

fen, die selbst Konsument:innen sind und etwa nur eine Anlegewohnung zur Absicherung im Alter besitzen.

Auch hier lehnt der 8. Senat in 8 Ob 6/24a eine Argumentationslinie in der Literatur explizit ab, wonach § 879 Abs 3 ABGB nicht zur Anwendung komme, weil die Klausel eine **Haupt- und keine Nebenleistung** regle. Dazu führte der Senat aus, dass diese Ausnahme nach ständiger Rechtsprechung eng zu verstehen und auf die individuelle, zahlenmäßige Umschreibung der Leistungen beschränkt sei. Preisanpassungsklauseln würden hingegen der Inhaltskontrolle unterliegen.

An dieser Stelle ist noch einmal auf die Frage zurückzukommen, ob § 879 Abs 3 ABGB im Anwendungsbereich der Mindestharmonisierung der Klausel-RL liegt. Dies ist mE zu verneinen, weil der europäische Gesetzgeber davon ausgeht, dass die Mitgliedstaaten die RL durch eine konkrete Liste an problematischen Klauseln umsetzen. Auch die Ausführungen der europäischen Kommission in ihren Leitlinien zur Auslegung und Anwendung der RL 93/13/EWG¹² bestätigen dies. Eine so **umfassende Generalklausel** passt mE nicht zum **mindestharmonisierenden Charakter** der RL. Es kann schwer als Mindestharmonisierung verstanden werden, die Mitgliedstaaten zu verpflichten, eine Generalklausel ins nationale Recht einzuführen, nach der alle missbräuchlichen Klauseln unwirksam sind. Darüber hinaus würde sich die Frage nach dem Verhältnis einer solchen Generalklausel zum Anhang und den explizit aufgezählten Klauseln stellen. Schließlich spricht – ebenso wie bei § 6 Abs 4 Z 2 KSchG – die Normgeschichte dagegen. § 879 Abs 3 ABGB wurde im Jahr 1979¹³ und damit weit vor der Entstehung der Klausel-RL eingeführt. Auch bei der Umsetzung der Klausel-RL wurde in den Erläuterungen dazu nichts ausgeführt und auch die von der RL abweichende Terminologie nicht angepasst. Es wird nicht auf die Missbräuchlichkeit, sondern auf eine gröbliche Benachteiligung abgestellt. Allein der Umstand, dass die Bestimmung der Kommission als Umsetzung notifiziert wurde, ändert an diesem Befund meiner Ansicht nach nichts. Die bloße – nicht vom Gesetzgeber ausgehende – Notifizierung führt ja zu keiner Änderung des Umfangs der Mindestharmonisierung. Ebenso würde eine – irrtümlich oder absichtlich – nicht erfolgte Notifizierung einer

Norm, die eine RL im nationalen Recht umsetzt, nicht dazu führen, dass die Norm plötzlich nicht im Anwendungsbereich der RL liegt.

Im Zusammenhang mit der vom europäischen Gesetzgeber erwarteten **Umsetzungstechnik** ist noch auf einen letzten Punkt hinzuweisen: Oben wurde erläutert, dass § 6 Abs 2 Z 4 KSchG nicht von der Mindestharmonisierung der Klausel-RL betroffen ist. Das könnte nach der Rsp des EuGH sogar weite Bereiche des Klauselkatalogs des § 6 KSchG betreffen: Der EuGH geht in der Rs C-34/18¹⁴ ausdrücklich davon aus, dass eine überschießende Umsetzung der RL darin liegen kann, dass die Mitgliedstaaten die in der Nr 1 des Anhangs aufgeführten Standardklauseln allgemein für missbräuchlich erklären, ohne dass eine weitere Prüfung anhand der in Art 3 Abs 1 Klausel-RL genannten Kriterien erforderlich wäre. § 6 Abs 2 KSchG sieht nun aber keine Interessenabwägung iSd Art 3 vor, sondern erklärt bestimmte Klauseln ohne weitere Prüfung für unverbindlich iSd § 879 ABGB. Man könnte daher schon mit diesem Argument bezweifeln, dass man sich noch im mindestharmonisierten Bereich der Klausel-RL befindet.

D. Fazit

§ 6 Abs 2 Z 4 KSchG und § 879 Abs 3 ABGB sind nicht von der Mindestharmonisierung der Klausel-RL umfasst. Daher kommt es bei Wertsicherungsklauseln, die gegen diese Bestimmungen verstoßen, nicht zum gänzlichen Wegfall der Anpassungsmöglichkeiten für die unwirksame Klausel. Im Individualverfahren können darüber hinaus zahlreiche andere Argumente vorgebracht werden, die gegen den Wegfall der Klausel sprechen. Nicht nur die nächsten Verbandsverfahren sind daher mit Interesse zu erwarten, sondern vor allem die „Entscheidungswelle 2.0“ in Individualverfahren.

¹² Leitlinien zur Auslegung und Anwendung der RL 93/13/EWG des Rates über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABl C 2019/323, 18f und 35f.

¹³ BGBl 1979/140.

¹⁴ EuGH 19. 9. 2019, C-34/18, *Tóth/Erste Bank*, Rn 47.

Eine Mutter, zwei Männer und ein Baby...

Offene Fragen zu Verfassung und Vaterschaft anlässlich BVerfG 1 BvR 2017/21



Univ.-Prof. Dr. STEFAN PERNER ist Vorstand des Instituts für Zivil- und Zivilverfahrensrecht an der WU Wien sowie Chefredakteur der ÖJZ.
Univ.-Prof. Dr. MARTIN SPITZER ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht und Zivilverfahrensrecht an der WU Wien sowie Chefredakteur der ÖJZ.

