Kenntnis ihres Enkels ableiten können,⁹⁷¹ hat sich die Rsp noch nicht geäußert.⁹⁷² Dieses Recht würde auch an einer fehlenden Aufklärungspflicht der Eltern und, selbst wenn man eine solche Pflicht annimmt, an deren mangelnder Durchsetzbarkeit scheitern.⁹⁷³ Wenn die Großeltern von einem leiblichen, nicht rechtlichen Enkelkind wissen und eine Beziehung zu diesem aufbauen möchten, bleibt ihnen aber die Möglichkeit, ein Kontaktrecht gem § 188 Abs 2 ABGB zu beantragen, das ihren nach Art 8 EMRK geschützten Interessen zumindest teilweise Rechnung trägt.⁹⁷⁴

3. Rechtsposition des biologischen Vaters

Wenn der biologische Vater rechtzeitig von der Existenz seines Kindes erfährt, kann er selbst ein Anerkenntnis abgeben. Dagegen wird die Erlangung der Vaterschaft schwieriger, wenn ein anderer Mann das Kind fälschlicherweise anerkennt.⁹⁷⁵ In diesem Fall kann der biologische Vater nur ein „durchbrechendes“ Anerkenntnis abgeben und nach geltendem Recht auf die Mitwirkung von Mutter und Kind hoffen (§ 147 Abs 2 ABGB).⁹⁷⁶ Da er sich in der gleichen Situation befindet wie ein leiblicher Vater, dessen Kind während aufrechter Ehe der Mutter mit einem anderen Mann geboren wurde, kann auf die Prüfung der verfassungsrechtlichen Bedenken zu dieser Rechtslage im 2. Kapitel I.A.1. verwiesen werden.

F. Zulässigkeit einer Inzidentfeststellung der Vaterschaft

1. Zivilrechtliche Problematik

Gemäß § 140 ABGB wirkt die nach dem ABGB begründete Abstammung, deren Änderung und die Feststellung der Nichtabstammung gegenüber jedermann (*erga-omnes*-Wirkung).⁹⁷⁷

⁹⁷⁰ Vgl EGMR 25. 9. 2008, *K.T. gegen Norwegen*, Nr. 26664/03 Z 96 ff; *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 24 Rz 54.

⁹⁷¹ Zum Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung siehe ausführlich S. 122 ff, 136 ff, 211 f.

⁹⁷² Dafür *Simotta* in FS Rechberger 579 (589).

⁹⁷³ Siehe S. 224 ff.

⁹⁷⁴ Vgl die ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP 29 zum leiblichen, nicht rechtlichen Vater.

⁹⁷⁵ Zur Freigabe des Kindes zur Adoption ohne Wissen und Willen des leiblichen Vaters siehe EGMR U 26. 5. 1994, *Keegan*, Nr. 16969/90 und unten S. 163 ff.

⁹⁷⁶ Zur Verfassungswidrigkeit des Bezeichnungsrechts der Mutter siehe S. 77 f.

⁹⁷⁷ *Stefula* in Klang³ § 138a Rz 1.

Das bedeutet, dass nur derjenige allgemein als Vater eines Kindes gilt, dessen Vaterschaft nach dem Abstammungsrecht begründet wurde (Feststellungsmonopol).⁹⁷⁸ Umgekehrt ist ein bestehendes Abstammungsverhältnis zu beachten, solange es nicht auf die gesetzlich vorgesehene Art und Weise beseitigt wurde (Beseitigungsmonopol).⁹⁷⁹ Jedermann ist an ein Vaterschaftsanerkennnis oder eine gerichtlich festgestellte Vaterschaft gebunden, dh auch Gerichte und Verwaltungsbehörden.⁹⁸⁰ Einigkeit besteht in Lehre und Rsp darüber, dass eine nach dem ABGB bestehende Vaterschaft – also jede Vaterschaft, die gem § 144 ABGB auf der Ehe mit der Mutter, einem Anerkenntnis oder einer gerichtlichen Feststellung beruht – in einem gerichtlichen oder verwaltungsbehördlichen Verfahren nicht selbstständig als Vorfrage beurteilt werden darf.⁹⁸¹

Dagegen ist umstritten, ob eine Beurteilung der Vaterschaft als Vorfrage zulässig ist,⁹⁸² wenn sie noch nicht gem §§ 140 ff ABGB begründet wurde: Nach der älteren Rechtsprechung war die selbstständige Beurteilung der Ehelichkeit eines Kindes als Vorfrage ausgeschlossen.⁹⁸³ Außerhalb der Ehe wurde die Beurteilung der Vaterschaft als Vorfrage im Zivilverfahren jedoch sowohl von der Rechtsprechung als auch von der hL akzeptiert.⁹⁸⁴ Mit der soeben erörterten Feststellungsklage der Großeltern gem § 164b ABGB aF gab es sogar eine gesetzlich normierte Ausnahme von der *erga-omnes*-Wirkung der Vaterschaftsfeststellung.⁹⁸⁵

Der Grundsatz der *erga-omnes*-Wirkung wurde schon mit dem UeKindG im Gesetz festgeschrieben.⁹⁸⁶ Seine Auslegung durch die hL wandelte sich jedoch mit dem KindRÄG

⁹⁷⁸ *Schwimann* in *Schwimann*, ABGB I² § 163b Rz 1; *Stormann* in *Schwimann/Kodek* Ia⁴ § 140 Rz 1; *Stefula* in *Klang*³ § 138a Rz 6.

⁹⁷⁹ OGH 8 Ob 49/13h EFSIlg 137.609 = iFamZ 2013/167 (*Zemanek*) = NZ 2013/151; *Schwimann* in *Schwimann*, ABGB I² § 163b Rz 5; *Fischer-Czermak*, JBI 2005, 2; *dieselbe* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 140 Rz 2 (Stand 1. 5. 2017, rdb.at); *Pichler* in *Fenyves/Welser*, *Klang*³ § 163b Rz 7; *Stefula* in *Klang*³ § 138a Rz 6; *Hopf* in *KBB*⁵ § 140 Rz 1; *Stormann* in *Schwimann/Kodek* Ia⁴ § 140 Rz 1.

⁹⁸⁰ ErläutRV 6 BlgNR 12. GP 18; *Stefula* in *Klang*³ § 138a Rz 4; *Spitzer* in *Gitschthaler/Höllwerth* (Hrsg), AußStrG (2013) Vor §§ 81-85 Rz 4.

⁹⁸¹ OGH 9 Ob 31/07k iFamZ 2007/159 (*Tschugguel*); 8 Ob 49/13h EFSIlg 137.609; *Stefula* in *Klang*³ § 138a Rz 6 mwN; *Hopf* in *KBB*⁵ § 140 Rz 1; *Stormann* in *Schwimann/Kodek* Ia⁴ § 140 Rz 1; *Stabenheiner* in *Rummel*, ABGB³ § 163b Rz 3 (Stand 1. 1. 2003, rdb.at); *Weitzenböck*, ÖStA 2005, 68 (70); *Lurger/Tscherner*, Inzidentfeststellung der Vaterschaft im Unterhaltsregressverfahren, JBI 2009, 205 (211); *Gitschthaler*, Scheinvaterregress – Bereicherung oder Schadenersatz? EF-Z 2009, 129 (132); *Pierer* in *Deixler-Hübner*, Handbuch 215 (225).

⁹⁸² *Fischer-Czermak* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 140 Rz 2.

⁹⁸³ OGH 9 Ob 135/99i EFSIlg 89.759; OGH 21. 4. 2005, 6 Ob 52/05y; RIS-Justiz RS0009648.

⁹⁸⁴ *Wentzel/Plessl* in *Klang* I/2² 150; *Stanzl* in *Klang* IV/1² (1968) 930; OGH 5 Ob 185/61 SZ 34/102; 1 Ob 5/75 SZ 48/5.

⁹⁸⁵ *Zemen*, FamRZ 1973, 355 (361); siehe ausführlich S. 102 f.

⁹⁸⁶ BGBl 1970/342; nach den Materialien (ErläutRV 6 BlgNR 12. GP 18) sollte damit eine bestehende Unsicherheit beseitigt werden; vgl auch *Bernat*, Der Scheinvaterregress (§ 1042 ABGB) und die Durchbrechung der positiven Rechtsausübungssperre, EF-Z 2016, 83.

1989.⁹⁸⁷ Der Justizausschuss hielt anlässlich dieser Novelle fest, dass sich niemand auf eine Vaterschaft oder Nichtvaterschaft berufen kann, solange diese nicht festgestellt ist.⁹⁸⁸ Daraus leitete die hL ab, dass eine Beurteilung der Vaterschaft als Vorfrage im Zivil-, Straf- oder Verwaltungsverfahren generell ausscheidet.⁹⁸⁹ Grundsätzlich sind Zivilgerichte berechtigt, eine Vorfrage entweder selbstständig zu beurteilen oder das Verfahren zu unterbrechen, um eine rechtskräftige Entscheidung in einem anhängigen Verfahren abzuwarten, in dem die Vorfrage Hauptfrage ist (§ 190 ZPO).⁹⁹⁰ Vergleichbare Regelungen existieren auch im Straf- und Verwaltungsverfahren (§ 15 StPO, § 38 AVG).⁹⁹¹ Dies gilt nur dann nicht, wenn für bestimmte Vorfragen gesetzlich etwas anderes angeordnet ist.⁹⁹² Eine solche Ausnahmeregelung sieht die ältere hL in § 140 ABGB.⁹⁹³

Dass niemand nach dieser Ansicht als Vater behandelt werden darf, der es (noch) nicht mit allgemein verbindlicher Wirkung ist,⁹⁹⁴ stellt insb den Scheinvater eines Kindes vor rechtliche Probleme: Dieser hat nach hM und Rsp einen Bereicherungsanspruch gem § 1042 ABGB⁹⁹⁵ gegen den biologischen Vater des Kindes, wenn er dem Kind als rechtlicher Vater Unterhalt geleistet hat und später die Nichtabstammung des Kindes vom Scheinvater festgestellt wird.⁹⁹⁶ Wenn der biologische Vater zwar bekannt ist, aber keiner der Beteiligten abstammungsrechtliche Schritte einleitet, geht der Bereicherungsanspruch des Scheinvaters

⁹⁸⁷ BGBl 1989/162; zum Meinungsstand siehe *Lurger/Tscherner*, JBl 2009, 205 (210 f).

⁹⁸⁸ JAB 887 BlgNR 17. GP 6.

⁹⁸⁹ *Schwimann* in *Schwimann*, ABGB I² § 163b Rz 2, 4; *Hopf* in *KBB*⁵ § 140 Rz 1; *Stormann* in *Schwimann/Kodek* Ia⁴ § 140 Rz 1; *Deixler-Hübner* in *Rechberger* (Hrsg), AußStrG² (2013) § 82 Rz 1; *Weitzenböck*, ÖStA 2005, 68 (70); *Stefula* in *Klang*³ § 138a Rz 6; aA zunächst *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB³ § 163b Rz 3 (Stand 1. 1. 2003, rdb.at); *Pichler* in *Fenyves/Welser*, *Klang*³ § 163b Rz 6; *Lurger/Tscherner*, JBl 2009, 205; *Gitschthaler*, EF-Z 2009, 129 (132 f); *Weber*, Inzidentfeststellung der Vaterschaft im Unterhaltsvorschuss- und Kindesunterhaltsverfahren? *Zak* 2013, 207; *Spitzer* in *Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG Vor §§ 81-85 Rz 4.

⁹⁹⁰ *Fucik* in *Rechberger*, Kommentar zur ZPO⁴ (2014) § 190 Rz 1 f; *Schneider*, Die vorfrageweise Beurteilung der Vaterschaft beim Unterhaltsregress. Zugleich eine Besprechung der E 7 Ob 60/15x, EF-Z 2016, 250 (250 f).

⁹⁹¹ Zur Bindungswirkung des § 140 ABGB im Strafverfahren siehe *Stefula* in *Klang*³ § 138a Rz 5.

⁹⁹² Vgl *Fucik* in *Rechberger*, ZPO⁴ § 190 Rz 3; *Höllwerth* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze II/3³ (2015) § 190 ZPO Rz 50.

⁹⁹³ So wohl *Schwimann* in *Schwimann*, ABGB I² § 163b Rz 2, 4; *Stormann* in *Schwimann/Kodek* Ia⁴ § 140 Rz 1; aA *Lurger/Tscherner*, JBl 2009, 205 (210); *Schneider*, EF-Z 2016, 250 (250 f).

⁹⁹⁴ *Schwimann* in *Schwimann*, ABGB I² § 163b Rz 4.

⁹⁹⁵ Zu diesem Anspruch ausführlich *Auckenthaler*, Irrtümliche Zahlung fremder Schulden (1980) 27 ff; *Koziol/Spitzer* in *KBB*⁵ § 1042 Rz 4; *Lurger* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 1042 Rz 5 f (Stand 1. 5. 2017, rdb.at) mwN; *Apathy* in *Schwimann/Kodek* IV⁴ (2014) § 1042 Rz 5 mwN.

⁹⁹⁶ *Stanzl* in *Klang* IV/1² 930; OGH 3 Ob 82/60 SZ 33/41; 8 Ob 68/06t EF-Z 2006/50 (*Gitschthaler*); 4 Ob 201/07y EF-Z 2008/58 (*Rummel*); 4 Ob 46/13p EF-Z 2013/116 (*Schwarzenegger*) = iFamZ 2013/89; aA *Ch. Huber*, Scheinvaterregress gegen den Erzeuger wegen des Unterhalts für das Kuckuckskind – ab wann und wie lange zurück? iFamZ 2008, 244 (246), der eine Legalzession vorschlägt.

gem § 1042 ABGB ins Leere.⁹⁹⁷ Dieser selbst hat keine Möglichkeit, den biologischen zum rechtlichen Vater zu machen.⁹⁹⁸

Nach dem KindRÄG 1989 äußerte sich die Rechtsprechung lange nicht mehr zur Möglichkeit einer Inzidentfeststellung der Vaterschaft.⁹⁹⁹ In Deutschland erlaubte der deutsche BGH 2008 erstmals, im Unterhaltsregressverfahren inzidenter die Vaterschaft des Beklagten festzustellen.¹⁰⁰⁰ Schließlich schloss sich der OGH dieser Ansicht im Jahr 2015 an.¹⁰⁰¹ Dieses Urteil fand in der österreichischen Lehre viel Zustimmung,¹⁰⁰² nachdem sich ein Teil der Lehre schon länger für die Möglichkeit einer Inzidentfeststellung zumindest im Unterhaltsregressverfahren ausgesprochen hatte.¹⁰⁰³

Dafür wird ins Treffen geführt, dass die *erga-omnes*-Wirkung einer bereits feststehenden Vaterschaft noch nichts darüber aussagt, was während der Zeit *vor* deren abstammungsrechtlicher Begründung gilt.¹⁰⁰⁴ Mangels einer Vaterschaft gibt es dann noch nichts, das gegenüber jedermann wirken könnte.¹⁰⁰⁵ Auch die Rückwirkung der Vaterschaftsfeststellung ändert daran nichts, weil diese immer erst dann greift, wenn die Zeit vor der Vaterschaftsbegründung schon in der Vergangenheit liegt.

Aus dem Wortlaut des § 140 ABGB¹⁰⁰⁶ kann man daher nicht ohne weiteres den Umkehrschluss ziehen, dass die Beurteilung der Vaterschaft als Vorfrage nicht zulässig sei, solange das Kind noch keinen rechtlichen Vater hat.¹⁰⁰⁷ Dadurch wird auch die

⁹⁹⁷ *Pierer in Deixler-Hübner*, Handbuch 215 (224 ff); *Bernat*, EF-Z 2016, 83 (84); *Lurger/Tscherner*, JBl 2009, 205 (213); *Spitzer in Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG Vor §§ 81-85 Rz 4.

⁹⁹⁸ *Lurger/Tscherner*, JBl 2009, 205 (208); *Pierer in Deixler-Hübner*, Handbuch 215 (225).

⁹⁹⁹ Dies beklagen noch *Lurger/Tscherner*, JBl 2009, 205 (211).

¹⁰⁰⁰ BGH XII ZR 144/06 NJW 2008, 2433 (*Maurer*) = JuS 2008, 840 (*Wellenhofer*) = FamRZ 2008, 1424 = JA 2009, 66 (*Löhnig*); XII ZR 136/09 EF-Z 2012/111 (*Lurger*) = NJW 2012, 450 = EFSlg 131.026; kritisch dazu *Gernhuber/Coester-Waltjen*, Familienrecht⁶ § 52 I Rz 8.

¹⁰⁰¹ OGH 7 Ob 60/15x Zak 2015/556 = EvBl 2016/16 (*Hoch/Pierer*) = Rz 2016/6 = ecolex 2016/166 (*Schoditsch*) = EF-Z 2016/45 = iFamZ 2015/217 (*Zemanek*).

¹⁰⁰² *Bernat*, EF-Z 2016, 83 (83 ff); *Pierer*, Anm zu OGH 7 Ob 60/15x, EvBl 2016/16; *derselbe in Deixler-Hübner*, Handbuch 215 (224 ff); *Schneider*, EF-Z 2016, 250; *Schoditsch*, Anm zu OGH 7 Ob 60/15x, ecolex 2016/166.

¹⁰⁰³ *Stabentheiner in Rummel*, ABGB³ § 163b Rz 3 (Stand 1. 1. 2003, rdb.at); *Pichler in Fenyves/Welser*, Klang³ § 163b Rz 6; *Lurger/Tscherner*, JBl 2009, 205; *Gitschthaler*, EF-Z 2009, 129 (132 ff); *Weber*, Zak 2013, 207; *Spitzer in Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG Vor §§ 81-85 Rz 4.

¹⁰⁰⁴ *Stabentheiner in Rummel*, ABGB³ § 163b Rz 3 (Stand 1. 1. 2003, rdb.at); *Lurger/Tscherner*, JBl 2009, 205 (211); zustimmend *Weber*, Zak 2013, 207.

¹⁰⁰⁵ Vgl auch *Lurger/Tscherner*, JBl 2009, 205 (211 ff).

¹⁰⁰⁶ Der mit dem KindNamRÄG 2013 in Kraft getretene § 140 ABGB entspricht inhaltlich § 163b ABGB idF KindRÄG 1989 (der sich allerdings nur auf die uneheliche Vaterschaft bezog) und stimmt wortwörtlich mit § 138a ABGB idF FamErbRÄG 2004 überein: *Lurger/Tscherner*, JBl 2009, 205 (210); *Weber*, Zak 2013, 207.

¹⁰⁰⁷ *Lurger/Tscherner*, JBl 2009, 205 (211 ff).

Monopolstellung des Abstammungsverfahrens nicht in Frage gestellt.¹⁰⁰⁸ Schließlich wirkt die Beurteilung einer Vorfrage nur *inter partes*¹⁰⁰⁹ und erwächst als Teil der Entscheidungsgründe nicht in Rechtskraft.¹⁰¹⁰ Gibt es dagegen einen neuen rechtlichen Vater, kann der Scheinvater sich nur an diesem regressieren, selbst wenn ein anderer Mann das Kind tatsächlich gezeugt haben sollte.¹⁰¹¹ Darüber hinaus sieht das Abstammungsrecht selbst Ausnahmen von der allgemeinen Wirkung von Abstammungsentscheidungen vor, indem es ein „durchbrechendes“ Anerkenntnis und einen „Vätertausch“ erlaubt.¹⁰¹²

Eine Inzidentfeststellung der Vaterschaft kann nur dann stattfinden, wenn das Kind rechtlich vaterlos ist¹⁰¹³ und der Kläger bzw Antragsteller selbst nicht die Möglichkeit hat, die Vaterschaft des biologischen Vaters feststellen zu lassen.¹⁰¹⁴ Darüber hinaus darf keine gerichtliche Entscheidung über die Nichtabstammung des Kindes vom betreffenden Mann vorliegen.¹⁰¹⁵ Wer also die Feststellung erwirken kann, kann nicht den Weg über die Inzidentfeststellung gehen.¹⁰¹⁶ Im Unterhaltsvorschussverfahren ist eine Inzidentfeststellung der Vaterschaft jedenfalls aufgrund von § 4 Z 4 UVG ausgeschlossen.¹⁰¹⁷ Unter den genannten Voraussetzungen ist der neueren Ansicht mE zuzustimmen.

Der deutsche BGH verlangt für die Zulässigkeit einer Inzidentfeststellung der Vaterschaft zusätzlich, dass wegen der Ablehnung oder Untätigkeit der dazu aktivlegitimierten Personen davon auszugehen ist, dass längere Zeit kein Abstammungsverfahren stattfinden wird.¹⁰¹⁸ Außerdem ist nach dieser Entscheidung zu prüfen, ob höherrangige verfassungsrechtlich geschützte Rechte Dritter durch die inzidente Vaterschaftsfeststellung verletzt würden.¹⁰¹⁹

¹⁰⁰⁸ *Lurger/Tscherner*, JBl 2009, 205 (212); *Gitschthaler*, EF-Z 2009, 129 (132); *Pierer* in *Deixler-Hübner*, Handbuch 215 (225); zustimmend *Weber*, Zak 2013, 207 (208); *Spitzer* in *Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG Vor §§ 81-85 Rz 4.

¹⁰⁰⁹ OGH 7 Ob 60/15x ecolex 2016/166 (*Schoditsch*) = EvBl 2016/16 (*Hoch/Pierer*).

¹⁰¹⁰ *Schneider*, EF-Z 2016, 250 (251); *Rechberger* in *Rechberger*, ZPO⁴ § 411 Rz 10; *Fasching/Klicka* in *Fasching/Konecny*² § 411 ZPO Rz 68 (Stand 30. 4. 2004, rdb.at).

¹⁰¹¹ *Gitschthaler*, EF-Z 2009, 129 (132); *Spitzer* in *Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG Vor §§ 81-85 Rz 4.

¹⁰¹² *Lurger/Tscherner*, JBl 2009, 205 (212); *Simotta* in FS Rechberger 579 (585 FN 27).

¹⁰¹³ *Lurger/Tscherner*, JBl 2009, 205 (212); *Gitschthaler*, EF-Z 2009, 129 (132); OGH 7 Ob 60/15x Zak 2015/556; *Pierer* in *Deixler-Hübner*, Handbuch 215 (225).

¹⁰¹⁴ *Lurger/Tscherner*, JBl 2009, 205 (213), OGH 7 Ob 60/15x Zak 2015/556.

¹⁰¹⁵ *Lurger/Tscherner*, JBl 2009, 205 (213 ff); *Gitschthaler*, EF-Z 2009, 129 (132 f); OGH 7 Ob 60/15x Zak 2015/556; *Pierer* in *Deixler-Hübner*, Handbuch 215 (226).

¹⁰¹⁶ *Weber*, Zak 2013, 207 (209 f).

¹⁰¹⁷ *Weber*, Zak 2013, 207 (209); mit anderer Begründung *Neumayr* in *Schwimmann/Kodek* I⁴ (2011) § 3 UVG Rz 5.

¹⁰¹⁸ BGH XII ZR 144/06 NJW 2008, 2433 (*Maurer*) = JuS 2008, 840 (*Wellenhofer*) = FamRZ 2008, 1424 = JA 2009, 66 (*Löhnig*).

¹⁰¹⁹ BGH XII ZR 144/06 NJW 2008, 2433 (*Maurer*) = JuS 2008, 840 (*Wellenhofer*) = FamRZ 2008, 1424 = JA 2009, 66 (*Löhnig*).

Diese strengeren Kriterien hat der OGH ausdrücklich nicht übernommen.¹⁰²⁰ In Anlehnung an den BGH wurde in der Lehre eine umfassende Interessenabwägung als Voraussetzung der Inzidentfeststellung verlangt, aber gleichzeitig eingeräumt, dass die Interessen des Scheinvaters idR überwiegen werden.¹⁰²¹

2. Der Bereicherungsanspruch des Scheinvaters und Art 6 EMRK

Der OGH begründet die Zulässigkeit einer Inzidentfeststellung der Vaterschaft mit einer verfassungskonformen Interpretation von § 140 ABGB:¹⁰²² Würde man dem Kläger im Unterhaltsregressverfahren verwehren, dass die Vaterschaft dort als Vorfrage beurteilt wird, würde er im Ergebnis den biologischen Vater von den Unterhaltszahlungen entlasten. Damit könnte er einen materiellen Anspruch nicht durchsetzen, den ihm die Rechtsordnung einräumt, wodurch berechnigte Interessen des Klägers unzumutbar beeinträchtigt würden; damit wäre auch sein Grundrecht aus Art 6 Abs 1 EMRK verletzt.¹⁰²³ Das Recht auf Zugang zu einem Gericht garantiert einen individuellen Durchsetzungsanspruch, wenn in Bezug auf einen zivilrechtlichen Anspruch eine materielle Berechnigung besteht, die aus dem innerstaatlichen Recht ableitbar ist.¹⁰²⁴

Damit die Garantien des Art 6 Abs 1 EMRK auf den Regressanspruch anwendbar sind, muss es sich dabei um ein „civil right“ handeln.¹⁰²⁵ Der Anspruch des Scheinvaters gem § 1042 ABGB ist ein materiellrechtlicher Anspruch, der eine Grundlage im innerstaatlichen Recht hat.¹⁰²⁶ Art 6 EMRK ist gerade auch zur Durchsetzung einfachgesetzlich eingeräumter Rechte da und hat insofern einen gewissen „Selbstzweck“; auch ein einfacher Bereicherungsanspruch genießt daher den Schutz dieses Grundrechts.¹⁰²⁷ Als privatrechtlicher Anspruch im engeren Sinne wird ein Bereicherungsanspruch auch als „zivilrechtlich“ iSd Art 6 Abs 1 EMRK anzusehen sein.¹⁰²⁸

¹⁰²⁰ OGH 7 Ob 60/15x ecolex 2016/166 (*Schoditsch*).

¹⁰²¹ *Lurger/Tscherner*, JBl 2009, 205 (213); zustimmend *Pierer* in *Deixler-Hübner*, Handbuch 215 (226); vgl auch *Gitschthaler*, EF-Z 2009, 129 (132 f).

¹⁰²² So auch *Schoditsch*, Anm zu OGH 7 Ob 60/15x, ecolex 2016/166.

¹⁰²³ OGH 7 Ob 60/15x Zak 2015/556 = EvBl 2016/16 (*Hoch/Pierer*).

¹⁰²⁴ *Klaushofer* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, Handbuch VII/1² § 18 Rz 37; *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht¹¹ Rz 959.

¹⁰²⁵ *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 24 Rz 4; ausführlich dazu S. 37 f.

¹⁰²⁶ Vgl *Stanzl* in *Klang* IV/1² 930; *Auckenthaler*, Irrtümliche Zahlung fremder Schulden (1980) 27 ff; *Koziol/Spitzer* in *KBB*⁵ § 1042 Rz 4; *Lurger* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 1042 Rz 5 f (Stand 1. 5. 2017, rdb.at) mwN; *Apathy* in *Schwimann/Kodek* IV⁴ (2014) § 1042 Rz 5 mwN; OGH 3 Ob 82/60 SZ 33/41; 8 Ob 68/06t EF-Z 2006/50 (*Gitschthaler*).

¹⁰²⁷ *Klaushofer* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, Handbuch VII/1² § 18 Rz 6; vgl auch *Peukert* in *Frowein/Peukert*, EMRK³ Art 6 Rz 7.

¹⁰²⁸ *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 24 Rz 8.

Da die Schwierigkeiten des Scheinvaters bei der Durchsetzung seines Anspruchs in den Anwendungsbereich des Art 6 Abs 1 EMRK fallen, hat der Scheinvater grundsätzlich ein Recht auf Zugang zu einem Gericht. Dieses gewährleistet ihm das Recht, ein Verfahren über seinen Anspruch anhängig zu machen und eine Entscheidung in der Sache zu erwirken.¹⁰²⁹ Der EGMR leitet aus diesem Recht eine Pflicht der Mitgliedstaaten ab, ein Rechtsschutzsystem zu errichten, das dem Einzelnen nicht nur theoretisch einen Zugang zum Gericht ermöglicht, sondern tatsächlich effektiven Rechtsschutz gewährt.¹⁰³⁰ Beschränkungen des Rechts auf Zugang zu einem Gericht sind zulässig, wenn sie ein legitimes Ziel verfolgen und verhältnismäßig sind.¹⁰³¹ Durch solche Beschränkungen darf der Wesensgehalt eines Rechts jedoch nicht verletzt werden.¹⁰³²

Bei der Durchsetzung seines Anspruchs gem § 1042 ABGB ist der Scheinvater darauf angewiesen, dass die Vaterschaft des Beklagten im Verfahren als Vorfrage beurteilt wird. Die Weigerung, eine präjudizielle Frage als Vorfrage zu beurteilen, obwohl diesbezüglich kein Verfahren anhängig ist und wenig Aussicht darauf besteht, dass dies in naher Zukunft passieren wird, ist ein verfahrensrechtliches Hindernis (siehe § 190 ZPO, § 15 StPO, § 38 AVG). Eine Beschränkung des Zugangs zu einem Gericht ist daher zu bejahen.

Die Statuswirkung von Abstammungsentscheidungen hat zum Ziel, „die Funktionsfähigkeit einer familienrechtlichen Statuszuordnung innerhalb der Rechtsordnung zu garantieren.“¹⁰³³ Es würde zu beträchtlicher Rechtsunsicherheit führen, wenn in jedem Unterhalts-, Kontaktrechts- oder Sorgerechtsverfahren für dasselbe Kind jedes Mal ein anderer Mann als Vater festgestellt werden könnte.¹⁰³⁴ Im Unterschied dazu wirkt sich das Unterhaltsregressverfahren nicht auf die abstammungsrechtliche Vaterposition gegenüber dem Kind aus, sondern schafft nur einen bereicherungsrechtlichen Ausgleich zwischen dem Scheinvater und dem biologischen Vater des Kindes, und zwar unabhängig davon, ob dieser später gerichtlich als Vater festgestellt wird oder das Kind anerkennt.

Sollte später ein anderer Mann das Kind anerkennen oder als Vater festgestellt werden, ist zu unterscheiden: Wenn sich dadurch herausstellt, dass die Vorfrage falsch beurteilt wurde und

¹⁰²⁹ Peukert in Frowein/Peukert, EMRK³ Art 6 Rz 45; Grabenwarter/Pabel, EMRK⁶ § 24 Rz 51.

¹⁰³⁰ Grabenwarter/Pabel, EMRK⁶ § 24 Rz 52 mwN; Peukert in Frowein/Peukert, EMRK³ Art 6 Rz 54.

¹⁰³¹ Grabenwarter/Pabel, EMRK⁶ § 24 Rz 53 ff; Klaushofer in Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer, Handbuch VII/1² § 18 Rz 45; vgl EGMR U 21. 2. 1975, Golder, Nr. 4451/70 Z 38.

¹⁰³² EGMR U 21. 2. 1975, Golder, Nr. 4451/70 Z 38; EGMR U 28. 5. 1985, Ashingdane, Nr. 8225/78 Z 57; Grabenwarter/Pabel, EMRK⁶ § 24 Rz 53 mwN; Klaushofer in Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer, Handbuch VII/1² § 18 Rz 45.

¹⁰³³ Lurger/Tscherner, JBl 2009, 205 (212).

¹⁰³⁴ Vgl Stefula in Klang³ § 138a Rz 14.

der vom Scheinvater in Anspruch genommene Mann tatsächlich nicht der biologische Vater ist, kann dieser eine Wiederaufnahme des Verfahrens beantragen (§ 530 Abs 1 Z 7 ZPO).¹⁰³⁵ Dass jemand anderer die rechtliche Vaterschaft für das Kind übernommen hat, obwohl der Regresspflichtige der biologische Vater ist, wäre hingegen kein Grund, den bereicherungsrechtlichen Ausgleich rückgängig zu machen. Abstammungsrechtlich bestünde in diesem Fall ja noch die Möglichkeit, die Vaterschaft durch ein „durchbrechendes“ Anerkenntnis oder einen „Vätertausch“ zu korrigieren. Eine erhebliche Rechtsunsicherheit entsteht jedenfalls auch in einer solchen Fallkonstellation nicht.

Die Annahme einer „Rechtsausübungssperre“,¹⁰³⁶ die eine Inzidentfeststellung der Vaterschaft ausnahmslos verbietet, ist daher mE kein geeignetes Mittel, um das angestrebte Ziel der Rechtssicherheit zu erreichen. Eine verfassungskonforme Interpretation, die im Einklang mit Art 6 EMRK steht, muss daher eine Inzidentfeststellung der Vaterschaft in den vom OGH gesteckten Grenzen¹⁰³⁷ zulassen. Diesem Ergebnis stehen auch keine geschützten Interessen des biologischen Vaters gegenüber, da der Schuldner eines zivilrechtlichen Anspruchs in seinem Interesse, nicht in Anspruch genommen zu werden, nicht schutzwürdig ist.¹⁰³⁸

Verfassungsgesetzlich geschützte Interessen des Kindes sind idR auch nicht betroffen: Dem Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung läuft die Inzidentfeststellung nicht zuwider.¹⁰³⁹ Häufig dient die Ausforschung seines biologischen Erzeugers den Interessen des Kindes mehr als die Beibehaltung der rechtlichen Vaterlosigkeit.¹⁰⁴⁰ Dennoch muss der Beklagte im Unterhaltsregressverfahren anschließend nicht zwangsläufig rechtlicher Vater werden.¹⁰⁴¹ Ein Recht auf Unkenntnis der eigenen Abstammung wird derzeit weder in der Lehre noch in der Rechtsprechung aus den Grundrechten abgeleitet.¹⁰⁴² Außerdem wird das Kind gerade in jenen Fällen, in denen es zu einem Unterhaltsregressverfahren kommt, häufig

¹⁰³⁵ *Jelinek* in *Fasching/Konecny*² § 530 ZPO Rz 119 (Stand 31. 3. 2005, rdb.at).

¹⁰³⁶ Zum Begriff siehe *Bernat*, EF-Z 2016, 83; *Schwonberg*, Scheinvaterregress und Rechtsausübungssperre, FamRZ 2008, 449 (450).

¹⁰³⁷ OGH 7 Ob 60/15x Zak 2015/556 = EvBl 2016/16 (*Hoch/Pierer*) = ecolex 2016/166 (*Schoditsch*).

¹⁰³⁸ BGH XII ZR 144/06 NJW 2008, 2433 (*Maurer*); *Schwonberg*, FamRZ 2008, 449 (452); *Bernat*, EF-Z 2016, 83 (84).

¹⁰³⁹ *Bernat*, EF-Z 2016, 83 (84).

¹⁰⁴⁰ BGH XII ZR 144/06 NJW 2008, 2433 (*Maurer*).

¹⁰⁴¹ *Lurger/Tscherner*, JBl 2009, 205 (213); *Bernat*, EF-Z 2016, 83 (84).

¹⁰⁴² *Lurger/Tscherner*, JBl 2009, 205 (213 f); vgl zum deutschen Recht BVerfG 1 BvR 421/05 NJW 2007, 753 = JA 2007, 747 (*Muckel*) = JuS 2007, 472 (*Wellenhofer*) = FamRZ 2007, 441; BGH XII ZR 144/06 NJW 2008, 2433 (*Maurer*); *Schwonberg*, FamRZ 2008, 449 (452); aA noch BGH XII ZR 227/03 NJW 2005, 497 = FamRZ 2005, 340.

schon über seine Abstammung Bescheid wissen, da zumindest der Scheinvater bereits jemanden mit guten Gründen für den biologischen Vater hält.

II. Konflikte auf der Mutterseite

A. Schweigerecht der Mutter gem § 149 ABGB¹⁰⁴³

1. Natur und Entwicklung des Schweigerechts

Gem § 149 ABGB hat der gesetzliche Vertreter eines Kindes dafür zu sorgen, dass die Vaterschaft festgestellt wird, wenn dies nicht nachteilig für das Kindeswohl ist und die Mutter nicht von ihrem Recht Gebrauch macht, den Namen des Vaters nicht bekanntzugeben. Dieses „Schweigerecht“ ist nach hA höchstpersönlich.¹⁰⁴⁴ Die freie Entscheidung der Mutter über die Ausübung dieses Rechts kann auch nicht vertraglich eingeschränkt werden.¹⁰⁴⁵ Die Mutter ist berechtigt, sämtliche Informationen zu verschweigen, aus denen man auf die Identität des Vaters schließen könnte.¹⁰⁴⁶

Zweck des Schweigerechts ist der Schutz der Intimsphäre der Mutter.¹⁰⁴⁷ Die dahinterstehenden Wertungen lassen sich vor allem durch den historischen Zusammenhang mit der früheren rechtlichen und gesellschaftlichen Benachteiligung unehelicher Kinder und ihrer Mütter erklären.¹⁰⁴⁸ Da bereits die Geburt eines Kindes außerhalb der Ehe als Makel empfunden wurde,¹⁰⁴⁹ war die Intimsphäre der Mutter umso schützenswerter. Dazu kam die Befürchtung, Mütter unehelicher Kinder zum Kindesmord, zur Abtreibung oder zur Weglegung eines Kindes zu treiben, wenn man sie zur Auskunft über die Identität des Vaters verpflichtete.¹⁰⁵⁰

¹⁰⁴³ Dieser Abschnitt (2. Kapitel II.A., S. 114 ff) beruht auf einem bereits als Aufsatz veröffentlichten Text: *T. Maier*, Die Mutter zwischen Schweigerecht und Auskunftspflicht über den Vater, EF-Z 2017, 7.

¹⁰⁴⁴ *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB³ § 163a Rz 3 (Stand 1. 1. 2003, rdb.at); *Stefula* in *Klang*³ § 163a Rz 11; *Hopf* in *KBB*⁵ § 149 Rz 2.

¹⁰⁴⁵ *Bernat* in *Bernat*, Lebensbeginn 125 (147); *Stefula* in *Klang*³ § 163a Rz 12; *Hopf* in *KBB*⁵ § 149 Rz 2.

¹⁰⁴⁶ *Stefula* in *Klang*³ § 163a Rz 9 mwN.

¹⁰⁴⁷ StProtNR 17. GP 11211; LGZ Wien 43 R 1353/77 EFSlg 29.141; zustimmend OGH 2 Ob 129/06v EvBl 2007/2 = EF-Z 2007/57 (*Verschraegen*; dort insoweit nicht veröffentlicht); *Kralik*, JBl 1971, 273 (282); *Bernat*, Rechtsfragen 146; *Fucik* in *Deixler-Hübner/Fucik/Huber*, Das neue Kindschaftsrecht (2013) § 149 ABGB; *Stefula* in *Klang*³ § 163a Rz 10 mwN; *Lurger/Tscherner*, JBl 2009, 205 (214).

¹⁰⁴⁸ *Pierer* in *Deixler-Hübner*, Handbuch 215 (235); zur Geschichte der Diskriminierung unehelicher Kinder siehe *Höllwerth* in FS 200 Jahre ABGB II 1033 (1041 f) mwN; *Ofner*, Der soziale Charakter des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches, in FS zur Jahrhundertfeier des ABGB I (1911) 441 (463 ff).

¹⁰⁴⁹ *Höllwerth* in FS 200 Jahre ABGB II 1033 (1041); *Ofner* in FS zur Jahrhundertfeier des ABGB I 441 (463).

¹⁰⁵⁰ *Winiwarter*, Das Personen-Recht nach dem Oesterreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche I (1831) 388; *Ehrenzweig*, Familien- und Erbrecht II/2² (1937) 274; auf ähnlichen Beweggründen beruht die Erlaubnis der anonymen Geburt und die Einrichtung von Babyklappen, die auf S. 129 ff behandelt werden.

Wie die Diskriminierung unehelicher Kinder¹⁰⁵¹ reicht das Schweigerecht weit zurück.¹⁰⁵² Bereits im 18. und 19. Jahrhundert legten mehrere Hofdekrete fest, dass man die Mutter eines unehelichen Kindes nicht dazu zwingen kann, den Vater bekanntzugeben.¹⁰⁵³ Ausdrücklich im ABGB festgeschrieben wurde das Schweigerecht jedoch erst mit dem KindRÄG 1989.¹⁰⁵⁴ Nach der Begründung des Gesetzgebers solle sich die Mutter „dafür entscheiden können, die Geschicke ihres Kindes in Eigenverantwortung ohne Unterstützung durch den Vater in die Hand zu nehmen“.¹⁰⁵⁵ Dieses Argument wird von der Lehre mE zu Recht kritisiert,¹⁰⁵⁶ weil es die Rechte des Vaters missachtet. Darüber hinaus konnte durch das Schweigerecht der Mutter die im selben Jahr mit dem ErbRÄG 1989 eingeführte Gleichstellung unehelicher und ehelicher Kinder im Erbrecht¹⁰⁵⁷ unterlaufen werden, da vor allem uneheliche Kinder um ihr Erbrecht kamen, wenn die Vaterschaft nicht zu Lebzeiten des Vaters oder bei Ungeborenen bis zu einem Jahr nach seinem Tod festgestellt wurde.¹⁰⁵⁸

Ist die Mutter selbst gesetzliche Vertreterin des Kindes, entfällt mit der Ausübung des Schweigerechts ihre Pflicht, für die Feststellung der Vaterschaft des Kindes zu sorgen (§ 149 Abs 1 ABGB).¹⁰⁵⁹ Ein anderer gesetzlicher Vertreter darf die Vaterschaftsfeststellung zum Wohl des Kindes nach überwiegender Ansicht auch dann betreiben, wenn die Mutter ihr Schweigerecht ausübt.¹⁰⁶⁰ Allerdings wird die Feststellung der Vaterschaft dadurch idR faktisch unmöglich,¹⁰⁶¹ weil die Mutter meist am besten weiß, wer als biologischer Vater des

¹⁰⁵¹ *Ofner* in FS zur Jahrhundertfeier des ABGB I 441 (463); *Floßmann*, Privatrechtsgeschichte⁶ (2008) 115 f; *Ehrenzweig*, Familien- und Erbrecht II/2² 264; *Höllwerth* in FS 200 Jahre ABGB II 1033 (1041).

¹⁰⁵² *Winiwarter*, Personen-Recht I 387 f; *Stubenrauch*, Kommentar zum österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche I⁸ (1902) 246 FN 1; OGH 20. 10. 1908, R II 804/8, GIUNF 4346; *Ehrenzweig*, Familien- und Erbrecht II/2² 273 f; vgl auch ErläutRV 6 BlgNR 12. GP 15, wonach das Schweigerecht der Mutter schon „seit jeher“ besteht.

¹⁰⁵³ Hofdekret vom 5. 9. 1788, JGS Nr. 885; Hofdekret vom 19. 2. 1820, JGS Nr. 1650; *Winiwarter*, Personen-Recht I 387 f mwN.

¹⁰⁵⁴ BGBl 1989/162; vgl dazu ErläutRV 172 BlgNR 17. GP 15.

¹⁰⁵⁵ ErläutRV 172 BlgNR 17. GP 15.

¹⁰⁵⁶ *Stefula* in Klang³ § 163a Rz 10; *Ebert*, „First Call for Children!“, JBl 1995, 69 (73).

¹⁰⁵⁷ BGBl 1989/656; JAB 1158 BlgNR 17. GP 2.

¹⁰⁵⁸ *Ebert*, JBl 1995, 69 (84); ausführlich *Tschugguel/Kleiß*, Kinder ohne Erbrecht, NZ 2001, 389.

¹⁰⁵⁹ ErläutRV 172 BlgNR 17. GP 15; vgl auch LGZ Wien 44 R 3551/88 EFSIlg 56.860, wonach dies sogar nach Bekanntgabe des Namens gelten soll.

¹⁰⁶⁰ *Hoyer*, Anm zu BGH IX ZR 24/82, ZfRV 1983, 300 (305); *Edlbacher*, Rechtliche Fragen der künstlichen Fortpflanzung, ÖA 1989, 27 (29); *V. Steininger*, ÖJZ 1995, 121 (134); *Hinteregger*, ÖJZ 1999, 741 (745); *dieselbe* in *Weyers*, Menschenrechte 79 (104); *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB³ § 163a Rz 3a (Stand 1. 1. 2003, rdb.at); *Stefula* in Klang³ § 163a Rz 17 mwN; *Bernat* in *Schwimann/Kodek* Ia⁴ § 149 Rz 4; *Hopf* in *KBB*⁵ § 149 Rz 2; *Lurger/Tscherner*, JBl 2009, 205 (214); aA noch LGZ Wien 42 R 1353/77 EFSIlg 29.141; ErläutRV 172 BlgNR 17. GP 15; JAB 155 BlgNR 12. GP 2; *Bernat* in *Bernat*, Lebensbeginn 125 (142 FN 77); *dieselbe*, Rechtsfragen 145 FN 221; *Klein/Strauß/Brosch*, KindRÄG in ÖA, ÖA 1989, 72 (79).

¹⁰⁶¹ LGZ Wien 43 R 1353/77 EFSIlg 29.141; ErläutRV 6 BlgNR 12. GP 15; *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB³ § 163a Rz 3a.

Kindes in Frage kommt.¹⁰⁶² Wegen der Ausübung des Schweigerechts kann ihr nach hA nicht die Obsorge entzogen werden.¹⁰⁶³

Nach der Rsp und einem Teil der Lehre sind auch Schadenersatzansprüche gegen die Mutter ausgeschlossen, wenn die Vaterschaftsfeststellung allein aufgrund der Ausübung des Schweigerechts unterbleibt, da die Weigerung der Mutter, Auskünfte über den Vater zu erteilen, nicht rechtswidrig ist.¹⁰⁶⁴ Das Schweigerecht soll sogar dann greifen, wenn die Gefahr eines inzestuösen Verhältnisses zwischen dem Kind und seinem leiblichen Vater besteht und die Mutter dieses verhindern könnte.¹⁰⁶⁵ Wenn sie dem Kind in einem solchen Fall weiterhin seine Abstammung verschweigt, macht sie sich nach dieser Ansicht nicht der Beihilfe zur Blutschande durch Unterlassen (§ 211 iVm § 2 StGB) schuldig, weil das Schweigerecht als strafrechtlicher Rechtfertigungsgrund anerkannt wird.¹⁰⁶⁶

Umstritten ist die Eigenschaft des Schweigerechts als Aussageverweigerungsgrund vor Gericht.¹⁰⁶⁷ Nach einem Teil der Lehre darf die Mutter auch bei ihrer Vernehmung als Partei im Abstammungsverfahren bzw als Zeugin im Zivilprozess die Antwort auf die Frage nach der Identität des Vaters verweigern.¹⁰⁶⁸ Nach der Gegenmeinung muss die Mutter die Frage nach dem Vater im Verfahren jedoch grundsätzlich beantworten.¹⁰⁶⁹ Fraglich ist, wie sinnvoll ein gesetzlich eingeräumtes Schweigerecht wäre, wenn sich die Mutter im Prozess nicht darauf berufen dürfte.¹⁰⁷⁰ Wenn die Mutter sich entscheidet, die Identität des Vaters bekanntzugeben, handelt es sich dabei um eine Wissenserklärung. Diese kann nicht unter Berufung auf das Schweigerecht oder auf Willensmängel „zurückgenommen“ werden und unterliegt im Prozess der richterlichen Beweiswürdigung.¹⁰⁷¹

¹⁰⁶² Vgl LG Münster 1 S 414-89 NJW 1999, 726.

¹⁰⁶³ LGZ Wien 44 R 3551/88 EFSIlg 56.860; *Ferrari* in FS 200 Jahre ABGB II 935 (939); *Stefula* in Klang³ § 163a Rz 14; *Bernat* in *Schwimann/Kodek* Ia⁴ § 149 Rz 4; *Nademleinsky* in *Schwimann*, ABGB Taschenkommentar³ § 149 Rz 3; aA *Tschugguel/Kleiß*, NZ 2001, 389 (397); *Deixler-Hübner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 149 Rz 2 (Stand 1. 10. 2016, rdb.at).

¹⁰⁶⁴ *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB³ § 163a Rz 3; *Stefula* in Klang³ § 163a Rz 14; aA *Tschugguel/Kleiß*, NZ 2001, 389 (397 FN 64); OGH 8 Ob 125/14m Zak 2015/627 = iFamZ 2015/216; zu den Umständen, die uU doch eine Schadenersatzpflicht der Mutter begründen, siehe *Güschthaler*, EF-Z 2009, 129 (133) mwN; OGH 7 Ob 315/57 SZ 30/40; RIS-Justiz RS0048325.

¹⁰⁶⁵ Kritisch *Ebert*, JBl 1995, 69 (84).

¹⁰⁶⁶ *Stefula* in Klang³ § 163a Rz 14 mwN.

¹⁰⁶⁷ *Hinteregger*, ÖJZ 1999, 741 (745); *dieselbe* in *Weyers*, Menschenrechte 79 (104).

¹⁰⁶⁸ *Kralik*, JBl 1971, 273 (282); *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB³ § 163a Rz 3; *Stefula* in Klang³ § 163a Rz 9; *Hopf* in KBB⁵ § 149 Rz 2.

¹⁰⁶⁹ *Bernat* in *Schwimann/Kodek* Ia⁴ § 149 Rz 4; *Lurger/Tscherner*, JBl 2009, 205 (214 f); zustimmend *Pierer* in *Deixler-Hübner*, Handbuch 215 (236).

¹⁰⁷⁰ *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB³ § 163a Rz 3.

¹⁰⁷¹ *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB³ § 163a Rz 3; *Stefula* in Klang³ § 163a Rz 13.

2. Kritik de lege ferenda

Das Schweigerecht der Mutter wird immer wieder kritisiert, weil es weder die Umstände des Einzelfalls noch die Rechte anderer Beteiligten berücksichtigt.¹⁰⁷² Da es grundlos und zeitlich unbeschränkt ausgeübt werden kann, erscheint die Bevorzugung der Interessen der Mutter in ihrer Reichweite nicht gerechtfertigt.¹⁰⁷³ Ohne Auskunft durch die Mutter hat das Kind idR keine Chance, die fehlenden Informationen über seine Herkunft zu erlangen.¹⁰⁷⁴ Darüber hinaus fehlt dem Kind ein zweiter Elternteil, gegen den es familien- und erbrechtliche Ansprüche geltend machen könnte.¹⁰⁷⁵ Dadurch steht das Schweigerecht in einem Spannungsverhältnis zum Kindeswohl, das bei der Ausübung des Schweigerechts keine Rolle spielt,¹⁰⁷⁶ obwohl das Kindeswohl im Kindschaftsrecht häufig Vorrang vor den Interessen der Eltern hat.¹⁰⁷⁷ Daher ist das Schweigerecht nach einem Teil der Lehre eng auszulegen und soll zum Wohl des Kindes entfallen können.¹⁰⁷⁸

Vielfach wird auch im Verhältnis zwischen § 149 Abs 1 ABGB und § 20 Abs 2 FMedG sowie § 52 Abs 2 PStG 2013 ein Wertungswiderspruch gesehen:¹⁰⁷⁹ Während ein durch Samen- oder Eizellenspende gezeugtes oder inkognito adoptiertes Kind ein Auskunftsrecht über die Identität seiner genetischen Eltern hat, darf einem auf natürlichem Weg gezeugten Kind diese Information durch die Mutter auch grundlos verweigert werden, ohne dass es dagegen vorgehen könnte.¹⁰⁸⁰

Die gesetzlichen Auskunftsansprüche von Spender- und Adoptivkindern stehen mE jedoch in keinem Widerspruch zum Schweigerecht.¹⁰⁸¹ Erstens richten sich diese Ansprüche nicht gegen die Mutter, sondern gegen Dritte, deren Privat- und Intimsphäre durch die Auskunftserteilung nicht beeinträchtigt wird.¹⁰⁸² Zweitens haben auch diese Kinder keinen Auskunftsanspruch gegen ihre rechtlichen Eltern über die Umstände ihrer Zeugung und

¹⁰⁷² Ebert, JBl 1995, 69 (73, 83 f); Tschugguel/Kleiß, NZ 2001, 389 (396 f); Lurger/Tscherner, JBl 2009, 205 (214); Ferrari in FS 200 Jahre ABGB II 935 (939); dieselbe in Barth/Erlebach, Handbuch 95 (100 f); Bernat in Bernat, Lebensbeginn 125 (142); aA Kneihls, FamZ 2006, 132 (134).

¹⁰⁷³ Ferrari in Barth/Erlebach, Handbuch 95 (101); aA noch Bernat, Rechtsfragen 146.

¹⁰⁷⁴ Vgl BVerfG 1 BvL 17/87 NJW 1989, 891.

¹⁰⁷⁵ Tschugguel/Kleiß, NZ 2001, 389 (397); Hoyer, Anm zu BGH IX ZR 24/82, ZfRV 1983, 300 (305); Ferrari in Barth/Erlebach, Handbuch 95 (100).

¹⁰⁷⁶ So schon Kralik, JBl 1971, 273 (282); Lurger/Tscherner, JBl 2009, 205 (214).

¹⁰⁷⁷ Tschugguel/Kleiß, NZ 2001, 389 (396); Lurger/Tscherner, JBl 2009, 205 (214); Ebert, JBl 1995, 69 (73 FN 44, 84); Pierer in Deixler-Hübner, Handbuch 215 (236); aA noch Ehrenzweig, Familien- und Erbrecht II/2² 274.

¹⁰⁷⁸ Lurger/Tscherner, JBl 2009, 205 (214 f); Tschugguel/Kleiß, NZ 2001, 389 (397); Pierer in Deixler-Hübner, Handbuch 215 (235 f).

¹⁰⁷⁹ Zum Verhältnis dieser Bestimmungen siehe auch unten S. 224 ff.

¹⁰⁸⁰ Ebert, JBl 1995, 69 (84); Tschugguel/Kleiß, NZ 2001, 389 (397 FN 59).

¹⁰⁸¹ AA Ebert, JBl 1995, 69 (84).

¹⁰⁸² So auch Bernat, Rechtsfragen 153.

Geburt,¹⁰⁸³ da eine staatliche Einmischung aufgrund der Familienautonomie ausgeschlossen wird.¹⁰⁸⁴ Drittens stehen der Suche eines auf natürlichem Weg gezeugten Kindes nach seinem biologischen Vater allenfalls faktische Hindernisse entgegen, die in den Umständen des Einzelfalls begründet sind.¹⁰⁸⁵ Spenderkinder oder inkognito adoptierte Kinder würden dagegen ohne Auskunftsanspruch von vornherein nie erfahren, von wem sie genetisch abstammen, weil ihnen diese Informationen von Anfang an bewusst verheimlicht werden.¹⁰⁸⁶

Ein als strafrechtlicher Rechtfertigungsgrund verstandener § 149 Abs 1 ABGB steht auch in einem gewissen Spannungsverhältnis zu § 211 StGB: Solange der Gesetzgeber den Beischlaf zwischen in gerader Linie Verwandten oder Geschwistern als Officialdelikt mit Freiheitsstrafen bestraft, kann man ihm nicht unterstellen, dass er die Begehung dieses Delikts nicht mit allen Mitteln verhindert.¹⁰⁸⁷

3. Auskunft und Scheinvaterregress

Der Frage, wer der biologische Vater eines Kindes ist, kommt auch dann eine große Bedeutung zu, wenn der bisherige juristische Vater dem Kind als Scheinvater jahrelang Unterhalt gezahlt hat und sich nach Beseitigung seiner Vaterschaft regressieren möchte. Wenn der biologische Vater des Kindes nicht bekannt ist,¹⁰⁸⁸ geht der Regressanspruch des Scheinvaters jedenfalls ins Leere.¹⁰⁸⁹ In Deutschland war in der vergangenen Legislaturperiode eine Reform des Scheinvaterregresses geplant.¹⁰⁹⁰ Danach sollte die Mutter gegenüber dem Scheinvater gesetzlich zur Auskunft über alle Männer verpflichtet werden, die ihr während der Empfängniszeit beigewohnt haben, damit der Scheinvater gewusst hätte, gegen wen er seinen Regressanspruch richten kann.¹⁰⁹¹ Dem Recht des Scheinvaters auf

¹⁰⁸³ Zum Auskunftsanspruch gem § 20 Abs 2 FMedG siehe ErläutRV 216 BlgNR 18. GP 23; *Erlebach* in *Barth/Erlebach*, Handbuch 243 (250 f); *M. Steininger*, Reproduktionsmedizin Rz 4/102; *Czech*, Fortpflanzungsfreiheit 84 f; *Bernat*, Statusrechtliche Probleme im Gefolge medizinisch assistierter Zeugung, MedR 1986, 245 (250) zum deutschen Recht; *derselbe*, Rechtsfragen 208.

¹⁰⁸⁴ Siehe unten S. 225 f; *Erlebach* in *Barth/Erlebach*, Handbuch 243 (250); *M. Steininger*, Reproduktionsmedizin Rz 4/102.

¹⁰⁸⁵ Zum Problem der Durchsetzbarkeit eines Auskunftsanspruchs gegen die Mutter siehe unten S. 125 ff.

¹⁰⁸⁶ So bzgl Spenderkindern *Bernat*, Rechtsfragen 205.

¹⁰⁸⁷ *Hoyer* in FS Schwind 157 (163).

¹⁰⁸⁸ Zur Möglichkeit einer Inzidentfeststellung der Vaterschaft im Unterhaltsregressverfahren siehe OGH 7 Ob 60/15x Zak 2015/556; zum deutschen Recht siehe BGH XII ZR 144/06 NJW 2008, 2433 (*Maurer*).

¹⁰⁸⁹ Vgl *Mayr*, Scheinväter: Der etwas andere Streit ums Kind, der Standard 25. 9. 2016, <http://derstandard.at/2000044850405/Scheinvater-Der-etwas-andere-Streit-ums-Kind> (2. 3. 2018); zum deutschen Recht *Reuß*, Anm zu BVerfG 1 BvR 472/14, NJW 2015, 1506 (1510).

¹⁰⁹⁰ Aufgrund des Ablaufs der Legislaturperiode wurde die Reform jedoch nicht Gesetz: DIP, Gesetz zur Reform des Scheinvaterregresses, zur Rückbenennung und zur Änderung des Internationalen Familienrechtsverfahrensgesetzes, <http://dipbt.bundestag.de/extrakt/ba/WP18/764/76491.html> (8. 3. 2018).

¹⁰⁹¹ Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Scheinvaterregresses, zur Rückbenennung und zur Änderung des Internationalen Familienrechtsverfahrensgesetzes, BT-Drucks. 18/10343 vom 16. 11. 2016,

effektiven Rechtsschutz sollte grundsätzlich der Vorrang vor dem Persönlichkeitsrecht der Mutter eingeräumt werden.¹⁰⁹² Die Auskunftspflicht der Mutter sollte nur entfallen, wenn ihr die Erteilung der Auskunft unzumutbar gewesen wäre. Dies hätte sie darlegen müssen.¹⁰⁹³

Dem Kind gegenüber kann die Mutter schon nach der bisherigen deutschen Rsp gerichtlich zur Auskunft über den leiblichen Vater verpflichtet werden.¹⁰⁹⁴ Dabei sind alle Männer zu nennen, die als Vater des klagenden Kindes in Frage kommen.¹⁰⁹⁵ Der Schutz der Intimsphäre der Mutter ist dabei gegen das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung abzuwägen,¹⁰⁹⁶ wobei eine Tendenz zu erkennen ist, die Interessen des Kindes höher zu bewerten als jene der Mutter.¹⁰⁹⁷

Ein Auskunftsanspruch des Scheinvaters gegen die Mutter wurde in der deutschen Judikatur zwar ebenfalls schon bejaht.¹⁰⁹⁸ Dabei trifft die Mutter auch die Beweislast für die Unmöglichkeit der Auskunftserteilung: Behauptet sie, den biologischen Vater des Kindes nicht benennen zu können, muss sie beweisen, dass sie alle zumutbaren Anstrengungen unternommen hat, um die Erteilung der Auskunft zu ermöglichen.¹⁰⁹⁹ Nach Ansicht des BVerfG wurden damit jedoch die Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung überschritten,¹¹⁰⁰ sodass der deutsche Gesetzgeber sich dazu entschloss, die Auskunftspflicht der Mutter gegenüber dem Scheinvater auf eine gesetzliche Grundlage zu stellen.¹¹⁰¹ Nach hA sind

<http://dipbt.bundestag.de/extrakt/ba/WP18/764/76491.html> (2. 3. 2018); vgl auch BT-Drucks. 493/16 vom 2. 9. 2016, <http://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Schein Vaterregress.html?nn=6712350> (2. 3. 2018); siehe dazu *Wellenhofer*, Zur Reform des Scheinvaterregresses, FamRZ 2016, 1717 (1721 ff).

¹⁰⁹² BT-Drucks. 18/10343 15.

¹⁰⁹³ BT-Drucks. 18/10343 20.

¹⁰⁹⁴ BVerfG 1 BvR 409/90 NJW 1997, 1769; LG Bremen 1 S 518-97 NJW 1999, 729; *Gernhuber/Coester-Waltjen*, Familienrecht⁶ § 52 I Rz 18; *Enders in Bamberger/Roth ua*, BeckOK BGB⁴³ § 1618a Rz 6 mwN; vgl schon *Brüggemann*, Intimsphäre und außereheliche Elternschaft (1964) 19.

¹⁰⁹⁵ LG Münster 1 S 414-89 NJW 1999, 726; kritisch *Wellenhofer*, FamRZ 2016, 1717 (1722) zum gleichlautenden Inhalt des Gesetzesentwurfs; siehe BT-Drucks. 18/10343 7.

¹⁰⁹⁶ BVerfG 1 BvR 409/90 NJW 1997, 1769; *Enders in Bamberger/Roth ua*, BeckOK BGB⁴³ § 1618a Rz 6, 6.2; vgl dazu *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht (1999) 63 f, der die Interessenabwägung auf der Ebene des bürgerlichen Rechts verortet.

¹⁰⁹⁷ *Frank/Helms*, Rechtliche Aspekte der anonymen Kindesabgabe in Deutschland und Frankreich, FamRZ 2001, 1340 (1343); *R. Frank*, StAZ 2003, 129 (135).

¹⁰⁹⁸ BGH I ZB 87/06 FD-FamR 2008, 264857; XII ZB 201/13 FamRZ 2014, 1440 (*Wellenhofer*); *Lurger/Tscherner*, JBI 2009, 205 (208).

¹⁰⁹⁹ BGH XII ZB 201/13 FamRZ 2014, 1440 (*Wellenhofer*). Dass die Erteilung der Auskunft auch der Mutter manchmal nicht möglich ist, zeigt der Fall einer Frau, die in einem Hotel mehrere Nächte mit einem Mann namens Michael verbrachte, anschließend schwanger wurde und das Hotel erfolglos auf Herausgabe seines vollen Namens klagte: AG München, 28. 10. 2016, 191 C 521/16.

¹¹⁰⁰ BVerfG 1 BvR 472/14 NJW 2015, 1506 (*Reuß*); siehe zur bisherigen Rechtslage *Wellenhofer*, FamRZ 2016, 1717 (1718 ff); *R. Frank*, Zur Verpflichtung einer Mutter, die Identität des Vaters preiszugeben, FamRZ 2017, 161 (161 f).

¹¹⁰¹ BT-Drucks. 18/10343 1 f; *Wellenhofer*, FamRZ 2016, 1717 (1721).

sowohl der Auskunftsanspruch des Kindes als auch jener des Scheinvaters mit Zwangsmitteln vollstreckbar.¹¹⁰²

Ob sich die Mutter im österreichischen Recht auch dem Scheinvater gegenüber auf ihr Schweigerecht gem § 149 Abs 1 ABGB berufen kann, hängt mE davon ab, ob sie mit diesem verheiratet ist: Aus der Treuepflicht gem § 90 ABGB wird auch die Pflicht abgeleitet, den anderen Ehegatten über wichtige persönliche Umstände aufzuklären, selbst wenn diese sich vor der Eheschließung ereignet haben, wenn ein wichtiges Interesse des anderen Ehegatten an dieser Information besteht.¹¹⁰³ Zwar sind die Verpflichtungen gem § 90 ABGB aufgrund ihrer persönlichen Natur idR nicht gerichtlich durchsetzbar.¹¹⁰⁴ Allerdings ist die Mutter ihrem Ehemann bei Geburt eines Kindes aus einem Ehebruch schadenersatzpflichtig.¹¹⁰⁵

Wenn das vermeintliche Kind des Ehemannes in Wahrheit von einem anderen Mann abstammt, besteht daher jedenfalls eine Aufklärungspflicht darüber. Ob die Mutter ihren Ehemann auch über dessen Identität aufklären muss, ist damit jedoch noch nicht beantwortet. Ein wichtiges Interesse des Ehemannes an dieser Information wird wohl dann bestehen, wenn die Mutter insolvent ist und der Schadenersatzanspruch des Ehemannes gegen sie ins Leere gehen würde. In diesem Fall benötigt er die Information, um sich am leiblichen Vater regressieren zu können. Da die eheliche Treuepflicht sich auch auf vermögensrechtliche Interessen beziehen kann,¹¹⁰⁶ hat die Ehefrau ihren Mann in diesem Fall wohl auch über die Identität des leiblichen Vaters aufzuklären, zumal es beim Scheinvaterregress idR um hohe Summen geht.¹¹⁰⁷

Da die aus § 90 ABGB abgeleiteten Pflichten jedenfalls nicht für unverheiratete Personen gelten, selbst wenn aus deren Beziehung ein Kind stammt,¹¹⁰⁸ ist die Mutter ihrem Lebensgefährten oder dem sonstigen Scheinvater hingegen nicht zur Auskunft verpflichtet.

¹¹⁰² BGH I ZB 87/06 FD-FamR 2008, 264857; BGH XII ZB 201/13 FamRZ 2014, 1440 (*Wellenhofer*); v. *Sachsen Gessaphe* in MüKoBGB⁷ § 1618a Rz 16 mwN; aA noch LG Münster 1 S 414-89 NJW 1999, 726; 5 T 198-99 NJW 1999, 3787; *Brüggemann*, Intimsphäre 26.

¹¹⁰³ OLG Wien 12 R 109/83 EFSlg 42.503; *Schwimann/Ferrari* in *Schwimann/Kodek I*⁴ (2011) § 90 Rz 10.

¹¹⁰⁴ *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB³ § 90 ABGB Rz 12 (Stand 1. 1. 2000, rdb.at).

¹¹⁰⁵ OGH 6 Ob 529/84 EvBl 1984/123; *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB³ § 90 Rz 2; *Schwimann/Ferrari* in *Schwimann/Kodek I*⁴ § 90 Rz 16 jeweils mwN; *Gitschthaler*, EF-Z 2009, 129 (133).

¹¹⁰⁶ Vgl OGH 9 ObA 50/03y SZ 2004/39 = JBl 2004, 736 = ecolex 2004/257, wonach eine aus § 90 ABGB abgeleitete Aufklärungspflicht über das eigene Einkommen bestehen kann, soweit dies für den Unterhalt relevant ist.

¹¹⁰⁷ Schließlich kann der gesamte seit der Geburt des Kindes geleistete Unterhalt zurückverlangt werden; siehe statt vieler *Gitschthaler*, EF-Z 2009, 129 (131); *Ch. Huber*, iFamZ 2008, 244 (246).

¹¹⁰⁸ OGH 2 Ob 557/93 EvBl 1994/127; *Smutny* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 90 Rz 40 (Stand 1. 5. 2017, rdb.at).

4. Konsequenzen eines Wegfalls des Schweigerechts

Hier soll kurz die Frage behandelt werden, ob eine Aufhebung des § 149 Abs 1 ABGB dazu führen würde, dass die Mutter gerichtlich zur Auskunft über den leiblichen Vater ihres Kindes verpflichtet werden könnte. Der OGH wies im Jahr 1908 das Auskunftsbegehren eines Kindes auf Mitteilung der Identität seines Vaters ab, weil es dafür keine Rechtsgrundlage gebe.¹¹⁰⁹ Auch heute würde ein direkter Auskunftsanspruch mE mangels gesetzlicher Grundlage ausscheiden. Die Auskunftserteilung vor Gericht wäre nach dem jeweiligen Verfahrensrecht zu beurteilen: Im Abstammungsverfahren hat die Mutter als anderer Elternteil Parteistellung (§ 82 Abs 2 AußStrG). Parteien trifft wie Zeugen eine Aussagepflicht,¹¹¹⁰ allerdings kann diese den Parteien gegenüber nicht mit Zwangsmitteln durchgesetzt werden (§ 380 Abs 3 ZPO iVm § 35 AußStrG).¹¹¹¹ *Weitzenböck*¹¹¹² nimmt an, dass die Parteistellung der Mutter bewirken soll, dass sie im Abstammungsverfahren nicht als Zeugin vernommen werden kann.¹¹¹³

Als Zeugin im Zivilprozess könnte die Mutter nur dann die Aussage verweigern, wenn sie verfahrensrechtlich dazu berechtigt ist. Sie könnte sich insb auf § 321 Abs 1 Z 1 ZPO berufen, wenn die Aussage ihr „zur Schande gereichen“ würde.¹¹¹⁴ Davon wären immerhin jene Fälle erfasst, in denen die Antwort auf die Frage nach dem Vater ihr Ansehen in sittlicher Beziehung stark herabsetzen würde,¹¹¹⁵ was auch nach der heutigen Wertordnung zB bei Inzest gegeben wäre.¹¹¹⁶ Im Ergebnis dürfte die Mutter im Abstammungsverfahren also weiterhin schweigen, könnte aber im Zivilprozess – zB über den Unterhaltsregress des Scheinvaters – uU zur Auskunft im Rahmen einer Zeugenaussage verpflichtet werden. Darüber hinaus wäre es dann jedenfalls nicht ausgeschlossen, der Mutter gem § 181 ABGB

¹¹⁰⁹ OGH 20. 10. 1908, R II 804/8 GIUNF 4346.

¹¹¹⁰ *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁸ (2010) Rz 821.

¹¹¹¹ *Fucik/Kloiber*, AußStrG (2005) § 31 Rz 5; *Höllwerth* in *Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG § 35 Rz 4 (Stand 1. 11. 2013, rdb.at).

¹¹¹² Das neue materielle und formelle Recht der Abstammung und Adoption – ein Überblick, ÖA 2005, 68, 84 (85).

¹¹¹³ Vgl die Ansicht des Gesetzgebers, wonach die Parteistellung der Mutter der „Wahrung von [...] intimen Betroffenheiten“ dient: ErläutRV 224 BlgNR 22. GP 63.

¹¹¹⁴ *Stefula* in *Klang*³ § 163a Rz 9.

¹¹¹⁵ *Frauenberger* in *Fasching/Konecny* III/1³ § 321 ZPO Rz 10 (Stand 1. 8. 2017, rdb.at).

¹¹¹⁶ *Simotta*, ÖJZ 1997, 486 (489 f) mwN.

ganz oder teilweise die Obsorge zu entziehen,¹¹¹⁷ wenn sie durch ihr Schweigen das Wohl des Kindes derart gefährdet, dass eine solche Maßnahme gerechtfertigt ist.¹¹¹⁸

5. Schweigerecht und Grundrechte

Aus den vorangegangenen Abschnitten ergibt sich, dass das Schweigerecht der Mutter zunehmend als nicht mehr zeitgemäß empfunden wird. Aus zwei unterschiedlichen Perspektiven¹¹¹⁹ – jener des Kindes und jener des Scheinvaters – wird auch die Verfassungskonformität des Schweigerechts in Frage gestellt.¹¹²⁰ Im einen Fall kollidiert das Grundrecht der Mutter auf Schutz ihrer Privat- und Intimsphäre gem Art 8 EMRK mit dem Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung,¹¹²¹ im anderen Fall möglicherweise mit dem Recht des Scheinvaters auf effektiven Rechtsschutz.¹¹²² Diese beiden Grundrechtskollisionen sollen hier näher erörtert werden.

a. *Eingriff in das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung*

Das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung wird durch das Schweigerecht der Mutter verletzt, weil dem Kind damit die Klärung seiner Herkunft verwehrt wird.¹¹²³ Dieses Recht ergibt sich bereits aus den Persönlichkeitsrechten des Kindes¹¹²⁴ und wird verfassungsrechtlich als Teilaspekt des Grundrechts auf Achtung des Privat- und Familienlebens gem Art 8 EMRK gewährleistet.¹¹²⁵ Gem Art 7 KRK ist Österreich auch

¹¹¹⁷ So bereits *de lege lata Tschugguel/Kleiß*, NZ 2001, 389 (397); *Deixler-Hübner in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 149 Rz 2.

¹¹¹⁸ Zum Begriff der Kindeswohlgefährdung siehe *Deixler-Hübner in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 182 Rz 3 (Stand 1.8.2017, rdb.at) mwN.

¹¹¹⁹ Vgl *R. Frank*, FamRZ 2017, 161.

¹¹²⁰ *Ebert*, JBl 1995, 69 (83 f); *Ferrari in Barth/Erlebach*, Handbuch 95 (101); *Hinteregger*, ÖJZ 1999, 741 (745); *dieselbe in Weyers*, Menschenrechte 79 (104).

¹¹²¹ *Ferrari in FS 200 Jahre ABGB II 935 (939)*; *dieselbe in Barth/Erlebach*, Handbuch 95 (101); *Kneihs*, FamZ 2006, 132 (134).

¹¹²² Vgl BGH XII ZR 136/09 EF-Z 2012/111 (*Lurger*) = NJW 2012, 450 = EFSIlg 131.026.

¹¹²³ *Ferrari in Barth/Erlebach*, Handbuch 95 (101); *Ebert*, JBl 1995, 69 (83); vgl auch *Hinteregger*, ÖJZ 1999, 741 (745); *dieselbe in Weyers*, Menschenrechte 79 (104).

¹¹²⁴ ErläutRV 216 BlgNR 18. GP 12; vgl auch *Edlbacher*, ÖA 1989, 27 (28); *derselbe*, Künstliche Zeugungshilfe – eine Herausforderung für den Gesetzgeber? ÖJZ 1986, 321 (325 f), der ua auf § 16 ABGB zurückgreift.

¹¹²⁵ *Edlbacher*, ÖA 1989, 27 (28); *derselbe*, ÖJZ 1986, 321 (325 f); *Loebenstein*, Die Zukunft der Grundrechte im Lichte der künstlichen Fortpflanzung des Menschen, JBl 1987, 749 (749 f); *Stefula in Klang*³ § 163a Rz 15 mwN; *T. Maier*, Samenspende: Das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung, EF-Z 2014, 52 (53) mwN; *Meyer-LadewigNettesheim in Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer*, EMRK⁴ (2017) Art 8 Rz 22; EGMR U 13. 2. 2003, *Odièvre*, Nr. 42326/98, ÖJZ 2005, 34; EGMR U 25. 9. 2012, *Godelli*, Nr. 33783/09; vgl auch VfGH G 78/00 VfSlg 16.928 FamRZ 2003, 1915 (*Bernat*); aA noch *Bernat in Bernat*, Lebensbeginn 125 (141); *Lurger*, Das Abstammungsrecht bei medizinisch assistierter Zeugung nach der deutschen Kindschaftsrechtsreform im Vergleich mit dem österreichischen Recht, DEuFamR 1999, 210 (217); *dieselbe*, Fortpflanzungsmedizin und Abstammungsrecht, in *Bernat* (Hrsg), Die Reproduktionsmedizin am Prüfstand von Recht und Ethik (2000) 108 (125); siehe auch S. 136 ff, 211 f.

völkerrechtlich verpflichtet, sicherzustellen, dass Kinder ihre Eltern möglichst kennen lernen.¹¹²⁶

Der Eingriff in das Privat- und Familienleben des Kindes hat in § 149 Abs 1 ABGB eine gesetzliche Grundlage. Die erste Voraussetzung für eine Rechtfertigung des Eingriffs gem Art 8 Abs 2 EMRK ist damit erfüllt.¹¹²⁷ Als legitime Ziele, die den Eingriff rechtfertigen würden, kommen hier insb die „Rechte und Freiheiten anderer“ in Betracht, nämlich die ebenso von Art 8 EMRK erfasste Privat- und Intimsphäre der Mutter, zu deren Schutz das Schweigerecht besteht.¹¹²⁸

Wenn zum Schutz eines Grundrechts in die Grundrechtsposition eines anderen eingegriffen wird, ist als Teil der Verhältnismäßigkeitsprüfung¹¹²⁹ das Zusammenspiel der kollidierenden Grundrechtspositionen zu beurteilen und ein Ausgleich zwischen den divergierenden Interessen zu finden.¹¹³⁰ Um nachzuweisen, dass das Schweigerecht als eingesetztes Mittel zum Schutz des betroffenen Gutes – des Privatlebens der Mutter – notwendig ist, muss eine Abwägung zwischen dem Freiheitsrecht und dem Schutzgut stattfinden.¹¹³¹ Das Recht der Mutter auf Schutz ihrer Privatsphäre ist hier mit dem Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung abzuwägen.¹¹³²

Das Interesse des Kindes, die Identität seines leiblichen Vaters zu erfahren, fällt ins Gewicht, weil die eigene Herkunft den meisten Menschen eine Orientierung bei der Entwicklung der eigenen Identität bietet.¹¹³³ Das Kind verlangt Auskunft über eine Beziehung, aus der es selbst hervorgegangen ist, und ist dadurch unmittelbar von dieser Information betroffen.¹¹³⁴ Während die leiblichen Eltern grundsätzlich selbst für ihr Verhalten verantwortlich sind, muss das Kind mit den Umständen seiner Herkunft leben, obwohl es diese nicht selbst herbeigeführt hat.¹¹³⁵ Die ungeklärte Frage nach dem eigenen Vater stürzt betroffene Kinder

¹¹²⁶ Ebert, JBl 1995, 69 (83); OGH 2 Ob 129/06v EF-Z 2007/57 (*Verschraegen*) = EvBl 2007/2; Stefula in Klang³ § 163a Rz 16 mwN.

¹¹²⁷ Frowein in Frowein/Peukert, EMRK³ Vorbemerkung zu Art 8-11 Rz 2 ff.

¹¹²⁸ LGZ Wien 43 R 1353/77 EFSlg 29.141; Stefula in Klang³ § 163a Rz 10 mwN.

¹¹²⁹ Grabenwarter/Pabel, EMRK⁶ § 18 Rz 14.

¹¹³⁰ Eberhard in Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer, Handbuch VII/1² § 8 Rz 42.

¹¹³¹ Frowein in Frowein/Peukert, EMRK³ Vorbemerkung zu Art 8-11 Rz 15.

¹¹³² Ferrari in FS 200 Jahre ABGB II 935 (939); vgl zum deutschen Recht Enders in Bamberger/Roth ua, BeckOK BGB⁴³ § 1618a Rn 6.2.

¹¹³³ Vgl Edlbacher, ÖJZ 1986, 321 (325); derselbe, ÖA 1989, 27 (28 f); Bernat in Bernat, Reproduktionsmedizin 161 (171); Heyers, Zivilrechtliche Institutionalisierung anonymer Geburten, JR 2003, 45 (46); BVerfG 1 BvL 17/87 NJW 1989, 891; EGMR U 25. 9. 2012, Godelli, Nr. 33783/09; aA Hassenstein, Der Wert der Kenntnis der eigenen Abstammung, FamRZ 1988, 120.

¹¹³⁴ BVerfG 1 BvR 409/90 NJW 1997, 1769.

¹¹³⁵ Heyers, JR 2003, 45 (46).

häufig in ernste seelische Konflikte.¹¹³⁶ Darüber hinaus besteht idR auch ein Interesse an medizinischen Informationen insb über die Vererbung von Krankheiten in der Familie.¹¹³⁷ Nicht zuletzt verhindert das Schweigerecht der Mutter die Herstellung einer persönlichen Beziehung eines Kindes zu seinem leiblichen Vater, falls dieser noch am Leben ist und den Kontakt zum Kind nicht ablehnt.¹¹³⁸ Auch dessen Privat- und Familienleben ist von der Ausübung oder Nichtausübung des Schweigerechts betroffen.¹¹³⁹ Von einer Vaterschaftsfeststellung würde das Kind auch wegen seiner familien- und erbrechtlichen Ansprüche profitieren.¹¹⁴⁰

Auf der anderen Seite besteht ein schützenswertes Interesse der Mutter an ihrer Privatsphäre, sofern sie die betreffenden Umstände bisher geheim gehalten hat.¹¹⁴¹ Der Schutz der Geschlechtssphäre gehört zum Kernbereich des Rechts auf Achtung des Privatlebens gem Art 8 EMRK.¹¹⁴² Das deutsche BVerfG betont mE zu Recht, dass es für die meisten Menschen kaum Vorgänge von größerer Intimität gibt, sodass an deren Geheimhaltung ein nachvollziehbares Interesse besteht.¹¹⁴³ Ohne ihr Schweigerecht wäre die Mutter eines Kindes gezwungen, intime Details aus ihrer Vergangenheit preiszugeben, frühere Sexualpartner zu nennen oder sogar einen Vertrauensbruch zuzugeben, was auch nach Jahrzehnten – und trotz gewandelter moralischer Wertungen¹¹⁴⁴ – sehr unangenehm sein kann.¹¹⁴⁵ Jedenfalls unzumutbar wird die Erteilung der Auskunft für die Mutter sein, wenn Umstände vorliegen, die gem § 149 ABGB die Pflicht des gesetzlichen Vertreters zur Vaterschaftsfeststellung entfallen lassen, weil damit traumatische Erinnerungen geweckt werden, zB wenn die Zeugung des Kindes auf eine Vergewaltigung oder inzestuöse Beziehung zurückgeht.¹¹⁴⁶ Mit den gelockerten Moralvorstellungen scheint ein Eingriff in die Intimsphäre jedoch als nicht

¹¹³⁶ Siehe zB LG Bremen 1 S 518-97 NJW 1999, 729; LG Münster 1 S 414-89 NJW 1999, 726; OLG Hamm I-14 U7/12 NJW 2013, 1167.

