



Wien, am 15. September 2018

**Gutachten zur Dissertation von Mag. Teresa Maier
„Rechtliche und leibliche Elternschaft aus zivil- und grundrechtlicher Perspektive“**

I. Thema der Dissertation

Dissertationen lassen sich grob gesprochen in zwei Sorten einteilen: solche, die eine große These aufstellen und verteidigen, und solche, die ein unübersichtliches Feld Zentimeter für Zentimeter vermessen und ordnen. Die vorliegende Arbeit gehört zur zweiten Sorte; das von ihr bestellte Feld ist das Auseinanderfallen von rechtlicher und leiblicher Elternschaft – ein Thema von hoher praktischer Relevanz, das durch die Möglichkeiten der Fortpflanzungsmedizin laufend an Bedeutung gewinnt und die Höchstgerichte ebenso wie die Gesetzgebung intensiv beschäftigt, ein Feld aber auch, das schon durch die Vielfalt an Beteiligten – von Kindern über leibliche, soziale und rechtliche Elternteile bis hin zu den Großeltern – verwickelt und konflikthanfänglich ist. Wie diese Konflikte zu lösen sind, ist zudem ethisch und religiös hochaufgeladen, weil hier unterschiedlichste Weltanschauungen unversöhnlich aufeinander prallen. Umso verdienstvoller ist, dass sich Teresa Maier dieses Themas in ihrer (ohne Verzeichnisse) 243 Seiten umfassenden Dissertation angenommen hat. Sie will wissen, wie die zivilrechtlichen Regelungen, die der österreichische Gesetzgeber für diese Probleme aufgestellt hat, grundrechtlich zu beurteilen sind. Dabei ist ihr durchaus bewusst, dass die Grundrechte nur einen Rahmen für die Gesetzgebung bilden und gerade ethisch besonders kontroverse Fragen oft nicht inhaltlich lösen, sondern die Antwort dem demokratisch legitimierten Gesetzgeber überlassen.

II. Gang der Untersuchung, Ergebnisse und Arbeitsweise

1. Aufbau

1.1. Die Arbeit ist in drei große Kapitel gegliedert: Das *erste Kapitel* widmet sich den *Grundlagen* und bereitet Gegenstand und Maßstab der Prüfung auf. Die Autorin skizziert hier zuerst das Abstammungsrecht des ABGB einschließlich seiner Modifikationen im Fall medizi-

nisch unterstützter Fortpflanzung (1-16), sodann erläutert sie die Grundrechte, an denen diese zivilrechtlichen Vorschriften zu messen sind (16-51). Dabei beginnt die Autorin mit dem Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens (Art 8 EMRK), das in der Tat für die meisten Probleme einschlägig ist; gefolgt vom Recht auf Datenschutz (§ 1 DSGVO), das den durch Art 8 EMRK gewährten Schutz punktuell vertieft. Daran schließen sich Ausführungen zu Art 6 EMRK, zum Gleichheitssatz und zum Diskriminierungsverbot des Art 14 EMRK.

1.2. Im *zweiten Kapitel* wendet sich die Autorin der *natürlichen Fortpflanzung* zu und ordnet die anstehenden Probleme zunächst nach der Quelle der Probleme, die ja von beiden Elternteilen herrühren können; sie unterscheidet folglich Konflikte zwischen leiblicher und rechtlicher Vaterschaft (S 52-114) von Konflikten auf der Mutterseite (S 114-167). Bei ersteren beginnt sie mit den Rechten des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters (S 52-72) – schließlich setzen mit seinem Auftreten abstammungsrechtliche Konflikte meist ein. Sodann erörtert die Autorin, inwieweit die Mutter beim Anerkenntnis der Vaterschaft mitwirken darf, aber auch mitwirken können muss (S 72-85). Im Anschluss nimmt sie die Perspektive des rechtlichen Vaters ein: Unter welchen Voraussetzungen muss der Ehemann feststellen lassen können, dass ein Kind nicht von ihm stammt? (S 85-91). Schließlich wird erörtert, inwieweit sich ein Kind gegen ein falsches Anerkenntnis zur Wehr setzen können muss (S 91-96). Dann wechselt die Gliederungsperspektive von Personen zu Querschnittsfragen, zunächst zur Disposition über die Abstammung: Sie ist grundsätzlich nicht möglich, kann in bestimmten Konstellationen aber doch vorkommen und dann Rechte des Kindes, der Großeltern oder des biologischen Vaters verletzen (S 96-106). Am Ende prüft die Autorin, inwieweit die Vaterschaftsfrage jenseits der erläuterten Abstammungsprozesse auch inzident, also als Vorfrage in einem anderen Prozess festgestellt werden können muss (S 106-114). Weniger vielfältig, dafür oft dramatischer sind die Konflikte, die auf Mutterseite entstehen (114-167), zum einen wenn die Mutter den Vater verschweigt (S 114-129), zum anderen wenn sie ihr Kind anonym im Krankenhaus zur Welt bringt oder es überhaupt im Babynest ablegt (S 129-167). Für jedes dieser Felder prüft die Autorin eingehend, ob die geltenden Regelungen grundrechtskonform sind.

