



universität
wien

DISSERTATION / DOCTORAL THESIS

Titel der Dissertation /Title of the Doctoral Thesis

Familiäre Informationspflichten

verfasst von / submitted by

Mag. Daniel Gerd Pölsler

angestrebter akademischer Grad / in partial fulfilment of the requirements for the degree of

Doktor der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

Wien, 2018 / Vienna 2018

Studienkennzahl lt. Studienblatt /
degree programme code as it appears on the student
record sheet:

A 783 101

Dissertationsgebiet lt. Studienblatt /
field of study as it appears on the student record sheet:

Rechtswissenschaften

Betreut von / Supervisor:

Univ.-Prof. Dr. Constanze Fischer-Czermak

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis	vi
Einleitung	1
1. Teil: Familie und Information	4
1. Kapitel: Die Familie	4
<i>I. Die Familie in der Gesellschaft</i>	4
<i>II. „Familie“ im Rechtssinn</i>	9
A. Die Familie als soziale Gruppe	9
B. Der rechtliche Familienbegriff	12
C. Familie durch Abstammung	15
2. Kapitel: Familie und Information	18
<i>I. Familiäre Informationen</i>	18
<i>II. Informationsarten</i>	22
A. Information über das Erbgut	22
B. Auskunft zur biologischen Abstammung	26
C. Information über das Vermögen verstorbener Familienmitglieder	27
D. Information über Vermögen und Einkünfte iZm Unterhaltspflichten	29
2. Teil: Informationspflichten nach familiären Gruppen	31
1. Kapitel: Die Kernfamilie	31
<i>I. Eltern-Kind Verhältnisse (die Kernfamilie i.e.S.)</i>	32
A. Rein biologische Eltern und Kinder	32
1. Der Persönlichkeitsschutz als Grundlage einer Informationspflicht	36
2. Information über das Erbgut	38
B. Im 1. Grad miteinander verwandte Eltern und Kinder im Rechtssinn	45
1. Allgemeine Beistandspflichten als Grundlage familiärer Informationspflichten	46
2. Ausgewählte Informationen	50
a. Information über das Erbgut	50
b. Auskunft über die Identität des Vaters	52

aa. Stellenwert des § 149 Abs 1 ABGB	53
bb. Auskunft als Persönlichkeitsrecht	56
cc. Auskunft als Beistandspflicht	57
c. Information über Vermögen und Einkünfte iZm gesetzlichem Unterhalt	59
d. Information über das Vermögen verstorbener Familienmitglieder	60
C. Leibliche Eltern und Kinder nach Adoption	63
D. Wahl Eltern und -kinder	66
E. Pflegeeltern und -kinder	69
1. Auskunftspflichten aus analoger Anwendung allgemeiner Beistandspflichten	72
2. Auskunftspflichten aus der Obsorge selbst	73
<i>II. Geschwister</i>	74
A. Allgemeine Beistandspflichten zwischen Geschwistern?	76
B. Ausgewählte Informationen	79
1. Information über das Erbgut	79
2. Information über das Vermögen verstorbener Familienmitglieder	81
3. Auskunft über die Identität der biologischen Eltern	82
<i>III. Gemeinsame Elternschaft</i>	83
A. Bestehende Elternschaft	83
1. Information in Hinblick auf das Erbgut des Kindes	85
2. Information über den Unterhaltsbedarf des Kindes	87
3. Information zur biologischen Abstammung des Kindes	89
B. Geplante Elternschaft	90
1. Rechtlicher Schutz des Interesses an der Zeugung (gesunder) Nachkommen?	91
2. In der Ehe	93
3. In der eingetragenen Partnerschaft	95
4. Im Verlöbnis	96
a. Gegründeter Rücktritt bei Verschweigen des Erbgut betreffender Umstände	97
b. Aufklärungspflicht iZm § 37 Abs 1 EheG	98
c. Informationspflichten aus analoger Anwendung ehelicher Pflichten?	100
5. In der nichtehelichen Lebensgemeinschaft	101

a. Eine faktische soziale Gruppe von rechtlicher Relevanz	101
b. Die nichteheliche Lebensgemeinschaft als Familie im Rechtssinn	104
c. Inhaltliche Regelung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft?	105
aa. Informationspflichten aus analoger Anwendung ehelicher Pflichten?	106
bb. Im Vertrauensschutz begründete Informationspflichten	112
cc. Informationspflichten aus einem „Partnerschaftsvertrag“?	116
6. In einer auf den Kinderwunsch beschränkten faktischen Gemeinschaft	117
2. Kapitel – Die erweiterte Familie	119
<i>I. Verwandte in gerader Linie außer Eltern und Kinder</i>	119
A. Großeltern und Enkel	120
B. Weiter entfernte Verwandte	122
<i>II. Seitenverwandte außer Geschwister</i>	123
<i>III. Schwägerschaft</i>	125
Stiefeltern und -kinder	126
3. Kapitel: Aufklärungspflichten zwischen Partnern	128
<i>I. Ehegatten</i>	129
<i>II. Eingetragene Partner</i>	129
<i>III. Nichteheliche Lebensgemeinschaft</i>	130
<i>IV. Verlobte</i>	131
3. Teil: Durchsetzung und Rechtsfolgen bei Verletzung	132
1. Kapitel: Durchsetzung familiärer Informationspflichten	132
<i>I. Gerichtliche Geltendmachung</i>	133
A. Auskunft über das Erbgut	133
1. Zur Durchsetzbarkeit „rein persönlicher“ familiärer Rechte	135
a. Darstellung der hA	135
b. Kritik an der dogmatischen Grundlage der hA	141
c. Alternative Ansätze zur Beschränkung rechtlicher Eingriffe in die Familie	143
aa. Beschränkung tauglicher Anspruchsgrundlagen	143
bb. Vermeidung übermäßiger Eingriffe in die Familienautonomie	144

cc. Keine Erzwingung familiärer Solidarität	145
2. Zur Durchsetzbarkeit familiärer Informationspflichten über das Erbgut	148
B. Auskunft über die eigene Herkunft	150
C. Auskunft über Vermögen und Einkünfte iZm Unterhaltspflichten	151
1. Auskunft über anspruchsbegründende Tatsachen und Beweislastverteilung	152
2. Zur Zulässigkeit erweiterter Informationspflichten im Unterhaltsrecht	153
D. Auskunft über das Vermögen verstorbener Familienmitglieder	154
1. Zur Zulässigkeit erweiterter Informationspflichten im Familienrecht	154
2. Zur Auskunft über das Vermögen verstorbener Familienmitglieder	156
II. Vollstreckung	156
2. Kapitel: Rechtsfolgen bei Verletzung	157
I. Allgemeine Rechtsfolgen	157
II. Schadenersatz	158
A. Unterhalts- und pflichtteilsrelevante Auskünfte	159
B. Auskunft über die eigene Herkunft	162
C. Auskunft über das Erbgut	163
1. Bei Risiken für den Informationsberechtigten	163
2. Bei Risiken iZm der Zeugung von Nachkommen	164
3. Bei Risiken iZm der Entscheidung, gemeinsame Nachkommen zu zeugen	166
D. Immaterieller Schadenersatz	167
4. Teil: Zusammenfassung der Ergebnisse	172
Abstract	175

Literaturverzeichnis

A

Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer, Handbuch Medizinrecht (2014)

Almeida, The respect for (private and) family life in the case-law of the European Court of Human Rights: the protection of new forms of family, communication presented, on the 24th of August of 2009, at the 5th World Congress on Family Law & Children's Rights, Halifax, Canada

Angst/ Oberhammer, Kommentar zur EO, 3. Auflage (2015)

B

Barnreiter, Entscheidungsbesprechung zu 10 Ob 53/ 10m, RZ 2014, 255

Beck, AdRÄG 2013: Zulässige und unzulässige Adoptionen in gleichgeschlechtlichen Partnerschaften – Gesetzgeberischer Minimalismus mit Hang zur Verfassungswidrigkeit? ÖJZ 2013, 73

Beck'scher Online Kommentar zum BGB, 36. Auflage (2015)

Bender/ Douthitt Seibel et al, Sickle cell disease (2014) in *Pagon et al* (editors), GeneReviews, University of Washington, Seattle (<http://www.ncbi.nlm.nih.gov/books/NBK1377>)

Bengtson/ Roberts, Intergenerational Solidarity in Aging Families: An Example of Formal Theory Construction, Journal of Marriage and Family 1991, volume 53/ 4, 856

Bernat, Entwicklungslinien des Medizinrechts, RdM 2014, 36

derselbe, Das durch Samenspende gezeugte Kind und die ärztliche Verschwiegenheitspflicht, RdM 2014, 209

derselbe, "Wrongful Birth" - Schutzzweck eines auf die Prüfung pränataler Schäden gerichteten Vertrags, RdM 2015, 25

Bienert-Nießl, Materiellrechtliche Auskunftspflichten im Zivilprozess (2003)

Binder, Wohnungsschutz des Ehegatten und des Kindes in *Harrer/ Zitta*, Familie und Recht (1992), 51

Bird, Myotonic Dystrophy Type 1 (2015) in *Pagon* et al (editors). GeneReviews, University of Washington, Seattle (<http://www.ncbi.nlm.nih.gov/books/NBK1165>)

Bogdandy/ Bast, Europäisches Verfassungsrecht (2009)

Bonham et al, Screening Student Athletes for Sickle Cell Trait — A Social and Clinical Experiment, N Engl J Med vol 363 (2010), 997

Bosch, Rückblick und Ausblick, FamRZ 1980, 739

Brötel, Schutz des Familienlebens, Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht 1999, 580

Brückner, Die Vollstreckbarkeit des Auskunftsanspruchs des Kindes gegen seine Mutter auf Nennung des Leiblichen Vaters (2003)

Bucher, Vertrauenshaftung: Was? Woher? Wohin? in *Forstmoser* (hrsg), Richterliche Rechtsfortbildung in Theorie und Praxis (FS Walter 2005), 231

Buys et al, Effect of screening on ovarian cancer mortality: the Prostate, Lung, Colorectal and Ovarian (PLCO) Cancer Screening Randomized Controlled Trial, JAMA 2011/ 305 (22), 2295

Bydlinski, System und Prinzipien des Privatrechts (1996)

C

Canaris, Das Verlöbnis als „gesetzliches“ Rechtsverhältnis, AcP 1965, 1

Clausius, Das neue Umgangs- und Auskunftsrecht leiblicher, nicht rechtlicher Väter, MDR 2013, 685

Coester, 15 Jahre Beistand und Rücksicht im deutschen Kindschaftsrecht in FS Schnyder (1995), 101

Cornu, Droit civil: La famille, 9^{ème} édition (2006)

Czermak, Erlöschen der Substitution nach § 617 ABGB in NZ 1986, 1

D

Damm, Prädiktive Medizin und Patientenautonomie, MedR 1999, 437

Deixler-Hübner, Scheidung, Ehe, Lebensgemeinschaft, 11. Auflage (2013)

Di Donato et al, Cerebral Autosomal Dominant Arteriopathy with Subcortical Infarcts and Leukoencephalopathy (CADASIL) as a model of small vessel disease: update on clinical, diagnostic, and management aspects, BMC Medicine 2017, 15:41

Druey, Information in der Familie in FS Schnyder (1995), 141

Durlauf/ Fafchamps, Social Capital, NBER Working Paper No. 10485, Cambridge, Mass: National Bureau of Economic Research 2004

Dutta/ Schwarz, Conference on the Legal Status of Cohabitants in Rabels Zeitschrift für internationales und ausländisches Privatrecht 2005, 150

E

Ebert, First Call for Children, JBl 1995, 69

Edlbacher, Die Neuordnung der persönlichen Rechtswirkungen der Ehe – Vorstoß zum Kern der Familienrechtsreform, ÖJZ 1974, 421

Ehrenzweig/ Schwind, Familienrecht, 3. Auflage (1984)

Ent, Die Neuordnung der persönlichen Rechtswirkungen der Ehe, NZ 1975, 134

Ent/ Hopf, Die Neuordnung der persönlichen Rechtswirkungen der Ehe (1976)

F

Fasching/ Konecny, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen, 2. und 3. Auflage

Feil/ Marent, Familienrecht (2007)

Feinberg/ Reinhard/ Houser/ Choula, Valuing the Invaluable: 2011 Update: The Growing Contributions and Costs of Family Caregiving, AARP Public Policy Institute

Fenyves/ Kerschner/ Vonkilch, ABGB, 3. Auflage des von Heinrich Klang begründeten Kommentars (ab 2006)

Fischer/ Köck/ Karollus, Europarecht, 4. Auflage (2002)

Fischer-Czermak/ Beclin, Nichteheliche Lebensgemeinschaften, 18. ÖJT Band II/1 (2012)

Fischer-Czermak, Reformbedarf im Familienrecht in *Fischer-Czermak/ Hopf/ Kathrein/ Schauer* (Hrsg), ABGB 2011 (2008), 215

dieselbe, Entscheidungsbesprechung zu 1 Ob 98/ 07d, ÖJZ 2007, 971

dieselbe, Beistandspflicht und Vertretung in Obsorgeangelegenheiten nach dem FamRÄG 2009, EF-Z 2010, 4

dieselbe, Reformen für Patchworkfamilien in *Welser*, Reformen im österreichischen und türkischen Recht (2011), 92

dieselbe, Wann liegt eine nichteheliche Lebensgemeinschaft vor? in FS Kerschner (2013), 337

Folbre, Children as public goods, The American Economic Review 1994, Volume 84/ 2, 86

Frever/ Säfken, Ärztliche Schweigepflicht und die Gefährdung Dritter, Ethik Med 2003, 15

G

Gestrich/ Krause/ Mitterauer, Geschichte der Familie (2003)

Gernhuber, Eltern und Kinder sind einander Beistand und Rücksicht schuldig, in FS Müller-Freienfels (1986), 159

Gernhuber/ Coester-Waltjen, Familienrecht, 5. Auflage (2006)

Giannellia/ Mangiavacchi/ Piccoli, GDP and the value of family caretaking: how much does Europe care? Applied Economics 2012/ 44, 2111

Gimpel-Hinteregger, Der Unterhaltsanspruch des geschiedenen Ehegatten bei Eingehen einer Lebensgemeinschaft in *Harrer/ Zitta*, Familie und Recht (1992), 633

Gitschthaler, Neuerungen im Recht der Lebensgemeinschaften in *AnwBl* 2012, 598

Goody, The European Family (2000)

Gough in *Schneider/ Gough*, Matrilineal Kinship (1961)

dieselbe, A Note on Nayar Marriage in *Man* 1965, volume 65, 8

Gray, A corrected Ethnographic Atlas (1999), *World Cultures* 10/ 1, 24; zu lesen iVm *The Editor*, Ethnographic Atlas Codebook (1998), *World Cultures* 10/ 1, 86 (89); der gesamte Datensatz ist hier abrufbar:

<http://eclectic.ss.uci.edu/~drwhite/worldcul/EthnographicAtlasWCRevisedByWorldCultures.xls>

Grziwotz, Nichteheliche Lebensgemeinschaft, 4. Auflage (2006)

H

Hausheer/ Walter (Hrsg), Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Stämpfli Verlag (aktuell verfügbare Bände ab 1945)

Harrer-Hörzinger, Zur Auskunftspflicht zwischen dem Unterhaltsschuldner und dem Unterhaltsberechtigten in *Harrer/ Zitta*, Familie und Recht (1992), 29

Hegnauer, Eltern und Kinder sind einander Beistand und Rücksicht schuldig, *ZBJugR* 1980, 685

Hegnauer, Grosseltern und Enkel im schweizerischen Recht in *FS Schnyder* (1995), 421

Heyers, Prädiktive Gesundheitsinformationen – Persönlichkeitsrechte und Drittinteressen, *MedR* 2009, 507

Hiesel, Entwicklungen der Rechtsstaatsjudikatur des Verfassungsgerichtshofs, *ÖJZ* 2016, 205

Hilbig, Der Begriff des Familienverhältnisses in Art 1 HPUnt 2007 und Art 1 EuUntVO, *GPR* 2011, 310

Hill/ Kopp, Familiensoziologie, 5. Auflage (2013)

dieselben, Handbuch Familiensoziologie (2015)

Hinghofer-Szalkay, Schwerste Verletzung eines Angehörigen: Fortentwicklung des "Trauerschmerzengeldes"?, ZVR 2008, 444

Hinteregger, Die Bedeutung der Grundrechte für das Privatrecht, ÖJZ 1999, 741

Höpfel/ Ratz, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Auflage

Höpflinger/ Hummel/ Hugentobler, Enkelkinder und ihre Großeltern – intergenerationelle Beziehungen im Wandel (2006)

Hofer/ Grasl, Geschwisterrechte in der Fremdunterbringung?, iFamZ 2013, 206

Hopf, Neues im Ehe- und Kindschaftsrecht, ÖJZ 2010, 154

Hopf/ Kathrein, Eherecht, 2. Auflage (2005)

Hopf/ Kathrein, Eherecht, 3. Auflage (2014)

Hopf/ Stabentheiner, Das EheRÄG 1999 in ÖJZ 1999, 861

Horn et al, Delineation of PIGV mutation spectrum and associated phenotypes in hyperphosphatasia with mental retardation syndrome, European Journal of Human Genetics 2014, 762

I

Inglehart/ Welzel, Changing Mass Priorities: The Link between Modernization and Democracy, Perspectives on Politics 2010, volume 8/ 2, 551

J

Jappens/ Bavel, Regional family cultures and child care by grandparents in Europe, Demographic Research 2012, 85

Jasperson/ Burt, APC-Associated Polyposis Conditions (2014) in *Pagon et al* (editors), GeneReviews, University of Washington, Seattle (<http://www.ncbi.nlm.nih.gov/books/NBK1345>)

Jausovec, Das Besuchsrecht zwischen Eltern und Kindern (2009)

Jayme, Die Entwicklung des europäischen Familienrechts, FamRZ 1981, 221

K

Kaback/ Desnick, Hexosaminidase A Deficiency (1999/ 2011) in *Adam et al* (editors), GeneReviews, University of Washington, Seattle (<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/books/NBK1218/>)

Kalaydjieva/ Chamova, Congenital Cataracts, Facial Dysmorphism, and Neuropathy (2010/ 2017) in *Adam et al* (editors), GeneReviews, University of Washington, Seattle (<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/books/NBK25565/>)

Kerschner, Vereinbarungen über die eheliche Lebensgemeinschaft in *Harrer/ Zitta*, Familie und Recht (1992), 391

derselbe, Reformbedarf im Familienrecht in *Fischer-Czermak/ Hopf/ Kathrein/ Schauer*, ABGB 2011 (2008), 231

Khakzadeh-Leiler, Die Grundrechte in der Judikatur des OGH (2011)

Kirmani/ Young, Hereditary Paraganglioma-Pheochromocytoma Syndromes (2008/ 2014) in *Adam et al* (editors), GeneReviews, University of Washington, Seattle (<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/books/NBK1548/>)

Kletečka/ Schauer, ABGB Online-Kommentar

Knöpfel, Beistand und Rücksicht zwischen Eltern und Kindern (§ 1618a BGB), FamRZ 1985, 554

Kohlegger, Die Familienrechtsreform in rechtsvergleichender Sicht, NZ 1975, 193

Koller/ Schuh/ Woischitzschläger, Handbuch zur Praxis der steuerlichen Betriebsprüfung (Loseblattsammlung)

Kommission Qualitätssicherung Genetische Beratung des Berufsverbandes Deutscher Humangenetiker e.V., Qualitätssicherung Genetische Beratung – Ergebnisse der 1. Umfrage, medgen 2006, 229

Kozioł/ Bydlinski/ Bollenberger, ABGB Kurzkommentar, 5. Auflage (2017)

Koziol/ Welser, Bürgerliches Recht II, 13. Auflage (2007)

Koziol/ Steininger, Schadenersatz bei ungeplanter Geburt eines Kindes in RZ 2008, 138

Koziol, Delikt, Verletzung von Schuldverhältnissen und Zwischenbereich in JBl 1994, 210

derselbe, Schadenersatz für reine Vermögensschäden, JBl 2004, 273

derselbe, Liability for Omissions – Basic Questions, JETL 2011, 127

derselbe, Von der rechtsgeschäftlichen Bindung zur Vertrauenshaftung in FS Iro (2013), 81

Kruszka et al, Muenke Syndrome (2006/ 2016) in *Pagon et al* (editors), GeneReviews, University of Washington, Seattle (<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/books/NBK1415>)

Kucsko-Stadlmayer, Familien- und Erbrecht im Lichte des Verfassungsrechts in FS 200 Jahre ABGB (2011), 1587

L

Lewinski, Schweigepflicht von Arzt und Apotheker, Datenschutzrecht und Aufsichtsrechtliche Kontrolle, MedR 2004, 95

Loser, Die Vertrauenshaftung in der Praxis in *Jung* (hrsg), Tagungsband Recht Aktuell 2006 – Aktuelle Entwicklungen im Haftpflichtrecht, Rz 10

Lüderitz, Plädoyer für eine Kooperation zwischen Eltern und Kindern in FS Gaul (1997), 411

M

Maddison, The World Economy – Historical Statistics (2003)

Maier, Samenspende: Das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung, EF-Z 2014, 33

Marhold/ Burgstaller/ Preyer, Kommentar zum AngG (2005)

Marquard/ Eng, Multiple Endocrine Neoplasia Type 2 (2015) in *Pagon et al* (editors), GeneReviews, University of Washington, Seattle (<http://www.ncbi.nlm.nih.gov/books/NBK1257>)

McGann et al, A prospective newborn screening and treatment program for sickle cell anemia in Luanda, Angola in Am J Hematol vol 88 (2013), 984

Meissel/ Preslmayr, Die Abgeltung von Leistungen in der Lebensgemeinschaft in *Harrer/ Zitta*, Familie und Recht (1992), 515

Meissel, Nichteheleiche Lebensgemeinschaften und Unterhalt, EF-Z 2007, 209

Meissel, Unterhaltsansprüche aus Lebensgemeinschaft?, EF-Z 2008, 13

Meyer-Ladewig, EMRK³ (2011)

Migsch in *Floretta*, Das neue Ehe- und Kindschaftsrecht (1979), 20

Möschl, Die nichteheleiche Lebensgemeinschaft, 3. Auflage (2007)

Moskowitz et al, CFTR-Related Disorders (2008) in *Pagon* et al (editors), GeneReviews, University of Washington, Seattle (<http://www.ncbi.nlm.nih.gov/books/NBK1250>)

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, 4. Auflage (2000)

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, 6. Auflage (2012)

Mucha et al, TBC1D24-Related Disorders (2015/ 2017) in *Adam* et al (editors), GeneReviews, University of Washington, Seattle (<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/books/NBK274566/>)

N

Nelson et al, Risk Assessment, Genetic Counseling, and Genetic Testing for BRCA-Related Cancer: Systematic Review to Update the U.S. Preventive Services Task Force Recommendation, AHRQ 2013 (<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmedhealth/PMH0068067/>)

Niephaus, Bevölkerungssoziologie (2012)

Nomos Kommentar zum BGB, 2. Auflage (2010)

O

Oberhofer, Setzt der Schadenersatzanspruch wegen Rücktrittes vom Verlöbniß Verschulden des Ersatzpflichtigen voraus? in *ÖJZ* 1994, 433

ÖJT (Hrsg), Gutachten der Familienrechtskommission zur Familienrechtsreform (1974)

Olson, Human Genetic Individuality, Annual Review of Genomics and Human Genetics, volume 13 (2012)

P

Patel/ Borkowf/ Brooks et al, Estimating per-act HIV transmission risk: a systematic review, AIDS 2014, 1509

Petrucelli et al, *BRCA1* and *BRCA2* Hereditary Breast and Ovarian Cancer (2013) in *Pagon et al* (editors), GeneReviews, University of Washington, Seattle (<http://www.ncbi.nlm.nih.gov/books/NBK1247>)

Piel et al, Global epidemiology of sickle haemoglobin in neonates: a contemporary geostatistical model-based map and population estimates in The Lancet vol 381 (2013), 142

Piketty, Capital in the 21st Century (2014)

Posch, Zur Neuregelung der „rein persönlichen“ Rechtsbeziehungen zwischen Eltern und Kindern nach dem BG 30. 06. 1977 BGBl 403 in *Ostheim*, Schwerpunkte der Familienrechtsreform 1977/ 1978 (1979), 9

Prandini, Family Relations as Social Capital, Journal of Comparative Family Studies 2014/ 45, 221

Prütting/ Wegen/ Weinreich, BGB Kommentar, 6. Auflage (2011)

R

Raymond/ Ozelius, Myoclonus-Dystonia (2003/ 2012) in *Adam et al* (editors), GeneReviews, University of Washington, Seattle (<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/books/NBK1414/>)

Rebbeck et al, Meta-analysis of risk reduction estimates associated with risk-reducing salpingo-oophorectomy in *BRCA1* or *BRCA2* mutation carriers, J Natl Cancer Inst. 2009/ 101 (2), 80

Rechberger, ZPO Kommentar, 4. Auflage (2014)

Regenbogen/ Henn, Aufklärungs- und Beratungsprobleme bei der prädiktiven genetischen Diagnostik, MedR 2003, 152

Reischauer, Überalimentierung - Informationspflicht und Schadenersatz, EF-Z 2010, 66

Riss, Die Haftung des Veräußerers für öffentliche Aussagen Dritter – insbesondere durch Werbung – nach § 922 Abs 2 ABGB in JBl 2007, 156

Röhr-Sendlmeier/ Yun, Familienvorstellungen im Kulturkontakt, ZfF 2006/ 1, 89

Robert Koch-Institut/ Gesellschaft der epidemiologischen Krebsregister in Deutschland e.V. (Hrsg), Krebs in Deutschland, 10. Auflage (2015)

Rosenberg, Entscheidungsbesprechung, JZ 1952, 477

derselbe, Die Beweislast, 4. Auflage (1956)

Rummel, ABGB Kommentar, 3. Auflage (2000)

S

Sagerer/ Schiavon, Partnerschaft, Ehe und Scheidung (2012)

Sander, Soziologische Erkenntnisse zum Eheschließungsverhalten, DEuFamR 1999, 16

Schaaf/ Zschocke, Basiswissen Humangenetik, 2. Auflage (2013)

Schauer, "Wrongful birth" in der Grundsatzentscheidung des OGH, RdM 2004, 18

Scheuner, Gesetzesentwurf zur Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge, ZBJJugR 1973, 197

Schlabach, The Importance of Family, Race, and Gender for Multiracial Adolescent Well-being, Family Relations 2013/ 62, 154

Schoditsch, Eheaufhebung: Verschweigen der Transsexualität, EF-Z 2015, 122

Schuster/ Buber, Generations and Gender Survey: Familienentwicklung in Österreich (Welle 1) des Instituts für Demographie der österreichischen Akademie der Wissenschaften (Forschungsbericht 33, 2010)

Schwab, Beistand und Rücksicht. Zu den Außenwirkungen einer Rechtsmaxime in FS Schnyder (1995), 647

derselbe, Familiäre Solidarität, FamRZ 1997, 521

Schwarz, Generationenbeziehungen im Kulturvergleich in *Mayer/ Kornadt*, Psychologie – Kultur – Gesellschaft (2010), 141

Schwimann, ABGB Praxiskommentar, 2. Auflage (1997)

derselbe, ABGB Praxiskommentar, 3. Auflage (2006)

derselbe, ABGB Taschenkommentar (2010)

derselbe, Die nichtvermögensrechtlichen Ehwirkungen im neuen Recht und dessen Problematik, ÖJZ 1976, 365

Schwimann/ Kodek, ABGB Praxiskommentar, 4. Auflage (ab 2011)

Simitis, Allgemeine Aspekte des Schutzes genetischer Daten, in *Schweizerisches Institut für Rechtsvergleichung*, Genanalyse und Persönlichkeitsschutz (1994), 107

Spiel, Das Kind und der Jugendliche in der sich wandelnden Gesellschaft, NZ 1970, 148

Staudinger, BGB Kommentar, Neubearbeitung 2007

Stefula, Zivilrechtliche Fragen des Schwarzfahrens, ÖJZ 2002, 14

derselbe, Zu den allgemeinen familiären Beistandspflichten, ÖJZ 2005, 35

derselbe, Die Neuerungen zur Patchworkfamilie, iFamZ 2009, 266

Steininger, Die persönlichen Ehwirkungen im neuen österreichischen Recht, FamRZ 1979, 774

Swoboda, "Wrongful birth" und "wrongful conception" im Lichte des österreichischen Schadenersatzrechts, AnwBl 2016, 392

T

Trauzettel, Die verfahrensrechtliche Behandlung von familien- und erbrechtlichen Auskunftsansprüchen (1997)

V

van den Elzen et al, Phenotypes of craniofrontonasal syndrome in patients with a pathogenic mutation in *EFNB1*, European Journal of Human Genetics vol 22 (2014), 995

Venger, Gesetzliche Regelung der Rechtsverhältnisse nichtehelicher Lebensgemeinschaften (2004)

Verschraegen, Nichteeliche Lebensgemeinschaft, ZfRV 1983, 85

von der Tann, Nichteeliche Lebensgemeinschaft in *Scholz/ Kleffmann/ Motzer*, Praxishandbuch Familienrecht, 26. Auflage (2014) (Loseblattsammlung)

W

Wallner, Grenzen der Verschwiegenheitspflicht der Gesundheitsberufe, RdM 2013, 164

Walter/ Mayer/ Kucsko-Stadlmayer, Bundesverfassungsrecht, 10. Auflage (2007)

Warby et al, Huntington Disease (2014) in *Pagon et al* (editors), GeneReviews, University of Washington, Seattle (<http://www.ncbi.nlm.nih.gov/books/NBK1305>)

Wedatilake et al, SURF1 deficiency: a multi-centre natural history study, Orphanet Journal of Rare Diseases 2013, 8:96

Welser, Das Verschulden bei Vertragsschluss im österreichischen bürgerlichen Recht, ÖJZ 1973, 281

Welser, Der OGH und der Rechtswidrigkeitszusammenhang, ÖJZ 1975,1

Wilhelm, Lebensgefährtin des Bedachten fähige Testamentszeugin!, ecolex 2003, 569

World Values Survey, abrufbar unter: <http://www.worldvaluessurvey.org>

Z

Zankl, Durchsetzung der Anrechnung und Auskunftsanspruch, in *Rabl/ Zöchling-Jud*, Das neue Erbrecht (2015)

Zeiller, Kommentar über das ABGB (1811)

Zollner/ Pitscheider, Pflichtteilsrechtliche Aspekte einer Begünstigtenstellung, PSR 2016, 8

Zschocke/ Hoffmann, Vademecum Metabolicum, 3. Auflage (2011)

Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch (lieferbare Bände ab 1930)

Zwettler, "Wrongful birth" und "wrongful conception" II – Warten auf den "Parkinson Case",
AnwBl 2017, 43

Einleitung

Inwieweit sind nahe Angehörige einander zu Auskunft und Information verpflichtet? Als solidarische Interessengemeinschaft ist die Familie in vielen Situationen darauf angewiesen, dass sich ihre Mitglieder von sich aus über wichtige Umstände aufklären. Die vorliegende Arbeit untersucht das Bestehen entsprechender Rechtspflichten in Fällen, in denen das Ausbleiben der notwendigen Aufklärung mit besonders nachteiligen Folgen verbunden ist, wie das anschließende Beispiel zeigt:

Angenommen, jemand erkrankt an einem bösartigen Tumor und lässt sich einer Reihe medizinischer Maßnahmen unterziehen, darunter auch einer humangenetischen Beratung. Wenn sich nun im Zuge der damit verbundenen Untersuchung seines Erbgutes herausstellt, dass seiner Erkrankung höchstwahrscheinlich eine genetische Ursache zugrunde liegt, so haben seine Kinder ein sehr starkes Interesse daran, zu erfahren, ob ihr Erbgut dieselbe Veränderung aufweist. Das aber können sie erst, wenn sie sowohl über die Betroffenheit ihres Elternteils als auch über die Möglichkeit einer entsprechenden Untersuchung in Kenntnis gesetzt werden. Dass eine solche Aufklärung regelmäßig nur vom betroffenen Elternteil selbst besorgt werden kann, liegt auch daran, dass der beratende Arzt grundsätzlich der Schweigepflicht unterliegt. Bei alledem ist zu beachten, dass das Aufklärungsinteresse der Kinder durch den unveränderlichen Charakter ihres Erbguts jedenfalls dann nicht gemindert wird, wenn sie beispielsweise Zugang zu besonderen Vorsorgeuntersuchungen hätten oder das Organ, von dem die Gefahr ausgeht, entfernt werden kann.¹

In anderen Fällen kann die Kenntnis von beim Partner vorliegenden Erbkrankheiten für den Wunsch, überhaupt Kinder zu bekommen von Bedeutung sein. Informationen in der Familie können aber auch unmittelbar materielle Interessen betreffen, wie die des unterhaltspflichtigen Elternteils, wenn ein im getrennten Haushalt lebendes Kind eine Erwerbstätigkeit aufnimmt. Ein starkes Informationsinteresse hat auch ein Kind, das von seiner Mutter Auskünfte zur Person des

¹ Vgl zur Bedeutung einer Aufklärung in solchen Fällen *Simitis* in *Schweizerisches Institut für Rechtsvergleichung*, 122 f; vgl auch die vom Arzt an den Patienten gem § 10 Abs 3 dt GenDG zu richtende Empfehlung, seinen Verwandten eine Untersuchung naheulegen, und die dazu von *Heyers*, MedR 2009, 510 geäußerte Kritik; vgl auch das österreichische Pendant dieser Regelung in § 70 Z 2 GTG.

ihm unbekannten Vaters begehrt. In all diesen Fällen stellt sich die Frage, inwieweit an der Information interessierte Angehörige Informations- oder Auskunftsrechte haben. Diese Beispiele zeigen auch, dass das Zurückhalten wesentlicher Informationen weit eher schwerwiegende Konsequenzen nach sich zieht als das Unterbleiben „typischerer“ immaterieller familiärer Leistungen, wie dem Spenden von Trost und Zuspruch oder dem Besuch von Angehörigen im Spital.

Familiäre Informationspflichten tauchen in Literatur und Judikatur immer wieder auf, werden dabei jedoch oft nicht ausdrücklich als solche bezeichnet und waren noch nicht Gegenstand einer umfassenden Darstellung. Zuweilen sind sie im Hintergrund auszumachen, zB wenn der Ehegatte, der auch nur den Eindruck erweckte, eine ehewidrige Beziehung zu führen, die Detektivkosten ersetzen muss, die der andere Ehegatte aufwenden musste, um sich Klarheit über den Stand der Ehe zu verschaffen.² In einem anderen Fall wurde die Sittenwidrigkeit der Vereinbarung eines Ehegatten mit seinem Arbeitgeber, seine Bezüge gegenüber dem anderen Ehegatten verborgen zu halten, im Kern mit seiner (ehelichen) Pflicht, den anderen über eben dieses Einkommen aufzuklären, begründet.³ Die bedeutendste (aber keineswegs einzige) Grundlage familiärer Informationspflichten sind die allgemeinen familiären Beistandspflichten, die vor allem in der österreichischen, deutschen und schweizerischen Rechtsordnung positiviert wurden.⁴ Wo sie bestehen, treffen bestimmte Angehörige echte Rechtspflichten, einander zu unterstützen und so ein Mindestmaß an familiärer Solidarität zu verwirklichen. In der Literatur wurden entsprechende Normen zum Teil als grundlegende⁵ oder sogar „goldene“⁶ Regel verstanden, an anderer Stelle aber auch für im Grunde redundant⁷ gehalten. Vorliegende Darstellungen familiärer

² Vgl 9 Ob 76/03x; dies ist auch dann der Fall, wenn sich die Ehegatten nicht scheiden lassen wollen (dh es geht nicht um das Abwicklungsinteresse, welches im Fall einer Scheidung ev ebenso den Ersatz solcher Kosten begründen kann).

³ Vgl 9 ObA 50/03y; der beklagte ehemalige Arbeitgeber des klagenden Ehegatten hatte im Unterhaltsprozess als Zeuge über dessen Bezüge Auskunft erteilt, sodass es zu – unstrittig – rechtmäßigen Unterhaltsleistungen an den anderen Ehegatten kam; der Kläger beehrte Schadenersatz in Höhe des von ihm aufgrund der Aussage des Beklagten gezahlten Mehrunterhalts.

⁴ Vgl zB §§ 90 u 137 Abs 2 ABGB; s zu § 1618a BGB *Gernhuber* in FS Müller-Freienfels, 164 ff; vgl für die Schweiz *Hegnauer*, ZBJugR 1980, 689.

⁵ Vgl *Knöpfel*, FamRZ 1985, 554.

⁶ So *Bosch*, FamRZ 1980, 748.

⁷ Vgl *Gernhuber* in FS Müller-Freienfels, 159.

Beistandspflichten konzentrieren sich meist auf einzelne Aspekte⁸, während zu familiären Informationspflichten, soweit ersichtlich, keine spezifischen Beiträge existieren.

Die vorliegende Arbeit untersucht zunächst, inwieweit familiäre Informationspflichten mit dem positiven Recht begründet werden können, welche Personen von ihnen betroffen sind und wie sie sich auf praktisch relevante Fragestellungen auswirken. Da solche Pflichten nicht zuletzt dann von Interesse sind, wenn man sie unmittelbar gerichtlich geltend machen kann, wird auch darauf einzugehen sein, inwieweit die von der hM angenommene fehlende Durchsetzbarkeit rein persönlicher familiärer Pflichten einer solchen Geltendmachung im Wege steht. Schließlich soll die Möglichkeit, bei Verletzung familiärer Informationspflichten Schadenersatz zu erlangen, kurz dargestellt werden, weil solche Pflichten – wie die genannten Beispiele bereits erahnen lassen – nicht vor allem familiäre Eintracht fördern, sondern Familienmitglieder vor Schaden bewahren sollen.

⁸ So befasst sich auch der ausführlichste österreichische Beitrag, *Stefula*, ÖJZ 2005, 35, überwiegend – wenn keinesfalls ausschließlich – mit den durch Beistandspflichten charakterisierten Familienverhältnissen.

1. Teil: Familie und Information

1. Kapitel: Die Familie

Voraussetzung einer Untersuchung familiärer Informationspflichten ist ein klares Verständnis darüber, welche Personengruppen der „Familie“ zuzuordnen sind. Dies wird durch die in den letzten 40 Jahren erfolgte gesellschaftliche und rechtliche Neubewertung „nicht-klassischer“ Familienformen erschwert, weil die dadurch notwendig bedingte Entwicklung der „Familie im Rechtssinn“ aus dem Gesetz nicht immer klar hervorgeht. So wird die klassische Definition der Familie durch Abstammung und Ehe – Verwandtschaft und Schwägerschaft – der Familienrechtswirklichkeit nicht mehr gerecht, ohne dass eine offensichtliche Alternative erkennbar wäre.⁹ Um diesen Umständen Rechnung zu tragen und den Rahmen der relevanten Informationsgefälle nicht künstlich einzuengen, soll diese Untersuchung von einem entsprechend aktualisierten Verständnis der Familie im Rechtssinn ausgehen. Hintergrund und Spiegelbild eines solchen ist das (gegenwärtige) gesellschaftliche Bild der Familie, welches im Folgenden daher kurz umrissen wird.

I. Die Familie in der Gesellschaft

“The family is the natural and fundamental group unit of society and is entitled to protection by society and the state.”¹⁰ Tatsächlich ist die Kernfamilie¹¹ eine weltweite Erscheinung, die in praktisch jeder menschlichen Gesellschaft anzutreffen ist und war.¹² Ihre charakteristischsten Merkmale sind die Bündelung von Ressourcen und die Sozialisation von Nachkommen im Kontext einer solidarischen¹³, dh durch Zuneigung und gegenseitige Verantwortung geprägten, sozialen Gruppe.¹⁴ Dabei erfolgt die Bündelung von Ressourcen vor allem durch das Eingehen einer Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft anlässlich der Familiengründung: So zeigt eine Gegenüberstellung

⁹ Vgl dieses Problem in einem gemeinschaftsrechtlichen Kontext ansprechend *Hilbig*, GPR 2011, 310.

¹⁰ Art 23 par 1 of the International Covenant on Civil and Political Rights (1976).

¹¹ Also die aus Eltern und den von ihnen großgezogenen Kindern zusammengesetzte Gruppe; dabei muss es sich nicht um leibliche Kinder handeln, s *Hill/ Kopp*, Familiensoziologie, 10.

¹² Vgl *Goody*, Family 2 ff.

¹³ S *Goody*, Family, 151 ff u *Gestrich/ Krause/ Mitterauer*, Geschichte der Familie, 487 f.

¹⁴ Diese Charakteristika sind bei aller historisch-anthropologischen Variabilität stets anzutreffen; insoweit überschneiden sich auch verschiedene strukturell-funktionale Theorien zur Familie, s *Hill/ Kopp*, Familiensoziologie, 61.

von 1267 Kulturen, dass die „Heirat“ in 77 % der Fälle mit einem wirtschaftlichen Transfer verbunden ist, während die neu gegründete Familie nur in 0,6 % der Fälle auch nach den ersten Jahren nicht zusammenlebt.¹⁵ Von Kultur zu Kultur verschieden sind in erster Linie die Zusammensetzung der Kernfamilie¹⁶ und das Ausmaß an erwarteter und gelebter Solidarität. Hinsichtlich der Zusammensetzung ist die Kaste der Nayar in Zentralkerala ein ungewöhnliches (und berühmtes) Beispiel: Hier lebte die Frau mit ihren Kindern und Mitgliedern ihrer Blutsfamilie (nicht aber ihren Ehemännern) in ihrem *taravad* (zugleich „Klan“ und „Eigentümergeinschaft“), der über die Linie der Töchter weitergegeben wurde; dementsprechend wuchsen die Kinder des Mannes bei ihren Müttern und deren Blutsfamilie auf.¹⁷ Im Vergleich zur Zusammensetzung der Kernfamilie lässt sich das Maß der von ihr erwarteten und in ihr gelebten Solidarität nur schwer veranschaulichen. Es hängt ganz wesentlich von dem Zeithorizont, unter dem die Familie betrachtet wird, der räumlichen und persönlichen Nähe der Familienmitglieder zueinander und dem Bestehen einer Wertegemeinschaft ab.¹⁸ Beispielsweise erhöht der im Vergleich zu Europa weitere Zeithorizont, unter dem die Familie in Asien gesehen wird, die Bedeutung intergenerationeller Solidarität.¹⁹

Wie sieht also die „Familie“ aus, der das österreichische Familienrecht gegenübersteht? Alles in allem entspricht die österreichische der westeuropäischen Familie: Hier beträgt die durchschnittliche Haushaltsgröße zurzeit 2,3 Personen; im Mittel sind 20 % aller Paarhaushalte nichteheliche Lebensgemeinschaften, 20 % der 45-49 jährigen Personen ledig, 43 % aller Frauen in Partnerschaften voll erwerbstätig (in Österreich 34 %), 16 % der 50-54 jährigen Frauen kinderlos, liegt das Alter von Erstgebärenden bei 29,2 Jahren, sind 40 % aller Lebendgeborenen nichtehelich und 36 % aller Kinder unter 3 Jahren in formaler Betreuung (in Österreich 14 %).²⁰ Dieses moderne Bild der – westeuropäischen – Familie steht im Kontext ihrer modernen

¹⁵ S Gray, World Cultures 10/ 1, 24.

¹⁶ S Gray, World Cultures 10/ 1, 24: unabhängige Kernfamilie (monogam): 7,7 %; unabhängige Kernfamilie (gelegentliche Polygynie): 20,8 %; unabhängige Kernfamilie (Polyandrie): 0,2 %; unabhängige Kernfamilie (Polygynie): 22,1 %; minimal erweiterte Familie: 3,5 %; kleine erweiterte Familie: 25,3 %; große erweiterte Familie: 18,2 %.

¹⁷ Es handelt sich also ein System matrilinearer Sukzession iVm Mehrfachbindungen („Ehen“) auf Seiten des Mannes und der Frau; s Gough in Schneider/ Gough, 319-366 u dieselbe, Man, volume 65, 9.

¹⁸ Vgl Bengtson/ Roberts, Journal of Marriage and Family, volume 53/ 4, 857.

¹⁹ Schwarz in Mayer/ Kornadt, 146 ff.

²⁰ Soweit nicht in Klammern angeführt, weicht der für Westeuropa angegebene Wert nicht wesentlich von seinem österreichischen Pendant ab, s die Daten bei Hill/ Kopp, HB Familiensoziologie 30 ff.

Rahmenumstände: In der Abwesenheit von Kriegen, Hungersnöten, Seuchen und den unmenschlichsten Arbeitsbedingungen sowie Fortschritten in der Medizin ist die Lebenserwartung bei Geburt und danach deutlich gestiegen.²¹ Gleichzeitig ist die Bevölkerung auf dem Gebiet des heutigen Österreich gerade in den letzten 200 Jahren deutlich gewachsen: Nachdem sie in den Jahren 1-1000 mit etwa 0,03 % Wachstum pro Jahr nur sehr langsam zugenommen hatte (von 0,5 auf 0,7 M Menschen), wuchs sie bis zum Jahr 1820 im Schnitt um 0,19 % (auf 3,4 M), danach um 0,59 % und zwischen den Jahren 1870 und 1913 sogar um 0,94 % pro Jahr (von 4,5 M auf 6,8 M), was einer Verdoppelung alle 77 Jahre entspricht. Zwischen den Jahren 1913 und 1950 stagnierte die Bevölkerung wieder (0,07 % Wachstum pro Jahr) um anschließend bis zum Jahr 2001 um 0,31 % pro Jahr (auf 8,1 M) zu wachsen.²² Der „Sozialstaat“ der Gegenwart hat seine Einnahmen gegenüber dem „Nachtwächterstaat“ des 19. Jahrhunderts stark erweitert (von unter 10 % des Nettonationaleinkommens auf 40 – 50 % in Europa) und finanziert damit vor allem das Bildungs-, Gesundheits- und Pensionswesen sowie andere Sozialleistungen, etwa im Rahmen der Familienförderung.²³ Seit dem Ende des zweiten Weltkriegs ist eine besitzende Mittelschicht entstanden, die in Europa zurzeit über etwa 35 % des Nationalvermögens verfügt.²⁴ Die Globalisierung und Regionalisierung der Wirtschaft sind nicht mehr zu übersehen, so hat sich das Außenhandelsvolumen Österreichs seit dem Jahr 1995 fast verdreifacht und entspricht dabei in etwa 80 % des BIP.²⁵ Die mit diesem Aufschwung verbundene wirtschaftliche Dynamik verursacht aber auch Unsicherheiten in der Bevölkerung, die sich auf ihre

²¹ Laut Statistik Austria ist die Lebenserwartung bei Geburt seit dem Beobachtungszeitraum 1868/ 71 von ca 33/ 36 Jahren (m/f) auf ca 78/ 83 Jahre (im Beobachtungszeitraum 2010/ 12) gestiegen; vgl die praktisch identischen Daten für Deutschland bei *Niephaus*, Bevölkerungssoziologie 158, welche den Rückgang der Säuglingssterblichkeit und der Mortalität im Alter als Ursachen hervorhebt.

²² S zu diesen Daten *Maddison*, Historical Statistics 256 f; laut Statistik Austria ist die Bevölkerung seit 2001 um 0,47 % pro Jahr (von 8,042 auf 8,544 M in 2014) angestiegen und wird bis 2075 (Hauptszenario) um 0,22 % pro Jahr auf 9,74 M Menschen anwachsen.

²³ Vgl die Darstellung dieser Entwicklung in *Piketty*, Capital 474 ff; das österreichische Nettonationaleinkommen betrug im Jahr 2012 264 Mrd € (Statistik Austria), während sich die Staatseinnahmen auf 148 Mrd € (oder 56 % des Nettonationaleinkommens) beliefen (BMF, Arbeitsbehelf Bundesfinanzgesetz 2012, Gesamtüberblick, 69); das BIP für das Jahr 2012 betrug 319 Mrd € (Statistik Austria).

²⁴ Vgl *Piketty*, Capital 248 (Table 7.2) u 260 ff.

²⁵ Statistik Austria; in 2012 betrugen Ex- und Importe zusammen 256 Mrd € - in etwa die Höhe des Nettonationaleinkommens für dieses Jahr (264 Mrd €) – im Vergleich dazu betrugen Ex- und Importe der EU ca 25 % ihres BIP im Jahr 2013 (Eurostat); im Jahr 2013 entfielen 70 % des österreichischen Außenhandelsvolumens auf andere EU-Mitgliedstaaten (Statistik Austria), sodass der auf den Rest der Welt entfallende Anteil im selben Verhältnis zum österreichischen BIP, wie das Außenhandelsvolumen der EU zu ihrem BIP steht (~ 25 %).

Bereitschaft auswirkt, familiäre Bindungen einzugehen.²⁶ Gleichzeitig werden traditionelle und auf das Überleben der Gruppe gerichtete Wertvorstellungen im Zuge der Post-Industrialisierung und dem Entstehen der „Informationsgesellschaft“ durch säkulare, auf individuelle Autonomie und Selbstdarstellung gerichtete Werte verdrängt.²⁷ Das heißt, dass nach dem Empfinden der Bevölkerung Religion, Nationalstolz, Gehorsam und Respekt gegenüber Autoritäten sowie Ordnung, wirtschaftliche Sicherheit und Konformität an Bedeutung verlieren, während Säkularismus, Kosmopolitismus, Autonomie und Rationalität sowie Selbstdarstellung, Partizipation, subjektives Wohlbefinden, Vertrauen, Toleranz und relative Lebensqualität wichtiger werden.²⁸ Diese gesundheitlichen, wirtschaftlichen und sozialen Rahmenbedingungen spiegeln sich im aktuellen Erscheinungsbild der Familie wider: Der Ehe wird als Institution weniger Bedeutung beigemessen²⁹ und sie wird häufiger durch Scheidung und seltener durch den Tod eines Gatten beendet³⁰. Trotzdem bleibt nur eine Minderheit der Bevölkerung zeit ihres Lebens ledig³¹, wobei das mittlere Erstheiratsalter steigt.³² Familien gehen häufiger auseinander, tun dies aber um neue Beziehungen einzugehen³³; auch insoweit hat die Scheidung gescheiterter Ehen eine stabilisierende Wirkung³⁴. Kinder leben länger bei ihren Eltern und ihre Bindung zu ihnen ist enger und langlebiger, auch nachdem sie ausgezogen sind.³⁵ Staatliche Leistungen vermindern die Rolle der Eltern bei der Finanzierung der Ausbildung und die der Kinder bei der Altersvorsorge,

²⁶ Vgl. Hill/ Kopp, Familiensoziologie 275 f.; s. Sander, DEuFamR 1999, 21 zur Auswirkung unsicherer Zukunftsperspektiven auf die Entscheidung, eine Familie zu gründen.

²⁷ Vgl. Inglehart/ Welzel, Perspectives on Politics, volume 8/ 2, 552 f.; s. auch die aufgrund der Daten des World Values Survey veröffentlichten Inglehart-Welzel Cultural Maps.

²⁸ Vgl. Inglehart/ Welzel, Perspectives on Politics, volume 8/ 2, 553.

²⁹ Vgl. Schuster/ Buber, Familienentwicklung in Österreich, wonach ca. 17 % der Befragten die Ehe für „überholt“ hielten (Frage 1107a) und ca. 80 % Zusammenleben ohne Heiratsabsicht guthießen (Frage 1107b); vgl. World Values Survey (2005-09), wonach jeweils ca. 20 % der Befragten in Deutschland, Finnland, Italien und Norwegen die Ehe nicht mehr für zeitgemäß hielten; s. Röhr-Sendlmeier/ Yun, ZfF 2006/ 1, 96, wonach deutsche und italienische junge Erwachsene in Deutschland die Vorstellung der Ehe als „normaler Teil des Erwachsenenlebens“ eher ablehnten.

³⁰ Lt. Statistik Austria waren 1951 8,7 % der Bevölkerung verwitwet und 2,1 % der Bevölkerung geschieden, während es 2001 7,1 % Verwitwete und 6,4 % Geschiedene waren; in absoluten Zahlen ist die Anzahl der Witwer praktisch gleich geblieben (leicht gesunken), während sich die Anzahl Geschiedener mehr als verdreifacht hat.

³¹ S. im Text bei Fn 20; 1951 waren 13,6 % der über 30-jährigen ledig, 2001 waren es 15,5 % (Statistik Austria); Hill/ Kopp, HB Familiensoziologie 43 geben an, dass in Österreich z.Z. 17 % der 45-49-Jährigen ledig sind.

³² Es lag 1951 bei 26,8/ 24,4 (m/f), 2001 bei 30,0/ 27,3 und 2013 bei 32,2/ 29,8 Jahren (median, Statistik Austria).

³³ Vgl. Goody, Family 168 f.

³⁴ Vgl. Hill/ Kopp, Familiensoziologie 69.

³⁵ Vgl. Hill/ Kopp, Familiensoziologie 274 mit Hinweis auf über den Auszug hinweg andauernde Beziehungen von über 30 Jahren, die durch Zuwendung und Unterstützung anstelle von Autorität und Abhängigkeit gekennzeichnet sind.

während Schenkungen zu Lebzeiten und Erbschaften an Bedeutung zunehmen.³⁶ Diese Aspekte lassen erkennen, in welcher Form sich die zu Beginn angeführten Charakteristika der Familie im Westeuropa der Gegenwart wiederfinden. Vor allem geben sie Hinweise auf die Zusammensetzung der Familie – man denke an „nicht-klassische“ Familienformen – sowie Art und Umfang der gelebten Solidarität.

Die Familie ist, schon in Anbetracht ihrer Grundfunktionen, für die Wohlfahrt des Einzelnen ähnlich bedeutend wie der Staat für die Wohlfahrt der Allgemeinheit, sodass funktionstüchtige („intakte“) Familien in hohem Maße geeignet scheinen, die Gesellschaft zu stützen.³⁷ Darüber hinaus übernehmen Familien mit der Sozialisation junger und der Versorgung alter Menschen gesellschaftliche Grundaufgaben von wesentlicher wirtschaftlicher Bedeutung.³⁸ So entsprach der wirtschaftliche Gegenwert der familiären Pflege von Erwachsenen in den USA im Jahr 2009 etwa 3 % des BIP,³⁹ während der Wert aller familiären Haushaltsarbeit und Pflege von Kindern (aber nicht Erwachsenen) in Europa auf 17-32 % des BIP geschätzt wurde⁴⁰. Schutz und Stärkung der in der Gesellschaft bestehenden Familienverbände sind daher von öffentlichem Interesse. Nach Art 2 des BVG über die Rechte von Kindern ist das „familiäre Umfeld“ die „natürliche Umgebung für das Wachsen und Gedeihen“ aller Familienmitglieder. Tatsächlich wird die Familie in internationalen Übereinkommen⁴¹ und auf verfassungsrechtlicher⁴² wie auch einfachgesetzlicher Ebene⁴³ vielfach berücksichtigt. Es kann nicht bezweifelt werden, dass die

³⁶ Einerseits, weil ein höherer Anteil der Bevölkerung als je zuvor über Vermögen verfügt (und das Niveau an Privatvermögen insgesamt hoch ist), s bei Fn 24, und andererseits, weil dieses Vermögen auch tatsächlich weitergegeben (und nicht bis zum Tod verbraucht) wird, vgl *Piketty*, Capital 425 (Figure 11.12) u 424 ff.

³⁷ Vgl *Kohlegger*, NZ 1975, 194; s *Prandini*, Journal of Comparative Family Studies 2014/ 45, 228 zur positiven Korrelation zwischen familiärem und allgemeinem sozialen Kapital; sa *Schlabach*, Family Relations 2013/ 62, 154; überhaupt ist das Konzept des „sozialen Kapitals“ ursprünglich in Hinblick auf die Familie entstanden, s *Durlauf/ Fafchamps*, Social Capital, 48.

³⁸ Vgl *Folbre*, The American Economic Review, volume 84/ 2, 86 zur Notwendigkeit, die bei der Sozialisation von Kindern geleistete Arbeit wirtschafts- und sozialpolitisch zu berücksichtigen.

³⁹ Dh etwa 450 Mrd USD, s *Feinberg/ Reinhard/ Houser/ Choula*, Valuing the Invaluable, 3.

⁴⁰ S *Giannellia/ Mangiavacchi/ Piccoli*, Applied Economics 2012/ 44, 2111.

⁴¹ Vgl Art 9 Abs 1 u 14 Abs 2 Übereinkommen über die Rechte des Kindes 1989, Art 23 Abs 1 Pakt II über bürgerliche und politische Rechte (1976) sowie Art 8 u 12 EMRK.

⁴² Vgl Art 8 u 12 EMRK; Art 7, 9 u 33 der europäischen Grundrechtecharta (Eheschließung, Familiengründung und Mutterschutz); in B-VG und StGG ist die Familie nicht prominent vertreten; dafür aber in der Mehrzahl der Landesverfassungen (die Familienrechtsgesetzgebung ist jedoch Bundessache, vgl Art 10 Abs 1 Z 6 B-VG).

⁴³ Vor allem durch das Familienrecht, aber auch andere Rechtsgebiete, wie zB im Interzedentschutz (vgl § 25a KSchG, 1 Ob 87/ 98w zur möglichen Sittenwidrigkeit von Bürgschaften naher Angehöriger bei verdünnter Willensfreiheit), Aussageverweigerungsrechte im Zivil- und Strafprozessrecht (vgl § 321 ZPO und die §§ 156 Abs 1 Z1 StPO iVm 72 StGB) und das Sozialrecht (vgl § 123 ASVG).

Familie ihre Funktion nur erfüllen kann, wenn ihre Mitglieder verschiedenste Informationen untereinander austauschen.⁴⁴ Aufgabe der vorliegenden Arbeit ist es zu untersuchen, inwieweit das österreichische Familienrecht sie dazu verpflichtet. Dazu muss zuerst geklärt werden, welche sozialen Gruppen zur „Familie“ im Privatrechtssinn gezählt werden können und welche Rolle dem Informationsaustausch in ihnen zukommt.

II. „Familie“ im Rechtssinn

Dem österreichischen Recht lassen sich drei einander ergänzende und überschneidende Ansätze zur Abgrenzung familiärer von nicht familiären Gruppen entnehmen, die gemeinsam den Familienbegriff des Privatrechts prägen. Es handelt sich um das soziale, das rechtliche und das an der Abstammung orientierte Verständnis der Familie. Als Grundlage des Familienrechts sind sie dabei von unterschiedlicher Bedeutung; so hat sich das soziale Familienverständnis zwar als Wegweiser für die Familienrechtsgesetzgebung erwiesen, ist für die Abgrenzung familiärer von nicht familiären Gruppen aber am wenigsten relevant.

A. Die Familie als soziale Gruppe

Art 8 Abs 1 EMRK stellt das „Familienleben“ unter verfassungsrechtlichen Schutz. Darunter ist die faktische Existenz einer engen persönlichen Beziehung zu verstehen.⁴⁵ Dieses Abstellen auf konkret vorhandene familiäre Gruppen führt zunächst zu einem sehr weiten Verständnis der Familie: So sind gleich- und verschiedengeschlechtliche Paare⁴⁶ auch dann erfasst, wenn ihre Beziehung nicht (etwa durch Eheschließung) formalisiert⁴⁷ oder ehebrecherisch⁴⁸ ist. Nicht ausgeschlossen sind auch Beziehungen im Rahmen polygamer Gruppen (wobei deren Nicht-Anerkennung durch die Konventionsstaaten regelmäßig gerechtfertigt sein dürfte).⁴⁹ Das

⁴⁴ Vgl. *Druey* in FS Schnyder, 141; der Austausch von Informationen gilt auch als eine wesentliche effizienzsteigernde Wirkung sozialen Kapitals, s. *Durlauf/ Fafchamps*, Social Capital, 17.

⁴⁵ Vgl. *Kucsko-Stadlmayer* in FS 200 Jahre ABGB, 1610 sowie *Meyer-Ladewig*, EMRK³, Artikel 8 Rn 49 u. EGMR zu *K. and T. vs Finnland* (2001), Antrag 25702/ 94, Rn 150.

⁴⁶ S. EGMR zu *P.B. and J.S. vs Austria* (2010), Antrag 18984/ 02, Rn 30 u. *Meyer-Ladewig*, EMRK³, Artikel 8 Rn 49.

⁴⁷ S. EGMR zu *Keegan vs Ireland* (1994), Antrag 16969/ 90, Rn 44.

⁴⁸ S. EGMR zu *Johnston and others vs Ireland* (1986), Antrag 9697/ 82, Rn 55 u. EGMR zu *Marckx vs Belgium* (1979), Antrag 6833/ 74, Rn 31.

⁴⁹ S. *Almeida*, The respect for family life; vgl. EKMR zu *E.A. and A.A. vs the Netherlands* (1992), Antrag 14501/ 89, wonach „Familienleben“ auch zwischen einem Vater und seinem aus paralleler Ehe geborenen Sohn bestehen kann, die Anerkennung einer polygamen Ehe aber keine aus der EMRK ableitbare Pflicht ist; idS. bereits EKMR zu *Alam and Khan vs the United Kingdom* (1968), Antrag 2991/ 66.

wichtigste Indiz für eine tatsächliche familiäre Nahebeziehung ist wohl das Zusammenleben der Familienmitglieder.⁵⁰ In seiner Abwesenheit können aber auch andere Umstände ein Familienleben iSd Art 8 Abs 1 EMRK begründen, wie es bei nahezu jährlichen Kontakten zwischen Vater und Sohn im Ausmaß von sechs Wochen iVm Telefonaten und der Leistung von Unterhalt⁵¹ oder einer langjährigen Beziehung, aus der insgesamt vier Kinder hervorgegangen sind,⁵² der Fall sein kann.⁵³ Im Gegenzug hat das Erfordernis einer realen familiären Beziehung aber auch zur Folge, dass Blutsverwandtschaft an sich noch kein Familienleben iSv Art 8 Abs 1 EMRK begründet. Dies betrifft etwa den rein biologischen Vater (der nicht auch rechtlicher Vater ist), wenn er noch nie Kontakt zu seinem Kind hatte,⁵⁴ sowie volljährige blutsverwandte Personen wie Geschwister oder Eltern und Kinder, wenn sie keine über die übliche familiäre Verbundenheit hinausgehende Abhängigkeit voneinander aufweisen (sie also insbesondere nicht zusammen wohnen oder sonst hinreichend intensive Kontakte pflegen)⁵⁵.

