

Einleitung

A. Problemaufriss und Zielsetzung der Arbeit

»Die Familie ist tot – lang lebe die Familie« lautet der Titel einer historischen Analyse der Entwicklung der Familie.¹ Sozial- und Geisteswissenschaften stellen einen »Wandel der Familienformen« fest, es wird von »neuer Elternschaft«, von der »Auflösung der traditionellen Familie«, der »postfamiliaren Familie«, einer »Wechselfamilie« oder einer »Pluralisierung der Lebensformen« gesprochen.² Die jüngsten Veränderungen des Realphänomens der Familie und der Elternschaft stellen auch die Rechtswissenschaft vor neue Herausforderungen und so wird in der abstammungsrechtlichen Literatur festgestellt, dass über die »Begründungsmerkmale von Elternschaft neu verhandelt wird«.³ Es wird von Konflikten zwischen den durch das Abstammungsrecht geschützten Interessen gesprochen⁴ oder es werden ein bürgerliches, ein biologisches und ein soziales Elternkonzept einander gegenübergestellt.⁵ Die entscheidende Frage, die hier debattiert wird, bringt *Lurger*⁶ auf den Punkt: »Welche Faktoren sind für die Zuweisung familienrechtlicher Statusbeziehungen überhaupt konstitutiv?«

E/1

Die Errungenschaften der Reproduktionsmedizin sind einer der Gründe für die bestehende Unsicherheit darüber, wer eigentlich die Eltern eines Kindes sind.⁷ Wenn etwa darauf hingewiesen wird, dass die Verwendung von Samen- oder Eizellen von Spendern dazu führt, dass soziale und genetische Elternschaft auseinanderfallen, so wird dem

E/2

1 *Roundinesco*, Die Familie ist tot – lang lebe die Familie (2008).

2 Zu alledem *Peuckert*, Familienformen im sozialen Wandel⁷ (2008); *Huinink/Konietzka*, Familiensoziologie (2007) 101; *Duss-von Werdt*, »Entflechtungen«. Von woher und wohin Ehe und Familie sich zurzeit entwickeln, FamPra.ch 2006, 562 ff und *Büchler*, Das Abstammungsrecht in rechtsvergleichender Sicht, FamPra.ch 2005, 437 f jeweils mwN. Vgl auch *Roudinesco*, Die Familie.

3 *Büchler*, FamPra.ch 2005, 437.

4 *Spickhoff*, Der Streit um die Abstammung – Brennpunkte der Diskussion, in Spickhoff/Schwab/Henrich/Gottwald (Hrsg), Streit um die Abstammung (2007) 17 f.

5 *Rusch*, Rechtliche Elternschaft (2009) 70 ff; vgl auch den Titel der rechtsvergleichenden Untersuchung von *Schwenzer* (Hrsg), Tensions Between Legal, Biological and Social Conceptions of Parentage (2007).

6 Fortpflanzungsmedizin und Abstammungsrecht, in Bernat (Hrsg), Die Reproduktionsmedizin am Prüfstand von Ethik und Recht (2000) 108.

7 Zu den anderen Gründen vgl Rz 4/26 ff.

zutreffend entgegengehalten, dass diese gespaltene Elternschaft kein Novum darstellt. Stiefelternschaft, Adoption, Kuckuckskinder – nie in der Menschheitsgeschichte waren genetische und faktische (soziale) Elternschaft eine untrennbare Einheit. Die Verfahren der medizinisch unterstützten Fortpflanzung (muF) haben aber dennoch zu neuen Elternschaftsformen geführt, weil sich durch sie auch der Akt der Fortpflanzung, und damit der Ursprung der Elternschaft, grundlegend verändert hat:

