

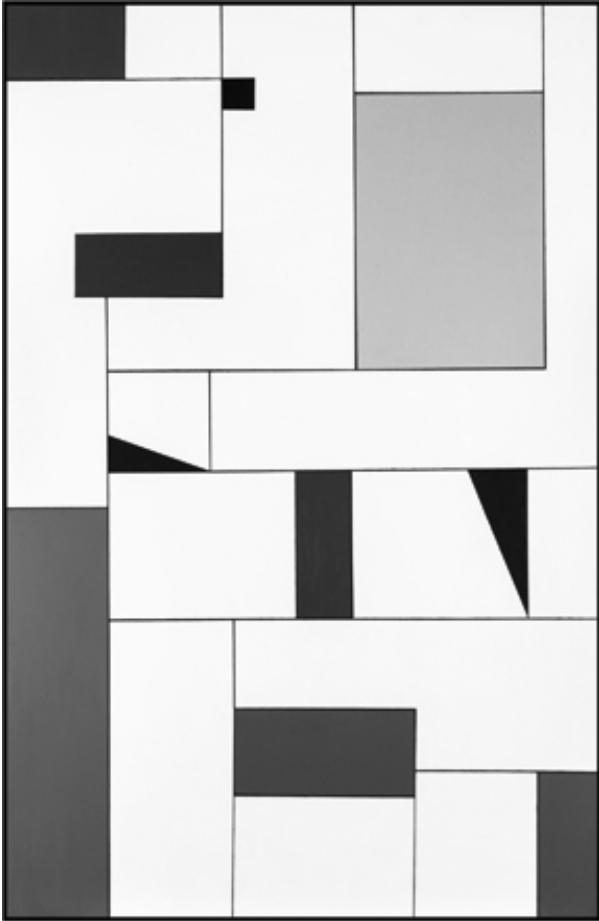
Karin Neuwirth

Reproduktive Gleichheit – Wie der österreichische Verfassungsgerichtshof gendergerechte Familiengründung vorangetrieben hat und die Zwei-Eltern-Prämisse obsolet werden könnte

*Der Beitrag stellt die Judikatur des österreichischen Verfassungsgerichtshofes zur diskriminierungsfreien Durchsetzung des Rechts auf Familienleben und die Öffnung des Adoptions- und Fortpflanzungsmedizinrechts für gleichgeschlechtliche Partner*innenschaften dar. Kindeswohl und die Anerkennung sozialer Familienbeziehungen werden in der Rechtsprechung als zentrale Zielsetzung jeder Regelung betont. Dennoch behandelt das Recht hinsichtlich Abstammung und Reproduktionsmedizin nicht alle gleich. Leihmutterschaft ist weiterhin verboten, das Verbot wird im Ausland umgangen. Somit stellt sich die Frage, ob durch eine Öffnung des Familienbegriffs, etwa die rechtliche Anerkennung von mehr als zwei Elternteilen für ein Kind, die tatsächliche familienrechtliche Gleichstellung erreicht werden könnte.*

Schlagwörter: Diskriminierungsfreiheit, Elternschaft, Familienrecht, Reproduktionsmedizin

Die familienrechtlichen Normen waren in Österreich allzu lange von formal-rechtlicher Geschlechterungleichheit und traditionellen Vorstellungen von heterosexueller Ehe und bürgerlicher Kernfamilie geprägt. Während im Großteil Europas (auch in Österreich) die politische Gleichstellung der Frau mit Ende des Ersten Weltkriegs erfolgte und die familienrechtlichen Gleichstellungsnormen in den Jahren nach dem Zweiten Weltkrieg entstanden, kam es hierzulande erst mit der sogenannten Großen Familienrechtsreform der 1970er Jahre zum Ende patriarchaler Vorrechte im Ehe- und Kindschaftsrecht. Die rechtliche Gleichstellung von ehelich und unehelich geborenen Kindern und die Möglichkeit der Obsorge beider Elternteile auch nach Scheidung, Trennung oder für den Fall, dass sie nie zusammengelebt hatten, wurden mittels gesetzlicher



Neuregelungen letztendlich erst zu Beginn des 21. Jh. eingeführt (vgl. Hinteregger, 2022; Lehner, 1987; Neuwirth, 2020a und 2020b). Einen Sprung in die tatsächliche Gleichstellung der Geschlechter hinsichtlich familiärer Aufgabenteilung bedeutete die erreichte formell-rechtliche Gleichheit dennoch nicht. Fragen der gelebten Familienrealitäten und der geschlechtsspezifischen Ungleichverteilung von Care-Arbeit und ihrer Konsequenzen sollen hier nicht weiter vertieft werden. Im Beitrag geht es vielmehr um die Frage, wie das österreichische Recht Familie konstruiert und welche Formen von Familie Anerkennung und Schutz finden. Weiters soll auch reflektiert werden, ob es nicht grundsätzlich zu einer Überwindung der aktuellen normativen Konstruktion von Familie mit zwei Eltern kommen könnte. Ob diese, insbesondere im Bereich der Legal Gender Studies diskutierte, Idee zumindest im Ansatz verwirklicht werden wird, bleibt abzuwarten. Bisherige, in Umsetzung der Gleichheitsidee erfolgte Änderungen könnten auf diese Weise konsequent weitergeführt werden.