¹¹³⁷ *Edlbacher*, ÖJZ 1986, 321 (325); *T. Maier*, EF-Z 2014, 52 (54) mwN; *Wellenhofer*, Die Samenspende und ihre (späten) Rechtsfolgen, FamRZ 2013, 825 (826).

¹¹³⁸ *Hinteregger*, ÖJZ 1999, 741 (745); *dieselbe* in *Weyers*, Menschenrechte 79 (104); LG Münster 1 S 414-89 NJW 1999, 726.

¹¹³⁹ *Kneihs*, FamZ 2006, 132 (134); *Coester-Waltjen*, FamRZ 2013, 1693 f; vgl auch EGMR U 26. 5. 1994, *Keegan*, Nr 16969/90 ÖJZ 1995, 70.

¹¹⁴⁰ *Hoyer*, Anm zu BGH IX ZR 24/82, ZfRV 1983, 300 (305); *Ferrari* in *Barth/Erlebach*, Handbuch 95 (100); vgl auch LG Münster 1 S 414-89 NJW 1999, 726.

¹¹⁴¹ *Enders* in *Bamberger/Roth ua*, BeckOK⁴³ § 1618a Rn 6.2; LG Münster 1 S 414-89 NJW 1999, 726; LG Bremen 1 S 518-97 NJW 1999, 729.

¹¹⁴² *Öhlinger/Nowak* in *BM für Familie, Jugend und Konsumentenschutz*, Enquete 31 (36); *Wildhaber* in *Pabel/Schmahl*, IntKommEMRK² Art 8 Rz 142; vgl auch *Stefula* in *Klang*³ § 163a Rz 15.

¹¹⁴³ BVerfG 1 BvR 472/14 NJW 2015, 1506 (*Reuß*); aA BGH I ZB 87/06 FD-FamR 2008, 264857.

¹¹⁴⁴ Ähnlich *Simotta*, Die familienrechtlichen Entschlagungsgründe der ZPO, ÖJZ 1997, 486 (490) zum Begriff der Schande in § 321 Abs 1 Z 1 ZPO.

¹¹⁴⁵ LG Münster 1 S 414-89 NJW 1999, 726; *Heyers*, JR 2003, 45 (46); *Ehrenzweig*, Familien- und Erbrecht II/2² 274; *Kralik*, JBl 1971, 273 (282); *Bernat*, Rechtsfragen 146.

¹¹⁴⁶ *Stefula* in *Klang*³ § 163a Rz 8; *Hopf* in *KBB*⁵ § 149 Rz 1.

mehr so gravierend empfunden zu werden;¹¹⁴⁷ insofern haben sich die Wertmaßstäbe hier wohl mit der Zeit verschoben.¹¹⁴⁸

Das Recht zu schweigen kann auch im Interesse der Mutter liegen, um bestehende Beziehungen zu Familienmitgliedern nicht zu gefährden¹¹⁴⁹ oder das Familienleben ihrer ehemaligen Sexualpartner nicht zu stören, wobei die Schutzwürdigkeit dieses Interesses zweifelhaft ist.¹¹⁵⁰ Als Schuldner des Unterhaltsanspruchs ist das Interesse des leiblichen Vaters, nicht in Anspruch genommen zu werden, nicht schützenswert.¹¹⁵¹ Allerdings betrifft die Auskunft über den leiblichen Vater auch dessen durch Art 8 EMRK geschützte Privatsphäre.¹¹⁵²

Da die Mutter in vielen Fällen die zuverlässigste Auskunftsquelle bezüglich der Abstammung des Kindes ist,¹¹⁵³ erscheint es unverhältnismäßig, ihr das Recht auf Verheimlichung der Identität des leiblichen Vaters uneingeschränkt zuzugestehen.¹¹⁵⁴ Entscheidend ist daher, ob gerade das eingesetzte Mittel des Schweigerechts zum Schutz der Privatsphäre der Mutter notwendig ist oder ob es ein gelinderes Mittel gibt.¹¹⁵⁵

Im deutschen Regierungsentwurf war vorgesehen, die Mutter von der Auskunftspflicht zu befreien, wenn sie darlegen konnte, dass ihr die Auskunft unzumutbar gewesen wäre.¹¹⁵⁶ Als gelinderes Mittel eignet sich eine solche Unzumutbarkeitsklausel mE jedoch nicht,¹¹⁵⁷ weil die Mutter dabei den Grund für die Unzumutbarkeit der Erteilung der Auskunft angeben muss.¹¹⁵⁸ Damit das Gericht beurteilen kann, ob die Auskunftserteilung im Einzelfall tatsächlich unzumutbar wäre, müsste die Mutter jedoch so viel offenlegen, dass ihre

¹¹⁴⁷ Vgl. noch *Kralik*, JBl 1971, 273 (282), der solche Eingriffe in die Intimsphäre der Mutter als "peinlich" und "völlig unnötig" betrachtet; anders ua *Lurger/Tscherner*, JBl 2009, 205 (214 f); *Scherpe*, FamRZ 2016, 1824 (1827); BGH I ZB 87/06 FD-FamR 2008, 264857.

¹¹⁴⁸ *R. Frank*, iFamZ 2017, 161 mwN zum deutschen Recht.

¹¹⁴⁹ Vgl. *Heyers*, JR 2003, 45 (46).

¹¹⁵⁰ *Canaris*, Grundrechte 64; LG Münster 26. 8. 1998, 1 S 414-89 NJW 1999, 726; aA *Wellenhofer*, Anm zu BGH XII ZB 201/13, FamRZ 2014, 1440 (1443).

¹¹⁵¹ Siehe S. 113.

¹¹⁵² Vgl. LG Münster 26. 8. 1998, 1 S 414-89 NJW 1999, 726; LG Bremen, 10. 3. 1998, 1 S 518-97 NJW 1999, 729.

¹¹⁵³ LG Münster 1 S 414-89 NJW 1999, 726.

¹¹⁵⁴ *Ferrari* in FS 200 Jahre ABGB II 935 (939); *dieselbe* in *Barth/Erlebach*, Handbuch 95 (101); *Bernat* in *Schwimmann/Kodek Ia*⁴ § 149 Rz 4; ähnlich *Hoyer*, Anm zu BGH IX ZR 24/82, ZfRV 1983, 300 (305); zum deutschen Recht *Coester-Waltjen*, FamRZ 2013, 1693 (1694); *Gernhuber/Coester-Waltjen*, Familienrecht⁶ § 52 I Rz 19; zur Berücksichtigung des Kindeswohls im Zusammenhang mit Art 8 EMRK *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 22 Rz 46.

¹¹⁵⁵ *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 18 Rz 15; *Frowein* in *Frowein/Peukert*, EMRK³ Vorbemerkung zu Art 8-11 Rz 15; vgl. auch *Kneihs*, FamZ 2006, 132 (134).

¹¹⁵⁶ BT-Drucks. 18/10343 20.

¹¹⁵⁷ So auch *R. Frank*, FamRZ 2017, 161 (165); *T. Maier*, EF-Z 2017, 7 (11).

¹¹⁵⁸ Vgl. BT-Drucks. 18/10343 20.

Privatsphäre ohnehin nicht mehr effektiv geschützt wäre.¹¹⁵⁹ Bereits die Information, dass die Mutter vergewaltigt wurde, dass sie eine lange Liste von Namen vorlegen müsste¹¹⁶⁰ oder dass es sich beim potentiellen leiblichen Vater um ihren Arbeitgeber, den Bruder oder den besten Freund ihres Ehemannes handelt,¹¹⁶¹ ist um nichts weniger intim als die Benennung konkreter Männer.¹¹⁶² Wenn es jedoch ausreichen würde, sich ohne gerichtliche Überprüfung der Umstände auf die Unzumutbarkeit zu berufen, bestünde das Schweigerecht jedoch *de facto* weiter.

Problematisch ist auch der Einsatz von Zwangsmitteln,¹¹⁶³ zB Geldstrafen oder Beugehaft, da diese den Eingriff in das Grundrecht der Mutter noch verschärfen. Ein nicht in irgendeiner Weise sanktionierter Auskunftsanspruch wäre allerdings zahnlos¹¹⁶⁴ und würde dem Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung nur theoretisch Rechnung tragen. Ein gelinderes Mittel als das Schweigerecht scheint es zum Schutz der Privatsphäre der Mutter daher tatsächlich nicht zu geben.¹¹⁶⁵ Darüber hinaus würde selbst eine mit Zwangsmitteln vollstreckbare Auskunftspflicht der Mutter keine Garantie bieten, dass das Kind von ihr die Identität seines biologischen Vaters erfahren wird.¹¹⁶⁶ Im Zusammenhang mit der Frage, ob die Eltern eines Spenderkindes zur Aufklärung über dessen Zeugung mittels heterologer Insemination verpflichtet sind, besteht Einigkeit darüber, dass ein Auskunftsanspruch nur schwer durchzusetzen wäre und eine solche Durchsetzung das Familienleben der Betroffenen massiv beeinträchtigen würde.¹¹⁶⁷

Daraus folgt mE, dass eine Auskunftspflicht der Mutter gegenüber dem Kind kaum durchsetzbar und darüber hinaus verfassungsrechtlich problematisch wäre, weil insb der Einsatz von Zwangsmitteln eine unzumutbare Beeinträchtigung der durch Art 8 EMRK geschützten Privatsphäre der Mutter ist. Der Wegfall des Schweigerechts kann daher nicht sicherstellen, dass jedes Kind die Identität seines leiblichen Vaters erfahren wird. Dennoch erscheint ein gesetzlich festgelegtes Schweigerecht der Mutter mE unverhältnismäßig, weil ihre Interessen letztlich weniger schützenswert sind als jene des Kindes: Dieses ist aus der Beziehung, über die es Auskunft verlangt, hervorgegangen,¹¹⁶⁸ leidet häufig unter der

¹¹⁵⁹ R. Frank, FamRZ 2017, 161 (165).

¹¹⁶⁰ Wellenhofer, FamRZ 2016, 1717 (1722).

¹¹⁶¹ Wellenhofer, Anm zu BGH XII ZB 201/13, FamRZ 2014, 1440 (1443).

¹¹⁶² R. Frank, FamRZ 2017, 161 (165); Wellenhofer, Anm zu BGH XII ZB 201/13, FamRZ 2014, 1440 (1443).

¹¹⁶³ AA BGH I ZB 87/06 FD-FamR 2008, 264857.

¹¹⁶⁴ Wellenhofer, Anm zu BGH XII ZB 201/13, FamRZ 2014, 1440 (1443).

¹¹⁶⁵ So auch Kneih, FamZ 2006, 132 (134); Bernat, Rechtsfragen 146.

¹¹⁶⁶ Wellenhofer, FamRZ 2016, 1717 (1723); R. Frank, FamRZ 2017, 161 (164).

¹¹⁶⁷ Siehe ausführlich S. 224 ff.

¹¹⁶⁸ BVerfG 1 BvR 409/90 NJW 1997, 1769.

Unkenntnis dieser Informationen und ist darauf angewiesen, diese von der Mutter zu erlangen. Dagegen hat die Mutter jedenfalls dazu beigetragen, dass das Kind in Unkenntnis seiner genetischen Herkunft lebt. Ohne Schweigerecht kann die Mutter sich zwar immer noch auf § 321 Abs 1 Z 1 ZPO berufen oder behaupten, dass sie sich nicht an den leiblichen Vater erinnern kann.¹¹⁶⁹ Es entfällt jedoch das gesetzgeberische Signal, dass das Schweigen der Mutter in jedem Fall legitim ist. Dass das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung damit nicht unbedingt effektiv geschützt ist, muss in Kauf genommen werden. Im Ergebnis ist § 149 Abs 1 ABGB daher mE verfassungswidrig.¹¹⁷⁰

b. Eingriff in das Recht des Scheinvaters auf effektiven Rechtsschutz

Schon im vorigen Kapitel über die Inzidentfeststellung der Vaterschaft¹¹⁷¹ hat sich gezeigt, dass der Scheinvater zur Durchsetzung seines vom innerstaatlichen Recht eingeräumten Bereicherungsanspruchs einen individuellen Durchsetzungsanspruch hat, der den Schutz des Art 6 Abs 1 EMRK genießt.¹¹⁷² Der Anwendungsbereich dieses Grundrechts ist hier zweifellos erfüllt, da es sich bei seinem Regressanspruch als Anspruch „vermögenswerter Natur“ zweifellos um ein „civil right“ handelt.¹¹⁷³

Damit ist mE jedoch noch nicht geklärt, ob sich aus Art 6 Abs 1 EMRK auch ein Recht des nicht mit der Mutter verheirateten Scheinvaters ergibt,¹¹⁷⁴ von anderen Personen Auskunft über die Identität des Anspruchsgegners zu verlangen, noch bevor ein Verfahren anhängig ist. Das Recht auf Zugang zu Gericht bedeutet, dass ein Gericht in der Sache tätig zu werden hat, wenn der Grundrechtsträger einen Streitfall anhängig machen möchte.¹¹⁷⁵ In der deutschen Judikatur wird im Zusammenhang mit dem zivilrechtlichen Auskunftsanspruch des Scheinvaters gegen die Mutter teilweise – ohne weitere Ausführungen – auf dessen Recht auf effektiven Rechtsschutz verwiesen.¹¹⁷⁶

Dagegen geht das BVerfG in seinem Urteil vom 24. 2. 2015 eindeutig davon aus, dass dem Eingriff in die grundrechtlich geschützte Privatsphäre der Mutter zwar ein einfachgesetzlicher

¹¹⁶⁹ Siehe oben S. 121 f.

¹¹⁷⁰ AA *Kneihls*, FamZ 2006, 132 (134); *Stefula* in Klang³ § 163a Rz 15 f.

¹¹⁷¹ S. 106 ff.

¹¹⁷² *Klaushofer* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, Handbuch VII/1² § 18 Rz 37; OGH 7 Ob 60/15x Zak 2015/556.

¹¹⁷³ *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht¹¹ (2015) Rz 1525 mwN; OGH 7 Ob 60/15x Zak 2015/556.

¹¹⁷⁴ Zur aus der Treuepflicht gem § 90 ABGB abgeleiteten Aufklärungspflicht der Mutter, die mit dem Scheinvater verheiratet ist, siehe oben S. 120.

¹¹⁷⁵ Vgl *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 24 Rz 51; auch die Auseinandersetzung mit der Sache des Klägers, die gerichtliche Entscheidung und deren Umsetzung sind Rechte, die das Gericht wahrzunehmen hat.

¹¹⁷⁶ BGH XII ZR 136/09 EF-Z 2012/111 (*Lurger*) = NJW 2012, 450 = EFSlg 131.026.

Anspruch des Scheinvaters gegenübersteht, aber keine Grundrechtsverletzung.¹¹⁷⁷ Da ein Auskunftsanspruch des Scheinvaters nicht zum Schutz eines Grundrechts erforderlich ist, ist er auch nicht verfassungsrechtlich geboten.¹¹⁷⁸ Nach Ansicht des BVerfG liegt es jedoch im rechtspolitischen Spielraum des deutschen Gesetzgebers, eine Auskunftspflicht der Mutter gegenüber dem Scheinvater vorzusehen, solange er dem Persönlichkeitsrecht der Mutter dabei Rechnung trägt.¹¹⁷⁹

Die Auslegung des BVerfG zum Recht auf effektiven Rechtsschutz im deutschen Recht lässt sich mE auf Art 6 EMRK übertragen: Aus diesem Grundrecht folgt nicht, dass der Scheinvater sich bereits im Vorfeld eines Zivilprozesses Informationen zur Durchsetzung seines einfachgesetzlich eingeräumten Anspruchs verschaffen kann, auch wenn diese für ihn entscheidend sind.¹¹⁸⁰ Ansonsten würde jeder zivilrechtliche Anspruch im Ergebnis den Schutz eines Grundrechts genießen – in der vorliegenden Konstellation hätte die Durchsetzung eines rein vermögensrechtlichen Anspruchs sogar Vorrang gegenüber dem Schutz eines Grundrechts. Im Ergebnis steht § 149 Abs 1 ABGB im Einklang mit dem Recht des Scheinvaters auf ein faires Verfahren gem Art 6 Abs 1 EMRK, weil es dessen Recht auf effektiven Rechtsschutz nicht berührt.

6. Ergebnis

Das Schweigerecht ist mE verfassungswidrig,¹¹⁸¹ da es aufgrund der gem Art 8 Abs 2 EMRK gebotenen Interessenabwägung gegenüber dem Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung insgesamt unverhältnismäßig ist. Zwar kann dieses Grundrecht nicht uneingeschränkt gelten,¹¹⁸² sondern findet seine Grenze dort, wo der Schutzbereich eines entgegengesetzten Grundrechts beginnt.¹¹⁸³ Ein uneingeschränktes Schweigerecht der Mutter stellt ihre Interessen jedoch in jedem Fall an die erste Stelle,¹¹⁸⁴ was mit dem grundsätzlichen Vorrang des Kindeswohls schwer in Einklang zu bringen ist.¹¹⁸⁵ Das Schweigerecht ist auch kein notwendiges Mittel, um die Privat- und Intimsphäre der Mutter zu schützen, weil sein

¹¹⁷⁷ BVerfG 1 BvR 472/14 NJW 2015, 1506 (*Reuß*) = FamRZ 2015, 729 (*Scherpe*); siehe insb Z 36, 42.

¹¹⁷⁸ *Scherpe*, Anm zu BVerfG 1 BvR 472/14, FamRZ 2015, 729 (733).

¹¹⁷⁹ *Kritisch Reuß*, Anm zu BVerfG 1 BvR 472/14, NJW 2015, 1506 (1510).

¹¹⁸⁰ *Reuß*, Anm zu BVerfG 1 BvR 472/14, NJW 2015, 1506 (1510) bezweifelt die Aussage des BVerfG 1 BvR 472/14 Z 50, wonach der Regressanspruch des Scheinvaters ohne Auskunft durch die Mutter „nicht faktisch leer“ laufe.

¹¹⁸¹ AA *Kneihs*, FamZ 2006, 132 (134); *Stefula* in Klang³ § 163a Rz 15 f, der darin allerdings einen völkerrechtlichen Verstoß gegen Art 7 UN-KRK sieht.

¹¹⁸² Vgl *T. Maier*, EF-Z 2014, 52 (53 f).

¹¹⁸³ *Eberhard* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, Handbuch VII/1² § 8 Rz 36 mwN.

¹¹⁸⁴ *Bernat* in *Bernat*, Lebensbeginn 125 (142).

¹¹⁸⁵ *Bernat* in *Schwimmann/Kodek* Ia⁴ § 149 Rz 4; zum deutschen Recht *Coester-Waltjen*, FamRZ 2013, 1693 (1694); *Gernhuber/Coester-Waltjen*, Familienrecht⁶ § 52 I Rz 19; *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 22 Rz 46.

Wegfall noch keine durchsetzbare Auskunftspflicht zur Folge hätte: Stattdessen könnte die Mutter im Zivilprozess nach dem leiblichen Vater gefragt werden und könnte sich gegebenenfalls auf den Aussageverweigerungsgrund des § 321 Abs 1 Z 1 ZPO berufen.¹¹⁸⁶ Das Recht des Scheinvaters auf ein faires Verfahren ist dagegen mE noch nicht berührt, wenn es um die Ausforschung des künftigen Beklagten geht und noch kein Unterhaltsregressverfahren anhängig ist.

B. Anonyme Geburt und Babynest

1. Problematik

Ein Babynest, auch Babyklappe genannt, ist eine Öffnung in der Hauswand zB eines Krankenhauses, in die man von außen ein Kind hineinlegen und sich wieder entfernen kann, ohne gesehen zu werden.¹¹⁸⁷ Kurz nach der Abgabe wird das medizinische Personal im Haus durch ein Signal verständigt, sodass es sich um das abgegebene Kind kümmern kann.¹¹⁸⁸ Die abgegebenen Kinder sind zuvor meist heimlich und ohne medizinische Unterstützung geboren worden, sodass gesundheitliche Schäden für Mutter und Kind bei der Geburt nicht verhindert werden können.¹¹⁸⁹

Eine anonyme Geburt findet im Krankenhaus und unter ärztlicher Aufsicht statt. Während die vom anwesenden Krankenhauspersonal erstellte Geburtsbestätigung (§ 36 Abs 6 PStG 2013) und die der Personenstandsbehörde übermittelte Geburtsanzeige (§ 9 PStG 2013) im Normalfall auch den Namen der Mutter enthalten,¹¹⁹⁰ werden bei einer anonymen Geburt keinerlei Daten über die Identität der gebärenden Frau aufgezeichnet.¹¹⁹¹ Wird dagegen die Identität der Mutter dokumentiert, aber vertraulich behandelt und zur späteren Einsichtnahme durch das Kind aufbewahrt, spricht man von einer geheimen oder vertraulichen Geburt.¹¹⁹²

¹¹⁸⁶ Siehe S. 121.

¹¹⁸⁷ *Hepting*, „Babyklappe“ und „anonyme Geburt“, FamRZ 2001, 1573; *Katzenmeier*, Rechtsfragen der „Babyklappe“ und der medizinisch assistierten „anonymen Geburt“, FamRZ 2005, 1134.

¹¹⁸⁸ *Katzenmeier*, FamRZ 2005, 1134; *Frank/Helms*, FamRZ 2001, 1340 (1341); *Schwarz*, Rechtliche Aspekte von „Babyklappe“ und „anonymer Geburt“, StAZ 2003, 33 (34).

¹¹⁸⁹ *Heyers*, JR 2003, 45; *Klier/Grylli ua*, Is the introduction of anonymous delivery associated with a reduction of high neonaticide rates in Austria? A retrospective study, BJOG 2013, 428 (432).

¹¹⁹⁰ *M. Kurz*, Anonyme Geburt: Wie kann die Mutter ihre Anonymität rechtlich aufheben? iFamZ 2015, 167 (167 f).

¹¹⁹¹ *Katzenmeier*, FamRZ 2005, 1134; *M. Kurz*, iFamZ 2015, 167.

¹¹⁹² Vgl *Gernhuber/Coester-Waltjen*, Familienrecht⁶ § 51 II Rz 15; *Frank/Helms*, FamRZ 2001, 1340 (1348); vgl auch *Hepting*, FamRZ 2001, 1573 (1581 f), der diesen Begriff allerdings noch nicht verwendet; zur mittlerweile Gesetz gewordenen vertraulichen Geburt im deutschen Recht siehe S. 133.

Sowohl nach einer anonymen Geburt als auch nach der Abgabe eines Kindes in einer Babyklappe kommt es meist bald darauf zu einer Adoption.¹¹⁹³

Die anonyme Geburt und die Einrichtung von so genannten Babynestern sollen es Frauen ermöglichen, ihre Schwangerschaft bzw Mutterschaft zu verheimlichen und ihre Kinder anschließend in fremde Versorgung zu geben. Auch in der heutigen Gesellschaft, die unverheirateten Müttern mit mehr Verständnis begegnet als früher,¹¹⁹⁴ können verschiedenste Umstände werdende Mütter in eine Notlage bringen, in der sie ihre Kinder abgeben möchten, ohne dabei als Mutter in Erscheinung zu treten.¹¹⁹⁵ Denkbar ist zB, dass eine minderjährige Schwangere, die noch von den Eltern abhängig ist, Angst vor deren Reaktion hat. In einem streng religiösen Umfeld kann auch die Angst vor Gewalt und Ausgrenzung ein Grund für eine unverheiratete Frau sein, ihr Kind möglichst unerkannt wegzugeben.¹¹⁹⁶ Ebenso kommt es vor, dass ein Schwangerschaftsabbruch zB nach einer Vergewaltigung auf legalem Weg nicht mehr möglich ist (§ 97 StGB) und ein illegaler Abbruch als zu riskant erscheint.¹¹⁹⁷ Indem für Schwangere in psychischen Ausnahmesituationen eine Alternative geschaffen wird, sollen Aussetzungen (§ 82 StGB) oder gar Tötungen von Neugeborenen (§ 79 StGB) verhindert werden,¹¹⁹⁸ die den Betroffenen sonst als einziger Weg erscheinen könnten, ihr Leben ohne Kind fortzusetzen. Die Zusicherung der Anonymität soll dafür sorgen, dass keine Hemmschwelle besteht und das Angebot der Babyklappe oder der anonymen Geburt auch tatsächlich genutzt wird.¹¹⁹⁹

Obwohl die anonyme Geburt in Österreich nicht immer zulässig war, hat sie eine lange Tradition:¹²⁰⁰ Im 19. und frühen 20. Jahrhundert durfte die Mutter eines unehelichen Kindes aufgrund mehrerer Hofdekrete bei dessen Eintragung in das Geburtsbuch nicht nur den Namen des Vaters, sondern auch ihren eigenen Namen verheimlichen.¹²⁰¹ Bei ausdrücklicher Angabe einer unehelichen Geburt sollten auch keine Nachforschungen über die Angaben der

¹¹⁹³ *Hepting*, FamRZ 2001, 1573.

¹¹⁹⁴ *Gernhuber/Coester-Waltjen*, Familienrecht⁶ § 51 II Rz 10; zur Ausgrenzung lediger Mütter und ihrer Kinder siehe auch S. 114 f.

¹¹⁹⁵ *Scheiwe*, Babyklappe und anonyme Geburt – wohin mit Mütterrechten, Väterrechten, Kinderrechten? ZRP 2001, 368 (369); *Frank/Helms*, FamRZ 2001, 1340 (1346).

¹¹⁹⁶ *Katzenmeier*, FamRZ 2005, 1134; *Frank/Helms*, FamRZ 2001, 1340 (1341); vgl auch *Scheiwe*, ZRP 2001, 368 (369 f, 373 f mwN).

¹¹⁹⁷ *Gernhuber/Coester-Waltjen*, Familienrecht⁶ § 51 II Rz 10.

¹¹⁹⁸ *Katzenmeier*, FamRZ 2005, 1134; *Hepting*, FamRZ 2001, 1573; *Schwarz*, StAZ 2003, 33 (34); *Scheiwe*, ZRP 2001, 368.

¹¹⁹⁹ *Frank/Helms*, FamRZ 2001, 1340 (1341); *Gernhuber/Coester-Waltjen*, Familienrecht⁶ § 51 II Rz 11 weisen darauf hin, dass gerade die Effektivität einer solchen Regelung vielfach bezweifelt wird.

¹²⁰⁰ *Höpfel*, Strafrechtliche Fragen der anonymen Geburt und des ‚Babynests‘, in Parlamentarische Enquete „Anonyme Geburt und ‚Babynest““, III-65 BlgStProtNR 21. GP 11 f; *Verschraegen*, ÖJZ 2004, 1 (4 f) mwN.

¹²⁰¹ Hofdekret vom 21. 10. 1815, JGS Nr. 1185; *Stubenrauch*, Kommentar I⁸ 246 FN 1 mwN; *Ehrenzweig*, Familien- und Erbrecht II/2⁵ (1917) 220; *Verschraegen*, ÖJZ 2004, 1 (4 f) mwN.

Mutter gemacht werden, stattdessen wurde der von ihr angegebene Name mit dem Beisatz „angeblich“ ins Geburtsbuch eingetragen.¹²⁰² Darüber hinaus gab es so genannte Findelhäuser, die sowohl Kinder aufnahmen als auch „diskrete“ Entbindungen ermöglichten, ohne nach der Identität der gebärenden Frauen zu fragen.¹²⁰³

Mit 1. 1. 1975 trat § 197 StGB in Kraft, der das Verlassen eines Unmündigen unter Strafe stellte. Damit war bereits das Verlassen eines unmündigen Kindes ohne Vorsatz auf Gefährdung seines Lebens strafbar, zB wenn das Kind an einem belebten Ort wie einer Bahnhofswartehalle oder im Krankenhaus zurückgelassen wird.¹²⁰⁴ Mit der Aufhebung des § 197 StGB im Jahr 2001¹²⁰⁵ erwog der Gesetzgeber, Frauen in Notsituationen wieder den Weg zu einer anonymen Geburt oder zur anonymen Abgabe ihres Kindes zu eröffnen.¹²⁰⁶ Kurze Zeit später wurden Babynester und anonyme Geburten durch einen Erlass des BMJ ausdrücklich für zulässig erklärt.¹²⁰⁷ Einer Pressemitteilung der Bioethikkommission zufolge wurden in Österreich zwischen 2002 und 2008 insgesamt 249 anonyme Geburten verzeichnet. 19 Neugeborene wurden zwischen 2000 und 2010 in einem Babynest abgegeben.¹²⁰⁸

2. Rechtslage in Österreich

Nach dem Erlass ist eine anonyme Geburt erlaubt, wenn eine „nicht anders abwendbare ernste Gefahr für die (physische oder psychische) Gesundheit oder für das Leben der Mutter und/oder des Kindes“¹²⁰⁹ vorliegt. Ob dies der Fall ist, prüft der KJHT im Gespräch mit der schwangeren Frau, darf sich jedoch „gegebenenfalls“ auch mit einer nachdrücklichen Weigerung der Frau zufriedengeben, Angaben über ihre Situation zu machen.¹²¹⁰ Darüber hinaus dürfen Krankenanstalten Babynester einrichten, deren Zugang „ein möglichst unerkanntes Zu- und Weggehen“ ermöglicht.¹²¹¹ In diesem Fall wird vermutet, dass sich die Mutter jedenfalls in einer schwerwiegenden Notsituation befand.¹²¹² Im Erlass wird betont,

¹²⁰² *Stubenrauch*, Kommentar I⁸ 246 FN 1 mwN; *Bartsch* in *Klang I/1* (1933) 905.

¹²⁰³ *Bartsch* in *Klang I/1* 905; *Höpfel*, III-65 BlgStProtNR 21. GP 11 f; *Verschraegen*, ÖJZ 2004, 1 (4 f).

¹²⁰⁴ ErläutRV 30 BlgNR 13 GP 336; *Höpfel*, III-65 BlgStProtNR 21. GP 12.

¹²⁰⁵ BGBI I 2001/19.

¹²⁰⁶ JAB 404 BlgNR 21. GP 8; davor fand am 22. 9. 2000 eine parlamentarische Enquete mit dem Titel „Anonyme Geburt und Babynest“ statt: III-65 BlgStProtNR 21. GP.

¹²⁰⁷ Erlass des BMJ vom 27. 7. 2001, Babynest und anonyme Geburt in Österreich, JMZ 4600/42-I 1/2001, JABI 2001/36 ÖStA 2001, 87.

¹²⁰⁸ Bioethikkommission, Anonyme Geburt und „Babynest“, Pressemitteilung vom 10. 2. 2010, https://www.bka.gv.at/site/cob__38211/mode__ft/3460/default.aspx (20. 7. 2015).

¹²⁰⁹ Erlass vom 27. 7. 2001, JABI 2001/36 Punkt 2.4.3.1.

¹²¹⁰ Erlass vom 27. 7. 2001, JABI 2001/36 Punkt 2.4.3.1; kritisch *Höllwerth* in FS 200 Jahre ABGB II 1033 (1037).

¹²¹¹ Erlass vom 27. 7. 2001, JABI 2001/36 Punkt 2.4.2.

¹²¹² Erlass vom 27. 7. 2001, JABI 2001/36 Punkt 2.4.3.1.

dass eine schwangere Frau kein Recht darauf hat, bei der Geburt anonym zu bleiben.¹²¹³ Unklar ist jedoch, wie die Verweigerung einer anonymen Geburt durchzusetzen wäre, wenn der KJHT das Vorliegen einer Notsituation verneint.

Bei einer anonymen Geburt darf die Krankenanstalt zwar eine Krankengeschichte, aber keine Aufzeichnungen über die Identität der Mutter führen.¹²¹⁴ Die Krankenanstalt hat wie bei jeder Geburt eine Geburtsanzeige an die Personenstandsbehörde zu übermitteln (§ 9 PStG 2013).¹²¹⁵ Die Anzeige der Geburt darf in diesem Fall keine Identifikationsdaten über die Eltern und das Kind enthalten, sondern ist stattdessen mit der Geschäftszahl des Erlasses (JMZ 4600/42-I 1/2001) zu versehen, um Rückfragen durch das Standesamt zu vermeiden.¹²¹⁶ Auch die Personenstandsbehörden dürfen keine Nachforschungen über die Identität der Eltern betreiben.¹²¹⁷ Wenn eine Geburtsurkunde ausgestellt wird (Auszug aus dem ZPR, § 54 PStG), enthält diese keine Einträge zu den Eltern des Kindes.¹²¹⁸ Die Personenstandsbehörden leiten anschließend ein Verfahren zur Namensgebung beim Landeshauptmann ein (§§ 34, 66 PStG 2013),¹²¹⁹ in dem der KJHT Wünsche der Mutter nach einem bestimmten Vornamen vorbringen kann.¹²²⁰ Zivilrechtlich wird das Kind als Findelkind gem § 207 ABGB behandelt, wonach der KJHT *ex lege* mit der Obsorge betraut ist.¹²²¹ Wenn es zu einer Adoption kommt, schließt dieser als gesetzlicher Vertreter des Kindes den Adoptionsvertrag.¹²²²

Am Erlass des BMJ wurde insbesondere kritisiert, dass wichtige Fragen im Bereich des Abstammungs-, Personenstands- und Krankenanstaltsrechts sowie im Verfahrensrecht ungeregelt bleiben.¹²²³ Unklar ist insb, wann eine Notsituation vorliegt¹²²⁴ und unter welchen Umständen die Anonymität aufgehoben werden kann, wenn entweder die Mutter das Kind vor

¹²¹³ Erlass vom 27. 7. 2001, JABl 2001/36 Punkt 2.4.3; *Verschraegen*, ÖJZ 2004, 1 (4); *Stormann* in *Schwimann/Kodek Ia*⁴ § 143 Rz 7.

¹²¹⁴ Erlass vom 27. 7. 2001, JABl 2001/36 Punkt 2.4.4; *G. Aigner*, Durchführungserlass Babynest und anonyme Geburt, RdM 2001, 144.

¹²¹⁵ *M. Kurz*, iFamZ 2015, 167; *G. Aigner*, RdM 2001, 144.

¹²¹⁶ Erlass vom 27. 7. 2001, JABl 2001/36 Punkt 2.4.7; *M. Kurz*, iFamZ 2015, 167.

¹²¹⁷ Erlass vom 27. 7. 2001, JABl 2001/36 Punkt 2.5.

¹²¹⁸ *M. Kurz*, iFamZ 2015, 167 (168).

¹²¹⁹ *M. Kurz*, iFamZ 2015, 167 (168).

¹²²⁰ Erlass vom 27. 7. 2001, JABl 2001/36 Punkt 2.5.

¹²²¹ Erlass vom 27. 7. 2001, JABl 2001/36 Punkt 2.2.

¹²²² Zu den Rechten der leiblichen Eltern im Zusammenhang mit einer Adoption siehe S. 158 ff; zur Abstammung des Kindes in solchen Fällen und deren nachträglicher Klärung siehe unten S. 150 ff.

¹²²³ *Stefula* in *Klang*³ § 137b Rz 7 f; *Höllwerth*, Anm zu OGH 4 Ob 148/11k, EF-Z 2012/9; *derselbe* in FS 200 Jahre ABGB II 1033 (1037).

¹²²⁴ Erlass vom 27. 7. 2001, JABl 2001/36 Punkt 2.4.3.1; kritisch *Verschraegen*, ÖJZ 2004, 1 (11).

dessen Adoption doch noch für sich beanspruchen möchte oder das Kind später nach Informationen über seine leiblichen Eltern sucht.¹²²⁵

3. Exkurs: Rechtslage in Deutschland

Die so genannte vertrauliche Geburt, die mit 1. 5. 2014 in Deutschland eingeführt wurde,¹²²⁶ verwirklicht ein Modell,¹²²⁷ das die widerstreitenden Interessen der Mutter, des Kindes und der Öffentlichkeit in Einklang zu bringen versucht: Zwar muss die schwangere Frau ihre Identität bekanntgeben, diese Daten werden allerdings vertraulich behandelt und nur dem Bundesamt für Familie in einem verschlossenen Dokument, dem so genannten Herkunftsnachweis, weitergeleitet.¹²²⁸ In der Geburtsurkunde scheinen die Namen der Eltern dagegen nicht auf. Für die Entbindung wählt die Mutter ein Pseudonym und bleibt auf diese Weise unerkant.¹²²⁹ Allein das Kind hat ab dem 16. Lebensjahr einen gerichtlich durchsetzbaren Anspruch auf Einsicht in die Daten über seine Mutter beim Bundesamt für Familie.¹²³⁰ Widerspricht die Mutter einer Offenlegung ihrer Identität, wird in einem familiengerichtlichen Verfahren eine Interessenabwägung durchgeführt, in dem die Mutter durch einen Verfahrensstandschafter ihre Interessen vertreten lassen kann.¹²³¹ Wenn das Kind mit seinem Antrag nicht durchdringt, kann es nach drei Jahren wieder einen Antrag auf Auskunft stellen.¹²³² Diese Lösung berücksichtigt das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung,¹²³³ das aus dem deutschen Grundgesetz abgeleitet wird.¹²³⁴

4. Vereinbarkeit der österreichischen Rechtslage mit Art 8 EMRK

Das Phänomen der anonymen Geburt oder der anonymen Weggabe von Säuglingen wirft Bedenken im Hinblick auf das Wohl der betroffenen Kinder auf. Schließlich kennt ein anonym geborenes bzw weggelegtes Kind weder seine leibliche Mutter noch seinen Vater und

¹²²⁵ M. Kurz, iFamZ 2015, 167; vgl Erlass vom 27. 7. 2001, JABl 2001/36 Punkt 2.6.1, 2.6.2.

¹²²⁶ Gesetz zum Ausbau der Hilfen für Schwangere und zur Regelung der vertraulichen Geburt, dBGBl 2013 I 3458; siehe dazu Helms, Die Einführung der sog. vertraulichen Geburt, FamRZ 2014, 609; Schwedler, Die vertrauliche Geburt – Ein Meilenstein für Schwangere in Not? NZFam 2014, 193.

¹²²⁷ Ähnliche Modelle wurden schon davor diskutiert: EGMR U 13. 2. 2003, *Odièvre*, Nr. 42326/98 Z 16; *Hepting*, FamRZ 2001, 1573 (1575); *Frank/Helms*, FamRZ 2001, 1340 (1348) mwN; *Verschraegen*, ÖJZ 2004, 1 (11 f); *Katzenmeier*, FamRZ 2005, 1134 (1139); *Gernhuber/Coester-Waltjen*, Familienrecht⁶ § 51 II Rz 15.

¹²²⁸ Helms, FamRZ 2014, 609 (612).

¹²²⁹ Helms, FamRZ 2014, 609 (612).

¹²³⁰ Helms, FamRZ 2014, 609 (613); Schwedler, NZFam 2014, 193 (195).

¹²³¹ Helms, FamRZ 2014, 609 (613).

¹²³² Schwedler, NZFam 2014, 193 (195).

¹²³³ Helms, FamRZ 2014, 609; kritisch Schwedler, NZFam 2014, 193 (195).

¹²³⁴ BVerfG 1 BvL 17/87 NJW 1989, 891; OLG Hamm I-14 U 7/12 NJW 2013, 1167; *Hepting*, FamRZ 2001, 1573 (1576); *Heyers*, JR 2003, 45 (46); *Schwarz*, StAZ 2003, 33 (36); *Katzenmeier*, FamRZ 2005, 1134 (1136 f); *Posch* in *Schwimann/Kodek* I⁴ § 16 Rz 52; *Schmidt-Didczuhn*, (Verfassungs)Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung? JR 1989, 228 mwN.

hat keine Möglichkeit, etwas über die Umstände seiner Geburt und seine leibliche Familie zu erfahren. Die Anonymität der Mutter ist in Österreich absolut,¹²³⁵ weil bei der anonymen Geburt keine Informationen über ihre Identität aufbewahrt werden¹²³⁶ und man später nicht mehr herausfinden kann, wer die Frau war, die das Kind geboren hat.

Wird das Kind in einer Babyklappe abgegeben, besteht mangels Kontakt mit der Mutter von vornherein keine Möglichkeit, ihre Identität festzuhalten.¹²³⁷ Meist lässt sich noch nicht einmal mit Sicherheit sagen, wann und wo das Kind geboren wurde¹²³⁸ und wer es abgegeben hat.¹²³⁹ Ebenso wenig kann festgestellt werden, ob die Abgabe des Kindes überhaupt durch die Mutter selbst bzw mit ihrem Einverständnis erfolgt ist.¹²⁴⁰ Auch der Vater oder eine andere Person (zB ein Familienmitglied) könnte das Kind gegen den Willen der Mutter abgegeben haben,¹²⁴¹ zB um der Unterhaltspflicht zu entgehen oder Schande von der Familie abzuwenden. Darüber hinaus wird vermutet, dass die fehlende Prüfung der Gründe für die Abgabe einen Anreiz zur Nutzung der Babyklappe bieten könnte, wenn man die Verantwortung für das Kind abgeben möchte, ohne sich tatsächlich in einer Notsituation zu befinden.¹²⁴²

Im späteren Leben leiden viele anonym geborene Kinder darunter, dass sie über ihre Herkunft und die Umstände ihrer Trennung von den leiblichen Eltern nicht Bescheid wissen.¹²⁴³ Aus diesem Grund liegt es nahe, zu prüfen, ob die Einrichtung von Babyklappen und die Ermöglichung einer anonymen Geburt mit dem Recht des Kindes auf Achtung seines Privat- und Familienlebens gem Art 8 EMRK in Einklang stehen.

a. Rechtsprechung des EGMR

¹²³⁵ *Verschraegen*, ÖJZ 2004, 1 (3).

¹²³⁶ Erlass vom 27. 7. 2001, JABl 2001/36 Punkt 2.4.4; siehe S. 131 ff.

¹²³⁷ *Stormann*, Enquete „Anonyme Geburt und Babynest“, III-65 BlgStProtNR 21. GP 22; kritisch auch *Hepting*, FamRZ 2001, 1573 (1575, 1581); *Heyers*, JR 2003, 45; *Schwarz*, StAZ 2003, 33 (37); *Verschraegen*, ÖJZ 2004, 1 (11).

¹²³⁸ *Hepting*, FamRZ 2001, 1573 (1575).

¹²³⁹ Dass automatisch die Mutter von der Abgabe des Kindes profitiert, ist nicht erwiesen; so auch *Verschraegen*, ÖJZ 2004, 1 (6 f) mwN.

¹²⁴⁰ *Klier/Grylli ua*, BJOG 2013, 428 (432); *Verschraegen*, ÖJZ 2004, 1 (6 f).

¹²⁴¹ *Katzenmeier*, FamRZ 2005, 1134 (1135); vgl auch *Scheiwe*, ZRP 2001, 368 (369) sowie den Sachverhalt in EGMR U 13. 2. 2003, *Odièvre*, Nr. 42326/98 Z 13 (die Mutter gab das Kind auf Druck des Vaters anonym ab).

¹²⁴² So bereits *Höllwerth* in in FS 200 Jahre ABGB II 1033 (1037); *derselbe*, Anm zu OGH 4 Ob 148/11k, EF-Z 2012/9.

¹²⁴³ *Hepting*, FamRZ 2001, 1573 (1579); *Heyers*, JR 2003, 45 (46); EGMR U 13. 2. 2003, *Odièvre*, Nr. 42326/98 Z 30; Joint dissenting opinion of Judges *Wildhaber*, *Bratza* ua Z 8; über Kinder, die durch ihre ungewisse Herkunft nicht traumatisiert sind, wird allerdings auch weniger in den Medien berichtet: *Hepting*, FamRZ 2001, 1573 (1578).

Der EGMR verlangt vom innerstaatlichen Recht darüber hinaus seit dem Urteil *Marckx*, jedem Kind von Geburt an *ipso iure* die Zugehörigkeit zu seiner Familie zu ermöglichen.¹²⁴⁴ Das Gericht nahm eine Verletzung des gem Art 8 EMRK geschützten Familienlebens der Antragstellerinnen an, weil die Mutter ihr uneheliches Kind nach der Geburt erst anerkennen musste, um eine familienrechtliche Abstammungsbeziehung zu ihrer Tochter herzustellen, sodass das Kind für kurze Zeit rechtlich mutterlos war.¹²⁴⁵ Daraus wird abgeleitet, dass die anonyme Geburt und vergleichbare Maßnahmen mit Art 8 EMRK unvereinbar sind, weil das Recht des Kindes, von Geburt an in eine Familie integriert zu werden, dadurch verletzt wird.¹²⁴⁶

Die Begründung aus dem Urteil *Marckx* lässt sich auf den ersten Blick gut auf die Frage nach der Vereinbarkeit der anonymen Geburt mit Art 8 EMRK umlegen, weil eine Nichtanerkennung des Kindes nach dem damaligen belgischen Recht darauf hinauslief, dass die Mutter die Verantwortung für das Kind mangels Abstammungsbeziehung einfach aufgeben konnte.¹²⁴⁷ Allerdings richtet sich das Urteil *Marckx* primär gegen die Diskriminierung unehelicher Kinder gegenüber ehelichen Kindern durch das damalige belgische Abstammungsrecht, das nur von unverheirateten Müttern ein Anerkenntnis verlangte,¹²⁴⁸ mit dem für das Kind zusätzlich nachteilige Konsequenzen im Erbrecht verbunden waren.¹²⁴⁹ Diese Entscheidung allein sagt daher über die Vereinbarkeit der anonymen Geburt mit Art 8 EMRK noch nichts aus.¹²⁵⁰

Bereits im Urteil *Gaskin* sprach der EGMR aus, dass das Interesse an Informationen über die eigene Kindheit und frühe Entwicklung von der Konvention geschützt ist.¹²⁵¹ Der Antragsteller berief sich auf Art 8 EMRK, weil ihm der Zugang zu Dokumenten verwehrt wurde, die über seine Kindheit und Jugend in öffentlicher Fürsorge angelegt wurden. Im Ergebnis stellte der EGMR eine Verletzung dieses Grundrechts fest, weil ohne Zustimmung der Personen, die zu diesen Akten beigetragen hatten, keine Einsichtnahme möglich war und kein Verfahren zur Verfügung stand, um diese Zustimmung gegebenenfalls zu ersetzen.¹²⁵²

¹²⁴⁴ EGMR U 13. 6. 1979, *Marckx*, Nr. 6833/74; siehe auch *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 22 Rz 17 mwN.

¹²⁴⁵ EGMR U 13. 6. 1979, *Marckx*, Nr. 6833/74 Z 31, 36 f.

¹²⁴⁶ *Scheiwe*, ZRP 2001, 368 (372); *Heyers*, JR 2003, 45 (46 f).

¹²⁴⁷ EGMR U 13. 6. 1979, *Marckx*, Nr. 6833/74 Z 39; *Hepting*, FamRZ 2001, 1573 (1579).

¹²⁴⁸ EGMR U 13. 6. 1979, *Marckx*, Nr. 6833/74 Z 38-43; *Hepting*, FamRZ 2001, 1573 (1580); *Schwarz*, StAZ 2003, 33 (36); *Verschraegen*, ÖJZ 2004, 1 (7); *Heyers*, JR 2003, 45 (46).

¹²⁴⁹ EGMR U 13. 6. 1979, *Marckx*, Nr. 6833/74 Z 18, 36.

¹²⁵⁰ *Hepting*, FamRZ 2001, 1573 (1580); *Schwarz*, StAZ 2003, 33 (36); *Verschraegen*, ÖJZ 2004, 1 (7).

¹²⁵¹ EGMR U 7. 7. 1989, *Gaskin*, Nr. 10454/83 Z 49.

¹²⁵² EGMR U 7. 7. 1989, *Gaskin*, Nr. 10454/83 Z 49.

Mit der anonymen Geburt befasste sich der EGMR erstmals im Urteil *Odièvre*, in dem eine geheim geborene Frau eine Verletzung von Art 8 EMRK geltend machte, weil die französischen Behörden ihr eine Auskunft über die Identität ihrer leiblichen Mutter verwehrten.¹²⁵³ Der Antragstellerin wurden lediglich Informationen zur Verfügung gestellt, die eine Identifikation der leiblichen Eltern nicht ermöglichten, zB über die Staatsangehörigkeit, den Beruf und die wirtschaftliche Situation der leiblichen Eltern, die Gründe für die Weggabe des Kindes sowie die Existenz von Geschwistern.¹²⁵⁴ Die Geburtsurkunde mit den Namen der leiblichen Eltern blieb jedoch von einer Einsichtnahme ausgenommen.¹²⁵⁵ Im Ergebnis stellte der EGMR keine Verletzung von Art 8 EMRK fest, weil er eine ausreichende Abwägung der betroffenen Interessen darin sah, dass der Tochter überhaupt Informationen zur Verfügung gestellt wurden, wenngleich eine Identifikation der Mutter anhand dieser Informationen nicht möglich war.¹²⁵⁶

Dagegen wurde im Urteil *Godelli* eine Verletzung von Art 8 EMRK im Zusammenhang mit einer geheimen Geburt festgestellt, weil die Antragstellerin hier keinerlei Information über ihre Herkunft erlangen konnte und daher keine Abwägung zwischen ihren Interessen und den Interessen der Mutter getroffen wurde.¹²⁵⁷ Nach italienischem Recht konnte die Mutter bei der Geburt die Geheimhaltung ihrer Identität verlangen, woraufhin eine Einsichtnahme in die Geburtsurkunde jedenfalls hundert Jahre lang ausgeschlossen war.¹²⁵⁸ Auch aus diesen Entscheidungen lassen sich mE keine direkten Schlüsse über die Verfassungskonformität der österreichischen Rechtslage ziehen, da sie sich mit geheimen Geburten auseinandersetzen, bei denen im Unterschied zur völlig anonymen Geburt Informationen über die leibliche Mutter vorhanden waren.¹²⁵⁹

b. Schutzbereich

Die Geburt eines Menschen und deren Umstände bilden nach hA auch im Erwachsenenalter einen Teil seines Privatlebens und fallen daher in den Schutzbereich der Achtung des Privatlebens gem Art 8 EMRK.¹²⁶⁰ Gerade im Zusammenhang mit der anonymen Geburt

¹²⁵³ EGMR U 13. 2. 2003, *Odièvre*, Nr. 42326/98 Z 9 ff, 25.

¹²⁵⁴ EGMR U 13. 2. 2003, *Odièvre*, Nr. 42326/98 Z 12 f.

¹²⁵⁵ EGMR U 13. 2. 2003, *Odièvre*, Nr. 42326/98 Z 11 f.

¹²⁵⁶ EGMR U 13. 2. 2003, *Odièvre*, Nr. 42326/98 Z 48 f; kritisch *Verschraegen*, ÖJZ 2004, 1.

¹²⁵⁷ EGMR U 25. 9. 2012, *Godelli*, Nr. 33783/09 Z 57 ff.

¹²⁵⁸ EGMR U 25. 9. 2012, *Godelli*, Nr. 33783/09 Z 16 ff.

¹²⁵⁹ AA wohl *Ennöckl*, EGMR zur Zulässigkeit der anonymen Geburt, *juridikum* 2003, 3.

¹²⁶⁰ EGMR U 13. 2. 2003, *Odièvre*, Nr. 42326/98 Z 29; EGMR U 25. 9. 2012, *Godelli*, Nr. 33783/09 Z 50; EGMR U 13. 7. 2006, *Jäggi*, Nr. 58757/00 Z 38; *Meyer-Ladewig/Nettesheim* in *Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer*, EMRK⁴ Art 8 Rz 22.

leitet der EGMR aus einem weiten Verständnis des Begriffs „Privatleben“ das Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung ab,¹²⁶¹ das durch die Einrichtung von Babyklappen und die anonyme Geburt jedenfalls berührt wird. Zu berücksichtigen ist im Regelungsumfeld von Art 8 EMRK auch Art 7 UN-KRK, wonach jedes Kind das Recht hat, nach Möglichkeit seine Eltern zu kennen.¹²⁶²

Nach Ansicht des EGMR fällt das Recht des anonym geborenen Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung nicht zwangsläufig auch in den Schutzbereich des Familienlebens.¹²⁶³ Dies wird zT anders gesehen,¹²⁶⁴ zumal die Antragstellerin im Urteil *Odièvre* durchaus eine emotionale Bindung zu ihrer leiblichen Familie und somit ein Familienleben aufbauen wollte.¹²⁶⁵ Im Ergebnis spielt diese Frage aufgrund der identischen Rechtsfolgen einer Verletzung des Privat- oder Familienlebens jedoch keine Rolle.¹²⁶⁶

Ob das Recht des leiblichen Vaters auf Achtung seines Familienlebens durch die anonyme Geburt berührt wird, hängt von den Umständen ab. Im Urteil *Keegan* ging der EGMR von einem geschützten Familienleben zwischen dem Antragsteller und seinem Sohn aus, da die Eltern während ihrer Beziehung zusammen gelebt und das Kind geplant hatten.¹²⁶⁷ Wenn solche Umstände vorliegen, ist auch der Vater in seinem Grundrecht gem Art 8 EMRK betroffen, wenn er aufgrund der anonymen Geburt oder der Abgabe des Kindes in einem Babynest kein Familienleben mehr mit dem Kind führen kann.¹²⁶⁸ Zwar setzen weder ein Anerkenntnis noch eine gerichtliche Vaterschaftsfeststellung voraus, dass die Mutter bekannt ist.¹²⁶⁹ Unter den gegebenen Umständen ist jedoch äußerst unwahrscheinlich, dass der Vater überhaupt von der Existenz des Kindes weiß. Denkbar ist jedoch auch, dass die Notlage der Schwangeren gerade im Fehlen einer Beziehung zum leiblichen Vater bzw in dessen Einstellung zur Schwangerschaft liegt.¹²⁷⁰ Darüber hinaus berührt der Wunsch des anonym geborenen Kindes nach Kenntnis der eigenen Abstammung auch die Interessen seiner anderen

¹²⁶¹ EGMR U 13. 2. 2003, *Odièvre*, Nr. 42326/98 Z 44; EGMR U 25. 9. 2012, *Godelli*, Nr. 33783/09 Z 50, 52; *Verschraegen*, ÖJZ 2004, 1 (8); *Frank/Helms*, FamRZ 2001, 1340 (1347); aA *Hepting*, FamRZ 2001, 1573 (1577); *Heyers*, JR 2003, 45 (46 FN 9); siehe auch S. 122 ff, 211 f mwN.

¹²⁶² Siehe dazu S. 18, 212.

¹²⁶³ EGMR U 13. 2. 2003, *Odièvre*, Nr. 42326/98 Z 28.

¹²⁶⁴ EGMR U 13. 2. 2003, *Odièvre*, Nr. 42326/98, Joint dissenting opinion of Judges *Wildhaber*, *Bratza* ua Z 2; *Verschraegen*, ÖJZ 2004, 1 (8); vgl auch *Heyers*, JR 2003, 45 (46).

¹²⁶⁵ EGMR U 13. 2. 2003, *Odièvre*, Nr. 42326/98 Z 25.

¹²⁶⁶ EGMR U 13. 2. 2003, *Odièvre*, Nr. 42326/98, Joint dissenting opinion of Judges *Wildhaber*, *Bratza* ua Z 2.

¹²⁶⁷ EGMR U 26. 5. 1994, *Keegan*, Nr. 16969/90 Z 45.

¹²⁶⁸ Zum Zustimmungsrecht des leiblichen Vaters siehe S. 163 ff.

¹²⁶⁹ *Verschraegen*, ÖJZ 2004, 1 (8 FN 87).

¹²⁷⁰ Vgl *Helms*, FamRZ 2014, 609 (610) mwN; EGMR U 13. 2. 2003, *Odièvre*, Nr. 42326/98 Z 12.

leiblichen Verwandten, zB vorhandener (Halb-)Geschwister, und seiner Adoptivfamilie, deren Familienleben durch die Aufhebung der Anonymität gestört werden könnte.¹²⁷¹

c. Eingriff oder Verletzung positiver Gewährleistungspflichten?

Wenn der Staat die anonyme Geburt erlaubt bzw Babyklappen einrichtet, könnte man darin einen Eingriff in das Privat- bzw Familienleben des Kindes sehen: Ohne Normierung der anonymen Geburt würde der Name der Mutter im Personenstandsregister aufscheinen. Dort könnte das Kind wie jedes adoptierte Kind durch Einsichtnahme erfahren, wer seine leiblichen Eltern sind (§ 52 PStG 2013).¹²⁷² Umgekehrt könnte man argumentieren, dass der Staat positive Gewährleistungspflichten verletzt,¹²⁷³ indem er nicht für die Aufzeichnung der Identität der Mutter sorgt und dem Kind keine Möglichkeit bereitstellt, sich Kenntnis über seine Abstammung zu verschaffen.

Im Urteil *Gaskin* kam der EGMR zum Ergebnis, dass Großbritannien positive Handlungspflichten verletzt hat, indem der Staat dem Antragsteller die umfassende Einsicht in Akten der Sozialbehörde verwehrt hat, die Informationen über seine Kindheit in staatlicher Fürsorge enthielten.¹²⁷⁴ In den bisherigen Entscheidungen zur anonymen Geburt tendiert der EGMR ebenfalls dazu, die Verletzung einer positiven Handlungspflicht anzunehmen.¹²⁷⁵

Zu beachten ist dabei allerdings, dass der EGMR nicht über anonyme, sondern über geheime Geburten zu entscheiden hatte, bei denen die Identität der Mutter aufgezeichnet wurde und eine Herausgabe dieser Information durch die Behörden prinzipiell möglich war.¹²⁷⁶ Dagegen bewirkt der Erlass „Babynest und anonyme Geburt“, dass insb das Personal der Krankenanstalt und die Personenstandsbehörden ihren Anzeige- und Aufzeichnungspflichten nicht nachkommen, wodurch eine nachträgliche Feststellung der leiblichen Mutter in den meisten Fällen unmöglich wird. Darin liegt mE ein Eingriff in das Grundrecht des Kindes. Gewährleistungspflichten, die die Absicherung des Grundrechtsschutzes durch eine bestimmte Verfahrensgestaltung bezwecken,¹²⁷⁷ können auch im Zusammenhang mit einem

¹²⁷¹ EGMR U 13. 2. 2003, *Odièvre*, Nr. 42326/98 Z 44; *Verschraegen*, ÖJZ 2004, 1 (8 FN 87).

¹²⁷² Nur bei einer Inkognitoadoption gem § 88 AußStrG kann das Wahlkind erst ab dem 14. Lebensjahr Einsicht nehmen (§ 52 Abs 2 PStG 2013).

¹²⁷³ So wohl *Verschraegen*, ÖJZ 2004, 1 (8 f); vgl *Holoubek*, Gewährleistungspflichten 59 FN 208, wonach sich viele Fälle aus beiden Blickwinkeln beurteilen lassen.

¹²⁷⁴ EGMR U 7. 7. 1989, *Gaskin*, Nr. 10454/83 Z 41; zweifelnd *Frowein* in *Frowein/Peukert*, EMRK³ Art 8 Rz 14.

¹²⁷⁵ EGMR U 13. 2. 2003, *Odièvre*, Nr. 42326/98 Z 40; EGMR U 25. 9. 2012, *Godelli*, Nr. 33783/09 Z 47; vgl auch EGMR U 13. 7. 2006, *Jäggi*, Nr. 58757/00 Z 33.

¹²⁷⁶ Siehe soeben S. 134 ff.

¹²⁷⁷ *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 19 Rz 10.

uU schon abgeschlossenen staatlichen Eingriff bestehen. In diesem Fall muss der Staat ein wirkungsvolles Verfahren zur Verfügung stellen, um die Folgen des Eingriffs zu beseitigen.¹²⁷⁸ Den Staat trifft daher eine positive Verpflichtung, einem anonym geborenen Kind alle verfügbaren Informationen über seine Herkunft zu geben und die Kenntnis seiner leiblichen Mutter soweit wie möglich sicherzustellen.

d. Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage

Wie schon mehrmals erwähnt, darf der Staat nur auf gesetzlicher Grundlage in die durch Art 8 EMRK gewährleisteten Grundrechte eingreifen. Beruht ein Eingriff nicht auf einem Gesetz iSd Art 8 Abs 2 EMRK, stellt der EGMR jedenfalls eine Grundrechtsverletzung fest.¹²⁷⁹ Es ist daher zu untersuchen, ob ein Erlass des BMJ diese Voraussetzung erfüllt.¹²⁸⁰

Art 8 Abs 2 EMRK verlangt nicht unbedingt ein Gesetz im formellen Sinn, sondern ein Gesetz im materiellen Sinn.¹²⁸¹ Auch eine unterhalb der Gesetze stehende Norm mit Außenwirkung kann dieses Kriterium daher erfüllen,¹²⁸² zB eine Verordnung. Allerdings muss sich eine solche Norm, die kein formelles Gesetz ist, zumindest auf ein vom Parlament verabschiedetes Gesetz zurückführen lassen.¹²⁸³ Damit soll dem Grundsatz der Demokratie Rechnung getragen werden, der in Art 8 Abs 2 EMRK zum Ausdruck kommt.¹²⁸⁴ Eine Vorschrift, die nach dem innerstaatlichen Recht nicht als Rechtsnorm angesehen wird, kann keine gesetzliche Grundlage iSd Art 8 Abs 2 EMRK sein.¹²⁸⁵ Daher scheiden interne Verwaltungsvorschriften ohne Außenwirkung aus.¹²⁸⁶ Darüber hinaus muss eine gesetzliche Grundlage iSd Art 8 Abs 2 EMRK für den Bürger ausreichend zugänglich und mit hinreichender Bestimmtheit formuliert sein.¹²⁸⁷

Ein Erlass muss im Gegensatz zu einer Verordnung nicht im BGBl II kundgemacht werden (§ 4 Abs 1 Z 2 BGGIG), sondern muss nur den betreffenden Organwaltern mitgeteilt

¹²⁷⁸ *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 19 Rz 11.

¹²⁷⁹ *Wildhaber/Breitenmoser* in IntKomm² Art 8 Rz 587.

¹²⁸⁰ Dies bezweifeln auch *Hepting*, FamRZ 2001, 1573 (1579); *Verschraegen*, ÖJZ 2004, 1 (9).

¹²⁸¹ *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 18 Rz 8; *Meyer-Ladewig/Nettesheim* in *Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer*, EMRK⁴ Art 8 Rz 102.

¹²⁸² *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 18 Rz 8.

¹²⁸³ *Frowein* in *Frowein/Peukert*, EMRK³ Vorbemerkung zu Art 8-11 Rz 2; *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 18 Rz 9.

¹²⁸⁴ *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 18 Rz 7; *Frowein* in *Frowein/Peukert*, EMRK³ Vorbemerkung zu Art 8-11 Rz 9.

¹²⁸⁵ *Frowein* in *Frowein/Peukert*, EMRK³ Vorbemerkung zu Art 8-11 Rz 4.

¹²⁸⁶ *Wiederin* in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht Art 8 EMRK Rz 17; *Frowein* in *Frowein/Peukert*, EMRK³ Vorbemerkung zu Art 8-11 Rz 4; *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 18 Rz 8.

¹²⁸⁷ *Frowein* in *Frowein/Peukert*, EMRK³ Vorbemerkung zu Art 8-11 Rz 3; *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 18 Rz 10 f; *Meyer-Ladewig/Nettesheim* in *Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer*, EMRK⁴ Art 8 Rz 104 f.

werden.¹²⁸⁸ Das Erfordernis der einfachen Zugänglichkeit für den Bürger, das aus Art 8 Abs 2 EMRK abgeleitet wird, ist damit nicht erfüllt, zumal der Erlass des BMJ im RIS unter „Erlässe der Bundesministerien“ nicht zu finden ist.¹²⁸⁹ Auch das Erfordernis der Bestimmtheit bereitet Probleme: Die gesetzliche Grundlage eines Eingriffs muss die Voraussetzungen dafür, die Grenzen der Eingriffsmöglichkeit und das anwendbare Verfahren klar regeln.¹²⁹⁰ Die Anordnungen im Erlass sind teilweise jedoch sehr unbestimmt.¹²⁹¹ Da ein Erlass den Verwaltungsbediensteten eine für sie verbindliche Interpretation der Gesetze vorgibt, kommt ihm zwar praktisch eine große Bedeutung zu.¹²⁹² Dennoch entfaltet ein Erlass als „Verwaltungsverordnung“ nur verwaltungsinterne Wirkung und hat keine eigenständige normative Kraft.¹²⁹³ Da er im innerstaatlichen Recht somit nicht als Rechtsquelle anerkannt ist, kann er mE keine gesetzliche Grundlage iSd Art 8 Abs 2 EMRK sein.

Daraus folgt, dass der Eingriff in das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung schon mangels einer gesetzlichen Grundlage nicht gerechtfertigt sein kann. Die Prüfung der übrigen Voraussetzungen widmet sich daher der Frage, ob der Staat seinen positiven Gewährleistungspflichten im Zusammenhang mit der Erteilung von Informationen an das Kind nachkommt.

e. Legitimes Ziel

Auch im Rahmen der Prüfung der Verletzung positiver Gewährleistungspflichten kommt den in Art 8 Abs 2 EMRK aufgezählten legitimen Zielen eine gewisse Bedeutung zu.¹²⁹⁴ In Frage kommt hier jedenfalls die „Verhinderung strafbarer Handlungen“, da die Verhinderung von Kindesaussetzungen und Kindestötungen das erklärte Ziel der Einrichtung von Babyklappen bzw des Angebots anonymer Geburten ist.¹²⁹⁵ Daraus ergibt sich auch, dass die Babyklappe und die anonyme Geburt dem Schutz des Lebens (Art 2 EMRK) und der körperlichen Unversehrtheit des Kindes (Art 8 EMRK)¹²⁹⁶ und damit dem „Schutz der Rechte anderer“

¹²⁸⁸ Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht⁴ (2013) Rz 741.

¹²⁸⁹ Rechtsinformationssystem des Bundes (RIS), Erlässe, <http://www.ris.bka.gv.at/Bm-Erlaesse/> (5. 3. 2018); vgl dazu EGMR U 25. 9. 2001, *P.G. und J.H. gegen Großbritannien*, Nr. 44787/98 Z 37, wonach ein interner Erlass die Anforderung einer gesetzlichen Grundlage nicht erfüllt, wenn er nicht öffentlich zugänglich ist.

¹²⁹⁰ Frowein in Frowein/Peukert, EMRK³ Vorbemerkung zu Art 8-11 Rz 2.

¹²⁹¹ Vgl nur Erlass vom 27. 7. 2001, JABl 2001/36 Punkte 2.4.3.1. über die Beurteilung der Notsituation und 2.6.1. f über die Aufhebung der Anonymität.

¹²⁹² Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht⁴ Rz 741.

¹²⁹³ Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht⁴ Rz 741; so auch Stefula in Klang³ § 137b Rz 6 FN 37.

¹²⁹⁴ EGMR U 7. 7. 1989, *Gaskin*, Nr. 10454/83 Z 42; *Verschraegen*, ÖJZ 2004, 1 (8 f).

¹²⁹⁵ Vgl Schwarz, StAZ 2003, 33 (37); Schwedler, NZFam 2014, 193.

¹²⁹⁶ So auch die Absicht des österreichischen Gesetzgebers: JAB 404 BlgNR 21. GP 8. Auch Art 8 EMRK schützt die körperliche Unversehrtheit: Frowein in Frowein/Peukert, EMRK³ Art 8 Rz 8; Grabenwarter/Pabel, EMRK⁶ § 22 Rz 7; Heißl in Heißl, Handbuch Rz 8/9.

dienen. Fraglich ist, ob zur Rechtfertigung des Eingriffs in ein Grundrecht des Kindes auch andere Grundrechte des Kindes herangezogen werden können. Der EGMR verneint diese Frage, weil der Wortlaut des Art 8 Abs 2 EMRK nur den „Schutz der Rechte *anderer*“¹²⁹⁷ als legitimes Ziel nennt.¹²⁹⁸ In der zitierten Entscheidung *Mandet* sollte allerdings ein Eingriff in das Grundrecht des Kindes gem Art 8 EMRK mit dem Schutz eben dieses Rechts gerechtfertigt werden.¹²⁹⁹ Bei einer Abwägung verschiedener Grundrechte gegeneinander – wie hier bei der Abwägung des Rechts auf Leben gegen das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung – wird man diese Frage mE anders beurteilen können.¹³⁰⁰ Dennoch wäre es problematisch, diese beiden Grundrechte als Alternativen zu begreifen¹³⁰¹ und zu fragen, ob das Kind lieber leben und seine Eltern nicht kennen oder stattdessen gar nicht erst geboren werden möchte.¹³⁰²

Darüber hinaus schützen die anonyme Geburt oder die anonyme Abgabe in einer Babyklappe auch das durch Art 8 EMRK geschützte Privatleben und die Gesundheit der Mutter.¹³⁰³ Auch die Interessen anderer Beteiligter dürfen nicht außer Acht gelassen werden, zB jene des leiblichen Vaters, anderer leiblicher Verwandter des Kindes sowie der Adoptivfamilie.¹³⁰⁴

f. Verhältnismäßigkeit

Im Urteil *Odièvre* wog der EGMR die Interessen der Antragstellerin an der Kenntnis ihrer Herkunft, die Interessen der Mutter an der Wahrung ihrer Anonymität und die Interessen der Allgemeinheit am Schutz der Gesundheit und des Lebens von Müttern und Kindern (Art 2 EMRK) sowie an der Verhinderung illegaler Abtreibungen und Kindesaussetzungen gegeneinander ab.¹³⁰⁵ Wie bereits erwähnt, sieht der EGMR einen angemessenen Interessenausgleich in einer Regelung, die es dem Kind ermöglicht, Informationen über seine leiblichen Eltern zu bekommen, auch wenn diese keine Rückschlüsse auf deren Identität zulassen.¹³⁰⁶ Allerdings kritisierten mehrere am Urteil *Odièvre* beteiligte Richter im Rahmen

¹²⁹⁷ Hervorhebung von der Autorin.

¹²⁹⁸ EGMR U 14. 1. 2016, *Mandet*, Nr. 30955/12 Z 49.

¹²⁹⁹ Der Eingriff in das Familienleben des Kindes dadurch, dass das Abstammungsverhältnis zu seinem rechtlichen Vater gegen seinen Willen aufgelöst wurde, sollte mit dem Recht des Kindes auf Familienleben gerechtfertigt werden. Dazu wurde dem Kind ein Interesse an seinem biologischen Vater unterstellt, das nach dem Sachverhalt nicht bestand. Zu diesem Urteil siehe auch S. 56.

¹³⁰⁰ So wohl auch EGMR U 13. 2. 2003, *Odièvre*, Nr. 42326/98, Concurring opinion of Judge Greve.

¹³⁰¹ *Katzenmeier*, FamRZ 2005, 1134 (1138).

¹³⁰² So jedoch *Canaris*, Grundrechte 67 im Zusammenhang mit der Anonymität des Samenspenders; *Hepting*, FamRZ 2001, 1573 (1578); *Heyers*, JR 2003, 45 (46).

¹³⁰³ *Heyers*, JR 2003, 45 (46).

¹³⁰⁴ EGMR U 13. 2. 2003, *Odièvre*, Nr. 42326/98 Z 44; *Verschraegen*, ÖJZ 2004, 1 (8 FN 87).

¹³⁰⁵ EGMR U 13. 2. 2003, *Odièvre*, Nr. 42326/98 Z 44 f.

¹³⁰⁶ EGMR U 13. 2. 2003, *Odièvre*, Nr. 42326/98 Z 48 f; EGMR U 25. 9. 2012, *Godelli*, Nr. 33783/09 Z 55.

einer „dissenting opinion“ an diesem Ergebnis, dass die Interessenabwägung immer noch zu einseitig ausgefallen ist und der Mutter bezüglich der Bekanntgabe ihrer Identität ein absolutes „Vetorecht“ zugestanden wird, bei dem gerade keine Abwägung stattfindet.¹³⁰⁷

Welche Interessen in diesem Zusammenhang tatsächlich gegeneinander abzuwägen sind, wird in der Literatur unterschiedlich aufgefasst. Im Wesentlichen gibt es zwei verschiedene Argumentationslinien:¹³⁰⁸ Ein Teil der Lehre verteidigt die anonyme Geburt zum Schutz des Lebens des Kindes (Art 2 EMRK) und aus dem öffentlichen Interesse an der Verhinderung von Kindstötungen, -aussetzungen und illegalen Abtreibungen, die gegenüber dem Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung idR überwiegen.¹³⁰⁹ Dagegen geht ein anderer Teil der Lehre davon aus, dass in erster Linie eine Interessenabwägung zwischen den Rechten der Mutter auf Schutz ihrer Gesundheit und ihrer Privat- bzw Intimsphäre und dem Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung stattfinden soll.¹³¹⁰

Die geschilderte Meinungsverschiedenheit beruht auf folgender Problematik: Angebote wie die anonyme Geburt oder Babyklappen werden genau zu dem Zweck eingeführt, das Leben gefährdeter Kinder zu retten.¹³¹¹ Neugeborene Kinder sollen jedenfalls davor bewahrt werden, getötet zu werden oder an den Folgen ihrer Aussetzung zu sterben. Allerdings bezweifeln einige Autoren, dass Babynester oder die Möglichkeit einer anonymen Geburt überhaupt dazu geeignet sind, die Tötung oder Aussetzung von Kindern zu verhindern.¹³¹² Sollten Babyklappe und anonyme Geburt nachweislich nicht geeignet sein, das Leben gefährdeter Kinder zu schützen, könnte deren Recht auf Leben auch nicht in die Interessenabwägung einbezogen werden.¹³¹³

Eine Studie der Medizinischen Universität Wien aus dem Jahr 2012 belegt, dass die Zahl der Kindstötungen mit der Einführung der anonymen Geburt und der Einrichtung von Babyklappen in Österreich signifikant zurückgegangen ist: Auf 100 000 Geburten kamen

¹³⁰⁷ EGMR U 13. 2. 2003, *Odièvre*, Nr. 42326/98, Joint dissenting opinion of Judges *Wildhaber*, *Bratza* ua Z 7; zustimmend *Verschraegen*, *ÖJZ* 2004, 1 (9 ff).

¹³⁰⁸ Vgl EGMR U 13. 2. 2003, *Odièvre*, Nr. 42326/98 Z 19; *Verschraegen*, *ÖJZ* 2004, 1 (8).

¹³⁰⁹ EGMR U 13. 2. 2003, *Odièvre*, Nr. 42326/98, Concurring opinion of Judge *Ress* joined by Judge *Kuris*, Concurring opinion of Judge *Greve*; EGMR U 25. 9. 2012, *Godelli*, Nr. 33783/09, Dissenting opinion of Judge *Sajo*; *Heyers*, JR 2003, 45 (46); *Schwarz*, StAZ 2003, 33 (39); *Schwedler*, NZFam 2014, 193 (194); bei *ex-ante*-Betrachtung *Hepting*, FamRZ 2001, 1573 (1577 f); differenzierend *Frank/Helms*, FamRZ 2001, 1340 (1348).

¹³¹⁰ EGMR U 13. 2. 2003, *Odièvre*, Nr. 42326/98, Joint dissenting opinion of Judges *Wildhaber*, *Bratza* ua Z 9; *Katzenmeier*, FamRZ 2005, 1134 (1138); *Verschraegen*, *ÖJZ* 2004, 1 (8).

¹³¹¹ JAB 404 BlgNR 21. GP 8; *Katzenmeier*, FamRZ 2005, 1134; *Hepting*, FamRZ 2001, 1573; *Schwarz*, StAZ 2003, 33 (34); *Scheiwe*, ZRP 2001, 368.

¹³¹² *Frank/Helms*, FamRZ 2001, 1340 (1347); *Scheiwe*, ZRP 2001, 368 (370); *Verschraegen*, *ÖJZ* 2004, 1 (6); *Katzenmeier*, FamRZ 2005, 1134 (1137); *Helms*, FamRZ 2014, (609) 610.

¹³¹³ *Frank/Helms*, FamRZ 2001,1340 (1347); *Hepting*, FamRZ 2001, 1573 (1577); *Verschraegen*, *ÖJZ* 2004, 1 (8).

demnach vor dem Erlass aus 2001 durchschnittlich sieben Neonatizide iSd § 79 StGB, während in den Jahren danach im Durchschnitt nur noch drei Neonatizide angezeigt wurden.¹³¹⁴ Mangels anderer Faktoren, die die niedrigere Rate ab 2002 erklären können, zB sozio-ökonomische Gründe oder relevante Gesetzesänderungen, liegt ein Zusammenhang nahe,¹³¹⁵ wenngleich die Autoren der Studie selbst nur darüber spekulieren können, in welcher Weise sich der Erlass auf den Rückgang der Neonatizide ausgewirkt haben könnte.¹³¹⁶ Eine um dieselbe Zeit in Deutschland erstellte Studie legt dagegen nahe, dass Frauen, die ihre Kinder kurz nach der Geburt töten, meist in Panik handeln und zur rationalen Abwägung zwischen verschiedenen Optionen in dieser Situation nicht in der Lage sind.¹³¹⁷ Neonatizide werden nämlich überwiegend von Frauen begangen, die ihre Schwangerschaft verdrängt oder verheimlicht haben und von der überraschenden Geburt psychisch überfordert sind.¹³¹⁸ Daraus ließe sich der Schluss ziehen, dass die anonyme Geburt oder die Babyklappe eher von Frauen in Anspruch genommen werden, die ihr Kind zwar auch sonst zur Adoption freigegeben, aber nicht getötet hätten.¹³¹⁹

Angesichts der unsicheren Faktenlage wird auch bezweifelt, ob empirische Daten bei einem solchen Ausnahmephänomen überhaupt aussagekräftig¹³²⁰ und geeignet sind, eine grundrechtliche Interessenabwägung zu entscheiden.¹³²¹ Da die Hintergründe, die zur Entscheidung für eine anonyme Geburt führen, so unterschiedlich sind,¹³²² und aufgrund der hohen Dunkelziffer bei Neonatiziden¹³²³ kann man wohl nur darüber spekulieren, in wie vielen Fällen durch die Anonymität der Mutter bei der Geburt eine Kindestötung oder -aussetzung tatsächlich verhindert wird.¹³²⁴ Allerdings werden Gesundheit und Leben des Kindes bereits dadurch geschützt, dass eine Geburt mitsamt der nötigen medizinischen Versorgung auch dann ermöglicht wird, wenn die Schwangere ihren Namen nicht nennen

¹³¹⁴ *Klier/Grylli ua*, Is the introduction of anonymous delivery associated with a reduction of high neonaticide rates in Austria? A retrospective study, BJOG 2013, 428.

¹³¹⁵ *Klier/Grylli ua*, BJOG 2013, 428 (431).

¹³¹⁶ *Klier/Grylli ua*, BJOG 2013, 428 (432).

¹³¹⁷ *Hönyck/Zähringer/Behnsen*, Neonatizid. Expertise im Rahmen des Projekts „Anonyme Geburt und Babyklappen in Deutschland – Fallzahlen, Angebote, Kontexte“ (2011) 63; zustimmend *Helms*, FamRZ 2014, 609 (610 f); ähnlich *Frank/Helms*, FamRZ 2001, 1340 (1347 f) mwN; *Katzenmeier*, FamRZ 2005, 1134 (1135); *Verschraegen*, ÖJZ 2004, 1 (8).

¹³¹⁸ *Hönyck/Zähringer/Behnsen*, Neonatizid 37, 63; *Klier/Grylli ua*, BJOG 2013, 428 (432).

¹³¹⁹ *Helms*, FamRZ 2014, 609 (610); *Scheiwe*, ZRP 2001, 368 (370); *Verschraegen*, ÖJZ 2004, 1 (8); zweifelnd *Klier/Grylli ua*, BJOG 2013, 428 (432).

¹³²⁰ *Scheiwe*, ZRP 2001, 368 (370).

¹³²¹ *Schwedler*, NZFam 2014, 193 (194).