Abstammungsrecht

§ 144 ABGB

BVerfG 1 BvR 2017/21

ÖJZ 2024/101

Die Verfasser waren *Robert Fucik* schon lang verbunden, bevor sie als Chefredakteure der ÖJZ die Gelegenheit zur regelmäßigen Zusammenarbeit mit dem Jubilar bekommen haben. Die gemeinsame Redaktionstätigkeit hat die Verbundenheit vertieft und zum schö-

nen Brauch von (Arbeits-)frühstücken im „Ponykarussell“ geführt, zu dem es der Jubilar als stolzer Bewohner des Wiener Prater nicht weit hat. Wer dort mit *Robert Fucik* ins Plaudern und gemeinsam vom Hundertsten ins Tausendste kommt, weiß: *Robert* interessiert sich für alles und kann zu allem Erhellendes beisteuern.

Zum Geburtstag unseres lieben ÖJZ-Kollegen wollten wir aber nicht „irgendein“ Thema wählen, sondern uns einem seiner absoluten Lieblingsgebiete zuwenden. Der Jubilar ist ein ausgewiesener Kenner und Köhner des nationalen wie internationalen Familienrechts.¹ Dieser Beitrag geht der Bedeutung eines kräftigen deutschen Impulses für das österr Familienrecht nach. Da die

¹ Vgl die Würdigung von *Hopf/Kathrein*, 65. Geburtstag Robert Fucik: Ein Mann mit vielen Eigenschaften, ÖJZ 2024, 577 (in diesem Heft).

65. Geburtstag von Robert Fucik

angesprochenen Fragen vielschichtig sind und gleich vier Höchstgerichte betreffen, verfassen wir einen gemeinsamen Beitrag, um so mit dem doppelten Zeichenumfang gratulieren zu können. Einem allein würde Robert derart fehlende Disziplin bei der Beachtung redaktioneller Vorgaben nicht gerne nachsehen.

A. Ausgangspunkt Abstammungsreform

§ 144 ABGB ist schon länger eine legistische Kampfzone. Während sich die Norm bis 2015 wie ihre Vorgängerinnen beschaulich mit der Regelung der Vaterschaft begnügt hatte, durfte sie die Augen vor dem gesellschaftlichen Wandel früher oder später nicht mehr verschließen und wendete sich – nach verfassungsgerichtlichem nudging – dann auch der Lebensrealität gleichgeschlechtlicher (weiblicher)² Paare zu. Seit damals war nämlich auf Intervention des VfGH eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung auch in homosexuellen weiblichen Partnerschaften möglich,³ wofür dann auch Regeln über die Elternschaft gebraucht wurden.

Da man die Partnerin der Mutter kaum als „Vater“ bezeichnen konnte, entschied sich der Gesetzgeber für den „anderen Elternteil“. Dazu konnte eine Frau aber nur im Anlassfall der Einführung der Norm werden, also nur dann, wenn an der Mutter eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung vorgenommen worden war.⁴

Während bei gemischtgeschlechtlichen Paaren unabhängig von einer medizinisch unterstützten Fortpflanzung auch die Geburt in aufrechter Ehe die Vaterschaft des Mannes begründete, war das bei gleichgeschlechtlichen Paaren nicht der Fall. Der pragmatische Gedanke des Gesetzgebers war wohl, dass eine Ehelichkeitsvermutung die abstrakte Möglichkeit der Fortpflanzung voraussetzt, die nur ein gemischt-geschlechtliches Paar hat. Auch ein Anerkenntnis der Elternschaft wollte der Gesetzgeber ohne medizinisch unterstützte Fortpflanzung nicht vorsehen, wohl weil in seiner Gedankenwelt die Elternschaft noch eng an die biologische Abstammung gekoppelt war.⁵

2022 stellte der VfGH das Abstammungsrecht vor diesem Hintergrund neuerlich auf den Prüfstand und hob § 144 ABGB auf.⁶ Im inzident eingeleiteten Gesetzprüfungsverfahren ging es um die Elternschaft der Partnerin einer Mutter, die ihr Kind nicht im Wege medizinisch unterstützter Fortpflanzung bekommen hatte und damit nicht so wie in § 144 Abs 2 ABGB vorausgesetzt.

Ihr wurde die Abgabe eines Anerkenntnisses – dem Buchstaben des Gesetzes entsprechend – verweigert. Gerade weil die Elternschaft als anderer Elternteil vom Gesetzgeber nur unter der Voraussetzung ermöglicht wurde, dass an der Mutter eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung durchgeführt wurde, wäre sie sonst „anders als für den Vater in einer verschiedengeschlechtlichen Beziehung nach § 144 Abs 1 ABGB – ausgeschlossen [...], wenn das Kind auf natürlichem Wege, etwa durch ‚Heiminsemination‘⁷ gezeugt wurde“⁸.