Die traditionelle Sichtweise von Familie

Österreich war im internationalen Vergleich in der Umsetzung gleicher Familienrechte säumig und vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) mehrmals wegen Verletzung der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), konkret des Rechts auf Familienleben gemäß Art. 8 EMRK, verurteilt worden (vgl. Aichhorn, 2017, S. 1ff.). Die EMRK hat in Österreich immerhin Verfassungsrang und ihre Grundsätze sind bei der Ausgestaltung des Rechts einzuhalten. Das Recht auf Familienleben hat diskriminierungsfrei für alle gelebten Familienbeziehungen zu gelten; die EMRK wird vom EGMR als »living instrument« gesehen, ihre Grundsätze sind gesellschaftlichen Änderungen entsprechend weiter zu entwickeln. Die beiden lange dominanten, großen politischen Lager in Österreich, die sozialdemokratische SPÖ und die konservative ÖVP, mussten sich in ihren Regierungskoalitionen jede Einigung im familienrechtlichen Bereich mühsam erkämpfen; (vermeintlich) links-feministische Moderne und (scheinbar) katholisch-

konservative Tradition waren schwer miteinander verträglich. Tatsächlich reicht diese familienrechtliche Unvereinbarkeit der beiden Lager bis in die Erste Republik zurück und hat zu einer Erstarrung und einem Festhalten an überkommenen Traditionen (wie etwa dem nach wie vor bestehenden Relikt Verschuldensscheidung) geführt. Dass es klare internationale Rechtsverpflichtungen, insbesondere den Gleichheitsgrundsatz und die Vorgaben familienbezogener Grundrechte gab, wurde in den ideologisch geprägten Debatten meist ignoriert. Selbst die Regierungsbeileiligung der freiheitlich-nationalen FPÖ Anfang der 2000er Jahre (ÖVP-FPÖ-Koalition), die eine Stärkung konservativer Familienbilder bedeutete, führte nicht zu grundlegenden Neuregelungen, sondern verlagerte die Streitlinien nur zu anderen Themenschwerpunkten hin (vgl. Neuwirth, 2014, S. 129ff.). Einigkeit herrschte oft nur über die Uneinigkeit bezüglich familienrechtlicher Idealvorstellungen. Mit der schwierigen Beschlussfassung des Eingetragene-Partnerschaft-Gesetzes 2009 (wieder in einer SPÖ-ÖVP-Koalition) war der legistische Reformwille in Richtung moderner Familienmodelle endgültig zum Erliegen gekommen, denn die rechtliche Absicherung tatsächlich gelebter Familienbande erfolgte ab dann im Wege der höchstgerichtlichen, menschenrechtlichen Judikatur – meist durch Aufhebung jener für einzelne Betroffene grundrechtswidrig, also diskriminierend wirkenden Normen oder Normteile, was wiederum eine gesetzgeberische Reaktion erzwang.

Der »Geschlechtskörper Familie« – in Form des Vater-Mutter-Kind-Schemas, konkreter in Form eines verheirateten, heterosexuellen Paares aus biologischem Mann und biologischer Frau mit einem gemeinsamen, genetisch von ihnen abstammenden Kind (allenfalls mehreren Kindern) – wirkte und wirkt normkonstituierend. Nach österreichischer Rechtslage unterscheidet das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch (ABGB) drei Rechtspositionen, die nicht zwingend zusammenfallen. Die Abstammung (§§ 140-154 ABGB), welche die rechtliche Zuordnung von Familienmitgliedern zueinander ausdrückt und insbesondere für erbrechtliche Ansprüche von Relevanz ist; weiters die Obsorge (§§ 158-185 ABGB), die die Vertretungs- und Entscheidungsmacht, aber auch Unterhalts- und Betreuungspflichten Erwachsener hinsichtlich minderjähriger Kinder

festlegt. Und schließlich soll das Kontaktrecht ein Mindestmaß an persönlicher Beziehung zu einem Kind ermöglichen (§§ 186-190 ABGB). Dieses ist nicht auf abstammungsrechtliche Familienmitglieder beschränkt, sondern kann auch sogenannte Dritte umfassen, die eine wichtige Bezugsperson für das Kind darstellen. Es kann bei Kindeswohlgefährdung jedoch auch für leibliche Verwandte beschränkt oder ausgeschlossen werden. § 138 ABGB definiert das Kindeswohl als leitenden Gesichtspunkt des Kindschaftsrechts und zählt insbesondere folgende Kriterien auf: Versorgung, Fürsorge, Wertschätzung, Bindungssicherheit sowie Vermeidung von unmittelbarer Gewalt, Gewalterleben oder Loyalitätskonflikten. Auch bezüglich der Abstammung unterscheidet das Recht mittlerweile drei Statusbezeichnungen erwachsener Personen: »Mutter« ist die Frau, die das Kind geboren hat. Dieser Status ist durch Freigabe des Kindes zur Adoption grundsätzlich auch ablegbar. Der Status der »Vaterschaft« setzt voraus, dass der Mann mit der Mutter im Zeitpunkt der Geburt des Kindes verheiratet (oder als Ehemann der Mutter nicht früher als 300 Tage vor der Geburt des Kindes verstorben) ist, oder dass der Mann die Vaterschaft anerkannt hat, oder dass die Vaterschaft gerichtlich festgestellt wird. Neben »Mutter« und »Vater« kennt die österreichische Rechtsordnung seit 2015 den Begriff »Eltern teil«, weil durch die Novelle des Fortpflanzungsmedizingesetzes (FMedG) die Samenspende für Frauenpaare in eingetragener Partnerschaft (oder seit 2019 Ehe) zugelassen wurde (vgl. Neuwirth 2023, S. 6, zu den Details unten ausführlicher).