¹³²² Siehe 2. Kapitel II.B.1.

¹³²³ *Hönyck/Zähringer/Behnsen*, Neonatizid 17; *Klier/Grylli ua*, BJOG 2013, 428.

¹³²⁴ So auch *Klier/Grylli ua*, BJOG 2013, 428 (432); vgl *Helms*, FamRZ 2014, 609 (611); *Hepting*, FamRZ 2001, 1573 (1577).

möchte.¹³²⁵ Für Babyklappen gilt dies allerdings nicht uneingeschränkt, obwohl das Kind unmittelbar nach der Abgabe in der Babyklappe medizinisch versorgt wird, da ein Teil der Kinder aufgrund ihrer nicht fachkundig durchgeführten Geburt bereits bei der Abgabe in einem schlechten gesundheitlichen Zustand ist.¹³²⁶

Da zumindest die Möglichkeit besteht, dass die anonyme Geburt und die Einrichtung von Babyklappen das Leben und die Gesundheit anonym geborener Kinder schützen, sind das Recht auf Leben gem Art 2 EMRK und das Recht auf körperliche Unversehrtheit mE als legitime Interessen in die Abwägung einzubeziehen.¹³²⁷ Bereits seinem Wortlaut nach ist Art 2 Abs 1 1. Satz EMRK als positive Schutzpflicht ausgestaltet,¹³²⁸ die den Staat auch zur Verhinderung von Neonatiziden verpflichtet. Wie soeben erörtert, sind Zweifel an der Effektivität dieser Maßnahmen nach wie vor vorhanden,¹³²⁹ sodass allein das öffentliche Interesse an Leben und Gesundheit mE noch nicht alle mit der anonymen Geburt verbundenen Maßnahmen rechtfertigen kann.¹³³⁰ Daher ist zu prüfen, ob die anonyme Geburt und die Einrichtung von Babynestern sowohl zu den betroffenen öffentlichen Interessen als auch zum Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung in einem angemessenen Verhältnis stehen. Zum Schutz eines betroffenen Rechts darf die Anonymität daher nicht weiter gehen, als es zum Schutz der anderen betroffenen Rechte unbedingt erforderlich ist.¹³³¹

Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung wird zwar meist nicht explizit geprüft, ob das vom Staat verfolgte legitime Ziel auch durch gelindere Mittel erreicht werden könnte.¹³³² Allerdings zählt das „Verbot, mit Kanonen auf Spatzen zu schießen, [...] zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen der europäischen Menschenrechtsordnung.“¹³³³ Da es verschiedene Möglichkeiten gibt, die Identität der Mutter zu schützen, ist die Frage nach ebenso effektiven gelinderen Mitteln in diesem Zusammenhang besonders interessant.

Nach dem Erlass des BMJ ist die Anonymität der Mutter endgültig, weil sie bei der Abgabe des Kindes in einem Babynest idR von niemandem gesehen wird und bei der anonymen

¹³²⁵ *Hepting*, FamRZ 2001, 1573 (1578); diesen Aspekt betont auch EGMR U 13. 2. 2003, *Odièvre*, Nr. 42326/98, Concurring opinion of Judge Greve.

¹³²⁶ *Klier/Grylli ua*, BJOG 2013, 428 (432); *Helms*, FamRZ 2014, 609 (611).

¹³²⁷ *Kritisch Katzenmeier*, FamRZ 2005, 1134 (1138).

¹³²⁸ *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 20 Rz 18; *Kucsko-Stadlmayer* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, Handbuch VII/1² § 3 Rz 57.

¹³²⁹ Vgl *Frank/Helms*, FamRZ 2001, 1340 (1348).

¹³³⁰ *AA Schwedler*, NZFam 2014, 193 (194); *Heyers*, JR 2003, 45 (46 f).

¹³³¹ *Hepting*, FamRZ 2001, 1573 (1581); aA *Schwarz*, StAZ 2003, 33 (39).

¹³³² *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 18 Rz 15.

¹³³³ *Wildhaber/Breitenmoser* in *Pabel/Schmahl*, IntKommEMRK² Art 8 Rz 719.

Geburt keinerlei Daten über die Identität der gebärenden Frau aufgezeichnet werden.¹³³⁴ Allerdings ist diese irreversible Form der Anonymität nicht unbedingt erforderlich, um die Rechte der Mutter auf medizinische Versorgung und auf Schutz ihres Privatlebens sowie die Rechte des Kindes auf Leben und körperliche Unversehrtheit zu wahren: Solange die Mutter sich dauerhaft darauf verlassen kann, dass ihr soziales Umfeld nichts von der Geburt erfährt, schadet es nicht, wenn eine staatliche Stelle darüber Bescheid weiß, solange diese Daten tatsächlich vertraulich behandelt werden.¹³³⁵

Mit dem Modell der geheimen oder vertraulichen Geburt¹³³⁶ existieren gelindere Mittel als die anonyme Geburt des geltenden Rechts, die eine Abwägung aller betroffenen Interessen ermöglichen.¹³³⁷ Es stellt sich jedoch die Frage, wie viele Daten man einer schwangeren Frau in einer schweren Notlage abverlangen darf, um das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung zu einem späteren Zeitpunkt wahren zu können, ohne sie von einer Geburt im Krankenhaus abzuschrecken. Dieses Problem steht in einem Spannungsverhältnis zur gebotenen Interessenabwägung: Wenn das Risiko der Offenlegung ihrer Identität aus der Sicht der Frau in ihrer Konfliktsituation zu groß erscheint, weil zu viele Behörden und Organisationen in den Ablauf der vertraulichen Geburt eingebunden sind, wird sie es nicht nutzen, sondern das Kind eher aussetzen.¹³³⁸ Außerdem darf man einer schwangeren Frau, die sich weigert, dem Krankenhauspersonal ihren Namen zu nennen, nicht deswegen die medizinische Betreuung versagen.¹³³⁹ Ebenso muss ein Findelkind medizinisch versorgt werden, wenn dessen Leben oder Gesundheit gefährdet sind. Es spricht jedoch nichts dagegen, die Daten der Frau notfalls nach der Geburt aufzunehmen.¹³⁴⁰ Zwar kommt es vor, dass die Mutter nach der Geburt das Krankenhaus verlässt, ohne ihren Namen genannt zu haben.¹³⁴¹ Allerdings würde es die staatlichen Gewährleistungspflichten überspannen, sogar solche Fälle zu verhindern.

¹³³⁴ Erlass vom 27. 7. 2001, JABl 2001/36; siehe insb die Punkte 2.4.1, 2.4.2 und 2.4.4. Die Festhaltung von Fallmerkmalen zur rechtlichen Absicherung gegen Behauptungen von Behandlungsfehlern ist jedoch zulässig (Punkt 2.4.4.).

¹³³⁵ *Hepting*, FamRZ 2001, 1573 (1581); aA wohl *Helms*, FamRZ 2014, 609 (614).

¹³³⁶ Zur deutschen Rechtslage siehe S. 133.

¹³³⁷ Für die Verfassungswidrigkeit einer Regelung, die keine Aufhebung der Anonymität der Mutter ermöglicht, daher *Verschraegen*, ÖJZ 2004, 1 (11).

¹³³⁸ *Helms*, FamRZ 2014, 609 (614); *Katzenmeier*, FamRZ 2005, FamRZ 1134 (1139); *Gernhuber/Coester-Waltjen*, Familienrecht⁶ § 51 II Rz 11.

¹³³⁹ EGMR U 13. 2. 2003, *Odièvre*, Nr. 42326/98, Concurring opinion of Judge *Greve*; vgl auch *Heyers*, JR 2003, 45 (46). Auch umgekehrt darf man den Zugang zu medizinischer Versorgung nicht davon abhängig machen, dass die Mutter ihr Kind aufgibt: *Verschraegen*, ÖJZ 2004, 1 (11).

¹³⁴⁰ Dass die Mutter eines Kindes faktisch anonym bleibt, kann die Rechtsordnung nicht in jedem Fall verhindern: *Hepting*, FamRZ 2001, 1573 (1575).

¹³⁴¹ *Hepting*, FamRZ 2001, 1573 (1575) verweist darauf, dass solche Fälle in der Praxis durchaus vorkommen.

Aufgrund der tatsächlichen Unterschiede zwischen Babyklappen und anonymen Geburten ist bei der Abwägung der betroffenen Interessen mE zu differenzieren: Zur Verhinderung der Tötung und Aussetzung von Kleinkindern sind Babynester mE besser geeignet, weil der Zugang dazu viel einfacher ist und dadurch in einer akuten Notlage wohl eher genutzt werden wird. Dafür spricht, dass die Tötung eines neugeborenen Kindes meist Folge einer verheimlichten Schwangerschaft und heimlichen Geburt ist¹³⁴² und die Frau sich des Kindes einfach nur entledigen möchte.¹³⁴³ Zur Entbindung ein Krankenhaus aufzusuchen, würde eine psychische Auseinandersetzung mit der Schwangerschaft voraussetzen, die die Betroffene bereits in den vorangegangenen neun Monaten verweigert hat. Der Rückgang der Zahl der Neonatizide seit 2001¹³⁴⁴ stützt diese Überlegung. In solchen Fällen überwiegt der Schutz des Lebens des Kindes sein Recht auf Kenntnis seiner Abstammung. Dennoch trifft den Staat mE eine positive Gewährleistungspflicht, sicherzustellen, dass in der Krankenanstalt alle erlangbaren Informationen über die Herkunft des Kindes dokumentiert und diesem später zur Verfügung gestellt werden. Das gilt beispielsweise für Briefe, Mitteilungen und Gegenstände, die zusammen mit dem Kind abgegeben werden. Darüber hinaus ist durch ein umfassendes Beratungsangebot und eine Stärkung der öffentlichen Wahrnehmung dieser Einrichtungen sicherzustellen, dass diese ihren Zweck erfüllen können.¹³⁴⁵

Das Angebot, im Krankenhaus anonym entbinden zu dürfen, erfüllt den Zweck, die medizinische Versorgung von Mutter und Kind schon während der Geburt sicherzustellen und damit ihre Rechte auf Leben und Gesundheit zu wahren. Darüber hinaus ist jedoch auch eine Beratung der schwangeren Frau möglich.¹³⁴⁶ Im Unterschied zur Babyklappe besteht hier auch die Möglichkeit, Informationen aufzuzeichnen. Dies gilt jedenfalls für die Umstände der Geburt,¹³⁴⁷ zB Ort und Zeit der Geburt und medizinische Daten.¹³⁴⁸ Allerdings wird das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung nicht berücksichtigt, solange die Identität der Mutter dauerhaft geheim gehalten wird, wodurch ihre Rechte automatisch Priorität vor jenen des Kindes haben.¹³⁴⁹ Eine vertrauliche Geburt nach deutschem Vorbild, verbunden mit einem Auskunftsanspruch des Kindes ab einem gewissen Alter, ermöglicht mE eine Abwägung der

¹³⁴² Hönyck/Zähringer/Behnsen, Neonatizid 35 ff; *Klier/Grylli ua*, BJOG 2013, 428 (432).

¹³⁴³ Hönyck/Zähringer/Behnsen, Neonatizid 39.

¹³⁴⁴ *Klier/Grylli ua*, BJOG 2013, 428.

¹³⁴⁵ Hönyck/Zähringer/Behnsen, Neonatizid 63; *Klier/Grylli ua*, BJOG 2013, 428 (433).

¹³⁴⁶ Eine umfassende Beratung ist auch der Schwerpunkt der deutschen Novelle: *Helms*, FamRZ 2014, 609 (612); *Schwedler*, NZFam 2014, 193 (195).

¹³⁴⁷ *Schwarz*, StAZ 2003, 33 (34).

¹³⁴⁸ Vgl Erlass vom 27. 7. 2001, JABl 2001/36 Punkt 2.4.4. und die Diskussion der französischen Rechtslage in EGMR U 13. 2. 2003, *Odièvre*, Nr. 42326/98 Z 16.

¹³⁴⁹ So auch EGMR U 13. 2. 2003, *Odièvre*, Nr. 42326/98, Joint dissenting opinion of Judges *Wildhaber, Bratza ua* Z 7; EGMR U 25. 9. 2012, *Godelli*, Nr. 33783/09 Z 57 f.

betroffenen Interessen,¹³⁵⁰ die der spezifischen Notlage der Mutter und den Bedürfnissen des Kindes im Einzelfall gerecht werden kann. Daher ist bei einer Entbindung im Krankenhaus die Identität der leiblichen Mutter mE mit zumutbaren Mitteln zu eruieren und diese Information unter Einhaltung strengster Vertraulichkeit aufzubewahren.

Als verhältnismäßige und damit konventionskonforme Maßnahme¹³⁵¹ wäre zB ein durchsetzbares Auskunftsrecht des geheim geborenen Kindes denkbar. Der österreichische Gesetzgeber könnte sich dabei am Auskunftsanspruch des mithilfe einer Samenspende gezeugten Kindes gem § 20 FMedG orientieren.¹³⁵² Das Kind könnte dann ab Vollendung des 14. Lebensjahres Informationen über die Identität seiner leiblichen Mutter erhalten. Die Daten, die die Umstände der Geburt betreffen, müssten wie nach §§ 18, 20 FMedG aufgezeichnet, dauerhaft aufbewahrt und vertraulich behandelt werden. Für eine auf diese Weise abgeschwächte Anonymität der Mutter spricht auch, dass ihre Schutzwürdigkeit mit zunehmendem zeitlichen Abstand von der Notlage abnimmt, während das Interesse des heranwachsenden Kindes an seiner Herkunft mit zunehmendem Alter bedeutsamer wird.¹³⁵³

Auch die Art und Weise, wie dem Kind die Identität der Mutter offengelegt wird, kann verschieden ausgestaltet werden.¹³⁵⁴ Der EGMR verlangt zur Wahrung des Rechts des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung, dass eine unabhängige Stelle über die Gewährung von Auskünften entscheidet.¹³⁵⁵ Bei der vertraulichen Geburt in Deutschland kann die Mutter aus triftigen Gründen – zB bei Gefahr für Leib, Leben, Gesundheit oder persönliche Freiheit – Widerspruch gegen die Offenlegung ihrer Identität einlegen und damit eine gerichtliche Interessenabwägung erreichen.¹³⁵⁶ Unabhängig davon, wie das Gericht entscheidet, sollte das Kind jedenfalls Anspruch auf Informationen über die Umstände seiner Geburt und über seine leibliche Mutter haben, sofern diese Daten nicht ihre Identität betreffen.¹³⁵⁷

¹³⁵⁰ Für eine geheime Geburt auch *Hepting*, FamRZ 2001, 1573 (1581 f); *Verschraegen*, ÖJZ 2004, 1 (12); *Katzenmeier*, FamRZ 2005, 1134 (1138); kritisch *Frank/Helms*, FamRZ 2001, 1340 (1348).

¹³⁵¹ Siehe unten S. 226 f.

¹³⁵² So bereits *Frank/Helms*, FamRZ 2001, 1340 (1348); *Verschraegen*, ÖJZ 2004, 1 (12); zu § 20 Abs 2 FMedG siehe ausführlich S. 208 ff.

¹³⁵³ *Hepting*, FamRZ 2001, 1573 (1582); *Verschraegen*, ÖJZ 2004, 1 (10 f); ähnlich *Schwarz*, StAZ 2003, 33 (37).

¹³⁵⁴ Zu den verschiedenen Möglichkeiten siehe auch *Hepting*, FamRZ 2001, 1573 (1584).

¹³⁵⁵ EGMR U 7. 7. 1989, *Gaskin*, Nr. 10454/83 Z 49; EGMR U 13. 2. 2003, *Odièvre*, Nr. 42326/98 Z 49; ebenso EGMR U 13. 2. 2003, *Odièvre*, Nr. 42326/98, Joint dissenting opinion of Judges *Wildhaber*, *Bratza* ua Z 18.

¹³⁵⁶ Vgl zur deutschen Lösung *Helms*, FamRZ 2014, 609 (613); *Schwedler*, NZFam 2014, 193 (195).

¹³⁵⁷ *Gernhuber/Coester-Waltjen*, Familienrecht⁶ § 51 II Rz 15; vgl die französische Loi Mattei, L. n° 96-604 du 5 juillet 1996, Loi relative à l'adoption,

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000193679&fastPos=1&fastReqId=2140234067&categorieLien=id&oldAction=rechTexte> (5. 3. 2018); siehe dazu *Verschraegen*, ÖJZ 2004, 1 (4);

g. Ergebnis

Im Ergebnis verletzt die anonyme Geburt das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung gem Art 8 EMRK, weil der Eingriff in dieses Grundrecht des Kindes nicht auf einer gesetzlichen Grundlage iSd Art 8 Abs 2 EMRK beruht. Darüber hinaus kommt der Staat seinen positiven Gewährleistungspflichten nicht nach, wenn die Anonymität der Mutter bei der Geburt im Krankenhaus endgültig ist und später nicht mehr aufgehoben werden kann. Konventionskonform wäre eine geheime oder vertrauliche Geburt, bei der die Identität der leiblichen Mutter aufgezeichnet wird und das Kind später einen Auskunftsanspruch darüber hat, wobei eine unabhängige Stelle zum Schutz der Interessen der Mutter über die Gewährung der Auskunft entscheiden könnte.

Wenn die Erteilung von Auskünften über die Identität der Mutter an deren Zustimmung bzw fehlenden Widerspruch gebunden wird, hat sie zwar die Möglichkeit, ihre Anonymität zumindest etwas länger oder sogar dauerhaft zu wahren. Die damit verbundene Einschränkung des Rechts des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung wäre mE jedoch verhältnismäßig,¹³⁵⁸ da sie der Achtung des Privatlebens der Mutter und damit dem Schutz ihres Grundrechts gem Art 8 EMRK dient.

Die Einrichtung von Babyklappen oder Babynestern beeinträchtigt das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung irreversibel und müsste nach der vorangegangenen Argumentation ebenso verfassungswidrig sein. Ohne gesetzliche Grundlage iSd Art 8 Abs 2 EMRK ist dies mE auch der Fall. Bezüglich der positiven Gewährleistungspflichten kommt mE allerdings der Schutz des Kindes vor Tötung oder Aussetzung wesentlich stärker zum Tragen. Vieles spricht dafür, dass nur eine Abgabemöglichkeit mit möglichst niedriger Hemmschwelle auch jene Frauen erreicht, die in ihrer Notlage kein Krankenhaus aufsuchen wollen oder können. Daher sind diese Einrichtungen mE gerade noch mit den aus Art 8 EMRK erfließenden positiven Pflichten vereinbar,¹³⁵⁹ weil die Einschränkung des Grundrechts des Kindes gem Art 8 EMRK mit dem Schutz seines Rechts auf Leben gem Art 2 EMRK gerechtfertigt werden kann.

5. Zum Datenschutzrecht der anonymen Mutter

EGMR U 13. 2. 2003, *Odièvre*, Nr. 42326/98 Z 16; gegen die Herausgabe solcher Informationen *Heyers*, JR 2003, 45 (50 FN 66).

¹³⁵⁸ So auch *Verschraegen*, ÖJZ 2004, 1 (11).

¹³⁵⁹ AA *Helms*, FamRZ 2014, 609 (614), der im Nebeneinander von vertraulicher Geburt und Babyklappe einen unauflösbaren Widerspruch sieht.

Wenn die anonyme Geburt *de lege ferenda* als vertrauliche Geburt ausgestaltet wird, ist die vertrauliche Behandlung der Daten über die Identität der Mutter und die Umstände der Geburt auch aufgrund des Datenschutzrechts der Mutter gem § 1 DSG 2000 geboten. Da der Schutz der Privatsphäre der Mutter zum Kernbereich des Art 8 EMRK gehört,¹³⁶⁰ hat sie mE jedenfalls ein schutzwürdiges Interesse an deren Geheimhaltung.¹³⁶¹ Wenn dem Kind Informationen über seine leibliche Mutter mitgeteilt werden, liegt ein Eingriff in das Datenschutzrecht der Mutter vor.

Dieser kann gem § 1 Abs 2 DSG 2000 entweder durch ihre Zustimmung gerechtfertigt werden¹³⁶² oder zur Wahrung überwiegender berechtigter Interessen eines anderen, wenn die Voraussetzungen des Art 8 Abs 2 EMRK erfüllt sind.¹³⁶³ Daraus folgt, dass die Herausgabe von Informationen an das Kind einer gesetzlichen Grundlage bedarf, ein legitimes Ziel verfolgen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sein muss. Wie bereits erörtert, ist die Vorenthaltung von Informationen über die Identität der Mutter eine Verletzung des Rechts des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung.¹³⁶⁴ Für die Beurteilung der Frage, ob berechnigte Interessen eines anderen überwiegen, ist eine Abwägung zwischen dem Interesse des Betroffenen an der Geheimhaltung und dem öffentlichen Interesse am Eingriff in das Datenschutzrecht durchzuführen.¹³⁶⁵ Diese Abwägung unterscheidet sich mE im Wesentlichen nicht von der Verhältnismäßigkeitsprüfung gem Art 8 Abs 2 EMRK, die oben durchgeführt wurde.¹³⁶⁶ Aus diesem Grund bestehen berechnigte Interessen des Kindes, die mE das Geheimhaltungsinteresse der Mutter überwiegen.

Zu beachten ist, dass diese Informationen zumindest teilweise sensible Daten iSd § 4 Z 2 DSG 2000 sind, weil sie die Gesundheit und uU das Sexualleben der Mutter berühren. Gem § 1 Abs 2 2. Satz DSG 2000 darf die Verwendung solcher Daten – über die Einhaltung des Gesetzesvorbehalts gem Art 8 Abs 2 EMRK hinaus¹³⁶⁷ – nur zur Wahrung wichtiger öffentlicher Interessen vorgesehen werden, wobei angemessene Garantien zum Schutz der Geheimhaltungsinteressen des Betroffenen festzulegen sind.¹³⁶⁸ Auch der Schutz des Rechts

¹³⁶⁰ Siehe S. 19 ff, 122 ff.

¹³⁶¹ Siehe S. 141 ff; vgl auch S. 124 f.

¹³⁶² Diesen Weg geht das FMedG, um den Auskunftsanspruch des Kindes gem § 20 Abs 2 FMedG datenschutzrechtlich zu legitimieren: ErläutRV 216 BlgNR 18. GP 23.

¹³⁶³ *Bezemek*, Grundrechte § 14 Rz 3 mwN; *Wiederin* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, Handbuch VII/1² § 10 Rz 140.

¹³⁶⁴ Siehe S. 148.

¹³⁶⁵ VfGH B 504/09 VfSlg 18.975.

¹³⁶⁶ Siehe S. 141 ff.

¹³⁶⁷ *Dohr/Pollirer/Weiss/Knyrim*, DSG² § 1 Anm 7 (Stand 26. 11. 2015, rdb.at).

¹³⁶⁸ Zur möglichen Ausgestaltung dieser Garantien siehe *Lehner* in *Heißl*, Handbuch Rz 11/24.

des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung kann idS als wichtiges Interesse verstanden werden, da der Schutz der „Rechte und Freiheiten anderer“ in einem Rechtsstaat auch dem Gemeinwohl dient und damit auch die Dimension eines öffentlichen Interesses hat.¹³⁶⁹ Darüber hinaus ist der Erforderlichkeitsgrundsatz zu beachten, dh die Herausgabe der Informationen an das Kind muss in der „gelindesten, zum Ziel führenden Art“ (§ 1 Abs 2 letzter Satz DSG 2000) erfolgen.¹³⁷⁰

6. Faktische Aufgabe der Mutterschaft und ihre rechtlichen Konsequenzen

a. *Die anonyme Mutter im Abstammungsrecht*

Der Erlass „Babynest und anonyme Geburt“ des BMJ¹³⁷¹ geht nicht auf die Abstammung des anonym geborenen Kindes von seiner Mutter ein. Faktisch ist ein solches Kind jedenfalls mutter- bzw elternlos.¹³⁷² Allerdings ist damit noch nicht die Frage beantwortet, ob dies auch rechtlich der Fall ist. Nach dem Wortlaut des § 143 ABGB ist auch eine Frau, die anonym ein Kind geboren hat, seine Mutter im Rechtssinn.¹³⁷³ Diese Bestimmung geht allerdings davon aus, dass die Identität der Frau, die das Kind geboren hat, auch bekannt ist,¹³⁷⁴ was im Normalfall durch die Anwesenheit von Ärzten oder Geburtshelfern und durch die Ausstellung der Geburtsbestätigung sichergestellt ist.¹³⁷⁵ Ansonsten wäre der Gesetzgeber nicht davon ausgegangen, dass das Anknüpfen an die „offenkundige Tatsache der Geburt“¹³⁷⁶ der Rechtssicherheit und –klarheit dient.¹³⁷⁷

In der deutschen Literatur wurde vor der Einführung der vertraulichen Geburt überlegt, welche Änderungen eine Institutionalisierung der anonymen Geburt im Abstammungsrecht notwendig machen könnte. Genau wie § 143 ABGB sieht § 1591 BGB vor, dass die Mutter eines Kindes jene Frau ist, die es geboren hat.¹³⁷⁸ Wenn eine Frau ihr Kind jedoch anonym aufgibt, ist sie als Mutter genau wie der Vater unbekannt und damit *incerta*.¹³⁷⁹ Aus dieser Überlegung heraus wurde in Frage gestellt, ob die anonym gebärende Frau überhaupt Mutter

¹³⁶⁹ Lehner in Heißl, Handbuch Rz 11/23; aA Dohr/Pollirer/Weiss/Knyrim, DSG² § 1 Anm 18 (Stand 26. 11. 2015, rdb.at).

¹³⁷⁰ Wiederin in Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer, Handbuch VII/1² § 10 Rz 141.

¹³⁷¹ JABl 2001/36 ÖStA 2001, 87.

¹³⁷² Stormann in Schwimann/Kodek Ia⁴ § 143 Rz 7; Fischer-Czermak in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 143 Rz 3 (Stand 1. 5. 2017, rdb.at); Hepting, FamRZ 2001, 1573 (1574).

¹³⁷³ Ferrari in FS 200 Jahre ABGB II 935 (937); M. Kurz, iFamZ 2015, 167.

¹³⁷⁴ So zum deutschen Recht Hepting, FamRZ 2001, 1573 (1574); Schwarz, StAZ 2003, 33 (34 f).

¹³⁷⁵ M. Kurz, iFamZ 2015, 167.

¹³⁷⁶ ErläutRV 216 BlgNR 18. GP 24.

¹³⁷⁷ ErläutRV 216 BlgNR 18. GP 24; Stefula in Klang³ § 137b Rz 2.

¹³⁷⁸ Lurger, DEuFamR 1999, 210 (218) mwN; dieselbe in Bernat, Reproduktionsmedizin 108 (144); Wendehorst, Die rechtliche Regelung donogener ART in Deutschland und Österreich, in Bockenheimer-Lucius/Thorn/Wendehorst (Hrsg), Umwege zum eigenen Kind (2008) 103 (116).

¹³⁷⁹ Heyers, JR 2003, 45 (48).

im Rechtssinn werden kann,¹³⁸⁰ weil die automatische rechtliche Zuordnung eines Kindes zu seiner Mutter aufgrund der Tatsache der Geburt nicht mehr möglich ist.¹³⁸¹ Nach dieser Ansicht wäre eine Änderung im System des Abstammungsrechts erforderlich, die auch für die Mutterschaft eine Anerkennung voraussetzt oder eine Aufgabe dieser Rechtsposition durch eine Art „rechtsgeschäftliche Austrittsregelung“ ermöglicht.¹³⁸²

Eine solche Ansicht bricht mit den Grundsätzen des Abstammungsrechts und würde zahlreiche dogmatische Schwierigkeiten entstehen lassen.¹³⁸³ Eine Anerkennung, Aufgabe oder sonstige Disposition über die Mutterschaft ist dem österreichischen wie auch dem deutschen Recht fremd.¹³⁸⁴ Auch wenn es sich um eine Ausnahme handelt, würde damit ein Anerkennungssystem eingeführt, in dem eine Frau, die ein Kind bekommt, dieses erst anerkennen muss, um seine juristische Mutter zu werden.¹³⁸⁵ Wenn eine Frau bei der Geburt nicht verlangt, anonym zu bleiben, müsste man das als konkludentes Anerkenntnis werten.¹³⁸⁶ Mit gutem Grund bleibt die hA dabei, auch eine anonyme Mutter weiterhin als Mutter im Sinne des Abstammungsrechts anzusehen.¹³⁸⁷ Dies entspricht einerseits dem Wortlaut des § 143 ABGB, der nicht zwischen bekannten und unbekanntem Müttern differenziert, und andererseits dem Grundsatz, dass man über das Abstammungsverhältnis nicht verfügen kann.¹³⁸⁸

Darüber hinaus würde Art 8 EMRK einer solchen radikalen Änderung des Abstammungsrechts entgegenstehen: Nach Ansicht des EGMR im Urteil *Marckx* muss ein Kind seiner Familie von Geburt an zugeordnet sein, ohne dass diese Zuordnung von einer Anerkennung durch die Mutter abhängig ist.¹³⁸⁹ Die in diesem Urteil festgestellte Verletzung von Art 8 EMRK lag zumindest teilweise in der Mutterlosigkeit des Kindes als solche, obwohl sie nur 13 Tage dauerte.¹³⁹⁰ Darüber hinaus betont der Gerichtshof die Bedeutung des

¹³⁸⁰ Heyers, JR 2003, 45 (47 f); Scheiwe, ZRP 2001, 368 (371).

¹³⁸¹ Heyers, JR 2003, 45 (48); Gernhuber/Coester-Waltjen, Familienrecht⁶ § 51 II Rz 13 halten eine solche Änderung des deutschen Abstammungsrechts nicht für erforderlich, aber für möglich.

¹³⁸² Heyers, JR 2003, 45 (48); Scheiwe, ZRP 2001, 368 (371); Frank/Helms, FamRZ 2001, 1340 (1348).

¹³⁸³ Scheiwe, ZRP 2001, 368 (371); Heyers, JR 2003, 45 (48); Gernhuber/Coester-Waltjen, Familienrecht⁶ § 51 II Rz 14; vgl auch Stefula in Klang³ § 137b Rz 3 f.

¹³⁸⁴ Ferrari in FS 200 Jahre ABGB II 935 (937); Gernhuber/Coester-Waltjen, Familienrecht⁶ § 51 II Rz 13; Hepting, FamRZ 2001, 1573 (1574).

¹³⁸⁵ Scheiwe, ZRP 2001, 368 (371); vgl auch Gernhuber/Coester-Waltjen, Familienrecht⁶ § 51 II Rz 13 FN 27 mwN.

¹³⁸⁶ Scheiwe, ZRP 2001, 368 (371).

¹³⁸⁷ Ferrari in FS 200 Jahre ABGB II 935 (937); Frank/Helms, FamRZ 2001, 1340 (1342); Katzenmeier, FamRZ 2005, 1134 (1136); Nademleinsky in Schwimann, ABGB Taschenkommentar³ § 143 Rz 3.

¹³⁸⁸ Siehe S. 96 ff; Ferrari in FS 200 Jahre ABGB II 935 (937); Gernhuber/Coester-Waltjen, Familienrecht⁶ § 51 II Rz 12; Katzenmeier, FamRZ 2005, 1134 (1136).

¹³⁸⁹ EGMR 13. 6. 1979, *Marckx*, Nr. 6833/74 Z 31, 36; Heyers, JR 2003, 45 (48).

¹³⁹⁰ EGMR 13. 6. 1979, *Marckx*, Nr. 6833/74 Z 37.

in der Mehrheit der Mitgliedstaaten verbreiteten Grundsatzes „*mater semper certa est*“¹³⁹¹ für die Interpretation der EMRK „in the light of present-day conditions“.¹³⁹²

Die dogmatische Frage, ob das Abstammungsverhältnis zwischen einem Kind und seiner anonymen Mutter aufrecht bleibt, hat auch konkrete familienrechtliche Konsequenzen,¹³⁹³ die nicht zu vernachlässigen sind, nur weil das Kind idR bald adoptiert wird:¹³⁹⁴ Ab der Geburt des Kindes treffen die Mutter diesem gegenüber sämtliche familienrechtlichen Rechte und Pflichten. Das Kind hat gem § 231 ABGB ab dem Zeitpunkt der Geburt einen Unterhaltsanspruch, der – bis zur Verjährung einzelner Unterhaltsleistungen gem § 1480 ABGB nach drei Jahren – auch rückwirkend geltend gemacht werden kann.¹³⁹⁵ Kommt die Mutter ihrer Unterhaltsverpflichtung nicht nach, könnte sie sich uU wegen Verletzung ihrer Unterhaltspflicht gem § 198 StGB strafbar machen.¹³⁹⁶ Darüber hinaus bleibt das Kind gem § 732 ABGB ihr gesetzlicher Erbe in der 1. Parentel. Unterhalts- und erbrechtliche Ansprüche bleiben auch nach der Adoption des Kindes subsidiär bestehen (§§ 198 f ABGB). Sollte die Adoption später durch Widerruf oder Aufhebung gem §§ 200 f ABGB wegfallen, wäre die leibliche Mutter zumindest theoretisch noch als „Reserveelternteil“ vorhanden,¹³⁹⁷ da die familienrechtlichen Beziehungen zu ihr gem § 202 Abs 2 ABGB wieder aufleben.

Auch im Adoptionsverfahren selbst spielt die Frage nach der rechtlichen Mutterschaft der anonym gebliebenen Frau eine Rolle: Wenn sie beschließt, dass sie ihr Kind zurückholen möchte, hätte sie im Adoptionsverfahren kein Zustimmungsrecht gem § 195 Abs 1 Z 1 ABGB mehr, wenn sie dem Kind gegenüber abstammungsrechtlich gesehen eine Unbekannte wäre. Sie müsste ihre Mutterschaft dann zunächst durch einen förmlichen Akt begründen, während es nach geltendem Recht genügt, wenn sie sich am Adoptionsverfahren beteiligt und ihre Identität aufdeckt.¹³⁹⁸ Allerdings muss man in diesem Fall in Kauf nehmen, dass das Kind uU

¹³⁹¹ ME gilt dieser Grundsatz nicht mehr, seit es medizinisch möglich ist, ein Kind aus einer fremden Eizelle auszutragen; was der EGMR hier wohl meint, ist der Grundsatz, dass die Mutterschaft immer an eine feste, einfache Zuordnungsregel gebunden ist.

¹³⁹² EGMR 13. 6. 1979, *Marckx*, Nr. 6833/74 Z 41.

¹³⁹³ *Hepting*, FamRZ 2001, 1573 (1576).

¹³⁹⁴ Differenzierend *Heyers*, JR 2003, 45 (48); problematisch bleibt die Anonymität der Eltern, wenn das Kind nicht adoptiert wird: *Gernhuber/Coester-Waltjen*, Familienrecht⁶ § 51 II Rz 17.

¹³⁹⁵ *Koziol – Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁴ Rz 1776 mwN.

¹³⁹⁶ *Katzenmeier*, FamRZ 2005, 1134; *Schwarz*, StAZ 2003, 33 (35).

¹³⁹⁷ *Schwedler*, NZFam 2014, 193 (194).

¹³⁹⁸ *Hepting*, FamRZ 2001, 1573 (1576).

Ansprüche auf Unterhalt, Ausstattung oder aus dem Erbrecht stellen könnte, sobald es die Identität seiner leiblichen Mutter erfährt.¹³⁹⁹

Im Ergebnis ist der hM zuzustimmen, dass auch eine anonyme Mutter gem § 143 ABGB *ex lege* juristische Mutter ist.¹⁴⁰⁰

b. Verfahren zur Feststellung der Mutterschaft

Falls einige Jahre nach einer anonymen Geburt oder der Abgabe eines Kindes im Babynest der Wunsch entsteht, die Identität der leiblichen Mutter zu klären, stellt sich die Frage, nach welchem Verfahren dies geschehen soll. Eine Feststellung der Mutterschaft ist im Gesetz nicht vorgesehen.¹⁴⁰¹ Im Unterschied zur Vaterschaft ist bei der Mutterschaft nicht die genetische Abstammungsbeziehung zu beweisen, sondern die Tatsache, dass es sich um die Frau handelt, die das Kind geboren hat.¹⁴⁰² Ein DNA-Test reicht daher nur dann aus, wenn eindeutig feststeht, dass die Frau, die das Kind geboren hat, mit der genetischen Mutter identisch ist, wie zB bei einer Vertauschung von Kindern im Krankenhaus.¹⁴⁰³ Als wirksamer konkludenter Verzicht auf eine gerichtliche Mutterschaftsfeststellung ist die Entscheidung für eine anonyme Geburt mE jedenfalls nicht zu deuten,¹⁴⁰⁴ weil man über Abstammungsverhältnisse aufgrund des Rechts des Kindes auf Achtung seines Privat- und Familienlebens nicht verfügen kann.¹⁴⁰⁵

Zum Teil wird vertreten, dass es genügt, die Geburtsurkunde des Kindes zu ergänzen (§ 41 Abs 2 PStG 2013),¹⁴⁰⁶ sobald die Identität der Mutter bekannt geworden ist.¹⁴⁰⁷ Allerdings würde dann die Personenstandsbehörde – und damit eine Verwaltungsbehörde – über eine Abstammungsfrage entscheiden.¹⁴⁰⁸ Aus diesem Grund verlangt Art 6 EMRK nach der Gegenmeinung eine gerichtliche Mutterschaftsfeststellung im Rahmen des

¹³⁹⁹ Heyers, JR 2003, 45 (48); zur vergleichbaren Situation von Samenspendern in Deutschland siehe Wellenhofer, FamRZ 2013, 825 (827 f).

¹⁴⁰⁰ T. Maier, JAP 2015/2016, 182 mwN; ebenso Stefula in Klang³ § 137b Rz 3 f, 6; Stormann in Schwimann/Kodek Ia⁴ § 143 Rz 7; Heyers, JR 2003, 45 (48).

¹⁴⁰¹ Wentzel/Plessl in Klang I/2² 165; Schwimann, StAZ 2005, 33 (39); kritisch Simotta in FS Rechberger 579 (581 FN 10).

¹⁴⁰² Stormann in Schwimann/Kodek Ia⁴ § 143 Rz 5; allerdings wurde die Mutterschaft in der Entscheidung OGH 4 Ob 148/11k EF-Z 2012/9 (Höllwerth) durch ein gerichtsmedizinisches DNA-Gutachten bewiesen.

¹⁴⁰³ Stormann in Schwimann/Kodek Ia⁴ § 143 Rz 6; T. Maier, JAP 2015/2016, 182.

¹⁴⁰⁴ Vgl Stormann in Schwimann/Kodek Ia⁴ § 143 Rz 7.

¹⁴⁰⁵ Siehe dazu oben S. 96 ff; Gernhuber/Coester-Waltjen, Familienrecht⁶ § 51 II Rz 12.

¹⁴⁰⁶ Stormann in Schwimann/Kodek Ia⁴ § 143 Rz 5 f.

¹⁴⁰⁷ Stabentheiner in Rummel, ABGB³ § 138 Rz 7; Rosenmayr, NZ 2004, 360 (361 FN 11).

¹⁴⁰⁸ Stefula in Klang³ § 137b Rz 8; Höllwerth in FS 200 Jahre ABGB II 1033 (1038).

Außerstreitverfahrens.¹⁴⁰⁹ Früher wurde auch eine Feststellungsklage gem § 228 ZPO für möglich gehalten.¹⁴¹⁰ Dass ein Verfahren zur gerichtlichen Feststellung der Mutterschaft zumindest dann möglich ist, wenn ausländisches Recht zur Anwendung kommt, hat der OGH bereits im Fall einer Frau ausgesprochen, die ihren Sohn auf den Philippinen unter Angabe falscher Namen geboren hatte und in Österreich nach philippinischem Recht die Feststellung ihrer Mutterschaft mittels DNA-Test begehrte.¹⁴¹¹

Wie bereits erörtert, gelten Fragen des Abstammungsrechts nach einhelliger Meinung als „civil rights“ iSd Art 6 EMRK.¹⁴¹² Bei der Feststellung, wer die Mutter eines Kindes ist, handelt es sich wie bei der Feststellung der Vaterschaft eindeutig um eine Abstammungssache.¹⁴¹³ Daraus ergibt sich, dass ein „tribunal“ iSd Art 6 EMRK über die Feststellung der Mutterschaft zu entscheiden hat.¹⁴¹⁴ Ein Abstammungsverfahren im außerstreitigen Rechtsweg erfüllt dieses Erfordernis jedenfalls, da die ordentlichen Gerichte den Anforderungen des Art 6 Abs 1 EMRK entsprechen.¹⁴¹⁵

Die Ergänzung der Geburtsurkunde erfolgt dagegen im Verwaltungsverfahren durch die Personenstandsbehörde, sobald der vollständige Sachverhalt von Amts wegen ermittelt worden ist (§§ 36 Abs 2, 41 Abs 2 PStG 2013). Wenn die Mutter nach einer anonymen Geburt als Mutter des Kindes in das ZPR eingetragen werden möchte, könnte sie sich an die Krankenanstalt wenden und sich vom medizinischen Personal, das bei der Geburt anwesend war und sich noch daran erinnern kann, nachträglich eine Geburtsbestätigung ausstellen lassen (§ 36 Abs 6 PStG 2013).¹⁴¹⁶ Ohne eine solche Geburtsbestätigung ist eine Eintragung der Geburt nur möglich, wenn sich der Standesbeamte durch geeignete Ermittlungen Gewissheit über die Tatsachen verschafft hat, wobei geringste Zweifel einer Eintragung entgegenstehen.¹⁴¹⁷

¹⁴⁰⁹ *Stefula* in Klang³ § 137b Rz 8 mwN; *Stormann* in *Schwimmann/Kodek Ia*⁴ § 143 Rz 5 f; *Höllwerth*, Anm zu OGH 4 Ob 148/11k, EF-Z 2012/9; *derselbe* in FS 200 Jahre ABGB II 1033 (1038); *Kerschner-Sagerer/Forić*, Familienrecht⁶ Rz 3/3; *Fischer-Czermak* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 143 Rz 3; unentschieden *Schwimmann*, NZ 2005, 33 (37); *derselbe*, StAZ 2005, 22 (39).

¹⁴¹⁰ *Wentzel/Plessl* in *Klang I/2*² 165; *Hoyer* in FS Schwind 157 (161); *Pichler* in *Fenyves/Welser*, Klang³ (2000) § 138 Rz 6.

¹⁴¹¹ OGH 3 Ob 229/07h iFamZ 2008/86 (*Fucik*).

¹⁴¹² EGMR U 28. 11. 1984, *Rasmussen*, Nr. 8777/79 Z 32; *Fahrenhorst*, Familienrecht und EMRK 359; *Peukert* in *Frowein/Peukert*, EMRK³ Art 6 Rz 15.

¹⁴¹³ OGH 3 Ob 229/07h iFamZ 2008/86 (*Fucik*).

¹⁴¹⁴ *Höllwerth*, Anm zu OGH 4 Ob 148/11k, EF-Z 2012/9; *derselbe* in FS 200 Jahre ABGB II 1033 (1038); *Stefula* in Klang³ § 137b Rz 8.

¹⁴¹⁵ Vgl *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 24 Rz 30; *Peukert* in *Frowein/Peukert*, EMRK³ Art 6 Rz 200.

¹⁴¹⁶ *M. Kurz*, iFamZ 2015, 167 (168).

¹⁴¹⁷ *Kutscher/Wildpert*, PStG Personenstandsrecht (2015) § 36 Anm 14.

Über Beschwerden gegen Bescheide der Personenstandsbehörde entscheiden die Landesverwaltungsgerichte (§ 4 PStG 2013). Diese sind als weisungsfreie Verwaltungsbehörden mit voller Kognitionsbefugnis, deren Mitglieder richterliche Unabhängigkeit genießen,¹⁴¹⁸ als Tribunale iSd Art 6 Abs 1 EMRK zu qualifizieren.¹⁴¹⁹ Dass zunächst eine Verwaltungsbehörde über ein „civil right“ entscheidet, steht im Einklang mit Art 6 Abs 1 EMRK, wenn deren Entscheidung auf Antrag des Betroffenen von einem Tribunal im vollen Umfang zu überprüfen ist.¹⁴²⁰

Im Ergebnis verlangt Art 6 EMRK nicht unbedingt, dass die Feststellung der Mutterschaft vor einem ordentlichen Gericht zu erfolgen hat, da jedenfalls seit der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012¹⁴²¹ auch Verwaltungsbehörden verfassungskonform über zivilrechtliche Ansprüche entscheiden dürfen.¹⁴²² Ob die gem § 143 ABGB bestehende Mutterschaft Gegenstand eines Abstammungsverfahrens sein kann, ist daher keine verfassungsrechtliche, sondern eine einfachgesetzliche Frage an der Schnittstelle zwischen materiellem Recht und Verfahrensrecht.

Wenn es sich nicht nur im Hinblick auf Art 6 EMRK, wie soeben erörtert, sondern auch im innerstaatlichen Recht um eine Abstammungsfrage handelt, müsste die Klärung der Mutterschaft von den ordentlichen Gerichten zu entscheiden sein.¹⁴²³ Dies wird zumindest für den Fall vertreten, dass die Identität der Mutter sich nicht im Verwaltungsverfahren klären lässt,¹⁴²⁴ insb bei Abgabe des Kindes in einem Babynest oder wenn das Krankenhauspersonal nicht mehr in der Lage ist, eine Geburtsbestätigung auszustellen (§ 36 Abs 6 PStG 2013).¹⁴²⁵ Fest steht, dass eine Feststellung der Mutterschaft im Unterschied zu einer Vaterschaftsfeststellung deklarativ und nicht konstitutiv wäre,¹⁴²⁶ da die Vaterschaft ein Status ist, der begründet und beendet werden kann und dessen Feststellung, Anerkennung und

¹⁴¹⁸ Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht¹¹ Rz 652; Faber, Verwaltungsgerichtsbarkeit (2013) Art 129 B-VG Rz 4; zu den Anforderungen an die Unabhängigkeit siehe Peukert in Frowein/Peukert, EMRK³ Art 6 Rz 205 ff.

¹⁴¹⁹ Faber, Verwaltungsgerichtsbarkeit Art 129 B-VG Rz 6; Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht¹¹ Rz 645 f; vgl Grabenwarter/Pabel, EMRK⁶ § 24 Rz 31; zweifelnd Kerschner/Kehrer in Klang³ (2014) § 1 Rz 20.

¹⁴²⁰ EGMR U 25. 10. 1994, Ortenberg, Nr. 12884/87 Z 31; Meyer-Ladewig/Harrendorf/König in Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, EMRK⁴ Art 6 Rz 35; vgl auch EGMR U 28. 6. 1990, Obermeier, Nr. 11761/85 Z 70.

¹⁴²¹ BGBl I 2012/51, in Kraft getreten am 1. 1. 2014.

¹⁴²² Vgl Ballon/Fucik/Lovrek in Fasching/Konecny³ § 1 JN Rz 3 (Stand 30. 11. 2013, rdb.at).

¹⁴²³ M. Kurz, iFamZ 2015, 167 (168).

¹⁴²⁴ Stormann in Schwimann/Kodek Ia⁴ § 143 Rz 5 f, der anonym geborene oder in einer Babyklappe abgegebene Kinder allerdings von dieser Möglichkeit ausnimmt; M. Kurz, iFamZ 2015, 167 (168 f).

¹⁴²⁵ M. Kurz, iFamZ 2015, 167 (168 f).

¹⁴²⁶ Stefula in Klang³ § 137b Rz 3, 8; Schwimann, StAZ 2005, 33 (39); derselbe, NZ 2005, 33 (37); Ferrari in FS 200 Jahre ABGB II 935 (937); aA Stormann in Schwimann/Kodek Ia⁴ § 143 Rz 5.

Beseitigung im Abstammungsrecht ausführlich geregelt ist.¹⁴²⁷ Dagegen ist die Mutterschaft an eine feste, einfache Regel gebunden und keiner Änderung zugänglich.¹⁴²⁸ Fraglich ist, ob dieser Unterschied zwischen Vaterschaft und Mutterschaft so grundlegend ist, dass man die Frage, ob eine bestimmte Frau ein bestimmtes Kind geboren hat, nicht als Abstammungssache behandeln kann.

Mit der Frage, ob die Mutterschaft vor den ordentlichen Gerichten oder durch die Personenstandsbehörde geklärt werden soll, ist die Zulässigkeit des Rechtswegs angesprochen.¹⁴²⁹ Wenn eine bestimmte Frage nicht durch ausdrückliche gesetzliche Anordnung vor andere Behörden oder Organe verwiesen wurde, greift die Generalklausel des § 1 JN,¹⁴³⁰ wonach bürgerliche Rechtssachen von den ordentlichen Gerichten zu entscheiden sind. Eine gesetzliche Anordnung, wonach die Personenstandsbehörden zur Klärung der Mutterschaft berufen sind, gibt es nicht; auch die Bestimmungen des PStG 2013 über die Ermittlung des maßgeblichen Sachverhalts und die Eintragung der Geburt sind nicht als solche zu betrachten.¹⁴³¹ Zu prüfen ist daher anhand der von der Lehre entwickelten Theorien zur Abgrenzung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht,¹⁴³² ob es sich bei der Frage, wer die rechtliche Mutter eines Kindes ist, um eine bürgerliche Rechtssache handelt.

Die hA geht von einer Kombination aus der Subjektionstheorie und der Subjektstheorie aus, wonach es hauptsächlich darauf ankommt, ob sich gleichberechtigte Rechtssubjekte gegenüberstehen oder ob ein mit Hoheitsgewalt ausgestattetes, übergeordnetes Rechtssubjekt einseitige Gestaltungsakte setzen kann, denen das untergeordnete Rechtssubjekt unterworfen ist.¹⁴³³ Daneben wird zT auch die Interessentheorie herangezogen, die danach fragt, ob überwiegend öffentliche oder private Interessen im Vordergrund stehen.¹⁴³⁴ Gerade im Familienrecht ist daraus jedoch nicht viel zu gewinnen, da gerade auch das Funktionieren von

¹⁴²⁷ Vgl. *Pierer* in *Deixler-Hübner*, Handbuch 215 (241); *Gernhuber/Coester-Waltjen*, Familienrecht⁶ § 52 I Rz 3.

¹⁴²⁸ *Stefula* in *Klang*³ § 137b Rz 4; vgl. zum deutschen Recht *Gernhuber/Coester-Waltjen*, Familienrecht⁶ § 51 II Rz 7-9; siehe jedoch unten S. 199 ff.

¹⁴²⁹ So auch *M. Kurz*, iFamZ 2015, 167 (168), deren Argumentation hier auch in den wesentlichen Punkten gefolgt wird.

¹⁴³⁰ *Ballon; Fucik; Lovrek* in *Fasching/Konecny*³ § 1 JN Rz 61; *Mayr* in *Rechberger*, ZPO⁴ Vor § 1 JN Rz 5.

¹⁴³¹ *M. Kurz*, iFamZ 2015, 167 (168).

¹⁴³² Vgl. *Mayr* in *Rechberger*, ZPO⁴ Vor § 1 JN Rz 5.

¹⁴³³ *Ballon; Fucik; Lovrek* in *Fasching/Konecny*³ § 1 JN Rz 64; *Mayr* in *Rechberger*, ZPO⁴ Vor § 1 JN Rz 5; *Kodek* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1 Rz 29 (Stand 1. 7. 2015); *Schauer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 1 Rz 7 (Stand 1. 3. 2017, rdb.at); *Posch* in *Schwimann/Kodek I*⁴ § 1 Rz 9; *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁸ Rz 186; RIS-Justiz RS0045438.

¹⁴³⁴ *Kodek* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1 Rz 22; *Posch* in *Schwimann/Kodek I*⁴ § 1 Rz 5; *Ballon; Fucik; Lovrek* in *Fasching/Konecny*³ § 1 JN Rz 64; *Kerschner/Kehrer* in *Klang*³ § 1 Rz 11 bezeichnen die Interessentheorie dagegen als eindeutig überholt.

Familienbeziehungen im öffentlichen Interesse liegt.¹⁴³⁵ Bei der Klärung der Mutterschaft stehen sich Mutter und Kind – zumindest im Hinblick auf das Bestehen eines Abstammungsverhältnisses zwischen ihnen¹⁴³⁶ – gleichberechtigt gegenüber.¹⁴³⁷ Beide Beteiligten sind nicht mit Hoheitsgewalt ausgestattet. Dass die Abstammung vom Vater ohne jeden Zweifel als bürgerliche Rechtssache gilt, indiziert mE, dass auch die Abstammung von der Mutter grundsätzlich dem Privatrecht zuzuordnen sein muss. Darüber hinaus ist die Mutterschaft wie die Vaterschaft im ABGB geregelt, was ebenso auf eine Zuordnung zum Privatrecht hindeutet.¹⁴³⁸ Daher sind gem § 1 JN im Zweifel die ordentlichen Gerichte zur Entscheidung dieser Frage berufen.¹⁴³⁹

Gegen eine gerichtliche Klärung der Mutterschaft wird vorgebracht, dass aufgrund von § 143 ABGB ja immer klar sei, wer im Rechtssinn die Mutter eines Kindes sei.¹⁴⁴⁰ Wenn die leibliche Mutter eines anonym geborenen Kindes ihre Mutterschaft feststellen lassen möchte, genüge die Ermittlung von Tatsachen, die anschließend gem § 41 PStG in der Geburtsurkunde zu ergänzen seien.¹⁴⁴¹ Dem ist entgegenzuhalten, dass auch in diesem Fall eine Subsumtion vorzunehmen ist: Sobald aufgrund verschiedener Beweismittel erwiesen ist, dass die Frau, die dies behauptet, das Kind tatsächlich geboren hat, ist dieser Sachverhalt immer noch unter § 143 ABGB zu subsumieren, bevor man von der Rechtsfolge ausgehen kann, dass es sich um die Mutter des Kindes im Rechtssinn handelt.¹⁴⁴² Dass es sich dabei um einen sehr einfachen Subsumtionsvorgang handelt, kann mE nichts daran ändern. Dass die Feststellung der Mutterschaft deklarativ und nicht konstitutiv wäre,¹⁴⁴³ kann eine Zuordnung dieser Frage zum

¹⁴³⁵ *Schauer in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 1 Rz 5; *Kodek in Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1 Rz 23; vgl auch *Ballon; Fucik; Lovrek in Fasching/Konecny*³ § 1 JN Rz 64.

¹⁴³⁶ Abgesehen davon ist das Eltern-Kind-Verhältnis natürlich sehr wohl von einer gewissen Über- und Unterordnung geprägt: *Koziol – Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁴ Rz 22; *Schauer in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 1 Rz 6; *Kodek in Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1 Rz 27.

¹⁴³⁷ So auch *M. Kurz*, iFamZ 2015, 167 (168).

¹⁴³⁸ *Kerschner/Kehrer in Klang*³ § 1 Rz 17; so auch *M. Kurz*, iFamZ 2015, 167 (168).

¹⁴³⁹ RIS-Justiz RS0045474; *Mayr in Rechberger*, ZPO⁴ Vor § 1 JN Rz 5; *Kerschner/Kehrer in Klang*³ § 1 Rz 16.

¹⁴⁴⁰ *Stefula in Klang*³ § 137b Rz 3.

¹⁴⁴¹ So wohl *Stefula in Klang*³ § 137b Rz 3, 7 f, der die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte nur aufgrund verfassungsrechtlicher Bedenken bejaht; vgl auch *Stabentheiner in Rummel*, ABGB³ § 138 Rz 7; *Rosenmayr*, NZ 2004, 360 (361 FN 11); differenzierend *Stormann in Schwimann/Kodek Ia*⁴ § 143 Rz 5 ff, der ein Abstammungsverfahren für zulässig hält, aber in manchen Fällen dennoch eine Identitätsprüfung als ausreichend erachtet.

¹⁴⁴² So wohl auch *M. Kurz*, iFamZ 2015, 167 (168), die argumentiert, dass die Eintragung der Geburt durch die Personenstandsbehörde nur die Folge eines bestehenden Rechtsverhältnisses zwischen Mutter und Kind sein kann.

¹⁴⁴³ Allerdings wäre die Feststellung der Mutterschaft konstitutiv, wenn die rechtliche Mutterschaft einer Änderung zugänglich wäre (zu dieser Frage siehe S. 199 ff).

Privatrecht mE auch nicht ausschließen, da eine deklarative Feststellung privatrechtlicher Rechtsverhältnisse der Rechtsordnung nicht fremd ist.¹⁴⁴⁴

Anschließend stellt sich die Frage, ob die Feststellung der Mutterschaft im streitigen Verfahren oder im Außerstreitverfahren zu behandeln ist. Grundsätzlich sind nur jene Sachen im Außerstreitverfahren zu behandeln, die diesem gesetzlich zugewiesen sind (§ 1 Abs 2 AußStrG).¹⁴⁴⁵ Allerdings zählt die stRsp auch Rechtssachen dazu, die zumindest „unzweifelhaft schlüssig“ ins Außerstreitverfahren verwiesen sind,¹⁴⁴⁶ wobei auf einen inneren Zusammenhang mit einer gesetzlich dem Außerstreitverfahren zugewiesenen Materie abgestellt wird.¹⁴⁴⁷ Abstammungssachen sind ausdrücklich dem Außerstreitverfahren zugewiesen.¹⁴⁴⁸ Dies muss auch für die Feststellung der Mutterschaft gelten, da auch diese dem Abstammungsrecht zuzurechnen ist.¹⁴⁴⁹ Selbst wenn man dies verneinen würde, besteht jedenfalls ein enger innerer Zusammenhang zur Vaterschaft, die ja häufig von der Mutterschaft abhängt (vgl § 144 Abs 1 Z 1 ABGB).

Im Ergebnis können die Mutter oder das Kind eine deklarative Feststellung der Mutterschaft im Außerstreitverfahren beantragen. Als „Person, deren Elternschaft durch das Verfahren begründet, beseitigt oder wieder begründet werden kann“ (§ 82 Abs 2 AußStrG), hat die potentielle Mutter jedenfalls Parteistellung im Verfahren.¹⁴⁵⁰ Da § 82 Abs 2 AußStrG allgemein von „Elternschaft“ und nicht von „Vaterschaft“ spricht, kann diese Bestimmung ohne Analogie angewendet werden.¹⁴⁵¹ Mangels einer Frist ist eine gerichtliche Mutterschaftsfeststellung wohl zeitlich unbefristet möglich.¹⁴⁵²

7. Anonyme Geburt und Adoption

a. *Zustimmung und Aufhebung der Adoption*

¹⁴⁴⁴ So ist zB die deklarative Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses mittels Feststellungsklage gem § 228 ZPO zulässig; vgl dazu *Frauenberger/Pfeiler* in *Fasching/Konecny* III/1³ § 228 ZPO Rz 4 (Stand 1. 8. 2017, rdb.at).

¹⁴⁴⁵ *Rechberger* in *Rechberger* (Hrsg), Kommentar zum AußStrG² (2013) § 1 Rz 6; *Mayr* in *Rechberger*, ZPO⁴ Vor § 1 JN Rz 15.

¹⁴⁴⁶ OGH 5 Ob 6/81 SZ 54/129; 5 Ob 270/00t immolex 2001/53; *Rechberger* in *Rechberger*, AußStrG² § 1 Rz 6 mwN.

¹⁴⁴⁷ OGH 5 Ob 163/86 SZ 60/18; 1 Ob 202/00p AnwBl 2001, 54 (*Gabl*) = RZ 2001/14; *Mayr* in *Rechberger*, ZPO⁴ Vor § 1 JN Rz 15 mwN.

¹⁴⁴⁸ *Rechberger* in *Rechberger*, AußStrG² § 81 Rz 2; *Spitzer* in *Gitschthaler/Höllwerth*, AußStrG Vor §§ 81-85 Rz 1; ErläutRV 224 BlgNR 22. GP 17.

¹⁴⁴⁹ So auch *M. Kurz*, iFamZ 2015, 167 (168).

¹⁴⁵⁰ *Simotta* in FS *Rechberger* 579 (581).

¹⁴⁵¹ OGH 3 Ob 229/07h iFamZ 2008/86 (*Fucik*); *M. Kurz*, iFamZ 2015, 167 (169); *Deixler-Hübner* in *Rechberger*, AußStrG² § 82 Rz 1; *Stefula* in *Klang*³ § 137b Rz 8 mwN; *Weitzenböck*, ÖStA 2005, 68 (70); aA wohl der Gesetzgeber, der damit Mutterschaftsfeststellungsverfahren nach ausländischem Recht einbeziehen wollte; ErläutRV 224 BlgNR 22. GP 62.

¹⁴⁵² *Ferrari* in FS 200 Jahre ABGB II 935 (937).

Die leiblichen Eltern eines minderjährigen Kindes müssen einer Adoption gem § 195 Abs 1 Z 1 ABGB zustimmen. Dabei handelt es sich um ein höchstpersönliches Recht.¹⁴⁵³ Die Zustimmung ist persönlich vor Gericht abzugeben (§ 86 AußStrG). Ohne Zustimmung der Eltern kann die Adoption nicht bewilligt werden. Eine Ersetzung der Zustimmung ist zwar möglich (§ 195 Abs 3 ABGB), wird jedoch wegen der Gefahr der „Kindesenteignung“ äußerst restriktiv gehandhabt.¹⁴⁵⁴ Darüber hinaus entfällt das Zustimmungsrecht eines Elternteils, wenn dieser den Adoptionsvertrag selbst als gesetzlicher Vertreter des Kindes geschlossen hat, zu einer verständigen Äußerung nicht nur vorübergehend unfähig ist oder sein Aufenthalt seit mindestens sechs Monaten unbekannt ist (§ 195 Abs 2 3. Fall ABGB). Ob der Aufenthalt des jeweiligen Elternteils wirklich unbekannt ist, hat das Gericht besonders streng zu prüfen und dafür eingehende Erhebungen (zB Befragung naher Verwandter, Anfragen an Gebietskrankenkassen und andere Behörden) durchzuführen.¹⁴⁵⁵

Nach einer anonymen Geburt schließt der KJHT als gesetzlicher Vertreter des Kindes (§ 207 ABGB) den Annahmevertrag (§ 192 Abs 2 ABGB). Im Fall einer anonymen Geburt oder einer Abgabe des Kindes in einem Babynest sind die Eltern unbekannt und können ihr Zustimmungsrecht nicht ausüben. Da mit der Identität der Eltern natürlich auch deren Aufenthalt unbekannt ist,¹⁴⁵⁶ entfällt gem § 195 Abs 2 3. Fall ABGB ihr Zustimmungsrecht.¹⁴⁵⁷ Daher darf die Adoption erst nach Ablauf von sechs Monaten bewilligt werden. Innerhalb dieser Frist können sich die leiblichen Eltern noch melden und ihr Zustimmungsrecht ausüben, da sie dann nicht mehr unbekannt sind.¹⁴⁵⁸

Allerdings entfällt das Zustimmungsrecht nach Ablauf dieser Frist nicht endgültig: Nach Ansicht des OGH bleibt es auch noch bestehen, wenn sich die leiblichen Eltern nach Ablauf von sechs Monaten, aber vor Bewilligung der Adoption melden, da der Kreis der Zustimmungsberechtigten erst im Zeitpunkt der Beschlussfassung erster Instanz zu beurteilen ist¹⁴⁵⁹ und bis dahin auch eine wirksam erteilte Zustimmung noch widerrufen werden kann

¹⁴⁵³ OGH 7 Ob 687/79 EFSlg 33.650; *Barth/Neumayr* in Klang³ § 181 Rz 7; *Deixler-Hübner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 195 ABGB Rz 2 (Stand 1. 10. 2016, rdb.at).

¹⁴⁵⁴ ErläutRV 107 BlgNR 9. GP 17; OGH 7 Ob 12/73 EvBl 1973/154; 8 Ob 525/92 JBl 1993, 453; *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB³ §§ 181, 181a ABGB Rz 5 (Stand 1. 1. 2003, rdb.at).

¹⁴⁵⁵ OGH 4 Ob 133/00p EvBl 2000/205 = ZfRV 2000/93.

¹⁴⁵⁶ Genauso im deutschen Recht; vgl *Hepting*, FamRZ 2001, 1573 (1574); *Katzenmeier*, FamRZ 2005, 1134 (1136).

¹⁴⁵⁷ OGH 9 Ob 98/06z EvBl 2007/11; *Verschraegen*, Anm zu OGH 9 Ob 68/06z, EF-Z 2007, 94 (96) geht mE zu Unrecht von einer planwidrigen Lücke aus, die vom OGH durch eine – von ihr hinterfragte – Analogie zu § 195 Abs 2 3. Fall ABGB geschlossen worden sei.

¹⁴⁵⁸ OGH 9 Ob 98/06z EF-Z 2007/59 (*Verschraegen*) = EvBl 2007/11; 4 Ob 148/11k EF-Z 2012/9 (*Höllwerth*).

¹⁴⁵⁹ OGH 24. 11. 1988, 8 Ob 662/88; 16. 2. 2006, 6 Ob 297/05b; RIS-Justiz RS0048768.

(§ 87 Abs 1 AußStrG).¹⁴⁶⁰ In der Lehre hält man die geschilderte Rechtslage im Ergebnis für sinnvoll, da eine Frist von sechs Monaten einerseits den leiblichen Eltern etwas Bedenkzeit gibt und andererseits verhindert, dass die Betreuung des Kindes zu oft wechselt.¹⁴⁶¹

Im Zusammenhang mit der Zustimmung zur Adoption nach einer anonymen Geburt kann sich jedoch folgendes Problem ergeben: Nach dem Sachverhalt der Entscheidung 9 Ob 68/06z beantragte eine Frau, die ihr Kind anonym geboren hatte, die Aufhebung der Adoption ihres Sohnes, weil sie sich vor und nach der Geburt in einer psychischen Ausnahmesituation befunden habe. Ihre Zustimmung zur anonymen Geburt und damit zu einer anschließenden Adoption sei durch das listige Verhalten einer Vertreterin des Jugendwohlfahrtsträgers veranlasst worden. Darüber hinaus sei ihre Geschäftsfähigkeit beeinträchtigt gewesen. Inhaltlich macht die Antragstellerin den Aufhebungsgrund des § 201 Abs 1 Z 1 ABGB geltend, wonach auch eine zustimmungsberechtigte Person die Aufhebung der Adoption beantragen kann, wenn sie ihre Zustimmung aufgrund von List oder Drohung abgegeben hat. Nach Ansicht des OGH ist sie dazu jedoch nicht antragslegitimiert, weil sie ihr Zustimmungsrecht gem § 195 Abs 2 ABGB verloren und daher keine Zustimmung iSd § 195 Abs 1 Z 1 ABGB abgegeben hat. Willensmängel bei der Zustimmung zur anonymen Geburt könnten sich nicht auf die Gültigkeit der Adoption auswirken, zumal die Gründe für den Widerruf oder die Aufhebung einer Adoption gem § 203 ABGB taxativ aufgezählt seien.¹⁴⁶²

ME liegt aber ein Verstoß gegen das Gleichheitsgebot vor, wenn man der leiblichen Mutter zugesteht, die Adoption wegen Willensmängeln bei der Zustimmung aufheben zu lassen, der anonym gebliebenen Mutter jedoch nicht. Auch das Privat- und Familienleben der anonymen Mutter wird dadurch verletzt, worin ein Verstoß gegen Art 8 EMRK liegt. Verfassungskonform wäre nur eine Interpretation des § 201 Abs 1 Z 1 ABGB, die die Zustimmung zur anonymen Geburt mit einschließt.¹⁴⁶³

Aus dem Gleichheitsgrundsatz ergibt sich, dass vergleichbare Sachverhalte gleich behandelt werden sollen. Differenzierungen sind erlaubt, wenn sie auf wesentlichen Unterschieden im Tatsächlichen beruhen.¹⁴⁶⁴ Wenn eine Mutter ihr Kind zur Adoption freigibt, hat sie im

¹⁴⁶⁰ OGH 4 Ob 148/11k EF-Z 2012/9 (*Höllwerth*) = JBl 2012, 46 = Zak 2011/727 = iFamZ 2012/10.

¹⁴⁶¹ *Höllwerth* in FS 200 Jahre ABGB II 1033 (1038 FN 31); mit dogmatischen Bedenken *Verschraegen*, Anm zu OGH 9 Ob 68/06z, EF-Z 2007/59.

¹⁴⁶² Allerdings werden davon auch vorsichtige Ausnahmen gemacht, siehe *Höllwerth* in *Schwimmann/Kodek I* § 203 ABGB Rz 4 mwN.

¹⁴⁶³ Vgl *Verschraegen*, Anm zu OGH 9 Ob 68/06z, EF-Z 2007/59, die zumindest die Frage nach der Verfassungsmäßigkeit des § 185a ABGB (heute § 203 ABGB) für berechtigt hält.

¹⁴⁶⁴ *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht¹¹ Rz 1357; *Pöschl* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, Handbuch VII/1² § 14 Rz 32 f; siehe S. 44 ff.

Adoptionsverfahren ein Zustimmungsrecht. Sie ist zur Aufhebung der Adoption antragslegitimiert, wenn ihre Zustimmung durch List oder Drohung zustande gekommen ist. Dagegen kann eine Frau, die ihr Kind anonym auf die Welt gebracht hat, zwar später noch ihr Zustimmungsrecht ausüben, aber einen Willensmangel bei der Zustimmung zur anonymen Geburt nicht geltend machen. Gerade in diesem Fall ist sie jedoch mindestens genauso schutzwürdig,¹⁴⁶⁵ weil sie sich idR tatsächlich in einer psychischen Ausnahmesituation befindet. Es ist durchaus denkbar, dass gerade die anonyme Mutter sich unter Zwang dafür entscheidet, anonym zu bleiben und ihr Kind wegzugeben. Das Kind kann schließlich auch gegen ihren Willen von einer dritten Person in die Babyklappe gelegt worden sein.¹⁴⁶⁶ Es ist daher mE sachlich nicht gerechtfertigt, einer anonym gebliebenen Mutter kein Antragsrecht auf Aufhebung der Adoption zuzugestehen, nur weil sie der Adoption nicht förmlich zugestimmt hat.

Die Frage, inwieweit die leibliche Mutter auf die Adoption ihres Kindes Einfluss nehmen kann, berührt darüber hinaus ihr durch Art 8 EMRK geschütztes Familienleben mit dem Kind, wenn das Kind entweder in eine bestehende Familienbeziehung hineingeboren wurde¹⁴⁶⁷ oder aufgrund der tatsächlichen Umstände nach der Geburt von einem Familienleben iSd Art 8 EMRK auszugehen ist.¹⁴⁶⁸ Bei einer anonymen Geburt mit sofortiger Weggabe des Kindes wird dies zwar nicht immer der Fall sein, ist aber im Einzelfall durchaus denkbar, zB wenn das Kind erst nach ein paar Wochen oder gar Monaten in einer Babyklappe abgegeben wird oder wenn vor der anonymen Geburt noch eine stabile Beziehung der leiblichen Eltern vorlag. Ist einmal ein Familienleben zwischen Eltern und Kindern entstanden, endet es nur unter außergewöhnlichen Umständen.¹⁴⁶⁹ Aus Art 8 EMRK ergibt sich auch die positive Verpflichtung eines Konventionsstaats, bestimmte verfahrensrechtliche Garantien bereitzustellen, damit sich die Betroffene in einem fairen Verfahren gegen eine Grundrechtsverletzung wehren kann.¹⁴⁷⁰

Darüber hinaus verlangt auch Art 5 Abs 1 lit a der Europäischen Konvention über die Adoption von Kindern,¹⁴⁷¹ die von Österreich ratifiziert wurde,¹⁴⁷² dass eine Adoption nur mit

¹⁴⁶⁵ So auch *Katzenmeier*, FamRZ 2005, 1134 (1136).

¹⁴⁶⁶ *Frank/Helms*, FamRZ 2001, 1340 (1343).

¹⁴⁶⁷ EGMR U 26. 5. 1994, *Keegan*, Nr. 16969/90 Z 44 f; *Wiederin* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, Handbuch VII/1² § 10 Rz 57; *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 22 Rz 17.

¹⁴⁶⁸ *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 22 Rz 18; EGMR U 28. 10. 1998, *Söderbäck*, Nr. 24484/94 Z 24.

¹⁴⁶⁹ EGMR U 19. 2. 1996, *Gül*, Nr. 23218/94 Z 32; EGMR U 24. 2. 1996, *Boughanemi*, Nr. 22070/93; EGMR U 21. 6. 1988, *Berrehab*, Nr. 10730/84 Z 21.

¹⁴⁷⁰ *Meyer-Ladewig/Nettesheim* in *Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer*, EMRK⁴ Art 8 Rz 3 mwN.

¹⁴⁷¹ BGBl III 1980/122.

¹⁴⁷² Vgl EGMR U 25. 1. 2007, *Eski*, Nr. 21949/03 Z 37.

Zustimmung der leiblichen Mutter bewilligt werden darf. Die zuständige Behörde darf von diesem Zustimmungserfordernis nicht absehen und die Verweigerung der Zustimmung nicht übergehen, außer in gesetzlich vorgesehenen Ausnahmefällen (Art 5 Abs 2 Europäische Konvention über die Adoption von Kindern).

Die Bewilligung einer Adoption ohne Zustimmung der leiblichen Eltern ist als Grundrechtsverletzung zu beurteilen, wenn die Voraussetzungen des Art 8 Abs 2 EMRK nicht erfüllt sind und keine sorgfältige Interessenabwägung stattgefunden hat.¹⁴⁷³ Die gesetzliche Grundlage für diesen Eingriff bildet § 195 Abs 2 ABGB. Als legitimes Ziel iSd Art 8 Abs 2 EMRK kommt insb der Schutz der Rechte und Freiheiten anderer in Betracht. Der OGH betont, dass es dem Kindeswohl dient, wenn das Kind möglichst bald endgültig in den Familienverband der Adoptiveltern eingegliedert wird.¹⁴⁷⁴ Zwischen dem Kind und seinen Adoptiveltern entsteht durch die rechtmäßige Adoption auch ein Familienleben, das den Schutz des Art 8 EMRK genießt¹⁴⁷⁵ und daher bei der Rechtfertigung eines Eingriffs in das Familienleben der leiblichen Mutter jedenfalls zu berücksichtigen ist.

Wenn das Kindeswohl jedoch in allen Fällen schwerer wiegen würde als das Interesse der leiblichen Eltern, das Kind zurückzuholen, weil die Adoption aufgrund des Willensmangels gar nicht hätte bewilligt werden dürfen, hätte der Gesetzgeber einen solchen Aufhebungsgrund gar nicht vorsehen müssen. Auch andere Zustimmungsberechtigte können sich gem § 201 Abs 1 Z 1 ABGB zur Aufhebung der Adoption auf das Vorliegen eines Willensmangels berufen. Die anonyme Mutter von der Geltendmachung dieses Aufhebungsgrundes auszuschließen, steht daher in keinem angemessenen Verhältnis zum Schutz der Adoptiveltern. Im Ergebnis verletzt die Bewilligung der Adoption ohne Zustimmung der leiblichen Mutter Art 8 EMRK, wenn diese durch List oder Drohung zur Entscheidung für eine anonyme Geburt veranlasst wurde. Der Gesetzgeber ist verpflichtet, auch anonymen Müttern die Aufhebung der Adoption wegen Willensmängeln bei der Zustimmung zur anonymen Geburt zu ermöglichen. Nur so entspricht der Staat den sich aus

¹⁴⁷³ EGMR U 25. 1. 2007, *Eski*, Nr. 21949/03 Z 34 ff ÖJZ 2007/14 prüft die Ersetzung der Zustimmung gem § 181 Abs 3 ABGB aF auf ihre Vereinbarkeit mit Art 8 EMRK; vgl auch EGMR U 28. 10. 1998, *Söderbäck*, Nr. 24484/94 Z 25 f. In beiden Urteilen wurde jedoch keine Verletzung von Art 8 EMRK festgestellt, da die Gerichte im Adoptionsverfahren eine sorgfältige Interessenabwägung durchgeführt hatten und die Adoption in beiden Fällen eindeutig im Sinne des Kindeswohls war.

¹⁴⁷⁴ OGH 9 Ob 98/06z EF-Z 2007/59 (*Verschraegen*) = EvBl 2007/11.

¹⁴⁷⁵ *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 22 Rz 17 mwN; *Wiederin* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, Handbuch VII/1² § 10 Rz 57; *Wildhaber* in *Pabel/Schmahl*, IntKommEMRK² Art 8 Rz 379; *Brötel*, FamRZ 1995, 72 (77).

Art 8 EMRK ergebenden positiven Verpflichtungen, ein wirksames Verfahren zur Verfügung zu stellen, um einen Grundrechtseingriff zu beenden oder rückgängig zu machen.¹⁴⁷⁶

Allerdings könnte man dieses Ergebnis schon *de lege lata* durch eine verfassungskonforme Interpretation des § 201 Abs 1 Z 1 ABGB erreichen.¹⁴⁷⁷ Dieser Aufhebungsgrund ist dann erfüllt, wenn die Erklärung ua eines Zustimmungsberechtigten durch einen Willensmangel veranlasst worden ist. Gemeint ist damit die formgerechte Zustimmung (§ 86 AußStrG) gem § 195 Abs 1 Z 1 ABGB. Wie bereits erörtert, gibt eine Frau, die ein Kind anonym zur Welt bringt, keine solche Zustimmung ab. Die Zustimmung zur anonymen Geburt ist kein Verzicht auf die rechtliche Mutterschaft zum Kind und daher weder ein Verzicht auf familienrechtliche Ansprüche noch auf das Zustimmungsrecht zur Adoption, das die Mutter ja nach der Rechtsprechung noch ausüben kann.¹⁴⁷⁸ Man könnte daher annehmen, dass es sich gar nicht um eine Willenserklärung handelt, sondern um ein rein faktisches Abtauchen unter den Deckmantel der Anonymität, das in der Folge auch nicht wegen Willensmängeln angefochten werden könnte.

Allerdings beinhaltet die Zustimmung, anonym zu bleiben, auch eine Zustimmung zur Weggabe des Kindes und implizit auch die Zustimmung zu einer späteren Adoption.¹⁴⁷⁹ Da § 201 Abs 1 Z 1 ABGB nur von der „Erklärung“ eines Zustimmungsberechtigten spricht, könnte man die – wenn auch formlose und vor Beginn des Bewilligungsverfahrens abgegebene – Erklärung der Frau, anonym zu bleiben und ihr Kind zur Adoption freizugeben, unter diesen Begriff subsumieren. Verfassungsrechtlich ist diese Interpretation mE geboten.

Im Ergebnis kann eine Frau, die durch List oder Drohung dazu veranlasst wird, einer anonymen Geburt zuzustimmen, binnen eines Jahres nach Entdeckung der Täuschung oder Wegfall der Zwangslage die Aufhebung der Adoption begehren. Das Kindeswohl ist dadurch mE nicht auf unzulässige Weise beeinträchtigt, da die Frist von einem Jahr ausreichend kurz ist und verhindert, dass die leibliche Mutter, wie vom OGH befürchtet, „noch Jahre nach einer anonymen Geburt die Wirksamkeit der Adoption in Frage stellen könnte [...]“.¹⁴⁸⁰

b. Zustimmung des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters

¹⁴⁷⁶ Grabenwarter/Pabel, EMRK⁶ § 19 Rz 11.

¹⁴⁷⁷ Zur Effektuierung positiver Gewährleistungspflichten im Wege verfassungskonformer Interpretation *Kucsko-Stadlmayer* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, Handbuch VII/1² § 3 Rz 60.

¹⁴⁷⁸ OGH 9 Ob 98/06z EF-Z 2007/59 (*Verschraegen*) = EvBl 2007/11; 4 Ob 148/11k EF-Z 2012/9 (*Höllwerth*) = JBl 2012, 46 = Zak 2011/727 = iFamZ 2012/10.

¹⁴⁷⁹ So auch *Frank/Helms*, FamRZ 2001, 1340 (1343); *Hepting*, FamRZ 2001, 1573 (1582).

¹⁴⁸⁰ OGH 9 Ob 98/06z EF-Z 2007/59 (*Verschraegen*) = EvBl 2007/11.

