

Die rechtlichen Probleme der Leihmutterschaft

Diplomarbeit

Zur Erlangung des akademischen Grades einer
Magistra der Rechtswissenschaft
an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Karl-Franzens-Universität Graz

vorgelegt von

Tanja Morak

eingereicht bei

O. Univ.-Prof.ⁱⁿ Dr.ⁱⁿ iur. Monika Hinteregger

Institut für Zivilrecht, ausländisches und internationales Privatrecht

Graz, Juli 2013

Ehrenwörtliche Erklärung

Hiermit erkläre ich ehrenwörtlich, dass ich die vorliegende Arbeit selbständig und ohne fremde Hilfe verfasst, andere als die Quellen und Hilfsmittel nicht verwendet und die den benutzten Quellen wörtlich oder inhaltlich entnommen Stellen als solche kenntlich gemacht habe.

.....
Graz, Juli 2013

Ich widme meine Diplomarbeit
zur Erreichung des akademischen Grades einer Magistra der Rechtswissenschaft,
in Liebe und Dankbarkeit
für die entgegengebrachte Unterstützung und Geduld
meinen Eltern, Annemarie und Egon

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	III
1 Einleitung.....	1
2 Rechtsinstitut der Leihmutterschaft.....	3
2.1 Begriff.....	3
2.2 Arten	3
2.2.1 „Unechte“ Leihmutterschaft	4
2.2.2 „Echte“ Leihmutterschaft	5
2.3 Motivation der Leihmutter	6
2.4 Motivation der Wunscheltern	7
2.4.1 Medizinische Gründe	8
2.4.2 Persönliche Gründe	11
3 Verbot der Leihmutterschaft nach dem FMedG	12
3.1 Inhalt des FMedG.....	12
3.1.1 Begriff der medizinisch unterstützten Fortpflanzung	12
3.1.2 Zulässigkeit einer medizinisch unterstützten Fortpflanzung.....	13
3.1.2.1 Einschränkung auf Ehe oder eheähnliche Lebensgemeinschaft.....	13
3.1.2.2 Medizinisch unterstützte Fortpflanzung als ultima ratio	14
3.1.2.3 Einschränkung auf homologe Verfahren	14
3.1.2.4 Medizinische Beratung der beteiligten Personen	15
3.2 Verbot der Leihmutterschaft	15
4 Statusrechtliche Zuordnung des Kindes	18
4.1 Rechtliche Mutterschaft.....	18
4.1.1 Mater semper certa est.....	18
4.1.2 Mutterschaft nach § 143 ABGB	20
4.2 Rechtliche Vaterschaft	22
4.2.1 Vaterschaft durch Ehe mit der Mutter	23
4.2.2 Vaterschaftsanerkenntnis	24
4.2.3 Gerichtliche Feststellung der Vaterschaft.....	26
4.2.4 Vaterschaft bei medizinisch unterstützter Fortpflanzung.....	28
4.2.4.1 Medizinisch unterstützte Fortpflanzung während aufrechter Ehe.....	28

4.2.4.2	Medizinisch unterstützte Fortpflanzung während einer eheähnlichen Lebensgemeinschaft.....	29
5	Leihmutterschaftsvertrag.....	35
5.1	Inhalt des Vertrages.....	35
5.2	Zulässigkeit.....	36
5.2.1	Privatautonomie und ihre Grenzen.....	36
5.2.2	Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot.....	36
5.2.3	Verstoß gegen die guten Sitten.....	38
5.2.4	Rechtsfolgen.....	40
6	Leihmutterschaft im Ausland.....	42
6.1	Gesetzliche Regelungen im Ausland.....	42
6.2	Statusrechtliche Zuordnung des Kindes einer ausländischen Leihmutter.....	44
6.3	Erkenntnis des VfGH B 13/11-10 vom 14.12.2011.....	45
6.3.1	Sachverhalt.....	45
6.3.2	US-amerikanische Rechtslage.....	47
6.3.3	Österreichische Rechtslage.....	49
6.3.4	Kollisionsrechtliche Beurteilung.....	50
6.3.4.1	Hypothetische Annahme des österreichischen Personalstatuts.....	53
6.3.4.2	Grundsatz der stärksten Beziehung.....	57
6.3.4.3	Günstigkeitsprinzip.....	60
6.3.5	Ordre public Vorbehalt.....	61
6.3.6	Kindeswohl.....	65
6.4	Erkenntnis des VfGH B 99/12 vom 11.10.2012.....	67
6.4.1	Sachverhalt.....	67
6.4.2	Rechtliche Beurteilung.....	68
6.4.2.1	Kollisionsrechtliches Anerkennungsprinzip.....	68
6.4.2.2	Kollisionsrechtliche Beurteilung.....	69
6.4.3	Änderung des Staatsbürgerschaftsgesetzes 1985.....	72
7	Abschließende Stellungnahme.....	74
	Literaturverzeichnis.....	VI
	Judikaturverzeichnis.....	XI

Abkürzungsverzeichnis

ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch JGS 1811/946
Abs	Absatz
ASok	Arbeits- und Sozialrechtskartei
AußStrG	Außerstreitgesetz BGBl I 2003/111
BGBl	Bundesgesetzblatt
BlgNr	Beilage(n) zu den stenographischen Protokollen des Nationalrates
bzw	beziehungsweise
ders	derselbe
dies	dieselbe
ecolex	Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht
EFSIg	Ehe- und familienrechtliche Entscheidungen
EF-Z	Zeitschrift für Ehe- und Familienrecht
ErläutRV	Erläuterungen zur Regierungsvorlage
EU	Europäische Union
EuGRZ	Europäische Grundrechte Zeitschrift
EvBl	Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen in Österreichische Juristen-Zeitung
f	und der, die folgende
ff	und der, die folgenden
FamErbRÄG	Familien- und Erbrechts-Änderungsgesetz 2004 BGBl 2004/58
FMedG	Fortpflanzungsmedizingesetz BGBl 1992/275
FN	Fußnote

GP	Gesetzgebungsperiode
Hrsg	Herausgeber
idF	in der Fassung
iFamZ	Interdisziplinäre Zeitschrift für Familienrecht
IPR	Internationales Privatrecht
IPrax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrecht
IPRG	Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht BGBl 1978/304
iVm	in Verbindung mit
JAP	Juristische Ausbildung und Praxisvorbereitung
JB	Juristische Blätter
JGS	Justizgesetzsammlung
JUS	Jus-Extra, Beilage zur Wiener Zeitung
KindRÄG	Kindschaftsrecht-Änderungsgesetz 2001 BGBl I 2000/135
leg cit	legis citatae (der zitierten Vorschrift)
lit	litera
LS	Leitsatz
mE	meines Erachtens
ÖA	Der Österreichische Amtsvormund, Fachzeitschrift für Kindschaftsrecht, Familienrecht und Jugendwohlfahrt
OGH	Oberster Gerichtshof
ÖJZ-LSK	Leitsatzkartei in der ÖJZ
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung

PStG	Personenstandsgesetz BGBl 1983/60
RdM	Recht der Medizin
RdM-LS	Recht der Medizin (Leitsatz)
RdW	Österreichisches Recht der Wirtschaft
RIS	Rechtsinformationssystem des Bundes
RV	Regierungsvorlage
Rz	Randziffer
RZ	Österreichische Richterzeitung
StbG	Staatsbürgerschaftsgesetz 1985 BGBl 1985/31
SZ	Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivil- (und Justizverwaltungs-) sachen
ua	unter anderem
va	vor allem
VfGH	Verfassungsgerichtshof
VO	Verordnung
Z	Zahl/Ziffer
Zak	Zivilrecht aktuell
zB	zum Beispiel
ZfV	Zeitschrift für Verwaltung
ZfRV	Zeitschrift für Europarecht, internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung
ZfRV-LS	Zeitschrift für Europarecht, internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung (Leitsatz)

1 Einleitung

Aufgrund des enormen medizinischen Fortschritts auf dem Gebiet der Reproduktionsmedizin wurden neue Methoden entwickelt, die es möglich machen, dass eine Frau für eine andere Frau ein Kind austrägt. Diese sogenannte Leihmutterschaft ist dadurch gekennzeichnet, dass eine Frau ihre Gebärfähigkeit anderen Personen zur Verfügung stellt, indem sie sich dazu bereit erklärt, für eine andere Frau oder ein Paar ein Kind auszutragen und dieses nach der Geburt an dessen Wunscheltern zu übergeben. Im Gegenzug wird oftmals auch ein Leihmutterschaftshonorar vereinbart.

Es gibt sicherlich wenige Themen, bei denen die Meinungen so weit auseinander gehen wie bei der Leihmutterschaft, da unterschiedliche Vorstellungen von Recht, Ethik und Moral aufeinander treffen.

In Österreich entspricht die Leihmutterschaft jedenfalls nicht den Vorstellungen von einem klassischen Familienbild, denn die Mutter eines Kindes ist immer diejenige Frau, die das Kind geboren hat, unabhängig davon, ob auch eine genetische Verbindung zum Kind gegeben ist. Nach geltendem Recht ist jede Form von Leihmutterschaft verboten, deren entgeltliche Vermittlung unter Strafe gestellt und Leihmutterschaftsverträge sind nichtig.

Es gibt jedoch auch Rechtsordnungen, die einer Leihmutterschaft positiv gegenüberstehen und eine solche gesetzlich zulassen, wie dies zB in den USA, der Ukraine oder in England der Fall ist. Dies kann unter Umständen dazu führen, dass österreichische Paare sich dazu entschließen, die österreichischen Regelungen im Ausland zu umgehen, indem sie sich im jeweiligen Land ihren Kinderwunsch mittels einer Leihmutter erfüllen. Nicht bedacht werden dabei allerdings, welche konkreten Problemstellungen in Bezug auf Abstammung und auch Nationalität nach der Rückkehr nach Österreich aufgeworfen werden.

In dieser Arbeit wird dargelegt, welche zivilrechtlichen Fragestellungen sich ergeben, wenn sich ein österreichisches Paar ihren Kinderwunsch im Ausland mittels einer Leihmutter erfüllt. Der Schwerpunkt wird dabei auf die Erörterung der Frage nach der rechtlichen Mutterschaft und Nationalität des Kindes gelegt.

Inhaltlich untergliedert sich die Arbeit in drei große Hauptteile. Im ersten Teil wird die Leihmutterschaft im Allgemeinen besprochen und dabei auf die Arten sowie auf die Gründe und Motive seitens der Leihmutter und der Wunscheltern näher eingegangen. Der zweite Abschnitt widmet sich der österreichischen Rechtslage im Hinblick auf das Leihmutterschaftsverbot, die abstammungsrechtlichen Regelungen und die Zulässigkeit eines Leihmutterschaftsvertrages. Der letzte Teil befasst sich sodann mit der Leihmutterschaft im Ausland unter Beteiligung österreichischer Wunscheltern. Dabei werden die komplexen Fragestellungen in Bezug auf Abstammung sowie Nationalität anhand von zwei aktuellen Entscheidungen des Verfassungsgerichtshofes¹ dargelegt und erörtert. Abgeschlossen wird die Arbeit durch eine persönliche Stellungnahme meinerseits.

¹ VfGH B 13/11-10 RdM 2012/83 (*Bernat*) = Zak 2012/82 = EF-Z 2012/38 = ASoK 2012, 86 = iFamZ 2012/40 = JUS Vf/4612 = EuGRZ 2012, 65 = ÖJZ 2012/32 = ecolex 2012, 657 = ZfV 2012/1436 = ZfRV 2012/17; B 99/12 RdM-LS 2013/14 (*Bernat*).

2 Rechtsinstitut der Leihmutterschaft

2.1 Begriff

Unter dem Rechtsinstitut der Leihmutterschaft versteht man, ganz allgemein betrachtet, eine für andere Personen übernommene Mutterschaft.² Somit ist eine Leihmutter eine Frau, die mit einem anderen Paar einen entgeltlichen oder unentgeltlichen Vertrag abschließt, in welchem sie sich verpflichtet, für dieses Paar ein Kind auszutragen und das Kind, unter gleichzeitigem Verzicht auf ihre elterlichen Rechte und Pflichten, nach der Geburt an seine zukünftigen Eltern herauszugeben.³ Dies bedeutet, dass eine Leihmutter ihren eigenen Körper, sprich ihre Gebärfähigkeit, einem anderen Paar, welches aus medizinischen oder persönlichen Gründen nicht in der Lage ist, ein Kind in die Welt zu setzen, zur Verfügung stellt, um diesen ihren Kinderwunsch zu erfüllen.⁴

In der Literatur findet man neben dem Terminus Leihmutterschaft noch eine Vielzahl an alternativen Begriffen wie beispielsweise „Surrogatmutterschaft“, „Tragemutterschaft“, „Ammenmutterschaft“, „Ersatzmutterschaft“ oder „Mietmutterschaft“.⁵ All diese Begriffe können aber wegen ihrer weitestgehend gleichlautenden Bedeutung als Synonyme verwendet werden, weshalb sich die folgende Arbeit auf den Begriff Leihmutterschaft beschränkt, da sich dieser bereits im allgemeinen Sprachgebrauch verfestigt hat.

2.2 Arten

Bei der Leihmutterschaft kann zwischen der unechten Leihmutterschaft, bei welcher die Leihmutter die genetische Mutter des Kindes ist und der echten Leihmutterschaft, bei welcher die Leihmutter nicht die genetische Mutter des

² *Dietrich*, Mutterschaft für Dritte: Rechtliche Probleme der Leihmutterschaft unter Berücksichtigung entwicklungspsychologischer und familiensoziologischer Erkenntnisse und rechtsvergleichender Erfahrungen (1989) 4.

³ *Goedel*, Leihmutterschaft: eine rechtsvergleichende Studie (1994) 6.

⁴ *Hirsch/Eberbach*, Auf dem Weg zum künstlichen Leben: Retortenkinder – Leihmütter – programmierte Gene (1987) 171.

⁵ *Eder-Rieder*, Die rechtlichen Grundlagen der medizinisch unterstützten Fortpflanzung, JAP 1998/99.

Kindes ist, unterschieden werden.⁶ An dieser Stelle möchte ich gleich darauf hinweisen, dass im weiteren Verlauf der Arbeit nicht mehr zwischen diesen beiden Arten differenziert wird, da sich die Ausführungen auf beide Arten erstrecken.

2.2.1 „Unechte“ Leihmutterschaft

Bei dieser Form der Leihmutterschaft stellt eine Frau ihren Auftraggebern, in weiterer Folge Wunscheltern genannt, nicht nur ihre Gebärmutter zur Austragung des Kindes zur Verfügung, sondern spendet auch ihre Eizellen, wodurch sie ein genetisches eigenes Kind austrägt.⁷

Die Leihmutter wird in der Regel künstlich mit dem Samen des Mannes befruchtet, der dann gemeinsam mit seiner Frau das von der Leihmutter ausgetragene Kind großziehen will.⁸ Die künstliche Befruchtung findet entweder durch eine heterologe Insemination der Leihmutter mit dem Ejakulat des Wunschvaters oder aber durch eine In-vitro-Fertilisation mit anschließendem Embryotransfer auf die Leihmutter, statt.⁹ Neben der Befruchtung mit dem Ejakulat des Wunschvaters ist es aber auch möglich, dass die Eizelle der Leihmutter mit dem Samen einer dritten Person, nämlich eines Samenspenders, künstlich befruchtet wird.¹⁰ Man bezeichnet die künstliche Insemination und in-vitro Fertilisation in dieser Konstellation deshalb als heterolog, weil bei den medizinisch assistierten Zeugungsverfahren anstelle des Samens des Ehemannes der Leihmutter der einer fremden Person verwendet wird.¹¹

Der Unterschied zwischen den beiden Befruchtungsmethoden liegt schlichtweg darin, dass bei einer künstlichen Insemination der Samen direkt in den Genitaltrakt der Leihmutter eingebracht wird, wogegen bei einer In-vitro-Fertilisation die Zeugung außerhalb des Körpers der Leihmutter, nämlich in der Retorte, stattfindet und der so gezeugte Embryo anschließend in die Gebärmutter oder den Eileiter der Leihmutter eingepflanzt wird.¹² In der Regel bedient man sich dieser beiden Verfahren der künstlichen Befruchtung, allerdings ist dies nicht zwingend notwen-

⁶ *Tschudin/Griesinger*, Leihmutterschaft, Gynäkologische Endokrinologie 2012, 135.

⁷ *Felberbaum*, Medizinische und ethische Aspekte der Leihmutterschaft, Der Gynäkologe 2009, 625.

⁸ *Hirsch/Eberbach*, Künstliches Leben 173.

⁹ *Goedel*, Leihmutterschaft 4.

¹⁰ *Dietrich*, Mutterschaft für Dritte 6.

¹¹ *Bernat*, Rechtsfragen medizinisch assistierter Zeugung (1989) 81.

¹² *Mayrhofer*, Reproduktionsmedizinrecht (2003) 20 f.

dig, da alternativ die Schwangerschaft auch auf natürlichem Wege mittels Geschlechtsverkehr entstehen kann.¹³

2.2.2 „Echte“ Leihmutterschaft

Die Leihmutter wird dann als echte Leihmutter bezeichnet, wenn sie ein Kind austrägt, zu dem sie keinerlei genetische Verbindung aufweist, was bedeutet, dass die Leihmutter keine ihrer Eizellen spendet, sondern lediglich ihren Körper für die Schwangerschaft und Geburt zur Verfügung stellt.¹⁴ Da die Leihmutter jedenfalls nicht mit dem Kind genetisch verwandt ist, muss zwischen den Möglichkeiten unterschieden werden, dass die Samen- und Eizellen von beiden, keinem oder auch nur von einem Wunschelternteil stammen können.¹⁵ Demnach unterscheidet man zwischen homologer Situation, welche dann vorliegt, wenn Samen- und Eizelle von dem die Leihmutter beauftragenden Paar stammen und heterologer Situation, bei welcher eine oder beide Keimzellen von einem Spender beigetragen worden sind.¹⁶

Bei der Konstellation, dass beide Keimzellen von den Wunscheltern stammen, wird in der Regel durch einen chirurgischen Eingriff eine Eizelle von der Wunschmutter entnommen, welche dann mit dem Samen ihres eigenen Mannes mittels homologer In-vitro-Fertilisation befruchtet wird, damit der so gezeugte Embryo in weiterer Folge der Leihmutter zum Zwecke der Austragung implantiert werden kann.¹⁷ Alternativ kann aber auch auf eine solche homologe in-vitro Fertilisation verzichtet werden, denn es ist auch möglich, einen auf natürliche Weise gezeugten Embryo aus der Gebärmutter oder dem Eileiter der Wunschmutter zu entnehmen und ihn dann der Leihmutter zum Zwecke der Austragung einzupflanzen.¹⁸

Wie bereits oben kurz dargelegt, besteht auch die Möglichkeit, dass die Keimzellen nur von einem Wunschelternteil stammen, was zur Folge hat, dass eine

¹³ Posch, Das Recht der künstlichen Humanreproduktion im Wandel, in *Bernat* (Hrsg), Lebensbeginn durch Menschenhand: Probleme künstlicher Befruchtungstechnologie aus medizinischer, ethischer und juristischer Sicht (1985) 203 (228).

¹⁴ Hirsch/Eberbach, Künstliches Leben 175.

¹⁵ Tschudin/Griesinger, Gynäkologische Endokrinologie 2012, 135.

¹⁶ Felberbaum, Der Gynäkologe 2009, 625.

¹⁷ Dietrich, Mutterschaft für Dritte 6; *Selb*, Rechtsordnung und künstliche Reproduktion des Menschen (1987) 99.

¹⁸ Dietrich, Mutterschaft für Dritte 7; Hirsch/Eberbach, Künstliches Leben 175.

Keimzelle, also entweder eine Samen- oder eine Eizelle von einer dritten Person - also einem Spender - erforderlich ist, um ein Kind zu zeugen.¹⁹

Stammen sowohl Samen- als auch Eizelle des gezeugten Embryos, der anschließend auf die Leihmutter transferiert werden soll, nicht von den Wunscheltern, sondern von Spendern, so entsteht keine genetische Abstammung des Kindes zu den Wunscheltern.²⁰ Daraus ergibt sich die komplizierte Situation, dass ein auf diese Weise gezeugtes Kind, je nachdem, ob die Leihmutter verheiratet ist, fünf bzw. im Extremfall sogar sechs Elternteile haben wird, nämlich drei Mütter und drei Väter.²¹ Denn beteiligt sind neben der Eizellenspenderin als genetische Mutter die Leihmutter als rechtliche Mutter und die Wunschmutter als soziale Mutter sowie der Samenspender als genetischer Vater, sofern die Leihmutter verheiratet ist, ihr Mann als rechtlicher Vater und zu guter Letzt der Wunschvater als sozialer Vater.²²

2.3 Motivation der Leihmutter

Hinsichtlich der möglichen Beweggründe, warum sich eine Frau bereit erklärt, für ein anderes Paar eine Schwangerschaft auszutragen und nach der Geburt das Kind an dieses Wunschelternpaar herauszugeben, kommen zum einen altruistische und zum anderen finanzielle Motive in Betracht.²³

Altruismus bedeutet, dass eine Frau sich unentgeltlich und somit uneigennützig aus reiner Nächstenliebe als Leihmutter anbietet, um einem anderen Paar ein Kind zu schenken, wodurch es nahe liegt, allerdings nicht zwingend der Fall sein muss, dass die Leihmutter typischerweise eine Verwandte oder eine enge Freundin des Paares darstellt.²⁴ Zweifelsfrei steht fest, dass überwiegend finanzielle Motive im Vordergrund stehen und somit Frauen, die sich völlig selbstlos für ein anderes Paar als Leihmutter zur Verfügung stellen, eher die Ausnahme darstellen werden.

¹⁹ Felberbaum, Der Gynäkologe 2009, 625.

²⁰ Goedel, Leihmutterschaft 5.

²¹ Dietrich, Mutterschaft für Dritte 8; Hirsch/Eberbach, Künstliches Leben 178.

²² Dietrich, Mutterschaft für Dritte 8; Hirsch/Eberbach, Künstliches Leben 178.

²³ Dietrich, Mutterschaft für Dritte 298.

²⁴ Hirsch/Eberbach, Künstliches Leben 172 f.

Im Regelfall wird eine fremde Frau als Leihmutter beauftragt und anschließend für ihre Aufwendungen auch entlohnt, was gerade für solche Frauen, die aufgrund finanzieller Missstände aus eher sozial schwächeren Verhältnissen stammen und oftmals ums existenzielle Überleben kämpfen müssen, den nötigen Anreiz dafür liefert, sich als Leihmutter zur Verfügung zu stellen.²⁵ Gerade die Aussicht auf ein lukratives Honorar bringt viele Frauen dazu, ihren Körper für die Austragung und Geburt eines Kindes zu verkaufen und damit zum berufsmäßigen Gelderwerb zu nutzen.²⁶

Fraglich ist allerdings, inwiefern eine solche kommerzielle Leihmutterschaft die Ausbeutung und Ausnützung von Frauen fördert. Man wird nicht bestreiten können, dass überwiegend Frauen aus sehr ärmlichen Verhältnissen sich als Leihmutter zur Verfügung stellen, wobei nicht unterstellt werden soll, dass es nicht auch Ausnahmen gibt. Man könnte im Prinzip damit argumentieren, dass Frauen sich freiwillig zu dieser Art des Gelderwerbs entschließen, was allerdings angesichts dessen, dass vor allem Frauen wegen ihrer finanzieller Not oftmals keinen anderen Ausweg sehen, als sich als Leihmutter anzubieten, äußerst fragwürdig erscheint. Gerade unter diesem Gesichtspunkt kann, meiner Meinung nach, nicht mehr von der Freiwilligkeit von Frauen ausgegangen werden, wenn sich diese aus rein finanziellen Gründen dafür zur Verfügung stellen. Meines Erachtens wird durch diesen finanziellen Anreiz die Notlage von ärmeren Frauen ohne Zweifel ausgenutzt. Nach meinem Dafürhalten muss Sinn und Zweck einer Leihmutterschaft darin bestehen, anderen Menschen bei der Erfüllung ihres Kinderwunsches freiwillig und somit ohne finanzielle Motivation zu helfen.

2.4 Motivation der Wunscheltern

Zweifelsfrei liegt der Wunsch, sich fortzupflanzen und für genetisch eigene Nachkommen zu sorgen und diese großzuziehen, seit Urzeiten in der Natur des Menschen, was für Paare, die ungewollt kinderlos bleiben, zu einem enormen psychischen Leidensdruck und einem Gefühl der Wertlosigkeit führen kann.²⁷ Zudem wird die gesamte Lebensplanung eines Paares, das sich auf das Elternda-

²⁵ Felberbaum, *Der Gynäkologe* 2009, 625.

²⁶ Hirsch/Eberbach, *Künstliches Leben* 173.

²⁷ Diedrich/Weiss/Felberbaum, *In-vitro-Fertilisation*, in *Diedrich* (Hrsg.), *Weibliche Sterilität: Ursachen, Diagnostik und Therapie* (1998) 380 (383).

sein mit all seinen Aufgaben eingestellt hat, beeinträchtigt.²⁸ Auch die Möglichkeit der Adoption scheint für viele Paare keine nennenswerte Alternative dazustellen, da nach wie vor genetisch eigenen Kindern ein höherer Stellenwert eingeräumt wird als genetisch fremden Adoptivkindern, aber auch wegen der oft langwierigen Adoptionsverfahren wird die Leihmutterschaft gegenüber der Adoption oftmals favorisiert.²⁹ Ein weiterer Anreiz für die Fortpflanzung mittels einer Leihmutter ist die Tatsache, dass dem Paar die Möglichkeit geboten wird, sofern nicht beide unfruchtbar sind, ein genetisch eigenes bzw ein zumindest teilweise eigenes Kind zu bekommen.³⁰ Gerade für den Partner, der für die Kinderlosigkeit verantwortlich ist, spielen meines Erachtens Schuldgefühle gegenüber dem Partner und die Angst, deswegen verlassen zu werden, bei der Entscheidung, eine Leihmutter mit der Schwangerschaft zu betrauen, eine nicht unwesentliche Rolle.

Die Gründe für die Kinderlosigkeit eines Paares können sehr unterschiedlich sein, wobei in der Regel zwei Faktoren eine wesentliche Rolle spielen, nämlich zum einen medizinische und zum anderen persönliche Beweggründe.

2.4.1 Medizinische Gründe

Stehen medizinische Gründe einer Schwangerschaft entgegen, so können die Gründe dafür sowohl bei der Frau als auch beim Mann und im schlimmsten Falle sogar bei beiden Partnern liegen. In der Medizin wird zwischen den Fachbegriffen Sterilität und Infertilität differenziert, welche jedoch bei Männern synonym für den Zustand der Unfruchtbarkeit verwendet werden.³¹

Der Begriff Sterilität bezeichnet den Zustand der Unfruchtbarkeit bzw in der modernen Reproduktionsmedizin versteht man darunter das Unvermögen, schwanger zu werden.³² Ein solcher Zustand ist dann gegeben, wenn es während eines Zeitraumes von einem bis zu zwei Jahren trotz regelmäßigem ungeschütz-

²⁸ *Diedrich/Weiss/Felberbaum* in *Diedrich*, Weibliche Sterilität 383.

²⁹ *Dietrich*, Mutterschaft für Dritte 300 f.

³⁰ *Goedel*, Leihmutterschaft 3; *Hirsch/Eberbach*, Künstliches Leben 173.

³¹ *Hanf*, Einfluß von Umweltfaktoren auf die Fruchtbarkeit der Frau, in *Diedrich*, Weibliche Sterilität 325.

³² *Fischl* in *Fischl* (Hrsg), Kinderwunsch: In vitro-Fertilisierung und Assistierte Reproduktion – Neue Erkenntnisse und Therapiekonzepte: Möglichkeiten, Erfüllbarkeit und Machbarkeit im neuen Jahrtausend² (2000) 47 (47).

ten Geschlechtsverkehrs zu keiner Schwangerschaft gekommen ist.³³ Medizinisch wird hierbei noch zwischen zwei Arten von Sterilität unterschieden, nämlich zwischen der primären Sterilität, welche dann vorliegt, wenn die Frau noch nie schwanger geworden ist und der sekundären Sterilität, wenn die Frau schon einmal schwanger war und es zu keiner zweiten Schwangerschaft kommt.³⁴ Der Begriff der Infertilität hingegen bezeichnet das Unvermögen, schwanger zu bleiben, was bedeutet, dass die Empfängnis zwar möglich ist, weil befruchtungsfähige Eizellen produziert werden, jedoch nicht die Austragung der Schwangerschaft, da diese immer wieder durch Fehlgeburten verhindert wird.³⁵ Sollte eine Frau weder in der Lage sein, schwanger zu werden noch eine Schwangerschaft auszutragen, so kann spricht man von völliger Sterilität.³⁶

Die Ursachen für die männliche und weibliche Sterilität bzw Infertilität sind vielschichtiger Natur, denn neben der sinkenden Fruchtbarkeit mit zunehmenden Alter können unter anderem hormonelle Störungen, genetische Defekte und diverse Erkrankungen wie zB Störungen der Eileiterfunktion, hervorgerufen durch frühere Entzündungen, Infektionen oder Operationen, Störungen des Spermientransportes wegen eines Verschlusses der Samenwege, verminderte bzw nicht vorhandene Spermienproduktion des Hodens oder Impotenz, dafür verantwortlich sein, dass der Wunsch nach einem eigenen Kind nicht realisierbar wird.³⁷ Hinzu kommen noch diverse Risikofaktoren der allgemeinen Lebensgewohnheiten wie starkes Über- oder Untergewicht, überhöhter Nikotin-, Alkohol- oder Drogenkonsum, die regelmäßige Einnahme von Medikamenten, hohe Schadstoffbelastung in der Umwelt und physikalische Einwirkungen wie radioaktive Strahlung und Wärme sowie Stress, die negative Auswirkungen auf die Fruchtbarkeit haben können.³⁸ In manchen Fällen kann es auch vorkommen, dass eine medizinische Ursache für

³³ Huber, Begriffsbestimmung und Pathogenese Sterilität – Infertilität, in *Fischl* (Hrsg), *Kinderwunsch: In Vitro Fertilisierung und Assistierte Reproduktion – Neue Erkenntnisse und Therapiekonzepte: Möglichkeiten, Erfüllungbarkeit und Machbarkeit in unserer Zeit* (1995) 45 (46); *Fischl* in *Fischl*², 47.