- E/3** Bekanntlich kann durch die Techniken der Reproduktionsmedizin die Zeugung eines Kindes durch medizinische Verfahren bewirkt werden, womit eine Fortpflanzung unabhängig von einem Geschlechtsverkehr ermöglicht wird. Damit verbunden ist auch die Mitwirkung Dritter an der Fortpflanzung, die dadurch nicht mehr ausschließlich auf die sexuellen Handlungen eines Mannes und einer Frau zurückzuführen sein muss: Der Akt der Kindeszeugung erfolgt durch einen Arzt. Hinzu treten Samenspender, Eizellenspenderinnen und Leihmütter, die ihre Keimzellen bzw ihre Gebärmutter anderen zeugungswilligen Paaren oder Einzelpersonen zur Verfügung stellen, damit diese sich ihren Kinderwunsch erfüllen können. Mit diesen Verfahrensvarianten, die im Englischen treffend als »third party reproduction« bezeichnet werden, wird das dualistische sowie das heterosexuelle Prinzip der Fortpflanzung durchbrochen, weil auch gleichgeschlechtliche Paare und alleinstehende Personen auf diesem Weg nicht kinderlos bleiben müssen.
- E/4** Von einer »Fortpflanzung zu dritt« oder der »rein weiblichen Fortpflanzung zweier Frauen« zu sprechen, ist in einer streng biologischen Denkweise – wenn man unter dem Begriff Fortpflanzung die Weitergabe des genetischen Erbgutes an eine neue Generation versteht – nicht passend. Es wird aber niemand bestreiten, dass auch jene Frau, die das Kind austrägt, Anteil an der Fortpflanzung hat, auch wenn das Kind nicht genetisch von ihr abstammt. Ebenso wenig vermag ein rein biologisches Verständnis des Fortpflanzungsbegriffes eine Kindeszeugung durch heterologe Insemination (dh einer medizinisch unterstützten Fortpflanzung unter Verwendung von gespendeten Samenzellen) zu erfassen. Der soziale Konnex dieser Fortpflanzung unterscheidet sich klar von der »üblichen« Fortpflanzung durch Geschlechtsverkehr. Der Samenspender – dh jener Mann, von dem das Kind genetisch abstammt – agiert nicht als »gleichwertiger Partner oder bedeutungsvoller Partizipant in einem prokreativen Prozess«, sondern als Helfer für

ein anonymes Wunschelternpaar, als »Materiallieferant«.⁸ Die Wunscheltern verwenden dessen Keimzellen zur Erfüllung ihres Kinderwunsches, womit die Fortpflanzung nicht nur von der Sexualität entkoppelt wird, sondern auch von einer Beziehung, ja sogar von einer bloßen Bekanntschaft der sich (in einem biologischen Sinn) fortpflanzenden Personen. In einem sozialen Sinn ist die Fortpflanzung zugleich von der genetischen Abstammung losgelöst worden, weil nicht jener Mann, von dem das Kind genetisch abstammt (der Samenspende), wohl aber jener Mann, der den fremden Samen zur Erfüllung seines Kinderwunsches gemeinsam mit der Wunschmutter verwendet, durch seine Handlungen neues Leben schafft und sich in diesem Sinne fortpflanzt. Es sind die Wunscheltern, welche der »Motor der Kindeszeugung« sind, diese veranlassen und steuern. Der Arzt als derjenige, der den unmittelbaren Akt der Zeugung vornimmt, handelt dabei in Ausübung seiner beruflichen Tätigkeit, als Dienstleister.⁹ Alle neben den Wunscheltern an der heterologen Insemination beteiligten Personen – der Arzt, die Samen-/Eizellenbank, der Samenspende, die Eizellenspende oder die Leihmutter – handeln nicht zugunsten der eigenen Fortpflanzung, sondern als freiwilliges Werkzeug für die Realisierung eines fremden Kinderwunsches. Die Kindeszeugung ist nicht mehr das Resultat einer faktisch einwandfrei zu identifizierenden Handlung, nämlich des Geschlechtsverkehrs zwischen einem Mann und einer Frau, sondern das Ergebnis einer Serie von Handlungen zahlreicher Personen unter Leitung der Wunscheltern.

Wie umfassend die Veränderungen sind, die sich insbesondere durch die heterologe Insemination in den letzten Jahrzehnten vollzogen haben, lässt sich nur andeuten, wenn man etwa auf Initiativen sogenannter »Samenspendekinder« verweist, die sich auf der Suche nach ihren genetischen Vätern und Halbgeschwistern zusammenschließen, oder einen Blick auf die Homepage einer Samenbank wirft (zB <<http://dk-de.cryosinternational.com>>). Der Samen eines Spenders kann hier, ebenso wie bei Amazon ein Buch, in den Warenkorb gelegt werden. Die Zahlung kann per Kreditkarte oder Rechnung erfolgen; die Lieferung im Nitrogentank (der nach den Verkaufs- und Lieferbedingungen binnen dreier Werktagen vom Käufer an die Samenbank zurückzustellen ist)

E/5

8 *Baumeister-Frenzel/Knecht/Langenstraß/Schöbe*, Gespräche mit Spendern, in *Knecht/Heinitz/Burghardt/Mohr* (Hrsg), *Samenbanken – Samenspende* (2010) 106.