Rechtlich festgelegter Status versus sozial gelebte Familie?

Im Folgenden soll dargestellt werden, wie die konsequente Durchsetzung des Gleichheitsgrundsatzes im Familienrecht schließlich hinsichtlich der Elternschaft gleichgeschlechtlicher Paare sowie im Bereich der Reproduktionsmedizin zu umfassenden Umwälzungen führte. Jeder Gang vor die Höchstgerichte, entweder den Verfassungsgerichtshof (VfGH) als innerstaatlicher oder den EGMR als übernationaler Instanz, löste in einer Art Kettenreaktion weitere Urteile und Entscheidungen aus. Beide Gerichte

haben somit als Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts in den letzten zwei Jahrzehnten die privatrechtliche Materie des österreichischen Familienrechts in einem Ausmaß modernisiert, wie es viele nie vermutet hätten. Diese Entwicklung soll hier nachgezeichnet und aktuell offene Debatten dargestellt werden. Dabei ging es insbesondere um die rechtliche Absicherung gelebter, sozialer Familienbeziehungen, die allerdings bis zu diesem Zeitpunkt keine familienrechtliche Anerkennung hatten und die mitunter in Konkurrenz zu biologischen bzw. genetischen Wahrheiten gelebt wurden und werden. Alle Urteile betonten, dass erst durch die Gesetzesänderungen dem Kindeswohl als tragendem Prinzip des Familienrechts zum Durchbruch verholfen werden konnte.

Betroffene haben gelernt, dass durch eine höchstgerichtlich angeordnete Normaufhebung grundrechtswidriger Bestimmungen weitere Reformen angestoßen werden können. Die Rechtslage ist immer noch keine endgültige. Beispielsweise muss die österreichische Gesetzgebung in Umsetzung eines VfGH-Erkenntnisses aus 2022 bis spätestens 2024 das Abstammungsrecht erneuern (vgl. Voithofer, 2022, S. 284). Die Entwürfe werden mit Spannung erwartet, genauso wie eine seit Längerem angekündigte umfassende Novellierung des Kindschafts- und Unterhaltsrechts, die nach Bekanntgabe des Vorhabens bereits im Vorfeld heftige Reaktionen bzw. Abwehrhaltungen ausgelöst hat. So äußerte der Österreichische Frauenring, eine Dachorganisation österreichischer Frauenvereine, -einrichtungen und Initiativen für Gleichstellung, in zwei Pressekonferenzen Vorbehalte hinsichtlich möglicher Veränderungen.¹

Elternschaft gleichgeschlechtlicher Paare für leibliche und adoptierte Kind

Beginnen wir mit einem kurzen Rückblick: Nachdem der erste Regelungsentwurf hinsichtlich der rechtlichen Anerkennung gleichgeschlechtlicher Partner*innenschaft nicht mehr beschlossen werden konnte, weil die Koalition von SPÖ und ÖVP Ende 2008 in vorzeitige Neuwahlen gegangen war, mussten sich die beiden Parteien dann doch – beiderseits stimmenmäßig geschwächt – wieder zu einem Regierungsbündnis zu-

sammenschließen. Der gemeinsame Neuentwurf offenbarte abermals die großen ideologischen Meinungsverschiedenheiten sowie das grundsätzliche Dilemma, dass das österreichische Familienrecht im internationalen Vergleich und angesichts der realen Gegebenheiten hoffnungslos veraltet war und – wie Meinungsumfragen ergaben – von großen Teilen der Gesellschaft nicht mehr gestützt wurde (vgl. Aichhorn, 2017, S. 12f.). Um endlich einen Beschluss fassen zu können, schuf man im Eingetragene-Partnerschaft-Gesetz (EPG 2009) Normen, die in beinahe irrationaler Weise weitgehend inhaltsgleich zur Ehe, aber dennoch im Detail diskriminierend ausgestaltet waren, um jeglichen Konnex zum Rechtsregime des Familienrechts verleugnen zu können (vgl. Greif, 2010, S. 27ff.). Hatte ein Teil (allenfalls auch beide) in einer solchen Partner*innenschaft bereits Kinder, ergab sich folglich eine klare Missachtung eines gemeinsamen Rechts auf Privat- und Familienleben nach Art. 8 EMRK im Vergleich zu Ehen oder heterosexuellen Lebensgemeinschaften, und zwar ausschließlich aufgrund der sexuellen Orientierung der beteiligten Elternteile. Dies war nach Art. 14 EMRK diskriminierend und nicht durch objektive Schutzinteressen rechtfertigbar. Der VfGH hob folglich – auch in Umsetzung sonstiger Judikatur des EGMR – in mehreren Urteilen die unzulässigen Ungleichbehandlungen auf, insbesondere jene hinsichtlich des Zeremoniells der Eingehung der Partner*innenschaft, aber auch betreffend des Namensrechts.² Auf diese Weise wurden auch legislative Nachbesserungen im Adoptionsrecht erzwungen, und in einem ersten Schritt ermöglichte die vom Gesetzgeber nachgereichte Novelle die sogenannte Stiefkindadoption in eingetragenen Partner*innenschaften (EGMR (GK) 19.02.2013, 19010/07, X ua/Österreich; AdRÄG 2013, BGBl I 2013/179). Schließlich führten weitere Verfahren und die Aufhebung von Einzelbestimmungen ohne weitere Gesetzesnovellen dazu, dass mit Wirkung ab 2015 eine umfassende gleichheitskonforme Regelung der Adoption im Rechtsbestand übrigblieb. Die Rechtsnormen sind von Gerichten und Behörden verfassungskonform, also diskriminierungsfrei – unabhängig von der sexuellen Orientierung – auszulegen und anzuwenden. Eine gleichzeitige, gemeinsame Adoption eines fremden Kindes sowie eine sukzessive Adoption durch zuerst eine*n Partner*in und dann