³⁴ *Vytiska-Binstorfer*, Weibliche Sterilität und Infertilität, in *Dadak* (Hrsg), *Sexualität, Reproduktion, Schwangerschaft, Geburt*³ (2010) 191.

³⁵ Huber in *Fischl* 46; *Fischl* in *Fischl*² 47; *Vytiska-Binstorfer* in *Dadak* 191.

³⁶ *Dietrich*, *Mutterschaft für Dritte* 6.

³⁷ *Hirsch/Eberbach*, *Künstliches Leben* 51 f.

³⁸ *Hanf* in *Diedrich* 325.

die Unfruchtbarkeit nach heutigen Untersuchungsstandards nicht festgestellt werden kann.³⁹

Entscheiden sich Paare aus vorliegenden medizinischen Gründen für eine Leihmutterschaft, so können, je nach medizinischer Konstellation, entweder die echte oder die unechte Leihmutterschaft oder auch beide Arten in Frage kommen.

Wenn völlige Sterilität der Frau vorliegt und somit diese weder fähig ist, schwanger zu werden noch eine Schwangerschaft auszutragen, kann entweder die Form der unechten Leihmutterschaft, bei welcher die Eizelle von der Leihmutter entnommen wird und mit dem Samen des Wunschvater befruchtet wird oder aber die Form der echten Leihmutterschaft, bei der eine Eizelle von einer dritten Person, nämlich einer Eizellenspenderin, mit dem Samen des Wunschvaters befruchtet wird, gewählt werden, denn bei beiden Formen ist der Wunsch nach einem genetisch eigenen Kind zumindest teilweise realisierbar, da immer eine genetische Abstammung zum Wunschvater gegeben ist. Liegt hingegen bloße Infertilität der Frau vor, sodass sie aus diversen medizinischen Gründen nicht in der Lage ist, ein Kind auszutragen, aber sehr wohl schwanger werden kann, so kommt es zur Form der echten Leihmutterschaft, da Eizelle und Samenzelle von den Wunscheltern stammen, wodurch der Wunsch nach einem eigenen Kind, welches genetisch von beiden Partnern abstammt, erfüllbar ist. Ist die Kinderlosigkeit bloß auf die Sterilität des Wunschvaters zurückzuführen, so kann ebenfalls nur die echte Leihmutterschaft in Frage kommen, bei welcher die Eizelle von der Wunschmutter stammt und die Samenzelle von einem Samenspender. Gleiches gilt dann, wenn der Mann steril und die Frau infertil ist, weil auch dann die Eizelle der Wunschmutter mit dem Samen eines Spenders befruchtet wird. Somit besteht bei diesen Konstellationen zumindest eine genetische Verbindung zwischen dem Kind und der Wunschmutter.

Im Fall der Sterilität beider Wunschelternteile kann ebenfalls sowohl die echte Leihmutterschaft, wenn beide Keimzellen, mit welchen der Embryo gezeugt wird, von dritten Spendern stammen, welche dann der Leihmutter zur Austragung implantiert wird oder aber die Form der unechten Leihmutterschaft in Frage

³⁹ *Mayrhofer*, Reproduktionsmedizinrecht FN 26.

kommen, wenn die Eizelle von der Leihmutter selbst her stammt und diese mit dem Samen eines Spenders befruchtet wird.

2.4.2 Persönliche Gründe

Auch wenn keine medizinischen Schädigungen vorliegen, die ein Hindernis für eine Schwangerschaft darstellen würden, entscheiden sich Paare aus diversen persönlichen Gründen dafür, eine Leihmutter zu beauftragen, die ihr Kind dann austrägt.⁴⁰ In Betracht kommen dafür beispielweise berufliche Gründe,⁴¹ Bequemlichkeit oder diverse Schönheitsideale, die den Entschluss, eine Leihmutter zu beauftragen, mitbestimmen, denn so müssen die Beschwerden wie Schwangerschaftsübelkeit, Stimmungsschwankungen und körperlichen Veränderungen, die eine Schwangerschaft mit sich bringen kann, nicht durchlebt werden.⁴²

Wird eine Leihmutter also engagiert, weil sich ein Paar aus persönlichen Gründen dazu entschlossen hat, so wird, wenn nicht eine Sterilität auf männlicher Seite vorliegt, die Form der echten Leihmutterschaft gewählt werden, denn so erhält das Paar ein genetisch eigenes Kind, ohne dass sich die Wunschmutter einer mühevollen Schwangerschaft und Geburt aussetzen muss. Auch dann, wenn eine Sterilität auf Seiten des Wunschvaters vorliegt und die Wunschmutter nicht bereit ist, das Kind selbst auszutragen und zu gebären, kommt die Form der echten Leihmutterschaft in Betracht, da die Eizelle stets von der Wunschmutter stammt und der Samen von einem Samenspender.

Eine Leihmutter aus rein persönlichen Gründen in Betracht zu ziehen, ist meines Erachtens äußerst bedenklich. Denn ein Kind wird schon vor seiner Zeugung von seiner künftigen Mutter als Last empfunden, da es möglicherweise einer fortlaufenden Karriere im Wege steht bzw dem angestrebten Schönheitsideal schadet. Eine Leihmutterschaft sollte, wie schon erwähnt, dazu dienen, Paaren, für die es nicht möglich ist, auf natürlichem Wege ein Kind zu zeugen, zu einem eigenen Kind zu verhelfen und nicht die Unwilligkeit von Frauen zu einer Schwangerschaft und Geburt zu fördern.

⁴⁰ *Goedel*, Leihmutterschaft 3.

⁴¹ *Selb*, Rechtsordnung 100.

⁴² *Goedel*, Leihmutterschaft 3.

3 Verbot der Leihmutterschaft nach dem FMedG

Dadurch, dass in den letzten Jahrzehnten im Bereiche der modernen Medizin rasante Fortschritte sowohl im Bereiche der weiblichen als auch der männlichen Sterilitätsbehandlung erzielt wurden, war es fortan möglich, neben der Weiterentwicklung gängiger Methoden zur Sterilitätsbekämpfung eine Schwangerschaft auch auf künstliche Weise herbeizuführen.⁴³ Dadurch ist es möglich, dass unfruchtbare Paare nicht mehr auf ihren Wunsch nach einem eigenen Kind verzichten müssen und somit eine Adoption nicht länger die letzte und einzige Möglichkeit darstellt, überhaupt noch Eltern zu werden.⁴⁴ Im Hinblick auf die Methoden zur Sterilitätsbekämpfung herrschte einerseits hinsichtlich ihrer ethischen Zulässigkeit und andererseits hinsichtlich ihrer zivilrechtlichen Folgen, welche eine uneingeschränkte Nutzung solcher Methoden nach sich ziehen würde, eine rege Diskussion.⁴⁵ Der Gesetzgeber hat in der Folge den Bereich der medizinisch unterstützten Fortpflanzung durch die Einführung des FMedG 1992⁴⁶ einer umfassenden Regelung zugeführt.⁴⁷

3.1 Inhalt des FMedG

3.1.1 Begriff der medizinisch unterstützten Fortpflanzung

In § 1 Abs 1 FMedG wird der Begriff der medizinisch unterstützte Fortpflanzung als „*die Anwendung medizinischer Methoden zur Herbeiführung einer Schwangerschaft auf andere Weise als durch Geschlechtsverkehr*“ definiert und legt sohin den Anwendungsbereich des Gesetzes fest. Die für eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung erlaubten Methoden werden in § 1 Abs 2 Z 1 bis 4 FMedG aufgezählt und näher definiert. Demnach stellen die Insemination (Z 1), die In-vitro-Fertilisation (Z 2), der Embryotransfer (Z 3) sowie der intratubare Gametentransfer (Z 4) zulässige Methoden der medizinisch unterstützten Fortpflanzung dar.⁴⁸ Es

⁴³ ErläutRV 216 BlgNR 18. GP 8; *Hinteregger*, Familienrecht⁶ 179.

⁴⁴ *Bernat*, Rechtsfragen 4.

⁴⁵ ErläutRV 216 BlgNR 18. GP 8; *Hinteregger*, Familienrecht⁶ 179.

⁴⁶ Fortpflanzungsmedizingesetz BGBl 1992/275.

⁴⁷ *Hinteregger*, Familienrecht⁶ 179.

⁴⁸ *Eder-Rieder*, JAP 1998/99.

handelt sich hierbei um eine taxative Aufzählung, was bedeutet, dass nur die im Gesetz verankerten Verfahren für eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung angewendet werden dürfen.⁴⁹

3.1.2 Zulässigkeit einer medizinisch unterstützten Fortpflanzung

Die genannten Methoden einer medizinisch unterstützten Fortpflanzung dürfen nicht uneingeschränkt, sondern nur im gesetzlichen Rahmen der §§ 2 und 3 FMedG vollzogen werden.⁵⁰

3.1.2.1 Einschränkung auf Ehe oder eheähnliche Lebensgemeinschaft

Nach § 2 Abs 1 FMedG erfahren die Methoden eine Einschränkung in der Form, als sie nur in einer Ehe und eheähnlichen Lebensgemeinschaft von Personen verschiedenen Geschlechts Anwendung finden. Ob diese Voraussetzungen vorliegen, hat der behandelnde Arzt bereits vor Beginn der Behandlung nachzuprüfen, indem er entsprechende schriftliche Nachweise einholt wie beispielsweise Heiratsurkunden bzw bei Lebensgefährten Meldezettel, Mietverträge oder ähnliches.⁵¹

Was unter einer eheähnlichen Lebensgemeinschaft zu verstehen ist, wird in den Gesetzesmaterialien⁵² näher konkretisiert. Demnach liegt eine eheähnliche Lebensgemeinschaft dann vor, wenn es sich um eine auf Dauer angelegte eheähnliche Beziehung zwischen zwei Personen handelt, die seit mindestens drei Jahren besteht. Der Gesetzgeber wollte mit dem zusätzlichen Erfordernis der Eheähnlichkeit klarstellen, dass die Lebensgefährten nicht in einem die Ehe hindernden Verwandtschaftsverhältnis stehen dürfen.

Aus dieser Einschränkung auf die Ehe und eheähnliche Lebensgemeinschaft folgt e contrario, dass es für alleinstehende Personen nicht möglich ist, sich einer medizinisch unterstützten Fortpflanzung zu unterziehen, ebenso wenig können

⁴⁹ ErläutRV 216 BlgNR 18. GP 15.

⁵⁰ *Mayrhofer*, Reproduktionsmedizinrecht 54.

⁵¹ ErläutRV 216 BlgNR 18. GP 16.

⁵² ErläutRV 216 BlgNR 18. GP 15, 16.

gleichgeschlechtliche Paare diese Methoden der Fortpflanzungshilfe in Anspruch nehmen.⁵³

3.1.2.2 Medizinisch unterstützte Fortpflanzung als ultima ratio

Eine weitere Einschränkung normiert § 2 Abs 2 FMedG, wonach eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung nur dann durchgeführt werden darf, wenn alle anderen zumutbaren Behandlungen zur Herbeiführung einer Schwangerschaft auf natürlichem Wege den gewünschten Erfolg verfehlt haben oder schlichtweg aussichtslos oder unzumutbar sind. Daraus lässt sich schließen, dass die Anwendung medizinisch unterstützter Fortpflanzung nur das letzte Mittel zur Sterilitätsbehandlung sein darf, sprich die medizinisch unterstützte Fortpflanzung ist ultima ratio.⁵⁴ Die Frage nach der Zumutbarkeit anderer Behandlungen kann nicht allgemein beantwortet werden, sondern muss vielmehr im Einzelfall unter Bedachtnahme auf den Stand der medizinischen Wissenschaft sowie mittels einer Abwägung der mit einer solchen herkömmlichen Behandlungen verbundenen Risiken für die behandelten Personen geklärt werden.⁵⁵

3.1.2.3 Einschränkung auf homologe Verfahren

Bei einer medizinisch unterstützten Fortpflanzung darf nach § 3 Abs 1 FMedG nur die Eizelle und der Samen der Ehegatten bzw Lebensgefährten verwendet werden, was bedeutet, dass in Österreich grundsätzlich nur die homologen Verfahren erlaubt sind.⁵⁶ Folglich sind weder eine Samen- und Eizellenspende noch eine Embryonenspende zulässig.⁵⁷

Die in § 3 Abs 1 FMedG normierte Einschränkung auf ausschließlich homologe Verfahren erfährt allerdings hinsichtlich der Insemination durch § 3 Abs 2 leg cit eine Ausnahme.⁵⁸ Nach dieser Bestimmung darf bei einer Insemination auch der Samen eines Drittsamenspenders verwendet werden, wenn der Ehemann bzw Lebensgefährte nicht fortpflanzungsfähig ist. Somit ist auch eine heterologe Insemination nach dem geltenden FMedG zulässig.⁵⁹ Eizellen und Embryonen

⁵³ *Mayrhofer*, Reproduktionsmedizinrecht 55.

⁵⁴ ErläutRV 216 BlgNR 18. GP 16; *Eder-Rieder*, JAP 1998/99.

⁵⁵ ErläutRV 216 BlgNR 18. GP 16.

⁵⁶ *Eder-Rieder*, JAP 1998/99.

⁵⁷ *Eder-Rieder*, JAP 1998/99; *Hinteregger*, Familienrecht⁶ 180.

⁵⁸ *Mayrhofer*, Reproduktionsmedizinrecht 56.

⁵⁹ *Eder-Rieder*, JAP 1998/99; *Hinteregger*, Familienrecht⁶ 180.

dürfen hingegen nach § 3 Abs 3 FMedG nur bei der Frau verwendet werden, von der sie auch tatsächlich stammen.

3.1.2.4 Medizinische Beratung der beteiligten Personen

Eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung darf erst dann durchgeführt werden, wenn es nach § 7 Abs 1 FMedG im Vorfeld durch den behandelnden Arzt ein umfassendes Beratungsgespräch über die Methoden sowie über mögliche Risiken stattgefunden hat und die Ehegatten in der Folge nach § 8 Abs 1 FMedG schriftlich bzw die Lebensgefährten mittels eines Notariatsaktes zustimmen. Wird jedoch der Samen eines Spenders verwendet, so bedarf es nach dieser Bestimmung sowohl bei Ehegatten als auch bei Lebensgefährten zwingend der Zustimmung mittels Notariatsaktes. Der Notar hat gemäß § 7 Abs 3 FMedG die Beteiligten in diesem Fall über sämtliche zivilrechtliche Folgen, die eine solche Zustimmung nach sich zieht, umfassend aufzuklären. Welche zivilrechtlichen Folgen an eine solche qualifizierte Zustimmungserklärung geknüpft sind und was dies vor allem für die Abstammung des Kindes zu bedeuten hat, wird in den folgenden Kapiteln noch konkretisiert.

3.2 Verbot der Leihmutterschaft

Es gibt keine Regelung in der österreichischen Rechtsordnung, die eine ausdrückliche Regelung über die Leihmutterschaft enthält. Obwohl sich folglich auch kein ausdrückliches normiertes Verbot der Leihmutterschaft aus dem Gesetz ergibt, ist es de facto dennoch gegeben.⁶⁰

Aus § 3 Abs 1 FMedG ergibt sich das Verbot der Eizellen- und Embryonenspende, welches durch Abs 3 *leg cit* konkretisiert wird.⁶¹ Da nach dieser Bestimmung Eizellen und entwicklungsfähige Zellen, also Embryonen, nur bei der Frau verwendet werden dürfen, von der sie auch stammen, wird im Grunde nur die Form der echten Leihmutterschaft ausgeschlossen, bei der die Leihmutter den mit Ei-

⁶⁰ *Eder-Rieder*, JAP 1998/99.

⁶¹ *Mayrhofer*, Reproduktionsmedizinrecht 56.

und Samenzelle der Wunscheltern gezeugten Embryo austrägt und somit selbst keinerlei genetische Verbindung zu diesem Kind hat.⁶²

Handelt es sich hingegen um die Form der unechten Leihmutterschaft, sprich wenn die Eizelle von der Leihmutter selbst stammt und diese sodann mit dem Samen des Wunschvaters künstlich befruchtet wird, ist diese nicht vom Verbot des § 3 Abs 3 FMedG betroffen.⁶³ Keinesfalls bedeutet dies aber, dass die unechte Leihmutterschaft in Österreich keinem Verbot unterliegt, vielmehr lässt sich in diesem Fall das Verbot aus § 2 Abs 1 und Abs 2 FMedG ableiten.⁶⁴ Aus § 2 Abs 1 FMedG ergibt sich nämlich, dass eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung nur in aufrechter Ehe oder eheähnlicher Lebensgemeinschaft eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung zulässig ist, was jedoch im Fall einer unechten Leihmutterschaft nicht der Fall ist, da diese offenkundig nicht mit dem Wunschvater verheiratet oder in einer aufrechten eheähnlichen Lebensgemeinschaft mit diesem lebt.⁶⁵ Weiters widerspricht eine unechte Leihmutterschaft dem in § 2 Abs 2 FMedG verankerte Grundsatz, dass eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung der letzte Ausweg, also ultima ratio sein muss, denn ohne Zweifel wird für die Leihmutter eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung nicht der letzte Ausweg der Sterilitätsbehandlung darstellen.⁶⁶

In den Gesetzesmaterialien⁶⁷ zum FMedG wird darauf hingewiesen, dass die Eizellen- und Embryonenspende, Samenspende bei einer In-vitro-Fertilisation sowie jede Form der Leihmutterschaft wegen des hohen technischen Aufwandes solcher Verfahren und aus Gründen von drohender Belastung, Ausbeutung und Ausnützung der Gebärfähigkeit von Frauen unzulässig sind. Weiters heißt es, dass die Entstehung ungewöhnlicher abstammungsrechtlicher Beziehungen wie die „Aufspaltung der Mutterschaft“ zwischen genetischer, austragender und sozialer Mutter vermieden werden soll und begründet dies damit, dass die Entstehung solcher ungewöhnlichen Beziehungen schweren psychischen Beeinträchtigungen für das Kind und auch für die beteiligten Frauen zur Folge hätte. Auch unter Berücksichtigung der menschlichen Würde und des Kindeswohls erscheint

⁶² *Mayrhofer*, Reproduktionsmedizinrecht 56.

⁶³ *Mayrhofer*, Reproduktionsmedizinrecht 56.

⁶⁴ *Mayrhofer*, Reproduktionsmedizinrecht 56.

⁶⁵ *Eder-Rieder*, JAP 1998/99; *Mayrhofer*, Reproduktionsmedizinrecht 56.

⁶⁶ *Eder-Rieder*, JAP 1998/99; *Mayrhofer*, Reproduktionsmedizinrecht 56.

⁶⁷ ErläutRV 216. BlgNR 18. GP 10 ff.

es dem Gesetzgeber zwingend notwendig, solche Verfahren und insbesondere die Leihmutterschaft zu verbieten, da das Kind nicht zu einem Vertragsgegenstand herabgewürdigt und die Gebärfähigkeit der Frau ausgebeutet werden soll.

Weiters wird nach § 21 FMedG die entgeltliche Vermittlung von Embryonen, Ei- und Samenzellen sowie von Leihmüttern verboten und wird ein solcher Verstoß auch nach § 22 FMedG unter Strafe gestellt.

Summa summarum ist in Österreich jede Form von Leihmutterschaft nach den Bestimmungen der §§ 2, 3, 21 und 22 FMedG gesetzlich verboten. Dieses Verbot spiegelt sich auch in den zivilrechtlichen Regelungen des ABGB⁶⁸ wider, welche in der Folge einer näheren Betrachtung unterzogen werden.

⁶⁸ Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch JGS 1811/946 idF BGBl I 15/2013.

4 Statusrechtliche Zuordnung des Kindes

Da heutzutage ungewollte Kinderlosigkeit ein weitverbreitetes Problem darstellt, greifen immer mehr Paare auf die Möglichkeiten der medizinisch unterstützten Fortpflanzungsmedizin zurück. Gerade durch den Fortschritt der medizinischen Möglichkeiten auf diesem Gebiet war es neben der Einführung des FMedG, welches die Möglichkeiten der Fortpflanzungsmedizin wegen befürchteter Missbräuche beschränkt, ebenso wichtig, abstammungsrechtliche Regelungen zu schaffen, die zwingend auch für den Fall der Umgehung der normierten medizinischen Möglichkeiten, sei es im In- oder Ausland, festlegen, wer in rechtlicher Hinsicht Mutter und Vater eines Kindes ist.

Das österreichische Abstammungsrecht ist im zweiten Abschnitt des dritten Hauptstückes des ABGB in den §§ 140 bis 154 geregelt und gibt Aufschluss darüber, welche Personen in rechtlicher Hinsicht als Mutter und Vater eines Kindes angesehen werden.⁶⁹ Durch die Abstammung wird folglich das Kind-schaftsverhältnis begründet, welches sodann die Grundlage für sämtliche wechselseitigen Rechte und Pflichten wie beispielsweise Obsorge- Unterhalts- und sämtliche vermögensrechtlichen Ansprüche im Familienrecht darstellt.⁷⁰

4.1 Rechtliche Mutterschaft

4.1.1 Mater semper certa est

Seit der Einführung des ABGB 1811 sah der Gesetzgeber jahrhundertlang keine Notwendigkeit darin, eine Regelung einzuführen, die festlegt, welche Frau in rechtlicher Hinsicht den Status als Mutter eines Kindes innehat.⁷¹ Dies deshalb, weil es keine Möglichkeiten medizinisch unterstützter Fortpflanzung gab und daher naturgemäß nach dem Grundsatz „mater semper certa est“ nur die Frau, die das Kind gebärt, die Mutter sein konnte.⁷² Erst als es durch die modernen Techniken

⁶⁹ *Koziol/Welser*, Grundriss des bürgerlichen Rechts I: Allgemeiner Teil, Sachenrecht, Familienrecht¹³ (2006) 520.

⁷⁰ *Hinteregger*, Familienrecht⁶ 160 f.

⁷¹ *Stefula* in *Fenyves/Kerschner/Vokilch* (Hrsg), Klang-Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch: ABGB §§ 137 bis 267³ (2008) § 137b Rz 1;

⁷² *Bernat*, Rechtsfragen 56; *Selb*, Rechtsordnung 72 f;

der medizinisch unterstützten Fortpflanzungsmedizin möglich wurde, einer Frau einen Embryo unter Verwendung einer fremden Eizelle einzupflanzen, sodass diese ein Kind auf die Welt bringt, zu dem sie keine genetische Verwandtschaft aufweist, stellte sich die Frage, welcher Frau das Kind juristisch zuzuordnen ist.⁷³ In der Lehre wurde folglich eine lebhafte Diskussion ausgelöst, ob der Eizellenspenderin, der gebärenden Frau oder gar beiden Frauen die rechtliche Mutterschaft zugesprochen werden soll.⁷⁴ Neben *Loebenstein*⁷⁵ spricht sich beispielsweise auch *Edlbacher*⁷⁶ für die rechtliche Mutterschaft der Eizellenspenderin aus und begründet dies unter anderem damit, dass die österreichische Rechtsordnung, insbesondere das Familien- und Erbrecht, gemäß § 40 ABGB auf eine blutsmäßige Verwandtschaft aufbaut, von der man nicht dadurch, dass man die rechtliche Mutterschaft der gebärenden Frau annimmt, abgehen sollte. Eine gegenteilige Auffassung vertreten *F. Bydlinski*⁷⁷ und *Bernat*⁷⁸, welche das Kind juristisch der Frau, die das Kind geboren hat, zuordnen. Das allein die gebärende Frau als juristische Mutter anzusehen ist, begründet *Bernat* mitunter damit, dass nur die Geburt und nicht die genetische Abstammung die nötige Offenkundigkeit für die Außenwelt schafft, die für eine juristische Anknüpfung und sohin für eine schnelle, einfache und sichere statusrechtliche Zuordnung entscheidend sein sollte. Die Rechtsansicht, das Kind beiden Frauen juristisch zuzuordnen und somit eine „Doppelmutterschaft“ zu schaffen, vertritt beispielsweise *Selb*⁷⁹ und begründet dies damit, dass ein wichtiger Teil der Entwicklung im Mutterleib stattfindet und das sich während der Schwangerschaft eine besondere Mutter-Kind-Beziehung entwickelt, die auch durch die Geburt noch vertieft wird, weshalb man beiden Frauen den Status als Mutter zusprechen müsse. *Steiner*⁸⁰ schließt sich *Selb* an und verweist darauf, dass die Mehrmutterschaft der österreichischen Rechtsordnung keineswegs fremd sei, wenn man sich das nebeneinander bestehende

⁷³ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³ 520.

⁷⁴ *Stefula* in *Fenyves/Kerschner/Vokilch*, Klang³ § 137b Rz 1.

⁷⁵ *Loebenstein*, Die Zukunft der Grundrechte im Lichte der künstlichen Fortpflanzung des Menschen, JBl 1987, 694.

⁷⁶ *Edlbacher*, Künstliche Zeugungshilfe – eine Herausforderung für den Gesetzgeber? Eine Erwiderung auf *Bernat*, ÖJZ 1986, 321; *ders.*, Eimutter, Ammenmutter, Doppelmutter, ÖJZ 1988, 417.

⁷⁷ *F. Bydlinski*, Rechtspolitische Bewegung um die artifiziellen Fortpflanzungsmethoden, in *Festschrift für Kurt Wagner* zum 65. Geburtstag (1987) 55.

⁷⁸ *Bernat*, Künstliche Zeugungshilfe – eine Herausforderung für den Gesetzgeber? JBl 1985, 720; *ders.*, Rechtsfragen 227 f.

⁷⁹ *Selb*, Rechtsordnung 75f, 102.

⁸⁰ *Steiner*, Ausgewählte Rechtsfragen der Insemination und Fertilisation, ÖJZ 1987, 513.

Verhältnis zwischen leiblichen Eltern und Adoptiveltern vor Augen führt. Die Doppelmutterschaft wurde aber in der Lehre weitestgehend abgelehnt, da gerade die Aufspaltung der Rechte und Pflichten, die aus dem Kindschaftsverhältnis erwachsen wie beispielsweise Namensrecht, Unterhalt oder Obsorge zu schwerwiegenden Problemen führen würde.⁸¹

Der Gesetzgeber hat im Jahre 1992 im Rahmen des FMedG durch Art II FMedG die Bestimmung des § 143 ABGB eingeführt und dadurch die Frage nach der rechtlichen Mutterschaft unwiderleglich entschieden.

4.1.2 Mutterschaft nach § 143 ABGB

Als rechtliche Mutter gilt in Österreich nach § 143 ABGB ausnahmslos diejenige Frau, die das Kind auf die Welt gebracht hat. Durch die Einführung dieser gesetzlichen Bestimmung ist der österreichische Gesetzgeber der Ansicht gefolgt, dass die Offenkundigkeit der Geburt und die daran angeknüpfte Mutterschaft der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit dienen sowie, dass die Beziehung, die während der Schwangerschaft zwischen der austragenden Frau und dem Kind entsteht, entscheidend ist.⁸²

Da sich die Mutterschaft nunmehr unmittelbar aus dem Gesetz ergibt, bedarf es keiner konstitutiven Anerkennung seitens der Mutter oder gerichtlichen Feststellung, da das Rechtsverhältnis zwischen Mutter und Kind unmittelbar durch die Geburt entsteht.⁸³ Demzufolge ist auch eine Bestreitung der Mutterschaft durch die gebärende Frau unmöglich und gesetzlich ausgeschlossen.⁸⁴ Lediglich dann, wenn es im Geburtenbuch zu einer falschen Eintragung der Mutterschaft gekommen ist, sodass eine andere Frau als diejenige, die das Kind geboren hat, eingetragen wurde und es der Bezirksverwaltungsbehörde nach § 15 PStG⁸⁵ in einem Verwaltungsverfahren nicht gelingt, die Mutterschaft zu klären, ist ein gerichtliches Abstammungsverfahren nach §§ 82 bis 85 AußStrG⁸⁶ zulässig.⁸⁷ Dies gilt jedoch nur, wenn das Geburtenbuch nicht in Österreich geführt wird und daher im Inland

⁸¹ *Bernat*, JBI 1985, 720.

⁸² *Stefula* in *Fenyves/Kerschner/Vokilch*, Klang³ § 137b Rz 2.

⁸³ *Bernat*, Rechtsfragen 56; *Stefula* in *Fenyves/Kerschner/Vokilch*, Klang³ § 137b Rz 3.

⁸⁴ ErläutRV 216 BlgNR 18. GP 24.

⁸⁵ Personenstandsgesetz BGBl 1983/60.

⁸⁶ Außerstreitgesetz BGBl I 2003/111.

⁸⁷ *Feil/Marent*, Familienrecht: Kommentar (2007) § 137b Rz 3; *Stormann* in *Schwimann/Kodek*, ABGB I⁴ § 137b Rz 2.

keiner Berichtigung zugänglich ist.⁸⁸ Fehlt jedoch die Eintragung der Mutterschaft im Geburtenbuch, wie dies beispielsweise bei Findelkindern der Fall ist, hat zunächst nach § 14 PStG die Personenstandsbehörde bzw wenn die Befähigung dieser dazu nicht ausreicht, die Bezirksverwaltungsbehörde den Sachverhalt zu ermitteln und sodann die Urkunde zu ergänzen.⁸⁹ Gelingt es jedoch weder der einen noch der anderen Behörde, festzustellen, wer die Frau ist, die das Kind geboren hat, kommt es ebenfalls zur gerichtlichen Feststellung der Mutterschaft nach dem AußStrG.⁹⁰ Bei einer solchen gerichtlichen Feststellung der Mutterschaft ist Beweisthema nur die Frage, wer die Frau ist, die das Kind auf die Welt gebracht hat und niemals der genetische Nachweis der Abstammung.⁹¹ Denn würde man eine genetische Beweisaufnahme zum Gegenstand des gerichtlichen Verfahrens machen, würde dies im Widerspruch zu § 143 ABGB stehen.⁹²

Auch wenn, wie bereits besprochen, in Österreich jede Form der Leihmutterschaft verboten ist, schließt dies nicht aus, dass eine solche dennoch illegaler Weise in Österreich oder legaler Weise im Ausland durchgeführt wird, jedoch hat dies keinerlei Einfluss auf die Geltung des § 143 ABGB, denn nach dieser Bestimmung gilt auch unter Inkaufnahme genetischer Unrichtigkeit die Frau als rechtliche Mutter, die das Kind geboren hat.⁹³

Zusammenfassend kann daher festgehalten werden, dass durch die Einführung des § 143 ABGB nur die Frau, die das Kind geboren hat, Mutter im Rechtssinne ist, selbst dann, wenn das Kind durch eine Eizellenspende genetisch nicht von ihr abstammt. Da vom österreichischen Gesetzgeber auch keine Möglichkeit eines Mutterschaftsanerkennnisses bzw gerichtlichen Feststellung der Mutterschaft eingeräumt wird, kann nach österreichischem Recht niemals eine andere Frau als die Gebärende als rechtliche Mutter festgestellt werden.