9 Zur Qualifikation der ärztlichen Tätigkeit als Dienstleistung vgl. RZ 3/11 ff.

erfolgt an die gewünschte Adresse. Fälle, in welchen es im Zuge einer muF zu einer Verwechslung kam und der Arzt nicht die richtigen Samen- und Eizelle zum Verschmelzen brachte, oder einer Frau versehentlich der Embryo/die befruchtete Eizelle eines anderen Wunschelternpaares eingesetzt wurde, machen Schlagzeilen. Wem »gehört« ein Kind, das versehentlich von der Eizelle der Frau des Wunschelternpaares A und dem Samen des Mannes des Wunschelternpaares B abstammt? Erleiden Wunscheltern einen ersatzfähigen Schaden, wenn ihr Kind durch einen Fehler des Arztes nicht mit dem Samen jenes Spenders gezeugt wurde, den sie ausgewählt hatten?

E/6

Die Rechtswissenschaft beginnt gerade erst, sich mit den zahlreichen hier stellenden Fragen, etwa nach dem rechtlichen Status von Keimzellen oder befruchteten Eizellen/Embryonen, auseinanderzusetzen, und auch die Gesellschaft beginnt erst, auf einen Konsens hinsichtlich der moralischen und ethischen Bewertung der einzelnen Facetten der Reproduktionsmedizin hinzuarbeiten. Aus zivilrechtlicher Perspektive erscheint etwa die Untersuchung der Verkaufs- und Lieferbedingungen einer Samenbank oder der haftungsrechtlichen Folgen einer rechtswidrigen muF reizvoll. Es hat sich aber gezeigt, dass eine schadenersatzrechtliche Untersuchung der Klärung zahlreicher Vorfragen bedarf, die alleine schon den Umfang einer Dissertation ausfüllen. Neben der Frage, welchen Vertrag das Wunschelternpaar mit dem Arzt schließt, der eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung durchführen soll, hat sich insbesondere gezeigt, dass die primäre Frage, die sich nach einer rechtswidrigen muF mit dem Samen eines Spenders stellt, nicht schadenersatzrechtlicher, sondern abstammungsrechtlicher Natur ist. Denn de lege lata scheinen die Weichen dafür gestellt zu sein, dass Fehler und Missgeschicke bei einer heterologen Insemination dazu führen, dass das Kind juristisch vaterlos ist: Jener Mann, der gemeinsam mit der Mutter die muF veranlasst hat, ist nicht zur rechtlichen Vaterschaft zu einem »fehlerhaft« gezeugten Kind verpflichtet. Die offenkundige Ungleichbehandlung gegenüber der Mutter soll etwa nach *V. Steininger* dadurch behoben werden, dass auch Müttern künftig ein Anfechtungsrecht zustehen soll.¹⁰ In diesem Fall wäre überhaupt niemand für das rechtswidrig gezeugte Kind verantwortlich. All dies führt zu der ganz allgemeinen Frage nach den Faktoren, die über

¹⁰ Dazu Rz 7/10 ff.

den rechtlichen Elternstatus bestimmen, nach den Voraussetzungen rechtlicher elterlicher Verantwortung. Warum soll etwa eine vergewaltigte Frau die rechtliche Mutterschaft beibehalten müssen, wenn ihre Schwangerschaft das Ergebnis einer rechtswidrigen Tat eines anderen ist? Soll ein Mann, der seinen Samen zB zu Untersuchungszwecken an einen Arzt übergibt, wirklich zu Unterhaltszahlungen an ein Kind verpflichtet sein, das durch ein Versehen des Arztes mit seinem Samen gezeugt wurde? Entgegen der ursprünglichen Absicht der Verfasserin hat sich die Untersuchung der Rechtsfolgen einer rechtswidrigen muF zu einer Untersuchung des Abstammungsrechts entwickelt. Die erste Frage muss lauten, wer für das rechtswidrig gezeugte Kind verantwortlich ist und die Regelungen de lege lata erscheinen hier unbefriedigend, soweit es um die rechtliche Vaterschaft zu einem Kind geht, das durch eine heterologe Insemination gezeugt wurde. Es wird in dieser Arbeit von dem Gedanken ausgegangen, dass den neuen Möglichkeiten, die uns die Reproduktionsmedizin bietet, eine elterliche Verantwortung all jener korrespondieren sollte, die eine Kindeszeugung veranlassen. Diese Prämisse gilt unabhängig davon, ob eine Fortpflanzung unter Verwendung von Samen- und/oder Eizellen von Spender(inne)n erfolgt oder ob eine Leihmutter engagiert wird. Vorliegend wird jedoch primär die heterologe Insemination, dh die Verwendung des Samens eines Spenders erörtert, weil nur diese in Österreich eine gesetzliche Regelung erfahren hat. Die erfolgte Normierung der heterologen Insemination legt damit den Grundstein für jede weitere, künftig uU zulässige Form einer Fortpflanzung zu dritt.