Die vom EGMR verlangte Deutlichkeit, mit der die faktische Existenz einer engen persönlichen Beziehung in Erscheinung treten muss, variiert jedoch: So besteht zwischen rechtlichen Eltern und Kindern zunächst jedenfalls (ipso iure) ein Familienleben,⁵⁶ wobei in bestimmten Fällen, wenn das Familienleben noch nicht vollständig aufgenommen wurde, selbst potenzielle Beziehungen⁵⁷ genügen können. Formalisierte Familiengründungen, wie durch Adoption oder Eheschließung, begründen typischerweise auch in Abwesenheit eines familiären Naheverhältnisses ein „Familienleben“ iSd Art 8 EMRK.⁵⁸ Am unteren Ende des Anforderungsspektrums wurde eine hinreichend enge persönliche Beziehung zwischen einem biologischen Vater und seinem Kind

⁵⁰ S Meyer-Ladewig, EMRK³, Artikel 8 Rn 51f; vgl EGMR zu *Maslov vs Austria* (2008), Antrag 1638/ 03, Rn 62.

⁵¹ S EKMR zu *E.A. and A.A. vs the Netherlands* (1992), Antrag 14501/ 89.

⁵² Auch hier bei freiwilligem Getrenntleben, s EGMR zu *Kroon and others vs the Netherlands* (1994), Antrag 18535/ 91, Rn 29 f.

⁵³ Vgl auch Meyer-Ladewig, EMRK³, Artikel 8 Rn 51.

⁵⁴ S EGMR zu *Marinis c Grèce* (2014), Antrag 3004/10, Rn 57.

⁵⁵ Vgl Meyer-Ladewig, EMRK³, Artikel 8 Rn 52; s EGMR zu *Khan vs Germany* (2015), Antrag 38030/ 12, Rn 50.

⁵⁶ S EGMR zu *Gül vs Switzerland* (1996), Antrag 23218/ 94, Rn 32: Bejahung des Familienlebens zwischen dem Vater und seinem sechsjährigen Kind, obwohl er ohne es auswanderte, als es erst drei Monate alt war; vgl EGMR zu *Görgülü vs Germany* (2004), Antrag 74969/ 01, Rn 35, wo das Familienleben zwischen dem Beschwerdeführer und dem Kind unstreitig war, obwohl er sich von der Mutter bereits vor der Geburt trennte, sich während der Geburt im Ausland aufhielt und inzwischen eine andere Frau geheiratet hatte.

⁵⁷ Vor allem, wenn die noch nicht erfolgte Verwirklichung dieses Potenzials nicht dem Beschwerdeführer zugerechnet werden kann, s Meyer-Ladewig, EMRK³, Artikel 8 Rn 51; vgl EGMR zu *Anayo v Germany* (2010), Antrag 20578/ 07, Rn 59 ff.

⁵⁸ S Meyer-Ladewig, EMRK³, Artikel 8 Rn 61 u EGMR zu *E B vs Frankreich* (2008), Antrag 43546/02, Rn 41.

bejaht, weil er bei der Geburt anwesend war und das Kind in den ersten 16 Lebensmonaten in nicht näher bezeichneten Intervallen besucht hat, wenngleich er nie die Anerkennung der Vaterschaft betrieben oder mit der Mutter zusammengelebt hat.⁵⁹ Demgegenüber wurde in einem Migrationsfall das bloße Zusammenleben eines – wenn auch volljährigen – Kindes mit seiner Mutter und seinen Brüdern nicht für ausreichend gehalten.⁶⁰

Letztlich verfolgt der EGMR das Konzept der sozialen, dh der durch ein familiäres Naheverhältnis gekennzeichneten, de-facto Familie aber konsequent, sodass ihr (Nicht-) Vorliegen stets das entscheidende Kriterium für die Anwendbarkeit des Art 8 Abs 1 EMRK ist. Dieser Ansatz hat zum Vorteil, dass er eine klare inhaltliche Abgrenzung zwischen Familien und anderen Interessensgemeinschaften ermöglicht. Zwar können auch die Mitglieder einer Wohn-, Dorf- oder Wirtschaftsgemeinschaft (wie kleine Unternehmen) persönliche Bindungen aufweisen, allerdings sind sie dort den eigentlichen gemeinschaftlich verfolgten Zielen (wie der Schaffung von privatem Wohnraum, öffentlichem Lebensraum und wirtschaftlichem Ertrag) untergeordnet. Hingegen schafft das besondere Naheverhältnis zwischen Familienmitgliedern erst die notwendigen Voraussetzungen für die Begründung jenes solidarischen Lebensraums, der es der Familie ermöglicht, ihre Aufgaben (s Seite 4 f) zu erfüllen. Dieser Vorteil ist zugleich der größte Nachteil des sozialen Familienbegriffs: Er ist streng genommen nicht geeignet, alle regelungsbedürftigen „familiären“ Verhältnisse zu erfassen, weil er es potenziellen Familienmitgliedern ermöglicht, das Entstehen von „Familienleben“ absichtlich zu verhindern. So ist es beispielsweise in den meisten Fällen wünschenswert, Unterhaltspflichten zwischen Eltern und Kindern vorzusehen und nicht nur dann, wenn die Eltern (vor allem der biologische Vater) dies zulassen. Anders gesagt, eignet sich der soziale Familienbegriff besser dazu, „Familien“ vor Diskriminierung zu schützen, als sie inhaltlich rechtlich auszugestalten. So ist die Familienrechtsgesetzgebung der jüngeren Zeit zwar maßgeblich von der Rsp zu Art 8 EMRK beeinflusst⁶¹, während dessen Familienbegriff nur in eine

⁵⁹ S EGMR zu *L. vs the Netherlands* (2004), Antrag 45582/ 99, Rn 39; in *Brauer vs Germany* (2009), Antrag 3545/ 04, Rn 30 stellt der EGMR auf das erkennbare Interesse des Vaters an seinem (außerehelichen) Kind ab: Anerkennung der Vaterschaft sechs Monate nach der Geburt und wiederkehrender Kontakt.

⁶⁰ S EGMR zu *A.W. Khan vs The United Kingdom* (2010), Antrag 47486/ 06, Rn 32.

⁶¹ Das österreichische Familienrecht orientiert sich schon länger an europäischen Entwicklungen: schon die RV zum KindRÄG 1975, 60 BlgNR 14. GP wollte Neuerungen einführen, die „weitgehend der gesellschaftlichen Wirklichkeit“ entsprechen und wähnt sich im europäischen Vergleich in der „wägende[n] und behutsame[n] Mitte“; dass die Initiative in letzter Zeit von der Politik auf die Höchstgerichte überzugehen scheint, beklagt Beck, AdRÄG 2013; so wurde im Lichte der Entscheidung des EGMR zu *X and others vs Austria* (2010), Antrag 19010/ 07 die

einzelne Bestimmung des Familienrechts, § 139 Abs 2 ABGB, mittelbar Eingang gefunden hat: Das an dieser Stelle normierte „familiäre Verhältnis“ ist nach der Absicht des Gesetzgebers mit Blick auf Art 8 EMRK auszulegen.⁶² Allerdings sollte der Anwendungsbereich von § 139 Abs 2 ABGB wohl nicht auf den Familienbegriff der EMRK beschränkt werden. Dies hätte nämlich zur Folge, dass die besondere Beistandspflicht der zitierten Bestimmung nicht unbedingt auch (volljährige) Geschwister des Elternteils oder des Kindes trifft,⁶³ wovon die Lehre und der historische Gesetzgeber aber ausgehen.⁶⁴ Letzterer spricht iZm der Rechtfertigung der einzuführenden Pflicht neben der faktischen Möglichkeit, auf das Kindeswohl Einfluss zu nehmen, auch den „rechtlichen Aspekt“ der Beziehung zwischen dem Elternteil und dem verpflichteten Dritten an.⁶⁵ Daraus kann man mE schließen, dass § 139 Abs 2 ABGB nicht nur jene Beziehungen erfasst, die dem sozialen Familienbegriff des Art 8 Abs 1 EMRK entsprechen, sondern auch alle familiären Gruppen meint, die sonst unter den Familienbegriff des Privatrechts fallen. Der de-facto Familie kommt als Kriterium für die Abgrenzung der „Familie“ vor allem eine Unterstützungsfunktion zu: Mit ihrer Hilfe kann die Zuordnung einer sozialen Gruppe (wie Lebensgefährten) zur Familie im Rechtssinn auch bei nur geringer Regelungsdichte und fehlender gesetzlicher Definition erleichtert werden (vgl Seite 102 ff).

B. Der rechtliche Familienbegriff

Stützt sich der soziale Familienbegriff im Wesentlichen auf das tatsächliche Naheverhältnis der „Familienmitglieder“ zueinander, stellt ein rechtliches Verständnis der Familie darauf ab, ob eine Personengruppe von Seiten des Rechts wie eine Familie behandelt wird. Dies ist der Fall, wenn die Rechtsordnung an die familiären Beziehungen zwischen den Gruppenmitgliedern anknüpft bzw solche Beziehungen innerhalb der Gruppe regelt. Beziehungen sind familiär, wenn sie auf die

Stiefkindadoption für gleichgeschlechtliche Paare zugelassen (s BGBl I 179/ 2013), eine Regelung, die durch das Urteil des VfGH zu G 119/ 2014-120 um die gleichzeitige oder sukzessive Adoption ergänzt wurde; auch das Verbot der artifiziellen Insemination für weibliche homosexuelle Paare wurde erst unter dem Eindruck der Entscheidung des VfGH zu G 16/ 2013-16, G 44/ 2013-14 fallen gelassen (s BGBl I 35/ 2015).

⁶² Vgl IA 673/ A BlgNR 24. GP 25.

⁶³ Da Beziehungen zwischen volljährigen Kindern und ihren Eltern sowie jene zwischen volljährigen Geschwistern, auch wenn sie zusammenleben, nicht immer als „Familienleben“ von Art 8 Abs 1 EMRK geschützt werden; s dazu o bei Fn 46 f sowie EGMR zu *A. W. Khan vs The United Kingdom* (2010), Antrag 47486/ 06, Rn 32.

⁶⁴ S *Stefula*, iFamZ 2009, 270; *Fischer-Czermak*, EF-Z 2010, 6, *Hopf*, ÖJZ 2010, 157 sowie IA 673/ A BlgNR 24. GP 25, in Hinblick auf Geschwister des Elternteils.

⁶⁵ IA 673/ A BlgNR 24. GP 25.

Schaffung einer gemeinsamen Lebensgrundlage bzw das Großziehen von Nachkommen ausgerichtet sind, und diese Ziele va durch solidarisches (und nicht synallagmatisches) Zusammenwirken verfolgt werden sollen. Eine durch solche Beziehungen gekennzeichnete Gruppe weist gerade jene charakteristischen Merkmale der Familie auf, die sie in praktisch jeder menschlichen Gesellschaft auszeichnet (s Seite 4 f). Entsprechende Personengruppen können wie eine Familie wirken, weshalb es prima facie auch sinnvoll scheint, sie als solche zu behandeln. Wird eine soziale Gruppe aber durch das Recht so behandelt, als ob sie diesem Bild entspräche, geht es vom familiären Charakter dieser Gruppe aus. Dann handelt es sich um eine Familie im rechtlichen Sinn.

Dieses Verständnis der Familie umfasst jedenfalls die Gruppe aus Eltern und Kindern – die Kernfamilie selbst. Aber auch solidarische Gruppen, die alleine auf die Schaffung einer gemeinsamen Lebensgrundlage oder das Großziehen von Nachkommen ausgerichtet sind, unterfallen insoweit dem rechtlichen Familienbegriff. Beispiele sind Ehegatten ohne Kinder (kein Großziehen von Nachkommen) und Pflegeeltern und –kinder (keine Bündelung von Ressourcen)⁶⁶. Das Familienrecht erwähnt einen solchen Familienbegriff zwar nicht ausdrücklich, regelt verschiedene soziale Gruppen aber offenbar aufgrund der von ihnen zu erfüllenden familiären Funktionen: Pflegeeltern sind mit Pflege und Erziehung Minderjähriger betraut und sollen zu diesen eine dem Eltern-Kind Verhältnis nahekommende Beziehung aufbauen (§§ 184 f ABGB), Eltern sind einander schon deshalb verpflichtet, weil sie gemeinsame Kinder haben,⁶⁷ zwischen eingetragenen Partnern soll „im Wesentlichen“ eine der Ehe gleiche Gemeinschaft hergestellt werden,⁶⁸ mit einem Familienmitglied und dessen Kind im gemeinsamen Haushalt lebende Personen sollen das Kindeswohl schützen⁶⁹ und Lebensgefährten sollen in Fällen psychischer Krankheit oder geistiger Behinderung die rechtliche Befugnis haben, die Interessen

⁶⁶ Jedenfalls nicht im solidarischen familiären Sinn: kein lebenslanges Abhängigkeitsverhältnis und keine Unterhaltspflichten; das Pflegeverhältnis beschränkt sich auf die Herstellung einer dem Eltern-Kind Verhältnis vergleichbaren emotionalen Bindung sowie die Pflege und Erziehung im gemeinsamen Haushalt und endet mit Volljährigkeit des Pflegekindes; vgl *Hopf* in KBB⁵, § 184 Rz 1 ABGB; darüber hinaus erhalten Pflegeeltern, die nicht nahe Angehörige des Pflegekindes sind, eine pauschale Abgeltung des mit der vollen Pflege und Erziehung verbundenen finanziellen Aufwands, s § 20 B-KJHG; dabei ist zu beachten, dass der Begriff der Pflegeeltern und –kinder des B-KJHG enger als jener des ABGB ist.

⁶⁷ Also auch wenn sie nicht verheiratet sind; vgl §§ 189 Abs 1 Z 1 iVm Abs 5 u 235 Abs 1 ABGB.

⁶⁸ Vgl ErläutRV 485 BlgNR 24. GP 5; s auch *ibid*, 17, wonach es sich bei den Rechten aus der eP um „Familienrechte“ handelt.

⁶⁹ S § 139 Abs 2 ABGB; so wird eine soziale „Familie“ zur Erfüllung einer familiären Funktion verpflichtet.

des jeweils anderen wahrzunehmen (§ 284c ABGB). Auch die Ehe ist Familie im rechtlichen Sinn, sei es als institutioneller Rahmen der Kernfamilie⁷⁰ oder als „bloße“ Verbindung zweier Personen. Denn auch wenn eine Ehe kinderlos bleibt, dient sie angesichts ihrer persönlichen Rechtswirkungen (§ 90 ABGB) und der Regelungen zur Aufteilung des ehelichen Gebrauchsvermögens und zum gemeinsamen Wirtschaften jedenfalls der Bündelung von Ressourcen in einem gemeinsamen solidarischen (familiären) Lebensraum.⁷¹ Auch die nichteheliche Lebensgemeinschaft fällt unter den rechtlichen Familienbegriff, wenn man sie nach den in Lehre und Judikatur entwickelten Kriterien definiert. Nach diesen kommt es letztlich darauf an, ob die untersuchte Gemeinschaft inhaltlich der Ehe gleicht – und damit für die Lebensgefährten eine vergleichbare Funktion erfüllt (vgl Seite 100). Die Wahlfamilie erfüllt dieselben Aufgaben (verfolgt dieselben Ziele) wie eine leibliche Familie und ist damit ebenso Familie im rechtlichen Sinn (§ 197 ABGB).

Geht man davon aus, dass die Familie als solche letztlich wegen ihrer gesellschaftlichen Aufgaben gesetzlichen Regelungen unterliegt, kann auch der Gegenstand des Familienrechts mit Blick auf den rechtlichen (oder rechtlich-funktionalen) Familienbegriff umschrieben werden: Das Familienrecht ordnet demnach die Rechtsverhältnisse zwischen den Mitgliedern genau jener sozialen Gruppen, von denen die Rechtsordnung annimmt, dass sie bestimmte gesellschaftlich wichtige – nämlich familiäre – Funktionen zu erfüllen haben. Der rechtliche Familienbegriff hat den Vorteil, dass er aus dem Familienrecht selbst abgeleitet werden kann und nicht hauptsächlich in einer einzelnen verfassungsrechtlichen Bestimmung gründet (wie es beim sozialen Familienbegriff in Hinblick auf Art 8 Abs 1 EMRK der Fall ist). Da die Einordnung einer Gruppe als Familie im rechtlichen Sinn die Existenz spezifischer Regelungen voraussetzt, orientiert sich dieses Verständnis der Familie auch mehr an der Familienrechtswirklichkeit als dem im sozialen Familienbegriff zum Ausdruck kommenden verfassungsrechtlichen Ideal. Wie schon der soziale bietet auch der rechtliche Familienbegriff Anhaltspunkte für die Beurteilung des familiären

⁷⁰ In welchem Fall sie alle klassischen familiären Aufgaben übernimmt; vgl § 44 ABGB, wonach die „Familienverhältnisse durch den Ehevertrag gegründet“ werden, welcher auch Zeugung und Erziehung von Kindern zum Inhalt hat.

⁷¹ Vgl §§ 81 ff EheG; so besteht zwischen Eheleuten – ungeachtet des gesetzlichen Güterstands (§ 1237 ABGB) – auch in Bezug auf das Vermögen stets eine gewisse Wirtschaftsgemeinschaft; vgl auch §§ 91 Abs 1 und 94 ABGB sowie die Regelungen über den Unterhalt während aufrechter Ehe.

Charakters von Personengruppen, die gesetzlich nur wenig geregelt sind.⁷² Allerdings lassen sich nicht alle „familiären“ Verhältnisse gleichermaßen gut nach den von ihnen wahrgenommenen klassischen familiären Aufgaben beurteilen, weil diese vor allem im engsten Familienkreis (Paare, Eltern und Kinder) erfüllt werden. Damit kann die Einschätzung etwa der Verhältnisse von Kindern untereinander (Geschwistern) oder Großeltern und Enkeln nach diesem Maßstab bereits an Schärfe verlieren, auch wenn diese Gruppen typischerweise zur Bewältigung der familiären Kernaufgaben beitragen.⁷³ Vor allem aber kann es wünschenswert sein, auch entferntere Verwandte, wie Cousins, als „Angehörige“ zu berücksichtigen (vgl §§ 40 ff ABGB u 32 Abs 1 IO), was sich regelmäßig nicht auf ein rechtliches Verständnis der Familie im eben dargestellten Sinn zurückführen lässt.

C. Familie durch Abstammung

Nach § 40 ABGB bilden die Stammeltern und all ihre Nachkommen eine Familie, worunter in gerader Linie voneinander abstammende Personen wie auch Seitenverwandte zu verstehen sind (vgl auch § 41 ABGB). Dieser Familienbegriff ist zunächst sehr weit und umfasst auch Personengruppen (wie Cousinen und Cousins), die im Familienrecht ansonsten kaum von Bedeutung sind.⁷⁴ Er ermöglicht eine besonders klare Abgrenzung der Familie, weil er vom subjektiven Empfinden der Betroffenen ebenso unabhängig ist wie von ihrer gesellschaftlichen Funktion und nur auf ein stark objektives Kriterium (die Abstammung) abstellt. Dabei stand ursprünglich die biologische (und nicht die rechtliche) Abstammung im Vordergrund,⁷⁵ auch wenn es Fälle gab, in denen die biologische Familie gegenüber der rechtlichen Familie im Nachteil war. So war es dem biologischen Vater bis zum KindRÄG 2001⁷⁶ nicht möglich, außerhalb eines streitigen Verfahrens (mit dem Kind als Beklagten und nach Fristablauf nur unter Mitwirkung des

⁷² Man denke an Lebensgefährten, Geschwister oder die verschiedenen Personengruppen, auf die die Regelung des § 139 Abs 2 ABGB anwendbar sein kann, vgl insoweit *Fischer-Czermak*, EF-Z 2010, 6.

⁷³ Letzteres entspricht tendenziell auch der Einschätzung des Gesetzes, vgl die §§ 40, 137 Abs 1, 178, 185 Abs 2 u 204 ABGB und der gesellschaftlichen Realität, vgl Seite 119 zur praktischen Bedeutung des Großeltern-Enkel Verhältnisses.

⁷⁴ Insoweit ist das an der Abstammung orientierte Verständnis der Familie auch deutlich weiter als der soziale und der funktionale Familienbegriff.

⁷⁵ Vgl *Zeiller*, Kommentar I, § 40 Rz 1, welcher ausführt, dass die Familienverhältnisse durch „Zeugung“ und das dadurch geformte „Band der Natur“, nämlich die „Blutsverwandtschaft“, entstehen; vgl auch RS0009303 (OGH zu 6 Ob 4/ 81), wonach aus „den §§ 40, 41, 138 Abs 1 und 163 Abs 1 ABGB folgt, daß das familienrechtliche Verhältnis der Verwandtschaft zwischen Vater und Kind an die durch den Zeugungsakt biologisch bedingte Abstammung anknüpft“.

⁷⁶ BGBl I 135/ 2000.

Staatsanwalts) die Anerkennung seiner Vaterschaft zu betreiben, wenn bereits ein rechtlicher Vater existierte.⁷⁷ Neben den §§ 40 ff ABGB scheint auch die Regelung der Adoption an ein biologisches Verständnis der Abstammung anzuknüpfen, weil durch diese nur die „gleichen Rechte“ wie durch die (von ihr unberührte) Abstammung begründet werden.⁷⁸ Auch § 148 Abs 1 u 2 ABGB stellen eindeutig auf die biologische Abstammung ab. Der OGH stützte sich noch im Jahr 2002 auf den „Grundsatz der biologischen Vaterschaft“ um zu begründen, warum der Nachweis des Feststellungsinteresses in Fragen der (Nicht-) Abstammung vom Vater nicht notwendig ist.⁷⁹ Das Unterhaltsrecht folgt eher einem rechtlichen Verständnis der Abstammung, weshalb auch eine zu Unrecht (endgültig) als Vater feststehende Person unterhaltspflichtig ist.⁸⁰ Andererseits können Regressansprüche des Scheinvaters auch gegen den rein biologischen Vater geltend gemacht werden.⁸¹ Im Strafrecht geht die hM bei der Begründung der Garantenstellung von einem rechtlichen Abstammungsbegriff aus.⁸² Jüngere familienrechtliche Änderungen zeugen von einem zunehmend rechtlichen Verständnis der Abstammung, das auch nach Vorstellung des Gesetzgebers nicht mit der biologischen Verwandtschaft übereinstimmen muss: Zunächst wurde mit dem FamErbRÄG 2005⁸³ die Vermutung der Vaterschaft⁸⁴ im Rahmen der Ehe durch deren positive Begründung ex lege ersetzt.⁸⁵ Angesichts dieser Klarstellung erhält die Abstammung des Kindes vom Ehemann der Mutter iSd § 144 Abs 1 ABGB einen rein rechtlichen Charakter und knüpft nur noch indirekt an die (vermutete) biologische Verwandtschaft an. Im Weiteren wurde im Lichte eines Urteils des VfGH⁸⁶ die artifizielle Insemination für homosexuelle Frauen geöffnet.⁸⁷ Dadurch ist es für gemeinsame Kinder letzterer möglich, im Rechtssinn von einer

⁷⁷ Vgl die §§ 138, 158 u 164 ff ABGB idF vor dem KindRÄG 2001; genau genommen hat das ABGB in seiner ursprünglichen Fassung die Feststellung der Nichtabstammung vom Ehemann sogar außerordentlich erschwert (vgl § 158 ABGB idF von 1812); s dazu auch *Zeiller*, Kommentar I, § 158 Rz 3.

⁷⁸ S § 197 Abs 1 u 2 ABGB.

⁷⁹ S 7 Ob 288/ 02g.

⁸⁰ S RS0048557.

⁸¹ Die vorfrageweise Vaterschaftsfeststellung wirkt dann nur inter partes, s 7 Ob 60/ 15x.

⁸² S 15 Os 69/ 06w mwN.

⁸³ BGBl I 58/ 2004.

⁸⁴ Nach § 138 Abs 1 ABGB idF des KindRÄG 2001.

⁸⁵ Eine „klare Aussage“ über die Person des Vaters zu treffen, war auch die erklärte Absicht des Gesetzgebers, s ErläutRV 471 BlgNR 22. GP 7; vgl *Hopf* in KBB⁵, § 144 Rz 2.

⁸⁶ Zu G 16/ 2013-16, G 44/ 2013-14.

⁸⁷ Die artifizielle Insemination wurde durch das FMedRÄG 2015 (BGBl I 35/ 2015) neu geregelt; diese Art der Liberalisierung dürfte von Dauer sein: bereits im Lichte der Entscheidung des EGMR zu *X and others vs Austria* (2010), Antrag 19010/ 07 wurde die Stiefkindadoption mit dem AdRÄG 2013 (BGBl I 179/ 2013) für gleichgeschlechtliche

Person (dem „anderen Elternteil“) abzustammen, mit der sie aus biologischer Sicht gar nicht verwandt sein können.⁸⁸ Auch § 148 Abs 3 ABGB sieht die rechtliche Vaterschaft einer Person vor, die nicht biologischer Vater sein kann. Hinzu kommt, dass das Gesetz die Feststellung der Abstammung vom biologischen Vater in solchen Fällen überhaupt nicht zulässt.⁸⁹ Besonders deutlich ist der Übergang zu einem überwiegend rechtlichen Abstammungsbegriff durch die Legalisierung der Eizellspende⁹⁰ geworden. Da die Regelung der Abstammung von der Mutter (die Frau, die das Kind geboren hat, s § 143 ABGB) nicht verändert wurde, müssen die rechtliche und die biologische Abstammung des Kindes von seiner Mutter in diesen Fällen notwendig auseinanderfallen, wobei eine „Korrektur“ der Abstammung weder möglich ist, noch sinnvoll wäre. Schließlich möchte offenbar die Empfängerin der Eizellspende (und nicht die Spenderin) ein Kind bekommen und großziehen; eine Möglichkeit zur Feststellung der Nichtabstammung von der Frau, die das Kind geboren hat, kennt das Gesetz nicht. Das Gesetz sieht also Situationen vor, in denen keiner der Eltern im abstammungsrechtlichen Sinn aus genetischer Sicht mit ihrem Kind verwandt sind. Insgesamt ist die genetische Abstammung daher nur noch einer von mehreren Aspekten, die für die Abstammung im Rechtssinn von Bedeutung sind, ohne dass von einer auch nur theoretischen Übereinstimmung der dahinterstehenden Personengruppen gesprochen werden könnte.⁹¹ Dies ist insoweit ein Vorteil, als eindeutige rechtliche Abstammungsregeln, die nicht nur „vorbehaltlich“ der biologischen Verwandtschaft gelten, die Familie besonders klar von anderen Gruppen abgrenzen. Auch sollten das Familienrecht und sein Verständnis der Familie der gesellschaftlichen Realität entsprechen und nicht Kriterien (wie die biologische Verwandtschaft) in den Vordergrund stellen, die dieser Realität nicht gerecht werden können. So ist das Auseinanderfallen der genetischen und der rechtlichen Elternschaft offenbar sinnvoll wenn ein

Paare geöffnet, und mit der Entscheidung des VfGH zu G 119/ 2014-120 um die gleichzeitige bzw sukzessive Adoption nicht leiblicher Kinder erweitert.

⁸⁸ Da aus offensichtlichen Gründen nur die Eizelle einer der beiden Frauen zur Zeugung herangezogen werden kann, s § 144 Abs 2 u 3 ABGB.

⁸⁹ S § 148 Abs 4 ABGB, vgl dazu *Maier*, EF-Z 2014, 33; auch die Feststellung der Nichtabstammung von einer Person, deren biologische Vaterschaft ausgeschlossen ist, ist uU nicht möglich, s § 152 ABGB.

⁹⁰ Durch das FMedRÄG 2015 (BGBl I 35/ 2015), mit welchem die Bestimmung des § 3 Abs 3 FMedG idF des BGBl 275/ 1992 ersatzlos gestrichen wurde.

⁹¹ Der deutsche Gesetzgeber hat diesem Umstand mit der Einführung des § 1686a BGB über die „Rechte des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters“ Rechnung getragen, s *Clausius*, MDR 2013, 685; vgl auch § 1598a BGB, wonach die Mitglieder der rechtlichen Gruppe aus Mutter, Vater und Kind jeweils gegenüber den anderen beiden einen Anspruch auf Feststellung der biologischen Abstammung haben.

Kind mit dem Samen oder der Eizelle eines Dritten gezeugt wurde. Ebenso wünschenswert scheint die Möglichkeit, ungeachtet der genetischen Verwandtschaftsverhältnisse an den bestehenden Rechtsverhältnissen festzuhalten, wenn ein biologischer Vater sich gegen den Willen aller anderen Beteiligten durch Erlangung der rechtlichen Vaterschaft in eine intakte Familie (samt Vater im Rechtssinn) drängen möchte. Insgesamt ist das objektive Verständnis der Familie als einer im Rechtssinn miteinander verwandten Gruppe wohl am besten geeignet, Grundlage ihrer inhaltlichen Ausgestaltung durch das Gesetz zu sein. Der einzige Nachteil eines solchen Verständnisses ist, dass es zu kurz greift: Da ua auch Ehegatten oder Wahleltern und –kinder nicht in diesem Sinn miteinander verwandt sind,⁹² müssen auch noch andere Kriterien (wie diejenigen des rechtlichen und sozialen Familienbegriffs) für die Beurteilung der Zugehörigkeit einer sozialen Gruppe zur Familie im Rechtssinn herangezogen werden.

Der so durch die soziale, rechtliche und abstammungsrechtliche Familie abgegrenzte Gegenstand des Familienrechts bildet den grundsätzlichen Rahmen jener sozialen Gruppen, die im 2. Teil auf das Bestehen familiärer Informationspflichten hin untersucht werden. Zuvor ist noch darauf einzugehen, welche Informationen im Allgemeinen als Gegenstand solcher Pflichten in Betracht kommen und welche Informationsarten im Besonderen als praktisch relevante Beispiele hervorgehoben werden können.

2. Kapitel: Familie und Information

I. Familiäre Informationen

Die Familie ist aus soziologischer (s Seite 4 ff) und rechtlicher Sicht eine Solidargemeinschaft. Dementsprechend sind Familienmitglieder in unterschiedlichem Ausmaß dazu verpflichtet, ihre wechselseitigen Interessen wahrzunehmen.⁹³ Dazu ist es notwendig, dass Familienmitglieder einander über Umstände unterschiedlichster Art aufklären: Vom gemeinsamen Essen über die gemeinsame Freizeitplanung bis hin zur Verwaltung knapper Güter kann die Familie ohne ständigen Informationsaustausch zwischen ihren Mitgliedern nicht funktionieren.⁹⁴ So haben

⁹² S anstelle vieler *Posch* in *Schwimann/ Kodek* I⁴, § 40 Rz 3.

⁹³ Vgl die §§ 90, 137 Abs 1, 139 Abs 2 ABGB u 8 Abs 2 EPG; s zur Berücksichtigung dieser familiären Solidarität durch das Recht *Schwab*, FamRZ 1997, 521.

⁹⁴ Vgl *Druey* in FS Schnyder, 141 u *Lüderitz* in FS Gaul, 411 u 422, der auch zu einer Kooperationspflicht in Hinblick auf die Finanzierung einer Zweitausbildung Stellung bezieht.

Ehegatten einander über ihre finanziellen Verhältnisse⁹⁵ und wesentliche Umstände ihres Berufs- und Privatlebens⁹⁶ in Kenntnis zu setzen, während alle im Haushalt lebenden Familienmitglieder demjenigen, der das Essen zubereiten wird, mitteilen sollten, wann mit ihnen gerechnet werden kann⁹⁷. Aufklärungspflichten zwischen Eltern und Kindern wurden für die Schweiz in Bezug auf wesentliche medizinische Informationen angenommen,⁹⁸ wobei solchen Pflichten unter anderem durch Ermächtigung des Arztes zur Erteilung der geschuldeten Auskunft entsprochen werden kann.⁹⁹ In diesem Zusammenhang ist auch an die Pflicht zu denken, Angehörige vor ansteckenden Krankheiten zu warnen.¹⁰⁰ In Deutschland hat ein Kind gegenüber seiner Mutter regelmäßig Anspruch auf Auskunft über die Identität seines Vaters.¹⁰¹ Weitere Beispiele sind die Pflicht zur Mitteilung geänderter Verhältnisse, die für die Bemessung des Unterhalts von Bedeutung sind, und die Information über Ereignisse oder bevorstehende Entscheidungen großer Tragweite.¹⁰² Besondere Beachtung verdient auch die Pflicht, dem anderen mit Ratschlägen zur Seite zu stehen, wobei besondere Fachkenntnisse zu entsprechend fachmännischem Rat verpflichten.¹⁰³ In diesen Fällen ist der familiäre Charakter der geschuldeten Aufklärung genauso wenig zu leugnen wie der informationelle Charakter der zu erbringenden Leistung. Für eine nähere Untersuchung familiärer Informationspflichten ist jedoch kurz darauf einzugehen, wann von einer Pflicht zur familiären Aufklärung gesprochen werden kann.

⁹⁵ Vgl 9 ObA 50/ 03y; s zur Relevanz solcher Pflichten als Eheverfehlung *Hopf/ Kathrein*, Eherecht², § 49 EheG Anm 10d; Art 170 ZGB verpflichtet Ehegatten zur Information über Vermögen und Schulden.

⁹⁶ Vgl 2 Ob 514/ 87; nach 4 Ob 166/ 02v sind Detektivkosten ersatzfähig, wenn sie notwendig waren, um Klarheit über den „Stand der Ehe“ zu erlangen.

⁹⁷ Vgl *Druey* in FS Schnyder, 155; eine Verletzung solcher Pflichten zieht jedoch regelmäßig keine Rechtsfolgen nach sich, s dazu im 3. Teil.

⁹⁸ S *Hegnauer* in *Hausheer* II, Art 272 Note 31.

⁹⁹ S *Hegnauer* in *Hausheer* II, Art 272 Note 31; davon ist die Frage zu unterscheiden, ob ein Arzt von sich aus zur Tat schreiten muss: dies bejaht das OLG Frankfurt zu 8 U 67/99 vom 08.07.1999 bei Verschweigen einer HIV Infektion gegenüber der Lebensgefährtin, s dazu *Frever/ Säfken*, Ethik Med 2003, 15; fraglich ist, ob der Arzt sein Schweigen angesichts familiärer Aufklärungspflichten eher brechen muss, vgl *Coester* in *Staudinger* IV, § 1618a Rn 58 ff u 70 ff zu Außenwirkungen familiärer Rechtspflichten u *Lewinski*, MedR 2004, 99f.

¹⁰⁰ Vgl *Druey* in FS Schnyder, 154.

¹⁰¹ Vgl *Coester* in *Staudinger* IV, § 1618a Rn 47 ff; *Pieper/ Friederici* in *Prütting/ Wegen/ Weinreich*, § 1618a Rn 4.

¹⁰² S iZm Unterhaltspflichten zuletzt 2 Ob 261/ 12i; vgl *Pieper/ Friederici* in *Prütting/ Wegen/ Weinreich*, § 1618a Rn 5 u *Harrer-Hörzinger* in *Harrer/ Zitta*, Familie und Recht, 29 ff; s *Hegnauer* in *Hausheer* II, Art 272 Note 44 aE zur Mitteilung von Entscheidungen großer Tragweite.

¹⁰³ Vgl *Hausheer/ Reusser/ Geiser* in *Hausheer* II, Art 159 Note 45; *Stefula*, ÖJZ 2005, 35; *Voppel* in *Staudinger* IV, § 1353 Rn 53a.

Unter einer familiären Informationspflicht wird im Folgenden die Rechtspflicht, ein familiäres Informationsgefälle auszugleichen, verstanden, unabhängig von der Möglichkeit ihrer gerichtlichen Geltendmachung bzw der Durchsetzbarkeit entsprechender Urteile. Ein Informationsgefälle kann als familiär bezeichnet werden, wenn es einerseits zwischen zwei Mitgliedern derselben Familie im Rechtssinn besteht und andererseits jene Interessen berührt, die im Rahmen der diese Familie auszeichnenden Solidargemeinschaft gefördert werden sollen. Art und Ausmaß der Solidargemeinschaft ergeben sich wiederum aus den die jeweilige Familie im Innenverhältnis regelnden Bestimmungen des Familienrechts. Die familiäre Solidargemeinschaft ist also eine – mehr solidarische als synallagmatische – Interessensgemeinschaft mit gesetzlich festgelegtem Umfang. Beispielsweise müssen die Mitglieder der Kernfamilie ihre wechselseitigen Interessen sehr weitgehend wahrnehmen (vgl §§ 90, 137 ABGB), während Lebensgefährten einander typischerweise nur in Hinblick auf den durch ihre Gemeinschaft geschaffenen Vertrauenstatbestand verpflichtet sind (dazu Seite 104 ff). Zwischen Eltern und Kindern bezieht sich die Solidargemeinschaft auch auf die Pflege der Eltern im Alter¹⁰⁴ und die Versorgung und Pflege der Kinder im Rahmen der Erziehung (vgl § 138 ABGB); zwischen Ehegatten stechen das Großziehen von Nachkommen und die Treuepflicht als besondere Aspekte hervor (§§ 44, 90 ABGB). In bestimmten Fällen sind Abweichungen des Umfangs der rechtlichen Solidargemeinschaft vom gesetzlichen Regelfall durch die privatautonome Gestaltung des familiären Lebensraums möglich. Dies betrifft vor allem Ehegatten (und eingetragene Partner, vgl § 8 Abs 2 u 3 EPG) in Bezug auf die von ihnen zu begründende Lebensgemeinschaft. Vereinbaren sie, ein im gesetzlichen Rahmen enthaltenes Merkmal ihrer Gemeinschaft nicht zu verwirklichen – was in einem bestimmten Ausmaß möglich ist¹⁰⁵ – sind sie insoweit wohl auch nicht mehr dazu verpflichtet, einander zu unterstützen, sodass die Solidargemeinschaft in ihrem Umfang entsprechend reduziert wird. Ein Beispiel sind Ehegatten, die sich anlässlich der Eheschließung darüber einig waren, zu keinem Zeitpunkt gemeinsame Kinder bekommen zu wollen. Eine solche Absichtserklärung zwischen Ehegatten (in spe) kann zwar keine Bindungswirkung¹⁰⁶ entfalten, ist

¹⁰⁴ S 2 Ob 79/ 05i u 6 Ob 29/ 09x; s *Stefula*, ÖJZ 2005, 35.

¹⁰⁵ Vgl zum Gestaltungsspielraum der Ehegatten die §§ 44, 90f ABGB; s dazu anstelle vieler *Koch* in KBB⁵, § 90 Rz 1 u § 91 Rz 1; grundlegend *Migisch* in *Floretta*, Das neue Ehe- und Kindschaftsrecht, 20 f, u *Kerschner* in *Harrer/ Zitta*, Familie und Recht, 391.

¹⁰⁶ Rechtsgeschäftlich bindende Vereinbarungen über das Zeugen oder nicht-Zeugen von Kindern, wie auch den Gebrauch von Verhütungsmitteln sind sittenwidrig, dringen sie doch in jenen Bereich der Selbstbestimmung ein, der

ansonsten aber ebenso zulässig wie die daraus entstandene kinderlose eheliche Lebensgemeinschaft.¹⁰⁷ Hat eine solche Lebensgemeinschaft demnach nicht den Zweck, gemeinsame Kinder hervorzubringen, können die Ehegatten einander auch nicht in Hinblick auf die Verwirklichung dieses Ziels verpflichtet sein. Dann könnte eine zwischen Ehegatten ansonsten bestehende Pflicht, einander über Einschränkungen ihrer Möglichkeit, gemeinsame Kinder zu zeugen aufzuklären, wegfallen. Dies wäre freilich nur bei einvernehmlichem Vorgehen der Ehegatten denkbar und müsste sich ändern, wenn einer der beiden zu erkennen gibt, doch gemeinsame Kinder bekommen zu wollen.¹⁰⁸ Damit kann auch in einer Ehe vom gesetzlich festgelegten Umfang der Solidargemeinschaft nur mit Einschränkungen abgewichen werden. Von einer solchen Beschränkung des gesetzlichen Umfangs der familiären Interessensgemeinschaft sind jene Fälle zu unterscheiden, in denen das sonst familienrechtlich gebotene Verhalten aufgrund einer Interessensabwägung im Einzelfall doch nicht geschuldet ist.¹⁰⁹ Interessen, zu deren Wahrnehmung Familienmitglieder grundsätzlich verpflichtet sind, können als familiäre Interessen bezeichnet werden, während Informationen, deren Weitergabe der Wahrung solcher Interessen dient (und damit ein familiäres Informationsgefälle ausgleicht) familiäre Informationen iSd Untersuchung sind. Die Weitergabe familiärer Informationen bewirkt also die Förderung familienrechtlich geschützter Interessen und verhilft so gesetzlich verankerten

von niemandem beschränkt werden kann; vgl *Migsch* in *Floretta*, Das neue Ehe- und Kindschaftsrecht, 20 f, *Kissich* in *Fenyves/ Kerschner/ Vonkilch*, Klang, § 44 Rz 8 u *Wacke* in *MüKommBGB*⁴, § 1353 Rn 32; diese Fragen werden auch iZm möglichen Vereinbarungen zwischen nichtehelichen Lebensgefährten regelmäßig aufgegriffen, vgl *Schwimann/ Ferrari* in *Schwimann/ Kodek* I⁴, § 44 Rz 13, *Möschl*, Lebensgemeinschaft³, 38 Rz 42 u *Fischer-Czermak/ Beclin*, Nichteeliche Lebensgemeinschaften, 63.

¹⁰⁷ Vgl *Migsch* in *Floretta*, Das neue Ehe- und Kindschaftsrecht, 20 f u *Kerschner* in *Harrer/ Zitta*, Familie und Recht, 403ff zur Rechtsnatur von Vereinbarungen über die eheliche Lebensgemeinschaft; vgl *Hopf/ Kathrein*, Eherecht³, § 91 Rz 9, *Schwimann/ Ferrari* in *Schwimann/ Kodek* I⁴, § 91 Rz 3 zur Zulässigkeit der Vereinbarung der Kinderlosigkeit; wäre dies nicht möglich, würde die geschlechtliche Selbstbestimmung der Ehegatten verletzt; s Fn 14 mwN.

¹⁰⁸ Da von der gesetzlichen Ausgestaltung der ehelichen Lebensgemeinschaft nur im Einvernehmen der Ehegatten abgegangen werden kann und in der Abwesenheit besonderer Vereinbarungen der Ehegatten auf den gesetzlichen Regelfall abzustellen ist; ein nachträglich aufgetretener Kinderwunsch dürfte eine einseitige Änderung der gemeinsamen Lebensplanung der Ehegatten wohl gerade in einer Ehe rechtfertigen, was freilich nicht bedeutet, dass der andere nunmehr zur Zeugung von Kindern an sich verpflichtet wäre, vgl Fn 14 wie auch unten, Seite 91; vgl zum einseitigen Abgehen von höchstpersönlichen Vereinbarungen zwischen Ehegatten *Koch* in *KBB*⁵, § 91 Rz 3.

¹⁰⁹ So kann der Anspruch, die Person, mit der der andere eine ehebrecherische Beziehung pflegt, nicht in der Ehwohnung dulden zu müssen, entfallen, wenn der Kläger sich dort gar nicht aufhält, die Ehe bereits unheilbar zerrüttet ist, die Besuche in einem von dem ehebrecherischen Gatten allein benutzten Raum stattfinden und dem Besuch des im Ehebruch gezeugten Kindes dienen, s 4 Ob 223/ 02a.

Wertvorstellungen zum Durchbruch. Inwieweit eine solche Aufklärung aber Gegenstand einer Rechtspflicht sein kann, hängt von den jeweils vorhandenen Rechtsgrundlagen ab.

II. Informationsarten

Welche Informationen als Gegenstand einer familiären Aufklärungspflicht in Betracht kommen, hängt nach dem eben Gesagten von der gesetzlichen Ausgestaltung der jeweiligen familiären Gruppe ab. Im Allgemeinen ist der Rahmen möglicher Informationsarten eher weit, weil die Mitglieder einiger zentraler familiärer Gruppen (wie der Kernfamilie) zu umfassendem wechselseitigen Beistand verpflichtet sind, wozu auch die Wahrung persönlicher, gesundheitlicher und finanzieller Interessen zählt (s Seite 48). Ist die Weitergabe von Information in der Familie insoweit von Bedeutung, handelt es sich bereits um familiäre Informationen (s Seite 21 f). Auch außerhalb der Kernfamilie existieren vielschichtige familienrechtliche Verpflichtungen, sodass etwa nach § 139 Abs 2 ABGB alle jene Informationen in Betracht kommen, deren Weitergabe dem Schutz des Kindeswohls dient. Hinzu kommen Informationen, zu deren Weitergabe das Familienrecht ausdrücklich verpflichtet (vgl § 189 Abs 1 Z 1 iVm Abs 5 ABGB). Die auf Seite 19 angeführten Beispiele lassen ebenfalls eine große Bandbreite familiärer Aufklärungspflichten erkennen. Aus der Vielfalt familiärer Informationen sollen im Rahmen dieser Untersuchung jedoch vor allem die im Nachfolgenden vorgestellten Arten hervorgehoben werden. Sie zeichnen sich neben ihrem hohen Stellenwert für die betroffenen Familienmitglieder auch dadurch aus, dass die gerichtliche Behandlung und eventuelle zwangsweise Durchsetzung ihrer Weitergabe jedenfalls vorstellbar ist; dies ist relevant, weil die Justiziabilität von Familienrechten nicht immer gewährleistet ist (s Seite 134 ff).

A. Information über das Erbgut

Sind zwei Personen im genetischen Sinn miteinander verwandt, sind Teile ihres Erbguts identisch. Weiß nun eine der beiden um eine bei ihr vorliegende Veränderung ihres Erbguts, ist es möglich, dass dieses Wissen für die andere Person von hoher Bedeutung ist. Zu denken ist dabei an genetische Veränderungen, die im Vergleich zu „gesundem“ Erbmateriale eine Abweichung oder Mutation darstellen und bestimmte für die körperliche bzw geistige Gesundheit (stark)

nachteilige Auswirkungen haben.¹¹⁰ Auch wenn eine solche pathogene Veränderung nicht im Sinne einer Behandlung der Krankheitsursache „behoben“ oder „rückgängig gemacht“ werden kann, ermöglicht die rechtzeitige Erkenntnis, von ihr betroffen zu sein, uU das Ergreifen von Gegenmaßnahmen¹¹¹ und die Anpassung der Lebensplanung¹¹² angesichts der zu erwartenden negativen Auswirkungen¹¹³. Neben dem Fall der biologischen Verwandtschaft sind Informationen über das Vorliegen genetischer Veränderungen des Erbmaterials auch dann relevant, wenn es zur Zeugung von Nachkommen herangezogen werden soll.¹¹⁴ Das Risiko der Weitergabe veränderten Erbguts kann Anlass zu besonderen oder erweiterten Vorsorgemaßnahmen geben¹¹⁵ oder auch zu einer Neuorientierung des Kinderwunsches führen¹¹⁶. Eine solche Situation kann vor allem auch dann entstehen, wenn beide (oder alle drei¹¹⁷) biologischen Eltern insoweit gesund sind, als sie gar nicht oder noch nicht durch die bei ihnen vorliegende genetische Veränderung beeinträchtigt sind. Die Bedeutung des Informationsaustausches innerhalb der Familie ist in all diesen Fällen besonders hoch, weil entsprechende Informationen typischerweise nur von Familienmitgliedern zur Verfügung gestellt werden können, die bereits im Rahmen einer

¹¹⁰ ZB schwere Krankheiten, die meist erst im Erwachsenenalter erkennbar werden, wie Chorea-Huntington, Marfan-Syndrom (va Skelett- und Gefäßsymptome, mit Gefäßoperationen verbunden) und Myotone Dystrophie (degenerative Muskelerkrankung); verschiedene mit spezifischen Krebsrisiken verbundene Veränderungen, wie zB hereditäres Brust- und Eierstockkrebs-Syndrom, Lynch-Syndrom oder hereditäres diffuses Magenkrebs-Syndrom; Veränderungen, die, wenn sie auch nur bei einem (völlig gesunden) Elternteil vorliegen, zu einer geistigen Entwicklungsstörung bei einem Kind führen können, wie Fragiles X-Syndrom (Weitergabe durch gesunde Mutter an männliche Deszendenten möglich) oder unbalanciert vererbte chromosomale Translokationen (Weitergabe durch gesunde Eltern an männliche wie auch weibliche Nachkommen möglich); vgl in derselben Reihenfolge zu den genannten Krankheitsbildern *Schaaf/ Zschocke*, Humangenetik², 274 ff, 199 ff, 46 ff, 301 ff, 307 ff, 304, 287 ff u 36 ff.

¹¹¹ Etwa durch Vorsorgemaßnahmen, wie intensivierte Früherkennungsprogramme und prophylaktische Organentfernung bei hohem Krebsrisiko oder regelmäßige Herzuntersuchungen bzw vorbeugende Gefäßoperationen bei Marfan-Syndrom, aber auch durch medikamentöse Behandlung, wie Faktor VIII-Ersatztherapie bei Hämophilie A (Bluterkrankheit) oder Knochenmarktransplantation bei X-SCID (X-chromosomal schwerer kombinierter Immundefekt), vgl zu den ersten dreien dieser Bsp *Schaaf/ Zschocke*, Humangenetik², 303, 203, 216 f u 343.

¹¹² So kann eine drastisch verkürzte Lebenserwartung für den Entschluss Kinder zu bekommen oder eine besonders lange Ausbildung in Angriff zu nehmen von offensichtlicher Bedeutung sein.

¹¹³ Wobei die Wahrscheinlichkeit solcher Auswirkungen ganz unterschiedlich sein kann und von einem „nur“ gering erhöhten Risiko an einer seltenen Krebsart zu erkranken bis hin zur Gewissheit eines frühzeitigen Todes nach schwerer Krankheit reicht, vgl Fn 110.

¹¹⁴ Dabei kommt es freilich nicht auf die Art der Zeugung an, weshalb solche Informationen in Fällen künstlicher Befruchtung in allen nach dem FMedG zulässigen Varianten von Bedeutung sind.

¹¹⁵ ZB (zusätzliche) vorgeburtliche Untersuchungen, anderer Geburtsmodus, Schwangerschaftsabbruch (zur Vermeidung der Geburt eines kranken Kindes), Präimplantationsdiagnostik iSv § 2a Abs 1 Z 3 FMedG.

¹¹⁶ Etwa durch den Entschluss, einer Adoption den Vorzug zu geben oder gar keine Kinder bekommen zu wollen.

¹¹⁷ IZm dem Transfer von maternaler nukleärer DNA in eine Spendereizelle zur Vermeidung der Weitergabe mitochondrialer Erkrankungen – dabei wird DNA von drei Personen an den Embryo weitergegeben.

humangenetischen Beratung betreut wurden.¹¹⁸ Die in einer Familie zuerst untersuchte Person kann dabei als Mitglied eines Informationsverbunds betrachtet werden, wobei sie zu diesem Zeitpunkt alleine über Kenntnisse verfügt, die für die anderen Mitglieder in Wahrheit gleichermaßen relevant sind.¹¹⁹ Das Gentechnikgesetz trägt diesen Umständen insoweit Rechnung, als es dem beratenden Arzt in bestimmten Fällen aufträgt, „der untersuchten Person zu empfehlen, möglicherweise betroffenen Verwandten zu einer humangenetischen Untersuchung und Beratung zu raten“.¹²⁰ In der Schweiz geht das Gesetz deutlich weiter, wenn es den Arzt in diesem Zusammenhang besonders ermächtigt, bei „überwiegenden Interessen“ Verwandter (und des Ehegatten) zwecks deren Aufklärung um Entbindung vom Berufsgeheimnis anzusuchen.¹²¹ Da es in den für die vorliegende Untersuchung relevanten Fällen stets nur um die Aufklärung von Familienmitgliedern über ein sie treffendes Risiko der Betroffenheit geht, können Überlegungen zum (in Österreich in § 69 Abs 5 GTG geregelten) „Recht auf Nichtwissen“ weitgehend unterbleiben. Dieses ist nämlich erst im Rahmen einer medizinischen Abklärung solcher Risiken von Bedeutung, wenn es der Arzt seinem Patienten ermöglichen muss, auf die Mitteilung eines Untersuchungsergebnisses zu verzichten.

Aufgrund der Eigenarten der genetischen Vererbung und der verschiedenen Konsequenzen, die ein auffälliger humangenetischer Befund nach sich ziehen kann, wird bei der Beurteilung möglicher Aufklärungspflichten im Einzelfall zu differenzieren sein: So kann ein aufzuklärendes Familienmitglied mit Sicherheit oder nur einer gewissen Wahrscheinlichkeit Träger einer Veränderung des Erbguts sein. Es kann bereits – ohne ihre genetische Ursache zu kennen – unter dem Eindruck der Auswirkungen dieser Veränderung leben oder solche noch abzuwenden hoffen. Auch kann eine derart betroffene Person, ohne für sich selbst negative Auswirkungen befürchten zu müssen, um mögliche Folgen für ihre Kinder besorgt sein. Manche mit genetischen

¹¹⁸ Da die übrigen meist nicht (genau genug) informiert sind und der beratende Arzt der Schweigepflicht unterliegt, s dazu § 54 ÄrzteG; vgl auch § 71 Gentechnikgesetz zum Datenschutz; vgl zur ärztlichen Schweigepflicht im Kontext humangenetischer Beratungen *Damm*, MedR 1999, 444 f; vgl zur Bedeutung der Aufklärung in der Familie auch *Heyers*, MedR 2009, 510.

¹¹⁹ S *Simitis* in Schweizerisches Institut für Rechtsvergleichung, 122.

¹²⁰ S § 70 GTG; die Materialien lassen nicht erkennen ob bzw wie der Gesetzgeber die rechtliche Situation des Patienten nach Erhalt einer Empfehlung nach dieser Bestimmung – die sich ja nur an den Arzt richtet – eingeschätzt hat; vgl auch die vom Arzt an den Patienten gem § 10 Abs 3 dt GenDG zu richtende Empfehlung, seinen Verwandten eine Untersuchung nahezu legen.

¹²¹ S Art 19 GUMG; bedenklich scheint dabei, dass nach dieser Regelung dem Arzt zufällt, eine dem Zivilrecht zuzuordnende Interessensabwägung vorzunehmen und die Initiative zu ergreifen.

Veränderungen in Verbindung gebrachte Gesundheitsnachteile treten mit Sicherheit, andere nur mit einer bestimmten Wahrscheinlichkeit auf, manche führen ab Geburt, andere erst später zu einer Beeinträchtigung, wobei der Beeinträchtigungsgrad selbst stark variiert. Die Bedeutung von Informationen über das eigene Erbgut wird aufgrund laufender Fortschritte in der Humangenetik voraussichtlich stetig zunehmen.¹²² Gleichzeitig sind die durch fehlende Aufklärung in diesem Bereich gefährdeten persönlichen, gesundheitlichen und vermögensrechtlichen Interessen in verschiedenen familiären Gruppen, wie Eltern und Kindern und Ehegatten, besonders geschützt (s dazu die einzelnen Gruppen im 2. Teil). Insgesamt ist die Frage des Bestehens familiärer Informationspflichten in diesem Bereich daher von besonderem Interesse. Dabei kann eine solche Pflicht auch noch von Bedeutung sein, wenn die Person, zu deren Erbgut Informationen existieren, bereits verstorben ist: Dann muss nämlich geklärt werden, ob der Rechtsträger (zB eine Klinik, die über eine Abteilung für medizinische Genetik verfügt), der im Besitz solcher Informationen ist, diese an bestimmte Verwandte des Verstorbenen weitergeben darf oder muss. Dabei dürften die Interessen eines noch lebenden Verwandten an der Abklärung (oder Beseitigung) eines ihn treffenden Gesundheitsrisikos mE zumindest dann gegenüber etwaigen postmortalen Persönlichkeitsrechten des von einer genetischen Veränderung Betroffenen überwiegen, wenn dieser schon zu Lebzeiten informationspflichtig gewesen wäre.¹²³

¹²² Vgl *Regenbogen/ Henn*, MedR 2003, 154; s a *Olson*, Human Genetic Individuality; vgl § 1598a BGB, wonach Mutter, Vater und Kind im Rechtssinn gegenüber den anderen beiden jeweils einen Anspruch auf Feststellung der biologischen Abstammung haben.

¹²³ S zur nötigen Interessensabwägung im Einzelfall *Kletečka-Pulker* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, Handbuch Medizinrecht, bei Kapitel I.6.10.2.3 iVm I.6.11.2; dabei sind die Wertungen der §§ 16 u 1328a ABGB, 54 Abs 2 Z 4 ÄrzteG, 121 Abs 5 StGB u 1 DSG einschlägig.

B. Auskunft zur biologischen Abstammung

Die Bedeutung der Kenntnis der eigenen Abstammung ist weithin anerkannt¹²⁴ und Gegenstand von Sonderregelungen im Bereich der Adoption¹²⁵ und medizinisch unterstützten Fortpflanzung¹²⁶. Auch (ehemalige) Pflegekinder können gegenüber dem Jugendwohlfahrtsträger auf entsprechende Auskunft dringen.¹²⁷ Nach Ansicht des Gesetzgebers des FMedG (1992) erfordern es die „[...] Würde des Kindes, sein Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit, und die Gefahr psychischer Fehlentwicklungen durch Zweifel an seiner Abstammung [...], dem Kind einen gesetzlichen Anspruch auf Kenntnis seines genetischen Vaters einzuräumen.“¹²⁸ Die Kenntnis der biologischen Herkunft liegt nicht nur im rein persönlichen, sondern auch im gesundheitlichen Interesse, weil sie für die Erlangung von Informationen über das eigene Erbgut von großer Bedeutung ist.¹²⁹ Nicht zuerkannt wird ein Anspruch auf Kenntnis der eigenen Abstammung jedoch für den Fall, dass die Mutter die Identität des ihr bekannten Vaters auch gegenüber ihrem Kind geheim halten möchte.¹³⁰ Diese Haltung soll im Rahmen dieser Untersuchung nicht zuletzt wegen der unbestrittenen Bedeutung der Kenntnis der eigenen Herkunft hinterfragt werden (s. Seite 52 ff.). Die Identität des Vaters kann auch außerhalb des Eltern-Kind-Verhältnisses Gegenstand eines Informationsgefälles sein, etwa wenn die Mutter vor ihrem Tod nur eines von mehreren Kindern entsprechend aufgeklärt hat (vgl. Seite 82 f.). Da im Verhältnis zwischen Eltern und Kindern grundsätzlich auch die Wahrung persönlicher Interessen

¹²⁴ Nach dem BGH hat jeder ein objektives Interesse an der Feststellung seiner Abstammung (IV ZR 185/ 51), s. *Rosenberg*, JZ 1952, 477 ff.; das schweizerische BG anerkennt einen Anspruch auf Kenntnis der eigenen Abstammung, vgl. BGE 134 III 241 (245) (Entscheidung aus 2008), ebenso das dt. BVerfG (iZm Art 1 Abs 1 und 2 Abs 1 GG), s. BVerfGE 96, 56; daraus folgt die Pflicht des Staats, ein geeignetes Verfahren zur Anerkennung der Vaterschaft bereitzustellen, s. BVerfG zu 1 BvR 421/05; Art 7 UN-Kinderrechtskonvention (von Ö am 06.08.1992 ratifiziert) gewährt ein Recht auf Kenntnis der Eltern sowie elterliche Fürsorge; auch Art 8 EMRK schützt iZm dem Privatleben die Kenntnis der Herkunft, s. EGMR zu *Odièvre vs France* (2003), Antrag 42326/ 98, Rn 29 u. 40 ff.; vgl. zur Abwägung dieses Rechts gegenüber anderen familiären Interessen EGMR zu *Kautzor vs Germany* (2012), Antrag 23338/ 09, Rn 73 ff.; es ist „nur unter außergewöhnlichen Umständen gerechtfertigt“ ein Kind von seinen Wurzeln abzuschneiden, s. EGMR zu *Görgülü vs Germany* (2004), Antrag 74969/ 01, Rn 48.

¹²⁵ S. § 31 Abs 4 B-KJHG 2013.

¹²⁶ S. §§ 15 u. 20 Abs 2 FMedG.

¹²⁷ S. § 7 B-KJHG 2013.

¹²⁸ S. ErläutRV 216 BlgNR 18. GP 23.

¹²⁹ S. *Maier*, EF-Z 2014, 33 bei B./ 2; ebenso die erfolgreiche Klägerin zu I-14 U 7/12 (OLG Hamm), der – ungeachtet einer Geheimhaltungsvereinbarung – gegenüber dem Arzt ein Recht auf Auskunft über die Identität des Samenspenders (ihres Vaters) zukommt.

¹³⁰ S. zu dieser Problemstellung im Allgemeinen *Coester* in Staudinger IV, § 1618a Rn 47 ff.

geboten ist,¹³¹ und Fragen zur eigenen Abstammung familiären Charakters sind, fallen entsprechende Auskunftspflichten in den Kernbereich dieser Untersuchung.

C. Information über das Vermögen verstorbener Familienmitglieder

Informationen über Ausmaß und Verbleib von Vermögenswerten, die entweder in den Nachlass gefallen sind oder vor dem Tod des Erblassers verschenkt wurden, können für Erben und Noterben von großer Bedeutung sein. Existieren solche Informationen, haben sie typischerweise Angehörige des Erblassers. Soweit dies zutrifft und soweit die aus dem Tod des Erblassers berechtigten Personen auch zu seinen Angehörigen zählen, fragt sich, ob das jeweilige Familienrechtsverhältnis Grundlage entsprechender Aufklärungsansprüche sein kann. Dies ist freilich nur insoweit von Interesse, als nicht ohnehin bereits erbrechtliche oder allgemeine privatrechtliche Informationspflichten bestehen:

So sind Erben gegenüber Pflichtteilsberechtigten, nicht aber gegenüber Miterben auskunftspflichtig, wobei das Informationsrecht des Noterben vor Einantwortung nur gegenüber dem ruhenden Nachlass besteht.¹³² Wird der Nachlass nicht von einem Erben vertreten und kommt es im Anschluss zu keiner Einantwortung, sind Erben auch gegenüber Pflichtteilsberechtigten zu keinem Zeitpunkt auskunftspflichtig.¹³³ Vor dem ErbRÄG 2015 traf vom Erblasser beschenkte Dritte keine Auskunftspflicht, wenn sie nicht zugleich Erben waren.¹³⁴ Nunmehr gewährt § 786 ABGB idF ErbRÄG 2015 dem Anrechnungsberechtigten einen erbrechtlichen Auskunftsanspruch gegenüber dem Beschenkten in Bezug auf anrechenbare Zuwendungen.¹³⁵ Einen umfassenderen Auskunftsanspruch bietet Art XLII Abs 1 zweiter Fall EGZPO, wonach jeder, der von der Verschweigung oder Verheimlichung eines Vermögens vermutlich Kenntnis hat, darüber Auskunft geben muss. Voraussetzung für die Geltendmachung

¹³¹ S § 137 Abs 1 ABGB; vgl Barth in *Fenyves/ Kerschner/ Vonkilch*, Klang, § 137 Rz 10.