Das führte zur Aufnahme von § 144 ABGB,⁹ den der Gesetzgeber jetzt, um Gleichheitsbedenken vorzubeugen, für den „anderen Elternteil“ identisch nachvollzogen hat. Hat ein Kind keinen Vater nach § 144 Abs 1 ABGB, kann es einen anderen Elternteil haben. Das ist nach § 144 Abs 2 ABGB

- ▶ die Person, die mit der Mutter im Zeitpunkt der Geburt verheiratet war oder in eingetragener Partnerschaft gelebt hat (Z 1). Die Ehelichkeitsvermutung der Z 1 gilt nunmehr also auch für gleichgeschlechtliche Paare. Dass diese Vermutung bei gemischtgeschlechtlichen Paaren typisiert¹⁰ eine Basis hat,¹¹ bei gleichgeschlechtlichen Paaren aber nicht, nimmt

das Gesetz in Kauf. Dass verfassungsrechtlich geboten ist, eine Vermutungsregel ohne Vermutungssubstrat einzuführen, könnte man allerdings auch kritisch sehen.

- ▶ wer die Elternschaft anerkannt hat (Z 2);
- ▶ wessen Elternschaft gerichtlich festgestellt wurde (Z 3). Dabei kann es sich bei gleichgeschlechtlichen Paaren nur um Fälle einer Feststellung nach unterstützter Fortpflanzung handeln. Die neue Regelung löst in einem Aufwasch aber auch die ebenfalls auf ein Erkenntnis des VfGH zurückgehende Notwendigkeit eines dritten Geschlechts („divers“),¹² weil eine Bezeichnung als Vater nicht nur für die Partnerin der Mutter fehl am Platz wäre, sondern auch für eine Person, die sich nicht als männlich identifiziert.¹³

Der Gesetzgeber hat damit sein unmittelbares verfassungsrechtliches Programm in letzter Minute abgearbeitet.¹⁴ Robert Fucik hatte schon befürchtet, dass „ab ‚dem Neujahrsbaby 2024‘ keine Ex-lege-Vaterschaft des mit der Mutter verheirateten Mannes mehr besteht“.¹⁵ Dass der Gesetzgeber aber wirklich schon ganz am Ende der verfassungsrechtlich angestoßenen Reformen ist, ist dennoch nicht gesichert.

B. Keine Antragsrechte des leiblichen Vaters

Auch nach der Reform spielt im Abstammungsrecht nämlich *einer* – geradezu auffallend – keine Rolle: Der leibliche Vater, der immer dann, wenn es schon einen juristischen Vater oder einen anderen Elternteil gibt, Zaungast der „sozialen Familie“ bleiben soll. Er kann seine Rolle gerichtlich nicht feststellen lassen, was allenfalls unter der Prämisse plausibel erscheint, dass das im gegenwärtigen System immer und notwendig auf die Verdrängung des juristischen Vaters hinausliefe.

Der leibliche Vater hat daher auch im neuen Recht keine Möglichkeit, die Feststellung der Nichtabstammung vom (Ehe-)Part-

² Gleichgeschlechtliche männliche Paare haben aus biologischen Gründen nur die Möglichkeit einer Adoption, da Leihmutterschaft nach wie vor verboten ist.

³ VfGH 10. 12. 2013, G 16/2013, G 44/2013; *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht⁴ (2014) 531.

⁴ § 144 Abs 2 ABGB: Ist an der Mutter innerhalb von nicht mehr als 300 und nicht weniger als 180 Tagen vor der Geburt eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung durchgeführt worden, so ist die Frau Elternteil, 1. die mit der Mutter im Zeitpunkt der Geburt des Kindes in eingetragener Partnerschaft verbunden ist oder als eingetragene Partnerin der Mutter nicht früher als 300 Tage vor der Geburt des Kindes verstorben ist oder 2. die die Elternschaft anerkannt hat oder 3. deren Elternschaft gerichtlich festgestellt ist.

⁵ Vgl ErläutRV 6 BlgNR 12. GP 12.

⁶ VfGH 30. 6. 2022, G 230/2021.

⁷ Wenn der VfGH vom natürlichen Weg spricht, meint er nicht (zwingend) die erste Assoziation, sondern den Gegenpol zu medizinisch unterstützter Fortpflanzung. Die Heiminsemination ist in verschiedenen Varianten denkbar, von Becherspende bis zu Geschlechtsverkehr zwecks Samenspende, vgl *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht Update⁷⁻¹ (2024) 5f (s psk.manz.at).

⁸ VfGH 30. 6. 2022, G 230/2021.

⁹ Der VfGH konstatierte Verstöße gegen Art 7 Abs 1 B-VG, gegen Art 14 EMRK iVm Art 8 EMRK und gegen Art 8 EMRK selbst.

¹⁰ Auf diesen Gedanken verweist auch das BVerfG 1 BvR 2017/21 BeckRS 2024, 6414 Rz 45.

¹¹ Vgl die Ausführungen zum historischen Hintergrund bei *Höllwerth*, Vom Blut als besonderem Saft bis zur sozialen Elternschaft, FS 200 Jahre ABGB II (2011) 1033 (1040).

¹² VfGH 15. 6. 2018, G 77/2018.

¹³ Vgl den Beitrag von *Pesendorfer*, Einige Fragen zum Abstammungsrecht idF des Abstammungsrechts-Anpassungsgesetzes 2023 (AbAG 2023), ÖJZ 2024, 609 (in diesem Heft).

¹⁴ Vgl *Gitschthaler*, Geplatze Ideen, Husch-Pfusch-Aktionen und der Weltfrieden, EF-Z 2024, 1.