Wenn von der gesetzlichen Regelung der heterologen Insemination gesprochen wird, so wird damit zugleich eine der wohl relevantesten Konsequenzen, die alle Verfahren medizinisch unterstützter Fortpflanzung mit sich gebracht haben, angesprochen: Die Fortpflanzung ist damit aus der Privatsphäre getreten und Gegenstand rechtlicher Regelung geworden. Während die »natürliche« Fortpflanzung frei von jeder unmittelbaren¹¹ Regelung ist, müssen sich all jene, die zur Verwirklichung ihres Kinderwunsches auf ärztliche Unterstützung angewiesen

E/7

11 Der Straftatbestand des § 211 StGB (Blutschande), aber auch jener der Vergewaltigung (§ 201 StGB) verbieten nicht die Fortpflanzung, sondern – unter gewissen Voraussetzungen – den Geschlechtsverkehr. Ein Geschlechtsverkehr gegen den Willen eines Beteiligten oder zwischen nahen Verwandten ist immer verboten, unabhängig davon, ob es dabei zu einer Kindeszeugung kommt oder nicht.

sind, innerhalb des vorgegebenen rechtlichen Rahmens bewegen und muss umgekehrt der Gesetzgeber entscheiden, welchen Personen unter welchen Voraussetzungen Zugang zu praktisch existierenden Verfahren der Fortpflanzungsmedizin gewährt wird. Neben diesen öffentlich-rechtlichen Fragestellungen ist aber auch das Zivilrecht gefordert. Die Kindeszeugung durch eine heterologe Insemination ist nicht das Resultat eines bloßen Realaktes sondern – bei rechtmäßiger Durchführung – mit Rechtsakten zwischen den zahlreichen an der muF beteiligten Personen verbunden. Im Hinblick auf diese einer heterologen Insemination vorausgehenden Rechtsgeschäfte, die in dieser Arbeit untersucht werden, kann auch von der »Fortpflanzung als Rechtsgeschäft« gesprochen werden.

E/8 Die zentrale Forschungsfrage dieser Dissertation gilt aber dem »Rechtsgeschäft der Elternschaft«, dh der Zustimmung zur heterologen Insemination, auf welche die §§ 148 Abs 3, 152, 154 Abs 1 Z 2 und Z 3 lit a abstellen. Kurz skizziert umfasst dies den folgende Punkt: Der Samenspender, von dem das durch eine heterologe Insemination gezeugte Kind genetisch abstammt, ist gemäß § 148 Abs 4 von der gerichtlichen Feststellung als Vater des Kindes ausgeschlossen. Wie bereits erwähnt, soll der Wunschvater, der gemeinsam mit der Wunschmutter die heterologe Insemination veranlasst, an seine Stelle treten: Jener Mann, der seine Zustimmung zur heterologen Insemination erklärt hat, kann gerichtlich als Vater festgestellt werden und sich nicht unter Berufung auf die Nichtabstammung aus einer bestehenden rechtlichen Vaterschaft lösen. Die Wirksamkeitsvoraussetzungen dieser im Zentrum der Arbeit stehenden Zustimmung sind de lege lata durchwegs strittig: Erlangt diese etwa auch dann Wirksamkeit, wenn ein Willensmangel vorliegt, oder kann in diesem Fall eine Anfechtung nach §§ 871 ff erfolgen? Kann die Zustimmung auch für eine rechtswidrige muF (wirksam) erklärt werden? Ist dem OGH zu folgen, wenn er feststellt, eine Zustimmung, die nicht in der vorgeschriebenen Form erklärt wurde, sei nichtig? Oder sollte dem Mann, der seine rechtliche Vaterschaft zu dem Kind beseitigen will, der Einwand des Rechtsmissbrauches entgegengehalten werden können, wie es von Teilen der Lehre gefordert wird? Gilt diese Zustimmung auch dann, wenn es zu einer Samenverwechslung kommt, also der Arzt andere Keimzellen für die muF verwendet, als vereinbart wurde? Um die Wirksamkeitsvoraussetzungen dieser Zustimmung klären zu können, muss diese sowohl aus rechtsgeschäftrechtlicher als auch aus abstammungsrechtlicher Perspektive untersucht werden.