¹³² Vgl zu Auskunftsansprüchen zwischen Miterben RS0034997; anders beurteilt die Rsp allerdings das Auskunftsbegehren eines Miterben, der auch Noterbe ist und den Schenkungspflichtteil geltend macht (RS0117062); s RS0012974 u ausführlich 2 Ob 186/ 10g zum Anspruch Pflichtteilsberechtigter gegenüber Erben.

¹³³ Vgl 3 Ob 213/ 12p, wo der Nachlass dem Erben an Zahlungs statt überlassen wurde; für diesen Fall geht auch die Entscheidung zu 7 Ob 147/ 06b von keiner (erbrechtlichen) Auskunftspflicht aus; dies dürfte sich durch das FamErbRÄG 2005 (BGBl I 2004/ 58) und der damit eingeführten Bestimmung des § 798a ABGB nicht geändert haben, weil es weiterhin zu keiner Universalsukzession kommt und der ruhende Nachlass weiterhin andauert, s *Spruzina* in *Kletečka/ Schauer*, ABGB-ON (2013), § 798a Rz 2.

¹³⁴ S *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 169 mwN; s zuletzt 8 Ob 55/ 13s.

¹³⁵ S ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 35.

dieses Anspruchs ist nach Abs 2 leg cit ein privatrechtliches Interesse an einer solchen Auskunft. Tatsächlich hat der OGH in verschiedenen im Erbrecht angesiedelten Fällen einen Manifestationsanspruch nach dieser Bestimmung gewährt.¹³⁶ Allerdings ist ein Manifestationsbegehren nach Art XLII Abs 1 zweiter Fall EGZPO mit wesentlichen Unsicherheiten verbunden, weil der Kläger eine auf Verheimlichung oder Verschweigung des Vermögens gerichtete (aktive) Handlung nachweisen muss.¹³⁷ Zwar genügt es, wenn die nachgewiesene Handlung nur den Anschein erweckt, der Verbergung eines Vermögens zu dienen, und der Kläger bescheinigt, dass der Beklagte von dieser Handlung Kenntnis hat.¹³⁸ Es liegt jedoch in der Natur der (Verschweigung und) Verheimlichung, dass sie auch in Form einer bloßen Verweigerung der Auskunft oder anderem passiven Verhalten bestehen kann,¹³⁹ in welchem Fall aber kein Anspruch nach Art XLII Abs 1 zweiter Fall EGZPO entsteht.¹⁴⁰ Demgegenüber unterläge ein aus der besonderen Pflichtenbindung zwischen bestimmten Familienmitgliedern (zB Eltern und Kindern) abgeleiteter Aufklärungsanspruch (als privatrechtlicher Anspruch iSd Art XLII Abs 1 erster Fall EGZPO) keinerlei vergleichbaren Einschränkungen. Vor allem käme es dann nicht darauf an, ob der Erblasser oder ein Dritter bewusst und nach außen hin erkennbar dazu beigetragen hat, die Feststellung von Existenz und Umfang des in den Nachlass fallenden oder auf den Pflichtteil anrechenbaren Vermögens zu erschweren. Ein weiterer Vorteil familienrechtlicher

¹³⁶ Zu 1 Ob 255/ 53 gegenüber dem nunmehr alleine in der Wohnung des Erblassers lebenden Dritten hinsichtlich der Vermögensgegenstände des Erblassers; zu 8 Ob 609/ 87 gegenüber dem Verwahrer eines Sparbuchs, dessen hinreichend bestimmte Bezeichnung dem eingetragenen Kläger mangels Kenntnis wesentlicher Merkmale, wie der Sparbuchnummer, des Lösungsworts und des Guthabenstandes nicht möglich war; zu 7 Ob 147/ 06b gegenüber einem nicht erbserklärten Noterben, der ein Sparbuch des Erblassers verwahrte; zu 5 Ob 225/ 12t gegenüber einem bereits eingetragenen Miterben (aber nicht vorher), der Gewahrsame an Nachlassgegenständen hat.

¹³⁷ S *Rechberger/ Fucik* in *Rechberger*, ZPO⁴, Art XLII EGZPO Rz 3, wo für den Vorsatz, das Vermögen zu verbergen, Absichtlichkeit verlangt wird; s a *Konecny* in *Fasching/ Konecny*, ZPG³, Art XLII EGZPO Rz 81.

¹³⁸ S *Rechberger/ Fucik* in *Rechberger*, ZPO⁴, Art XLII EGZPO Rz 3; vgl 9 Ob 39/ 11t zur bloß verdächtigen Handlung und 2 Ob 186/ 10g zur Bescheinigung der Kenntnis; die Verbergungshandlung an sich ist, soweit ersichtlich, aber nicht Gegenstand einer Beweiserleichterung; vgl aber *Konecny* in *Fasching/ Konecny*, ZPG³, Art XLII EGZPO Rz 86; s 3 Ob 47/ 11z zu den Voraussetzungen einer Klage nach Art XLII Abs 1 zweiter Fall EGZPO im Allgemeinen.

¹³⁹ S *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 150.

¹⁴⁰ Die Beschränkung auf aktive und vorsätzliche Verbergungshandlungen ist notwendig, weil Art XLII Abs 1 zweiter Fall EGZPO aufgrund seines universellen Charakters sonst einen unbedingten Anspruch auf Rechnungslegung gegenüber Jedermann begründete, was auch in Widerspruch zu Art XLII Abs 1 erster Fall EGZPO steht; vgl in diese Richtung argumentierend *Konecny* in *Fasching/ Konecny*, ZPG³, Art XLII EGZPO Rz 12; darum ist die Beschränkung auf aktives Vorgehen auch nicht mit anderen Fällen vergleichbar, in denen nur ein eng umrissener Personenkreis Vermögen verbirgt und deshalb auch rein passives Verhalten als Verbergen gewertet wird; dies war in Hinblick auf § 72 EheG idF vor dem BGBl 52/ 2004 der Fall, vgl *Zankl* in *Schwimann*, ABGB², § 72 EheG Rz 7.

Informationspflichten gegenüber erbrechtlichen Auskunftsansprüchen wäre, dass sie auch dann zur Aufklärung verpflichtet, wenn der Berechtigte nicht darauf gedrungen hat (vgl Seite 158 ff).

Der vorangehende Überblick lässt erkennen, dass nicht alle familiären Informationsgefälle in Hinblick auf das Vermögen des Erblassers durch entsprechende erb- und privatrechtliche Auskunftsansprüche abgedeckt sind – ein solcher Anspruch fehlt etwa gegenüber Legataren, die nicht zugleich Erben, Geschenknehmer oder Noterben sind. Damit gibt es Raum für ergänzende, aus dem Familienrecht abgeleitete Informationspflichten. Dabei setzt die Begründung entsprechender Ansprüche zwar voraus, dass die zugrundeliegenden Familienrechtspflichten (auch) der Wahrung der vermögensrechtlichen Interessen der anderen Familienmitglieder dienen; dies ist jedoch gerade im Rahmen der für das Erbrecht besonders bedeutenden Kernfamilie tendenziell der Fall (s zu den einzelnen Gruppen im 2. Teil).

D. Information über Vermögen und Einkünfte iZm Unterhaltspflichten

Das Ausmaß familienrechtlicher Unterhaltspflichten hängt regelmäßig von Vermögen und Einkünften des Unterhaltsschuldners, wie auch des Unterhaltsberechtigten ab (Vgl §§ 94 u 231 ABGB sowie 66 ff EheG). Folglich können entsprechende Informationen für betroffene Familienmitglieder von hoher Bedeutung sein. Es handelt sich dabei um familiäre Informationen, weil familienrechtliche Unterhaltspflichten (auch) die Versorgungsfunktion der Familie garantieren.¹⁴¹ Man denke etwa an ein im Ausland studierendes und unterhaltsberechtigtes Kind, das sein Studium durch eine entgeltliche Tätigkeit ergänzt oder ersetzt. Im Gegensatz zum deutschen (§ 1580 BGB) und schweizerischen (170 ZGB) Recht kennt das österreichische Familienrecht keine ausdrücklichen Aufklärungspflichten in Zusammenhang mit Unterhaltspflichten.¹⁴² Die alte Rsp lehnte Rechnungslegungspflichten aus gesetzlichen Unterhaltsverpflichtungen im Gegensatz zur Lehre noch ab¹⁴³, änderte aber ihre Haltung und gewährt entsprechende Ansprüche nunmehr zwischen geschiedenen Ehegatten¹⁴⁴ und Eltern, die

¹⁴¹ Vor allem der nacheheliche Unterhalt erfüllt auch andere Zwecke, wie den Schutz des finanziell schwächeren (Unterhalt nach Billigkeit) oder an der Scheidung schuldlosen Teils (Unterhaltspflicht des schuldigen Ehegatten); er ist aber auch eine Nachwirkung der ehelichen Beistandspflicht, s Zankl/ Mondel in Schwimann/ Kodek I⁴, § 66 EheG Rz 1; vgl die §§ 66 ff EheG.

¹⁴² S zur Rechtslage im Allgemeinen Harrer-Hörzinger in Harrer/ Zitta Familie und Recht, 29.

¹⁴³ S diesen Meinungsstand widerspiegelnd Konecny in Fasching/ Konecny, ZPG³, Art XLII EGZPO Rz 68.

¹⁴⁴ S 10 Ob 47/ 07w u die damit eingeleitete Judikaturwende widerspiegelnd RS0035020; sie stützt sich auch auf die Entscheidung zu 9 ObA 50/ 03y, wonach Ehegatten einander ua über ihre Einkommensverhältnisse aufklären müssen,

gegenüber gemeinsamen Kindern unterhaltspflichtig sind.¹⁴⁵ Zuletzt bezog sich der OGH sogar auf „gesetzliche Unterhaltsansprüche“ im Allgemeinen.¹⁴⁶ Davon ausgehend ist einerseits zu klären, ob sich diese Judikatur auch auf andere unterhaltsbezogene Fallkonstellationen (dh andere familiäre Gruppen) umlegen lässt (s zu den einzelnen Gruppen im 2. Teil). Andererseits kann sie Aufschluss darüber geben, inwieweit nicht ausdrücklich gesetzlich geregelte Aufklärungsansprüche über anspruchsrelevante Tatsachen (wie die Höhe des Einkommens des Unterhaltspflichtigen) in einem familienrechtlichen Kontext zulässig sind (dazu Seite 152 ff).

und die zu 1 Ob 2370/ 96b ergangene Entscheidung, wonach der Masseverwalter bestimmte Rechnungslegungsansprüche geltend machen kann, wenn die zugrundeliegenden Anfechtungsansprüche zu Recht bestehen; eine Anomalie stellt die Entscheidung zu 1 Ob 169/08x dar, worin der OGH entsprechende Aufklärungspflichten (ohne Begründung) voraussetzen scheint.

¹⁴⁵ S 6 Ob 197/ 08a.

¹⁴⁶ Zu 2 Ob 261/ 12i.

2. Teil: Informationspflichten nach familiären Gruppen

Im Folgenden wird untersucht, welche familiären Informationen (vgl Seite 21 f) in welchen Personengruppen Gegenstand einer Aufklärungspflicht sein können. Dafür sind jeweils zwei Aspekte entscheidend: Die Zugehörigkeit einer Gruppe zur Familie im Rechtssinn (vgl Seite 9 ff) und ihre inhaltliche Regelung durch das Familienrecht. Letzteres bezieht sich auf Normen, die Rechtsverhältnisse zwischen Familienmitgliedern als solche schaffen und damit eine gesetzliche Solidargemeinschaft festlegen. Gegenstand der Untersuchung sind daher vor allem privatrechtliche Regelungen, die Personen einander gerade wegen ihrer Zugehörigkeit zu einer familiären Gruppe verpflichten. Dies trifft auf Bestimmungen, die familiäre Beistandspflichten vorsehen (va §§ 90 u 137 ABGB), ebenso zu, wie auf weite Teile des Unterhaltsrechts (va §§ 94 u 231 ABGB) und andere das Innenverhältnis betreffende Regelungen¹⁴⁷. Ist eine familiäre Gruppe durch das Gesetz gar nicht inhaltlich geregelt, existiert keine gesetzliche Solidargemeinschaft und damit auch keine gesetzliche Grundlage familiärer Informationspflichten.¹⁴⁸ Soweit hingegen entsprechende Rechtsgrundlagen existieren, ist zu untersuchen, ob Familienmitglieder zum Austausch der im vorangehenden Teil hervorgehobenen Informationen verpflichtet sind. Weist eine der untersuchten Gruppen in Hinblick auf solche Informationen eine typisch „familiäre“ Interessenslage auf, ist uU auch dann, wenn sie nicht zur Familie im Rechtssinn gezählt werden kann, zu prüfen, ob Rechtsgrundlagen für entsprechende Aufklärungspflichten bestehen. Dabei ist vor allem an Verlobte sowie Eltern und Kinder zu denken, wenn letztere ungeachtet ihrer biologischen Verwandtschaft nicht auch rechtlich miteinander verwandt sind (s Seiten 96 ff u 32 ff).

1. Kapitel: Die Kernfamilie

Aus gesellschaftlicher Sicht hat die Kernfamilie insgesamt einen besonderen Stellenwert (s Seite 4). Aus rechtlicher Perspektive liegt der Schwerpunkt innerhalb der Kernfamilie sehr deutlich auf dem Verhältnis zwischen Eltern und Kindern, wie auch die Überschrift des dritten Hauptstücks

¹⁴⁷ Vgl zB die §§ 97, 186 ff u 189 ABGB zum Erhalt der Wohnmöglichkeit, persönlichen Kontakten u Auskünften.

¹⁴⁸ Die Existenz solcher Gruppen ergibt sich va aus dem weiten Familienbegriff des § 40 ABGB; über den dritten Grad (iSd § 41 ABGB) hinaus an die Verwandtschaft anknüpfende Rechtsfolgen sind auch außerhalb des Familienrechts selten, vgl etwa §§ 731 ff ABGB zur gesetzlichen Erbfolge.

des ersten Teils des ABGB erkennen lässt. Im Vergleich dazu sind Eltern und Kinder jeweils untereinander nur selten Gegenstand familienrechtlicher Bestimmungen, sodass es sinnvoll scheint, diese drei Gruppen separat zu behandeln. Die aus dem Verhältnis zwischen Eltern und Kindern hervorgehende Gruppe kann dabei als Kernfamilie ieS bezeichnet werden.

I. Eltern-Kind Verhältnisse (die Kernfamilie ieS)

Im Folgenden ist in erster Linie an die Verhältnisse zwischen eigenberechtigten Kindern und ihren Eltern zu denken. Die Besonderheiten im Verhältnis zwischen Eltern und ihren noch minderjährigen Kindern werden vor allem iZm der Pflegeelternschaft (s Seite 68 ff) behandelt.

A. Rein biologische Eltern und Kinder

Sind zwei Personen aus genetisch-biologischer Sicht miteinander verwandt, gehören sie alleine deshalb noch nicht zur Familie im Rechtssinn. Vielmehr erfordert dies stets noch die Erfüllung zusätzlicher rechtlicher oder tatsächlicher Kriterien (vgl dazu im Detail Seite 9 ff). Man nehme das Verhältnis zwischen biologischem Vater und Kind als Beispiel: Nach dem rechtlichen Familienbegriff müssten in der Rechtsordnung Anhaltspunkte dafür existieren, dass die durch dieses Verhältnis gebildete Gruppe familiäre Aufgaben erfüllt. Dies ist nicht der Fall: Zwar ermöglicht die biologische Vaterschaft regelmäßig die Begründung der rechtlichen Abstammung; wird diese aber nicht hergestellt, zieht die rein biologische Vaterschaft kaum Rechtsfolgen nach sich, die auf die Erfüllung familiärer Funktionen hindeuten.¹⁴⁹ Eine Ausnahme könnte man im gegenseitigen Recht auf persönlichen Kontakt sehen,¹⁵⁰ welches jedoch nur insoweit bestehen dürfte, als das Verhältnis zwischen Vater und Kind aus sozialer Sicht ein familiäres ist.¹⁵¹ Dies erfordert wiederum, dass eine enge persönliche Beziehung zwischen Vater und Kind entweder tatsächlich vorhanden ist, oder aufgrund solcher Umstände noch nicht aufgenommen wurde, die

¹⁴⁹ Anders gesagt fehlen Regelungen über das solidarische Zusammenleben, die Bündelung von Ressourcen und die Sozialisation von Nachkommen im Verhältnis zwischen biologischem Vater und Kind; überhaupt knüpfen nur wenige Tatbestände an die rein biologische Abstammung an; vgl zB die Blutschande nach § 211 StGB, vgl *Philipp in Höpfel/Ratz*, WK StGB², § 211 Rz 5, die Feststellung der Nichtabstammung vom Ehemann der Mutter nach § 151 ABGB, vgl *Barth/ Neumayr in Fenyves/ Kerschner/ Vonkilch*, Klang, § 182 Rz 7 und das Eheverbot des § 6 EheG, vgl *Koch in KBB*⁵, § 6 EheG Rz 2; auch § 149 Abs 1 ABGB bezieht sich mit dem Recht der Mutter „den Namen des Vaters nicht bekanntzugeben“ offenbar auf den biologischen Vater; zuletzt kann der biologische Vater nach § 148 Abs 1 ABGB einen Antrag auf Feststellung der Vaterschaft gegen sein (rechtlich vaterloses) Kind einbringen, während § 147 ABGB ein Anerkenntnis der Vaterschaft auch durch den biologischen Vater zulässt (s aber § 154 ABGB).

¹⁵⁰ Vgl *Hopf in KBB*⁵, § 187-188 Rz 13 ABGB.

¹⁵¹ Vgl 2004 BlgNr 24. GP 29.

nicht von der auf Kontakt dringenden Person zu vertreten sind.¹⁵² Damit ist die biologische Verwandtschaft zur Begründung einer Familie im sozialen, wie auch rechtlichen Sinn weder notwendig noch hinreichend. Aus abstammungsrechtlicher Sicht müsste für die Begründung eines familienrechtlichen Verhältnisses zwischen Vater und Kind einer der drei Tatbestände des § 144 Abs 1 ABGB erfüllt sein, die alle nicht zwingend mit der biologischen Vaterschaft zusammenfallen oder von ihr abhängen (vgl bei Seite 15 ff). Dieses Auseinanderfallen der biologisch-genetischen und der rechtlichen „Familie“ ist, wie bereits gesagt, grundsätzlich wünschenswert, wenn es die gesellschaftliche Realität widerspiegelt (s Seite 17 f). Soweit dies der Fall ist, bestehen auch keine verfassungsrechtlichen Bedenken ob der möglichen Verletzung der Rechte rein genetisch miteinander verwandter Personen, weil Art 8 Abs 1 EMRK in erster Linie die de-facto Familie und nicht die biologische Familie schützt.¹⁵³ Beispiele sind Fälle, in denen ein Kind mit dem Samen oder der Eizelle eines Dritten gezeugt wurde oder der biologische Vater daran gehindert werden soll, sich gegen den Willen der übrigen Beteiligten in eine intakte Familie (in der bereits ein Vater im Rechtssinn vorhanden ist) zu drängen.

Existiert aus rechtlicher Perspektive keine Familie, bestehen auch keine familiären Informationspflichten im eigentlichen Sinn. Nun gibt es iZm dem Erbgut und der eigenen Herkunft aber Fälle in denen ein besonderes „familiäres“ Informationsinteresse gerade nicht mit der rechtlichen, sondern mit der biologischen Verwandtschaft zusammenfällt (vgl Seiten 22 ff u 26 f). Dies ist nur wenig problematisch, wenn die Begründung des rechtlichen Familienverhältnisses nur noch nicht erfolgt ist oder Sonderregelungen existieren, wie es für die Kenntnis der eigenen Herkunft im Bereich der medizinisch unterstützten Fortpflanzung der Fall ist (vgl §§ 15 u 20 Abs 2 FMedG). An anderer Stelle zu behandeln sind auch die Wahl- und Pflegefamilie, deren Begründung die Abstammungsfamilie auch aus rechtlicher Sicht nur wenig (Pflegefamilie) oder doch nicht zur Gänze (Wahlfamilie) verdrängt. Auch gibt es für diese Fälle Regelungen zur Auskunft über die Herkunft des Kindes (vgl §§ 7 u 31 Abs 4 B-KJHG 2013). Das von § 149 Abs 1

¹⁵² Vgl EGMR zu *Anayo v Germany* (2010), Antrag 20578/ 07, Rn 59 ff u EGMR zu *Marinis c Grèce* (2014), Antrag 3004/ 10, Rn 57; vgl Seite 9 ff.

¹⁵³ S dazu bei Seite 9 ff; besteht aber auch zwischen den rein biologischen Verwandten ein „Familienleben“ kann die Benachteiligung der biologischen Familie verfassungsrechtlich bedenklich sein, vgl *Fischer-Czermak*, ÖJZ 2007, 975 f zum Erfordernis der Zustimmung der Mutter im Fall eines „durchbrechenden“ Vaterschaftsanerkennnisses u *Maier*, EF-Z 2014, 53 f zur rechtlichen Unmöglichkeit der Feststellung der Abstammung des mithilfe einer Samenspende gezeugten Kindes von seinem biologischen Vater.

ABGB geregelte „Schweigerecht“ der Mutter fällt nicht in den hier behandelten Problemkreis, weil es dabei nur um das Verhältnis zwischen der rechtlichen Mutter und ihrem Kind geht. Fallen die rechtliche und die biologische Verwandtschaft aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen aber dauerhaft auseinander (vgl die Beispiele auf Seite 16 ff), gestaltet sich die Suche nach Anspruchsgrundlagen für „familiäre“ Informationspflichten als schwierig:

Eine Analogie zu familienrechtlichen Bestimmungen muss im Allgemeinen daran scheitern, dass sich deren fehlende Anwendbarkeit unmittelbar aus der gesetzlichen Regelung der Abstammung ergibt und damit gerade der Absicht des Gesetzgebers entspricht.¹⁵⁴ Dies trifft sowohl auf die Samen- und Eizellspende wie auch jenen Fall zu, in dem das Kind zwar Auskünfte über das Erbgut seines biologischen Vaters benötigt, seinen bereits vorhandenen rechtlichen und sozialen Vater aber nicht aufgeben will. Als Alternative zur Analogie könnte man einen Vergleich mit der Rechtslage bei Adoption herstellen, was zwar gelingt, aber nicht ergiebig ist: Die Adoption hat (bis auf bestimmte gesetzliche Ausnahmen) ähnlich wie das Auseinanderfallen von rechtlicher und biologischer Verwandtschaft zur Folge, dass nur noch die auf Blutsverwandtschaft abstellenden Bestimmungen auf das (Wahl-) Kind und seine leiblichen Eltern anwendbar sind.¹⁵⁵ Solche Regelungen sind allerdings – wie bereits gesagt – dünn gesät und begründen im Allgemeinen keine (familiären) Rechte und Pflichten zwischen leiblichen Eltern und Kindern.¹⁵⁶ Entscheidend ist jedoch, dass die Fortwirkung ganz bestimmter an die rechtliche Abstammung anknüpfender Rechtswirkungen (vgl §§ 197 Abs 1, 198 u 199 ABGB) auch nach erfolgter Adoption hauptsächlich auf deren spezifische gesetzliche Ausgestaltung zurückzuführen ist. So soll die konkrete Regelung der Annahme an Kindesstatt die „starke Adoption“ möglichst umfassend, aber – auch aus Rücksicht auf die Verwandten des Annehmenden – nicht vorbehaltlos verwirklichen.¹⁵⁷ Dahinter steht also eine Abwägung der Interessen der abstammungsrechtlichen Familie gegenüber jenen der Adoptivfamilie. Nun kann ein vergleichbarer Interessenskonflikt gar nicht erst entstehen, wenn die leiblichen Eltern zu keinem Zeitpunkt auch Eltern im abstammungsrechtlichen Sinn

¹⁵⁴ Vgl zB zu der in § 148 Abs 4 ABGB enthaltenen Regelung, wonach der Samenspender nicht als Vater festgestellt werden kann, RV 216 BlgNR 18. GP 26 (RV zum FMedG); vgl auch § 147 ABGB, wonach das Kind ein durchbrechendes Vaterschaftsanerkennntnis verhindern kann.

¹⁵⁵ Vgl Hopf in KBB⁵, § 197 Rz 1 u Barth/ Neumayr in Fenyves/ Kerschner/ Vonkilch, Klang, § 182 Rz 7.

¹⁵⁶ S Fn 149.

¹⁵⁷ Vgl RV 107 BlgNR 9. GP 20 f.

waren. Darum kann aus der gesetzlichen Regelung der Adoption und ihren Wirkungen für solche Fälle nichts gewonnen werden. Andererseits wäre denkbar, dass die konkrete gesetzliche Ausgestaltung der Adoption zugleich Ausdruck eines allgemeineren Grundsatzes ist, wonach die mit der biologischen Abstammung im Regelfall verbundenen Familienrechte nur innerhalb bestimmter Grenzen durch private Willensbildung abbedungen werden können. Existierte ein solcher Grundsatz, könnte der von ihm abgedeckte Kern familiärer Rechtsverhältnisse womöglich auch zur Begründung familiärer Informationspflichten herangezogen werden. Dies scheint jedoch nicht der Fall zu sein: In zumindest zwei Fällen – der medizinisch unterstützten Fortpflanzung¹⁵⁸ und der Abwendung eines „durchbrechenden“ Anerkenntnisses der Vaterschaft durch das Kind (nach § 147 ABGB) – entspricht es gerade der Absicht des Gesetzes, das Auseinanderfallen der rechtlichen und der biologischen Abstammung von der Willensbildung Privater abhängig zu machen.

Damit scheint es keine familienrechtliche Grundlage für Aufklärungsansprüche iZm der rein biologischen Verwandtschaft zu geben. Einen Ausweg könnte der Schutz der Persönlichkeit nach § 16 ABGB bieten. Sowohl in Deutschland als auch der Schweiz wurden Aufklärungspflichten iZm der biologischen Abstammung (auch) auf den Schutz allgemeiner Persönlichkeitsrechte gestützt.¹⁵⁹ Dabei ging es zwar stets um die Kenntnis der eigenen Herkunft (also nicht um Informationen über das Erbgut) und um Ansprüche gegenüber Dritten (also nicht gegenüber der Person, zu welcher die biologische, aber nicht rechtliche Verwandtschaft besteht). Die hohe persönliche Bedeutung von Informationen über das Erbgut und die mit seiner Weitergabe an nachfolgende Generationen verbundene Verantwortung sprechen aber jedenfalls dafür, die Möglichkeit einer in den Persönlichkeitsrechten gegründeten Informationspflicht zwischen rein biologischen Eltern und Kindern zu untersuchen.

¹⁵⁸ S RV 216 BlgNR 18. GP 26.

¹⁵⁹ S OLG Hamm zu I-14 U 7/12, Rz 58 mit Hinweis auf den Schutz von Persönlichkeitsrechten nach den Art 2 Abs 1 u 1 Abs 1 GG für Deutschland u BGE 134 III 241 (245) mit Hinweis auf den Schutz der Identität nach Art 28 ZGB für die Schweiz.

1. Der Persönlichkeitsschutz als Grundlage einer Informationspflicht

§ 16 ABGB anerkennt ein absolutes subjektives Recht auf Schutz der Persönlichkeit.¹⁶⁰ Die so im Gesetz verankerten Persönlichkeitsrechte schützen die freie Entfaltung der Persönlichkeit und haben zwischen Privaten eine ähnliche Funktion wie die verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechte im Verhältnis zwischen Einzelnen und dem Staat.¹⁶¹ Dementsprechend handelt es sich überwiegend um Abwehrrechte gegen Eingriffe in verschiedene Aspekte der Menschenwürde, wie die körperliche Unversehrtheit, Ehre, Privatsphäre und geschlechtliche Selbstbestimmung.¹⁶² Persönlichkeitsrechte können aber auch positive Pflichten zwischen Privaten begründen. Beispiele sind der Kontrahierungszwang¹⁶³, der Anspruch als Urheber oder Erfinder bezeichnet zu werden¹⁶⁴, der Anspruch eines erwachsenen Kindes Zugang zu seinen Eltern auch gegen den Willen des Grundeigentümers zu erhalten¹⁶⁵ und das Recht einer Person auf Kenntnis ihrer biologischen Abstammung¹⁶⁶.

Da eine allgemeine Pflicht, zur Wahrung der Persönlichkeitsrechte Dritter tätig zu werden, nicht existiert,¹⁶⁷ muss in Fällen wie den zuvor genannten eine besondere Verantwortung des Verpflichteten gegenüber dem Berechtigten bestehen. Die Rsp hat dies vor dem Hintergrund einer Monopolstellung des Gastwirts ua deshalb angenommen, weil ein Unterlassen der Bewirtung in Hinblick auf die Beeinträchtigung der Persönlichkeitsrechte des Gastes einem Tun gleichgehalten werden kann.¹⁶⁸ Nach *Hinteregger*¹⁶⁹ kann der Kontrahierungszwang als Ergebnis

¹⁶⁰ Vgl *Meissel in Fenyves/ Kerschner/ Vonkilch*, Klang, § 16 Rz 48.

¹⁶¹ Vgl *Meissel in Fenyves/ Kerschner/ Vonkilch*, Klang, § 16 Rz 49.

¹⁶² Vgl die Aufzählung bei *Koch* in KBB⁵, § 16 Rz 7 u die Präzisierung bei *Aicher in Rummel*, ABGB³, § 16 Rz 9, wonach Persönlichkeitsrechte mit „Enthaltungspflichten gegenüber jedermann bewehrt sind“.

¹⁶³ S *Meissel in Fenyves/ Kerschner/ Vonkilch*, Klang, § 16 Rz 168 u *Schauer in Kletečka/ Schauer*, ABGB-ON (2013), § 16 Rz 32, vgl 1 Ob 554/ 86 u RS0016745; s zur über den Kontrahierungszwang hinausgehenden (und ebenfalls auf § 16 ABGB gestützten) Pflicht, die Benützung der öffentlich zugänglichen Teile einer Parkgarage nicht willkürlich einzuschränken 3 Ob 548/ 91.

¹⁶⁴ Vgl § 20 PatG, s *Aicher in Rummel*, ABGB³, § 16 Rz 20.

¹⁶⁵ S *Schauer in Kletečka/ Schauer*, ABGB-ON (2013), § 16 Rz 22; vgl 4 Ob 186/ 09w.

¹⁶⁶ S *Aicher in Rummel*, ABGB³, § 16 Rz 20a u *Posch in Schwimann/ Kodek*, I⁴, § 16 Rz 52; der OGH spricht zu 2 Ob 322/ 00t iZm Art 8 EMRK von einem „Grundrecht auf Feststellung der (richtigen) Vaterschaft“.

¹⁶⁷ Dies folgt notwendig aus der Privatautonomie; nur unter besonderen Umständen müssen die Rechte anderer aktiv wahrgenommen werden; so sind Unterlassungen im Schadenersatzrecht nur rechtswidrig, wenn besondere Handlungspflichten bestehen, vgl *Kozioł*, JETL 2011, 131 u *Karner in KBB*⁵, § 1294 Rz 6; vgl zu Schutzpflichten kraft Sonderrechtsverhältnis im vertraglichen Bereich *Welser*, ÖJZ 1973, 281 ff.

¹⁶⁸ Vgl 1 Ob 554/ 86 mit Hinweis auf dt Rsp.

¹⁶⁹ ÖJZ 1999, 741 bei III/ C.

einer verfassungskonformen Interpretation des Privatrechts in Hinblick auf die in den Grundrechten enthaltenen Gewährleistungspflichten¹⁷⁰ verstanden werden. Nach der daraus resultierenden Abwägung widerstreitender Grundrechtspositionen wäre der Monopolist jedenfalls dann zum Vertragsschluss verpflichtet, wenn der Kunde seine Grundrechte sonst gar nicht ausüben könnte.¹⁷¹ Nach *Khakzadeh-Leiler*¹⁷² ist Grundlage des Kontrahierungszwangs vor allem der Schutz vor missbräuchlicher Ausnutzung einer Monopolstellung: Der alleinige Anbieter eines nicht substitutionsfähigen Guts darf gerade deshalb nicht willkürlich zwischen seinen Kunden diskriminieren, weil er eine Sonderstellung innehat. Diese Überlegungen stellen auf verschiedene Aspekte einer Situation ab, in der der Monopolist als Ausfluss seiner privatautonomen Tätigkeit in der Lage ist, durch faktischen Gebrauch seiner Machtposition auf die Persönlichkeitsrechte des auf ihn angewiesenen Kunden einzuwirken. Allgemein gesagt: Lässt jemand durch die Ausnutzung seines privatautonomen Handlungsspielraums eine Situation entstehen, in der er alleine dazu fähig ist, die Persönlichkeitsrechte eines anderen zu garantieren, kann er dazu auch verpflichtet sein. Es gibt also ein Zusammenspiel aus der faktischen Angewiesenheit des möglicherweise in seinen Persönlichkeitsrechten Verletzten und der dem Ingerenzprinzip ähnlichen Verantwortung¹⁷³, die der uU zur Wahrung dieser Rechte Verpflichtete in Hinblick auf die pflichtenbegründende Situation zu tragen hat. Letzteres ist mE für das Entstehen einer besonderen Pflichtenbindung entscheidend: Wer an einem Ort das einzige Geschäftslokal führt, muss sich die dadurch verwirklichte Monopolstellung auch zurechnen lassen. Nimmt ein Geschwister einen Elternteil zur Pflege bei sich auf, ist es für die mögliche Beeinträchtigung der Persönlichkeitsrechte eines anderen Geschwister verantwortlich, wenn es diesem nicht ebenso (zumindest besuchsweisen) Zutritt zur betreffenden Liegenschaft gewähren

¹⁷⁰ Vgl. *Kucsko-Stadlmayer* in FS 200 Jahre ABGB, 1611 u. *Meyer-Ladewig*, EMRK³, Artikel 8 Rn 55 zu Gewährleistungspflichten iZm Art 8 EMRK; diese Pflichten betreffen vor allem die gesetzliche Ausgestaltung verschiedener Lebensbereiche – zB darf das Familienrecht nicht so ausgestaltet sein, dass es die normale Entwicklung tatsächlich vorhandener familiärer Bindungen behindert, vgl. EGMR zu *Marckx vs Belgium* (1979), Antrag 6833/74, Rn 31; umgelegt auf Beziehungen zwischen Privaten bedeutete dies, dass sie grundrechtliche Wertungen im Rahmen ihrer privatautonomen Tätigkeit zu einem gewissen Grad beachten müssen.

¹⁷¹ Vgl. *Khakzadeh-Leiler*, Grundrechte 135; Ausnahmen sind bei sachlicher Rechtfertigung möglich.

¹⁷² Grundrechte 134.

¹⁷³ Diese Wertung, wonach an sich rechtmäßiges Verhalten Verantwortung gegenüber den Rechten Dritter auslösen kann, ist im Recht immer wieder anzutreffen, vgl. § 1319 ABGB; vgl. zur Anwendung des Ingerenzprinzips im Schadenersatzrecht und Strafrecht *Kodek in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON (2013), § 1294 Rz 31 ff u. *Hilf in Höpfel/Ratz*, WK StGB², § 2 Rz 104 ff.

will. Ist schließlich jemand an der Zeugung eines Kindes beteiligt, sei es durch den Vollzug des Beischlafs, durch die Zurverfügungstellung von Samen- oder Eizellen oder durch die Vermittlung oder Vornahme einer medizinisch unterstützten Fortpflanzung, und verfügt er aufgrund oder iZm dieser Beteiligung über Informationen, die das Kind zur Wahrung seiner Persönlichkeitsrechte benötigt, ist ihm dieses Informationsgefälle auch zurechenbar. Diese Art persönlicher Verantwortung besteht unter Familienmitgliedern typischerweise nur zwischen in gerader Linie verwandten Personen. Im Verhältnis zwischen Seitenverwandten dürfte eine vergleichbare Zurechnung mangels Beteiligung an der Zeugung zumeist nicht möglich sein, so dass es keine persönlichkeitsrechtliche Grundlage für eine allgemeine „solidarische Pflichtenbindung kraft genetischer Verwandtschaft“ zu geben scheint. Alles in allem können Persönlichkeitsrechte daher grundsätzlich in eine positive Handlungspflicht – und damit eine Informationspflicht – münden, wenn die pflichtenbegründende Situation demjenigen zugerechnet werden kann, der alleine¹⁷⁴ in der Lage ist, diese Rechte zu garantieren. Damit eine derart angelegte Handlungspflicht aktuell wird, muss darüber hinaus eine umfassende Güter- und Interessensabwägung¹⁷⁵ zugunsten des Berechtigten ausfallen. Die Möglichkeit, die Persönlichkeitsrechte heranzuziehen, um Aufklärungspflichten zwischen Familienmitgliedern zu begründen, ist vor allem in Hinblick auf die Kenntnis der eigenen Herkunft und das Erbgut von Bedeutung, weil hier ein starker Bezug zu Selbstbestimmung, Persönlichkeit und Menschenwürde besteht.

2. Information über das Erbgut

Wissen Eltern um genetische Veränderungen ihres Erbguts, kann dies auch für ihre möglicherweise mitbetroffenen Kinder von besonderer Bedeutung sein (vgl auch Seite 22 f). So können aufgrund eines (stark) erhöhten Krebsrisikos¹⁷⁶ besondere Vorsorgeuntersuchungen oder

¹⁷⁴ In den ersten der drei beispielhaft angeführten Fällen ist dies offensichtlich, aber auch die in Zusammenhang mit dem Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung verpflichteten Personen (va der Jugendwohlfahrtsträger nach den §§ 7 u 31 Abs 4 B-KJHG 2013 und die eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung durchführende Krankenanstalt nach den §§ 15, 20 Abs 2 FMedG) sind alleine in der Lage, jene Aufzeichnungen, die dem Kind entsprechend Aufschluss geben können, bereitzustellen und weiterzugeben.

¹⁷⁵ Eine solche ist iZm Persönlichkeitsrechten stets notwendig und hängt stark von den Umständen des Einzelfalls ab, vgl zur Interessensabwägung iZm Persönlichkeitsrechten anstelle vieler *Koch* in KBB⁵, § 16 Rz 4.

¹⁷⁶ ZB hereditäres Brust- und Eierstockkrebsyndrom u erbliches diffuses Magenkrebsyndrom, vgl *Schaaf/ Zschocke*, Humangenetik², 301 ff.

die prophylaktische Entfernung von Organen medizinisch indiziert sein.¹⁷⁷ Andere Veränderungen des Erbguts gehen mit einer schweren Erkrankung einher, die im mittleren Lebensalter auftritt und zum Tod führt.¹⁷⁸ Auch wenn die Folgen genetischer Veränderungen in solchen Fällen nicht abgewendet werden können, ist zu erwarten, dass ein Betroffener seine Lebensplanung an die veränderten Umstände anpassen möchte. Wieder andere Veränderungen sind nicht für die Gesundheit des Kindes, aber seinen möglicherweise vorhandenen Kinderwunsch von Bedeutung, weil die Gefahr der sogenannten Antizipation¹⁷⁹ oder der Weitergabe einer Anlageträgerschaft¹⁸⁰ besteht. In all diesen Fällen hat das Kind offensichtlich ein starkes Interesse daran, von seiner möglichen Betroffenheit zu erfahren. Nur dann kann es sein Risiko humangenetisch abklären lassen und – im Falle seiner Mitbetroffenheit – entsprechende (Gegen-) Maßnahmen ergreifen.¹⁸¹ Ist nun beispielsweise der rechtliche und soziale Vater eines Kindes nicht auch sein biologischer Vater, fragt sich ob dem Kind gegenüber letzterem ein im Persönlichkeitsschutz begründeter Informationsanspruch zukommen kann.

Eine solche Informationspflicht des rein biologischen Vaters ist nach den obigen Ausführungen (vgl Seite 36 ff) möglich, wenn ihm das Informationsgefälle zugerechnet werden kann, er alleine in der Lage ist, es auszugleichen und eine Interessensabwägung zugunsten des Kindes ausfällt. Das erste Kriterium scheint nach dem bereits Gesagten (s Seite 37 f) unproblematisch: Wer durch die Weitergabe seines Erbguts an nachfolgende Generationen ein Informationsgefälle anlegt,

¹⁷⁷ Nicht nur iZm Krebs ist besondere Vorsorge nötig; so sind bei Marfan-Syndrom regelmäßige Herzuntersuchungen nötig, um einem Aortenriss (und anschließendem inneren Verbluten) vorzubeugen; bei Duchenne Muskeldystrophie dienen Herzuntersuchungen der Früherkennung einer Herzmuskelerweiterung (u deren Behandlung), *Schaaf/ Zschocke*, Humangenetik², 199 ff u 294 ff.

¹⁷⁸ ZB bei Chorea Huntington (typischerweise tritt die Erkrankung zwischen dem 35. und dem 44. Lebensjahr auf; das Durchschnittsalter Betroffener bei ihrem Tod liegt bei 55 Jahren), s *Warby et al*, Huntington in *Pagon et al* (editors), *GeneReviews*.

¹⁷⁹ Bei der eine Veränderung bei Weitergabe an nachfolgende Generationen in einer nachteiligeren Form auftritt; dies ist zB bei Chorea Huntington u Myotoner Dystrophie Typ 1 (degenerative Muskelerkrankung; geht in kongenitaler Form oft auch mit geistiger Behinderung einher) möglich, *Schaaf/ Zschocke*, Humangenetik², 44 ff.

¹⁸⁰ Das sind Veränderungen, die typischerweise erst dann nachteilige Auswirkungen auf die Gesundheit eines Betroffenen haben, wenn sie von beiden Eltern weitergegeben werden; wissen sie um ihre gemeinsame Anlageträgerschaft, können sie entsprechend reagieren: denkbar sind va eine Neuorientierung des Kinderwunsches, Präimplantationsdiagnostik, Pränataldiagnostik, Behandlung während der Schwangerschaft (bzw deren Abbruch) u Behandlung unmittelbar nach Geburt des Kindes; vgl zum autosomal-rezessiven Erbgang *Schaaf/ Zschocke*, Humangenetik², 74 f.

¹⁸¹ Die humangenetische Untersuchung einer scheinbar gesunden Person ist typischerweise nicht medizinisch indiziert; anderes gilt jedoch, wenn aufgrund vorliegender Informationen mit einer Mitbetroffenheit zu rechnen ist, vgl *Schaaf/ Zschocke*, Humangenetik², 103 zur genetischen Beratung.

muss sich dieses auch zurechnen lassen. Da für einen möglicherweise Mitbetroffenen brauchbare Informationen zum Vorliegen einer genetischen Veränderung typischerweise nur im Rahmen einer humangenetischen Abklärung erlangt werden können, hat das Kind in Abwesenheit einer Aufklärung durch den Vater regelmäßig keine Möglichkeit, von dem es treffenden Risiko zu erfahren.¹⁸² Ist dies der Fall, hängt das Bestehen einer Informationspflicht des rein biologischen Vaters gegenüber seinem Kind nur noch von einer Abwägung der jeweils auf dem Spiel stehenden Persönlichkeitsrechte ab.

Das Aufklärungsinteresse des Kindes berührt den Schutz der körperlichen Integrität, der freien Entfaltung der Persönlichkeit sowie der Selbstbestimmung im Bereich genetischer Informationen. Die Intensität der Gefährdung dieser Interessen hängt auch von der Wahrscheinlichkeit der Mitbetroffenheit ab, welche in vielen Fällen 50% beträgt und damit typischerweise eher hoch ist.¹⁸³ Die körperliche Unversehrtheit (Gesundheit) gehört zum Kern der Persönlichkeitsrechte.¹⁸⁴ Das Recht des Kindes, sein Leben selbstbestimmt zu führen, ist Gegenstand der Persönlichkeitsrechte insgesamt¹⁸⁵ und ist beeinträchtigt, wenn es seine Lebensplanung mangels entsprechender Aufklärung nicht an das Vorhandensein einer Veränderung des Erbguts anpassen kann. Ebenso verletzt wäre sein Recht auf selbstbestimmte Kenntnis der eigenen genetisch-gesundheitlichen Disposition,¹⁸⁶ wobei die Selbstbestimmung gerade im medizinischen Bereich einen hohen Stellenwert einnimmt¹⁸⁷. Das Geheimhaltungsinteresse des Vaters berührt in Hinblick auf eine mögliche stigmatisierende Wirkung zunächst die Ehre und das Ansehen, die auch

¹⁸² „Brauchbar“ ist nämlich vor allem die medizinisch korrekte Bezeichnung der jeweiligen Veränderung des Erbguts iVm der Tatsache, dass ein bestimmter Verwandter betroffen ist (zB „Mein Vater ist durch die Mutation(en) „xy“ (und „xz“) am PAH-Gen Anlageträger für PKU (von PKU betroffen)“), vgl *Schaaf/ Zschocke*, Humangenetik², 101 ff.

¹⁸³ Die Wahrscheinlichkeit, dass eine genetische Veränderung an ein Kind weitergegeben wird, beträgt für Veränderungen einzelner Gene im Allgemeinen 50 % (es sei denn, die Veränderung liegt als Keimzellmosaik vor, dann beträgt sie bis zu 50 %); bei autosomal-rezessivem Erbgang beträgt die Wahrscheinlichkeit der Weitergabe an ein Kind 100 %, wenn der betroffene Elternteil erkrankt ist; bei X- oder Y-chromosomalem Erbgang beträgt die Wahrscheinlichkeit der Weitergabe durch den Vater 100 % (durch die Mutter im Allgemeinen nur 50 %); für strukturelle oder numerische Veränderungen von Chromosomen kann diese Wahrscheinlichkeit bis zu 100 % betragen, liegt in den meisten Fällen aber unter 50 %, vgl *Schaaf/ Zschocke*, Humangenetik², 39, 70-78 u 181 (mit Isochromosom 21 als Bsp).

¹⁸⁴ Vgl *Meissel in Fenyves/ Kerschner/ Vonkilch*, Klang, § 16 Rz 67 ff sowie *Koch in KBB*⁵, § 16 Rz 7.

¹⁸⁵ Vgl *Meissel in Fenyves/ Kerschner/ Vonkilch*, Klang, § 16 Rz 49 u 88.

¹⁸⁶ Vgl *Meissel in Fenyves/ Kerschner/ Vonkilch*, Klang, § 16 Rz 147 ff; das damit verknüpfte Recht auf selbstbestimmte Unkenntnis („Recht auf Nichtwissen“) der eigenen genetisch-gesundheitlichen Disposition ist erst im Rahmen einer möglicherweise nachfolgenden humangenetischen Untersuchung zu wahren.

¹⁸⁷ Vgl RV 296 BlgNR 21. GP 28, womit die nunmehr in § 173 ABGB enthaltene Regelung eingeführt wurde (vermutete Einsichts- und Urteilsfähigkeit mündiger Minderjähriger in Hinblick auf medizinische Behandlungen).

gegenüber wahren Tatsachenbehauptungen geschützt sind.¹⁸⁸ Weiters fällt die Geheimhaltung von Befunden über den Gesundheitszustand unter den Schutz der Intimsphäre.¹⁸⁹ Schließlich sind Informationen über das Erbgut als personenbezogene Daten im Rahmen der informationellen Selbstbestimmung von Bedeutung, die schon grundsätzlich auch im Verhältnis zwischen Privaten geschützt ist.¹⁹⁰ Dem Vater droht damit im Wesentlichen ein vielschichtiger Eingriff in seine Privatsphäre, während die Gesundheit und selbstbestimmte Lebensführung des Kindes auf dem Spiel stehen.

Eine verwandte – wenn auch in wesentlichen Aspekten unterschiedliche – Interessensabwägung hat der Gesetzgeber in Bezug auf „meldepflichtige Krankheiten“¹⁹¹ vorgenommen: Hier ist die Privatsphäre des Erkrankten gegenüber dem Informationsinteresse der Allgemeinheit nachrangig. In bestimmten Fällen besteht wegen der von der Erkrankung für die Öffentlichkeit ausgehenden Gefahr sogar eine Behandlungspflicht¹⁹² des Erkrankten (während die Meldepflicht stets nur den behandelnden Arzt, etc, nicht aber die erkrankte Person selbst trifft). Melde- und Behandlungspflichten sollen die Verbreitung der betroffenen Erkrankungen eingrenzen und dienen damit dem Schutz der öffentlichen Gesundheit. Dabei sind die im Epidemiegesetz vorgesehenen Eingriffe durchaus beachtlich. So werden Daten zur „Identifikation“ der Betroffenen, ihrem Umfeld und der getroffenen Vorsorgemaßnahmen in ein staatlich geführtes elektronisches Register eingetragen.¹⁹³ Dem gegenüber scheint die Pflicht, möglicherweise mitbetroffene Verwandte insoweit aufzuklären, dass sie sich einer humangenetischen Untersuchung unterziehen können,¹⁹⁴ einen deutlich geringeren Eingriff in die Privatsphäre darzustellen. Zwar kann der Schutz kollektiver Interessen nicht direkt mit dem Schutz von Einzelinteressen verglichen werden: So scheinen Eingriffe in die Privatsphäre eher gerechtfertigt, wenn sie eine Epidemie abwenden können und damit Leben und Gesundheit all jener Personen

¹⁸⁸ Vgl. Meissel in Fenyves/ Kerschner/ Vonkilch, Klang, § 16 Rz 99 u 101 sowie RS0031649.

¹⁸⁹ Wozu die Geheimhaltung von Befunden über den Gesundheitszustand gehört, s. Meissel in Fenyves/ Kerschner/ Vonkilch, Klang, § 16 Rz 130.

¹⁹⁰ Es handelt sich um einen Fall unmittelbarer Drittwirkung; vgl. Meissel in Fenyves/ Kerschner/ Vonkilch, Klang, § 16 Rz 143 f.

¹⁹¹ Gemeint sind die in den §§ 1 Epidemiegesetz 1950, 1 iVm 4 Geschlechtskrankheitengesetz, 2 AIDS-Gesetz 1993 u 3 Tuberkulosegesetz angeführten Erkrankungen; das Epidemiegesetz spricht von „anzeigepflichtigen Krankheiten“, während die anderen Gesetze keinen besonderen Begriff für die von ihnen geregelten Krankheiten vorsehen.

¹⁹² S §§ 2 Tuberkulosegesetz u 2 Geschlechtskrankheitengesetz.

¹⁹³ Vgl. § 4 Epidemiegesetz.

¹⁹⁴ S Fn 182.

schützen, die in ihrem Rahmen erkrankt wären. Von einer Veränderung des Erbguts kann hingegen nur eine vergleichsweise kleine Anzahl an Personen mitbetroffen sein. Allerdings sind Gesundheit und Selbstbestimmung solcher Personen nicht bloß mittelbar (weil sie von einer möglichen Epidemie betroffen sein könnten), sondern bereits unmittelbar gefährdet, wobei sich die jeweilige Gefahr in Abwesenheit einer entsprechenden Aufklärung mit einer hohen Wahrscheinlichkeit verwirklichen wird.¹⁹⁵ Im Bereich meldepflichtiger Krankheiten ist das von einem Betroffenen im Einzelfall ausgehende Risiko hingegen unbekannt.¹⁹⁶ Es gibt auch Gemeinsamkeiten zwischen Informationen über meldepflichtige Krankheiten und jenen über Veränderungen des Erbguts. So besteht in beiden Fällen keine Gewissheit, dass sich die Gefahr, aufgrund derer eine entsprechende Aufklärung ratsam scheint, auch verwirklichen wird: Nicht jede von einer meldepflichtigen Krankheit betroffene Person wird andere infizieren, während genetische Veränderungen nicht unbedingt¹⁹⁷ an Nachkommen weitergegeben werden. Vergleichbar ist auch die Verschiedenartigkeit der Gefahr, die von einzelnen Veränderungen des Erbguts bzw. meldepflichtigen Krankheiten ausgeht. So zeigt die einheitliche Regelung verschiedener Erkrankungen via durch das Epidemiegesetz, dass eine ähnlich oder gleich hohe Bewertung gesundheitlicher Interessen trotz ganz unterschiedlicher Gefahrensituationen denkbar ist. Dies lässt sich anhand eines Vergleichs von Reproduktionsrate¹⁹⁸ und Mortalität einiger durch das genannte Gesetz geregelten Krankheiten veranschaulichen: Für Tuberkulose sind sowohl Reproduktionsrate als auch Mortalität als hoch einzustufen;¹⁹⁹ für Masern steht eine noch höhere Reproduktionsrate einem nur selten tödlichen Krankheitsverlauf gegenüber;²⁰⁰ SARS

¹⁹⁵ S Fn 183.

¹⁹⁶ Bekannt ist höchstens das von einem durchschnittlichen Infizierten im Kontext einer durchschnittlichen Epidemie ausgehende Risiko.

¹⁹⁷ S Fn 183.

¹⁹⁸ Die Anzahl an Personen, an die eine Krankheit im Durchschnitt weitergegeben wird, wenn keine Gegenmaßnahmen getroffen werden; eine Ausbreitung des Erregers im Sinne einer Epidemie ist daher bei einer Reproduktionsrate kleiner oder gleich 1 nicht wahrscheinlich; die saisonale Grippe (Influenza) hat eine Reproduktionsrate von etwa 2,5 (bei einer Mortalität von etwa 0,1 %); die Reproduktionsrate ist von der Kontagiosität (Wahrscheinlichkeit der Übertragung des Erregers) und der Infektiosität (Wahrscheinlichkeit bei Kontakt mit Erreger zu erkranken) zu unterscheiden: so ist die Wahrscheinlichkeit einer Ansteckung mit HIV selbst im ungeschütztem Geschlechtsverkehr notoriously gering (0,04 % für Frauen und 0,08 % für Männer bei gewöhnlichem Beischlaf, vgl die vom CDC veröffentlichten Ergebnisse von *Patel/ Borkowf/ Brooks et al*, AIDS 2014, 1509) – während die Reproduktionsrate dennoch etwa 3,5 beträgt, weil mit HIV infizierte Personen über einen langen Zeitraum hinweg infektiös sein können.

¹⁹⁹ Die Reproduktionsrate beträgt etwa 5,5, die Mortalität etwa 65 %.

²⁰⁰ Die Reproduktionsrate beträgt etwa 15, die Mortalität etwa 0,2 %.

hat eine vergleichsweise moderate Reproduktionsrate und Mortalität,²⁰¹ während H5N1 (Vogelgrippe) eine sehr geringe Reproduktionsrate bei hoher Mortalität aufweist²⁰².²⁰³ Dies spricht dagegen, mögliche Informationspflichten über das Erbgut schon im Allgemeinen – etwa auf besonders nachteilige genetische Veränderungen – einzuschränken; stattdessen muss auf die Auswirkungen der jeweiligen genetischen Veränderung im Kontext des Einzelfalls eingegangen werden. Insgesamt ist damit ersichtlich, dass der Schutz der Privatsphäre gegenüber hinreichend bedeutenden gesundheitlichen Interessen zurücktreten muss.

Stellt man die Interessen des Kindes und des Vaters gegenüber, fällt auf, dass die Intensität des mit einer Informationspflicht verbundenen Eingriffs in die Rechte des letzteren deutlich hinter jenem Eingriff zurückbleibt, dem sich das Kind ausgesetzt sieht, wenn es nicht aufgeklärt wird. So müsste der Vater seine Privatsphäre nur gegenüber einer (oder wenigen) bestimmten Person(en) öffnen, wobei der Umfang der Information, die er preisgeben müsste, vergleichsweise gering²⁰⁴ ist. Darüber hinaus ist eine entsprechende Aufklärung typischerweise nicht mit großem Aufwand verbunden. Selbst im Verhältnis zwischen Personen, die sonst kaum oder keinen regelmäßigen Kontakt pflegen, scheint zB ein Telefonanruf zumutbar zu sein. Unzumutbar wäre eine Informationspflicht mE nur, wenn der Vater gar keine positive Kenntnis von der Existenz des Kindes hat (sie also etwa nur für möglich hält), oder aufgrund faktischer Hindernisse nicht in der Lage ist, Kontakt mit ihm aufzunehmen (weil ihm die dafür nötigen Daten auch durch einfache Recherche nicht zugänglich sind). Dem Kind drohen hingegen zT sehr schwere Einschränkungen in seiner Gesundheit und Selbstbestimmung. Von Bedeutung ist in diesem Zusammenhang auch, dass durch genetische Vererbung eine Gemeinschaft von Personen entsteht, die von ein- und derselben Veränderung des Erbguts betroffen sind. Dass die Mitglieder eines solchen Informationsverbunds im Grunde alle gleichermaßen berechtigt sind, von Besonderheiten der Zusammensetzung ihres Erbguts zu erfahren, und der Vater in unserem Beispiel gewissermaßen nur zufällig als erster aufgeklärt wurde, darf nicht ignoriert werden.²⁰⁵ Damit ist das

²⁰¹ Die Reproduktionsrate beträgt etwa 2,5, die Mortalität etwa 10 %.

²⁰² Die Reproduktionsrate beträgt etwa 1, die Mortalität etwa 65 %.

²⁰³ S für die in den Fn 198-202 angeführten Werte zu Reproduktionsrate und Mortalität verschiedener Erkrankungen <http://www.informationisbeautiful.net/visualizations/the-microscope-infectious-diseases-in-context> mwN zu den einzelnen Erregern.

²⁰⁴ Vgl Fn 182.

²⁰⁵ Vgl *Simitis*, in Schweizerisches Institut für Rechtsvergleichung, Genanalyse und Persönlichkeitsschutz, 122 f.

Informationsinteresse des Kindes mE regelmäßig höher zu bewerten, als das Geheimhaltungsinteresse des rein biologischen Vaters. Dieser ist daher iZm seiner Verantwortung für das Informationsgefälle schon aus dem Schutz der Persönlichkeitsrechte zur Aufklärung seines Kindes verpflichtet, soweit nur er dazu in der Lage ist²⁰⁶ und das Gewicht der Auswirkungen der jeweiligen genetischen Veränderung hinreichend groß ist. Ob im Einzelfall eine Informationspflicht besteht, muss vor allem von letzterem abhängen: Führt eine Veränderung des Erbguts mit hoher Wahrscheinlichkeit oder Gewissheit zum vorzeitigen Tod, sind bei ihrem Vorliegen sonst Anpassungen der Lebensführung zu erwarten oder aber medizinische Gegenmaßnahmen zu ergreifen, überwiegt wohl das Informationsinteresse des Berechtigten. Gleiches muss auch für Anlageträgerschaften und anderer genetischer Veränderungen gelten, die mit einem Risiko stark nachteiliger Auswirkungen auf die Gesundheit künftiger Nachkommen einhergehen, vor allem wenn diese Auswirkungen bei rechtzeitiger Kenntnis abgewendet werden können.²⁰⁷ Da eine entsprechende Informationspflicht des Vaters davon abhängt, dass er alleine zur Aufklärung des Kindes in der Lage ist (s Seite 37), müsste sie regelmäßig entfallen, wenn er seinen Arzt zur Information des Kindes ermächtigt. Ist das mit einer genetischen Veränderung verbundene Gesundheitsrisiko nur sehr gering und sind weder eine (wesentliche) Anpassung der Lebensführung zu erwarten, noch Gegenmaßnahmen zu ergreifen, muss die Privatsphäre des sonst Verpflichteten schützenswerter erscheinen. Dabei ist vor allem an Anlageträgerschaften zu denken, wenn sie entweder ausgesprochen selten sind²⁰⁸ (so dass das mit ihnen verbundene

²⁰⁶ So müsste eine Ermächtigung des Arztes, die Aufklärung an seiner Statt vorzunehmen, eine solche Pflicht ausschließen.

²⁰⁷ ZB Adrenogenitales Syndrom (Vermännlichung eines weiblichen Fötus), Phenylketonurie (PKU, Intelligenzminderung, wenn nicht behandelt) und andere Stoffwechselerkrankungen sowie autosomal-rezessiv vererbte Formen von schwerem kombiniertem Immundefekt (AR-SCID, je nach Art Tod innerhalb der ersten zwei Lebensjahre, wenn keine Behandlung durch Knochenmarkstransplantation von einem geeigneten Spender erfolgt; im Idealfall erfolgt dies bald nach der Geburt, was mit einer vorangehenden Spendersuche verbunden ist); in manchen Fällen ist die Kindergeneration von den nachteiligen Auswirkungen einer Veränderung des Erbguts nicht betroffen, während die Enkelgeneration stark gefährdet ist: dies betrifft etwa Fragiles-X-Syndrom (schwere geistige Entwicklungsstörung bei männlichen Nachkommen) oder Duchenne Muskeldystrophie (Muskelschwäche führt schon im Kindesalter zu Rollstuhlabhängigkeit; nur wenige leben länger als bis 30) – beides X-chromosomal; zu denken wäre auch an Veränderungen in sogenannten imprint-Regionen des Erbguts wie Myoclonus-Dystonie (durch SGCE-Mutationen, Erkrankung nur bei Weitergabe durch Väter; Muskelbewegungsstörung im Nacken-, Oberkörper- und Armbereich sowie psychische Störungen); in den zuletzt genannten Fällen müsste der rein biologische Elternteil freilich eine Frau sein, was iZm der Eizellspende jedenfalls möglich ist; vgl zu diesen Bsp *Schaaf/ Zschocke*, Humangenetik², 248 ff, 235 ff, 343, 287 ff u 294 ff, sowie *Raymond/ Ozelius*, Myoclonus-Dystonia in *Adam et al* (editors), GeneReviews.