¹⁵ *Fucik*, Initiativantrag betreffend ein Bundesgesetz, mit dem das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch geändert wird (Abstammungsrechts-Anpassungsgesetz 2023 – AbAG 2023), eingebracht, ÖJZ 2023, 947.

ner der Mutter (§ 151 ABGB, früher plastisch: Ehelichkeitsbestreitung) zu beantragen. Er hat weiterhin nur die Möglichkeit eines vaterschaftsdurchbrechenden Anerkenntnisses (§ 147 ABGB), bei dem das Gesetz eine Störung des Familienfriedens in gewisser Weise in Kauf nimmt, weil das Anerkenntnis vom Gericht nicht einfach zurückgewiesen werden darf. Um juristischer Vater zu werden, braucht sein Anerkenntnis aber noch innerfamiliäre Unterstützung: Ist das Kind noch minderjährig, bedarf es neben der Zustimmung des Kinder- und Jugendhilfeträgers („Jugendamt“, § 147 Abs 4 ABGB) nämlich der Bezeichnung des Anerkennenden als Vater durch die entscheidungsfähige Mutter, die es damit in der Hand hat, den leiblichen Vater – durch Verweigerung dieser Bezeichnung – auszuschließen.

Insgesamt soll die soziale Familie vor der ungewollten Einmischung durch Dritte geschützt werden, die Gesetzesmaterialien des KindRÄG 2001 zeigen diesbezüglich ein akutes Problembewusstsein mit freilich ebenso akuter Schlagseite: „*Missbrauch durch in die wahre Vater/Mutter/Kind-Beziehung – aus welchen Gründen immer – als Väter „hineindrängende“ Männer muss daher vorgebeugt werden.*“¹⁶

Ob der leibliche Vater sich ohne weiteres als in die „wahre Vater/Mutter/Kind-Beziehung“ hineindrängender Fremdkörper versteht, darf bezweifelt werden. Ist der Gesetzgeber aber einmal von der Idee einer „wahren“ (sozialen?) Familie geblendet, fallen heikle Abwägungsentscheidungen leicht holzschnittartig aus. Diesen Holzschnitt der geradezu hermetischen Abschottung der sozialen Familie vor dem leiblichen Vater billigen L¹⁷ und Rsp¹⁸ im Wesentlichen und sehen darin keinen Verstoß gegen Art 8 MRK. Darin dürfte sie der EGMR bestärken,¹⁹ der den Schutz des Familienlebens nach Art 8 MRK seit langem erst dann für einschlägig hält, wenn zur biologischen Abstammung noch weitere Gesichtspunkte hinzutreten (wie eine juristische Vaterschaft oder eine soziale Beziehung).²⁰

Dass das österr Recht nicht einmal dem Rechnung trägt, also auch nach Art 8 MRK geschützte leibliche Väter mit sozialer Beziehung zum Kind unterschiedslos ausschließt, ist kein neuer Schauplatz, so weisen etwa Bernat,²¹ Ferrari²² und Stefula²³ schon lange darauf hin, dass es problematisch ist, dass der leibliche sich gegen den juristischen Vater nicht einmal dann durchsetzen kann, wenn dessen Vaterschaft nur auf dem Papier besteht und gar keine soziale Familie gelebt wird. Solchen Fällen trägt die deutsche Rechtslage Rechnung, die für die Vaterschaftsbestreitung soziale Bindungen miteinbezieht.²⁴

Auch der OGH hat schon verfassungsrechtliche Sensibilität anklingen lassen. „*Sollte sich [...] indes herausstellen, dass die für die Wirksamkeit des Vaterschaftsanerkenntnisses des Antragstellers [...] normierten Voraussetzungen nicht eintreten werden, weil dem Feststellungsantrag sowohl das Kind als (weiterhin) auch die Mutter entgegengetreten, so könnte die Verfassungskonformität des einfachgesetzlichen Ausschlusses des biologischen Vaters von der Feststellung seiner Vaterschaft [...] zweifelhaft sein.*“²⁵

Der Gesetzgeber hielt es allerdings nicht für notwendig, in seinem neuen Abstammungsrecht auch solche Fragen zu ordnen. Das ist insofern interessant, als die Gleichschaltung zwischen Vaterschaft und Elternschaft des anderen Elternteils vermehrt zu Fällen führen wird, in denen vollkommen klar ist, dass noch eine dritte Person im Spiel gewesen sein muss. Beim ehelich geborenen Kind konnte man sich früher immerhin noch einreden, dass man gar nicht so genau wissen wollte, wo das Kind herkommt, um eine glückliche Ehe nicht zu gefährden. Dass derselbe Gedanke bei gleichgeschlechtlichen Paaren nicht in derselben Form zutreffen kann, macht die Ausgrenzung nicht einfacher.

C. Kontaktrechte des leiblichen Vaters

Hinzu kommt, dass der leibliche Vater auch bei gemischtgeschlechtlichen Paaren seit einiger Zeit nur bedingt ganz draußen gehalten werden kann, was eine insgesamt Neubewertung eigentlich nahelegen würde. § 188 Abs 2 ABGB erlaubt „Dritten“ ein Kontaktrecht mit dem Kind, die mit ihm in einem persönlichen und familiären Naheverhältnis stehen.²⁶ Der leibliche Vater soll nur, aber immerhin ein solcher Dritter sein.²⁷