⁸⁸ OGH 3 Ob 229/07h ÖJZ-LS 2008/29 = iFamZ 2008/86 = Zak 2008/265 = ZfRV-LS 2008/26 = RZ 2008/EÜ 244/245 = RZ 2009/4 = SZ 2007/206.

⁸⁹ *Stefula* in *Fenyves/Kerschner/Vokilch*, Klang³ § 137b Rz 7.

⁹⁰ *Stefula* in *Fenyves/Kerschner/Vokilch*, Klang³ § 137b Rz 8.

⁹¹ *Stormann* in *Schwimann/Kodek* (Hrsg), ABGB: Praxiskommentar I⁴ (2012) § 137b Rz 2.

⁹² *Stormann* in *Schwimann/Kodek*, ABGB I⁴ § 137b Rz 2.

⁹³ *Hinteregger*, Familienrecht⁶ 163; *Stormann* in *Schwimann/Kodek*, ABGB I⁴ § 137b Rz 1.

4.2 Rechtliche Vaterschaft

Im österreichischen Recht war im Gegensatz zur Abstammung von der Mutter jene vom Vater seit jeher gesetzlich geregelt.⁹⁴ Vater eines Kindes kann immer nur ein einziger Mann sein und obwohl dieser Grundsatz so nicht explizit im Gesetz verankert wurde, macht der Gesetzgeber deutlich, dass er rechtliche Einrichtungen wie die „Zahlvaterschaft“ oder die „Mehrväterschaft“ ablehnt.⁹⁵ Die Bestimmung des § 144 Abs 1 ABGB regelt, dass die rechtliche Vaterschaft zu einem Kind nur auf drei Arten begründet werden kann, nämlich kraft Ehe mit der Mutter zum Zeitpunkt der Geburt, mittels eines Vaterschaftsanerkennnisses oder durch eine gerichtliche Feststellung der Vaterschaft. Da § 144 ABGB die Arten der Vaterschaftsbegründung abschließend regelt, ist es nicht möglich, auf eine andere Art und Weise als in § 144 Abs 1 ABGB vorgesehen die Vaterschaft zu begründen.⁹⁶ Seit dem FamErbRÄG 2004⁹⁷ wird die rechtliche Vaterschaft, vor allem aber die Abstammung vom Ehemann der Mutter, nicht mehr an eine bloße Rechtsvermutung geknüpft, sondern enthält nun eine positive Regelung, welche die Vaterschaft als Rechtstatsache statuiert.⁹⁸ Dadurch, dass ein nach den gesetzlichen Regelungen begründetes Statusverhältnis gemäß § 140 ABGB gegenüber jedermann wirkt, hat dies zur Folge, dass eine gesetzlich bestehende Vaterschaft auch dann, wenn diese nicht den tatsächlichen biologischen Verhältnissen entspricht, solange bestehen bleibt, bis sie durch eine im Gesetz vorgesehene Weise beseitigt wird.⁹⁹ Im Ergebnis stellt somit doch jede Vaterschaft eine widerlegbare Vermutung dar, weil sie durch eine im Gesetz vorgesehene Weise beseitigt werden kann.¹⁰⁰ Da das österreichische Abstammungsrecht vom Prinzip der sozialen Abstammung ausgeht und daher keine amtswegige Kontrolle hinsichtlich der Richtigkeit des Abstammungsverhältnisses vorgesehen ist,¹⁰¹ hat es der Gesetzgeber bewusst in Kauf genommen, dass sich im Einzelfall die biologische und die rechtliche Abstammung nicht decken.¹⁰² Die Verantwortung, eine

⁹⁴ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³ 520.

⁹⁵ ErläutRV 6 BlgNR 12. GP 12.

⁹⁶ *Stefula* in *Fenyves/Kerschner/Vokilch*, Klang³ §138 Rz 1.

⁹⁷ Familien- und Erbrechts-Änderungsgesetz 2004 BGBl I 2004/58.

⁹⁸ ErläutRV 471 BlgNR 22. GP 7.

⁹⁹ *Feil/Marent*, Familienrecht § 138a Rz 1; *Fischer-Czermark* in *Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON^{1.00} (2010) § 138a Rz 1; *Stefula* in *Fenyves/Kerschner/Vokilch*, Klang³ §138 Rz 6.

¹⁰⁰ *Stefula* in *Fenyves/Kerschner/Vokilch*, Klang³ §138 Rz 6.

¹⁰¹ ErläutRV 471 BlgNR 22. GP 7.

¹⁰² *Beck*, Kindschaftsrecht: Entscheidungen – Anmerkungen – Lösungsansätze (2009) Rz 2.

Änderung unrichtiger Abstammungsverhältnisse herbeizuführen, wird demnach ganz klar den beteiligten Personen zugewiesen.¹⁰³

4.2.1 Vaterschaft durch Ehe mit der Mutter

Nach § 144 Abs 1 Z1 ABGB wird durch die Geburt des Kindes unmittelbar die rechtliche Vaterschaft des Mannes, der mit der Mutter zum Zeitpunkt der Geburt des Kindes verheiratet ist oder als Ehemann der Mutter nicht früher als 300 Tage vor der Geburt verstorben ist, begründet. In § 144 Abs 2 leg cit wird weiters der Fall geregelt, dass, wenn mehrere Männer während dieses Zeitraumes in Betracht kommen, derjenige Mann der Vater im Rechtssinne ist, der zuletzt mit der Mutter des Kindes die Ehe geschlossen hat. Anders verhält es sich, wenn das Kind nach der Scheidung, Aufhebung oder Nichtigkeitklärung der Ehe geboren wird, denn in so einem Fall kann nur durch ein Anerkenntnis oder eine gerichtliche Feststellung die Vaterschaft des früheren Ehemannes der Mutter festgestellt werden.¹⁰⁴

Wie bereits erwähnt, ist auch die Vaterschaft kraft Ehe mit der Mutter widerlegbar und kann somit mittels der dafür gesetzlich vorgesehenen Möglichkeiten beseitigt werden. Nach § 151 ABGB kann sowohl vom Ehemann als auch vom Kind ein Antrag auf Feststellung der Nichtabstammung vom Ehemann der Mutter gestellt werden. Der Mutter des Kindes steht kein solches Antragsrecht zu, ebenso wenig ist der biologische Vater oder ein sonstiger Dritter antragslegitimiert.¹⁰⁵ Beweis-thema in einem solchen Außerstreitverfahren ist nur die Feststellung der Nichtabstammung vom Ehemann der Mutter, was bedeutet, dass bei Feststellung der Nichtabstammung offen bleibt, wer der biologische und somit wahre Vater des Kindes ist.¹⁰⁶ Ein solcher Antrag auf Feststellung der Nichtabstammung vom Ehemann der Mutter unterliegt jedoch gemäß § 153 Abs 1 ABGB einer zeitlichen Befristung von zwei Jahren ab Kenntnis der dafür sprechenden Umstände, dass das Kind von einem anderen Mann als dem Ehemann abstammt, welche frühestens mit der Geburt des Kindes beginnt. Diese Frist ist jedoch nach § 153 Abs 2 ABGB solange gehemmt, wie die antragsberechtigte Person, also sowohl der Ehemann als auch das Kind, nicht eigenberechtigt ist, was

¹⁰³ ErläutRV 471 BlgNR 22. GP 7.

¹⁰⁴ *Hinteregger*, Familienrecht⁶ 167.

¹⁰⁵ *Kerschner*, Bürgerliches Recht V: Familienrecht⁴ (2010) Rz 2/61; *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³ 523.

¹⁰⁶ *Kerschner/Wagner*, Zivilrecht VI: Familienrecht² (2010) Rz 11/7.

bedeutet, dass die Frist jedenfalls bis zur Erlangung der Volljährigkeit mit 18 Jahren gehemmt ist. Laut dieser Bestimmung tritt weiters eine Hemmung der ob genannten Frist ein, solange die antragsberechtigte Person innerhalb des letzten Jahres der Frist durch ein unvorhergesehenes oder unabwendbares Ereignis an der Antragstellung gehindert ist. Sind seit der Geburt des Kindes 30 Jahre vergangen, so wird vom Gesetzgeber durch § 153 Abs 3 ABGB nur noch dem Kind ein solches Antragsrecht eingeräumt.

Ebenso kann die Abstammung des Kindes vom Ehemann der Mutter durch einen sogenannten „Vätertausch“ oder durch ein sogenanntes „vaterschaftsdurchbrechendes Anerkenntnis“ beseitigt und somit die Nichtabstammung vom Ehemann festgestellt werden.¹⁰⁷ Der sogenannte Vätertausch ist in § 150 ABGB normiert und erfolgt durch einen Antrag des Kindes gegen einen anderen Mann auf Feststellung dessen Vaterschaft. Von einem sogenannten vaterschaftsdurchbrechenden Anerkenntnis spricht man nach § 147 Abs 2 ABGB dann, wenn ein anderer Mann ein Vaterschaftsanerkenntnis abgibt und dieses sodann ohne vorherige Feststellung der Nichtvaterschaft des Ehemannes nach gesetzlich normierten Voraussetzungen Wirksamkeit erlangt. Im Folgenden wird noch näher auf den Vätertausch und das vaterschaftsdurchbrechende Anerkenntnis eingegangen.

Schlussfolgernd bestehen sohin bei einer Vaterschaft kraft Ehe mit der Mutter drei Möglichkeiten, wie eine solche wieder aufgehoben werden kann, nämlich durch die Feststellung der Nichtabstammung vom Ehemann nach § 151 ABGB, durch ein Vätertauschverfahren nach § 150 ABGB oder im Wege eines vaterschaftsdurchbrechenden Anerkenntnisses nach § 147 ABGB.

4.2.2 Vaterschaftsanerkenntnis

Unter einem Vaterschaftsanerkenntnis versteht man im Sinne des § 145 Abs 1 ABGB die persönliche Erklärung eines Mannes in einer inländischen öffentlichen oder öffentlich beglaubigten Urkunde, Vater eines Kindes zu sein.

Nach dieser Bestimmung wirkt das Anerkenntnis ab dem Zeitpunkt der Erklärung, sofern die Urkunde dem Standesbeamten zukommt. Diese Wirksamkeit bedeutet

¹⁰⁷ *Hinteregger, Familienrecht*⁶ 168.

aber nur, dass ab diesem Zeitpunkt das Anerkenntnis selbst Rechtswirkungen entfaltet, sagt aber nichts über die Rückwirkung des Anerkenntnisses aus.¹⁰⁸ Ein wirksam abgegebenes Anerkenntnis wirkt nämlich auf den Zeitpunkt der Geburt zurück, weshalb die Vaterschaft des Mannes, der die Vaterschaft anerkennt, ab dem Geburtszeitpunkt als festgestellt gilt.¹⁰⁹

Da durch ein solches Anerkenntnis ganz unweigerlich auch die Rechtsstellung anderer Personen, insbesondere die des Kindes und der Mutter, berührt werden, soll durch die Einräumung eines Widerspruchrechts für Mutter und Kind die Richtigkeit des Anerkenntnisses besonders gesichert werden, um nicht willkürlichen Anerkenntnissen ausgeliefert zu sein.¹¹⁰ Ein solcher Widerspruch kann nach § 146 Abs 1 ABGB innerhalb von zwei Jahren ab Kenntnis der Rechtswirksamkeit des Anerkenntnisses bei Gericht erhoben werden, wobei auch hier nach Abs 2 leg cit wieder dieselben Fristenhemmungsgründe zu beachten sind wie beim Antrag auf Feststellung der Nichtabstammung. Das Gericht hat in Folge eines erhobenen Widerspruches das Anerkenntnis nach § 154 Abs 1 Z 2 ABGB für rechtsunwirksam zu erklären, wenn der Nachweis, dass das Kind tatsächlich vom Anerkennenden abstammt, nicht erbracht werden kann.

Steht zum Zeitpunkt der Abgabe eines Anerkenntnisses bereits ein rechtlicher Vater des Kindes fest, so macht § 147 Abs 1 ABGB deutlich, dass dieser Umstand der Rechtswirksamkeit des Anerkenntnisses keineswegs entgegen steht, allerdings tritt diese erst dann ein, wenn mit allgemein verbindlicher Wirkung gerichtlich festgestellt wird, dass das Kind nicht vom bis dato feststehenden Vater abstammt. Einer solchen gerichtlichen Feststellung bedarf es nach Abs 2 leg cit allerdings nicht, wenn das eigenberechtigte Kind in einer inländischen öffentlichen oder öffentlich beglaubigten Urkunde dem Anerkenntnis zustimmt. Handelt es sich um ein minderjähriges Kind, so ist nach § 147 Abs 4 ABGB die Zustimmung zum Anerkenntnis durch den Jugendwohlfahrtsträger als gesetzlicher Vertreter des Kindes zu erteilen. Wenn das Kind nicht eigenberechtigt ist, entfaltet das Anerkenntnis darüber hinaus nach § 147 Abs 2 ABGB nur dann Wirksamkeit, wenn die

¹⁰⁸ Pichler, Neues im Kindschaftsrecht, JBI 1989, 677; Stabentheiner in Rummel (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch: 1. Ergänzungsband zur 3. Auflage (2003) § 163c Rz 12a.

¹⁰⁹ Pichler, JBI 1989, 677; Stabentheiner in Rummel, 1. Ergänzungsband zur 3. Auflage § 163c Rz 12a.

¹¹⁰ Koziol/Welser, Bürgerliches Recht I¹³ 526.

Mutter selbst den die Vaterschaft anerkennenden Mann als Vater bezeichnet. Liegen somit die Voraussetzungen des § 147 ABGB vor, so kommt es zu dem bereits kurz angesprochenen vaterschaftsdurchbrechenden Anerkenntnis bzw. privatautonomen Vätertausch.¹¹¹ Gegen ein solches vaterschaftsdurchbrechendes Anerkenntnis hat auch derjenige Mann, dessen Vaterschaft bis zu diesem Zeitpunkt feststand, die Möglichkeit nach § 147 Abs 3 iVm § 146 ABGB, binnen zwei Jahren ab Kenntnis der Rechtswirksamkeit des Anerkenntnisses bei Gericht Widerspruch erheben. Das Gericht wird in der Folge wiederum nach § 154 Abs 1 Z 2 ABGB vorgehen.

Zusammenfassend kann daher festgehalten werden, dass der Abstammungsstatus kraft eines Anerkenntnisses nur durch eine gerichtliche Entscheidung nach § 154 ABGB oder ein vaterschaftsdurchbrechendes Anerkenntnis nach § 147 Abs 2 ABGB wieder beseitigt werden kann. In § 154 ABGB zählt das Gesetz auch Fälle auf, in denen das Gericht von Amts wegen oder auf Antrag des Anerkennenden das abgegebene Vaterschaftsanerkenntnis für unwirksam zu erklären hat, auf welche jedoch im Folgenden nicht näher eingegangen wird.

4.2.3 Gerichtliche Feststellung der Vaterschaft

Die gerichtliche Feststellung der Vaterschaft ist in § 148 ABGB geregelt. Durch diese Regelung wird sowohl dem Kind als auch dem Mann, der vermutet, der Vater zu sein, die Möglichkeit eröffnet, auf Antrag ein gerichtliches Abstammungsverfahren einzuleiten, in welchem das Gericht dann den Mann als Vater festzustellen hat, von dem das Kind abstammt. Somit ist der positive Abstammungsbeweis herbeizuführen.¹¹²

Aus § 150 ABGB kann abgeleitet werden, dass ein solcher Antrag auf Vaterschaftsfeststellung nur dann zulässig ist, wenn zum betreffenden Kind noch kein anderer Mann als Vater rechtlich feststeht. Da im Gesetz keinerlei Befristung für

¹¹¹ Hinteregger, Familienrecht⁶ 172.

¹¹² Hopf in Koziol/P.Bydlinski/Bollenberger (Hrsg), Kurzkomentar zum ABGB: Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch, Ehegesetz, Konsumentenschutzgesetz, IPR-Gesetz, Rom I- und Rom II-VO³ (2010) § 163 Rz 3; Kerschner, Familienrecht⁴ Rz 4/3a.

die gerichtliche Feststellung normiert ist, kann man daraus schließen, dass keine zeitliche Begrenzung für den positiven Vaterschaftsnachweis existiert.¹¹³

Stellt das Kind einen solchen Antrag, so besteht für dieses nach § 148 Abs 2 ABGB eine Beweiserleichterung dahingehend, dass es nur beweisen muss, dass der Mann, der als Vater festgestellt werden soll, mit seiner Mutter nicht mehr als 300 und nicht weniger als 180 Tage vor der Geburt Geschlechtsverkehr gehabt hat. Gelingt dem Kind dieser Beweis, so ist der besagte Mann vom Gericht als Vater festzustellen, außer er kann diese Zeugungsvermutung widerlegen und den Ausschlussbeweis erbringen, dass das Kind genetisch nicht von ihm abstammt.¹¹⁴ Die Feststellung der Vaterschaft im Wege einer Zeugungsvermutung soll vom Gericht aber nur sekundär angewendet werden, da nur mittels eines DNA-Gutachten eine solch hohe Präzision erreicht werden kann, um mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit einen Mann als biologischen Vater festzustellen.¹¹⁵

Dem Kind wird jedoch nach § 150 ABGB auch dann die Möglichkeit der gerichtlichen Vaterschaftsfeststellung eingeräumt, wenn bereits die Vaterschaft eines anderen Mannes feststeht. Gelingt dem Kind der Nachweis, dass tatsächlich der Mann, dessen Vaterschaft festgestellt werden soll, der biologische Vater ist, so stellt das Gericht dessen Vaterschaft - unter gleichzeitigem Ausspruch der Nichtabstammung vom bisherigen rechtlichen Vater - fest, wodurch es zum zuvor bereits angesprochenen Vätertausch kommt.¹¹⁶

Abschließend kann festgehalten werden, dass eine gerichtlich festgestellte Vaterschaft nur durch einen Vätertausch, also einer gerichtliche Feststellung der Vaterschaft eines anderen Mannes nach § 150 ABGB oder durch ein vaterschaftsdurchbrechendes Anerkenntnis nach § 147 Abs 2 ABGB beseitigt werden kann.

¹¹³ *Hinteregger*, Familienrecht⁶ 169.

¹¹⁴ ErläutRV 471 BlgNR 22. GP 22; *Hopf* in *KBB*, ABGB³ § 163 Rz 4.

¹¹⁵ ErläutRV 471 BlgNR 22. GP 22.

¹¹⁶ *Hinteregger*, Familienrecht⁶ 169.

4.2.4 Vaterschaft bei medizinisch unterstützter Fortpflanzung

Da die Bestimmung des § 144 ABGB nicht die Zeugung durch Geschlechtsverkehr für dessen Anwendung voraussetzt, ist diese ohne Besonderheit auch bei sämtlichen Befruchtungsmethoden der medizinisch unterstützten Fortpflanzung im Sinne des FMedG anzuwenden.¹¹⁷

Wie bereits erwähnt, ist nach § 2 Abs 1 FMedG eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung sowohl in einer Ehe als auch in einer eheähnlichen Lebensgemeinschaft zulässig. Diese darf nach § 8 Abs 1 FMedG aber nur dann durchgeführt werden, wenn nach vorheriger umfassender Beratung eine qualifizierte Zustimmung der Beteiligten unter Einhaltung der gesetzlichen Formerfordernissen erfolgt ist. Die genannte gesetzliche Bestimmung sieht vor, dass die Zustimmung zu einer medizinisch unterstützten Fortpflanzung bei Ehegatten schriftlich und bei Lebensgefährten mittels eines Notariatsaktes zu erfolgen hat, lediglich bei der Verwendung von Spendersamen müssen neben den Lebensgefährten auch Ehegatten in Form eines Notariatsaktes zustimmen.

4.2.4.1 Medizinisch unterstützte Fortpflanzung während aufrechter Ehe

Wurde die medizinisch unterstützte Fortpflanzung in einer aufrechten Ehe durchgeführt, so wird die rechtliche Vaterschaft des Ehemannes, der einer solchen Methode zugestimmt hat, ex lege nach § 144 Abs 1 ABGB begründet. Die qualifizierte Zustimmungserklärung zu einer medizinisch unterstützten Fortpflanzung hat die abstammungsrechtliche Wirkung, dass die Vaterschaft des Ehemannes nicht mehr angefochten werden kann.¹¹⁸ Somit kann auch, wenn der Samen eines Dritten verwendet wurde und der Ehemann in qualifizierter Form zugestimmt hat, nach § 152 ABGB weder der Ehemann noch das Kind die Feststellung beantragen, dass das mit dem Samen eines Dritten gezeugte Kind nicht vom Ehemann der Mutter abstammt.¹¹⁹ Die Bestreitung der Vaterschaft kraft Ehe mit der Mutter ist auch dann nicht möglich, wenn der Ehemann einer medizinisch unterstützten Fortpflanzung mit einem bestimmten Spendersamen zugestimmt hat, infolge einer

¹¹⁷ *Fenyves/Welser*, Klang-Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch: ABGB §§ 137 bis 186a Kindschaftsrecht³ (2000) § 138 Rz 7; *Stabentheiner* in *Rummel* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch I³ (2000) § 138 Rz 6.

¹¹⁸ ErläutRV 471 BlgNR 22. GP 12.

¹¹⁹ RIS-Justiz RS0097437.

Verwechslung jedoch der Samen eines anderen Spenders verwendet wurde.¹²⁰ Denn würde man in einem solchen Verwechslungsfalle trotz qualifizierter Zustimmung die Vaterschaft nicht dem Ehemann zuordnen, so hätte dies zur Folge, dass das Kind in juristischer Hinsicht vaterlos ist.¹²¹ Lediglich wenn die Zustimmungserklärung nicht in der vom Gesetz vorgesehenen Form erfolgte, ist mangels Einhaltung der zwingenden Formerfordernissen ein Antrag auf Feststellung der Nichtabstammung vom Ehemann der Mutter zulässig.¹²² Jedoch bleibt in einem solchen Fall nach der Rechtsprechung des OGH¹²³ der Ehemann der Mutter gegenüber dem Kind weiterhin unterhaltspflichtig. Die Feststellung der Nichtabstammung vom Ehemann kann weiters auch dann begehrt werden, wenn dieser nur der Vornahme einer medizinisch unterstützten Fortpflanzung mit seinem eigenen Samen zugestimmt hat, aufgrund einer Verwechslung jedoch der Samen eines Dritten verwendet wurde.¹²⁴ In einem solchen Fall liegt schon von Beginn an keine qualifizierte Zustimmung des Ehemannes zur medizinisch unterstützten Fortpflanzung mit einem Spendersamen vor.¹²⁵ Da jedoch der Samenspender gemäß § 148 Abs 4 ABGB nicht als rechtlicher Vater festgestellt werden kann, kommt es genau zu der nicht gewünschten Situation, dass das Kind im juristischen Sinne vaterlos ist.

4.2.4.2 Medizinisch unterstützte Fortpflanzung während einer eheähnlichen Lebensgemeinschaft

Anders als während einer aufrechten Ehe verhält es sich, wenn die medizinisch unterstützte Fortpflanzung während einer eheähnlichen Lebensgemeinschaft stattgefunden hat, denn in einem solchen Fall gibt es keine gesetzliche Bestimmung, die den zustimmenden Lebensgefährten von Beginn an ex lege als rechtlichen Vater qualifiziert. Die rechtliche Vaterschaft des Lebensgefährten kann daher nur durch Abgabe eines Vaterschaftsanerkenntnisses oder durch einen Antrag auf gerichtliche Feststellung der Vaterschaft begründet werden.

¹²⁰ Feil/Marent, Familienrecht § 163 Rz 12.

¹²¹ Bernat in Schwimann/Kodek, ABGB I⁴ § 163 Rz 10.

¹²² OGH 7 Ob 527/96 JBI 1996, 717 (Bernat) = EvBl 1996/133 = ÖA 1996, 164 = ZfRV 1996/36 = RdM 1996/26 = ÖJZ-LSK 1996/274 = EFSlg 81.096 = EFSlg 82.226.

¹²³ OGH 7 Ob 212/97w EvBl 1998/2 = RdM 1998/2 = SZ 70/155 = ÖA 1998, U 218 = EFSlg 83.063 = EFSlg 84.047 = EFSlg 84.052 = EFSlg 84.053 = EFSlg 84.063.

¹²⁴ Bernat in Schwimann/Kodek, ABGB I⁴ § 163 Rz 14; Feil/Marent, Familienrecht § 163 Rz 13.

¹²⁵ Bernat in Schwimann/Kodek, ABGB I⁴ § 163 Rz 10.

Der Lebensgefährte, der einer medizinisch unterstützten Fortpflanzung in Form eines Notariatsaktes zugestimmt hat, muss also die Vaterschaft anerkennen, um rechtlich als Vater des Kindes zu gelten, da der qualifizierten Zustimmungserklärung zu einer medizinisch unterstützten Fortpflanzung nicht die Funktion eines Anerkenntnisses beigemessen wird.¹²⁶ Dies deshalb, weil ein Anerkenntnis die bereits erfolgte Zeugung des Kindes voraussetzt, die Zustimmungserklärung aber bereits vor der Zeugung erteilt werden muss.¹²⁷ Wurde die Vaterschaft zu einem Kind, welches durch medizinisch unterstützte Fortpflanzung mit dem Samen eines Dritten gezeugt wurde, mittels eines Vaterschaftsanerkenntnis festgestellt, so kann dieses nach § 154 Abs 1 Z 2 ABGB nicht aufgrund eines Widerspruches vom Gericht für unwirksam erklärt werden, wenn im Verfahren der Beweis dafür erbracht wird, dass das Kind durch medizinisch unterstützte Fortpflanzung mit dem Samen eines Dritten gezeugt wurde und der Anerkennende dieser in Form eines Notariatsakts zugestimmt hat.

Die Zustimmung zu einer medizinisch unterstützten Fortpflanzung ersetzt zwar nicht das Vaterschaftsanerkenntnis, sorgt aber dafür, dass der Lebensgefährte für einen Antrag auf gerichtliche Feststellung der Vaterschaft nach § 148 ABGB aktiv- und auch passivlegitimiert ist.¹²⁸ Grundsätzlich wird mit einem gerichtlichen Abstammungsverfahren nach § 148 Abs 1 ABGB das Ziel verfolgt, den genetischen Vater auch rechtlich als Vater festzustellen. Im Fall einer medizinisch unterstützten Fortpflanzung wird hingegen die Vaterschaft durch einen reinen Willensaktes begründet, weil ein Mann aufgrund seines Vaterschaftswillens als rechtlicher Vater qualifiziert wird, ohne das Kind gezeugt zu haben.¹²⁹ Die Zeugungsvermutung des § 148 Abs 2 ABGB gilt auch dann, wenn in diesem Zeitraum eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung stattgefunden hat, denn rechtlicher Vater ist derjenige Mann, dessen Samen zur Zeugung des Kindes verwendet worden ist.¹³⁰ Im Falle einer medizinisch unterstützten Fortpflanzung mit dem Samen eines Dritten hat das Gericht nach § 148 Abs 3 ABGB allerdings den Mann als rechtlichen Vater festzustellen, welcher der medizinisch unterstützten Fort-

¹²⁶ Bernat in *Schwimmann/Kodek*, ABGB I⁴ § 163c Rz 4; Feil/Marent, Familienrecht § 163c Rz 9; Hopf in *KBB*, ABGB³ § 163c Rz 6; Stabentheiner in *Rummel*, 1. Ergänzungsband zur 3. Auflage § 163c Rz 4b.

¹²⁷ Stabentheiner in *Rummel*, 1. Ergänzungsband zur 3. Auflage § 163c Rz 13.

¹²⁸ Bernat in *Schwimmann/Kodek*, ABGB I⁴ § 163 Rz 7.

¹²⁹ Bernat in *Schwimmann/Kodek*, ABGB I⁴ § 163 Rz 6.

¹³⁰ Hinteregger, Familienrecht⁶ 180.

pflanzung in Form eines Notariatsakts zugestimmt hat, außer ihm gelingt der Nachweis, dass das Kind nicht durch diese medizinisch unterstützte Fortpflanzung gezeugt worden ist. Für einen solchen Beweis steht jedoch der genetische Vaterschaftsnachweis nicht zur Verfügung.¹³¹ Die qualifizierte Zustimmung zu einer medizinisch unterstützten Fortpflanzung ist somit Beweisthema in einem solchen Verfahren.¹³² Hat der Lebensgefährte der medizinisch unterstützten Fortpflanzung mit dem Samen eines Dritten zugestimmt, jedoch nicht in Form eines gesetzlich vorgeschriebenen Notariatsaktes, so hat dies zur Folge, dass dieser Mann nicht als Vater nach § 148 Abs 3 ABGB festgestellt werden kann.¹³³ Wurde die Zustimmung zu einer medizinisch unterstützten Fortpflanzung mit einem bestimmten Spendersamen erteilt, infolge einer Verwechslung jedoch der Samen eines anderen Spenders verwendet, so ist dennoch der Lebensgefährte als Vater des Kindes nach § 148 Abs 3 ABGB festzustellen, da dies ansonsten, wie bereits beim Ehegatten besprochen, zur juristischen Vaterlosigkeit des Kindes führen würde.¹³⁴ Anders verhält es sich, wenn der Lebensgefährte nur der Vornahme einer medizinisch unterstützten Fortpflanzung mit seinem eigenen Samen zugestimmt hat, aber der Samen eines Dritten zur Zeugung verwendet wurde, denn dadurch fehlt die Zustimmung von vornherein und der Lebensgefährte der Mutter kann nicht als Vater nach § 148 Abs 3 ABGB gerichtlich festgestellt werden.¹³⁵

Nach § 148 Abs 4 ABGB kann der Dritte, dessen Samen für eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung verwendet wird, keinesfalls als rechtlicher Vater festgestellt werden. Mit dieser Regelung verfolgt der Gesetzgeber das Ziel, die Bereitschaft von Männern, sich als Samenspender zur Verfügung zu stellen, nicht zu beeinträchtigen, was jedoch durch eine subsidiäre Heranziehung des Samenspenders als rechtlichen Vater mit hoher Wahrscheinlichkeit eintreten würde.¹³⁶ Der Samenspender muss darauf vertrauen können, dass zwischen ihm und dem durch seine Samenspende gezeugten Kind keinerlei familien- und erbrechtliche Beziehung entsteht und ihn somit keine rechtlichen und wirtschaftlichen Folgen treffen.¹³⁷ Der zweite Satz des § 148 Abs 4 ABGB enthält eine Legaldefinition des

¹³¹ ErläutRV 471 BlgNR 22. GP 22.