²⁰⁸ ZB Hyperphosphatasie – Intelligenzminderung – Syndrom: so selten, dass es fast immer nur dann relevant ist, wenn genetisch-biologisch verwandte Personen Nachkommen zeugen (dh bei Konsanguinität), s *Horn et al*, European

Risiko letztlich sehr gering ist) oder auch bei Ausbruch der damit assoziierten Krankheit keine schweren Folgen zu erwarten sind.²⁰⁹

B. Im 1. Grad miteinander verwandte Eltern und Kinder im Rechtssinn

Das Verhältnis zwischen im 1. Grad (§ 41 ABGB) miteinander verwandten Eltern und Kindern im Rechtssinn erfüllt regelmäßig die Kriterien des rechtlichen, des abstammungsrechtlichen und des sozialen Verständnisses der Familie: Die Kernfamilie *ieS* sichert den Lebensunterhalt (§ 231 ff ABGB) ihrer Mitglieder im Rahmen eines solidarischen Lebensraums (§ 137 Abs 1 ABGB) und führt Nachkommen in die Gesellschaft ein (§§ 158 ff ABGB). Die Vielzahl und Detailliertheit²¹⁰ der auf diese Gruppe anwendbaren Regelungen ermöglichen eine differenzierte Betrachtung der Rechtsverhältnisse zwischen ihren Mitgliedern. Alle im ersten Teil der Untersuchung besonders hervorgehobenen Informationen können im Verhältnis zwischen Eltern und Kindern Bedeutung erlangen: Sind sie auch aus biologisch-genetischer Sicht miteinander verwandt, ist der Stellenwert von Informationen über das Erbgut besonders hoch (vgl Seite 38 f). Die Frage, ob die Mutter die Identität des Vaters gegenüber dem Kind auf Dauer geheim halten darf, stellt sich nur im Verhältnis zwischen Eltern und Kindern. Die persönliche Nahebeziehung zwischen Mitgliedern der Kernfamilie und deren Stellung als gesetzliche Erben und Pflichtteilsberechtigte (vgl §§ 730 u 757 ABGB idF ErbRÄG 2015) führt geradezu zwangsläufig zu Situationen, in denen Eltern oder Kinder über für einander wichtige Informationen zum Vermögen eines verstorbenen Familienmitglieds verfügen. So dürfte der hinterbliebene Elternteil regelmäßig besser als die gemeinsamen Kinder über das Vermögen des verstorbenen Elternteils informiert sein. Auf die Bedeutung des Unterhaltsrechts im Verhältnis zwischen Eltern und Kindern muss nicht besonders hingewiesen werden. Für die Höhe des geschuldeten Unterhalts wesentliche Informationsgefälle dürften vor allem dann auftreten, wenn Eltern und Kinder nicht zusammenleben, was gerade bei volljährigen,

Journal of Human Genetics 2014, 762; gleiches gilt für DOORS-Syndrom (deafness, onychodystrophy, osteodystrophy, mental retardation, seizures), s *Mucha* et al, TBC1D24-Related Disorders in *Adam* et al (editors), GeneReviews; beide sind weltweit bei weniger als 50 Familien beschrieben.

²⁰⁹ ZB Anlageträgerschaft für SCAD-Defizienz: short-chain acyl-CoA dehydrogenase am ACADS-Gen) – wenn die damit assoziierte Erkrankung bei einem Kind zum Ausbruch kommt, verläuft sie praktisch immer asymptomatisch, sodass ihr Krankheitswert in der Medizin fraglich ist, vgl *Zschocke/ Hoffmann*, Vademecum Metabolicum 94; ein anderes Beispiel wäre die milde Variante der Trimethylaminurie (an Fischgeruch erinnernder Körpergeruch, vgl *Schaaf/ Zschocke*, Humangenetik², 95.

²¹⁰ Vgl den demonstrativen Katalog an Kriterien, an denen nach § 138 ABGB das Kindeswohl zu messen ist, sowie die in § 161 ABGB festgelegte „Folgepflicht“ des Kindes.

aber nicht selbsterhaltungsfähigen Kindern nicht ungewöhnlich ist.²¹¹ Eltern und Kinder im Rechtssinn stellen damit insgesamt einen Schwerpunkt der Untersuchung familiärer Informationspflichten dar. Einen wesentlichen Anhaltspunkt für die Ableitung solcher Pflichten sind die allgemeinen familiären Beistandspflichten, auf deren entsprechende Eignung daher kurz einzugehen ist.

1. Allgemeine Beistandspflichten als Grundlage familiärer Informationspflichten

Allgemeine Beistandspflichten bestehen zwischen Ehegatten, eingetragenen Partnern, Eltern und Kindern i.e.S., Wahl Eltern und –kindern, Großeltern und Enkeln, Eltern untereinander und Geschwistern.²¹² Vergleichbare Regelungen existieren auch in der Schweiz und in Deutschland.²¹³ Aus historischer Sicht kommt dem schweizerischen Privatrecht eine gewisse Vorbildwirkung für die seit den 70er Jahren erfolgte Erweiterung familiärer Beistandspflichten in den anderen beiden Rechtsordnungen zu.²¹⁴ Wegen dieser Entwicklung und den einander überlappenden gesetzlichen Formulierungen²¹⁵ ähneln sich viele der in den drei Rechtsordnungen i.Zm dem Inhalt allgemeiner familiärer Beistandspflichten behandelten Rechtsfragen.

Wohl aufgrund ihrer unbestimmten Formulierung, ihres höchstpersönlichen Charakters und den damit verbundenen Einschränkungen ihrer Durchsetzbarkeit (s. dazu den 3. Teil) wird die rechtliche Qualität allgemeiner Beistandspflichten immer wieder in Zweifel gezogen. ZT wird

²¹¹ Die Unterhaltspflicht kann auch während eines Hochschulstudiums oder nach einem Wechsel der Ausbildung fortbestehen, vgl. *Neuhausser in Schwimann/ Kodek*, I⁴, § 140 Rz 417; sie kann auch nach dem Scheitern einer Karriere wiederaufleben, vgl. 2 Ob 7/ 15s.

²¹² ZT (in Hinblick auf Geschwister, Eltern untereinander und Großeltern und Enkel) str. bzw. wenig untersucht, vgl. *Stefula*, ÖJZ 2005, 35; vgl. §§ 44, 90 Abs 1 u. 137 Abs 1 iVm 40 u. 197 Abs 1 ABGB u. 8 Abs 2 EPG; § 137 ABGB wirkt über das Erlangen der Eigenberechtigung des Kindes hinaus.

²¹³ Vgl. v.a. Art 159 u. 272 ZGB sowie §§ 1353 u. 1618a BGB.

²¹⁴ Eltern und Kinder sind seit Einführung des ZGB beistandspflichtig; in Deutschland erst seit dem SorgeRG vom 18.07.1979, s. zur Rezeption der schweizerischen Regelung *Coester in Staudinger* IV, § 1618a Rn 2; die vergleichbare Regelung des § 137 ABGB trat mit dem KindG 1977 in Kraft, auch hier wird zT – wenn auch ohne sichere Anhaltspunkte – von einer Vorbildwirkung des ZGB ausgegangen, vgl. *Stefula*, ÖJZ 2005, 35; s. hingegen IA 673/ A BlgNR 24. GP 18, wonach sich die Neuregelung des § 90 Abs 3 ABGB an Art 299 ZGB orientiert.

²¹⁵ Vgl. für Ehegatten: nach § 44 ABGB erklären sie ihren Willen „sich gegenseitig Beistand zu leisten“ u. nach § 90 ABGB sind sie „zur anständigen Begegnung und zum Beistand verpflichtet“; nach Art 159 ZGB schulden Ehegatten einander „Treue und Beistand“ u. nach § 1353 BGB tragen sie „füreinander Verantwortung“; vgl. für Eltern und Kinder: nach § 137 Abs 1 ABGB haben sie „einander beizustehen und mit Achtung zu begegnen“, nach § 1618a BGB sind sie einander „Beistand und Rücksicht schuldig“ u. Art 272 ZGB lautet: „Eltern und Kinder sind einander allen Beistand, alle Rücksicht und Achtung schuldig, die das Wohl der Gemeinschaft erfordert“.

ihnen ein präambelhafter²¹⁶ oder „programmatischer“²¹⁷ Charakter attestiert oder durch ihre Einordnung als „lex imperfecta“²¹⁸, Rechtsmaxime²¹⁹ oder Obliegenheit²²⁰ der Anschein einer Rechtspflicht minderer Art verliehen. Tatsächlich handelt es sich um echte Rechtspflichten²²¹, weshalb Charakterisierungen wie die vorgenannten irreführend sind und vermieden werden sollten. Zivilrechtliche Verhaltensanordnungen haben zivilrechtliche Wirkung²²² und begründen auch dann noch echte Rechtspflichten, wenn die daraus abgeleiteten Ansprüche nicht (unmittelbar) gerichtlich geltend gemacht oder vollstreckt werden können.²²³

Je nach gesetzlicher Formulierung müssen allgemein beistandspflichtige Angehörige füreinander Verantwortung tragen, aufeinander Rücksicht nehmen, einander Beistand leisten, anständig begegnen oder achten.²²⁴ Für Art und Umfang der geschuldeten Unterstützung dürften entsprechende Unterschiede im Wortlaut allerdings praktisch bedeutungslos sein, weil eine allgemeine Beistandspflicht alle vorgenannten Aspekte abdeckt: So kommen Achtung und anständige Begegnung durch Rücksichtnahme zum Ausdruck, die wiederum eine passivere – und darum den Handlungsspielraum des Beistandspflichtigen weniger einschränkende – Variante des Beistands darstellt.²²⁵ Damit kann der Wortlaut jener Gesetzesstellen, die allgemeine familiäre

²¹⁶ S Posch in Ostheim, Schwerpunkte der Familienrechtsreform, 12.

²¹⁷ S RV 2004 BlgNR 24. GP 15; auch der dt Gesetzgeber wollte mit § 1618a BGB bloß das „Leitbild für die Eltern-Kind Beziehung“ vervollständigen und hielt die Bestimmung für „nicht sanktionsbewehrt“, s Drucksache 8/ 2788, 36 des dt Bundestags; Weitzenböck in Schwimann, ABGB-TaKomm, § 137 Rz 2 spricht von einer „Programmnorm“.

²¹⁸ Vgl 1 Ob 46/ 01y u 6 Ob 29/ 09x sowie Stabentheiner in Rummel, ABGB³, § 137 Rz 4 u Feil/ Marent, Familienrecht, § 137 Rz 6; s Drucksache 8/ 2788, 43 des dt Bundestags.

²¹⁹ S Schwab in FS Schnyder, 648 f; begründet wird dies mit der „Zwiespältigkeit im Geltungsbereich“ solcher Pflichten, vgl auch derselbe, FamRZ 1997, 521, wo § 1618a BGB als „Maxime der Solidarität“ charakterisiert wird.

²²⁰ Vgl Barth in Fenyves/ Kerschner/ Vonkilch, Klang, § 137 Rz 15, der letztlich aber doch vom Bestehen einer Rechtspflicht auszugehen scheint.

²²¹ S Stefula, ÖJZ 2005, 35, Gernhuber in FS Müller-Freienfels, 162 f, Knöpfel, FamRZ 1985, 559, v Sachsen Gessaphe in MüKommBGB⁶, § 1618a Rn 2, Coester in Staudinger IV, § 1618a Rn 10, Lüderitz in FS Gaul, 419 f u Ent, NZ 1975, 140.

²²² Dies zeigt sich etwa im Erbrecht: aus §§ 541 Z 3 u 770 Z 5 ABGB idF ErbRÄG 2015 iVm 688 der Beilagen, XXV. GP, 6 u 29 geht klar hervor, dass der Gesetzgeber allgemeine Beistandspflichten in Hinblick auf die Erbunwürdigkeit und Enterbung für Rechtspflichten hält.

²²³ „Rechtliche Durchsetzbarkeit ist kein Wesensmerkmal von Rechtsgeboten“, s Coester in Staudinger IV, § 1618a Rn 10, vgl Gernhuber in FS Müller-Freienfels, 162 f.

²²⁴ S Fn 215.

²²⁵ Vgl zu Achtung und Rücksicht Gernhuber in FS Müller-Freienfels, 161, Knöpfel, FamRZ 1985, 565 u Hegnauer in Hausheer II, Art 272 Note 44; vgl zu Beistand und Rücksicht Coester in Staudinger IV, § 1618a Rn 29; diese begriffliche Unschärfe ist auch im französischen Recht erkennbar: Art 371 CC verpflichtet nur zu „Ehre und Respekt“, deren Missachtung dennoch zu einer Einschränkung der Unterhaltungspflicht gegenüber volljährigen Kindern führen kann, s Cornu, Droit civil: La famille⁹, Rn 61; s zur Schwierigkeit der Abgrenzung zwischen Treue iW S u Beistand bei Ehegatten Hausheer/ Reusser/ Geiser in Hausheer II, Art 159 Note 26.

Beistandspflichten vorsehen, zur genaueren Untersuchung des Inhalts solcher Pflichten nur wenig beitragen; tatsächlich können Bestimmungen wie die der §§ 44, 90 Abs 1 u 137 Abs 1 ABGB u 8 Abs 2 EPG zunächst so verstanden werden, dass all jener Beistand geschuldet ist, dessen der Eine bedarf und den der andere zu leisten imstande ist.²²⁶ „Beistand“ leistet einerseits, wer jene Unterstützung gewährt, die zur Förderung gemeinsamer oder individueller Interessen notwendig ist, und andererseits, wer jenes Verhalten unterlässt, das solche Interessen gefährden könnte.²²⁷ Dabei muss es sich um nach den Wertungen des Zivilrechts schützenswerte Interessen (dh rechtlich geschützte Interessen) handeln, denn nur sie kann der Gesetzgeber vor Augen gehabt haben und nur ihnen kann rechtliches Gewicht zukommen. Infrage kommen jedenfalls Interessen wie die körperliche Unversehrtheit, das Vermögen und (Grund-) Rechte (vgl §§ 16 u 1293 ABGB).²²⁸ Die Aufklärung über Umstände, die solche Interessen berühren, fällt unter dieses Verständnis von „Beistand“ und ist im Rahmen allgemeiner Beistandspflichten daher grundsätzlich geschuldet.²²⁹ Allerdings verpflichtet nicht jede Situation, in der ein Familienmitglied ein anderes unterstützen könnte, zum Beistand iSd Gesetzes, weshalb auch nicht jede hilfsweise Aufklärung eines Familienmitglieds in Erfüllung einer entsprechenden Rechtspflicht ergehen kann. Eine solche Pflicht entsteht vielmehr erst unter zwei Voraussetzungen: Einerseits muss der Stellenwert der fraglichen Beistandsleistung (der Aufklärung) für den Bedürftigen eine gewisse Erheblichkeitsschwelle überschreiten und andererseits eine Interessensabwägung zu seinen Gunsten ausfallen.

Die letztere dieser beiden Einschränkungen ist eine direkte Folge des reziproken Charakters²³⁰ allgemeiner Beistandspflichten: Einander gleichermaßen zum Beistand verpflichtete Personen müssen ihre wechselseitigen Interessen stets nur insoweit wahrnehmen als eine Einforderung der grundsätzlich geschuldeten Unterstützung nicht schon wieder rücksichtslos wäre. Anders gesagt kann eine familiäre Beistandspflicht durch die ihr gegenüberstehende Rücksichtnahmepflicht

²²⁶ So schon *Hegnauer*, ZBJugR 1980, 685; nach *Voppel* in *Staudinger* IV, § 1353 Rn 53 müssen Ehegatten einander „voll unterstützen“ und „nach Kräften“ behilflich sein, nach *Coester* in *Staudinger* IV, § 1618a Rn 35 kann Beistand „in jeder denkbaren und benötigten Weise geschuldet sein“.

²²⁷ Vgl *Hausheer/ Reusser/ Geiser* in *Hausheer* II, Art 159 Note 26.

²²⁸ Vgl die Auflistung bei *Stefula*, ÖJZ 2005, 35.

²²⁹ Vgl etwa *Coester* in *Staudinger* IV, § 1618a Rn 35, *Voppel* in *Staudinger* IV, § 1353 Rn 53a, *Stefula*, ÖJZ 2005, 35, *Hausheer/ Reusser/ Geiser* in *Hausheer* II, Art 159 Note 45, *Barth* in *Fenyves/ Kerschner/ Vonkilch*, Klang, § 137 Rz 10 u *Hegnauer* in *Hausheer* II, Art 272 Note 31.

²³⁰ Vgl die Formulierungen in Fn 215.

kompensiert werden.²³¹ Damit bestehen allgemeine Beistandspflichten nur vorbehaltlich einer zugunsten des Bedürftigen ausfallenden Interessensabwägung. Neben dem Gewicht der auf dem Spiel stehenden rechtlich geschützten Interessen ist dabei auf die gesetzliche und familienautonome Ausgestaltung der jeweiligen familiären Gruppe²³² und andere wesentliche Umstände des Einzelfalls einzugehen. Zu letzteren zählen etwa die räumliche Nähe der Beteiligten zueinander und ihr Vermögen, den durch die Erbringung oder das Unterbleiben des jeweiligen Beistands entstandenen Nachteil in Kauf zu nehmen. Darüber hinaus ist zu beachten, dass allgemeine Beistandspflichten nicht im Kontext eines Austauschverhältnisses zu sehen sind und daher grundsätzlich auch dann nicht wegfallen, wenn der jeweils andere seine familiären Pflichten verletzt hat, oder nicht in der Lage wäre, seinerseits Beistand zu leisten.²³³ So müsste ein (volljähriges) unterhaltsberechtigtes Kind den Verpflichteten grundsätzlich auch bei nachlässigen (oder fehlenden) Zahlungen über seine sich ändernde finanzielle Situation auf dem Laufenden halten. Die in Lehre und Rsp immer wieder verlangte Zumutbarkeit der Beistandsleistung²³⁴ ist ein Sonderfall der eben dargestellten Abwägung zwischen Beistand und Rücksicht: Unzumutbaren Beistand zu verlangen wäre offenbar rücksichtslos.

Eine „Abwägung der wechselseitig geschuldeten Solidarität“²³⁵ der zuvor beschriebenen Art ist aber erst notwendig, wenn die Bedeutung der Beistandsleistung für den Berechtigten eine bestimmte Erheblichkeitsschwelle überschreitet. Dies ist der Fall, wenn der Berechtigte geradezu auf sie angewiesen ist, um seine Interessen zu wahren, ihm zu diesem Zweck also insbesondere

²³¹ Nach Coester in FS Schnyder, 105 ist diese Einschränkung „strukturell eingebaut“, sodass nur „was bei gebotener Rücksicht [...] gefordert werden kann, [...] auch geschuldet“ ist; nach Schwimann, ÖJZ 1976, 368 sind Beistandspflichten durch die „Rechtfertigung des Verlangens“ und die „Zumutbarkeit der Erfüllung“ begrenzt; schon Ent/ Hopf, Neuordnung, 29 sprechen von der Begrenzung der Beistandspflicht durch die Rücksichtnahmepflicht.

²³² Dem „familiären Kontext“, s Coester in Staudinger IV, § 1618a Rn 31 u 36, Stefula, ÖJZ 2005, 35 u Ent/ Hopf, Neuordnung, 29.

²³³ S Barth in Fenyves/ Kerschner/ Vonkilch, Klang, § 137 Rz 11, Stefula, ÖJZ 2005, 35; besonders offenkundig ist dies im Verhältnis zwischen Eltern und Kindern bis zur Selbsterhaltungsfähigkeit des Kindes: Die Erfüllung der elterlichen Funktion schlechthin ist in all ihren Belangen „gratis“; vgl Cornu, Droit civil: La famille⁹, Rn 61; vgl zu ehelichen Pflichten Voppel in Staudinger IV, § 1353 Rn 5; schwere Verletzungen familiärer Pflichten sind allerdings beachtlich, können sie doch auch zum Entfall von Unterhaltspflichten (vgl § 234 Abs 1 ABGB) oder Erbu unwürdigkeit (vgl § 541 Z 3 ABGB idF ErbRÄG 2015) führen und einen Enterbungsgrund darstellen (vgl § 770 Z 5 ABGB idF ErbRÄG 2015).

²³⁴ Vgl Barth in Fenyves/ Kerschner/ Vonkilch, Klang, § 137 Rz 11 f u Stefula, ÖJZ 2005, 35; s Hegnauer in Hausheer II, Art 272 Note 31 iZm Informationspflichten; s a RS0009449, wonach „[d]ie Beurteilung von Art und Ausmaß der ehelichen Beistandspflichten [...] nach den Grundsätzen der Zumutbarkeit und der sachlichen Rechtfertigung zu erfolgen [hat]“.

²³⁵ So Coester in Staudinger IV, § 1618a Rn 30.

keine annähernd gleichwertigen Alternativen offenstehen.²³⁶ Könnte er auf die fragliche Unterstützung hingegen auch verzichten, ist die Leistung von „Beistand“ iSd Gesetzes schon nicht erforderlich. Anders gesagt muss der Verpflichtete zumindest wesentlich besser als der Berechtigte in der Lage sein, dessen Interessen wahrzunehmen.²³⁷ Für den Ausgleich familiärer Informationsgefälle (s zum Begriff auf Seite 20) bedeutet dies, dass er aus allgemeinen Beistandspflichten grundsätzlich geschuldet ist, sofern die entsprechende Aufklärung für die Wahrung der Interessen des Berechtigten erforderlich ist und eine Interessensabwägung zu seinen Gunsten ausfällt. Da es sich um eine Pflicht handelt, die Interessen des Berechtigten zu schützen, müssen entsprechende Informationsgefälle gerade auch dann ausgeglichen werden, wenn der Berechtigte nicht von ihnen weiß (vgl gleich im Anschluß zum Erbgut).

2. Ausgewählte Informationen

a. Information über das Erbgut

Die Bedeutung einer Aufklärung über Veränderungen des Erbguts zwischen im 1. Grad miteinander verwandten Eltern und Kindern im Rechtssinn entspricht – so sie auch voneinander abstammen – jener zwischen rein biologischen Eltern und Kindern. Sie ist daher regelmäßig erforderlich, um Gesundheit, Leben und Selbstbestimmung der Kinder zu schützen (s Seite 38 f). Diese Interessen sind im Rahmen der Beistandspflicht nach § 137 Abs 1 ABGB grundsätzlich beachtlich (s Seite 48). Sind die zu befürchtenden Auswirkungen einer genetischen Veränderung nicht objektiv vernachlässigbar, dürfte die iZm allgemeinen Beistandspflichten bedeutsame Erheblichkeitsschwelle bereits überschritten sein, weil typischerweise nur die Eltern zu einer entsprechenden Aufklärung in der Lage sind. Damit hängt das Bestehen einer Informationspflicht vor allem von einer Interessensabwägung zwischen den Beteiligten ab (vgl Seite 48 ff). Im Allgemeinen ist die Interessenslage zwischen Eltern und Kindern im Rechtssinn nicht anders, als zwischen rein biologischen Eltern und Kindern, was bereits für eine Pflicht zur Aufklärung der Kinder spricht (s Seite 43). Der Umstand, dass den Eltern das die Persönlichkeitsrechte der Kinder

²³⁶ Vgl *Stefula*, ÖJZ 2005, 35 u ihm folgend *Barth* in *Fenyves/ Kerschner/ Vonkilch*, Klang, § 137 Rz 11 mit Hinweis auf 10 Ob S 327/ 91, wonach „[d]ie kostenlose Zahnbehandlung einer krankenversicherten Gattin, die ebenso gut von jedem anderen Zahnarzt als dem Gatten geleistet werden [kann], [...] von der ehelichen Beistandspflicht nicht umfaßt [ist]“.

²³⁷ Vgl BGE 115 III 106 (kein ehelicher Beistand nötig, wenn die Belastung (hier: Unterhalt) „bei gutem Willen“ selbst getragen werden kann).

gefährdende Informationsgefälle zugerechnet werden kann, verstärkt diesen Eindruck. Sind Eltern schon im Allgemeinen zur Wahrung der Interessen ihrer Kinder verpflichtet, muss dies umso mehr der Fall sein, wenn die konkrete Gefährdung dieser Interessen in die elterliche Sphäre fällt. Ein Hinweis auf die besondere Verpflichtung der Eltern in Hinblick auf die Gesundheit und körperliche Integrität ihrer Kinder ist die im Strafrecht aus § 137 Abs 1 ABGB abgeleitete Garantenstellung.²³⁸ So ist das Informationsinteresse der Kinder mE regelmäßig höher zu bewerten als das Geheimhaltungsinteresse der Eltern, wenn die Wahrscheinlichkeit einer wesentlichen Beeinträchtigung der Gesundheit hoch ist, eine Anpassung der Lebensführung an die veränderten Umstände erwartet werden kann oder medizinische (Gegen-) Maßnahmen indiziert sind (s für Bsp Seite 22 ff, 38 f u 44). Damit stellen auch allgemeine familiäre Beistandspflichten eine taugliche Rechtsgrundlage für Informationspflichten über das Erbgut zwischen Eltern und Kindern dar. Dies muss ebenso für Anlageträgerschaften und andere genetische Veränderungen gelten, die zwar nicht bei den Kindern selbst, wohl aber bei deren Kindern (den Enkeln) schwere gesundheitliche Schäden²³⁹ zur Folge haben können: Solche Umstände sind nicht nur für die Entscheidung, Kinder zu zeugen, von Bedeutung; in vielen Fällen sind sie auch eine Indikation für besondere medizinische Maßnahmen im Rahmen von Zeugung, Schwangerschaft und Geburt. Damit ist eine Aufklärung zur Wahrung der Vermögensinteressen des Kindes (wegen der zusätzlichen Kosten, die durch die Geburt eines Kindes mit körperlicher oder geistiger Entwicklungsstörung entstehen können) sowie zur Wahrung seiner Interessen an der Zeugung gesunder Nachkommen (vgl zu diesem Interesse Seite 91 ff) und der selbstbestimmten Lebensführung notwendig.

Im Gegensatz zu rein biologischen Eltern ist bei Eltern im Rechtssinn grundsätzlich davon auszugehen, dass sie um die Existenz ihrer Kinder wissen und Kontakt mit ihnen aufnehmen können. Aufgrund der stärkeren allgemeinen Pflichtenbindung zwischen Eltern und Kindern im Rechtssinn ist es grundsätzlich vorstellbar, dass eine Aufklärung über das Erbgut auch in solchen Fällen geboten ist, in denen eine vergleichbare Pflicht alleine aus der Wahrung der Persönlichkeitsrechte nicht ableitbar ist. Ein solcher Grenzfall könnte eine Anlageträgerschaft für Sichelzellanämie sein: Träger der entsprechenden genetischen Veränderung haben

²³⁸ Vgl *Hilf in Höpfel/ Ratz*, WK StGB², § 2 Rz 87.

²³⁹ S Fn 207.

Auffälligkeiten im Blut, die sich jedoch nur sehr selten negativ auswirken²⁴⁰ und sogar zu einem gewissen Grad vor einer schweren Malaria-Erkrankung schützen.²⁴¹ Wird eine solche Anlage aber von beiden Eltern vererbt, kommt es zu einer Sichelzellanämie-Erkrankung.²⁴² Die Verbreitung ist in Europa jedoch vergleichsweise gering, so sind in Österreich nur etwa 0,2% der Bevölkerung Anlageträger, wobei jedes Jahr durchschnittlich ein Kind mit Sichelzellanämie zur Welt kommt.²⁴³ Damit ist das mit einer möglichen Anlageträgerschaft für Sichelzellanämie verbundene Risiko insgesamt ausgesprochen gering, sodass im Verhältnis rein biologischer Eltern und Kinder durchaus das Geheimhaltungsinteresse ersterer überwiegen kann. Anders läge der Fall, wenn diese genetische Veranlagung in Österreich so häufig wäre wie in Afrika südlich der Sahara, wo jährlich 300.000 Kinder mit Sichelzellanämie geboren werden²⁴⁴ und die WHO entsprechende Untersuchungen bei Neugeborenen empfiehlt.²⁴⁵ In Angola, wo 13,7 % der Bevölkerung Anlageträger sind, werden solche Erhebungen zT bereits durchgeführt.²⁴⁶ Im Verhältnis zwischen Eltern und Kindern im Rechtssinn könnte man hingegen jedenfalls von einer Informationspflicht ausgehen, weil die nachteiligen Auswirkungen einer Anlageträgerschaft für Sichelzellanämie in Österreich zwar typischerweise nicht zum Tragen kommen, das damit verbundene Risiko aber dennoch nicht völlig vernachlässigbar ist und die in allgemeinen Beistandspflichten zum Ausdruck kommende Pflichtenbindung besonders weit geht.

b. Auskunft über die Identität des Vaters

Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung ist ein Persönlichkeitsrecht, das in zahlreichen Auskunftsrechten Niederschlag gefunden hat und auch auf verfassungs- und völkerrechtlicher Ebene anerkannt ist (vgl Seite 26). Im Bereich der medizinisch unterstützten Fortpflanzung, der Adoption und der Pflegeelternschaft wird dieses Recht durch entsprechende Sonderregelungen

²⁴⁰ Va selten Komplikationen wie bei Sichelzellanämie-Erkrankung bei Belastungen wie sie im Leistungssport auftreten, s *Bender/ Douthitt Seibel* et al, *Sickle cell disease in Pagon et al (editors), GeneReviews*; vgl auch *Bonham* et al, *N Engl J Med* vol 363 (2010), 997.

²⁴¹ S *Bunn*, *The triumph of good over evil: protection by the sickle gene against malaria in Blood* vol 121 (2013), 20.

²⁴² Dh va chronische Anämie (Blutarmut) und wiederkehrende Episoden von Gefäßverschlüssen iVm reduzierter Lebenserwartung, s *Bender/ Douthitt Seibel* et al, *Sickle cell disease in Pagon et al (editors), GeneReviews*.

²⁴³ S *Piel* et al, *The Lancet* vol 381 (2013), 142.

²⁴⁴ S *McGann* et al, *Am J Hematol* vol 88 (2013), 984 u *Piel* et al, *The Lancet* vol 381 (2013), 142.

²⁴⁵ S *Sickle cell anaemia*, 59th World Health Assembly (2006), Resolution 59.20.

²⁴⁶ S *Piel* et al, *The Lancet* vol 381 (2013), 142 zur Häufigkeit u *McGann* et al, *Am J Hematol* vol 88 (2013), 984 zur Untersuchung Neugeborener.

gewährleistet.²⁴⁷ Keine solchen Regelungen existieren für den Fall, dass die Mutter die Identität des Vaters gegenüber dem auf Auskunft drängenden Kind geheim halten möchte, obwohl nur sie als Auskunftsperson in Frage kommt. Vielmehr geht die hA in dieser Situation iZm § 149 Abs 1 ABGB von einem „Schweigerecht“ der Mutter aus.²⁴⁸ Diese Auffassung, wonach die Mutter die Identität des Vaters auf Dauer geheimhalten darf, ist mE zwar das Ergebnis verständlicher Bemühungen, den (vom Gesetz wirklich beabsichtigten) Schutz der Mutter besonders gut umzusetzen, im Ergebnis aber überschießend:

aa. Stellenwert des § 149 Abs 1 ABGB

Zunächst steht ein absolut verstandenes „Schweigerecht“ in einem Spannungsverhältnis zu den verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten des Kindes, vor allem jenem auf Privatleben nach Art 8 EMRK.²⁴⁹ Dies ist nicht schon grundsätzlich problematisch, weil es dem Staat offensteht, einen Ausgleich zwischen den widerstreitenden Interessen des Kindes und der Mutter herzustellen.²⁵⁰ Lässt das Gesetz einen solchen Ausgleich aber gar nicht zu, weil den Rechten einer Seite „blind Vorrang gegeben“ wird, verstößt es gegen Art 8 EMRK.²⁵¹ Damit spricht eine verfassungskonforme Interpretation bereits für ein gegenüber der hA differenzierteres Verständnis des „Schweigerechts“.

Von größerer Bedeutung ist jedoch, dass die hA zu § 149 Abs 1 ABGB schon aus einfachgesetzlicher Sicht keineswegs zwingend ist und vor allem auch nicht dem Zweck dieser Bestimmung entspricht: Dem reinen Wortlaut des § 149 Abs 1 ABGB lassen sich über den dort geregelten Sonderfall hinaus keine Hinweise über den Umfang des Schweigerechts entnehmen. Die darin enthaltene Regelung stand immer in systematischem Zusammenhang mit der Feststellung der rechtlichen (nicht biologischen) Abstammung vom Vater in Abwesenheit einer

²⁴⁷ Vgl die §§ 7 u 31 Abs 4 B-KJHG 2013 sowie 15 u 20 Abs 2 FMedG.

²⁴⁸ S *Stefula* in *Fenyves/ Kerschner/ Vonkilch*, Klang, § 163a Rz 11; nach 2 Ob 129/ 06v handelt es sich um ein „fundamentales Recht“; allerdings wird in Literatur und Rsp meist gerade nicht auf die Frage eines Auskunftsanspruchs des volljährigen Kindes eingegangen, vgl *Hopf* in *KBB*⁵, § 149 Rz 2, *Bernat* in *Schwimann/ Kodek*, I⁴, § 163a Rz 4; s auch *Ebert*, JBl 1995, 69 bei II./ 3., wonach der Gesetzgeber die Position der Mutter stärken wollte, dabei aber auf das Kind vergaß.

²⁴⁹ Vgl *Hinteregger*, ÖJZ 1999, 745, *Ebert*, JBl 1995, 69 u *Stefula* in *Fenyves/ Kerschner/ Vonkilch*, Klang, § 163a Rz 15; s EGMR zu *Odièvre vs France* (2003), Antrag 42326/ 98, Rn 29 u 40 ff.

²⁵⁰ S *Stefula* in *Fenyves/ Kerschner/ Vonkilch*, Klang, § 163a Rz 15 f.

²⁵¹ S EGMR zu *Godelli vs Italy* (2013), Antrag 33783/ 09, Rn 57 ff zu einem Fall, in dem ein Kind nach erfolgter anonymer Adoption gar keine Möglichkeit hatte, Informationen über die Identität seiner Mutter zu erlangen.

gesetzlichen Sonderregelung, wie sie für in eine Ehe geborene Kinder existiert.²⁵² Das Ziel der Pflicht nach § 149 Abs 1 ABGB ist die Förderung des Kindeswohls durch Vermeidung rechtlicher Vaterlosigkeit.²⁵³ Sie stellt aber auch einen deutlichen (staatlichen) Eingriff in die Privatsphäre der Mutter dar, wenn diese die Identität des Vaters nicht bekanntgeben will. Der historische Gesetzgeber wollte dies vermeiden und die Mutter einerseits in die Lage versetzen, „die Geschicke ihres Kindes selbst in die Hand zu nehmen“,²⁵⁴ und andererseits mit einer Abwehrmöglichkeit gegenüber dem von ihr verschiedenen und zur Betreibung einer Vaterschaftsfeststellung verpflichteten gesetzlichen Vertreter des Kindes ausstatten.²⁵⁵ Damit ist die Privatsphäre der Mutter – solange der biologische Vater nicht bekannt ist – stets höher zu bewerten als das vertretene Interesse des Kindes an der rechtlichen Feststellung eines Vaters. In dieser Abwägung nicht enthalten ist jedoch das – vom historischen Gesetzgeber gar nicht berücksichtigte²⁵⁶ – Interesse des Kindes, seine genetisch-biologische Herkunft zu kennen. Es besteht unabhängig von der Existenz eines rechtlichen Vaters und ist vom Interesse an der Feststellung eines solchen grundverschieden. So hängt die Bedeutung der Kenntnis der eigenen Herkunft ganz von der subjektiven Haltung des Kindes ab, während die Bedeutung der Feststellung eines rechtlichen Vaters nach den dadurch ausgelösten Rechtsfolgen (zB Unterhaltspflicht) zu beurteilen ist. Letztere kann ein gesetzlicher Vertreter leicht einschätzen und im Interesse des Kindes verfolgen. Gleiches gilt nicht für die subjektive, sich erst entwickelnde Einstellung des Kindes zu seiner Herkunft: So sprechen der höchstpersönliche und nur wenig dringliche²⁵⁷ Charakter des Persönlichkeitsrechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung gegen

²⁵² S *Stefula* in *Fenyves/ Kerschner/ Vonkilch*, Klang, § 163a Rz 1 f; s a *Bernat* in *Schwimann/ Kodek*, I⁴, § 163a Rz 1; vgl auch RV 6 BlgNR 12. GP 14 f zur Regelung des heutigen § 149 Abs 1 ABGB idF der 1. TN u des BGBl I 342/ 1970.

²⁵³ Vgl *Stefula* in *Fenyves/ Kerschner/ Vonkilch*, Klang, § 163a Rz 1; § 149 Abs 1 ABGB deutet den Sinnzusammenhang mit der Förderung des Kindeswohls an, wenn er die Pflicht zur Vaterschaftsfeststellung entfallen lässt, wenn sie dem Kindeswohl abträglich wäre; noch nach § 16 Abs 1 idF der 1. TN hatte das Vormundschaftsgericht die Feststellung der Vaterschaft eines unehelichen Kindes nur insoweit zu besorgen, als dies zur Wahrung seiner Rechte nötig ist; seit dem BG vom 30.10.1970 über die Neuordnung der Rechtsstellung des unehelichen Kindes (BGBl I 342/ 1970) ist für die Pflicht zur Vaterschaftsfeststellung das Kindeswohl maßgeblich, welches „ganz allgemein die Tätigkeit des Vormunds [des unehelichen Kindes]“ zu bestimmen hat, s RV 6 BlgNR 12. GP 15.

²⁵⁴ Dh, es ohne die Beteiligung bzw Unterstützung des Vaters zu erziehen, s RV 172 BlgNR 17. GP 15.

²⁵⁵ S RV 172 BlgNR 17. GP 15; nach Absicht des historischen Gesetzgebers sollte dadurch ausdrücklich auch das Recht des gesetzlichen Vertreters, ein Vaterschaftsfeststellungsverfahren einzuleiten, entfallen; demgegenüber lässt die hM mit Hinweis auf das Kindeswohl nur die entsprechende Pflicht entfallen, s *Hopf* in KBB⁵, § 149 Rz 2.

²⁵⁶ S *Ebert*, JBl 1995, 69; vgl RV 172 BlgNR 17. GP 15.

²⁵⁷ So gehen die §§ 7 u 31 Abs 4 B-KJHG 2013 sowie 15 u 20 FMedG, offenbar davon aus, dass es genügt, wenn die Betroffenen die entsprechenden Informationen mit Erreichen der Mündigkeit einfordern können.

seine Wahrnehmung durch den gesetzlichen Vertreter des Kindes. Da § 149 Abs 1 ABGB nur die vertretenen Interessen des Kindes berücksichtigt, ist somit zu bezweifeln, dass die in dieser Bestimmung enthaltenen Wertungen zur abschließenden Beurteilung des kindlichen Rechts auf Kenntnis seiner Herkunft geeignet sind. Vor allem gibt es aber keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass § 149 Abs 1 ABGB den Interessen der Mutter gegenüber allen kindlichen Interessen, auch reinen Persönlichkeitsinteressen, Vorrang geben soll.²⁵⁸ Vielmehr scheint es, als wollte der Gesetzgeber des KindRÄG 1989²⁵⁹ den allgemeinen Schutz der Privatsphäre der Mutter in einem Sonderfall, auf den er schon zuvor anwendbar gewesen wäre, konkretisieren.²⁶⁰

Insgesamt ist § 149 Abs 1 ABGB mE so zu verstehen, dass er einen Auskunftsanspruch des insoweit einsichts- und urteilsfähigen Kindes gegen seine Mutter nicht von vornherein ausschließt. Folglich ist bei Aufeinandertreffen des Rechts auf Achtung der Privatsphäre der Mutter und jenem auf Kenntnis der genetisch-biologischen Herkunft des Kindes nach den allgemeinen Grundsätzen für die Beurteilung einer Kollision im Bereich der Persönlichkeitsrechte eine Interessensabwägung vorzunehmen.²⁶¹ Im deutschen und schweizerischen Recht scheinen entsprechende Ausgleichsbemühungen de facto eher zugunsten des Kindes auszugehen.²⁶² Im österreichischen Kontext sind die in § 149 Abs 1 ABGB enthaltenen Wertungen – soweit zutreffend – im Rahmen einer solchen Abwägung zu berücksichtigen; so kann die Einmischung des Vaters in die Erziehung auch bei einem 14-jährigen noch zu befürchten sein.²⁶³ Insgesamt entspricht ein abwägungsoffenes Verständnis des „Schweigerechts“ nach § 149 Abs 1 ABGB nicht nur besser als die hA dem Zweck und der Systematik dieser Bestimmung, sondern verhindert auch seine Ausstrahlung auf Fälle, in denen das Gesetz dem Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung gerade zum Durchbruch verhelfen will: Beispielsweise kann ein Kind seine Rechte nach den §§ 15 u 20 FMedG nur dann durchsetzen, wenn es weiß, an welche Krankenanstalt (Fertilitätsklinik) es sich wenden muss. Da diese Informationen uU nur der Mutter bekannt sind, führt ein

²⁵⁸ AA scheinbar die hM; sie bejaht die absolute Geltung des „Schweigerechts“ ohne Gründe dafür anzugeben, vgl zB die ansonsten ausführliche Darstellung bei *Stefula in Fenyves/ Kerschner/ Vonkilch*, Klang, § 163a Rz 15.

²⁵⁹ BGBl I 162/ 1989.

²⁶⁰ Vgl RV 172 BlgNR 17. GP 15.

²⁶¹ S *Posch in Schwimann/ Kodek*, I⁴, § 16 Rz 12 u *Meissel in Fenyves/ Kerschner/ Vonkilch*, Klang, § 16 Rz 48.

²⁶² Vgl BGE 134 III 241 (245), Entscheidung des schweizerischen Bundesgerichts aus 2008 u *Coester in Staudinger IV*, § 1618a Rn 47ff, auch wenn der dt BVerG festgehalten hat, dass ein genereller Vorrang der Interessen des Kindes nicht besteht, s BVerfGE 96, 56 u 63.

²⁶³ In diesem Zusammenhang ist auch die dt Lehre zurückhaltender, vgl *Coester in Staudinger IV*, § 1618a, Rn 52.

abwägungsfeindliches Verständnis des „Schweigerechts“ dazu, dass das Kind seine Herkunft erst recht nicht ermitteln kann.²⁶⁴

bb. Auskunft als Persönlichkeitsrecht

Nach den oben dargestellten Grundsätzen (vgl Seite 37 f) ist eine im Persönlichkeitsschutz des Kindes begründete Auskunftspflicht der Mutter grundsätzlich denkbar, wenn dem Kind keine andere Auskunftsquelle zur Verfügung steht und das Informationsgefälle der Mutter zugerechnet werden kann. Dies scheint unproblematisch – gerade weil es sich um die Mutter handelt, weiß sie (alleine) um die Identität des Vaters. Wie schon gesagt ist derjenige, der ein Kind bekommt, für dessen rechtlich geschütztes Interesse an der Kenntnis seiner Herkunft zu einem gewissen Grad verantwortlich (vgl Seite 37 f). Damit hängt das Bestehen eines persönlichkeitsrechtlichen Auskunftsanspruchs des Kindes von einer Abwägung zwischen seinen und den Interessen der Mutter ab. Im Rahmen einer solchen Interessensabwägung ist das nach § 149 Abs 1 ABGB geschützte Interesse der Mutter, die Erziehung unbeeinträchtigt durch den Vater zu gestalten, vor allem gegenüber noch minderjährigen Kindern besonders zu berücksichtigen: Bei Gefahr entsprechender väterlicher Einmischung scheint die Position der Mutter schützenswerter, nicht zuletzt, weil dem Kind zu diesem Zeitpunkt noch glaubwürdig in Aussicht gestellt werden kann, zu einem späteren Zeitpunkt aufgeklärt zu werden. Besteht hingegen keine Gefahr väterlicher Einmischung in die Erziehung, kann mE bereits das Aufklärungsinteresse des insoweit einsichts- und urteilsfähigen²⁶⁵ Kindes dem Geheimhaltungsinteresse der Mutter überwiegen. Beispiele wären Fälle, in denen der Vater bereits verstorben ist, oder das Kind mittlerweile adoptiert wurde (weil die Erziehung dann nicht mehr von der Mutter zu besorgen ist). Anderes gilt im Verhältnis zwischen der Mutter und Kindern, die bereits volljährig sind. Spätestens zu diesem Zeitpunkt verlieren nämlich die dem „Schweigerecht“ nach § 149 Abs 1 ABGB zugrunde liegenden Erwägungen an Bedeutung: Einerseits dürfen Kinder ihre „Geschicke“ dann definitionsgemäß selbst in die Hand nehmen. Andererseits verändert sich der Stellenwert von Informationen zur

²⁶⁴ IdS Bernat, RdM 2014, 330 mit Hinweis auf die Möglichkeit, nicht aber Pflicht des Arztes seine Verschwiegenheitspflicht in einem solchen Fall iSd §§ 54 Abs 2 Z 4 ÄrzteG u 121 Abs 5 StGB zu durchbrechen; dass dem Gynäkologen der Mutter eine solche Rolle zukommen soll, entspricht wohl kaum den Absichten des Gesetzgebers des KindRÄG 1989.

²⁶⁵ Künftig: „entscheidungsfähigen“.

Herkunft des Kindes bis zu dessen Volljährigkeit ganz wesentlich. So ist das Kind mit zunehmendem Alter immer mehr in der Lage, ein reifes Verständnis für die Frage seiner Abstammung zu entwickeln, wodurch sich auch sein Leidensdruck erhöht, wenn es seiner Unkenntnis nicht abhelfen kann.²⁶⁶ Gleichzeitig nimmt die Intensität des Eingriffs in die Privatsphäre der Mutter aus quantitativer Sicht ab, weil sie an möglichen Kontakten zwischen Kind und Vater immer weniger beteiligt sein muss und das Kind als verständige Person viel eher in der Lage ist, die Privatsphäre der Mutter gegenüber Dritten zu wahren. Auch dürfte die Gegenwart der Eindrücke, die die Mutter dazu bewogen haben, die Identität des Vaters geheimzuhalten, abgenommen haben. Zuletzt ist noch zu berücksichtigen, dass das Kind in Gefahr liefe, gar nie über seine Herkunft aufgeklärt zu werden, wenn die Mutter ihr „Schweigerecht“ im Allgemeinen auch gegenüber volljährigen Kindern durchsetzen könnte. Die damit verbundene totale Ausschaltung des Rechts auf Kenntnis der eigenen Herkunft kann mE nicht mit der Vermeidung eines auf Auskunft gegenüber ihrem Kind beschränkten Eingriffs in die Privatsphäre der Mutter gerechtfertigt werden. Daher muss das Informationsinteresse des (volljährigen) Kindes im Ergebnis regelmäßig überwiegen, sodass eine in den Persönlichkeitsrechten begründete Auskunftspflicht der Mutter zur Identität des Vaters anzunehmen ist.

cc. Auskunft als Beistandspflicht

Neben dem Persönlichkeitsschutz sind auch die allgemeinen Beistandspflichten zwischen Eltern und Kindern eine taugliche Grundlage für herkunftsbezogene Auskunftsansprüche des Kindes. Steht dem Kind keine andere Informationsquelle offen, hängt die Wahrung seines Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung von einer entsprechenden Aufklärung durch die Mutter ab. Da die Bedeutung einer solchen Aufklärung die iZm allgemeinen Beistandspflichten wesentliche Erheblichkeitsschwelle damit offenbar überschreitet, wäre die Mutter zur Information verpflichtet, wenn eine Interessensabwägung zugunsten des Kindes ausfällt (s Seite 48 f). Im Lichte der eben dargestellten Interessenslage (s Seite 56 f) dürfte dies zumindest gegenüber volljährigen Kindern regelmäßig der Fall sein: Es schiene unbillig, dem Kind die Kenntnis seiner Herkunft auf Dauer zu verwehren, um einen teilweisen Eingriff in die Privatsphäre der Mutter zu verhindern, der sich auf schon lange nicht mehr gegenwärtige Ereignisse bezieht, die aus Sicht

²⁶⁶ Vgl auch die Argumentation des EGMR zu *Godelli vs Italy* (2013), Antrag 33783/09, Rn 56.

des Kindes jedoch von gegenwärtiger Bedeutung sind. Eine entsprechende Weigerung der Mutter, Auskunft zu geben, könnte daher problemlos als beistandswidrig bzw rücksichtslos eingestuft werden. Anderes gilt auch hier im Verhältnis der Mutter zu noch minderjährigen Kindern. Einerseits ist die Gefahr der Einmischung des Vaters, der das Gesetz schließlich vorbeugen will (s Seite 54), hier noch aktuell. Andererseits entwickelt das heranwachsende Kind erst langsam ein Verständnis zur Frage seiner Herkunft, das über das Fehlen einer elterlichen Bezugsperson hinausgeht und in jenes menschliche Bedürfnis münden kann, das der allgemeinen Anerkennung der Bedeutung der Kenntnis der eigenen Abstammung zugrunde liegt. Auch in Hinblick auf die das minderjährige Kind treffende Rücksichtnahmepflicht scheint es daher durchaus vertretbar, das Geheimhaltungsinteresse der Mutter höher zu bewerten. Dies gilt umso mehr, als das Kind damit rechnen kann, zu einem späteren Zeitpunkt entsprechend aufgeklärt zu werden, sodass sein Recht auf Kenntnis seiner Herkunft nur zurückgedrängt, nicht aber geradezu ausgeschlossen würde.

Wurde ein Kind unter Heranziehung von Samen- oder Eizellen Dritter gezeugt und existieren entsprechende Aufzeichnungen einer Krankenanstalt, die dem Kind iSd §§ 15 u 20 FMedG zur Auskunft verpflichtet ist, folgt im Lichte des vorangehenden Absatzes mutatis mutandis, dass die rechtlichen Eltern des Kindes diesem zur Auskunft über die Identität eben dieser Krankenanstalt verpflichtet sind. Im Gegensatz zu dem dort dargestellten Fall dürften die Wertungen des § 149 Abs 1 ABGB iZm einer medizinisch unterstützten Fortpflanzung nur selten einschlägig sein, da eine Einmischung des Samen- oder Eizellspenders meist nicht zu befürchten sein wird. Vielmehr ist in Hinblick auf die in § 20 FMedG vorgesehene Altersgrenze davon auszugehen, dass eine entsprechende Informationspflicht der Eltern ab dem vollendeten 14. Lebensjahr besteht. Dabei ist allerdings zu bedenken, dass die Entscheidung, dem Kind die Rahmenumstände seiner Zeugung offenzulegen, der Pflege und Erziehung zuzuordnen ist und daher typischerweise von den Eltern getroffen werden muss. Beschließen diese nun aus legitimen Gründen – etwa in Hinblick auf die ungestörte Entwicklung des Kindes – mit einer entsprechenden Aufklärung länger (etwa bis zur Volljährigkeit) zuzuwarten, stellt sich die Frage nach der Bekanntgabe der jeweiligen Krankenanstalt solange nicht.

c. Information über Vermögen und Einkünfte iZm gesetzlichem Unterhalt

Jene Umstände, aus denen sich die Höhe des gesetzlich geschuldeten Unterhalts ergibt, sind zwischen im 1. Grad miteinander verwandten Eltern und Kindern im Rechtssinn von besonderer Bedeutung. Gleichzeitig sind entsprechende Informationen oft nur demjenigen leicht zugänglich, den sie unmittelbar betreffen, nicht aber demjenigen, der sie benötigt, um den Unterhalt bestimmen zu können.²⁶⁷ Eine entsprechende Aufklärung ist daher regelmäßig erforderlich, um die vermögensrechtlichen Interessen beider Seiten zu wahren. Damit kommt eine aus § 137 Abs 1 ABGB abgeleitete Informationspflicht grundsätzlich in Betracht, weil allgemeine Beistandspflichten auch zur Wahrnehmung vermögensrechtlicher Interessen verpflichten (s Seite 48). Soweit gesetzliche Unterhaltspflichten bestehen und kein Rechtsmissbrauch (iSv schikanösen Auskunftsbeghären) vorliegt, scheint das Informationsinteresse des Einen dem Geheimhaltungsinteresse des Anderen in solchen Fällen vorzugehen: Die Mitteilung der für die Bestimmung des gesetzlichen Unterhalts maßgeblichen Umstände ist demjenigen, dessen Vermögen und Einkünfte dafür jeweils von Bedeutung sind, typischerweise leicht möglich, während dem anderen ungerechtfertigte Vermögensnachteile drohen. Auch lässt schon die Existenz einer gesetzlichen Unterhaltspflicht erkennen, dass der Schuldner dem Gläubiger besonders verpflichtet sein soll. Es wäre widersinnig, könnte sich der Schuldner dieser besonderen Verpflichtung durch Berufung auf ein allgemeines Recht auf Wahrung seiner Privatsphäre entziehen. Umgekehrt wäre es unbillig, könnte der Gläubiger seinen Unterhalt, ungeachtet der ihn treffenden besonderen Rücksichtnahmepflicht, unter Berufung auf sein allgemeines Geheimhaltungsinteresse in überhöhtem Maße beziehen. Tatsächlich hat die Rsp solche Aufklärungspflichten iZm entsprechenden Anregungen aus der Lehre²⁶⁸ in Hinblick auf (auch bereits geschiedene) Ehegatten anerkannt.²⁶⁹ Dabei stützt sie sich ausdrücklich auf die Pflicht von Ehegatten, „sich wechselseitig über alle wesentlichen Umstände des Berufs- und Privatlebens zu informieren“²⁷⁰, die ihren Ursprung wiederum in den in § 90 Abs 1 ABGB

²⁶⁷ Diese Einschätzung findet sich zB auch bei *Konecny* in *Fasching/ Konecny*, ZPG³, Art XLII EGZPO Rz 68 u *Harrer-Hörzinger* in *Harrer/ Zitta*, Familie und Recht, 47 f.

²⁶⁸ S *Konecny* in *Fasching/ Konecny*, ZPG³, Art XLII EGZPO Rz 68, *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 186f u *Harrer-Hörzinger* in *Harrer/ Zitta*, Familie und Recht, 47 f.

²⁶⁹ Vgl va 10 Ob 47/ 07w u 2 Ob 261/ 12i; s die damit erfolgte Judikaturwende widerspiegelnd RS0035020.

²⁷⁰ S 2 Ob 261/ 12i.

festgelegten allgemeinen Beistandspflichten hat²⁷¹. Es ist nicht ersichtlich, warum andere Fälle, in denen allgemeine Beistandspflichten und gesetzliche Unterhaltspflichten zusammentreffen, anders behandelt werden sollten, sodass diese Rsp mE auch dort anzuwenden ist.²⁷² Zwar kann der Inhalt familiärer Aufklärungspflichten zwischen Eltern und Kindern von jenem solcher Pflichten zwischen Ehegatten abweichen, weil sich die Pflicht letzterer, einander über ihr Privat- und Berufsleben zu informieren, auf die eheliche Lebensgemeinschaft bezieht. Es liegt jedoch nahe, zwischen Eltern und Kindern mutatis mutandis anzunehmen, dass sie einander all jene Umstände offenlegen müssen, die in Hinblick auf den (zwingenden) gesetzlichen Umfang des Eltern-Kind Verhältnisses von Bedeutung sind. Insgesamt lässt sich aus 137 Abs 1 ABGB iVm den einschlägigen unterhaltsrechtlichen Bestimmungen daher eine Informationspflicht zwischen Eltern und Kindern über die für die Höhe des gesetzlichen Unterhalts maßgeblichen Tatsachen ableiten. Ein Beispiel wäre ein unterhaltsberechtigtes Kind, das im Ausland studiert und anfängt, neben dem Studium zu arbeiten. Nach dem eben Gesagten trifft es eine familienrechtliche Pflicht, seine veränderte Bedarfssituation seinen Eltern mitzuteilen. Da die aus § 137 Abs 1 ABGB ableitbaren Pflichten in keinem Austauschverhältnis zueinander stehen, würde sich diese Einschätzung nicht ändern, wenn die Eltern ihre allgemeinen Pflichten gegenüber dem Kind vernachlässigen, etwa indem sie aus Enttäuschung über den Studienerfolg (bzw die gewählte Studienrichtung) den Kontakt (vorübergehend) abbrechen, aber weiterhin Unterhalt leisten.

d. Information über das Vermögen verstorbener Familienmitglieder

Eltern und Kinder im Rechtssinn stehen einander oft faktisch nahe und stellen als gesetzliche Erben bzw, im Fall der Kinder, Pflichtteilsberechtigte²⁷³ eine auch aus erbrechtlicher Sicht besonders relevante familiäre Gruppe dar. So sind verschiedene Situationen vorstellbar, in denen Eltern oder Kinder über pflicht- oder erbteilsrelevante Informationen zum Verbleib des Vermögens eines gemeinsamen Familienmitglieds verfügen. In vielen dieser Fälle kann auf die in der Rsp entwickelten und jüngst durch § 786 ABGB idF ErbRÄG 2015 ergänzten erbrechtlichen Auskunftspflichten zurückgegriffen werden (vgl Seite 27 f). Unter bestimmten Umständen gehen

²⁷¹ S 9 ObA 50/ 03y mwN.

²⁷² Der OGH hat entsprechendes bereits zu 2 Ob 261/ 12i angedeutet, wenn er von der Zulässigkeit der Stufenklage iZm „gesetzlichen Unterhaltsansprüchen“ im Allgemeinen spricht.

²⁷³ S §§ 730 u 757 ABGB idF ErbRÄG 2015.

diese jedoch ins Leere, sodass sich fragt, ob vergleichbare Informationspflichten nicht auch im Familienrecht begründet werden können.

Angenommen, ein Kind ist testamentarischer oder gesetzlicher (Allein-) Erbe nach einem seiner (nicht miteinander verheirateten) Eltern, während der andere Elternteil ein bedeutendes Vermächtnis (oder andere Zuwendungen auf den Todesfall) erhält. Hat der Erblasser in den letzten zwei Jahren vor seinem Tod nun wesentliche Vermögenswerte an Dritte verschenkt, kann deren Hinzurechnung zur Verlassenschaft dazu führen, dass der Pflichtteil des Kindes durch den Erbteil nicht mehr gedeckt ist.²⁷⁴ Da es in so einem Fall zunächst zu einer Legatsreduktion kommt,²⁷⁵ besteht ein erkennbarer Anreiz für den Legatar (den anderen Elternteil), Informationen über der Verlassenschaft hinzurechenbare Schenkungen des Erblassers zurückzuhalten. Gleichzeitig weiß der überlebende Elternteil oft noch am ehesten um die finanziellen Angelegenheiten des verstorbenen Elternteils Bescheid. Ein entsprechender Auskunftsanspruch des Kindes gegenüber dem überlebenden Elternteil lässt sich dem Erbrecht nicht entnehmen, weil sich der Anspruch nach § 786 ABGB idF ErbRÄG 2015 nur an (Mit-) Erben, die Verlassenschaft und den Geschenknehmer richtet. Ist eine solche Aufklärung nun erforderlich, um die vermögensrechtlichen Interessen des Kindes zu wahren, etwa weil ihm in Hinblick auf Schenkungen iSd §§ 781 f ABGB idF ErbRÄG 2015 keine andere Informationsquelle offensteht, könnte den überlebenden Elternteil eine entsprechende familienrechtliche Pflicht treffen, was im Folgenden zu prüfen ist.

Allgemeine Beistandspflichten dienen grundsätzlich auch dem Schutz vermögensrechtlicher Interessen (s Seite 48). Dabei hat gerade das Pflichtteilsrecht einen starken familiären Bezug, weil es die Testierfreiheit zugunsten der Nachkommen (und des Ehegatten bzw eP) einschränkt.²⁷⁶ Der familiäre Charakter des Pflichtteilsrechts tritt noch deutlicher zutage, wenn man die Parallele zum Unterhaltsrecht zieht, das die Privatautonomie der Eltern schon zu Lebzeiten zugunsten ihrer Kinder beschränkt. Die hohe Bedeutung, die das Gesetz diesen vermögensrechtlichen Aspekten des Eltern-Kind Verhältnisses zumisst, erhellt auch aus ihrer (teilweisen) Fortwirkung nach

²⁷⁴ S §§ 781f ABGB idF ErbRÄG 2015.

²⁷⁵ S §§ 764 Abs 2 iVm 789 Abs 1 ABGB idF ErbRÄG 2015; an der Subsidiarität der Haftung des Geschenknehmers gegenüber der Legatsreduktion hat sich nichts geändert, vgl *Schubert in Rummel*, ABGB³, § 951 Rz 2 u RV 688 BlgNR 25. GP 36.

²⁷⁶ Vgl zum familiären Charakter des Pflichtteilsrechts *Koziol/ Welser*, II¹³, 443 f.

erfolgter Adoption (s §§ 198 f ABGB). Damit kann mE nicht bezweifelt werden, dass allgemeine Beistandspflichten zwischen Eltern und Kindern nicht nur das Interesse an der korrekten Berechnung des geschuldeten Unterhalts (s Seite 59 f), sondern auch jenes an der richtigen Ausmessung und Deckung des Pflichtteils schützen. Ist eine Aufklärung des Kindes zur Wahrung eben dieser Interessen erforderlich, hängt das Bestehen einer entsprechenden (Beistands-) Pflicht daher von einer Abwägung der elterlichen und kindlichen Interessen ab (vgl Seite 48 f). In diesem Kontext scheint das Geheimhaltungsinteresse des überlebenden Elternteils besonders wenig schützenswert, da es in direktem Zusammenhang mit der möglichen Erlangung einer ungerechtfertigt hohen Zuwendung von Todes wegen und einer damit einhergehenden Verkürzung des Pflichtteils des Kindes steht. Demgegenüber muss das Interesse des Kindes am vollständigen Erhalt seines Pflichtteils mE klar überwiegen, sodass in dem eingangs geschilderten Fall von einer Informationspflicht gegenüber dem Kind auszugehen ist. Da die durch das Pflichtteilsrecht angeordnete Beteiligung der Kinder am Vermögen ihrer Eltern (im Gegensatz zum Unterhaltsrecht) von ihrer finanziellen Lage unabhängig ist, müssen diese Informationspflichten auch gegenüber bereits selbsterhaltungsfähigen Kindern bestehen.

Diese Einschätzung ändert sich nicht, wenn nicht das Kind, sondern der überlebende Elternteil letztwillig zum (Allein-) Erben berufen ist und wie im eingangs geschilderten Fall um Schenkungen des Erblassers gegenüber Dritten weiß. In diesem Fall steht dem Kind gegenüber dem überlebenden Elternteil allerdings ein entsprechender Auskunftsanspruch nach § 786 ABGB idF ErbRÄG 2015 zu, sodass ein Rückgriff auf einen vergleichbaren familienrechtlichen Anspruch unnötig scheint. Da die zitierte Bestimmung den von Lehre und Rsp schon vor dem ErbRÄG 2015 anerkannten Auskunftsanspruch des Pflichtteilsberechtigten gegenüber dem Erben²⁷⁷ bloß positivieren (und um einen entsprechenden Anspruch gegenüber dem Geschenknehmer erweitern) sollte,²⁷⁸ dürfte er weiterhin erst mit der Einantwortung entstehen.²⁷⁹ Kommt es zu keiner Einantwortung, etwa weil der Nachlass an Zahlungs statt überlassen wurde, besteht der

²⁷⁷ S Konecny in Fasching/ Konecny, ZPG³, Art XLII EGZPO Rz 45 u Bienert-Nießl, Auskunftspflichten 164 f; s anstelle vieler 5 Ob 225/ 12t.