die andere Person wurde möglich. Damit war die Gleichstellung von Ehen, eingetragenen Partner*innenschaften und Lebensgemeinschaften hinsichtlich aller Adoptionsmöglichkeiten und damit der Verwirklichung eines rechtlich abgesicherten Familienlebens verwirklicht (VfGH 11.12.2014, G 119-120/2014-12; §§ 191-203 ABGB).

2018 musste jedoch abermals im Wege der verfassungskonformen Interpretation des Gesetzestextes durch den VfGH selbst geklärt werden (VfGH 3.10.2018, G 69/2018), wie die von einzelnen Gerichten vorgenommene wörtliche Auslegung des Adoptionsrechts diskriminierungsfrei überwunden werden kann. Im österreichischen Recht ist nämlich zwischen einer Adoption durch eine Person oder durch zwei Personen zu unterscheiden (Einzel- oder Paaradoption nach § 191 Absatz 1 oder 2 ABGB). Demnach kann eine Person ein Kind adoptieren und entweder den leiblichen Elternteil gleichen Geschlechts oder – mit dessen Zustimmung – zusätzlich auch den anderen leiblichen Elternteil, also beide Eltern ersetzen. Dieser Logik der Einzeladoption wäre das Familiengericht auch im Ausgangssachverhalt jener zwei Frauen gefolgt, die beide das Obsorgerecht für das im Ausland per Spendersamen gezeugte, formell vaterlose, von einer Partnerin geborene Kind vereinbart hatten. Die Obsorge beider wurde unproblematisch vom österreichischen Familiengericht bewilligt. Auch nach der Trennung der Lebensgemeinschaft blieb die Obsorge beider Frauen aufrecht, was ebenfalls erwünschte Logik bei getrennten Eltern ist. Eine Regierungsvorlage zur Kindschaftsreform 2001 betont, dass »richtig verstandene, gemeinsame Verantwortung der Eltern gegenüber ihren Kindern auch im Falle der Trennung eine ideale Lösung wäre« (RV 296 BlgNR 21. GP, S. 36). Die Ex-Partnerin beantragte schließlich auch noch die Adoption des Kindes der ehemaligen Partnerin, um es rechtlich besser abzusichern und insbesondere auch unmittelbare erbrechtliche Ansprüche zu generieren – anderenfalls müsste das Kind per Testament bedacht werden, was Konkurrenz- und Anfechtungsprobleme auslösen könnte. Nur Kinder im Rechtssinn, also auch Adoptivkinder, haben Erb- bzw. Pflichtteilsansprüche. Die Beziehung zwischen der leiblichen Mutter und dem Kind sollte selbstverständlich unverändert bleiben. Der Adoptionsantrag wurde vom zuständigen

Gericht mit dem Hinweis abgelehnt, dass in Anwendung der Gesetzesbestimmungen die Ex-Partnerin die leibliche Mutter des Kindes ersetzen müsste und nicht die Position des nie festgestellten Vaters übernehmen könne. Die Möglichkeit, dass ein Elternteil den gegengeschlechtlichen Elternteil unter Aufrechterhaltung der rechtlichen Beziehung zum gleichgeschlechtlichen Elternteil verdränge, kenne das Recht nur für den Fall aufrechter Paargemeinschaft (Wortlaut der Bestimmung § 197 Absatz 4: »Kind seines Ehegatten, eingetragenen Partners oder Lebensgefährten«). In allen anderen Fällen der Einzeladoption ersetze die*der Adoptierende den Elternteil des gleichen Geschlechts und nicht einen frei zu wählenden Elternteil. Es mache auch keinen Unterschied, ob das Kind bis dahin nur einen oder bereits zwei Elternteile gehabt habe. Der VfGH stellte fest, dass eine derartige Interpretation der Regelungen nicht mehr der Intention eines diskriminierungsfreien Familienrechts und jedenfalls nicht dem Kindeswohl entsprechen könne. Auch nach Trennung der gleichgeschlechtlichen Beziehung müsse eine Adoption durch eine*n zweiten gleichgeschlechtlichen Obsorgebetrauten noch möglich sein, ohne die Elternbeziehung zum (leiblichen, gleichgeschlechtlichen) Elternteil aufzuheben. Laut VfGH ist »verfassungskonform dahingehend auszulegen, dass im Fall der Einzeladoption durch den (ehemaligen) gleichgeschlechtlichen Partner des leiblichen Elternteils ein ›Wahlvater‹ an die Stelle der leiblichen Mutter und eine ›Wahlmutter‹ an die Stelle des leiblichen Vaters tritt.« (VfGH 3.10.2018, G 69/2018, Rz. 46).