Für diese Verrenkung waren grundrechtliche Aspekte verantwortlich.²⁸ Dass die Überlegungen ausgerechnet auf den EGMR zurückgehen, der den „nur“ leiblichen Vater aus der Familie des Art 8 eigentlich ausschließt, überrascht prima vista. Der EGMR begründet den Schutz dann auch über das Privatleben des leiblichen Vaters und gewährt ihm so Besuchs- und Auskunftsrechte.²⁹ Der VfGH leistete durch die Klarstellung Schützenhilfe, dass der leibliche Vater nicht irgendein Dritter, sondern jedenfalls von § 188 ABGB erfasst sein sollte,³⁰ wobei er aber im selben Atemzug klarmacht, dass „*keine Pflicht des Staates [besteht], dem mutmaßlichen leiblichen Vater zu gestatten, die Stellung des rechtl Vaters anzufechten oder eine separate Klage im Hinblick auf die Feststellung der biologischen – im Gegensatz zur rechtl – Vaterschaft zuzulassen.*“³¹

Khakzadeh-Leiler bringt die Situation auf den Punkt: „*Der Schutz der sozialen Familie rechtfertigt es zwar nicht, ein Kontaktrecht des biologischen Vaters pauschal auszuschließen, dieses Argument trägt hingegen, um dem biologischen Vater eine formale Vaterschaftsfeststellung oder -anfechtung zu verwehren.*“³² Dazu trage bei, dass in den Mitgliedstaaten der MRK ganz verschiedene Re-

¹⁶ ErläutRV 296 BlgNR 21. GP 62 (Mat zum KindRÄG 2001).

¹⁷ Siehe etwa Fischer-Czermak, Anm zu 1 Ob 98/07 d, EF-Z 2007, 971; Höllwerth in KBB³ § 147 Rz 2; § 150 Rz 1; Pierer in Deixler-Hübner, Handbuch Familienrecht³ (2020) 261; Stefula in Klang³ (2008) § 163b Rz 7.

¹⁸ OGH 9 Ob 73/14 x iFamZ 2015/50 (Zemanek); 24. 3. 2015, 8 Ob 32/15m; 8 Ob 28/15y EF-Z 2015, 236 (Nademleinsky); 19. 5. 2022, 9 Ob 32/22 d.

¹⁹ Wiederin in Korinek/Holoubek et al, Österreichisches Bundesverfassungsrecht Art 8 EMRK (2002) Rz 73, 76: „*In Bezug auf den Vater dürfte hingegen die Blutsverwandtschaft allein noch nicht genügen. Hier müssen faktische Verbindungen hinzutreten, um ein Familienleben zu etablieren.*“

²⁰ EGMR 26. 5. 1994, 16969/90, Keegan/Irland, ÖJZ 1995, 70; 27. 10. 1994, 18535/91, Kroon/Niederlande, ÖJZ 1995, 269; 1. 6. 2004, 45582/99, Lebbink/Niederlande; 22. 3. 2012, 23338/09, Kautzor/Deutschland; 22. 3. 2012, 45071/09, Ahrens/Deutschland; 10. 3. 2015, 42719/14, Markgraf/Deutschland.

²¹ VfGH 28. 6. 2003, G 78/00 FamRZ 2003, 1915 (1918).

²² Ferrari, Streit um die Abstammung – die Rechtslage in Österreich, in Spickhoff/Schwab/Henrich/Gottwald, Streit um die Abstammung – ein europäischer Vergleich (2007) 183 (199); dies, iFamZ 2012, 60 (61). Auch das Bezeichnungserfordernis beim vaterschaftsdurchbrechenden Anerkenntnis wurde bereits kritisch gesehen, vgl etwa St. Huber, Anm zu 1 Ob 236/05w, EF-Z 2006, 48; Fischer-Czermak, Anm zu 1 Ob 98/07 d, EvBl 2007/176.

²³ Stefula in Klang³ (2008) § 163b Rz 7.

²⁴ Siehe dazu unten D.

²⁵ 1 Ob 236/05w iFamZ 2006/8 (Fucik/Zemanek) = EF-Z 2006, 45 (St. Huber). Im fortgesetzten Verfahren wurde das Naheverhältnis aber als nicht ausreichend qualifiziert, 1 Ob 98/07 d.

²⁶ Ein derartiges Kontaktrecht vermag nach Ansicht des BVerfG eine differenzierte Regelung zur Elternschaft nicht zu ersetzen, Rz 86 zu § 1686a BGB.

²⁷ ErläutRV 2004 BlgNR 24. GP 29; Kathrein, Kindschafts- und Namensrechtsänderungsgesetz 2013, ÖJZ 2013, 197 (200f).

²⁸ EGMR 21. 12. 2010, 20578/07, Anayo/Deutschland, EF-Z 2011, 59 (Nademleinsky). Vgl dazu Ferrari, Umgangs- und Auskunftsrecht auch bei erst künftig beabsichtigtem Familienleben, iFamZ 2012, 60.

²⁹ Vgl Nademleinsky, Anm zu EGMR 21. 12. 2010, 20578/07, EF-Z 2011, 57.

³⁰ VfGH G 494/2015 EF-Z 2017, 66 (Khakzadeh-Leiler): „*Gem § 188 Abs 2 ABGB ist ein Dritter – wie auch die Bundesregierung ausführt – bereits aufgrund der Behauptung seiner biologischen Vaterschaft bzw des daraus folgenden besonderen persönlichen Verhältnisses antragslegitimiert. Im Rahmen des Kontaktrechtsverfahrens, in dem zu prüfen ist, ob der Umgang des Kindes mit dem (behaupteten) biologischen Vater dem Kindeswohl dient, kann das Gericht inzidenter die Vaterschaft und auch die Frage der biologischen Abstammung klären lassen.*“

³¹ VfGH 13. 12. 2016, G 494/2015 Rz 59.