1.3. Während das Auseinanderfallen von leiblicher und rechtlicher Elternschaft bei der natürlichen Fortpflanzung meist nicht geplant und oft geheim ist, wird sie bei der *medizinisch unterstützten Fortpflanzung* bewusst in Kauf genommen. So ergeben sich hier auch andere Probleme, die die Autorin im *dritten Kapitel* behandelt und abermals primär personenbezogen ordnet. Sie beginnt mit der Rechtsposition des Partners der leiblichen Mutter (S 174-198): Er muss der medizinisch unterstützten Fortpflanzung zustimmen (174-187), seine Anerkennung als Elternteil ist bei verschiedengeschlechtlichen Eltern einfacher als bei gleichgeschlechtlichen (187-196), und in jeder Konstellation kann das Kind das Abstammungsverhältnis zum Wunschelternteil der Mutter lösen wollen (S 196-198). Auch im Verhältnis zwischen dem Kind und der Frau, die das Kind nach einer Eizellespende ausgetragen hat, können Konflikte auftreten. Denn diese Frau, die praktisch immer die Wunschmutter ist, gilt *ex lege* als rechtliche Mutter; sie ist insoweit vergleichbar mit dem Ehemann. Anders als seine Vaterschaft ist die *ex lege* Mutterschaft allerdings nicht korrigierbar. Die Wunschmutter kann also nicht mehr geltend machen, dass sie nicht die genetische Mutter des Kindes ist; ebenso wenig kann umgekehrt die genetische Mutter die rechtliche Mutterschaft

durchbrechen, und schließlich kann auch das Kind kein rechtliches Abstammungsverhältnis zu seiner genetischen Mutter herstellen (S 199-208). Neben der Mutter, ihrem Partner und den Kindern sind in die medizinisch unterstützte Fortpflanzung schließlich auch die Keimzellspender involviert, die ex lege nicht als Vater bzw Mutter gelten. Das wirft die Frage auf, wie deren Daten und Privatleben zu schützen sind (S 219-224); ob das Kind erfahren können muss, von wem es genetisch abstammt (S 212-217); ob die Eltern ihr Kind über die Umstände seiner Zeugung aufklären müssen (S 224-226) und ob es diskriminierend ist, dass ein Kind unter gewissen Umständen keinen rechtlichen Vater hat (S 217-219). Einen letzten Problemkreis bildet die Frage, ob die medizinisch unterstützte Fortpflanzung für alleinstehende Frauen geöffnet werden muss (S 227-235). Jedes der genannten Themen wirft eine Vielzahl grundrechtlicher Probleme auf, die die Autorin im Einzelnen erörtert.

1.4. Am Ende fasst sie die wesentlichen Ergebnisse ihrer Untersuchung der natürlichen und der medizinisch unterstützten Fortpflanzung instruktiv zusammen (S 236-243).