¹³² *Dittrich/Tades*, ABGB: Taschenkommentar²³ (2011) 79; *Feil/Marent*, Familienrecht § 163 Rz 10.

¹³³ *Bernat* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB I⁴ § 163 Rz 10.

¹³⁴ *Bernat* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB I⁴ § 163 Rz 10; *Feil/Marent*, Familienrecht § 163 Rz 12.

¹³⁵ *Bernat* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB I⁴ § 163 Rz 10.

¹³⁶ ErläutRV 216 BlgNR 18. GP 26.

¹³⁷ ErläutRV 216 BlgNR 18. GP 11.

Begriffs „Dritter“, nach welchem als Dritter jener Mann anzusehen ist, der seinen Samen einer zugelassenen Krankenanstalt zum Zwecke medizinisch unterstützter Fortpflanzungen mit dem Willen überlässt, selbst nicht als Vater eines mit diesem Samen gezeugten Kindes festgestellt zu werden. Durch diese Bestimmung wird also klargestellt, dass nur dann, wenn die genannten Voraussetzungen vorliegen, die Feststellung der Vaterschaft des Samenspenders ausgeschlossen ist. Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass ein Mann, der Samen auf eine andere Art und Weise als in § 148 Abs 4 ABGB vorgesehen den Wunscheltern zur Verfügung stellt, sehr wohl als rechtlicher Vater festgestellt werden kann.¹³⁸

Der Gesetzgeber war bemüht, durch die im FMedG normierten Vorschriften sicherzustellen, dass eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung nur in den gesetzlichen Rahmenbedingungen erfolgen kann, wobei der Fall nicht bedacht wurde, dass es infolge von Verstößen gegen die Vorschriften des FMedG und mangels einer Vaterschaftsfeststellung des Samenspenders zur Konsequenz hat, dass das durch Samen eines Dritten gezeugte Kind in juristischer Hinsicht vaterlos ist.¹³⁹ Obwohl der Gesetzgeber eine subsidiäre Vaterschaftsfeststellung des Samenspenders auch für jene Fälle, in denen das Kind juristisch vaterlos ist, ausgeschlossen hat,¹⁴⁰ treten einige Stimmen dafür ein, dass ein Vaterschaftsanerkennnis eines Drittsamenspenders bei sonstigen Vaterlosigkeit des Kindes für zulässig erachtet werden soll.¹⁴¹ Nach *Hopf*¹⁴² und *Stabentheiner*¹⁴³ ist § 148 Abs 4 ABGB für den Fall der sonstigen Vaterlosigkeit teleologisch zu reduzieren, wenn der Samenspender freiwillig ein Vaterschaftsanerkennnis abgibt, da ein Drittsamenspender, der freiwillig die Vaterschaft anerkennt, nicht unter den Schutz des § 148 Abs 4 ABGB gestellt werden muss. Auch *Bernat*¹⁴⁴ schließt sich *Hopf* und *Stabentheiner* an und verweist darauf, dass es keinesfalls Absicht des Gesetzgebers sein kann, einen Samenspender gegen seinen Willen unter den Schutz des Gesetzes zu stellen. Nach *Bernat* kann der Akt der Samenspende nicht zugleich als Verzicht auf die Vaterschaft im Wege eines Anerkenntnisses gewertet werden, schließt aber die gerichtliche Feststellung seiner Vater-

¹³⁸ *Feil/Marent*, Familienrecht § 163 Rz 14.

¹³⁹ *Steininger*, Juristisch elternlose Kinder? ÖJZ 1999, 707

¹⁴⁰ ErläutRV 216 BlgNR 18. GP 26.

¹⁴¹ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³ 527.

¹⁴² *Hopf* in *KBB*, ABGB³ § 163 Rz 7.

¹⁴³ *Stabentheiner* in *Rummel*, 1. Ergänzungsband zur 3. Auflage § 163c Rz 4b; *ders* in *Rummel*, ABGB I³ § 163 Rz 1b.

¹⁴⁴ *Bernat* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB I⁴ § 163c Rz 5.

schaft nach § 148 Abs 3 ABGB infolge eines Widerspruches gegen das Anerkenntnis aus Ein vaterschaftsdurchbrechendes Anerkenntnis durch den Drittsamenspender soll jedoch nach *Koziol/Welser*¹⁴⁵ keinesfalls zulässig und daher unwirksam sein.

Zusammenfassend kann daher festgehalten werden, dass eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung nur unter Einhaltung der davor vorgesehenen Bestimmungen des FMedG zulässig ist, wodurch die soeben besprochenen abstammungsrechtlichen Besonderheiten eintreten. Sollen jedoch die für die Zustimmung zu einer medizinisch unterstützten Fortpflanzung vorgesehenen Formerfordernisse nicht oder nicht in der dafür vorgesehenen Weise erteilt worden sein, so hat dies zur Konsequenz, dass zum einen der Ehemann der Mutter die Vaterschaft nach § 152 ABGB bestreiten kann und zum anderen, dass der Lebensgefährte der Mutter nicht als rechtlicher Vater nach § 148 Abs 3 ABGB festgestellt werden kann. Da auch der Samenspender nach der gesetzlichen Bestimmung des § 148 Abs 4 ABGB nicht als rechtlicher Vater festgestellt werden kann, hat ein Verstoß gegen die Bestimmungen des FMedG abstammungsrechtlich zur Folge, dass ein Kind im juristischen Sinne vaterlos ist. Der Grundgedanke des Gesetzgebers, den Samenspender unter den Schutz des Gesetzes zu stellen und eine Feststellung seiner Vaterschaft auszuschließen, führt sicherlich dazu, dass die Bereitschaft von Männern, sich als Samenspender zur Verfügung zu stellen, gefördert wird, vor allem, wenn man bedenkt, dass eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung mit dem Samen eines Dritten mangels Verfügbarkeit eines solchen gar nicht durchgeführt werden könnte und somit vielen kinderlosen Paaren die Möglichkeit mittels einer Samenspende, doch noch Eltern zu werden, genommen wird.

Gesetzten Falles, dass ein Samenspender ein Anerkenntnis zu einem mit seinem Samen gezeugten Kind, welches ansonsten vaterlos wäre, abgibt, schließe ich mich den Ausführungen von *Hopf*, *Stabentheiner* und *Bernat* an, dass in so einem Fall § 148 Abs 4 ABGB teleologisch zu reduzieren ist. Denn auch meines Erachtens kann es nicht zielführend sein, einem Samenspender, der freiwillig die Vaterrolle für ein mit seinem Samen gezeugtes Kind mit allen Rechten und Pflichten übernehmen will, dieses Recht zu verwehren, vor allem, wenn das Kind

¹⁴⁵ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³ 527.

ansonsten juristisch vaterlos ist. Es kann nicht dem Wohl des Kindes entsprechen, von Gesetzes wegen ihnen ihren biologischen Vater vorzuenthalten, obwohl sich dieser der Verantwortung, Vater zu sein, annehmen möchte. Auch die finanzielle Komponente darf meiner Meinung nach nicht außer Acht gelassen werden, denn wenn wegen eines Verstoßes gegen das FMedG das Kind juristisch keinen Vater hat, so hat auch die Mutter keine Möglichkeiten, gesetzlichen Unterhalt für das Kind einzufordern, was zwangsläufig wiederum dem Wohl des Kindes schadet. Deshalb kann ein freiwilliges Anerkenntnis des Samenspenders bei sonstiger Vaterlosigkeit nur begrüßt werden, da es für sämtliche Beteiligte vorteilhaft ist. Dieser Fall, dass ein Samenspender freiwillig ein Vaterschaftsanerkenntnis abgibt, wird meines Erachtens eher selten eintreten, vor allem, wenn man bedenkt, dass die Männer nur deshalb ihren Samen freiwillig zur Verfügung stellen, da ihnen keinerlei erb- und familienrechtlichen Konsequenzen blühen. Allerdings wird es aufgrund der zwingend einzuhaltenden Formvorschriften des FMedG ohnehin in den seltensten Fällen zu der Situation kommen, dass ein Kind in rechtlicher Hinsicht keinen Vater hat.

5 Leihmutterschaftsvertrag

5.1 Inhalt des Vertrages

Hat sich ein Paar dazu entschlossen, sich ihren Kinderwunsch mittels einer Leihmutter zu erfüllen, wird es zu diesem Zweck mit einer im Vorfeld sorgfältig ausgewählten Leihmutter einen den Interessen aller beteiligten Personen entsprechenden detaillierten Vertrag abschließen, in welchem die gegenseitigen Rechte und Pflichten der beteiligten Personen festgehalten werden.¹⁴⁶ Es handelt sich also um einen schuldrechtlichen Vertrag, bei welchem die Wunscheltern und die Leihmutter Vertragsparteien sind. Ist die Leihmutter jedoch verheiratet, so wird höchstwahrscheinlich auch der Ehemann der Leihmutter zum Vertragspartner.

Primärer Inhalt des Vertrages ist die Verpflichtung der Leihmutter, sich mit der entsprechenden Befruchtungsmethode künstlich befruchten zu lassen und das dadurch gezeugte Kind auszutragen und nach der Geburt unter Verzicht auf ihre Rechte als Mutter an die Wunscheltern herauszugeben.¹⁴⁷ Neben diesen Hauptverpflichtungen der Leihmutter werden auch noch oft Nebenabreden vereinbart wie beispielsweise, dass sie während der Schwangerschaft regelmäßigen Untersuchungen wahrzunehmen hat und sämtliche Handlungen, die eine schädliche Auswirkung auf das ungeborene Kind haben können wie zum Beispiel Nikotin-, Alkohol- und Drogenkonsum zu unterlassen.¹⁴⁸ Im Gegenzug verpflichten sich die Wunscheltern einerseits, das Kind nach der Geburt anzunehmen und andererseits, der Leihmutter für ihre Mühen ein angemessenes Honorar zu bezahlen und darüber hinaus auch für sämtliche ärztlichen Behandlungskosten und sonst erwachsenen Kosten wie beispielsweise Anwaltshonorar oder Lebensversicherungsprämien aufzukommen.¹⁴⁹

¹⁴⁶ Posch in Bernat 228.

¹⁴⁷ Goedel, Leihmutterschaft 6; Posch in Bernat 228.

¹⁴⁸ Goedel, Leihmutterschaft 6; Posch in Bernat 228.

¹⁴⁹ Goedel, Leihmutterschaft 6; Posch in Bernat 228.

Handelt es sich um eine altruistische Leihmutterschaft, so ändert sich an der ob ausgeführten Vertragsgestaltung nichts, denn es entfällt lediglich die Vereinbarung über das Leihmutterschaftshonorar.¹⁵⁰

Diese allgemeinen Vertragsinhalte sind Bestandteile eines jeden Leihmutterschaftsvertrages und zwar unabhängig davon, ob es sich um eine unechte oder echte Leihmutterschaft handelt und in welchem Land die Leihmutterschaft schlussendlich erfolgt.

5.2 Zulässigkeit

5.2.1 Privatautonomie und ihre Grenzen

Das österreichische Privatrecht ist vom Grundsatz der Privatautonomie geprägt, was bedeutet, dass jeder einzelnen Person die Möglichkeit eingeräumt wird, ihre Rechtsverhältnisse beliebig und frei zu gestalten.¹⁵¹ Mit anderen Worten, jeder kann selbst darüber entscheiden, ob, wann, wie, mit wem und mit welchem Inhalt er einen Vertrag eingehen möchte.¹⁵² Diese privatautonome Selbstbestimmung gilt allerdings nicht uneingeschränkt, vielmehr stellt § 879 Abs 1 ABGB klar, dass privatrechtliche Verträge, die gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen nicht zulässig und daher mit Nichtigkeit bedroht sind. Weiters sind auch sämtliche zwingenden Normen der Parteidisposition generell entzogen,¹⁵³ da Abweichungen von diesem unwirksam sind.¹⁵⁴ Da § 879 Abs 1 ABGB neben der Gesetzeswidrigkeit auch einen Verweis auf die guten Sitten beinhaltet, ist sie als Generalklausel zu qualifizieren.¹⁵⁵

5.2.2 Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot

Die Generalklausel des § 879 Abs 1 ABGB gibt keinerlei Aufschluss darüber, welche gesetzlichen Verbote konkret im Einzelnen gemeint sind.¹⁵⁶ Jedenfalls

¹⁵⁰ Goedel, Leihmutterschaft 6.

¹⁵¹ Koziol/Welser, Bürgerliches Recht I¹³ 94; Riedler, Zivilrecht I: Allgemeiner Teil⁵ (2010) Rz 10/1 f.

¹⁵² Koziol/Welser, Bürgerliches Recht I¹³ 95; Riedler, Zivilrecht I⁵ Rz 10/6.

¹⁵³ Koziol/Welser, Bürgerliches Recht I¹³ 96.

¹⁵⁴ Graf in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.00} § 879 Rz 14.

¹⁵⁵ Apathy/Riedler in Schwimann (Hrsg), ABGB: Praxiskommentar IV³ (2006) § 879 Rz 2; Graf in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.00} § 879 Rz 1; Krejci in Rummel, ABGB I³ § 879 Rz 2.

¹⁵⁶ Apathy/Riedler in Schwimann, ABGB IV³ § 879 Rz 2; Krejci in Rummel, ABGB I³ § 879 Rz 2.

werden von Abs 1 leg cit inländische Gesetze im materiellen Sinn, also Verfassungsgesetze, Bundes- und Landesgesetze, aber auch für die Parteien geltende Verordnungen sowie unmittelbar anwendbares EU-Recht gemeint sein.¹⁵⁷ Allerdings macht nicht jede Gesetzesverletzung einen Vertrag automatisch nichtig, sondern nach Lehre¹⁵⁸ und Rechtsprechung¹⁵⁹ ist Nichtigkeit infolge Gesetzeswidrigkeit dann anzunehmen, wenn die Nichtigkeit im betreffenden Verbot ausdrücklich angeordnet wird oder aber, wenn der Zweck des Verbotsgesetzes die Nichtigerklärung eines Vertrages notwendiger Weise verlangt. Ordnet also ein Gesetz nicht ausdrücklich die Nichtigkeit eines ihm widersprechenden Rechtsgeschäftes an, so ist auf den Verbotszweck der Norm abzustellen.¹⁶⁰

Jedenfalls unzulässig und damit nichtig sind die in § 879 Abs 2 ABGB aufgezählten Rechtsgeschäfte. Nach Abs 2 Z 1a leg cit ist die Vermittlung einer medizinisch unterstützten Fortpflanzung gegen Entgelt jedenfalls nichtig. Diese Bestimmung betrifft allerdings nur Verträge, die nach dem FMedG an sich zulässig sind und stellt nur deren entgeltliche Vermittlung unter Nichtigkeit.¹⁶¹ Damit sollen Paare, die sich mittels einer medizinisch unterstützten Fortpflanzung ihren Kinderwunsch erfüllen wollen, vor Ausbeutung durch Vermittler geschützt werden.¹⁶² Der Gesetzgeber¹⁶³ macht allerdings deutlich, dass von dieser Bestimmung vor allem auch Verträge über die entgeltliche Vermittlung von Leihmutterschaften erfasst werden, da diese die Würde des Kindes und der Leihmutter hochgradig beeinträchtigen und daher nichtig sind.¹⁶⁴ Damit soll vor allem die Bildung sogenannter Leihmutterschaftsagenturen verhindert werden, die mit der entgeltlichen Vermittlung von Leihmüttern Geld verdienen. Der Gesetzgeber hat weiters darauf hingewiesen, dass es nicht nötig ist, die Vornahme einer unzulässigen medizinisch

¹⁵⁷ Graf in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.00} § 879 Rz 12; *Krejci* in *Rummel*, ABGB I³ § 879 Rz 19.

¹⁵⁸ *Bollenberger* in *KBB*, ABGB³ § 879 Rz 3; *Gschnitzer* in *Klang* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch IV/1² (1968) 179; *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³ 175; *Krejci* in *Rummel*, ABGB I³ § 879 Rz 25.

¹⁵⁹ OGH 4 Ob 12/63 SZ 36/78 = EvBI 1963/375 = JBI 1963, 542; 8 Ob 58/69 SZ 42/49 = EvBI 1969/356; 9 Ob A 80/00f RdW 2000/504 = RdW 2001/113 = ASoK 2000, 404 = JBI 2000, 738 = SZ 73/65; 7 Ob 135/03h RdW 2003/542 = ecolex 2003/363, 907 = JBI 2004, 107 (*Thunhart*).

¹⁶⁰ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³ 175; *Krejci* in *Rummel*, ABGB I³ § 879 Rz 28.

¹⁶¹ *Krejci* in *Rummel*, ABGB I³ § 879 Rz 203b.

¹⁶² Graf in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.00} § 879 Rz 243.

¹⁶³ ErläutRV 216 BlgNR 18. GP 26.

¹⁶⁴ *Apathy/Riedler* in *Schwimmann*, ABGB IV³ § 879 Rz 15.

unterstützten Fortpflanzung in § 879 Abs 2 Z 1a ABGB eigens zu nennen, da solche schon durch die Generalklausel des Abs 1 leg cit erfasst sind.¹⁶⁵

Bei den Regelungen des FMedG handelt es sich um zwingendes Recht, welche eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung nur unter den gesetzlichen Rahmenbedingungen als Sterilitätsbehandlung zulassen¹⁶⁶ und die somit die Eizellenspende, Embryonenspende, Samenspende bei einer In-vitro-Fertilisation sowie jede Form der Leihmutterschaft für unzulässig erklären.¹⁶⁷ Da jede Abweichung von zwingenden Rechtsvorschriften Unwirksamkeit nach sich zieht, sind sie der Parteiendisposition entzogen.¹⁶⁸ Nebenbei wird das FMedG auch aufgrund des Normzwecks jedenfalls als gesetzliches Verbot zu qualifizieren sein,¹⁶⁹ wodurch Leihmutterschaftsverträge in jedem Fall nach § 879 Abs 1 ABGB gesetzwidrig und daher nichtig sind.¹⁷⁰

5.2.3 Verstoß gegen die guten Sitten

Die Generalklausel des § 879 Abs 1 ABGB definiert auch den Begriff der guten Sitten nicht näher und lässt daher auch offen, wann ein Vertrag als sittenwidrig zu qualifizieren ist.¹⁷¹ Die Aufgabe, den Begriff der Sittenwidrigkeit zu konkretisieren, wird daher ganz klar der Rechtsanwendung zugewiesen.¹⁷² Einigkeit herrscht darüber, dass ein Verstoß gegen die guten Sitten dann vorliegt, wenn etwas offenbar geradezu widerrechtlich ist, ohne aber gegen ein konkretes gesetzliches Verbot zu verstoßen und somit nicht gesetzwidrig, aber jedenfalls rechtswidrig ist.¹⁷³ Somit handelt es sich bei der Sittenwidrigkeit um eine Verletzung ungeschriebenen Rechts.¹⁷⁴ Aus diesem Grund kommt der Sittenwidrigkeit eine

¹⁶⁵ ErläutRV 216 BlgNR 18. GP 26.

¹⁶⁶ ErläutRV 216 BlgNR 18. GP 7; *Eder-Riedler*, JAP 1998/99.

¹⁶⁷ ErläutRV 216 BlgNR 18. GP 11.

¹⁶⁸ *Graf in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.00} § 879 Rz 14; *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³ 96.

¹⁶⁹ *Graf in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.00} § 879 Rz 14.

¹⁷⁰ *Apathy/Riedler in Schwimann*, ABGB IV³ § 879 Rz 4.

¹⁷¹ *Apathy/Riedler in Schwimann*, ABGB IV³ § 879 Rz 2; *Graf in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.00} § 879 Rz 60; *Krejci in Rummel*, ABGB I³ § 879 Rz 2.

¹⁷² *Krejci in Rummel*, ABGB I³ § 879 Rz 48.

¹⁷³ *Apathy/Riedler in Schwimann*, ABGB IV³ § 879 Rz 8; *Graf in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.00} § 879 Rz 60; *Gschntzer in Klang*, ABGB IV/1² (1968) 181.

¹⁷⁴ *Apathy/Riedler in Schwimann*, ABGB IV³ § 879 Rz 8.

Lückenföllungsfunktion zu,¹⁷⁵ da es für den Gesetzgeber keinesfalls möglich ist, sämtliche unerlaubte Vereinbarungen abschließend aufzuzählen.¹⁷⁶

Ein Verstoß gegen die guten Sitten kann nur dann angenommen werden, wenn eine Interessensabwägung eine grobe Verletzung rechtlich geschützter Interessen ergibt oder wenn bei einer Interessenskollision ein grobes Missverhältnis zwischen den Interessen der beteiligten Personen vorliegt.¹⁷⁷ Die für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit heranzuziehenden Maßstäbe müssen sich in jedem Fall aus der Rechtsordnung ableiten lassen, somit sind insbesondere allgemeine und oberste Rechtsgrundsätze maßgeblich.¹⁷⁸ Moralvorstellungen finden nur insofern Anwendung, als sie auch in der Rechtsordnung ihren Niederschlag gefunden haben.¹⁷⁹ Besonders wichtiges Kriterium zur Beurteilung der Sittenwidrigkeit sind die Persönlichkeitsrechte, insbesondere menschliche Würde, körperliche und sexuelle Integrität, Schutz des Lebens sowie der Freiheit, da diese dem unmittelbaren Schutz des Menschen dienen.¹⁸⁰ Diese Persönlichkeitsrechte werden in § 16 ABGB anerkannt und gelten als zentrale Norm unserer Rechtsordnung, wobei auch diese Norm keine konkreten Persönlichkeitsrechte normiert, allerdings lassen sie sich aus den übrigen Rechtsvorschriften ableiten.¹⁸¹ Unter anderem stellt auch eine missbilligte Kommerzialisierung einen wichtigen Gesichtspunkt zur Beurteilung der Sittenwidrigkeit dar.¹⁸²

Ob ein Vertrag nun gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstößt, ist irrelevant, da zwischen diesen kein Wesensunterschied besteht, weshalb sich eine Prüfung der Sittenwidrigkeit auch erübrigt, wenn bereits ein Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot vorliegt.¹⁸³ Da im Falle eines Leihmutterschaftsvertrages gegen zwingendes Recht und damit gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen wird, erübrigt sich in diesem Zusammenhang eine Beurteilung der Sittenwidrigkeit. Dennoch können Leihmutterschaftsverträge aus vielen

¹⁷⁵ *Krejci* in *Rummel*, ABGB I³ § 879 Rz 57.

¹⁷⁶ *Graf* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.00} § 879 Rz 60; *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³ 179.

¹⁷⁷ *Apathy/Riedler* in *Schwimmann*, ABGB IV³ § 879 Rz 8; *Bollenberger* in *KBB*, ABGB³ § 879 Rz 5; *Graf* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.00} § 879 Rz 61; *Gschnitzer* in *Klang*, ABGB IV/1² (1968) 183; *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³ 179.

¹⁷⁸ *Apathy/Riedler* in *Schwimmann*, ABGB IV³ § 879 Rz 8; *Graf* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.00} § 879 Rz 60; *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³ 179.

¹⁷⁹ *Graf* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.00} § 879 Rz 62.

¹⁸⁰ *Apathy/Riedler* in *Schwimmann*, ABGB IV³ § 879 Rz 9; *Krejci* in *Rummel*, ABGB I³ § 879 Rz 69 ff.

¹⁸¹ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³ 83.

¹⁸² *Apathy/Riedler* in *Schwimmann*, ABGB IV³ § 879 Rz 9; *Krejci* in *Rummel*, ABGB I³ § 879 Rz 75.

¹⁸³ *Krejci* in *Rummel*, ABGB I³ § 879 Rz 59 f.

Gründen teilweise oder zur Gänze sittenwidrig und daher unwirksam sein.¹⁸⁴ Kern der Diskussion ist dabei vor allem die Verletzung der Menschenwürde sowohl in Bezug auf das Kind als auch auf die Leihmutter, die Schranken der Disposition über Familienrechtsverhältnisse sowie der Kommerzialisierung.¹⁸⁵ Im Hinblick auf die Motive, die den Gesetzgeber dazu veranlasst haben, unter anderem Leihmutterschaften zu verbieten, muss unter Berücksichtigung dieser Argumente und aufgrund der derzeitigen Rechtslage wohl auch von der Sittenwidrigkeit solcher Leihmutterschaftsverträge ausgegangen werden.

5.2.4 Rechtsfolgen

Verträge, die gegen die Bestimmung des § 879 ABGB verstoßen, sind nichtig. Dabei wird zwischen absoluter und relativer Nichtigkeit unterschieden.¹⁸⁶

Ergibt sich die Nichtigkeit aufgrund eines Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot, das dem Schutz des Allgemeininteresses, der öffentlichen Ordnung und der Sicherheit dient, so liegt absolute Nichtigkeit vor, die von Amts wegen wahrzunehmen ist.¹⁸⁷ Da ein Leihmutterschaftsvertrag allerdings gegen zwingendes Recht verstößt, ist der gesamte Vertrag in jedem Fall absolut nichtig.¹⁸⁸ Unter absoluter Nichtigkeit versteht man, dass sich jeder, also auch diejenige Vertragspartei, die die Nichtigkeit bei Vertragsabschluss schon kannte, jederzeit auf diese berufen kann.¹⁸⁹ Relative Nichtigkeit liegt dann vor, wenn die betreffende Norm, gegen die verstoßen wurde, bloß eine Vertragspartei unter den Schutz des Gesetzes stellt, demzufolge die Geltendmachung der Nichtigkeit auch bloß dieser Vertragspartei obliegt.¹⁹⁰ Liegt also relative Nichtigkeit vor, so wird diese nicht von Amts wegen, sondern bloß über eine Einrede der vom Gesetz geschützten Vertragspartei aufgegriffen.¹⁹¹

¹⁸⁴ *Krejci* in *Rummel*, ABGB I³ § 879 Rz 73.

¹⁸⁵ *Krejci* in *Rummel*, ABGB I³ § 879 Rz 73.

¹⁸⁶ *Graf* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.00} § 879 Rz 4; *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³ 181.

¹⁸⁷ *Apathy/Riedler* in *Schwimann*, ABGB IV³ § 879 Rz 34; *Graf* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.00} § 879 Rz 4; *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³ 181; *Krejci* in *Rummel*, ABGB I³ § 879 Rz 248.

¹⁸⁸ *Graf* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.00} § 879 Rz 14.

¹⁸⁹ *Apathy/Riedler* in *Schwimann*, ABGB IV³ § 879 Rz 34; *Graf* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.00} § 879 Rz 4; *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³ 181; *Krejci* in *Rummel*, ABGB I³ § 879 Rz 248.

¹⁹⁰ *Apathy/Riedler* in *Schwimann*, ABGB IV³ § 879 Rz 36; *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³ 182; *Graf* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.00} § 879 Rz 4.

¹⁹¹ *Apathy/Riedler* in *Schwimann*, ABGB IV³ § 879 Rz 36; *Graf* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.00} § 879 Rz 4; *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³ 182; *Krejci* in *Rummel*, ABGB I³ § 879 Rz 249.

Die Nichtigkeit eines Vertrages wegen eines Verstoßes gegen die guten Sitten zieht in der Regel relative Nichtigkeit nach sich, weshalb es einer Geltendmachung der Nichtigkeit bedarf und nicht amtswegig berücksichtigt wird.¹⁹² Ergibt sich die Sittenwidrigkeit allerdings daraus, dass der Vertrag gegen die öffentliche Ordnung oder den Schutz eines Dritten verstößt, so ist die Sittenwidrigkeit ebenfalls mit absoluter Nichtigkeit bedroht und daher von Amts wegen wahrzunehmen.¹⁹³

Ob ein nichtiger Vertrag Gesamt- oder nur Teilnichtigkeit nach sich zieht, ist nach dem Normzweck zu beurteilen,¹⁹⁴ wenn das gesetzliche Verbot dies nicht ausdrücklich regelt.¹⁹⁵ Im Falle des Leihmutterschaftsvertrages ist allerdings von einer Gesamtnichtigkeit des Vertrages auszugehen, da dieser einerseits gegen ein zwingendes Gesetz verstößt und andererseits nach dem Verbotszweck des Gesetzes eine Gesamtnichtigkeit angebracht erscheint.

Zusammenfassend kann daher gesagt werden, dass es in Österreich aufgrund der Privatautonomie möglich ist, frei über seine Vertragsverhältnisse zu disponieren, aber nur insofern, als diese nicht gegen die Bestimmung des § 879 ABGB verstoßen. Da es sich bei den Bestimmungen des FMedG und daher auch im Hinblick auf das Verbot der Leihmutterschaft um zwingende gesetzliche Vorschriften handelt, liegt in jedem Fall Unwirksamkeit des Vertrages wegen Gesetzeswidrigkeit vor. Diese ist absolut und wird daher auch von Amts wegen wahrgenommen.

¹⁹² Apathy/Riedler in Schwimann, ABGB IV³ § 879 Rz 36; Koziol/Welser, Bürgerliches Recht I¹³ 182.

¹⁹³ Apathy/Riedler in Schwimann, ABGB IV³ § 879 Rz 36; Graf in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.00} § 879 Rz 26

¹⁹⁴ Krejci in Rummel, ABGB I³ § 879 Rz 215.