Erst 2019 kam es in Österreich zur gänzlichen Öffnung der Rechtsinstitute »Ehe« und »Eingetragene Partnerschaft«; seither stehen sowohl die Eheschließung als auch die Eingehung einer eingetragenen Partner*innenschaft allen Personen unabhängig von Geschlecht oder sexueller Orientierung offen (VfGH 4.12.2017, G 258-259/2017-9 bzw. BGBl I 2017/161). Auch hier hob der VfGH die entsprechenden, einschränkenden Wortfolgen in den Regelungen (»verschiedenen Geschlechtes« bzw. »gleichgeschlechtlicher Paare« und »gleichen Geschlechts«) als Verstoß gegen das Gleichheitsgebot auf: »Die damit verursachte diskriminierende Wirkung zeigt sich darin, dass durch die unterschiedliche Bezeichnung des Familienstandes (»verheiratet« versus »in eingetragener Partnerschaft

lebend«) Personen in einer gleichgeschlechtlichen Partnerschaft auch in Zusammenhängen, in denen die sexuelle Orientierung keinerlei Rolle spielt und spielen darf, diese offen legen müssen und, insbesondere auch vor dem historischen Hintergrund, Gefahr laufen, diskriminiert zu werden. Vor solchen Wirkungen will Art. 7 Abs. 1 Satz 2 B-VG in besonderer Weise schützen. Die gesetzliche Trennung verschiedengeschlechtlicher und gleichgeschlechtlicher Beziehungen in zwei unterschiedliche Rechtsinstitute verstößt damit gegen das Verbot des Gleichheitsgrundsatzes, Menschen auf Grund personaler Merkmale wie hier der sexuellen Orientierung zu diskriminieren« (VfGH 4.12.2017, G 258-259/2017-9, Rz. 16f.).

Reproduktionsmedizin diskriminierungsfrei zugänglich machen

Auch die Bestimmungen des österreichischen Fortpflanzungsmedizingesetzes (FMedG) zum Einsatz fortpflanzungsmedizinischer Techniken blieben – wie sollte es anders erwartet werden – sehr lange in diskriminierender Weise bestehen: Hier hatte zunächst weder der VfGH noch die Große Kammer (GK) des EGMR deren Grundrechtswidrigkeit festgestellt. Nur die erste Kammer des EGMR hätte die Regelungen als gleichheitswidrig beurteilt, wurde jedoch »overruled«. Entgegen der sonstigen Praxis setzte die Große Kammer als höhere Instanz nämlich nicht den Zeitpunkt der Entscheidung als relevanten Anknüpfungspunkt der Grundrechtsprüfung der Normen an, sondern das fast 20 Jahre zurückliegende Entstehungsjahr derselben. Nach damaligem Wissens- und Forschungsstand sei im Hinblick auf befürchtete Nachteile und Gefahren bestimmter Fortpflanzungstechniken der Ermessensspielraum durch die österreichische Gesetzgebung nicht überschritten worden. Die Kammer mahnte lediglich aufgrund des Alters des Gesetzes zu einer zeitgemäßen Reform.³

Die seit 1992 in Kraft stehenden Bestimmungen des FMedG hatten den Bereich zwar umfassend, aber zunächst sehr restriktiv geregelt. Der Zugang war als ultima-ratio-Ansatz bei sonstiger Unmöglichkeit der

natürlichen Fortpflanzung gedacht. Die ursprünglichen Verbotsnormen des FMedG hatten allerdings nur einen Fall der Fremdspende, nämlich die heterologe Insemination (das direkte Einbringen von Spendersamen in die Gebärmutter) erlaubt, was die Anwendbarkeit sehr einschränkte, wenn beide Wunscheltern fortpflanzungshindernde, medizinische Indikationen hatten. Mit der FMedG-Novelle des Jahres 2015 erreichte Österreich dann plötzlich eine äußerst liberale Reproduktionspolitik. Samenspenden waren nunmehr auch für die In-vitro-Fertilisation (IVF)-Methoden erlaubt sowie erstmals Eizellspenden möglich. Der Zugang zu allen Reproduktionsmedizintechniken wurde auch für Frauenpaare geöffnet; das Abstammungsrecht entsprechend geändert. Begrifflich kennt das Recht seither »Vater«, »Mutter« und einen (weiblichen) »anderen Elternteil«, nämlich jene Frau in der lesbischen Partner*innenschaft, die das Kind nicht zur Welt bringt, aber der medizinisch unterstützten Fortpflanzung an der Partnerin per Samenspende (allenfalls bei gleichzeitiger Eizellspende) zugestimmt hat (§ 144 ABGB). Die Gesetzgebung hätte wohl selbst nach der Entscheidung der Großen Kammern kaum freiwillig reagiert, wenn nicht der Dambruch abermals durch Spruch des VfGH (VfGH 10.12.2013, G 16/2013) erzwungen worden wäre. Der VfGH stellte fest, dass grundsätzlich erlaubte reproduktive Medizintechniken wie Insemination und IVF diskriminierungsfrei für beide Geschlechter und unabhängig von der sexuellen Orientierung in einer Paarbeziehung zugänglich gemacht werden müssen und hob Teile der Regelung auf. Er hatte diesfalls nicht nach Beschwerde von Betroffenen, sondern auf Basis eines Gesetzesprüfungsantrags des obersten Zivilgerichts, des Obersten Gerichtshofs (OGH 19.12.2012, 3 Ob 224/12f), entschieden.