²⁷⁸ S RV 688 BlgNR 25. GP 35.

²⁷⁹ Davor gegenüber dem ruhenden Nachlass, vgl 2 Ob 316/ 02p, 2 Ob 186/ 10g u 3 Ob 213/ 12p.

Auskunftsanspruch des Pflichtteilsberechtigten nur gegenüber dem ruhenden Nachlass.²⁸⁰ Ist der letztwillig berufene Erbe auch Geschenknahmer, ist er als solcher nach § 786 ABGB idF ErbRÄG 2015 trotzdem auskunftspflichtig. Weiß er aber nur um Schenkungen des Erblassers gegenüber Dritten, trifft ihn ohne Einantwortung keine Aufklärungspflicht. Damit ist das Bestehen einer entsprechenden, im Familienrecht gründenden Informationspflicht gegenüber dem Erben auch in jenen Fällen von Interesse, in denen es zu keiner Gesamtrechtsnachfolge kommt und der ruhende Nachlass weiterbesteht.²⁸¹ Sie ist mE im Verhältnis zwischen Eltern und Kindern aus den im vorangehenden Absatz genannten Gründen zu bejahen.

Aus schadenersatzrechtlicher Sicht können familiäre Informationspflichten über das Vermögen des Erblassers allerdings auch dann relevant sein, wenn eine parallele Pflicht nach § 786 ABGB idF ErbRÄG 2015 besteht: Die familiäre Pflicht zwingt (als Ausdruck allgemeiner Beistandspflichten, s Seite 50) nämlich immer dann zur Aufklärung der Kinder, wenn eine solche zur Wahrung ihrer Interessen notwendig ist und nicht nur dann, wenn sie diese verlangen (so die Rechtslage nach § 786 ABGB idF ErbRÄG 2015, dazu Seite 160 f).

C. Leibliche Eltern und Kinder nach Adoption

Kommt es zur Adoption, fragt sich, ob bestimmte Informationspflichten aus dem abstammungsrechtlichen Verhältnis bestehen bleiben oder eine Rechtslage wie zwischen rein biologischen Eltern und Kindern (dazu Seite 32 ff) entsteht.²⁸² Die Annahme an Kindesstatt lässt die „in der Verwandtschaft an sich (§ 40) bestehenden familienrechtlichen Beziehungen“ unberührt (§ 197 Abs 2 ABGB). Sieht man darin das bloße Zugeständnis, dass die Adoption keinen Einfluss auf die biologische Verwandtschaft hat, wäre sie nicht von jenen Fällen zu unterscheiden, in denen rechtliche und biologische Abstammung überhaupt auseinanderfallen. Nun ist der Grundsatz der vollen Adoption im ABGB aber nicht vorbehaltlos verwirklicht, ua weil der Gesetzgeber es für unbillig gehalten hätte, dem Wahlkind die Beziehung zu seinen natürlichen

²⁸⁰ S RS0007685; vgl 3 Ob 213/ 12p zu einem Fall, in dem der Nachlass der nicht erbserklärten Testamentserbin an Zahlungs statt überlassen wurde; s Seite 27 f zur Möglichkeit eines Manifestationsbegehrens nach Art XLII Abs 1 2. Fall EGZPO.

²⁸¹ Das sind das Unterbleiben der Abhandlung und die Überlassung an Zahlungs statt nach den §§ 153 f AußStrG.

²⁸² Eine Annahme leiblicher Kinder durch ihre Eltern ist nicht möglich, s Höllwerth in *Schwimann/ Kodek*, I⁴, § 179 Rz 15 ff.

Verwandten zur Gänze zu entziehen.²⁸³ So bleiben vor allem unterhalts- und erbrechtliche Beziehungen zwischen dem Wahlkind und seinen leiblichen Verwandten bestehen, auch wenn sie den durch die Adoption geschaffenen Verhältnissen im Rang nachgehen (vgl §§ 198 f ABGB). Anders gesagt wird die rechtliche Ausprägung der Versorgungsfunktion der Abstammungsfamilie durch die Annahme nur etwas zurückgedrängt, während die Verantwortung für die Sozialisation von Nachkommen und die Schaffung eines solidarischen Lebensraums zur Gänze der Wahlfamilie überantwortet werden. Dies entspricht einem Verständnis, wonach die Wahlfamilie die Abstammungsfamilie nicht beseitigt, sondern nur einen Großteil ihrer Aufgaben übernimmt. Daraus folgt zunächst, dass leibliche Eltern und -kinder nach erfolgter Adoption – vor allem aus abstammungsrechtlicher, aber auch aus rechtlich-funktionaler Sicht – immer noch zur Familie im Rechtssinn gezählt werden können. Darüber hinaus erlaubt dieses Bild der Annahme an Kindesstatt, von der Fortwirkung all jener Rechte und Pflichten auszugehen, die – gleich den Regelungen, die auf Blutsverwandtschaft abstellen²⁸⁴ – ausschließlich an die biologisch-genetische Verwandtschaft anknüpfen. Damit ist mE davon auszugehen, dass bestimmte Informationspflichten zwischen leiblichen Eltern und Kindern auch nach erfolgter Adoption bestehen bleiben können.

Das hier interessierende Beispiel ist die bereits dargestellte Pflicht der Eltern, wichtige Informationen über ihr Erbgut an ihre Kinder weiterzugeben (dazu Seite 50 ff). Ein solches, das eigene (und nicht jemand anderes) Erbgut betreffende Informationsgefälle kann offenbar nur zwischen leiblichen Eltern und Kindern bestehen, wobei sich der Stellenwert, den sein Ausgleich für das Kind einnimmt, durch die Adoption nicht ändert. Auch sonst bleibt die Interessenslage zwischen leiblichen Eltern und Kindern im Wesentlichen gleich, da ein Informationsaustausch – ev unter Hinzuziehung des Kinder- und Jugendhilfeträgers²⁸⁵ – typischerweise unproblematisch sein dürfte (zB durch e-mail). Eine Fortwirkung der auf das Erbgut der Eltern bezogenen Informationspflichten entspricht auch der Absicht des Gesetzgebers, das Kind durch die Adoption nicht schlechter zu stellen.²⁸⁶ Das wäre nämlich der Fall, würden solche Pflichten mit erfolgter

²⁸³ Vgl RV 107 BlgNR 9. GP 20.

²⁸⁴ Sie werden durch die Adoption nicht berührt, s *Hopf* in KBB⁵, § 197 Rz 1; s zB §§ 6, 25 EheG; vgl auch Seite 32 f.

²⁸⁵ Soweit er nach den §§ 31 ff B-KJHG 2013 an der Adoption beteiligt war und darum über Kontaktdaten verfügt.

²⁸⁶ Vgl RV 107 BlgNR 9. GP 20.

Adoption wegfallen, obwohl äquivalente Rechtspositionen zwischen dem Wahlkind und dem Annehmenden gar nicht entstehen können. Damit führt eine Adoption mE zu keiner Änderung der Rechtslage in Hinblick auf Informationspflichten über das Erbgut der Eltern. Auch hier können entsprechende Informationspflichten wegfallen, wenn es den Kindern ebenso gut möglich ist, von einem Dritten aufgeklärt zu werden (dh wenn die Aufklärung zur Wahrung der Interessen der Kinder nicht erforderlich ist, s Seite 49 f).

Das Kernargument für die Annahme der Fortwirkung familiärer Aufklärungspflichten auch nach erfolgter Adoption ist nach dem vorangehenden Absatz eine Kombination aus ihrer unverminderten Bedeutung für das Wahlkind und der Unmöglichkeit der Begründung entsprechender Aufklärungspflichten in der Adoptivfamilie: Alleine die biologischen Eltern können dem Kind auf das Erbgut bezogene Auskünfte erteilen, wobei die Relevanz solcher Auskünfte von der Adoption völlig unabhängig ist. Da die erbrechtlichen Ansprüche des Wahlkindes gegenüber den leiblichen Eltern erhalten bleiben (§ 199 ABGB), muss dies im Grunde auch für die daran anknüpfenden Informationspflichten gelten, auch wenn sich die Bedeutung solcher Ansprüche durch die Begründung paralleler Rechte gegenüber den Adoptiveltern verändert haben mag. Vergleichbares trifft auf Informationen zur eigenen Herkunft nur teilweise zu. So nimmt das Wahlkind in der Wahlfamilie aus sozialer Sicht die Stellung eines leiblichen Kindes ein, wodurch sich die Frage seiner biologischen Abstammung zwar nicht klärt, aber doch erkennbar in ihrer Bedeutung verändert: An die Stelle einer Suche nach einer potentiellen Bezugsperson und einem tieferen Einblick in die Entstehungsgeschichte seiner sozialen Familie, tritt für das Wahlkind eine der Ahnenforschung ähnliche Klärung der faktischen Umstände seiner Herkunft. Insoweit ist die Situation eines vor der Adoption „vaterlosen“ Wahlkindes nach Adoption mit jener eines durch Samen- oder Eizellspende gezeugten Kindes vergleichbar: Auch hier ist die Frage der biologischen Abstammung gleichzeitig relevant (§ 20 Abs 2 FmedG) und ohne (direkten) Bezug zur sozialen Familie des Kindes. Diese veränderte Bedeutung der Kenntnis der eigenen Herkunft wäre im Rahmen einer Interessensabwägung zwischen Wahlkind und leiblichem Elternteil zu berücksichtigen, wobei durch die Adoption auch das Geheimhaltungsinteresse des letzteren verringert sein dürfte (vgl Seite 56 f).

Der Stellenwert der unterhaltsrechtlichen Ansprüche des Wahlkindes gegenüber der Abstammungsfamilie erfährt durch die Adoption einen deutlicheren Wandel, was auch in ihrem nunmehr subsidiären Charakter zum Ausdruck kommt. Dennoch können Informationen über die für die Bemessung des Unterhalts maßgeblichen Umstände auch nach einer Annahme an Kindesstatt bedeutsam sein. Der Fortbestand entsprechender Informationspflichten hängt dann davon ab, ob sie stärker and die gesetzliche Unterhaltspflicht selbst, oder das weitere Familienrechtsverhältnis gebunden sind, welchem bei der Begründung solcher Pflichten eine entscheidende Rolle zukommt (vgl Seite 59 f): Fügt sich das Unterhaltsrechtsverhältnis in ein umfassendes Familienrechtsverhältnis ein, wie es zwischen im 1. Grad miteinander verwandten Eltern und Kindern im Rechtssinn der Fall ist, kann die daraus hervorleuchtende familiäre Pflichtenbindung vergleichsweise leicht als Grundlage entsprechender Informationspflichten herangezogen werden. Nun beschränkt sich das rein familienrechtliche Verhältnis zwischen leiblichen Eltern und Kindern nach Adoption im Wesentlichen auf (subsidiäre) Unterhaltspflichten, während der Kern der familiären Pflichtenbindung zwischen Eltern und Kindern durch die Annahme an Kindesstatt auf die Wahlfamilie übergeht (§ §§ 197 ff ABGB). Wenn man jedoch davon ausgeht, dass nicht nur eine gewisse Unterhaltsverpflichtung, sondern auch alle unmittelbar daran anknüpfenden Pflichten ungeachtet der Adoption fortbestehen, sind entsprechende Informationspflichten auch hier anzunehmen. Für eine solche Haltung sprechen die wesentliche Bedeutung auch subsidiärer Unterhaltsansprüche in jenen Fällen, in denen sie zu tragen kommen, die Bestrebungen des Gesetzgebers, das Wahlkind nicht schlechter zu stellen, sowie der Umstand, dass Unterhaltsansprüche zwischen leiblichen Eltern und Kindern nach erfolgter Adoption zwar subsidiären Charakter annehmen, nicht aber in ihren Nebenpflichten vermindert scheinen (vgl § 198 ABGB).

D. Wahleltern und -kinder

Im Rahmen ihrer Wirkung entstehen durch die Annahme an Kindesstatt „die gleichen Rechte“, die auch durch das entsprechende Abstammungsverhältnis²⁸⁷ begründet werden (§ 197 ABGB). Damit kann für die Zuordnung des Verhältnisses zwischen Wahleltern und -kindern zur Familie im Rechtssinn zunächst auf das entsprechende Grundverhältnis (Eltern und Kinder im Rechtssinn)

²⁸⁷ S zu den betroffenen Verhältnissen Barth/ Neumayr in Fenyves/ Kerschner/ Vonkilch, Klang, § 182 Rz 1.

verwiesen werden (s Seite 45 ff). Dies trifft vor allem auf den rechtlichen Familienbegriff zu, weil die Wahlfamilie aus Sicht des Gesetzes gerade die Aufgaben der Abstammungsfamilie übernimmt. Nach dem sozialen Verständnis der Familie kommt hinzu, dass der formale Charakter der Adoption das Kriterium der de-facto Familie zu einem gewissen Grad ersetzt (wie es auch iZm der Ehe der Fall ist).²⁸⁸ Nur im abstammungsrechtlichen Sinn kann die Wahlfamilie nicht als „Familie“ verstanden werden. Insgesamt sind daher auch Wahleltern und -kinder Teil der Familie im Rechtssinn. Für die rechtliche Ausgestaltung der Wahlfamilie kann auf die Ausführungen zur Abstammungsfamilie verwiesen werden (s Seite 45). Im Bereich familiärer Informationen gibt es jedoch Unterschiede: Unterhaltspflichten und Erbrechte entstehen nur innerhalb der von § 197 ABGB aufgestellten Grenzen, wodurch auch der Kreis relevanter Informationsgefälle entsprechend beschränkt wird.²⁸⁹ Soweit sie aber vorhanden sind, unterscheidet sich die Rechtslage nicht von jener in der Abstammungsfamilie, sodass auch die jeweiligen Informationspflichten bestehen (vgl Seite 59 ff). Über Informationen zum Erbgut des jeweils anderen verfügen Wahleltern und –kinder im Allgemeinen nicht.²⁹⁰ Unter besonderen Umständen könnte dies aber der Fall sein, zB wenn genetisch verwandte Personen einander adoptieren. So können auch weiter entfernte Verwandte über in der Familie (oder der ethnischen Gruppe) vorhandene genetische Veränderungen Bescheid wissen, vor allem wenn diese im rezessiven Erbgang weitergegeben werden.²⁹¹ Dann müssten die Wahleltern das Wahlkind im Lichte der obigen Ausführungen (vgl Seite 50 f) entsprechend aufklären, damit es in Hinblick auf das Zeugen von Kindern mit einem consanguinen (oder derselben Ethnie entstammenden) Partner die nötigen Vorkehrungen (zB vorgeburtliche Untersuchungen) treffen kann. Solche Konstellationen sind vor allem dann auch praktisch relevant, wenn es aus traditionellen oder

²⁸⁸ S Meyer-Ladewig, EMRK³, Artikel 8 Rn 61; wohl kann man aber auch iZm einer Adoption – wie iZm einer Ehe – verlangen, dass sich Wahleltern und -kinder zumindest getroffen haben müssen.

²⁸⁹ Vgl Höllwerth in Schwimann/ Kodek, I⁴, § 182 Rz 4.

²⁹⁰ Verwandtschaft ist weder ein Merkmal, noch ein Hindernis der Annahme an Kindesstatt, s Höllwerth in Schwimann/ Kodek, I⁴, § 179 Rz 15 ff.

²⁹¹ In solchen Fällen kommt es nicht auf die persönliche Betroffenheit des Wahlelternteils an; Beispiele wären CCFDN bei Vlachen (angeborener grauer Star, Muskelschwund und Intelligenzminderung), s Kalaydjieva/ Chamova, Congenital Cataracts, Facial Dysmorphism, and Neuropathy in Adam et al (editors), GeneReviews, und Tay-Sachs-Syndrom bei Ashkenazi-Juden (ua körperlicher u geistiger Abbau bis zum Tod, zumeist vor dem vollendeten 4. Lebensjahr), s Kaback/ Desnick, Hexosaminidase A Deficiency in Adam et al (editors), GeneReviews, sowie SURF1-assoziiertes Leigh-Syndrom im Montafon (geistiger Abbau bzw Multiorganversagen und Tod zumeist vor dem 10., aber jedenfalls vor dem 20. Lebensjahr), vgl zur Symptomatik Wedatilake et al, Orphanet Journal of Rare Diseases 2013, 8:96.

geographischen Gründen häufig zur Heirat zwischen (entfernt) miteinander verwandten Personen kommt.²⁹² Bei näheren Verwandten wäre auch an dominant vererbte genetische Veränderungen zu denken: So kann eine bei biologischen Onkeln und Tanten vorhandene Veränderung des Erbguts auch bei ihren Nichten und Neffen vorliegen, wenn sie bereits in der Großelterngeneration (die Eltern der Onkel und Tanten) vorhanden war. Da das entsprechende Risiko mit typischerweise 25 % bei Veränderungen einzelner Gene²⁹³ hier immer noch bedeutend ist, entspricht die Interessenslage im Kern jener wie bei im 1. Grad miteinander verwandten Eltern und Kindern im Rechtssinn (s. Seite 50 f), vor allem wenn es um Veränderungen geht, die mit starken gesundheitlichen Nachteilen verbunden sind.

Die eben genannten Beispiele heben hervor, dass der Kreis an Personen, die von ein- und derselben genetischen Veränderung des Erbguts mitbetroffen sind, auch deutlich über jenen der engsten Verwandten hinausgehen kann. So bestehen mitunter auch zwischen einander völlig fremden Personen wesentliche, auf das Erbgut bezogene Informationsgefälle, etwa wenn eine Person mit den besonderen genetischen Risiken der Heirat innerhalb der eigenen Volksgruppe (oder der eigenen Region) vertraut ist, und eine andere nicht. Ungeachtet dessen bestehen, mangels gesetzlicher Anhaltspunkte, zwischen einander gänzlich fremden Personen keine entsprechenden Aufklärungspflichten. Solche Pflichten lassen sich vielmehr erst dort begründen, wo die bloße genetische Verwandtschaft zweier Personen um eine hinreichend starke Berücksichtigung ihres Verhältnisses durch die Rechtsordnung ergänzt wird. Diese Grenze ist im Bereich des Persönlichkeitsschutzes eher eng umrissen und lässt im Wesentlichen nur Informationspflichten gegenüber Dezentenden entstehen (dazu Seite 36 ff). Das Familienrecht geht hier weiter und bietet Anhaltspunkte für allgemeine Pflichten zwischen in gerader Linie Verwandten (vgl. Seite 119 ff), und Geschwistern (vgl. Seite 76 ff), nicht aber anderen Seitenverwandten (vgl. Seite 123 f). Wie die im vorangehenden Absatz angeführten Beispiele zeigen, kann es daher zu Situationen kommen, in denen bestimmte Verwandte (wie Tanten und Neffen) nicht von sich aus zum Ausgleich von Informationsgefällen verpflichtet sind, auch wenn diese durchaus als bedeutsam betrachtet werden können. Entsprechende Informationspflichten

²⁹² S. Fn 291 für Beispiele.

²⁹³ Vgl. Fn 183.

können dann erst im Rahmen zusätzlicher rechtlicher Verpflichtungen entstehen (zB im Zuge der Adoption oder Pflegeelternschaft, oder auch nach § 139 Abs 2 ABGB, vgl dazu Seite 127).

Zur Aufklärung des Wahlkindes über seine Herkunft sind die Sonderregelungen des B-KJHG 2013 einschlägig (vgl § 7 B-KJHG 2013). Sollten die Wahleltern – aus welchem Grund auch immer – über entsprechende Informationen verfügen, die das Kind über den Kinder- und Jugendhilfeträger nicht erhalten kann, wären sie nach den Ausführungen zu im 1. Grad miteinander verwandten Eltern und Kindern im Rechtssinn jedenfalls informationspflichtig (s Seite 57 f).

E. Pflegeeltern und -kinder

Pflegeeltern und -kinder erfüllen stets die Kriterien der Familie im sozialen Sinn, weil zwischen ihnen nach der Konzeption des § 184 ABGB „eine dem Verhältnis zwischen leiblichen Eltern und Kindern nahe kommende Beziehung besteht oder hergestellt werden soll“.²⁹⁴ Daran ändert auch die mit der Volljährigkeit des Pflegekindes begrenzte Dauer²⁹⁵ des Pflegeverhältnisses nichts, weil dieser Aspekt in gewisser Weise über den Zeithorizont des Kindes hinausgeht und die Existenz eines „Familienlebens“ iSd Art 8 EMRK zwischen Eltern und erwachsenen Kindern auch sonst eine über die gewöhnliche Zuneigung hinausgehende Abhängigkeit erfordert (s Seite 10). Auch nach dem rechtlichen Familienbegriff begründet die Pflegeelternschaft eine Familie, weil der gesetzliche Tatbestand auch die ganze oder teilweise Besorgung von Pflege und Erziehung – und damit die Sozialisation – des Kindes umfasst. Dies gilt umso mehr, wenn Pflegeeltern auch mit der Obsorge für das Kind betraut werden (dazu § 185 ABGB). Auch insoweit ist die zeitliche Begrenzung des Pflegeverhältnisses unproblematisch, weil eine solche iZm dem Großziehen von Kindern immer existiert.

Sind Pflegeeltern nicht mit der Obsorge betraut, zieht das Pflegeverhältnis nur wenige Rechtsfolgen nach sich.²⁹⁶ Ist dies jedoch der Fall, sind die allgemeinen Obsorgeregelungen auf

²⁹⁴ Eine solche Beziehung ist der Grundtatbestand des sozialen Familienbegriffs; sa *Meyer-Ladewig*, EMRK³, Artikel 8 Rn 49 u EGMR zu *Moretti et Benedetti c Italie* (2010), Antrag 16318/ 07, Rn 50, worin der Gerichtshof das Bestehen einer de-facto Familie ohne jede rechtliche Verbindung zwischen den Eltern und dem von keinem der beiden abstammenden Kind bejaht.

²⁹⁵ § 7 Ob 577/ 91.

²⁹⁶ Die wesentliche Ausnahme ist das Antragsrecht in die Person des Kindes betreffenden Verfahren nach § 184 ABGB; der Gesetzgeber hielt die inhaltliche Regelung des Pflegeverhältnisses nicht für nötig, vgl RV 296 BlgNR 21. GP 40; außerhalb des Familienrechts werden Pflegeeltern und -kinder jedoch weitgehend als Angehörige behandelt, vgl die Aufzählung bei *Haberl* in *Schwimann/ Kodek*, I⁴, § 186 Rz 8.

Pflegeeltern und –kinder anwendbar.²⁹⁷ Darunter fallen mE jedoch nicht die allgemeinen Beistandspflichten des § 137 Abs 1 ABGB, weil diese offenbar bereits an das abstammungsrechtliche Eltern-Kind Verhältnis anknüpfen, dementsprechend von der Obsorge unabhängig sind und über das Erreichen der Volljährigkeit des Kindes hinaus bestehen.²⁹⁸ Gegen eine Anwendbarkeit des § 137 Abs 1 ABGB auf Pflegeeltern und -kinder spricht auch die Absicht des historischen Gesetzgebers nur das engste familienrechtliche Verhältnis, das „Eltern-Kind-Verhältnis“, zu regeln.²⁹⁹ Fraglich kann jedoch sein, ob eine analoge Anwendung der genannten Bestimmung auf Pflegeeltern und –kinder in Betracht kommt (dazu Seite 72). Auch wenn dies zutrifft, dürften die im vorangehenden Teil besonders hervorgehobenen Informationen nur selten zwischen Pflegeeltern und –kindern von Bedeutung sein: Das Unterhalts- und Erbrecht berücksichtigt das Pflegeverhältnis nicht, das Erbgut der Pflegeeltern liefert typischerweise keine Hinweise auf jenes ihrer Pflegekinder, während hinsichtlich deren Abstammung die Sonderregelungen des B-KJHG 2013 gelten. Wie schon im Verhältnis zwischen Wahl Eltern und -kindern besteht jedoch die Möglichkeit, dass Kinder von Verwandten in Pflege genommen werden. Dann könnten Informationen über das Erbgut der Pflegeeltern für ihre Pflegekinder relevant sein (vgl Seite 67 f) und Situationen entstehen, in denen die Pflegeeltern alleine über Informationen zur Herkunft der Kinder verfügen. So könnte eine nach dem Tod der Mutter betraute Tante des Kindes aufgrund ihres zuvor sehr engen Verhältnisses zu ihrer Schwester als einzige um die Identität des Vaters wissen. Von einer entsprechenden Pflicht zur Auskunft gegenüber dem Kind getrennt zu beurteilen wäre das Bestehen einer Informationspflicht gegenüber dem Kinder- und Jugendhilfeträger.³⁰⁰ Da das Pflegeverhältnis mit der Volljährigkeit des Pflegekindes endet, fragt sich zunächst, ob das Kind schon vorher auf die Weitergabe entsprechender Informationen dringen kann.

Das Gesetz geht in persönlichen und medizinischen Angelegenheiten an verschiedenen Stellen davon aus, dass auch ein minderjähriges Kind über eine gewisse Einsichts- und Urteilsfähigkeit

²⁹⁷ Insb die §§ 138 und 158 ff ABGB, s *Hopf* in KBB⁵, § 185 Rz 2.

²⁹⁸ Vgl zu diesen Aspekten anstelle vieler *Gitschthaler* in *Schwimann/ Kodek*, I⁴, § 137 Rz 9.

²⁹⁹ S RV 60 BlgNR 14. GP 16 f.

³⁰⁰ Dies scheint zB iZm § 19 Abs 5 KJHG 2013 möglich.

verfügt, was das Gesetz va mit Erreichen der Mündigkeit zT vermutet.³⁰¹ Ist dies der Fall, ist der Wille des Kindes regelmäßig ausschlaggebend.³⁰² Von der nötigen Reife mündiger Minderjähriger, Informationen zu ihrer Herkunft einzufordern, gehen auch §§ 7 Abs 2 KJHG 2013 u 20 Abs 2 FMedG aus. So ist anzunehmen, dass mündige Minderjährige regelmäßig über die nötige Einsichts- und Urteilsfähigkeit verfügen, um in Angelegenheiten ihrer Herkunft für sich selbst aufzutreten. Da die Zusammensetzung des Erbguts den medizinisch-persönlichen Bereich betrifft (vgl § 173 ABGB), muss im Grunde auch hier von einer entsprechenden Kompetenz mündiger Minderjähriger ausgegangen werden. Eine gewisse Differenzierung zwischen beiden Fallgruppen ist jedoch notwendig: Fragen bezüglich der eigenen Abstammung stellen sich jedem gleichermaßen, während das Erbgut nur unter besonderen Umständen für den Einzelnen relevant wird. Damit in Zusammenhang steht die Belastung, der ein Kind möglicherweise ausgesetzt wird, wenn es (frühzeitig) erfährt, dass es womöglich von einer (schwer nachteiligen) genetischen Veränderung betroffen ist. Einer eigenberechtigten Person muss offenbar das Recht zukommen, von einem solchen Risiko zu erfahren, damit sie im Anschluss selbst entscheiden kann, inwieweit sie im Rahmen einer genetischen Betreuung über die tatsächliche Zusammensetzung ihres Erbguts informiert werden möchte.³⁰³ Bei einem Minderjährigen erscheint es hingegen legitim, sollten die mit Pflege und Erziehung beauftragten Personen eine entsprechende Aufklärung (auch bis zur Volljährigkeit) des Kindes aufschieben wollen, um negative Einflüsse auf seine Entwicklung zu vermeiden. Voraussetzung ist freilich, dass die jeweilige Veränderung des Erbguts für das Kind nicht von gegenwärtiger Bedeutung ist, etwa weil die mit ihr in Verbindung gebrachten negativen Auswirkungen wahrscheinlich erst viel später eintreten werden³⁰⁴, oder mögliche Gegenmaßnahmen erst zu einem späteren Zeitpunkt ergriffen werden müssen³⁰⁵. Damit stellt sich die Frage einer Aufklärungspflicht von Pflegeeltern in Bezug auf das Erbgut in Wahrheit nicht, da eine solche entweder ohnehin im Rahmen der notwendigen medizinischen Maßnahmen

³⁰¹ S §§ 156 Abs 2, 160 Abs 3, 172 u 173 ABGB; vgl § 141 Abs 1 ABGB idF 2. ErwSchG (BGBl I 59/ 2017); erwähnenswert sind auch die §§ 170 f ABGB in Hinblick auf die Geschäftsfähigkeit im vermögensrechtlichen Bereich.

³⁰² S §§ 156 Abs 2 u 173 ABGB; dies entspricht der Absicht des Gesetzgebers, den "Willen heranwachsender Menschen" stärker zu berücksichtigen, vgl RV 296 BlgNR 21. GP 28.

³⁰³ Vgl insbes § 69 Abs 5 GTG welcher die österreichische Variante des „Rechts auf Nichtwissen“ enthält.

³⁰⁴ Und eine gegenwärtige Anpassung der Lebensplanung daher nicht zu vermuten ist; Beispiele wären Chorea Huntington, vgl *Schaaf/ Zschocke*, Humangenetik², 274 ff und CADASIL (cerebral autosomal dominant arteriopathy with subcortical infarcts and leukoencephalopathy), s *Di Donato et al*, BMC Medicine 2017, 15:41.

³⁰⁵ ZB angepasste Krebsvorsorge ab ca 25 bei erblichem Brust- und Eierstockkrebsyndrom u Lynch-Syndrom, vgl *Schaaf/ Zschocke*, Humangenetik², 303 u 309.

erfolgt oder mangels akuter Relevanz für das Kind nach dem Ermessen der Pflegeeltern aufgeschoben werden darf. In Hinblick auf Informationen zur eigenen Abstammung könnte eine analoge Anwendung des § 137 Abs 1 ABGB die Pflegefamilie jedoch der Wahlfamilie gleichsetzen:

1. Auskunftspflichten aus analoger Anwendung allgemeiner Beistandspflichten

Erfüllt von zwei inhaltlich sehr ähnlichen oder gar identischen Sachverhalten nur einer einen gesetzlichen Tatbestand, kann eine teleologische Gesetzeslücke vorliegen.³⁰⁶ Voraussetzung ist, dass der Gesetzgeber den Bedarf an einer entsprechenden Regelung auch des anderen Sachverhalts nicht erkannt oder nicht vorhergesehen hat.³⁰⁷ Ist dies der Fall, kann eine analoge (gleichwertige) Anwendung des jeweiligen Tatbestandes auch auf den anderen Sachverhalt erwogen werden.³⁰⁸ Für das Familienrecht besteht – etwa im Gegensatz zum Strafrecht³⁰⁹ – kein generelles Verbot einer solchen, den ausdrücklichen Regelungsinhalt überschreitenden Gesetzesanwendung. Zwischen Pflegeeltern und –kindern soll eine dem leiblichen Eltern-Kind Verhältnis nahekommende Beziehung hergestellt werden, soweit sie nicht ohnehin schon besteht (§ 184 ABGB). Werden Pflegeeltern darüber hinaus mit der Obsorge betraut, entsteht eine soziale Gruppe, die jener aus leiblichen Eltern und Kinders bereits sehr ähnlich ist. Die wesentlichen verbleibenden Unterschiede sind die zeitliche Begrenzung des Pflegeverhältnisses und dessen fehlender Versorgungscharakter (keine Unterhaltspflicht). Innerhalb dieser Grenzen scheint eine analoge Anwendung von das Eltern-Kind Verhältnis betreffenden Bestimmungen daher denkbar. Von Interesse wäre hier vor allem eine entsprechende Anwendung der in § 137 Abs 1 ABGB geregelten allgemeinen Beistandspflichten. Für das Vorliegen einer (nachträglichen) Gesetzeslücke spräche, dass der Gesetzgeber des KindG³¹⁰ nicht vorhersehen konnte, dass das Pflegeverhältnis vor allem iSd KindRÄG (BGBl I 162/ 1989), aber auch des KindRÄG 2001 (BGBl I 135/ 2000), ausgebaut und gestärkt werden würde, wobei vor allem die Möglichkeit der gerichtlichen (anstelle der vertraglichen) Betrauung mit elterlichen Rechten und Pflichten

³⁰⁶ Vgl Kerschner/ Kehrner in Fenyves/ Kerschner/ Vonkilch, Klang, §§ 6,7 Rz 50.

³⁰⁷ Vgl Kerschner/ Kehrner in Fenyves/ Kerschner/ Vonkilch, Klang, §§ 6,7 Rz 48.

³⁰⁸ Vgl überblicksweise Bydlinski in KBB⁵, § 7 Rz 1 f.

³⁰⁹ S § 1 StGB, vgl Höpfel in Höpfel/ Ratz, WK StGB², § 1 Rz 50 ff; s ibid, Rz 17 zur Sinnhaftigkeit des Gebrauchs des Begriffs des „Analogieverbots“ zur Umschreibung des Gebots, bei der Korrektur des ausdrücklichen Gesetzestexts besondere Zurückhaltung zu üben.

³¹⁰ BGBl I 403/ 1977, mit welchem die in § 137 Abs 1 ABGB enthaltene Regelung eingeführt wurde.

hervorzuheben ist.³¹¹ Dagegen ist jedoch einzuwenden, dass im Zuge dieser Reformen ganz bewusst nur die Übertragung der Obsorge, nicht aber darüber hinaus gehender Rechte und Pflichten vorgesehen wurde.³¹² Daher ist dem Umkehrschluss der Vorrang einzuräumen und weiterhin davon auszugehen, dass die Nichtanwendbarkeit des § 137 Abs 1 ABGB auf Pflegeeltern und –kinder planmäßig ist.

2. Auskunftspflichten aus der Obsorge selbst

Eine Auskunftspflicht über die Identität des Vaters könnte sich auch aus den die Ausübung der Obsorge regelnden Bestimmungen ergeben. Dabei kommt vor allem die allgemeine Vorgabe des § 137 Abs 2 ABGB in Betracht,³¹³ wonach (Pflege-) Eltern das Wohl ihrer Kinder zu fördern haben. Angesichts der Wertungen des § 138 Z 9 u 11 ABGB, und der hohen Bedeutung des Wissens um die eigene Abstammung (s Seite 26), umfasst eine Pflicht, das Kindeswohl zu fördern, offenbar auch das Verhelfen zur selbstbestimmten Kenntnis über die eigene Herkunft. Berücksichtigt man nun auch jene Bestimmungen, die davon ausgehen, dass mündige Minderjährige grundsätzlich über die nötige Reife verfügen, um Auskunft über ihre Herkunft zu begehren (§§ 7 Abs 2 KJHG 2013 u 20 Abs 2 FMedG), ist bereits von einer entsprechenden Auskunftspflicht obsorgegebertrauter Personen (wie Pflegeeltern) auszugehen. Bei der Prüfung eines solchen Anspruchs wäre grundsätzlich zu berücksichtigen, dass das Gesetz auch die Beziehung zwischen sozialem Vater und Kind unter Schutz stellt und vor allem zu verhindern sucht, dass sich ein biologischer Vater in eine intakte soziale Familie „hineindrängen“ kann.³¹⁴ Diese Gefahr besteht jedoch nicht, wenn es – wie hier – nur um Rechte des Kindes geht.³¹⁵ Insgesamt liefert § 137 Abs 2 ABGB daher eine taugliche Grundlage für einen Auskunftsanspruch des Kindes wider eine mit

³¹¹ Die Pflegefamilie wurde also institutionalisiert und in wesentlichen Aspekten der Privatautonomie entzogen, vgl RV 172 BlgNR 17. GP 19 f, AB 887 BlgNR 17. GP 7 f u RV 296 BlgNR 21. GP 69 f.

³¹² Dies äußert sich va darin, dass sich schon § 186a ABGB idF RV des KindRÄG auf die Übertragung der „rein persönlichen Rechte und Pflichten (§ 144)“ bezieht, was vom Justizausschuss iSd Übertragung der „Obsorge“ (die damals in § 144 ABGB geregelt war) noch präzisiert wurde, vgl die Nachweise zur 17. GP in Fn 311; insoweit unterscheidet sich die Pflegefamilie auch von der Wahlverwandtschaft, wo nach § 197 Abs 1 ABGB die gleichen Rechte wie durch Abstammung begründet werden; vgl insoweit auch *Stefula*, ÖJZ 2005, 35.

³¹³ § 137 Abs 2 ABGB betrifft die Obsorge (arg „minderjährig“) und ist daher im Gegensatz zu Abs 1 leg cit auf Pflegeeltern anwendbar; vgl *Hopf* in KBB⁵, § 185 Rz 2.

³¹⁴ Vgl die §§ 147 u 150 ABGB, wonach ein „durchbrechendes“ Vaterschaftsanerkennntnis gegen den Willen des Kindes nicht möglich ist, während ein Antrag auf Feststellung der Vaterschaft auch dem biologischen Vater nicht mehr möglich ist, wenn bereits ein Vater feststeht; s *Hopf* in KBB⁵, § 150 Rz 1 mwN.

³¹⁵ Dies entspricht auch dem Ansatz des Gesetzes, dem Kind in jenen Fällen, in denen bereits ein rechtlicher Vater feststeht, die Initiative (vgl § 150 ABGB) oder zumindest die Entscheidung (vgl § 147 Abs 2 ABGB) zu lassen.

der Obsorge betraute Person in Hinblick auf seine biologisch-genetische Herkunft. Für das Bestehen eines solchen Anspruchs spricht mE auch das Wohlverhaltensgebot des § 159 ABGB.³¹⁶ Aus der genannten Bestimmung folgt unter anderem auch die Pflicht, Kontakte des Kindes zu seinen Eltern nicht zu erschweren oder zu behindern.³¹⁷ Zwar bezieht sich § 159 ABGB nur auf das Verhältnis des Kindes zu Personen, „denen nach diesem Hauptstück das Kind betreffende Rechte und Pflichten zukommen“, und stellt damit eher auf den rechtlichen als den biologischen Vater ab. Andererseits hat aber auch der rein biologische Vater das Recht, sich durch Anerkennung oder Antragstellung um den Status eines rechtlichen Vaters zu bemühen.³¹⁸ Da auch die Weigerung, die Identität des biologischen Vaters bekannt zu geben, die Eltern-Kind Beziehung untergräbt (indem sie ihre Herstellung verunmöglicht), verstößt ein solches Verhalten mE zumindest dann gegen § 159 ABGB, wenn das Kind auch wirklich die Möglichkeit hätte, Kontakt zu seinem Vater aufzunehmen, dieser also insbesondere noch nicht verstorben ist.³¹⁹

II. Geschwister

Geschwister sind miteinander im 2. Grad der Seitenlinie verwandt³²⁰ und genügen auch im Erwachsenenalter³²¹ regelmäßig den Kriterien der Familie im sozialen Sinn³²². Schon insoweit können sie problemlos zur Familie im Rechtssinn gezählt werden. Aus rechtlich-funktionaler Sicht ist jedoch festzustellen, dass das Gesetz das Verhältnis zwischen Geschwistern selten als Familie regelt; nur wenige Bestimmungen lassen darauf schließen, dass Kinder untereinander familiäre Aufgaben zu erfüllen haben. Das Recht scheint einem stillen Grundsatz zu folgen, wonach Geschwister einander zwar faktisch nahestehen, aber nicht verpflichtet sind. So werden sie als „Angehörige“ iWV vielerorts berücksichtigt: Sie können bei Tod eines von ihnen

³¹⁶ Auch diese Bestimmung regelt die Obsorge, vgl. *Weitzenböck in Schwimann/ Kodek*, I⁴, § 186a Rz 7.

³¹⁷ Vgl. *Hopf* in KBB⁵, § 159 Rz 2; s. RS0047942; nach 4 Ob 8/ 11x kann eine Verletzung dieser aus § 159 ABGB (damals noch § 145b ABGB) ableitbaren Pflicht auch Schadenersatzansprüche auslösen.

³¹⁸ Vgl. die §§ 147 u. 148 Abs 1 ABGB.

³¹⁹ Bereits verstorbene Eltern fallen darüber hinaus nicht in den Kreis jener Personen, „denen nach diesem Hauptstück das Kind betreffende Rechte und Pflichten zukommen“, s. § 159 ABGB.

³²⁰ S. §§ 40 f. ABGB, wobei voll- und halbbürtige Geschwister gleich behandelt werden.

³²¹ Vor allem, wenn sie noch keine eigene Familie gegründet haben und zusammenleben, vgl. *Meyer-Ladewig*, EMRK³, Artikel 8 Rz 52; s. EGMR zu *Maslov vs Austria* (2008), Antrag 1638/03, Rz 62.

³²² Vgl. Seite 9 f.; vgl. EGMR zu *Moustaquim v Belgium* (1991), Antrag 12313/ 86, Rz 36 sowie EGMR zu *Bouganemi v France* (1996), Antrag 22070/ 93, Rz 35, wo der Gerichtshof die Beziehung zwischen Geschwistern wie jene zu den Eltern behandelt; vgl. auch VwGH zu 2002/20/0318, worin die Beziehung zwischen Geschwistern vorbehaltlos als Familienleben iSd Art 8 EMRK verstanden wird.

schadenersatzrechtlich relevante Schockschäden erleiden³²³, sind gesetzliche Erben (§ 731 Abs 2 ABGB), können bei Tod des Mieters in den Mietvertrag eintreten (§ 14 MRG) und müssen unter bestimmten Umständen nicht vor Gericht aussagen.³²⁴ Gleichzeitig bestehen zwischen Geschwistern allein aufgrund ihrer Verwandtschaft kaum Rechte und Pflichten, sodass sie das Gesetz insoweit nur wenig anders als einander fremde Personen behandelt.³²⁵ Dieser Einschätzung entspricht auch die Auffassung, dem österreichischen Familienrecht sei ein „Recht der Geschwister“ unbekannt.³²⁶ Für das gespaltene gesetzliche Verständnis des familiären Verhältnisses zwischen Geschwistern anschaulich ist seine Berücksichtigung im Strafrecht: Geschwister sind dort ein zur Verwirklichung des Tatbestands der Nötigung taugliches Ziel von Gewalt³²⁷, trifft aber keine strafrechtliche Garantenstellung, weil eine „eigenständige Garantenpflicht aus enger natürlicher Verbundenheit“ gesetzlich nicht vorgesehen und durch Analogie mangels planwidriger Lücke nicht herstellbar ist.³²⁸ Im Familienrecht selbst werden Geschwister meist nur indirekt erwähnt, auch wenn das Gesetz die hohe soziale Bedeutung ihres Verhältnisses zueinander nicht verkennt: So sind sie im Rahmen des § 139 Abs 2 ABGB beistandspflichtig³²⁹, während ihnen nach § 188 Abs 2 ABGB ein eigenständiges (dh von dem der gemeinsamen Elternteile unabhängiges) Recht auf persönlichen Kontakt zukommen kann³³⁰. Auch zählen sie zu den nach § 138 Z 9 ABGB für das Kindeswohl bedeutenden Bezugspersonen.³³¹ Das gemeinsame Aufwachsen von Geschwistern entspricht für gewöhnlich dem Kindeswohl³³² und kann auch als Recht nach Art 8 EMRK verstanden werden³³³. Auffällig sind ihre

³²³ S 2 Ob 99/ 05f u 2 Ob 39/ 09p.

³²⁴ S zur Befreiung von der Aussagepflicht §§ 321 Abs 1 Z 1 ZPO u 156 Abs 1 Z 1 StPO; vgl auch §§ 25 Abs 1 Z 2 BAO u 32 Abs 1 IO, wonach Geschwister „Angehörige“ und „nahe Angehörige“ sind, sowie § 588 Abs 1 ABGB idF ErbRÄG 2015, wonach Geschwister eines von Todes wegen begünstigten Erben oder Legatars, wie auch die Geschwister von dessen Ehegatten, eingetragenen Partners oder Lebensgefährten insoweit keine fähigen Zeugen sind.

³²⁵ Vgl idS VwGH zu 0677/ 76 = SozSi 1980/ 268.

³²⁶ So Mader in Harrer/ Zitta, Familie und Recht, 86.

³²⁷ Vgl Schwaighofer in Höpfel/ Ratz, WK StGB², § 105 Rz 42 mit Hinweis auf § 74 Abs 1 Z 5 StGB.

³²⁸ Vgl Hilf in Höpfel/ Ratz, WK StGB², § 2 Rz 73; eine solche könnte allerdings durch § 139 Abs 2 ABGB zwischen einem voll- und einem minderjährigen Geschwister entstehen, s idS Hopf, ÖJZ 2010, 154; aus § 137 Abs 1 ABGB wird für das Strafrecht keine Garantenpflicht zwischen Geschwistern abgeleitet, vgl Hilf in Höpfel/ Ratz, WK StGB², § 2 87, was der zivilrechtlichen hA zu dieser Bestimmung entspricht (s dazu gleich im Anschluss).

³²⁹ S Fischer-Czermak, EF-Z 2010, 6.

³³⁰ S Barnreiter, RZ 2014, 258.

³³¹ S RV 2004 BlgNR 24. GP 17.

³³² S Weitzenböck in Schwimann/ Kodek, I⁴, § 177a Rz 31 mwN; vgl 6 Ob 108/ 05h zur Notwendigkeit der Vermeidung der Trennung von Geschwistern durch elterliche Besuchskontakte.

³³³ Vgl Hofer/ Grasl, iFamZ 2013, 206.

Schlechterstellung gegenüber den Großeltern im Bereich des Rechts auf persönlichen Kontakt³³⁴ und ihre Abwesenheit in der Aufzählung der „nächsten Angehörigen“ in § 284c ABGB³³⁵ idF vor dem 2. ErwSchG³³⁶ (BGBl I 59/ 2017). Nach dem bisher Gesagten existiert nur eine sehr schmale Grundlage für die Beurteilung des – an sich wichtigen – Familienrechtsverhältnisses zwischen Geschwistern. Abhilfe könnte § 137 Abs 1 ABGB schaffen, wenn man an die Überlegungen von *Mader*³³⁷ und *Stefula*³³⁸ anknüpfend und entgegen der hA³³⁹ davon ausgeht, dass die dort vorgesehenen Beistandspflichten auch Kinder untereinander treffen.

A. Allgemeine Beistandspflichten zwischen Geschwistern?

Der Gesetzgeber des KindG (BGBl I 403/ 1977) dachte bei der Einführung der „Eltern und Kinder“ treffenden Pflicht „einander“ beizustehen nur an das Verhältnis zwischen Eltern und Kindern, also an die Kernfamilie ieS.³⁴⁰ An dieser eindeutigen gesetzgeberischen Absicht kann mE auch die Ähnlichkeit der Regelung des § 137 Abs 1 ABGB zu jener des Art 272 ZGB – in Hinblick auf die Möglichkeit einer „stillen“ Rezeption – nichts ändern.³⁴¹ Selbst wenn die schweizerische Regelung ausdrücklich rezipiert worden wäre³⁴², müsste ihr Wortlaut bloß darum noch nicht genauso wie in der schweizerischen Lehre und Rechtsprechung verstanden werden, weil sie im österreichischen Recht auf einen anderen systematischen Kontext stößt.³⁴³ Der Wortlaut des § 137 Abs 1 erlaubt die Einbeziehung, wie auch den Ausschluss von Geschwistern.³⁴⁴ Dass die Formulierung „Eltern und Kinder [...] einander“ ebenso gut iSv „[...] untereinander“ verstanden

³³⁴ Diese Schlechterstellung besteht ungeachtet der neueren Antragslegitimation des Dritten, vgl *Barnreiter*, RZ 2014, 258; s noch zur alten Rechtslage *Jausovec*, Besuchsrecht, bei Kapitel IV/ 4.

³³⁵ Der Gesetzgeber begründet dies mit Hinweis auf § 137 ABGB und das Fehlen von Beistandspflichten zwischen Geschwistern, vgl RV 1420 BlgNR 22. GP 24; schon wegen der Berücksichtigung von Lebensgefährten in § 284c ABGB ist dies eine unbefriedigende Erklärung; s außerdem gleich im Anschluss zur Auslegung von § 137 Abs 1 ABGB.

³³⁶ Wobei der Gesetzgeber für die Aufnahme von Geschwistern in die Bestimmung des § 268 Abs 2 ABGB nF scheinbar keinen bestimmten Grund im Auge hatte: It Materialien erfolgte sie „nach vielfacher Anregung“, s RV 1461 BlgNR 25. GP 41; vgl Fn 335 zur alten Rechtslage.

³³⁷ In *Harrer/ Zitta*, Familie und Recht, 95 ff.

³³⁸ ÖJZ 2005, 35.

³³⁹ S *Hopf* in KBB⁵, § 137 Rz 3 u *Barth* in *Fenyves/ Kerschner/ Vonkilch*, Klang, § 137 Rz 9; sa 1 Ob 46/ 01y.

³⁴⁰ S § 137 Abs 1 ABGB; zur Absicht des Gesetzgebers s RV 60 BlgNR 14. GP 16 f, wo in Hinblick auf die Beistandspflicht vom „Eltern-Kind-Verhältnis“ und dem „engsten familienrechtlichen Verhältnis[ses]“ die Rede ist.

³⁴¹ AA *Stefula*, ÖJZ 2005, 35.

³⁴² Wie es der deutsche Gesetzgeber zumindest teilweise getan hat, vgl den Bericht des Rechtsausschusses, Drucksache 8/ 2788 des dt Bundestags, 36 u 43, wonach sich § 1618a BGB an Art 272 ZGB anlehnt.

³⁴³ IdS argumentiert *Knöpfel*, FamRZ 1985, 565 gegen die Anwendbarkeit des § 1618a BGB auf Geschwister.

³⁴⁴ S ausführlich *Stefula*, ÖJZ 2005, 35.

werden kann, zeigt nicht zuletzt ein Vergleich der insoweit identischen³⁴⁵ Regelungen der §§ 137 Abs 1 ABGB u 1618a BGB sowie des Art 272 ZGB: In der Schweiz,³⁴⁶ und nach einem Teil der Lehre auch in Deutschland,³⁴⁷ gelten Geschwister – jeweils ohne Rückgriff auf eine Analogie – als von diesem Wortlaut erfasst. Die Systematik des Gesetzes spricht wohl nicht (mehr) gegen die Anwendung des § 137 Abs 1 ABGB auf Geschwister.³⁴⁸ Zwar will das dritte Hauptstück des ersten Teils des ABGB seiner Überschrift zufolge weiterhin nur Rechtsverhältnisse zwischen Eltern und Kindern regeln, tatsächlich haben Geschwister dort in den letzten Jahren aber an verschiedener Stelle Berücksichtigung gefunden.³⁴⁹ Aus teleologisch-historischer Sicht wollte der Gesetzgeber der Familienrechtsreformen der 70er Jahre das hierarchische Familienkonzept des ABGB durch ein partnerschaftliches, dh solidarisches Modell ersetzen.³⁵⁰ An die Stelle von Stichtscheid und väterlicher Gewalt sind Einigungsbemühung und Erziehungspflicht getreten. Anstatt zu führen und zu folgen sollten Familien nun auch nach dem Buchstaben des Gesetzes gemeinschaftlich vorgehen.³⁵¹ Vor diesem Hintergrund haben allgemeine familiäre Beistandspflichten den Zweck, sozialer familiärer Solidarität rechtlichen Rückhalt zu geben.³⁵² Dabei ist nicht daran zu zweifeln, dass die partnerschaftliche Familie als solche nur funktionieren kann, wenn sich Kinder auch untereinander – und nicht nur gegenüber den Eltern – solidarisch verhalten. Es entspricht daher dem Zweck des § 137 Abs 1 ABGB, auch Geschwister – und Eltern (dazu Seite 84 f) – untereinander zu verpflichten, wodurch die gesamte Kernfamilie durch wechselseitige Beistandspflichten geprägt wäre.³⁵³ Dies wirft die Frage auf, wieso der historische Gesetzgeber anlässlich der

³⁴⁵ S Fn 215.

³⁴⁶ S BGE 76 II, 265 (272) u *Hegnauer* in *Hausheer* II, Art 272 Note 12.

³⁴⁷ Dafür ua *Jayme*, FamRZ 1981, 225 u *Coester* in *Staudinger* IV, § 1618a Rn 27; aA etwa *Gernhuber* in FS Müller-Freienfels, 159 u 171 und *Löhnig/ Czeguhn* in NK-BGB², § 1618a Rn 2.

³⁴⁸ So noch 1 Ob 46/ 01y; mE ist es nicht überzeugend, Geschwister aus rein systematischen Gründen und ohne Berücksichtigung anderer Aspekte aus dem Anwendungsbereich des § 137 Abs 1 ABGB auszuschließen.

³⁴⁹ S die im vorangehenden Absatz angeführten Beispiele zu den §§ 138, 139 u 188 ABGB.

³⁵⁰ S *Edlbacher*, ÖJZ 1974, 422 f; vgl *Posch* in *Ostheim*, Schwerpunkte der Familienrechtsreform, 10 f; sa RV 851 BlgNR 8. GP 5f (RV zum EheWG 1975) u RV 60 BlgNR 14. GP 11 (RV zum KindG 1977) sowie *Murowatz* (als Berichterstatter) in Protokoll zur 62. Sitzung des NR (14. GP), 5986.

³⁵¹ Dass die Familie in der sozialen Wirklichkeit immer schon „partnerschaftlich“ war (dazu im 1. Teil/ 2. Abschnitt) erkannte auch *Zeiller* in Kommentar I, § 139 Rz 1, wo er den wechselseitigen Charakter des Rechtsverhältnisses zwischen Eltern und Kindern hervorhebt und *ibid*, § 91 Rz 1, wo er darauf hinweist, dass zwischen Eheleuten „Einheit des Willens, Einheit des Plans“ herrschen muss.

³⁵² Vgl *Stefula*, ÖJZ 2005, 35 u *Schwab*, FamRZ 1997, 521.

³⁵³ Vgl *Stefula*, ÖJZ 2005, 35 u *Mader* in *Harrer/ Zitta*, Familie und Recht, 95; idS wohl auch *Posch* in *Ostheim*, Schwerpunkte der Familienrechtsreform, 12, wenn er festhält, dass die „in § 90 ABGB für das Verhältnis der Ehegatten untereinander angeordnete Beistandspflicht zu einer familiären ausgeweitet“ wird.

Einführung des § 137 Abs 1 ABGB nur das Verhältnis zwischen Eltern und Kindern im Blick hatte: Angesichts der Widerstände, die die Familienrechtsreformen der 70er Jahre in viel grundlegenden Angelegenheiten zu überwinden hatten, scheint es nicht unwahrscheinlich, dass die durch die neuen Regelungen geschaffene Möglichkeit einer weitergehenden Verpflichtung der Kernfamilie schlicht übersehen wurde. So waren die Gleichstellung von Ehegatten und Eltern sowie das Schicksal des Züchtigungsrechts zT heftig umstritten.³⁵⁴ Auch ist gut vorstellbar, dass der Gesetzgeber, der sich gerade erst zur (teilweisen) Gleichstellung der Ehefrau durchringen konnte, immer noch eine Familie mit verheirateten Eltern vor Augen hatte und darum nicht an das persönliche Rechtsverhältnis zwischen Eltern als solche, geschweige denn jenes zwischen Kindern, dachte. Dass sich dies in den letzten Jahren geändert haben könnte, geht aus der RV zum KindNamRÄG 2013 (BGBl I 15/ 2015) hervor: Dort gibt der Gesetzgeber zu erkennen, die seitdem in § 137 Abs 1 ABGB geregelte Beistandspflicht „in ihrer bisherigen Gestalt [...] beibehalten“ zu wollen und verweist dazu auf einen Beitrag von *Stefula*,³⁵⁵ in welchem dieser nach ausführlicher Erörterung zu dem Schluss kommt, dass Geschwister von der genannten Bestimmung mitumfasst sind.³⁵⁶ Auch sonst haben die jüngeren Reformen die Absicht des Familienrechtsgesetzgebers erkennen lassen, einen erweiterten Kreis familiärer Gruppen zu berücksichtigen, wobei die Stärkung familiärer Solidarität als Reformziel weiterhin im Vordergrund steht.³⁵⁷ Letztlich sind Geschwister mE vor allem aus teleologischen Gründen als von § 137 Abs 1 ABGB erfasst anzusehen. Ein solches Verständnis entspricht – wie bereits gesagt – auch den tatsächlichen solidarischen Anforderungen und damit auch den sittlichen Erwartungen, die an Eltern-Kinder Gruppen gestellt werden. Nicht nur spiegelt dies die Absicht des

³⁵⁴ Vgl die Kritik bei *Schwind* in ÖJT, Gutachten der Familienrechtskommission zur Familienrechtsreform, 1. Teil, 4 ff sowie bei *Bydlinski*, *ibid*, 33; s *Ent*, NZ 1975, 136; vgl auch *Hauser*, 62. Sitzung des NR (14. GP), 5996, der in Hinblick auf das Versetzen eines „Klups“ nicht „eine ganze Elterngeneration ins Unrecht setzen“ möchte, sowie *Hubinek*, 62. Sitzung des NR (14. GP), 6004, die „Gehorsam“ für eine „unverzichtbare Eigenschaft“ hält und davon ausgeht, dass „ein gelegentlicher Klups [weder] die Persönlichkeit eines Kindes zerstört, [noch] den Willen bricht oder sehr [sic!] nachhaltige Frustrationen schafft“ und *König*, 62. Sitzung des NR (14. GP), 6017 f, der dem „Modetrend der antiautoritären Erziehung“ nicht „Vorschub“ leisten möchte; für den damaligen Meinungsstand aufschlussreich sind auch *Spiel*, Das Kind und der Jugendliche in der sich wandelnden Gesellschaft, NZ 1970, 148 sowie *Scheuner*, Gesetzesentwurf zur Neuordnung des Rechts der elterlichen Sorge, ZBLJugR 1973, 197 zu den entsprechenden Reformbestrebungen des deutschen Gesetzgebers.

³⁵⁵ ÖJZ 2005, 35.

³⁵⁶ Vgl RV 2004 BlgNR 24. GP 15; aA wohl noch der Gesetzgeber des SWRÄG 2006 (BGBl I 92/ 2006) in RV 1420 BlgNR 22. GP 24.

³⁵⁷ Vgl etwa IA 673/ A BlgNR 24. GP 25, worin (zu § 137 Abs 4 ABGB idF des IA) klar zum Ausdruck kommt, dass das solidarische Wesen der familiären Verhältnisse iSv Art 8 EMRK gestärkt werden soll.

österreichischen Gesetzgebers wieder;³⁵⁸ als Hintergrund und Rechtfertigung familiärer Beistandspflichten wird auch sonst oft auf die „Anerkennung der natürlichen Ordnung“ verwiesen.³⁵⁹ Auch wenn § 137 Abs 1 ABGB auf Geschwister anwendbar ist, sind sie einander darum noch nicht gleich weit verpflichtet, wie es aufgrund derselben Bestimmung zwischen Eltern und Kindern der Fall ist. Diese Einschätzung, wonach allgemeine familiäre Beistandspflichten an Intensität verlieren, wenn sie über die engsten familiären Verhältnisse hinaus wirken, entspricht nicht zuletzt ihrem Zweck, die tatsächlich vorhandene familiäre Solidarität zu stärken.³⁶⁰ So ist gut vorstellbar, dass Geschwister engere Kontakte zu ihren Eltern als zueinander pflegen, vor allem wenn sich ihre räumlichen Lebensbereiche nicht überschneiden. In Hinblick auf Pflichten zur Weitergabe wichtiger Informationen dürften sich daraus – bei ansonsten ähnlicher Interessenslage – allerdings nur selten Einschränkungen ergeben, weil die durch den Vorgang der Aufklärung an sich hervorgerufene Belastung typischerweise gering ist.

B. Ausgewählte Informationen

1. Information über das Erbgut

Mit § 137 Abs 1 ABGB kann nach dem eben Gesagten auf eine breitere Basis Bezug genommen werden, um das Familienrechtsverhältnis zwischen Geschwistern zu beurteilen. An familiären Informationen sind zwischen Geschwistern zunächst vor allem jene über das Erbgut von Bedeutung. Wird bei einem Geschwister eine genetische Veränderung festgestellt, kann sie mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit auch bei einem anderen Geschwister vorliegen. Dabei ist zu bedenken, dass die Betroffenheit eines Geschwister regelmäßig auch die Betroffenheit einer der Eltern bedeutet, weshalb das Risiko für die übrigen Geschwister oft mit jenem übereinstimmt, das bestünde, wenn dieselbe Veränderung des Erbguts bei einem Elternteil festgestellt wird (dh typischerweise 50 % bei Veränderungen einzelner Gene)³⁶¹. Damit ist eine entsprechende

³⁵⁸ S RV 60 BlgNR 14. GP 17, woraus hervorgeht, dass bereits vorhandene sittliche Pflichten verrechtlicht werden sollten.

³⁵⁹ S idS *Hegnauer* in FS Schnyder, 440; vgl auch *Knöpfel*, FamRZ 1985, 565, mit Hinweis auf die entsprechenden Absichten des schweizerischen, deutschen und österreichischen Gesetzgebers; auch in Anbetracht der in Art 8 EMRK enthaltenen Schutz- und Gewährleistungspflichten muss ein in die Familie eingreifendes Gesetz ihren – zeitgemäßen – Ansprüchen entsprechen, s dazu *Kucsko-Stadlmayer* in FS 200 Jahre ABGB, 1611; gleiches gilt unter dem Gesichtspunkt der Familienautonomie, vgl *Posch* in *Ostheim*, Schwerpunkte der Familienrechtsreform, 13 f.

³⁶⁰ Vgl *Stefula*, ÖJZ 2005, 35.

³⁶¹ S Fn 183.