Wenn die Mutter bei der Geburt anonym bleibt oder das Kind in einer Babyklappe abgibt, wird das Adoptionsverfahren idR nicht nur ohne ihre Mitwirkung, sondern meist auch ohne Wissen und Beteiligung des leiblichen Vaters geführt. Dieser kann sein Zustimmungsrecht gem § 195 Abs 1 Z 1 ABGB nicht ausüben, wenn er von der Existenz des Kindes und vom anhängigen Adoptionsverfahren keine Kenntnis hat.¹⁴⁸¹ Das Gericht hat auch zur Erforschung der Identität des Vaters geeignete Erhebungen durchzuführen¹⁴⁸² und darf die Adoption erst bewilligen, wenn der leibliche Vater nicht innerhalb von sechs Monaten gefunden wird: Gem § 195 Abs 2 3. Fall ABGB entfällt sein Zustimmungsrecht, wenn seine Identität und damit sein Aufenthalt seit sechs Monaten unbekannt sind.¹⁴⁸³

Der KJHT ist als gesetzlicher Vertreter des Kindes¹⁴⁸⁴ gem § 149 Abs 1 ABGB verpflichtet, die Feststellung der Vaterschaft zu betreiben. Dies gilt mE auch bei einer bevorstehenden Adoption, damit dem leiblichen Vater möglichst die Gelegenheit gegeben wird, eine Adoption zu verhindern und die Obsorge für sein leibliches Kind zu übernehmen. Auch nach dem Erlass „Babynest und anonyme Geburt“ ist der KJHT verpflichtet, den leiblichen Eltern – dh vor allem der Mutter, aber nach Möglichkeit auch dem Vater – Informationen über die Identität des Kindes zur Verfügung zu stellen, damit diese das Kind vor Gericht für sich beanspruchen können.¹⁴⁸⁵

Es soll daher überprüft werden, ob die Rechtsposition des leiblichen Vaters eines anonym geborenen Kindes im Adoptionsverfahren im Einklang mit den Grundrechten steht. Aufschlussreich ist in diesem Zusammenhang das Urteil *Keegan*: Darin entschied der EGMR, dass das durch Art 8 EMRK geschützte Familienleben des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters verletzt wird, wenn sein Kind ohne seine Zustimmung bei potentiellen Adoptiveltern untergebracht wird.¹⁴⁸⁶ Im Zusammenhang mit einem Adoptionsverfahren kommt die verfahrensrechtliche Seite des Rechts auf Achtung des Familienlebens zum Tragen, wonach die nach Art 8 EMRK geschützten Interessen bei der Verfahrensgestaltung angemessen zu berücksichtigen sind.¹⁴⁸⁷ Ebenso liegt eine Verletzung von Art 6 Abs 1 EMRK vor, wenn dem

¹⁴⁸¹ *Verschraegen*, Anm zu OGH 2 Ob 129/06v, EF-Z 2007/57; *Fucik* in *Deixler-Hübner/Fucik/Huber*, Kindschaftsrecht § 149 ABGB; *R. Frank*, Die Adoption eines nichtehelichen Kindes mit unbekanntem Vater, FamRZ 2017, 497 (502); *Fahrenhorst*, Familienrecht und EMRK 358 f; zum Schweigerecht siehe S. 114 ff.

¹⁴⁸² Vgl 4 Ob 133/00p EvBl 2000/205 = ZfRV 2000/93; *Barth* in *Klang*³ § 181 Rz 18.

¹⁴⁸³ OGH 9 Ob 98/06z EvBl 2007/11; 4 Ob 148/11k EF-Z 2012/9 (*Höllwerth*).

¹⁴⁸⁴ Siehe S. 132.

¹⁴⁸⁵ Erlass vom 27. 7. 2001, JABl 2001/36 Punkt 2.6.2.

¹⁴⁸⁶ EGMR U 26. 5. 1994, *Keegan*, Nr. 16969/90 ÖJZ 1995, 70; dazu ausführlich *Brötel*, FamRZ 1995, 72; EKMR 8. 10. 1982, *X gegen Großbritannien*, Nr. 9966/82 EuGRZ 1983, 424; vgl auch EGMR U 7. 8. 1996, *Johansen*, Nr. 17383/90.

¹⁴⁸⁷ *B. Rudolf*, EuGRZ 1995, 110 (112 f).

leiblichen Vater im Adoptionsverfahren kein ausreichendes rechtliches Gehör gewährt wird.¹⁴⁸⁸ Zum Schutz der Grundrechte des leiblichen Vaters trifft den Gesetzgeber daher eine positive Verpflichtung, das Adoptionsverfahren so zu gestalten, dass die Interessen des leiblichen Vaters trotz aller faktischen Hindernisse möglichst berücksichtigt werden.¹⁴⁸⁹

Zu bedenken ist, dass zwischen dem leiblichen Vater und seinem Kind nicht immer ein Familienleben iSd Art 8 EMRK bestehen wird, wenn die Mutter das Kind anonym geboren und zur Adoption freigegeben hat. Dem Urteil *Keegan* lag der Sachverhalt zugrunde, dass die leiblichen Eltern die Schwangerschaft und auch eine künftige Hochzeit geplant hatten, die Beziehung jedoch zerbrach, kurz nachdem die Frau schwanger geworden war. Diese traf ohne Wissen und Willen des leiblichen Vaters Vorkehrungen zur Adoption des Kindes.¹⁴⁹⁰ Für den EGMR lag der Grund für die Annahme eines Familienlebens zwischen Vater und Kind vor allem in der vorangegangenen Beziehung der Eltern und weniger im tatsächlichen Kontakt mit dem Kind, der kaum stattgefunden hatte.¹⁴⁹¹ Derartige Umstände sind auch im Zusammenhang mit einer anonymen Geburt oder einer Abgabe im Babynest denkbar. Wenn offenkundig ein starkes Interesse des leiblichen Vaters am Kind besteht, kann auch aufgrund dieser Absicht ein Familienleben als „intended family life“ bestehen.¹⁴⁹² Darüber hinaus betrifft die Tatsache, ein leibliches Kind zu haben, einen wichtigen Aspekt der persönlichen Identität, weswegen die Mitwirkung des leiblichen Vaters an der Adoption seines Kindes auch in den Schutzbereich des Privatlebens fällt.¹⁴⁹³

Da der leibliche Vater eines anonym geborenen Kindes sich auf Art 8 EMRK berufen kann, ist die Rechtslage vor Bewilligung der Adoption des Kindes an Art 8 Abs 2 EMRK zu messen.¹⁴⁹⁴ Darüber hinaus ist das Recht des Vaters auf rechtliches Gehör zu beachten, das aus dem Recht auf ein faires Verfahren (Art 6 Abs 1 EMRK) abgeleitet wird. Das größte Hindernis für eine Beteiligung des leiblichen Vaters am Adoptionsverfahren wird insb nach einer anonymen Geburt das Schweigerecht der Mutter (§ 149 Abs 1 ABGB)¹⁴⁹⁵ bzw ihr

¹⁴⁸⁸ EGMR U 26. 5. 1994, *Keegan*, Nr. 16969/90 Z 59 f; *Brötel*, FamRZ 1995, 72 (76 ff).

¹⁴⁸⁹ *Brötel*, FamRZ 1995, 71 (77 f); vgl auch *Nademleinsky* in *Schwimann*, ABGB Taschenkommentar³ § 195 Rz 2.

¹⁴⁹⁰ EGMR U 26. 5. 1994, *Keegan*, Nr. 16969/90 Z 6 f.

¹⁴⁹¹ EGMR U 26. 5. 1994, *Keegan*, Nr. 16969/90 Z 6, 45.

¹⁴⁹² EGMR U 21. 12. 2010, *Anayo*, Nr. 20578/07 EF-Z 2011/34 (*Nademleinsky*) = FamRZ 2011, 1363 (*Rixe*) = NJW 2011, 3565; EGMR U 15. 9. 2011, *Schneider*, Nr. 17080/07 NJW 2012, 2781; *Czech*, Fortpflanzungsfreiheit 67 f; siehe oben S. 57, 65.

¹⁴⁹³ *Czech*, Fortpflanzungsfreiheit 69; in anderem Zusammenhang *Wellenhofer*, FamRZ 2012, 828 (830); EGMR U 22. 3. 2012, *Kautzor*, Nr. 23338/09 Z 63; EGMR U 21. 12. 2010, *Anayo*, Nr. 20578/07 Z 58; EGMR E 29. 6. 1999, *Nylund*, Nr. 27110/95.

¹⁴⁹⁴ *Meyer-Ladewig/Nettesheim* in *Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer*, EMRK⁴ Art 8 Rz 63 mwN.

¹⁴⁹⁵ Zur Verfassungswidrigkeit dieser Bestimmung siehe oben S. 128 ff.

faktisches Schweigen sein. Um die dadurch verursachte Benachteiligung des leiblichen Vaters auszugleichen, ist es mE verfassungsrechtlich geboten, ihn durch den KJHT im Rahmen des Möglichen und Zumutbaren vom Adoptionsverfahren in Kenntnis zu setzen.¹⁴⁹⁶

Auch die Einhaltung einer sechsmonatigen Frist gem § 195 Abs 2 3. Fall ABGB bis zur Bewilligung der Adoption trifft mE einen angemessenen Ausgleich zwischen dem Interesse des Kindes an einer baldigen Adoption und dem Interesse der leiblichen Eltern, ihr Kind doch noch zurückzuholen. Diese Interessenabwägung entspricht auch den Kriterien der Verhältnismäßigkeitsprüfung nach Art 8 Abs 2 EMRK, da der weitgehende Verlust der durch Art 8 EMRK geschützten Familienbeziehung zum Kind eine gewisse Bedenkzeit rechtfertigt,¹⁴⁹⁷ andererseits erfordert das Wohl des Kindes eine schnelle Entscheidung und eine endgültige Eingliederung in einen Familienverband, auch wenn sich dies zu Lasten der leiblichen Eltern auswirkt.¹⁴⁹⁸

Problematisch ist allerdings, dass der leibliche Vater gerade ein anonym geborenes Kind häufig nicht anerkannt hat und somit (noch) nicht als dessen rechtlicher Vater gilt. Nach hM hat der leibliche Vater jedoch erst dann ein Zustimmungsrecht gem § 195 Abs 1 Z 1 ABGB, wenn seine Vaterschaft anerkannt oder gerichtlich festgestellt ist.¹⁴⁹⁹ Dadurch besteht das Risiko, dass das Gericht die Adoption bewilligt, bevor der leibliche Vater die rechtliche Vaterschaft erlangt.¹⁵⁰⁰ Auch wenn die Abgabe eines Anerkenntnisses idR kein langwieriges Verfahren nach sich zieht, spielt der Faktor Zeit im Zusammenhang mit der Adoption eines Kleinkindes doch eine entscheidende Rolle.¹⁵⁰¹

§ 195 ABGB nennt als Zustimmungsberechtigte die „Eltern“, womit in der Rechtsordnung im Allgemeinen die rechtlichen Eltern gemeint sind.¹⁵⁰² Im Hinblick auf den weiten Familienbegriff des Art 8 EMRK¹⁵⁰³ müsste man den Begriff „Eltern“ im Adoptionsrecht weiter verstehen und auch die biologischen, aber nicht rechtlichen Eltern als Parteien und

¹⁴⁹⁶ So auch der Erlass vom 27. 7. 2001, JABl 2001/36 Punkt 2.6.2, der den KJHT grundsätzlich zur Gewährung von Informationen an beide Eltern verpflichtet.

¹⁴⁹⁷ So auch OGH 4 Ob 148/11k EF-Z 2012/9 (*Höllwerth*).

¹⁴⁹⁸ *Brötel*, FamRZ 1995, 72 (77); EGMR U 26. 5. 1994, *Keegan*, Nr. 16969/90 Z 59.

¹⁴⁹⁹ *Nademleinsky* in *Schwimmann*, ABGB Taschenkommentar³ § 195 Rz 2.

¹⁵⁰⁰ Vgl EGMR U 26. 5. 1994, *Keegan*, Nr. 16969/90 Z 59.

¹⁵⁰¹ *Brötel*, FamRZ 1995, 72 (77).

¹⁵⁰² Vgl Art 5 Abs 5 Europäische Konvention über die Adoption von Kindern (BGBl III 1980/122), wonach die Bestimmungen der Konvention sich ausdrücklich auf die rechtlichen Eltern beziehen.

¹⁵⁰³ *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 22 Rz 16 ff; *Meyer-Ladewig/Nettesheim* in *Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer*, EMRK⁴ Art 8 Rz 56.

Zustimmungsberechtigte ins Adoptionsverfahren einbeziehen.¹⁵⁰⁴ Implizit tut der OGH das auch, wenn er ausdrücklich den Eltern – nicht nur der Mutter, die nach hA immer auch rechtliche Mutter ist¹⁵⁰⁵ – in 9 Ob 68/06z das Zustimmungsrecht wegen des unbekanntem Aufenthalts verwehrt, aber grundsätzlich von einem Zustimmungsrecht ausgeht, obwohl der leibliche Vater sein anonym geborenes Kind wohl nicht anerkannt haben wird.

Eine verfassungskonforme Interpretation verlangt, dass eine Norm unter der Verfassungsstufe im Rahmen der Auslegung so zu interpretieren ist, dass sie mit einer Norm im Verfassungsrang nicht im Widerspruch steht.¹⁵⁰⁶ Nach der Wortinterpretation können unter „Eltern“ iSd § 195 ABGB und anderen Bestimmungen des Adoptionsrechts auch die leiblichen, nicht rechtlichen Eltern zu verstehen sein, zumal im Adoptionsrecht an verschiedenen Stellen von den „leiblichen Eltern“ die Rede ist (zB §§ 194, 198, 199 ABGB). Interpretiert man den Begriff der Eltern im Adoptionsrecht so, dass man darunter nur die rechtlichen Eltern versteht, würde insb § 195 ABGB mE den Erfordernissen des Art 8 EMRK widersprechen: Denn nach dieser Verfassungsbestimmung und deren Auslegung durch den EGMR haben auch die leiblichen, nicht rechtlichen Eltern unabhängig von einem formalen Anerkenntnis ein Recht auf Achtung ihres Familienlebens mit dem Kind,¹⁵⁰⁷ sofern die übrigen Kriterien für das Bestehen eines Familienlebens iSd Art 8 EMRK vorliegen.¹⁵⁰⁸ Wenn es dem KJHT faktisch gelingt, auch den leiblichen Vater innerhalb der sechs Monate vor der Bewilligung der Adoption zu kontaktieren, hat dieser im Ergebnis ein Zustimmungsrecht gem § 195 Abs 1 Z 1 ABGB unabhängig davon, ob er das Kind bereits anerkannt hat.¹⁵⁰⁹

¹⁵⁰⁴ So *Löhnig/Riege*, FamRZ 2015, 9 (10 f) zum deutschen Recht (allerdings vor dem Hintergrund des § 1686a BGB); aA *Barth/Neumayr* in Klang³ § 181 ABGB Rz 4; *B. Rudolf*, EuGRZ 1995, 110 (112).

¹⁵⁰⁵ Siehe S. 3 f, 150 ff.

¹⁵⁰⁶ *F. Bydlinski*, Methodenlehre² 455 f.

¹⁵⁰⁷ Vgl EGMR U 24. 2. 1996, *Boughanemi*, Nr. 22070/93 Z 35; EGMR U 26. 5. 1994, *Keegan*, Nr. 16969/90 Z 44 f; *B. Rudolf*, EuGRZ 1995, 110 (111); *Meyer-Ladewig/Nettesheim* in *Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer*, EMRK⁴ Art 8 Rz 54; *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 22 Rz 17 f.

¹⁵⁰⁸ Zu denken ist in diesem Zusammenhang insb an die Geburt des Kindes während einer aufrechten Beziehung der Eltern (siehe S. 23 f) oder an das Bestehen von „intended family life“ (vgl dazu S. 57, 65).

¹⁵⁰⁹ Vgl auch *Nademleinsky* in *Schwimmann*, ABGB Taschenkommentar³ § 195 Rz 2.

3. Kapitel: Medizinisch unterstützte Fortpflanzung

I. Einleitung

Die rasanten Entwicklungen in der Fortpflanzungsmedizin während der letzten Jahrzehnte haben die Rechtsordnung vor vielfältige neue Herausforderungen gestellt. Drei große Themenkomplexe waren besonders umstritten:¹⁵¹⁰ Erstens wurde die Frage, welche Fortpflanzungsmethoden für welche Personengruppe erlaubt und welche verboten sein sollen, in Lehre und Rechtsprechung heftig diskutiert. Einige entscheidende Fragen in diesem Zusammenhang wurden jedoch in den letzten Jahren durch eine Reihe höchstgerichtlicher Entscheidungen und dadurch angestoßener Reformen geklärt.¹⁵¹¹ Zweitens bleibt der Umgang mit *in vitro* erzeugten Embryonen ein in ethischer und rechtlicher Hinsicht kontroverses Problem.¹⁵¹² Der dritte Themenkomplex betrifft die abstammungsrechtliche Regelung von Konstellationen, bei denen aufgrund der Zeugung eines Kindes durch medizinisch unterstützte Fortpflanzung die genetische und die angestrebte rechtliche und soziale Elternschaft auseinanderfallen.¹⁵¹³ Dies ist bei der heterologen Insemination oder IVF mit dem Samen eines dritten Spenders, bei der Eizellenspende und bei der nach wie vor verbotenen Leihmutterschaft (§ 3 Abs 3 FMedG)¹⁵¹⁴ der Fall.¹⁵¹⁵ Im Folgenden sollen daher vor allem die abstammungsrechtlichen Besonderheiten im Zusammenhang mit der medizinisch unterstützten Fortpflanzung diskutiert werden. Nur die Leihmutterschaft soll in dieser Arbeit nicht näher behandelt werden, da sie aufgrund ihres Verbots im österreichischen Recht in der Praxis hauptsächlich in Fällen mit Auslandsberührung vorkommt und das internationale Privatrecht nicht Gegenstand dieser Arbeit ist.¹⁵¹⁶

A. Entwicklung des FMedG

¹⁵¹⁰ Wendehorst in *Bockenheimer-Lucius/Thorn/Wendehorst*, Umwege 103 (104 f).

¹⁵¹¹ Siehe sogleich S. 169 ff.

¹⁵¹² Wendehorst in *Bockenheimer-Lucius/Thorn/Wendehorst*, Umwege 104; vgl. Bioethikkommission, Stellungnahme „Reform des Fortpflanzungsmedizinrechts“ vom 2. 7. 2012, 27 f, 36, 55 f, 66.

¹⁵¹³ Bernat in Bernat, Reproduktionsmedizin 161; Lurger in Bernat, Reproduktionsmedizin 108; M. Steininger, Reproduktionsmedizin Rz 1/20.

¹⁵¹⁴ Die Vermittlung von Leihmüttern ist darüber hinaus gem § 16 Abs 2 Z 3 iVm § 22 Abs 1 Z 4 FMedG als Verwaltungsübertretung strafbar; siehe dazu Eder-Rieder, EF-Z 2016, 127 (130).

¹⁵¹⁵ Zur Terminologie siehe ua Erlebach in Barth/Erlebach, Handbuch 213 (215 f); Wendehorst in *Bockenheimer-Lucius/Thorn/Wendehorst*, Umwege 105; Bernat in Bernat, Lebensbeginn 125 (126); derselbe, Rechtsfragen 81.

¹⁵¹⁶ Ausführlich zur Leihmutterschaft Vidmar, Zivil- und verwaltungsrechtliche Aspekte der Leihmutterschaft (2017).

In der Stammfassung des FMedG¹⁵¹⁷ wurde die Nutzung der Methoden der medizinisch unterstützten Fortpflanzung nicht nur Ehegatten, sondern auch Lebensgefährten ermöglicht (§ 2 Abs 1 FMedG aF).¹⁵¹⁸ Als einzige nicht homologe – dh nicht ausschließlich mit den eigenen Keimzellen des Paares durchgeführte – Methode erlaubte das FMedG die heterologe Insemination der Frau mit dem Samen eines dritten Spenders (§§ 1 Abs 2 Z 1 iVm 3 Abs 2 FMedG aF). Dagegen waren die In-vitro-Fertilisation (IVF) mit Spendersamen, die Eizellenspende und die Leihmutterchaft verboten (§ 3 Abs 2, 3 FMedG aF).¹⁵¹⁹ Aufgrund der vergleichbaren Interessen eines zeugungsunfähigen Mannes und einer Frau, die keine eigenen Eizellen produzieren kann, aber ein Kind austragen könnte, wurde das Verbot der Eizellenspende schon früh kritisiert.¹⁵²⁰ Dass die heterologe IVF verboten, die heterologe Insemination aber erlaubt war, wurde in der Lehre umso mehr als gleichheitswidrige Differenzierung betrachtet.¹⁵²¹

Die Verbote der Eizellenspende und der heterologen IVF wurden vom VfGH im Jahr 1999 auf ihre Vereinbarkeit mit Art 8 und 12 EMRK und dem Gleichheitssatz geprüft und für verfassungskonform erklärt.¹⁵²² Das Verbot der Eizellenspende wurde mit dem Gesetzesvorbehalt des Art 8 Abs 2 EMRK gerechtfertigt,¹⁵²³ da das Kindeswohl durch die gespaltenen Mutterschaftsverhältnisse berührt werde¹⁵²⁴ und die Regelung daher legitimen Zielen diene. Aufgrund der Rechtfertigung des Eingriffs in Art 8 EMRK verstieß das Verbot auch nicht gegen den Gleichheitssatz.¹⁵²⁵ Eine Gleichbehandlung der Insemination *in vivo* und der IVF bezüglich der Verwendung von Samen eines dritten Spenders wurde aufgrund einer befürchteten Akkumulierung der Gefahren beider Methoden abgelehnt, wobei der Gerichtshof offen ließ, worin genau diese akkumulierten Gefahren bestehen sollen.¹⁵²⁶

¹⁵¹⁷ BGBl 1992/275; siehe dazu *Bernat*, Das Fortpflanzungsmedizingesetz – ein erster Tour d’Horizon, JAP 1992/1993, 38; *Pichler*, ÖA 1993, 53; *Schwimann*, Neues Fortpflanzungsmedizinrecht in Österreich, StAZ 1993, 169.

¹⁵¹⁸ ErläutRV 216 BlgNR 18. GP 15 f; kritisch *Memmer*, JBl 1993, 297.

¹⁵¹⁹ ErläutRV 216 BlgNR 18. GP 16 f.

¹⁵²⁰ Mit verfassungsrechtlichen Bedenken *Bernat* in *Bernat*, Das Recht der medizinisch assistierten Zeugung 1990 – eine vergleichende Bestandsaufnahme, in *Bernat* (Hrsg), Fortpflanzungsmedizin. Wertung und Gesetzgebung (1991) 65 (84 f); *Schwimann*, StAZ 1993, 169 (171); vgl auch die Empfehlung der Bioethikkommission, Stellungnahme vom 2. 7. 2012, 23 ff, 45.

¹⁵²¹ *Bernat* in *Bernat*, Fortpflanzungsmedizin 65 (81 f); *Novak* in *Bernat*, Reproduktionsmedizin 61 (71 f); *M. Steininger*, Reproduktionsmedizin Rz 2/14 mwN; Bioethikkommission, Stellungnahme vom 2. 7. 2012, 23 ff, 45.

¹⁵²² VfGH G 91/98, G 116/98 VfSlg 15.632 = JBl 2000, 228.

¹⁵²³ VfGH G 91/98, G 116/98 VfSlg 15.632.

¹⁵²⁴ So auch die Begründung des Gesetzgebers: ErläutRV 216 BlgNR 18. GP 16 f.

¹⁵²⁵ VfGH G 91/98, G 116/98 VfSlg 15.632.

¹⁵²⁶ VfGH G 91/98, G 116/98 VfSlg 15.632.

Dagegen entschied der EGMR in seinem Urteil *S.H. gegen Österreich* zunächst, dass das Verbot des heterologen Embryotransfers nach Eizellenspende und das Verbot der heterologen IVF gegen Art 14 iVm Art 8 EMRK verstoßen.¹⁵²⁷ Diese Entscheidung revidierte der Gerichtshof jedoch anschließend in der Großen Kammer, indem er die Grundrechtsverletzung retrospektiv prüfte und bezogen auf die Verhältnisse im Jahr 1999 weder eine Verletzung von Art 8 EMRK noch von Art 14 iVm Art 8 EMRK feststellte.¹⁵²⁸ Dabei legte der EGMR einen weiten Beurteilungsspielraum zugrunde¹⁵²⁹ und folgte im Großen und Ganzen der Argumentation des VfGH.¹⁵³⁰

Mit der Einführung des EPG wurde in § 2 Abs 1 FMedG klargestellt, dass Lebensgefährten verschiedengeschlechtlich sein müssen, um eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung in Anspruch nehmen zu können.¹⁵³¹ Daraufhin stellte der OGH einen Antrag gem Art 89 Abs 2 B-VG an den VfGH, um die Vereinbarkeit dieser Bestimmung mit Art 14 iVm Art 8 EMRK überprüfen zu lassen.¹⁵³² Nachdem der VfGH den Gesetzesprüfungsantrag aufgrund des zu engen Anfechtungsumfangs zurückgewiesen hatte,¹⁵³³ versuchte der OGH es wieder.¹⁵³⁴ Erfolgreich waren diese Bemühungen schließlich im Jahr 2013, als der VfGH die angefochtenen Bestimmungen mit Ablauf des 31. 12. 2014 als verfassungswidrig aufhob.¹⁵³⁵ Da mit dem Außerkrafttreten der verfassungswidrigen Bestimmungen insb auch das Subsidiaritätsprinzip außer Kraft getreten wäre, wurde eine Reform notwendig: Ansonsten hätten alle Paare unabhängig von ihrer Zeugungsfähigkeit Zugang zu allen – auch heterologen – Formen medizinisch unterstützter Fortpflanzung gehabt.¹⁵³⁶ Dadurch entstand eine Situation, in der die Vertreter unterschiedlicher Auffassungen in einigen kontroversen Fragen des Fortpflanzungsmedizinrechts einen Kompromiss erzielen mussten.¹⁵³⁷

¹⁵²⁷ EGMR U 1. 4. 2010, *S.H. ua gegen Österreich*, Nr. 57813/2000 RdM 2010/88 (*Kopetzki*).

¹⁵²⁸ EGMR U 3. 11. 2011, *S.H. ua gegen Österreich*, Nr. 57813/2000 (Große Kammer) EF-Z 2012/7 (*Bernat*) = RdM 2012/53 (*Pöschl*).

¹⁵²⁹ Kritisch *Pöschl*, Anm zu EGMR U 3. 11. 2011, *S.H. ua gegen Österreich*, Nr. 57813/2000 (Große Kammer), RdM 2012/53; Bioethikkommission, Stellungnahme vom 2. 7. 2012, 26 f.

¹⁵³⁰ *Bernat*, Anm zu EGMR U 3. 11. 2011, *S.H. ua gegen Österreich*, Nr. 57813/2000 (Große Kammer), EF-Z 2012/7.

¹⁵³¹ BGBI I 2009/35.

¹⁵³² OGH 3 Ob 147/10d RdM 2011/81 (*Bernat*) = iFamZ 2011/91 = EF-Z 2011/84 = Zak 2011/261.

¹⁵³³ VfGH G 14/10 ua VfSlg 19.674 = RdM-LS 2013/13 (*Kopetzki*) = iFamZ 2013/2 = Zak 2012/778 = ZTR 2013, 71.

¹⁵³⁴ OGH 3 Ob 224/12f RdM 2013/75 (*Bernat*) = iFamZ 2013/34 (*Pesendorfer*) = Zak 2013/39.

¹⁵³⁵ VfGH G 16/2013, G 44/2013 EF-Z 2014/38 = RdM 2014/77 (*Kopetzki*) = iFamZ 2014/3 (*Meinl*); siehe dazu auch *Bernat*, EF-Z 2015, 60.

¹⁵³⁶ *Ferrari*, Neue Möglichkeiten der Elternschaft für gleichgeschlechtliche Paare in Österreich, FamRZ 2014, 1512; *Fischer-Czermak*, EF-Z 2014, 61; *Voithofer/Flatscher-Thöni*, iFamZ 2014, 54; *Wendehorst*, Das legislatorische Trägheitsprinzip und das FMedG, RdM 2014, 302.

¹⁵³⁷ *Wendehorst*, RdM 2014, 302; *dieselbe*, iFamZ 2015, 4.

Mit dem am 24. 2. 2015 in Kraft getretenen FMedRÄG 2015¹⁵³⁸ wurde der Anwendungsbereich des FMedG zur Herstellung einer verfassungskonformen Rechtslage auf weibliche gleichgeschlechtliche Paare erweitert (§ 2 Abs 1, Abs 2 Z 3 FMedG nF). Darüber hinaus wurden auch die Eizellenspende und die IVF mit Spendersamen erlaubt (§ 3 Abs 2, 3 FMedG nF).¹⁵³⁹ Damit wurde ausdrücklich der Argumentation des EGMR Rechnung getragen,¹⁵⁴⁰ der in *S.H. gegen Österreich* eine Verengung des Ermessensspielraums der Konventionsstaaten in dieser Frage in Aussicht gestellt hat.¹⁵⁴¹ Auch die Präimplantationsdiagnostik (PID) wurde mit dieser Novelle unter bestimmten Voraussetzungen erlaubt (§ 2a FMedG nF).¹⁵⁴²

B. Grundrecht auf Fortpflanzung mit medizinischer Unterstützung?

Bei der Erforschung der Grundrechtskonformität des FMedG stellt sich primär die Frage, ob Personen, die sich mithilfe der Fortpflanzungsmedizin ihren Wunsch nach einem Kind erfüllen möchten, dafür den Schutz der Grundrechte genießen. Das Recht auf Achtung des Familienlebens gem Art 8 EMRK setzt grundsätzlich eine bestehende Familie voraus.¹⁵⁴³ Aus diesem Grund sprach der EGMR immer wieder aus, dass sich aus diesem Grundrecht kein Recht auf Familiengründung ableiten lasse.¹⁵⁴⁴

Ausdrücklich normiert ist das „Recht, eine Ehe einzugehen und eine Familie zu gründen“ in Art 12 EMRK. Auch der Gesetzgeber des FMedG 1992 leitet daraus ein Recht zur Fortpflanzung ab.¹⁵⁴⁵ Nach der bisher hA sind jedoch nur verschiedengeschlechtliche

¹⁵³⁸ FMedRÄG 2015, BGBl I 2015/35; siehe dazu *Wendehorst*, iFamZ 2015, 4; *Ofner*, Neues Fortpflanzungsmedizinrecht, ZfRV 2014, 241; *Mauernböck*, Das neue Fortpflanzungsmedizinrecht, ZTR 2015, 107; *Bernat*, Das Recht der Fortpflanzungsmedizin im Wandel, JAP 2015/2016, 45; *Merckens*, FMedRÄG 2015: Zur Reform des Fortpflanzungsmedizingesetzes, RdM 2016, 54; *Eder-Rieder*, Medizinisch unterstützte Fortpflanzung nach dem FMedRÄG 2015, EF-Z 2016, 127.

¹⁵³⁹ Kritisch *Merckens*, RdM 2016, 54 (57), nach deren Ansicht die Zulassung der Eizellenspende verfassungsrechtlich keineswegs zwingend gewesen wäre.

¹⁵⁴⁰ ErläutRV 445 BlgNR 25. GP 1 f.

¹⁵⁴¹ EGMR U 3. 11. 2011, *S.H. ua gegen Österreich*, Nr. 57813/2000 (Große Kammer) EF-Z 2012/7 (*Bernat*) = RdM 2012/53 (*Pöschl*).

¹⁵⁴² *Wendehorst*, iFamZ 2015, 4 (5 f); *Bernat*, JAP 2015/2016, 45 (57); *Mauernböck*, ZTR 2015, 107 (110 ff); zum Verstoß eines Verbots der PID gegen Art 8 EMRK siehe bereits EGMR U 28. 8. 2012, *Costa/Pavan*, Nr. 54270/10 RdM 2013/135 (*Kopetzki*).

¹⁵⁴³ EGMR U 13. 6. 1979, *Marckx*, Nr. 6833/74 Z 31; EGMR U 28. 5. 1985, *Abdulaziz, Cabales u. Balkandali*, Nr. 9214/80, 9473/81, 9474/81 Z 62; EGMR U 26. 2. 2002, *Fretté*, Nr. 36515/97 Z 32; *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 22 Rz 16; *Stolz* in *Bernat*, Lebensbeginn 109 (117); *Baumgartner* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, Handbuch VII/1² § 7 Rz 45.

¹⁵⁴⁴ EGMR U 26. 2. 2002, *Fretté*, Nr. 36515/97 Z 32; EGMR U 22. 1. 2008, *E.B. gegen Frankreich*, Nr. 43546/02 EF-Z 2008/30 (*Raptis*) Z 41; *Fahrenhorst*, Fortpflanzungstechnologien und Europäische Menschenrechtskonvention, EuGRZ 1988, 125 (126); *Feik* in *Heißl*, Handbuch Rz 9/11.

¹⁵⁴⁵ ErläutRV 216 BlgNR 18. GP 11 f; ebenso *Stolz* in *Bernat*, Lebensbeginn 109 (117 f); *Fahrenhorst*, EuGRZ 1988, 125 (131); *Novak* in *Bernat*, Reproduktionsmedizin 62 (65).

Ehepaare Träger dieses Grundrechts (arg „Männer und Frauen“),¹⁵⁴⁶ da überwiegend angenommen wird, dass sich das Recht auf Eheschließung und das Recht auf Familiengründung nicht trennen lassen.¹⁵⁴⁷ In der Lehre wird dagegen zunehmend eine weitere Auslegung des Art 12 EMRK vertreten, die auch unverheirateten verschiedengeschlechtlichen Paaren¹⁵⁴⁸ das Recht auf Familiengründung zugesteht.¹⁵⁴⁹

Dafür spricht, dass der Schutz einer bestehenden Familie gem Art 8 EMRK nach hA nicht davon abhängt, ob der Familiengründung eine Eheschließung vorausgegangen ist.¹⁵⁵⁰ Da jede Familie einmal gegründet wurde, müsste der Gründungsakt der Familie eines nicht verheirateten Paares ebenso geschützt sein wie die Familiengründung durch ein Ehepaar.¹⁵⁵¹ Darüber hinaus ist die EMRK nach stRsp des EGMR als „living instrument“ dynamisch auszulegen,¹⁵⁵² sodass die gesellschaftlichen Veränderungen bei der Auslegung des Art 12 EMRK zu berücksichtigen sind.¹⁵⁵³ Bei der systematischen Interpretation spielt auch eine Rolle,¹⁵⁵⁴ dass der Art 12 EMRK entsprechende Art 9 GRC den Kreis der Grundrechtsträger nicht mehr einschränkt und das Recht auf Eheschließung nach seinem Wortlaut eindeutig vom Grundrecht auf Familiengründung trennt.¹⁵⁵⁵ Man könnte das Recht unverheirateter Paare auf

¹⁵⁴⁶ Gutknecht in Korinek/Holoubek, Bundesverfassungsrecht Art 12 EMRK Rz 25; Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht¹¹ Rz 823; Feik in Heißl, Handbuch Rz 9/25; ErläutRV 216 BlgNR 18. GP 12; Grabenwarter/Pabel, EMRK⁶ § 22 Rz 79, 81 mwN; Czech, Fortpflanzungsfreiheit 46 mwN.

¹⁵⁴⁷ VfSlg 7400/1974; EKMR 10. 7. 1975, X gegen Belgien und Niederlande, Nr. 6482/74; Gutknecht in Korinek/Holoubek, Bundesverfassungsrecht Art 12 EMRK Rz 25; Novak in Bernat, Reproduktionsmedizin 62 (65); Grabenwarter/Pabel, EMRK⁶ § 22 Rz 81; Czech, Fortpflanzungsfreiheit 46; Pernthaler/Kathrein, EuGRZ 1983, 505 (507) mwN; Baumgartner in Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer, Handbuch VII/1² § 7 Rz 42 mwN.

¹⁵⁴⁸ Zur Auslegung des Art 12 EMRK in Bezug auf gleichgeschlechtliche Paare siehe EGMR U 24. 6. 2010, Schalk u. Kopf, Nr. 30141/04 Z 55 ff, 61; Grabenwarter/Pabel, EMRK⁶ § 22 Rz 79 mwN; Czech, Fortpflanzungsfreiheit 47; Berka, Verfassungsrecht⁶ Rz 1406.

¹⁵⁴⁹ Czech, Fortpflanzungsfreiheit 48 f; Grabenwarter/Pabel, EMRK⁶ § 22 Rz 81; Fahrenhorst, Familienrecht und EMRK 461; Stolz in Bernat, Lebensbeginn 109 (117); Öhlinger/Nowak in BM für Familie, Jugend und Konsumentenschutz, Enquete 31 (34); Posch, Rechtsprobleme 28; Bernat in Bernat, Fortpflanzungsmedizin 65 (67); Schwimann, StAZ 1993, 169 (174); Feik in Heißl, Handbuch Rz 9/25; vgl auch Berka, Grundrechte Rz 476; derselbe, Verfassungsrecht⁶ Rz 1406; aA Gutknecht in Korinek/Holoubek, Bundesverfassungsrecht Art 12 EMRK Rz 26; Baumgartner in Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer, Handbuch VII/1² § 7 Rz 43.

¹⁵⁵⁰ Siehe S. 23 f.

¹⁵⁵¹ Pernthaler/Kathrein, EuGRZ 1983, 505 (507); zustimmend Bernat in Bernat, Fortpflanzungsmedizin 65 (67).

¹⁵⁵² Wildhaber/Breitenmoser in IntKommEMRK² Art 8 Rz 17; Grabenwarter/Pabel, EMRK⁶ § 5 Rz 15 mwN; vgl EGMR U 13. 6. 1979, Marckx, Nr. 6833/74 Z 41; EGMR U 9. 10. 1979, Airey, Nr. 6289/73 Z 26.

¹⁵⁵³ Fahrenhorst, Familienrecht und EMRK 461.

¹⁵⁵⁴ Auch Unionsrecht gehört zum relevanten Regelungsumfeld der EMRK: Grabenwarter/Pabel, EMRK⁶ § 5 Rz 8.

¹⁵⁵⁵ Czech, Fortpflanzungsfreiheit 48; Baumgartner in Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer, Handbuch VII/1² § 7 Rz 43.

Familiengründung daher mE auch auf Art 12 EMRK stützen.¹⁵⁵⁶ Einem generellen Verbot der medizinisch unterstützten Fortpflanzung würde dieses Grundrecht daher entgegenstehen.¹⁵⁵⁷

Der praktische Nutzen dieses Ergebnisses ist jedoch gering:¹⁵⁵⁸ Da der Anwendungsbereich des Art 12 EMRK sich weitgehend mit jenem des Art 8 EMRK überschneidet,¹⁵⁵⁹ hält der EGMR eine gesonderte Prüfung meist nicht für notwendig.¹⁵⁶⁰ Aus Art 12 EMRK lassen sich daher keine weitergehenden Rechte ableiten als aus Art 8 EMRK.¹⁵⁶¹ Umgekehrt kann ein nach Art 8 Abs 2 EMRK gerechtfertigter Eingriff nicht gleichzeitig Art 12 EMRK verletzen.¹⁵⁶²

Zur Frage, ob Art 8 EMRK auf den Entschluss anwendbar ist, ein Kind haben zu wollen und sich dazu medizinischer Unterstützung zu bedienen, äußerte sich 1999 erstmals der VfGH.¹⁵⁶³ Dieser berief sich zunächst auf die weite Auslegung des Begriffs des Privatlebens in der Rechtsprechung des EGMR, der ua auch das Intim- und Sexualleben darunter subsumiert.¹⁵⁶⁴ Dass an der medizinisch unterstützten Fortpflanzung auch Dritte beteiligt werden und diese daher stärker öffentlich wahrnehmbar wird, steht der Anwendbarkeit des Art 8 EMRK nach Ansicht des VfGH nicht entgegen, da jede Schwangerschaft unabhängig von ihrer Einleitung einer gewissen medizinischen Begleitung bedarf.¹⁵⁶⁵ Dieser Ansicht schließt sich der EGMR in *S.H. gegen Österreich* an,¹⁵⁶⁶ ohne dem Ergebnis weitere Argumente hinzuzufügen.¹⁵⁶⁷

¹⁵⁵⁶ *Schwimann*, StAZ 1993, 169 (174) bezeichnet dieses Ergebnis (wenn auch gestützt auf Art 12 iVm Art 8 EMRK) sogar als bereits hM; aA ErläutRV 216 BlgNR 18. GP 12.

¹⁵⁵⁷ *Öhlinger/Nowak* in BM für Familie, Jugend und Konsumentenschutz, Enquete 31 (35); *Fahrenhorst*, EuGRZ 1988, 125 (131); *Stolz* in *Bernat*, Lebensbeginn (109) 118; *Bernat*, Rechtsfragen 94; zur Anwendbarkeit von Art 12 EMRK auch auf die Familiengründung mittels medizinisch unterstützter Fortpflanzung *Gutknecht* in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht Art 12 EMRK Rz 30.

¹⁵⁵⁸ So auch *Czech*, Fortpflanzungsfreiheit 49; vgl auch *Baumgartner* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, Handbuch VII/1² § 7 Rz 44.

¹⁵⁵⁹ *Czech*, Fortpflanzungsfreiheit 22.

¹⁵⁶⁰ EGMR U 4. 12. 2007, *Dickson*, Nr. 44362/04 (Große Kammer) Z 86; VfGH G 91/98, G 116/98 VfSlg 15.632 = JBl 2000, 228; *Czech*, Fortpflanzungsfreiheit 22; vgl auch *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 22 Rz 77; aA *Pernthaler/Kathrein*, EuGRZ 1983, 505 (509), die das Recht auf Familiengründung mit der Zeugung von Kindern nicht als konsumiert ansehen und daher Eingriffe, die ein bestehendes Eltern-Kind-Verhältnis stören oder unmöglich machen, ebenfalls unter Art 12 EMRK statt unter Art 8 EMRK subsumieren.

¹⁵⁶¹ *Czech*, Fortpflanzungsfreiheit 21.

¹⁵⁶² EGMR 18. 4. 2006, *Dickson*, Nr. 44362/04 Z 41, *Czech*, Fortpflanzungsfreiheit 22; *Fahrenhorst*, EuGRZ 1988, 125 (131); aA *Gutknecht* in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht Art 12 EMRK Rz 46; kritisch auch *Pernthaler/Kathrein*, EuGRZ 1983, 505 (509).

¹⁵⁶³ VfGH G 91/98, G 116/98 VfSlg 15.632 = JBl 2000, 228.

¹⁵⁶⁴ EGMR U 29. 4. 2002, *Pretty*, Nr. 2346/02 Z 61; EGMR U 10. 4. 2007, *Evans*, Nr. 6339/05 (Große Kammer) Z 71; EGMR U 1. 4. 2010, *S.H. ua gegen Österreich*, Nr. 57813/2000 Z 58 mwN; EGMR U 3. 11. 2011, *S.H. ua gegen Österreich*, Nr. 57813/2000 (Große Kammer) Z 80 mwN; *Fahrenhorst*, EuGRZ 1988, 125 (126).

¹⁵⁶⁵ VfGH G 91/98, G 116/98 VfSlg 15.632 = JBl 2000, 228; differenzierter *Fahrenhorst*, EuGRZ 1988, 125 (126 f), die im Ergebnis wohl aber die Anwendbarkeit von Art 8 EMRK auf heterologe Formen bejaht; zustimmend *Novak* in *Bernat*, Reproduktionsmedizin 62 (67).

¹⁵⁶⁶ EGMR U 1. 4. 2010, *S.H. ua gegen Österreich*, Nr. 57813/2000 RdM 2010/88 (*Kopetzki*) Z 60; EGMR U 3. 11. 2011, *S.H. ua gegen Österreich*, Nr. 57813/2000 (Große Kammer) EF-Z 2012/7 (*Bernat*) = RdM 2012/53 (*Pöschl*) Z 82.

Schon im Urteil *Evans* aus 2007 hatte die Große Kammer ausgesprochen, dass Art 8 EMRK sowohl das Recht auf Achtung der Entscheidung umfasst, ein Kind zu haben, als auch das Recht auf Achtung der gegenteiligen Entscheidung.¹⁵⁶⁸ Auch der Zugang zur künstlichen Insemination und damit das Recht auf Achtung der Entscheidung, genetische Eltern eines Kindes zu werden, betrifft nach Ansicht des EGMR im Urteil *Dickson* das durch Art 8 EMRK geschützte Privat- und Familienleben eines Paares.¹⁵⁶⁹

Im Ergebnis genießt die Fortpflanzung mit medizinischer Unterstützung – einschließlich der heterologen Formen¹⁵⁷⁰ – daher sehr wohl den Schutz der EMRK.¹⁵⁷¹ Das Recht auf Fortpflanzung mit oder ohne medizinische Unterstützung ist nicht als „Recht auf ein Kind“ zu verstehen, dh nicht als positiver Leistungsanspruch auf Bereitstellung aller Möglichkeiten zur Fortpflanzung, sondern als Abwehrrecht gegen staatliche Zugangsbeschränkungen.¹⁵⁷² Auch für medizinisch unterstützte Fortpflanzungsmethoden gilt nämlich, dass alles erlaubt ist, was nicht ausdrücklich gesetzlich verboten ist und sich im Rahmen der sonstigen Vorgaben der Rechtsordnung bewegt.¹⁵⁷³ Einschränkungen dieses Rechts sind innerhalb des Gesetzesvorbehalts des Art 8 Abs 2 EMRK gerechtfertigt.¹⁵⁷⁴

II. Rechtsposition des Wunschvaters oder anderen Elternteils

A. Zustimmung zur medizinisch unterstützten Fortpflanzung

Die Durchführung einer medizinisch unterstützten Fortpflanzung nach dem FMedG bedarf der Zustimmung beider Ehegatten, eingetragenen Partner oder Lebensgefährten.¹⁵⁷⁵ Lebensgefährten und Paare, die auf Samen oder Eizellen dritter Personen angewiesen sind –

¹⁵⁶⁷ *M. Steininger*, Reproduktionsmedizin Rz 2/21 f.

¹⁵⁶⁸ EGMR U 10. 4. 2007, *Evans*, Nr. 6339/05 (Große Kammer) Z 71; siehe dazu *Bernat*, Über Umfang und Grenzen des Rechts auf Fortpflanzung / Der Fall *Evans* vor dem EGMR, EuGRZ 2006, 398; *Czech*, Fortpflanzungsfreiheit 26 f; *M. Steininger*, Reproduktionsmedizin Rz 2/21 FN 32.

¹⁵⁶⁹ EGMR 18. 4. 2006, *Dickson*, Nr. 44362/04 Z 26; EGMR U 4. 12. 2007, *Dickson*, Nr. 44362/04 (Große Kammer) Z 66; zu diesem Urteil *Czech*, Fortpflanzungsfreiheit 27 f; EGMR U 28. 8. 2012, *Costa/Pavan*, Nr. 54270/10 Z 56.

¹⁵⁷⁰ EGMR U 28. 8. 2012, *Costa/Pavan*, Nr. 54270/10 Z 56; kritisch *M. Steininger*, Reproduktionsmedizin Rz 2/28.

¹⁵⁷¹ VfGH G 16/2013, G 44/2013 EF-Z 2014/38 = RdM 2014/77 (*Kopetzki*); Bioethikkommission, Stellungnahme vom 2. 7. 2012, 22; *Czech*, Fortpflanzungsfreiheit 49 f; *Bernat* in *Bernat*, Fortpflanzungsmedizin 65 (73); *Kopetzki*, Das Recht der Fortpflanzungsmedizin 2015: Aktueller Stand und verfassungsrechtliche Bewertung, in *Arnold/Bernat/Kopetzki*, Das Recht der Fortpflanzungsmedizin 2015 – Analyse und Kritik (2016) 63 (65 f); *Heißl* in *Heißl*, Handbuch Rz 8/5; kritisch *M. Steininger*, Reproduktionsmedizin Rz 2/33.

¹⁵⁷² Bioethikkommission, Stellungnahme vom 2. 7. 2012, 22; so auch *Baumgartner* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, Handbuch VII/1² § 7 Rz 44; *Feik* in *Heißl*, Handbuch Rz 9/26 zum in Art 12 EMRK verankerten Recht auf Familiengründung.

¹⁵⁷³ *Wendehorst* in *Bockenheimer-Lucius/Thorn/Wendehorst*, Umwege 106; *Kopetzki*, Anm zu EGMR U 28. 8. 2012, *Costa/Pavan*, Nr. 54270/10, RdM 2013/135; vgl auch *Holoubek*, Gewährleistungspflichten 365.

¹⁵⁷⁴ Vgl EGMR U 3. 11. 2011, *S.H. ua gegen Österreich*, Nr. 57813/2000 (Große Kammer) EF-Z 2012/7 (*Bernat*) = RdM 2012/53 (*Pöschl*) = iFamZ 2012/1 (*Vašek*) Z 115 f; *Posch*, Rechtsprobleme 30.

¹⁵⁷⁵ *Schwimann*, StAZ 1993, 169 (175).

dh in jedem Fall auch eingetragene Partnerinnen¹⁵⁷⁶ – müssen in Form eines Notariatsakts zustimmen (§ 8 Abs 1 FMedG). Seit dem FMedRÄG 2015 muss die Zustimmung höchstpersönlich erteilt werden und ist dann gültig, wenn die zustimmende Person einsichts- und urteilsfähig ist (§ 8 Abs 2 FMedG).¹⁵⁷⁷ Ein Widerruf der Zustimmung ist bis zum Einbringen der Keimzellen in den Körper der Frau zulässig (§ 8 Abs 4 FMedG). Die Besonderheit der qualifizierten Zustimmung des Partners bzw der Partnerin der Mutter besteht darin, dass sie die Grundlage für die rechtliche Elternschaft dieser Person bildet.¹⁵⁷⁸ Damit wird hier in Kauf genommen, dass genetische und rechtliche Elternschaft jedenfalls auseinanderfallen.¹⁵⁷⁹ Abstammungsrechtlich wird der Wunschelternteil wie ein genetischer Elternteil behandelt.¹⁵⁸⁰ Diese Elternschaft kraft Willenserklärung¹⁵⁸¹ birgt zivilrechtliche Probleme, die auch grundrechtliche Fragen aufwerfen.

1. Zustimmung des Ehegatten

a. *Zivilrechtliche Problematik*

Hat der Ehemann der medizinisch unterstützten Fortpflanzung an der Mutter mit dem Samen eines Dritten in Form eines Notariatsakts zugestimmt, kann er keinen Antrag auf Feststellung der Nichtabstammung stellen (§ 152 ABGB). Die rechtliche Vaterschaft des Ehemannes beruht auf § 144 Abs 1 Z 1 ABGB und besteht schon nach allgemeinen Regeln unabhängig von der Tatsache, dass das Kind nicht von ihm abstammt.¹⁵⁸² Ohne eine § 152 ABGB entsprechende Regelung könnte sich der Ehemann jedoch auf die Nichtabstammung des Kindes von ihm berufen und sich durch einen Antrag gem §§ 151 ff ABGB von seiner rechtlichen Vaterschaft befreien.¹⁵⁸³ Nach hL war dies vor Einführung des FMedG möglich, selbst wenn der Ehemann einer heterologen Insemination zugestimmt hatte.¹⁵⁸⁴

¹⁵⁷⁶ ErläutRV 445 BlgNR 25. GP 8; *Erlebach* in *Barth/Erlebach*, Handbuch 213 (236).

¹⁵⁷⁷ ErläutRV 445 BlgNR 25. GP 8; *Erlebach* in *Barth/Erlebach*, Handbuch 213 (235); siehe dazu schon S. 83 f.

¹⁵⁷⁸ Vgl *Memmer*, JBl 1993, 297 (302): Einerseits soll die Zustimmung die Einhaltung des FMedG sicherstellen, andererseits entfaltet sie weitreichende zivilrechtliche Konsequenzen.

¹⁵⁷⁹ *Stefula* in *Klang*³ § 157 Rz 2; *Bernat* in *Bernat*, Lebensbeginn 125 (132); *derselbe*, JBl 1985, 720 (722); *Schwimann*, StAZ 1993, 169 (171); *Spickhoff*, Vaterschaft und Fortpflanzungsmedizin, in FS Schwab (2005) 923; *Pierer* in *Deixler-Hübner*, Handbuch 215 (227).

¹⁵⁸⁰ *Stefula* in *Klang*³ § 163 Rz 16; *Bernat* in *Schwimann/Kodek* Ia⁴ § 148 Rz 6 f.

¹⁵⁸¹ Vgl *Bernat*, JBl 1985, 720 (723); *derselbe* in *Schwimann/Kodek* Ia⁴ § 148 Rz 6; *Stefula* in *Klang*³ § 163 Rz 16; *Memmer*, JBl 1993, 297 (305) spricht von einem „sozialen Vaterbegriff“.

¹⁵⁸² *Bernat*, JBl 1985, 720 (722); *derselbe* in *Bernat*, Lebensbeginn 125 (127); *derselbe*, Rechtsfragen 116 f; *Schwimann*, StAZ 1993, 169 (179); *Lurger* in *Bernat*, Reproduktionsmedizin 108 (122); *Stefula* in *Klang*³ § 157 Rz 2.

¹⁵⁸³ *Stefula* in *Klang*³ § 157 Rz 2; *Pierer* in *Deixler-Hübner*, Handbuch 215 (243 FN 224); vgl auch *Fischer-Czermak* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 152 Rz 1; *Bernat* in *Schwimann/Kodek* Ia⁴ § 152 Rz 1; vgl schon *derselbe*, JBl 1985, 720 (722 f).

¹⁵⁸⁴ *Selb*, Rechtsordnung 57; *Hoyer*, Anm zu BGH IX ZR 24/82, ZfRV 1983, 300 (305); *Edlbacher*, ÖA 1989, 27 (28); *Wentzel/Plessl* in *Klang* I/2² 111 FN 15; aA *Bernat* in *Bernat*, Lebensbeginn 125 (135 ff, 139); *derselbe*,

M. Steininger unterscheidet zwischen der Einwilligung in die medizinische Behandlung und der Zustimmung des Wunschvaters zur Übernahme der familienrechtlichen Verantwortung.¹⁵⁸⁵ Auf diese „statuslegitimierende Zustimmung“ sollen § 8 Abs 2-5 FMedG nicht anwendbar sein.¹⁵⁸⁶ Auch wenn sich die Willenserklärung des Wunschvaters auf zwei verschiedene Inhalte bezieht, ist jedoch mE aufgrund des klaren Wortlauts des § 8 FMedG und des engen sachlichen Zusammenhangs dieser beiden Inhalte davon auszugehen, dass auch Abs 2-5 *leg cit* auf beide Zustimmungserklärungen anzuwenden sind. Da die Zustimmungserklärung idR auch so formuliert sein wird, dass sie den Vorgaben des § 8 FMedG entspricht, wird die Willenserklärung des Wunschvaters ohnehin so auszulegen sein, dass der angegebene Zeitraum, der Widerruf und die Gültigkeitsdauer der Erklärung für die gesamte Zustimmung gelten und damit auch für die Zustimmung zur Übernahme der familienrechtlichen Verantwortung für das Kind.

Die unwiderrufliche Bindung des Ehemannes an seine Erklärung wird mit dem Schutz des Kindes gerechtfertigt, das ansonsten rechtlich vaterlos werden könnte.¹⁵⁸⁷ Eine Feststellung der Vaterschaft des Samenspenders als eigentlicher biologischer Vater scheidet ja gem § 148 Abs 4 ABGB aus.¹⁵⁸⁸ Darüber hinaus soll durch die verpflichtende rechtliche Beratung gem § 7 Abs 4 FMedG und die Notariatsaktsform der Zustimmung sichergestellt werden, dass der Ehemann sich der weitreichenden familienrechtlichen Konsequenzen seiner Erklärung bewusst ist,¹⁵⁸⁹ die Erklärung ohne Übereilung abgegeben wurde und frei von Willensmängeln ist.¹⁵⁹⁰

Wenn der Ehegatte formgültig zugestimmt hat, erscheint es daher sachgerecht, ihn an seine Zustimmung und damit an die rechtliche Vaterschaft zu einem Kind zu binden, mit dem er genetisch nicht verwandt ist.¹⁵⁹¹ Fraglich ist allerdings, ob dem Ehemann ein Antrag auf Feststellung der Nichtabstammung ermöglicht werden sollte, wenn er die Vaterschaft

Rechtsfragen 132, der sich dafür aussprach, gegen die Anfechtung des Ehemannes den Einwand des Rechtsmissbrauchs zuzulassen.

¹⁵⁸⁵ *M. Steininger*, Reproduktionsmedizin Rz 3/39 ff, 4/113 ff.

¹⁵⁸⁶ *M. Steininger*, Reproduktionsmedizin Rz 3/45.

¹⁵⁸⁷ ErläutRV 216 BlgNR 18. GP 25; *Stefula* in Klang³ § 157 Rz 2; vgl *Lurger* in *Bernat*, Reproduktionsmedizin 108 (124 f); *V. Steininger*, Juristisch elternlose Kinder? ÖJZ 1999, 707 (708); *Schwimann*, StAZ 1993, 169 (179); *Bernat*, Rechtsfragen 127; zu den Nachteilen rechtlicher Vaterlosigkeit auch *Selb*, Rechtsordnung 65.

¹⁵⁸⁸ Siehe unten S. 212 ff.

¹⁵⁸⁹ ErläutRV 216 BlgNR 18. GP 18 f; ErläutRV 445 BlgNR 25. GP 8; *Schwimann*, StAZ 1993, 169 (176).

¹⁵⁹⁰ *M. Steininger*, Reproduktionsmedizin Rz 4/130; auf diesen Gründen beruht auch der Vorschlag einer Formvorschrift durch *Bernat*, Rechtsfragen 196 f.

¹⁵⁹¹ Vgl *Bernat* in *Bernat*, Lebensbeginn 125 (139); *Selb*, Rechtsordnung 64; *Stefula* in Klang³ § 157 Rz 2.

aufgrund einer mangelhaften Willenserklärung übernommen hat.¹⁵⁹² Nach einhelliger Meinung kann die Nichtabstammung des Kindes vom Ehemann festgestellt werden, wenn dieser beweist, dass das Kind nicht durch die medizinisch unterstützte Fortpflanzung gezeugt wurde, der der Ehemann zugestimmt hat, sondern zB im Ehebruch.¹⁵⁹³

Bereits 1996 bejahte der OGH, dass eine formungültige Zustimmung den Ehemann nicht daran hindert, die juristische Vaterschaft zum Kind zu beseitigen.¹⁵⁹⁴ Diese Entscheidung wurde in der Lehre stark kritisiert, allerdings vor allem aus der Perspektive des internationalen Privatrechts: Da das österreichische Ehepaar seine Zustimmung zur heterologen Insemination in Deutschland erklärt hatte, das deutsche Recht aber keine Formvorschriften für diese Zustimmung kennt, hätte gem § 8 IPRG die Einhaltung der Ortsform genügt.¹⁵⁹⁵ Dagegen kam der OGH gem § 21 IPRG zur Anwendung des österreichischen Rechts und verlangte daher die Einhaltung der Notariatsaktsform.¹⁵⁹⁶ Die harten Konsequenzen dieses Urteils für das Kind, das dadurch rechtlich vaterlos wurde, milderte der OGH in einer Folgeentscheidung dadurch ab, dass er die Zustimmung des Ehemannes zur heterologen Insemination als vertragliches Unterhaltsversprechen gegenüber der Mutter zugunsten des Kindes beurteilte.¹⁵⁹⁷ Durch diese Entscheidung wurde jedoch auch die Frage aufgeworfen, ob nicht auch bei reinen Inlandssachverhalten eine formungültige Zustimmung abstammungsrechtliche Wirkungen entfalten sollte, solange der Ehemann nachweislich ausreichend darüber aufgeklärt war.¹⁵⁹⁸

¹⁵⁹² *Wendehorst*, Medizinisch unterstützte Fortpflanzung und Abstammungsrecht, in *Arnold/Bernat/Kopetzki* (Hrsg), Das Recht der Fortpflanzungsmedizin 2015 – Analyse und Kritik (2016) 103 (108); so auch bereits *Selb*, Rechtsordnung 57.

¹⁵⁹³ ErläutRV 216 BlgNR 18. GP 25; *V. Steininger*, ÖJZ 1995, 121 (130); *Bernat*, Rechtsfragen 137 f; *derselbe*, NZ 1992, 244 (245); *derselbe* in *Schwimann/Kodek* Ia⁴ § 152 Rz 2; *Pichler*, ÖA 1993, 53 (54); *Schwimann*, StAZ 1993, 169 (179); *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB³ § 159 ABGB Rz 17a (Stand 1. 1. 2003, rdb.at); *Fischer-Czermak* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 152 Rz 1; *Wendehorst* in *Bockenheimer-Lucius/Thorn/Wendehorst*, Umwege 103 (118).

¹⁵⁹⁴ OGH 7 Ob 527/96 JBI 1996, 717 (*Bernat*).

¹⁵⁹⁵ *Fischer-Czermak*, NZ 1999, 262 (265 f); *Lurger* in *Bernat*, Reproduktionsmedizin 108 (134); zustimmend *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB³ § 159 Rz 17a (Stand 1. 1. 2003, rdb.at); mit etwas anderer Begründung *Bernat*, Anm zu OGH 7 Ob 527/96, JBI 1996, 717 (719 f); *Wendehorst* in *Arnold/Bernat/Kopetzki*, Recht der Fortpflanzungsmedizin 103 (109); aA *Stefula* in *Klang*³ § 157 Rz 11; *Pichler*, ÖA 1993, 53 (54).

¹⁵⁹⁶ OGH 7 Ob 527/96 JBI 1996, 717 (*Bernat*).

¹⁵⁹⁷ OGH 7 Ob 212/97w RdM 1998/2 (*Bernat*) = SZ 70/155; *Fischer-Czermak*, NZ 1999, 262 (266); so schon zum deutschen Recht BGH XII ZR 29/94 NJW 1995, 2028 = FamRZ 1995, 861 = MDR 1995, 712; zu früheren ähnlichen Vorschlägen in diese Richtung siehe *Bernat*, Rechtsfragen 169 ff mwN; aA *Selb*, Rechtsordnung 60 f, der eine Unterhaltspflicht aber aus dem Titel des Schadenersatzes für möglich hält.

¹⁵⁹⁸ *Bernat*, Anm zu OGH 7 Ob 527/96, JBI 1996, 717 (719 f); *derselbe* in *Schwimann/Kodek* Ia⁴ § 152 Rz 5; *V. Steininger*, ÖJZ 1995, 121 (126, 130); *Lurger* in *Bernat*, Reproduktionsmedizin 108 (135); *derselbe*, DEuFamR 1999, 210 (215 FN 35); *Stefula* in *Klang*³ § 157 Rz 11; *Fischer-Czermak* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 152 Rz 2; *T. Maier*, EF-Z 2014, 52 (54); *Pierer* in *Deixler-Hübner*, Handbuch 215 (244); *Wendehorst* in *Arnold/Bernat/Kopetzki*, Recht der Fortpflanzungsmedizin 103 (109); *M. Steininger*, Reproduktionsmedizin Rz 5/12 f verweist auf die allgemeinere zivilrechtliche Tragweite dieses Problems und

Wenn gar keine Zustimmung des Ehemannes vorliegt, kann der Ehemann nach hA einen Antrag auf Feststellung der Nichtabstammung stellen.¹⁵⁹⁹ Gleiches gilt, wenn der Ehemann seine Zustimmung gem § 8 Abs 4 FMedG rechtzeitig widerrufen hat¹⁶⁰⁰ oder wenn er im Zeitpunkt seiner Zustimmungserklärung nicht einsichts- und urteilsfähig war.¹⁶⁰¹ Umstritten sind die Rechtsfolgen einer erfolgreichen Anfechtung der Zustimmungserklärung wegen eines Willensmangels. Nach *Stabentheiner* und *Bernat* ist eine Anfechtung der Zustimmung gem §§ 871 ff ABGB möglich und führt dazu, dass der Ehemann einen Antrag gem §§ 151 ff ABGB stellen kann.¹⁶⁰² Dagegen hält *Stefula* schon die Anfechtbarkeit der Erklärung für unzulässig. Darüber hinaus kann sich das Zustandekommen der Erklärung des Ehemannes durch Drohung, List oder Irrtum seiner Ansicht nach nicht auf die Rechtsfolge des § 152 ABGB auswirken, weil sonst das Kind vaterlos würde, das zu diesen Willensmängeln jedoch nichts beigetragen hat (dazu ausführlich unten b.).¹⁶⁰³

Gem § 8 Abs 3 Z 4 FMedG muss die Zustimmung zur medizinisch unterstützten Fortpflanzung den Zeitraum enthalten, in dem sie vorgenommen werden darf. Darüber hinaus hat die Zustimmung gem § 8 Abs 5 FMedG eine Gültigkeitsdauer von zwei Jahren,¹⁶⁰⁴ die gleichzeitig als Befristung der Zustimmung zu verstehen ist.¹⁶⁰⁵ Nach Ablauf des angegebenen Zeitraums bzw der Gültigkeitsdauer ist die Zeugung des Kindes mittels

schlägt in Rz 9/10 *de lege ferenda* einen subsidiären Auffangtatbestand vor, der die Vaterschaftsfeststellung jenes Mannes erlaubt, der die Zeugung des Kindes veranlasst hat.

¹⁵⁹⁹ *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB³ § 159 Rz 17a (Stand 1. 1. 2003, rdb.at); *Schwimann*, StAZ 1993, 169 (179); *Stefula* in *Klang*³ § 157 Rz 7; so wohl auch *Pichler*, ÖA 1993, 53 (54); *M. Steininger*, Reproduktionsmedizin Rz 5/2.

¹⁶⁰⁰ *V. Steininger*, ÖJZ 1995, 121 (126, 130); *Stefula* in *Klang*³ § 157 Rz 8; *Fischer-Czermak* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 152 Rz 2; *M. Steininger*, Reproduktionsmedizin Rz 4/145.

¹⁶⁰¹ *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB³ § 159 Rz 17a (Stand 1. 1. 2003, rdb.at); *Bernat* in *Schwimann/Kodek Ia*⁴ § 152 Rz 4; so schon *derselbe*, Rechtsfragen 128 FN 177; so wohl auch ErläutRV 445 BlgNR 25. GP 8, weil ausdrücklich nur der Widerruf der Zustimmung auch bei Verlust der Einsichts- und Urteilsfähigkeit wirksam sein soll.

¹⁶⁰² *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB³ § 159 Rz 17a (Stand 1. 1. 2003, rdb.at); *Bernat* in *Schwimann/Kodek Ia*⁴ § 152 Rz 4; ebenso wohl *Lurger* in *Bernat*, Reproduktionsmedizin 108 (139 f).

¹⁶⁰³ *Stefula* in *Klang*³ § 157 Rz 8; ebenso noch *de lege ferenda Selb*, Rechtsordnung 64; *Spickhoff* in FS Schwab 923 (938 f) hält eine Irrtumsanfechtung nach deutschem Recht für möglich, weist aber mE zu Recht darauf hin, dass bei der Annahme eines Irrtums, der zur Anfechtung berechtigt, äußerst restriktiv vorzugehen ist; Eigenschaften des Kindes sollten dafür gar nicht in Frage kommen. Ausführlich zu den Voraussetzungen einer Irrtumsanfechtung in diesem Zusammenhang *M. Steininger*, Reproduktionsmedizin Rz 5/27 ff.

¹⁶⁰⁴ Die Gültigkeitsdauer wurde mit dem FMedRÄG 2015 von einem auf zwei Jahre verlängert, weil sich ein Jahr in der Praxis als zu kurz herausstellte: ErläutRV 445 BlgNR 25. GP 9.

¹⁶⁰⁵ ErläutRV 678 BlgNR 22. GP 5; aus dem Wortlaut des Gesetzes ergibt sich dies jedoch nicht zwingend: *Fischer-Czermak* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 152 Rz 3; *M. Steininger*, Reproduktionsmedizin Rz 4/151.

medizinisch unterstützter Fortpflanzung nicht mehr von der Zustimmung des Ehemannes gedeckt, sodass dieser nach hA seine Vaterschaft beseitigen kann.¹⁶⁰⁶

Wenn bei der heterologen Insemination oder IVF der Samen eines Spenders mit jenem eines anderen Spenders verwechselt wird, gilt die Zustimmung des Ehemannes trotzdem auch für die tatsächlich stattgefundenene medizinisch unterstützte Fortpflanzung, sodass § 152 ABGB anwendbar ist.¹⁶⁰⁷ Dies soll auch dann gelten,¹⁶⁰⁸ wenn die Ehegatten eine bestimmte Person als Samenspender ausgewählt haben.¹⁶⁰⁹ An dieser Ansicht wird kritisiert, dass die Ehegatten in diesem Fall nicht in die stattgefundenene medizinisch unterstützte Fortpflanzung eingewilligt haben, sodass ihre Erklärung die Verwendung des „falschen“ Samens nicht deckt.¹⁶¹⁰ Dagegen besteht Einigkeit, dass der Ehemann sehr wohl einen Antrag auf Feststellung der Nichtabstammung stellen kann, wenn er einer homologen medizinisch unterstützten Fortpflanzung zugestimmt hat, sein Samen aber mit jenem eines dritten Spenders verwechselt wurde.¹⁶¹¹ In diesem Fall liegt keine Zustimmung zu einer heterologen Insemination oder IVF vor,¹⁶¹² sodass § 152 ABGB nach seinem klaren Wortlaut nicht zur Anwendung kommt.¹⁶¹³ Das Kind wird in diesen Fällen idR vaterlos, wenn der Ehemann erfolgreich die Nichtabstammung des Kindes von ihm feststellen lässt.¹⁶¹⁴

b. Grundrechtsverletzungen bei mangelhafter Zustimmung

Wenn der Ehemann einer heterologen Insemination oder IVF an seiner Frau zustimmt, seine Zustimmung jedoch an einem Willensmangel leidet, wird in der Lehre teilweise vertreten,

¹⁶⁰⁶ Fischer-Czermak, NZ 1999, 262 (267); dieselbe in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 152 Rz 3; zustimmend Pierer in Deixler-Hübner, Handbuch 215 (244); aA Stefula in Klang³ § 157 Rz 6, der auf die Widerrufsmöglichkeit des Ehemannes verweist.

¹⁶⁰⁷ V. Steininger, ÖJZ 1995, 121 (130 f); Bernat in Schwimann/Kodek Ia⁴ § 148 Rz 10, § 152 Rz 3; Fischer-Czermak in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 152 Rz 4; Pierer in Deixler-Hübner, Handbuch 215 (244); Spickhoff in FS Schwab 923 (939) differenziert (allerdings im deutschen Recht) danach, ob die Verwechslung vorsätzlich oder fahrlässig erfolgt.

¹⁶⁰⁸ V. Steininger, ÖJZ 1995, 121 (130 f); Bernat in Schwimann/Kodek Ia⁴ § 152 Rz 3; Fischer-Czermak in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 152 Rz 4; aA M. Steininger, Reproduktionsmedizin Rz 5/41 ff; so wohl auch Spickhoff in FS Schwab 923 (939).

¹⁶⁰⁹ Die Auswahl eines Samenspenders durch die Wunscheltern ist nach den Materialien zulässig: JAB 490 BlgNR 18. GP 4.

¹⁶¹⁰ M. Steininger, Reproduktionsmedizin Rz 5/42; Spickhoff in FS Schwab 923 (939).

¹⁶¹¹ V. Steininger, ÖJZ 1995, 121 (131 f); Bernat in Bernat, Lebensbeginn 125 (132); derselbe, Rechtsfragen 137; derselbe in Schwimann/Kodek Ia⁴ § 148 Rz 10, § 152 Rz 3; Fischer-Czermak in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 152 Rz 4; Pierer in Deixler-Hübner, Handbuch 215 (244); Wendehorst in Arnold/Bernat/Kopetzki, Recht der Fortpflanzungsmedizin 103 (110).

¹⁶¹² Bernat in Schwimann/Kodek Ia⁴ § 152 Rz 3; Fischer-Czermak in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 152 Rz 4.

¹⁶¹³ V. Steininger, ÖJZ 1995, 121 (131).

¹⁶¹⁴ Daher nimmt V. Steininger, ÖJZ 1995, 121 (131 f) eine vertragliche Verpflichtung des Ehemannes bzw Lebensgefährten an, die Mutter des Kindes in einem solchen Fall schadlos zu halten, was auch als Vertrag zugunsten des Kindes interpretiert werden könnte.

dass eine Anfechtung der Erklärung nicht möglich ist bzw nicht dazu führt, dass der Ehemann einen Antrag gem §§ 151 ff ABGB stellen kann.¹⁶¹⁵ Ebenso bleibt der Ehemann nach einem Teil der Lehre an seine Erklärung gebunden, wenn er der Insemination oder IVF mit dem Samen eines bestimmten Spenders zugestimmt hat, aber stattdessen der Samen eines anderen dritten Spenders verwendet wurde.¹⁶¹⁶ Es stellt sich die Frage, ob diese Interpretation verfassungskonform ist. Insbesondere wenn der Ehemann durch List oder Drohung zu seiner Erklärung verleitet wurde, widerspricht es seinem Selbstbestimmungsrecht, wenn er diesen Umstand nicht geltend machen kann und damit zur Vaterschaft gezwungen wird.¹⁶¹⁷

Wie bereits erörtert, erfasst das Recht auf Achtung des Privatlebens gem Art 8 EMRK die Entscheidung, Kinder zu haben oder keine Kinder zu haben.¹⁶¹⁸ Damit fällt die Zustimmung zur medizinisch unterstützten Fortpflanzung in den Schutzbereich des Privatlebens iSd Art 8 EMRK. Nach stRsp gilt dies auch für die Überprüfung der Abstammungsverhältnisse zu einem vermeintlich eigenen Kind.¹⁶¹⁹ Wenn der Ehemann die Mangelhaftigkeit seiner Zustimmung nicht geltend machen kann, um die rechtliche Abstammungsbeziehung zum Kind zu lösen, liegt daher ein Eingriff in seine durch Art 8 EMRK geschützten Rechte vor.

Verfassungskonform wäre dieses Ergebnis nur, wenn die Voraussetzungen des Art 8 Abs 2 EMRK erfüllt sind. Die erforderliche gesetzliche Grundlage liegt in § 152 ABGB iVm § 8 FMedG bzw einer strengen Auslegung dieser Bestimmungen.¹⁶²⁰ Dass die Willenserklärung des Ehemannes abweichend von den allgemeinen Regeln unanfechtbar sein soll, wird mit dem legitimen Ziel gerechtfertigt, das Kind vor der rechtlichen Vaterlosigkeit zu schützen.¹⁶²¹ Da es im Zeitpunkt der Erklärung des Ehemannes noch nicht gezeugt ist, ist aber fraglich, ob man vom „Schutz der Rechte und Freiheiten anderer“ sprechen kann.¹⁶²² Selbst wenn man das künftige Kindeswohl als öffentliches Interesse versteht,¹⁶²³ ist weiter zu prüfen, ob es in einer demokratischen Gesellschaft notwendig wäre, die Geltendmachung von Willensmängeln zugunsten des Kindes völlig auszuschalten. Der EGMR hat im Urteil *Evans* „primacy of

¹⁶¹⁵ *Stefula* in Klang³ § 157 Rz 8.

¹⁶¹⁶ *V. Steininger*, ÖJZ 1995, 121 (130 f); *Bernat* in *Schwimann/Kodek* Ia⁴ § 152 Rz 3; *Fischer-Czermak* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 152 Rz 4; aA *M. Steininger*, Reproduktionsmedizin Rz 5/41 ff.

¹⁶¹⁷ Vgl *Lurger* in *Bernat*, Reproduktionsmedizin 108 (125, 139), die davon ausgeht, dass die Interessen des Kindes jedenfalls dann schwerer wiegen als das Selbstbestimmungsrecht des Mannes, wenn dieser eine mangelfreie Zustimmung abgegeben hat.

¹⁶¹⁸ EGMR U 10. 4. 2007, *Evans*, Nr. 6339/05 (Große Kammer) Z 71; siehe S. 173 f.

¹⁶¹⁹ EGMR U 28. 11. 1984, *Rasmussen*, Nr. 8777/79 Z 33; EGMR E 19. 10. 1999, *Yildirim*, Nr. 34308/96; EGMR U 24. 11. 2005, *Shofman*, Nr. 74826/01 Z 30 ff; EGMR U 12. 1. 2006, *Mizzi*, Nr. 26111/02 Z 102 ff; EGMR U 10. 10. 2006, *Paulík*, Nr. 10699/05 Z 41.

¹⁶²⁰ Vgl *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 18 Rz 7.

¹⁶²¹ *Stefula* in Klang³ § 157 Rz 8.

¹⁶²² *Czech*, Fortpflanzungsfreiheit 81; *Bernat*, EuGRZ 2006, 398 (400); siehe S. 16.

¹⁶²³ Vgl *Czech*, Fortpflanzungsfreiheit 83.

consent“ als öffentliches Interesse an der Widerruflichkeit der Zustimmung zur medizinisch unterstützten Fortpflanzung akzeptiert.¹⁶²⁴ Darin räumt er dem Recht eines Mannes, nicht gegen seinen Willen genetischer Elternteil eines Kindes zu werden, erhebliches Gewicht ein.¹⁶²⁵

Dass ein Kind rechtlich vollkommen vaterlos wird, ist im Hinblick auf Art 7 UN-KRK und den kindschaftsrechtlichen Grundsatz, dass Kinder prinzipiell zwei Eltern haben sollen,¹⁶²⁶ möglichst zu vermeiden.¹⁶²⁷ Allerdings geht es hier nur um seltene Ausnahmefälle, die durch die verpflichtende Beratung und die strengen Formvorschriften gem §§ 7 f FMedG kaum passieren dürften.¹⁶²⁸ Nicht zuletzt würde der zustimmende Ehemann ansonsten anders behandelt als ein Mann, der ein Vaterschaftsanerkennnis abgibt: Dieser kann sein Anerkenntnis gem § 154 Abs 1 Z 3 lit a ABGB wegen eines Willensmangels für rechtsunwirksam erklären lassen,¹⁶²⁹ und zwar sogar dann, wenn das Kind tatsächlich von ihm abstammt.¹⁶³⁰ Zum Schutz des Kindeswohls spricht mE auch nichts dagegen, die Formvorschriften teleologisch zu reduzieren, um zumindest bei reinen Formmängeln ohne Auswirkungen auf die freie Willensbildung des Ehemannes § 152 ABGB anwenden zu können.¹⁶³¹ Im Ergebnis kommt es für die abstammungsrechtliche Wirksamkeit der Zustimmung mE darauf an, ob die Willensbildung des Ehemannes mangelfrei war und die stattgefundenе medizinisch unterstützte Fortpflanzung von seiner Erklärung gedeckt ist,¹⁶³² weil nur so ein angemessener Ausgleich zwischen seinem Selbstbestimmungsrecht und dem Wohl des zukünftigen Kindes erzielt wird.¹⁶³³

M. Steininger erachtet den Gleichheitssatz als verletzt, weil der Wunschvater sich bei Mängeln seiner Erklärung nach rechtsgeschäftlichen Grundsätzen von der Vaterschaft lösen kann, während die Wunschmutter bei heterologer Insemination jedenfalls dem Kind

¹⁶²⁴ EGMR U 10. 4. 2007, *Evans*, Nr. 6339/05 (Große Kammer) Z 74.

¹⁶²⁵ EGMR U 10. 4. 2007, *Evans*, Nr. 6339/05 (Große Kammer); vgl dagegen EGMR U 10. 4. 2007, *Evans*, Nr. 6339/05 (Große Kammer), Joint dissenting opinion of Judges *Türmen, Tsatsa-Nikolovska* ua, die diesen rein rechtsgeschäftlichen Ansatz kritisieren.

¹⁶²⁶ *Gottschamel/Kratz-Lieber*, ÖJZ 2015, 917 (923) mwN; siehe dazu auch S. 227 ff.

¹⁶²⁷ *Memmer*, JBl 1992, 361 (371); *derselbe*, JBl 1993, 297 (304) sieht in der Ermöglichung rechtlicher Vaterlosigkeit einen Verstoß gegen den Gleichheitssatz; siehe dazu S. 217 ff.

¹⁶²⁸ In dieser Hoffnung auch ErläutRV 216 BlgNR 18. GP 19, 26; *Lurger*, DEuFamR 1999, 210 (217).

¹⁶²⁹ *M. Steininger*, Reproduktionsmedizin Rz 5/92.

¹⁶³⁰ *Stefula* in Klang³ § 164 Rz 17, der in diesem Zusammenhang keine Bedenken bzgl des Kindeswohls hat.

¹⁶³¹ *V. Steininger*, ÖJZ 1995, 121 (126, 130); *Bernat*, Anm zu OGH 7 Ob 527/96, JBl 1996, 717 (719 f); *Lurger*, DEuFamR 1999, 210 (215); *T. Maier*, EF-Z 2014, 52 (54).

¹⁶³² So auch *M. Steininger*, Reproduktionsmedizin Rz 5/43; aA vor Inkrafttreten des FMedG *Selb*, Rechtsordnung 64.