Alle Spenden nach FMedG erfolgen für die Wunscheltern zunächst anonym; allein die medizinisch Verantwortlichen entscheiden, wer welches Spendematerial bekommen soll. Es bestehen jedoch umfassende Dokumentations- und Aufzeichnungspflichten der medizinischen Einrichtungen. Hinsichtlich der Eizellspende sind Altersgrenzen der Spenderin (vom 18. bis zum 30. Lebensjahr) und der Wunschmutter (bis zum 45. Lebensjahr) zu beachten. Auch hier stellt sich meiner Ansicht die Frage, ob diese Einschränkungen einer verfassungsrechtlichen Gleichheitsprü-

fung standhalten würden; sie wurden allerdings noch nicht bekämpft. Gespendete Zellen dürfen nur für drei Wunschelternpaare verwendet werden; Spender*innen nur einer Krankenanstalt oder Praxis ihre Zellen zur Verfügung stellen (§§ 11ff. FMedG). Die mit Hilfe der medizinisch unterstützten Fortpflanzung geborenen Kinder haben ab dem 14. Lebensjahr das Recht zur Einsichtnahme in die gespeicherten Daten. Um dieses Recht ausüben zu können, müssten sie von ihren Eltern entsprechend informiert werden, was aber in vielen Fällen nicht geschehen dürfte. Besteht die medizinische Notwendigkeit, kann das Gericht bereits eine frühere Einsichtnahme genehmigen, um allenfalls Behandlungen mit genetisch passendem Material zu ermöglichen (§ 20 FMedG). Ein zentrales Register der Spenden gibt es allerdings noch nicht.

Beide Wunschelternteile müssen der Anwendung der medizinisch unterstützten Fortpflanzung zustimmen. Die Erklärungen dürfen bei Vornahme der Insemination bzw. Einpflanzung des in-vitro-gezeugten Embryos nicht älter als zwei Jahre sein. Für verheiratete Personen genügt eine schriftliche Zustimmungserklärung – hier wirkt die abstammungsrechtliche Vermutungsregelung. Bei bloßen Lebensgefährten sowie in jedem Fall der Verwendung von Spendematerial (somit jedenfalls in lesbischen Partner*innenschaften) ist notarielle Mitwirkung erforderlich. Eine Bestreitung der Abstammung, also vom Wunschvater bzw. der gleichgeschlechtlichen Partnerin als Elternteil, ist möglich, falls die Zeugung nicht im Zuge der medizinischen Behandlung, sondern durch Dritte auf natürlichem Weg erfolgt ist. Der medizinische Samenspender selbst wird juristisch nie zum Vater des Kindes; die entsprechenden abstammungsrechtlichen Regelungen wurden im ABGB ergänzt. Die Einführung der Möglichkeit der Eizellspende hingegen erforderte keine Änderung des Abstammungsrechts. Demnach war und ist jene Frau, die das Kind zur Welt bringt, seine Mutter (»mater semper certa est«). Eine Bestreitung der Mutterschaft ist rechtlich unmöglich: Wenn etwa durch eine Verwechslung die verwendete Eizelle nicht von der Wunschmutter, sondern von einer anderen Patientin oder einer Spenderin stammt, darf keine genetische Prüfung zur Statusfeststellung vorgenommen werden. Anders verhält es sich mit einer Identitätsprüfung bei vertauschten Kindern in

der Geburtsklinik, wenn die Mutterschaft bereits festgestellt war (vgl. Stormann, 2018).

Offene Fragen hinsichtlich rechtlicher Elternschaft

Wie bereits erwähnt, dürfen gemäß FMedG nur Paare die medizinisch unterstützten Fortpflanzungsmethoden in Anspruch nehmen, weil Kinder nach Meinung der Gesetzgebung nicht geplanterweise in unvollständige Familien hineingeboren werden sollen. Die Erläuterungen zur Regierungsvorlage der Gesetzesnovelle 2015 sprachen davon, dass »Kindern nicht von vornherein nur ein Elternteil zur Verfügung stehen soll« (RV 445 BlgNR 25. GP, S. 1). Das österreichische Recht hält damit an der Idealvorstellung des Zwei-Eltern-Prinzips fest. Aber nicht nur Alleinstehende sind von der medizinisch unterstützten Fortpflanzung ausgeschlossen, sondern auch schwule Paare, weil hier eine faktische biologische Unmöglichkeit vorliegt, ohne austragende Frau eine Familie zu gründen. Alle Formen der Leihmutterschaft sind verboten (das Verbot ergibt sich implizit aus den Regelungen des FMedG und ABGB); Mutter ist immer die Frau, die ein Kind zur Welt bringt (§ 143 ABGB). Dieses Verbot hindert jedoch nicht nur männliche Paare am Zugang zur Elternschaft, sondern genauso heterosexuelle Partner*innenschaften, in denen die Frau aus medizinischen Gründen kein Kind austragen kann, obwohl sie allenfalls sogar Eizellen bildet. Das Leihmutterschaftsverbot ergibt sich durch die Regelungen des FMedG, aber insbesondere auch durch das Abstammungsrecht. Auch eine Umgehung dieser Wirkung ist nicht möglich. Eine Frau, die ihr Kind zur Adoption freigibt, hat keinen Einfluss auf das behördliche Verfahren, kann also ihr Kind nicht für ein bestimmtes Wunschelternpaar austragen und dann zur Adoption überlassen.