Aufklärung zwischen Geschwistern uU (je nach Veränderung) von hoher Bedeutung (vgl. Seiten 22 f. u. 38 f.). Sie ist typischerweise auch erforderlich, sodass der Bestand einer Informationspflicht aus allgemeinen Beistandspflichten in erster Linie von einer Abwägung der wechselseitigen Interessen abhängt (dazu Seite 48 ff.). Die Interessenslage ist dabei im Grunde nicht anders als zwischen Eltern und Kindern (s. Seite 50 f.). So steht den die Gesundheit und die selbstbestimmte Lebensführung betreffenden Interessen eines Geschwister die Privatsphäre des anderen gegenüber. Im Gegensatz zu Eltern (im Verhältnis zu ihren leiblichen Kindern) kann Geschwistern ein das gemeinsame Erbgut betreffendes Informationsgefälle insoweit nicht zugerechnet werden, als sie an seinem Entstehen keinen Anteil hatten. Dieser Aspekt ist – anders als bei der Ableitung von Informationspflichten aus den Persönlichkeitsrechten – im Kontext einer Interessensabwägung iZm allgemeinen Beistandspflichten jedoch nicht ausschlaggebend (vgl. Seiten 48 ff.). Auch ändert sich dadurch nichts am spezifisch familiären Charakter von Informationen, die das in der (biologischen) Familie weitergegebene Erbgut betreffen. Zusammen mit der geringeren Pflichtenbindung zwischen Geschwistern (im Vergleich zu Eltern und Kindern) könnte dies jedoch bedeuten, dass sie in Grenzfällen, in denen das mit einer genetischen Veränderung verbundene Risiko nur gering ist, nicht zur Information verpflichtet sind (zB Anlageträgerschaft für Sichelzellanämie, vgl. Seite 51 f.). Soweit dieses Risiko jedoch bedeutender ausfällt, ist das Informationsinteresse eines Geschwister mE regelmäßig höher zu bewerten als das Geheimhaltungsinteresse des anderen. Dabei ist an Fälle zu denken, in denen die Wahrscheinlichkeit einer wesentlichen Beeinträchtigung der Gesundheit hoch ist, eine Anpassung der Lebensführung an die veränderten Umstände erwartet werden kann oder medizinische (Gegen-) Maßnahmen indiziert sind (vgl. Seite 38 f.). Ein vielschichtiges Beispiel betrifft das erbliche Brust- und Eierstockkrebsyndrom. Es handelt sich typischerweise um eine von mehreren Veränderungen an den Genen *BRCA1* oder *BRCA2*, die bei Weitergabe an weibliche Nachkommen mit einem Lebenszeitrisiko für Brust- und Eierstockkrebs von bis zu 80/ 40 % (gegenüber etwa 10/ 1 % in der Normalbevölkerung) in Verbindung gebracht werden.³⁶² Je nach Variante werden iZm *BRCA1/2*-Mutationen besonders frühe bzw. engmaschige Früherkennungsuntersuchungen oder auch die prophylaktische Entfernung jener Gewebe empfohlen, von denen das erhöhte

³⁶² S. Petrucelli et al, *BRCA1* and *BRCA2* in Pagon et al (editors), GeneReviews.

Krebsrisiko ausgeht.³⁶³ Ist dies der Fall, überwiegt das Informationsinteresse eines weiblichen Geschwister wohl stets gegenüber dem Geheimhaltungsinteresse des anderen. Für dieses Ergebnis entscheidend ist auch hier die hohe Bedeutung einer Aufklärung einerseits und die beschränkte Natur des damit verbundenen Eingriffs in die Privatsphäre andererseits (s Seite 43 f). Schon weniger deutlich überwiegt das Informationsinteresse eines männlichen Geschwister, der keine weiblichen Nachkommen hat (an die er eine entsprechende Mutation weitergeben könnte). Zwar ist das Lebenszeitrisiko für Brustkrebs auch hier stark erhöht, von etwa 0,1 % in der Normalbevölkerung auf bis zu 2 % bei *BRCA1*-Mutationen und bis zu 10 % bei den selteneren *BRCA2*-Mutationen.³⁶⁴ Soweit dadurch aber keine besonderen medizinischen Maßnahmen indiziert sind, verliert eine entsprechende Aufklärung sichtbar an Bedeutung. Dann ist mE auch nicht zu erwarten, dass das letztlich immer noch geringe Lebenszeitrisiko für Brustkrebs (iZm einer *BRCA1*-Mutation) zu einer Anpassung der Lebensplanung führt; schließlich beträgt das allgemeine Risiko in den nächsten zehn Jahren an irgendeiner Krebsform zu erkranken für 35-jährige Männer bereits 1,2 % und für 45-jährige Männer 3,4 %.³⁶⁵ In solchen Fällen muss mE das Geheimhaltungsinteresse des sicher betroffenen Geschwister überwiegen, weil sich das Informationsinteresse des anderen dann im Ergebnis auf die Kenntnis bestimmter Aspekte der Zusammensetzung seines Erbguts an sich beschränkt, ohne dass sich daraus weitere Konsequenzen ergäben.

2. Information über das Vermögen verstorbener Familienmitglieder

Auch Informationen über das Vermögen verstorbener Familienmitglieder können zwischen Geschwistern schon wegen ihrer Stellung als gesetzliche Erben und Pflichtteilsberechtigte nach ihren gemeinsamen Eltern einen hohen Stellenwert einnehmen (§§ 731 Abs 1 u 757 ABGB idF ErbRÄG 2015). Von Interesse sind auch hier Fälle, in denen nur ein Geschwister von Vermögenswerten weiß, die ein Elternteil einem Dritten in den letzten zwei Jahren vor seinem Tod zugewendet hat (vgl Seite 61). Wenn der derart informierte Geschwister bloß Legatar ist oder eine Einantwortung nicht stattfindet, ist er dem anderen aus erbrechtlicher Sicht keine entsprechende Auskunft schuldig (vgl § 786 ABGB idF ErbRÄG 2015 u Seite 61). Auch hier ist die

³⁶³ S Petrucelli et al, *BRCA1* and *BRCA2* in Pagon et al (editors), GeneReviews.

³⁶⁴ S Petrucelli et al, *BRCA1* and *BRCA2* in Pagon et al (editors), GeneReviews.

³⁶⁵ Daten für Deutschland, s Robert Koch-Institut et al, Krebs in Deutschland¹⁰, 24.

Interessenlage jener zwischen Eltern und Kindern im Rechtssinn ähnlich; vor allem scheint das Geheimhaltungsinteresse des möglicherweise zur Information verpflichteten Geschwister gleichermaßen wenig schutzwürdig, wenn es mit der Erlangung eines ungerechtfertigt hohen Anteils am erblasserischen Vermögen bzw der Verkürzung des Pflichtteils der übrigen Geschwister zusammenhängt. Weniger klar ist jedoch, ob allgemeine Beistandspflichten zwischen Geschwistern auch das vermögensrechtliche Interesse am Erhalt des richtig bemessenen Pflichtteils nach ihren Eltern umfassen. Geschwister sind einander keinen Unterhalt schuldig und nur insoweit gesetzliche Erben nach einander, als sie keine Kinder oder Ehegatten bzw eingetragene Partner haben (§§ 731 ff ABGB idF ErbRÄG 2015). Damit ist die gesetzliche Solidargemeinschaft zwischen Geschwistern in vermögensrechtlicher Hinsicht sichtbar weniger stark ausgeprägt als zwischen im 1. Grad miteinander verwandten Eltern und Kindern im Rechtssinn. Andererseits verkörpert das Pflichtteilsrecht an sich einen gewissen Mindeststandard familiärer Solidarität im vermögensrechtlichen Bereich, weshalb die (richtige) Höhe des Pflichtteils betreffende Informationen einen besonderen Bezug zu jener „natürlichen Ordnung“ aufweisen, die § 137 Abs 1 ABGB rechtlich untermauern soll. So können allgemeine Beistandspflichten mE auch im Verhältnis zwischen Geschwistern Grundlage entsprechender Informationspflichten sein.

3. Auskunft über die Identität der biologischen Eltern

Weiß nur ein Geschwister um die Identität der biologischen Eltern – etwa, weil die Mutter nur eines von ihnen über die Person des Vaters aufgeklärt hat – sind diese Informationen auch für die anderen von hoher Bedeutung. Da sie mit der gemeinsamen Abstammung gerade jene Umstände betreffen, aus denen das Geschwisterverhältnis hervorgegangen ist, können entsprechende Auskünfte problemlos aus dem Blickwinkel geschwisterlicher Solidarität beurteilt werden. Dabei steht dem ganz wesentlichen Interesse auf Kenntnis der eigenen Abstammung (s Seite 26) das Geheimhaltungsinteresse des bereits informierten Geschwister gegenüber. Letzteres kann das gleichläufige Interesse der Mutter, die Umstände der Zeugung ihrer Kinder nicht bekannt zu geben (dazu Seite 56 f), allerdings kaum übersteigen; tatsächlich muss es wegen der größeren persönlichen Distanz zu den relevanten Ereignissen regelmäßig geringer ausfallen. Trotzdem könnte eine Interessensabwägung im Einzelfall zumindest vorübergehend zuungunsten des auf

Auskunft dringenden Geschwister ausfallen, wenn es noch minderjährig ist und eine Aufklärung im Lichte der Wertungen, die im „Schweigerecht“ des § 149 Abs 1 ABGB gesetzlichen Ausdruck gefunden haben, deutlich nachteilig wäre (zB bei zu befürchtender Einmischung des Vaters, vgl Seite 54 f).

III. Gemeinsame Elternschaft

Im Verhältnis zwischen Eltern sind vor allem jene Informationen von Interesse, die den Unterhaltsbedarf des Kindes und die mögliche Zusammensetzung seines Erbguts betreffen. Letzteres ist in erster Linie von Bedeutung, wenn das Kind noch nicht gezeugt oder geboren wurde, sodass in weiterer Folge zwischen bestehender (rechtlicher) und geplanter Elternschaft zu unterscheiden ist. Die übrigen im ersten Teil näher dargestellten Informationen sind im Verhältnis zwischen Eltern nur eingeschränkt oder gar nicht von Bedeutung: Über § 235 ABGB hinausgehende Unterhaltungspflichten zwischen Eltern bestehen nicht. Die Rückforderung des vom betreuenden Elternteil anstelle des nicht betreuenden Elternteils geleisteten Geldunterhalts nach § 1042 ABGB ist keine familienrechtliche, sondern eine (allgemeine) schuldrechtliche Forderung. Als gesetzliche Erben nach ihren Kindern (§ 731 Abs 2 ABGB) könnten Informationen über das Vermögen letzterer für die Eltern zwar bedeutend sein; mit dem Wegfall ihrer Stellung als abstrakt Pflichtteilsberechtigte (vgl § 757 ABGB idF ErbRÄG 2015) ist die schon bisher geringe praktische Bedeutung solcher Fälle (Eltern sterben in Ö zumeist vor ihren Kindern) aber nochmals gesunken. So wären wegen der stark eingeschränkten Möglichkeit der Anrechnung auf den Erbteil (s § 752 ABGB idF ErbRÄG 2015) höchstens Informationen über den Nachlass selbst relevant. Darüber hinaus verpflichtet das Familienrecht Eltern einander hauptsächlich oder ausschließlich in Hinblick auf ihre Kinder. Da dieser Anknüpfungspunkt mit dem Tod der Kinder wegfällt, dürften deren Nachlass betreffende Rechtsfragen allein aus erbrechtlicher Perspektive zu untersuchen sein.

A. Bestehende Elternschaft

Soweit ersichtlich, gibt es keine Rechtsgrundlage für auf das Kind bezogene Informationspflichten zwischen Personen, die nur aus biologischer, nicht aber auch aus rechtlicher Sicht „Eltern“ sind; vor allem ist die Mutter dem „bloß“ biologischen Vater des Kindes gegenüber – auch bei Berücksichtigung der Wertungen des § 149 Abs 1 ABGB (s Seite 54 f) – weder zur Aufklärung über

die Existenz des Kindes, noch zur Aufklärung des Kindes über die Identität des Vaters verpflichtet. Die Untersuchung beschränkt sich daher im Folgenden auf Eltern im Rechtssinn. Eltern sind im Allgemeinen nicht iSd §§ 40 ff ABGB miteinander verwandt (auch wenn sie es sein können). Zwischen ihnen besteht – auch bei freiwilligem Getrenntleben – regelmäßig ein Familienleben iSd Art 8 Abs 1 EMRK.³⁶⁶ Schließlich entsprechen Eltern im Rechtssinn zumindest insoweit den Kriterien des rechtlichen Familienbegriffs, als es das Großziehen von Nachkommen betrifft: So hat der Vater der Mutter die Kosten der Entbindung und des Unterhalts acht Wochen nach der Geburt zu ersetzen;³⁶⁷ vor allem aber müssen Eltern einander über „wichtige Angelegenheiten“ in Bezug auf ihre gemeinsamen Kinder aufklären und einander in Angelegenheiten des täglichen Lebens vertreten (§ 189 Abs 1 Z 1 u 2 iVm Abs 5 ABGB – insoweit sind sie einander daher auch zur Treue verpflichtet). Insgesamt können Eltern untereinander mit Geburt des Kindes der Familie im Rechtssinn zugezählt werden. Auch die Beurteilung des Familienrechtsverhältnisses zwischen Eltern ist aufgrund der angeführten Regelungen bereits möglich; sie müssen demnach in Hinblick auf die Erziehung des Kindes kooperieren und sich insoweit solidarisch verhalten. Hinzu kommt nach dem oben zu Geschwistern (vgl Seite 76 ff) Gesagten eine allgemeine Beistandspflicht nach § 137 Abs 1 ABGB: Wie schon ihre Kinder, müssen Eltern untereinander kooperieren, um die Funktion des solidarischen (familiären) Lebensraums in der Eltern-Kind Gruppe zu gewährleisten. Auch die übrigen zum Anwendungsbereich der genannten Bestimmung vorgetragenen Argumente treffen mutatis mutandis auf Eltern zu. Darunter ist die Vermutung, der historische Gesetzgeber habe die Möglichkeit eines weiteren Verständnisses der zitierten Bestimmung übersehen, hervorzuheben: Bei Einführung des § 137 Abs 1 ABGB dachte der Gesetzgeber des KindG (BGBl I 403/ 1977) mit „Eltern“ vor allem an ohnehin (nach § 90 ABGB) beistandspflichtige Ehegatten.³⁶⁸ Dieser Gedanke – das Bestehen von Sonderregelungen für Eltern als Ehegatten – wird in der Schweiz immer noch angeführt um zu erklären, warum zwar Geschwister, nicht aber auch Eltern als Adressaten des Art 272 ZGB (mit § 137 Abs1 ABGB vergleichbar) gelten.³⁶⁹ Da die

³⁶⁶ Vgl Seite 9 ff; vgl *Meyer-Ladewig*, EMRK³, Artikel 8 Rn 49 u 55; s zu freiwilligem Getrenntleben von Eltern EGMR zu *Kroon and others vs the Netherlands* (1994), Antrag 18535/ 91, Rn 29 f.

³⁶⁷ S § 235 Abs 1 ABGB, die Bestimmung ist jedoch weitgehend totes Recht, vgl *Hopf* in KBB⁵, § 235 Rz 1.

³⁶⁸ Vgl *Posch* in *Ostheim*, Schwerpunkte der Familienrechtsreform, 12, der festhält, dass mit der Einführung des § 137 ABGB die „in § 90 ABGB für das Verhältnis der Ehegatten untereinander angeordnete Beistandspflicht zu einer familiären ausgeweitet“ wird; dass der Gesetzgeber diese Einstellung mittlerweile geändert hat, indiziert RV 2004 BlgNR 24. GP 15 mit Verweis auf *Stefula*, ÖJZ 2005, 35.

³⁶⁹ Vgl *Hegnauer* in *Hausheer II*, Art 272 Note 14 zum Anwendungsbereich des Art 272 ZGB.

zugrundeliegende Vermutung des Gleichklangs von Elternschaft und Ehe offenbar unzutreffend ist, lässt eine historisch-teleologische Betrachtung von § 137 Abs 1 ABGB auch im Verhältnis zwischen Eltern die Annahme von Beistandspflichten zu. Wie schon Geschwister (s Seite 79) können Eltern, auch wenn § 137 Abs 1 ABGB auf sie anwendbar ist, einander nicht gleich weit verpflichtet sein, wie es zwischen Eltern und Kindern der Fall ist.³⁷⁰ Angesichts der Tatsache, dass sich die gesetzliche Solidargemeinschaft zwischen Eltern offensichtlich auf ihre gemeinsamen Kinder bezieht, ist auch der Austausch von Informationen zwischen ihnen vor allem dann von familienrechtlicher Relevanz, wenn er für das Eltern-Kind Verhältnis von Bedeutung ist. Auch insoweit sind hier vor allem Auskünfte über das Erbgut und den Unterhaltsbedarf des Kindes von Interesse.

1. Information in Hinblick auf das Erbgut des Kindes

Wurde bei einem Elternteil eine genetische Veränderung festgestellt, die darum auch bei seinen Kindern vorliegen könnte, verfügt er über wesentliche, deren Gesundheit betreffende Informationen. Ist ein solches Kind bereits volljährig, gilt eine mögliche Aufklärungspflicht wohl nur ihm; ist es aber noch minderjährig, kann der andere Elternteil ein starkes, von seiner Verantwortung für das Kind getragenes Interesse daran haben, entsprechend aufgeklärt zu werden. Als Anspruchsgrundlage kommt in erster Linie § 189 ABGB in Betracht, wonach Eltern einander von wichtigen Angelegenheiten verständigen müssen. Zweck dieser Bestimmung sind die Stärkung der Eltern-Kind Beziehung und die Förderung des Kindeswohls.³⁷¹ Eltern sollen in der Lage sein, ihre Verantwortung gegenüber dem Kind wahrzunehmen, was sie nur tun können, wenn sie entsprechend informiert sind.³⁷² Angelegenheiten iSd § 189 ABGB sind daher „wichtig“, wenn sie für das Kindeswohl wesentlich sind, sie sich also maßgeblich auf die Versorgung, Gesundheit und Erziehung des Kindes auswirken.³⁷³ Beispiele solcher Angelegenheiten sind ein Schulwechsel, eine längere Abwesenheit vom Wohnort, der Fortgang der Ausbildung, nicht bloß geringfügige Erkrankungen und jene Bereiche, in denen Eltern nur gemeinsam vertretungsbefugt

³⁷⁰ Vgl *Stefula*, ÖJZ 2005, 35.

³⁷¹ Vgl *Thunhart* in *Fenyves/ Kerschner/ Vonkilch*, Klang, § 178 Rz 1.

³⁷² S RV 296 BlgNR 21. GP 34f.

³⁷³ Vgl § 138 ABGB, wo Konkretisierungen dieser Aspekte exemplarisch für das „Kindeswohl“ angeführt werden; s *Reischauer*, EF-Z 2010, 66 zu einem noch weiteren Verständnis des Begriffs der „wichtigen Angelegenheiten“.

sind (soweit sie gemeinsam mit der Obsorge betraut sind).³⁷⁴ Genetische Veränderungen des Erbguts können (iZm ihren Auswirkungen auf die Gesundheit) gerade in den bereits beispielhaft angeführten Fällen (zB stark erhöhtes Krebsrisiko, vgl Seite 38 f) problemlos als „nicht bloß geringfügige Erkrankungen“ verstanden werden. Als ernste Erkrankungen wären sie wohl bereits vor dem KindRÄG 2001 (BGBl I 135/ 2001) von den Informations- und Äußerungsrechten des nicht mit der Obsorge betrauten Elternteils umfasst gewesen.³⁷⁵ Steht daher fest, dass ein Kind von einer solchen (hinreichend bedeutenden) Veränderung des Erbguts betroffen ist, kommt dem jeweils nicht informierten Elternteil (unabhängig von der Betrauung mit der Obsorge) ein Informationsrecht nach § 189 ABGB zu.³⁷⁶ Diese Einschätzung ändert sich mE nicht, wenn eine entsprechend bedeutende genetische Veränderung erst bei einem der Eltern festgestellt wurde und daher zunächst nur ein hohes Risiko (von typischerweise 50 %)³⁷⁷ besteht, sie auch bei einem gemeinsamen Kind vorzufinden. Obwohl die gesundheitliche Gefährdung des Kindes in so einem Fall weniger akut wirkt, sind gerade im Anschluss an das Hervorkommen eines solchen Risikos bedeutende Entscheidungen in Hinblick auf seine Abklärung zu fällen. So ist mitunter zu beurteilen, ob und wann eine solche Abklärung sinnvoll ist und ob das noch minderjährige Kind von dem es treffenden Risiko erfahren soll (vgl Seite 71). Hinzu kommt, dass eine möglichst intakte und das Kind daher auch emotional unterstützende Eltern-Kind Beziehung – wie sie das Gesetz vorsieht³⁷⁸ – gerade vor dem Hintergrund einer solchen, oft mehrere Wochen bis Monate dauernden³⁷⁹ Abklärung ausgesprochen wichtig ist. Von besonderem Interesse ist dabei der Fall, in dem derjenige Elternteil, der Träger einer nachteiligen Veränderung des Erbguts ist, auch die alleinige oder gemeinsame Obsorge innehat. Dann wäre es ihm nämlich möglich, alle für die Gesundheit des Kindes nötigen medizinischen Schritte zu durchlaufen, ohne den anderen

³⁷⁴ S § 167 Abs 2 ABGB; s *Hopf* in KBB⁵, § 189 Rz 2 für Beispiele wichtiger Angelegenheiten.

³⁷⁵ Vgl *Weitzenböck* in *Schwimmann/ Kodek*, I⁴, § 178 Rz 6, wonach ernste Erkrankungen zu den „außergewöhnlichen Umständen“ zählten, unter denen bereits nach § 178 ABGB idF KindRÄG 1989 (BGBl I 162/ 1989) ein solches Informationsrecht anzunehmen war.

³⁷⁶ S aber die mögliche Einschränkung eines solchen Rechts nach § 189 Abs 2 ABGB bei Ablehnung persönlicher Kontakte zu dem Kind durch den sonst berechtigten Elternteil.

³⁷⁷ S Fn 183.

³⁷⁸ S Fn 371.

³⁷⁹ Typischerweise erfolgt zunächst eine Überweisung an die genetische Beratungsstelle durch den behandelnden Arzt (zB den Kinderarzt); ein Erstgespräch findet meist innerhalb der nächsten vier Wochen statt; Zweitgespräche sind nicht selten; die Befundmitteilung erfolgt meist innerhalb von vier Wochen nach der Beratung, vgl Kommission Qualitätssicherung Genetische Beratung des Berufsverbandes Deutscher Humangenetiker e.V., medgen 2006, 229.

Elternteil darüber zu informieren.³⁸⁰ Aufgrund der besonderen Bedeutung elterlicher Unterstützung gerade in Zusammenhang mit außergewöhnlichen Belastungen wie der möglichen Betroffenheit von einer nachteiligen Veränderung des Erbguts steht das Geheimhaltungsinteresse des sicher betroffenen Elternteils einer Aufklärungspflicht nach § 189 ABGB nicht entgegen. Damit in Zusammenhang steht auch, dass die Weitergabe genetischer Veränderungen an ein Kind ein von den Eltern in Kauf genommenes Risiko ist, bei dessen Verwirklichung es zum Wohl des Kindes – das an den Umständen seiner Zeugung keinen Anteil hatte – uU notwendig ist, den anderen Elternteil entsprechend zu informieren. So ist § 189 ABGB eine taugliche Grundlage familiärer Informationspflichten über das Erbgut. Beispiele bereits im Kindesalter relevanter erblich bedingter Erkrankungen sind MEN 2³⁸¹ und klassische FAP³⁸². Bei ersterer wird die Entfernung der Schilddrüse als vorbeugende Maßnahme – je nach Mutation – bereits bei Kindern im Alter von unter einem Jahr empfohlen.³⁸³ Bei FAP sind Untersuchungen des Darms als Früherkennungsmaßnahme ab einem Alter von 10 Jahren medizinisch indiziert.³⁸⁴ Entsprechende Informationspflichten erfordern freilich, dass der betroffene Elternteil weiß, Träger einer dieser genetischen Veränderungen zu sein. Dabei ist es nicht ungewöhnlich, dass solche Veränderungen (bei den Eltern) erst im Erwachsenenalter diagnostiziert werden, vor allem, wenn sie in einer Familie zum ersten Mal auffallen. Siehe unten (Seite 90 ff) zur Möglichkeit vergleichbarer Aufklärungspflichten schon vor der Geburt gemeinsamer Kinder.

2. Information über den Unterhaltsbedarf des Kindes

Ist ein Elternteil besser über den Unterhaltsbedarf eines gemeinsamen Kindes informiert als der andere, hat letzterer ein erkennbares Interesse daran, über Veränderungen dieses Bedarfs informiert zu werden. Dabei ist vor allem an Situationen zu denken, in denen nur einer der Eltern

³⁸⁰ S § 173 ABGB; praktisch vorstellbar ist eine solche Situation freilich nur, wenn ein Elternteil (zB berufsbedingt) häufig oder über längere Zeiträume hinweg abwesend ist – eine Gegebenheit, die mit seiner Verpflichtung seinem Kind gegenüber aber nicht grundsätzlich unvereinbar sein kann, man denke nur an Soldaten, die längere Auslandsaufenthalte absolvieren, oder Abgeordnete im Parlament (oder gar dem Parlament der EU).

³⁸¹ Multiple endokrine Neoplasie Typ II; ua bis zu 100 % Lebenszeitrisko an Schilddrüsenkrebs zu erkranken, s *Marquard/ Eng*, Multiple Endocrine Neoplasia Type 2 in *Pagon et al* (editors), GeneReviews.

³⁸² Familiäre adenomatöse Polypose; ua 100 % Lebenszeitrisko an Darmkrebs zu erkranken, s *Jasperson/ Burt*, APC-Associated Polyposis Conditions in *Pagon et al* (editors), GeneReviews.

³⁸³ S *Marquard/ Eng*, Multiple Endocrine Neoplasia Type 2 in *Pagon et al* (editors), GeneReviews.

³⁸⁴ S *Jasperson/ Burt*, APC-Associated Polyposis Conditions in *Pagon et al* (editors), GeneReviews.

mit dem Kind im gemeinsamen Haushalt lebt und der andere daher geldunterhaltspflichtig ist.³⁸⁵ Steigt in so einem Fall der Unterhaltsbedarf des Kindes – etwa, weil es von einer bezahlten zu einer unbezahlten Ausbildung wechselt – ist eine entsprechende Aufklärung des anderen Elternteils bereits unter dem Gesichtspunkt des Kindeswohls erforderlich. Damit besteht gemäß § 189 ABGB eine korrespondierende Informationspflicht (vgl. Seite 85 ff). Gleiches gilt grundsätzlich auch für eine Verringerung des Unterhaltsbedarfs – etwa durch einen Wechsel zu einer bezahlten Ausbildung oder die bedingte Annahme einer Erbschaft – soweit das Kind bei Überalimentierung Rückforderungsansprüchen ausgesetzt wäre. Dies dürfte im Rahmen des § 189 ABGB meistens zutreffen: Das Kind müsste sich das Verhalten des Elternteils, der von der Überalimentierung wusste, den geldunterhaltspflichtigen Elternteil aber nicht aufgeklärt hat, nämlich zurechnen lassen (§ 1313a ABGB), sodass ein Entfall der Rückerstattungspflicht wegen gutgläubigem Verbrauch³⁸⁶ ausscheidet. Da sich der Schutzzweck des § 189 ABGB nach der Rsp nur auf das Kindeswohl (und nicht das elterliche Vermögen) erstreckt, ist eine Verletzung alleine darauf gestützter Informationspflichten aber keine taugliche Grundlage für Schadenersatzansprüche zwischen den Eltern.³⁸⁷ Darüber hinaus enden die in § 189 ABGB festgelegten Pflichten angesichts seines aus inhaltlicher (arg „Obsorge“) und systematischer (vgl. § 186 ABGB) Sicht erkennbaren Bezugs zu minderjährigen Kindern wohl mit Eintritt der Volljährigkeit, während Unterhaltspflichten grundsätzlich bis zur Selbsterhaltungsfähigkeit³⁸⁸ des Kindes bestehen bleiben. Es ist daher sinnvoll zu fragen, ob sich entsprechende Informationspflichten auch aus einer allgemeineren Pflichtenbindung zwischen Eltern ergeben können:

Eltern sind ihren Kindern gegenüber nicht nur nach § 231 ABGB gemeinsam zum Unterhalt verpflichtet. Sie sind auch gemeinsam für ihr Wohl verantwortlich, was neben § 189 ABGB auch in § 137 Abs 1 ABGB (vgl. Seite 84) zum Ausdruck kommt. Der Inhalt dieser Bestimmungen kann auch als Ausdruck einer allgemeinen Pflicht zu elterlicher Zusammenarbeit verstanden werden. Dies entspricht einer gesetzlichen Anerkennung eines von der Frage der Obsorge unabhängigen

³⁸⁵ Vgl. Hopf in KBB⁵, § 231 Rz 11.

³⁸⁶ Vgl. Koziol in KBB⁵, § 1437 Rz 5 u. Lurger in Kletečka/Schauer, ABGB-ON (2016), § 1437 Rz 12.

³⁸⁷ S 6 Ob 197/08a.

³⁸⁸ S Hopf in KBB⁵, § 231 Rz 20.

Rahmens, in welchem Eltern einander auf eine typisch familienrechtliche Art verpflichtet sind, nämlich zur Solidarität in Hinblick auf die Verantwortung, die sie für ihre Kinder gemeinsam tragen. Tatsächlich hat der OGH diese spezifisch familienrechtliche Pflichtenbindung als Grundlage von Informationspflichten über den Unterhaltsbedarf gemeinsamer Kinder herangezogen.³⁸⁹ Eltern müssen einander daher unabhängig von § 189 ABGB Erhöhungen wie auch Verminderungen dieses Bedarfs zur Kenntnis bringen, wobei die Ursache der Veränderung – im Gegensatz zu der genannten Bestimmung – schon grundsätzlich irrelevant ist.³⁹⁰

3. Information zur biologischen Abstammung des Kindes

Weiß die Mutter (allein) um Umstände, aufgrund derer es möglich scheint, dass die biologische von der rechtlichen Vaterschaft abweicht, fragt sich, ob sie den rechtlichen Vater entsprechend aufklären muss. Da dies regelmäßig keine Information über die Identität möglicher biologischer Väter voraussetzt, ist die Regelung des § 149 Abs 1 ABGB an dieser Stelle nicht von Bedeutung. Eine entsprechende Informationspflicht ergibt sich im Lichte der obigen Ausführungen zunächst jedenfalls dann, wenn der rechtliche Vater Natural- oder Geldunterhalt leistet, und daher an mögliche Rückforderungsansprüche wider das Kind zu denken ist (vgl Seite 87 f). Ist dies aber nicht der Fall, stellt sich die Frage einer Informationspflicht gegenüber dem Vater differenzierter dar:

Im Kontext einer Ehe ergibt sich eine solche Pflicht problemlos aus den ehelichen Treue- und Beistandspflichten: Müssen Ehegatten einander Einblick in ihr Berufs- und Privatleben gewähren und über den „Stand der Ehe“ auf dem Laufenden halten,³⁹¹ so sind sie erst recht verpflichtet, einander ihre Bedenken iZm der biologischen Abstammung scheinbar gemeinsamer Kinder mitzuteilen. Dies träfe auch auf Fälle zu, in denen eine „offene Ehe“ vereinbart wurde und der „Ehebruch“ als solcher daher womöglich nicht als rechtswidrig anzusehen ist.³⁹²

Sind die Eltern nicht verheiratet, bezieht sich ihre Solidargemeinschaft eindeutig auf ihre gemeinsame Verpflichtung ihren Kindern gegenüber. Nun sind „bloße“ Eltern im Rechtssinn nicht

³⁸⁹ S 6 Ob 197/ 08a.

³⁹⁰ Vgl *Reischauer*, EF-Z 2010, 66.

³⁹¹ S 2 Ob 514/ 87 u 4 Ob 166/ 02v.

³⁹² Solche Vereinbarungen sind nicht bindend, aber uU zulässig, vgl 5 Ob 117/ 99p u *Koch* in KBB⁵, § 90 Rz 3.

weniger als auch biologische Eltern in der Lage, für das Wohl ihrer Kinder zu sorgen. Damit hängt das Bestehen einer familienrechtlichen Informationspflicht im Verhältnis der Eltern zueinander mehr vor allem davon ab, ob eine entsprechende Aufklärung des Kindes notwendig ist. Dann bedarf das Kind nämlich der koordinierten Unterstützung beider Eltern (im Rechtssinn), um sich in seiner neuen Situation zurecht zu finden. Dies dürfte angesichts des Rechts des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung grundsätzlich der Fall sein (s. Seite 26). Hintergrund dieses Rechts sind jedoch in erster Linie die Nachteile, die sich aus dem Eindruck der Unkenntnis der eigenen Herkunft – der „Wurzeln“ – und dem Fehlen elterlicher Bezugspersonen ergeben.³⁹³ All dies trifft auf Fälle, in denen bereits rechtliche Eltern vorhanden sind, nur insoweit zu, als diese das Kind über die Unsicherheiten in seiner biologischen Abstammung aufklären. Es ist leicht vorstellbar, dass die damit verbundene Veränderung des kindlichen Weltbilds seinem Wohl mehr ab- als zuträglich ist; vor allem, wenn über die Person des möglichen biologischen Vaters keine Klarheit herrscht oder dieser selbst nicht von seiner möglichen Vaterschaft weiß und die gegenwärtige Gemeinschaft der Eltern im Rechtssinn als intakt bezeichnet werden kann. Daher fällt die Entscheidung der Mutter, den Vater im Rechtssinn (und auch das Kind) aufzuklären oder nicht, unter solchen Umständen in den Rahmen der Familienautonomie.³⁹⁴ Dies kann sich freilich ändern, wenn sich das Kind selbst nach seiner Herkunft erkundigt (und die Mutter auskunftspflichtig wird, s. Seite 56 ff), oder die Gefahr entsteht, dass das Kind unterhaltsbezogenen Rückforderungsansprüchen des rechtlichen Vaters ausgesetzt wird.

B. Geplante Elternschaft

Information über das Erbgut kann alleine durch den Entschluss, ein Kind zu zeugen, eine hohe Bedeutung erlangen. Dies betrifft zunächst Veränderungen des Erbguts, die die Zeugungsunfähigkeit des Betroffenen zur Folge haben,³⁹⁵ oder mit einer hohen Wahrscheinlichkeit dazu führen, dass jemand nicht in der Lage wäre, einmal vorhandene Kinder bis zu deren Selbsterhaltungsfähigkeit zu versorgen (zB Chorea-Huntington u. degenerative

³⁹³ Vgl. zB EGMR zu *Odièvre vs France* (2003), Antrag 42326/ 98, Rn 29 u. Art 7 UN-Kinderrechtskonvention.

³⁹⁴ Vgl. Barth in *Fenyves/ Kerschner/ Vonkilch*, Klang, § 137a Rz 1 u. 4 f.

³⁹⁵ (Relative) Zeugungsunfähigkeit zur Folge haben etwa Deletionen am Y-Chromosom u. Zystische Fibrose (CF) bei Männern (Multisystemerkrankung mit Beteiligung von des Respirations- und Gastrointestinaltrakts – führt u.a. zu einem Verschluss der Samenleiter und einer deutlich verkürzten Lebenserwartung von ca. 36 Jahren), s. Moskowitz et al., CFTR-Related Disorders in *Pagon et al.* (editors), GeneReviews.

Muskelerkrankungen).³⁹⁶ Darüber hinaus können genetische Veränderungen die Zeugung von gesunden Kindern gefährden oder ausschließen, weil sie bei Weitergabe an Deszendenten nachteilige gesundheitliche Auswirkungen (wie erhöhtes Krebsrisiko, geistige Behinderung) haben.³⁹⁷ Diese Risiken können Anlass zu einer Präimplantationsdiagnostik geben (§ 2a Abs 1 Z 3 iVm Abs 2 FMedG), besondere Vorkehrungen während der Schwangerschaft³⁹⁸ und iZm der Geburt³⁹⁹ indizieren und Anlass einer Modifikation⁴⁰⁰ oder Aufgabe des Kinderwunsches sein. Darüber hinaus ist iZm einem ausgeprägten Kinderwunsch auch denkbar, dass dessen Gefährdung als Grund für einen Partnerwechsel empfunden wird. All diese Aspekte können mögliche Eltern offenbar nur dann in ihre Entscheidung, Kinder zu zeugen, einfließen lassen, wenn sie sich gegenseitig entsprechend aufklären. Stellt nun die Existenz einer genetischen Veranlagung die Möglichkeit, ein (gesundes) Kind zu zeugen in Frage, kann dieser Umstand nur dann Gegenstand einer familiären Informationspflicht sein, wenn es sich bei dem Interesse, (gesunde) Kinder zu zeugen und großzuziehen um ein rechtlich geschütztes Interesse handelt (vgl Seite 20). Andernfalls gäbe es nämlich keinen rechtlich gebilligten Grund, entsprechende Informationen über das Erbgut im Rahmen der Entscheidung über das Großziehen von Kindern berücksichtigen zu wollen.

1. Rechtlicher Schutz des Interesses an der Zeugung (gesunder) Nachkommen?

Der Wunsch nach (eigenen) Kindern entspricht einem tatsächlich vorhandenen Bedürfnis,⁴⁰¹ dessen Befriedigung zugleich eine familiäre (und gesellschaftliche) Grundfunktion erfüllt (dazu

³⁹⁶ S Fn 178 zu Chorea-Huntington (Durchschnittsalter bei Tod: 55 Jahre); klassische Myotone Dystrophie Typ 1 geht ua mit einer erst im Erwachsenenalter (2.-4. Dekade) auftretenden fortschreitenden Muskelschwäche und den damit assoziierten Einschränkungen der Beweglichkeit und körperlichen Leistungsfähigkeit einher; s *Bird*, Myotonic Dystrophy Type 1 in *Pagon et al* (editors) *GeneReviews*.

³⁹⁷ S Seite 80 f zu erhöhtem Brust- und Eierstockkrebsrisiko iZm Mutationen im *BRCA1*- oder *BRCA2*-Gen; bei mitochondrialen Veränderungen sind immer alle Kinder einer Frau betroffen, so geht das MELAS-Syndrom (mitochondrial encephalomyopathy, lactic acidosis, and stroke-like episodes) mit typischerweise im Kindesalter (4-15 Jahren) beginnender fortschreitender Beeinträchtigung der motorischen und geistigen Fähigkeiten einher (Muskelschwäche, schlaganfallähnliche Episoden, Kleinwuchs, Diabetes), vgl *Schaaf/ Zschocke*, *Humangenetik*², 78 ff; s Seiten 22 f u 38 f für weitere Beispiele.

³⁹⁸ ZB medikamentöse Behandlung, Pränataldiagnostik oder Schwangerschaftsabbruch.

³⁹⁹ ZB geplante Kaiserschnittentbindung oder Behandlung unmittelbar nach der Geburt.

⁴⁰⁰ ZB durch Bevorzugung einer Adoption.

⁴⁰¹ Laut Daten der Statistik Austria hatten im Jahr 2012 77 % aller 30-39-jährigen zumindest ein Kind, wobei nur 7 % angaben, auch später keine Kinder bekommen zu wollen; die durchschnittlich gewünschte Kinderzahl 20-44-jähriger Frauen betrug im Jahr 2012 1,83, die durchschnittlich realisierte Kinderzahl 1,03; tatsächlich bleiben in Österreich etwa 17 % aller Frauen dauerhaft kinderlos, s *Hill/ Kopp*, *Handbuch Familiensoziologie* (2015), 42.

Seite 4 ff). Das Interesse, (gesunde) Kinder zu zeugen und großzuziehen betrifft dabei einerseits die Möglichkeit, überhaupt Kinder zu bekommen und andererseits die Möglichkeit, gesunde Kinder zu zeugen. Zwar kann niemandem ein „Recht“ auf ein (gesundes) Kind zukommen, weil dies einerseits eine unterschiedliche Bewertung menschlichen Lebens in Abhängigkeit des Vorhandenseins eines (gesunden) Kindes und andererseits die Behandlung des Kindes als Rechtsobjekt voraussetzt, was beides in offenem Widerspruch zu gesetzlichen Grundwertungen steht (vgl zB § 16 ABGB, Art 2 StGG u Art 2 iVm 14 EMRK). Dies ändert aber nichts an der Rechtmäßigkeit des bloßen Interesses, ein (gesundes) Kind großzuziehen, weshalb es auch rechtlich relevant ist:

Das Interesse, überhaupt Kinder zu bekommen findet im gesetzlichen Leitbild der Ehe⁴⁰² ebenso Niederschlag wie in der Adoption, die eine Nachbildung der natürlichen Familie und damit die Annahme durch Wahl Eltern bezweckt, die das Wahlkind als ihr eigenes großziehen wollen.⁴⁰³ Auch wird die Weigerung, (weitere) Kinder zu bekommen, zT immer noch als Eheverfehlung iSd § 49 EheG verstanden.⁴⁰⁴ Zwar ist die damit implizierte Pflicht zu Geschlechtsgemeinschaft und Fortpflanzung als nicht zu rechtfertigender Verstoß gegen die persönliche und geschlechtliche Selbstbestimmung abzulehnen.⁴⁰⁵ Die Gegenmeinung übersieht, dass Ehegatten ansonsten auf eine Art verpflichtet wären, die in allen anderen Fällen – etwa im Rahmen der nichtehelichen Lebensgemeinschaft⁴⁰⁶ oder Prostitution⁴⁰⁷ – für sittenwidrig gehalten wird. Dennoch müssen bzw dürfen Ehegatten – angesichts des gesetzlichen Leitbilds der Ehe⁴⁰⁸ – davon ausgehen, dass der andere die Zeugung von Nachkommen beabsichtigt. Des Weiteren wurde der Zugang zu medizinisch unterstützter Fortpflanzung und Adoption in letzter Zeit deutlich erweitert.⁴⁰⁹ Schließlich umfasst das von Art 12 EMRK geschützte Recht, eine Familie zu gründen, auch das

⁴⁰² Vgl § 44 ABGB u *Fischer-Czermak* in *Fischer-Czermak/ Hopf/ Kathrein/ Schauer* (Hrsg), ABGB 2011, 225 f.

⁴⁰³ Vgl RV 107 BlgNR 9. GP 10 f.

⁴⁰⁴ Vgl zuletzt 9 Ob 29/ 15b; s *Hopf/ Stabentheiner*, ÖJZ 1999, 863.

⁴⁰⁵ Vgl *Koch* in *KBB*⁵, §§ 44 Rz 1 u 90 Rz 4; aA aber die hM, s *Schwimann/ Ferrari* in *Schwimann/ Kodek*, I⁴, § 90 Rz 7 u *Sagerer/ Schiavon*, Partnerschaft, Ehe und Scheidung, 42 f; s zur Frage der Bindungswirkung von Vereinbarungen über das Zeugen oder nicht-Zeugen von Kindern schon auf Seite 21.

⁴⁰⁶ Wo zB auch Vereinbarungen über den Gebrauch von Verhütungsmitteln unwirksam sind, vgl *Schwimann/ Ferrari* in *Schwimann/ Kodek*, I⁴, § 44 Rz 13; s *Fischer-Czermak/ Beclin*, Nichteeliche Lebensgemeinschaften 63.

⁴⁰⁷ Wo nur der Entgeltsanspruch wirksam entsteht, s 3 Ob 45/ 12g u RS0127783.

⁴⁰⁸ S *Kerschner* in *Fischer-Czermak/ Hopf/ Kathrein/ Schauer*, ABGB 2011, 235.

⁴⁰⁹ Vgl BGBl I 179/ 2013; BGBl I 35/ 2015; VfGH zu G 119/ 2014.

Recht, die Kinderzahl selbst zu bestimmen.⁴¹⁰ Für das Interesse, auch gesunde Kinder zu bekommen, ist zunächst an die Rechtsprechung zur Frage des „wrongful birth“ zu denken. Sie setzt voraus, dass der Behandlungsvertrag mit dem Arzt das (rechtmäßige) Ziel verfolgt, die Geburt eines nicht gesunden Kindes zu verhindern.⁴¹¹ Ausdrücklich zu diesem Zweck erlaubt das Gesetz die genetische Untersuchung entwicklungsfähiger Zellen und embryonaler Zellen (Präimplantationsdiagnostik, s § 2a Abs 1 Z 3 FMedG). Schließlich kann ein Irrtum über die Fähigkeit – und wohl auch den Willen – (gesunde) Nachkommen zu zeugen, nach § 37 Abs 1 EheG zur Aufhebung der Ehe berechtigen.⁴¹²

Das Interesse, (gesunde) Kinder großzuziehen, ist demnach in verschiedenen Zusammenhängen rechtlich anerkannt und insoweit geeignet, im Rahmen der Beurteilung der Rechtsverhältnisse möglicher Eltern berücksichtigt zu werden.

2. In der Ehe

Ehegatten erfüllen regelmäßig die Kriterien des sozialen und rechtlichen (vgl §§ 44 u 90 ABGB u §§ 81 ff EheG) Verständnisses der Familie und zählen daher zur Familie im Rechtssinn. Dabei entsteht das Familienleben iSd Art 8 Abs 1 EMRK zwischen Ehegatten grundsätzlich auch dann ipso facto mit gültigem Zustandekommen der Ehe, wenn das gemeinsame Leben noch nicht aufgenommen wurde,⁴¹³ wobei sich die Ehegatten aber zumindest getroffen haben müssen.⁴¹⁴ Dass die persönliche Nahebeziehung der de-facto Familie dabei zu einem gewissen Grad durch formale Kriterien ersetzt wird,⁴¹⁵ entspricht dem Charakter der Ehe als einer formalisierten familiären Gruppe, deren Begründung auch eine gewisse Publizitätswirkung entfaltet.⁴¹⁶ Für die vorliegende Untersuchung ist von besonderer Bedeutung, dass das Großziehen gemeinsamer Nachkommen bereits Teil der gesetzlichen Grundkonzeption der Ehe ist (s Seite 92). So sind bei

⁴¹⁰ Vgl Fischer/ Köck/ Karollus, Europarecht⁴, Rz 412.

⁴¹¹ S RS0123136; vgl Kodek in Kletečka/ Schauer, ABGB-ON (2013), § 1293 Rz 39 ff u eingehend Koziol/ Steininger, RZ 2008, 138.

⁴¹² Vgl Weitzenböck in Schwimann/ Kodek, I⁴, § 37 EheG Rz 3; sa Seite 98 f zur Bedeutung dieser Bestimmung im Rahmen des Verlöbnisses.

⁴¹³ Vgl EGMR zu E. B. vs France (2008), Antrag 43546/02, Rn 41.

⁴¹⁴ Vgl EGMR zu Abdulaziz, Cabales et Balkandali vs United Kingdom (1985), Anträge 9214/ 80, 9473/ 81 und 9474/ 81, Rn 85, worin der Gerichtshof eine solche Anforderung für Ehegatten und Verlobte zu billigen scheint.

⁴¹⁵ Das wirksame Eingehen einer Ehe ist vom Bestehen einer persönlichen Nahebeziehung unabhängig, vgl § 17 EheG.

⁴¹⁶ Etwa durch Änderung des Familienstands und Eintragung in das Ehebuch; vgl auch § 96 ABGB zur Schlüsselgewalt und § 93 ff ABGB zum Namensrecht.

den Ehegatten vorliegende Veränderungen des Erbguts schon ab dem Zeitpunkt der Eheschließung für den jeweils anderen von Bedeutung, wenn sie für die Zeugung und das Großziehen von Nachkommen relevant sind (dazu Seite 90 f) und die Ehegatten nicht vereinbart haben, keine Kinder bekommen zu wollen.

Als Grundlage entsprechender Informationspflichten kommen vor allem die allgemeinen Beistandspflichten zwischen Ehegatten nach § 90 Abs 1 ABGB in Betracht. Der von einer genetischen Veränderung betroffene Ehegatte hat regelmäßig alleine die Möglichkeit, den anderen über eine solche Tatsache in Kenntnis zu setzen (vgl Seite 23 f). Daher ist eine entsprechende Aufklärung meist erforderlich, um das Interesse des anderen Ehegatten an der Zeugung von (gesunden) Nachkommen zu wahren. Damit kommt es nach den obigen Ausführungen zu allgemeinen Beistandspflichten für das Bestehen einer entsprechenden Informationspflicht in erster Linie auf eine Interessensabwägung an (vgl Seite 48 ff). Das Geheimhaltungsinteresse des betroffenen Gatten berührt im Wesentlichen dessen Privatsphäre, wenn auch in einem besonders sensiblen Bereich. Die Intensität des mit einer Aufklärungspflicht verbundenen Eingriffs in die Privatsphäre des betroffenen Gatten wäre jedoch beschränkt: So müsste er nur eine bestimmte Person (den anderen Ehegatten) über ganz bestimmte Aspekte seines Erbguts – oder auch nur deren Auswirkungen – informieren. In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass Ehegatten einander schon grundsätzlich Einblick in ihre Privatsphäre gewähren müssen.⁴¹⁷ Auf der anderen Seite würde das Interesse (gesunde) Nachkommen zu bekommen in Abwesenheit einer Aufklärung zur Gänze missachtet, obwohl es gerade im Kontext der Ehe besonders schützenswert scheint (vgl Seite 92). Diesem Interesse ist daher mE regelmäßig der Vorrang vor dem allgemeinen Geheimhaltungsinteresse des unmittelbar betroffenen Ehegatten einzuräumen. Für diese Einschätzung ist auch von Bedeutung, dass eine solche Aufklärung erst relevant wird, wenn die Beteiligten durch die Eheschließung erkennen lassen, grundsätzlich zur Zeugung gemeinsamer Nachkommen bereit zu sein: Ist Ehegatten das Entstehen der pflichtenbegründenden Situation (die Heirat) derart zurechenbar, können sie sich regelmäßig nicht auf ihre Privatsphäre berufen, um das Verschweigen ehrelevanten Umstände zu rechtfertigen. Insgesamt sind Ehegatten einander daher zur Information über Umstände

⁴¹⁷ Vgl die Nachweise auf Seite 19; solche Pflichten können auch nach erfolgter Scheidung weiterbestehen, vgl 2 Ob 261/ 12i zu Informations- iZm Unterhaltspflichten.

verpflichtet, die im oben beschriebenen Sinn (s Seite 90 f) für das Großziehen (gesunder) Nachkommen von Bedeutung sind. Zu denken ist neben der Zeugungsunfähigkeit vor allem an Fälle, in denen eine hohe Wahrscheinlichkeit besteht, nachteilige Veränderungen des Erbguts (die zB den Ausbruch von Krebserkrankungen begünstigen) an gemeinsame Kinder weiterzugeben. Diese Informationspflicht kann allerdings ruhen, wenn und solange Ehegatten übereinkommen keine Kinder zeugen zu wollen (vgl auf Seite 21).

3. In der eingetragenen Partnerschaft

Eingetragene Partner entsprechen aus denselben Gründen wie Ehegatten dem sozialen und rechtlichen Verständnis der Familie, weil das Geschlecht für diese Zuordnung unerheblich ist⁴¹⁸ und die gesetzliche Ausgestaltung der eingetragenen Partnerschaft jener der Ehe sehr nahekommt. So ist auch hier die Bündelung von Ressourcen (§§ 12, 20 ff u 24 ff EPG) im Rahmen einer solidarischen Lebensgemeinschaft (§ 8 Abs 2 EPG) vorgesehen. Die Regelungsdichte ist entsprechend hoch, die Beurteilung des Familienrechtsverhältnisses unproblematisch. Grundsätzlich können Informationen über Veränderungen des Erbguts hier aus denselben Gründen wie zwischen Ehegatten von Bedeutung sein, wobei es sich bei den Partnern nach der gegenwärtigen Rechtslage um zwei Frauen handeln muss, damit eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung zulässig ist (vgl § 3 Abs 2 FMedG). Es ist nicht ersichtlich, warum allgemeine Beistandspflichten als Grundlage entsprechender Informationspflichten zwischen eingetragenen Partnern anders als zwischen Ehegatten zu beurteilen wären. Einzig der Stellenwert des Großziehens von Nachkommen könnte hier anders als in der Ehe zu beurteilen sein, weil sich dazu kein „typischer“ Weg anbietet. So kommen die Adoption, die „Stiefkindadoption“ und bei Frauen auch die medizinisch unterstützte Fortpflanzung in Frage. Dabei muss es den Partnern überlassen sein, die für sie attraktivste Variante zu wählen und gegebenenfalls zu entscheiden, wessen Erbgut zur Zeugung von Nachkommen herangezogen werden soll. So können Informationspflichten über das Erbgut in einer eingetragenen Partnerschaft mE erst dann aktuell werden, wenn einer der Partner zu erkennen gibt, Nachkommen großziehen zu wollen. Darüber hinaus müssten auf das Erbgut bezogene Informationen für den von den Partnern ins Auge

⁴¹⁸ Art 8 Abs 1 EMRK schützt das Familienleben unabhängig vom Geschlecht der Personen, zwischen denen es besteht, s *Meyer-Ladewig*, EMRK³, Artikel 8 Rn 49; für die Erfüllung familiärer Aufgaben (s dazu Seite 4 ff) ist das Geschlecht offensichtlich unerheblich.

gefassten Weg, dieses Ziel zu erreichen, im oben beschriebenen Sinn (s Seite 90 f) relevant sein. Dies ist etwa der Fall, wenn das Erbgut eines der Partner an Nachkommen weitergegeben werden soll oder einer der Partner voraussichtlich nicht in der Lage sein wird, gemeinsam großzuziehende Kinder bis zur Selbsterhaltungsfähigkeit zu versorgen.

4. Im Verlöbnis

Haben zwei Personen einander versprochen, die Ehe einzugehen, so sind sie zwar iSd §§ 45 f ABGB verlobt, können jedoch alleine deshalb noch nicht nach den im 1. Teil untersuchten Kriterien als Familie im Rechtssinn verstanden werden: So ist das nach dem sozialen Verständnis der Familie entscheidende enge persönliche Naheverhältnis keine Voraussetzung einer wirksamen Verlobung.⁴¹⁹ Gleichzeitig kann die tatsächliche familiäre Bindung hier mangels Publizität⁴²⁰ und bindender Wirkung⁴²¹ auch nicht durch formale (rechtliche) Anknüpfungspunkte ersetzt werden, wie es etwa bei der Ehe der Fall ist.⁴²² Dies gilt unabhängig von der Einleitung eines Verfahrens zur Eheschließung nach dem Personenstandsgesetz.⁴²³ Aus rechtlicher Sicht ist festzuhalten, dass Verlobte als solche im Familienrecht außerhalb der §§ 45 f ABGB nicht und auch sonst nur selten berücksichtigt werden.⁴²⁴ Da diese Bestimmungen nicht auf die Erfüllung familiärer Funktionen hinweisen, entspricht das Verlöbnis auch nicht dem rechtlichen Familienbegriff. Dass Verlobte systematisch im Familienrecht angesiedelt sind, macht sie alleine noch nicht zu Familienmitgliedern; ähnliches gilt für die Sachwalterschaft und miteinander verschwägte Personen. Im Gegenzug können etwa Lebensgefährten trotz fehlender positivrechtlicher Definition der Familie im Rechtssinn zugeordnet werden (s Seite 103 ff). Insgesamt gehören Verlobte als solche nicht zur Familie im Rechtssinn. Insoweit scheinen die Voraussetzungen für das Bestehen familiärer Informationspflichten hier nicht erfüllt. Allerdings sind Informationen

⁴¹⁹ Es kommt alleine durch Konsens über die geplante Eheschließung zustande, vgl *Koch* in KBB⁵, § 45 Rz 1.

⁴²⁰ Wie sie zB durch die Eintragung im Ehebuch, gem § 20 PersonenstandsG 2013, bei der Ehe gegeben ist.

⁴²¹ Das Verlöbnis begründet gerade keine Rechtspflicht zur Eheschließung, s *Koch* in KBB⁵, § 45 Rz 3.

⁴²² Vgl zur möglichen Substitution subjektiver durch objektive Merkmale iZm der de-facto Familie oben bei / 2; vgl EGMR zu *E. B. vs France* (2008), Antrag 43546/ 02, Rn 41, wonach Art 8 EMRK uU zwar auch potenzielle, noch nicht voll etablierte Familien schützt, der Gerichtshof sich aber nur auf Gruppen bezieht, die wie Eltern und Kinder und Ehegatten fast immer ein Familienleben aufweisen: er bekräftigt also, dass iZm diesen Gruppen typischerweise bereits aufgrund der Abstammung oder Eheschließung an sich von einer familiären Beziehung auszugehen ist.

⁴²³ Vgl §§ 14 ff Personenstandsgesetz; spätestens mit seiner Einleitung sind zwei Personen iSd § 45 ABGB verlobt, was jedoch keine sonstigen Rechtswirkungen außerhalb des Verfahrens nach sich zieht, vgl auch *Koch* in KBB⁵, § 45 Rz 1.

⁴²⁴ Eines der wenigen Beispiele ist § 1247 ABGB.

über das Erbgut in den oben genannten Fällen (s Seite 90 f) im Allgemeinen auch schon für Verlobte relevant, weil das Großziehen gemeinsamer Nachkommen Teil der gesetzlichen Grundkonzeption der von ihnen angestrebten Ehe ist (vgl Seite 92). Es fragt sich daher, ob entsprechende Informationsansprüche auch auf einem alternativen Weg begründet werden können (siehe gleich im Anschluss), wobei vor allem an den durch das Verlöbnis geschaffenen Vertrauenstatbestand – vergleichbar mit einer vorvertraglichen Rechtsbeziehung – zu denken ist. Sind zwei Personen nicht nur verlobt, sondern auch Lebensgefährten („Ehe auf Probe“) kann insoweit auf den entsprechenden Unterpunkt (Seite 101 ff) verwiesen werden.

a. Gegründeter Rücktritt bei Verschweigen des Erbgut betreffender Umstände

Da das Verlöbnis auf das Eingehen einer Ehe abzielt und die Ehe konzeptionell auf das Großziehen gemeinsamer Nachkommen ausgerichtet ist, sind für dieses Vorhaben relevante Veränderungen des Erbguts bereits für Verlobte von Bedeutung. Vor allem fragt sich, ob das Vorliegen einer solchen Veränderung eine begründete Ursache zum Rücktritt vom Verlöbnis darstellen kann. Dies wäre der Fall, wenn es sich dabei um einen Umstand handelt, der in Hinblick auf das Wesen der Ehe geeignet scheint, jemanden von einer Eheschließung abzuhalten:⁴²⁵ Solche Umstände können neu entstehen oder auch bloß neu hervorkommen,⁴²⁶ wobei iVm genetischen Veränderungen freilich nur letzteres denkbar ist. In Frage kommen einerseits wesentliche, die Person des anderen betreffende Tatsachen (wie die Familienverhältnisse, der Beruf, das Vorleben, das Einkommen, gesundheitliche Aspekte, etc)⁴²⁷ und andererseits das vom anderen an den Tag gelegte Verhalten. Letzteres muss gerade bei Berücksichtigung der voraussichtlichen Dauer einer Ehe keineswegs einer schweren Eheverfehlung iSd § 49 EheG gleichkommen, um einen Rücktrittsgrund zu verwirklichen. Vielmehr genügt es zB bereits, wenn aus dem Verhalten des anderen Verlobten (bei objektiver Betrachtung) auf einen unangenehmen Wesenszug geschlossen werden kann.⁴²⁸ Dass an die Begründetheit eines Rücktritts daher insgesamt kein strenger Maßstab anzulegen

⁴²⁵ Vgl *Smutny* in *Kletečka/ Schauer*, ABGB-ON (2014), § 46 Rz 11 u *Schwimann/ Ferrari* in *Schwimann/ Kodek*, I⁴, § 46 Rz 4.

⁴²⁶ Vgl *Stabentheiner* in *Rummel*, ABGB³, § 46 Rz 4.

⁴²⁷ Vgl die Beispiele bei *Schwimann/ Ferrari* in *Schwimann/ Kodek*, I⁴, § 46 Rz 5 mwN.

⁴²⁸ Vgl *Hinteregger* in *Fenyves/ Kerschner/ Vonkilch*, Klang, § 46 Rz 3.

ist⁴²⁹, deutet – wegen des Fehlens jeglicher Bindungswirkung – nicht auf eine Pflicht zu „ehegerechtem Verhalten“,⁴³⁰ sondern auf einen erhöhten Sorgfaltsmaßstab⁴³¹ hin: Wer sich zu einer künftigen Verehelichung bereit erklärt, gibt seine entsprechende Eignung zu erkennen und erweckt den Eindruck, in Hinblick auf seine Person keine ungewöhnlichen oder erklärungsbedürftigen Umstände verschwiegen zu haben. Darunter fallen mE jedenfalls auch Informationen über die Möglichkeit (gesunde) Kinder zu zeugen. Verschweigt einer der Verlobten in einem solchen Fall seine Betroffenheit von einer genetischen Veränderung bzw deren Auswirkungen (wie der Zeugungsunfähigkeit), ist der andere daher regelmäßig zum Rücktritt berechtigt. Anderes wäre nur insoweit anzunehmen, als sich die Verlobten einig sind, keine Kinder bekommen zu wollen, in welchem Fall das Zurückhalten entsprechender Informationen den durch das Verlöbnis geschaffenen Vertrauenstatbestand nicht berührt (s Seite 21).

b. Aufklärungspflicht iZm § 37 Abs 1 EheG

Aus § 37 Abs 1 EheG lässt sich eine Art vorvertragliche Pflicht zur Aufklärung über Umstände ableiten, die die Person des anderen Verlobten betreffen. Dazu zählen grundsätzlich auch Veränderungen des Erbguts. Könnte das Vorhandensein solcher Veränderungen jemanden iSd § 37 Abs 1 EheG davon abhalten, die Ehe einzugehen, würde ein entsprechender Irrtum zur Aufhebung der Ehe nach dieser Bestimmung berechtigen. Diese Regelung wirkt im Ergebnis wie eine Informationspflicht zulasten desjenigen Verlobten, der den Aufhebungsgrund zum Zeitpunkt der Eheschließung kennt (vgl §§ 37 Abs 2 iVm 42 EheG). Den Aufhebungstatbestand nach § 37 Abs 1 EheG erfüllen „Umstände“ dann, wenn sie die Aufgabe des Eheschließungswillens aufgrund ihrer (zu erwartenden) Auswirkungen auf die eheliche Lebensgemeinschaft objektiv rechtfertigen.⁴³² Dazu zählen neben wesentlichen Charaktermängeln auch Veranlagungen, die mit einer hohen Wahrscheinlichkeit zum Ausbruch einer schweren, unheilbaren Geisteskrankheit führen, und körperliche Mängel wie Zeugungsunfähigkeit.⁴³³ Es handelt sich also um persönliche Eigenschaften, die den Wegfall eines Kernelements der ehelichen Lebensgemeinschaft, wie des

⁴²⁹ So die hA, vgl anstelle vieler *Schwimann/ Ferrari in Schwimann/ Kodek*, I⁴, § 46 Rz 4 u *Hinteregger in Fenyves/ Kerschner/ Vonkilch*, Klang, § 46 Rz 3.