¹⁶³³ Vgl *M. Steininger*, Reproduktionsmedizin Rz 5/50, die das Kindeswohl nach dieser Lösung jedoch als nicht ausreichend geschützt ansieht.

verpflichtet ist.¹⁶³⁴ Dagegen ist jedoch einzuwenden, dass die Wunschmutter hier zusätzlich zu ihrer Zustimmung gem § 8 FMedG auch die genetische Mutter des Kindes ist, während der Wunschvater das Kind nicht gezeugt hat. Auch im Hinblick auf Art 1 f BVG Kinderrechte und Art 7 UN-KRK wäre es zweifellos verfassungswidrig, das Kind noch nicht einmal jenem Elternteil zuzuordnen, mit dem es genetisch verwandt ist. Es würde damit sogar schlechter stehen als ein durch Geschlechtsverkehr gezeugtes Kind, dessen biologischer Vater unbekannt ist, womit der Gleichheitssatz mE erst recht verletzt wäre.¹⁶³⁵

2. Zustimmung des Lebensgefährten

a. *Zivilrechtliche Problematik*

Der wesentliche Unterschied zwischen der Zustimmung des Ehemannes und jener des Lebensgefährten besteht darin, dass der Lebensgefährte dadurch noch nicht automatisch zum rechtlichen Vater des Kindes wird.¹⁶³⁶ Erkennt er das Kind an oder wird er gerichtlich als Vater festgestellt, kann er sich jedoch nicht mehr von seiner rechtlichen Vaterschaft lossagen, indem er sich bei Einsatz einer heterologen Methode auf die fehlende genetische Verwandtschaft beruft. Darüber hinaus gäbe es ohne die Zustimmung keine Aktiv- bzw Passivlegitimation für die Vaterschaftsfeststellung.¹⁶³⁷ Gegen das Anerkenntnis des Lebensgefährten ist zwar ein Widerspruch möglich, dieser kann bei Vorliegen der Zustimmung jedoch nicht zur Rechtsunwirksamklärung des Anerkenntnisses führen (§ 154 Abs 1 Z 2 ABGB).¹⁶³⁸

Eine umstrittene Frage, die sich beim Ehemann als Wunschvater nicht stellt, ist jene nach der Eigenschaft des zustimmenden Mannes iSd § 148 Abs 3 ABGB als Lebensgefährte der Mutter. Diese Bestimmung setzt nach ihrem Wortlaut nicht voraus, dass der Mann, der aufgrund seiner Zustimmung als Vater festgestellt werden soll, tatsächlich mit der Mutter in Lebensgemeinschaft lebt.¹⁶³⁹ Allerdings ist mit der erwähnten Zustimmung eindeutig die Zustimmung zur heterologen medizinisch unterstützten Fortpflanzung gem § 8 FMedG

¹⁶³⁴ M. Steininger, Reproduktionsmedizin Rz 5/55 ff.

¹⁶³⁵ Zum Gebot der Gleichbehandlung siehe S. 44 ff.

¹⁶³⁶ Lurger, DEuFamR 1999, 210 (218); Memmer, JBl 1993, 297 (305); siehe S. 7 ff, 10 ff. Darüber hinaus muss die medizinisch unterstützte Fortpflanzung für die Vaterschaftsfeststellung gem § 148 Abs 3 ABGB in der „kritischen Zeit“ stattgefunden haben: Stefula in Klang³ § 163 Rz 18.

¹⁶³⁷ Bernat in Schwimann/Kodek Ia⁴ § 148 Rz 7; Memmer, JBl 1993, 297 (305).

¹⁶³⁸ Lurger, DEuFamR 1999, 210 (214, 218); dieselbe in Bernat, Reproduktionsmedizin 108 (123) kritisiert diese Regelung als inkonsequent: Es wäre naheliegender gewesen, den Widerspruch einfach auszuschließen, da ja auch die Mutter der heterologen Insemination/IVF mit diesem Lebensgefährten zugestimmt hat; aA Memmer, JBl 1993, 297 (305), nach dessen Ansicht ein Widerspruch nach Auflösung der Lebensgemeinschaft zur Rechtsunwirksamklärung des Anerkenntnisses führen kann.

¹⁶³⁹ Memmer, JBl 1993, 297 (305); V. Steininger, ÖJZ 1995, 121 (126); Stefula in Klang³ § 163 Rz 17.

gemeint,¹⁶⁴⁰ die im Hinblick auf § 2 Abs 1 FMedG nur ein Lebensgefährte abgeben kann.¹⁶⁴¹ Um eine rechtliche Vaterlosigkeit des Kindes zu vermeiden, geht die überwiegende Lehre jedoch davon aus, dass jeder Mann gem § 148 Abs 3 ABGB als Vater festzustellen ist, der gem § 8 FMedG zugestimmt hat.¹⁶⁴² Ob es sich *de facto* um den Lebensgefährten der Mutter nach der vom OGH entwickelten Definition¹⁶⁴³ handelt, ist nach dieser Ansicht nicht relevant. Vertreten wird jedoch auch die gegenteilige Meinung, wonach nur der Lebensgefährte in der Lage ist, eine Zustimmung mit abstammungsrechtlichen Konsequenzen zu erteilen.¹⁶⁴⁴

ME ist § 148 Abs 3 ABGB in Übereinstimmung mit der überwiegenden Lehre so auszulegen, dass jeder Mann als Vater festgestellt werden kann, der eine Zustimmung gem § 8 FMedG abgegeben hat. Denn der *telos* der Bestimmungen über die Begründung der Elternschaft nach heterologer Insemination liegt darin, dem Kind nach Möglichkeit einen juristischen Vater zuzuordnen.¹⁶⁴⁵ Ist die Zustimmung des vermeintlichen Lebensgefährten mangelfrei, besteht auch kein Grund, ihn vor den familienrechtlichen Konsequenzen seiner Zustimmung zu schützen.

b. Verletzung von Art 8 EMRK bei mangelhafter Zustimmung

Auch dem Lebensgefährten kann es passieren, dass seine Zustimmung zur heterologen Insemination oder IVF an seiner Lebensgefährtin an einem Willensmangel leidet, dass er die Erklärung nicht im Zustand der Einsichts- und Urteilsfähigkeit erteilt oder dass er nur einer homologen medizinisch unterstützten Fortpflanzung zustimmt, später aber aufgrund einer Samenverwechslung eine heterologe durchgeführt wird.¹⁶⁴⁶ Etwas entschärft ist die Grundrechtskollision hier dadurch, dass der Lebensgefährte die rechtliche Vaterschaft erst übernimmt, wenn er das Kind anerkennt oder das Kind, vertreten durch die Mutter, einen Antrag auf Feststellung der Vaterschaft stellt. Im Einvernehmen mit Mutter und Kind könnte er daher einfach ein Anerkenntnis unterlassen.¹⁶⁴⁷ Dennoch gebietet eine

¹⁶⁴⁰ ErläutRV 216 BlgNR 18. GP 26; so auch V. Steining, ÖJZ 1995, 121 (126).

¹⁶⁴¹ Schwimann, NZ 2005, 33 (41 FN 56); derselbe, StAZ 2005, 33 (42 FN 40); Memmer, JBI 1993, 297 (305); M. Steining, Reproduktionsmedizin Rz 5/17.

¹⁶⁴² V. Steining, ÖJZ 1995, 121 (126 f), der die Parallele zu einer für nichtig erklärten Scheinehe zieht; Stefula in Klang³ § 163 Rz 17; Bernat in Schwimann/Kodek Ia⁴ § 148 Rz 8; Fischer-Czermak, NZ 1999, 262 (266); Stabentheiner in Rummel, ABGB³ § 163 Rz 1b (Stand 1. 1. 2003, rdb.at); Pichler, ÖA 1993, 53 (54) nur aufgrund der Beweisschwierigkeiten bzgl des Vorliegens einer Lebensgemeinschaft.

¹⁶⁴³ Vgl dazu RIS-Justiz RS0021733; Fischer-Czermak in FS Kerschner 337; Memmer, JBI 1993, 297 (298 ff).

¹⁶⁴⁴ Schwimann, NZ 2005, 33 (41 FN 56); derselbe, StAZ 2005, 33 (42 FN 40); Memmer, JBI 1993, 297 (305); derselbe, JBI 1992, 361 (369); die Frage offen lassend M. Steining, Reproduktionsmedizin Rz 5/17.

¹⁶⁴⁵ Siehe S. 210 f.

¹⁶⁴⁶ Vgl V. Steining, ÖJZ 1995, 121 (126, 131 f); Stefula in Klang³ § 163 Rz 19.

¹⁶⁴⁷ Auch ein anderer Mann, zB ein neuer Partner der Mutter, könnte ein Anerkenntnis abgeben; zur Disposition über die Abstammung siehe S. 96 ff.

verfassungskonforme Auslegung auch hier, dass der Lebensgefährte zur Wahrung seines Rechts auf Achtung seines Privatlebens in der Lage sein muss, diese Mängel geltend zu machen. Insofern besteht mE eine aus dem Selbstbestimmungsrecht abgeleitete positive Gewährleistungspflicht des Staates. Im Einzelnen kann auf die Ausführungen zur mangelhaften Zustimmung des Ehemannes verwiesen werden.¹⁶⁴⁸

c. Formvorschrift für Lebensgefährten und Gleichheitssatz

Während bei Ehegatten für die Zustimmung zu einer homologen medizinisch unterstützten Fortpflanzung die Schriftform genügt, müssen Lebensgefährten auch in diesem Fall in Notariatsaktsform zustimmen (§ 8 Abs 1 FMedG). Damit gelten für Lebensgefährten strengere Formvorschriften als für Ehegatten. Dies wird kritisiert, weil die Rechtsfolgen einer homologen medizinisch unterstützten Fortpflanzung an Lebensgefährten sich nicht von den Rechtsfolgen einer Zeugung auf „natürlichem“ Weg unterscheiden: Die Lebensgefährten sind beide die genetischen Eltern des Kindes und der Lebensgefährte wird durch Anerkenntnis oder gerichtliche Feststellung auch rechtlicher Vater.¹⁶⁴⁹ Die Abstammungsverhältnisse sind in diesem Fall gar nicht von der formgerechten Zustimmung der Lebensgefährten abhängig.¹⁶⁵⁰ Somit ist unklar, worin die „weiterreichenden zivilrechtlichen Folgen“¹⁶⁵¹ bestehen, über die ein nicht verheiratetes Paar vor einer medizinisch unterstützten Fortpflanzung mit eigenen Keimzellen rechtlich zu beraten ist.¹⁶⁵² Hinter der strengeren Formvorschrift wird daher eine zusätzliche administrative Hürde für Lebensgefährten vermutet, die ihnen die Gründung einer Familie erschweren soll.¹⁶⁵³ Darin könnte eine unsachliche Differenzierung liegen, die den Gleichheitssatz (Art 7 B-VG, Art 2 StGG) verletzt.¹⁶⁵⁴ Erstaunlich ist daran, dass der Gesetzgeber die Gleichstellung von Ehegatten und

¹⁶⁴⁸ S. 175 ff; siehe dazu auch *V. Steininger*, ÖJZ 1995, 121 (126); *Bernat* in *Schwimann/Kodek* Ia⁴ § 148 Rz 10 ff; *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB³ § 163 Rz 1b (Stand 1. 1. 2003, rdb.at); *Stefula* in *Klang*³ § 163 Rz 18 f; *Lurger* in *Bernat*, Reproduktionsmedizin 108 (123 ff, 139 f); ausführlich *M. Steininger*, Reproduktionsmedizin Rz 5/7-5/43.

¹⁶⁴⁹ *Memmer*, JBl 1993, 297 (303); *Bernat*, NZ 1992, 244 (245 f); *derselbe* in *Bernat*, Fortpflanzungsmedizin 65 (94); aus diesem Grund lehnt *derselbe*, Rechtsfragen 232 f noch ein Zustimmungserfordernis für Ehegatten zu homologen Behandlungen ab; selbst die Materialien nennen die Konsequenzen „vergleichsweise unproblematisch“: AB 490 BlgNR 18. GP 2.

¹⁶⁵⁰ *M. Steininger*, Reproduktionsmedizin Rz 2/44.

¹⁶⁵¹ ErläutRV 216 BlgNR 18. GP 19.

¹⁶⁵² *Bernat*, NZ 1992, 244 (246 FN 10); *derselbe* in *Bernat*, Fortpflanzungsmedizin 65 (94).

¹⁶⁵³ *Bernat*, NZ 1992, 244 (246); *derselbe* in *Bernat*, Fortpflanzungsmedizin 65 (94 f); *M. Steininger*, Reproduktionsmedizin Rz 2/45.

¹⁶⁵⁴ *M. Steininger*, Reproduktionsmedizin Rz 2/46; wohl mit verfassungsrechtlichen Bedenken auch *Bernat*, NZ 1992, 244 (245 f).

Lebensgefährten im Bereich der Fortpflanzungsmedizin selbst mit dem Gleichheitssatz begründet hat.¹⁶⁵⁵

Fest steht, dass § 8 Abs 1 FMedG zwischen Ehegatten und Lebensgefährten differenziert. Damit diese Ungleichbehandlung im Einklang mit dem Gleichheitssatz steht, muss sie auf wesentliche Unterschiede im Tatsächlichen zurückzuführen sein, die eine Differenzierung sachlich rechtfertigen oder sogar gebieten.¹⁶⁵⁶ Zu prüfen ist also, ob die vorhandenen Unterschiede zwischen der Ehe und der Lebensgemeinschaft in diesem Zusammenhang wesentlich sind,¹⁶⁵⁷ sodass sie unterschiedliche Formvorschriften rechtfertigen.

Die Notariatsaktspflicht für Lebensgefährten wird damit begründet, dass mangels einer klaren gesetzlichen Definition weder das Vorliegen einer Lebensgemeinschaft noch der genaue Zeitpunkt ihres Entstehens und ihrer Beendigung von außen leicht überprüfbar sind.¹⁶⁵⁸ Diese Unterschiede zwischen Ehe und Lebensgemeinschaft lassen sich nicht leugnen; ob sie sich als Anknüpfungspunkt für rechtliche Differenzierungen eignen, ist jedoch eine Wertungsfrage.¹⁶⁵⁹ Der Gesetzgeber wollte wohl Zweifeln an der Stabilität und Dauerhaftigkeit von nichtehelichen Beziehungen begegnen,¹⁶⁶⁰ indem er zum Schutz vor leichtfertigen Einwilligungen eine qualifizierte Zustimmung inklusive rechtlicher Beratung angeordnet hat.¹⁶⁶¹

Teilweise wird angenommen, dass der Notar das Vorliegen einer Lebensgemeinschaft zu überprüfen hat,¹⁶⁶² womit die Formvorschrift zur Vermeidung von Beweisschwierigkeiten gerechtfertigt wäre.¹⁶⁶³ Dahinter steht die Befürchtung, dass alleinstehende Frauen mithilfe eines „freundlichen, aber mittellosen Herren“,¹⁶⁶⁴ der nicht ihr Partner ist, § 2 Abs 1 FMedG umgehen und sich ihren Kinderwunsch außerhalb einer Paarbeziehung verwirklichen könnten.¹⁶⁶⁵ Eine gewisse Missbrauchsgefahr ist jedoch nie ganz auszuschließen und kann

¹⁶⁵⁵ ErläutRV 216 BlgNR 18. GP 13; vgl auch *Bernat* in *Bernat*, Fortpflanzungsmedizin 65 (68).

¹⁶⁵⁶ *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht¹¹ Rz 761, 764.

¹⁶⁵⁷ Vgl *Pöschl*, Gleichheit 155.

¹⁶⁵⁸ *Fischer-Czermak*, NZ 1999, 262; *Schwimann*, StAZ 1993, 169 (174); zu den Eigenschaften einer Lebensgemeinschaft vgl *Memmer*, JBl 1993, 297 (300 ff).

¹⁶⁵⁹ *Pöschl*, Gleichheit 153.

¹⁶⁶⁰ Siehe ua *Ladurner*, Ein neues Fortpflanzungshilfegesetz, ÖJZ 1991, 289 (290); *Selb*, Ehe und Lebensgemeinschaft, in *F. Bydlinski/Mayer-Maly* (Hrsg), Fortpflanzungsmedizin und Lebensschutz (1992) 97; *Fucik*, Medizinische Fortpflanzungshilfe – Stellung der Familienrichter zum Entwurf, ÖJZ 1991, 294 (295); ErläutRV 216 BlgNR 18. GP 16.

¹⁶⁶¹ AB 490 BlgNR 18. GP 3.

¹⁶⁶² *Schwimann*, StAZ 1993, 169 (174); *Memmer*, JBl 1993, 297 (303).

¹⁶⁶³ *Memmer*, JBl 1993, 297 (303); *Schwimann*, StAZ 1993, 169 (174); *Fischer-Czermak*, NZ 1999, 262.

¹⁶⁶⁴ *Fucik*, ÖJZ 1991, 294 (295).

¹⁶⁶⁵ Siehe dazu S. 227 ff.

eine allgemeine Beschränkung daher nicht sachlich rechtfertigen.¹⁶⁶⁶ Daher geht es hier mE vor allem um die Frage, ob die strengere Formvorschrift geeignet ist, sicherzustellen, dass durch eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung gezeugte Kinder in einem stabileren Umfeld aufwachsen. Wenn dies der Fall wäre, läge eine sachliche Rechtfertigung vor, die sich am Kindeswohl orientiert und damit auf eine Wertentscheidung stützt, die sich aus der Verfassung selbst (insb aus Art 1 BVG Kinderrechte) ergibt.¹⁶⁶⁷

Eine strengere Formvorschrift kann eine größere Stabilität und Dauerhaftigkeit von Lebensgemeinschaften jedoch genauso wenig sicherstellen wie die Eheschließung die Stabilität einer Ehe. Die Wahl der Lebensform sagt über die Qualität und Festigkeit des Umfelds, in dem das Kind aufwachsen wird, noch nichts aus.¹⁶⁶⁸ Auch der Gesetzgeber hat Lebensgefährten mit dem KindNamRÄG 2013 als Eltern weitgehend mit Ehegatten gleichgestellt und die Unterscheidung zwischen Ehelichkeit und Unehelichkeit abgeschafft.¹⁶⁶⁹ Bereits bei der Schaffung des FMedG 1992 reagierte der Gesetzgeber auf Kritik an der Öffnung der Fortpflanzungsmedizin für Lebensgefährten mit dem Argument, die Entscheidung für eine mit Belastungen verbundene fortpflanzungsmedizinische Behandlung und anschließende Elternschaft spreche schon an sich für eine dauerhafte Beziehung.¹⁶⁷⁰ Ob die Einwilligung in Notariatsaktsform erfolgt oder nicht, ändert an der Tragweite dieser Entscheidung nichts. Die strengere Formvorschrift führt in diesem Fall zu einer Art Stabilitätsprüfung, die nur für Lebensgefährten, aber nicht für Ehegatten eine weitere administrative Hürde bewirkt.¹⁶⁷¹

Aus der Sicht des Art 8 EMRK oder anderer Grundrechte würde mE nichts dagegen sprechen, für alle Paare eine strenge Formvorschrift festzulegen.¹⁶⁷² Für eine Differenzierung zwischen verschiedenen Lebensformen gibt es hier jedoch keine sachliche Rechtfertigung. Aus diesen Gründen ist die in § 8 Abs 1 FMedG angeordnete Formvorschrift für homologe fortpflanzungsmedizinische Behandlungen bei Lebensgefährten mE gleichheitswidrig.¹⁶⁷³

¹⁶⁶⁶ *Novak in Bernat*, Reproduktionsmedizin 62 (71) verweist auf die stRsp des VfGH, wonach der Hinweis auf möglichen Missbrauch ein Gesetz nicht gleichheitswidrig machen kann: VfGH B 728/91 VfSlg 12.922. Daraus lässt sich mE der Schluss ziehen, dass auch umgekehrt der mögliche Missbrauch nicht zur sachlichen Rechtfertigung eines Gesetzes herangezogen werden kann.

¹⁶⁶⁷ Vgl *Pöschl*, Gleichheit 187.

¹⁶⁶⁸ So auch *Fucik*, ÖJZ 1991, 294 (295).

¹⁶⁶⁹ ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP 7 f.

¹⁶⁷⁰ ErläutRV 216 BlgNR 18. GP 16; AB 490 BlgNR 18. GP 3; der Justizausschuss beseitigte mit diesem Argument die ursprünglich vorgesehene Mindestdauer der Lebensgemeinschaft von drei Jahren.

¹⁶⁷¹ *Bernat*, NZ 1992, 244 (246); *derselbe* in *Bernat*, Fortpflanzungsmedizin 65 (94 f).

¹⁶⁷² Dies schlägt *Schwimann*, StAZ 1993, 169 (175 FN 62) vor; ähnlich *Memmer*, JBl 1992, 361 (370 FN 67).

¹⁶⁷³ Ebenso *M. Steininger*, Reproduktionsmedizin Rz 2/46.

3. Zustimmung der eingetragenen Partnerin oder Lebensgefährtin

Auch die eingetragene Partnerin oder Lebensgefährtin der Mutter muss der medizinisch unterstützten Fortpflanzung an der Wunschmutter in Notariatsaktsform zustimmen (§ 8 Abs 1 FMedG). Gem § 144 Abs 2 Z 1 ABGB wird die eingetragene Partnerin automatisch anderer Elternteil des Kindes und verliert gem § 152 iVm § 144 Abs 3 ABGB das Recht, sich aus diesem Abstammungsverhältnis zu lösen. Die Lebensgefährtin kann das Kind aufgrund der Zustimmung anerkennen oder ihre Elternschaft kann gerichtlich festgestellt werden. Im Ergebnis entfaltet die Zustimmung der eingetragenen Partnerin die gleichen abstammungsrechtlichen Konsequenzen wie jene des Ehemannes, während die Rechtsfolgen der Zustimmung der Lebensgefährtin mit jenen der Zustimmung des Lebensgefährten vergleichbar sind.

Aus dem gem Art 8 EMRK geschützten Selbstbestimmungsrecht der gleichgeschlechtlichen Partnerin der Mutter lässt sich daher ebenfalls ableiten, dass sich Willensmängel ihrer Erklärung auf das rechtliche Abstammungsverhältnis zum Kind auswirken können, da sie sonst in einer von ihrer Erklärung nicht gedeckten Elternschaft festgehalten würde.¹⁶⁷⁴ Dass eingetragene Partnerinnen und Lebensgefährtinnen der medizinisch unterstützten Fortpflanzung immer in Notariatsaktsform zustimmen müssen, verstößt dagegen mE nicht gegen den Gleichheitssatz,¹⁶⁷⁵ da die in Anspruch genommene Fortpflanzungsmethode hier immer heterolog ist. Da die zustimmende Person damit irreversibel die Elternschaft für ein genetisch nicht verwandtes Kind übernimmt, ist die strengere Form zum Schutz vor Übereilung¹⁶⁷⁶ und zur rechtlichen Beratung des zukünftigen Elternteils – wie bei verschiedengeschlechtlichen Paaren – sachlich gerechtfertigt.¹⁶⁷⁷

B. Diskriminierung gegenüber verschiedengeschlechtlichen Eltern?

Ein wesentlicher Unterschied zwischen der Vaterschaft und der Elternschaft der Co-Mutter besteht darin, dass die eingetragene Partnerin oder Lebensgefährtin gem § 144 Abs 2 ABGB nur dann anderer Elternteil werden kann, wenn an der Mutter innerhalb von 300 bis 180 Tagen vor der Geburt eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung durchgeführt worden

¹⁶⁷⁴ Daher kann hier auf die ausführlichere Argumentation auf S. 175 ff verwiesen werden.

¹⁶⁷⁵ Bei der homologen medizinisch unterstützten Fortpflanzung bei Lebensgefährten ist die Notariatsaktspflicht dagegen verfassungswidrig; siehe S. 184 ff.

¹⁶⁷⁶ *Schwimmann*, StAZ 1993, 169 (175); *M. Steininger*, Reproduktionsmedizin Rz 4/128.

¹⁶⁷⁷ Vgl ErläutRV 216 BlgNR 18. GP 18 f; ErläutRV 445 BlgNR 25. GP 8.

ist.¹⁶⁷⁸ Dagegen wird der Ehemann der Mutter jedenfalls *ex lege* Vater des Kindes (§ 144 Abs 1 Z 1 ABGB), und zwar unabhängig davon, wer es gezeugt hat.¹⁶⁷⁹ Wenn ein Mann ein Kind anerkennt, das noch keinen rechtlichen Vater hat, ist sein Anerkenntnis ohne weiteres rechtswirksam (§ 147 Abs 1 ABGB *e contrario*). Die Lebensgefährtin der Mutter kann deren Kind jedoch nur dann anerkennen, wenn eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung stattgefunden hat und dem Anerkenntnis ein Nachweis darüber beigelegt wird (§ 145 2. Satz ABGB).

Dagegen erheben *Bernat* und *Gottschamel/Kratz-Lieber* verfassungsrechtliche Bedenken im Zusammenhang mit dem Gleichheitssatz¹⁶⁸⁰ und Art 14 iVm Art 8 EMRK,¹⁶⁸¹ weil der Gesetzgeber hier bewusst¹⁶⁸² nach dem Geschlecht bzw nach der sexuellen Orientierung differenziert.¹⁶⁸³ Es soll daher die Vereinbarkeit des § 144 Abs 2 ABGB mit Art 14 iVm Art 8 EMRK geprüft werden,¹⁶⁸⁴ um nachzuvollziehen, ob hier tatsächlich eine verfassungswidrige Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Elternpaare vorliegt.

Durch die vom VfGH herbeigeführte Gleichstellung von Ehe und eingetragener Partnerschaft¹⁶⁸⁵ wird sich die Frage einer Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Ehepaare gegenüber verschiedengeschlechtlichen Ehepaaren ab 1. 1. 2019 neu stellen. Auch wenn die Differenzierung nach dem Rechtsinstitut wegfällt, werden weiterhin verschiedene Meinungen zur Frage vertreten werden, ob die Elternschaft der Co-Mutter an eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung gebunden sein soll oder nicht. Jedenfalls entstehen durch die Aufhebung der vom VfGH für verfassungswidrig erklärten Bestimmungen planwidrige Lücken im Abstammungsrecht, die durch Analogie zu schließen wären. Im Fall einer Untätigkeit des Gesetzgebers wird sich insb die Frage stellen, ob auf die Ehefrau der Mutter § 144 Abs 2 Z 1 ABGB analog anzuwenden ist.¹⁶⁸⁶ Umgekehrt wäre in diesem Fall zu prüfen, ob der eingetragene Partner der Mutter automatisch Vater des Kindes wird, wenn keine

¹⁶⁷⁸ Für eine teleologische Reduktion des § 144 Abs 2 ABGB, um auch bei extremen Früh- bzw Spätgeburten eine Elternschaft der Co-Mutter zu ermöglichen, *Wendehorst* in *Arnold/Bernat/Kopetzki*, Recht der Fortpflanzungsmedizin 103 (117 f); *Gottschamel/Kratz-Lieber*, iFamZ 2017, 9 (13 f) wenden § 145 ABGB analog an.

¹⁶⁷⁹ Statt vieler *Stefula* in *Klang*³ § 138 Rz 10 mwN.

¹⁶⁸⁰ *Bernat*, EF-Z 2015, 60 (61).

¹⁶⁸¹ *Gottschamel/Kratz-Lieber*, ÖJZ 2015, 917; *dieselben*, iFamZ 2017, 9; siehe auch *Ferrari* in *Barth/Erlebach*, Handbuch 95 (98 ff); *Wendehorst* in *Arnold/Bernat/Kopetzki*, Recht der Fortpflanzungsmedizin 103 (117 ff).

¹⁶⁸² Vgl ErläutRV 445 BlgNR 25. GP 12 f.

¹⁶⁸³ *Gottschamel/Kratz-Lieber*, ÖJZ 2015, 917 (918); *Bernat*, EF-Z 2015, 60 (61).

¹⁶⁸⁴ Zum Vorrang der Prüfung des spezielleren Diskriminierungsverbots des Art 14 iVm Art 8 EMRK vor der Prüfung nach dem Gleichheitssatz siehe *Kneihls*, Befehl 218; *Gottschamel/Kratz-Lieber*, ÖJZ 2015, 917 (918).

¹⁶⁸⁵ VfGH G 258/2017 ua EF-Z 2018/31 (*Höllwerth*) = JBl 2018, 28 (*Kerschner*); siehe oben S. 14.

¹⁶⁸⁶ Die sogleich unter 1. behandelten faktischen Unterschiede zwischen der verschiedengeschlechtlichen und der gleichgeschlechtlichen Elternschaft würden mE für die analoge Heranziehung von § 144 Abs 2 Z 1 ABGB sprechen. Diese Frage bedürfte jedoch noch einer genaueren zivil- und verfassungsrechtlichen Untersuchung.

medizinisch unterstützte Fortpflanzung stattgefunden hat, oder erst durch Anerkenntnis oder gerichtliche Feststellung. Sollte das EPG im Laufe des Jahres 2018 aufgehoben werden, wäre im Zuge dieser Novelle auch eine Klärung dieser Fragen durch den Gesetzgeber wünschenswert.

1. Diskriminierung eingetragener Partnerinnen

Das Diskriminierungsverbot des Art 14 EMRK ist auf Sachverhalte anwendbar, die in den Regelungsbereich eines Konventionsrechts fallen.¹⁶⁸⁷ Die Frage, unter welchen Voraussetzungen gleichgeschlechtliche Paare rechtliche Eltern eines Kindes werden können, befindet sich eindeutig im Regelungsbereich von Art 8 EMRK, der sich nach der Rsp mittlerweile auch auf die Fortpflanzung mit medizinischer Unterstützung erstreckt.¹⁶⁸⁸ In den meisten Fällen wird zwischen den eingetragenen Partnerinnen und dem von einer von ihnen geborenen Kind auch bereits eine *de-facto*-Familie bestehen, die als geschütztes Familienleben zu beurteilen ist.¹⁶⁸⁹ Bei der Beurteilung, welche Unterschiede in einer ansonsten vergleichbaren Situation zu einer gerechtfertigten Differenzierung führen, genießt der nationale Gesetzgeber einen gewissen Ermessensspielraum.¹⁶⁹⁰ Allerdings steht hier eine Differenzierung nach der sexuellen Orientierung bzw nach dem Geschlecht im Raum, die nur aus besonders überzeugenden, gewichtigen Gründen gerechtfertigt werden kann.¹⁶⁹¹

Zunächst stellt sich jedoch die Frage, ob sich Ehegatten und eingetragene Partnerinnen bezüglich der automatischen Elternschaft zu einem Kind, das nicht durch eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung nach dem FMedG gezeugt wurde, in einer vergleichbaren Situation befinden.¹⁶⁹² Der Gesetzgeber begründet die bewusste Differenzierung zwischen gleichgeschlechtlichen und verschiedengeschlechtlichen Elternpaaren in erster Linie damit, dass ein Kind, das in eine eingetragene Partnerschaft oder eine Lebensgemeinschaft zweier Frauen hineingeboren wird, niemals von beiden Elternteilen biologisch abstammen kann.¹⁶⁹³

¹⁶⁸⁷ Grabenwarter/Pabel, EMRK⁶ § 26 Rz 4; Pöschl, Gleichheit 623 f; Meyer-Ladewig/Lehner in Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, EMRK⁴ Art 14 Rz 5; Brötel, FamRZ 1995, 72 (75); siehe S. 49.

¹⁶⁸⁸ Siehe S. 173 f.

¹⁶⁸⁹ EGMR U 24. 6. 2010, *Schalk u. Kopf*, Nr. 30141/04 Z 94; EGMR U 15. 3. 2012, *Gas u Dubois*, Nr. 25951/07 Z 37 NJW 2013, 2171; EGMR U 19. 2. 2013, *X ua gegen Österreich*, Nr. 19010/07 Z 95 ÖJZ 2013/4 = EF-Z 2013/80 (*Simma*); EGMR E 7. 5. 2013, *Boeckel/Gessner-Boeckel*, Nr. 8017/11 Z 27; *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 22 Rz 16; siehe S. 23 ff; ebenso *Gottschamel/Kratz-Lieber*, ÖJZ 2015, 917 (919).

¹⁶⁹⁰ EGMR U 24. 6. 2010, *Schalk u. Kopf*, Nr. 30141/04 Z 96; EGMR U 19. 2. 2013, *X ua gegen Österreich*, Nr. 19010/07 Z 98; EGMR E 7. 5. 2013, *Boeckel/Gessner-Boeckel*, Nr. 8017/11 Z 28.

¹⁶⁹¹ EGMR U 22. 1. 2008, *E.B. gegen Frankreich*, Nr. 43546/02 Z 91 EF-Z 2008/30 (*Raptis*); EGMR U 19. 2. 2013, *X ua gegen Österreich*, Nr. 19010/07 Z 99 mwN; *Gottschamel/Kratz-Lieber*, ÖJZ 2015, 917 (920) mwN.

¹⁶⁹² *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 26 Rz 8; Pöschl, Gleichheit 630.

¹⁶⁹³ ErläutRV 445 BlgNR 25. GP 12.

Dagegen beruht die automatische Vaterschaft des Ehegatten auf dem Gedanken, dass ein während aufrechter Ehe geborenes Kind im Normalfall tatsächlich vom Ehemann der Mutter gezeugt wurde.¹⁶⁹⁴ Im Unterschied dazu würden die genetische Abstammung und die gesetzliche Zuordnung des Kindes in nahezu allen Fällen auseinanderklaffen,¹⁶⁹⁵ wenn die eingetragene Partnerin automatisch anderer Elternteil jedes Kindes werden würde, das ihre Partnerin zur Welt bringt.¹⁶⁹⁶

Ehegatten und eingetragene Partnerinnen haben gemeinsam, dass sie in gesetzlich geregelten, formalisierten Beziehungen leben, die auf Dauer angelegt und nicht ohne weiteres lösbar sind.¹⁶⁹⁷ Allerdings vertreten sowohl der VfGH als auch der EGMR nach wie vor in stRsp, dass den Gesetzgeber keine Verpflichtung trifft, anerkannte gleichgeschlechtliche Partnerschaften und die Ehe in jeder Hinsicht gleich auszugestalten.¹⁶⁹⁸

Darüber hinaus wird die Vergleichbarkeit der Sachverhalte damit begründet, dass auch ein in der Ehe geborenes Kind nicht immer vom Ehemann abstammt.¹⁶⁹⁹ Manchmal ist dies sogar offensichtlich, zB wenn der Ehegatte zeugungsunfähig ist, das Kind eine andere Hautfarbe hat oder die Blutgruppen von Ehemann und Kind inkompatibel sind.¹⁷⁰⁰ Vergleicht man einen einzelnen zeugungsunfähigen Ehemann mit einer einzelnen eingetragenen Partnerin, befinden sich die beiden in einer durchaus ähnlichen Situation. Dennoch ist der Mann rechtlicher Vater des Kindes, die eingetragene Partnerin aber nicht anderer Elternteil.¹⁷⁰¹

Aufschlussreich ist in diesem Zusammenhang die Entscheidung *Boeckel/Gessner-Boeckel*, in der zwei Lebenspartnerinnen nach deutschem Recht vor dem EGMR eine Verletzung von Art 14 iVm Art 8 EMRK geltend machen: Die deutschen Personenstandsbehörden weigerten sich, die Geburtsurkunde ihres gemeinsamen Kindes zu ergänzen, das eine von ihnen geboren

¹⁶⁹⁴ Zeiller, Kommentar I § 138 Anm 1; Stubenrauch, Kommentar I⁸ 214; Stefula in Klang³ § 138 Rz 9 mwN.

¹⁶⁹⁵ Die eingetragene Partnerin kann nur in einem sehr seltenen Fall genetischer Elternteil sein, nämlich wenn sie sich vor Eingehen der eingetragenen Partnerschaft einer Geschlechtsumwandlung unterzogen hat und das Kind davor als Mann gezeugt hat: *Gottschamel/Kratz-Lieber*, ÖJZ 2015, 915 (919 FN 33).

¹⁶⁹⁶ ErläutRV 445 BlgNR 25. GP 12.

¹⁶⁹⁷ *Gottschamel/Kratz-Lieber*, ÖJZ 2015, 917 (920).

¹⁶⁹⁸ EGMR U 29. 4. 2008, *Burden*, Nr. 13378/05 (Große Kammer) Z 63; EGMR U 15. 3. 2012, *Gas u Dubois*, Nr. 25951/07 Z 68; EGMR U 19. 2. 2013, *X ua gegen Österreich*, Nr. 19010/07 Z 105 f; EGMR E 7. 5. 2013, *Boeckel/Gessner-Boeckel*, Nr. 8017/11 Z 28; VfGH B 121/11 ua VfSlg 19.682 = JBl 2013, 302 (*Baumgartner*); *Baumgartner* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, Handbuch VII/1² § 7 Rz 32 f; *Ferrari* in *Barth/Erlebach*, Handbuch 95 (99); vgl jedoch VfGH G 258/2017 ua EF-Z 2018/31 (*Höllwerth*), dem zufolge Ehe und eingetragene Partnerschaft in nahezu jeder Hinsicht gleich ausgestaltet sind; aA wiederum in seiner Glosse zu dieser Entscheidung *Kerschner*, JBl 2018, 28 (31 ff).

¹⁶⁹⁹ *Gottschamel/Kratz-Lieber*, ÖJZ 2015, 917 (919 f).

¹⁷⁰⁰ Vgl *Ferrari* in *Barth/Erlebach*, Handbuch 95 (99).

¹⁷⁰¹ *Gottschamel/Kratz-Lieber*, ÖJZ 2015, 917 (920); der eingetragenen Partnerin steht nur eine Stiefkindadoption offen (vgl § 197 Abs 4 ABGB).

und die andere als Stiefkind adoptiert hatte. Die beiden beehrten die Eintragung der Co-Mutter als zweiten leiblichen Elternteil neben der Mutter in die Geburtsurkunde und stützten sich dabei auf eine analoge Anwendung von § 1592 Abs 1 BGB, wonach der Ehemann eines während aufrechter Ehe geborenen Kindes als rechtlicher Vater gilt.¹⁷⁰² Im Anschluss an die Argumentation der deutschen Gerichte erklärte der EGMR die Beschwerde für unzulässig, weil die Situation der Beschwerdeführerinnen nicht mit jener von Ehegatten im Wesentlichen vergleichbar war.¹⁷⁰³

Der zeugungsunfähige Ehemann unterscheidet sich von der eingetragenen Partnerin bereits dadurch, dass man ihm seine Zeugungsunfähigkeit nicht ansieht; er könnte tatsächlich der leibliche Vater des Kindes sein.¹⁷⁰⁴ Eben dieser äußere Anschein rechtfertigt die automatische Zuordnung des Kindes zum Ehemann.¹⁷⁰⁵ Darüber hinaus ist der Gesetzgeber berechtigt, bei gesetzlichen Regelungen auf den Normalfall abzustellen.¹⁷⁰⁶ Während nur ein kleiner Teil aller während aufrechter Ehe geborenen Kinder nicht vom Ehemann der Mutter abstammt, ist dies – wenn kein Fall einer Geschlechtsumwandlung vorliegt¹⁷⁰⁷ – bei 100 % aller während einer aufrechten eingetragenen Partnerschaft geborenen Kinder der Fall.¹⁷⁰⁸ Da die Abstammung des Kindes von seiner Co-Mutter ausgeschlossen ist, während sie beim Ehemann zumindest sehr wahrscheinlich ist, befinden sich der Ehemann und die eingetragene Partnerin der Mutter – wie auch der EGMR argumentierte – aufgrund faktischer Unterschiede nicht in einer im Wesentlichen vergleichbaren Situation.¹⁷⁰⁹

Als weiteren Grund für die Differenzierung nennt der Gesetzgeber die Sicherstellung des Grundrechts des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung.¹⁷¹⁰ Ein Kind, das in eine Familie mit gleichgeschlechtlichen Eltern hineingeboren wird, wird sich irgendwann zwangsläufig fragen, ob es nicht einen Mann geben muss, von dem es abstammt.¹⁷¹¹ Diesem

¹⁷⁰² EGMR E 7. 5. 2013, *Boeckel/Gessner-Boeckel*, Nr. 8017/11 Z 3 ff.

¹⁷⁰³ EGMR E 7. 5. 2013, *Boeckel/Gessner-Boeckel*, Nr. 8017/11 Z 30 ff.

¹⁷⁰⁴ So auch *Ferrari* in *Barth/Erlebach*, Handbuch 95 (99).

¹⁷⁰⁵ Vgl *Zeiller*, Kommentar I § 138 Anm 1: „Diese Vermuthung stützt sich auf die gewöhnlichen Ereignungen, [...]“; aA *Gottschamel/Kratz-Lieber*, ÖJZ 2015, 917 (922).

¹⁷⁰⁶ StRsp des VfGH, siehe statt vieler VfGH G 352/2015 VfSlg 20.035; *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht¹¹ Rz 768 mwN.

¹⁷⁰⁷ Der Anteil der eingetragenen Partnerschaften, in denen eine Partnerin das Kind vor ihrer Geschlechtsumwandlung als Mann gezeugt hat, wird verschwindend gering sein; zur strittigen abstammungsrechtlichen Beurteilung dieser Frage siehe *Stormann* in *Schwimann/Kodek* Ia⁴ § 144 Rz 6; *Gottschamel/Kratz-Lieber*, ÖJZ 2015, 917 (919 FN 33).

¹⁷⁰⁸ *Wendehorst* in *Arnold/Bernat/Kopetzki*, Recht der Fortpflanzungsmedizin 103 (120 f); *Gottschamel/Kratz-Lieber*, ÖJZ 2015, 917 (920 f) betrachten diesen Umstand jedoch nicht als rechtfertigend.

¹⁷⁰⁹ So auch EGMR E 7. 5. 2013, *Boeckel/Gessner-Boeckel*, Nr. 8017/11 Z 30; *Czech*, Fortpflanzungsfreiheit 121 f.

¹⁷¹⁰ ErläutRV 445 BlgNR 25. GP 13; zu diesem Grundrecht siehe S. 122 ff, 136 ff, 211 f.

¹⁷¹¹ *Ferrari* in *Barth/Erlebach*, Handbuch 95 (100).

Grundrecht möglichst zur Geltung zu verhelfen, ist eine verfassungsrechtlich legitime Wertung.¹⁷¹² Bei einer heterologen Insemination oder IVF nach dem FMedG hat das Kind einen gesetzlichen Auskunftsanspruch über die Identität des Samenspenders (§ 20 Abs 2 FMedG). Die Sicherstellung des Rechts auf Kenntnis der Abstammung allein könnte die Differenzierung zwischen Ehegatten und eingetragenen Partnern zwar nicht rechtfertigen, da die Durchsetzung dieses Rechts bei heterosexuellen Paaren sogar abgeschwächt ist.¹⁷¹³ Die Eltern sind nach hA nicht zur Aufklärung des Kindes verpflichtet, wenn es nicht von beiden rechtlichen Eltern abstammt.¹⁷¹⁴ Gleichgeschlechtliche Paare sind zwar ebenfalls nicht zur Aufklärung des Kindes über die Art seiner Zeugung verpflichtet,¹⁷¹⁵ tun dies in der Praxis aber häufiger.¹⁷¹⁶ Dass die Durchsetzung des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung in heterosexuellen Familien schlechter funktioniert, beruht auf Unterschieden im Tatsächlichen¹⁷¹⁷ und sollte nicht dazu führen, dass der Grundrechtsschutz für Kinder aus gleichgeschlechtlichen Familien nach unten nivelliert wird.

Da schon die Voraussetzung der Vergleichbarkeit nicht erfüllt ist, muss eine Rechtfertigung der Differenzierung durch besonders gewichtige Gründe nicht mehr geprüft werden. Im Ergebnis ist eine Diskriminierung gem Art 14 iVm Art 8 EMRK mE zu verneinen.

2. Diskriminierung von Lebensgefährtinnen

Die Lebensgefährtin der Mutter kann deren Kind nur anerkennen, wenn eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung an der Mutter stattgefunden hat (§ 144 Abs 2 ABGB). Dies muss zusätzlich durch einen Nachweis belegt werden, der dem Anerkenntnis beizulegen ist (§ 145 Abs 1 2. Satz ABGB). Ob der Nachweis die in § 18 FMedG genannten Informationen und daher den Namen der Lebensgefährtin enthalten muss, ist strittig.¹⁷¹⁸ Jedenfalls wird hier wiederum zwischen einer Frau, die das Kind ihrer Lebensgefährtin anerkennen will, und

¹⁷¹² Wendehorst in *Arnold/Bernat/Kopetzki*, Recht der Fortpflanzungsmedizin 103 (121); ähnlich *Ferrari* in *Barth/Erlebach*, Handbuch 95 (100).

¹⁷¹³ *Gottschamel/Kratz-Lieber*, ÖJZ 2015, 917 (922 f).

¹⁷¹⁴ ErläutRV 216 BlgNR 18. GP 23; *Erlebach* in *Barth/Erlebach*, Handbuch 243 (250 f); *Ferrari* in *Barth/Erlebach*, Handbuch 95 (100); *M. Steininger*, Reproduktionsmedizin Rz 4/102; *Bernat*, MedR 1986, 245 (250) zum deutschen Recht.

¹⁷¹⁵ Vgl *Ferrari* in *Barth/Erlebach*, Handbuch 95 (100 f).

¹⁷¹⁶ *Thorn* in *Barth/Erlebach*, Handbuch 263 (266) mwN.

¹⁷¹⁷ Vgl *Wendehorst* in *Arnold/Bernat/Kopetzki*, Recht der Fortpflanzungsmedizin 103 (121); *Ferrari* in *Barth/Erlebach*, Handbuch 95 (100).

¹⁷¹⁸ Dafür ErläutRV 445 BlgNR 25. GP 14; *Fischer-Czermak* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 144 Rz 4/2; aA *Gottschamel/Kratz-Lieber*, iFamZ 2017, 9 (9 f); *Ferrari* in *Barth/Erlebach* 95 (105), die von einem Nachweis ohne Namen ausgehen und daraus schließen, dass es für die Abgabe eines Anerkenntnisses weder auf die Zustimmung gem § 8 FMedG noch auf die Eigenschaft der Anerkennenden als Lebensgefährtin ankommt.

einem Mann in der gleichen Situation differenziert.¹⁷¹⁹ Dagegen stellt sich das Problem bei der gerichtlichen Feststellung der Vater- bzw Elternschaft nicht, weil ohne Zustimmung der Frau zur medizinisch unterstützten Fortpflanzung kein Anknüpfungspunkt vorhanden ist, um die rechtliche Elternschaft festzustellen.¹⁷²⁰

Gottschamel/Kratz-Lieber zufolge ist diese Differenzierung aufgrund einer Diskriminierung gem Art 14 iVm Art 8 EMRK verfassungswidrig.¹⁷²¹ Daher sollen auch §§ 144 Abs 2, 145 Abs 1 2. Satz ABGB auf eine Verletzung dieses Grundrechts untersucht werden. Auch das Anerkenntnis eines Kindes durch die Lebensgefährtin der Mutter fällt in den Anwendungsbereich von Art 8 EMRK, sofern bereits ein Familienleben iS dieses Grundrechts besteht.¹⁷²² Die Vergleichbarkeit der Sachverhalte wird damit begründet, dass die genetische Abstammung beim Anerkenntnis eines Mannes nicht überprüft wird.¹⁷²³ Ein Mann kann somit ganz bewusst ein falsches Anerkenntnis abgeben,¹⁷²⁴ sodass wie bei der Lebensgefährtin die privatautonome Entscheidung zur Erlangung der Elternschaft den Ausschlag gibt.¹⁷²⁵

Dennoch gibt es gute Gründe, zwischen dem Anerkenntnis eines Mannes und einer Frau zu differenzieren, die mE schon die Vergleichbarkeit ihrer jeweiligen Situation in Frage stellen. Wie bereits erörtert, wird die Missbrauchsmöglichkeit des Anerkenntnisses zur Umgehung der Adoptionsbestimmungen in der Lehre sehr kritisch gesehen¹⁷²⁶ und ist mE nur aus praktischen Erwägungen gerechtfertigt.¹⁷²⁷ Die fehlende Überprüfung der Vaterschaft beruht auch beim Anerkenntnis auf dem Gedanken, dass das Kind im Normalfall vom Anerkennenden abstammen wird.¹⁷²⁸ Bei einem Mann deutet zumindest der äußere Anschein darauf hin und rechtfertigt das Vertrauen auf die tatsächliche Abstammungsbeziehung des Anerkennenden zum Kind.¹⁷²⁹ Dass die genetische Abstammung sehr wohl auch für die

¹⁷¹⁹ *Gottschamel/Kratz-Lieber*, iFamZ 2017, 9 (10).

¹⁷²⁰ *Ferrari* in *Barth/Erlebach*, Handbuch 95 (107).

¹⁷²¹ *Gottschamel/Kratz-Lieber*, iFamZ 2017, 9; siehe auch *dieselben*, ÖJZ 2015, 917 (924).

¹⁷²² EGMR U 15. 3. 2012, *Gas u Dubois*, Nr. 25951/07 Z 37; EGMR U 19. 2. 2013, *X ua gegen Österreich*, Nr. 19010/07 Z 93; *Gottschamel/Kratz-Lieber*, iFamZ 2017, 9 (10) mwN.

¹⁷²³ *Schwimann*, NZ 1990, 218 (225); *Bernat* in *Schwimann/Kodek Ia*⁴ § 145 Rz 5; *Stefula* in *Klang*³ § 163c Rz 1.

¹⁷²⁴ *Bernat* in *Bernat*, Lebensbeginn 125 (138) zur damaligen Rechtslage; *Ferrari* in FS 200 Jahre ABGB II 935 (939); aA *Stefula* in *Klang*³ § 163c Rz 1, wonach nur der leibliche Vater ein Anerkenntnis abgeben darf; vgl auch *Pierer* in *Deixler-Hübner*, Handbuch 215 (248).

¹⁷²⁵ *Gottschamel/Kratz-Lieber*, iFamZ 2017, 9 (10 f).

¹⁷²⁶ *Simotta*, ÖA 2004, 175 (193); *Schwimann*, StAZ 2005, 33 (34).

¹⁷²⁷ Siehe S. 100 ff.

¹⁷²⁸ *Stefula* in *Klang*³ § 163c Rz 1; *Pierer* in *Deixler-Hübner*, Handbuch 215 (248); vgl auch ErläutRV 471 BlgNR 22. GP 7 f; ErläutRV 6 BlgNR 12. GP 19 zur Bedeutung der Korrektur „unrichtiger“ Abstammungsverhältnisse.

¹⁷²⁹ *Ferrari* in *Barth/Erlebach*, Handbuch 95 (99, 104 f).

Erlangung der Vaterschaft eine Rolle spielt, zeigt sich daran, dass der Standesbeamte nach hL seine Mitwirkung zu verweigern hat, wenn die fehlende Abstammung offenkundig ist.¹⁷³⁰

Wenn man ein Anerkenntnis der Lebensgefährtin unabhängig von einer medizinisch unterstützten Fortpflanzung zulässt, stellt sich die Frage, wie sich dieses Anerkenntnis zu jenem des biologischen Vaters verhält. Da das zeitlich frühere Anerkenntnis wirksam wird, wenn zwei verschiedene Männer ein Kind anerkennen,¹⁷³¹ wird dasselbe für die hier untersuchten Fallkonstellationen gelten. Im Ergebnis könnte es daher zu einem Wettlauf zwischen der Lebensgefährtin und dem biologischen Vater kommen.¹⁷³² Das Anerkenntnis der Lebensgefährtin wäre allerdings zwangsläufig angreifbar, da es mangels biologischer Abstammungsbeziehung zum Kind oder Zustimmung zu einer medizinisch unterstützten Fortpflanzung aufgrund eines Widerspruchs für rechtsunwirksam erklärt werden könnte (§ 144 Abs 3 iVm § 154 Abs 1 Z 2 ABGB). Auch ein „durchbrechendes“ Anerkenntnis durch den biologischen Vater wäre möglich (§ 147 Abs 2 ABGB).

Auch wenn der Gesetzgeber auf die Voraussetzung der medizinisch unterstützten Fortpflanzung verzichten würde, hätte die Lebensgefährtin aufgrund eines Anerkenntnisses daher keine gleich solide Elternstellung wie der biologische Vater des Kindes. Sie könnte die Elternschaft auch nicht durch eine gerichtliche Feststellung erlangen. Dies wäre nur möglich, wenn der Gesetzgeber das Abstammungsrecht grundlegend reformieren und die Zuordnung von Kindern zu ihren rechtlichen Eltern weitgehend unabhängig von der genetischen Abstammung regeln würde. Ein solcher Schritt kann grundrechtlich nicht geboten sein, sondern wirft darüber hinaus verfassungsrechtliche Bedenken im Zusammenhang mit den Rechten des Kindes und der biologischen Eltern auf.¹⁷³³ Diese hätten damit nicht mehr in erster Linie Zugang zur rechtlichen Elternschaft, was mit Art 8 EMRK und der Rsp des EGMR nicht im Einklang stünde.¹⁷³⁴ Aus dem Recht auf Achtung des Familienlebens folgt nach der Judikatur daher auch keine staatliche Verpflichtung, eine Person als Vater

¹⁷³⁰ Ferrari in *Barth/Erlebach*, Handbuch 95 (105 f); Pierer in *Deixler-Hübner*, Handbuch 215 (248) mwN; Stefula in *Klang*³ § 163c Rz 48 ff; Nademleinsky in *Schwimann*, Taschenkommentar³ § 145 Rz 1; aA *Schwimann*, NZ 1990, 218 (225); Bernat in *Schwimann/Kodek Ia*⁴ § 145 Rz 5.

¹⁷³¹ Stefula in *Klang*³ § 163c Rz 53; Bernat in *Schwimann/Kodek Ia*⁴ § 145 Rz 13; dies ergibt sich schon aus § 147 Abs 1 ABGB.

¹⁷³² So auch Ferrari in *Barth/Erlebach*, Handbuch 95 (98 FN 12); auf die Missbrauchsgefahr weist auch Wendehorst in *Arnold/Bernat/Kopetzki*, Recht der Fortpflanzungsmedizin 103 (122) hin.

¹⁷³³ So auch Wendehorst in *Arnold/Bernat/Kopetzki*, Recht der Fortpflanzungsmedizin 103 (122); Ferrari in *Barth/Erlebach*, Handbuch 95 (104 f).

¹⁷³⁴ EGMR U 13. 6. 1979, *Marckx*, Nr. 6833/74; Grabenwarter/Pabel, EMRK⁶ § 22 Rz 17 mwN; vgl auch *Gottschamel/Kratz-Lieber*, ÖJZ 2015, 917 (919 FN 26).

anzuerkennen, die nicht der leibliche Vater ist.¹⁷³⁵ Darüber hinaus hat das Kind nicht nur ein Recht auf Kenntnis seiner Abstammung,¹⁷³⁶ sondern auch das durch Art 8 EMRK geschützte Recht, eine unrichtige Abstammungsbeziehung beseitigen zu dürfen, zB durch Rechtsunwirksamklärung eines falschen Anerkenntnisses.¹⁷³⁷

Darüber hinaus würde das Rechtsinstitut der Adoption überflüssig, wenn man die Zuordnung eines Kindes zu seinen Eltern nur noch an den Willen des potentiellen Elternteils binden würde. Die Bestimmungen über die Adoption haben jedoch den Vorteil, dass das Kindeswohl und der Schutz der leiblichen Eltern durch ihre Zustimmungsrechte und die gerichtliche Bewilligung sichergestellt sind, was grundsätzlich im Einklang mit Art 8 EMRK steht.¹⁷³⁸ Dem Schutz der Interessen des leiblichen Vaters wird dadurch jedenfalls besser Rechnung getragen. Es ist nicht davon auszugehen, dass diese Interessen jedenfalls irrelevant sind, da die möglichen Interessenkonstellationen bei Zeugung eines Kindes durch einen Mann und eine in gleichgeschlechtlicher Partnerschaft lebende Frau derzeit noch nicht ausreichend geklärt sind:¹⁷³⁹ Die Rolle des bekannten Samenspenders im Familienleben eines lesbischen Paares mit Kind kann von der Samenspende allein über einen gelegentlichen Kontakt zum Kind bis zu einer faktischen Elternschaft zu dritt reichen.¹⁷⁴⁰

Seit dem AdRÄG 2013 ist die Stiefkindadoption des durch Geschlechtsverkehr gezeugten Kindes der einen Lebensgefährtin durch die andere problemlos möglich (§ 197 Abs 4 ABGB).¹⁷⁴¹ Die Aufhebung des § 191 Abs 2 1. Satz ABGB durch den VfGH ermöglichte den Lebensgefährtinnen darüber hinaus die Möglichkeit einer gemeinsamen Adoption.¹⁷⁴² Damit gibt es für gleichgeschlechtliche Lebensgefährten bereits einen Weg, ohne medizinisch unterstützte Fortpflanzung nach dem FMedG die gemeinsame rechtliche Elternschaft zu einem Kind zu erlangen.

¹⁷³⁵ EGMR U 22. 4. 1997, X, Y u. Z gegen Großbritannien, Nr. 21830/93 (Große Kammer) Z 52; *Stefula* in Klang³ § 163c Rz 49.

¹⁷³⁶ Zu diesem Argument siehe bereits S. 191 f; ErläutRV 445 BlgNR 25. GP 13; *Ferrari* in *Barth/Erlebach*, Handbuch 95 (100); *Wendehorst* in *Arnold/Bernat/Kopetzki*, Recht der Fortpflanzungsmedizin 103 (121).

¹⁷³⁷ Siehe S. 91 ff.

¹⁷³⁸ Vgl *Kneihls*, Befehl 284 ff, der allerdings bei einem bereits bestehenden Familienleben zwischen Wahlkind und Wahl Eltern iSd Art 8 EMRK von der Unverhältnismäßigkeit des Bewilligungserfordernisses ausgeht.

¹⁷³⁹ So auch *Gottschamel/Kratz-Lieber*, ÖJZ 2015, 917 (921) zur eingetragenen Partnerschaft.

¹⁷⁴⁰ Vgl *Rupp/Bergold*, Zusammenfassung, in *Rupp* (Hrsg), Die Lebenssituation von Kindern in gleichgeschlechtlichen Lebenspartnerschaften (2009) 281 (287); EKMR 8. 2. 1993, *M. gegen Niederlande*, Nr. 16944/90; zur vergleichbaren Problematik der Ausgestaltung der Co-Mutterschaft im niederländischen Recht ausführlich *Vonk*, One, Two or Three Parents? Lesbian Co-Mothers and a Donor with 'Family Life' under Dutch Law, *International Journal of Law, Policy and the Family* 2004, 103 (110 ff).

¹⁷⁴¹ *Fischer-Czermak*, EF-Z 2014, 61 (62).

¹⁷⁴² VfGH G 119/2014, G 120/2014 iFamZ 2015/2 (*Schoditsch*); siehe dazu *Benke/Klausberger/Nausner/Tritremmel*, Wie das Kindeswohl die Familie neu aufstellt, iFamZ 2015, 154.

Im Ergebnis ist daher auch zwischen einem Mann und einer Frau, die jeweils ein Kind anerkennen möchten, keine im Wesentlichen vergleichbare Situation gegeben. Eine Verletzung des Diskriminierungsverbots gem Art 14 EMRK im Regelungsbereich von Art 8 EMRK scheidet daher mE aus.

C. Recht des Kindes zur Lösung des Abstammungsverhältnisses vom Wunschelalterteil?

Wenn eine heterologe medizinisch unterstützte Fortpflanzung mit formgültiger Zustimmung beider Wunscheltern erfolgt, hat das Kind einen rechtlichen Elternteil, der nicht sein genetischer Elternteil ist. Die Bestimmungen, die jene Person an ihre rechtliche Elternschaft binden, die der medizinisch unterstützten Fortpflanzung zugestimmt hat (insb §§ 148 Abs 3, 152 ABGB) dienen zwar dem Schutz des Kindes vor rechtlicher Vaterlosigkeit.¹⁷⁴³ Allerdings führen sie auch zum Ergebnis, dass das Kind sich nicht mehr aus einer Abstammungsbeziehung lösen kann,¹⁷⁴⁴ die nicht der genetischen Abstammung entspricht. Während der Wunschelalterteil seiner rechtlichen Elternschaft ausdrücklich zugestimmt hat, muss das Kind die Situation akzeptieren, in die es hineingeboren wurde. Im Unterschied dazu kann eine Adoption aus bestimmten Gründen widerrufen oder aufgehoben werden (§§ 200 ff ABGB).¹⁷⁴⁵

Wie bereits erörtert,¹⁷⁴⁶ betreffen das Bestehen und die Auflösung der rechtlichen Abstammungsbeziehung zwischen dem Kind und seinem rechtlichen Vater oder anderen Elternteil jedenfalls deren durch Art 8 EMRK geschütztes Privatleben.¹⁷⁴⁷ Insofern lässt sich aus Art 8 EMRK ein Recht ableiten, eine mit der genetischen Abstammung nicht übereinstimmende rechtliche Eltern-Kind-Beziehung zu beseitigen.¹⁷⁴⁸ Auch der VfGH verlangt im Hinblick auf Art 8 EMRK zumindest für das Kind „die Bereitstellung eines mit Rechtsanspruch zugänglichen Verfahrens, welches [...] die Feststellung einer biologischen

¹⁷⁴³ *Bernat* in *Bernat*, Lebensbeginn 125 (153), damals noch *de lege ferenda* und zur Absicherung der Legitimität des Kindes; vgl auch *V. Steininger*, ÖJZ 1995, 121 (127).

¹⁷⁴⁴ *Bernat* in *Schwimann/Kodek* Ia⁴ § 152 Rz 1; vgl auch *Stefula* in *Klang*³ § 163 Rz 20, wonach das Kind analog zu § 148 Abs 3 ABGB ebenfalls den Beweis erbringen kann, dass es nicht durch die medizinisch unterstützte Fortpflanzung gezeugt wurde, der der Lebensgefährtin zugestimmt hat.

¹⁷⁴⁵ So auch *Bernat*, Rechtsfragen 200; *Motejl*, Das Recht des durch Samenspende gezeugten Kindes zur Anfechtung der Vaterschaft, FamRZ 2017, 345 (349) zum deutschen Recht.

¹⁷⁴⁶ Siehe S. 89, 92.

¹⁷⁴⁷ EGMR U 28. 11. 1984, *Rasmussen*, Nr. 8777/79 Z 33; EGMR E 19. 10. 1999, *Yildirim*, Nr. 34308/96; EGMR U 24. 11. 2005, *Shofman*, Nr. 74826/01 Z 30 ff; EGMR U 12. 1. 2006, *Mizzi*, Nr. 26111/02 Z 102 ff; EGMR U 10. 10. 2006, *Paulík*, Nr. 10699/05 Z 41.

¹⁷⁴⁸ Zum Grundrecht auf Feststellung der „richtigen“ Vaterschaft OGH 2 Ob 322/00t JBI 2001, 712 = SZ 74/11 = EFSlg 96.945; 2 Ob 74/10m EF-Z 2011/68 (*Gitschthaler*) = NZ 2011/61 = iFamZ 2011/57 = JBI 2001, 303; vgl auch *Motejl*, FamRZ 2017, 345 (346).

Vaterschaft gegen die bloß rechtlich vermutete ermöglicht.¹⁷⁴⁹ Wenn dem Kind die Feststellung der Nichtabstammung vom Ehemann oder der eingetragenen Partnerin verwehrt ist, weil diese Person der medizinisch unterstützten Fortpflanzung zugestimmt hat, durch die das Kind gezeugt wurde, liegt daher ein Eingriff in die Rechte des Kindes gem Art 8 EMRK vor. Gleiches gilt, wenn das Kind aus diesem Grund keinen erfolgreichen Widerspruch gegen das Anerkenntnis des Lebensgefährten oder der Lebensgefährtin der Mutter erheben kann.¹⁷⁵⁰

Der Eingriff in das Recht des Kindes auf Achtung seines Privatlebens könnte jedoch gem Art 8 Abs 2 EMRK gerechtfertigt sein.¹⁷⁵¹ Eine gesetzliche Grundlage ist mit §§ 152, 154 Abs 1 Z 2 ABGB vorhanden. Dass das Kind rechtlich an seinen Wunschelternteil gebunden bleibt, dient auch einem legitimen Ziel, nämlich dem „Schutz der Rechte und Freiheiten anderer“: Die Rechtsposition des rechtlichen Elternteils ist in diesem speziellen Fall besonders schutzwürdig,¹⁷⁵² weil eine Person, die aus triftigen, nicht selbst verschuldeten Gründen (insb Zeugungsunfähigkeit, Gleichgeschlechtlichkeit)¹⁷⁵³ nicht leiblicher Elternteil werden konnte, freiwillig die Verantwortung für das Kind auf sich nimmt. Dafür soll der Wunschelternteil nicht auch noch das Risiko tragen, diese Elternposition wieder zu verlieren.¹⁷⁵⁴ Aus diesem Grund ist die rechtliche Elternschaft auf Basis der Zustimmung zur medizinisch unterstützten Fortpflanzung wie eine auf genetischer Abstammung beruhende Elternschaft auszugestalten und abzusichern.¹⁷⁵⁵ Zu bedenken ist dabei auch, dass das Kind dem Wunschelternteil zumindest insofern seine Existenz verdankt, als es ohne seine Zustimmung nicht gezeugt worden wäre.¹⁷⁵⁶ Darüber hinaus könnte die Bereitschaft zur Aufklärung des Kindes über die Art seiner Zeugung steigen, wenn sich die Wunscheltern ihrer rechtlichen Beziehung zum Kind sicher sein können, was indirekt das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung stärkt.¹⁷⁵⁷

Dagegen lässt sich einwenden, dass eine unauflösbare rechtliche Bindung nicht dazu geeignet ist, eine zerrüttete emotionale Beziehung aufrecht zu erhalten.¹⁷⁵⁸ Die Bereitschaft der

¹⁷⁴⁹ VfGH G 78/00 VfSlg 16.928 FamRZ 2003, 1915 (*Bernat*).

¹⁷⁵⁰ Ein „Vätertausch“ gem § 150 ABGB scheitert zusätzlich an § 148 Abs 4 ABGB; siehe dazu S. 210 f, 212 ff.

¹⁷⁵¹ Zu den Voraussetzungen siehe S. 27 ff.

¹⁷⁵² *Bernat*, Rechtsfragen 199.

¹⁷⁵³ Vgl § 3 Abs 2, 3 FMedG.

¹⁷⁵⁴ *Motejl*, FamRZ 2017, 345 (347).

¹⁷⁵⁵ *Zypries/Zeeb*, Samenspende und das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung, ZRP 2014, 54 (56); *Motejl*, FamRZ 2017, 345 (347).

¹⁷⁵⁶ *Bernat*, Rechtsfragen 200.

¹⁷⁵⁷ *Wellenhofer*, FamRZ 2013, 825 (829).

¹⁷⁵⁸ *Motejl*, FamRZ 2017, 345 (348); *Wellenhofer*, FamRZ 2013, 825 (829).

rechtlichen Eltern zur Aufklärung ihrer Kinder ist nachweislich gering¹⁷⁵⁹ und es gibt keine Hinweise darauf, dass die abstammungsrechtliche Sicherheit der Wunscheltern daran etwas geändert hätte. Selbst wenn das Kind ein Recht hätte, die Vaterschaft des Wunschvaters oder anderen Elternteils zu beseitigen, wäre es jedenfalls an die Fristen des § 153 ABGB bzw § 146 ABGB gebunden, sodass die Ungewissheit des Wunschelternteils über den Fortbestand seiner rechtlichen Abstammungsbeziehung zum Kind zeitlich begrenzt wäre.¹⁷⁶⁰

Der Gesetzgeber hat bei der Abwägung zwischen Freiheitsrecht und Schutzgut immer einen gewissen Beurteilungsspielraum.¹⁷⁶¹ Dieser ist nach der Rechtsprechung des EGMR eng, wenn es um besonders wichtige Aspekte der Existenz oder Identität der Person geht.¹⁷⁶² Allerdings ist dieser Spielraum bei der Abwägung zwischen widerstreitenden privaten Interessen¹⁷⁶³ und bei ethisch und moralisch sensiblen Themen weiter.¹⁷⁶⁴

Die Entscheidung des Gesetzgebers, der Zustimmung zur medizinisch unterstützten Fortpflanzung dieselbe Bedeutung zu verleihen wie der genetischen Abstammung, hat durchaus gewichtige Gründe. Eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung unter Verwendung des Samens eines Dritten ist für den nicht leiblichen Elternteil ohnehin mit psychischen Herausforderungen verbunden.¹⁷⁶⁵ Diese würden sich uU noch verstärken, wenn selbst die rechtliche Elternposition mit Unsicherheit verbunden wäre. Das Kind hat sich seinen Wunschelternteil zwar nicht ausgesucht, doch darin unterscheidet es sich nicht von einem durch Geschlechtsverkehr gezeugten Kind, das ungeachtet der Umstände jedenfalls mit seinem genetischen Vater zufrieden sein muss. Nicht zuletzt wäre die Co-Mutter ansonsten rechtlich benachteiligt, weil ihre Elternstellung dann jedenfalls unsicherer wäre als jene des leiblichen und rechtlichen Vaters. Im Ergebnis ist der Eingriff in die Rechte des Kindes gem Art 8 EMRK mE noch verhältnismäßig und damit gerechtfertigt.¹⁷⁶⁶

¹⁷⁵⁹ *Golombok ua*, The European study of assisted reproduction families: family functioning and child development, Human Reproduction 1996, 2324 (2330): in 111 untersuchten Familien wurde kein einziges Kind aufgeklärt. In *Golombok ua*, The European study of assisted reproduction families: the transition to adolescence, Human Reproduction 2002, 830 (836) betrug die Aufklärungsrate 8,6 %; vgl auch *Bernat*, Reproduktionsmedizin 161 (170) mwN; *Beck*, Anm zu BGH XII ZR 201/13, EF-Z 2015/62 mwN; *Zypries/Zeeb*, ZRP 2014, 54 (55); *Motejl*, FamRZ 2017, 345 (348) mwN.

¹⁷⁶⁰ So auch *Motejl*, FamRZ 2017, 345 (347).

¹⁷⁶¹ *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 18 Rz 20; siehe dazu S. 30.

¹⁷⁶² EGMR U 29. 4. 2002, *Pretty*, Nr. 2346/02 Z 71; *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 18 Rz 21 mwN.

¹⁷⁶³ *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 18 Rz 22; vgl EGMR U 26. 2. 2002, *Fretté*, Nr. 36515/97 Z 42.

¹⁷⁶⁴ EGMR U 13. 2. 2003, *Odièvre*, Nr. 42326/98 Z 49; EGMR U 10. 4. 2007, *Evans*, Nr. 6339/05 (Große Kammer) Z 77; EGMR U 22. 4. 1997, X, *Yu. u. Z gegen Großbritannien*, Nr. 21830/93 (Große Kammer) Z 44.

¹⁷⁶⁵ Vgl *Thorn* in *Barth/Erlebach*, Handbuch 263 (268); *Zypries/Zeeb*, ZPR 2014, 54 (57 f); vgl auch *Edlbacher*, ÖJZ 1086, 321 (324); *derselbe*, ÖA 1989, 27 (28).

¹⁷⁶⁶ Dagegen erwägt *Bernat*, Rechtsfragen 200 f ein Anfechtungsrecht des Kindes aus bestimmten, gerechtfertigten Gründen wie zB bei Störungen des Familienverhältnisses.

III. Verhältnis zwischen Kind und Wunschmutter

Wenn die Wunschmutter eine Eizelle gespendet bekommt und das Kind selbst austrägt, gilt sie gem § 143 ABGB trotz fehlender genetischer Verwandtschaft als rechtliche Mutter.¹⁷⁶⁷ Eine Änderung der Mutterschaft ist jedenfalls ausgeschlossen, auch wenn die Eizelle von einer anderen Frau stammt.¹⁷⁶⁸ Die Eizellenspende wurde zwar erst mit dem FMedRÄG 2015 erlaubt.¹⁷⁶⁹ Abstammungsrechtliche Sonderregeln mussten jedoch nicht mehr geschaffen werden,¹⁷⁷⁰ weil § 143 ABGB zum selben Ergebnis führt wie §§ 148 Abs 3 und 4, 152 ABGB bei der Vaterschaft des Wunschvaters nach heterologer Insemination oder IVF: Die Wunschmutter kann sich nicht mehr von ihrer rechtlichen Mutterschaft lösen, ebenso wenig wie das Kind, und die genetische Mutterschaft der Eizellenspenderin kann nie als solche festgestellt werden. Auch hier wird daher ein Auseinanderfallen von genetischer und rechtlicher Abstammung in Kauf genommen.¹⁷⁷¹ Da dieses Ergebnis im Einklang mit dem Willen der Beteiligten steht, wirft es im Fall einer erfolgreichen Eizellenspende keine weiteren Probleme auf.¹⁷⁷² Dass § 143 ABGB ausnahmslos keine Korrekturmöglichkeit zugunsten der genetischen Mutter vorsieht, kann jedoch in manchen Fallkonstellationen verfassungsrechtliche Bedenken auslösen, die in den folgenden Abschnitten zu erörtern sind.

A. Problematik

Grundsätzlich spielt die Zustimmung der Wunschmutter zur Eizellenspende keine Rolle für ihre spätere Mutterschaft, da diese ausschließlich durch die Geburt des Kindes entsteht. Wie bereits dargelegt, erfordert das Selbstbestimmungsrecht des Wunschvaters, dass er sich bei Zustimmungsmängeln von seiner Vaterschaft befreien kann.¹⁷⁷³ Bei einer Embryonenverwechslung führt dies zu unbefriedigenden Ergebnissen: Wenn zwei Paare jeweils einer homologen IVF mit anschließendem Embryotransfer zugestimmt haben und die

¹⁷⁶⁷ Lurger in Bernat, Reproduktionsmedizin 108 (128).

¹⁷⁶⁸ Stormann in Schwimann/Kodek Ia⁴ § 143 Rz 5; Schwimann, StAZ 1993, 178; Pichler, ÖA 1993, 53; Stabentheiner in Rummel, ABGB³ § 137b Rz 2, § 138 Rz 7 (Stand 1. 1. 2003, rdb.at); Stefula in Klang³ § 137b Rz 4; Wendehorst in Bockenheimer-Lucius/Thorn/Wendehorst, Umwege 116.

¹⁷⁶⁹ ErläutRV 445 BlgNR 25. GP 2; zur Vorgeschichte siehe S. 168 ff.

¹⁷⁷⁰ Czech, Fortpflanzungsfreiheit 187.

¹⁷⁷¹ Erlebach in Barth/Erlebach, Handbuch 243 (257).

¹⁷⁷² Wendehorst in Arnold/Bernat/Kopetzki, Fortpflanzungsmedizin 103 (115); Czech, Fortpflanzungsfreiheit 186 f; Lurger in Bernat, Reproduktionsmedizin 108 (146).

¹⁷⁷³ S. 179 ff.

Embryos anschließend vertauscht werden, sodass die beiden Frauen jeweils genetisch fremde Kinder zur Welt bringen,¹⁷⁷⁴ sind sie gem § 143 ABGB deren rechtliche Mütter.

Bei den Vätern ist zu unterscheiden: Jeder Ehemann wird *ex lege* Vater des von seiner Ehefrau geborenen Kindes, kann jedoch die Nichtabstammung des fremden Kindes von ihm feststellen lassen.¹⁷⁷⁵ Sind beide Elternpaare nicht verheiratet, kann jeder Lebensgefährte „sein“ Kind anerkennen. Ansonsten kommen ein „Vätertausch“ gem § 150 ABGB oder ein „durchbrechendes“ Anerkenntnis in Frage.¹⁷⁷⁶ Eine Änderung der Abstammungsverhältnisse ist bei den Vätern daher jedenfalls möglich. Dagegen gibt es keine Möglichkeit, ausnahmsweise etwas an der Mutterschaft der rechtlichen, aber nicht genetischen Mutter zu ändern.¹⁷⁷⁷ Gleiches gilt, wenn bei einer IVF „nur“ die Eizelle der Wunschmutter mit jener einer anderen Wunschmutter oder einer Spenderin verwechselt wird.¹⁷⁷⁸

Dass die rechtliche Mutter im Unterschied zu ihrem Ehemann an ihre Mutterschaft gebunden bleibt, obwohl sie der stattgefundenen medizinisch unterstützten Fortpflanzung nicht zugestimmt hat, widerspricht nach der Ansicht von *Lurger* als sachlich nicht gerechtfertigte Differenzierung dem Gleichheitssatz.¹⁷⁷⁹ Auch *Wendehorst* setzt sich mit der Ungleichbehandlung von Müttern und Vätern in verschiedenen Fallkonstellationen auseinander¹⁷⁸⁰ und prüft die Vereinbarkeit der ausnahmslosen Geltung von § 143 ABGB mit Art 14 iVm Art 8 EMRK.¹⁷⁸¹

Zu untersuchen ist daher die Verfassungskonformität des § 143 ABGB aus mehreren Perspektiven, und zwar jener der gebärenden Frau, jener der genetischen Mutter und jener des Kindes. Dabei ist zu betonen, dass die Zuordnung des Kindes zur Frau, die es geboren hat, eine verfassungsrechtlich mE sogar gebotene Entscheidung des Gesetzgebers ist:¹⁷⁸² Ein

¹⁷⁷⁴ *Lurger*, DEuFamR 1999, 210 (220); *dieselbe* in *Bernat*, Reproduktionsmedizin 108 (150) zitiert einen New Yorker Fall, in dem eine Embryonenverwechslung zwischen einem weißen und einem schwarzen Paar zur Geburt eines schwarzen und eines weißen Kindes durch die weiße Mutter führte; das Gericht ordnete die Herausgabe des Kindes an seine genetischen Eltern an. Vgl auch *Bernat*, MedR 1986, 245 (252); *dieselbe* in *Bernat*, Lebensbeginn 125 (167).

¹⁷⁷⁵ *Lurger* in *Bernat*, Reproduktionsmedizin 108 (150); *Wendehorst* in *Arnold/Bernat/Kopetzki*, Recht der Fortpflanzungsmedizin 103 (114); aA wohl *Bernat* in *Schwimmann/Kodek* Ia⁴ § 148 Rz 15 lit b; vgl jedoch *dieselbe* in *Bernat*, Lebensbeginn 125 (166).

¹⁷⁷⁶ *Wendehorst* in *Arnold/Bernat/Kopetzki*, Recht der Fortpflanzungsmedizin 103 (114).

¹⁷⁷⁷ *Lurger* in *Bernat*, Reproduktionsmedizin 108 (151); *Wendehorst* in *Arnold/Bernat/Kopetzki*, Recht der Fortpflanzungsmedizin 103 (114); *M. Steininger*, Reproduktionsmedizin Rz 5/40.

¹⁷⁷⁸ *M. Steininger*, Reproduktionsmedizin Rz 5/40; kritisch auch *Bernat* in *Bernat*, Lebensbeginn 125 (167).

¹⁷⁷⁹ *Lurger*, DEuFamR 1999, 210 (219 f); *dieselbe* in *Bernat*, Reproduktionsmedizin 108 (151).

¹⁷⁸⁰ *Wendehorst* in *Arnold/Bernat/Kopetzki*, Recht der Fortpflanzungsmedizin 103 (112 ff); vgl schon *dieselbe* in *Bockenheimer-Lucius/Thorn/Wendehorst*, Umwege 103 (120 f).

¹⁷⁸¹ *Wendehorst* in *Arnold/Bernat/Kopetzki*, Recht der Fortpflanzungsmedizin 103 (114 ff).

¹⁷⁸² *Wendehorst* in *Arnold/Bernat/Kopetzki*, Recht der Fortpflanzungsmedizin 103 (115) spricht von einer „alternativlosen Entscheidung“; *Lurger* in *Bernat*, Lebensbeginn 108 (154 f).