³² Khakzadeh-Leiler, EF-Z 2011, 59 (71).

65. Geburtstag von Robert Fucik

gelungen zum biologischen Vater bestünden, weshalb der EGMR um diese Frage lieber einen Bogen macht. Solcher judicial restraint ist nicht unerhört, sondern erinnert an den Befund von *Rebhahn*, dass für den EGMR der europäische Standard „jedenfalls von der großen Mehrheit der Vertragsstaaten gesetzt [wird], die anderen werden verpflichtet sich anzupassen. [...] So spricht das deutliche Fehlen eines Meinungskonsensus gegen das Ableiten von Vorgaben aus der EMRK und für einen weiten Beurteilungsraum der Vertragsstaaten“.³³

D. Impuls durch BVerfG

Der komplette Ausschluss des leiblichen Vaters aus der Elternschaft ist indes kein Selbstläufer mehr, wie ein Urteil des BVerfG aus April 2024 zeigt. Ihm liegt ein simpler Sachverhalt zugrunde: Die Mutter hatte ein Kind (*2020) mit ihrem Lebensgefährten, der im Juni 2020 nach der Trennung ein Vaterschaftsanerkennnis abgab, dem die Mutter postwendend nicht zustimmte (vgl § 146 ABGB). Daraufhin beantragt der nunmehrige Ex-Lebensgefährte ohne Zögern im Juli 2020 die gerichtliche Feststellung der Vaterschaft zu seinem Kind (vgl § 154 Abs 1 Z 2 ABGB), woraufhin der neue Lebensgefährte der Mutter, der evident nicht der leibliche Vater ist, im August 2020 seinerseits mit Zustimmung der Mutter ein Vaterschaftsanerkennnis abgab, wodurch er rechtlicher Vater wurde.

Anders als in Österreich besteht in Deutschland für den leiblichen Vater die Möglichkeit, die Vaterschaft des rechtlichen Vaters anzufechten (§ 1600 Abs 1 Z 2 BGB), wenn zwischen diesem und dem Kind „keine sozial-familiäre Beziehung besteht“ (§ 1600 Abs 2 BGB). Im konkreten Fall wurde mit Beschluss vom Mai 2021 die Vaterschaft des rechtlichen Vaters erfolgreich angefochten und die Abstammung vom leiblichen Vater festgestellt, was die Instanz im Juli 2021 umdrehte: „Die Vaterschaftsanfechtung scheitert an der inzwischen bestehenden sozial-familiären Beziehung des rechtlichen Vaters zu dem Kind. [...] Der Senat verkenne nicht, dass der Beschwerdeführer keine Chance gehabt habe, die rechtliche Vaterstellung einzunehmen. Dies sei jedoch Folge der gesetzlichen Regelung“.

In Österreich wäre – selbst, wenn es ein mit Deutschland vergleichbares Anfechtungsrecht gegeben hätte – an dieser Stelle Schluss gewesen, weil aus Entscheidungen der zweiten Instanz kein Parteiantrag auf Normenkontrolle an den VfGH erfolgen kann.³⁴ In Deutschland konnte der leibliche Vater die Entscheidung des OLG Naumburg noch an das BVerfG herantragen, wo er zweierlei Bedenken geltend macht: Erstens werde das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Kindes beeinträchtigt, was das BVerfG als unzulässige Prozessstandschaft qualifizierte,³⁵ allerdings nicht ohne sich ausführlich zu diesem Persönlichkeitsrecht des Kindes zu äußern.³⁶ Zweitens werde der leibliche Vater selbst grundrechtlich verkürzt, obwohl er sich um seine rechtliche Vaterschaft gekümmert habe, als es noch keinen rechtlichen Vater gegeben habe. Ein derartiger Vorrang der sozialen Vaterschaft sei zu diesem Zeitpunkt und unter diesen Umständen unverhältnismäßig.³⁷

Den Gedanken greift das BVerfG auf und fällt eine Grundsatzentscheidung. Dreh- und Angelpunkt ist Art 6 Abs 2 Satz 1 GG, mit dem das Elternrecht geschützt wird: „Pflege und Erziehung der Kinder sind das natürliche Recht der Eltern und die zuvörderst ihnen obliegende Pflicht.“ Daraus leitet das BVerfG ab, dass „Eltern“ jedenfalls der Mann und die Frau sind, „die das Kind durch Geschlechtsverkehr mit ihren Keimzellen gezeugt“³⁸ ihm also „das Leben gegeben“ haben.³⁹ „Damit ist [...] der leibliche Vater eines Kindes vom Schutzbereich des Art 6 Abs 2 Satz 1 GG erfasst, ohne dass es dafür weiterer Voraussetzungen bedarf“.