1.5. Insgesamt ist die Arbeit klar und eingängig aufgebaut, das gilt für die Grobgliederung zwischen Grundlagen, natürlicher und medizinisch unterstützter Fortpflanzung ebenso wie für die Binnengliederung dieser Kapitel:

An der Anordnung der Grundrechte im Grundlagenkapitel überzeugt insb, dass die Autorin die Freiheitsrechte vor den Gleichheitsrechten bespricht, weil sich echte Gleichheitsfragen idR erst stellen, wenn die Gesetzgebung in dem Spielraum differenziert, den ihr die Freiheitsrechte belassen. Als Rechtsquelle des Diskriminierungsverbotes wäre allerdings neben Art 14 EMRK auch Art 7 B-VG zu nennen, der gerade als Diskriminierungsverbot in der jüngeren Judikatur des VfGH eigenständige Bedeutung erlangt; so stützt sich etwa das Erkenntnis zur „Ehe für alle“ allein auf Art 7 B-VG (VfGH 4.12.2017, G 258-259/2017). Weniger überzeugt hat mich, dass die Autorin Art 6 EMRK zwischen Freiheits- und Gleichheitsrechte positioniert, denn diese Bestimmung setzt einen im nationalem Recht gewährten materiell-rechtlichen Anspruch voraus und verlangt, dass dieser in einem fairen Verfahren durchgesetzt werden kann. Fehlt ein solcher Anspruch, ist Art 6 EMRK nicht anwendbar, doch kann gerade das Fehlen eines Anspruches ein Freiheits- oder ein Gleichheitsrecht verletzen. Insofern läge es mE näher, Art 6 EMRK als letztes Grundrecht anzuführen.

Dass die Autorin die Probleme im zweiten und dritten Kapitel grundsätzlich entlang der betroffenen Personen ordnet, ist sehr schlüssig, und auch innerhalb der Personengruppen fächert sie die Probleme ausgezeichnet auf. Dabei schildert sie in der Regel zunächst instruktiv die Problematik (das geschieht, wenngleich nicht in der Gliederung ausgewiesen, auch im Abschnitt E. Disposition über die Abstammung, S 96 ff). Sodann wird die einfachgesetzliche Rechtslage grundrechtlich geprüft; dominierende Grundrechte sind dabei Art 8 EMRK, das Diskriminierungsverbot und der allgemeine Gleichheitssatz; immer wieder kommt Art 6 EMRK zum Tragen und vereinzelt das Datenschutzrecht. Auch diese Grundrechtsprüfungen baut die Autorin analytisch durchwegs richtig auf.

2. Ergebnisse

Die Autorin erzielt in ihrer Arbeit eine Fülle von Ergebnissen; sie beruhen allesamt auf einer gewissenhaften Erhebung des Judikatur- und Meinungsstandes, sind eingehend begründet

und sehr gut nachvollziehbar. Sie sind zu zahlreich, um hier im Einzelnen aufgelistet zu werden, doch sollen exemplarisch ein paar wenige Punkte herausgegriffen werden, die mE noch verbessert werden könnten.

2.1. Positiv hervorzuheben ist zunächst, dass es der Autorin erstaunlich gut gelungen ist, Freiheits- und Gleichheitsprobleme voneinander zu trennen; sie unterliegt praktisch nie der Versuchung, Freiheitsprobleme als Gleichheitsfragen zu reformulieren und damit ohne Erkenntnisgewinn zu verdoppeln. Das ist auch deshalb zu betonen, weil diese Trennschärfe in öffentlich-rechtlichen Arbeiten nicht immer gegeben ist. Nur an einer Stelle vermischt mE auch die Autorin Freiheit und Gleichheit, nämlich bei der Frage, ob es grundrechtskonform ist, alleinstehende Frauen von der medizinisch unterstützten Fortpflanzung auszuschließen (S 227 ff). Die Autorin beginnt die Grundrechtsprüfung mit Art 8 EMRK, stellt als legitimes Ziel für diese Regelung das Kindeswohl und die Vermeidung von Leihmutterchaften fest und will dann prüfen, ob die Maßnahme zur Zielerreichung in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist. Dazu fragt sie allerdings nicht, ob die Regel geeignet, erforderlich und i.e.S. verhältnismäßig ist. Stattdessen weist sie auf andere Situationen hin, in denen der Gesetzgeber durchaus zulässt, dass ein Kind nur einen Elternteil hat. Abgesehen davon, dass bei diesen Situationen wohl das Schweigerecht der Frau zu ergänzen wäre, spricht die Autorin hier eigentlich ein gleichheitsrechtliches Problem an, das in den nächsten Abschnitt gehören würde. Dort prüft die Autorin, ob die inkriminierte Regelung gleichheitswidrig ist. Sie vergleicht dabei aber alleinstehende Frauen mit Frauen in einer Partnerschaft; in diesem Verhältnis liegen die Unterschiede, die die Ungleichbehandlung rechtfertigen, freilich auf der Hand: Das Kind eines Paares hat eben zwei Bezugspersonen, was allgemein als Vorteil angesehen wird. Die eigentliche entscheidende – und fälschlich beim Freiheitsrecht thematisierte – Frage bleibt hingegen offen: Wie ist es zu rechtfertigen, dass der Gesetzgeber einerseits Einzeladoptionen zulässt und Frauen erlaubt, den Vater ihres Kindes zu verschweigen, ihnen aber andererseits verbietet, für eine Fortpflanzung medizinische Unterstützung in Anspruch zu nehmen?