Die bereits erwähnte, notwendige, noch ausstehende Neuregelung des Abstammungsrechts wird in Umsetzung der VfGH-Judikatur zwar Normen hinsichtlich der Rechtsfolgen einer »Heiminsmination« anbieten müssen, aber am Leihmutterverbot wird sich nichts ändern. Die österreichische Regierungserklärung war in diesem Punkt eindeutig, eine Zulassung ist nicht geplant (Regierungsprogramm 2020-2024 »Aus Verant-

wortung für Österreich«, S. 24). Anders die Entwicklung in Deutschland, wo die Politik sehr spät erstmals über Zwei-Mütter-Konstellationen in lesbischen Beziehungen entscheiden wird, gleichzeitig aber auch eine Debatte über die Legalisierung von Leihmutterschaft führen möchte (vgl. Humbert, 2023, 70 ff.). Bei Anwendung einer privaten Samenspende, bei der der Spender eben nicht Vater des Kindes werden möchte bzw. soll, werden dem geborenen Kind nach zukünftiger Rechtslage wohl unmittelbar gegenüber der Partnerin der Gebärenden Rechte zukommen müssen. Unverheiratete Heteropaare sollten wohl die gleiche Rechtsvermutung in Anspruch nehmen können; der Mann als Wunschvater müsste die Vaterschaft dann nicht mehr formell anerkennen. Ob darin ein inhaltlicher oder verfahrensrechtlicher Vorteil zu sehen ist (vgl. Voithofer, 2022, S. 284), scheint für mich offen. Der erste Entwurf neuer Regelungen beschränkt sich auf verheiratete oder verpartnerte Paare (Initiativantrag der Abgeordneten Michaela Steinacker und Agnes Sirkka-Prammer 3754/A 27. GP). Bei heterosexuellen Ehepaaren gilt ohnehin bereits jetzt die Vermutung, dass der Ehemann der Vater des Kindes ist. Aus Gleichheitsüberlegungen wären möglichst idente Bestimmungen für alle Paar-konstellationen jedenfalls wünschenswert. Alle diese Normen werden – wie vom VfGH auch betont – den Grundsatz forcieren, dass die sozial gelebte Familie auch rechtlichen Vorrang haben soll, dennoch werden Fortpflanzungsmedizin- und Abstammungsrecht weiterhin Gegenstand von Normprüfungsverfahren beim VfGH bleiben.⁴

Praktische Umgehung des Leihmutterschaftsverbots

Hinsichtlich der Umgehung des österreichischen Leihmutterschaftsverbots bei Inanspruchnahme in Staaten, die denen diese Vorgehensweise zu rechtlich abgesicherten Eltern-Kind-Verhältnissen führt, entwickelte der VfGH schon früh eine liberale, das Kindeswohl in den Vordergrund stellende Judikatur (vgl. Verschraegen, 2019, S. 269).⁵ So etwa im Fall von zwei in den USA aus den Keimzellen der österreichischen Wunscheltern gezeugten, von einer Leihmutter ausgetragenen Kindern: Die zurückgekehrten Eltern sahen sich sowohl bei den Anträgen auf Ausstel-

lung von Staatsbürgerschaftsnachweisen also auch bei der Beantragung des Kinderbetreuungsgeldes mit Behörden konfrontiert, die nur die amerikanische Leihmutter als Mutter der Kinder sehen wollten – obwohl in den amerikanischen Geburtsurkunden die Wunscheltern als Eltern eingetragen waren. Nach der Entscheidung des VfGH hatten auch die österreichischen Behörden dies zu akzeptieren. Eine Beurteilung der Abstammung der Kinder nach österreichischem Recht mit der Leihmutter als Kindesmutter widerspräche laut VfGH sowohl Gleichheitsüberlegungen als auch dem Kindeswohl (VfGH 14.12.2011, B13/11). Im Fall von Zwillingen, die in der Ukraine von einer Leihmutter geboren wurden, kam es abermals trotz Eintragung der österreichischen Wunscheltern in die ukrainischen Geburtsurkunden bereits bei der Beantragung der Notpässe zwecks Einreise nach Österreich zu Schwierigkeiten. Auch hier entschied der VfGH, dass vorhandene Personenstandsfeststellungen bzw. -urkunden als Tatsachen zu akzeptieren sind. Nur wenn keinerlei Abstammungsurkunden vorhanden wären, dürften die Behörden materielle Beweiswürdigungen vornehmen und müssten, nachdem die Wunschmutter die Kinder nicht geboren hat, allenfalls über genetische Analysen eine Abstammung oder Nichtabstammung feststellen (VfGH 11.10.2012, B99/12 u.a.). Dieser quasi ›legitimierte‹ Fortpflanzungstourismus entschärft zwar die Realsituation etlicher Familien. Rechtsgarantien bestehen diesbezüglich dennoch nicht, und zur reproduktiven kommt vermutlich auch eine ökonomische Diskriminierung, weil eine Inanspruchnahme der Fortpflanzungstechniken im Ausland erhebliche Mehrkosten verursacht.