¹⁹⁵ Graf in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.00} § 879 Rz 230.

6 Leihmutterschaft im Ausland

6.1 Gesetzliche Regelungen im Ausland

Innerhalb Europas gibt es im Bereiche der Leihmutterschaft keine einheitlichen Regelungen. Es gibt sowohl Länder, die Leihmutterschaft gesetzlich verbieten, als auch solche, die sie unter gewissen Voraussetzungen für zulässig erklären. Zudem gibt es auch noch einige Länder, die Leihmutterschaft weder im positiven noch im negativen Sinn regeln, sprich sie weder gesetzlich verbieten noch erlauben. In den meisten europäischen Ländern ist jedoch die Leihmutterschaft verboten wie beispielsweise in Frankreich, Norwegen, Schweden, Schweiz oder Deutschland. Zu den wenigen europäischen Ländern, die die Leihmutterschaft unter gewissen gesetzlichen Voraussetzungen erlauben, zählen unter anderem Griechenland, Großbritannien und die Niederlande.¹⁹⁶

In Großbritannien¹⁹⁷ ist nur die altruistische Leihmutterschaft erlaubt. Lediglich der Ersatz für entstandene Kosten kann ersetzt werden. Die Übertragung der rechtlichen Stellung als Eltern auf die Wunscheltern erfolgt mittels eines Antrages auf Übertragung der rechtlichen Elternschaft (parental order) oder Adoption. Einem solchen Antrag auf Übertragung der Elternrechte wird vom Gericht nur dann stattgegeben, wenn zumindest ein Wunschelternteil in Großbritannien domiziliert ist, ein Wunschelternteil auch genetisch Vater oder Mutter des Kindes ist, die Leihmutter kein Entgelt für sie Schwangerschaft und Geburt erhalten hat, das Kind bereits bei den Wunscheltern lebt und sämtliche beteiligte Personen ihr Einverständnis gegeben haben. Ein Leihmutterschaftstourismus wird demnach vom englischen Gesetzgeber ausgeschlossen. Bedenklich ist allerdings, dass ein Leihmutterschaftsvertrag keinerlei rechtliche Wirkung entfaltet, wenn sich die

¹⁹⁶ Koch, Rechtliche Regelungen zur Fortpflanzungsmedizin in europäischen Ländern: Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht (2001/2003) http://www.ivf-gesellschaft.at/fileadmin/redaktion/files/Downloads/MPI_Uebersicht_Fortpflanzungsmedizin.pdf (6.5.2013).

¹⁹⁷ Cornwell, Internationale Leihmutterschaft http://www.dawsoncornwell.com/de/int_surrogacy.html (11.6.2013); Koch, Rechtliche Regelungen zur Fortpflanzungsmedizin in europäischen Ländern: Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht (2001/2003) http://www.ivf-gesellschaft.at/fileadmin/redaktion/files/Downloads/MPI_Uebersicht_Fortpflanzungsmedizin.pdf (6.5.2013). Nademleinsky, Ersatzmutterschaftstourismus nach England? Aktuelle Judikatur des High Court zu Parental Orders, iFamZ 2008, 166.

Leihmutter doch noch dafür entscheidet, das Kind zu behalten. In einer solchen Situation haben die Wunscheltern keine Möglichkeit mehr, ihr Kind zu bekommen. Demzufolge ist die Leihmutterschaft in Großbritannien im Hinblick auf die Rechtssicherheit nicht allzu gelungen geregelt.

In Griechenland¹⁹⁸ ist ebenfalls nur die altruistische Leihmutterschaft zulässig. Es muss im Vorfeld ein schriftlicher Vertrag abgeschlossen werden, in dem alle Beteiligten ihre Zustimmung zu einer Leihmutterschaft bekunden. Zudem muss die Wunschmutter einen Antrag auf gerichtliche Genehmigung stellen. Voraussetzung dafür ist, dass die Eizelle nicht von der Leihmutter stammt und die Wunschmutter aus rein medizinischen Gründen bislang kinderlos geblieben ist. Darüber hinaus müssen beide Frauen ihren ständigen Wohnsitz in Griechenland haben. Ebenso wie in Großbritannien wird ausländischen Paaren die Möglichkeit einer Leihmutterschaft in Griechenland verwehrt. Wurde die Leihmutterschaft gerichtlich genehmigt, so gilt die Wunschmutter auch als rechtliche Mutter des Kindes.

Aber auch außerhalb Europas gibt es Länder, wie unter anderem Russland, Ukraine und die USA, wo ein reges Geschäft mit der Leihmutterschaft herrscht, wobei erwähnenswert ist, dass im außereuropäischen Raum zumeist auch die kommerzielle Leihmutterschaft erlaubt ist¹⁹⁹ und auch keinerlei Beschränkungen für ausländische Paare existieren.

Gerade die USA ist ein sehr beliebtes Land für kinderlose Paare.²⁰⁰ Man nehme das Beispiel Kalifornien:²⁰¹ Hier ist die Leihmutterschaft zwar nicht gesetzlich geregelt, dennoch wurde mittels Rechtsprechung ihre Zulässigkeit bejaht. Erlaubt sind sowohl die unechte als auch die echte Leihmutterschaft, wobei überwiegend die Form der echten Leihmutterschaft praktiziert wird. Rechtliche Eltern des Kindes sind immer die Wunscheltern, unabhängig davon, ob sie ihre eigenen

¹⁹⁸ *Kastrissios* in *Bergmann/Ferid/Henrich* (Hrsg), Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht: Griechenland, 199. Lieferung (2012) 42;
Koch, Rechtliche Regelungen zur Fortpflanzungsmedizin in europäischen Ländern: Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht (2001/2003) http://www.ivf-gesellschaft.at/fileadmin/redaktion/files/Downloads/MPI_Uebersicht_Fortpflanzungsmedizin.pdf (6.5.2013).

¹⁹⁹ Happy Family - Surrogacy and IVF consulting <http://surrogacyinfo.net/de/gesetzliche-regelungen/> (11.6.2013).

²⁰⁰ *Welz*, Gesetzliche Regelungen: Leihmutterschaft und Leihmutterschaft <http://www.leihmutter.de/pages/gesetzliche-regelungen.php> (11.6.2013).

²⁰¹ *Lorenz Moritz* in *Bergmann/Ferid/Henrich* (Hrsg), Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht: California, 173. Lieferung (2007) 24.

Keimzellen oder Spenderzellen zur Zeugung des Kindes verwendet haben. Zudem ist auch die kommerzielle Leihmutterschaft in Kalifornien zulässig. Diese Rechtslage macht es natürlich für kinderlose Paare besonders attraktiv, sich ihren Kinderwunsch in Kalifornien mittels einer Leihmutter zu erfüllen.

Aber auch in der Ukraine²⁰² wurde die Leihmutterschaft im Jahre 2006 nach Art 123 Abs 2 des ukrainischen Familiengesetzbuches legalisiert, wonach die Wunscheitern stets die rechtlichen Eltern des von einer Leihmutter geborenen Kindes sind, indem sie sogleich nach der Geburt in die Geburtsurkunde eingetragen werden.

6.2 Statusrechtliche Zuordnung des Kindes einer ausländischen Leihmutter

Anhand der in den vorherigen Kapiteln dargelegten österreichischen Rechtslage konnte herausgearbeitet werden, dass in Österreich jede Form der Leihmutterschaft verboten ist, ein darauf abzielender Vertrag wegen Gesetzes- bzw Sittenwidrigkeit unwirksam ist und zudem die rechtliche Mutterschaft nach § 143 ABGB ausnahmslos der gebärenden Frau zugeordnet wird. Die ablehnende Haltung gegenüber Leihmutterschaft spiegelt sich also in diversen Regelungen wider. Dennoch hindert dies ein österreichisches Paar nicht, ihren Kinderwunsch in einem Land, in welchem die Leihmutterschaft zulässig und daher legal ist, mittels einer Leihmutter zu erfüllen und damit die gesetzlichen Regelungen in Österreich zu umgehen. Genau mit einem solchen Fall beschäftigt sich dieses Kapitel, indem zum einen die zivilrechtliche Fragestellung nach der rechtlichen Elternschaft - insbesondere der rechtlichen Mutterschaft - und zum anderen die Frage nach der Nationalität des Kindes dargestellt und erörtert werden.

Wenn sich ein österreichisches Paar schon zu diesem Schritt entscheidet, sich ins Ausland zu begeben, um dort mittels einer Leihmutter ein Kind zu bekommen, so wird ein solches Paar mit Sicherheit ein Land wählen, indem es aufgrund der dort geltenden Rechtslage schon vor oder zumindest sogleich nach der Geburt auch als rechtliche und somit rechtmäßige Eltern gilt. Dies bedeutet allerdings noch

²⁰² Von Albertine in *Bergmann/Ferid/Henrich*, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht: Ukraine, 197. Lieferung (2012) 78.

lange nicht, dass die Wunscheltern auch in Österreich als rechtliche Eltern angesehen werden. Vielmehr muss zunächst im Wege des österreichischen Kollisionsrechts das für den Fall maßgeblich und somit anzuwendende Recht ermittelt werden. Verweist die kollisionsrechtliche Anknüpfung auf österreichisches Recht, so hat dies zur Folge, dass, obwohl die österreichischen Wunscheltern nach der ausländischen Gesetzeslage die rechtlichen Eltern des Kindes sind, die ausländische Leihmutter die Stellung der rechtlichen Mutter eingeräumt wird. Dies würde zu dem nicht wünschenswerten Konflikt führen, dass nach der ausländischen Rechtsordnung die österreichische Wunschmutter und nach der österreichischen Rechtsordnung die ausländische Leihmutter rechtliche Mutter des Kindes ist. Führt das Ergebnis der kollisionsrechtlichen Anknüpfung jedoch dazu, dass das fremde Recht und somit die dort geltenden abstammungsrechtlichen Regelungen anzuwenden sind, so würden die österreichischen Wunscheltern auch in Österreich als rechtliche Eltern gelten. Aber selbst dann kann Österreich die Anwendung, unter Bezugnahme auf die Vorbehaltsklausel des § 6 IPRG, verweigern, nach welcher ausländisches Recht nicht angewendet werden muss, wenn das Ergebnis mit den Grundwertungen der österreichischen Rechtsordnung unvereinbar ist, was wiederum zur Folge hätte, dass das österreichische Recht zur Anwendung kommt. Im Zentrum dieser Überlegungen steht natürlich auch stets das Kindeswohl, was stets Berücksichtigung finden muss.

Diese kurze Darstellung soll zeigen, welche komplexen Fragestellungen sich in Bezug auf Abstammung und auch Nationalität stellen. Im Folgenden werden anhand von zwei Entscheidungen des VfGH diese konkreten Problemstellungen, die sich zum Thema Leihmutterschaft im Ausland ergeben, konkretisiert und erörtert.

6.3 Erkenntnis des VfGH B 13/11-10 vom 14.12.2011²⁰³

6.3.1 Sachverhalt

Im Jahre 2006 und 2009 wurden in den USA in Georgia von einer US-amerikanischen Leihmutter zwei Kinder geboren. Die Zeugung erfolgte durch

²⁰³ VfGH B 13/11-10 RdM 2012/83 (*Bernat*) = Zak 2012/82 = EF-Z 2012/38 = ASoK 2012, 86 = iFamZ 2012/40 = JUS Vf/4612 = EuGRZ 2012, 65 = ÖJZ 2012/32 = ecolex 2012, 657 = ZfV 2012/1436 = ZfRV 2012/17.

eine In-vitro-Fertilisation mit der Eizelle der österreichischen Wunschmutter und mit dem Samen ihres Ehemannes, eines italienischen Staatsbürgers.

Ein US-Gericht hat bereits vor jeder Geburt der beiden Kinder gerichtlich festgestellt, dass die österreichische Wunschmutter und deren Ehemann genetische und rechtmäßige Eltern des jeweiligen noch ungeborenen Kindes sind und keinesfalls die Leihmutter oder deren Ehemann. Zusätzlich enthielten die Beschlüsse bereits die Zuordnung des vollen und ausschließlichen Sorgerechts der Wunscheltern. Weiters wurde das Krankenhaus angewiesen, die Geburtsurkunden auf den Namen der Wunscheltern auszustellen und zwar ohne Erwähnung der Leihmutter oder deren Ehemann.

Nach der Rückkehr nach Österreich wurden aufgrund der Geburtsurkunden auch Staatsbürgerschaftsnachweise für die beiden Kinder vom Magistrat der Stadt Wien ausgestellt. Erst im Zuge der Beantragung von Kinderbetreuungsgeld wurde die Frage der Staatsbürgerschaft und in diesem Zusammenhang auch die Frage der Mutterschaft in Österreich überprüft. Das Magistrat kam dann unter Einholung einer Stellungnahme des Bundesministeriums für Justiz zu dem Ergebnis, dass die Kinder weder durch Abstammung noch auf irgendeine andere Art die österreichische Staatsbürgerschaft erworben haben. Dies wurde damit begründet, dass das österreichische Recht nach den Bestimmungen der heranzuziehenden §§ 21 und 25 IPRG²⁰⁴, wonach das Recht des Personalstatutes der Kinder zur Anwendung gelangt, zwar eine Gesamtverweisung auf das amerikanische Recht bewirkt, es jedoch aufgrund dessen, dass im amerikanischen Kollisionsrecht das Domicilprinzip gilt, was bedeutet, dass auf den gewöhnlichen Aufenthalt abgestellt wird, es zu einer Rückverweisung auf das österreichische Sachrecht kommt. Somit wurde die Mutterschaft nach § 143 ABGB beurteilt, wonach die österreichische Wunschmutter nicht die rechtliche Mutter der Kinder ist, sondern die Leihmutter.

Des Weiteren wurde die Anerkennung der amerikanischen Gerichtsbeschlüsse versagt, da eine solche aufgrund des Verbots der Leihmutterschaft gegen den österreichischen *ordre-public* verstoßen würde. Dagegen wurde sodann Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof erhoben.

²⁰⁴ Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht BGBl 1978/304.

Der VfGH gab der Beschwerde sodann Folge und hob den Bescheid auf, da die Beschwerdeführer durch den angefochtenen Bescheid in ihrem verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht auf Gleichheit aller Staatsbürger vor dem Gesetz verletzt wurden. In seiner Erkenntnis stellt der VfGH weiters fest, dass das FMedG sowie § 143 ABGB nur auf Sachverhalte anzuwenden sei, die sich auf österreichischem Staatsgebiet abspielen. Er führt weiters aus, dass die amerikanischen Regelungen unabhängig von der Staatsangehörigkeit und der Domizilierung der betreffenden Personen einen zwingenden Geltungsanspruch erheben, wodurch es verfehlt ist, eine Rückverweisung auf das österreichische Recht anzunehmen. Auch das Verbot der Leihmutterschaft ist nicht verfassungsrechtlich geboten und ist daher jedenfalls nicht als Teil des ordre-public anzusehen, wodurch die Anerkennung der amerikanischen Gerichtsbeschlüsse, durch welche den österreichischen Wunscheltern auch der Status der rechtlichen Elternschaft zugesprochen wird, dem österreichischen ordre-public nicht entgegen steht.

6.3.2 US-amerikanische Rechtslage

In den im Erkenntnis des VfGH²⁰⁵ auszugsweise zu entnehmenden Gesetzesstellen der US-amerikanischen Rechtsvorschriften, welche im „Uniform Status of Children of Assisted Conception Act“ („Einheitliche Gesetz über die Rechtsstellung von mit künstlicher Befruchtung gezeugten Kindern“) geregelt sind, werden die Voraussetzungen und Rechtsfolgen von Leihmutterschaftsvereinbarungen geregelt und dessen Zustandekommen und Abwicklung unter Richtervorbehalt gestellt:

„§ 5. Leihmuttervereinbarung

(a) Die Leihmutter, gegebenenfalls ihr Ehemann und die Wunscheltern können eine schriftliche Vereinbarung treffen, wonach die Leihmutter alle ihre Rechte und Pflichten als Mutter des künstlich zu erzeugenden Kindes aufgibt, und wodurch die Wunscheltern Eltern des Kindes gemäß §8 werden.

(b) Ist diese Vereinbarung nicht durch das Gericht vor der Befruchtung gemäß §6 genehmigt worden, so ist die Vereinbarung ungültig und die Leihmutter ist die

²⁰⁵ VfGH B 13/11-10 RdM 2012/83 (Bernat) = Zak 2012/82 = EF-Z 2012/38 = ASoK 2012, 86 = iFamZ 2012/40 = JUS Vf/4612 = EuGRZ 2012, 65 = ÖJZ 2012/32 = ecolex 2012, 657 = ZfV 2012/1436 = ZfRV 2012/17.

Mutter des Kindes und der Ehemann der Leihmutter, falls er Partei der Vereinbarung war, Vater des Kindes. Ist der Ehemann der Leihmutter nicht Vertragspartei oder ist die Leihmutter ledig, so wird die Vaterschaft zu dem Kind nach dem einheitlichen Elterngesetz bestimmt.

§6. Antrag und Verhandlung wegen Genehmigung der Leihmuttervereinbarung

(a) Wunscheltern und Leihmutter können die gerichtliche Genehmigung der Vereinbarung beantragen, wenn einer der Beteiligten im Staat seinen Aufenthalt hat. Ist die Leihmutter verheiratet, so muß sich ihr Ehemann dem Antrag anschließen. Das Gericht hat einen Prozeßpfleger zu bestellen, der die Rechte des künstlich zu erzeugenden Kindes wahrnimmt.

(b) Das Gericht kann die Vereinbarung gutheißen für eine auf 12 Monate befristete Dauer, gerechnet ab dem Erlaß des Beschlusses, wenn:

(1) das Gericht zuständig ist und alle Parteien der Zuständigkeit zugestimmt haben;

(2) die Wunschmutter nicht in der Lage ist, ein Kind auszutragen oder ein Kind nicht ohne übermäßiges Risiko für das Kind und sich selbst austragen könnte;

(3) entsprechende Sozialerhebungen durchgeführt wurden;

(4) alle Beteiligten die Voraussetzungen für Adoptiveltern erfüllen;

(5) alle Beteiligten freiwillig den Vertrag geschlossen haben und seinen Inhalt und seine Auswirkungen verstanden haben;

(6) die Leihmutter mindestens einmal schwanger war und geboren hat, und die Austragung und Geburt eines anderen Kindes kein unverhältnismäßiges Risiko für das Kind und die Leihmutter darstellen werden

§8. Elternschaft bei Leihmuttervertrag

(a) Wird der Leihmutter ein Kind geboren, so sind die Wunscheltern die Eltern des Kindes, während die Leihmutter und ihr Ehemann nicht Eltern des Kindes sind. Ausgenommen ist, dass das Gericht gemäß §7(b) den Beschluß aufhebt. Wenn nach Kündigung durch die Leihmutter das Gericht den Beschluß aufhebt, ist die Leihmutter die Mutter des so entstandenen Kindes und, falls sie verheiratet ist und ihr Ehemann Vertragspartei war, ist dieser der Vater. Ist der Ehemann der Leih-

mutter nicht Vertragspartei oder ist die Leihmutter ledig, so wird die Vaterschaft zu dem Kind nach dem einheitlichen Elterngesetz bestimmt.“

Wurde die Leihmutterschaftsvereinbarung also vom Gericht genehmigt, so hat dies zur Folge, dass den Wunscheltern von Gesetzes wegen die rechtmäßigen Elternschaft zugewiesen wird und demzufolge die Leihmutter und unter Umständen deren Ehemann keinerlei Elternrechte erwerben. Lediglich dann, wenn es an einer gerichtlichen Genehmigung fehlt oder das Gericht den Beschluss aufhebt, sind die Leihmutter und deren Ehemann, sofern dieser Partei der Vereinbarung war, rechtmäßige Eltern des Kindes.

Demnach ist nach den US-amerikanischen Vorschriften klar geregelt, dass nicht die Leihmutter, sondern die österreichische Wunschmutter und deren italienischer Ehemann die genetischen und rechtmäßigen Eltern des Kindes mit sämtlichen Rechten und Pflichten sind.

6.3.3 Österreichische Rechtslage

Nach den bereits besprochenen Regelungen stellt der österreichische Gesetzgeber klar, dass nach § 143 ABGB in rechtlicher Hinsicht die Mutter eines Kindes ausschließlich diejenige Frau ist, die das Kind geboren hat und zwar unabhängig davon, ob die Frau auch in genetischer Hinsicht die Mutter des Kindes ist. Somit wäre nach österreichischem Recht die Leihmutter auch die rechtliche Mutter des von ihr geborenen Kindes. Dadurch erwirbt das Kind auch nicht die österreichische Staatsbürgerschaft.

Beurteilt man diesen Sachverhalt also ausschließlich nach österreichischem Recht, so ist die Leihmutter auch die rechtliche Mutter des Kindes. Da der Wunschvater mit dieser nicht verheiratet ist, richten sich die Voraussetzungen der Feststellung und der Anerkennung der Vaterschaft zu einem unehelichen Kind nach dem Personalstatut des Kindes zum Zeitpunkt seiner Geburt, also nach US-amerikanischem Recht.²⁰⁶

Folglich regeln beide Rechtsordnungen die Abstammung des Kindes, das von einer Leihmutter geboren wurde, auf völlig unterschiedliche Weise, was in der

²⁰⁶ Nademleinsky/Neumayr, Internationales Familienrecht (2007) Rz 06.25.

Folge zu unterschiedlichen Ergebnissen hinsichtlich der rechtlichen Elternschaft führt. Da es zwischen den USA und Österreich kein Abkommen gibt, welches die Anerkennung von Gerichtsbeschlüssen auf diesem Gebiet regelt, geht es im vorliegenden Fall nicht um die Frage der verfahrensrechtlichen Anerkennung, sondern um die Klärung der Frage, ob österreichisches oder amerikanisches Recht zur Anwendung gelangt.²⁰⁷

6.3.4 Kollisionsrechtliche Beurteilung

Das österreichische internationale Privatrecht regelt nach § 1 Abs 1 IPRG Sachverhalte mit Auslandsberührung und zwar nicht unmittelbar, sondern dadurch, dass es auf eine Rechtsordnung verweist, welche sodann für die Beurteilung des zugrundeliegenden Falles maßgeblich ist und somit zur Anwendung kommt.²⁰⁸

Das Regelungsziel des IPRG wird durch diese Bestimmung deutlich, denn demnach soll auf das zu beurteilende Rechtsverhältnis jene Rechtsordnung Anwendung finden, zu der die stärkste Beziehung besteht.²⁰⁹ Allerdings hat der Rechtsanwender grundsätzlich nicht selbst zu prüfen, zu welcher Rechtsordnung nun im konkret zu beurteilenden Sachverhalt die stärkste Beziehung besteht, denn § 1 Abs 2 IPRG macht deutlich, dass die im Gesetz enthaltenen speziellen Verweisungsnormen als Ausdruck dieses Grundsatzes anzusehen sind.

Im vorliegenden Fall handelt es sich jedenfalls um einen Sachverhalt mit Auslandsberührung, weshalb im Wege des Kollisionsrechts zu ermitteln ist, welches Recht auf den Sachverhalt Anwendung findet. Es ist im österreichischen Recht keine spezielle kollisionsrechtliche Norm zu finden, die eine Aussage darüber tätigt, welche Rechtsordnung über den rechtlichen Mutterschaftsstatus entscheidet, wenn das Kind wie im vorliegenden Fall zwei Mütter hat, nämlich eine genetische und eine gebärende Mutter.²¹⁰ Für den Fall einer medizinisch unterstützten Fortpflanzung im Ausland, welche während einer aufrechten Ehe erfolgte, ist deshalb § 21 IPRG analog zur Beurteilung heranzuziehen.²¹¹ Erfolgte die medizi-

²⁰⁷ Bernat, Anmerkung zu VfGH B 13/11-10, RdM 2012/83, 104 (108).

²⁰⁸ Nademleinsky/Neumayr, Internationales Familienrecht Rz 01.04; Verschraegen, Internationales Privatrecht: Ein systematischer Überblick (2012) Rz 1060.

²⁰⁹ Schwimann, Internationales Privatrecht: einschließlich Europarecht³ (2001) 28.

²¹⁰ Bernat, RdM 2012/83, 109.

²¹¹ OGH 7 Ob 527/96 JBI 1996, 717 (Bernat) = EvBl 1996/133 = ÖA 1996, 164 = ZfRV 1996/36 = RdM 1996/26 = ÖJZ-LSK 1996/274 = EFSlg 81.096 = EFSlg 82.226; Nademleinsky/Neumayr, Internationales Familienrecht Rz 06.31; Schwimann, Internationales Privatrecht³ 158; Verschrae-

nisch unterstützte Fortpflanzung im Ausland hingegen während einer aufrechten Lebensgemeinschaft, so kommt § 25 Abs 1 IPRG entsprechend analog zur Anwendung.²¹²

Anwendungsbereich des § 21 IPRG ist die eheliche Abstammung. Diese regelt, nach welchem Recht die Vaterschaft eines Mannes, der zum Zeitpunkt der Geburt des Kindes mit der Mutter verheiratet ist bzw noch bis kurz vor der Geburt verheiratet war und somit vermutet wird, dass er das Kind auch gezeugt hat, zu beurteilen ist.²¹³ Angeknüpft wird nach § 21 IPRG zunächst nach dem Personalstatut der Ehegatten zum Zeitpunkt der Geburt des Kindes bzw zum Zeitpunkt der Eheauflösung, wenn dies bereits vor der Geburt des Kindes geschehen ist. Haben sowohl die Mutter des Kindes als auch ihr Ehemann dasselbe Personalstatut, so wird nach § 21 S 1 IPRG nach diesem gemeinsamen Personalstatut angeknüpft. Unter dem Personalstatut versteht man nach § 9 Abs 1 IPRG „*das Recht des Staates, dem die Person angehört*“, was bedeutet, dass die Staatsangehörigkeit einer Person primärer Anknüpfungspunkt ist. Haben die Ehegatten, wie in dem vom VfGH zu beurteilenden Fall, ein verschiedenes Personalstatut, so ist nach dem § 21 S 2 IPRG generell das Personalstatut des Kindes zum Zeitpunkt der Geburt maßgeblich.

Würde man also § 21 S 1 IPRG auf den Fall der gespaltenen Mutterschaft anwenden, bei welcher nach dem Personalstatut der Ehegatten angeknüpft wird, ist wegen der noch ungeklärten Frage der rechtlichen Mutterschaft ausschlaggebender Anknüpfungspunkt sowohl das Personalstatut der Leihmutter als auch das Personalstatut der Wunschmutter.²¹⁴ Da die Wunschmutter aber österreichische Staatsbürgerin und die Leihmutter amerikanische Staatsbürgerin ist, hat dies zur Folge, dass § 21 S 1 IPRG nicht angewendet werden kann.²¹⁵ Somit muss an das Personalstatut des Kindes nach § 21 S 2 IPRG bzw § 25 IPRG analog angeknüpft werden, da nur so festgestellt werden kann, welches Recht über den rechtlichen

gen in *Rummel* (Hrsg), Kommentar zum allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch II/4³ (2002) § 21 IPRG Rz 2.

²¹² *Nademleinsky/Neumayr*, Internationales Familienrecht Rz 06.31.

²¹³ *Bernat*, RdM 2012/83, 109.

²¹⁴ *Bernat*, RdM 2012/83, 109.

²¹⁵ *Bernat*, RdM 2012/83, 109.

Mutterschaftsstatus entscheidet und erst dann, wenn die Frage der Mutterschaft geklärt ist, kann auch die Vaterschaft beurteilt werden.²¹⁶

Da die Klärung der Abstammung des Kindes nach dessen Personalstatut, also nach dem Recht des Staates, dem das Kind angehört, zu beurteilen ist, muss zunächst als Vorfrage geklärt werden, welche Staatsangehörigkeit das Kind besitzt.²¹⁷ Zweifelsfrei steht fest, dass das Kind aufgrund dessen, dass es von einer amerikanischen Leihmutter auf amerikanischem Boden geboren wurde, aufgrund des dort geltenden *ius soli*²¹⁸ die amerikanische Staatsbürgerschaft erwirbt.

Fraglich ist jedoch, ob das Kind auch die österreichische Staatsbürgerschaft besitzt, welche im Falle einer Doppelstaatsbürgerschaft nach § 9 Abs 1 S 2 IPRG ausschlaggebend für die Anwendung österreichischen Rechts wäre. Ob das Kind die österreichische Staatsangehörigkeit besitzt, bestimmt sich ausschließlich nach österreichischem Recht.²¹⁹ Das österreichische Staatsbürgerschaftsgesetz (StbG)²²⁰ unterscheidet beim Erwerb der Staatsbürgerschaft in § 7 StbG zwischen ehelichen und unehelichen Kindern. Nach § 7 Abs 1 lit a StbG erwerben eheliche Kinder die österreichische Staatsbürgerschaft, wenn ein Elternteil, also Mutter oder Vater, zum Zeitpunkt der Geburt österreichischer Staatsbürger ist und uneheliche Kinder erwerben nach § 7 Abs 3 StbG die österreichische Staatsbürgerschaft mit ihrer Geburt, wenn ihre Mutter Österreicherin ist. Wichtig ist, dass unter dem Elternbegriff des § 7 StbG jeweils die Eltern im Rechtssinne zu verstehen sind.²²¹ Im Ergebnis bedeutet dies also, dass erst dann festgestellt werden kann, ob das Kind die österreichische Staatsbürgerschaft besitzt, wenn feststeht, welcher Frau das Kind rechtlich zuzuordnen ist.²²²

Somit kommt es zwischen § 21 S 2 IPRG und § 7 StbG zu einer sogenannten juristischen Zirkelverweisung, denn die Staatsangehörigkeit bestimmt das Personalstatut, welches sodann über das anzuwendende Kindschaftsrecht bestimmt,

²¹⁶ Bernat, RdM 2012/83, 109; *Verschraegen* in *Rummel*, ABGB II/4³ § 21 IPRG Rz 3.

²¹⁷ *Verschraegen*, Internationales Privatrecht Rz 178.

²¹⁸ *Herdegen*, Völkerrecht⁹ (2010) § 25 Rz 5.

²¹⁹ *Nademleinsky/Neumayr*, Internationales Familienrecht Rz 01.26.