2.2. Nicht restlos geklärt scheint mir in der Arbeit ferner, wie sich Freiheits- und Gleichheitsrechte zu Verfahrensrechten, insb zu Art 6 EMRK verhalten, und wie dessen Anwendungsbereich zu bestimmen ist. Die Autorin stellt richtig fest, dass nicht immer einsichtig ist, nach welchen Kriterien der EGMR entscheidet, ob Art 6 EMRK anwendbar ist, ob also ein im nationalen Recht wurzelnder Anspruch besteht oder nicht (S 87). Doch auch die Autorin löst das nicht immer einheitlich; Gleiches gilt für die Frage, ob die Beschränkung eines Rechts nur Art 6 EMRK oder auch ein Freiheits- bzw Gleichheitsrecht verletzt: Dass der biologische Vater keinen Vätertausch einleiten kann, ist nach Art 8 EMRK zu beurteilen, fällt aber nicht in den Anwendungsbereich des Art 6 EMRK (S 64). Wird den Großeltern verwehrt, die Nichtabstammung geltend zu machen, sind hingegen sowohl Art 8 EMRK als auch Art 6 EMRK verletzt (S 103 ff). Dass die nicht einsichtsfähige Mutter keinen Widerspruch gegen ein Anerkenntnis erheben kann, verletzt Art 6 EMRK und ist zudem diskriminierend (warum eigentlich nicht auch eine Verletzung des Art 8 EMRK?) (S 79 ff). Manchmal lässt die Autorin auch dahinstehen, ob Art 6 EMRK anwendbar ist, etwa wenn der Ehemann die Nichtabstammung maximal 30 Jahre nach der Geburt des Kindes geltend machen kann (S 87). Dass wiederum das Kind gegen ein Anerkenntnis nur binnen zwei Jah-

ren ab Kenntnis von dessen Rechtswirksamkeit Widerspruch erheben kann, prüft die Autorin nur nach Art 8 EMRK (S 92 ff) und nach Art 14 iVm Art 8 EMRK (S 95). Diese divergierenden Beurteilungen hätten sich vermutlich eher vermeiden lassen, wenn die Autorin die zugrundeliegenden Querschnittsfragen gleichsam vor die Klammer gezogen, also schon im Grundlagenteil geklärt hätte, wie der Anwendungsbereich des Art 6 EMRK zu bestimmen ist und wie sich Art 6 EMRK zu Freiheits- und Gleichheitsrechten verhält.

2.3. Nützlich wäre es mE auch gewesen, im Grundlagenteil allgemein zu reflektieren, nach welchen Parametern der EGMR bestimmt, ob die Vertragsstaaten einen weiten oder einen engen Spielraum haben, denn auch diese Frage zieht sich naturgemäß quer durch die Arbeit. Sind die Parameter zu Beginn der Arbeit einmal gesammelt festgestellt, können sie auch konsequent als Handwerkzeug eingesetzt werden. Geschieht das nicht, besteht die Gefahr, dass hier der eine und dort der andere Parameter in Anschlag gebracht wird; so fällt etwa auf, dass die Autorin nur vereinzelt thematisiert, ob in den Vertragsstaaten zu einer bestimmten Frage bereits ein Konsens besteht.