„Anerkennungssystem“, wonach die Mutter ihr Kind zur Begründung der Elternstellung immer erst anerkennen muss,¹⁷⁸³ stünde mit der stRsp des EGMR seit dem Urteil *Marckx* nicht im Einklang.¹⁷⁸⁴ Danach verletzt der Staat seine positiven Gewährleistungspflichten gegenüber dem Kind aus Art 8 EMRK, wenn es nicht von Geburt an auch in rechtlicher Hinsicht zu einer Familie gehört.¹⁷⁸⁵ Die Stabilität der Elternstellung der Mutter ist darüber hinaus auch im Abstammungsrecht bedeutsam, weil die Vaterschaft davon abhängt¹⁷⁸⁶ und dadurch sichergestellt ist, dass jedes Kind bereits mit seiner Geburt jedenfalls zumindest einen Elternteil hat, den familienrechtliche Pflichten zur Versorgung des Kindes treffen.¹⁷⁸⁷

Ob dennoch eine Einschränkung des § 143 ABGB verfassungsrechtlich geboten ist, erfordert daher mE eine strenge Prüfung. Eine Korrektur der Mutterschaft sollte gegebenenfalls nur im Zusammenhang mit einer medizinisch unterstützten Fortpflanzung ermöglicht werden,¹⁷⁸⁸ weil genetische und rechtliche Mutterschaft bei natürlicher Fortpflanzung immer übereinstimmen.¹⁷⁸⁹ Darüber hinaus spielt das Anliegen des Gesetzgebers eine Rolle, durch die Ausgestaltung der Regelungen über die Mutterschaft verbotene Leihmutterschaften zu verhindern.¹⁷⁹⁰

B. Feststellung der Nichtabstammung von der gebärenden Frau

Wenn die rechtliche Mutter eines Kindes nicht geltend machen kann, dass sie nicht dessen genetische Mutter ist, befindet sie sich aufgrund der Tatsache, dass ihre rechtliche Elternschaft *ex lege* entsteht, in einer vergleichbaren Situation wie ein Ehemann, dessen Kind genetisch nicht von ihm stammt.¹⁷⁹¹ Mutter und Ehemann werden jedoch ungleich behandelt, weil er einen Antrag gem §§ 151 ff ABGB stellen kann und sie nicht. Die Ungleichbehandlung vergleichbarer Sachverhalte kann zu einer Diskriminierung iSd Art 14

¹⁷⁸³ In diese Richtung überlegt *Lurger* in *Bernat*, Lebensbeginn 108 (153), spricht sich letztendlich aber dagegen aus.

¹⁷⁸⁴ EGMR U 13. 6. 1979, *Marckx*, Nr. 6833/74.

¹⁷⁸⁵ EGMR U 13. 6. 1979, *Marckx*, Nr. 6833/74 Z 31.

¹⁷⁸⁶ *Lurger* in *Bernat*, Lebensbeginn 108 (154); *M. Steininger*, Reproduktionsmedizin Rz 4/21.

¹⁷⁸⁷ *M. Steininger*, Reproduktionsmedizin Rz 4/24; *Lurger* in *Bernat*, Lebensbeginn 108 (155).

¹⁷⁸⁸ *Lurger* in *Bernat*, Lebensbeginn 108 (153, 157).

¹⁷⁸⁹ Vgl *M. Steininger*, Reproduktionsmedizin Rz 4/23; zur rechtlichen Mutterschaft im Zusammenhang mit der anonymen Geburt siehe S. 150 ff; zur Kindesverwechslung im Krankenhaus siehe *T. Maier*, JAP 2015/2016, 182.

¹⁷⁹⁰ ErläutRV 216 B1gNR 18. GP 24; zustimmend *Wendehorst* in *Arnold/Bernat/Kopetzki*, Recht der Fortpflanzungsmedizin 103 (115 f); aA *Lurger*, DEuFamR 1999, 210 (220); *dieselbe* in *Bernat*, Lebensbeginn 108 (149): Das Verbot einer Fortpflanzungsmethode darf ihrer Ansicht nach nicht mit Mitteln des Abstammungsrechts durchgesetzt werden, wenn dies auf Kosten des Kindeswohls geschieht.

¹⁷⁹¹ Ähnlich auch *Bernat* in *Bernat*, Lebensbeginn 125 (166); *Lurger* in *Bernat*, Reproduktionsmedizin 108 (153); vgl EGMR U 3. 12. 2009, *Zaunegger*, Nr. 22028/04 Z 48, worin der Gerichtshof die Vergleichbarkeit von Vater und Mutter bezüglich der Obsorge bejaht und Unterschiede erst auf der Ebene der Rechtfertigung berücksichtigt.

EMRK führen.¹⁷⁹² Zunächst ist jedoch zu prüfen, ob der Regelungsbereich eines Konventionsrechts berührt ist.¹⁷⁹³ Zu denken ist im vorliegenden Zusammenhang an Art 8 EMRK. Die Begründung oder Lösung rechtlicher Abstammungsbeziehungen liegt nach stRsp des EGMR im Bereich des durch Art 8 EMRK geschützten Privatlebens,¹⁷⁹⁴ was zwar meist im Zusammenhang mit der Vaterschaft ausgesprochen wird, aber gleichermaßen für die Mutterschaft gelten muss.¹⁷⁹⁵

Somit stellt sich die Frage, ob die Ungleichbehandlung von Mutter und Ehemann sachlich gerechtfertigt ist.¹⁷⁹⁶ An eine Differenzierung nach dem Geschlecht werden erhöhte Anforderungen gestellt,¹⁷⁹⁷ da besonders schwerwiegende Gründe dafür vorhanden sein müssen.¹⁷⁹⁸ Gerechtfertigt ist die Diskriminierung dann, wenn sie ein legitimes Ziel verfolgt und das eingesetzte Mittel in einem angemessenen Verhältnis dazu steht.¹⁷⁹⁹ Der Ausschluss eines Antrags auf Feststellung der Nichtabstammung versucht zu verhindern, dass das Kind durch den Verlust der rechtlichen Mutter uU juristisch elternlos wird.¹⁸⁰⁰ Ist die Mutter verheiratet, würde der Ehemann wohl ebenfalls seine Vaterschaft verlieren.¹⁸⁰¹ Rechtlich wäre auch nicht gewährleistet, dass der Partner der Mutter oder der genetische Vater das Kind anerkennt. Das Gericht hätte in einem solchen Fall – da es keine rechtlichen Eltern oder Großeltern gibt – eine andere geeignete Person gem § 204 ABGB bzw in Ermangelung einer solchen Person den KJHT mit der Obsorge zu betrauen (§ 209 ABGB).¹⁸⁰² Als gesetzlicher Vertreter wäre dieser zur Betreuung der Vaterschaftsfeststellung gem § 149 Abs 1 ABGB verpflichtet.

¹⁷⁹² *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 26 Rz 8 mwN; siehe S. 48 ff.

¹⁷⁹³ *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 26 Rz 5; EGMR U 28. 5. 1985, *Abdulaziz, Cabales u. Balkandali*, Nr. 9214/80, 9473/81, 9474/81 Z 71; EGMR U 28. 10. 1987, *Inze*, Nr. 8695/79 Z 36.

¹⁷⁹⁴ EGMR U 28. 11. 1984, *Rasmussen*, Nr. 8777/79 Z 33; EGMR E 19. 10. 1999, *Yildirim*, Nr. 34308/96; EGMR U 24. 11. 2005, *Shofman*, Nr. 74826/01 Z 30; EGMR U 12. 1. 2006, *Mizzi*, Nr. 26111/02 Z 102; EGMR U 10. 10. 2006, *Paulík*, Nr. 10699/05 Z 41; vgl auch *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 22 Rz 12 zur Eintragung eines Eltern-Kind-Verhältnisses in einem öffentlichen Register.

¹⁷⁹⁵ Vgl EGMR U 13. 6. 1979, *Marckx*, Nr. 6833/74 Z 31, auch wenn es darin um die Begründung eines Abstammungsverhältnisses ging und zwischen Mutter und Tochter ein durch Art 8 EMRK geschütztes Familienleben angenommen wurde.

¹⁷⁹⁶ *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 26 Rz 13.

¹⁷⁹⁷ *Wendehorst* in *Arnold/Bernat/Kopetzki*, *Recht der Fortpflanzungsmedizin* 103 (115).

¹⁷⁹⁸ EGMR U 28. 5. 1985, *Abdulaziz, Cabales u. Balkandali*, Nr. 9214/80, 9473/81, 9474/81 Z 78; EGMR U 21. 2. 1997, *van Raalte*, Nr. 20060/92 Z 42; *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 26 Rz 17 mwN.

¹⁷⁹⁹ *Czech*, *Fortpflanzungsfreiheit* 125.

¹⁸⁰⁰ So auch *Bernat*, *Rechtsfragen* 230 f, der vor der Schaffung des FMedG eine Bestreitung der Mutterschaft in Analogie zur ehelichen Vaterschaft erwog und insb aus diesem Grund ablehnte; vgl auch EGMR U 13. 6. 1979, *Marckx*, Nr. 6833/74 Z 39 zum Interesse des Kindes, nicht rechtlich mutterlos zu sein.

¹⁸⁰¹ *Bernat*, *Rechtsfragen* 230 f.

¹⁸⁰² § 207 2. Fall ABGB wäre hier nicht anwendbar, da diese Bestimmung nur den Obsorgemangel ab Geburt regelt: *Cohen/Tschuguel* in *Kletečka/Schauer*, *ABGB-ON*^{1.03} § 207 Rz 3 (Stand 1.3.2017, rdb.at) mwN.

Es wäre auch nicht dafür gesorgt, dass die genetische Mutter anstelle der rechtlichen die Verantwortung für das Kind übernimmt.¹⁸⁰³ Da die Feststellung der Nichtabstammung an die Durchführung einer medizinisch unterstützten Fortpflanzung geknüpft wäre,¹⁸⁰⁴ wird die genetische Mutter in vielen Fällen eine Eizellenspenderin sein, die analog § 148 Abs 4 ABGB nicht als rechtliche Mutter feststellbar sein sollte.¹⁸⁰⁵ Auch für Leihmutterchaften soll § 143 ABGB nach der klaren Absicht des Gesetzgebers¹⁸⁰⁶ weiterhin uneingeschränkt gelten.¹⁸⁰⁷ Dass der Staat das Verbot der Leihmutterchaft auch mit abstammungsrechtlichen Mitteln durchzusetzen versucht, hat der EGMR in den Urteilen *Mennesson* und *Labassee* grundsätzlich akzeptiert, solange die getroffenen Maßnahmen verhältnismäßig sind und den nationalen Ermessensspielraum nicht überschreiten.¹⁸⁰⁸

Eine mangelhafte Zustimmung der rechtlichen Mutter fällt bezüglich der abstammungsrechtlichen Konsequenzen weniger ins Gewicht als eine mangelhafte Zustimmung des Wunschvaters, weil die Wunschmutter durch Schwangerschaft und Geburt einen erheblichen, auch biologischen Beitrag zur Existenz des Kindes geleistet hat.¹⁸⁰⁹ Damit unterscheidet sich ihre Situation erheblich von jener des zustimmenden Wunschvaters.¹⁸¹⁰ Diese stärkere Verbundenheit rechtfertigt es, sie insoweit an ihre rechtliche Elternschaft zu binden, als das Kind sonst elternlos würde.¹⁸¹¹ Dass die rechtliche Mutter keinen Antrag auf Feststellung der Nichtabstammung stellen kann, ist daher mE sachlich gerechtfertigt und verstößt nicht gegen Art 14 iVm Art 8 EMRK.

C. „Durchbrechung“ der Mutterschaft

Bedenklich erscheint es auch, dass § 143 ABGB es der genetischen Mutter ausnahmslos verwehrt, eine Abstammungsbeziehung zum Kind herzustellen. Ihre Situation ist vergleichbar mit jener eines biologischen Vaters, der zumindest die Möglichkeit eines „durchbrechenden“

¹⁸⁰³ So zur alten Rechtslage auch *Bernat*, Rechtsfragen 231. Bei einer abstammungsrechtlichen Änderung der Mutterschaft wäre mE jedenfalls eine gerichtliche Feststellung im Außerstreitverfahren zulässig; vgl schon oben S. 153 ff zur deklarativen Feststellung der Mutterschaft.

¹⁸⁰⁴ Ebenso *Lurger* in *Bernat*, Reproduktionsmedizin 108 (153) und S. 201.

¹⁸⁰⁵ Siehe dazu S. 216 f.

¹⁸⁰⁶ ErläutRV 216 BlgNR 18. GP 24.

¹⁸⁰⁷ So auch *Wendehorst* in *Arnold/Bernat/Kopetzki*, Recht der Fortpflanzungsmedizin 103 (115 f); vgl auch *Bernat*, MedR 1986, 245 (252).

¹⁸⁰⁸ EGMR U 26. 6. 2014, *Mennesson*, Nr. 65192/11 Z 99 f; EGMR U 26. 6. 2014, *Labassee*, Nr. 65941/11 Z 78 f.

¹⁸⁰⁹ *Bernat* in *Bernat*, Lebensbeginn 125 (164); *derselbe*, MedR 1986, 245 (251); *derselbe*, Rechtsfragen 226 f; *Wendehorst* in *Arnold/Bernat/Kopetzki*, Recht der Fortpflanzungsmedizin 103 (115); vgl auch *M. Steininger*, Reproduktionsmedizin Rz 4/22 ff.

¹⁸¹⁰ *Lurger*, DEuFamR 1999, 210 (218); *Wendehorst* in *Arnold/Bernat/Kopetzki*, Recht der Fortpflanzungsmedizin 103 (115).

¹⁸¹¹ So bereits *Wendehorst* in *Arnold/Bernat/Kopetzki*, Recht der Fortpflanzungsmedizin 103 (115 f).

Anerkennnisses hat, um auch rechtlich Vater des Kindes zu werden.¹⁸¹² Auch hier liegt also eine Ungleichbehandlung vor, die gegen Art 14 iVm Art 8 EMRK verstößt, wenn die Diskriminierung nicht sachlich gerechtfertigt ist.¹⁸¹³ Auf ein Familienleben iSd Art 8 EMRK kann sich die genetische Mutter nicht berufen, wenn zur genetischen Verwandtschaft allein keine weiteren Umstände hinzutreten.¹⁸¹⁴ Allerdings ist das Interesse an der Herstellung einer Abstammungsbeziehung zu einem leiblichen Kind als Teil des Privatlebens iSd Art 8 EMRK geschützt.¹⁸¹⁵

Da die Differenzierung zwischen genetischen Elternteilen eines Kindes in den Regelungsbereich des Art 8 EMRK fällt, ist zu prüfen, ob die Diskriminierung gerechtfertigt ist, wobei nur besonders schwerwiegende Gründe ausreichen.¹⁸¹⁶ Wie bereits ausführlich diskutiert wurde, sind schon die Möglichkeiten des biologischen Vaters begrenzt, seine Vaterschaft durchzusetzen, wenn ein anderer Mann als Vater des Kindes im Rechtssinn gilt.¹⁸¹⁷ Zum Schutz der sozialen Familie steht diese Rechtslage auch im Einklang mit Art 8 EMRK.¹⁸¹⁸ Der genetischen Mutter müssen daher keine weitergehenden Rechte eingeräumt werden als dem genetischen Vater.¹⁸¹⁹

Ein „durchbrechendes“ Anerkenntnis auch bei der Mutterschaft zuzulassen, hätte darüber hinaus die problematische Konsequenz,¹⁸²⁰ dass die genetische Mutter jener Frau das Kind wegnehmen würde, die es nach neun Monaten Schwangerschaft geboren hat.¹⁸²¹ Dies zu vermeiden, dient mE jedenfalls einem legitimen Ziel, und zwar den „Rechten und Freiheiten anderer“.¹⁸²² Aufgrund der biologischen und psychosozialen Beziehung, die durch die

¹⁸¹² *Löhnig*, Die leibliche, nicht rechtliche Mutter, FamRZ 2015, 806 (807); vgl auch *Lurger* in *Bernat*, Reproduktionsmedizin 108 (153); zur Rechtsposition des leiblichen Vaters siehe ausführlich S. 52 ff.

¹⁸¹³ Zu den Voraussetzungen siehe S. 48 ff.

¹⁸¹⁴ *Czech*, Fortpflanzungsfreiheit 43 f; *Fahrenhorst*, Familienrecht und EMRK 101; EGMR U 1. 6. 2004, *L. gegen NL*, Nr. 45582/99 Z 37; EGMR U 15. 9. 2011, *Schneider*, Nr. 17080/07 Z 80 NJW 2012, 2781; aA *Holoubek*, Gewährleistungspflichten 56.

¹⁸¹⁵ EGMR U 22. 3. 2012, *Kautzor*, Nr. 23338/09 Z 45 iFamZ 2012/84; EGMR U 7. 2. 2002, *Mikulić*, Nr. 53176/99 Z 53 ff.

¹⁸¹⁶ *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 26 Rz 17 mwN; EGMR U 28. 5. 1985, *Abdulaziz, Cabales u. Balkandali*, Nr. 9214/80, 9473/81, 9474/81 Z 78; EGMR U 21. 2. 1997, *van Raalte*, Nr. 20060/92 Z 42; S. 50.

¹⁸¹⁷ Siehe S. 52 ff.

¹⁸¹⁸ Siehe S. 62 f.

¹⁸¹⁹ So auch *Wendehorst* in *Arnold/Bernat/Kopetzki*, Recht der Fortpflanzungsmedizin 103 (115); für eine Erweiterung des Kontaktrechts des leiblichen Vaters iSd § 1686a BGB auf die genetische Mutter *Löhnig*, FamRZ 2015, 806 (807).

¹⁸²⁰ Vgl schon *Bernat*, Rechtsfragen 228.

¹⁸²¹ *Wendehorst* in *Arnold/Bernat/Kopetzki*, Recht der Fortpflanzungsmedizin 103 (115); vgl Bioethikkommission, Stellungnahme vom 28. 11. 2014, 3 zum Verbot der Leihmutterschaft, das vor allem mit dem Schutz der Leihmutter vor einem „Herausgabeanspruch“ begründet wird.

¹⁸²² Vgl *Czech*, Fortpflanzungsfreiheit 125.

Schwangerschaft aufgebaut wird,¹⁸²³ und der Zeit danach¹⁸²⁴ besteht zwischen rechtlicher Mutter und Kind idR ein durch Art 8 EMRK geschütztes Familienleben,¹⁸²⁵ das eine Beendigung dieser rechtlichen Beziehung gegen den Willen der gebärenden Frau nicht zulässt.¹⁸²⁶ Eine Differenzierung aufgrund des Geschlechts muss gerade aus einem solchen Grund zulässig sein, der auf biologischen Gegebenheiten und damit auf Unterschieden im Tatsächlichen beruht.¹⁸²⁷

D. „Müttertausch“ auf Antrag des Kindes?

Wendehorst hält § 143 ABGB für unvereinbar mit Art 8 EMRK, weil das Kind zu seiner genetischen Mutter unter keinen Umständen ein rechtliches Abstammungsverhältnis herstellen kann.¹⁸²⁸ Auch das Recht des Kindes, die Abstammung von einem genetischen Elternteil feststellen zu lassen, berührt sein von Art 8 EMRK geschütztes Privatleben, denn dieses umfasst auch bestimmte Aspekte der sozialen Identität eines Individuums¹⁸²⁹ und damit die Frage, wer auch im rechtlichen Sinn die eigenen Eltern sind. Ein Eingriff in die Rechte des Kindes aus Art 8 EMRK liegt daher vor, wenn dieses keinerlei Möglichkeit hat, zu seiner genetischen Mutter eine Rechtsbeziehung herzustellen.¹⁸³⁰

Zur Rechtfertigung dieses Eingriffs müssen die Voraussetzungen des Art 8 Abs 2 EMRK erfüllt sein. Eine gesetzliche Grundlage ist mit § 143 ABGB gegeben. Anschließend ist nach einem legitimen Ziel zu suchen, dem die ausnahmslose Geltung der Mutterschaftsregel dient. In Betracht kommt hier der „Schutz der Rechte und Freiheiten anderer“: Das Kind soll, wie erörtert, vor rechtlicher Elternlosigkeit geschützt werden, wenn die rechtliche Mutter ihre Elternstellung verliert und niemand an ihre Stelle tritt.¹⁸³¹ Als Konsequenz einer Feststellung der Nichtabstammung des Kindes von der rechtlichen Mutter könnte das sehr wohl passieren.

¹⁸²³ Bernat, MedR 1986, 245 (252); Selb, Rechtsordnung 76; Lurger, DEuFamR 1999, 210 (218); dieselbe in Bernat, Reproduktionsmedizin 108 (148).

¹⁸²⁴ Faktisch bleibt das Kind ja meist zunächst bei der Frau, die es geboren hat: M. Steininger, Reproduktionsmedizin Rz 4/24.

¹⁸²⁵ EGMR U 13. 6. 1979, Marckx, Nr. 6833/74 Z 31 NJW 1979, 2449.

¹⁸²⁶ So im Ergebnis auch Lurger in Bernat, Reproduktionsmedizin 108 (152); Bernat, JBl 1985, 720 (725); derselbe, MedR 1986, 245 (251); vgl Feik in Heißl, Handbuch Rz 9/14, wonach die Trennung von Mutter und Kind unmittelbar nach der Geburt eine massive Verletzung von Art 8 EMRK bedeutet.

¹⁸²⁷ Wendehorst in Arnold/Bernat/Kopetzki, Recht der Fortpflanzungsmedizin 103 (115).

¹⁸²⁸ Wendehorst in Arnold/Bernat/Kopetzki, Recht der Fortpflanzungsmedizin 103 (116 f); kritisch bereits vor dem FMedG Edlbacher, ÖJZ 1986, 321 (324 f); derselbe, ÖJZ 1988, 417 (420 ff); derselbe, ÖA 1989, 27 (30).

¹⁸²⁹ EGMR U 26. 6. 2014, Mennesson, Nr. 65192/11 Z 46; EGMR U 26. 6. 2014, Labassee, Nr. 65941/11 Z 38; EGMR U 7. 2. 2002, Mikulić, Nr. 53176/99 Z 54 f; vgl auch EGMR U 22. 3. 2012, Kautzor, Nr. 23338/09 Z 45; EGMR U 22. 3. 2012, Ahrens, Nr. 45071/09 Z 34 zu den entsprechenden Rechten des Vaters; vgl auch EGMR U 14. 1. 2016, Mandet, Nr. 30955/12 Z 44 f.

¹⁸³⁰ So auch EGMR U 26. 6. 2014, Mennesson, Nr. 65192/11 Z 48 bezüglich der Unmöglichkeit, eine Rechtsbeziehung zum genetischen Vater herzustellen.

¹⁸³¹ Lurger in Bernat, Reproduktionsmedizin 108 (153).

Darüber hinaus dient § 143 ABGB auch dem Schutz der rechtlichen Mutter und gegebenenfalls ihres Ehemannes,¹⁸³² die mit dem Kind bereits aufgrund seiner Geburt uU ein durch Art 8 EMRK geschütztes Familienleben begründet haben.¹⁸³³ Ein *de facto* Familienleben wird vom EGMR nämlich nur dann verneint, wenn zu beiden Elternteilen keine genetische Verwandtschaft besteht und auch die rechtliche Elternschaft ungewiss ist.¹⁸³⁴

Der Gesetzgeber verfolgt darüber hinaus das Ziel, unzulässige Leihmutterchaften zu erschweren,¹⁸³⁵ weil die genetische Mutter dadurch auf die freiwillige Herausgabe des Kindes durch die Leihmutter und eine anschließende Adoption angewiesen ist.¹⁸³⁶ Da gegen die Leihmutterchaft nach wie vor gravierende Bedenken bestehen¹⁸³⁷ und der Beurteilungsspielraum der Konventionsstaaten in dieser Frage mangels Konsens weit ist,¹⁸³⁸ betrachtet auch der EGMR dieses Anliegen grundsätzlich als legitim.¹⁸³⁹

Die Notwendigkeit einer Maßnahme in einer demokratischen Gesellschaft ist mE jedoch nicht unbedingt gegeben, weil die ausnahmslose Geltung des § 143 ABGB nicht in einem angemessenen Verhältnis zu den verfolgten Zielen steht: Vor der rechtlichen Elternlosigkeit ist das Kind bereits durch seine Zuordnung zur Frau geschützt, die es geboren hat. Es erscheint zwar zweckmäßig, keine reine Beseitigung der rechtlichen Mutterchaft zu ermöglichen. Allerdings ist kein Grund ersichtlich, nicht zumindest in einem engen Anwendungsbereich einen „Müttertausch“ auf Antrag des Kindes nach dem Modell des § 150 ABGB zuzulassen.¹⁸⁴⁰ In diesem Fall wäre das Kind niemals mutterlos, sondern hätte zur Mutter immer entweder die Frau, die es geboren hat, oder die Frau, von der die Eizelle stammt.¹⁸⁴¹ Auch der genetischen Vaterschaft verleiht man zumindest so viel Gewicht, dass

¹⁸³² Zum Schutz der sozialen Familie als legitimes Ziel siehe auch EGMR U 22. 3. 2012, *Kautzor*, Nr. 23338/09 Z 74.

¹⁸³³ *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 22 Rz 17; *Wiederin in Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, Handbuch VII/1² § 10 Rz 57; EGMR U 26. 5. 1994, *Keegan*, Nr. 16969/90 Z 44 ÖJZ 1995, 70; EGMR U 27. 10. 1994, *Kroon*, Nr. 18535/91 Z 30; EGMR U 1. 6. 2004, *L. gegen NL*, Nr. 45582/99 Z 35.

¹⁸³⁴ EGMR U 24. 1. 2017, *Paradiso u. Campanelli*, Nr. 25358/12 (Große Kammer) Z 157; aA noch EGMR U 27. 1. 2015, *Paradiso u. Campanelli*, Nr. 25358/12.

¹⁸³⁵ ErläutRV 216 BlgNR 18. GP 24.

¹⁸³⁶ Vgl *Lurger in Bernat*, Reproduktionsmedizin 108 (128, 147 ff).

¹⁸³⁷ ErläutRV 445 BlgNR 25. GP 1; Bioethikkommission, Stellungnahme vom 2. 7. 2012, 28, 45; Bioethikkommission, Stellungnahme vom 28. 11. 2014, 3; *Wendehorst*, iFamZ 2015, 4; *dieselbe*, RdM 2014, 302.

¹⁸³⁸ EGMR U 26. 6. 2014, *Mennesson*, Nr. 65192/11 Z 77 ff; EGMR U 26. 6. 2014, *Labassee*, Nr. 65941/11 Z 56 ff.

¹⁸³⁹ EGMR U 26. 6. 2014, *Mennesson*, Nr. 65192/11 Z 99; EGMR U 26. 6. 2014, *Labassee*, Nr. 65941/11 Z 78; vgl auch EGMR U 27. 1. 2015, *Paradiso u. Campanelli*, Nr. 25358/12 Z 73; zustimmend EGMR U 24. 1. 2017, *Paradiso u. Campanelli*, Nr. 25358/12 (Große Kammer) Z 177.

¹⁸⁴⁰ So auch *Wendehorst in Arnold/Bernat/Kopetzki*, Recht der Fortpflanzungsmedizin 103 (116 f), die jedoch auch eine Feststellung der Nichtabstammung uU für verfassungsrechtlich geboten hält.

¹⁸⁴¹ Einen ähnlichen Vorschlag macht auch *Lurger in Bernat*, Reproduktionsmedizin 108 (153 f).

aus Art 8 EMRK ein Recht des Kindes abgeleitet wird, den biologischen Vater gegen den bisherigen rechtlichen Vater „auszutauschen“.¹⁸⁴²

Daraus ergibt sich, dass es zwar nicht verfassungsrechtlich geboten ist, rechtlichen Müttern eine Änderung der Abstammungsverhältnisse zu ermöglichen,¹⁸⁴³ Kindern jedoch schon.¹⁸⁴⁴ Das grundsätzliche Recht des Kindes, der genetischen Abstammung von einem Elternteil rechtlich Geltung zu verschaffen, kann jedoch unter besonderen Umständen eingeschränkt werden, insb wenn es sich bei der genetischen Mutter um eine Eizellenspenderin nach dem FMedG handelt.¹⁸⁴⁵

Gegen die Erlaubnis eines „Müttertauschs“ spricht weiterhin,¹⁸⁴⁶ dass dieser zur Durchführung einer Leihmuttervereinbarung ideal wäre. Die Wunschmutter als gesetzliche Vertreterin des Kindes könnte dann einfach den „Müttertausch“ beantragen und dadurch sowohl die gewünschten Abstammungsverhältnisse herstellen als auch die Herausgabe des Kindes erreichen. Unverhältnismäßig wäre der Ausschluss eines „Müttertauschs“ daher nur, wenn die Nutzung dieses Rechtsinstruments im Rahmen der Leihmuttervereinbarung nicht durch gelindere Mittel verhindert werden könnte.¹⁸⁴⁷ Zu denken wäre an eine zwingende gesetzliche Vertretung des Kindes durch den KJHT, wie sie gem § 147 Abs 4 ABGB für das „durchbrechende“ Anerkenntnis vorgesehen ist. Dieser wird den Antrag auf „Müttertausch“ nur stellen, wenn es weder Hinweise auf eine verbotene Leihmuttervereinbarung gibt noch die genetische Mutter eine Eizellenspenderin ist.

Damit ist der Anwendungsbereich des „Müttertauschs“ zwar sehr beschränkt. Allerdings ließen sich auf diese Weise am elegantesten die problematischen Fälle von Eizellen- oder Embryonenverwechslungen mit mehreren beteiligten Wunschmüttern lösen: Der KJHT könnte jeweils als gesetzlicher Vertreter des Kindes beantragen, dass die genetische Mutter die rechtliche Mutterschaft übernimmt. Dabei wird der KJHT zu beachten haben, dass die gebärende Mutter das Kind nur herausgeben muss, wenn eine Verwechslung stattgefunden hat

¹⁸⁴² VfGH G 78/00 VfSlg 16.928 FamRZ 2003, 1915 (*Bernat*); vgl ErläutRV 471 BlgNR 22. GP 7 ff; OGH 2 Ob 322/00t JBl 2001, 712 = SZ 74/11 = EFSlg 96.945; 2 Ob 74/10m EF-Z 2011/68 (*Gitschthaler*) = NZ 2011/61 = iFamZ 2011/57 = JBl 2001, 303; auch die fehlende Möglichkeit des Kindes, die Rechtsunwirksamkeit eines Anerkenntnisses nach Ende der Widerspruchsfrist geltend zu machen, verstößt mE gegen Art 8 EMRK und Art 14 iVm Art 8 EMRK; siehe oben S. 91 ff.

¹⁸⁴³ Siehe soeben S. 201 ff und 203 ff; *Wendehorst* in *Arnold/Bernat/Kopetzki*, Recht der Fortpflanzungsmedizin 103 (117).

¹⁸⁴⁴ EGMR U 26. 6. 2014, *Mennesson*, Nr. 65192/11 Z 99 f; EGMR U 26. 6. 2014, *Labassee*, Nr. 65941/11 Z 78 f zur Anerkennung der leiblichen Vaterschaft eines durch Leihmuttervereinbarung geborenen Kindes.

¹⁸⁴⁵ Siehe dazu S. 216 f.

¹⁸⁴⁶ AA *Lurger* in *Bernat*, Reproduktionsmedizin 108 (149 f, 153 ff), die den Übergang des Kindes von der Leihmutter zur Wunschmutter zumindest *de lege ferenda* erleichtern will.

¹⁸⁴⁷ *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 18 Rz 15.

und sie dafür ihr genetisch eigenes Kind zurückbekommt. Denkbar wäre auch, die Verwechslung von Eizellen oder Embryonen eigens als Voraussetzung des „Müttertausches“ im Gesetz festzuschreiben. Im Ergebnis ist § 143 ABGB insofern verfassungswidrig, als diese Bestimmung nicht auf Antrag des Kindes in eingeschränktem Umfang einen „Müttertausch“ der rechtlichen gegen die genetische Mutter erlaubt.¹⁸⁴⁸

IV. Rechtsposition des Samenspenders und der Eizellenspenderin

Personen, die einem Wunschelternpaar im Rahmen einer medizinisch unterstützten Fortpflanzung nach dem FMedG ihren Samen oder eine Eizelle zur Verfügung stellen, haben im Abstammungsrecht eine besondere Stellung: Durch die Verwendung ihrer Samen- oder Eizellen bei der Schaffung des Embryos werden sie genetische Elternteile des Kindes, das auf diese Weise entsteht. Faktisch und rechtlich sind sie jedoch Unbekannte.¹⁸⁴⁹ Da das Kind sich im Lauf seines Lebens idR für seine leibliche Abstammung interessieren wird,¹⁸⁵⁰ hat es einen besonderen gesetzlichen Auskunftsanspruch über diese Personen.

Vor der Schaffung des FMedG waren die Rollen des Samenspenders und der Eizellenspenderin umstritten.¹⁸⁵¹ Dabei wurde lange Zeit die Anonymität insb des Samenspenders favorisiert.¹⁸⁵² Mittlerweile zeichnet sich jedoch ein Trend ab, die Anonymität zugunsten der Rechte des Kindes einzuschränken.¹⁸⁵³ Wird die Identität des Spenders geheim gehalten, spielt er auch im Abstammungsrecht keine Rolle; das Kind erfährt in diesen Fällen

¹⁸⁴⁸ So bereits *Wendehorst* in *Arnold/Bernat/Kopetzki*, Recht der Fortpflanzungsmedizin 103 (116).

¹⁸⁴⁹ *Erlebach* in *Barth/Erlebach*, Handbuch 243 (257); *Czech*, Fortpflanzungsfreiheit 84. Die Auswahl eines bekannten Spenders ist nach dem FMedG zulässig: AB 490 BlgNR 18. GP 4; ErläutRV 216 BlgNR 18. GP 21; siehe auch *M. Steininger*, Reproduktionsmedizin Rz 2/47 ff; *Stellamor/Steiner*, Handbuch des österreichischen Arztrechts I (1999) 220. IdR wählt jedoch der Arzt eine geeignete, den Wunscheltern unbekannt Person aus: *Ranner* in *Bernat*, Lebensbeginn 23 (32); *Bernat* in *Bernat*, Reproduktionsmedizin 161 (162).

¹⁸⁵⁰ *Bernat* in *Bernat*, Reproduktionsmedizin 161 (171); *Hassenstein*, FamRZ 1988, 120 (123), der den Wert der Kenntnis der leiblichen Abstammung jedoch als gering einschätzt.

¹⁸⁵¹ Vgl ErläutRV 216 BlgNR 18. GP 8 ff mwN; zu den Fragen des Auseinanderfallens der leiblichen und rechtlichen Elternschaft und zur Frage der Anonymität siehe insb *Bernat*, JBl 1985, 720; *derselbe*, MedR 1986, 245; *derselbe*, Rechtsfragen 116 ff, 145 ff, 177 ff; *derselbe* in *Bernat*, Fortpflanzungsmedizin 65; *F. Bydlinki*, Zum Entwurf eines Fortpflanzungshilfegesetzes, JBl 1990, 741; *Edlbacher*, ÖJZ 1986, 321; *derselbe*, ÖJZ 1988, 417; *Fucik*, ÖJZ 1991, 294; *Ladurner*, ÖJZ 1991, 289; *Loebenstein*, JBl 1987, 694, 749; *Öhlinger/Nowak* in BM für Familie, Jugend und Konsumentenschutz, Enquete 31; *Selb*, Rechtsordnung 52 ff, 72 ff; *Steiner*, ÖJZ 1987, 513.

¹⁸⁵² *Canaris*, Grundrechte 67; vgl auch *M. Steininger*, Reproduktionsmedizin Rz 4/100 mwN; *Bernat* in *Bernat*, Lebensbeginn 125 (155); *derselbe*, Rechtsfragen 104 f; *derselbe* in *Bernat*, Fortpflanzungsmedizin 65 (116 f) mwN; *Edlbacher*, ÖA 1989, 27 (29 FN 20). Gesetzlich vorgesehen ist die Anonymität des Samenspenders ua in Griechenland, Spanien, Frankreich und Belgien: *Erlebach*, Wo steht Österreich vor und nach der Reform des FMedG? iFamZ 2015, 10 (11 f); *Henrich*, Künstliche Fortpflanzung und europäisches Familienrecht – eine Zusammenfassung, in *Dutta/Schwab/Henrich/Gottwald/Löhnig* (Hrsg), Künstliche Fortpflanzung und europäisches Familienrecht (2015) 371 (375 f).

¹⁸⁵³ *Henrich* in *Dutta/Schwab/Henrich/Gottwald/Löhnig*, Künstliche Fortpflanzung 371 (375); Bioethikkommission, Stellungnahme vom 2. 7. 2012, 44.

nie, dass es nicht vom Wunschvater abstammt.¹⁸⁵⁴ Mit § 20 Abs 2 FMedG und § 148 Abs 4 ABGB ist der Gesetzgeber einen anderen Weg gegangen. Im Folgenden wird die Vereinbarkeit dieser Lösung mit Art 8 EMRK untersucht.¹⁸⁵⁵

A. Samenspender und Eizellenspenderin im FMedG und im ABGB

Die heterologe Insemination unter Verwendung des Samens eines Dritten war bereits nach der Stammfassung des FMedG¹⁸⁵⁶ erlaubt, sodass in diesem Zusammenhang die wesentlichen Änderungen im Abstammungsrecht vorgenommen wurden.¹⁸⁵⁷ Mit dem FMedRÄG 2015 wurden die für Samenspender geltenden Regeln auf die Eizellenspenderin erstreckt.¹⁸⁵⁸ Die Keimzellenspende durch dritte Personen ist strengen Vorschriften unterworfen: Wer Samen oder Eizellen zur Verfügung stellen möchte, muss der Krankenanstalt gem § 15 FMedG ua Namen, Geburtstag, Staatsangehörigkeit und Wohnort bekannt geben. Darüber hinaus hat auch der behandelnde Arzt diese Daten gem § 18 Abs 1 FMedG aufzuzeichnen. Diese Aufzeichnungen und die Information, wessen Samen oder Eizellen für welche medizinisch unterstützte Fortpflanzung verwendet werden, sind gem § 18 Abs 3 FMedG 30 Jahre lang in der Krankenanstalt oder Ordination und danach auf Dauer beim Landeshauptmann aufzubewahren. Da die Aufbewahrung der Aufzeichnungen gem § 15 FMedG nicht ausdrücklich geregelt ist, sind nur die in § 15 Abs 1 Z 1 FMedG aufgezählten Daten, die sich mit jenen gem § 18 Abs 1 FMedG decken, jedenfalls gem § 18 Abs 3 FMedG aufzubewahren.¹⁸⁵⁹ Da die Materialien ohne weiteres auch bezüglich der Aufzeichnungen gem § 15 FMedG von einem Anspruch des Kindes gegen die Krankenanstalt ausgehen,¹⁸⁶⁰ ist mE eine planwidrige Gesetzeslücke anzunehmen. § 18 Abs 3 FMedG ist daher analog auf die Aufzeichnungen gem § 15 FMedG anzuwenden.¹⁸⁶¹

¹⁸⁵⁴ *Thorn* in *Barth/Erlebach*, Handbuch 263 (265); *Bernat* in *Bernat*, Reproduktionsmedizin 161 (170); *M. Steininger*, Reproduktionsmedizin Rz 4/89.

¹⁸⁵⁵ Dieses Kapitel beruht auf der überarbeiteten Version eines Aufsatzes der Autorin: *T. Maier*, Samenspende: Das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung, EF-Z 2014, 52. Teilweise übernommen wurde auch der noch unveröffentlichte Kommentarbeitrag der Autorin zu § 20 FMedG, der parallel zu dieser Arbeit entstanden ist und voraussichtlich im Jahr 2018 erscheinen soll: *T. Maier* in *Voithofer/Flatscher-Thöni* (Hrsg), FMedG § 20 Rz 1 ff.

¹⁸⁵⁶ BGBI I 1992/275.

¹⁸⁵⁷ ErläutRV 216 BlgNR 18. GP 24 ff.

¹⁸⁵⁸ ErläutRV 445 BlgNR 25. GP 2 f; dafür schon *Bernat*, Rechtsfragen 233; ebenso die Empfehlung der Bioethikkommission, Stellungnahme vom 2.7. 2012, 45; kritisch *Merckens*, RdM 2016, 54 (56 ff).

¹⁸⁵⁹ *Erlebach* in *Barth/Erlebach*, Handbuch 243 (249).

¹⁸⁶⁰ ErläutRV 216 BlgNR 18. GP 23; ErläutRV 445 BlgNR 25. GP 11.

¹⁸⁶¹ *Mayrhofer* in *Neumayr/Resch/Wallner* (Hrsg), Gmundner Kommentar zum Gesundheitsrecht (2016) § 15 FMedG Rz 2; ähnlich *Bernat* in *Bernat*, Fortpflanzungsmedizin 65 (100 f); *T. Maier* in *Voithofer/Flatscher-Thöni* (Hrsg), FMedG § 20 Rz 11 (voraussichtliches Erscheinen 2018).

Ein im Wege einer Samen- oder Eizellenspende gezeugtes Kind hat gem § 20 Abs 2 FMedG ab Vollendung seines 14. Lebensjahres das Recht auf Einsicht und Auskunft über diese Aufzeichnungen, um die Identität seines genetischen Vaters oder seiner genetischen Mutter erfahren zu können. Nur in medizinisch begründeten Ausnahmefällen (zB Knochenmarkspende zur Behandlung von Leukämie)¹⁸⁶² steht dieses Recht auch den gesetzlichen Vertretern des Kindes zu.¹⁸⁶³ Sonst sind die Daten des Samenspenders oder der Eizellenspenderin auch ihnen gegenüber vertraulich zu behandeln (§ 20 Abs 1 FMedG).¹⁸⁶⁴ Die Person, die Samen oder Eizellen spendet, muss der Erteilung dieser Auskünfte gem § 13 Abs 1 FMedG im Vorhinein zugestimmt haben, da sonst die Keimzellen nicht verwendet werden dürfen.¹⁸⁶⁵

Abstammungsrechtlich wird der Samenspender jedoch so gestellt, als hätte er kein Kind gezeugt,¹⁸⁶⁶ denn gem § 148 Abs 4 ABGB kann er nicht als Vater des mit seinem Samen gezeugten Kindes festgestellt werden. Gleiches gilt gem § 143 ABGB *e contrario* für die Eizellenspenderin.¹⁸⁶⁷ Damit soll vor allem erreicht werden, dass die eingeschränkte Anonymität Männer und Frauen nicht davon abhält, sich auf eine unentgeltliche Samen- oder Eizellenspende (vgl § 16 FMedG) einzulassen, weil sie später hilfsweise als Eltern in Anspruch genommen werden könnten.¹⁸⁶⁸ Daneben schützt die Bestimmung auch die soziale Familie, in der das Kind aufwächst.¹⁸⁶⁹ Um eine juristische Vaterlosigkeit des Kindes weitgehend zu vermeiden,¹⁸⁷⁰ wird das Kind abstammungsrechtlich soweit wie möglich an seine Wunscheltern gebunden: Bei der Samenspende wird der Wunschvater oder die Partnerin der Mutter aufgrund seiner bzw ihrer formgerechten Zustimmung (§ 8 FMedG) rechtlicher Vater oder anderer Elternteil, was insb durch §§ 144 Abs 2, 148 Abs 3, 152 ABGB

¹⁸⁶² AB 490 BlgNR 18. GP 5.

¹⁸⁶³ Sollte die Entschließung des NR vom 21. 1. 2015 (62/E 25. GP) eine Änderung des § 20 FMedG zur Folge haben, wird die Auskunftserteilung möglicherweise vereinfacht werden und uU auch vor dem 14. Lebensjahr und außerhalb medizinisch begründeter Ausnahmefälle ermöglicht werden.

¹⁸⁶⁴ Die Materialien sprechen davon, dass der Geheimhaltung der Daten „der Vorrang zukommen“ soll: AB 490 BlgNR 18. GP 5; zustimmend *Schwimann*, StAZ 1993, 169 (178).

¹⁸⁶⁵ ErläutRV 216 BlgNR 18. GP 21. Fraglich ist, ob der Keimzellenspender seine Zustimmung zur Auskunftserteilung wirksam widerrufen kann, wenn das Kind schon gezeugt wurde. ME ist dies im Hinblick auf die *ratio* des § 20 FMedG zu verneinen, da diese Bestimmung dem existierenden Kind jedenfalls die Kenntnis seiner Abstammung ermöglichen will. Wäre ein Widerruf möglich, der die Auskunftserteilung unzulässig macht, würde § 20 FMedG ausgehöhlt; darüber hinaus wäre ein solches Verhalten als *venire contra factum proprium* zu werten.

¹⁸⁶⁶ *Bernat* in *Schwimann/Kodek* Ia⁴ § 148 Rz 14; zur Rechtslage vor dem FMedG siehe insb *derselbe*, Rechtsfragen 167 f, 178 ff.

¹⁸⁶⁷ *Czech*, Fortpflanzungsfreiheit 187; zur Verfassungsmäßigkeit von § 143 ABGB siehe S. 199 ff.

¹⁸⁶⁸ ErläutRV 216 BlgNR 18. GP 26.

¹⁸⁶⁹ *V. Steininger*, ÖJZ 1995, 121 (133); *Bernat* in *Schwimann/Kodek* Ia⁴ § 148 Rz 15 lit f; *Stefula* in *Klang*³ § 163 Rz 24; *Erlebach* in *Barth/Erlebach*, Handbuch 243 (259); so auch schon *Öhlinger/Nowak* in *BM für Familie, Jugend und Konsumentenschutz*, Enquete 31 (40).

¹⁸⁷⁰ *Deixler-Hübner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 148 Rz 6 (Stand 1. 10. 2016, rdb.at).

abgesichert wird.¹⁸⁷¹ Bei der Eizellenspende wird die Frau, die das Kind austrägt, automatisch rechtliche Mutter (§ 143 ABGB). Da es insb bei einer mangelhaften Zustimmung des Wunschvaters¹⁸⁷² passieren kann, dass ein Kind von Gesetzes wegen niemals einen juristischen Vater haben wird, wurde § 148 Abs 4 ABGB von Anfang an kritisiert.¹⁸⁷³

B. Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen

Die deutsche Rsp leitet aus dem durch das Grundgesetz geschützten allgemeinen Persönlichkeitsrecht ein Recht des Kindes ab, seine genetische Herkunft zu kennen.¹⁸⁷⁴ Der Gesetzgeber des FMedG begründete den Auskunftsanspruch des Kindes zwar noch ausschließlich mit dessen Persönlichkeitsrechten.¹⁸⁷⁵ In Lehre und Rsp ist jedoch mittlerweile anerkannt, dass dieses Recht sich aus Art 8 EMRK ableiten lässt.¹⁸⁷⁶ Die durch diese Bestimmung gebotene Achtung des Privatlebens soll dem Einzelnen ua die Möglichkeit geben, emotionale Beziehungen zu anderen Menschen zu entwickeln, um dadurch seine Persönlichkeit zu entfalten.¹⁸⁷⁷ Wie bereits erörtert, liegen sämtliche Fragen im Bereich der medizinisch unterstützten Fortpflanzung im Anwendungsbereich des Art 8 EMRK,¹⁸⁷⁸ da sie zentrale Aspekte der Privatsphäre berühren, zB die körperliche Integrität, das Sexualleben und das Recht, Beziehungen speziell zur eigenen Familie zu gestalten.¹⁸⁷⁹ Informationen über die eigene Abstammung betreffen jeden Menschen unmittelbar und werden überwiegend als besonders wichtig für die persönliche Entwicklung und Identitätsfindung angesehen.¹⁸⁸⁰ Auch

¹⁸⁷¹ Dazu ausführlich S. 174 ff.

¹⁸⁷² Siehe S. 175 ff, 182 ff; mittlerweile gilt dies auch für die Zustimmung der Co-Mutter (S. 187).

¹⁸⁷³ *F. Bydlinski*, JBl 1990, 741 (742 f); *derselbe*, System 385 FN 406; *Memmer*, JBl 1992, 361 (369, 371); *derselbe*, JBl 1993, 297 (304); *Schwimann*, StAZ 1993, 169 (179); *V. Steininger*, ÖJZ 1995, 121; vgl schon *Selb*, Rechtsordnung 65.

¹⁸⁷⁴ BVerfG 1 BvL 17/87 NJW 1989, 891; diesem folgend OLG Hamm I-14 U 7/12 NJW 2013, 1167; *Posch* in *Schwimann/Kodek I*⁴ § 16 Rz 52; *Gernhuber/Coester-Waltjen*, Familienrecht⁶ § 52 Rz 17 mwN; *Wendehorst* in *Bockenheimer-Lucius/Thorn/Wendehorst*, Umwege 103 (118); *Schmidt-Didczuhn*, JR 1989, 228.

¹⁸⁷⁵ ErläutRV 216 BlgNR 18. GP 12, 23; ähnlich *Edlbacher*, ÖJZ 1986, 321 (325 f); *derselbe*, ÖA 1989, 27 (28 f); *Lurger* in *Bernat*, Reproduktionsmedizin 108 (145).

¹⁸⁷⁶ *Edlbacher*, ÖJZ 1986, 321 (325); *derselbe*, ÖA 1989, 27 (29); *Loebenstein*, JBl 1987, 749 (749 f); *Verschraegen*, ÖJZ 2004, 1 (7 f); OGH 2 Ob 129/06v EF-Z 2007/57 (*Verschraegen*) = ÖJZ 2007/2; *Stefula* in *Klang*³ § 163a Rz 15; 3 Ob 2/12h JBl 2012, 534 = Zak 2012/213 = iFamZ 2012/88 (*Zemanek*) = ecolx 2012/244; *T. Maier*, EF-Z 2014, 52 (53) mwN; *M. Steininger*, Reproduktionsmedizin Rz 4/99; *Czech*, Fortpflanzungsfreiheit 85; *Meyer-Ladewig/Nettesheim* in *Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer*, EMRK⁴ Art 8 Rz 22; OGH 9 Ob 3/17g EF-Z 2017/77; vgl auch VfGH G78/00 VfSlg 16.928; *Simotta*, ÖA 2004, 175 (179); aA noch *Bernat* in *Bernat*, Lebensbeginn 141; kritisch auch *derselbe* in *Bernat*, Fortpflanzungsmedizin 65 (115 f); aA auch *Fahrenhorst*, Familienrecht und EMRK 376; *Lurger*, DEuFamR 1999, 210 (217); *dieselbe* in *Bernat*, Reproduktionsmedizin 108 (125).

¹⁸⁷⁷ *Wildhaber* in *Pabel/Schmahl*, IntKommEMRK² Art 8 Rz 141; *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 22 Rz 14.

¹⁸⁷⁸ Siehe S. 173 f.

¹⁸⁷⁹ *Wildhaber* in *Pabel/Schmahl*, IntKommEMRK² Art 8 Rz 193; *Bernat* in *Bernat*, Fortpflanzungsmedizin 65 (67).

¹⁸⁸⁰ *Edlbacher*, ÖJZ 1986, 321 (325 f); *derselbe*, ÖA 1989, 27 (28 f); BVerfG 1 BvL 17/87 NJW 1989, 891; *Gernhuber/Coester-Waltjen*, Familienrecht⁶ § 52 Rz 17; *Bernat* in *Bernat*, Reproduktionsmedizin 161 (171)

der EGMR geht in der bereits zitierten Judikatur zur anonymen Geburt vom Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung aus:¹⁸⁸¹ „[...] people have a right to know their origins, that right being derived from a wide interpretation of the scope of the notion of private life.“¹⁸⁸²

Der Schutz des Art 8 EMRK kommt auch Minderjährigen zu.¹⁸⁸³ Darüber hinaus ist Art 7 UN-KRK zu beachten, wonach ein Recht des Kindes besteht, seine Eltern zu kennen, soweit dies möglich ist.¹⁸⁸⁴ Die Konvention ist in Österreich zwar nicht unmittelbar anwendbar,¹⁸⁸⁵ sie kann jedoch als völkerrechtlicher Vertrag über die systematische Interpretation in die Beurteilung nach Art 8 EMRK einfließen.¹⁸⁸⁶

Das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung kollidiert auf Seiten des Samenspenders bzw der Eizellenspenderin mit dem Grundrecht auf Datenschutz,¹⁸⁸⁷ das sowohl in § 1 DSGVO verankert ist als auch aus Art 8 EMRK abgeleitet wird.¹⁸⁸⁸ Die Aufbewahrung und Herausgabe persönlicher und medizinischer Daten in Verbindung mit der Tatsache, dass die betreffende Person eigene Keimzellen gespendet hat, berührt zweifellos auch ihre Intimsphäre.¹⁸⁸⁹ In diesem Zusammenhang ist auch das Recht des Samenspenders oder der Eizellenspenderin auf informationelle Selbstbestimmung zu wahren.¹⁸⁹⁰ In den Materialien zum FMedG wird vertreten, dass dieses Gesetz – wohl aufgrund der Zustimmung des Samenspenders zur Erteilung von Auskünften über seine Identität¹⁸⁹¹ – den Vorgaben des § 1 Abs 2 DSGVO iVm Art 8 Abs 2 EMRK entspreche.¹⁸⁹²

C. Eingriff in das Privat- oder Familienleben des Kindes?

1. Ausschluss des Samenspenders von der Vaterschaft

mwN; Bioethikkommission, Stellungnahme vom 2. 7. 2012, 44; *Czech*, Fortpflanzungsfreiheit 85 f; aA *Hassenstein*, FamRZ 1988, 120; zustimmend *Bernat* in *Bernat*, Fortpflanzungsmedizin 65 (111 ff).

¹⁸⁸¹ EGMR U 13. 2. 2003, *Odièvre*, Nr. 42326/98 ÖJZ 2005, 34; EGMR U 25. 9. 2012, *Godelli*, Nr. 33783/09 Z 50; EGMR U 13. 7. 2006, *Jaggi*, Nr. 58757/00 Z 37; vgl auch EGMR U 7. 7. 1989, *Gaskin*, Nr. 10454/83 Z 49; EGMR U 7. 2. 2002, *Mikulić*, Nr. 53176/99 Z 54.

¹⁸⁸² EGMR U 13. 2. 2003, *Odièvre*, Nr. 42326/98 Z 44.

¹⁸⁸³ *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 22 Rz 3.

¹⁸⁸⁴ BGBl 1993/7; *Verschraegen*, ÖJZ 2004, 1 (7); *Wendehorst* in *Bockenheimer-Lucius/Thorn/Wendehorst*, Umwege 103 (118).

¹⁸⁸⁵ Siehe S. 17; *Hinteregger* in *Weyers*, Menschenrechte 79 (82).

¹⁸⁸⁶ *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 5 Rz 8.

¹⁸⁸⁷ *Öhlinger/Nowak* in BM für Familie, Jugend und Konsumentenschutz, Enquete 31 (40); *Bernat* in *Bernat*, Fortpflanzungsmedizin 65 (115); *Canaris*, Grundrechte 68.

¹⁸⁸⁸ *Wildhaber* in *Pabel/Schmahl*, IntKommEMRK² Art 8 Rz 323; *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht¹¹ Rz 1439; *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 22 Rz 10.

¹⁸⁸⁹ So auch *Canaris*, Grundrechte 68.

¹⁸⁹⁰ *Canaris*, Grundrechte 66; zum Inhalt des informationellen Selbstbestimmungsrechts *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 22 Rz 10.

¹⁸⁹¹ *Schwimmann*, StAZ 1993, 169 (177).

¹⁸⁹² ErläutRV 216 BlgNR 18. GP 14.

Die durch § 148 Abs 4 ABGB gesetzlich ermöglichte Vaterlosigkeit des Kindes könnte im Hinblick auf das Urteil *Marckx* problematisch sein, in dem der EGMR eine rechtliche Zugehörigkeit des Kindes zu seiner Familie von Geburt an verlangt.¹⁸⁹³ Die Materialien weisen allerdings darauf hin, dass die meisten durch Samenspende gezeugten Kinder dank §§ 148 Abs 3, 152 ABGB einen „sozialen“ Vater haben und man daher die Interessen der wenigen vaterlosen Kinder „zur Wahrung der Entscheidungsfreiheit der Wunscheltern, eine solche – zulässige – Methode in Anspruch zu nehmen,“¹⁸⁹⁴ vernachlässigen kann.¹⁸⁹⁵ Um solche Fälle weitestgehend auszuschließen, wird in der Lehre eine teleologische Reduktion des § 148 Abs 4 ABGB vorgeschlagen, um den Samenspender zumindest dann zum rechtlichen Vater machen zu können, wenn alle Beteiligten einverstanden sind¹⁸⁹⁶ bzw wenn der Spender hätte wissen müssen, dass das Kind rechtlich vaterlos wird.¹⁸⁹⁷

Aus Art 8 EMRK leitet die Rsp umfangreiche Gewährleistungspflichten des Staates ab.¹⁸⁹⁸ Der Staat muss sinnvolle und angemessene Maßnahmen ergreifen, um das Privatleben der Bürger zu schützen. Dabei muss er die Interessen des Einzelnen gegen jene der Gemeinschaft abwägen, die in Art 8 Abs 2 EMRK als legitime Ziele aufgezählt sind.¹⁸⁹⁹ Im Rahmen dieser Ziele bleibt dem nationalen Gesetzgeber jedoch ein weiter Beurteilungsspielraum,¹⁹⁰⁰ wenn die Konventionsstaaten eine Frage sehr unterschiedlich regeln und es daher keinen europäischen Mindeststandard gibt, an dem sich eine Regelung messen lassen könnte.¹⁹⁰¹ Die Abstammung und das Auskunftsrecht eines heterolog gezeugten Kindes sind kontroverse Fragen, die von Staat zu Staat immer noch sehr verschieden geregelt sind,¹⁹⁰² was dem

¹⁸⁹³ EGMR U 13. 6. 1979, *Marckx*, Nr 6833/74 NJW 1979, 2449.

¹⁸⁹⁴ ErläutRV 216 BlgNR 18. GP 26.

¹⁸⁹⁵ ErläutRV 216 BlgNR 18. GP 26; aA *Bernat*, MedR 1986, 245 (248).

¹⁸⁹⁶ *V. Steininger*, ÖJZ 1995, 121 (133); *Bernat* in *Schwimann/Kodek* Ia⁴ § 138 Rz 15 lit f; *Stefula* in *Klang*³ § 163 Rz 30; *Lurger*, DEuFamR 1999, 210 (217 f); *dieselbe* in *Bernat*, Reproduktionsmedizin 108 (141 f) stellt dagegen nur auf die Bereitschaft des Samenspenders zur Übernahme der Vaterschaft ab; für ein Anerkenntnis des Samenspenders auch *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB³ § 163 Rz 1c (Stand 1.1.2003, rdb.at); aA *Memmer*, JBl 1993, 297 (304); *Pichler*, ÖA 1993, 53 (54).

¹⁸⁹⁷ *V. Steininger*, ÖJZ 1995, 121 (132 f); *Bernat* in *Schwimann/Kodek* Ia⁴ § 138 Rz 15 lit d; *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB³ § 163 Rz 1c (Stand 1.1.2003, rdb.at); *Stefula* in *Klang*³ § 163 Rz 30; mE zu Recht aA *Lurger* in *Bernat*, Reproduktionsmedizin 108 (142), weil der Samenspender nach umfassender Beratung durch den Arzt darauf vertrauen darf, nicht als Vater in Anspruch genommen zu werden.

¹⁸⁹⁸ *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 22 Rz 1 mwN; *Holoubek*, Gewährleistungspflichten 56 ff.

¹⁸⁹⁹ *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 22 Rz 42 f.

¹⁹⁰⁰ *Fahrenhorst*, EuGRZ 1988, 125 (131).

¹⁹⁰¹ *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 22 Rz 44; *Wildhaber/Breitenmoser* in *Pabel/Schmahl*, IntKommEMRK² Art 8 Rz 594; *Czech*, Fortpflanzungsfreiheit 207 f.

¹⁹⁰² Vgl zB den britischen Human Fertilisation and Embryology Act 2008 <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/contents> (8. 3. 2018), die deutsche Rechtslage bei *Wellenhofer*, Die Samenspende und ihre (späten) Rechtsfolgen, FamRZ 2013, 825, die französischen Gesetze Loi n° 94-653 und Loi n° 94-654, 29. 7. 1994, www.legifrance.gouv.fr (8. 3. 2018); *Erlebach*, iFamZ 2015, 10 sowie die Übersicht des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht Freiburg i. Brsg.: *Koch*,

nationalen Gesetzgeber einen größeren Spielraum gibt. Erweitert wird der Spielraum außerdem dadurch, dass unterschiedliche Interessen von Privatpersonen gegeneinander abzuwägen sind.¹⁹⁰³ Zu prüfen ist hier insb, ob § 148 Abs 4 ABGB im Hinblick auf die Rechte und Freiheiten anderer notwendig ist, was wiederum auf eine Rechtsgüterabwägung zwischen den Interessen der beteiligten Personen und der Allgemeinheit hinausläuft.¹⁹⁰⁴

Die Interessen des Samenspenders unterscheiden sich grundlegend von jenen eines Mannes, der ohne sein Wissen Vater wird:¹⁹⁰⁵ Er selbst möchte keine Familie gründen, sondern durch seine unentgeltliche Spende nur einem fremden Paar zu einem Kind verhelfen.¹⁹⁰⁶ Im Vordergrund stehen dabei – soweit eine Vergütung zulässig ist – finanzielle Anreize und ansonsten vor allem altruistische Motive.¹⁹⁰⁷ Während ein Mann, der durch Geschlechtsverkehr ein Kind zeugt, mit familienrechtlichen Konsequenzen rechnen muss, besteht beim Samenspender von vornherein ein nachvollziehbares Geheimhaltungsinteresse.¹⁹⁰⁸ Aus diesen Gründen ist es gerechtfertigt, sein Vertrauen zu schützen, später nicht als Vater in Anspruch genommen zu werden.¹⁹⁰⁹ Dass der Samenspender nicht in Erscheinung tritt, ist auch von den Wunscheltern idR so gewollt.¹⁹¹⁰ Es wäre daher falsch, dem Samenspender allein aufgrund der Weitergabe seiner DNA an das Kind die familienrechtliche Verantwortung aufzuerlegen und anschließend zu fragen, warum er sich dieser Verantwortung entziehen wolle.¹⁹¹¹ Darüber hinaus besteht zwischen dem Kind und dem Samenspender eine rein genetische Verbindung, die ohne weitere tatsächliche Umstände, die darauf hinweisen, nicht als Familienleben iSd Art 8 EMRK zu werten ist.¹⁹¹² Da die

Rechtliche Regelungen zur Fortpflanzungsmedizin in europäischen Ländern (2001/2003) www.iuscrim.mpg.de (8. 3. 2018).

¹⁹⁰³ *Czech*, Fortpflanzungsfreiheit 208; *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 18 Rz 22; vgl EGMR U 26. 3. 1985, *X u. Y gegen Niederlande*, Nr. 8978/80 Z 24; EGMR U 13. 2. 2003, *Odièvre*, Nr. 42326/98 Z 46; EGMR U 10. 4. 2007, *Evans*, Nr. 6339/05 (Große Kammer) Z 77.

¹⁹⁰⁴ *Wildhaber/Breitenmoser* in *Pabel/Schmahl*, IntKommEMRK² Art 8 Rz 650.

¹⁹⁰⁵ So auch ErläutRV 216 BlgNR 18. GP 26.

¹⁹⁰⁶ *Lurger* in *Bernat*, Reproduktionsmedizin 108 (140); gegen die Überzeugungskraft dieses Arguments *Bernat*, Rechtsfragen 202.

¹⁹⁰⁷ *Bernat* in *Bernat*, Reproduktionsmedizin 161 (165 f) mwN; *derselbe*, Rechtsfragen 202 hält dieses Argument jedoch nicht für überzeugend, um einen Ausschluss des Samenspenders von der Vaterschaft zu rechtfertigen.

¹⁹⁰⁸ *Canaris*, Grundrechte 68.

¹⁹⁰⁹ ErläutRV 216 BlgNR 18. GP 26; zustimmend *Bernat* in *Bernat*, Fortpflanzungsmedizin 65 (109); schon *derselbe* in *Bernat*, Lebensbeginn 125 (143).

¹⁹¹⁰ *Bernat* in *Bernat*, Reproduktionsmedizin 161 (170).

¹⁹¹¹ *AA Loebenstein*, JBl 1987, 694, 749 (750); *F. Bydlinski*, JBl 1990, 741 (742).

¹⁹¹² EKMR 8. 2. 1993, *M. gegen Niederlande*, Nr. 16944/90; *Czech*, Fortpflanzungsfreiheit 43 f; *Fahrenhorst*, Familienrecht und EMRK 101; EGMR U 1. 6. 2004, *L. gegen NL*, Nr. 45582/99 Z 37; EGMR U 15. 9. 2011, *Schneider*, Nr. 17080/07 NJW 2012, 2781 Z 80; aA *Holoubek*, Gewährleistungspflichten 56.

tatsächlichen Umstände sogar dagegen sprechen, kann sich ein Samenspender, der ausnahmsweise am Spenderkind interessiert ist, nicht auf Art 8 EMRK berufen.¹⁹¹³

Die Materialien zum FMedG betonen das öffentliche Interesse daran, kinderlosen Paaren die Methode der heterologen Insemination zu ermöglichen.¹⁹¹⁴ Vor dem Hintergrund dieser Wertung ist der Gesetzgeber sogar zu einer angemessenen Absicherung der Interessen des Samenspenders verpflichtet. Ansonsten wäre es aufgrund des hohen finanziellen Risikos niemandem zumutbar, sich auf eine unentgeltliche Samenspende einzulassen.¹⁹¹⁵ Daran ändert auch nichts, dass die Zahl der Samenspender seit Inkrafttreten des FMedG zurückgegangen ist.¹⁹¹⁶ Denn mE wird das Risiko einer juristischen Vaterschaft von den Spendern entweder selten bedacht oder bildet einen zusätzlichen Grund dafür, warum es ihnen erwiesenermaßen so wichtig ist, anonym zu bleiben.¹⁹¹⁷

Im Interesse des Kindes liegt es, nicht für immer ohne einen rechtlichen Vater und damit ohne Unterhaltsleistungen durch einen zweiten Elternteil zu bleiben.¹⁹¹⁸ Allerdings lässt der EGMR auch die anonyme Geburt und damit eine zumindest faktische Mutterlosigkeit zu, die dem Kind jegliche Klärung seiner Abstammung unmöglich macht, weil die Interessen anderer überwiegen.¹⁹¹⁹ Im Fall einer nur mangelhaften Zustimmung des Wunschvaters bleiben zumindest vermögensrechtliche Interessen des Kindes dadurch gewahrt, dass es ihm gegenüber nach der Rsp vertragliche Unterhaltsansprüche hat.¹⁹²⁰ Außerdem dient der Schutz des Samenspenders vor familienrechtlichen Ansprüchen indirekt auch den Interessen des Kindes, weil man dem Kind dann wenigstens Auskünfte über den Samenspender gewähren kann, ohne diesen einem hohen finanziellen Risiko durch Unterhaltsansprüche bzw seinem Nachlass durch Pflichtteilsansprüche auszusetzen. Die einzige andere Möglichkeit, die

¹⁹¹³ EKMR 8. 2. 1993, *M. gegen Niederlande*, Nr. 16944/90; *Czech*, Fortpflanzungsfreiheit 44.

¹⁹¹⁴ ErläutRV 216 BlgNR 18. GP 26; *Lurger* in *Bernat*, Reproduktionsmedizin 108 (140).

¹⁹¹⁵ *V. Steininger*, ÖJZ 1995, 121 (132).

¹⁹¹⁶ *Bernat* in *Bernat*, Reproduktionsmedizin 161 (180 f) mwN; *Lurger* in *Bernat*, Reproduktionsmedizin 108 (144).

¹⁹¹⁷ Vgl *Bernat* in *Bernat*, Reproduktionsmedizin 161 (166 f) mwN; zum faktischen Wunsch nach Anonymität siehe auch *Daniels/Lewis/Curson*, *Information Sharing in Semen Donation: The Views Of Donors*, *Social Science & Medicine* 1997, 673 (677 f).

¹⁹¹⁸ *Lurger* in *Bernat*, Reproduktionsmedizin 108 (140); zur Diskriminierung vaterloser Kinder siehe sogleich S. 217 ff.

¹⁹¹⁹ EGMR U 13. 2. 2003, *Odièvre*, Nr 42326/98 ÖJZ 2005, 34; kritisch *Verschraegen*, ÖJZ 2004, 1; siehe dazu ausführlich S. 129 ff.

¹⁹²⁰ OGH 7 Ob 212/97w RdM 1998/2 (*Bernat*); *Lurger* in *Bernat*, Reproduktionsmedizin 108 (135, 140, 142 f). Ein testamentarisches oder vertragliches Erbrecht scheidet jedoch mangels Erfüllung der Formerfordernisse aus: *Fischer-Czermak*, NZ 1999, 262 (266).

Interessen des Samenspenders zu schützen, wäre dessen absolute Anonymität, die es dem Kind jedoch für immer verwehren würde, seine Herkunft zu klären.¹⁹²¹

Daraus ergibt sich mE, dass es durchaus noch verhältnismäßig und damit konventionskonform ist, Samenspender vor einer juristischen Vaterschaft zu schützen und die Interessen des Samenspenders ausnahmsweise über die Interessen des rechtlich vaterlosen Kindes zu stellen.¹⁹²² Zum Ausgleich sollten die Interessen des Kindes durch eine möglichst starke Absicherung der Vaterschaft des Partners der Mutter gewahrt werden. Daher ist mE eine weite, am Normzweck orientierte Auslegung des Formerfordernisses des § 8 FMedG für die Zustimmung des „Wunschvaters“ geboten.¹⁹²³ Schon eine mangelfreie schriftliche Zustimmung sollte bei entsprechender Aufklärung abstammungsrechtliche Konsequenzen entfalten, um dem Kindeswohl und dem Recht des Kindes auf Familienleben zu genügen.¹⁹²⁴ Darüber hinaus ist mE der Lehrmeinung zuzustimmen, die aufgrund einer verfassungskonformen Interpretation eine teleologische Reduktion des § 148 Abs 4 ABGB verlangt und ein Anerkenntnis des Samenspenders in bestimmten Fällen für zulässig hält.¹⁹²⁵ Dadurch sollten so gut wie alle Kinder, die nicht entgegen § 2 Abs 1 FMedG von einer alleinstehenden Frau¹⁹²⁶ geboren werden, einen juristischen und „sozialen“ Vater bekommen.

2. Ausschluss der Eizellenspenderin von der Mutterschaft

Zu prüfen ist, ob die für die Verfassungskonformität des § 148 Abs 4 ABGB vorgebrachten Argumente auch für den Ausschluss der Eizellenspenderin von der Mutterschaft gem § 143 ABGB gelten. Die Situation der Eizellenspenderin ist wohl vergleichbar, wenn es um ihre Motivation zur Spende geht. Auch die Eizellenspenderin wird von vornherein ein zumindest vorläufiges Geheimhaltungsinteresse haben und soll sich darauf verlassen können, später nicht hilfswise als Mutter in Anspruch genommen zu werden. Ein Interesse am Kind, das aus ihrer Eizelle entstanden ist, ist aufgrund der Keimzellenspende und der rein genetischen

¹⁹²¹ Ähnlich argumentiert auch *Wellenhofer*, FamRZ 2013, 825 (829).

¹⁹²² AA *Lurger* in *Bernat*, Reproduktionsmedizin 108 (143 f), die eine subsidiäre Vaterschaft des Samenspenders fordert.

¹⁹²³ Siehe S. 181.

¹⁹²⁴ So auch *V. Steininger*, ÖJZ 1995, 121 (126, 130); *Lurger*, DEuFamR 1999, 210 (215); *Bernat*, Anm zu OGH 7 Ob 527/96, JB1 1996, 717 (719 f).

¹⁹²⁵ *V. Steininger*, ÖJZ 1995, 121 (133); *Bernat* in *Schwimann/Kodek Ia*⁴ § 148 Rz 15 lit f; *Stefula* in *Klang*³ § 163 Rz 30; *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB³ § 163 Rz 1c (Stand 1. 1. 2003, rdb.at); *Wendehorst* in *Arnold/Bernat/Kopetzki*, Recht der Fortpflanzungsmedizin 103 (111); vgl *Coester-Waltjen*, FamRZ 2013, 1693 (1698 f), die dafür plädiert, den am Kind interessierten Samenspender als biologischen Vater zu behandeln.

¹⁹²⁶ Siehe dazu S. 227 ff.

Beziehung zum Kind ebenfalls kein schützenswertes Familienleben iSd Art 8 EMRK.¹⁹²⁷ Hinzu kommt, dass – wie oben erörtert – die Geberin der Eizelle generell nicht in der Lage sein sollte, jener Frau das Kind wegzunehmen, die es geboren hat.¹⁹²⁸ § 143 ABGB ist daher auch in diesem Fall mE eine verfassungsrechtlich unbedenkliche Lösung.¹⁹²⁹

D. Diskriminierung juristisch vaterloser Kinder?

In der älteren Lehre werden verfassungsrechtliche Bedenken gegen § 148 Abs 4 ABGB vorwiegend damit begründet, dass rechtlich vaterlose Kinder ohne sachliche Rechtfertigung schlechter behandelt werden als andere Kinder, worin ein Verstoß gegen den Gleichheitssatz liege.¹⁹³⁰ Dagegen wird eingewendet, dass ein Kind nur dann für immer juristisch vaterlos bleiben muss, wenn die heterologe medizinisch unterstützte Fortpflanzung gesetzwidrig erfolgt ist,¹⁹³¹ zB nur mit Zustimmung der Mutter und ohne Zustimmung eines Wunschvaters.¹⁹³² Dass Gesetze nicht immer eingehalten werden, kann der Gesetzgeber jedoch nicht verhindern.¹⁹³³ Allerdings beruht der Ausschluss der juristischen Vaterschaft des Samenspenders nicht auf einem Versehen des Gesetzgebers¹⁹³⁴ – dass es passieren könnte, dass das Kind keinen rechtlichen Vater hat, wurde ausdrücklich bedacht.¹⁹³⁵ § 148 Abs 4 ABGB wäre angesichts der Regelungen über die durch Zustimmung abgesicherte Vaterschaft des Wunschvaters ansonsten auch überflüssig.¹⁹³⁶

Festzuhalten ist daher, dass § 148 Abs 4 ABGB bewusst zwischen Kindern von Samenspendern und Kindern von anderen Männern differenziert. Da ein Kind sich immer mit der familiären Situation abfinden muss, in die es hineingeboren wird, ist wohl jedes Kind in einer vergleichbaren Situation. Darüber hinaus erstreckt sich der verfassungsrechtliche Schutz des Kindeswohls (vgl Art 1 BVG Kinderrechte) auf alle Kinder. Der Gesetzgeber behandelt

¹⁹²⁷ *Czech*, Fortpflanzungsfreiheit 43 f; vgl *mutatis mutandis* EKMR 8. 2. 1993, *M. gegen Niederlande*, Nr. 16944/90; siehe S. 214 f.

¹⁹²⁸ Siehe S. 204 f.

¹⁹²⁹ Vgl bereits S. 200 f.

¹⁹³⁰ *F. Bydlinski*, JBl 1990, 741 (742 f); *derselbe*, System 385 FN 406; *Memmer*, JBl 1992, 361 (369, 371); *derselbe*, JBl 1993, 297 (304); *Stefula* in Klang³ § 163 Rz 30; vgl auch *Bernat*, MedR 1986, 245 (248) zum deutschen Recht; *derselbe*, Rechtsfragen 203; aA *V. Steininger*, ÖJZ 1999, 707 (708).

¹⁹³¹ *M. Steininger*, Reproduktionsmedizin Rz 4/85.

¹⁹³² Zu diesem Beispiel *V. Steininger*, ÖJZ 1995, 121 (134).

¹⁹³³ *M. Steininger*, Reproduktionsmedizin Rz 4/85.

¹⁹³⁴ AA *V. Steininger*, ÖJZ 1995, 121 (132), wonach der Gesetzgeber nur an die Einhaltung aller einschlägigen Bestimmungen des FMedG gedacht habe.

¹⁹³⁵ ErläutRV 216 BlgNR 18. GP 26.

¹⁹³⁶ *Lurger* in *Bernat*, Reproduktionsmedizin 108 (141).

daher Personengruppen in vergleichbaren Situationen ungleich. Ohne sachliche Rechtfertigung wäre diese Differenzierung gleichheitswidrig.¹⁹³⁷

Der VfGH vertritt in stRsp, dass der Gesetzgeber von einer Durchschnittsbetrachtung ausgehen darf und daher noch nicht jede Regelung automatisch gleichheitswidrig ist, wenn dadurch vereinzelt Härtefälle entstehen.¹⁹³⁸ Diese Judikaturlinie erfasst jedoch nur Fälle, in denen der Gesetzgeber bei der notwendigen Abstraktion des Gesetzes nicht auf alle denkbaren Fälle Rücksicht nehmen konnte.¹⁹³⁹ Ist die Möglichkeit eines exzessiven Missverhältnisses vom System der Regelung dagegen mitgedacht, taugt das Abstellen auf eine Durchschnittsbetrachtung nicht zur sachlichen Rechtfertigung der Differenzierung.¹⁹⁴⁰ Da auch die Schwere der angeordneten Rechtsfolge ins Gewicht fällt,¹⁹⁴¹ lässt sich die juristische Vaterlosigkeit von Kindern als schwere Konsequenz wohl nicht mit der Begründung rechtfertigen, der Gesetzgeber stelle hier auf den Durchschnittsfall einer gesetzeskonformen medizinisch unterstützten Fortpflanzung ab.

Wie oben erläutert, rechtfertigen die besonderen Interessen des Samenspenders einen Eingriff in die Rechte des Spenderkindes gem Art 8 Abs 2 EMRK.¹⁹⁴² Die Zulassung der heterologen medizinisch unterstützten Fortpflanzung würde *ad absurdum* geführt, wenn man dem unentgeltlichen Spender zumuten würde, plötzlich die familienrechtliche Verantwortung für ein ihm unbekanntes Kind zu übernehmen.¹⁹⁴³ Wenn das Kind zu seinem Wunschvater keine rechtliche Vaterschaft begründen kann bzw kein solcher Wunschvater vorhanden ist, liegen die Ursachen dafür keinesfalls in der Sphäre des Samenspenders, sondern in jener der Mutter, ihres Partners oder des Arztes bzw des Notars.¹⁹⁴⁴ Die sachliche Rechtfertigung der Differenzierung liegt hier also nicht in tatsächlichen Unterschieden zwischen den Vergleichsgruppen, dh zwischen Kindern mit und ohne Chance auf einen juristischen Vater, sondern in externen Zwecken.¹⁹⁴⁵ Diese berücksichtigt die Judikatur im Zusammenhang mit

¹⁹³⁷ Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht¹¹ Rz 761; Pöschl in Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer, Handbuch VII/1² § 14 Rz 33.

¹⁹³⁸ Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht¹¹ Rz 768 mwN; Berka in Rill/Schäffer, Bundesverfassungsrecht Art 7 Rz 56; Pöschl in Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer, Handbuch VII/1² § 14 Rz 47; VfGH B 711/10 VfSlg 19.414; V 17/2012 VfSlg 19.853; G 352/2015 VfSlg 20.035; zur Entstehung von Härtefällen ausführlich Pöschl, Gleichheit 253 ff.

¹⁹³⁹ Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht¹¹ Rz 768.

¹⁹⁴⁰ Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht¹¹ Rz 768 mwN.

¹⁹⁴¹ Pöschl, Gleichheit 255 ff; dieselbe in Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer, Handbuch VII/1² § 14 Rz 47.

¹⁹⁴² Siehe S. 216.

¹⁹⁴³ M. Steininger, Reproduktionsmedizin Rz 4/87; aA Lurger in Bernat, Reproduktionsmedizin 108 (143 f).

¹⁹⁴⁴ M. Steininger, Reproduktionsmedizin Rz 4/87, 5/77.

¹⁹⁴⁵ Pöschl in Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer, Handbuch VII/1² § 14 Rz 45; zum Begriff ausführlich dieselbe, Gleichheit 194 ff.

dem allgemeinen Sachlichkeitsgebot¹⁹⁴⁶ und hält eine Regelung dann für gleichheitskonform, wenn sie geeignet, erforderlich und verhältnismäßig ist.¹⁹⁴⁷ Dies ist hier der Fall, wie bereits oben im Zusammenhang mit Art 8 Abs 2 EMRK geprüft wurde.

Es ist daher festzuhalten, dass § 148 Abs 4 ABGB nicht gegen den Gleichheitssatz verstößt. Zum selben Ergebnis würde man mE bei einer Prüfung des Diskriminierungsverbots gem Art 14 iVm Art 8 EMRK kommen, weil für die sachliche Rechtfertigung einer Diskriminierung nach der Art der Zeugung im Regelungsbereich des Art 8 EMRK dieselben Argumente gelten.