²²⁰ Staatsbürgerschaftsgesetz 1985 BGBl 311/1985.

²²¹ VfGH B 13/11-10 RdM 2012/83 (*Bernat*) = Zak 2012/82 = EF-Z 2012/38 = ASoK 2012, 86 = iFamZ 2012/40 = JUS Vf/4612 = EuGRZ 2012, 65 = ÖJZ 2012/32 = eolex 2012, 657 = ZfV 2012/1436 = ZfRV 2012/17.

²²² *Bernat*, RdM 2012/83, 109..

nach welchem die Abstammung in der Folge zu beurteilen ist, allerdings ist die rechtliche Abstammung wiederum maßgebliches Tatbestandselement für den Erwerb der Staatsangehörigkeit.²²³ Somit befindet man sich in einer Zirkelverweisung, die unlösbar scheint. Um einen solchen Fall trotz dieser Zirkelverweisung lösen zu können, müssen andere Maßstäbe bzw Ansatzpunkte herangezogen werden, um diesen Konflikt entkommen zu können.²²⁴

6.3.4.1 Hypothetische Annahme des österreichischen Personalstatuts

*Musil/Preuß*²²⁵ und *Verschraegen*²²⁶ gehen davon aus, dass dieser Zirkelschluss mitunter damit zu lösen ist, dass zunächst bei der Anwendung des § 7 StbG hypothetisch die Ehelichkeit des Kindes anzunehmen ist und somit das österreichische Personalstatut des Kindes aufgrund der Anscheinwirkung angewendet werden sollte. Folgt man der Ansicht von *Musil/Preuß* und *Verschraegen*, so würde dies bedeutet, dass das Kind, wenn es nach österreichischen Recht ehelich ist, auch österreichischer Staatsbürger ist und sollte das Kind nach österreichischem Recht nicht ehelich sein, so hat dies zur Folge, dass das Kind eben nicht österreichischer Staatsbürger ist und somit auch als Personalstatut nicht österreichisches Recht zur Anwendung gebracht werden kann.

Im vorliegenden Fall bedeutet dies also Folgendes: Nimmt man hypothetisch die Ehelichkeit des Kind an, so ist das Kind nach § 7 Abs 1 lit a StbG österreichischer Staatsbürger, weshalb in der Folge auch nach § 9 Abs 1 IPRG österreichisches Sachrecht zur Anwendung gelangt. Nach österreichischem Recht ist nach § 143 ABGB diejenige Frau die rechtliche Mutter des Kindes, die das Kind geboren hat, also in diesem Fall die amerikanische Leihmutter. Da der Wunschvater nicht mit der Leihmutter, sondern mit der Wunschmutter verheiratet ist, wäre in diesem Fall das Kind nicht ehelich, sondern unehelich. Da die Leihmutter aber amerikanische Staatsbürgerin ist, erwirbt das Kind auch nach § 7 Abs 3 StbG nicht die österreichische Staatsangehörigkeit. Somit ist das Kind nicht österreichischer Staatsbürger und sein Personalstatut ist auch nicht das österreichische Recht.

²²³ *Bernat*, RdM 2012/83, 109; *Musil/Preuß*, Das neue internationale Ehelichkeitsrecht: Das Personalstatut des Kindes als Anknüpfungsmerkmal im Abstammungsrecht, ÖJZ 2003/41; *Nademeinsky/Neumayr*, Internationales Familienrecht Rz 06.09; *Verschraegen*, Internationales Privatrecht Rz 178.

²²⁴ *Musil/Preuß*, ÖJZ 2003/41.

²²⁵ *Musil/Preuß*, ÖJZ 2003/41.

²²⁶ *Verschraegen*, Internationales Privatrecht Rz 178; *dies* in *Rummel*, ABGB II/4³ § 21 IPRG Rz 8.

Folglich müssen die österreichischen Behörden unter Heranziehung des § 21 S 2 IPRG amerikanisches Sachrecht anwenden, da das Kind, wie bereits erwähnt, aufgrund des in Amerika geltenden *ius soli* amerikanischer Staatsbürger ist. Bei der Verweisung des § 21 S 2 IPRG auf die amerikanische Rechtsordnung handelt es sich nach dem Grundsatz des § 5 Abs 1 IPRG um eine Gesamtverweisung, was bedeutet, dass die Verweisung auf das amerikanische Recht nicht nur dessen Sachnormen, sondern auch deren Verweisungsnormen umfasst.²²⁷ In der Folge bedeutet dies, dass die amerikanische Rechtsordnung selbst bestimmen kann, ob es auf einen Sachverhalt ihre eigenen Regelungen anwendet und die Verweisung somit annimmt oder aber, ob es auf österreichisches Recht zurückverweist bzw auf das Recht eines anderen, dritten, Staates weiterverweist.²²⁸ Erklärt also das amerikanische internationale Privatrecht die eigenen Sachnormen für anwendbar, so kommt es zur Verweisungsannahme und dadurch zur Anwendung des amerikanischen Sachrechts.²²⁹ § 3 IPRG besagt ausdrücklich, dass fremdes Recht wie in seinem ursprünglichen Geltungsbereich anzuwenden ist. Da das amerikanische Recht jedoch die rechtliche Elternschaft den genetischen Wunscheltern zuordnet, führt dies dazu, dass die Wunscheltern nach den amerikanischen abstammungsrechtlichen Vorschriften genetische und auch in rechtlicher Hinsicht rechtmäßige Eltern des Kindes sind und das Kind in der Folge ehelich ist. Da das österreichische Staatsbürgerschaftsrecht an die rechtliche Elternschaft anknüpft, würde dies bedeuteten, dass das Kind nach § 7 Abs 1 lit a StbG durch Geburt auch zum österreichischen Staatsbürger geworden ist. *Bernat*²³⁰ nimmt unter dem Gesichtspunkt, dass das amerikanische Recht das von der Leihmutter geborene Kind den genetischen Wunscheltern als rechtliche Eltern zuordnet, eine Rückverweisung des amerikanischen Rechts auf die österreichische Bestimmung des § 7 Abs 1 lit a StbG an, der zufolge das Kind wiederum aufgrund seiner ehelichen Geburt österreichischer Staatsbürger wird.

²²⁷ *Nademleinsky/Neumayr*, Internationales Familienrecht Rz 01.10; *Posch*, Bürgerliches Recht: Internationales Privatrecht VII⁵ (2010) Rz 7/3.

²²⁸ *Nademleinsky/Neumayr*, Internationales Familienrecht Rz 01.11; *Posch*, Internationales Privatrecht VII⁵ Rz 7/3.

²²⁹ *Nademleinsky/Neumayr*, Internationales Familienrecht Rz 01.11.

²³⁰ *Bernat*, RdM 2012/83, 110.

Würde es jedoch, wovon auch das Magistrat Wien²³¹ ausging, zu keiner Verweisungsannahme durch die amerikanische Rechtsordnung, sondern vielmehr zu einer Gesamtrückverweisung auf das österreichische Sachrecht kommen, so ist nach § 5 Abs 2 IPRG schon im Hinblick auf die Beurteilung der Abstammung österreichisches Recht anzuwenden. Eine solche Rückverweisung kann dann angenommen werden, wenn die fremde Rechtsordnung beispielsweise entgegen dem österreichischen Kollisionsrecht nicht an die Staatsangehörigkeit, sondern an den gewöhnlichen Aufenthalt, das sogenannte Domizil, anknüpft.²³² Würde eine solche Rückverweisung, wie in diesem Fall vom Magistrat Wien angenommen, vorliegend sein, hätte dies zur Konsequenz, dass nach § 5 Abs 2 IPRG österreichisches Sachrecht für die Beurteilung der Abstammung zur Anwendung kommt. Dies würde bedeuten, dass nach § 143 ABGB die Leihmutter auch rechtliche Mutter des Kindes ist und das Kind sohin nicht zum österreichischen Staatsbürger wird.

Um zu klären, ob eine Rückverweisung eventuell gegeben ist, muss man das österreichische FMedG und die amerikanischen abstammungsrechtlichen Sachnormen näher betrachten. Die Bestimmungen des österreichischen FMedG beschränken bzw verbieten bestimmte Methoden der medizinisch unterstützten Fortpflanzung und erlauben andere, aufgrund welcher sich dann die Rechtsfolgen der Abstammung ableiten.²³³ Das österreichische FMedG beansprucht sohin unabhängig davon Geltung, welchen Personalstatutes die von den gesetzlichen Bestimmungen betroffenen Personen sind, jedoch können die Rechtsfolgen einer medizinisch unterstützten Fortpflanzung nur auf Sachverhalte Anwendung finden, die sich auf österreichischem Territorium ereignen, was bedeutet, dass es sich um zwingende Rechtsvorschriften handelt.²³⁴ Österreich kommt also keine Kompetenz zu, Sachverhalte auf dem Gebiet der medizinisch unterstützten Fortpflanzung im Ausland zu regeln, wenn das ausländische Recht über vergleichbare Normen zwingenden Rechts verfügt, die nur auf Sachverhalte Anwendung finden, die sich

²³¹ VfGH B 13/11-10 RdM 2012/83 (*Bernat*) = Zak 2012/82 = EF-Z 2012/38 = ASoK 2012, 86 = iFamZ 2012/40 = JUS Vf/4612 = EuGRZ 2012, 65 = ÖJZ 2012/32 = ecolex 2012, 657 = ZfV 2012/1436 = ZfRV 2012/17.

²³² *Nademleinsky/Neumayr*, Internationales Familienrecht Rz 01.12.

²³³ VfGH B 13/11-10 RdM 2012/83 (*Bernat*) = Zak 2012/82 = EF-Z 2012/38 = ASoK 2012, 86 = iFamZ 2012/40 = JUS Vf/4612 = EuGRZ 2012, 65 = ÖJZ 2012/32 = ecolex 2012, 657 = ZfV 2012/1436 = ZfRV 2012/17.

²³⁴ VfGH B 13/11-10 RdM 2012/83 (*Bernat*) = Zak 2012/82 = EF-Z 2012/38 = ASoK 2012, 86 = iFamZ 2012/40 = JUS Vf/4612 = EuGRZ 2012, 65 = ÖJZ 2012/32 = ecolex 2012, 657 = ZfV 2012/1436 = ZfRV 2012/17.

auf ihrem Territorium ereignen und unabhängig von der Staatsangehörigkeit der betreffenden Personen Geltung beanspruchen.²³⁵ Wie aus den auszugsweise dargestellten gesetzlichen Regelungen des amerikanischen Rechts zu ersehen, greifen auch diese in das privatautonome Handeln von Personen auf dem Rechtsgebiet der medizinisch unterstützten Fortpflanzung ein, indem sie es einerseits beschränken und andererseits unter Vorbehalt der gerichtlichen Zustimmung erlauben und knüpfen ebenfalls daran die Rechtsfolgen hinsichtlich der rechtlichen Elternschaft zu durch medizinisch unterstützte Fortpflanzung gezeugten Kindern.²³⁶ Wie auch das österreichische FMedG unterliegt die Anwendung des amerikanischen Rechts keinem Vorbehalt eines bestimmten Personalstatutes, sondern beanspruchen unabhängig davon zwingende Geltung.²³⁷ Demgemäß handelt es sich sowohl beim österreichischen FMedG als auch bei den amerikanischen Regelungen um zwingende Rechtsvorschriften.²³⁸ Aufgrund dieser Erwägungen wäre es verfehlt, eine Rückverweisung des amerikanischen Rechts auf das österreichische Recht anzunehmen, was auch der der VfGH mit der Begründung ausschließt, dass das amerikanische Recht unabhängig von der Staatsangehörigkeit und der Domizilierung der betreffenden Personen zwingende Geltung beanspruchen, was gerade dadurch verdeutlicht wird, dass die amerikanischen Gerichte ungeachtet der Staatsbürgerschaft und des Domizils der Wunscheltern diesen die rechtmäßige Elternschaft der durch eine amerikanische Leihmutter geborenen Kindern verbindlich festgelegt haben.²³⁹

Zum selben Ergebnis kommt man auch dann, wenn man unmittelbar, ohne vorherige hypothetische Heranziehung des § 7 StbG, nach § 21 S 2 IPRG, das Personalstatut des Kindes für die Beurteilung der rechtlichen Abstammung

²³⁵ VfGH B 13/11-10 RdM 2012/83 (*Bernat*) = Zak 2012/82 = EF-Z 2012/38 = ASoK 2012, 86 = iFamZ 2012/40 = JUS Vf/4612 = EuGRZ 2012, 65 = ÖJZ 2012/32 = ecolex 2012, 657 = ZfV 2012/1436 = ZfRV 2012/17.

²³⁶ VfGH B 13/11-10 RdM 2012/83 (*Bernat*) = Zak 2012/82 = EF-Z 2012/38 = ASoK 2012, 86 = iFamZ 2012/40 = JUS Vf/4612 = EuGRZ 2012, 65 = ÖJZ 2012/32 = ecolex 2012, 657 = ZfV 2012/1436 = ZfRV 2012/17.

²³⁷ VfGH B 13/11-10 RdM 2012/83 (*Bernat*) = Zak 2012/82 = EF-Z 2012/38 = ASoK 2012, 86 = iFamZ 2012/40 = JUS Vf/4612 = EuGRZ 2012, 65 = ÖJZ 2012/32 = ecolex 2012, 657 = ZfV 2012/1436 = ZfRV 2012/17.

²³⁸ VfGH B 13/11-10 RdM 2012/83 (*Bernat*) = Zak 2012/82 = EF-Z 2012/38 = ASoK 2012, 86 = iFamZ 2012/40 = JUS Vf/4612 = EuGRZ 2012, 65 = ÖJZ 2012/32 = ecolex 2012, 657 = ZfV 2012/1436 = ZfRV 2012/17.

²³⁹ VfGH B 13/11-10 RdM 2012/83 (*Bernat*) = Zak 2012/82 = EF-Z 2012/38 = ASoK 2012, 86 = iFamZ 2012/40 = JUS Vf/4612 = EuGRZ 2012, 65 = ÖJZ 2012/32 = ecolex 2012, 657 = ZfV 2012/1436 = ZfRV 2012/17.

heranzieht, da demgemäß ebenfalls die Sachlage nach amerikanischem Recht zu beurteilen ist.²⁴⁰

Zusammenfassend kann daher festgehalten werden: Durch den Lösungsansatz der hypothetischen Heranziehung des § 7 StbG bzw der direkten Anwendung des amerikanischen Personalstatutes nach § 21 S 2 IPRG kommt man zu dem Ergebnis, dass es zu einer Gesamtverweisung auf amerikanisches Recht kommt. Eine Rückverweisung des amerikanischen Rechts auf das österreichische Sachrecht ist deshalb auszuschließen, weil die anzuwendenden amerikanischen Rechtsvorschriften unabhängig von der Staatsangehörigkeit und der Domizilierung der betreffenden Personen einen zwingenden Geltungsanspruch erheben. Die Anwendung des amerikanischen Rechts führt zu dem Ergebnis, dass das von der Leihmutter geborene Kind der österreichischen Wunschmutter und ihren Ehemann als genetische und rechtmäßige Eltern zugeordnet wird, was zur Folge hat, dass das Kind zum österreichischen Staatsbürger wird. Im vorliegenden Fall bestimmt sich die Vaterschaft zum Kind sodann nach § 21 S 2 IPRG, weil der Ehemann der Wunschmutter italienischer Staatsbürger ist. Das bedeutet, dass das Personalstatut des Kindes maßgeblicher Anknüpfungspunkt ist. Da das Kind aufgrund der verbindlichen Zuordnung der rechtlichen Mutterschaft zur Wunschmutter sowohl die amerikanische als auch die österreichische Staatsbürgerschaft besitzt, ist nach § 9 Abs 1 IPRG nur letztere maßgeblicher Anknüpfungspunkt. Somit ist der Ehemann der Wunschmutter kraft § 144 ABGB ex lege Vater des Kindes kraft Ehe mit der Mutter.

6.3.4.2 Grundsatz der stärksten Beziehung

Eine weitere Möglichkeit, das vorliegende Problem der Zirkelverweisung zu lösen, könnte darin bestehen, den in § 1 Abs 1 IPRG zum Ausdruck gebrachten Grundsatz der stärksten Beziehung direkt, also ohne Bezugnahme auf die Spezialregelung des § 21 IPRG, anzuwenden.²⁴¹ Dieser Grundsatz der stärksten Beziehung stellt, wie bereits erwähnt, das Leitprinzip des österreichischen Kollisionsrechts dar und bringt damit auch zum Ausdruck, dass sämtliche konkrete Spezialvorschriften diesem Prinzip entspringen.²⁴² Somit beschränkt sich die Anwendung des Grundsatzes grundsätzlich nur auf die Auslegungshilfe und subsidiäre

²⁴⁰ Bernat, RdM 2012/83, 109 f.

²⁴¹ Bernat, RdM 2012/83, 110; Musil/Preuß, ÖJZ 2003/41.

²⁴² Schwimann, Internationales Privatrecht³ 29.

Lückenfüllung, wenn eine Analogie nicht möglich ist.²⁴³ Letzteres bedeutet also, dass § 1 Abs 1 IPRG dann direkt für die Beurteilung eines Rechtsverhältnisses herangezogen werden darf, wenn keine spezielle Anknüpfungsnorm im österreichischen IPRG existiert, unter die sich ein konkretes kollisionsrechtliches Problem subsumieren lässt und die Spezialnormen auch nicht analog angewendet werden können.²⁴⁴

Darüber, ob § 1 Abs 1 IPRG aber auch trotz vorhandener Spezialregelungen direkt angewendet werden darf oder aber, ob sich dessen Anwendung auf die Auslegung und subsidiäre Lückenfüllung beschränkt, herrscht sowohl in der Lehre als auch in der Rechtsprechung Uneinigkeit.²⁴⁵ Nach einer ausführlichen Abwägung des Meinungsstreits in der Literatur bekennt sich allerdings die Rechtspraxis zur ausnahmsweisen Korrektur verfehlter Verweisungsvorschriften unter Außerachtlassung des Subsidiaritätsgebotes, wenn die Auslegung der konkreten speziellen Kollisionsnorm zu einem strittigen Ergebnis führt, indem sie beispielsweise auf keine konkrete Rechtsordnung verweist und durch die Heranziehung des § 1 Abs 1 IPRG diese verhindert werden kann.²⁴⁶ Eine allgemeine Heranziehung des Grundsatzes der stärksten Beziehung als sogenannte Ausweichklausel wird allerdings abgelehnt.²⁴⁷ Zudem kann auch aus den Materialien zum FMedG entnommen werden, dass allfällige Problem, die sich im Zusammenhang mit der Auslegung der §§ 21 und 25 IPRG stellen, nach dem Grundsatz der stärksten Beziehung zu lösen sind.²⁴⁸

Aufgrund des Subsidiaritätsgedanken des § 1 Abs 1 IPRG müsste also zunächst geprüft werden, ob es eine auf einen konkreten Sachverhalt anzuwendende Spezialvorschrift des IPRG gibt bzw analog anzuwenden ist. Erst wenn dies nicht der Fall ist, kann der Grundsatz der stärksten Beziehung zur Falllösung herange-

²⁴³ *Schwimmann*, Internationales Privatrecht³ 29; *Verschraegen* in *Rummel*, ABGB II/4³ § 1 IPRG Rz 2.

²⁴⁴ OGH 3 Ob 549/94 SZ 67/147 = JBI 1995, 116 = RdW 1995, 59 = ecolex 1995, 255 = ZfRV 1995, 36; *Schwimmann*, Internationales Privatrecht³ 28; *Neumayr* in *KBB*, ABGB³ § 1 IPRG Rz 4; *Verschraegen* in *Rummel*, ABGB II/4³ § 1 IPRG Rz 2.

²⁴⁵ OGH 9 Ob A 130/88 SZ 61/161 = ZfRV 1988, 303; 8 Ob 545/88 SZ 61/108 = EvBI 1989/28; 9 Ob A 24/94 SZ 67/33 = IPRax 1995, 253 = ZfRV 1994, 44 = ZfRV 1994/44; *Schwimmann*, Das neue internationale Eherecht Österreichs: Bemerkungen zu den eherechtlichen Vorschriften des neuen IPR-Gesetzes, JBI 1979, 341; *Schwind*, Internationales Privatrecht Rz 145.

²⁴⁶ OGH 3 Ob 549/94 SZ 67/147 = JBI 1995, 116 = RdW 1995, 59 = ecolex 1995, 255 = ZfRV 1995, 36; *Schwimmann*, Internationales Privatrecht³ 29; *Verschraegen* in *Rummel*, ABGB II/4³ § 1 IPRG Rz 5.

²⁴⁷ RIS-Justiz RS0104147.

²⁴⁸ ErläutRV 216 BlgNR 18. GP 24.

zogen werden. Gibt es hingegen eine Spezialvorschrift, die auf den konkreten Fall anzuwenden ist, so ist zu prüfen, ob diese Bestimmung auf eine Rechtsordnung verweist und nur wenn diese auf keine konkrete Rechtsordnung verweist und die Anwendung der Norm sohin zu keinem nennenswerten Ergebnis führt, kommt § 1 Abs 1 IPRG zur Anwendung.²⁴⁹

Da es im Falle einer ausländischen Leihmutterschaft unter Beteiligung einer österreichischen Wunschmutter keinen kollisionsrechtlichen Tatbestand gibt, der bestimmt, welches Recht über den Status der Mutterschaft zu entscheiden hat und die analoge Anwendung der speziellen Norm des § 21 IPRG in Verbindung mit § 7 StbG zu einer unlösbaren Zirkelverweisung führt, scheint die direkte Anwendung des allgemeinen kollisionsrechtlichen Grundsatzes der stärksten Beziehung sowohl für *Musil/Preuß*²⁵⁰ als auch für *Bernat*²⁵¹ eine zulässige alternative Lösungsmöglichkeit zu sein. Was unter dieser „stärksten Beziehung“ zu verstehen ist, wird im Gesetz nicht näher definiert und kann somit nur durch kollisionsrechtliche Einzelfallanalyse ermittelt werden.²⁵² Wenn man sich im vorliegenden Fall vor Augen führt, dass sich zum einen die Wunscheltern gerade deshalb für die Beauftragung einer Leihmutter in den USA entschieden haben, weil diese dort unter Einhaltung der gesetzlichen Rahmenbedingungen erlaubt ist und sie somit zu den juristischen Eltern des Kindes macht und man zum anderen bedenkt, dass das Kind von einer amerikanischen Leihmutter in den USA geboren wurde und deshalb auch die amerikanische Staatsangehörigkeit erworben hat, kann nur die amerikanische Rechtsordnung jene sein, zu der die stärkste Beziehung besteht.²⁵³ Somit verweist auch die Heranziehung des § 1 Abs 1 IPRG auf das amerikanische Recht. Unter dem Gesichtspunkt der Gesamtverweisung auf das amerikanische Recht bedeutet dies, dass die Anknüpfung nach dem Grundsatz der stärksten Beziehung ebenfalls zum Ergebnis führt, dass das Kind der österreichischen Wunschmutter rechtlich zugeordnet ist und somit zum österreichischen Staatsbürger wird.

Aufgrund der ob genannten Ausführungen bestehen meines Erachtens jedoch erhebliche Zweifel dahingehend, ob der in § 1 Abs 1 IPRG normierte Grundsatz

²⁴⁹ *Verschraegen* in *Rummel*, ABGB II/4³ § 1 IPRG Rz 5.

²⁵⁰ *Musil/Preuß*, ÖJZ 2003/41.

²⁵¹ *Bernat*, RdM 2012/83, 110.

²⁵² *Schwimann*, Internationales Privatrecht³ 29.

²⁵³ *Bernat*, RdM 2012/83, 110.

der stärksten Beziehung auf den konkreten Fall der amerikanischen Leihmutter-schaft zur Anwendung gebracht werden darf. Zweifelsfrei steht fest, dass es keinen kollisionsrechtlichen Tatbestand gibt, der regelt, welches Recht über den Status der Mutterschaft zu entscheiden hat. Deshalb scheint es zunächst nahelie-gend, § 1 Abs 1 IPRG direkt anzuwenden. Bedenkt man aber, dass für die Beurteilung der Abstammung § 21 IPRG auch für eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung während einer aufrechten Ehe, die im Ausland durchgeführt wird, analog anzuwenden ist, kann nicht mehr damit argumentiert werden, dass es überhaupt keine spezielle kollisionsrechtliche Regelung gibt.

Gibt es eine spezielle kollisionsrechtliche Regelung, so darf der in § 1 Abs 1 IPRG normierte Grundsatz nur dann angewendet werden, wenn die Auslegung der konkreten Spezialnorm strittig ist und daher zu keiner sinnvollen Lösung führt. Da sich jedoch im Fall von Leihmutterschaft die Abstammung nach dem Recht des Personalstatutes des Kindes bestimmt und aufgrund der amerikanischen Staats-angehörigkeit des Kindes auch amerikanisches Recht zur Anwendung gelangt, kann meiner Meinung nach eine konkrete und sinnvolle Lösung in diesem Fall herbeigeführt werden, vor allem, wenn man bedenkt, dass die Anwendung des § 1 Abs 1 IPRG zu demselben Ergebnis führen würde als die Anwendung der Spezialvorschrift des § 21 IPRG.

6.3.4.3 Günstigkeitsprinzip

Schließlich wäre noch, wenn man der Ansicht *Bernats*²⁵⁴ folgt, an eine dritte Lösungsmöglichkeit zu denken, nämlich an die Anwendung des Günstigkeitsprin-zips. Das Günstigkeitsprinzip war vor dem KindRÄG 2001²⁵⁵ in § 21 S 2 IPRG verankert und wurde sodann durch das Personalstatut des Kindes als neuen Anknüpfungspunkt ersetzt.²⁵⁶ Nach dem Günstigkeitsprinzip war bei unterschiedli-chem Personalstatut der Ehegatten jenes Personalstatut maßgeblicher Anknüp-fungspunkt, welches für die Ehelichkeit günstiger ist.²⁵⁷ Da im vorliegenden Fall die rechtliche Mutterschaft nach dem Personalstatut der Wunschmutter der Leihmutter und nach dem Personalstatut der Leihmutter der Wunschmutter zuerkannt wird und alle beteiligten Personen das gleiche Interesse verfolgen,

²⁵⁴ *Bernat*, RdM 2012/83, 109.

²⁵⁵ Kindschaftsrecht-Änderungsgesetz 2001 BGBl I 2000/135.

²⁵⁶ *Musil/Preuß*, ÖJZ 2003/41.

²⁵⁷ *Bernat*, RdM 2012/83, 109.

nämlich, dass die Wunschmutter und deren Ehemann als genetische und rechtliche Eltern das Kind aufziehen möchten, muss jenes Personalstatut zur Anwendung gebracht werden, durch das dieses gleichgelagerte Interesse verwirklicht werden kann.²⁵⁸ Dies wäre zweifelsohne das amerikanische Recht.

Die Anknüpfung nach dem Günstigkeitsprinzip ist meines Erachtens eine Lösungsmöglichkeit, die den Interessen der beteiligten Personen gerecht wird, allerdings wurde dieses Prinzip abgeschafft und stattdessen das Personalstatut des Kindes zur neuen Ersatzanknüpfung degradiert. Somit kann meiner Meinung nach nicht mehr auf das Günstigkeitsprinzip zurückgegriffen werden.

6.3.5 Ordre public Vorbehalt

Nachdem die Rechtsfrage, welches Recht im konkreten Fall zur Anwendung zu bringen ist, zugunsten des amerikanischen Rechts entschieden worden ist, muss in einem zweiten Schritt noch die Frage geklärt werden, ob der amerikanische Gerichtsbeschluss, der den Wunscheltern den Status der rechtlichen Eltern zuordnet, in Österreich auch anzuerkennen ist.²⁵⁹

Ist, wie im vorliegenden Fall, fremdes Sachrecht anzuwenden, so hat diese Anwendung im Inland grundsätzlich ungeachtet seines Inhaltes zu erfolgen, somit auch dann, wenn es vom österreichischen Recht erheblich abweicht.²⁶⁰ Dieser Anwendungspflicht wird allerdings eine Schranke in Form der Vorbehaltsklausel des ordre public gesetzt.²⁶¹ Die Vorbehaltsklausel des ordre public ist in § 6 IPRG normiert und besagt „eine Bestimmung des fremden Rechtes ist nicht anzuwenden, wenn ihre Anwendung zu einem Ergebnis führen würde, das mit den Grundwertungen der österreichischen Rechtsordnung unvereinbar ist. An ihrer Stelle ist erforderlichenfalls die entsprechende Bestimmung des österreichischen Rechtes anzuwenden“. Der Vorbehalt des ordre public ist die ultima ratio, was bedeutet, dass von ihr nur sehr sparsamer Gebrauch zu machen ist, weil diese Klausel eine

²⁵⁸ Bernat, RdM 2012/83, 109.

²⁵⁹ VfGH B 13/11-10 RdM 2012/83 (Bernat) = Zak 2012/82 = EF-Z 2012/38 = ASoK 2012, 86 = iFamZ 2012/40 = JUS Vf/4612 = EuGRZ 2012, 65 = ÖJZ 2012/32 = ecollex 2012, 657 = ZfV 2012/1436 = ZfRV 2012/17.

²⁶⁰ Nademleinsky/Neumayr, Internationales Familienrecht Rz 01.20; Schwimann, Internationales Privatrecht³ 44; Verschraegen in Rummel, ABGB II/4³ § 6 IPRG Rz 1.