Was heißt das aber, wenn es schon einen juristischen Vater gibt? Das Innehaben von Elternverantwortung ist für das BVerfG nach dem GG nicht zwingend „von vornherein auf zwei Elternteile zu beschränken“, eine spektakuläre Abkehr von früherer Rsp,⁴⁰ aus der das BVerfG die Schlussfolgerung zieht, dass eine Anerkennung der Elternschaft von Mutter, leiblichem Vater und rechtllichem Vater „von Verfassungs wegen nicht verwehrt“ sei, „geboten ist eine solche Ausgestaltung nicht“.⁴¹

Das BVerfG kommt allerdings in weiterer Folge so oft auf das Drei-Eltern-Modell zurück, dass man den Eindruck gewinnen könnte, diese verfassungsrechtlich zwar nicht gebotene wäre aber doch die präferierte Lösung. Damit befürwortet das BVerfG keine Kommunenstrukturen, kann aber an einem „Nebeneinander von leiblichem und rechtllichem Vater, denen zusammen mit der Mutter Elternverantwortung übertragen wird“, nichts grundsätzlich Schlechtes finden. Zwar sei nicht auszuschließen, dass es zu Rollenkonflikten und Kompetenzstreitigkeiten kommen kann und gleichzeitig das staatliche Wächteramt bei verschiedenen Verantwortungen schwieriger auszuüben sei. „Beides gebietet aber nicht, bei Vorhandensein von bereits zwei rechtllichen Elternteilen als Trägern des Grundrechts aus Art 6 Abs 2 Satz 1 GG dem leiblichen Vater diese Trägerschaft von vornherein zu versagen“.⁴² Das BVerfG weist vielmehr darauf hin, dass solche Probleme dadurch gelöst werden könnten, dass nicht alle Elternteile die gleichen Rechte haben.⁴³

Wenn der Staat sich – zulässig – nicht auf ein Mehrelternmodell verständigt, bedarf es jedenfalls einer verstärkten Berücksichtigung der Interessen des leiblichen Vaters: „Hält der Gesetzgeber fachrechtlich an einer auf zwei Elternteile beschränkten Elternschaft fest, erfordert das Elterngrundrecht allerdings, dem zur Übernahme von Elternverantwortung bereiten leiblichen Vater grundsätzlich die rechtliche Elternschaft als Voraussetzung für die Ausübung von Elternverantwortung zu ermöglichen“.⁴⁴ „Frühzeitiges und umfassendes Bemühen um die rechtliche Vaterschaft erlaubt regelmäßig den Schluss, dass der leibliche Vater als einer der beiden Elternteile, die dem Kind das Leben gegeben haben, bereit ist, die Verantwortung für die Pflege und Erziehung des Kindes zu übernehmen.“⁴⁵ Wird ihm die rechtliche Vaterschaft versagt, „muss dies durch das Überwiegen gegenläufiger geschützter Interessen anderer Betroffener, insbesondere denjenigen des Kindes

³³ *Rebhahn*, Zivilrecht und Europäische Menschenrechtskonvention, AcP 2010, 489 (504).

³⁴ Vgl zu der Problematik in Zivilverfahren *Spitzer*, Nachlese zum Kreditmoratorium, ÖZW 2023, 28 (30): „Diese Antragsmöglichkeit der in der ersten Instanz obsiegenden Partei, die auch erst der VfGH schaffen musste, bleibt in einem Verfahrensverlauf wie dem vorliegenden aber natürlich graue Theorie, was zeigt, dass das Gesamtkonzept noch nicht wirklich rund ist“.

³⁵ Rz 28.

³⁶ Rz 50 ff.

³⁷ Rz 12.

³⁸ Den natürlichen Zeugungsakt betont das BVerfG auch an anderer Stelle (Rz 42), womit offenkundig Begehrlichkeiten bei unterstützter Fortpflanzung entgegengewirkt werden soll. Mit Blick darauf werfen manche Spielarten der in Österreich gesetzlich neu geregelten, nicht-medizinisch unterstützten Fortpflanzung Folgeprobleme auf.

³⁹ Rz 38.

⁴⁰ BVerfG 1 BvR 1493/96 BVerfGE 108, 82 (Rz 102 ff); 1 BvR 3247/09 BVerfGE 133, 59 (Rz 52): „Beim Nebeneinander von zwei Vätern, denen zusammen mit der Mutter jeweils die gleiche grundrechtlich zugewiesene Elternverantwortung für das Kind zukäme, nähme die Schwierigkeit zu, elterliche Verantwortung personell festzumachen; zudem wären Rollenkonflikte und Kompetenzstreitigkeiten zwischen den Eltern gleichsam angelegt, die negativen Einfluss auf die Entwicklung des Kindes nehmen könnten“.

⁴¹ Rz 42.

⁴² Rz 43.

⁴³ Rz 59.

⁴⁴ Rz 69.

⁴⁵ Rz 49.

gerechtfertigt sein⁴⁶. Dabei betont das BVerfG das allgemeine Persönlichkeitsrecht, Stausicherheit, die spezifisch elterliche Hinwendung zu den Kindern und die Kenntnis von der eigenen Abstammung.⁴⁷

E. Folgerungen

Das BVerfG stützt seine Entscheidung auf eine spezifisch deutsche Verbürgung, die auch und insb den Erfahrungen des Dritten Reichs Rechnung trägt.⁴⁸ In Österreich ergibt sich ein Schutz der Familie und der Rechte des leiblichen Vaters nur aus Art 8 MRK, der seinem Wortlaut nach „das Elternrecht“ nicht thematisiert. Weitere, eigenständige Verbürgungen wurden gelegentlich de lege ferenda diskutiert, aber nie verwirklicht.⁴⁹

Dass Art 8 MRK dem Elternrecht des Art 6 Abs 2 GG sehr nahe kommt, ist aber ohnedies nicht zu leugnen. Es ist – auch ohne dessen explizite Anerkennung – kaum vorstellbar, dass die Eltern-Kind-Beziehung als Keimzelle des Staates keinen verfassungsrechtlichen Schutz genießen sollte. Es kann also nur um die Konturen dieses Schutzes und um die Frage der geschützten Personen gehen, was die Frage aus der spezifischen Verbürgung von Art 6 GG heraushebt.