⁴³⁰ So etwa *Smutny in Kletečka/ Schauer*, ABGB-ON (2014), § 46 Rz 11, der insoweit auf § 90 ABGB verweist.

⁴³¹ Vgl *Koch* in KBB⁵, § 46 Rz 3.

⁴³² Vgl *Weitzenböck in Schwimann/ Kodek*, I⁴, § 37 EheG Rz 2 u *Koch* in KBB⁵ § 37 EheG Rz 2.

⁴³³ Vgl 3 Ob 91/ 08s; *Weitzenböck in Schwimann/ Kodek*, I⁴, § 37 EheG Rz 3.

Vertrauensverhältnisses, der geistigen Gemeinschaft oder der Möglichkeit des Großziehens von Nachkommen zur unmittelbaren Folge haben oder doch objektiv nahelegen. Dabei schadet es nicht, wenn diese Folgen erst deutlich später oder nur mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit eintreten; entscheidend scheint vielmehr die Schwere der Beeinträchtigung der ehelichen Gemeinschaft zu sein.⁴³⁴ Über hinreichend schwere Auswirkungen genetischer Veränderungen müssen Verlobte einander daher aufklären, wenn sie die Rechtsfolgen der §§ 37 Abs 1 iVm 42 EheG vermeiden wollen. Abgesehen von der absoluten Zeugungsunfähigkeit trifft dies jedenfalls auf Fälle zu, in denen das Risiko der Weitergabe bestimmter Erbanlagen auch bei Zuhilfenahme vorgeburtlicher Maßnahmen nicht minimiert werden kann (etwa weil alle Nachkommen eines oder beider Geschlechter betroffen sind oder mögliche Untersuchungen vor oder während der Schwangerschaft nicht aufschlussreich sind).⁴³⁵ Erreichen die Folgen einer Veränderung des Erbguts hingegen nicht den eben skizzierten Schweregrad, ist eine Aufklärung zwischen Verlobten aus dieser Perspektive nicht erforderlich. Dies betrifft neben relativer Zeugungsunfähigkeit etwa jene Fälle, in denen nur das Risiko besteht, eine nachteilige genetische Veränderung weiterzugeben, aber (ggf mithilfe einer Präimplantations- oder Pränataldiagnostik) auch gesunde Kinder (beiden Geschlechts) gezeugt werden können. Gleiches gilt für Veränderungen, die zwar zu einer reduzierten Lebenserwartung des Betroffenen führen, die eheliche Lebensgemeinschaft bis zur Verwirklichung dieses Risikos – und der damit verbundenen Auflösung der Ehe – aber nicht derart beeinträchtigen, dass von einem Wegfall eines Kernelements der ehelichen Lebensgemeinschaft auszugehen ist.

⁴³⁴ Vgl *Schoditsch*, EF-Z 2015, 123; s 3 Ob 91/ 08s mit Hinweis auf „Erbkrankheiten“.

⁴³⁵ Vgl Fn 397 zu mitochondrialen Erkrankungen die alle Kinder einer Frau betreffen, wobei der Schweregrad der Betroffenheit vorgeburtlich nicht feststellbar ist; bei Craniofrontonasalem Syndrom sind alle Töchter eines oft asymptomatischen Vaters meist schwer betroffen, s *van den Elzen* et al, *European Journal of Human Genetics* vol 22 (2014), 995; beim Münke-Syndrom, einer Form des vorzeitigen Verschlusses von Schädelnähten, reicht das Erkrankungsspektrum von asymptomatisch oder einem Einzelnahtverschluss der Stirnnaht bis hin zu schwereren Schädelnahtverschlüssen, Hörbeeinträchtigung (mind. Ein Drittel) und Intelligenzminderung (ein Drittel), wobei der Schweregrad vorgeburtlich nicht festgestellt werden kann, s *Kruszka* et al, *Muenke Syndrome* in *Pagon* et al (editors), *GeneReviews* – da hier aber nicht alle Kinder (eines Geschlechts) betroffen sind, könnten vorgeburtliche Maßnahmen zur Verhinderung der Geburt eines betroffenen Kindes als ausreichende Risikominderung betrachtet werden.

c. Informationspflichten aus analoger Anwendung ehelicher Pflichten?

Eine analoge Anwendung familienrechtlicher Bestimmungen auf Verlobte iSd § 45 ABGB kommt nicht in Betracht,⁴³⁶ weil sie nicht mit anderen durch das Familienrecht geregelten Gruppen vergleichbar sind. Zunächst begründen Verlobte durch ihr Versprechen gerade keine Familie im Rechtssinn (s Seite 95): Zwar können sie dieser aus einem anderen Grund zuzuordnen sein, etwa als Lebensgefährten, nicht aber, weil sie verlobt sind. So lässt das Eingehen einer Verlobung – im Gegensatz zur nichtehelichen Lebensgemeinschaft – nicht auf das Bestehen eines Lebenssachverhalts schließen, der einer ehelichen Lebensgemeinschaft gleicht. Darüber hinaus besteht auch keine Vergleichbarkeit der Rechtsposition von Verlobten und Ehegatten: Zwar handelt es sich beim Verlöbnis um einen Vertrag ohne Hauptleistungspflicht und nicht bloß um ein rechtsgeschäftsähnliches Verhältnis.⁴³⁷ Es ist allerdings jederzeit, auch einseitig, lösbar und verpflichtet die Verlobten ausschließlich in Hinblick auf den dadurch geschaffenen Vertrauenstatbestand.⁴³⁸ Die Ehe ist hingegen nur unter bestimmten Voraussetzungen lösbar und verpflichtet die Ehegatten neben dem Eingehen der ehelichen Lebensgemeinschaft zu verschiedenen materiellen und immateriellen Leistungen.⁴³⁹ Auch widerspräche die Annahme von Rechtsfolgen, die über die Haftung für in Anspruch genommenes Vertrauen hinausgehen, dem historischen Zweck der spezifischen gesetzlichen Regelung des Verlöbnisses, nämlich es von jedem rechtlichen Zwang zu entkoppeln, um die größtmögliche (rechtliche) Freiheit der Verlobten zu bewahren und alle Bindung auf den Zeitpunkt der Eheschließung zu verlagern.⁴⁴⁰ Anders gesagt, dienen die §§ 45 f ABGB nicht in erster Linie der Schaffung eines Vorvertrags sui generis, sondern der Untermauerung und Fortführung der mit Verordnung vom 30. August 1782⁴⁴¹

⁴³⁶ So auch *Koch* in KBB⁵, § 45 Rz 3 u 46 Rz 3 u ausführlich, va in Hinblick auf den Zweck des Verlöbnisses und mit Hinweis auf den demonstrativen Charakter der Aufzählung („[...] weder zur Schließung [...] noch zur Leistung [...]“) in § 45 ABGB *Stefula*, ÖJZ 2005, 35; aA, nämlich für eine Rechtspflicht zu „verlöbnisgerechtem Verhalten“, das va am Maßstab des § 90 ABGB zu messen sei: *Schwimann/ Ferrari* in *Schwimann/ Kodek*, I⁴, § 45 Rz 4 u *Hinteregger* in *Fenyves/ Kerschner/ Vonkilch*, Klang, § 45 Rz 7.

⁴³⁷ S *Hinteregger* in *Fenyves/ Kerschner/ Vonkilch*, Klang, § 45 Rz 7; vgl § 45 ABGB, wonach das Verlöbnis ein „vorläufiges Versprechen“ ist – wäre es kein Vertrag, müsste seine fehlende Bindungswirkung auch nicht besonders hervorgehoben werden.

⁴³⁸ Str, vgl §§ 45 f ABGB; s *Koch* in KBB⁵, § 45 Rz 3 u 46 Rz 3; vgl auch *Canaris*, AcP 1965, 1.

⁴³⁹ Vgl §§ 44 u 90ff ABGB u die verschiedenen auf Beseitigung der Ehe gerichteten Tatbestände des EheG.

⁴⁴⁰ Vgl zur Entstehungsgeschichte der §§ 45 f ABGB eingehend *Oberhofer*, ÖJZ 1994, 433.

⁴⁴¹ S 234 f der Sammlung k u k landesfürstlichen Verordnungen IN PUBLICO ECCLESIASTICIS 1767-1782, wonach das Verlöbnis in Hinkunft „weder eine Verbindlichkeit zur künftige[n] Ehe nach sich ziehen, noch auch sonst die mindeste

etablierten Regel der rechtlichen Unverbindlichkeit des Verlöbnisses.⁴⁴² Damit können familiäre Informationspflichten zwischen Verlobten nicht mit der analogen Anwendung familienrechtlicher Bestimmungen, insbesondere nicht des § 90 Abs 1 ABGB, begründet werden.

5. In der nichtehelichen Lebensgemeinschaft

a. Eine faktische soziale Gruppe von rechtlicher Relevanz

Die „nichteheliche Lebensgemeinschaft“ ist zunächst eine faktische soziale Gruppe, zwischen deren zwei Mitgliedern eine enge persönliche Beziehung besteht. In vielen Fällen übernehmen solche Gruppen auch typisch familiäre Aufgaben, wie die Bündelung von Ressourcen oder das Großziehen von Kindern (vgl. Seiten 4 ff). Nun kann – ua in Hinblick auf den allgemeinen Gleichheitssatz⁴⁴³ – ein rechtspraktisches Bedürfnis entstehen, hinreichend deutlich ausgeprägte „faktische Familien“ auch als solche zu behandeln. Diese Schwelle ist nach der hM erreicht, wenn eine solche Gemeinschaft ihrer Art nach einer Ehe bzw eingetragenen Partnerschaft gleicht: In diesem Sinn ist die rechtlich bedeutsame nichteheliche Lebensgemeinschaft eine auf eine gewisse Dauer angelegte Wohn-, Wirtschafts- und Geschlechtsgemeinschaft zweier Personen, zwischen denen ein familiäres Naheverhältnis⁴⁴⁴ besteht.⁴⁴⁵ Sind diese Kriterien in einem am Zweck der anzuwendenden Norm orientierten Ausmaß⁴⁴⁶ erfüllt, werden Lebensgefährten in verschiedener Hinsicht wie andere Angehörige behandelt:

rechtliche Wirkung haben [soll]“, und erst nach erfolgter Eheschließung „sich jedermann zu achten, und für Schaden zu büßen wissen wird“.

⁴⁴² S. Zeiller in Kommentar I, § 45 Rz 2, wonach die Ehe „... um gedeihliche Folgen zu gründen, aus [...] vollem wechselseitigen Vertrauen, folglich mit ganz freiem Willen geschlossen werden soll ...“; sa Ehrenzweig/ Schwind, Familienrecht³ 12 Fn 3.

⁴⁴³ Vgl. Art 2 StGG u 7 Abs 1 B-VG sowie 14 EMRK.

⁴⁴⁴ Mit diesem Begriff sollen jene „innere Einstellung“ (s. Fischer-Czermak/ Beclin, Nichteheliche Lebensgemeinschaften 23), jenes „Gefühl der Zusammengehörigkeit“ (s. Meissel/ Preslmayr in Harrer/ Zitta, Familie und Recht, 516 u EFSlg 57.268) bezeichnet werden, die als „enge persönliche Beziehung“ auch für den Familienbegriff des Art 8 Abs 1 EMRK so bedeutend sind (s. Seite 9) und den entscheidenden, wenn auch objektiv nur indirekt feststellbaren Unterschied zwischen einer ne LG, einem „Intimverhältnis“ (so Deixler-Hübner, Scheidung, Ehe, Lebensgemeinschaft¹¹ 266) und anderen Formen des Zusammenlebens, etwa einer Wohngemeinschaft oder (kleinen) Kommune, darstellen.

⁴⁴⁵ S. eingehend Fischer-Czermak in FS Kerschner, 337, Fischer-Czermak/ Beclin, Nichteheliche Lebensgemeinschaften 12ff u Möschl, Lebensgemeinschaft³ 20 f; s. in diesem Sinne zuletzt 3 Ob 31/ 14a.

⁴⁴⁶ Vgl. Fischer-Czermak in FS Kerschner, 351.

Die Regelung des § 139 Abs 2 ABGB verpflichtet auch Lebensgefährten zum Schutz des Wohls der Kinder des anderen.⁴⁴⁷ Nach § 284c ABGB zählen sie iZm der Vertretungsbefugnis nächster Angehöriger zu den „nächsten Angehörigen“ iSd § 284b ABGB.⁴⁴⁸ Die stRsp lässt den nahehelichen Unterhaltsanspruch ruhen, wenn der Berechtigte eine Lebensgemeinschaft eingeht.⁴⁴⁹ Seit dem ErbRÄG 2015 kommt Lebensgefährten ein außerordentliches Erbrecht und ein (befristetes) Vorausvermächtnis zu.⁴⁵⁰ Ein Lebensgefährte ist für den anderen begünstigende letztwillige Verfügungen kein tauglicher Zeuge.⁴⁵¹ Auch Lebensgefährten wird der Ersatz von Trauerschäden zuerkannt.⁴⁵² Sie fallen unter den Familienbegriff des § 1101 Abs 1 ABGB.⁴⁵³ Nach § 14 Abs 3 MRG ist der Lebensgefährte nach dem Tod des Hauptmieters zum Eintritt in den Bestandsvertrag berechtigt. Nach § 2 Abs 1 FMedG ist die medizinisch unterstützte Fortpflanzung ua in einer Lebensgemeinschaft zulässig. Nach den §§ 55 Abs 1 u 77 Abs 2 UrhG kommen Lebensgefährten (wie auch anderen Angehörigen) bestimmte Rechte in Verbindung mit dem Brief- und Bildnisschutz zu. § 67 Abs 2 VersVG begünstigt nach der jüngeren Rsp auch Lebensgefährten und nimmt sie vom Regressanspruch des Versicherers aus.⁴⁵⁴ Im Bereich des Interzedentenschutzes kann eine riskante Verpflichtung eines Lebensgefährten wegen dessen verdünnter Entscheidungsfreiheit sittenwidrig sein.⁴⁵⁵ Lebensgefährten kommen im Prozess Aussageverweigerungsrechte⁴⁵⁶ zu, gelten als befangen⁴⁵⁷ und sind Teil der „familia suspecta“.⁴⁵⁸

⁴⁴⁷ S Fischer-Czermak in Welser, Reformen, 99 u Hopf in KBB⁵, § 139 Rz 3.

⁴⁴⁸ Gleiches gilt für § 268 ABGB idF 2. ErwSchG (BGBl 59/ 2017).

⁴⁴⁹ Dh, sie behandelt die ne LG insoweit wie eine Ehe; s RS0047108 u 6 Ob 28/ 07x.

⁴⁵⁰ Ersteres steht im Rang vor dem außerordentlichen Erbrecht der Legatäre und dem Heimfallsrecht des Staates; s §§ 745 u 748 f ABGB idF ErbRÄG 2015.

⁴⁵¹ S § 588 Abs 1 ABGB idF ErbRÄG 2015; nach der alten Rechtslage lehnte der OGH eine analoge Anwendung des § 594 aF ABGB noch ab, s 7 Ob 64/ 03t.

⁴⁵² S 8 Ob 127/ 02p (RS0116866, zuletzt 1 Ob 171/ 12x).

⁴⁵³ Sodass der Vermieter auch an den in das Bestandsobjekt eingebrachten Sachen des Lebensgefährten des Mieters ein Pfandrecht hat, s Iro in KBB⁵, § 1101 Rz 3 mwN.

⁴⁵⁴ S dazu Fischer-Czermak/ Beclin, Nichteeliche Lebensgemeinschaften 37 f.

⁴⁵⁵ S grundlegend 1 Ob 87/ 98w; sa Bollenberger in KBB⁵, § 879 Rz 8.

⁴⁵⁶ Vgl § 321 ZPO und den § 156 Abs 1 Z 1 StPO iVm 72 StGB.

⁴⁵⁷ Vgl die §§20 Abs 1 Z 2 JN u 43 Abs 1 Z 1 StPO iVm 72 StGB.

⁴⁵⁸ Vgl die §§ 32 Abs 1 IO u 4 Abs 1 AnFO sowie 1409 Abs 2 ABGB.

Schließlich werden sie im Arbeitsrecht⁴⁵⁹ ebenso berücksichtigt wie im Abgabenrecht⁴⁶⁰ und dem Sozialversicherungsrecht.⁴⁶¹

In vielen dieser Fälle konkretisiert das Gesetz die allgemeinen Kriterien für das Vorliegen einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft in Hinblick auf die Dauer der Gemeinschaft oder die Dauer der Wohngemeinschaft.⁴⁶² Wie auch die Definition der nichtehelichen Lebensgemeinschaft an sich ist die Aufnahme solcher besonderen Anforderungen in einzelne Gesetzesbestimmungen ein Versuch, einen Ausgleich zwischen der umfassenden rechtlichen Anerkennung tatsächlich vorhandener Familien einerseits und der damit verbundenen Beweisproblematik andererseits zu schaffen.⁴⁶³ Anders gesagt, will das Gesetz in solchen Fällen nicht zwischen verschiedenen Arten von Lebensgemeinschaften unterscheiden, sondern die „Treffsicherheit“ der jeweiligen Regelung erhöhen.⁴⁶⁴ In der Praxis ist dieser Ausgleich insoweit gelungen, als er zumindest in der höchstgerichtlichen Rsp zu nachvollziehbaren Ergebnissen geführt hat.⁴⁶⁵

⁴⁵⁹ Im Rahmen der Pflegefreistellung nach § 16 Abs 1 URLG; nach § 26 Z 4 AngG kann das Verhalten des Dienstgebers auch gegenüber Angehörigen des Dienstnehmers zur Kündigung aus wichtigem Grund berechtigen, wobei Lebensgefährten zu den Angehörigen zählen, s *Friedrich in Marhold/ Burgstaller/ Preyer*, AngG, § 26 Rz 197 f.

⁴⁶⁰ S § 25 Abs 1 Z 5 BAO; s *Brühwasser in Koller/ Schuh/ Woischitzschläger*, Handbuch (2009), § 25 BAO Punkt 3.3, welcher die zivilrechtliche Definition der ne LG wiedergibt; hingegen berücksichtigt § 106 Abs 3 EStG nur Lebensgemeinschaften, in denen zumindest ein Kind vorhanden ist.

⁴⁶¹ S §§ 123 Abs 7a ASVG, 83 Abs 8 GSVG, 56 Abs 6a B-KUVG u 78 Abs 6a BSVG.

⁴⁶² So verlangt § 14 Abs 3 MRG das dreijährige Bestehen einer Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft, hilfsweise den gemeinsamen Einzug; § 284c ABGB stellt auf eine dreijährige Haushaltsgemeinschaft ab (gleiches gilt für § 268 ABGB idF BGBl 59/ 2017); idS auch § 748 ABGB idF ErbRÄG 2015, wobei die Haushaltsgemeinschaft auch wegfallen kann, wenn ansonsten eine „für Lebensgefährten typische Verbundenheit“ bestand; § 139 Abs 2 ABGB verlangt eine nicht nur vorübergehende Haushaltsgemeinschaft.

⁴⁶³ Die angebliche Schwierigkeit, das Bestehen einer ne LG nachzuweisen, und die dadurch hervorgerufene Rechtsunsicherheit sind schon lange Teil der Diskussion um diese familiäre Gruppe, vgl *Verschraegen*, ZfRV 1983, 133; bei *Fischer-Czermak* in FS Kerschner, 337 ist der Nachweis der Möglichkeit, anhand der in Rsp und Lehre entwickelten Definition der ne LG zu nachvollziehbaren Ergebnissen zu gelangen, ein Leitmotiv der Untersuchung.

⁴⁶⁴ S zur Funktion der Dreijahresfrist des § 14 Abs 3 MRG (und zuvor des § 19 Abs 2 Z 11 MG) als ipso facto Nachweis der Stabilität der Beziehung schon *Verschraegen*, ZfRV 1983, 139; daraus erklärt sich auch, warum der gemeinsame Einzug nach dieser Regelung der dreijährigen Gemeinschaft gleichzusetzen ist: das Zusammenziehen zeugt ebenso von (empfundener und nach außen hin erkennbarer) Stabilität; vgl RV 1420 BlgNR 22. GP 24, wo die Beweisfunktion der Dreijahresfrist in § 284c Abs 1 ABGB klar erkennbar ist; s RV 688 BlgNR 25. GP 22, worin der Gesetzgeber für die in § 748 ABGB idF ErbRÄG 2015 vorgesehene Dreijahresfrist auf die Regelung des § 284c ABGB Bezug nimmt und in weiteren Ausführungen klar erkennen lässt, dass der Zweck dieser Frist und der Ausnahmen des § 748 Abs 2 ABGB idF ErbRÄG 2015 darin liegt, sicherzustellen, dass das außerordentliche Erbrecht nur tatsächlichen Lebensgefährten zugutekommt.

⁴⁶⁵ S die Beispiele bei *Fischer-Czermak* in FS Kerschner, 337.

b. Die nichteheliche Lebensgemeinschaft als Familie im Rechtssinn

Nach alldem erfüllt eine nichteheliche Lebensgemeinschaft iSd in Lehre und Rsp entwickelten Definition jedenfalls die Kriterien des sozialen Familienbegriffs.⁴⁶⁶ Aus rechtlicher Sicht ist zunächst festzustellen, dass die Regelungsdichte der nichtehelichen Lebensgemeinschaft im Familienrecht eher gering ist und sich auf die §§ 139 Abs 2 u 284c ABGB beschränkt. Immerhin sind Lebensgefährten nach der ersten dieser beiden Bestimmungen mit der Übernahme von Verantwortung für „gemeinsame“ Kinder eindeutig zur Erfüllung familiärer Aufgaben verpflichtet. Bedeutender ist jedoch, dass schon die in Lehre und Rsp entwickelte Definition der Lebensgemeinschaft auf ihre tatsächliche Funktion als Familie abstellt. So erlangt eine faktische soziale Gruppe nur dann als nichteheliche Lebensgemeinschaft rechtliche Anerkennung, wenn sie ihrer inneren Ausgestaltung nach bereits die für bestimmte familiäre Gruppen – Ehe und eP – typischen Merkmale aufweist. Damit ist die rechtlich relevante Lebensgemeinschaft die einzige rechtlich bedeutsame familiäre Gruppe, die immer auch „Familie im materiellen Sinn“ ist: Beispielsweise sind im gemeinsamen Haushalt lebende Geschwister auch dann von § 139 Abs 2 ABGB erfasst, wenn ihr Verhältnis in Wahrheit dem zweier WG-Mitbewohner (oder eines Haupt- und Untermieters) entspricht; hingegen müssten zwei WG-Mitbewohner das schlichte nebeneinander Wohnen erst zum gemeinsamen Wohnen im Rahmen einer Beziehung ausbauen, um iSd eben zitierten Bestimmung als Lebensgefährten verpflichtet zu werden. Setzt bereits die Definition der nichtehelichen Lebensgemeinschaft derart voraus, dass ihre Mitglieder Aufgaben übernehmen, die sowohl aus rechtlicher wie auch soziologischer Sicht für die Familie charakteristisch sind, kann sie sinnvoller Weise nur als Familie im Rechtssinn – ein dem Familienrecht zuzuordnendes Rechtsverhältnis – verstanden werden. Anders gesagt: Berücksichtigt das Recht eine aus sozialer Sicht familiäre Gruppe aufgrund dem Familienrecht entnommener Wertungen als Angehörige, muss man davon ausgehen, dass es sich um eine Familie im Rechtssinn handelt. Insoweit knüpft jede Norm, die (auch) auf Lebensgefährten Anwendung finden soll, an einen familienrechtlichen Tatbestand an (daran ändern besondere Vorgaben hinsichtlich der Dauer, etc nichts, s Seite 101 f). Welchem Rechtsgebiet wollte man die nichteheliche Lebensgemeinschaft (und ihre rechtliche Definition, die zwar nicht gesetzlich

⁴⁶⁶ S Meyer-Ladewig, EMRK³, Artikel 8 Rn 49; vgl EGMR zu *P.B. and J.S. vs Austria* (2010), Antrag 18984/ 02, Rn 27ff zu gleich- und verschiedengeschlechtlichen Lebensgefährten; vgl Seite 9 ff.

geregelt ist, aber wohl eindeutig dem Rechtsbestand angehört) auch sonst zuordnen? In der Judikatur wurde sie verschiedentlich als „Familienrechtsverhältnis“,⁴⁶⁷ „familienrechtliches Verhältnis sui generis“⁴⁶⁸ und – wenig glücklich – „familienrechtliches Verhältnis minderer Art“⁴⁶⁹ bezeichnet. Derartigen, den familienrechtlichen Charakter der nichtehelichen Lebensgemeinschaft anerkennenden Einordnungen wurde vor allem entgegengehalten, dass der Lebensgemeinschaft eben keine Familienrechte entspringen.⁴⁷⁰ Der darin enthaltene Hinweis auf die geringe familienrechtliche Durchdringung der Lebensgemeinschaft überzeugt jedoch nicht, weil die Regelungsdichte der durch das Familienrecht anerkannten Gruppen eben variiert: Niemand würde den familienrechtlichen Charakter des Geschwisterverhältnisses in Zweifel ziehen, nur weil es im Familienrecht bloß indirekt erwähnt wird oder keine Unterhalts- bzw nach der hM auch keine Beistandspflichten auslöst (vgl aber Seite 76 ff). Insgesamt kann die nichteheliche Lebensgemeinschaft daher sowohl aus sozialer als auch aus rechtlicher Sicht der Familie im Rechtssinn zugeordnet werden.

c. Inhaltliche Regelung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft?

Das Familienrecht regelt die nichteheliche Lebensgemeinschaft nur ausnahmsweise, sodass keine besonders tragfähige Grundlage zur Beurteilung einer möglichen gesetzlichen Solidargemeinschaft vorhanden ist. Vor allem bestehen zwischen Lebensgefährten keine allgemeinen Beistandspflichten. Damit fehlt auf den ersten Blick die zur Ableitung familiärer Informationspflichten nötige gesetzliche Grundlage. Aus zwei Gründen ist es aber wesentlich, die Lebensgemeinschaft im Rahmen der informationspflichtigen Familie näher zu untersuchen. Zunächst ließe allein ihr hoher praktischer Stellenwert (vgl Seite 5) die vorliegende Arbeit ansonsten lückenhaft erscheinen. Wesentlicher ist jedoch, dass Informationen über das Erbgut zwischen Lebensgefährten schon definitionsgemäß von ähnlicher (faktischer) Bedeutung sein können wie zwischen Ehegatten und dass Informationen iZm dem Risiko der Weitergabe nachteiliger Erbanlagen an Nachkommen ein zentrales Thema der Untersuchung sind. Nun scheint die Berücksichtigung von Lebensgefährten zumindest insoweit möglich, als

⁴⁶⁷ S 10 ObS 244/ 98z u 3 Ob 115/ 90.

⁴⁶⁸ S – noch zum „Konkubinät“ – RS0009382; idS auch *Hopf/ Kathrein*, Eherecht³, § 44 ABGB Rz 8.

⁴⁶⁹ So zuletzt 3Ob 209/ 99b.

⁴⁷⁰ S *Schwimann/ Ferrari* in *Schwimann/ Kodek*, I⁴, § 44 Rz 4 u *Kissich* in *Fenyves/ Kerschner/ Vonkilch*, Klang, § 44 Rz 11; differenzierend *Meissel*, EF-Z 2007, 210.

Aufklärungsansprüche zwischen Lebensgefährten auch auf alternative Ansätze gestützt werden können: In Betracht kommen die analoge Anwendung einzelner Normen des Familienrechts, das Abstellen auf den durch die Lebensgemeinschaft geschaffenen Vertrauenstatbestand und eine mögliche vertragliche Bindung zwischen Lebensgefährten.

aa. Informationspflichten aus analoger Anwendung ehelicher Pflichten?

Die nichteheliche Lebensgemeinschaft ähnelt der ehelichen Lebensgemeinschaft schon definitionsgemäß (s. Seite 101). Maßstab ist dabei der gesetzliche Regelfall, über den Ehegatten zwar in vielerlei Hinsicht disponieren können, der zwischen Lebensgefährten jedoch weitgehend verwirklicht sein muss, weil eine klare Abgrenzung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft sonst nicht möglich wäre.⁴⁷¹ Daher entspricht der einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft zugrundeliegende Lebenssachverhalt stets jener Art der Gemeinschaft zweier Personen, von der das Gesetz ausgeht, dass sie im Rahmen einer Ehe vorhanden ist oder hergestellt werden soll. Diese Vergleichbarkeit nimmt die Rsp schon seit langem zum Anlass, Lebensgefährten in gewisser Hinsicht „gleich“⁴⁷² wie Ehegatten zu behandeln. So urteilt der OGH zumindest seit den 30er Jahren des letzten Jahrhunderts, dass zwischen Lebensgefährten geleistete Dienste im Allgemeinen unentgeltlichen Charakter haben.⁴⁷³ Ein anderes Beispiel ist das Ruhen des nachehelichen Unterhalts bei Eingehen einer Lebensgemeinschaft.⁴⁷⁴ In beiden Fällen ist die Eheähnlichkeit der Lebensgemeinschaft nicht nur Ausgangspunkt der zugrundeliegenden Überlegungen der Rsp,⁴⁷⁵ sondern auch das überzeugendste Argument für die von ihr erkannten

⁴⁷¹ Vgl. *Fischer-Czermak* in FS Kerschner, 347 ff; s. 3 Ob 237/ 11s (keine ne LG bei intensiven Kontakten ohne „Vermischung“ der beiden Haushalte und wirtschaftliche Verflechtung) u. 3 Ob 241/ 13g (zunächst keine ne LG bei jahrelanger „Wochenendbeziehung“, dann Zustandekommen der ne LG durch Zusammenziehen).

⁴⁷² In Wahrheit führt dies oft zu einer Schlechterstellung der Lebensgefährten, wenn eine im Kontext der Ehe sinnvolle (aber nachteilige) Wertung isoliert auf die Lebensgemeinschaft angewendet wird; vgl. auf diese Tendenz hinweisend *Meissel/ Preslmayr* in *Harrer/ Zitta*, Familie und Recht, 520.

⁴⁷³ Vgl. *Verschraegen*, ZfRV 1983, 121 f u. *Fischer-Czermak/ Beclin*, Nichteeliche Lebensgemeinschaften 72, jeweils mwN; s. allgemein RS0021746 u. RS0021709 mit Diensten beim Hausbau als Beispiel.

⁴⁷⁴ Vgl. im Detail *Fischer-Czermak/ Beclin*, Nichteeliche Lebensgemeinschaften 43 ff; s. allgemein RS0047108.

⁴⁷⁵ Vgl. (zur Entgeltlichkeit geleisteter Dienste) 3 Ob 258/ 54, wonach die ne LG „der Ehe nachgebildet“ ist u. 4 Ob 125/ 61, wonach „[d]ie Stellung der Lebensgefährtin [...] in mancher Hinsicht ähnlich der Stellung der Ehegattin [ist], so daß sich auch die Rechte und Pflichten der Lebensgefährtin mit jenen der Ehegattin vergleichen lassen“; sa bei *Verschraegen*, ZfRV 1983, 133; s. 1 Ob 17/ 54 zur Wertung, den nachehelichen Unterhalt bei Eingehen einer Lebensgemeinschaft nur ruhen (und nicht erlöschen) zu lassen: „Dem Unterschied zwischen einer Ehe und einer Lebensgemeinschaft wird dadurch vollkommen [sic!] Rechnung getragen [...]“; in 3 Ob 32/ 67 betont der OGH, dass das Ruhen des Unterhalts vom Vorliegen eines Zustands abhängt, „der dem typischen Fall des ehelichen Zusammenlebens entspricht“.

Rechtsfolgen, soweit nicht nur auf die stRsp verwiesen wird.⁴⁷⁶ Vor allem ist die andere wesentliche Grundlage, auf welche die Rsp die Anwendung dem Eherecht entnommener Wertungen auf Lebensgefährten stützt, nicht haltbar: Es handelt sich um die Überlegung, dass für Lebensgefährten keine vorteilhaftere Rechtslage als für Ehegatten gelten dürfe.⁴⁷⁷ Zunächst kann dem Gesetz ein solcher Grundsatz schlicht nicht entnommen werden. Des Weiteren ist es unvermeidlich, dass die hohe Regelungsdichte im Bereich der Ehe zu situationsabhängigen Vor- und Nachteilen der Ehe gegenüber der Lebensgemeinschaft führt. Schließlich existiert die angeblich drohende Besserstellung der Lebensgemeinschaft höchstens im Einzelfall, nicht aber in Hinblick auf das grundverschiedene Regelungsumfeld der Lebensgemeinschaft. So findet die Unentgeltlichkeit geleisteter Dienste in der Ehe (zB im Rahmen der Mitwirkung am gemeinsamen Hausbau) ihren Ausgleich in den Regeln zur Aufteilung des ehelichen Gebrauchsvermögens (§§ 81 ff EheG), die für Lebensgefährten aber nicht gelten. So führt die Anwendung der einen, nicht aber der anderen Regelung in Wahrheit zu einer systemischen Benachteiligung der Lebensgemeinschaft.⁴⁷⁸ Gleiches gilt für das Ruhen des nachehelichen Unterhalts, wenn die Lebensgemeinschaft keinen Versorgungscharakter hat. Die angesichts dieser Probleme von der Lehre am „Argument der Schlechterstellung“ geübte Kritik⁴⁷⁹ wurde von der Rsp ignoriert, wohl weil sie nicht ausdrücklich auf die analoge Anwendung eherechtlicher Wertungen zurückgreifen will.⁴⁸⁰ Da die Rsp zur stellenweisen „Gleichbehandlung“ der nichtehelichen Lebensgemeinschaft damit einer rechtlichen Grundlage entbehrt, wird sie von der eine Analogie ebenso ausschließenden Lehre zT konsequent abgelehnt.⁴⁸¹ ME wäre es sinnvoll und richtig, die von der Judikatur de facto ohnehin praktizierte analoge Anwendung eherechtlicher Wertungen auf die

⁴⁷⁶ Was seit den 60er Jahren der Regelfall ist – vgl die Nachweise bei Fn 475 – ein typisches Beispiel ist 5 Ob 174/ 09p.

⁴⁷⁷ So schon 3 Ob 258/ 54.

⁴⁷⁸ Vgl auch die Nachweise bei Fn 479.

⁴⁷⁹ S *Verschraegen*, ZfRV 1983, 133 (die Autorin spricht von rechtspolitischen Erwägungen zweifelhafter Überzeugungskraft), *Fischer-Czermak/ Beclin*, Nichteeliche Lebensgemeinschaften 50 u *Meissel*, EF-Z 2007, 213 mit Hinweis auf den Eingriff in die Privatautonomie durch die gezielte Benachteiligung von Personen, die keine Ehe eingehen wollen – genau dies hatte 1 Ob 17/ 54 (eine der aktuellsten Entscheidungen, die nicht nur auf die stRsp verweisen) scheinbar im Sinn: „Unterlassen es die Lebensgefährten, den tatsächlichen Zustand der Lebensgemeinschaft in den rechtlichen Zustand der Ehe umzuwandeln, so entspricht es dem Gebot der Billigkeit, daß sie für die Dauer dieses Zustandes die rechtlichen Folgen der unterlassenen Ausnützung der ihnen gegebenen Möglichkeit einer Eheschließung in Kauf nehmen“.

⁴⁸⁰ S 1 Ob 56/ 14p mit ausweichendem Verweis auf einen Kurzkomentar; tatsächlich schließt die Rsp eine analoge Anwendung des § 75 EheG ausdrücklich aus, vgl 3 Ob 76/ 95 u 10 Obs 244/ 98z.

⁴⁸¹ S *Verschraegen*, ZfRV 1983, 124 u 133 ff sowie *Fischer-Czermak/ Beclin*, Nichteeliche Lebensgemeinschaften 74 u 49 ff.

nichteheliche Lebensgemeinschaft zumindest punktuell zuzulassen. Schließlich sind die zugrundeliegenden Lebenssachverhalte in bestimmter Hinsicht tatsächlich vergleichbar und insoweit einer Analogie zugänglich,⁴⁸² weshalb die Rsp in den angeführten Beispielen – mag sie ohne Rückgriff auf eine Analogie auch dogmatisch fragwürdig sein – letztlich durchaus in die richtige Richtung weist. So wird das Ruhen bzw die Schmälerung des nachehelichen Unterhalts im Ergebnis auch von den sonst kritischen Literaturstimmen tendenziell gutgeheißen, wenn es den tatsächlichen Versorgungscharakter der Lebensgemeinschaft widerspiegelt.⁴⁸³

Eine analoge Anwendung eherechtlicher Wertungen auf Lebensgefährten kommt allerdings nur dort in Frage, wo eine entsprechende Gesetzeslücke vorliegt. Dies scheint von Lehre und Rsp aber eher verneint zu werden.⁴⁸⁴ Dahinter steht die Tatsache, dass die Existenz der nichtehelichen Lebensgemeinschaft dem Gesetzgeber bekannt war⁴⁸⁵ und er ihre Regelung zumindest früher bewusst unterlassen hat.⁴⁸⁶ Dieses bewusste Ignorieren der Lebensgemeinschaft durch das Gesetz war so verbreitet, dass das Napoleon zugeschriebene Zitat „Les concubins ignorent la loi, la loi ignore donc les concubins“ immer noch gebraucht wird, um in diesen Bereich des Familienrechts einzuführen.⁴⁸⁷ Noch 1983 kritisiert *Verschraegen*⁴⁸⁸ eine Haltung, die allein in der Ehe die „Kontinuität der Nation“ sieht, als „geradezu realitätsblind“ und wirft dem Gesetzgeber vor, „die gesellschaftliche Rolle der ne LG durch [...] Notstandsregelungen minimieren zu wollen“. Da dem Umkehrschluss im Zweifel der Vorrang vor der Analogie gebührt⁴⁸⁹ ist es insoweit naheliegend, die Analogiefähigkeit aller an das Bestehen einer Ehe anknüpfenden Bestimmungen

⁴⁸² IdS vor allem *Meissel*, EF-Z 2007, 210; vgl auch *Wilhelm*, *ecolex* 2003, 569, der iZm der vergleichbaren Befangenheit des Lebensgefährten von der Analogiefähigkeit des § 594 aF ABGB ausgeht; vgl zur Möglichkeit einer Analogie in jenen Bereichen, in denen das Gesetz auf „enge persönliche Beziehungen“ abstellt, *Grziwotz*, *Lebensgemeinschaft*⁴, § 5 Rn 14 f u *Wellenhofer* in *MüKoBGB*⁵, Anhang zu § 1302 Rn 1.

⁴⁸³ Vgl *Meissel*, EF-Z 2007, 215, *Gimpel-Hinteregger* in *Harrer/ Zitta*, *Familie und Recht*, 645 u *Fischer-Czermak/ Beclin*, *Nichteheliche Lebensgemeinschaften* 55 f.

⁴⁸⁴ S *Fischer-Czermak/ Beclin*, *Nichteheliche Lebensgemeinschaften* 62 u *Gimpel-Hinteregger* in *Harrer/ Zitta*, *Familie und Recht*, 644 f; s 7 Ob 64/ 03t; ausdrücklich aA *Wilhelm*, *ecolex* 2003, 569, wenn auch zu einer erbrechtlichen Bestimmung (§ 594 aF ABGB); oft wird auf die Frage des Bestehens einer Gesetzeslücke jedoch gar nicht eingegangen, wie bei *Kissich* in *Fenyves/ Kerschner/ Vonkilch*, *Klang*, § 44 Rz 11 u *Meissel/ Preslmayr* in *Harrer/ Zitta*, *Familie und Recht*, 518 f u 522.

⁴⁸⁵ S zur Überblicksweise zur Rechtsgeschichte der ne LG *Möschl*, *Lebensgemeinschaft*³ 2 ff.

⁴⁸⁶ So wurde sie zT bis in die 50er Jahre für sittenwidrig gehalten, vgl 1 Ob 17/ 54, worin der OGH von dieser Ansicht abgeht, mwN; in Deutschland hat der BGH vergleichbares erst 1970 getan, s *von der Tann*, in *Scholz/ Kleffmann/ Motzer*, *Familienrecht*²⁶, ne LG Rn 1.

⁴⁸⁷ Vgl idS etwa *Dutta/ Schwarz*, *Rabels Zeitschrift für internationales und ausländisches Privatrecht* 2005, 150.

⁴⁸⁸ *ZfRV* 1983, 87 f.

⁴⁸⁹ S *Kerschner/ Kehrer* in *Fenyves/ Kerschner/ Vonkilch*, *Klang*, §§ 6,7 Rz 43 f.

in Hinblick auf die nichteheliche Lebensgemeinschaft abzulehnen. Eine Gesetzeslücke kann jedoch auch nachträglich entstehen, wenn der historische Gesetzgeber einen mit der Zeit eingetretenen Wandel tatsächlicher Umstände nicht vorhergesehen hat.⁴⁹⁰ Im vorliegenden Fall ist eine solche Veränderung in der gesellschaftlich-sozialen Stellung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft eingetreten, die als Grundlage familiären Zusammenlebens heute gleichermaßen akzeptiert und anerkannt wird wie die Ehe.⁴⁹¹ Die moralischen Vorstellungen der Gesellschaft haben sich nach *von der Tann*⁴⁹² insoweit „mit einer Rasanz verändert, wie Jahrhunderte zuvor nicht“. Da es früher gerade keine der Ehe sittlich gleichwertig gegenüberstehende nichteheliche Lebensgemeinschaft gab, stellt diese einen nach wesentlichen Gesichtspunkten neuen (sozialen) Lebenssachverhalt dar. Es ist nicht anzunehmen, dass der historische Gesetzgeber diesen Wandel von der Sittenwidrigkeit zur Gleichwertigkeit vorhergesehen hat. Schließlich standen Angelegenheiten wie die Gleichstellung der Frau in der Ehe, das Schicksal des Züchtigungsrechts, die beginnende Liberalisierung des Scheidungsrechts und die Beseitigung der väterlichen Gewalt noch Ende der 70er Jahre im Zentrum des gesetzgeberischen Interesses.⁴⁹³ Dementsprechend weit war der öffentliche Diskurs davon entfernt, die nichteheliche Lebensgemeinschaft als gleichwertige Alternative zur Ehe zu begreifen. Damit kann die fehlende gesetzliche Berücksichtigung nichtehelicher Lebensgemeinschaften in jenen Fällen, in denen sie mit der ehelichen Lebensgemeinschaft vergleichbar sind, als nachträgliche Gesetzeslücke verstanden werden. Dass es solche Lücken auch im Rahmen des Familienrechts geben kann, hat schon *Czermak*⁴⁹⁴ in Hinblick auf die Rechtsstellung des Wahlkindes nachgewiesen.

In einem weiteren Schritt fragt sich, ob eine solche Lücke durch die fortgesetzte Untätigkeit des Gesetzgebers wieder „geschlossen“ werden kann. Schließlich ist vorstellbar, dass der Gesetzgeber die Anpassung einer im Zuge veränderter Umstände zunächst unvollständig gewordenen Norm

⁴⁹⁰ S. *Kerschner/ Kehler* in *Fenyves/ Kerschner/ Vonkilch*, Klang, §§ 6,7 Rz 112.

⁴⁹¹ Vgl. im 1. Teil/ 2. Abschnitt/ I; sa *Venger*, Rechtsverhältnisse ne LG, 31 ff.; vgl. *Sander*, DEuFamR 1999, 20 ff.

⁴⁹² In *Scholz/ Kleffmann/ Motzer*, Familienrecht²⁶, ne LG Rn 1.

⁴⁹³ Vgl. die mit den BGBl I 412/ 1975, 403/ 1977 u 280/ 1978 eingeführten Änderungen.

⁴⁹⁴ Erlöschen der Substitution nach § 617 ABGB in NZ 1986/ 1; dass die an dieser Stelle vertretene Auffassung richtig war, zeigt RV 688 BlgNR 25. GP 13 (Erläuterung zu § 617 ABGB idF ErbRÄG 2015), wonach die entsprechenden Änderungen (va Ersatz von „Nachkommen“ durch „Kinder“) „in erster Linie sprachlich bedingt“ sind und „[k]largestellt werden soll, dass [...] auch Adoptivkinder erfasst sein sollen“, was einer authentischen Auslegung zumindest sehr nahekommt.

bewusst unterlässt. Handelt es dabei um qualifiziertes Schweigen, muss die Existenz einer nachträglichen Lücke wohl ausgeschlossen werden. Dafür muss es aber besondere Anhaltspunkte geben; vor allem kann es nicht genügen, wenn der Gesetzgeber auf eine Änderung wesentlicher Umstände schlicht nicht reagiert, weil nachträgliche Lücken sonst gar nicht erst entstehen könnten.⁴⁹⁵ Aus demselben Grund kann man aus dem Umstand, dass der Gesetzgeber die Rsp zum Ruhen des nachehelichen Unterhalts in den letzten 70 Jahren nicht unterbunden hat, nicht auf seine stillschweigende Anerkennung der zugrundeliegenden Rechtsansichten schließen. Nun sind in Hinblick auf die gesetzliche Regelung nichtehelicher Lebensgemeinschaften mE keine besonderen Anhaltspunkte für ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers ersichtlich.⁴⁹⁶ So muss es grundsätzlich möglich sein, eherechtliche Bestimmungen analog auf die nichteheliche Lebensgemeinschaft anzuwenden. Voraussetzung ist allerdings, dass der von der jeweiligen Bestimmung ins Auge gefasste Lebenssachverhalt tatsächlich auch außerhalb einer Ehe verwirklicht sein kann:

Diese eingangs bereits erwähnte Vergleichbarkeit zwischen Ehe und Lebensgemeinschaft besteht nämlich nur dort, wo die jeweilige Regelung nicht „als Konsequenz des Ehekonsenses, bzw als Teil einer umfassend verstandenen gesetzlichen Balancierung des Rechtsinstituts Ehe [, sondern] als Konsequenz eines bestimmten Aspekts des faktischen Zusammenlebens zu deuten ist, wie er auch in einer eheähnlichen Lebensgemeinschaft vorkommen kann“.⁴⁹⁷ Dies trifft immer dann zu, wenn das Gesetz in erster Linie auf jene Situation abstellt, die durch das Eingehen einer familiären Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft entsteht. Keiner Analogie zugänglich wären hingegen Bestimmungen, die die eheliche Lebensgemeinschaft nach innen und außen hin rechtlich verankern und ihr damit diejenigen Merkmale hinzufügen, die für die Ehe als formalisierte familiäre Gruppe charakteristisch sind. Es handelt sich vor allem um die Regeln zur Begründung

⁴⁹⁵ Dh, dass das einfache Schweigen des Gesetzgebers unbeachtlich ist, vgl *Wilhelm*, *ecolex* 2003, 569.

⁴⁹⁶ Erkennbar sind höchstens gesetzgeberische Willensbildungsschwierigkeiten, vgl das Schicksal des Entwurfs zum FamRÄG 2006; aA wohl *Gitschthaler*, *AnwBl* 2012, 598 mit Hinweis auf die laufenden Änderungen des ABGB und des EheG sowie die Einführung des EPG; er führt jedoch nicht aus, inwieweit dies qualifiziert zum Ausdruck bringt, dass der Gesetzgeber die ne LG nicht regeln will; gerade der eben genannte Entwurf ist ein Beispiel dafür, dass Gesetze aus allen möglichen Gründen nicht zustande kommen; s außerdem *Gitschthaler*, *ibid*, 607, wo der Autor in einem bestimmten Fall doch auch die gegenteilige Ansicht für vertretbar hält.

⁴⁹⁷ So *Meissel*, *EF-Z* 2007, 210.

und Beendigung der Ehe, zur Publizität und zur umfassenden rechtlichen Bindung der Partner aneinander.

Nach alldem wäre etwa an eine entsprechende Anwendung der Wertungen der §§ 75 EheG sowie 97 ABGB zu denken: § 75 EheG, über das Erlöschen des nachehelichen Unterhaltsanspruchs bei Wiederverheiratung, stellt seinem Zweck nach auf das Eingehen einer Wirtschaftsgemeinschaft ab,⁴⁹⁸ während die durch das Zusammenziehen entstandene Angewiesenheit auf die gemeinsame Wohnung eine typische Folge der Begründung einer familiären Wohngemeinschaft und nicht vor allem einer Ehe ist.⁴⁹⁹ Mit größerer Vorsicht zu behandeln wäre die Frage, ob die finanzielle Situation bei Auflösung der Gemeinschaft jener in einer Ehe gleicht: So behandeln die Bestimmungen zur Aufteilung des ehelichen Gebrauchsvermögens (§§ 81 ff EheG) im Grunde Probleme, die bei Auflösung einer Wirtschaftsgemeinschaft entstehen.⁵⁰⁰ Auch überzeugt die Annahme, dass Leistungen im Rahmen der nichtehelichen Lebensgemeinschaft „in der Regel [...] unentgeltlich“ erbracht werden,⁵⁰¹ erst angesichts einer vergleichbaren Möglichkeit, die durch das gemeinsame Wirtschaften geschaffenen Verhältnisse nach Billigkeit zu bereinigen. Dabei ist nicht zuletzt an Fälle wie die Kindererziehung zu denken, in denen andere in Frage kommende Lösungen mitunter zu keinem befriedigenden Ergebnis führen.⁵⁰² Auch wenn diese Beispiele im Einzelnen näher untersucht werden müssten, lassen sie erkennen, unter welchen Umständen Analogien zum Eherecht denkbar wären.

Familiäre Informationspflichten könnten sich insoweit aus solchen Analogien ergeben, als dies bei Berücksichtigung des Zwecks der analog zur Anwendung gebrachten Bestimmung notwendig scheint. So kann eine Aufklärung über den geänderten Zugangscode zu einer Wohnung bei entsprechender Anwendung der Wertungen des § 97 ABGB nötig sein, um sicherzustellen, dass sie der auf sie angewiesene Lebensgefährte nicht überraschend verliert, sondern etwa über eine

⁴⁹⁸ Vgl die Nachweise bei Fn 483.

⁴⁹⁹ Vgl mit ähnlichen Überlegungen für eine analoge Anwendung des § 97 ABGB im Eltern-Kind Verhältnis *Binder* in *Harrer/ Zitta*, Familie und Recht, 68.

⁵⁰⁰ Ähnlichen Überlegungen folgend ist die dt Rsp dazu übergegangen, Abwicklungsansprüche zwischen ne LG nach den Regeln des Wegfalls der Geschäftsgrundlage und der ungerechtfertigten Bereicherung wegen Zweckverfehlung zuzulassen, s die Entscheidung zu 179/ 05 des XII. Zivilsenats, Rn 27 u 32 f, ua veröffentlicht in BGHZ 177/ 193 – im Ergebnis also freilich keine Analogie, sondern Wegfall der Unentgeltlichkeit von Leistungen zwischen ne LG.

⁵⁰¹ S 5 Ob 174/ 09p.

⁵⁰² Vgl *Fischer-Czermak/ Beclin*, Nichteheleche Lebensgemeinschaften 92 f zu den Möglichkeiten der Annahme einer GesBR, dem Widerruf von Schenkungen oder die Berufung auf § 1435 pa.

angemessene Frist zur Suche nach einer neuen Unterkunft verfügt (so würde auch die jederzeitige Auflösbarkeit der ne LG gewahrt). Soweit es Informationen über das eigene Erbgut im Rahmen des beabsichtigten Großziehens von Nachkommen betrifft, gestaltet sich die Suche nach einer analogiefähigen Bestimmung des Eherechts jedoch als unergiebig. Die insoweit interessanten ehelichen Beistandspflichten sind in ihrer Allgemeinheit nämlich gerade keine Konsequenz der faktischen Begründung einer (ehelichen) Lebensgemeinschaft, sondern – wie auch das (zwingende) Unterhaltsrecht – eine Ausprägung der umfassenden rechtlichen Bindung zwischen Ehegatten.

bb. Im Vertrauensschutz begründete Informationspflichten

Treten zwei Personen derart miteinander in (rechtsgeschäftsähnliche) Beziehung, dass sie im (berechtigten) Vertrauen auf das Verhalten des jeweils anderen auf eine Art und Weise tätig werden, die sie sonst unterlassen würden,⁵⁰³ müssen sie sich den so geschaffenen Vertrauenstatbestand zurechnen lassen.⁵⁰⁴ Zweck und Rechtfertigung des so begründeten Vertrauensschutzes ist die Besicherung der für die Funktion des rechtsgeschäftlichen Verkehrs nötigen Vermutung, der andere werde sich loyal verhalten.⁵⁰⁵ Führt das illoyale Verhalten eines Beteiligten daher zu einer (adäquaten) Verletzung der rechtlich geschützten Interessen des anderen, muss er nach vertraglichen Grundsätzen dafür einstehen. Dabei ist nicht nur an vermögensrechtliche, sondern, unter anderem, auch an gesundheitliche Interessen zu denken.⁵⁰⁶ Als Konsequenz des venire contra factum proprium⁵⁰⁷ sind grundsätzlich sowohl die Haftung auf

⁵⁰³ Oder etwas unterlassen, was sie sonst getan hätten, etwa das Eingehen eines Dienstverhältnisses, s RS0023716.

⁵⁰⁴ Unter die so verstandene „Vertrauenshaftung“ als Überbegriff lassen sich verschiedene Rechtsfiguren einordnen; vgl *Bucher in Forstmoser* (hrsg), Richterliche Rechtsfortbildung in Theorie und Praxis, 231; zu denken ist etwa an die „culpa in contrahendo“ (Verschulden bei Vertragsschluss) und die „Rechtsscheinhaftung“ (Anscheins- bzw Duldungsvollmacht) sowie jene Fälle, die zur (nicht mehr vertretenen) Lehre der „faktischen Vertragsverhältnisse“ Anlass gegeben haben (und die heute als konkludente Vereinbarung oder Anwendungsfall der cic gelöst werden); vgl zu letzteren Fällen *Stefula*, ÖJZ 2002, 14; s die umfassende Liste an Fällen, die *Sutschet*, BeckOK BGB³⁶, § 242 Rn 110 ff unter dem Titel „Vertrauensbegründendes Verhalten“ behandelt.

⁵⁰⁵ Vgl *Loser in Jung* (hrsg), Tagungsband Recht Aktuell 2006 – Aktuelle Entwicklungen im Haftpflichtrecht, Rz 10 u *Kozioł*, JBl 1994, 212.

⁵⁰⁶ S *Bydlinski*, System 210 Fn 213a mit Hinweis auf eine Gruppe Bergsteiger.

⁵⁰⁷ Vgl D 1 7 25 Ulp: Vater, der seine Tochter als gewaltfreie Familienmutter hat leben lassen, kann sich (nach deren Tod) nicht darauf berufen, dass er sie nicht den Rechtsvorschriften gemäß aus der Gewalt entlassen habe; näher an der cic ist D 18 1 62 1 Modestin: Ersatz des Interesses, nicht getäuscht worden zu sein, wenn jemand ohne es zu wissen den Göttern geweihten Grund als privaten kauft (und der Vertrag daher unwirksam ist).

das Vertrauens- wie auch auf das Erfüllungsinteresse denkbar.⁵⁰⁸ Ersteres muss nach schadenersatzrechtlichen Grundsätzen der Regelfall sein.⁵⁰⁹ Zweiteres ist jedoch möglich, wenn das ursprüngliche Verhalten aufgrund besonderer rechtlicher Wertungen zu einer echten Leistungspflicht führt.⁵¹⁰ Vorvertragliche Aufklärungspflichten sind eine klassische Spielart des Vertrauensschutzes, sodass dessen Behandlung auch iZm der Untersuchung familiärer Gruppen sinnvoll scheint, wenn sie Parallelen zu einer vorvertraglichen Rechtsbeziehung aufweisen. Dies ist bei der nichtehelichen Lebensgemeinschaft der Fall:

Zwar kann die Begründung einer umfassenden Lebensgemeinschaft (im Gegensatz zur Regelung einzelner Aspekte des Zusammenlebens) nicht Gegenstand eines rechtsgültigen Vertrags sein, weil damit die eherechtlichen Formvorschriften umgangen und gegen den Typenzwang im Familienrecht verstoßen würde.⁵¹¹ Andererseits ist klar, dass eine eheähnliche Gemeinschaft nur zustande kommen kann, wenn die Lebensgefährten in einem Ausmaß gemeinsam vorgehen, das über eine „Gefälligkeitsabrede“ oder einen „konturlosen“ sozialen Kontakt weit hinausgeht.⁵¹² Wie auch sonst könnten Lebensgefährten eine auf Dauer angelegte Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft begründen? Tatsächlich ist der objektive Erklärungswert des Eingehens einer solchen Gemeinschaft so eindeutig, dass es nicht abwägend schiene, alleine daraus vertragliche Konsequenzen zu ziehen, wenn nicht die eben angeführten Hindernisse und die Wahrung der Privatautonomie dagegen sprächen. Die Bedeutung letzterer darf nicht unterschätzt werden: Gerade Lebensgefährten muss es unbenommen bleiben, ihre faktische Gemeinschaft auch in jenen Bereichen, in denen dies zulässig wäre, keiner rechtlichen Regelung zuzuführen.⁵¹³

⁵⁰⁸ Vgl. *Kozioł* in FS Iro, 81.

⁵⁰⁹ In Abwesenheit rechtsgeschäftlicher Bindung kann demjenigen, der den Vertrauenstatbestand zu vertreten hat, sein späteres widersprüchliches Verhalten an sich nicht vorgeworfen werden – maW hat er nur für das durch sein ursprüngliches Verhalten begründete Vertrauen, nicht aber sein späteres (grundsätzlich rechtmäßiges) abweichendes Verhalten einzustehen; daraus erhellt auch der vertragsrechtliche Charakter der Vertrauenshaftung: für eine alleine im Deliktsrecht begründete Haftung fehlt die nötige Rechtswidrigkeit, denn auch das vertrauensbegründende Verhalten ist an sich rechtmäßig, dh sozialadäquat; vgl. *Welser*, ÖJZ 1973, 286 f.

⁵¹⁰ Etwa im Fall der Anscheinsvollmacht und der Verbindlichkeit von Gewinnzusagen nach § 5c KSchG; *Riss*, JBl 2007, 164 ff führt die Haftung des Veräußerers für öffentliche Aussagen Dritter (Werbung) auf die Vertrauenshaftung zurück.

⁵¹¹ S. *Fischer-Czermak/Beclin*, Nichteeliche Lebensgemeinschaften 63.

⁵¹² Vgl. *Bydlinski*, System 210 f zur Abgrenzung zwischen schuldrechtlich relevanten Sonderverbindungen und bloß deliktsrechtlich zu beurteilendem Kontakt zwischen Fremden.

⁵¹³ Diesen Aspekt hebt *va Meissel*, EF-Z 2007, 214 mit Nachdruck hervor.

So wird das schlüssige Zustandekommens einer GesBR zwischen Ehegatten und Lebensgefährten zu Recht strenger beurteilt als zwischen Geschäftspartnern.⁵¹⁴

Selbst wenn sich Lebensgefährten in keiner Weise rechtlich binden wollen, kann es jedoch sein, dass das Vertrauen, das sie ihrer Gemeinschaft notwendig entgegenbringen rechtlichen Schutz genießt. Voraussetzung dafür ist nach den vertrauensschutzrechtlichen Grundsätzen (s Seite 112) die privatautonome Herstellung einer Sonderbeziehung, in der die Beteiligten im Vertrauen auf die Loyalität des anderen disponieren müssen. Damit in Zusammenhang steht die Überlegung, dass Personen, die einander ihre Sphäre öffnen und dadurch ein erhöhtes Risiko für die Interessen des jeweils anderen schaffen, insoweit auch eine besondere Verantwortung tragen.⁵¹⁵ Nun führt die Begründung einer familiären Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft nicht bloß zur Annäherung, sondern auch einem Ineinandergreifen der Sphären der Lebensgefährten. Dadurch entsteht eine Situation, in der die Lebensgefährten – ungeachtet der jederzeitigen Lösbarkeit ihrer Gemeinschaft – regelmäßig im Vertrauen darauf disponieren müssen, dass der andere beabsichtigt die Gemeinschaft in ihrer vereinbarten Form fortzuführen. Wie sonst könnten sie zukunftsbezogene Aufwendungen oder das Zusammenlegen ihrer Wohnsitze rechtfertigen? In Wahrheit gäbe es keine eheähnlichen Lebensgemeinschaften, sondern bloß ephemere Bekanntschaften ohne jede familiäre Funktion, würden die Lebensgefährten tatsächlich jeden Moment mit dem Scheitern ihrer Gemeinschaft rechnen. Vielmehr ist davon auszugehen, dass Personen, die eine eheähnliche Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft eingehen und eventuell auch Nachkommen großziehen wollen, dies in der Erwartung tun, dass die Gemeinschaft in der von ihnen übereingekommenen Form über eine gewisse Beständigkeit verfügt. Dabei darf nicht übersehen werden, dass faktische soziale Gruppen nur insoweit als nichteheleiche Lebensgemeinschaften von rechtlicher Bedeutung sind, als sie auch auf Dauer angelegt sind, ein Umstand, der den Lebensgefährten wohl bekannt sein muss. So wissen sie zwar um die

⁵¹⁴ Es wird ein über den üblichen Rahmen einer Lebensgemeinschaft hinausgehender Zweck und eine Organisationsabsprache mit klar abgegrenztem Aufgabenbereich verlangt, s jüngst 8 Ob 42/ 14f, vgl *Fischer-Czermak/Beclin*, Nichteheleiche Lebensgemeinschaften 84; hingegen wird im rein geschäftlichen Bereich in der Lehre zT nicht einmal eine lose Organisation verlangt: zwingender Inhalt des Gesellschaftsvertrags ist hier nur die Vergemeinschaftung von Sachen bzw Mühlen zur Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks, vgl *Riedler* in KBB⁵, § 1175 Rz 2; auch nach der Rsp muss nur „eine - wenn auch lose - Gemeinschaftsorganisation vereinbart sein, die jedem Partner gewisse Einwirkungs- oder Mitwirkungsrechte gibt“, s 2 Ob 197/ 98d (Gemeinsamer Ankauf von Gemälden).