E. Eingriff in das Grundrecht des Keimzellenspenders auf Datenschutz

Der Auskunftsanspruch des Kindes gem § 20 Abs 2 FMedG ist auf seine Vereinbarkeit mit dem Grundrecht des Samenspenders oder der Eizellenspenderin auf Datenschutz gem § 1 DSG 2000 zu prüfen.¹⁹⁴⁸ Wenn die Krankenanstalt einem Kind Informationen über die Identität seines genetischen Elternteils gibt, ist dessen Recht auf Geheimhaltung seiner personenbezogenen Daten mE jedoch nicht verletzt.¹⁹⁴⁹ Mit Zustimmung des Betroffenen kann der Anspruch auf Geheimhaltung gem § 1 Abs 2 DSG 2000 eingeschränkt werden. Spender müssen der Erteilung von Auskünften gem § 20 Abs 2 FMedG deswegen ausdrücklich zustimmen (§ 13 FMedG),¹⁹⁵⁰ bevor die gespendeten Keimzellen verwendet werden dürfen. Ein Eingriff in das Datenschutzrecht des Spenders kommt daher nur dann in Betracht,¹⁹⁵¹ wenn seine Zustimmung zur Erteilung von Auskünften fehlt, mangelhaft ist oder rechtzeitig widerrufen wurde, die Keimzellen dann aber trotzdem unzulässigerweise verwendet wurden.¹⁹⁵²

In diesem Fall ist nach dem Gesetzesvorbehalt gem § 1 Abs 2 DSG 2000 zu prüfen, ob der Eingriff zur Wahrung überwiegender berechtigter Interessen eines anderen zulässig ist, dh es ist eine Interessenabwägung gegen das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung

¹⁹⁴⁶ Pöschl in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, Handbuch VII/1² § 14 Rz 36.

¹⁹⁴⁷ Pöschl, Gleichheit 202.

¹⁹⁴⁸ T. Maier, EF-Z 2014, 52 (53 f); Stolz in *Bernat*, Lebensbeginn 109 (120).

¹⁹⁴⁹ ErläutRV 216 BlgNR 18. GP 14, 23.

¹⁹⁵⁰ ErläutRV 216 BlgNR 18. GP 21. Diese Zustimmung deckt auch die Erteilung von Auskünften an gesetzliche Vertreter des Kindes, Gerichte und Verwaltungsbehörden: ErläutRV 445 BlgNR 25. GP 10.

¹⁹⁵¹ AA Lehner in *Heißl*, Handbuch Rz 11/16 f, wonach eine Zustimmung aufgrund einer Anordnung des Gesetzgebers nicht geeignet ist, einen Eingriff in das Datenschutzrecht zu rechtfertigen.

¹⁹⁵² T. Maier in *Voithofer/Flatscher/Thöni*, FMedG § 20 Rz 19 (voraussichtliches Erscheinen 2018).

durchzuführen.¹⁹⁵³ Ein Eingriff einer staatlichen Behörde muss außerdem aufgrund eines Gesetzes erfolgen, das vom Gesetzesvorbehalt des Art 8 Abs 2 EMRK gedeckt ist.¹⁹⁵⁴

Wie bereits erörtert, kommt dem Recht des Kindes auf Kenntnis seines leiblichen Elternteils ein erheblicher Stellenwert für seine Identitätsfindung zu.¹⁹⁵⁵ Der Keimzellenspender hat zwar ebenfalls ein schützenswertes Geheimhaltungsinteresse,¹⁹⁵⁶ allerdings ist dieses nach 14 Jahren und neun Monaten schon etwas abgeschwächt.¹⁹⁵⁷ Darüber hinaus ist die vertrauliche Behandlung dieser Informationen gegenüber Dritten – insb gegenüber dem sozialen Umfeld des Spenders – weiterhin gewährleistet, was idR aus Sicht des Keimzellenspenders am wichtigsten sein wird. Der Eingriff in das Datenschutzrecht des Keimzellenspenders dient daher der Wahrung überwiegender berechtigter Interessen eines anderen.

Auch die Voraussetzungen des Art 8 Abs 2 EMRK sind mE gegeben: Die gesetzliche Grundlage für die Weitergabe der Daten des Keimzellenspenders an das Kind ist § 20 Abs 2 FMedG. Der Auskunftsanspruch soll dem Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung Rechnung tragen¹⁹⁵⁸ und dient damit dem legitimen Ziel des Schutzes der „Rechte und Freiheiten anderer“. Um die Notwendigkeit in einer demokratischen Gesellschaft festzustellen, ist eine Interessenabwägung zwischen dem Recht des Keimzellenspenders auf Achtung seiner Privatsphäre, dem Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung und dem öffentlichen Interesse an der Möglichkeit einer heterologen Insemination oder IVF durchzuführen. Da die Anonymität des Spenders gegenüber dem Kind ohnehin 14 Jahre lang und gegenüber Dritten unbefristet geschützt ist (vgl § 20 Abs 1 FMedG),¹⁹⁵⁹ der Samenspender und die Eizellenspenderin keine familienrechtlichen Ansprüche befürchten müssen und ihre Privatsphäre, wie im nächsten Abschnitt erörtert wird,¹⁹⁶⁰ immer noch weitestgehenden Schutz genießt, kann die Weitergabe der Daten an das Kind mE uU auch bei mangelnder Zustimmung des Spenders zulässig sein.¹⁹⁶¹

¹⁹⁵³ T. Maier in *Voithofer/Flatscher/Thöni*, FMedG § 20 Rz 19 (voraussichtliches Erscheinen 2018); siehe dazu *Dohr/Pollirer/Weiss/Knyrim*, DSG² § 1 Anm 10 (Stand: 26. 11. 2015, rdb.at).

¹⁹⁵⁴ Vgl *Stolz* in *Bernat*, Lebensbeginn 109 (121), der die Durchbrechungstatbestände beruflicher Verschwiegenheitspflichten danach als datenschutzrechtlich unbedenklich beurteilt.

¹⁹⁵⁵ BGH XII ZR 201/13 DNotZ 2015, 426 = NJW 2015, 1098 (*Heiderhoff*).

¹⁹⁵⁶ Siehe S. 214 f.

¹⁹⁵⁷ Vgl *Verschraegen*, ÖJZ 2004, 1 (10).

¹⁹⁵⁸ ErläutRV 216 BlgNR 18. GP 23.

¹⁹⁵⁹ Die Herausgabe von Informationen an die mit der gesetzlichen Vertretung für die Pflege und Erziehung des Kindes betrauten Person und an Gerichte und Verwaltungsbehörden gem § 20 Abs 2, 3 FMedG hat einen noch engeren Anwendungsbereich.

¹⁹⁶⁰ Siehe S. 221 ff.

¹⁹⁶¹ T. Maier in *Voithofer/Flatscher/Thöni*, FMedG § 20 Rz 19 (voraussichtliches Erscheinen 2018).

Dabei ist zu beachten, dass es sich bei den Untersuchungsergebnissen gem § 12 FMedG um sensible Daten iSd § 4 Z 2 DSGVO 2000 handelt, die ua die Gesundheit des Spenders betreffen.¹⁹⁶² Solche Daten dürfen nur verarbeitet oder übermittelt werden, wenn sie keine schutzwürdigen Geheimhaltungsinteressen des Betroffenen verletzen (§ 7 DSGVO). Bei sensiblen Daten ist dies ua dann der Fall, wenn der Betroffene der Verwendung ausdrücklich und widerruflich zugestimmt hat (§ 9 Z 6 DSGVO) oder die Ermächtigung zur Verwendung auf gesetzlicher Grundlage beruht und wichtigen öffentlichen Interessen dient (§ 9 Z 3 DSGVO).¹⁹⁶³ Zwar kann der Keimzellenspender seine Zustimmung gem § 13 FMedG nicht mehr widerrufen, sobald die Samen- oder Eizellen verwendet wurden.¹⁹⁶⁴ Da der Auskunftsanspruch in § 20 Abs 2 FMedG jedoch eine gesetzliche Grundlage hat und der Durchsetzung des Grundrechts des Kindes dient, ist dieser Anspruch mE auch aus Sicht des Datenschutzrechts unbedenklich.¹⁹⁶⁵

F. Eingriff in das Privatleben des Samenspenders oder der Eizellenspenderin

Die Möglichkeit des mündigen heterolog gezeugten Kindes, Kontakt zu seinem Samenspender oder seiner Eizellenspenderin aufzunehmen, berührt deren von Art 8 EMRK geschütztes Recht auf Privatleben. Dieses umfasst auch das Recht, zwischenmenschliche Beziehungen und Kontakte abzulehnen.¹⁹⁶⁶

Eine Rechtfertigung dafür, dass das Privatleben des Keimzellenspenders durch den Auskunftsanspruch des Kindes eingeschränkt wird, lässt sich anhand mehrerer legitimer Ziele iSd Art 8 Abs 2 EMRK finden: Zum einen dient § 20 Abs 2 FMedG dem Schutz der Gesundheit und der Moral, da das Kind uU Informationen über Erbkrankheiten oder in medizinischen Notfällen einen genetisch Verwandten (zB für eine Organ- oder Gewebetransplantation) benötigen könnte.¹⁹⁶⁷ Zum anderen hat das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung gem Art 8 Abs 1 EMRK, wie erwähnt, einen anerkannten Stellenwert als Grundrecht sowie als Persönlichkeitsrecht,¹⁹⁶⁸ sodass das Interesse des

¹⁹⁶² T. Maier in Voithofer/Flatscher/Thöni, FMedG § 20 Rz 19 (voraussichtliches Erscheinen 2018); nach den ErläutRV 216 BlgNR 18. GP 21 wird untersucht, ob sich die Keimzellen zur Fortpflanzung eignen und ob daraus gesundheitliche Nachteile für die Frau oder das Kind entstehen könnten.

¹⁹⁶³ Siehe dazu Dohr/Pollirer/Weiss/Knyrim, DSGVO § 9 E 6 (Stand 26. 11. 2015, rdb.at).

¹⁹⁶⁴ Vgl ErläutRV 216 BlgNR 18. GP 21.

¹⁹⁶⁵ So im Ergebnis auch Stolz in Bernat, Lebensbeginn 109 (121).

¹⁹⁶⁶ Grabenwarter/Pabel, EMRK § 22 Rz 14.

¹⁹⁶⁷ Vgl die Argumentation der Klägerin in OLG Hamm I-14 U7/12 NJW 2013, 1167; AB 490 BlgNR 18. GP 5; Wellenhofer, FamRZ 2013, 825 (826).

¹⁹⁶⁸ Siehe schon S. 211 f; Lurger in Bernat, Reproduktionsmedizin 108 (145); Schmidt-Didczuhn, JR 1989, 228 mwN zum deutschen Recht.

Keimzellenspenders an absoluter Anonymität gegen diese „Rechte und Freiheiten anderer“ iSd Art 8 Abs 2 EMRK abgewogen werden muss.¹⁹⁶⁹

Nun stellt sich die Frage nach der Verhältnismäßigkeit,¹⁹⁷⁰ dh danach, ob der Auskunftsanspruch des Kindes zum Schutz dieser Ziele in einer demokratischen Gesellschaft wirklich notwendig ist. Die Antwort auf diese Frage hängt auch davon ab, welchen Gebrauch das Kind von den gem § 20 FMedG erhaltenen Informationen machen darf und insb ob eine Kontaktaufnahme mit dem Spender bzw der Spenderin zulässig ist – eine Frage, die das FMedG nicht beantwortet.¹⁹⁷¹

Faktisch sind Spenderkinder idR nicht nur an den Daten über den Samenspender bzw die Eizellenspenderin interessiert, sondern wünschen sich häufig, diese Person auch kennen zu lernen.¹⁹⁷² Einer 2011 publizierten amerikanischen Studie zufolge wollen die meisten Spenderkinder vor allem wissen, wie ihr genetischer Elternteil aussieht.¹⁹⁷³ Weitere genannte Gründe sind der Wunsch nach genaueren Informationen über Familie und Vorfahren und – weniger häufig – der Wunsch nach dem Aufbau einer Beziehung zum Spender bzw der Wunsch, sich seinem genetischen Elternteil vorzustellen.¹⁹⁷⁴ Kinder, die mit ihren Spendern in Kontakt getreten sind, sehen diese jedoch nur selten in einer Elternrolle,¹⁹⁷⁵ sondern entwickeln entweder eine freundschaftliche Beziehung, eine Beziehung wie zu anderen Verwandten oder überhaupt keine Beziehung zum Spender.¹⁹⁷⁶

ME muss der Keimzellenspender nicht mehr Kontakt zulassen als unbedingt notwendig; mangels juristischer Elternschaft sind ja auch §§ 186 ff ABGB über die persönlichen Kontakte zwischen Eltern und Kindern nicht anwendbar.¹⁹⁷⁷ Während die für das Kind wichtigen medizinischen Informationen über den Spender ihm auch von der Krankenanstalt

¹⁹⁶⁹ *Canaris*, Grundrechte 68; so auch *Verschraegen*, ÖJZ 2004, 1 (10) zur anonymen Geburt.

¹⁹⁷⁰ *Wildhaber/Breitenmoser* in *Pabel/Schmahl*, IntKommEMRK² Art 8 Rz 660; *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 18 Rz 14.

¹⁹⁷¹ Da gem §§ 20 Abs 2 iVm 15 Abs 1 Z 1 FMedG auch der Wohnort der Auskunft unterliegt, bekommt das Kind jedenfalls alle Informationen, die es benötigt, um den Samenspender zu kontaktieren. Dass die allgemeine Vertraulichkeitsklausel des § 20 Abs 1 FMedG nach den Materialien (ErläutRV 216 BlgNR 18. GP 23) auch das Kind zur vertraulichen Behandlung der Daten verpflichtet, bedeutet daher mE kein Verbot einer Kontaktaufnahme mit dem Samenspender.

¹⁹⁷² *Thorn* in *Barth/Erlebach*, Handbuch 263 (267); *Beeson/Jennings/Kramer*, Offspring searching for their sperm donors: how family type shapes the process, Human Reproduction 2011, 2415 (2419): 82 % der befragten Kinder waren an einer Kontaktaufnahme mit dem Spender interessiert.

¹⁹⁷³ *Beeson/Jennings/Kramer*, Human Reproduction 2011, 2415 (2420).

¹⁹⁷⁴ *Beeson/Jennings/Kramer*, Human Reproduction 2011, 2415 (2420).

¹⁹⁷⁵ *Thorn* in *Barth/Erlebach*, Handbuch 263 (267) mwN.

¹⁹⁷⁶ *Beeson/Jennings/Kramer*, Human Reproduction 2011, 2415 (2421); *T. Maier* in *Voithofer/Flatscher-Thöni*, FMedG § 20 Rz 20 (voraussichtliches Erscheinen 2018).

¹⁹⁷⁷ *Thunhart* in *Klang*³ § 148 Rz 5.

erteilt werden könnten, ist die Möglichkeit einer persönlichen Kontaktaufnahme durch das Kind mE jedoch unerlässlich, um ihm die Erforschung seiner Herkunft aus rein persönlichen Motiven zu ermöglichen.¹⁹⁷⁸

Eine einmalige Kontaktaufnahme des Kindes mit dem Samenspender oder der Eizellenspenderin ist mE ohne besondere Rechtsgrundlage zulässig, da jeder die Freiheit hat, einen anderen Menschen auf eine gesellschaftlich akzeptierte Art und Weise zu kontaktieren.¹⁹⁷⁹ Dass eine einmalige Kontaktaufnahme zulässig sein muss,¹⁹⁸⁰ ergibt sich darüber hinaus aus dem *telos* des § 20 Abs 2 FMedG: Das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung ist nicht allein durch die Kenntnis von Daten – zB des Namens des Spenders – gewahrt, sondern erst durch die Kenntnis seines Aussehens, seiner Geschichte und seiner Persönlichkeit.¹⁹⁸¹ Das wird auch in Zeiten sozialer Netzwerke gelten,¹⁹⁸² die mit der bloßen Kenntnis des Namens auch ohne persönlichen Kontakt uU Zugang zu einigen Informationen ermöglichen.

Dennoch kann man durch einen Antrag gem § 188 Abs 2 ABGB¹⁹⁸³ noch nicht einmal ein einmaliges Treffen mit dem Spender erzwingen,¹⁹⁸⁴ da die Bereitschaft des Dritten zum Kontakt auch dafür Voraussetzung ist. Dies ist mE auch nicht zu beanstanden,¹⁹⁸⁵ sondern zur Wahrung der durch Art 8 EMRK geschützten Freiheit des Samenspenders notwendig, Beziehungen zu anderen Menschen aufzubauen oder abzulehnen.¹⁹⁸⁶ Darüber hinaus wäre zweifelhaft, ob der Kontakt mit einem unwilligen Spender im Einzelfall noch dem Kindeswohl dienen¹⁹⁸⁷ oder diesem nicht sogar schaden würde. Dagegen können das Kind und seine rechtlichen Eltern eine Kontaktregelung gem § 188 Abs 2 ABGB beantragen, wenn

¹⁹⁷⁸ Zumindest soweit man davon ausgeht, dass die Kenntnis der leiblichen Vorfahren das eigene Selbstverständnis prägt und erweitert: *Bernat in Bernat*, Reproduktionsmedizin 161 (171); *Schmidt-Didczuhn*, JR 1989, 228 (229); aA *Hassenstein*, FamRZ 1988, 120 (123).

¹⁹⁷⁹ Diese Freiheit ergibt sich mE aus Art 8 EMRK, weil das Recht auf Achtung des Privatlebens auch das Knüpfen zwischenmenschlicher Beziehungen erfasst: *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 22 Rz 14.

¹⁹⁸⁰ So auch *Bernat*, Rechtsfragen 207.

¹⁹⁸¹ *T. Maier*, EF-Z 2014, 52 (55); *Erlebach in Barth/Erlebach*, Handbuch 243 (255).

¹⁹⁸² *Erlebach in Barth/Erlebach*, Handbuch 243 (255).

¹⁹⁸³ Dazu ausführlich S. 67 ff.

¹⁹⁸⁴ AA *Erlebach in Barth/Erlebach*, Handbuch 243 (260), die die Voraussetzung der Kontaktbereitschaft des Spenders bezüglich eines ersten Treffens als Verstoß gegen Art 8 EMRK beurteilt.

¹⁹⁸⁵ AA *Erlebach in Barth/Erlebach*, Handbuch 243 (260).

¹⁹⁸⁶ *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 22 Rz 14; *T. Maier*, EF-Z 2014, 52 (54); *Erlebach in Barth/Erlebach*, Handbuch 243 (260).

¹⁹⁸⁷ *Stellamor/Steiner*, Handbuch I 223 halten bei Gefährdung des Kindeswohls sogar eine Verweigerung von Auskunft und Einsicht für zulässig.

der Samenspender sich zum weiteren Kontakt mit dem Kind bereit erklärt und der Kontakt dem Kindeswohl dient.¹⁹⁸⁸

Als gelinderes Mittel könnte auch eine Art Vermittlung zwischen Kindern und ihren Keimzellenspendern eingerichtet werden, die dafür sorgt, dass der Umfang des Kontakts im gegenseitigen Einvernehmen erfolgt und insb auf Wunsch des Samenspenders oder der Eizellenspenderin auch beschränkt werden kann. Eine britische Studie kam 1997 zum Ergebnis, dass Samenspender ein solches Modell durchaus begrüßen würden, da eine Kontaktaufnahme durch die von ihnen gezeugten Kinder vielen von ihnen unangenehm wäre und einige Spender nicht sicher sind, wie sie darauf reagieren würden.¹⁹⁸⁹

Im Ergebnis schränkt der Auskunftsanspruch des Kindes gem § 20 Abs 2 FMedG das Recht des Samenspenders oder der Eizellenspenderin auf Achtung ihres Privatlebens gem Art 8 EMRK nicht in unverhältnismäßiger Art und Weise ein. Zwar kann und darf das Kind mit ihnen Kontakt aufnehmen, doch es bleibt ihnen das Recht erhalten, jeden weiteren Kontakt abzulehnen, wenn sie selbst eine einmalige Begegnung mit dem Kind nicht wünschen.

G. Aufklärung des Kindes durch seine rechtlichen Eltern?

Offen bleibt nur die Frage, wie die Interessen der Wunscheltern zu bewerten sind und ob diese eine Pflicht trifft, ihr Kind über die Umstände seiner Zeugung aufzuklären¹⁹⁹⁰ – schließlich hängt die Möglichkeit des Kindes, seinen Auskunftsanspruch gem § 20 Abs 2 FMedG geltend zu machen, entscheidend davon ab.¹⁹⁹¹ Das Schweigerecht gem § 149 Abs 1 ABGB¹⁹⁹² wird – ungeachtet der verfassungsrechtlichen Bewertung dieser Bestimmung im Rahmen dieser Arbeit¹⁹⁹³ – analog für die Wunscheltern eines mithilfe von Samen- oder Eizellenspende gezeugten Kindes gelten müssen, um Wertungswidersprüche zu vermeiden.¹⁹⁹⁴ Die Wunscheltern können aus dem Schweigerecht daher das Recht ableiten, dem Kind keine Auskunft über die Art seiner Zeugung und über den Samenspender zu

¹⁹⁸⁸ Erlebach in Barth/Erlebach, Handbuch 243 (256, 258 ff); zu den Voraussetzungen siehe im Einzelnen Fischer-Czermak in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 188 Rz 2 (Stand 1. 5. 2017, rdb.at).

¹⁹⁸⁹ Daniels/Lewis/Curson, Social Science & Medicine 1997, 673 (676, 679 f): 35 % bzw 73 % der Befragten aus zwei getrennten Gruppen wären sehr unglücklich mit einer Begegnung, während es 53 % bzw 9 % nicht stören würde; vgl auch Thorn/Katzorke/Daniels, Semen donors in Germany: A study exploring motivations and attitudes, Human Reproduction 2008, 2415: 43 % der befragten Spender wollten das von ihnen gezeugte Kind treffen, 22 % waren unsicher und 35 % dagegen.

¹⁹⁹⁰ Dazu siehe zB Bernat, MedR 1986, 245 (250).

¹⁹⁹¹ Schwimann, StAZ 1993, 169 (178).

¹⁹⁹² Nach Ansicht von M. Steininger, Reproduktionsmedizin Rz 4/84 FN 150 besteht dieses Recht nicht dem Kind gegenüber; zustimmend Ferrari in Barth/Erlebach, Handbuch 95 (100 f); siehe auch S. 114 ff.

¹⁹⁹³ Siehe oben S. 128 f.

¹⁹⁹⁴ T. Maier in Voithofer/Flatscher-Thöni, FMedG § 20 Rz 16 (voraussichtliches Erscheinen 2018); aA Pierer in Deixler-Hübner, Handbuch 215 (236), der § 20 FMedG als *lex specialis* zu § 149 ABGB versteht.

geben.¹⁹⁹⁵ Nach einhelliger Meinung sollen die Eltern selbst – ebenso wie Adoptiveltern¹⁹⁹⁶ – in eigener Verantwortung entscheiden, ob, wann und wie sie das Kind über die Umstände seiner Zeugung aufklären.¹⁹⁹⁷

Aus psychosozialer Sicht wird eine frühzeitige Aufklärung des Kindes empfohlen.¹⁹⁹⁸ Dagegen scheint eine späte oder unbeabsichtigte Aufklärung häufiger negative Reaktionen des Kindes auszulösen.¹⁹⁹⁹ Empirische Studien zeigen, dass nur sehr wenige Eltern ihr Kind überhaupt über die Umstände seiner Zeugung aufklären.²⁰⁰⁰ Die Entscheidung für oder gegen die Aufklärung des Kindes ist auch für die Eltern heikel und mit Wertekonflikten verbunden.²⁰⁰¹ Auch aus faktischen und psychosozialen Gründen ist es daher schwierig, eine Aufklärung des Kindes zu erzwingen. Welche rechtlichen Hilfsmittel zur Durchsetzung bzw Sanktionierung einer solchen Aufklärungspflicht in Frage kommen würden, ist völlig offen.²⁰⁰²

Eine Aufklärung von staatlicher Seite oder eine durchsetzbare Aufklärungspflicht der Eltern würde gegen den Grundsatz der Familienautonomie verstoßen²⁰⁰³ und in deren Recht auf Achtung ihres Familienlebens gem Art 8 EMRK eingreifen.²⁰⁰⁴ Da die eigene Fortpflanzung einen intimen und höchstpersönlichen Bereich betrifft, ist die Weitergabe von Informationen darüber auch vom informationellen Selbstbestimmungsrecht der Wunscheltern erfasst.²⁰⁰⁵

Dieser Befund steht in einem Spannungsfeld zum Auskunftsrecht des Kindes gem § 20 Abs 2 FMedG, weil dieses für das Kind nutzlos ist, solange es von der Samen- bzw Eizellenspende

¹⁹⁹⁵ *Bernat*, Rechtsfragen 145.

¹⁹⁹⁶ LG Salzburg 21 R 521/06y EF-Z 2007/58.

¹⁹⁹⁷ *T. Maier* in *Voithofer/Flatscher-Thöni*, FMedG § 20 Rz 16 (voraussichtliches Erscheinen 2018); *ErläutRV* 216 BlgNR 18. GP 23; *Erlebach* in *Barth/Erlebach*, Handbuch 243 (250 f); *M. Steininger*, Reproduktionsmedizin Rz 4/102; *Bernat*, MedR 1986, 245 (250) zum deutschen Recht; *derselbe*, Rechtsfragen 208; aA die abweichende Auffassung eines Teils der Bioethikkommission, Stellungnahme vom 2. 7. 2012, 53.

¹⁹⁹⁸ *Thorn* in *Barth/Erlebach*, Handbuch 263 (265 ff) mwN; *Beeson/Jennings/Kramer*, Human Reproduction 2011, 2415 (2421); ausführlich *Blake ua*, 'Daddy ran out of tadpoles': how parents tell their children that they are donor conceived, and what their 7-year-olds understand, Human Reproduction 2010, 2527; *M. Steininger*, Reproduktionsmedizin Rz 1/46 mwN.

¹⁹⁹⁹ *Thorn* in *Barth/Erlebach*, Handbuch 263 (267) mwN; *Beeson/Jennings/Kramer*, Human Reproduction 2011, 2415 (2421); *M. Steininger*, Reproduktionsmedizin Rz 1/46 mwN.

²⁰⁰⁰ *Golombok ua*, Human Reproduction 1996, 2324 (2330); *Golombok ua*, Human Reproduction 2002, 830 (836); *Bernat* in *Bernat*, Reproduktionsmedizin 161 (170) mwN; *derselbe* in *Bernat*, Fortpflanzungsmedizin 65 (120); *Beck*, Anm zu BGH XII ZR 201/13, EF-Z 2015/62 mwN.

²⁰⁰¹ *Thorn* in *Barth/Erlebach*, Handbuch 263 (266) mwN; vgl die von den rechtlichen Eltern genannten Gründe für die Geheimhaltung in *Golombok ua*, Human Reproduction 2002, 830 (836 f).

²⁰⁰² *T. Maier* in *Voithofer/Flatscher-Thöni*, FMedG § 20 Rz 17 (voraussichtliches Erscheinen 2018); *Erlebach* in *Barth/Erlebach*, Handbuch 243 (251); zweifelnd auch *Schwimann*, StAZ 1993, 169 (178).

²⁰⁰³ *Erlebach* in *Barth/Erlebach*, Handbuch 243 (250); *M. Steininger*, Reproduktionsmedizin Rz 4/102; *Bernat*, MedR 1986, 245 (250); *derselbe*, Rechtsfragen 208; *derselbe* in *Bernat*, Reproduktionsmedizin 174.

²⁰⁰⁴ Zur Absicherung der Familienautonomie durch Art 8 EMRK siehe *Erlebach* in *Barth/Erlebach*, Handbuch 243 (251); *Fischer-Czermak* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 139 Rz 1 (Stand 1. 5. 2017, rdb.at).

²⁰⁰⁵ *Czech*, Fortpflanzungsfreiheit 84 f; zum Begriff siehe *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 22 Rz 11 mwN.

nichts weiß.²⁰⁰⁶ Die Durchsetzung des Rechts des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung wäre auch ein legitimes Ziel iSd Art 8 Abs 2 EMRK zur Rechtfertigung dieses Eingriffs.²⁰⁰⁷ Eine staatliche Zwangsaufklärung des Kindes über seine Abstammung wäre allerdings keine Maßnahme, die in einem angemessenen Verhältnis zum verfolgten Ziel stehen würde.²⁰⁰⁸ Wenn man das Kind zu einem beliebigen Zeitpunkt durch eine außerhalb der Familie stehende Person (zB durch Mitarbeiter des KJHT) aufklärte, würde man ihm die Wahrheit gegen seinen Willen aufdrängen.²⁰⁰⁹ Auch dieses Vorgehen würde letztendlich einen Eingriff in die durch Art 8 EMRK geschützte Privatsphäre des Kindes bedeuten.²⁰¹⁰ Eine verfassungskonforme Interpretation führt daher zum Ergebnis, dass eine Aufklärungspflicht der Eltern abzulehnen ist.

Dennoch ist § 20 Abs 2 FMedG mE so zu interpretieren, dass der Auskunftsanspruch des Kindes soweit wie möglich durchsetzbar sein soll. Daraus kann man zumindest ableiten, dass Eltern, die ihr Kind über seine Zeugung aufgeklärt haben, verpflichtet sind, ihm auf sein Verlangen den Namen der Krankenanstalt zu nennen, in der die medizinisch unterstützte Fortpflanzung durchgeführt wurde.²⁰¹¹ In diesem Fall haben die rechtlichen Eltern ihre familienautonome Entscheidung zur Aufklärung des Kindes bereits getroffen, sodass das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung stärker wiegt als das Geheimhaltungsinteresse der Eltern.²⁰¹²

H. Ergebnis

Insgesamt ist dem Gesetzgeber eine konventionskonforme Interessenabwägung gelungen.²⁰¹³ Der Auskunftsanspruch des Kindes einerseits und der Ausschluss des Samenspenders und der Eizellenspenderin von der Elternschaft andererseits bewirken einen Ausgleich der betroffenen Interessen, der sowohl die Persönlichkeitsentwicklung des Kindes als auch das Privatleben des Spenders ernst nimmt.

²⁰⁰⁶ Bernat in Bernat, Reproduktionsmedizin 161 (174); derselbe in Bernat, Fortpflanzungsmedizin 65 (120); Schwimann, StAZ 1993, 169 (178); T. Maier, EF-Z 2014, 52 (55).

²⁰⁰⁷ Czech, Fortpflanzungsfreiheit 85 f.

²⁰⁰⁸ Ähnlich Czech, Fortpflanzungsfreiheit 211; vgl auch Bernat in Bernat, Reproduktionsmedizin 161 (174) mwN.

²⁰⁰⁹ Bernat in Bernat, Reproduktionsmedizin 161 (174); derselbe, Rechtsfragen 208.

²⁰¹⁰ Vgl Czech, Fortpflanzungsfreiheit 211.

²⁰¹¹ So schon M. Steininger, Reproduktionsmedizin Rz 4/102; ähnlich Pierer in Deixler-Hübner, Handbuch 215 (236).

²⁰¹² T. Maier in Voithofer/Flatscher-Thöni, FMedG § 20 Rz 17 (voraussichtliches Erscheinen 2018).

²⁰¹³ Auch Canaris, Grundrechte 69 bezeichnet eine dem österreichischen Recht vergleichbare Lösung als „mildere[s] Mittel zur Auflösung der Grundrechtskollision“.

ME wiegen die Interessen der Keimzellenspender im österreichischen Recht weniger schwer als jene des Samenspenders im deutschen Recht:²⁰¹⁴ Erstens schützen §§ 143, 148 Abs 4 ABGB sowohl den Samenspender als auch die Eizellenspenderin vor familienrechtlichen Ansprüchen und zweitens muss jeder Spender der Aufhebung seiner Anonymität gegenüber dem Kind vorher zustimmen. Damit bedeutet es für ihn weder eine Überraschung noch ein erhebliches Risiko, wenn ein durch eine Samen- oder Eizellenspende entstandenes Kind sich meldet.²⁰¹⁵

Anders ist es im deutschen Recht, wo der Samenspender nach allgemeinen Regeln als juristischer Vater festgestellt werden kann, sodass die von ihm gezeugten Kinder etwa Unterhaltsansprüche oder ihr gesetzliches Erbrecht geltend machen könnten.²⁰¹⁶ Allerdings wurde Samenspendern in Deutschland früher zT noch ihre Anonymität zugesichert.²⁰¹⁷ Dass die Identität dieser Samenspender nun doch offengelegt wird, bedeutet für sie und ihre Familien²⁰¹⁸ eine erhebliche Verletzung ihres von Art 8 EMRK geschützten Rechts auf Privatleben.²⁰¹⁹ Daher ist die deutsche Rechtslage mE nicht konventionskonform, weil sie – anders als die österreichische Rechtslage – nicht den Schutz der „Rechte und Freiheiten anderer“ iSd Art 8 Abs 2 EMRK ausreichend berücksichtigt.

V. Medizinisch unterstützte Fortpflanzung an alleinstehenden Frauen?

Eine Frage, die noch immer sehr kontrovers diskutiert wird,²⁰²⁰ betrifft die medizinisch unterstützte Fortpflanzung an einer alleinstehenden Frau. Es ist sowohl technisch möglich als auch in vielen Staaten erlaubt,²⁰²¹ eine Insemination oder IVF mit Spendersamen an einer Frau durchzuführen, die keinen Ehemann oder Lebensgefährten hat. Gem § 2 Abs 1 FMedG darf eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung jedoch nach wie vor nur in einer Ehe, eingetragenen Partnerschaft oder Lebensgemeinschaft durchgeführt werden. Mit dem FMedRÄG 2015 wurden die Methoden der medizinisch unterstützten Fortpflanzung

²⁰¹⁴ Die Eizellenspende ist im deutschen Recht nach wie vor verboten; kritisch dazu *Schewe*, *Mater semper certa est?* Ein Plädoyer für die Abschaffung des Verbotes der Eizellenspende in Deutschland, *FamRZ* 2014, 90.

²⁰¹⁵ *Bernat*, *JAP* 1992/1993, 38 (42).

²⁰¹⁶ *Wellenhofer*, *FamRZ* 2013, 825 (827 f); *Canaris*, *Grundrechte* 68.

²⁰¹⁷ Siehe ua *OLG Hamm I-14 U7/12 NJW* 2013, 1167; mittlerweile wird aus Angst vor Haftungsansprüchen von allen Beteiligten die Einwilligung eingeholt, dass das volljährige Kind Informationen über den Samenspender erhalten kann: *Wendehorst* in *Bockenheimer-Lucius/Thorn/Wendehorst*, *Umwege* 103 (120) mwN.

²⁰¹⁸ Etwa weil das Kind neben den anderen Verwandten gesetzlicher Erbe des Samenspenders und damit auch pflichtteilsberechtigt ist: *Wellenhofer*, *FamRZ* 2013, 825 (828).

²⁰¹⁹ Vgl auch *Canaris*, *Grundrechte* 70 mit verfassungsrechtlichen Bedenken.

²⁰²⁰ Vgl *Rohrhofer*, *Mutterglück für Singles: Klage in Wels geplant, der Standard* 8. 2. 2017, <https://derstandard.at/2000052286314/Mutterglueck-fuer-Singles-Oberoesterreicherin-erwaegt-Klage?ref=rec> (22. 3. 2018).

²⁰²¹ *Czech*, *Fortpflanzungsfreiheit* 271 f mwN; *Bernat* in *Bernat*, *Fortpflanzungsmedizin* 65 (79) mwN.

alleinstehenden Frauen nicht zugänglich gemacht,²⁰²² weil ein Kind nicht von vornherein nur einen Elternteil haben soll.²⁰²³ Bei alleinstehenden Männern, die sich ihren Kinderwunsch allein erfüllen wollen, scheidet eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung zusätzlich am Verbot der Leihmutterchaft,²⁰²⁴ was im Allgemeinen als gerechtfertigt angesehen wird.²⁰²⁵

Dass nur Paare sich der medizinisch unterstützten Fortpflanzung bedienen dürfen, wird schon seit langem kritisiert.²⁰²⁶ Auch die Bioethikkommission empfiehlt, alleinstehende Personen in den Anwendungsbereich des FMedG aufzunehmen.²⁰²⁷ Beim VfGH dürfte derzeit ein Individualantrag anhängig sein, der auf die Zulassung der medizinisch unterstützten Fortpflanzung für Frauen außerhalb einer Ehe oder Lebensgemeinschaft abzielt.²⁰²⁸ Bei der Aufhebung des § 2 Abs 1 FMedG wegen Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Paare sah der VfGH noch keinen Anlass, auch die Situation alleinstehender Frauen in seine Prüfung einzubeziehen.²⁰²⁹ Es lohnt sich daher, diese umstrittene Frage im Hinblick auf Art 8 EMRK und im Zusammenhang mit Art 14 EMRK und dem Gleichheitssatz zu untersuchen.

A. Vereinbarkeit des § 2 Abs 1 FMedG mit Art 8 EMRK

Im Zusammenhang mit Art 8 EMRK stellt sich zunächst die Frage, ob überhaupt das Recht der alleinstehenden Frau auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens berührt ist. Wie oben bereits dargelegt, wird das Recht auf Familiengründung primär Ehepaaren zugestanden, weil nur Art 12 EMRK ausdrücklich darauf Bezug nimmt und der Wortlaut dieses Grundrechts nur Ehegatten einbezieht.²⁰³⁰ Mittlerweile besteht jedoch eine klare Tendenz dazu, dass ein Recht zur Fortpflanzung – unabhängig von der eingesetzten Methode – auch aus Art 8 EMRK

²⁰²² Da in § 2 Abs 1 FMedG nur die Wortfolge „verschiedenen Geschlechts“ aufgehoben wurde, blieb der Anwendungsbereich des FMedG auch in der Zeit zwischen dem Außerkrafttreten der angefochtenen Bestimmungen und dem Inkrafttreten des FMedRÄG 2015 auf Paare beschränkt: *Fischer-Czermak*, EF-Z 2014, 61 (62).

²⁰²³ ErläutRV 445 BlgNR 25. GP 1; *Wendehorst*, iFamZ 2015, 4; *Mauernböck*, ZTR 2015, 107 (108); *Eder-Rieder*, EF-Z 2016, 127.

²⁰²⁴ *Wendehorst*, iFamZ 2015, 4; *Eder-Rieder*, EF-Z 2016, 127; vgl ErläutRV 445 BlgNR 25. GP 1 zu männlichen gleichgeschlechtlichen Paaren.

²⁰²⁵ Bioethikkommission, Stellungnahme vom 2. 7. 2012, 34; *Czech*, Fortpflanzungsfreiheit 271; zweifelnd *Schwimann*, StAZ 1993, 169 (173).

²⁰²⁶ *Bernat*, Rechtsfragen 177 f; *derselbe* in *Bernat*, Fortpflanzungsmedizin 65 (79 ff); *Schwimann*, StAZ 1993, 169 (173); *Kopetzki* in *Arnold/Bernat/Kopetzki*, Recht der Fortpflanzungsmedizin 63 (70); zweifelnd *Öhlinger/Nowak* in *BM für Familie, Jugend und Konsumentenschutz*, Enquete 31 (35).

²⁰²⁷ Bioethikkommission, Stellungnahme vom 16. 4. 2012, 2.1-2.4; Stellungnahme vom 2. 7. 2012, 33 ff; Stellungnahme vom 28. 11. 2014, 3.

²⁰²⁸ Individualantrag 12. 1. 2016, G 8/2016-3, zitiert bei *Wendehorst* in *Arnold/Bernat/Kopetzki*, Recht der Fortpflanzungsmedizin 103 (107 FN 9).

²⁰²⁹ VfGH G 16/2013, G 44/2013 EF-Z 2014/38 = RdM 2014/77 (*Kopetzki*) = iFamZ 2014/3 (*Meinl*).

²⁰³⁰ *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht¹¹ Rz 823; ErläutRV 216 BlgNR 18. GP 12; *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 22 Rz 79, 81 mwN; *Czech*, Fortpflanzungsfreiheit 46 mwN; siehe S. 171 ff.

abgeleitet werden kann und sich daher auch nicht verheiratete und gleichgeschlechtliche Paare darauf berufen können.²⁰³¹

Dagegen ist offen, ob eine alleinstehende Person sich zur Durchsetzung ihres Kinderwunsches auf das Recht auf Achtung ihres Privatlebens berufen kann. Dass zwischen einer alleinstehenden Frau und ihrem Kind ein Familienleben iSd Art 8 EMRK besteht, sobald es geboren ist, steht dagegen außer Zweifel.²⁰³² Der EGMR hat sich bereits mit Beschwerden alleinstehender Frauen wegen einer Verletzung von Art 8 EMRK im Zusammenhang mit der Durchführung einer medizinisch unterstützten Fortpflanzung auseinandergesetzt.²⁰³³ Zwar ging es bisher nie um die Grundrechtskonformität eines Verbots der Fortpflanzung ohne Partner. Dass der EGMR Art 8 EMRK dabei jeweils für anwendbar erklärt hat, ohne den Familienstand der Frau als solchen zu thematisieren,²⁰³⁴ könnte man jedoch als Erweiterung des Anwendungsbereichs des Rechts auf Fortpflanzung werten.

In diesem Fall wäre § 2 Abs 1 FMedG als Eingriff in das durch Art 8 EMRK geschützte Recht einer alleinstehenden Frau auf Achtung ihres Privatlebens zu qualifizieren, der durch Art 8 Abs 2 EMRK zu rechtfertigen ist. Zunächst muss die Einschränkung auf Gesetz beruhen, in diesem Fall auf § 2 Abs 1 FMedG. Anschließend ist nach dem legitimen Ziel der Regelung zu fragen. Die Einschränkung der medizinisch unterstützten Fortpflanzung auf Paare dient in erster Linie dem Schutz des Kindeswohls.²⁰³⁵ Wenn eine alleinstehende Frau unter Verwendung des Samens eines Spenders ein Kind bekommt, wird sie gem § 143 ABGB dessen rechtliche Mutter. Allerdings hat das Kind aufgrund von § 148 Abs 4 ABGB keinen juristischen Vater und wird auch nie einen haben, weil es keinen Wunschvater gibt, der die Vaterschaft durch Zustimmung übernehmen könnte.²⁰³⁶

Darüber hinaus nennt der Gesetzgeber zwei weitere Gründe: Erstens soll der Grundsatz der Subsidiarität (§ 2 Abs 2, 3 FMedG)²⁰³⁷ nicht ausgehöhlt werden, der die Methoden des

²⁰³¹ VfGH G 16/2013, G 44/2013 EF-Z 2014/38 = RdM 2014/77 (*Kopetzki*); EGMR U 3. 11. 2011, *S.H. ua gegen Österreich*, Nr. 57813/2000 (Große Kammer) EF-Z 2012/7 (*Bernat*) = RdM 2012/53 (*Pöschl*); *Czech*, Fortpflanzungsfreiheit 49 f; *Bernat* in *Bernat*, Fortpflanzungsmedizin 65 (73); *Kopetzki* in *Arnold/Bernat/Kopetzki*, Recht der Fortpflanzungsmedizin 63 (65 f); kritisch *M. Steininger*, Reproduktionsmedizin Rz 2/33; siehe 3. Kapitel I.B.

²⁰³² EGMR U 13. 6. 1979, *Marckx*, Nr. 6833/74 Z 31.

²⁰³³ EGMR U 10. 4. 2007, *Evans*, Nr. 6339/05 (Große Kammer); EGMR U 2. 10. 2012, *Knecht*, Nr. 10048/10.

²⁰³⁴ EGMR U 10. 4. 2007, *Evans*, Nr. 6339/05 (Große Kammer) Z 71; EGMR U 2. 10. 2012, *Knecht*, Nr. 10048/10 Z 54.

²⁰³⁵ *Bernat* in *Bernat*, Lebensbeginn 125 (147).

²⁰³⁶ Die Nachteile dieser Situation wurden bereits erörtert; siehe S. 176 f, 215 f.

²⁰³⁷ Zugunsten gleichgeschlechtlicher Paare wurde der Subsidiaritätsgrundsatz natürlich bereits durchbrochen (§ 2 Abs 2 Z 3 FMedG), weil diese immer auf eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung angewiesen sind: *Bernat*, JAP 2015/2016, 45 (48).

FMedG grundsätzlich nur Paaren mit entsprechenden gesundheitlichen Problemen bei der Fortpflanzung öffnet.²⁰³⁸ Wenn kein Partner vorhanden ist, wird durch die Verwendung von Spendersamen jedoch der Partner ersetzt und nicht nur dessen Zeugungsfähigkeit.²⁰³⁹ Eine Aufhebung des § 2 Abs 1 FMedG würde jedenfalls den Wegfall des Subsidiaritätsgrundsatzes nach sich ziehen, weil eine Einschränkung auf Fälle der Zeugungsunfähigkeit oder sonstigen Unfruchtbarkeit dann wohl eine verfassungswidrige Diskriminierung heterosexueller Paare gegenüber alleinstehenden und lesbischen Frauen wäre.²⁰⁴⁰

Zweitens wäre das Verbot der Leihmutterschaft durch die fortpflanzungsmedizinische Behandlung einer alleinstehenden Frau leichter zu umgehen.²⁰⁴¹ Allerdings reicht die Gefahr eines Missbrauchs zur Verschleierung verbotener Leihmutterschaftsvereinbarungen alleine nicht aus, um ein Verbot der medizinisch unterstützten Fortpflanzung für alle alleinstehenden Frauen zu rechtfertigen.²⁰⁴²

Diese Gründe könnte man unter „Schutz der Gesundheit und der Moral“ iSd Art 8 Abs 2 EMRK subsumieren.²⁰⁴³ Auch das Wohl des künftigen Kindes fällt eher in diese Kategorie, da es um die Fortpflanzung und damit noch um potentielle, nicht gezeugte Kinder geht, deren Interessen noch nicht als „Rechte und Freiheiten anderer“ verstanden werden können.²⁰⁴⁴ Die Annahme, dass die Gesellschaft eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung alleinstehender Personen überwiegend ablehne,²⁰⁴⁵ ist jedenfalls kein legitimes Ziel iSd Art 8 Abs 2 EMRK, denn selbst wenn diese Einschätzung erwiesen wäre,²⁰⁴⁶ könnte sie nicht allein eine Regelung zum „Schutz der Moral“ rechtfertigen.²⁰⁴⁷

Wenn man die Beweggründe des Gesetzgebers als legitime Ziele iSd Art 8 Abs 2 EMRK anerkennt,²⁰⁴⁸ stellt sich noch die Frage nach der Notwendigkeit der Maßnahme in einer

²⁰³⁸ AB 490 BlgNR 18. GP 2; ErläutRV 216 BlgNR 18. GP 13.

²⁰³⁹ *Bernat in Bernat*, Lebensbeginn 125 (146); *derselbe*, Rechtsfragen 177.

²⁰⁴⁰ Die Bioethikkommission befürwortet jedoch eine Beibehaltung des Subsidiaritätsprinzips: Bioethikkommission, Stellungnahme vom 28. 11. 2014, 2 f.

²⁰⁴¹ AB 490 BlgNR 18. GP 2.

²⁰⁴² Bioethikkommission, Stellungnahme vom 2. 7. 2012, 33; zur Relevanz von Missbrauchsgefahren auch *Novak in Bernat*, Reproduktionsmedizin 62 (71).

²⁰⁴³ Vgl jedoch *Bernat in Bernat*, Fortpflanzungsmedizin 65 (80 f), der davon ausgeht, dass keine legitimen Ziele iSd Art 8 Abs 2 EMRK bestehen.

²⁰⁴⁴ *Czech*, Fortpflanzungsfreiheit 81 ff; *Bernat*, Rechtsfragen 177; aA wohl VfGH G 91/98, G 116/98 VfSlg 15.632.

²⁰⁴⁵ ErläutRV 216 BlgNR 18. GP 13.

²⁰⁴⁶ *Peuckert*, Familienformen⁸ 363 zufolge haben die gesellschaftlichen Vorurteile gegenüber Alleinerziehenden abgenommen, doch die Vorstellung, ein Kind brauche zum glücklichen Aufwachsen Vater und Mutter, dürfte noch sehr weit verbreitet sein.

²⁰⁴⁷ *Bernat in Bernat*, Fortpflanzungsmedizin 65 (80 f).

²⁰⁴⁸ Dies verneint *Bernat in Bernat*, Fortpflanzungsmedizin 65 (80 f).

demokratischen Gesellschaft. Konkret ist insb zu prüfen, ob es der Förderung des Wohls zukünftiger Kinder dient, alleinstehende Frauen an der Fortpflanzung zu hindern. Ein Kind mit nur einem Elternteil ist rechtlich jedenfalls schlechter gestellt als ein Kind mit zwei Elternteilen, zB im Unterhalts- und Erbrecht.²⁰⁴⁹ Darüber hinaus hat das Kind nur eine „garantierte“ Bezugsperson,²⁰⁵⁰ zu der ein abgesichertes familienrechtliches Verhältnis mit umfassenden Rechten und Pflichten besteht. Aus zahlreichen Regeln des Abstammungsrechts lässt sich der Grundsatz ableiten, dass die Elternschaft grundsätzlich zwei Personen zukommen soll.²⁰⁵¹

Empirische Studien legen jedoch nahe, dass die psychosoziale Entwicklung des Kindes nicht zwangsläufig beeinträchtigt ist, wenn es mit einem alleinerziehenden Elternteil aufwächst.²⁰⁵² Entscheidend ist nach Ansicht der Bioethikkommission nur die Qualität der familiären Beziehungen, nicht ihre Struktur.²⁰⁵³ Häufig findet sich auch das Argument, dass eine Prognose über das künftige Kindeswohl nicht dazu geeignet ist, die Zeugung eines Kindes zu verbieten.²⁰⁵⁴ Das Leben alleinerziehender Eltern ist nachweislich mit höheren Belastungen und größeren Problemen bei der Vereinbarkeit von Beruf und Familie verbunden, da die Organisation des Familienalltags, die Erziehung und die Haushaltsarbeit einer einzigen Person zukommen.²⁰⁵⁵ Allerdings fällt die Entscheidung über die Wahl der Lebens- und Familienform in die Privatsphäre jedes Einzelnen, der sich gegen staatliche Zugangsbeschränkungen durch Berufung auf sein Grundrecht – in diesem Fall auf Art 8 EMRK – wehren kann.²⁰⁵⁶ Somit kann dieses Argument nicht zur Rechtfertigung einer Maßnahme herangezogen werden, die die Entscheidungsfreiheit des Einzelnen über seine Fortpflanzung einschränkt. Fraglich wäre auch, ob die Zahl der fortpflanzungsmedizinischen Behandlungen durch eine Öffnung für alleinstehende Personen stark ansteigen würde, da mit

²⁰⁴⁹ *Czech*, Fortpflanzungsfreiheit 272 f; *M. Steininger*, Reproduktionsmedizin Rz 4/86; *Bernat* in *Bernat*, Lebensbeginn 125 (147); *Posch*, Rechtsprobleme 65.

²⁰⁵⁰ Vgl *Eder-Rieder*, EF-Z 2016, 127.

²⁰⁵¹ *Gottschamel/Kratz-Lieber*, ÖJZ 2015, 917 (923); siehe auch *M. Steininger*, Reproduktionsmedizin Rz 4/86; zu den verfassungsrechtlichen Bedenken der Lehre, weil der Gesetzgeber die Möglichkeit vaterloser Kinder bereits zulässt, siehe S. 217 ff.

²⁰⁵² Bioethikkommission, Stellungnahme vom 16. 4. 2012, 2.2; Bioethikkommission, Stellungnahme vom 2. 7. 2012, 33; *Fahrenhorst*, EuGRZ 1988, 125 (130) mwN; *Czech*, Fortpflanzungsfreiheit 272 mwN.

²⁰⁵³ Bioethikkommission, Stellungnahme vom 16. 4. 2012, 2.2; Bioethikkommission, Stellungnahme vom 2. 7. 2012, 33.

²⁰⁵⁴ *Bernat* in *Bernat*, Fortpflanzungsmedizin 65 (79); Bioethikkommission, Stellungnahme vom 16. 4. 2012, 2.3; Bioethikkommission, Stellungnahme vom 2. 7. 2012, 33; gegen dieses Argument *Posch*, Rechtsprobleme 65 ff.

²⁰⁵⁵ *Peuckert*, Familienformen⁸ 359.

²⁰⁵⁶ Bioethikkommission, Stellungnahme vom 2. 7. 2012, 39; *Kopetzki*, Anm zu VfGH G 16/2013, G 44/2013, RdM 2014/77 (70).

solchen Behandlungen enorme finanzielle, physische und psychische Belastungen verbunden sind.²⁰⁵⁷

Auch ohne medizinisch unterstützte Fortpflanzung steigt die Zahl der alleinerziehenden Eltern weiterhin.²⁰⁵⁸ Die geplante alleinige Elternschaft eines Elternteils kann vom Gesetzgeber schon *de lege lata* nicht in allen Fällen ausgeschlossen werden: Faktisch könnte eine gesetzwidrige Insemination einer alleinstehenden Frau mit dem Samen eines Spenders nicht verhindert werden.²⁰⁵⁹ Da das Bestehen einer Lebensgemeinschaft und deren Auflösung aufgrund der unscharfen Definition oft nicht genau nachzuweisen sind, kann die Grenze zwischen einer alleinstehenden Frau – die sich uU in einer noch lockeren Beziehung befindet – und einer in Lebensgemeinschaft lebenden Frau verschwimmen.²⁰⁶⁰ Allerdings löst die überwiegende Lehre dieses Problem dadurch, dass sie jeden Mann zum Wunschvater erklärt, der einer medizinisch unterstützten Fortpflanzung zugestimmt hat.²⁰⁶¹

Auch nach Beendigung einer Ehe oder Lebensgemeinschaft durch Tod, Scheidung oder Trennung ist eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung aufgrund von § 2 Abs 1 FMedG nicht mehr zulässig.²⁰⁶² Für das Verbot der Insemination alleinstehender Frauen lässt sich daraus mE jedoch nichts gewinnen, weil das Kind zwar auch in diesen Fällen allein aufwächst, aber meist dennoch einen juristischen Vater hat: Da die Zustimmung des Ehemannes oder Lebensgefährten zur medizinisch unterstützten Fortpflanzung im Zweifel nicht mit dem Tod erlischt,²⁰⁶³ bleibt eine bestehende juristische Vaterschaft auf Basis dieser Zustimmung aufrecht. Die Vaterschaft des Lebensgefährten kann nach dessen Tod auch noch durch einen Antrag gem § 148 ABGB gegen dessen Rechtsnachfolger festgestellt werden

²⁰⁵⁷ Bioethikkommission, Stellungnahme vom 2. 7. 2012, 43.

²⁰⁵⁸ Im Jahr 2016 gab es in Österreich 240.000 alleinerziehende Mütter und 45.000 alleinerziehende Väter; im Jahr 1986 waren es noch 200.000 Familien alleinerziehender Mütter und 30.000 Familien alleinerziehender Väter. Dennoch bleibt die Paarbeziehung die häufigste Form des Zusammenlebens: Statistik Austria, Familien- und Haushaltsstatistik 2016: starke Zunahme der Ein-Personen-Haushalte, Pressemitteilung vom 23. 3. 2017, 11.499-059/17,

<http://www.statistik->

[austria.at/web_de/statistiken/menschen_und_gesellschaft/bevoelkerung/haushalte_familien_lebensformen/111815.html](http://www.statistik-austria.at/web_de/statistiken/menschen_und_gesellschaft/bevoelkerung/haushalte_familien_lebensformen/111815.html) (8. 3. 2018); vgl auch *Peuckert*, Familienformen⁸ 346 ff.

²⁰⁵⁹ *V. Steininger*, ÖJZ 1995, 121 (134).

²⁰⁶⁰ *Memmer*, JBl 1993, 297 (298 ff, 301 f).

²⁰⁶¹ *V. Steininger*, ÖJZ 1995, 121 (126 f); *Stefula* in *Klang*³ § 163 Rz 17; *Bernat* in *Schwimann/Kodek Ia*⁴ § 148 Rz 8; *Fischer-Czermak*, NZ 1999, 262 (266); *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB³ § 163 Rz 1b (Stand 1. 1. 2003, rdb.at); siehe S. 182 f.

²⁰⁶² *Barth*, Zur Zulässigkeit medizinisch unterstützter Fortpflanzung aus rechtlicher Sicht, in *Barth/Erlebach* (Hrsg), Handbuch des neuen Fortpflanzungsmedizinrechts (2015) 3 (11 f); zu den abstammungs- und erbrechtlichen Konsequenzen siehe *Fischer-Czermak*, NZ 1999, 262 (263 f, 266 f); *Memmer*, JBl 1992, 361; *V. Steininger*, ÖJZ 1995, 121 (127 f).

²⁰⁶³ *Fischer-Czermak*, NZ 1999, 262 (267); aA *Memmer*, JBl 1992, 361 (369).

(§ 142 ABGB). Voraussetzung ist nur, dass die Befruchtung innerhalb des Zeitraums stattfindet, für den die Zustimmung erteilt wurde (§ 8 Abs 3 Z 4 FMedG).²⁰⁶⁴

Gegen das Verbot der Fortpflanzung ohne Partner könnte auch sprechen, dass eine Einzeladoption ohne weiteres zulässig ist (§ 191 Abs 1 ABGB).²⁰⁶⁵ Diese muss zwar gerichtlich bewilligt werden (§ 194 ABGB), ist aber anders als die Fortpflanzung nicht *per se* verboten. Auf der Ebene einer grundrechtlichen Abwägung scheitert dieses Argument jedoch daran, dass der EGMR aus Art 8 EMRK kein Recht auf Adoption ableitet.²⁰⁶⁶

Entscheidende Bedeutung kommt hier der Frage zu, wie weit der Ermessensspielraum der Mitgliedstaaten bezüglich der medizinisch unterstützten Fortpflanzung alleinstehender Frauen ist. Grundsätzlich ist der Spielraum eng, wenn es um besonders wichtige Aspekte der Existenz oder Identität einer Person geht,²⁰⁶⁷ wozu auch die eigene Fortpflanzung zählt. Allerdings erweitert sich der Ermessensspielraum des Gesetzgebers, wenn es sich um eine ethisch und moralisch sensible Wertungsfrage handelt,²⁰⁶⁸ wovon man aufgrund der kontroversen Diskussion dieser Frage mE ebenfalls ausgehen kann.²⁰⁶⁹ Schließlich spielt für die Weite des Ermessensspielraums das Vorliegen eines europäischen Konsenses in dieser Frage eine große Rolle.²⁰⁷⁰ Da insgesamt wenige europäische Staaten alleinstehenden Frauen die Nutzung der Fortpflanzungsmedizin ausdrücklich verbieten,²⁰⁷¹ scheint sich ein Trend zur Erlaubnis der medizinisch unterstützten Fortpflanzung außerhalb einer aufrechten Paarbeziehung abzuzeichnen,²⁰⁷² der den Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers zumindest in Zukunft wohl verengen wird.²⁰⁷³ Die Rsp des EGMR zur Frage, wie viele Mitgliedstaaten einheitliche Regelungen treffen müssen, um von einem europäischen Konsens sprechen zu können, ist

²⁰⁶⁴ Vgl zur früheren Rechtslage *Fischer-Czermak*, NZ 1999, 262 (267).

²⁰⁶⁵ *Bernat*, Rechtsfragen 177 f; vgl die Argumentation des OGH 3 Ob 224/12f RdM 2013/75 (*Bernat*) = iFamZ 2013/34 (*Pesendorfer*) = Zak 2013/39.

²⁰⁶⁶ *Fahrenhorst*, EuGRZ 1988, 125 (130); *Krauskopf-Mayerhöfer*, (K)ein Recht auf Adoption? iFamZ 2014, 156 (157 f) mwN; EGMR U 26. 2. 2002, *Fretté*, Nr. 36515/97 Z 32 mwN.

²⁰⁶⁷ *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 18 Rz 21 mwN; EGMR U 26. 3. 1985, *X u. Y gegen Niederlande*, Nr. 8978/80 Z 27 EuGRZ 1985, 297; EGMR U 29. 4. 2002, *Pretty*, Nr. 2346/02 Z 71; EGMR U 10. 4. 2007, *Evans*, Nr. 6339/05 (Große Kammer) Z 77.

²⁰⁶⁸ EGMR U 10. 4. 2007, *Evans*, Nr. 6339/05 (Große Kammer) Z 81; EGMR U 22. 4. 1997, *X, Y u. Z gegen Großbritannien*, Nr. 21830/93 (Große Kammer) Z 44.

²⁰⁶⁹ So auch *Czech*, Fortpflanzungsfreiheit 272, der hinzufügt, dass anders als bei gleichgeschlechtlichen Paaren keine Diskriminierung nach der sexuellen Orientierung vorliegt, die den Ermessensspielraum verengt.

²⁰⁷⁰ *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 18 Rz 21 mwN.

²⁰⁷¹ Vgl *Erlebach*, iFamZ 2015, 10 (11): Vier von zwölf untersuchten Staaten, also ein Drittel, verbieten die Samenspende für alleinstehende Frauen; in allen anderen Staaten ist sie erlaubt oder nicht ausdrücklich verboten.

²⁰⁷² *Henrich* in *Dutta/Schwab/Henrich/Gottwald/Löhnig*, Künstliche Fortpflanzung 371 (372 f).

²⁰⁷³ *AA Czech*, Fortpflanzungsfreiheit 271, der nicht von einem europäischen Konsens ausgeht.

allerdings uneinheitlich.²⁰⁷⁴ Ebenso unklar ist das Verhältnis zwischen den einzelnen Kriterien für die Weite des Beurteilungsspielraums.²⁰⁷⁵ Ob der EGMR das Verbot der medizinisch unterstützten Fortpflanzung an alleinstehenden Frauen derzeit als Verstoß gegen Art 8 EMRK qualifizieren würde, ist daher schwer vorherzusagen.²⁰⁷⁶

B. Diskriminierung alleinstehender Frauen?

Zuletzt ist noch zu überlegen, ob § 2 Abs 1 FMedG alleinstehende Frauen gegenüber Personen in Paarbeziehungen – dh Ehegatten, eingetragenen Partnern oder Lebensgefährten – diskriminiert. Da Art 8 EMRK anwendbar ist,²⁰⁷⁷ hat die Gewährung dieses Grundrechts gem Art 14 EMRK frei von Diskriminierungen zu erfolgen. Eine Ungleichbehandlung von Sachverhalten, die in den wesentlichen Aspekten gleich sind, kann ohne sachliche Rechtfertigung auch gleichheitswidrig iSd Art 7 B-VG sein. Im Vordergrund steht daher zunächst die Frage, ob sich alleinstehende Frauen und Paare überhaupt in einer vergleichbaren Situation befinden. Dabei handelt es sich um eine schwierige Wertungsfrage.²⁰⁷⁸

Einerseits hat eine Paarbeziehung für sich, dass zwei Personen die Entscheidung treffen, ein Kind in die Welt zu setzen. Dass somit auch zwei Personen für dieses Kind verantwortlich gemacht werden können, ist mE ein sachliches Argument für die Bevorzugung einer Paarbeziehung. Ein von vornherein vaterloses Kind hat nur einen unterhaltspflichtigen Elternteil, weniger erbrechtliche Ansprüche und einen Elternteil weniger, der zu Kontakt und Beistand verpflichtet ist.²⁰⁷⁹ Verfassungsrechtlich gestützt wird dieses Argument durch Art 2 BVG Kinderrechte und Art 7 UN-KRK, wonach die Kenntnis beider Eltern und die Betreuung durch diese zu den Rechten des Kindes zählen. Andererseits ist allgemein bekannt, dass auch eine intakte Paarbeziehung nicht garantieren kann, dass ein Kind immer von beiden Eltern betreut werden wird.²⁰⁸⁰ Darüber hinaus hat auch das Kind einer alleinstehenden Frau

²⁰⁷⁴ Pöschl, Anm zu EGMR U 3. 11. 2011, *S.H. ua gegen Österreich*, Nr. 57813/2000 (Große Kammer), RdM 2012/53 (73 f).

²⁰⁷⁵ Bioethikkommission, Stellungnahme vom 2. 7. 2012, 23.

²⁰⁷⁶ Vgl Czech, Fortpflanzungsfreiheit 273.

²⁰⁷⁷ Siehe S. 228 f.

²⁰⁷⁸ Öhlinger/Nowak in BM für Familie, Jugend und Konsumentenschutz, Enquete 31 (35); Posch, Rechtsprobleme 67.

²⁰⁷⁹ Siehe schon S. 230 ff; Czech, Fortpflanzungsfreiheit 272 f; M. Steininger, Reproduktionsmedizin Rz 4/86; Bernat in Bernat, Lebensbeginn 125 (147); Posch, Rechtsprobleme 65.

²⁰⁸⁰ Dass Beziehungen zerbrechen, ist allgemein bekannt; beispielsweise lag die Gesamtscheidungsrate in Österreich im Jahr 2016 bei 40,5 %. 2016 waren 18.212 Kinder von einer Scheidung ihrer Eltern betroffen: Statistik Austria, Ehescheidungen, http://www.statistik-austria.at/web_de/statistiken/menschen_und_gesellschaft/bevoelkerung/ehescheidungen/index.html (8. 3. 2018).

einen Auskunftsanspruch gem § 20 Abs 2 FMedG über die Identität seines genetischen Vaters, womit zumindest dem Recht auf Kenntnis beider Eltern Rechnung getragen wird.

ME reichen die tatsächlichen Unterschiede zwischen einer Fortpflanzung als Paar und einer Fortpflanzung als alleinstehende Frau aus, um von nicht im Wesentlichen vergleichbaren Situationen auszugehen, und zwar sowohl bezüglich der Entscheidung für ein Kind als auch bezüglich der familiären Situation und des Wohls des Kindes nach seiner Geburt.²⁰⁸¹ Auch wenn man die Vergleichbarkeit bejaht, ist eine Differenzierung zwischen diesen beiden Personengruppen mE noch nicht unsachlich,²⁰⁸² da sie auf Unterschieden im Tatsächlichen beruht. Im Sinne des Differenzierungsgebotes, Ungleiches ungleich zu behandeln,²⁰⁸³ ist das Verbot der medizinisch unterstützten Fortpflanzung für Alleinstehende jedoch umgekehrt auch nicht verfassungsrechtlich geboten.²⁰⁸⁴

Eine erneute Verfassungswidrigkeit von § 2 Abs 1 FMedG lässt sich mE daher nicht mit einer Diskriminierung gem Art 14 iVm Art 8 EMRK oder einem Verstoß gegen den Gleichheitssatz begründen. Welchen Weg die Höchstgerichte gehen werden, bleibt mit Spannung abzuwarten.

²⁰⁸¹ So auch *Czech*, Fortpflanzungsfreiheit 271; vgl auch S. 176 f, 215 f zur Vermeidung der juristischen Vaterlosigkeit des Kindes.

²⁰⁸² So auch *Öhlinger/Nowak* in BM für Familie, Jugend und Konsumentenschutz, Enquete 31 (35).

²⁰⁸³ Siehe S. 46.

²⁰⁸⁴ *Öhlinger/Nowak* in BM für Familie, Jugend und Konsumentenschutz, Enquete 31 (35).

Zusammenfassung

Im Rahmen dieser Arbeit wurden ausgewählte Fragen behandelt, die sich mit Konflikten beim Auseinanderfallen von leiblicher und rechtlicher Elternschaft befassen. Im Vordergrund standen dabei einerseits die Prüfung der geltenden Rechtslage auf ihre Vereinbarkeit mit den Grundrechten und andererseits die Beantwortung offener zivilrechtlicher Fragen. Obwohl die rechtliche Elternschaft nicht zwangsläufig auf der genetischen Verwandtschaft zwischen Elternteil und Kind beruht, ist die leibliche Abstammung nach wie vor der „Fluchtpunkt“ des Abstammungsrechts:²⁰⁸⁵ Als Eltern im Rechtssinn sollen in erster Linie die Personen gelten, von denen ein Kind genetisch abstammt. Insbesondere durch die Methoden der modernen Fortpflanzungsmedizin entstehen jedoch immer mehr Situationen, in denen ein Auseinanderfallen dieser beiden Konzepte von Elternschaft in Kauf genommen wird.

Die meisten durch das Auseinanderfallen von rechtlicher und leiblicher Elternschaft entstehenden Probleme lassen sich in drei Kategorien einteilen: Die erste Kategorie ist die Frage nach einer möglichen Lösung eines Eltern-Kind-Verhältnisses zwischen Personen, die genetisch nicht miteinander verwandt sind.²⁰⁸⁶ Zur zweiten Kategorie gehören jene Fälle, in denen zu klären ist, ob der genetischen Abstammung auch rechtlich Gewicht verliehen werden soll.²⁰⁸⁷ Dass das Kind in vielen der behandelten Fallkonstellationen einen leiblichen Elternteil nicht kennt, läuft auf die Probleme der dritten Kategorie hinaus, nämlich ob das Kind ein Recht darauf hat, zu erfahren, wer sein leiblicher Elternteil ist, und/oder Kontakt zu dieser Person zu haben.²⁰⁸⁸ Gelegentlich spielt auch eine Rolle, welche Rechte bzw welchen Einfluss andere Angehörige auf ein Abstammungsverhältnis haben sollen, von dem sie nicht direkt betroffen sind.²⁰⁸⁹

Im Einzelnen führte die Beurteilung der ausgewählten Fragen zu folgenden Ergebnissen:

Die fehlende Möglichkeit des leiblichen Vaters, seine Vaterschaft gegen eine bestehende rechtliche Vaterschaft durchzusetzen,²⁰⁹⁰ verletzt Art 8 EMRK in jenen Fällen, in denen der rechtliche Vater nicht tatsächlich in einem Naheverhältnis zum Kind steht und stattdessen

²⁰⁸⁵ Wendehorst in *Arnold/Bernat/Kopetzki*, Recht der Fortpflanzungsmedizin 103 (104); vgl *Pierer* in *Deixler-Hübner*, Handbuch 215 (226 f); ErläutRV 6 BlgNR 12. GP 12.

²⁰⁸⁶ Siehe insb S. 52 ff, 85 ff, 91 ff, 96 ff, 150 ff, 158 ff, 174 ff, 201 ff, 203 ff.

²⁰⁸⁷ Siehe insb S. 52 ff, 106 ff, 150 ff, 158 ff, 203 ff, 212 ff, 217 ff.

²⁰⁸⁸ Siehe S. 64 ff, 114 ff, 133 ff, 211 ff, 221 ff.

²⁰⁸⁹ Siehe S. 72 ff, 102 ff.

²⁰⁹⁰ 2. Kapitel I.A.1., S. 52 ff.

eine solche Eltern-Kind-Beziehung zum leiblichen Vater vorhanden ist. Eine Verletzung von Art 6 EMRK wurde hingegen verneint.²⁰⁹¹

§ 188 Abs 2 ABGB trägt dem Grundrecht des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters auf Umgang mit dem Kind gem Art 8 EMRK ausreichend Rechnung.²⁰⁹² Eine Inzidentfeststellung der Vaterschaft ist im Kontaktrechtsverfahren unumgänglich; aus Art 8 EMRK folgt jedoch kein Anspruch auf isolierte Klärung der Abstammung.²⁰⁹³

Die Bezeichnung des Vaters durch die Mutter gem § 147 Abs 2 ABGB ist unverhältnismäßig und verletzt Art 8 EMRK, weil das verfolgte legitime Ziel schon durch ein Widerspruchsrecht erreicht werden könnte.²⁰⁹⁴ Aus diesem Grund erübrigt sich auch die Frage nach einem eigenen Recht der Mutter, eine bestehende Vaterschaft anzufechten.

Die Voraussetzung der Einsichts- und Urteilsfähigkeit der Mutter für den Widerspruch gegen ein Anerkenntnis verletzt das Recht auf Zugang zu einem Gericht gem Art 6 EMRK.²⁰⁹⁵ Darüber hinaus ist die Regelung als Diskriminierung behinderter Personen gem Art 7 Abs 1 3. Satz B-VG gleichheitswidrig und verletzt sowohl Art 8 EMRK für sich genommen als auch Art 14 iVm Art 8 EMRK.²⁰⁹⁶

Die 30-jährige Frist für den Antrag des Ehemannes auf Feststellung der Nichtabstammung des Kindes von ihm (§ 153 Abs 3 ABGB) ist mit Art 6 EMRK vereinbar,²⁰⁹⁷ aber verstößt gegen das Gleichheitsgebot und diskriminiert den Ehemann gegenüber dem Kind gem Art 14 iVm Art 8 EMRK.²⁰⁹⁸

Umgekehrt liegt eine Verletzung von Art 8 EMRK²⁰⁹⁹ und eine Diskriminierung aufgrund der Geburt gem Art 14 iVm Art 8 EMRK²¹⁰⁰ auf der Seite des Kindes vor, das nicht in der Lage ist, nach Ablauf der kenntnisunabhängigen Widerspruchsfrist (§ 146 Abs 2 ABGB) die Unwirksamklärung eines falschen Anerkenntnisses zu beantragen.

Das Rechtsinstitut des Anerkenntnisses steht nicht im Widerspruch zu Art 8 EMRK, weil es durch das praktische Bedürfnis unverheirateter Paare mit Kindern nach einer unkomplizierten

²⁰⁹¹ 2. Kapitel I.A.1.f., S. 63.

²⁰⁹² 2. Kapitel I.A.2., S. 64 ff.

²⁰⁹³ Siehe S. 71.

²⁰⁹⁴ 2. Kapitel I.B.1., S. 72 ff.

²⁰⁹⁵ 2. Kapitel I.B.2.c., S. 79 ff.

²⁰⁹⁶ 2. Kapitel I.B.2.d., e., S. 81 ff, 84 ff.

²⁰⁹⁷ 2. Kapitel I.C.1., S. 86 ff.

²⁰⁹⁸ 2. Kapitel I.C.2., 3., S. 87 ff, 89 ff.

²⁰⁹⁹ 2. Kapitel I.D.1., S. 92 ff.

²¹⁰⁰ 2. Kapitel I.D.2., S. 95 ff.

Begründung der rechtlichen Vaterschaft gerechtfertigt ist.²¹⁰¹ Dass die Möglichkeit der Feststellung der Nichtabstammung eines Enkels von seinen Großeltern nicht mehr besteht, verletzt die Grundrechte der Großeltern gem Art 8 und Art 6 EMRK.²¹⁰² Ein Recht auf Kenntnis der eigenen Enkelkinder wird aus Art 8 EMRK nicht abgeleitet.²¹⁰³

Eine Inzidentfeststellung der Vaterschaft außerhalb des Abstammungsverfahrens ist zivilrechtlich zulässig; hier ist mE der neueren Meinung zu folgen.²¹⁰⁴ Auch verfassungsrechtlich ist den Ausführungen des OGH zuzustimmen und bei Ablehnung der Inzidentfeststellung eine Verletzung von Art 6 EMRK zu bejahen.²¹⁰⁵

Ein Eingriff in das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung durch das Schweigerecht der Mutter (§ 149 Abs 1 ABGB) ist zu bejahen, weil dadurch kein angemessener Ausgleich der widerstreitenden Interessen von Mutter und Kind erzielt wird.²¹⁰⁶ Dagegen ist das Recht des Scheinvaters auf effektiven Rechtsschutz hier mE nicht berührt.²¹⁰⁷

Der Erlass des BMJ über Babynester und die anonyme Geburt ist verfassungswidrig. Darüber hinaus steht eine anonyme Geburt mit den positiven Gewährleistungspflichten aus Art 8 EMRK nicht in Einklang, weil der Schutz der Privatsphäre der Mutter mit gelinderen Mitteln erreicht werden kann,²¹⁰⁸ zB durch eine vertrauliche Geburt unter Berücksichtigung des Datenschutzrechts der Mutter.²¹⁰⁹ Dagegen kann die Einrichtung von Babynestern gerechtfertigt sein, weil zu vermuten ist, dass diese das Recht des Kindes auf Leben (Art 2 EMRK) effektiv schützen.²¹¹⁰

Daran, dass die rechtliche Abstammung auch nach einer anonymen Geburt gem § 143 ABGB beurteilt wird, ist aus grundrechtlicher Sicht nichts auszusetzen.²¹¹¹ Die nachträgliche Klärung der Mutterschaft im Zuge der Berichtigung der Geburtsurkunde ist aus verfassungsrechtlicher Sicht ebenfalls nicht problematisch, weil es sich bei Verwaltungsgerichten um Tribunale iSd Art 6 Abs 1 EMRK handelt.²¹¹² Da jedoch eine bürgerliche Rechtssache iSd § 1 JN vorliegt,

²¹⁰¹ 2. Kapitel I.E.1., S. 97 ff.

²¹⁰² 2. Kapitel I.E.2., S. 102 ff.

²¹⁰³ 2. Kapitel I.E.2.c., S. 106.

²¹⁰⁴ 2. Kapitel I.F.1., S. 106 ff.

²¹⁰⁵ 2. Kapitel I.F.2., S. 111 ff.

²¹⁰⁶ 2. Kapitel II.A., S. 114 ff; siehe insb S. 128 f.

²¹⁰⁷ Siehe S. 127 f.

²¹⁰⁸ 2. Kapitel II.B., S. 129 ff; siehe insb S. 148.

²¹⁰⁹ 2. Kapitel II.B.5., S. 148 ff.

²¹¹⁰ Siehe S. 148.

²¹¹¹ 2. Kapitel II.B.6.a., S. 150 ff; vgl jedoch 3. Kapitel III, S. 199 ff.

²¹¹² 2. Kapitel II.B.6.b., S. 153 ff.

sind dennoch die ordentlichen Gerichte zur Entscheidung darüber berufen.²¹¹³ Schließlich wurde festgestellt, dass Art 8 EMRK und der Gleichheitssatz verletzt sind, wenn die Mutter Willensmängel bei ihrer Zustimmung zur anonymen Geburt nicht geltend machen kann; eine verfassungskonforme Interpretation des Aufhebungsgrundes ist jedoch möglich.²¹¹⁴ Auch die fehlende Möglichkeit des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters zur Verhinderung der Adoption verletzt Art 6 und Art 8 EMRK, wobei auch hier mE eine verfassungskonforme Interpretation vertretbar ist.²¹¹⁵

Im Einklang mit der Rsp ist aus Art 8 EMRK ein Recht auf Fortpflanzung mit oder ohne medizinische Unterstützung abzuleiten. Das Recht auf Fortpflanzung iSd Art 12 EMRK gilt aufgrund einer dynamischen Interpretation der EMRK auch für unverheiratete Personen.²¹¹⁶

Eine mangelhafte Zustimmung des Ehemannes zu einer heterologen Methode der medizinisch unterstützten Fortpflanzung macht in manchen Fällen auch seine Abstammungsbeziehung zum Kind angreifbar. Im Ergebnis kann der Wunschwater bei Willensmängeln seiner Zustimmung einen Antrag auf Feststellung der Nichtabstammung stellen, Formmängel sind dagegen unbeachtlich.²¹¹⁷ Diese Argumentation lässt sich auch auf den Lebensgefährten und die Co-Mutter übertragen.²¹¹⁸

Zum Schutz des Kindes ist jeder Mann als Lebensgefährte zu betrachten, der eine Zustimmung iSd § 8 FMedG abgibt.²¹¹⁹ Die Notariatsaktpflicht für Lebensgefährten bei der Zustimmung zur homologen medizinisch unterstützten Fortpflanzung (§ 8 Abs 1 FMedG) ist nicht mit dem Gleichheitssatz vereinbar.²¹²⁰ Dass Lebensgefährtinnen immer von der Formvorschrift betroffen sind, ist dagegen durch die Tatsache gerechtfertigt, dass diese jedenfalls eine heterologe Behandlung in Anspruch nehmen.²¹²¹

Die Voraussetzung der medizinisch unterstützten Fortpflanzung für die Elternschaft der eingetragenen Partnerin oder Lebensgefährtin der Mutter ist mE keine Diskriminierung gem Art 14 iVm Art 8 EMRK.²¹²²

²¹¹³ Siehe S. 155 ff.

²¹¹⁴ 2. Kapitel II.B.7.a., S. 158 ff.

²¹¹⁵ 2. Kapitel II.B.7.b., S. 163 ff.

²¹¹⁶ 3. Kapitel I.B., S. 171 ff.

²¹¹⁷ 3. Kapitel II.A.1., S. 175 ff.

²¹¹⁸ 3. Kapitel II.A.2.b., S. 183 f; 3. Kapitel II.A.3., S. 187.

²¹¹⁹ 3. Kapitel II.A.2.a., S. 182 f.

²¹²⁰ 3. Kapitel II.A.2.c., S. 184 ff.

²¹²¹ 3. Kapitel II.A.3., S. 187.

²¹²² 3. Kapitel II.B., S. 187 ff; aA *Gottschamel/Kratz-Lieber*, ÖJZ 2015, 917; *dieselben*, iFamZ 2017, 9; *Bernat*, EF-Z 2015, 60 (61).