Dass vom EGMR in Anbetracht seiner Festlegung auf die soziale Familie hinsichtlich der Rechtsstellung des leiblichen Vaters nicht viel zu erwarten ist, ist dabei für die österr Beurteilung irrelevant. In Anbetracht des Fehlens eines europäischen Stan-

dards liegt es auf der Linie seiner Judikatur, einen weiten margin of appreciation zu gewähren.

Der VfGH könnte seine bisherige Positionierung aber ohne weiteres in einem an ihn herangetragenem Anlassfall (Verweigerung des Antragsrechts eines leiblichen Vaters) überdenken. Der aus grundrechtlichen Überlegungen erforderlich gewesene Ausbau der sozialen Familie, der insb auch den Bedürfnissen gleichgeschlechtlicher Familien zugutegekommen ist, muss nicht zu einem Untermaß an Schutz für den leiblichen Vater führen.

Rechtspolitisch ist es nach diesem Grundsatzurteil angezeigt, die Frage nach der Rolle des leiblichen Vaters zu stellen und damit die Frage danach zu präzisieren, wovor die soziale Familie geschützt werden soll und wie dabei die Grundrechtspositionen aller Beteiligten zum Ausgleich gebracht werden können. Vater-Vater-Mutter-Kind⁵⁰ klingt nach kühner Phantasie, ist im österr Recht aber bei den Regeln zur Patchwork-Familie in Wirklichkeit schon angelegt und schreckt auch das deutsche BVerfG nicht ab.

⁴⁶ Rz 48. Zu Interessen des rechtlichen Vaters Rz 53 und der Mutter Rz 54.

⁴⁷ Rz 50 ff, 60 ff, 65 ff.

⁴⁸ Brosius-Gersdorf in Dreier, GG⁴ (2023) Art 6 Rz 13, 17.

⁴⁹ Wiederin in Korinek/Holoubek et al, Österreichisches Bundesverfassungsrecht Art 8 EMRK (2002) Rz 3; Perenthaler, Zur verfassungsrechtlichen Verankerung von Ehe und Familie in der österreichischen Rechtsordnung, in FS Klecatsky II (1980) 743.

⁵⁰ Vgl auch den Titel der Arbeit von Plettenberg, Vater, Vater, Mutter, Kind – Ein Plädoyer für die rechtliche Mehrvaterschaft (2016).

Einige Fragen zum Abstammungsrecht idF des Abstammungsrechts-Anpassungsgesetzes 2023 (AbAG 2023)¹



Dr. ULRICH PESENDORFER ist Oberstaatsanwalt im BMJ, Leiter der Kompetenzstelle „Zentrale Behörde in Kindschafts- und Erwachsenenschutzsachen“ und stellvertretender Leiter der Abteilung I 1.

Familienrecht; Abstammungsrecht

§§ 144, 147, 154 a ABGB

ÖJZ 2024/102

A. Einleitung

Das AbAG 2023 ist mit 1. 1. 2024 in Kraft getreten. In der Praxis haben sich einige Fragen dazu gestellt, die hier behandelt werden. Außerdem werden Scheinvaterschaften erörtert.

B. Zulässigkeit und Wirksamkeit eines vaterschaftsdurchbrechenden Anerkennnisses nach Zustimmung zu einer nicht-medizinisch unterstützten Fortpflanzung

1. Zulässigkeit eines vaterschaftsdurchbrechenden² Anerkennnisses

Ganz allgemein lässt sich sagen, dass sich durch die letzte Novelle des Abstammungsrechts (Abstammungsrechts-Anpassungsge-

setz 2023 – AbAG 2023)³ im Bereich der Anerkennung der Vater- oder Elternschaft nur insoweit Änderungen ergeben haben, als einerseits klargestellt (verdeutlicht) wurde, dass eine Anerkennung **auch vor der Geburt** des Kindes möglich ist. Andererseits wurde die Anerkennung durch eine Frau oder eine Person, die nicht männlich ist, vom Erfordernis der an der Mutter davor durchgeführten **medizinisch-unterstützten Fortpflanzung** befreit.

Die neuen Bestimmungen zur nicht-medizinisch unterstützten Fortpflanzung (zum Begriff s § 154 a Abs 1⁴) legen fest, unter welchen Voraussetzungen eine außerhalb der medizinisch-unterstützten Fortpflanzung samenspendende Person bzw die zustimmende, mit der Mutter verheiratete oder verpartnerte Person

¹ Dieser Beitrag ist Robert Fucik gewidmet, früherer „Chef“, geschätzter Zimmernachbar und unfassbare Wissensquelle als Gesprächspartner (mit Unterhaltungswert) ua auch in Abstammungsangelegenheiten.

² Mitunter auch „vaterschaftszertrümmerndes“ Anerkennnis genannt; s Fucik, Vorschläge zum Abstammungs- und Obsorgerecht, in FS Fischer-Czermak (2024) 180 (194).

³ BGBl I 2023/180; zum AbAG 2023 allgemein s Bernat, Zeugung mit dem Samen eines Dritten 2.0 – Neue Regeln im österreichischen Abstammungsrecht, RdM 2024/10, 43; Pesendorfer, Das Abstammungsrechts-Anpassungsgesetz 2023 (AbAG 2023), iFamZ 2023, 304 mit Illustration von Robert Fucik.

⁴ Bestimmungen ohne nähere Bezeichnungen sind solche des ABGB.