²⁶¹ Nademleinsky/Neumayr, Internationales Familienrecht Rz 01.20; Schwimann, Internationales Privatrecht³ 44; Schwind, Internationales Privatrecht: Lehr- und Handbuch für Theorie und Praxis (1990) Rz 112; Posch, Internationales Privatrecht VII⁵ Rz 8/1.

systemwidrige Ausnahme vom Grundsatz der Gleichwertigkeit aller Rechtsordnungen darstellt.²⁶² Durch die Ausschlusswirkung fremder Bestimmungen wird die negative Funktion des *ordre public* zum Ausdruck gebracht, weshalb die Vorbehaltsklausel auch als negativer *ordre public* bezeichnet wird.²⁶³ Ergibt sich also nach dem österreichischen Kollisionsrecht die Anwendung fremden Rechts, so erfolgt diese stets unter dem Vorbehalt des § 6 IPRG.²⁶⁴

Die Anwendung der Ausnahmeklausel unterliegt sehr strengen Voraussetzungen.²⁶⁵ Erste Voraussetzung für das Eingreifen der Vorbehaltsklausel ist, dass das Ergebnis der Anwendung fremden Rechts zu einer unerträglichen Verletzung der österreichischen Grundwertungen führt.²⁶⁶ Unter den, vom *ordre public* geschützten Grundwertungen, versteht man ganz allgemein die unverzichtbaren Wertvorstellungen, die die österreichische Rechtsordnung prägen.²⁶⁷ Der Inhalt dieser geschützten Wertvorstellungen kann allerdings nicht abschließend definiert werden, da diese immer zeitlichen Veränderungen unterworfen ist.²⁶⁸ Denn was noch vor Jahren im kollisionsrechtlichen Sinne unvereinbar mit den österreichischen Grundwertungen war, muss durch den modernen Wandel der gesellschaftlichen Maßstäbe nicht zwingend auch heute noch so sein.²⁶⁹ Jedenfalls zählen zu den unverzichtbaren Grundwertungen der österreichischen Rechtsordnung bestimmte österreichische Verfassungsgrundsätze einschließlich jener der Menschenrechtskonvention wie etwa die persönliche Freiheit, der Gleichheitsgrundsatz, das Verbot abstammungsmäßiger, rassischer und konfessioneller Diskriminierung, die Freiheit der Eheschließung, das Verbot entschädigungsloser Enteignung.²⁷⁰ Außerhalb der verfassungsgesetzlich gewährleisteten Grundwer-

²⁶² OGH 7 Ob 600/86 SZ 59/128 = RdW 1986, 341 = JBI 1987, 115; 6 Ob 242/98a ZfRV 1999, 79 = IPRax 1999, 470 = JUS Z/2654 = EFSIlg 87.854 = EFSIlg 87.855 = EFSIlg 88.180 = EFSIlg 88.182; 4 Ob 199/00v SZ 73/142 = JUS Z/3080; *Neumayr in KBB*, ABGB³ § 6 IPRG Rz 2; *Schwimann*, Internationales Privatrecht³ 44 f; *Verschraegen*, Internationales Privatrecht Rz 1310; *dies in Rummel*, ABGB II/4³ § 6 IPRG Rz 1.

²⁶³ *Schwimann*, Internationales Privatrecht³ 44; *Verschraegen*, Internationales Privatrecht Rz 1313; *dies in Rummel*, ABGB II/4³ Vor § 1 IPRG Rz 77.

²⁶⁴ *Posch*, Internationales Privatrecht VII⁵ Rz 8/1.

²⁶⁵ *Verschraegen*, Internationales Privatrecht Rz 1314.

²⁶⁶ *Verschraegen in Rummel*, ABGB II/4³ § 6 IPRG Rz 1.

²⁶⁷ *Schwimann*, Internationales Privatrecht³ 45; *Verschraegen in Rummel*, ABGB II/4³ § 6 IPRG Rz 2.

²⁶⁸ *Nademeinsky/Neumayr*, Internationales Familienrecht Rz 01.21; *Neumayr in KBB*, ABGB³ § 6 IPRG Rz 3; *Schwimann*, Internationales Privatrecht³ 45; *Verschraegen*, Internationales Privatrecht Rz 1315; *dies in Rummel*, ABGB II/4³ § 6 IPRG Rz 2.

²⁶⁹ *Verschraegen*, Internationales Privatrecht Rz 1315.

²⁷⁰ OGH 7 Ob 600/86 SZ 59/128 = RdW 1986, 341 = JBI 1987, 115; 4 Ob 199/00v SZ 73/142 = JUS Z/3080; *Neumayr in KBB*, ABGB³ § 6 IPRG Rz 3; *Posch*, Internationales Privatrecht VII⁵ Rz

tungen werden die Einehe, das Verbot der Kinderehe und des Ehezwangs sowie der Schutz des Kindeswohls im Kindschaftsrecht oder das Verbot der Ausbeutung der sozial schwächeren Partei vom Schutzbereich des § 6 IPRG umfasst.²⁷¹ Demzufolge reicht der Umstand allein, dass eine Norm zwingendes Recht ist, nicht aus, um sie als Bestandteil des *ordre-public* zu qualifizieren.²⁷²

Zweite wesentliche Voraussetzung für das Eingreifen der Vorbehaltsklausel ist, dass das Ergebnis der Anwendung fremden Rechts gegen die österreichischen Grundwertungen verstößt.²⁷³ Somit rechtfertigen erheblich abweichende Grundwertungen der fremden Rechtsordnung im Vergleich zur österreichischen Rechtsordnung an sich nicht die Anwendung der Vorbehaltsklausel des § 6 IPRG, denn Voraussetzung für das Eingreifen der Vorbehaltsklausel ist eben, dass das Ergebnis der Anwendung fremden Sachrechts und nicht bloß des fremden Rechts als solches gegen die österreichischen Grundwertungen verstößt.²⁷⁴ Aber auch ein aus österreichischer Sicht unbilliges Ergebnis rechtfertigt nicht zwingend die Anwendung der Vorbehaltsklausel, da eine schlichte Unbilligkeit des Ergebnisses ebenso wenig genügt wie der bloße Widerspruch zu zwingenden österreichischen Rechtsnormen.²⁷⁵ Im Ergebnis bedeutet dies, dass die Vorbehaltsklausel nicht allgemein abstrakter, sondern ergebnisorientiert konkreter Natur ist²⁷⁶ und daher nur dann greift, wenn das Ergebnis der Anwendung fremden Rechts eine Verletzung der österreichischen Grundwertungen zur Folge hat.²⁷⁷

Zudem muss noch ein ausreichender Inlandsbezug gegeben sein, denn ohne einen solchen hätte das inländische Gericht keinen Grund, von einem Verstoß gegen die österreichischen Grundwertungen auszugehen.²⁷⁸ Worin dieser ausrei-

8/2; *Schwind*, Internationales Privatrecht Rz 113; *Schwimann*, Internationales Privatrecht³ 45; *Verschraegen*, Internationales Privatrecht Rz 1315; *dies in Rummel*, ABGB II/4³ § 6 IPRG Rz 2.

²⁷¹ OGH 7 Ob 600/86 SZ 59/128 = RdW 1986, 341 = JBl 1987, 115; 4 Ob 199/00v SZ 73/142 = JUS Z/3080; *Posch*, Internationales Privatrecht VII⁵ Rz 8/2; *Schwind*, Internationales Privatrecht Rz 113; *Schwimann*, Internationales Privatrecht³ 45; *Verschraegen*, Internationales Privatrecht Rz 1315; *dies in Rummel*, ABGB II/4³ § 6 IPRG Rz 2.

²⁷² OGH 6 Ob 242/98a ZfRV 1999, 79 = IPRax 1999, 470 = JUS Z/2654 = EFSlg 87.854 = EFSlg 87.855 = EFSlg 88.180 = EFSlg 88.182; 4 Ob 199/00v SZ 73/142 = JUS Z/3080.

²⁷³ *Verschraegen*, Internationales Privatrecht Rz 1316.

²⁷⁴ OGH 4 Ob 199/00v SZ 73/142 = JUS Z/3080; *Verschraegen*, Internationales Privatrecht Rz 1316; *dies in Rummel*, ABGB II/4³ § 6 IPRG Rz 1, 3.

²⁷⁵ RIS-Justiz RS0002398, RS0110743.

²⁷⁶ *Posch*, Internationales Privatrecht VII⁵ Rz 8/3.

²⁷⁷ RIS-Justiz RS0110743.

²⁷⁸ *Schwimann*, Internationales Privatrecht³ 46; *Verschraegen*, Internationales Privatrecht Rz 1316; *dies in Rummel*, ABGB II/4³ § 6 IPRG Rz 3.

chende Inlandsbezug liegt, kann nur im konkreten Einzelfall bestimmt werden.²⁷⁹ Als mögliche Anhaltspunkte kommen laut OGH²⁸⁰ der gewöhnliche Aufenthalt, die Geburt, die Eheschließung im Inland oder die österreichische Staatsangehörigkeit in Betracht, wobei letzterer in der Regel die stärkste Bedeutung zugemessen wird. Der OGH führt dazu aus, dass je stärker der konkrete Inlandsbezug ist, desto weniger werden den inländischen Grundwertungen widersprechende Ergebnisse der Anwendung fremden Rechts hingenommen, was bedeutet, dass ein im Verhältnis des Ausmaß der Unvereinbarkeit mit den österreichischen Grundwertungen zum Inlandsbezug abgestufter Prüfungsmaßstab herangezogen wird.

Folglich muss das Ergebnis zunächst zum einen auf der Grundlage des fremden Rechts und zum anderen auf der Grundlage des österreichischen Rechts ermittelt werden, um durch diesen Vergleich die Unterschiede hinsichtlich der jeweiligen Wertvorstellungen konkretisieren zu können, aufgrund welcher sodann festgestellt werden kann, ob das Ergebnis der Anwendung fremden Rechts am Maßstab der österreichischen Grundwertungen zu einem unerträglichen Ergebnis führt.²⁸¹ Liegt zudem ein ausreichender Inlandsbezug vor und ergibt sich, dass das Ausmaß der Abweichung mit den österreichischen Grundwertungen unvereinbar ist, so hat dies zur Folge, dass die konkrete fremde Vorschrift nicht angewendet werden muss.²⁸² Diese Nichtanwendung beschränkt sich jedoch nicht auf das gesamte fremde Recht, sondern nur auf jene konkreten Vorschriften, die gegen die inländischen Grundwertungen verstoßen.²⁸³ Entsteht durch die Nichtanwendung einer fremden Norm eine Rechtslücke, so ist diese nach § 6 S 2 IPRG mit der entsprechenden Bestimmung des österreichischen Rechts zu schließen. Wird jedoch bei der ordrep-public-Prüfung festgestellt, dass zwar Unterschiede bzw ein gewisses Spannungsverhältnis der fremden Rechtsvorschriften zu den in der österreichischen Rechtsordnung geltenden Grundwertungen besteht, jedoch keine offensichtliche Unvereinbarkeit mangels eines Verstoßes gegen unverzichtbare Wertvorstellungen vorliegt, so ist das fremde Recht jedenfalls zur Anwendung zu bringen.²⁸⁴

²⁷⁹ *Nademleinsky/Neumayr*, Internationales Familienrecht Rz 01.22.

²⁸⁰ OGH 3 Ob 186/11s Zak 2011/815 = iFamZ 2012/34 (*Fucik*) = eolex 2012/14 = ZfRV-LS 2011/75 (*Ofner*) = EF-Z 2012/89 (*Nademleinsky*) - EF-Z 2012,132 (*Nademleinsky*);

²⁸¹ *Verschraegen*, Internationales Privatrecht Rz 1314; *dies* in *Rummel*, ABGB II/4³ Vor § 1 IPRG Rz 80.

²⁸² *Verschraegen* in *Rummel*, ABGB II/4³ Vor § 1 IPRG Rz 80.

²⁸³ *Neumayr* in *KBB*, ABGB³ § 6 IPRG Rz 6.

²⁸⁴ *Verschraegen* in *Rummel*, ABGB II/4³ Vor § 1 IPRG Rz 79, 80.

Vergleicht man im vorliegenden Fall der Leihmutterschaft das Ergebnis auf der Grundlage des amerikanischen Rechts mit Ergebnis nach österreichischem Recht, so liegt der Unterschied darin, wie bereits erörtert, dass das amerikanische Abstammungsrecht die österreichische Wunschmutter und das österreichische Recht die amerikanische Leihmutter als rechtliche Mutter qualifiziert. Somit verstößt die Anwendung der amerikanischen Rechtsvorschriften gegen das in Österreich normierte Verbot der Leihmutterschaft. Das Verbot der Leihmutterschaft nach § 3 Abs 3 FMedG ist zwar eine zwingende Rechtsvorschrift, jedoch genügt ein bloßer Widerspruch gegen eine zwingende österreichische Rechtsvorschrift, wie oben ausgeführt, nicht, um von einem Verstoß gegen das *ordre public* auszugehen. Sowohl der VfGH als auch die belangte Behörde gehen aufgrund dessen, dass die Regelungen des FMedG, insbesondere das Verbot der Leihmutterschaft, weder verfassungsrechtlich geboten noch Bestandteil der österreichischen Grundrechtsordnung ist, davon aus, dass das Verbot der Leihmutterschaft nicht zu den österreichischen Grundwertungen zählt und somit auch nicht vom Anwendungsbereich des *ordre public* erfasst ist.²⁸⁵ Dieser Auffassung, dass die Leihmutterschaft nicht gegen die Vorbehaltsklausel des § 6 IPRG verstößt, kann man sich meiner Meinung nach aus den angeführten Gründen vorbehaltlos anschließen.

6.3.6 Kindeswohl

Im Anschluss an die formale Anknüpfung und der *ordre public* Prüfung muss im Kindschaftsrecht in einem weiteren Schritt immer überprüft werden, ob die Entscheidung auch dem Wohl des Kindes entspricht bzw diesem zumindest nicht entgegensteht.²⁸⁶ Das Ergebnis, das der VfGH in seinem Erkenntnis ausgesprochen hat, entspricht ohne jeden Zweifel sowohl den Interessen sämtlicher beteiligter Personen als auch dem Kindeswohl, denn das Kind wird in rechtlicher Sicht den genetischen Wunscheltern als eheliche Kind zugeordnet, wodurch es aufgrund dessen, dass die Wunschmutter österreichische Staatsbürgerin ist, ebenfalls die österreichische Staatsangehörigkeit erwirbt.

²⁸⁵ VfGH B 13/11-10 RdM 2012/83 (*Bernat*) = Zak 2012/82 = EF-Z 2012/38 = ASoK 2012, 86 = iFamZ 2012/40 = JUS Vf/4612 = EuGRZ 2012, 65 = ÖJZ 2012/32 = *ecolex* 2012, 657 = ZfV 2012/1436 = ZfRV 2012/17.

²⁸⁶ *Verschraegen* in *Rummel*, ABGB II/4³ § 21 IPRG 1.

Würde man der gegenteiligen Auffassung der belangten Behörde folgen, dass es durch die Anknüpfung an das Personalstatut des Kindes zu einer Gesamtverweisung auf das amerikanische Recht und aufgrund des dort geltenden Domizilprinzips zu einer Rückverweisung auf österreichisches Recht kommt und dass das Verbot der Leihmutterschaft zudem als Teil des *ordre public* einer Anerkennung der amerikanischen Gerichtsbeschlüsse entgegen stehen würden, hätte dies zur Folge, dass dem Kind seine biologische Mutter als Mutter im Rechtssinn genommen wird und sodann nach § 143 ABGB die amerikanische Leihmutter als Mutter im Rechtssinne in die Verantwortung genommen wird.²⁸⁷ Die Leihmutter würde somit in die Rolle der Mutter gedrängt, obwohl sie weder genetisch noch, nach dem Personalstatut des Kindes, rechtlich dessen Mutter ist und diese auch nicht sein will.²⁸⁸ Wenn man bedenkt, dass einerseits die Leihmutter ein Kind für ihre Auftraggeber unter der Prämisse austrägt, dass ihr nach der Geburt keinerlei Rechte und Pflichten gegenüber dem Kind erwachsen und andererseits die Wunscherfüllung ihr Genmaterial aus dem Grund zur Verfügung stellen, um dadurch ihren Wunsch nach einem genetisch eigenen Kind zu realisieren, würde ein solches Ergebnis nicht nur dem Kindeswohl, sondern sämtlichen Interessen aller beteiligten Personen widersprechen. Das Kind wäre sodann im juristischen Sinne zur Mutterlosigkeit verurteilt, was nicht zuletzt auch dazu führen würde, dass das Kind von sämtlichen Ansprüchen wie Obsorge-, Unterhalts- und sonstigen Vermögensrechten, die normalerweise gegenüber leiblichen Eltern bestehen, ausgeschlossen wird.²⁸⁹ Aus diesen Erwägungen wird klar, dass das Ergebnis der belangten Behörde weitreichende Konsequenzen für alle beteiligten Personen mit sich bringen würde, insbesondere aber hätte es für das Kind schwerwiegende nachteilige Folgen, die wohl zweifelsohne das Wohl des Kindes verletzen.²⁹⁰

²⁸⁷ VfGH B 13/11-10 RdM 2012/83 (*Bernat*) = Zak 2012/82 = EF-Z 2012/38 = ASoK 2012, 86 = iFamZ 2012/40 = JUS Vf/4612 = EuGRZ 2012, 65 = ÖJZ 2012/32 = ecolex 2012, 657 = ZfV 2012/1436 = ZfRV 2012/17.

²⁸⁸ VfGH B 13/11-10 RdM 2012/83 (*Bernat*) = Zak 2012/82 = EF-Z 2012/38 = ASoK 2012, 86 = iFamZ 2012/40 = JUS Vf/4612 = EuGRZ 2012, 65 = ÖJZ 2012/32 = ecolex 2012, 657 = ZfV 2012/1436 = ZfRV 2012/17.

²⁸⁹ VfGH B 13/11-10 RdM 2012/83 (*Bernat*) = Zak 2012/82 = EF-Z 2012/38 = ASoK 2012, 86 = iFamZ 2012/40 = JUS Vf/4612 = EuGRZ 2012, 65 = ÖJZ 2012/32 = ecolex 2012, 657 = ZfV 2012/1436 = ZfRV 2012/17.

²⁹⁰ VfGH B 13/11-10 RdM 2012/83 (*Bernat*) = Zak 2012/82 = EF-Z 2012/38 = ASoK 2012, 86 = iFamZ 2012/40 = JUS Vf/4612 = EuGRZ 2012, 65 = ÖJZ 2012/32 = ecolex 2012, 657 = ZfV 2012/1436 = ZfRV 2012/17.

Demzufolge hat also das in Österreich verankerte Leihmutterschaftsverbot in Abwägung mit dem Wohl des Kindes nachrangige Bedeutung.²⁹¹

6.4 Erkenntnis des VfGH B 99/12 vom 11.10.2012²⁹²

6.4.1 Sachverhalt

Im Juni 2010 wurden in der Ukraine von einer ukrainischen Leihmutter Zwillinge geboren. Die Zeugung erfolgte mit einer Eizelle der österreichischen Wunschmutter und mit dem Samen ihres österreichischen Ehemannes. Nach der Geburt stellte das ukrainische Standesamt Geburtsurkunden aus, in welchen die österreichischen Wunscheltern als Eltern eingetragen wurden. Die deshalb, weil nach Art 123 des ukrainischem Familiengesetzbuches bestimmt wird, dass im Falle der Übertragung eines mit den Keimzellen von Ehegatten gezeugter Embryo auf eine Leihmutter diese Ehegatten die rechtlichen Eltern des Kindes sind.

Im Zuge der Beantragung auf Ausstellung von Notpässen bei der österreichischen Botschaft in Kiew machte sich der Verdacht breit, dass die Kinder von einer Leihmutter geboren wurden.

In der Folge stellt das Bundesministerium für Inneres bei der Wiener Landesregierung den Antrag, dass die Staatsbürgerschaft der Zwillinge festgestellt werden möge. Die Wiener Landesregierung ging sodann davon aus, dass die Zwillinge nicht österreichische Staatsbürger sind und begründet dies damit, dass für die Beurteilung der Abstammung nach § 21 IPRG an das Personalstatut der Ehegatten anzuknüpfen sei, weshalb die Elternschaft nach österreichischem Sachrecht zu beurteilen ist. Demnach stammen gemäß § 143 ABGB die Kinder nicht von der österreichischen Wunschmutter, sondern von der ukrainischen Leihmutter ab, weshalb die Zwillinge nicht die österreichische Staatsbürgerschaft erworben haben. Weiters geht die belangte Behörde davon aus, dass der österreichische ordre public einer Anerkennung der ukrainischen Geburtsurkunden entgegensteht.

²⁹¹ *Verschraegen*, Internationales Privatrecht Rz 179.

²⁹² VfGH B 99/12 RdM-LS 2013/14 (*Bernat*).

Gegen diesen Bescheid wurde Beschwerde an den VfGH erhoben mit der Begründung, dass sie durch diesen in ihrem verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht auf Achtung des Familienlebens verletzt worden sind.

Der VfGH gab der Beschwerde Folge und hob den Bescheid auf. Er begründet diese Entscheidung damit, dass das Verbot der Leihmutterschaft nicht als Teil des ordre-public anzusehen ist, weshalb die ukrainischen Geburtsurkunden, in welchen die österreichischen Wunscheltern auch als Eltern eingetragen sind, in Österreich anzuerkennen sind. Da durch eine Nicht-Anerkennung der ukrainischen Geburtsurkunden den Zwillingen Staatenlosigkeit gedroht hätte, was zweifelsfrei dem Kindeswohl widersprechen würde, führt der VfGH in seiner Begründung weiters aus, dass in solchen Konstellationen für die Beurteilung der rechtlichen Elternschaft jedenfalls die ausländische Rechtsordnung maßgeblich ist und die Geburtsurkunden sohin in Österreich anzuerkennen sind, wodurch die Zwillinge kraft ehelicher Abstammung zu österreichischen Staatsbürgern werden.

6.4.2 Rechtliche Beurteilung

Da sich der dargelegte Sachverhalt mit dem zuvor besprochenen Fall der amerikanischen Leihmutterschaft im Grunde beinahe deckt, treten folglich auch dieselben rechtlichen Fragestellungen auf, als jene, die bereits in der vorherigen Entscheidungsbesprechung umfassend dargelegt und erörtert wurden. Um in der Folge Wiederholungen zu vermeiden, wird auf die vorherigen Ausführungen verwiesen und folglich nicht mehr auf die allgemeinen Ausführungen zur kollisionsrechtlichen Beurteilung (Kapitel 6.3.4), den ordre public Vorbehalt (Kapitel 6.3.5) sowie auf das Kindeswohl (Kapitel 6.3.6) im Speziellen näher eingegangen werden. Thematisiert und erörtert wird nur der konkrete Unterschied in der rechtlichen Beurteilung, wenn die Leihmutterschaft in einem Land durchgeführt wird, das nicht dem ius soli folgt.

6.4.2.1 Kollisionsrechtliches Anerkennungsprinzip

Der VfGH geht in dieser Entscheidung nicht näher auf die Ermittlung des einschlägigen Sachrechts im Wege der kollisionsrechtlichen Anknüpfung ein, sondern vertritt die Auffassung, dass die von einem ausländischen Rechtsakt geschaffene Rechtslage in Österreich unter Bedachtnahme auf das Kindeswohl schlicht

anzuerkennen ist.²⁹³ Daraus lässt sich schließen, dass der VfGH vom kollisionsrechtlichen Anerkennungsprinzip ausgeht, wonach eine im Ausland durch einen privaten oder behördlichen Akt geschaffene Rechtslage unabhängig von der Anwendung des eigenen Kollisionsrechts als wirksam betrachtet wird.²⁹⁴ Diese rechtliche Beurteilung wird auch von *Bernat*²⁹⁵ als fragwürdig bezeichnet, da das kollisionsrechtliche Anerkennungsprinzip bis dato nur bei der internationalen Adoption und nicht allgemein im internationalen Kindschaftsrecht verwirklicht wurde. Nach *Bernat* kann diese Theorie vom kollisionsrechtlichen Anerkennungsprinzip somit höchstens zur Bekräftigung des durch kollisionsrechtliche Anknüpfung ermittelten Ergebnisses herangezogen werden. Generell muss auch in diesem Fall mittels kollisionsrechtlicher Anknüpfung das für die Sachverhaltsbeurteilung maßgebliche Recht ermittelt werden.

6.4.2.2 Kollisionsrechtliche Beurteilung

Auch in diesem Fall ist § 21 IPRG, da die Wunscheltern miteinander verheiratet sind, analog für die Beurteilung der Abstammung heranzuziehen. Aufgrund der Tatsache, dass beide Wunschelternteile österreichische Staatsbürger sind, wäre entsprechend des § 21 S 1 IPRG grundsätzlich an deren gemeinsames Personalstatut anzuknüpfen, wonach Österreichisches Recht maßgeblich ist. Wendet man allerdings zu Recht die Überlegungen, die *Bernat*²⁹⁶ zum vorherigen besprochenen Erkenntnis zum Ausdruck gebracht hat, auch auf diesen Sachverhalt an, so kann § 21 S 1 IPRG keine Anwendung finden, da die Frage nach der rechtlichen Mutterschaft noch nicht geklärt ist. Sowohl das Personalstatut der Wunschmutter als auch das Personalstatut der Leihmutter sind ausschlaggebender Anknüpfungspunkt, was unter dem Gesichtspunkt, dass die Wunschmutter und die Leihmutter ein verschiedenes Personalstatut besitzen, dazu führt, so *Bernat*, dass nach § 21 S 2 bzw § 25 IPRG an das Personalstatut des Kindes anzuknüpfen ist, um überhaupt feststellen zu können, welche Rechtsordnung über den rechtlichen Mutterschaftsstatus zu entscheiden hat. Erst nach Feststellung der rechtlichen Mutterschaft kann die Vaterschaft zum Kind geklärt werden und folglich auch, ob das Kind ehelich oder unehelich ist.

²⁹³ *Bernat*, Anmerkung zu VfGH B 99/12, RdM-LS 2013/14, 38 (39).

²⁹⁴ *Bernat*, RdM-LS 2013/14, 39; *ders*, RdM 2012/83, 108.

²⁹⁵ *Bernat*, RdM-LS 2013/14, 39; *ders*, RdM 2012/83, 108.

²⁹⁶ *Bernat*, RdM 2012/83, 109.

Im Gegensatz zur amerikanischen Leihmutterschaft kann der Zirkelschluss, der sich aus § 7 StbG und § 21 S 2 IPRG ergibt, nicht mittels der von *Musil/Preuß*²⁹⁷ und *Verschraegen*²⁹⁸ vertretenen hypothetischen Annahme des österreichischen Personalstatutes gelöst werden. Dies deshalb, weil die hypothetische Annahme des österreichischen Personalstatutes dazu führt, dass nach § 143 ABGB die Leihmutter die rechtliche Mutter des Kindes ist, weshalb die Kinder weder nach § 21 IPRG iVm § 7 Abs 1 StbG noch nach § 25 IPRG iVm § 7 Abs 3 StbG, da die Leihmutter ukrainische Staatsbürgerin ist, die österreichische Staatsangehörigkeit besitzen. Der konkrete und zentrale Unterschied zwischen einer Leihmutterschaft in den USA und in der Ukraine liegt nämlich darin, dass das ukrainische Staatsangehörigkeitsrecht - gleich wie das österreichische Staatsangehörigkeitsrecht - nicht dem *ius soli* dem *ius sanguinis* folgt, was bedeutet, dass die Staatsbürgerschaft gemäß dem Abstammungsprinzip vermittelt wird.²⁹⁹ Aus den im Erkenntnis des VfGH³⁰⁰ dargelegten Bestimmungen des ukrainischen Staatsbürgerschaftsgesetzes ergibt sich, dass eine Person, die in der Ukraine von nicht-ukrainischen Staatsangehörigen geboren wurde, nur dann die ukrainische Staatsbürgerschaft erwirbt, wenn sie nicht durch Geburt die Staatsbürgerschaft der Eltern erworben hat und die Eltern in der Ukraine ihren Wohnsitz haben. Allerdings gelten nach ukrainischem Recht nicht die ukrainische Leihmutter, sondern die österreichischen Wunscheltern als genetische und rechtmäßige Eltern, was durch Ausstellung der ukrainischen Geburtsurkunden nochmals bekräftigt wurde. Somit werden die Zwillinge nach ukrainischer Rechtslage von nicht-ukrainischen Staatsangehörigen in der Ukraine geboren und da die österreichischen Wunscheltern die für den Erwerb der ukrainischen Staatsangehörigkeit maßgeblichen Voraussetzungen nicht erfüllen, weil sie in der Ukraine nicht ihren Wohnsitz haben, werden die Zwillinge auch nicht zu ukrainischen Staatsbürgern.

Summa summarum kann daher festgehalten werden, dass die Zwillinge weder die österreichische noch die ukrainische Staatsangehörigkeit erwerben und sohin staatenlos sind, was des Weiteren auch dazu führt, dass die Kinder kein Personalstatut besitzen, welches für die Klärung der Abstammung ausschlaggebend ist. Folglich kann mittels der Spezialnorm des § 21 IPRG in diesem konkreten Fall

²⁹⁷ *Musil/Preuß*, ÖJZ 2003/41.

²⁹⁸ *Verschraegen*, Internationales Privatrecht Rz 178; *dies in Rummel*, ABGB II/4³ § 21 IPRG Rz 8.

²⁹⁹ *Herdegen*, Völkerrecht⁹ § 25 Rz 5.

³⁰⁰ VfGH B 99/12 RdM-LS 2013/14 (*Bernat*).

keine Lösung erzielt werden, weshalb andere Lösungsmaßstäbe herangezogen werden müssen.

Naheliegender scheint in diesem Fall der in § 1 Abs 1 IPRG zum Ausdruck gebrachte Grundsatz der stärksten Beziehung direkt, also ohne Bezugnahme auf die Spezialregelung des § 21 IPRG, anzuwenden sein.³⁰¹ Grundsätzlich dient die Bestimmung des § 1 Abs 1 IPRG, wie bereits ausgeführt, nur als Auslegungshilfe und zur subsidiären Lückenfüllung, weshalb sie nur dann direkt angewendet werden darf, wenn entweder keine spezielle Anknüpfungsnorm existiert, unter die das konkrete kollisionsrechtliche Problem zu subsumieren ist und auch keine Spezialnorm analog angewendet werden kann³⁰² oder wenn die Auslegung einer vorhandenen konkreten Spezialnorm des IPRG zu einem strittigen Ergebnis in dergestalt führt, dass die Spezialnorm wegen der mangelnden Existenz eines Personalstatutes der Kinder auf keine konkrete Rechtsordnung verweist und in der Folge kein Ergebnis erzielt werden kann.³⁰³

Die stärkste Beziehung wird in diesem Falle wohl zur ukrainischen Rechtsordnung bestehen, da sich einerseits die Wunscheltern gerade deshalb für die Beauftragung einer Leihmutter in der Ukraine entschlossen haben, weil eine Leihmutterschaft nach den dort geltenden gesetzlichen Regelungen erlaubt ist und andererseits wurden die Zwillinge von einer ukrainischen Leihmutter auf ukrainischem Staatsgebiet geboren. Aufgrund dieser Erwägungen kann meines Erachtens nur die ukrainische Rechtsordnung jene sein, zu der die stärkste Beziehung besteht. Da durch die direkte Heranziehung des § 1 Abs 1 IPRG das ukrainische Recht jenes ist, nach welchem sich die Abstammung der Zwillinge bestimmt, sind die österreichischen Wunscheltern genetische und rechtliche Eltern der Kinder, wodurch sie aufgrund ihrer ehelichen Abstammung auch die österreichische Staatsangehörigkeit erwerben.