Dass ein durch medizinisch unterstützte Fortpflanzung gezeugtes Kind abstammungsrechtlich an seinen nicht leiblichen Elternteil gebunden bleibt, steht noch im Einklang mit Art 8 EMRK, weil der Wunschvater oder andere Elternteil besonders schutzwürdig ist und auch der Ermessensspielraum des Gesetzgebers hier weit sein muss.²¹²³

Dass § 143 ABGB jegliche Änderung der Mutterschaft ausschließt, lässt sich im Grundsatz und in den meisten Fällen rechtfertigen.²¹²⁴ Nur auf Antrag des Kindes müsste mE in einem stark eingeschränkten Anwendungsbereich ein „Müttertausch“ erlaubt sein, da sonst eine Verletzung von Art 8 EMRK gegeben wäre.²¹²⁵

Im Zusammenhang mit der Rechtsposition der Spender von Keimzellen verstoßen §§ 148 Abs 4, 143 ABGB mE weder gegen Art 8 EMRK noch gegen den Gleichheitssatz, weil das Interesse eines Spenders, nicht als Elternteil behandelt zu werden, und das öffentliche Interesse an Keimzellenspenden einen Eingriff in das Grundrecht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung rechtfertigen.²¹²⁶

§ 20 Abs 2 FMedG greift schon deswegen nicht in das Datenschutzrecht des Keimzellenspenders ein, weil dieser der Erteilung von Auskünften zugestimmt hat. Auch bei mangelhafter Zustimmung ist der Eingriff mE gerechtfertigt.²¹²⁷ Darüber hinaus liegt auch keine Verletzung des Art 8 EMRK vor, weil der Keimzellenspender nur eine einmalige Kontaktaufnahme durch das Kind dulden muss.²¹²⁸ Die rechtlichen Eltern sind mE nicht verpflichtet, das Kind über die Art seiner Zeugung aufzuklären.²¹²⁹

Der europäische Trend zur Erlaubnis der medizinisch unterstützten Fortpflanzung für alleinstehende Frauen verengt den Beurteilungsspielraum der Mitgliedstaaten, sodass eine Verletzung von Art 8 EMRK wahrscheinlich ist.²¹³⁰ Eine Diskriminierung alleinstehender Frauen gegenüber Paaren aufgrund des Gleichheitssatzes oder Art 14 iVm Art 8 EMRK liegt hingegen mE nicht vor.²¹³¹

²¹²³ 3. Kapitel II.C., S. 196 ff.

²¹²⁴ 3. Kapitel III., S. 199 ff.

²¹²⁵ 3. Kapitel III.D., S. 205 ff; so bereits *Wendehorst* in *Arnold/Bernat/Kopetzki*, *Recht der Fortpflanzungsmedizin* 103 (116).

²¹²⁶ 3. Kapitel IV.C., D., S. 212 ff, 217 ff.

²¹²⁷ 3. Kapitel IV.E., S. 219 ff.

²¹²⁸ 3. Kapitel IV.F., S. 221 ff.

²¹²⁹ 3. Kapitel IV.G., S. 224 ff.

²¹³⁰ 3. Kapitel V.1., S. 228 ff.

²¹³¹ 3. Kapitel V.2., S. 234 ff.

Wie sich gezeigt hat, sind einige Regelungen des Abstammungsrechts trotz der verstärkten Aktivität des VfGH und des EGMR im Bereich des Familienrechts verfassungswidrig. Hervorzuheben ist trotzdem, dass der Gesetzgeber auch in kontroversen Fragen zT schwierige Interessenabwägungen getroffen hat, an denen aus grundrechtlicher Perspektive nichts auszusetzen ist. Über die Ergebnisse der einzelnen Kapitel hinaus ergeben sich aus dieser Arbeit nähere Anhaltspunkte, um Inhalt und Grenzen der geprüften Grundrechte im Hinblick auf das Abstammungs- und Fortpflanzungsmedizinrecht besser zu verstehen.

Das vom OGH erwähnte Recht auf Feststellung der „wahren“ Vaterschaft²¹³² lässt sich mE tatsächlich aus Art 8 EMRK ableiten. Darüber hinaus besteht allgemein ein Recht auf Änderung unrichtiger Abstammungsverhältnisse, denn die Achtung des Privatlebens erfordert idR auch, eine genetisch nicht bestehende Abstammungsbeziehung auflösen zu können. So sollte das Kind aus grundrechtlicher Perspektive nicht nur die Möglichkeit haben, einen „Vätertausch“ zu beantragen, sondern in bestimmten Fällen auch einen „Müttertausch“ verlangen können und ein falsches Anerkenntnis für rechtsunwirksam erklären lassen können. In diese Kategorie fallen auch das Recht des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters, unter gewissen Voraussetzungen einen „Vätertausch“ beantragen zu können, und die Verfassungswidrigkeit des § 153 Abs 3 ABGB. Die Feststellung, dass aus Art 8 EMRK ein bestimmtes Recht abzuleiten ist, läuft aber niemals auf dessen schrankenlose Gewährleistung hinaus. Daher ist die Abgabe eines Anerkenntnisses zulässig, auch wenn dieses missbräuchlich abgegeben werden kann. Auch die durch Zustimmung übernommene Vaterschaft des Wunschvaters kann das Kind mE nicht beseitigen, obwohl sie nicht mit der genetischen Verwandtschaft übereinstimmt.

Mitwirkungsrechte anderer mittelbar betroffener Personen an der Begründung und Auflösung von Abstammungsverhältnissen sind teilweise verfassungsrechtlich geboten, dürfen aber den Vorrang des Kindes und des jeweiligen Elternteils zur Entscheidung für oder gegen eine Änderung der bestehenden Situation nicht außer Acht lassen. Daher ist ein „Vetorecht“ der Mutter gegen das „durchbrechende“ Anerkenntnis des biologischen Vaters mE unverhältnismäßig. Auch die Feststellungsklage der Großeltern, die ihrem Schutz vor familienrechtlicher Inanspruchnahme dient, kann die Vaterschaft des Sohnes nicht beseitigen, sondern wirkt nur *inter partes*.

²¹³² OGH 2 Ob 322/00t JBl 2001, 712.

Im Rahmen dieser Arbeit konnte auch das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung näher beleuchtet werden. Daraus ergibt sich, dass der Staat einem Kind grundsätzlich nicht seine Herkunft vorenthalten darf und zur Gewährleistung der Herausgabe aller vorhandenen Informationen über die Identität der Eltern an das Kind verpflichtet ist. Dennoch besteht auch dieses Grundrecht nicht schrankenlos: Sowohl faktische Hindernisse als auch der Schutz der Grundrechte anderer können der Kenntnis der eigenen Herkunft manchmal eine Zeit lang, manchmal auch dauerhaft im Weg stehen. Obwohl das Schweigerecht der Mutter mE verfassungswidrig ist, weil es ihren Interessen vor jenen des Kindes einseitig den Vorrang einräumt, wäre auf der anderen Seite eine durchsetzbare Auskunftspflicht gegen sie ebenso verfassungsrechtlich bedenklich. Auch die anonyme Geburt steht mit Art 8 EMRK nur dann im Einklang, wenn sie als vertrauliche Geburt ausgestaltet wird, weil der Schutz der Privatsphäre der Mutter erreicht werden kann, ohne das Kind für immer in Unkenntnis seiner Abstammung zu lassen. Andere Grundrechte und legitime Ziele wie der Schutz des Lebens und die Verhinderung von Straftaten können das Recht auf Kenntnis der Abstammung ebenfalls einschränken, weswegen die Einrichtung von Babyklappen mE im Einklang mit den Grundrechten steht.

Zu beachten ist jedenfalls, dass häufig faktische Hindernisse Kindern die Kenntnis ihrer leiblichen Eltern unmöglich machen und der Gesetzgeber nichts daran ändern kann. Dort finden die positiven Gewährleistungspflichten ihre Grenze. An solchen faktischen Hindernissen einerseits und an einer Interessenabwägung zugunsten der Eltern andererseits scheitert auch eine Aufklärungspflicht der Eltern von Spenderkindern. Das Datenschutzrecht steht dem Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung mE nicht im Weg, gibt aber die Rahmenbedingungen für eine Verwendung der Daten der leiblichen Eltern vor.

Die Verfahrensgarantien des Art 6 Abs 1 EMRK sind im Zusammenhang mit Abstammungsfragen immer zu beachten, da jede Abstammungsfrage als „civil right“ zu beurteilen ist. Dadurch darf das materielle Recht jedoch nicht ausgeweitet werden, indem Wünsche an das Abstammungsrecht als Rechte iSd Art 6 Abs 1 EMRK verstanden und auf diesem Weg durchsetzbar gemacht werden, wie insb bei den Rechten des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters auf einen „Vätertausch“ deutlich wurde.

Für den Gleichheitssatz und das Diskriminierungsverbot des Art 14 EMRK ergibt sich aus einer Gesamtbetrachtung dieser Arbeit, dass Kindern und Eltern bei der Begründung, Änderung und Beseitigung von Abstammungsverhältnissen grundsätzlich gleiche Rahmenbedingungen zur Verfügung zu stellen sind, zB bezüglich der Fristen oder der

Aktivlegitimation. Eine gewisse Begünstigung des Kindes kann mE jedoch sachlich gerechtfertigt sein (zB beim „Väter- und Müttertausch“), weil das Kind nichts zu seiner Situation beigetragen hat und daher eher in der Lage sein sollte, eine gewünschte Änderung herbeizuführen. Ebenso kann eine Begünstigung gewachsener gegenüber genetischer Eltern-Kind-Beziehungen (zB des juristischen und sozialen Vaters gegenüber dem biologischen Vater) oder genetischer gegenüber nicht genetischer Beziehungen (zB des genetischen Vaters gegenüber der Co-Mutter) mE sachlich gerechtfertigt sein.

Im Rahmen dieser Arbeit hat sich gezeigt, wie groß der Einfluss der Grundrechte auf das Familienrecht geworden ist. Es hat sich aber auch angedeutet, wo die Grenzen einer verfassungsrechtlichen Überprüfung der Entscheidungen des Gesetzgebers auf dem Gebiet des Familienrechts liegen. Bei der Grundrechtsprüfung sind insb solche Regelungen schwierig zu rechtfertigen, die aus rein praktischen Erwägungen getroffen werden, auch wenn diese Regelungen allgemein als sachgerecht empfunden werden, wie zB das Anerkenntnis. Problematisch können die Ergebnisse einer grundrechtlichen Interessenabwägung auch dort sein, wo die Systematik eines ganzen Rechtsgebiets berührt und möglicherweise durchbrochen wird.²¹³³ Insbesondere die Feststellung der Verfassungswidrigkeit des § 144 Abs 2 ABGB würde das Prinzip der sozialen Abstammung quasi abschaffen. Da die Grundrechte nicht jede Entscheidung des Gesetzgebers vorherbestimmen können, liegt hier mE eine Grenze zwischen der Reichweite der Grundrechte und dem gesetzgeberischen Gestaltungsspielraum.

²¹³³ Vgl auch *Pöschl* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer*, Handbuch VII/1² § 14 Rz 50 zur Ordnungssystemjudikatur des VfGH.

Anhang

Literaturverzeichnis

Literatur

Aufsätze

Ahari, Die Abstammung eines Kindes bei Mehrverkehr mit eineiigen Zwillingen, *Zak* 2013, 127.

Aichinger, Zur Legalisierung der bloßen „Erzeugerschaft“ (Teil I), *EF-Z* 2009, 5.

G. Aigner, Durchführungserlass Babynest und anonyme Geburt, *RdM* 2001, 144.

Barth, Das Bundesverfassungsgesetz über die Rechte von Kindern. Partielle Umsetzung der Kinderrechte-Konvention auf bundesverfassungsrechtlicher Ebene, *iFamZ* 2011, 60.

Barth, Zur Zulässigkeit medizinisch unterstützter Fortpflanzung aus rechtlicher Sicht, in *Barth/Erlebach* (Hrsg), *Handbuch des neuen Fortpflanzungsmedizinrechts* (2015) 3.

Baumgartner, Institutsgarantien und institutionelle Garantien, in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer* (Hrsg), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa VII/1²* (2014) 227.

Beck, Der biologische Vater und sein Kind, *EF-Z* 2015, 210.

Beclin, Neuerungen im Obsorge- und Kontaktrecht, *iFamZ* 2013, 6.

Beeson/Jennings/Kramer, Offspring searching for their sperm donors: how family type shapes the process, *Human Reproduction* 2011, 2415.

Benke/Klausberger/Nausner/Tritremmel, Wie das Kindeswohl die Familie neu aufstellt. Gedanken aus Anlass zweier VfGH-Erkenntnisse zur Adoption, *iFamZ* 2015, 154.

Bernat, Zivilrechtliche Fragen um die künstliche Humanreproduktion, in *Bernat* (Hrsg), *Lebensbeginn durch Menschenhand* (1985) 125.

Bernat, Künstliche Zeugungshilfe – eine Herausforderung für den Gesetzgeber? *JBl* 1985, 720.

Bernat, Statusrechtliche Probleme im Gefolge medizinisch assistierter Zeugung, *MedR* 1986, 245.

Bernat, Das Recht der medizinisch assistierten Zeugung 1990 – eine vergleichende Bestandsaufnahme, in *Bernat* (Hrsg), *Fortpflanzungsmedizin. Wertung und Gesetzgebung* (1991) 65.

Bernat, Das Fortpflanzungsmedizingesetz – ein erster Tour d’Horizon, *JAP* 1992/1993, 38.

Bernat, Das Fortpflanzungsmedizingesetz: Neue Aufgaben für das Notariat, *NZ* 1992, 244.

Bernat, Die rechtliche Regelung von Fortpflanzungsmedizin und Embryonenforschung in Deutschland, Österreich und der Schweiz, *ÖA* 1993, 47.

Bernat, Der anonyme Vater im System der Fortpflanzungsmedizin: Vorfindliches, Rechtsethik und Gesetzgebung, in *Bernat* (Hrsg), Die Reproduktionsmedizin am Prüfstand von Recht und Ethik (2000) 161.

Bernat, Über Umfang und Grenzen des Rechts auf Fortpflanzung / Der Fall Evans vor dem EGMR, EuGRZ 2006, 398.

Bernat, Gleichgeschlechtliche Eltern, EF-Z 2015, 60.

Bernat, Das Recht der Fortpflanzungsmedizin im Wandel. Eckpunkte des Fortpflanzungsmedizinrechts-Änderungsgesetzes 2015, JAP 2015/2016, 45.

Bernat, Der Scheinvaterregress (§ 1042 ABGB) und die Durchbrechung der positiven Rechtsausübungssperre. Zugleich eine Besprechung der E 7 Ob 60/15x, EF-Z 2016, 83.

Bezemek, Gleichheitssatz, in *Heißl* (Hrsg), Handbuch Menschenrechte (2009) 228.

Brenn, VfGH versus Unionsrecht. Unionsrechtliche Würdigung des Grundrechteerkenntnisses, ÖJZ 2012, 1062.

Brötel, Die grundrechtliche Stellung des Vaters bei der Adoption seines nichtehelichen Kindes durch Dritte, FamRZ 1995, 72.

Büttner, Der biologische (genetische) Vater und seine Rechte, in FS Schwab (2005) 735.

F. Bydlinski, Zum Entwurf eines Fortpflanzungshilfegesetzes, JBl 1990, 741.

Coester-Waltjen, Statusrechtliche Folgen der Stärkung der Rechte der nichtehelichen Väter, FamRZ 2013, 1693.

Danda, Die Anwendung der Charta der Grundrechte der Europäischen Union im österreichischen Grundrechtsschutz, migraLex 2013, 14.

Daniels/Lewis/Curson, Information Sharing in Semen Donation: The Views Of Donors, Social Science & Medicine 1997, 673.

Eberhard, Grundrechtskonkurrenzen und Grundrechtskollisionen, in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer* (Hrsg), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa VII/1² (2014) 275.

Ebert, „First Call for Children!“ Zur Notwendigkeit einer verfassungs- und völkerrechtskonformen Familienrechtsreform in Österreich, JBl 1995, 69.

Eder-Rieder, Medizinisch unterstützte Fortpflanzung nach dem FMedRÄG 2015. Neuerungen und Erweiterungen, EF-Z 2016, 127.

Edlbacher, Kritische Studien zum Adoptionsrecht, ÖJZ 1964, 226.

Edlbacher, Künstliche Zeugungshilfe – eine Herausforderung für den Gesetzgeber? ÖJZ 1986, 321.

Edlbacher, Eimutter, Ammenmutter, Doppelmutter, ÖJZ 1988, 417.

Edlbacher, Rechtliche Fragen der künstlichen Fortpflanzung, ÖA 1989, 27.

Ennöckl, EGMR zur Zulässigkeit der anonymen Geburt, juridikum 2003, 3.

Ennöckl, Die Verarbeitung von personenbezogenen Gesundheitsdaten nach der DSGVO, RdM 2017, 88.

Erlebach, Wo steht Österreich vor und nach der Reform des FMedG? Ein europäischer Rechtsvergleich, iFamZ 2015, 10.

Erlebach, Die Samen- und Eizellspende im FMedG, in *Barth/Erlebach* (Hrsg), Handbuch des neuen Fortpflanzungsmedizinrechts (2015) 213.

Erlebach, Rechte des Kindes nach Samen- und Eizellenspende, in *Barth/Erlebach* (Hrsg), Handbuch des neuen Fortpflanzungsmedizinrechts (2015) 243.

Fahrenhorst, Fortpflanzungstechnologien und Europäische Menschenrechtskonvention, EuGRZ 1988, 125.

Feik, Recht auf Familienleben, in *Heißl* (Hrsg), Handbuch Menschenrechte (2009) 176.

Ferrari, Das neue österreichische Abstammungsrecht, in FS Schwab (2005) 1333.

Ferrari, Privatautonomie und öffentliche Interessen im Kindschaftsrecht, in FS 200 Jahre ABGB II (2011) 935.

Ferrari, EGMR fordert Besuchs- und Informationsrecht des biologischen Vaters, iFamZ 2012, 60.

Ferrari, Neue Möglichkeiten der Elternschaft für gleichgeschlechtliche Paare in Österreich, FamRZ 2014, 1512.

Ferrari, Medizinisch unterstützte Fortpflanzung und Elternschaft zweier Frauen, in *Barth/Erlebach* (Hrsg), Handbuch des neuen Fortpflanzungsmedizinrechts (2015) 95.

Fischer-Czermak, Das Erbrecht des Kindes nach artifizieller Insemination, NZ 1999, 262.

Fischer-Czermak, Neueste Änderungen im Abstammungs- und Erbrecht, JBl 2005, 2.

Fischer-Czermak, Wann liegt eine nichteheliche Lebensgemeinschaft vor? in FS Kerschner (2013) 337.

Fischer-Czermak, Medizinisch unterstützte Fortpflanzung für lesbische Paare, EF-Z 2014, 61.

Frank/Helms, Rechtliche Aspekte der anonymen Kindesabgabe in Deutschland und Frankreich, FamRZ 2001, 1340.

R. Frank, Grundzüge und Einzelprobleme des Abstammungsrechts, StAZ 2003, 129.

R. Frank, Zur Verpflichtung einer Mutter, die Identität des Vaters preiszugeben, FamRZ 2017, 161.

R. Frank, Die Adoption eines nichtehelichen Kindes mit unbekanntem Vater, FamRZ 2017, 497.

Fucik, Medizinische Fortpflanzungshilfe – Stellung der Familienrichter zum Entwurf, ÖJZ 1991, 294.

Gamper, Wie viel Kosmopolitismus verträgt eine Verfassung? Zugleich eine Besprechung zu VfGH 14. 3. 2012, U 466/11 ua („EU-Grundrechte-Charta“), JBl 2012, 763.

Gitschthaler, Scheinvaterregress – Bereicherung oder Schadenersatz? EF-Z 2009, 129.

Golombok/Brewaeys/Cook/Giavazzi/Guerra/Mantovani/van Hall/Crosignani/Dexeus, The European study of assisted reproduction families: family functioning and child development, Human Reproduction 1996, 2324.

Golombok/Brewaeys/Giavazzi/Guerra/MacCallum/Rust, The European study of assisted reproduction families: the transition to adolescence, Human Reproduction 2002, 830.

Gottschemel/Kratz-Lieber, Verfassungsrechtliche Fragen im Abstammungsrecht nach dem FMedRÄG 2015, ÖJZ 2015, 917.

Gottschemel/Kratz-Lieber, Verfassungsrechtliche Fragen bei der Erlangung der weiteren Elternschaft durch ein Anerkenntnis, iFamZ 2017, 9.

Hager, Der rechtliche und der leibliche Vater, in FS Schwab (2005) 773.

Hassenstein, Der Wert der Kenntnis der eigenen Abstammung, FamRZ 1988, 120.

Heißl, Recht auf Achtung des Privatlebens, des Hausrechts sowie des Brief- und Fernmeldegeheimnisses, in *Heißl* (Hrsg), Handbuch Menschenrechte (2009) 160.

Helms, Die Stellung des potentiellen biologischen Vaters im Abstammungsrecht, FamRZ 2010, 1.

Helms, Die Einführung der sog. vertraulichen Geburt, FamRZ 2014, 609.

Henrich, Künstliche Fortpflanzung und europäisches Familienrecht – eine Zusammenfassung, in *Dutta/Schwab/Henrich/Gottwald/Löhnig* (Hrsg), Künstliche Fortpflanzung und europäisches Familienrecht (2015) 371.

Hepting, „Babyklappe“ und „anonyme Geburt“, FamRZ 2001, 1573.

Heyers, Zivilrechtliche Institutionalisierung anonymer Geburten, JR 2003, 45.

Hinteregger, Menschenrechte und Privatrecht – dargestellt am Beispiel des Kindschaftsrechts – Landesbericht Österreich, in *Weyers* (Hrsg), Menschenrechte und Zivilrecht (1999) 79.

Hinteregger, Die Bedeutung der Grundrechte für das Privatrecht, ÖJZ 1999, 741.

Hoffmann, Das Gesetz zur Stärkung der Rechte des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters, FamRZ 2013, 1077.

Höllwerth, Vom Blut als dem besonderen Saft bis zur sozialen Elternschaft, in FS 200 Jahre ABGB II (2011) 1033.

Hopf/Weitzenböck, Schwerpunkte des Kindschaftsrechts-Änderungsgesetzes 2001, ÖJZ 2001, 485, 530.

Hoyer, Familienrecht und System, in FS Schwind (1993) 157.

Hönyck/Zähringer/Behnseng, Neonatizid. Expertise im Rahmen des Projekts „Anonyme Geburt und Babyklappen in Deutschland – Fallzahlen, Angebote, Kontexte“ (2011).

Ch. Huber, Scheinvaterregress gegen den Erzeuger wegen des Unterhalts für das Kuckuckskind – ab wann und wie lange zurück? iFamZ 2008, 244.

Janda, Die Rechte des biologischen Vaters – Verschiebung der Machtverhältnisse in der Familie? In *Hauer/Rudkowski ua*, Jahrbuch junger Zivilrechtswissenschaftler 2012. Macht im Zivilrecht (2013) 323.

Jung, Die Bedeutung des § 159a ABGB, JBl 1971, 560.

Kathrein, Kindschafts- und Namensrechts-Änderungsgesetz 2013, ÖJZ 2013, 197.

Katzenmeier, Rechtsfragen der „Babyklappe“ und der medizinisch assistierten „anonymen Geburt“, FamRZ 2005, 1134.

Khakzadeh-Leiler, Das KindNamRÄG 2013 aus grundrechtlicher Perspektive, iFamZ 2014, 96.

Khakzadeh-Leiler, Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare. Verfassungsrechtliche Überlegungen zu VfGH 4. 12. 2017, G 258/2017, EF-Z 2018, 52.

Klaushofer, Grundrechtliche Organisations- und Verfahrensgarantien, in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer* (Hrsg), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa VII/1² (2014) 681.

Klein/Strauß/Brosch, KindRÄG in ÖA, ÖA 1989, 72.

Klier/Grylli/Amon/Fiala/Weizmann-Henelius/Pruitt/Putkonen, Is the introduction of anonymous delivery associated with a reduction of high neonaticide rates in Austria? A retrospective study, BJOG 2013, 428.

Kneihs, Die Regelungen über die Durchsetzung und Anerkennung der Vaterschaft im ABGB, FamZ 2006, 132.

Kopetzki, Das Recht der Fortpflanzungsmedizin 2015: Aktueller Stand und verfassungsrechtliche Bewertung, in *Arnold/Bernat/Kopetzki* (Hrsg), Das Recht der Fortpflanzungsmedizin 2015 – Analyse und Kritik (2016) 63.

Koppensteiner, Zwei Väter und ein Kuckucksei. Zum Spannungsfeld zwischen biologischer Herkunft und sozialer Familie (1 Ob 236/05w), FamZ 2006, 60.

Kralik, Das Vaterschaftsanerkennnis vor dem Notar, NZ 1971, 33.

Kralik, Die Neuordnung der Rechtsstellung des unehelichen Kindes, JBl 1971, 273.

Krauskopf-Mayerhöfer, (K)ein Recht auf Adoption? iFamZ 2014, 156.

Kucsko-Stadlmayer, Familien- und Erbrecht im Lichte des Verfassungsrechts, in FS 200 Jahre ABGB II (2011) 1587.

Kucsko-Stadlmayer, Die allgemeinen Strukturen der Grundrechte, in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer* (Hrsg), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa VII/1² (2014) 77.

M. Kurz, Anonyme Geburt: Wie kann die Mutter ihre Anonymität rechtlich aufheben? iFamZ 2015, 167.

Ladurner, Ein neues Fortpflanzungshilfegesetz, ÖJZ 1991, 289.

Lang, Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Rechte des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters, FPR 2013, 233.

- Lehner*, Recht auf Datenschutz, in *Heißl* (Hrsg), Handbuch Menschenrechte (2009) 211.
- Loebenstein*, Die Zukunft der Grundrechte im Lichte der künstlichen Fortpflanzung des Menschen, JBl 1987, 694, 749.
- Löhnig/Riege*, Die Rechte des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters im Adoptionsrecht – revisited, FamRZ 2015, 9.
- Löhnig*, Die leibliche, nicht rechtliche Mutter, FamRZ 2015, 806.
- Lurger*, Das Abstammungsrecht bei medizinisch assistierter Zeugung nach der deutschen Kindschaftsrechtsreform im Vergleich mit dem österreichischen Recht, DEuFamR 1999, 210.
- Lurger*, Fortpflanzungsmedizin und Abstammungsrecht, in *Bernat* (Hrsg), Die Reproduktionsmedizin am Prüfstand von Recht und Ethik (2000) 108.
- Lurger/Tscherner*, Inzidentfeststellung der Vaterschaft im Unterhaltsregressverfahren, JBl 2009, 205.
- Mader*, Die Geschwister in der Familie, in *Harrer/Zitta*, Familie und Recht (1992) 85.
- T. Maier*, Samenspende: Das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung, EF-Z 2014, 52.
- T. Maier*, Abstammung und Unterhalt bei vertauschten Kindern, JAP 2015/2016, 182.
- T. Maier*, Die Mutter zwischen Schweigerecht und Auskunftspflicht über den Vater, EF-Z 2017, 7.
- T. Maier*, Zum Recht des Kindes, ein falsches Anerkenntnis für unwirksam erklären zu lassen, EF-Z 2017, 257.
- Marx*, Verfahrensgarantien in Zivil- und Strafsachen, in *Heißl* (Hrsg), Handbuch Menschenrechte (2009) 459.
- Mauernböck*, Das neue Fortpflanzungsmedizinrecht. Eine erste Auseinandersetzung mit den wesentlichen Änderungen, ZTR 2015, 107.
- Memmer*, Rechtsfragen im Gefolge medizinisch assistierter Fortpflanzungen post mortem vel divortium, JBl 1992, 361.
- Memmer*, Eheähnliche Lebensgemeinschaften und Reproduktionsmedizin, JBl 1993, 297.
- Merckens*, FMedRÄG 2015: Zur Reform des Fortpflanzungsmedizingesetzes, RdM 2016, 54.
- Motejl*, Das Recht des durch Samenspende gezeugten Kindes zur Anfechtung der Vaterschaft, FamRZ 2017, 345.
- Novak*, Fortpflanzungsmedizingesetz und Grundrechte, in *Bernat* (Hrsg), Die Reproduktionsmedizin am Prüfstand von Recht und Ethik (2000) 62.
- Ofner*, Der soziale Charakter des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches, in FS zur Jahrhundertfeier des ABGB I (1911) 441.
- Ofner*, Neues Fortpflanzungsmedizinrecht, ZfRV 2014, 241.

Öhlinger/Nowak, Grundrechtsfragen künstlicher Fortpflanzung, in Bundesministerium für Familie, Jugend und Konsumentenschutz (Hrsg), Österreichische Enquete zum Thema Familienpolitik und künstliche Fortpflanzung (1986) 31.

Pernthaler/Kathrein, Der grundrechtliche Schutz von Ehe und Familie in Österreich, EuGRZ 1983, 505.

Peschel-Gutzeit, Der doppelte Vater – Kritische Überlegungen zum Gesetz zur Stärkung der Rechte des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters, NJW 2013, 2465.

Pichler, Probleme der medizinisch unterstützten Fortpflanzung, ÖA 1993, 53.

Pierer, Grenzen der Vertretungsmacht des Sachwalters bei erb- und familienrechtlichen Rechtsgeschäften, EF-Z 2013, 244.

Pierer, Abstammung, in *Deixler-Hübner* (Hrsg), Handbuch Familienrecht (2015) 215.

Posch, Das Recht der künstlichen Humanreproduktion im Wandel, in *Bernat* (Hrsg), Lebensbeginn durch Menschenhand (1985) 203.

Pöschl, Verfassungsgerichtsbarkeit nach Lissabon, ZÖR 2012, 587.

Pöschl, Gleichheitsrechte, in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer* (Hrsg), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa VII/1² (2014) 519.

Ranner, Aspekte der künstlichen Insemination, in *Bernat* (Hrsg), Lebensbeginn durch Menschenhand (1985) 23.

Rosenmayr, Änderungen im Abstammungsrecht durch das FamErbRÄG 2004, NZ 2004, 360.

B. Rudolf, Die Rechtsstellung des Vaters eines nicht-ehelichen Kindes nach der EMRK, EuGRZ 1995, 110.

Rupp/Bergold, Zusammenfassung, in *Rupp* (Hrsg), Die Lebenssituation von Kindern in gleichgeschlechtlichen Lebenspartnerschaften (2009) 281.

Sanders, Vater werden wird nun schwer – Das neue „Verbot der missbräuchlichen Anerkennung der Vaterschaft“, FamRZ 2017, 1189.

Sax, Kinderrechte, in *Heißl* (Hrsg), Handbuch Menschenrechte (2009) 542.

Sax, Kinderrechte in der Verfassung – was nun? Zur Umsetzung internationaler Normen im nationalen Recht am Beispiel des BVG Kinderrechte 2011 – enttäuschend, aber mit Potential, EF-Z 2011, 204.

Scheiwe, Babyklappe und anonyme Geburt – wohin mit Mütterrechten, Väterrechten, Kinderrechten? ZRP 2001, 368.

Scherpe, „Bist du mein Vater?“ – Zum Recht des Kindes auf Klärung der Abstammung gegenüber dem (vermeintlichen) biologischen Vater, FamRZ 2016, 1824.

Schewe, Mater semper certa est? Ein Plädoyer für die Abschaffung des Verbotes der Eizellenspende in Deutschland, FamRZ 2014, 90.

Schmidt-Didczuhn, (Verfassungs-)Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung? JR 1989, 228.

Schneider, Die vorfrageweise Beurteilung der Vaterschaft beim Unterhaltsregress. Zugleich eine Besprechung der E 7 Ob 60/15x, EF-Z 2016, 250.

Schwaighofer, Das Angehörigenverhältnis durch gemeinsame Elternschaft zu einem Kind – personenstandsrechtlich oder/und biologisch begründet? ÖJZ 2001, 661.

Schwarz, Rechtliche Aspekte von „Babyklappe“ und „anonymer Geburt“, StAZ 2003, 33.

Schwedler, Die vertrauliche Geburt – Ein Meilenstein für Schwangere in Not? NZFam 2014, 193.

Schwimann, Das Kindschaftrecht-Änderungsgesetz – eine Melodie mit verpatzter Orchestrierung, NZ 1990, 218.

Schwimann, Neues Fortpflanzungsmedizinrecht in Österreich, StAZ 1993, 169.

Schwimann, Neuerliche Abstammungsrechtsreform mit Ablaufdatum, NZ 2005, 33.

Schwimann, Wechsellväter und andere Neuheiten, StAZ 2005, 33.

Schwonberg, Scheinvaterregress und Rechtsausübungssperre, FamRZ 2008, 449.

Simotta, Die familienrechtlichen Entschlagungsgründe nach der ZPO, ÖJZ 1997, 486.

Simotta, Das neue Abstammungsrecht, ÖA 2004, 175.

Simotta, Die Neuregelung der Bestreitung der Ehelichkeit eines Kindes nach österreichischem Recht, in FS Schlosser (2005) 901.

Simotta, Die Partei-, Geschäfts- und Verfahrensfähigkeit der Kindesmutter und ihrer Rechtsnachfolger in Abstammungsangelegenheiten, in FS Rechberger (2005) 579.

Spickhoff, Vaterschaft und Fortpflanzungsmedizin. Die Einwilligung zur künstlichen Befruchtung mittels Samenspende eines Dritten, in FS Schwab (2005) 923.

Spitzer, Problemfälle des Abstammungsverfahrens, EF-Z 2013, 101.

Steiner, Ausgewählte Rechtsfragen der Insemination und Fertilisation, ÖJZ 1987, 513.

V. Steininger, Kritische Studien zum Adoptionsrecht, JBl 1963, 555.

V. Steininger, Verfassungswidrigkeiten im Bereich der Familienrechtsreform, in FS zur 200-Jahr-Feier der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Graz (1979) 457.

V. Steininger, Interpretationsvorschläge für die neuen Normierungen im ABGB über die väterliche Abstammung, ÖJZ 1995, 121.

V. Steininger, Juristisch elternlose Kinder? ÖJZ 1999, 707.

Stolz, Grundrechtsaspekte künstlicher Befruchtungsmethoden, in *Bernat* (Hrsg), Lebensbeginn durch Menschenhand (1985) 109.

Stolzlechner, Der Schutz des Privat- und Familienlebens (Art 8 MRK) im Licht der Rechtsprechung des VfGH und der Straßburger Instanzen, ÖJZ 1980, 85, 123.

Strasser, Ethik der Fortpflanzung, in *Bernat* (Hrsg), Die Reproduktionsmedizin am Prüfstand von Recht und Ethik (2000) 23.

Thorn, Psychosoziale Kinderwunschberatung im Rahmen der Samen- und Eizellenspende, in *Barth/Erlebach* (Hrsg), Handbuch des neuen Fortpflanzungsmedizinrechts (2015) 263.

Thorn/Katzorke/Daniels, Semen donors in Germany: A study exploring motivations and attitudes, *Human Reproduction* 2008, 2415.

Tschugguel/Kleiß, Kinder ohne Erbrecht, *NZ* 2001, 389.

Verschraegen, Schutz des Lebens und Kenntnis der eigenen Abstammung, *ÖJZ* 2004, 1.

Voithofer/Flatscher-Thöni, VfGH vereinfacht Zugang zur Fortpflanzungsmedizin. Was passiert, wenn nichts passiert? *iFamZ* 2014, 54.

Vonk, One, Two or Three Parents? Lesbian Co-Mothers and a Donor with 'Family Life' under Dutch Law, *International Journal of Law, Policy and the Family* 2004, 103.

Weber, Inzidentfeststellung der Vaterschaft im Unterhaltsvorschuss- und Kindesunterhaltsverfahren? *Zak* 2013, 207.

Weitzenböck, Das neue materielle und formelle Recht der Abstammung und der Adoption – ein Überblick, *ÖStA* 2005, 68, 84.

Wellenhofer, Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte und das Vaterschaftsanfechtungsrecht des leiblichen Vaters, *FamRZ* 2012, 828.

Wellenhofer, Die Samenspende und ihre (späten) Rechtsfolgen, *FamRZ* 2013, 825.

Wellenhofer, Zur Reform des Scheinvaterregresses, *FamRZ* 2016, 1717.

Wendehorst, Die rechtliche Regelung donogener ART in Deutschland und Österreich, in *Bockenheimer-Lucius/Thorn/Wendehorst* (Hrsg), Umwege zum eigenen Kind (2008) 103.

Wendehorst, Das legislatorische Trägheitsprinzip und das FMedG, *RdM* 2014, 302.

Wendehorst, Neuerungen im österreichischen Fortpflanzungsmedizinrecht durch das FMedRÄG 2015, *iFamZ* 2015, 4.

Wendehorst, Medizinisch unterstützte Fortpflanzung und Abstammungsrecht, in *Arnold/Bernat/Kopetzki* (Hrsg), Das Recht der Fortpflanzungsmedizin 2015 – Analyse und Kritik (2016) 103.

Wiederin, Schutz der Privatsphäre, in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer* (Hrsg), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa VII/1² (2014) 363.

Wukovits, Die soziale Familie: Vorrang vor dem biologischen Band zwischen Vater und Kind, *EF-Z* 2012, 211.

Zemen, Die Neuordnung der Rechtsstellung des unehelichen Kindes in Österreich, *FamRZ* 1973, 355.

Zypries/Zeeb, Samenspende und das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung, *ZRP* 2014, 54.

Monographien

Auckenthaler, Irrtümliche Zahlung fremder Schulden (1980).

Berka, Die Grundrechte. Grundfreiheiten und Menschenrechte in Österreich (1999).

Bernat, Rechtsfragen medizinisch assistierter Zeugung (1989).

Bezemek, Grundrechte in der Rechtsprechung der Höchstgerichte (2016).

Brüggemann, Intimsphäre und außereheliche Elternschaft. Über das Recht und die Pflicht der Mutter, den Erzeuger ihres außerehelichen Kindes zu nennen (1964).

F. Bydlinski, System und Prinzipien des Privatrechts (1996).

F. Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff² (1991).

Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz² (1983).

Canaris, Grundrechte und Privatrecht (1999).

Czech, Fortpflanzungsfreiheit. Das Recht auf selbstbestimmte Reproduktion in der Europäischen Menschenrechtskonvention (2015).

Ehrenzweig, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts: Familien- und Erbrecht II/2⁵ (1917).

Ehrenzweig, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts II/2² (1937).

Fahrenhorst, Familienrecht und Europäische Menschenrechtskonvention (1994).

Floßmann, Österreichische Privatrechtsgeschichte⁶ (2008).

Holoubek, Grundrechtliche Gewährleistungspflichten: ein Beitrag zu einer allgemeinen Grundrechtsdogmatik (1997).

Kneihs, Privater Befehl und Zwang. Verfassungsrechtliche Bedingungen privater Eingriffsgewalt (2004).

Peuckert, Familienformen im sozialen Wandel⁸ (2012).

Posch, Rechtsprobleme der medizinisch assistierten Fortpflanzung und Gentechnologie. Gutachten zum 10. ÖJT I/5 (1988).

Pöschl, Gleichheit vor dem Gesetz (2008).

Selb, Rechtsordnung und künstliche Reproduktion des Menschen (1987).

M. Steininger, Reproduktionsmedizin und Abstammungsrecht: Fortpflanzung und Elternschaft als Rechtsgeschäft? (2014).

Stellamor/Steiner, Handbuch des österreichischen Arztrechts I (1999).

Winiwarter, Das Personen-Recht nach dem Oesterreichischen allgemeinen bürgerl. Gesetzbuch I (1831).

Sammelbände / Festschriften

Arnold/Bernat/Kopetzki (Hrsg), Das Recht der Fortpflanzungsmedizin 2015 – Analyse und Kritik (2016).

Bachmann (Hrsg), Grenzüberschreitungen: Beiträge zum internationalen Verfahrensrecht und zur Schiedsgerichtsbarkeit; Festschrift für Peter Schlosser zum 70. Geburtstag (2005).

Barth/Erlebach (Hrsg), Handbuch Fortpflanzungsmedizinrecht (2015).

Barth/Ganner, Handbuch des Sachwalterrechts² (2010).

Bernat (Hrsg), Lebensbeginn durch Menschenhand. Probleme künstlicher Befruchtungstechnologien aus medizinischer, ethischer und juristischer Sicht (1985).

Bernat (Hrsg), Fortpflanzungsmedizin. Wertung und Gesetzgebung (1991).

Bernat (Hrsg), Die Reproduktionsmedizin am Prüfstand von Recht und Ethik (2000).

Bittner (Hrsg), Festschrift für Walter H. Rechberger zum 60. Geburtstag (2005).

Bockenheimer/Lucius/Thorn/Wendehorst (Hrsg), Umwege zum eigenen Kind. Ethische und rechtliche Herausforderungen an die Reproduktionsmedizin 30 Jahre nach Louise Brown (2008).

Bundesministerium für Familie, Jugend und Konsumentenschutz (Hrsg), Österreichische Enquete zum Thema Familienpolitik und künstliche Fortpflanzung (1986).

F. Bydlinski/Mayer-Maly (Hrsg), Fortpflanzungsmedizin und Lebensschutz (1993).

Deixler-Hübner (Hrsg), Handbuch Familienrecht (2015).

Dutta/Schwab/Henrich/Gottwald/Löhnig (Hrsg), Künstliche Fortpflanzung und europäisches Familienrecht (2015).

Fischer-Czermak/Hopf/Kathrein/Schauer (Hrsg), Festschrift 200 Jahre ABGB (2011).

Harrer/Zitta (Hrsg), Familie und Recht (1992).

S. Hofer (Hrsg), Perspektiven des Familienrechts: Festschrift für Dieter Schwab zum 70. Geburtstag (2005).

Hauer/Rudkowski ua, Jahrbuch junger Zivilrechtswissenschaftler 2012. Macht im Zivilrecht (2013).

Matscher (Hrsg), Europa im Aufbruch: Festschrift Fritz Schwind zum 80. Geburtstag (1993).

Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer (Hrsg), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa VII/1² (2014).

N. N. (Hrsg), Festschrift zur Jahrhundertfeier des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches (1911).

Sutter/Karl-Franzens-Universität Graz (Hrsg), Reformen des Rechts: Festschrift zur 200-Jahr-Feier der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Graz (1979).

Weyers (Hrsg), Menschenrechte und Zivilrecht (1999).

Lehrbücher

Adamovich/Funk/Holzinger/Frank, Österreichisches Staatsrecht III² (2015).

Berka, Lehrbuch Verfassungsrecht⁶ (2016).

Gernhuber/Coester-Waltjen, Familienrecht⁶ (2010).

Hinteregger/Ferrari, Familienrecht⁷ (2015).

Kerschner/Sagerer-Forić, Familienrecht⁶ (2017).

Koziol/Welser, Bürgerliches Recht I¹³ (2006).

Koziol – Welser/Kletečka, Bürgerliches Recht I¹⁴ (2014).

Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht¹¹ (2016).

Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht⁴ (2013).

Rechberger/Simotta, Zivilprozessrecht⁸ (2010).

Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger, Bundesverfassungsrecht¹¹ (2015).

Kommentare

EMRK

Frowein/Peukert (Hrsg), Europäische Menschenrechtskonvention³ (2009).

Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention⁶ (2016).

Korinek/Holoubek (Hrsg), Bundesverfassungsrecht (4. Lfg 2001, 5. Lfg 2002); wird zitiert: (Bearbeiter) in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht Art ... EMRK Rz ...

Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer (Hrsg), Europäische Menschenrechtskonvention⁴ (2017).

Pabel/Schmahl (Hrsg), Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention² (1992).

B-VG

Rill/Schäffer (Hrsg), Bundesverfassungsrecht Kommentar (1. Lfg 2001); wird zitiert: (Bearbeiter) in *Rill/Schäffer*, Bundesverfassungsrecht Art ... Rz

ABGB

Fenyves/Kerschner/Vonkilch (Hrsg), 3. Auflage des von Klang begründeten Kommentars zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, §§ 1-43 (2014), §§ 137-267 (2008); wird zitiert: (Bearbeiter) in Klang³ § ... Rz

Fenyves/Welser (Hrsg), 3. Auflage des von Klang begründeten Kommentars zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, §§ 137-186a (2000); wird zitiert: *Pichler* in *Fenyves/Welser*, Klang³ § ... Rz

Deixler-Hübner/Fucik/Huber, Das neue Kindschaftsrecht (2013).

Klang (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch I/1 (1933); wird zitiert: (Bearbeiter) in *Klang* I/1 (Seite).

Klang/Gschnitzer (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch I/2² (1962), IV/1² (1968); wird zitiert: (Bearbeiter) in *Klang* Band^{Auflage} Seite; zB Stanzl in *Klang* IV/1² 930.

Kletečka/Schauer (Hrsg), ABGB-ON – Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch^{1.04} (Stand 1. 10. 2017), laufende Onlineaktualisierung unter rdb.at (bisher Version 1.01-1.04); wird zitiert (Bearbeiter) in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{Version} § ... Rz ... (Stand TT. MM. JJJJ, rdb.at); zB *Fischer-Czermak* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 143 Rz 3 (Stand 1. 5. 2017, rdb.at).

Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger (Hrsg), Kurzkomentar zum ABGB⁵ (2017); wird zitiert: (Bearbeiter) in KBB⁵ § ... Rz

Rummel (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch II² (1992); wird zitiert: (Bearbeiter) in *Rummel*, ABGB II² § ... Rz ...

Rummel (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch³ (Stand 1. 1. 2003, rdb.at); wird zitiert: (Bearbeiter) in *Rummel*, ABGB³ § ... Rz ... (Stand 1. 1. 2003, rdb.at).

Rummel/Lukas (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch⁴ (Stand 1. 7. 2015, rdb.at); wird zitiert: (Bearbeiter) in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § ... Rz ... (Stand 1. 7. 2015, rdb.at).

Schwimann (Hrsg), ABGB Taschenkommentar³ (2015).

Schwimann (Hrsg), Praxiskommentar zum ABGB I² (1997).

Schwimann/Kodek (Hrsg), Praxiskommentar zum ABGB, I⁴ (2011), Ergänzungsband zu Band I⁴ (2013), IV⁴ (2014); wird zitiert: (Bearbeiter) in *Schwimann/Kodek* Band^{Auflage} § ... Rz ...; zB *Stormann* in *Schwimann/Kodek* Ia⁴ § 143 Rz 3.

Schwind, Kommentar zum österreichischen Eherecht² (1980).

Stubenrauch, Commentar zum österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche I⁸ (1902).

Zeiller, Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesammten deutschen Erbländer der oesterreichischen Monarchie I (1811).

Andere Gesetze

Dohr/Pollirer/Weiss/Knyrim, Datenschutzrecht² (21. Lfg, Stand 24. 3. 2017, rdb.at).

Gitschthaler/Höllwerth (Hrsg), Kommentar zum Außerstreitgesetz (2013).

Gitschthaler/Höllwerth (Hrsg), Kommentar zum Ehe- und Partnerschaftsrecht (2011).

Faber, Verwaltungsgerichtsbarkeit (2013).

Fasching/Konecny (Hrsg), Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen² (Stand 30. 04. 2004, rdb.at).

Fasching/Konecny (Hrsg), Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen² (Stand 31. 3. 2005, rdb.at).

Fasching/Konecny (Hrsg), Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen I³ (2013), II/3³ (2015), III/1³ (2017).

Fucik/Kloiber (Hrsg), Außerstreitgesetz (2005).

Höpfel/Ratz, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch² (Stand 1. 4. 2017, rdb.at).

Kutscher/Wildpert, PStG Personenstandsrecht (2015).

Neumayr/Resch/Wallner (Hrsg), Gmundner Kommentar zum Gesundheitsrecht (2016).

Rechberger (Hrsg), Kommentar zum Außerstreitgesetz² (2013).

Rechberger (Hrsg), Kommentar zur ZPO⁴ (2014).

Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer, Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch II (6. Lfg 2001).

Voithofer/Flatscher-Thöni (Hrsg), Kommentar zum Fortpflanzungsmedizingesetz (unveröffentlicht; voraussichtliches Erscheinen 2018).

BGB

Bamberger/Roth/Hau/Poseck (Hrsg), BeckOK BGB⁴³ (Stand 15. 6. 2017, beck-online.beck.de); wird zitiert: (Bearbeiter) in *Bamberger/Roth ua*, BeckOK⁴³ § ... Rz

Säcker/Rixecker/Oetker/Limperg (Hrsg), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch IX⁷ (2017); wird zitiert: (Bearbeiter) in *MüKoBGB*⁷ § ... Rz

Judikatur

EKMR/EGMR

EGMR 23. 7. 1968, *Belgischer Sprachenfall*, Nr. 1474/62, 1677/62 ua.

EGMR U 21. 2. 1975, *Golder*, Nr. 4451/70 EuGRZ 1971, 91.

EKMR 10. 7. 1975, *X gegen Belgien und Niederlande*, Nr. 6482/74.

EGMR U 7. 12. 1976, *Handyside*, Nr. 5493/72.

EKMR Ber 12. 7. 1977, *Brüggemann u. Scheuten*, Nr. 6959/75 EuGRZ 1978, 199.

EGMR U 13. 6. 1979, *Marckx*, Nr. 6833/74 NJW 1979, 2449.

EGMR U 9. 10. 1979, *Airey*, Nr. 6289/73.

EKMR 8. 10. 1982, *X gegen Großbritannien*, Nr. 9966/82 EuGRZ 1983, 424.

EGMR U 28. 11. 1984, *Rasmussen*, Nr. 8777/79.

EGMR U 26. 3. 1985, *X u. Y gegen Niederlande*, Nr. 8978/80 EuGRZ 1985, 297.

EGMR U 28. 5. 1985, *Abdulaziz, Cabales u. Balkandali*, Nr. 9214/80, 9473/81, 9474/81.

EGMR U 28. 5. 1985, *Ashingdane*, Nr. 8225/78.

EKMR 14. 5. 1986, *Jolie et Lebrun*, Nr. 11418/85.

EGMR U 17. 10. 1986, *Rees*, Nr. 9532/81.

EGMR U 18. 12. 1986, *Johnston ua*, Nr. 9697/82.

EGMR U 28. 10. 1987, *Inze*, Nr. 8695/79.

EGMR U 21. 6. 1988, *Berrehab*, Nr. 10730/84.

EKMR 14. 7. 1988, *Lawlor*, Nr. 12763/87.

EGMR U 7. 7. 1989, *Gaskin*, Nr. 10454/83.

EGMR U 28. 6. 1990, *Obermeier*, Nr. 11761/85.

EKMR 8. 2. 1993, *M. gegen Niederlande*, Nr. 16944/90.

EGMR U 22. 2. 1994, *Burghartz*, Nr. 16213/90.

EGMR U 26. 5. 1994, *Keegan*, Nr. 16969/90 ÖJZ 1995, 70.

EGMR U 23. 9. 1994, *Hokkanen*, Nr. 19823/92.

EGMR U 25. 10. 1994, *Ortenberg*, Nr. 12884/87.

EGMR U 27. 10. 1994, *Kroon*, Nr. 18535/91 ÖJZ 1995/20 (MRK) = FamRZ 2003, 813 (*Rixe*).

EGMR U 25. 11. 1994, *Stjerna*, Nr. 18131/91.

EGMR U 19. 2. 1996, *Gül*, Nr. 23218/94.

EGMR U 24. 2. 1996, *Boughanemi*, Nr. 22070/93.

EGMR U 7. 8. 1996, *Johansen*, Nr. 17383/90.

EGMR U 21. 2. 1997, *van Raalte*, Nr. 20060/92.

EGMR U 22. 4. 1997, *X, Y u. Z gegen Großbritannien*, Nr. 21830/93 (Große Kammer).

EGMR U 28. 10. 1998, *Söderbäck*, Nr. 113/1997/897/1109. Nr. 24484/94.

EGMR U 18. 2. 1999, *Laino*, Nr. 33158/96.

EGMR E 29. 6. 1999, *Nylund*, Nr. 27110/95 ÖJZ 2000/5 (MRK).

EGMR E 19. 10. 1999, *Yildirim*, Nr. 34308/96.

EGMR U 21. 12. 1999, *Salgueiro da Silva Mouta*, Nr. 33290/96.

EGMR U 5. 1. 2000, *Mennitto*, Nr. 33804/96.

EGMR U 27. 6. 2000, *Nuutinen*, Nr. 32842/96.

EGMR U 3. 10. 2000, *Camp u. Bourimi*, Nr. 28369/95.

EGMR U 25. 9. 2001, *P.G. und J.H. gegen Großbritannien*, Nr. 44787/98.

EGMR U 11. 10. 2001, *Hoffmann gegen Deutschland*, Nr. 34045/96.

EGMR U 7. 2. 2002, *Mikulić*, Nr. 53176/99.

EGMR U 26. 2. 2002, *Fretté*, Nr. 36515/97.

EGMR U 29. 4. 2002, *Pretty*, Nr. 2346/02.

EGMR U 5. 11. 2002, *Yousef*, Nr. 33711/96.

EGMR U 13. 2. 2003, *Odièvre*, Nr. 42326/98 ÖJZ 2005, 34.

EGMR U 8. 7. 2003, *Sommerfeld*, Nr. 31871/06 EuGRZ 2004, 711.

EGMR U 26. 2. 2004, *Görgülü*, Nr. 74969/01.

EGMR U 1. 6. 2004, *L. gegen Niederlande*, Nr. 45582/99.

EGMR U 19. 10. 2005, *Roche*, Nr. 32555/96.

EGMR U 24. 11. 2005, *Shofman*, Nr. 74826/01.

EGMR U 12. 1. 2006, *Mizzi*, Nr. 26111/02.

EGMR 18. 4. 2006, *Dickson*, Nr. 44362/04.

EGMR U 18. 5. 2006, *Rózański*, Nr. 55339/00.

EGMR U 13. 7. 2006, *Jäggi*, Nr. 58757/00 FamRZ 2006, 1354.

EGMR U 10. 10. 2006, *Paulík*, Nr. 10699/05.

EGMR U 25. 1. 2007, *Eski*, Nr. 21949/03 ÖJZ 2007/14.

EGMR U 10. 4. 2007, *Evans*, Nr. 6339/05 (Große Kammer).

EGMR U 4. 12. 2007, *Dickson*, Nr. 44362/04 (Große Kammer).

EGMR U 22. 1. 2008, *E.B. gegen Frankreich*, Nr. 43546/02 EF-Z 2008/30 (*Raptis*).

EGMR U 29. 4. 2008, *Burden*, Nr. 13378/05 (Große Kammer).

EGMR 25. 9. 2008, *K.T. gegen Norwegen*, Nr. 26664/03.

EGMR 17. 9. 2009, *Enea*, Nr. 74912/01.

EGMR U 3. 12. 2009, *Zaunegger*, Nr. 22028/04 EF-Z 2010/37 (*Stormann*) = ÖJZ 2010/2 (MRK) = iFamZ 2010/1.

EGMR U 1. 4. 2010, *S.H. ua gegen Österreich*, Nr. 57813/2000 RdM 2010/88 (*Kopetzki*).

EGMR U 24. 6. 2010, *Schalk u. Kopf*, Nr. 30141/04.

EGMR U 6. 7. 2010, *Backlund*, Nr. 36498/05.

EGMR U 6. 7. 2010, *Neulinger u. Shuruk*, Nr. 41615/07 (Große Kammer).

EGMR U 21. 12. 2010, *Anayo*, Nr. 20578/07 EF-Z 2011/34 (*Nademleinsky*) = FamRZ 2011, 1363 (*Rixe*) = NJW 2011, 3565.

EGMR 3. 2. 2011, *Sporer*, Nr. 35637/03 EF-Z 2011/33 (*Nademleinsky*) = iFamZ 2011/52 (*Klaar*).

EGMR U 15. 9. 2011, *Schneider*, Nr. 17080/07 NJW 2012, 2781.

EGMR U 3. 11. 2011, *S.H. ua gegen Österreich*, Nr. 57813/2000 (Große Kammer) EF-Z 2012/7 (*Bernat*) = RdM 2012/53 (*Pöschl*) = iFamZ 2012/1 (*Vašek*).

EGMR 17. 1. 2012, *Stanev*, Nr. 36760/06.

EGMR U 15. 3. 2012, *Gas u Dubois*, Nr. 25951/07 NJW 2013, 2171.

EGMR U 22. 3. 2012, *Kautzor*, Nr. 23338/09 iFamZ 2012/84.

EGMR U 22. 3. 2012, *Ahrens*, Nr. 45071/09 iFamZ 2012/84.

EGMR U 28. 8. 2012, *Costa/Pavan*, Nr. 54270/10 RdM 2013/135 (*Kopetzki*).

EGMR U 25. 9. 2012, *Godelli*, Nr. 33783/09.

EGMR U 2. 10. 2012, *Knecht*, Nr. 10048/10.

EGMR U 19. 2. 2013, *X ua gegen Österreich*, Nr. 19010/07 ÖJZ 2013/4 = EF-Z 2013/80 (*Simma*).

EGMR E 7. 5. 2013, *Boeckel/Gessner-Boeckel*, Nr. 8017/11.

EGMR E 5. 11. 2013, *Hülsmann*, Nr. 26610/09 NJW 2014, 3083.

EGMR U 26. 6. 2014, *Menesson*, Nr. 65192/11 iFamZ 2014/161 (*Cap*).

EGMR U 26. 6. 2014, *Labassee*, Nr. 65941/11 iFamZ 2014/161 (*Cap*).

EGMR E 25. 11. 2014, *Kruškić ua*, Nr. 10140/13.

EGMR E 2. 12. 2014, *Adebowale*, Nr. 546/10 EuGRZ 2015, 644.

EGMR E 10. 3. 2015, *Markgraf*, Nr. 42719/14 FamRZ 2016, 437.

EGMR U 14. 1. 2016, *Mandet*, Nr. 30955/12 FamRZ 2016, 529.

EGMR U 31. 5. 2016, *A.N. gegen Litauen*, Nr. 17280/08.

EGMR U 8. 12. 2016, *L.D./P.K. gegen Bulgarien*, Nr. 7949/11, 45522/13 FamRZ 2017, 385 (*Frank*).

Österreichische Gerichte

VfGH

VfGH 8. 5. 1980, G 1/80 ua, VfSlg 8806.

VfGH 15. 3. 1984, B 320/79 VfSlg 9997.

VfGH 27. 2. 1985, G 53/83 ua VfSlg 10.367.

VfGH 12. 12. 1985, G 225/85 ua VfSlg 10.737.

VfGH 1. 10. 1987, V33/87 VfSlg 11.467.

VfGH 13. 6. 1991, G 163/91, G 164/91 VfSlg 12.735.

VfGH 15. 6. 1991, V 603,604/90,V 22-41/91 VfSlg 12.744.

VfGH 12.10.1993 V 63/93 VfSlg 13.578.

VfGH 16. 6. 1994, G 250/93, G 251/93 VfSlg 13.777.

VfGH 29. 6. 1995, B 2318/94 VfSlg 14.191.

VfGH 14. 10. 1999, G 91/98, G 116/98 VfSlg 15.632 = JBl 2000, 228.

VfGH 28. 6. 2003, G 78/00 VfSlg 16.928 FamRZ 2003, 1915 (*Bernat*).

VfGH 12. 3. 2008, G 254/07 VfSlg 18.412.

VfGH 25. 9. 2008, G 162/07 ua VfSlg 18.546.

VfGH 17. 12. 2009, B 504/09 VfSlg 18.975.

VfGH 14. 12. 2011, B 13/11 RdM 2012/83 (*Bernat*).

VfGH 17. 6. 2011, B 711/10 VfSlg 19.414.

VfGH 28. 6. 2011, B 254/11 ua VfSlg 19.425.

VfGH 14. 3. 2012, U 466/11 ua VfSlg 19.632 = migraLex 2012, 92 = iFamZ 2012/120 (*Cede/Pesendorfer*) = DrDA 2012, 524 = ZfVB 2012/1773 = Zak 2012/328.

VfGH 28. 6. 2012, G 114/11 iFamZ 2012/161 (*Ferrari*) = EF-Z 2012/127 = JBl 2012, 783 = Zak 2012/513.

VfGH 2. 10. 2012, G 14/10 ua VfSlg 19.674 = RdM-LS 2013/13 (*Kopetzki*) = iFamZ 2013/2 = Zak 2012/778 = ZTR 2013, 71.

VfGH 9. 10. 2012, B 121/11 ua VfSlg 19.682 = JBl 2013, 302 (*Baumgartner*).

VfGH 29. 11. 2012, G 66/12 ua VfSlg 19.704 = migraLex 2013, 26 (*Schmitt*) = ZfVB 2013/1091.

VfGH 1. 3. 2013, G 106/12 ua VfSlg 19.732.

VfGH 10. 12. 2013, G 16/2013, G 44/2013 EF-Z 2014/38 = RdM 2014/77 (*Kopetzki*) = iFamZ 2014/3 (*Meinl*).

VfGH 4. 3. 2014, G 25/2012, V 17/2012 VfSlg 19.853.

VfGH 11. 12. 2014, G 119/2014, G 120/2014 iFamZ 2015/2 (*Schoditsch*).

VfGH 11. 12. 2014, G 18/2014 iFamZ 2015/1 (*Pesendorfer*) = EF-Z 2015/63 (*Beck*) = Zak 2015/74.

VfGH 10. 12. 2015, G 352/2015 VfSlg 20.035.

VfGH 13. 12. 2015, G 494/2015 iFamZ 2017/1 (*Pesendorfer/Beck*) = EF-Z 2017/31 (*Khakzadeh-Leiler*).

VfGH 4. 12. 2017, G 258/2017 ua EF-Z 2018/31 (*Höllwerth*) = JBl 2018, 28 (*Kerschner*).

VwGH

VwGH 18. 9. 2002, 2001/07/0172.

VwGH 30. 10. 2008, 2008/07/0121.

OGH

OGH 29. 10. 1872, GIUNF 4749.

OGH 20. 10. 1908, R II 804/8, GIUNF 4346.

OGH 29. 12. 1954, 3 Ob 643/54 JBl 1955, 276.

OGH 3. 7. 1957, 7 Ob 315/57 SZ 30/40.

OGH 11. 4. 1960, 3 Ob 82/60 SZ 33/41.

OGH 5. 7. 1961, 5 Ob 185/61 SZ 34/102.

OGH 31. 1. 1973, 7 Ob 12/73 EvBl 1973/154.

OGH 22. 1. 1975, 1 Ob 5/75 SZ 48/5.

OGH 2. 8. 1979, 7 Ob 687/79 EFSlg 33.650.

OGH 12. 11. 1979, 1 Ob 733/79 EvBl 1980/98.

OGH 22. 9. 1981, 5 Ob 6/81 SZ 54/129.

OGH 15. 3. 1984, 6 Ob 529/84 EvBl 1984/123.

OGH 12. 7. 1984, 7 Ob 536/84 EFSlg 45.914.

OGH 10. 2. 1987, 5 Ob 163/86 SZ 60/18.

OGH 17. 9. 1987, 13 Os 117/87 ÖJZ 1988/8 (NRsp).

OGH 24. 11. 1988, 8 Ob 662/88.

OGH 1. 1. 1991, 7 Ob 534/91 EFSlg 66.005.

OGH 26. 6. 1992, 8 Ob 525/92 JBl 1993, 453.

OGH 26. 8. 1993, 6 Ob 571/93 EvBl 1994/23.

OGH 27. 1. 1994, 2 Ob 557/93 EvBl 1994/127.

OGH 13. 3. 1996, 7 Ob 527/96 JBl 1996, 717 (*Bernat*).

OGH 10. 7. 1996 3 Ob 34/94 JAP 1996/97, 249 (*Reidinger*) = RdW 2000/3 (*Iro*).

OGH 16. 12. 1996, 1 Ob 2259/96d JBl 1997, 304 = RdM 1997/25 (*Bernat*) = NZ 1997, 372 = EvBl 1997/127.

OGH 13. 3. 1997, 12 Os 13/97 EvBl 1997/144 = RZ 1997/68.

OGH 23. 7. 1997, 7 Ob 212/97w RdM 1998/2 (*Bernat*) = SZ 70/155.

OGH 9. 9. 1997, 4 Ob 236/97b EFSlg 84.245.

OGH 16. 6. 1999, 9 Ob 135/99i EFSlg 89.759.

OGH 23. 5. 2000, 4 Ob 133/00p EvBl 2000/205 = ZfRV 2000/93.

OGH 11.7. 2000, 10 Ob 114/00p EFSlg 92.999.

OGH 29. 8. 2000, 1 Ob 202/00p AnwBl 2001, 54 (*Gabl*) = RZ 2001/14.

OGH 7. 11. 2000, 5 Ob 270/00t immolex 2001/53.

OGH 25. 01. 2001, 2 Ob 322/00t JBl 2001, 712 = SZ 74/11 = EFSlg 96.945.

OGH 16. 12. 2003, 1 Ob 284/03a EvBl 2004/90.

OGH 17. 3. 2004, 9 ObA 50/03y SZ 2004/39 = JBl 2004, 736 = ecolex 2004/257.

OGH 15. 3. 2005, 5 Ob 18/05s EvBl 2005/157 EFSlg 110.924.

OGH 17. 3. 2005, 6 Ob 28/05v EFSlg 110.842.

OGH 21. 4. 2005, 6 Ob 52/05y.

OGH 20. 12. 2005, 1 Ob 236/05w EF-Z 2006/24 (*Huber*).

OGH 19. 6. 2006, 8 Ob 68/06t EF-Z 2006/50 (*Gitschthaler*).

OGH 10. 8. 2006, 2 Ob 129/06v EF-Z 2007/57 (*Verschraegen*) = Zak 2006/604 = ÖJZ 2007/2.

OGH 11. 8. 2006, 9 Ob 68/06z EF-Z 2007/59 (*Verschraegen*) = EvBl 2007/11 = FamZ 2006/73 (*Zemanek*).

OGH 26. 6. 2007, 1 Ob 98/07d EvBl 2007/176 (*Fischer-Czermak*).

OGH 13. 7. 2007, 6 Ob 150/07p iFamZ 2007/144 (*Fucik*) = EF-Z 2007/128 = Zak 2007/604 = EFSlg 116. 921.

OGH 8. 8. 2007, 9 Ob 31/07k iFamZ 2007/159 (*Tschugguel*).

OGH 29. 8. 2007, 7 Ob 75/07s Zak 2007/708 = EF-Z 2008/5 (*Höllwerth*) = EFSlg 116.919.

OGH 11. 12. 2007, 4 Ob 201/07y EF-Z 2008/58 (*Rummel*).

OGH 19. 12. 2007, 3 Ob 229/07h iFamZ 2008/86 (*Fucik*).

OGH 19. 12. 2007, 9 Ob 76/07b EvBl 2008/87 = iFamZ 2008/65.

OGH 1. 5. 2008, 9 Ob 76/07b iFamZ 2008/65.

OGH 5. 6. 2008, 6 Ob 65/08i iFamZ 2008/120 = EF-Z 2009/14 (*Gitschthaler*) = EvBl 2008/169.

OGH 20. 6. 2008, 1 Ob 106/08g EvBl 2008/177 = RZ 2009/15 = iFamZ 2008/150 = EF-Z 2008/102 = Zak 2008/530.

OGH 1. 7. 2009, 7 Ob 85/08p iFamZ 2009/146.

OGH 11. 11. 2010, 2 Ob 74/10m EF-Z 2011/68 (*Gitschthaler*) = NZ 2011/61 = iFamZ 2011/57 = JBl 2011, 303.

OGH 22. 3. 2011, 3 Ob 147/10d RdM 2011/81 (*Bernat*) = iFamZ 2011/91 = EF-Z 2011/84 = Zak 2011/261.

OGH 19. 10. 2011, 4 Ob 148/11k EF-Z 2012/9 (*Höllwerth*) = JBl 2012, 46 = iFamZ 2012/10.

OGH 18. 1. 2012, 3 Ob 2/12h JBl 2012, 534 = Zak 2012/213 = iFamZ 2012/88 (*Zemanek*) = ecolex 2012/244.

OGH 8. 3. 2012, 2 Ob 12/12x EF-Z 2012/65 (*Gitschthaler*) = iFamZ 2012/89 = Zak 2012/212.

OGH 13. 12. 2012, 1 Ob 148/12i EF-Z 2013/82 (*Beck*) = JBl 2013, 171 = iFamZ 2013/45 (*Seeber-Grimm/Schoditsch*) = EvBl 2013/95 (*Brenn/Pesendorfer*) = EFSlg 134.336.

OGH 19. 12. 2012, 3 Ob 224/12f RdM 2013/75 (*Bernat*) = iFamZ 2013/34 (*Pesendorfer*) = Zak 2013/39.

OGH 17. 4. 2013, 4 Ob 46/13p EF-Z 2013/116 (*Schwarzenegger*) = iFamZ 2013/89.

OGH 28. 5. 2013, 8 Ob 49/13h EFSlg 137.609 = iFamZ 2013/167 (*Zemanek*) = NZ 2013/151.

OGH 14. 11. 2013, 2 Ob 220/12k EF-Z 2014/6 = AnwBl 2014, 98 = Zak 2013/798.

OGH 21. 1. 2014, 4 Ob 214/13v iFamZ 2014/43 (*Zemanek/Fritz*).

OGH 21. 10. 2014, 10 Ob S 68/14v EF-Z 2015/43 (*T. Maier*).

OGH 27. 11. 2014, 9 Ob 73/14x iFamZ 2015/50 (*Zemanek*) = EF-Z 2015/121.

OGH 24. 3. 2015, 8 Ob 32/15m iFamZ 2015/155 (*Pesendorfer*).

OGH 2. 7. 2015, 7 Ob 60/15x Zak 2015/556 = EvBl 2016/16 (*Hoch/Pierer*) = Rz 2016/6 = ecolex 2016/166 (*Schoditsch*) = EF-Z 2016/45 = iFamZ 2015/217 (*Zemanek*).

OGH 30. 7. 2015, 8 Ob 125/14m iFamZ 2015/216 = Zak 2015/627 = EFSlg 146.302.

OGH 15. 12. 2015, 10 Ob 71/15m iFamZ 2016/8 = EvBl 2016/72 (*Hoch/Fucik*) = EF-Z 2016/64 = JBl 2016, 168 = Zak 2016/132.

OGH 24. 3. 2017, 9 Ob 3/17g EF-Z 2017/77.

Landesgerichte

OLG Linz 1. 1. 1977, 4 R 159/77 EFSlg 29.145.

LGZ Wien 17. 10. 1977, 43 R 1353/77 EFSlg 29.141.

OLG Wien 7. 6. 1983, 12 R 109/83 EFSlg 42.503.

LGZ Wien 6. 12. 1988, 44 R 3551/88 EFSlg 56.860.

LGZ Wien 11. 3. 1992, 43 R 144/92 EFSlg 68.761.

LG Salzburg 18. 10. 2006, 21 R 521/06y EF-Z 2007/58.

LG Wels 9.10.2013, 21 R 204/13v EFSlg 137.611.

Deutsche Gerichte

BVerfG

BVerfG 31. 1. 1989, 1 BvL 17/87 NJW 1989, 891.

BVerfG 6. 5. 1997, 1 BvR 409/90 NJW 1997, 1769.

BVerfG 8. 10. 1997, 1 BvR 9/97 NJW 1998, 131 = EuGRZ 1997, 586 = FamRZ 1998, 21.

BVerfG 9. 4. 2003, 1 BvR 1493/96, 1724/01 NJW 2003, 2151 = FamRZ 2003, 816.

BVerfG 13. 2. 2007, 1 BvR 421/05 NJW 2007, 753 = JA 2007, 747 (*Muckel*) = JuS 2007, 472 (*Wellenhofer*) = FamRZ 2007, 441.

BVerfG 13. 10. 2008, 1 BvR 1548/03 NJW 2009, 423.

BVerfG 19. 2. 2013, 1 BvL 1/11, 1 BvR 3247/09 BeckRS 2013, 47057 = EF-Z 2013/81 (*Simma*).

BVerfG 19. 11. 2014, 1 BvR 2843/14 FamRZ 2015, 119 = NJW 2015, 542 (*Sanders*).

BVerfG 24. 2. 2015, 1 BvR 472/14 NJW 2015, 1506 (*Reuß*) = FamRZ 2015, 729 (*Scherpe*).

BGH

BGH 7. 4. 1983, IX ZR 24/82 ZfRV 1983, 300 (*Hoyer*) = NJW 1983, 2073.

BGH 3. 5. 1995, XII ZR 29/94 NJW 1995, 2028 = FamRZ 1995, 861 = MDR 1995, 712.

BGH 12. 7. 1995, XII ZR 128/94 NJW 1995, 2921 = FamRZ 1995, 1272.

BGH 12. 1. 2005, XII ZR 227/03 NJW 2005, 497 = FamRZ 2005, 340.

BGH 16. 4. 2008, XII ZR 144/06 NJW 2008, 2433 (*Maurer*) = JuS 2008, 840 (*Wellenhofer*) = FamRZ 2008, 1424 = JA 2009, 66 (*Löhnig*).

BGH 3. 7. 2008, I ZB 87/06 FD-FamR 2008, 264857.

BGH 1. 1. 2011, XII ZR 136/09 EF-Z 2012/111 (*Lurger*) = NJW 2012, 450 = EFSlg 131.026.

BGH 15. 5. 2013, XII ZR 49/11 FamRZ 2013, 1209 (*Heiderhoff*) = NJW 2013, 2589 = JA 2014, 69 (*Löhnig*) = JuS 2013, 1038 (*Wellenhofer*) = LMK 2013, 349336 (*Hilbig-Lugani*).

BGH 2. 7. 2014, XII ZB 201/13 FamRZ 2014, 1440 (*Wellenhofer*).

BGH 10. 12. 2014, XII ZB 463/13 DNotZ 2015, 296 (*Schall*) = JuS 2015, 841 (*Wellenhofer*) = NJW 2015, 479 (*Heiderhoff*) = FamRZ 2015, 240 = IPRax 2015, 261.

BGH 28. 1. 2015, XII ZR 201/13 LMK 2015, 369224 (*Heiderhoff*) = JuS 2015, 462 (*Wellenhofer*) = NJW 2015, 1098 (*Löhnig*) = EF-Z 2015/62 (*Beck*) = DNotZ 2015, 426 = FamRZ 2015, 642.

BGH 18. 2. 2015, XII ZB 473/13 NJW 2015, 1820 (*Heiderhoff*) = JuS 2015, 653 (*Wellenhofer*) = JA 2015, 548 (*Löhnig*).

Landesgerichte

LG Bremen, 10. 3. 1998, 1 S 518-97 NJW 1999, 729.

LG Münster 26. 8. 1998, 1 S 414-89 NJW 1999, 726.

LG Münster 29. 7. 1999, 5 T 198-99 NJW 1999, 3787.

OLG Hamm 6. 2. 2013, I-14 U 7/12 NJW 2013, 1167.

Abstract

Die vorliegende Dissertation behandelt ausgewählte Konfliktfälle zwischen rechtlicher und leiblicher Elternschaft aus zivil- und grundrechtlicher Perspektive. Da die rechtliche Eltern-Kind-Beziehung nicht in jedem Fall auf der genetischen Abstammung beruht, kann es rechtliche Eltern geben, die mit ihrem Kind nicht genetisch verwandt sind, und umgekehrt. Im Rahmen dieser Arbeit wird analysiert, inwiefern sich die Regelung solcher Fälle im Abstammungs- und Fortpflanzungsmedizinrecht mit den Grundrechten der Verfassung vereinbaren lässt. Zugleich werden auch zivilrechtliche Auslegungsfragen behandelt. Nach einer Einführung in die relevanten Bestimmungen wird zunächst das Auseinanderfallen von leiblicher und rechtlicher Elternschaft bei natürlicher Fortpflanzung untersucht. Eine zentrale Frage in diesem Zusammenhang ist, ob der leibliche Vater eines Kindes seine Vaterschaft gegen die Vaterschaft des bisherigen juristischen Vaters durchsetzen kann, wobei auch die Mitwirkungsmöglichkeiten der Mutter und das Kontaktrecht des leiblichen Vaters thematisiert werden. Anschließend wird untersucht, inwiefern für das Kind und seinen rechtlichen Elternteil unterschiedliche Fristen zur Einleitung eines Abstammungsverfahrens angeordnet werden können. Weitere behandelte Themen sind die Disposition über die Elternschaft und die Möglichkeit einer Inzidentfeststellung der Vaterschaft außerhalb des Abstammungsverfahrens. Anschließend wendet sich die Arbeit einer Analyse des Schweigerechts der Mutter zu. Umfassend behandelt werden auch die Phänomene der anonymen Geburt und der anonymen Abgabe von Kindern in so genannten Babynestern. Der letzte große Teil der Arbeit widmet sich Konflikten im Zusammenhang mit den Methoden der Fortpflanzungsmedizin. Zunächst wird untersucht, ob die Zustimmung des Wunschelternteils zu einer heterologen Insemination oder IVF dazu führt, dass sowohl der rechtliche Elternteil als auch das Kind in jeglichen Fällen an das daraus resultierende Abstammungsverhältnis gebunden bleiben sollen. Auch im Zusammenhang mit der rechtlichen Mutterschaft nach einer Eizellenspende stellt sich die Frage nach einer ausnahmsweisen Änderung der Abstammungsbeziehung. Anschließend wird erörtert, ob gleichgeschlechtliche weibliche Paare durch die Regelung der Co-Mutterschaft diskriminiert werden. In einem weiteren Abschnitt werden die fehlende Rechtsbeziehung zwischen einem Kind und seinem Samenspender bzw seiner Eizellenspenderin, die Information des Kindes über seine Herkunft und die mögliche Herstellung von Kontakt zum genetischen Elternteil analysiert. Abschließend wendet sich die Arbeit der Frage zu, ob es aus Sicht der Grundrechte geboten wäre, alleinstehenden Frauen die Inanspruchnahme einer medizinisch unterstützten Fortpflanzung zu ermöglichen.

Legal parenthood does not depend on genetic descent and vice versa. Conflicts because a child has a legal as well as a genetic father or mother not only arise in the context of artificial reproduction technology but also in cases of adultery, for example. In this thesis, the author discusses the Austrian laws that govern these conflicts from two different points of view, namely constitutional law and private law. The main question is whether these laws are compatible with the Austrian constitution, especially with the principle of equality and the human rights according to the ECHR. Furthermore, the author deals with other questions regarding the interpretation of the relevant provisions. After an introduction to the relevant provisions of family law and the constitution, the first half of the thesis deals with divergences between genetic and legal parenthood arising in cases of natural conception. One of the main problems concerns the rights of a genetic father to legal parenthood or to contact with the child if there already is a legal father. The mother's rights in this particular context are also considered. Subsequently, the time limits for bringing proceedings in order to establish the non-paternity of the legal father are discussed. Among other issues, the author treats the question of whether parenthood can be subject to an agreement between the parties concerned and the possibility of establishing paternity in proceedings other than the non-contentious proceedings designed for this purpose. After a detailed analysis of the right of the mother not to name the father of her child, there is a comprehensive chapter on anonymous birth and the abandonment of children in so-called "baby nests". The second half of the thesis examines legal and genetic parenthood in cases of conception via artificial reproduction technology using sperm or egg donations from donors. Since the mother's partner has to consent to the procedure which irreversibly makes him or her the second legal parent, the question arises whether there is indeed no exception that would allow the parent or the child to claim that there is no genetic bond between them. A similar question appears when a woman gives birth to a child that has been conceived using a donated egg. In rare cases, the fact that she irrevocably becomes the legal mother entails problematic consequences. Another chapter addresses the question of whether the provisions on how the mother's lesbian partner can obtain legal parenthood discriminate against her. The situation of the sperm or egg donor and their non-existent legal relationship with the child are also analyzed, particularly the question of how the child is informed about their descent and the rights of the parties concerned when it comes to establishing contact. Finally, this thesis examines whether prohibiting single women from using artificial reproduction technology is compatible with the constitution.

Danksagung

Für die umfassende Betreuung dieser Arbeit, den Anstoß zur Wahl dieses Themas und viele wertvolle Anregungen möchte ich mich ganz herzlich bei meiner Betreuerin und ehemaligen Vorgesetzten, Frau Univ.-Prof. Dr. Constanze Fischer-Czermak, bedanken.

Meinen ehemaligen Kollegen am Institut für Zivilrecht der Universität Wien, darunter insbesondere Dr. Barbara Beclin, Dr. Joachim Pierer und Dr. Michael Vidmar, danke ich ebenso herzlich für den fachlichen Austausch und die gegenseitige Unterstützung während des Schreibens.

Besonders bedanken möchte ich mich auch bei meinen Eltern, Dr. Herbert und Marietheres Maier, und bei Julian Fesel MSc, die nicht nur jederzeit als Gesprächspartner und Korrekturleser für mich da waren, sondern mich während dieser Zeit auch durch viele schwierige Momente begleitet und ermutigt haben.