2.4. Völlig zu Recht stellt die Autorin eingangs fest, dass die Grundrechte der Gesetzgebung nur einen Rahmen liefern und überfordert würden, erwartete man von ihnen eine Antwort auf jedes rechtspolitische Problem. Gemessen an dieser Prämisse scheint mir die Autorin an den Gesetzgeber manchmal zu strenge Maßstäbe anzulegen. Sie findet es etwa gleichheitswidrig, dass der Ehemann „nur“ 30 Jahre nach der Geburt eines Kindes die Nichtabstammung feststellen lassen kann, während das Kind eine solche Feststellung unbefristet verlangen kann. Dass beide in einer vergleichbaren Situation sind, stimmt gewiss, doch dass die Feststellung der Nichtabstammung beide gleich stark trifft, scheint mir hinterfragenswert. Immerhin ist mit dieser Feststellung doch plötzlich offen, wer – wenn nicht der Ehemann – der „wahre“ Vater ist: Ist diese Frage für das Kind nicht viel fundamentaler und daher auch aufwühlender als für den Ehemann? Für eine strenge Prüfung dieser Differenzierung besteht mE auch deshalb kein Anlass, weil zwischen Ehemann und Kind keine diskriminierungsanfällige Relation besteht. Aus denselben Gründen scheint mir die Autorin auch mit jener Regelung zu streng, die für die Zustimmung zur medizinisch unterstützten Fortpflanzung nur bei Lebensgefährten einen Notariatsakt verlangt, bei Eheleuten hingegen nicht.

3. Arbeitsweise

Handwerklich ist die Dissertation sehr gut gearbeitet. Sie geht jedem Problem geduldig auf den Grund und informiert bei ihrer Analyse vorbildlich über Judikatur und Literatur. Dabei setzt sie sich mit den vorgebrachten Argumenten gewissenhaft auseinander, bezieht zu ihnen klar Stellung und scheut sich keineswegs, eigene Standpunkte zu entwickeln, die durchwegs überzeugend begründet und im Ton stets respektvoll vorgetragen sind. Nur vereinzelt ist die Zitierweise missverständlich, weil die Autorin manchmal allgemeine Aussagen einer Person (zB zum Begriff des „sonstigen Status“ iSd Art 14 EMRK) als Beleg für die Anwendung dieser Aussage auf einen ganz konkreten Fall nennt (zB ein Ehemann oder Kind zu sein, sei ein „sonstiger Status“ iSd Art 14 EMRK, S 89 FN 837; ähnlich S 185 FN 1659). Das erweckt den Eindruck, dass die zitierte Person auch die Subsumtion der Autorin teilt, was aber nicht notwendig der Fall ist.

III. Zusammenfassende Beurteilung

Diese Ergänzungen und Nachfragen sollen freilich nicht den Blick darauf verstellen, dass Teresa Maier eine sehr ambitionierte Arbeit vorgelegt hat; eher beweisen sie, dass diese Dissertation – wie jede anspruchsvolle Arbeit – zum Weiterdenken anregt. Teresa Maier hat ein schwieriges Thema gewählt und ihre Untersuchung sehr klar aufgebaut, was bei der Gemengelage an Problemen eine beachtliche Leistung ist. Sie stellt den Meinungsstand vorbildlich dar, leuchtet alle anstehenden Probleme mit großer Ernsthaftigkeit aus und kommt dabei auch zu eigenständigen und gut nachvollziehbaren Ergebnissen. Die Arbeit bringt die Wissenschaft in diesem Rechtsgebiet also sicher weiter; und sie ist, nebenbei gesagt, auch ausgezeichnet geschrieben. Aus all diesen Gründen ist auch die Publikation dieser Schrift zu empfehlen. Ich beurteile sie mit

sehr gut

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Magdalena Pöschl', written in a cursive style.

Magdalena Pöschl.