Schließlich wäre noch, wie bereits bei der amerikanischen Leihmutterschaft, an die Anwendung des Günstigkeitsprinzips als Lösungsmöglichkeit zu denken.

³⁰¹ Bernat, RdM 2012/83, 110; Musil/Preuß, ÖJZ 2003/41.

³⁰² OGH 3 Ob 549/94 SZ 67/147 = JBI 1995, 116 = RdW 1995, 59 = ecolex 1995, 255 = ZfRV 1995, 36; Schwimann, Internationales Privatrecht³ 28; Neumayr in KBB, ABGB³ § 1 IPRG Rz 4; Verschraegen in Rummel, ABGB II/4³ § 1 IPRG Rz 2.

³⁰³ OGH 3 Ob 549/94 SZ 67/147 = JBI 1995, 116 = RdW 1995, 59 = ecolex 1995, 255 = ZfRV 1995, 36; Schwimann, Internationales Privatrecht³ 29; Verschraegen in Rummel, ABGB II/4³ § 1 IPRG Rz 5.

*Bernat*³⁰⁴ spricht sich klar dafür aus, dass aufgrund dessen, dass im vorliegenden Fall das Personalstatut der Wunschmutter die Leihmutter und das Personalstatut der Leihmutter die Wunschmutter als rechtliche Mutter erfasst und sämtliche beteiligten Personen ein gleichgerichtetes Interesse verfolgen, nämlich, dass die österreichischen Wunscheltern als genetische und rechtliche Eltern ihre Kinder großziehen möchten, muss nach dem Günstigkeitsprinzip jenes Personalstatut zur Anwendung gebracht werden, durch das dieses gleichgelagerte Interesse verwirklicht werden kann, also das ukrainische Recht. Folglich käme man wiederum zu dem Ergebnis, dass die österreichischen Wunscheltern auch Eltern im Rechtssinn sind und die Kinder dadurch zu österreichischen Staatsbürgern werden.

Meines Erachtens kann, wie schon bei der amerikanischen Leihmutterschaft angemerkt, nicht vom Günstigkeitsprinzip Gebrauch gemacht werden, da der Gesetzgeber nicht ohne Grund dieses durch das Personalstatut des Kindes als neuen Anknüpfungspunkt ersetzt hat. Der Gesetzgeber wollte mit der Anknüpfung an das Personalstatut erreichen, dass die wirkliche Abstammung des Kindes sicherer festgestellt werden kann und die Rechtslage vereinfacht wird,³⁰⁵ was ihm allerdings aufgrund der so entstehenden Zirkelverweisung nicht idealerweise gelungen ist. Nichtsdestotrotz schließt die Beseitigung dieses Prinzips meiner Ansicht nach eine Falllösung unter Heranziehung des Günstigkeitsprinzips aus. Demzufolge kann meiner Meinung nach nur die direkte Anwendung des Grundsatzes der stärksten Beziehung unter Außerachtlassung der Spezialnorm des § 21 IPRG die einzige vernünftige Lösungsmöglichkeit im konkret vorliegenden Fall darstellen, weil diese nach geltendem Recht zulässig ist und zu einer sinnvollen Lösung führt, die jedenfalls dem Wohle der Kinder entspricht und zudem auch den Interesse sämtlicher beteiligter Personen gerecht wird.

6.4.3 Änderung des Staatsbürgerschaftsgesetzes 1985

Anlässlich mehrfach diskutierter staatsbürgerschaftsrechtlicher Themenfelder hat der österreichische Gesetzgeber dahingehend reagiert, dass er das geltende StbG einer Novellierung unterzogen hat.³⁰⁶ Mitunter hat eben auch genau dieses

³⁰⁴ *Bernat*, RdM-LS 2013/14, 39.

³⁰⁵ *Musil/Preuß*, ÖJZ 2003/41.

³⁰⁶ ErläutRV 2303 BlgNR 24. GP 3.

Erkenntnis des VfGH dazu beitragen, dass das StbG angepasst wird.³⁰⁷ Die für diesen Fall relevante Gesetzesstelle ist § 7 Abs 3 StbG, welche mit 1. August 2013 in Kraft tritt und wie folgt lautet:

„§ 7 Abstammung

(3) Unbeschadet des Abs 1 erwerben im Ausland geborene Kinder die Staatsbürgerschaft, wenn

- 1. im Zeitpunkt der Geburt ein österreichischer Staatsbürger nach dem Recht des Geburtslandes Mutter oder Vater des Kindes ist, und*
- 2. sie ansonsten staatenlos sein würden.“³⁰⁸*

Aus dem Gesetzeswortlaut ergibt sich, dass beide Voraussetzungen, also sowohl Z 1 als auch Z 2, kumulativ vorliegen müssen. Somit wäre diese Bestimmung im Falle der amerikanischen Leihmutterschaft nicht anzuwenden, da den Kindern keine Staatenlosigkeit droht, wohl aber für den vorliegenden Fall der ukrainischen Leihmutterschaft, weil hier beide Voraussetzungen vorliegen.

Weiters kann aus dieser Bestimmung abgeleitet werden, dass die Zuerkennung der österreichischen Staatsbürgerschaft an Kinder, die von einer ausländischen Leihmutter geboren wurden, jedoch nach der im jeweiligen Land vorherrschenden gesetzlichen Regelungen die österreichischen Wunscheltern auch rechtlich die Eltern des Kindes sind, Hand in Hand mit der Anerkennung dieser ausländischen Statusentscheidung ohne gesonderte Anknüpfung nach den §§ 21 und 25 IPRG erfolgt. Eine gegenteilige Auffassung kann meines Erachtens deshalb nicht zutreffend sein, weil eine gesonderte kollisionsrechtliche Anknüpfung dazu führen würde, dass stets österreichisches Sachrecht für die Beurteilung der Abstammung maßgeblich wäre und demnach wiederum die Leihmutter als rechtliche Mutter zu qualifizieren ist. Demzufolge wäre das Kind zwar österreichischer Staatsbürger, jedoch in rechtlicher Hinsicht das Kind der Leihmutter. Eine solche Konstellation kann meiner Ansicht nach im Hinblick auf das Kindeswohl daher keinesfalls vom Gesetzgeber gewollt sein.

³⁰⁷ ErläutRV 2303 BlgNR 24. GP 6.

³⁰⁸ Staatsbürgerschaftsgesetz 1985 BGBl 311/1985 idF BGBl I 16/2013.

7 Abschließende Stellungnahme

Viele Paare haben den Wunsch, eine Familie zu gründen, allerdings bleibt dieser oftmals unerfüllt. Die heutigen Techniken auf dem Gebiet der Fortpflanzungsmedizin ermöglichen es aber, dass auch für Paare, die auf natürliche Weise kein Kind bekommen können oder wollen, der Wunsch nach einem eigenen Kind realisierbar wird, sei es mittels Eizellen-, Samen- oder Embryonenspende oder durch eine Leihmutter. Der heutige Stand der Medizin macht es im Prinzip möglich, dass der Wunsch nach einem Kind für jeden Menschen realisierbar wird.

Dass diese Verfahren nicht uneingeschränkt zugänglich gemacht werden können, sondern einen gesetzlichen Rahmen benötigen, ist einleuchtend. Der österreichische Gesetzgeber hat zu diesem Thema klar Stellung bezogen, indem er Eizellen- und Embryonenspenden sowie jede Form von Leihmutterschaft verbietet, die entgeltliche Vermittlung derselben mit Strafe bedroht, Leihmutterschaftsverträge für nichtig erklärt und nur der Frau die Stellung als rechtliche Mutter einräumt, die das Kind geboren hat. Somit wird Paaren, die auf eine solche, nach geltendem Recht verbotene Art der Fortpflanzungshilfe angewiesen sind, der Zugang zu diesen verwehrt.

Führt man sich die Gründe vor Augen, die den Gesetzgeber dazu bewogen haben, diese Methoden zu verbieten, wird man feststellen, dass die Begründung teilweise widersprüchlich und daher nicht nachvollziehbar ist.

Ein Argument des Gesetzgebers war es, dass solche Verfahren mit einem hohen technischen Aufwand verbunden sind. Natürlich handelt es sich bei einer In-vitro-Fertilisation im Gegensatz zu einer Insemination um eine Operation, mit der immer medizinische Risiken verbunden sind. Bedenkt man aber, dass eine In-vitro-Fertilisation mit den Keimzellen eines verheirateten oder in Lebensgemeinschaft lebenden Paares sehr wohl zulässig ist, verliert dieses Argument sehr schnell an Aussagekraft.

Zudem wurde die Schaffung von ungewöhnlichen persönlichen Beziehungen als Grund für das Verbot einer Eizellenspende sowie einer Leihmutterschaft genannt. Auch diesem Argument ist meinerseits nicht viel abzugewinnen. Gerade im

Hinblick auf das Verbot der Eizellenspende erscheint es besonders widersprüchlich, denn einerseits wird damit argumentiert, dass bei einer Eizellenspende ungewöhnliche Beziehungen entstehen würden und andererseits ist die Verwendung von Spendersamen einer dritten Person erlaubt. Auch bei einer Samenspende hat das daraus entstehende Kind zwei Väter, nämlich einen Erzeuger und einen sozialen Vater, gleiches würde im Falle einer zurzeit unzulässigen Eizellenspende gelten. Auch hier hätte das Kind eine genetische und eine soziale Mutter, die es auf die Welt bringt und großzieht.

Aber auch im Hinblick auf die Leihmutterschaft ist der Verweis auf die Entstehung ungewöhnlicher Beziehungen kein besonders aussagekräftiges Argument. Man bedenke, dass es in Österreich die Möglichkeit einer Adoption gibt, die ebenfalls unweigerlich dazu führt, dass das Kind zwei Väter und zwei Mütter hat. Im heutigen Zeitalter kann nicht mehr von einem klassischen Familienbild ausgegangen werden und schon gar nicht daran anknüpfend eine Argumentation für ein gesetzliches Verbot aufgebaut werden. Heutzutage kann ein Kind im Laufe seines Lebens, sei es mittelbar oder unmittelbar, mit vielerlei ungewöhnlichen Familienverhältnissen konfrontiert werden, die eben nicht in das klassische Bild einer Familie hineinpassen, wie dies zB bei sog Patchwork-Familien der Fall ist. Oftmals wird einem Elternteil auch erst im Laufe seines Lebens bewusst, dass es homosexuell oder gar transsexuell ist, mit welchen Tatsachen ein Kind lernen muss, damit umzugehen. Genau aus diesen Gründen ist dieses Argument nach meiner Ansicht nicht nachvollziehbar, da in unserer Rechtsordnung auch andere ungewöhnliche persönliche Beziehungen vorherrschen und toleriert werden, die eben gerade nicht in dieses klassische Familienbild passen.

Zudem wurde befürchtet, dass durch die Zulässigkeit einer Leihmutterschaft die Ausbeutung und Ausnützung von Frauen gefördert wird. Obwohl es bereits nach derzeitiger Gesetzeslage verboten und unter Strafe gestellt wird, entgeltlich Keimzellen und Leihmütter zu vermitteln, stellt die drohende Ausnützung und Ausbeutung von Frauen dennoch ein mögliches Problem dar. Denn auch dann, wenn man nur die unentgeltliche Eizellenspende und Leihmutterschaft unter gesetzlichen Rahmenbedingungen zulässt, kann dies nicht zwingend verhindern, dass ein illegaler Eizellenhandel betrieben wird oder aber, dass Frauen als Leihmütter angeboten und somit ausgebeutet werden.

Das Kindeswohl steht stets an oberster Stelle jeglicher Diskussion zu diesem Thema. Meines Erachtens macht es sich der Gesetzgeber allerdings etwas zu einfach, wenn er das Kindeswohl ohne jegliche nähere Differenzierung als Argument sowohl gegen die Eizellenspende als auch gegen die Leihmutterschaft heranzieht. Denn gerade im Hinblick auf die Eizellenspende ist aus meiner Sicht nicht von einer möglichen Kindeswohlgefährdung auszugehen, da hier die Eizellenempfängerin jene Frau ist, die das Kind auf die Welt bringt und in weiterer Folge mit ihrem Partner auch großzieht.

In Bezug auf eine Leihmutterschaft kann es einerseits nicht Sinn und Zweck sein, diese unter anderem mit dem Argument des Kindeswohls zu verbieten, wenn dies im Gegenzug bedeutet, dass das Kind gar nicht erst entstehen darf. Andererseits kann die Vielzahl an möglich auftretenden Komplikationen im Zusammenhang mit einer Leihmutterschaft nicht außer Acht gelassen werden. Denn was geschieht beispielsweise mit dem Kind, wenn die Leihmutter die Herausgabe oder die Wunscheltern die Annahme des Kindes verweigern. Letzteres kann beispielsweise dann der Fall sein, wenn sich die Wunscheltern noch während der Schwangerschaft trennen und sodann nicht mehr gemeinsam ein Kind bekommen möchten. Weiters kann die Annahme aus dem Grund verweigert werden, dass das Kind eine körperliche oder geistige Behinderung aufweist. Die Wunscheltern könnten die Annahme sodann mit der Begründung verweigern, dass die bestellte „Ware“ mangelhaft ist. Selbstverständlich könnte bei einer möglichen Legalisierung der Leihmutterschaft gesetzlich geregelt werden, dass die Leihmutter stets verpflichtet ist, das Kind an die Wunscheltern herauszugeben und diese sodann im Gegenzug die Pflicht haben, das Kind auch anzunehmen, egal ob das Kind gesund oder behindert ist, da sie die rechtlichen Eltern des Kindes sind. Aber auch eine solche gesetzliche Regelung kann ein solches Wunschelternpaar nicht dazu zwingen, ein Kind anzunehmen, zu lieben und großzuziehen. Mit hoher Wahrscheinlichkeit würde dies eher dazu führen, dass die Wunscheltern das Kind zwar annehmen, aber dann zB zur Adoption freigeben. Eine Behinderung des Kindes kann natürlich auch schon während der Schwangerschaft festgestellt werden, was die Frage aufwirft, ob die Wunscheltern berechtigt wären, über die Fortsetzung bzw den Abbruch der Schwangerschaft zu entscheiden. Aber auch dann, wenn man den Wunscheltern ein solches Recht zuerkennen würde, da sie ja die rechtlichen Eltern des Kindes sind, stellt sich die Frage, ob die Leihmutter gegen ihren Willen

zu einem Schwangerschaftsabbruch gezwungen werden kann. Denn eine Abtreibung ist schließlich ein operativer Eingriff, der stets mit gesundheitlichen Risiken verbunden ist und somit einen Eingriff in die körperliche Integrität der Leihmutter zur Folge hat. Meiner Ansicht nach ist es rechtlich keinesfalls vertretbar, eine Frau ohne ihr Einverständnis zu einem Schwangerschaftsabbruch zu zwingen. Diese beispielhaft dargelegten möglichen Komplikationen im Zusammenhang mit einer Leihmutterschaft zeigen, welche negativen Konsequenzen es für das Wohl des Kindes haben könnte, wenn es zum Gegenstand eines Vertrages wird und Leihmutterschaft zu einer Dienstleistung gemacht wird.

Das Verbot der Leihmutterschaft und der Eizellenspende führt unweigerlich dazu, dass sich Paare ins Ausland begeben, um sich dort ihren Wunsch nach einem Kind auf legale Art und Weise zu erfüllen. Dass ein solches Vorgehen bei der Rückkehr nach Österreich komplexe Fragestellungen in Bezug auf Abstammung und auch Nationalität mit sich bringt, haben die Erläuterungen zu den Entscheidungen des VfGH gezeigt. Diese Entscheidungen zeigen auf, dass das geltende Verbot der Leihmutterschaft ohne weiteres im Ausland umgangen werden kann und diese Vorgehensweise auch so akzeptiert wird.

Angesichts dieser Überlegungen steht aus meiner Sicht fest, dass die Lösung nicht die kategorische Ablehnung all dieser Verfahren darstellt, sondern vielmehr eine detaillierte Regelung dieser. Ein erster entscheidender Schritt wäre es, die Eizellenspende, ähnlich der Voraussetzungen für die Samenspende, gesetzlich zuzulassen, denn dadurch würde sich die Diskussion über die Zulassung einer unechten Leihmutterschaft bereits erübrigen. Die Wunschmutter könnte nämlich ihr Wunschkind selbst austragen und bräuchte dazu keine Leihmutter mehr. Da sie das Kind auch auf die Welt bringt, ist sie nach geltender Rechtslage auch die rechtliche Mutter des Kindes.

In einem zweiten Schritt könnte darüber nachgedacht werden, die echte Leihmutterschaft gesetzlich zu erlauben. Sinnvoll wäre es, sie nur unter der Voraussetzung zuzulassen, dass beide Keimzellen vom Wunschelternteilpaar stammen und die Wunschmutter nicht in der Lage ist, ein Kind aus medizinischer Sicht auszutragen. So würde das Kind nach der Geburt bei seinen genetischen Eltern aufwachsen. In jedem Fall müssten Mindest- und Höchstalter für Leihmütter eingeführt und deren physischer und psychischer Zustand mittels eines Sachverständigen bestätigt

werden. Zudem sollte die Leihmutterschaft, ähnlich der amerikanischen Rechtslage im Bundesstaat Georgia, nur mit vorheriger richterlicher Genehmigung in speziellen Kliniken durchgeführt werden dürfen. Weiters ist es wichtig, dass lediglich die altruistische Form zulässig sein darf und zudem müsste eine Beschränkung auf Unionsbürger vorgenommen werden. Dennoch könnte mit einer detaillierten Regelung die drohende Gefahr eines Leihmutterschaftstourismus die Ausbeutung von Frauen nicht gänzlich verhindert werden. Auch im Hinblick auf das Kindeswohl ist die Legalisierung der echten Leihmutterschaft in Österreich aufgrund der möglichen Komplikationen eher abzulehnen. Ob und wenn ja, in welcher Ausgestaltung eine solche Form der Leihmutterschaft eingeführt werden könnte, bleibt aber abzuwarten.

Zum heutigen Zeitpunkt wage ich es allerdings zu bezweifeln, dass in näherer Zukunft die Leihmutterschaft einer gesetzlichen Regelung zugeführt wird. Zu hoffen bleibt, dass zumindest die Eizellenspende in nächster Zeit zugelassen wird.

Literaturverzeichnis

Kommentare und Festschriften

Bydlinski Franz, Rechtspolitische Bewegung um die artifiziellen Fortpflanzungsmethoden, in Festschrift für Kurt Wagner zum 65. Geburtstag (Wien 1987).

Dittrich Robert / Tades Helmut, ABGB: Taschenkommentar²³ (Wien 2011).

Feil Erich/Marent Karl-Heinz, Familienrecht: Kommentar (Wien 2007).

[*Bearbeiter*] in *Fenyves Attila / Kerschner Ferdinand / Vokilch Andreas*, Klang-Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch: ABGB §§ 137 bis 267³ (Wien 2008).

[*Bearbeiter*] in *Fenyves Attila / Welser Rudolf*, Klang-Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch: ABGB §§ 137 bis 186a Kindschaftsrecht³ (Wien 2000).

[*Bearbeiter*] in *Klang Heinrich*, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch IV/1² (Wien 1968).

[*Bearbeiter*] in *Kletečka Andreas / Schauer Martin*, ABGB-ON^{1.00} (Wien 2012).

[*Bearbeiter*] in *Koziol Helmut / Bydlinski Peter / Bollenberger Raimund*, Kurzkomentar zum ABGB: Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch, Ehegesetz, Konsumentenschutzgesetz, IPR-Gesetz, Rom I- und Rom II-VO³ (Wien 2010).

[*Bearbeiter*] in *Rummel Peter*, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch I³ (Wien 2000).

[*Bearbeiter*] in *Rummel Peter*, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch II/4³ (Wien 2002).

[*Bearbeiter*] in *Rummel Peter*, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch: 1. Ergänzungsband zur 3. Auflage (Wien 2003).

[Bearbeiter] in *Schwimann Michael*, ABGB: Praxiskommentar IV³ (Wien 2006).

[Bearbeiter] in *Schwimann Michael / Kodek Georg*, ABGB: Praxiskommentar I⁴ (Wien 2012).

Lehrbücher

Beck Susanne, Kindschaftsrecht: Entscheidungen – Anmerkungen – Lösungsansätze (Wien 2009).

Bernat Erwin, Rechtsfragen medizinisch assistierter Zeugung (Frankfurt am Main 1989).

Dietrich Silvia, Mutterschaft für Dritte: Rechtliche Probleme der Leihmutterschaft unter Berücksichtigung entwicklungspsychologischer und familiensoziologischer Erkenntnisse und rechtsvergleichender Erfahrungen (Frankfurt am Main 1989).

Goedel Alexandra, Leihmutterschaft: eine rechtsvergleichende Studie (Frankfurt am Main 1994).

Herdegen Matthias, Völkerrecht⁹ (München 2010).

Hinteregger Monika, Familienrecht⁶ (Wien 2013).

Hirsch Günter / Eberbach Wolfram, Auf dem Weg zum künstlichen Leben: Retortenkinder – Leihmütter – programmierte Gene (Stuttgart 1987).

Kerschner Ferdinand, Bürgerliches Recht V: Familienrecht⁴ (Wien 2010).

Kerschner Ferdinand / Wagner Erika, Zivilrecht VI: Familienrecht² (Wien 2010).

Koziol Helmut / Welser Rudolf, Grundriss des bürgerlichen Rechts I: Allgemeiner Teil, Sachenrecht, Familienrecht¹³ (Wien 2006).

Mayrhofer Michael, Reproduktionsmedizinrecht (Wien 2003).

Nademleinsky Marco / Neumayr Matthias, Internationales Familienrecht (Wien 2007).

Posch Willibald, Bürgerliches Recht: Internationales Privatrecht VII⁵ (Wien 2010).

Riedler Andreas, Zivilrecht I: Allgemeiner Teil⁵ (Wien 2010).

Schwind Fritz, Internationales Privatrecht: Lehr- und Handbuch für Theorie und Praxis (Wien 1990).

Schwimann Michael, Internationales Privatrecht einschließlich Europarecht³ (Wien 2001).

Selb Walter, Rechtsordnung und künstliche Reproduktion des Menschen (Tübingen 1987).

Verschraegen Bea, Internationales Privatrecht: Ein systematischer Überblick (Wien 2012).

Sammelbände und Monographien

[*Bearbeiter*] in *Bergmann Alexander / Ferid Murad / Henrich Dieter*, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht: Loseblattsammlung (Frankfurt am Main).

[*Bearbeiter*] in *Bernat Erwin*, Lebensbeginn durch Menschenhand: Probleme künstlicher Befruchtungstechnologie aus medizinischer, ethischer und juristischer Sicht (Graz 1985).

[*Bearbeiter*] in *Dadak Christian*, Sexualität, Reproduktion, Schwangerschaft, Geburt³ (Wien 2010).

[*Bearbeiter*] in *Diedrich K.*, Weibliche Sterilität: Ursachen, Diagnostik und Therapie (Berlin 1998).

[*Bearbeiter*] in *Fischl Franz H.*, Kinderwunsch: In Vitro Fertilisierung und Assistierte Reproduktion – Neue Erkenntnisse und Therapiekonzepte: Möglichkeiten, Erfüllbarkeit und Machbarkeit in unserer Zeit (Wien 1995).

[*Bearbeiter*] in *Fischl Franz H.*, Kinderwunsch: In-vitro-Fertilisierung und Assistierte Reproduktion – Neue Erkenntnisse und Therapiekonzepte: Möglichkeiten, Erfüllbarkeit und Machbarkeit im neuen Jahrtausend² (Gablitz 2000).

Beiträge in Zeitschriften

Bernat Erwin, Anmerkung zu VfGH B 13/11-10, RdM 2012/83.

Bernat Erwin, Anmerkung zu VfGH B 99/12, RdM-LS 2013/14.

Bernat Erwin, Künstliche Zeugungshilfe – eine Herausforderung für den Gesetzgeber? JBI 1985, 720.

Eder-Rieder Maria, Die rechtlichen Grundlagen der medizinisch unterstützten Fortpflanzung, JAP 1998/99.

Edlbacher Oskar, Künstliche Zeugungshilfe – eine Herausforderung für den Gesetzgeber? Eine Erwiderung auf Bernat, ÖJZ 1986, 321.

Edlbacher Oskar, Eimutter, Ammenmutter, Doppelmutter, ÖJZ 1988, 417.

Felberbaum R.E., Medizinische und ethische Aspekte der Leihmutterschaft, Der Gynäkologe 2009, 625.

Loebenstein Edwin, Die Zukunft der Grundrechte im Lichte der künstlichen Fortpflanzung des Menschen, JBI 1987, 694.

Musil Verena / Preuß Christoph, Das neue internationale Ehelichkeitsrecht: Das Personalstatut des Kindes als Anknüpfungsmerkmal im Abstammungsrecht, ÖJZ 2003/41.

Nademleinsky Marco, Ersatzmutterschaftstourismus nach England? Aktuelle Judikatur des High Court zu Parental Orders, iFamZ 2008, 166.

Pichler Helmut, Neues im Kindschaftsrecht, JBI 1989, 677.

Steiner Johannes Wolfgang, Ausgewählte Rechtsfragen der Insemination und Fertilisation, ÖJZ 1987, 513.

Steininger Viktor, Juristisch elternlose Kinder? ÖJZ 1999, 707.

Tschudin S. / Griesinger G., Leihmutterschaft, Gynäkologische Endokrinologie 2012, 135.

Verzeichnis der Internetquellen

Cornwell, Internationale Leihmutterschaft

http://www.dawsoncornwell.com/de/int_surrogacy.html (11.6.2013).

Happy Family - Surrogacy and IVF consulting

<http://surrogacyinfo.net/de/gesetzliche-regelungen/> (11.6.2013).

Koch, Rechtliche Regelungen zur Fortpflanzungsmedizin in europäischen Ländern: Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht (2001/2003) http://www.ivf-gesellschaft.at/fileadmin/redaktion/files/Downloads/MPI_Uebersicht_Fortpflanzungsmedizin.pdf (6.5.2013).

Welz, Gesetzliche Regelungen: Leihmutterschaft und Leihmutterschaft <http://www.leihmutter.de/pages/gesetzliche-regelungen.php> (11.6.2013).

Judikaturverzeichnis

OGH

OGH 4 Ob 12/63 SZ 36/78 = EvBl 1963/375 = JBI 1963, 542.

OGH 8 Ob 58/69 SZ 42/49 = EvBl 1969/356.

OGH 7 Ob 600/86 SZ 59/128 = RdW 1986, 341 = JBI 1987, 115.

OGH 9 Ob A 130/88 SZ 61/161 = ZfRV 1988, 303.

OGH 8 Ob 545/88 SZ 61/108 = EvBl 1989/28.

OGH 9 Ob A 24/94 SZ 67/33 = IPRax 1995, 253 = ZfRV 1994, 44 = ZfRV 1994/44.

OGH 3 Ob 549/94 SZ 67/147 = JBI 1995, 116 = RdW 1995, 59 = ecolex 1995, 255 = ZfRV 1995, 36.

OGH 7 Ob 527/96 JBI 1996, 717 (*Bernat*) = EvBl 1996/133 = ÖA 1996, 164 = ZfRV 1996/36 = RdM 1996/26 = ÖJZ-LSK 1996/274 = EFSlg 81.096 = EFSlg 82.226.

OGH 7 Ob 212/97w EvBl 1998/2 = RdM 1998/2 = SZ 70/155 = ÖA 1998, U 218 = EFSlg 83.063 = EFSlg 84.047 = EFSlg 84.052 = EFSlg 84.053 = EFSlg 84.063.

OGH 6 Ob 242/98a ZfRV 1999, 79 = IPRax 1999, 470 = JUS Z/2654 = EFSlg 87.854 = EFSlg 87.855 = EFSlg 88.180 = EFSlg 88.182.

OGH 9 Ob A 80/00f RdW 2000/504 = RdW 2001/113 = JBI 2000, 738 = SZ 73/65.

OGH 4 Ob 199/00v SZ 73/142 = JUS Z/3080.

OGH 7 Ob 135/03h RdW 2003/542 = ecolex 2003/363, 907 = JBI 2004, 107 (*Thunhart*).

OGH 3 Ob 229/07h ÖJZ-LS 2008/29 = iFamZ 2008/86 = Zak 2008/265 = ZfRV-LS 2008/26 = RZ 2008/EÜ 244/245, 208 = RZ 2009/4 = SZ 2007/206.

OGH 3 Ob 186/11s Zak 2011/815 = iFamZ 2012/34 (*Fucik*) = ecolex 2012/14 = ZfRV-LS 2011/75 (*Ofner*) = EF-Z 2012/89 (*Nademleinsky*) - EF-Z 2012,132 (*Nademleinsky*).

VfGH

VfGH B 13/11-10 RdM 2012/83 (*Bernat*) = Zak 2012/82 = EF-Z 2012/38 = ASoK 2012, 86 = iFamZ 2012/40 = JUS Vf/4612 = EuGRZ 2012, 65 = ÖJZ 2012/32 = ecolex 2012, 657 = ZfV 2012/1436 = ZfRV 2012/17.

VfGH B 99/12 RdM-LS 2013/14 (*Bernat*).

Materialien

ErläutRV 2303 BlgNR 24. GP.

ErläutRV 216 BlgNR 18. GP.

ErläutRV 471 BlgNR 22. GP.

ErläutRV 6 BlgNR 12. GP.

Rechtssätze

RIS-Justiz RS0002398.

RIS-Justiz RS0097437.

RIS-Justiz RS0104147.

RIS-Justiz RS0110743.

RIS-Justiz RS0122957.