Bei der für den konkreten Fall aus dem Jahr 2012 nur hypothetischen Argumentation, dass nur bei fehlenden Geburtsurkunden die Elternschaft geprüft werden dürfe, ergeben sich allerdings vor dem Hintergrund der FMedG-Novelle 2015 mittlerweile gravierende Bedenken: Wäre der Blick auf biologisch-genetische Tatsachen nicht auch wiederum gleichheitswidrig oder dem Kindeswohl widersprechend, wenn doch in Österreich inzwischen die Samen- und Eizellspende rechtlich anerkannt sind und ein Kind nicht genetisch mit seinen rechtlichen Eltern verwandt sein muss (vgl. in Zusammenhang mit der jüngsten EGMR-Judikatur Levy, 2022,

S. 172ff.)? Wäre es nur durch das Vorliegen des Auslandsbezuges zu rechtfertigen, dass die Mutter dann tatsächlich entweder die gebärende Frau oder die genetisch zuordenbare Erbinformationsträgerin sein muss? Eine Anerkennung als Wunschmutter, -vater oder -elternteil könnte theoretisch – wie im österreichischen Fortpflanzungsmedizinrecht – auch bei Inanspruchnahme von Behandlungen im Ausland auf Basis notarieller Erklärungen der Betroffenen erfolgen, um Gleichheit aller Fallkonstellationen zu gewährleisten. Große Bedenken gegen eine zu liberale Schaffung und rechtliche Anerkennung von Elternschaft bestehen aber insbesondere deshalb, weil damit allenfalls Formen des Kinderhandels leicht Legitimation finden könnten und Schutzpflichten hinsichtlich der Kinder verletzt würden.

Der Bereich der Fortpflanzungsmedizin ist – egal ob nach inländischen Bestimmungen ausgeübt oder im Ausland in Anspruch genommen – aus einem weiteren Gesichtspunkt schwierig zu fassen. Das laut EGMR ebenfalls aus Art. 8 EMRK ableitbare Recht auf ein Wissen um die eigene Abstammung als Teil der eigenen Identität wäre nur durch (inter-)nationale Spendenregister zu garantieren. Wie dies bei privaten Spenden funktionieren soll, bleibt offen, denn nur bei gleichgeschlechtlichen Paaren ist offensichtlich, dass zumindest eine Spende erfolgt sein muss. Meist informieren Wunscheltern ihre Nachkommen jedoch nicht über die Umstände ihrer Zeugung oder Geburt, was natürlich Fragen hinsichtlich ihrer Elternpflichten aufwirft: Unterlaufen Wunscheltern mit dem Akt des Entstehens-Lassens ihrer Wunschkinder und der späteren Nichtaufklärung derselben hinsichtlich ihres Entstehens deren Interessen? Bedeutet das einen Verstoß gegen die Pflichten der elterlichen Verantwortung und sollte gar mit Verlust der Elternrechte sanktioniert werden? Meiner Meinung bleibt dieser Widerspruch unvermeidbar – entweder entscheidet sich das Recht für die Absicherung sozial gelebter Familie und macht Abstriche hinsichtlich des garantierten Wissens um die genetische Wahrheit, oder wir kehren zu biologistischen Ansätzen retour, die bestehende Familien allenfalls rechtlich aushebeln und Wunschfamilien verunmöglichen (vgl. Levy, 2022, S. 121ff.). Diese Fragen in einer Gesamtperspektive zu lösen, erscheint wohl ähnlich schwierig, wie die Fra-

ge, ob die eigene Geburt als Schadensereignis gesehen werden kann und monetäre Ersatzpflichten auslösen sollte (vgl. Swoboda, 2016, S. 396ff.).⁶

Widersprüchlichkeit diverser familienrechtlicher Normen und Konstellationen

Widerstreitende Schutzinteressen prägen das gesamte Familienrecht. Die Rechtswissenschaft spricht von multipolaren Grundrechtskollisionen, denn die unterschiedlichen Forderungen der Beteiligten beziehen sich auf das gleiche Recht, nämlich jenes auf Rechtsgleichheit im Zusammenhang mit dem Familienleben (vgl. Schoditsch, 2019, S. 97ff.). Die Tendenz geht eindeutig in Richtung des Schutzes bestehender sozialer Familien vor der rechtlichen Durchsetzung biologischer Wahrheiten. Dies zeigt sich auch durch folgenden Regelungsgrundsatz des österreichischen Abstammungsrechts: Hat ein Kind auf Basis der Abstammungsregelungen einen rechtlichen Vater, der nicht sein leiblicher Vater ist, so kann es selbst zwar im Wege des sogenannten Vätertausches den genetischen auch zum rechtlichen Vater machen. Gibt aber der biologische Vater bei bereits bestehender Vaterschaft eines anderen ein Anerkenntnis ab, muss neben dem minderjährigen Kind auch die Mutter zustimmen, damit er formell als Vater festgestellt werden kann. Somit kann sich der leibliche Vater ohne Zustimmung nicht in eine bestehende Familienkonstellation hineindrängen (vgl. Hörschläger et al., 2023, S. 195). Wenn es dem Kindeswohl entspricht, kann ihm das Gericht allerdings als Drittem (wie auch anderen Personen) ein Kontaktrecht zum Kind einräumen. Diese Logik wurde vom VfGH bereits seit Längerem als unproblematisch im Sinn des Art. 8 EMRK gesehen, der OGH schloss sich – nach anfänglichem Zögern – dieser Einschätzung an und bestätigte die entsprechenden Abstammungsverfahren (vgl. Ulrich, 2013, S. 8). Somit ist in Österreich jedem Automatismus aufgrund genetischer Grundlagen eine klare Absage erteilt und der Schutz einer tatsächlich gewünschten und gelebten Eltern-Kind-Beziehung vorrangig gewährleistet; im vergleichbaren deutschen