⁵¹⁵ S *Kozioł*, JBl 1994, 212.

jederzeitige Lösbarkeit ihrer Gemeinschaft, streben aber erkennbar ihren Fortbestand an und erwarten und vertrauen darauf, dass dies auch der Absicht des jeweils anderen entspricht. Damit stellt die nichteheliche Lebensgemeinschaft gerade jene Art der Sonderbeziehung dar, deren rechtsgeschäftsähnliche Abhängigkeit der Beteiligten voneinander einen höheren Sorgfaltsmaßstab rechtfertigt.⁵¹⁶ Hinzu kommt, dass die hohe Bedeutung funktionstüchtiger Familien für die Gesellschaft (vgl. Seite 8), ein klares Bedürfnis schafft, auch familiäre Vertrauenstatbestände zu schützen. Dieses Bedürfnis ist eine familienrechtliche Ausprägung des für die Rechtfertigung des Vertrauensschutzes zentralen Erfordernisses,⁵¹⁷ eben jenes Vertrauen zu untermauern, das notwendig ist, um die Funktion des Geschäftsverkehrs zu gewährleisten.

Begründet die nichteheliche Lebensgemeinschaft demnach einen auf die künftige Entwicklung der Gemeinschaft (in ihrer von den Lebensgefährten übereingekommenen Form) bezogenen Vertrauenstatbestand, können sich daraus auch Aufklärungspflichten über das Erbgut iZm der geplanten Zeugung von Kindern ergeben. In Ermangelung entsprechender Anhaltspunkte müssen Lebensgefährten (anders als Verlobte) nicht im Zweifel davon ausgehen, dass der jeweils andere (gemeinsame) Kinder bekommen möchte. Daher kann erst dann ein schutzwürdiges Vertrauen entstehen, wenn einer der (künftigen) Lebensgefährten entsprechende Absichten zu erkennen gibt. Ist dies der Fall, dürfen Lebensgefährten mE darauf vertrauen, dass sie der jeweils andere zu diesem Zeitpunkt über alle ihm bekannten Umstände aufklärt, die für ein solches Vorhaben von wesentlicher Bedeutung sind. In Hinblick auf die Zusammensetzung des Erbguts der Lebensgefährten, bzw ihre Zeugungsfähigkeit, ist dabei an die oben (auf Seite 90 f) angeführten Beispiele zu denken.

⁵¹⁶ Diese Ansicht vertritt auch *Meissel*, EF-Z 2008, 13; auch *Bydlinski*, System 393 hält es offenbar für möglich, dass das „etwaige Vertrauen“ zwischen Lebensgefährten „als Grundlage einer Haftung auf das Vertrauensinteresse rechtlich relevant werden“ kann; *Gitschthaler*, AnwBl 2012, 607 hält die von *Meissel*, aaO, vertretene Ansicht für „argumentierbar“, bezieht sich dabei aber ausschließlich auf die Frage einer Unterhaltspflicht in einer Situation, in der einer der Lebensgefährten seine Erwerbstätigkeit und –fähigkeit bewusst eingeschränkt hat um ein gemeinsames Kind zu sozialisieren und bezieht sich dabei gleichermaßen auf eine analoge Anwendung der Wertungen des § 68a EheG.

⁵¹⁷ S. *Kozioł*, JBl 1994, 212 u. *Loser* in *Jung* (Hrsg.), Tagungsband Recht Aktuell 2006 – Aktuelle Entwicklungen im Haftpflichtrecht, Rz 10.

cc. Informationspflichten aus einem „Partnerschaftsvertrag“?

Manche Aspekte des Zusammenlebens zweier Personen sind einer vertraglichen Regelung auch außerhalb einer Ehe zugänglich, man denke vor allem an Unterhaltsvereinbarungen und andere Regelungen im Vermögensbereich.⁵¹⁸ Insoweit ist das Bestehen entsprechender vertraglicher Aufklärungspflichten unproblematisch. Bindende Vereinbarungen im Umfeld des Vorhabens, Kinder zu zeugen, sind hingegen oft sittenwidrig (vgl. Seiten 21 u. 91). Dies betrifft etwa Verträge über das Zeugen von Kindern, den Gebrauch von Verhütungsmitteln und den Beischlaf. Diese Sittenwidrigkeit bestimmter Vereinbarungen im „höchstpersönlichen“ Bereich lässt sich auf die Verletzung von Grundrechten zurückführen, den Verstoß gegen „Freiheitsprinzip und Persönlichkeitsschutz“.⁵¹⁹ Gibt es jedoch keine Anhaltspunkte für eine solche Unwirksamkeit, sollte die Verbindlichkeit von Vereinbarungen zwischen Lebensgefährten nicht vorschnell verworfen werden.⁵²⁰ Ein Beispiel wären etwa Übereinkommen zur Arbeitsteilung im Rahmen der Pflege und Erziehung von Nachkommen, insbesondere wenn damit eine Verminderung oder Aussetzung der Berufstätigkeit einer oder beider Lebensgefährten verbunden sein soll. Entsprechende Verträge greifen nicht schon grundsätzlich derart in die persönliche Freiheit ein, dass sie im Allgemeinen als sittenwidrig gelten müssen.⁵²¹ Sie können daher – einen entsprechenden Rechtsfolgwillen vorausgesetzt – durchaus die Rechtslage zwischen den Beteiligten gestalten, wobei die gerichtliche Durchsetzbarkeit solcher Vereinbarungen den im Familienrecht geltenden Einschränkungen unterliegen müsste (vgl. Seite 134 ff.). Mit einem solchen Vertrag über die Betreuung von Nachkommen (bzw. die Finanzierung derselben) können auch Aufklärungspflichten als (unselbstständige) vertragliche Nebenpflichten einhergehen. Darunter würden Informationen über die Zeugungsfähigkeit nicht fallen, weil das Vorhandensein von Nachkommen (aufschiebende) Bedingung der Wirksamkeit einer Vereinbarung über ihre Erziehung sein muss (eine schuldrechtliche Verpflichtung zur Zeugung von Nachkommen wäre sittenwidrig – dazu Seite 91 f.). Veränderungen des Erbguts, die mit einem Risiko einhergehen, dass einer der Lebensgefährten seinen Teil des Übereinkommens (wegen Krankheit oder Tod) nicht erfüllen wird können, kämen hingegen als Gegenstand einer solchen Aufklärungspflicht

⁵¹⁸ S. Fischer-Czermak/ Beclin, *Nichteheliche Lebensgemeinschaften* 63 f.

⁵¹⁹ S. Bydlinski, *System* 391.

⁵²⁰ So wohl auch Migsch in Floretta, *Das neue Ehe- und Kindschaftsrecht*, 21 f.

⁵²¹ S. zu ungebührlich langfristigen Verträgen Fischer-Czermak/ Beclin, *Nichteheliche Lebensgemeinschaften* 63.

infrage. Gleiches muss dann auch für das (stark) erhöhte Risiko gelten, ein Kind mit besonderem Betreuungsaufwand zu zeugen. Von der Frage des Bestehens solcher Pflichten ist jene nach den Folgen ihrer Verletzung zu unterscheiden (dazu im 3. Teil).

6. In einer auf den Kinderwunsch beschränkten faktischen Gemeinschaft

Das Interesse an der Zeugung (gesunder) Kinder kann auch unabhängig von der Existenz einer Ehe, eingetragenen Partnerschaft, nichtehelichen Lebensgemeinschaft oder Verlobung bestehen. Zu denken wäre etwa an die „informelle Samenspende“, bei der zwei Personen ein Kind in der Absicht zeugen, es nach der Geburt nur einem der beiden (und dessen Partner) zur Pflege und Erziehung zu überlassen.⁵²² Auch, wenn derartige Vereinbarungen keine rechtliche Bindungswirkung auslösen können,⁵²³ müssen sie darum noch nicht sittenwidrig sein. Man könnte sie etwa so verstehen, dass die Eltern in spe übereinkommen, wer sich nach der möglichen Geburt eines Kindes faktisch um dieses kümmern soll. Dies dürfte auch regelmäßig dem Parteiwillen entsprechen – was wollte eine mit den rechtlich geschützten Werten verbundene Person auch sonst vereinbaren? Allerdings begründet die bloße Entscheidung, in Zukunft ein Kind zeugen zu wollen – bevor dies tatsächlich geschehen ist – noch kein familienrechtliches Verhältnis: In Abwesenheit eines Formalakts wie der Eheschließung ist die nichteheliche Lebensgemeinschaft die „Untergrenze“ familienrechtlicher Beachtlichkeit faktischer sozialer Gruppen (s Seite 101). Es könnte jedoch ein schuldrechtlich bedeutsames Vertrauensverhältnis entstehen:

Wenn zwei Personen beabsichtigen ein Kind zu zeugen, eröffnen sie einander Einflussnahmemöglichkeiten in einem besonders sensiblen Lebensbereich. An dieser Tatsache ändert sich nichts, wenn solche Personen ansonsten keinerlei Bezug zueinander haben. Auch in so einem Fall müssen sie in Ausführung ihres Vorhabens im Vertrauen darauf handeln, dass sich der Andere loyal verhalten hat. Soweit sich ihr Vorhaben tatsächlich auf die Zeugung eines Kindes beschränkt, kann ein solches Vertrauen nur darauf gerichtet sein, dass der Andere keine Umstände verschwiegen hat, die für die Einschätzung des mit der Zeugung eines gemeinsamen

⁵²² Dass es sich dabei um nicht bloß theoretische Sachverhalte handelt, ist durch entsprechende Kontaktbörsen, vgl. www.spermaspender.de, und spezialisierte Internethändler, vgl. www.insemination.de/onlineshop, zumindest indiziert.

⁵²³ Vgl. *Schwimann/ Ferrari* in *Schwimann/ Kodek*, I⁴, § 44 Rz 13 u. *Fischer-Czermak/ Beclin*, Nichteheliche Lebensgemeinschaften 63, jeweils in Bezug auf Partnerschaftsverträge.

Kindes an sich verbundenen Risiken relevant sind. Dazu zählen jedenfalls auch genetische Veränderungen des Erbguts, die die Zeugung gesunder Kinder gefährden (oder gar ausschließen). Schließlich ist die Geburt eines kranken oder schwer kranken Kindes nicht selten mit wesentlichen psychischen und finanziellen Belastungen verbunden. Tatsächlich müssen mögliche Eltern darauf vertrauen, von all jenen Umständen zu erfahren, die für die Einschätzung der Folgen einer möglichen rechtliche Elternschaft (s. Seite 83 ff.) von Bedeutung sind, weil sie das Entstehen der damit verbundenen Sonderbeziehung gegen den Willen des Kindes nicht auf Dauer verhindern können (vgl. §§ 148 u. 150 ABGB). Darüber hinaus kann auch eine rein biologische Vaterschaft unterhaltsrechtliche Folgen nach sich ziehen, weil ihre Inzidentfeststellung mit auf das Unterhaltsregressverfahren beschränkter Wirkung unabhängig von den statusrechtlichen Bestimmungen zur Abstammung des Vaters (§§ 144-154 ABGB) möglich ist.⁵²⁴ Alles in allem kann iZm der geplanten Zeugung eines Kindes auch außerhalb einer familiären Gruppe vom Bestehen einer vertrauensschutzrechtlich relevanten Sonderbeziehung ausgegangen werden. Diese Art von Vertrauenstatbestand in einem familiennahen Bereich wäre nicht einzigartig: Auch die Vereinbarung, in Zukunft zu heiraten, löst keine Bindungswirkung, wohl aber vertrauensschutzrechtliche Folgen aus (vgl. §§ 46 u. 1247 ABGB, sowie § 37 EheG). Dieser Auffassung könnte man entgegenhalten, dass eine nicht bindende Vereinbarung über die Erziehung möglicher künftiger Kinder eine vergleichsweise schmale Basis für ein rechtsgeschäftsähnliches Vertrauensverhältnis darstellt. Allerdings können die besonders weitreichenden Folgen der Geburt eines Kindes schon ab der Zeugung nur noch bedingt unterbunden werden, was mE einen höheren Sorgfaltsmaßstab nahelegt. Alternativ kämen im Persönlichkeitsschutz begründete Aufklärungspflichten in Betracht:

Wer seine Bereitschaft zu erkennen gibt, ein Kind zu zeugen, erweckt nicht nur den Eindruck, dass damit kein ungewöhnliches, in seiner Person begründetes Risiko verbunden ist. Er lässt dadurch auch eine Situation entstehen, in der er regelmäßig alleine in der Lage ist, den anderen über solche Risiken aufzuklären, wenn er sie zunächst verschwiegen hat oder selbst erst später von ihnen erfahren hat. Das Zustandekommen entsprechender Situationen ist den Beteiligten offenbar zurechenbar. Besteht nun das Risiko, eine nachteilige genetische Veränderung an ein

⁵²⁴ S. die ausführliche Behandlung dieser Rechtsfrage bei 7 Ob 60/15x.

mögliches Kind weiterzugeben, fragt sich, ob die Offenlegung dieses Risikos zur Wahrung der Persönlichkeitsrechte des anderen erforderlich ist. Dies scheint zunächst nicht der Fall zu sein: Die Würde des Menschen insgesamt sowie die körperliche Unversehrtheit, Ehre und Privatsphäre eines möglichen Elternteils werden durch das Risiko der Geburt eines kranken Kindes nicht beeinträchtigt, wenn man in Einklang mit gesetzlichen Grundwertungen berücksichtigt, dass das Leben eines kranken Kindes nicht anders als das eines gesunden Kindes zu bewerten ist (vgl. Seite 90). Dieses Ergebnis könnte anders ausfallen, wenn man die mit der Geburt eines kranken Kindes verbundenen nicht-finanziellen Einschränkungen als Eingriff in die Selbstbestimmtheit der Lebensführung⁵²⁵ der Eltern bewertete. Dies hätte jedoch die Anerkennung eines durch die Geburt eines kranken Kindes entstandenen immateriellen Schadens zur Folge, was gerade in Widerspruch zur grundrechtlichen Gleichwertigkeit kranker und gesunder Kinder steht und daher abzulehnen ist.

Insgesamt kommen Aufklärungspflichten in einer auf den Kinderwunsch beschränkten faktischen Gemeinschaft daher nur in Betracht, wenn diese vertrauensschutzrechtliche Folgen auslöst. Angesichts der weitreichenden Folgen der von einer solchen Gemeinschaft angestrebten Geburt eines Kindes und der sich daraus ergebenden Sonderbeziehung der Eltern, ist dies mE letztlich zu bejahen.

2. Kapitel – Die erweiterte Familie

Während das Familienrecht hauptsächlich die Kernfamilie im Auge hat, können auch weiter entfernte Verwandte – vor allem Großeltern und Enkel – von wesentlicher sozialer bzw. gesellschaftlicher Bedeutung sein (vgl. Seite 4 ff).

I. Verwandte in gerader Linie außer Eltern und Kinder

In gerader Linie miteinander verwandte Personen fallen unabhängig vom Grad ihrer Verwandtschaft unter den abstammungsrechtlichen Familienbegriff und können damit der Familie im Rechtssinn zugeordnet werden (vgl. § 40 ABGB). Unter den sozialen Familienbegriff fallen sie – abgesehen von den bereits behandelten Eltern und Kindern iS – wohl nicht ohne

⁵²⁵ Vgl. zu deren persönlichkeitsrechtlicher Bedeutung *Meissel in Fenyves/ Kerschner/ Vonkilch*, Klang, § 16 Rz 49 u. 88.

weiteres: Schon das Verhältnis zwischen Eltern und ihren erwachsenen Kindern stellt uU, etwa wenn sie nicht (mehr) zusammenleben und die Kinder bereits eine eigene Familie gegründet haben, keine de-facto Familie iSv Art 8 Abs 1 EMRK mehr dar.⁵²⁶ Damit auch entferntere Verwandte – wie Großeltern und Enkel – unter das soziale Verständnis der Familie fallen, müssen daher regelmäßig über die übliche gefühlsmäßige Bindung hinausgehende Umstände auf das Bestehen eines familiären Nahe- bzw Abhängigkeitsverhältnisses hindeuten (dazu Seite 9 f). Für die Frage, inwieweit das Familienrecht in gerader Linie Verwandte tatsächlich als Familie regelt, ist es sinnvoll, zwischen Großeltern und Enkeln und weiter entfernten Verwandten zu unterscheiden.

A. Großeltern und Enkel

Die aus Großeltern und Enkeln zusammengesetzte Gruppe wird im Familienrecht nicht nur an verschiedener Stelle berücksichtigt,⁵²⁷ sondern auch inhaltlich geregelt. Vor allem bestehen zwischen Großeltern und Enkeln (subsidiäre) Unterhaltspflichten.⁵²⁸ Nimmt man an, dass § 137 Abs 1 ABGB auch auf Großeltern und Enkel anwendbar ist, bestehen zwischen ihnen auch die dort vorgesehenen allgemeinen Beistandspflichten. Die schon weiter oben zu Geschwistern vorgebrachten Argumente⁵²⁹ lassen sich auch hier sinngemäß ins Treffen führen, wobei solche Pflichten auch im Großeltern-Enkel Verhältnis weniger weit reichen als jene zwischen Eltern und Kindern bzw diesen gegenüber subsidiär sind. Im Gegensatz zu Geschwistern entspricht die Anwendbarkeit des § 137 Abs 1 ABGB auf Großeltern und Enkel wohl auch der hM, weil § 42 ABGB ein entsprechendes Verständnis der Begriffe „Eltern“ und „Kinder“ nahelegt.⁵³⁰ Damit sind Großeltern und Enkel auch aus rechtlicher Sicht eine Familie, wobei ihre vergleichsweise prominente Berücksichtigung durch das Familienrecht durchaus ihre praktische Bedeutung widerspiegelt: So sind in Westeuropa 40-65 % der Großeltern über 50 mit Enkeln unter 16 an der

⁵²⁶ S Meyer-Ladewig, EMRK³, Artikel 8 Rn 52.

⁵²⁷ S etwa §§ 178 Abs 1, 185 Abs 2 u 204 ABGB zur Obsorge, wenn die Eltern sie nicht ausüben können; s § 188 Abs 1 ABGB zum Kontaktrecht zwischen Großeltern und Enkeln.

⁵²⁸ S §§ 232, 234 u 1220 ABGB.

⁵²⁹ S Seite 75 ff; vgl Stefula, ÖJZ 2005/ 35.

⁵³⁰ Vgl Stefula, ÖJZ 2005/ 35, Hopf in KBB⁵, § 137 Rz 2 u Barth in Fenyves/ Kerschner/ Vonkilch, Klang, § 137 Rz 8; von anderen Autoren wird zur Frage des Anwendungsbereichs dieser Bestimmung (wohl wegen ihrer geringen praktischen Bedeutung) zT nur eingeschränkt Stellung bezogen und va nicht auf ihre Anwendbarkeit auf Großeltern und Enkel eingegangen.

Betreuung letzterer beteiligt,⁵³¹ während selbst in der Schweiz als einer jener Staaten, in denen Großeltern am wenigsten in die Sozialisation ihrer Enkel eingebunden sind,⁵³² 62 % der offen befragten 12-16-jährigen Enkel angaben, dass ihre Beziehung zu den Großeltern durch affektive Nähe gekennzeichnet ist.⁵³³

Zwischen Großeltern und Enkeln können Informationen über das Erbgut von ähnlicher Bedeutung sein wie zwischen Eltern und Kindern (vgl. Seite 38 f), auch wenn die Häufigkeit solcher Fälle aufgrund des größeren Altersunterschieds deutlich geringer sein dürfte. Dabei ist vor allem auch an Situationen zu denken, in denen eine genetische Veränderung womöglich nicht in der Eltern-, wohl aber der Enkelgeneration nachteilige Auswirkungen nach sich ziehen kann. Neben Veränderungen, für die der autosomal-rezessive Erbgang relevant ist, trifft dies auch auf Krankheitsbilder zu, die nur zum Ausbruch kommen, wenn die zugrundeliegende Veränderung von einem Vater oder einer Mutter weitergegeben wurde (parent-of-origin effect).⁵³⁴ In beiden dieser Fälle ist zunächst an familiäre Informationspflichten der Großeltern gegenüber den Eltern zu denken (dazu Seite 50 ff), die dann wiederum ihren Kindern (den Enkeln) verpflichtet wären. Können oder wollen die Eltern ihre Verantwortung gegenüber ihren Kindern jedoch nicht wahrnehmen, fragt sich, ob Großeltern ihren Enkeln auch unmittelbar zur Aufklärung verpflichtet sein können. Als Rechtsgrundlage kommen dabei vor allem allgemeine Beistandspflichten infrage. Nach den zu im 1. Grad miteinander verwandten Eltern und Kindern im Rechtssinn angestellten Überlegungen (vgl. Seite 50 ff) müsste die insoweit ausschlaggebende Abwägung zwischen dem Geheimhaltungsinteresse der Großeltern und dem Informationsinteresse der Enkel regelmäßig zugunsten letzterer ausfallen, wenn im Falle ihrer Betroffenheit medizinische Maßnahmen indiziert sind oder ein wesentlicher Einfluss auf die Lebensgestaltung zu erwarten ist. Hingegen dürfte aufgrund des grundsätzlich niedrigeren Risikos eines Enkels, eine bestimmte genetische

⁵³¹ S Jappens/ Bavel, Demographic Research 2012 88 ff.

⁵³² S Jappens/ Bavel, Demographic Research 2012 90.

⁵³³ S Höpflinger/ Hummel/ Hugentobler, Enkelkinder und ihre Großeltern 41.

⁵³⁴ So kann zB eine Großmutter von hereditären Paragangliomen und Phäochromozytomen (zT hormonproduzierende Tumore, die auch mit erhöhtem Krebsrisiko einhergehen) betroffen sein – bei ihren Kindern würde die Krankheit nicht zum Ausbruch kommen, während ihre Enkel wieder betroffen sein können, wenn es sich dabei um Kinder ihrer Söhne handelt (die Weitergabe der Mutation durch eine Mutter führt nicht zu Tumorbildung, durch einen Vater jedoch schon, weil die zugrundeliegende Mutation in einer Imprint-Region liegt, ie eine Region, die inaktiv bleibt, wenn sie vom Vater/ von der Mutter stammt), s Kirmani/ Young, Hereditary Paraganglioma-Pheochromocytoma Syndromes in Adam et al (editors), GeneReviews.

Veränderung von einem Großelternteil an seinem Erbgut zu tragen,⁵³⁵ und der allgemein geringeren Pflichtenbindung im Großeltern-Enkel Verhältnis in Grenzfällen eher das Geheimhaltungsinteresse der Großeltern überwiegen (vgl Seite 52 zur Sichelzellanämie-Erkrankung als Grenzfall).

Informationen iZm Unterhaltspflichten können auch zwischen Großeltern und Enkeln bedeutend sein, mögen sie aufgrund der Subsidiarität solcher Pflichten auch nicht von hoher praktischer Bedeutung sein. Soweit jedoch entsprechende Unterhaltspflichten bestehen, ist von denselben Aufklärungspflichten auszugehen, die auch im Eltern-Kind Verhältnis bestehen (s Seite 59 f). Die geringere Pflichtenbindung kommt hier bereits in der Subsidiarität der gesetzlichen Unterhaltspflicht selbst zum Ausdruck und muss daher bei der Beurteilung der zu ihr akzessorischen Informationspflicht nicht noch einmal berücksichtigt werden. Ähnliches gilt für Informationen iZm dem Vermögen verstorbener Familienmitglieder, wobei die Fälle, in denen ein Großelternteil einen Enkel entsprechend aufklären kann, wohl selten sind: Einerseits sind die Erben (und Pflichtteilsberechtigten) nach ersteren meist in der Elterngeneration zu suchen und andererseits sind Großeltern typischerweise bereits verstorben, wenn ihre Enkel in das Vermögen ihrer Kinder nachfolgen. Dabei ist auch zu beachten, dass das Pflichtteilsrecht der Aszendenten mit dem ErbRÄG 2015 beseitigt wurde. Vergleichbar selten dürften auch Fälle sein, in denen zwar die Großeltern, nicht aber ihre Enkel um die Identität der Eltern wissen.⁵³⁶

B. Weiter entfernte Verwandte

Über den zweiten Grad hinaus in gerader Linie Verwandte werden im Familienrecht – im Gegensatz zu Großeltern und Enkeln – kaum berücksichtigt. Neben der analogen Anwendung des § 188 Abs 1 ABGB auf Urgroßeltern und -enkel lässt sich bei sinngemäßer Anwendung der bereits zu Großeltern und Enkeln angestellten Überlegungen (s Seite 120) auch die Geltung des § 137 Abs 1 ABGB vertreten.⁵³⁷ Letzteres müsste aus historisch-teleologischer Sicht aber Ausdruck jener natürlichen Solidarität sein, die die jeweilige partnerschaftliche familiäre Gruppe auszeichnet (vgl

⁵³⁵ Typischerweise 25 % bei Veränderungen einzelner Gene, vgl Fn 183.

⁵³⁶ Vgl aber die Falldarstellung bei *Nurse*, *Family Trees Can Be Dangerous*, Vortrag im Rahmen des World Science Festival (2009); eine editierte Fassung des Vortrags erschien in der Tageszeitung *The Guardian* am 09.08.2014.

⁵³⁷ Letzteres scheint auch *Stefula*, *ÖJZ* 2005/ 35 für möglich zu halten; s zum Besuchsrecht *Nademleinsky* in *Schwimann/ Kodek*, I⁴, § 148 Rz 20.

Seite 77). Während dies auf Geschwister und Großeltern und Enkel typischerweise zutrifft, weil erstere Teil der Kernfamilie sind und letztere der Kernfamilie besonders nahestehen (s Seite 120), kann für weiter entfernte Verwandte wohl nicht mehr vorausgesetzt werden, dass ein vergleichbarer Zustand den Regelfall darstellt. Nach dem schon zu Großeltern und Enkeln Gesagten hätten entsprechende Beistandspflichten außerdem subsidiären Charakter und wären schwächer als zwischen näheren Verwandten ausgebildet. Nichtsdestotrotz ist vorstellbar, dass die Wertungen des § 137 Abs 1 ABGB in Einzelfällen auch im Urgroßeltern-Urenkel Verhältnis eine gewisse Bedeutung erlangen. So können Informationen über das Erbgut auch zwischen weiter entfernten Verwandten ähnlich relevant sein, wie zwischen Großeltern und Enkeln.⁵³⁸ Dabei ist auch an jenen Fall zu denken, in dem Informationen über einen bereits verstorbenen Verwandten von einem Dritten (zB einer Krankenanstalt) verwahrt werden. Dann könnten bei der Beurteilung der Frage, ob eine Auswertung solcher Informationen gegen die (postmortalen) Persönlichkeitsrechte des Verstorbenen verstößt, familienrechtliche Maßstäbe intergenerationeller Solidarität mit einfließen.

II. Seitenverwandte außer Geschwister

Auch Seitenverwandte fallen unabhängig vom Verwandtschaftsgrad unter den abstammungsrechtlichen Familienbegriff und gehören insoweit zur Familie im Rechtssinn (§§ 40 f ABGB). Um eine Familie im sozialen Sinn darzustellen, müssen zwischen Seitenverwandten (außer den bereits behandelten Geschwistern) aber über die übliche gefühlsmäßige Bindung hinausgehende Elemente familiärer Abhängigkeit bestehen (dazu Seite 9 f). Aus rechtlicher Sicht ist zu bemerken, dass das Familienrecht schon Geschwister kaum berücksichtigt (s Seite 74 ff) und mögliche Anknüpfungspunkte zu weiter entfernten Seitenverwandten in Wahrheit nur insoweit existieren, als sie auch die familienrechtliche Berücksichtigung Fremder zulassen. So können Cousinen und Cousins im Einzelfall sicherlich zu den „wichtigen Bezugspersonen“ des § 138 Z 9 ABGB gezählt werden, sind aber – im Gegensatz zu Geschwistern – wohl nicht ohne weiteres von

⁵³⁸ S dazu Seite 119 f; freilich beträgt die Wahrscheinlichkeit der Weitergabe von Veränderungen einzelner Gene schon im Verhältnis zwischen Urgroßeltern und -enkeln nur noch 12,5 %, vgl Fn 183; berücksichtigt man das allgemeine Risiko an Krebs zu erkranken (vgl zB Robert Koch-Institut et al, Krebs in Deutschland¹⁰ 24), sind Fälle denkbar, in denen das Risiko eines Urenkels vor genetischer Testung vernachlässigbar ist (vgl Seite 80).

dieser Bestimmung umfasst.⁵³⁹ Erwähnenswert ist auch ihre Berücksichtigung in § 268 Abs 2 ABGB idF 2. ErwSchG (BGBl I 59/ 2017). Eine Ausdehnung der in § 137 Abs 1 ABGB vorgesehenen allgemeinen Beistandspflichten auf Seitenverwandte außer Geschwistern scheint nicht ohne weiteres möglich zu sein: Zwar steht der Wortlaut dieser Bestimmung einem solchen Verständnis nicht entgegen: So sind auch Großeltern und ihre Enkel „Eltern und Kinder“ iSd §§ 40 ff ABGB, sodass deren Pflichten „einander“ beizustehen aus sprachlicher Sicht auch auf Cousins und Cousinen (oder Tanten und Neffen, Onkel und Nichten) anwendbar sein könnten.⁵⁴⁰ Der historische Zweck des § 137 Abs 1 ABGB ist es aber, an die natürliche Solidarität der engsten Familienverhältnisse anzuknüpfen und der Vorstellung der partnerschaftlichen Familie rechtlichen Ausdruck zu verleihen (s Seite 77). Seitenverwandte außer Geschwistern fallen im Allgemeinen nicht in den Rahmen der engsten Familienverhältnisse, auch wenn dies im Einzelfall anders sein mag. Auch bestünde hier – im Gegensatz zur Ausdehnung des Anwendungsbereichs des § 137 Abs 1 ABGB auf alle in gerader Linie Verwandte – die Gefahr der Ausuferung familiärer Pflichten und deren Wirkung weit über die Grenzen der Familie im sozialen und rechtlichen Sinn hinaus. Damit scheint es mangels entsprechender Anknüpfungspunkte unwahrscheinlich, dass sich aus dem Familienrecht Informationspflichten zwischen Seitenverwandten außer Geschwistern ableiten lassen. In Hinblick auf das eigene Erbgut ist allerdings festzuhalten, dass Seitenverwandte grundsätzlich über für einander bedeutende Informationen verfügen können. Man denke etwa an Tanten in Familien, in denen erbliches Brust- und Eierstockkrebsyndrom weitergegeben wird: Handelt es sich aus Sicht der Nichten um den väterlichen Zweig der Familie, ist es nicht unwahrscheinlich, dass diese am ehesten von einer Tante über ihre mögliche Betroffenheit erfahren können. Eine familienrechtliche (oder sonstige) Grundlage entsprechender Informationspflichten ist jedoch nicht ersichtlich (s aber Seite 79 ff zu möglichen Informationspflichten der Tante gegenüber dem Vater – ihrem Bruder).

⁵³⁹ So dachte der Gesetzgeber bei Einführung dieser Bestimmung an Geschwister, Groß- und Stiefelternteile, nicht aber andere (Seiten-) Verwandte, s RV 2004 BlgNR 24. GP 17.

⁵⁴⁰ S Seite 75 f zur Möglichkeit, die Formulierung „Eltern und Kinder [...] einander“, auch im Sinne von „[...] untereinander“ zu verstehen; vgl Koch in KBB⁵, §§ 40-42.

III. Schwägerschaft

Durch Eheschließung entstehen Verhältnisse der Schwägerschaft zwischen den Ehegatten und den Verwandten des anderen Ehegatten (§ 40 ABGB), nicht aber zwischen den Verwandten der beiden Ehegatten⁵⁴¹. Miteinander verschwägte Personen sind schon nach dem Wortlaut des § 40 ABGB kein Teil derselben „Familie“. Aus Sicht des ABGB kommt durch die Verbindung der Schwägerschaft nur zum Ausdruck, dass sich ein Ehegatte der Familie des anderen durch das „Band der Ehe“ annähert.⁵⁴² Durch die Schwägerschaft an sich wird regelmäßig keine Familie im sozialen Sinn begründet, weil eine enge persönliche Beziehung, wie sie zwischen Eltern und Kindern oder Ehegatten anzunehmen ist, nicht auch typischerweise zwischen Schwiegereltern und –kindern oder anderen Verschwägerten besteht. Auch nach dem rechtlichen Familienbegriff kann nicht von einer Familie im Rechtssinn gesprochen werden: Im Privatrecht wird die Schwägerschaft seit dem FamRÄG 2009 (BGBl 75/ 2009) abgesehen von ihrer Definition praktisch nicht mehr berücksichtigt.⁵⁴³ Die Ausnahmen dazu betreffen stets den Sonderfall der Stiefeltern und –kinder, man denke etwa an die Möglichkeit der Verdinglichung eines Veräußerungs- und Belastungsverbots nach § 364c ABGB pa,⁵⁴⁴ oder die dem Erblasser „nahe stehenden“ Personen, die nach § 677 ABGB idF ErbRÄG 2015 in den Genuss eines gesetzlichen Pflegevermächtnisses kommen können. Darüber hinaus begründet die Schwägerschaft zT zwar Aussageverweigerungsrechte⁵⁴⁵ und ist als Teil der „familia suspecta“⁵⁴⁶ von Bedeutung. Mit dieser Anerkennung der Tatsache, dass verschwägte Personen nicht immer Fremden gleichgehalten werden können, lässt das Gesetz aber noch lange nicht erkennen, dass sie im Allgemeinen familiäre Funktionen füreinander zu erfüllen hätten. Dies betrifft vor allem auch das Verhältnis zwischen Schwiegereltern und –kindern, dessen erhöhte praktische Bedeutung⁵⁴⁷ im

⁵⁴¹ So sind Schwipp- oder Schwiegerschwager nicht im Rechtssinn miteinander verschwägt, s *Posch* in *Schwimann/Kodek*, I⁴, § 40 Rz 4.

⁵⁴² Vgl *Zeiller* in *Kommentar I*, § 40 Rz 1.

⁵⁴³ S §§ 40-42 ABGB; zuvor war nach den §§ 1220 f ABGB auch der Ehegatte des Ausstattungsberechtigten (als einer der „Brautleute“) antragsberechtigt, s *Koch* in *KBB*⁵, § 1220 Rz 6.

⁵⁴⁴ S dazu *Eccher/Riss* in *KBB*⁵, § 364c Rz 5; s zu Stiefeltern und –kindern gleich im Anschluss.

⁵⁴⁵ S §§ 321 Abs 1 Z 1 ZPO u 156 Abs 1 Z 1 StPO iVm 72 StGB.

⁵⁴⁶ S § 32 Abs 1 IO.

⁵⁴⁷ Schon die Unterhaltungspflichten zwischen Eltern und Kindern haben zur Folge, dass die finanzielle Lage der Schwiegereltern bzw der Schwiegerkinder für den jeweils anderen von Bedeutung sein kann; in Frankreich wird diesem Umstand durch Unterhaltungspflichten auch zwischen Schwiegereltern und –kindern Rechnung getragen, vgl Art 206 u 207 CC, s *Cornu*, *Droit civil: La famille*⁹ Rn 124; wesentlich ist in diesem Zusammenhang auch die steigende

Recht keinen Niederschlag findet. Mangels erkennbarer bzw tragfähiger Rechtsgrundlage kann die Schwägerschaft an sich für die Untersuchung familiärer Informationspflichten daher keine große Rolle spielen (s aber sogleich zu Stiefeltern und –kindern).

Stiefeltern und -kinder

Die „Stieffamilie“ wird vom Familienrecht als bedeutendster Sonderfall der Schwägerschaft an verschiedener Stelle berücksichtigt und kann auch als Familie im Rechtssinn verstanden werden: Schon nach dem sozialen Familienbegriff sind Stiefeltern und –kinder, zumindest solange die Kinder minderjährig sind und mit dem Stiefelternteil zusammenleben, regelmäßig als „Familie“ anzusehen.⁵⁴⁸ Aus rechtlicher Sicht hat der Gesetzgeber mit der Einführung der in § 90 Abs 3 ABGB enthaltenen Regelung zu erkennen gegeben, dass ein Stiefelternteil mit der (hilfsweisen) Sozialisation seiner Stiefkinder eine familiäre Grundfunktion erfüllen soll. Auch sind darunter, angesichts des weiten Verständnisses von „Kindern“ nach § 42 ABGB, wohl auch Enkel usw zu verstehen.⁵⁴⁹ Allerdings ist die darin festgelegte Pflicht eine besondere Beistandspflicht des Stiefelternteils gegenüber seinem Ehegatten und als solche eine bloße Konkretisierung der allgemeinen Beistandspflicht nach § 90 Abs 1 ABGB.⁵⁵⁰ Ein weiterer Anknüpfungspunkt ist die besondere Beistandspflicht nach § 139 Abs 2 ABGB, die aber (neben der Vertretungsmöglichkeit in Obsorgeangelegenheiten) nur zum Schutz des Kindeswohls, nicht aber zur Mitwirkung an der Ausübung der Obsorge (und damit zur Förderung des Kindeswohls) verpflichtet.⁵⁵¹ Insgesamt haben Stiefeltern in Hinblick auf ihre Stiefkinder aus Sicht des Gesetzes aber zumindest bestimmte familiäre Aufgaben zu erfüllen, sodass Stiefeltern und (minderjährige) -kinder insoweit zur Familie im Rechtssinn gezählt werden können. Die Regelungsdichte ist gering, der Regelungsinhalt mit dem Schutz des Kindeswohls aber vergleichsweise eindeutig, sodass all jene Informationen als Gegenstand möglicher Aufklärungspflichten in Betracht kommen, deren Weitergabe zur Verwirklichung dieses Schutzes erforderlich ist. Nun sind die Regelungen der §§

faktische Bedeutung von Geschenken unter Lebenden (also über die Unterhaltspflicht hinausgehende Zuwendungen von Eltern an ihre Kinder zu Lebzeiten, vgl Fn 36), die typischerweise beiden Ehegatten zugutekommen.

⁵⁴⁸ Das folgt aus dem Prinzip der de-facto Familie, vgl *Meyer-Ladewig*, EMRK³, Artikel 8 Rn 49 f.

⁵⁴⁹ S *Schwimmann/ Ferrari* in *Schwimmann/ Kodek*, I⁴, § 90 Rz 13.

⁵⁵⁰ Die ebenso darin enthaltene, ex lege entstehende Vertretungsbefugnis in Obsorgeangelegenheiten stellt demgegenüber eine Erweiterung der Rechte und Pflichten zwischen Ehegatten dar, vgl zur Wirkung der besonderen Beistandspflichten des § 90 Abs 3 ABGB nur im Ehegattenverhältnis *Fischer-Czermak*, EF-Z 2010, 5.

⁵⁵¹ Vgl *Fischer-Czermak*, EF-Z 2010, 6.

90 Abs 3 u 139 Abs 2 ABGB aber nur bei Vorhandensein und gegenüber minderjährigen Kindern von Bedeutung, während die im vorangehenden Teil besonders vorgestellten Informationen vor allem (wenn auch nicht ausschließlich) für bereits volljährige Personen oder die Eltern minderjähriger Personen relevant sind. Davon abgesehen ist durchaus vorstellbar, dass ein Stiefelternteil durch seine Ehe mit dem leiblichen Elternteil über Informationen zur Abstammung oder zum Erbgut des Kindes verfügt, die für dieses von besonderer Bedeutung sind. Ist der leibliche Elternteil in so einem Fall bereits verstorben, könnte der Stiefelternteil zur einzigen Informationsquelle für das Kind werden. Auch in Hinblick auf das Vermögen des leiblichen Elternteils wäre es aufgrund der Stiefeltern und –kindern gemeinsamen Stellung als Pflichtteilsberechtigte (§ 757 ABGB idF ErbRÄG 2015) nicht unwahrscheinlich, dass sie über für den jeweils anderen bedeutende Informationen über Höhe bzw Verbleib dieses Vermögens verfügen. Da die Ehe zwischen Stiefelternteil und leiblichem Elternteil mit dessen Tod aber endet, fällt mit diesem auch das familienrechtliche Verhältnis zwischen Stiefeltern und –kindern weg.⁵⁵² So kann das Verhältnis zwischen Stiefeltern und –kindern bei der Untersuchung familiärer Informationspflichten nicht völlig vernachlässigt werden, auch wenn der Rahmen, in welchem die Begründung solcher Pflichten möglich scheint, eher eng ist.

Als Rechtsgrundlage entsprechender Aufklärungspflichten kommt im Grunde nur § 139 Abs 2 ABGB in Betracht, der den Stiefelternteil unmittelbar gegenüber dem Kind verpflichtet.⁵⁵³ Wie iZm allgemeinen Beistandspflichten wird die in der zitierten Bestimmung geregelte besondere Beistandspflicht nur aktuell, wenn dies zum Schutz des Kindeswohls notwendig ist und dem Verpflichteten auch zugemutet werden kann.⁵⁵⁴ Trifft dies zu und ist das Kindeswohl – iSd Gesundheit, Versorgung und Sozialisation – gefährdet, fällt eine Aufklärung – soweit sie der Gefahr entgegen kann – sicherlich in den Rahmen des nach § 139 Abs 2 ABGB geschuldeten Beistands (arg „alles den Umständen nach Zumutbare“). Informationspflichten über Tatsachen, die die eigene Gesundheit (das Erbgut), als auch die eigene Herkunft betreffen, können

⁵⁵² Diese Auffassung entspricht etwa der Rsp zum Veräußerungs- und Belastungsverbot nach § 364c ABGB pa, das nicht mehr mit dinglicher Wirkung zwischen Stiefeltern und –kindern vereinbart werden kann, wenn der die Schwägerschaft vermittelnde leibliche Elternteil verstorben ist, s RS0124550.

⁵⁵³ S *Stefula*, iFamZ 2009, 270 u *Hopf*, ÖJZ 2010, 157 mit Hinweis auf die Begründung einer Garantenstellung des im gemeinsamen Haushalt lebenden Angehörigen, s ebenso *Gitschthaler* in *Schwimann/ Kodek*, I⁴, § 137 Rz 22.

⁵⁵⁴ S *Fischer-Czermak* in *Kletečka/ Schauer*, ABGB-ON (2015), § 139 Rz 7; dazu Seite 48 ff.

gegenüber einem Kind grundsätzlich bereits mit Erreichen der Mündigkeit bestehen.⁵⁵⁵ In Hinblick auf das Erbgut dürfte es jedoch – wie bei Pflegeeltern und -kindern – keine Situation geben, in der eine Aufklärung des Kindes zum Schutz seines Wohls erforderlich ist, ohne dass eine solche im Rahmen der jeweiligen medizinischen Betreuung erfolgt (dazu auf Seite 71). Endlich fragt sich, ob der Stiefelternteil dazu verpflichtet sein kann das Stiefkind (auch gegen den Willen des leiblichen Elternteils) über dessen Herkunft aufzuklären. Voraussetzung dafür wäre die Notwendigkeit einer solchen Aufklärung zum Schutz des Kindeswohls iSd § 139 Abs 2 ABGB. Dies scheint nun aber zweifelhaft, weil die genannte Bestimmung Kinder vor allem vor „inakzeptablem Verhalten“ wie Gewalt in und außerhalb der Familie schützen will.⁵⁵⁶ Die Entscheidung des leiblichen Elternteils, seinem minderjährigen Kind dessen Herkunft (noch) nicht offenzulegen dürfte das Kindeswohl regelmäßig nicht in dem vom Gesetzgeber ins Auge gefassten Maß gefährden. Dies trifft auch auf jene Fälle zu, in denen eine Interessensabwägung zwischen Kind und leiblichem Elternteil zugunsten des auf Auskunft dringenden Kindes ausfällt (dazu Seite 56 ff).

3. Kapitel: Aufklärungspflichten zwischen Partnern

Unter diesem Titel werden partnerschaftliche Gruppen behandelt, die sich durch übereinstimmende Willenserklärungen selbst konstituiert haben. Auf Lebensgefährten trifft dies insoweit zu, als eine eheähnliche Gemeinschaft wohl nur im Rahmen eines zumindest konkludenten Einverständnisses beider Teile zustande kommen kann. Die folgenden Gruppen wurden alle bereits unter dem Gesichtspunkt der gemeinsamen Elternschaft behandelt, sodass hier nur noch auf Informationen einzugehen ist, die auch in Abwesenheit von Kindern relevant sind. Dabei handelt es sich vor allem um jene Umstände, die für das geplante Zusammenleben von Bedeutung sind, weil sie zB nahelegen, dass die Gemeinschaft ob der voraussichtlichen Erkrankung einer der Partner nur von kurzer (oder stark verkürzter) Dauer sein kann. Im Verhältnis zwischen Ehegatten und eingetragenen Partnern sind darüber hinaus auch Informationen iZm dem gesetzlichen Unterhalt von Bedeutung.

⁵⁵⁵ Vgl die Wertungen der §§ 7 Abs 2 KJHG 2013 u 20 Abs 2 FMedG sowie 156 Abs 2 u 173 ABGB; s Seite 70.

⁵⁵⁶ S IA 673/ A BlgNR 24. GP 25.

I. Ehegatten

Es wurde bereits gezeigt, dass Ehegatten einander über Veränderungen ihres Erbguts (bzw deren Folgen) aufklären müssen, wenn sie sich auf die Möglichkeit, gesunde Nachkommen zu zeugen, auswirken (s Seite 93 f). Genetische Veränderungen können jedoch auch für die eheliche Lebensgemeinschaft relevant sein, wenn Kinderlosigkeit vereinbart ist. Dies ergibt sich bei wesentlichen künftigen körperlichen oder geistigen Einschränkungen und einer deutlich verkürzten Lebenserwartung bereits aus den Wertungen des § 37 Abs 1 EheG (s Seite 98 f). Die allgemeine Pflicht eines Ehegatten, dem anderen Einblick in das Privatleben zu gewähren, verstärkt diesen Eindruck (vgl zu allgemeinen Aufklärungspflichten Seite 19). Erforderlich ist eine entsprechende Aufklärung jedoch nur insoweit, als sie der andere benötigt, um seine bzw die eheliche Lebensplanung an die veränderten Umstände anzupassen; sind solche Anpassungen nicht erforderlich oder nur von untergeordneter Bedeutung, kann eine Pflicht zur Aufklärung nicht auf die Wertungen der §§ 90 Abs 1 ABGB u 37 Abs 1 EheG gestützt werden, weil eine abstrakte Pflicht, „keine Geheimnisse zu haben“, dem Gesetz fremd ist. Wie bereits erwähnt (vgl Seite 29 f), sind Ehegatten einander vor dem eben angeführten gesetzlichen Hintergrund auch zur Information über die für die Bemessung des gesetzlichen Unterhalts wesentlichen Umstände verpflichtet.⁵⁵⁷ Die übrigen im 1. Teil besonders vorgestellten Informationsarten sind zwischen Ehegatten nicht oder nur von untergeordneter Bedeutung.

II. Eingetragene Partner

Da die §§ 8 Abs 2 u 14 Abs 1 Z 4 EPG den §§ 90 Abs 1 ABGB u 37 Abs 1 EheG weitgehend entsprechen, kann in Hinblick auf Informationen über das Erbgut auf das zu Ehegatten (auf Seite 128) Gesagte verwiesen werden. Auch die Rsp zur Aufklärungspflicht über die für die Bemessung des Unterhalts wesentlichen Umstände zwischen Ehegatten dürfte mangels gegenteiliger Anhaltspunkte mutatis mutandis auf eingetragene Partner anwendbar sein.⁵⁵⁸

⁵⁵⁷ Vgl va 10 Ob 47/ 07w u 2 Ob 261/ 12i; s die damit erfolgte Judikaturwende widerspiegelnd RS0035020.

⁵⁵⁸ S Fn 557.

III. Nichteheleiche Lebensgemeinschaft

Auch die bloß eheähnliche Lebensgemeinschaft wird beeinträchtigt, wenn einer der Lebensgefährten aufgrund einer bei ihm vorhandenen Veränderung des Erbguts schwer erkrankt oder ungewöhnlich früh verstirbt. Gleiches gilt für andere Erkrankungen oder gesundheitliche Risiken, wenn sie vergleichbare Folgen haben. So kann ein erhöhtes Krebsrisiko auch durch eine frühere starke (oder fortlaufende leichtere) Strahlenbelastung verursacht sein. Eine entsprechende Aufklärungspflicht könnte – mangels analoger Anwendbarkeit der §§ 90 Abs 1 ABGB u 37 Abs 1 EheG – grundsätzlich aus dem durch die Lebensgemeinschaft geschaffenen Vertrauenstatbestand hervorgehen (vgl Seite 112 ff). Voraussetzung wäre allerdings, dass sich das schützenswerte Vertrauen der Lebensgefährten auf die Abwesenheit von Veranlagungen für künftige Gesundheitsnachteile erstreckt. Dies scheint in dieser Allgemeinheit zweifelhaft: Beispielsweise kann der Zeitpunkt, zu dem die Folgen genetischer Veränderungen eintreten werden, bis zum Auftreten der ersten Symptome typischerweise nicht oder nur sehr ungenau bestimmt werden.⁵⁵⁹ Anders gesagt, kann der Betroffene oft nicht absehen, wann er mit Gesundheitsnachteilen rechnen muss, wobei zwischen dem Zeitpunkt der Diagnose und der Verwirklichung des mit einer Veränderung des Erbguts in Verbindung gebrachten Krankheitsbilds nicht selten Jahre bis Jahrzehnte vergehen. Nun ist die nichteheleiche Lebensgemeinschaft zwar auf Dauer angelegt, weckt aufgrund ihrer jederzeitigen Auflösbarkeit aber – im Gegensatz zur Ehe – nicht jenen Eindruck der Festigkeit, der es den Lebensgefährten erlaubte, ohne weiteres vom jahr- oder jahrzehntelangen Fortbestand ihrer Gemeinschaft auszugehen. Eine solche Annahme erfordert im Kontext der Lebensgemeinschaft vielmehr zusätzliche vertrauensbegründende Elemente, wie die Bereitschaft, (gemeinsame) Kinder zu sozialisieren. In letzterem Fall geben Lebensgefährten beispielsweise zu erkennen, solche Kinder auch über eine gewisse Zeit hinweg versorgen zu können (vgl Seite 112 ff). Insgesamt können gesundheitsbezogene Aufklärungspflichten zwischen Lebensgefährten nur unter besonderen Umständen aus Vertrauensschutzerwägungen abgeleitet werden. Die übrigen im 1. Teil besonders vorgestellten Informationsarten sind hier nicht von (wesentlicher) Bedeutung. Soweit Lebensgefährten

⁵⁵⁹ Von einer Veranlagung für Chorea Huntington betroffene Personen werden typischerweise zwischen 35 und 44 Jahren symptomatisch, s *Warby et al*, Huntington in *Pagon et al* (editors), GeneReviews; so sind 7% der von FAP Betroffenen 21-Jährigen und 93% der 50-Jährigen bereits an Darmkrebs erkrankt; s *Jasperson/ Burt*, APC-Associated Polyposis Conditions in *Pagon et al* (editors), GeneReviews.

vertraglich Unterhaltspflichten festsetzen, sind sie einander auch zur Information über die für deren Höhe maßgeblichen Umstände verpflichtet.⁵⁶⁰

IV. Verlobte

Wissen Verlobte um eine bei ihnen vorliegende genetische Veränderung, die den anderen iSd § 37 Abs 1 EheG von der geplanten Eheschließung abhalten könnte, müssen sie ihm dies mitteilen, wenn sie die Möglichkeit einer Aufhebung der Ehe mit den Folgen einer Scheidung aus Verschulden vermeiden wollen (§ 42 EheG). Dies trifft auf jene Veränderungen zu, deren Auswirkungen die eheliche Lebensgemeinschaft schwer beeinträchtigen oder aufheben können, sei es durch schwere (geistige) Krankheit oder einen (deutlich) verfrühten Tod (vgl Seite 98 f). Darüber hinaus kann das Verschweigen von Umständen, die in Hinblick auf die angestrebte Ehe relevant sind, eine begründete Ursache für den Rücktritt vom Verlöbnis darstellen (vgl Seite 97 f). Dabei ist auch an zu erwartende Einschränkungen der Erwerbsfähigkeit und Mobilität sowie an chronische Krankheitsbilder zu denken, mögen sie auch nicht iSd § 37 Abs 1 EheG gegen das Eingehen einer Ehe sprechen.⁵⁶¹ Soweit eine genetische Veränderung solche Auswirkungen befürchten lässt, kann ihr Vorliegen zum Rücktritt berechtigen (vgl Seite 97 f). Die übrigen der im 1. Teil hervorgehobenen Informationsarten sind zwischen Verlobten nicht von Bedeutung.

⁵⁶⁰ StRsp, s 10 Ob 47/ 07w; vgl *Konecny* in *Fasching/ Konecny*, ZPG³, Art XLII EGZPO Rz 68.

⁵⁶¹ So geht klassische Myotone Dystrophie Typ 1 ua mit einer erst im Erwachsenenalter (2.-4. Dekade) auftretenden fortschreitenden Muskelschwäche und den damit assoziierten Einschränkungen der Beweglichkeit und körperlichen Leistungsfähigkeit einher; s *Bird*, Myotonic Dystrophy Type 1 in *Pagon* et al (editors) *GeneReviews*.

3. Teil: Durchsetzung und Rechtsfolgen bei Verletzung

1. Kapitel: Durchsetzung familiärer Informationspflichten

Die Durchsetzbarkeit zivilrechtlicher Ansprüche steht für gewöhnlich nicht in Zweifel. Fehlt sie trotzdem, lässt sich dies zumeist auf einen der folgenden Gründe zurückführen. So kann es sein, dass der jeweilige Anspruch in Wahrheit gar nicht existiert⁵⁶², oder nur in Form einer Naturalobligation,⁵⁶³ einer Obliegenheit⁵⁶⁴ oder eines unselbstständigen Anspruchs⁵⁶⁵ vorliegt. In anderen Fällen kann eine besondere Regelung der Geltendmachung eines Anspruchs ausdrücklich entgegenstehen.⁵⁶⁶ Schließlich könnte sich herausstellen, dass ein vermeintlich privatrechtlicher Anspruch in Wahrheit öffentlich-rechtlichen Charakter hat.⁵⁶⁷ Soweit die im 2. Teil untersuchten Informationspflichten nicht in die vorgenannten Kategorien fallen ist grundsätzlich von ihrer Durchsetzbarkeit auszugehen.

Von vornherein nicht durchsetzbar sind allerdings jene „Aufklärungspflichten“, die entweder auf § 37 Abs 1 EheG (vgl Seite 98 f) oder sonst im Vertrauensschutz gründen (vgl Seite 112 ff). In diesen Konstellationen geht es um die Bereinigung von Situationen, die bei loyalen Verhalten der Beteiligten nicht entstanden wären. Die Möglichkeit, illoyales Verhalten im Nachhinein rechtlich zu würdigen, begründet jedoch keine selbstständig durchsetzbaren Leistungspflichten, weil das „dem in Anspruch genommenen Vertrauen gemäße Verhalten“ keine bestimmte Leistung darstellt.⁵⁶⁸ Ebenfalls nicht selbstständig durchsetzbar sind Informationspflichten, die bloß Nebenpflichten aus einem Partnerschaftsvertrag sind (vgl Seite 115 f). In diesen Fällen sind daher vor allem die bei Verletzung der jeweiligen Aufklärungspflicht in Betracht kommenden Rechtsfolgen (wie zB Schadenersatz) relevant (s dazu im nächsten Kapitel).

Die im 2. Teil untersuchten Informationspflichten sind durchsetzbar, wenn ihre Erfüllung gerichtlich eingefordert und eine stattgebende Entscheidung vollstreckt werden kann.

⁵⁶² Vgl §§ 45, 878 ABGB.

⁵⁶³ Vgl § 1432 ABGB.

⁵⁶⁴ Wie der Obliegenheit des Geschädigten, den Schaden möglichst gering zu halten, vgl *Karner* in KBB⁵, § 1304 Rz 9.

⁵⁶⁵ Dies betrifft etwa vertragliche Nebenpflichten, vgl *Bollenberger* in KBB⁵, § 859 Rz 5.

⁵⁶⁶ Vgl § 1271 ABGB.

⁵⁶⁷ Vgl die umfassende Nachweise bei *Ballon/ Fucik/ Lovrek* in *Fasching/ Konecny*, ZPG³ § 1 JN.

⁵⁶⁸ Schließlich ist schon die „Einhaltung eines bestimmten Vertrages“ kein hinreichend bestimmtes Leistungsbegehren, s *Fasching* in *Fasching/ Konecny*, ZPG² § 226 Rz 67.

Ersteres wird im Folgenden für verschiedene Informationsarten einzeln dargestellt. Dies ist notwendig, weil es im familiären Bereich besondere Durchsetzungshindernisse gibt, die von Art und Inhalt des Anspruchs abhängig sind. Die Frage der Vollstreckung familiärer Auskunftsansprüche kann im Anschluss daran für alle hier besprochenen Anspruchsarten gemeinsam behandelt werden.

An dieser Stelle ist festzuhalten, dass die hier untersuchten Auskunftsbegehren die Voraussetzung der Bestimmtheit nach § 226 ZPO regelmäßig erfüllen: Solche Begehren sind im Grunde auf die Aufklärung über genau umschreibbare, nur dem Verpflichteten bekannte Umstände bzw auf eine Form der Rechnungslegung gerichtet, sodass die Gefahr eines unklaren Entscheidungsantrags nicht gegeben ist.⁵⁶⁹ Dies trifft auf die Bekanntgabe der medizinisch korrekten Bezeichnung einer Veränderung des Erbguts, der Identität des Vaters und der für die Bemessung des Unterhalts relevanten Umstände gleichermaßen zu wie auf die Mitteilung vergangener Veränderungen des erblasserischen Vermögens. Soweit familiäre Informationspflichten aus dem Verhältnis zwischen Eltern und Kindern (im Rechtssinn) entspringen oder eine Ehe- oder Partnerschaftsangelegenheit darstellen, ist das AußStrG anwendbar (§§ 114 f JN) und die Frage der Bestimmtheit des Begehrens damit hinfällig (§ 9 Abs 1 AußStrG). Dies trifft mE auf jene Fälle zu, in denen entsprechende Informationspflichten über das Erbgut oder die eigene Herkunft auf die allgemeinen Beistandspflichten zurückgeführt werden können.⁵⁷⁰ Auch iZm Unterhaltsansprüchen zwischen in gerader Linie Verwandten ist das AußStrG anwendbar (§ 114 JN).

I. Gerichtliche Geltendmachung

A. Auskunft über das Erbgut

Die Prävalenz bestimmter nachteiliger genetischer Veränderungen in der Bevölkerung ist typischerweise sehr niedrig, sodass – in Abwesenheit besonderer Umstände – niemand damit rechnen muss, Träger einer solchen Veränderung zu sein. Kommt daher eine Person einer sie treffenden Informationspflicht in Bezug auf ihr Erbgut nicht nach, haben die grundsätzlich zur Auskunft berechtigten Personen regelmäßig keine Möglichkeit, von der so bewirkten Verletzung ihrer Rechte zu erfahren, sodass die Frage der Durchsetzung dieser Rechte

⁵⁶⁹ Vgl allgemein zur Bestimmtheit *Fasching in Fasching/ Konecny*, ZPG² § 226 Rz 50; s zu Auskunftspflichten *Trauzettel*, Die verfahrensrechtliche Behandlung von familien- und erbrechtlichen Auskunftsansprüchen, 111 f.

⁵⁷⁰ Vgl *Simotta in Fasching/ Konecny*, ZPG³, § 114 JN Rz 48 u § 114a JN Rz 4.

hypothetischen Charakter annimmt. Gleiches gilt, wenn die zur Auskunft berechtigte Person durch Dritte aufgeklärt wird. Dies ist vor allem denkbar, wenn der betreuende Arzt vom Betroffenen zur Information möglicherweise mitbetroffener Personen ermächtigt wird (§ 54 Abs 2 Z 3 ÄrzteG), die Krankenanstalt eine Mitteilungspflicht an den Kinder- und Jugendhilfeträger trifft (§ 37 Abs 1 Z 5 B-KJHG 2013) oder die Durchbrechung des Berufsgeheimnisses zum Schutz höherwertiger Interessen gerechtfertigt ist (§ 54 Abs 2 Z 4 ÄrzteG). Eine solche Durchbrechung kommt etwa dann in Frage, wenn sie das einzige Mittel darstellt, einer sehr wahrscheinlichen und konkreten Gefahr für Leib und Leben Dritter entgegenzuwirken.⁵⁷¹ Damit ist sie iZm besonders nachteiligen genetischen Veränderungen zumindest in Erwägung zu ziehen, vor allem wenn ihre Auswirkungen abgewendet werden können (vgl Seite 22 f). Nichtsdestotrotz sind Situationen denkbar, in denen zur Auskunft berechtigte Personen aufgrund bestimmter Umstände annehmen dürfen, dass ihnen für sie relevante Informationen vorenthalten werden. Dies wäre etwa der Fall, wenn sie von der abgeschlossenen genetischen Beratung des sicher Betroffenen wissen und dieser weder das Ergebnis mitteilen möchte, noch auf einen unauffälligen Befund verweisen kann. Ebenso möglich ist es, dass eine sicher betroffene Person nach erfolgter Beratung zwar erkennen lässt, an einer „Erbkrankheit“ zu leiden, darauf jedoch nicht näher eingehen möchte. Solche Szenarien mögen nicht den Regelfall darstellen, erscheinen aber zumindest plausibel, wenn man etwa die starke Belastung berücksichtigt, die mit der Erkenntnis verbunden sein muss, Träger einer schwer nachteiligen Veränderung des Erbguts zu sein (und diese womöglich an seine Kinder weitergegeben zu haben). Gegenstand des Auskunftsbegehrens muss die Bekanntgabe der korrekten medizinischen Bezeichnung der jeweiligen genetischen Veränderung sein.

Weiß eine zur Aufklärung berechtigte Person (wie ein Kind oder ein Geschwister, vgl Seiten 50 ff und 79 ff) derart um die Existenz eines relevanten Informationsgefälles, fragt sich, ob sie die Herausgabe der entsprechenden Information – der Existenz eines bestimmten, mit dem Erbgut verbundenen Risikos – gerichtlich einfordern kann. Dies trifft nach den einleitenden Bemerkungen zu diesem Abschnitt auf jene Informationspflichten zu, die ihre Grundlage im Persönlichkeitsschutz oder in den allgemeinen familiären Beistandspflichten haben. Nicht

⁵⁷¹ Vgl *Wallner*, RdM 2013, 170 f u RS0117236; vgl den Erlass Infektionsquellenforschung im Rahmen von HIV-Untersuchungen des BKA vom 02. 12. 1987, GZ 61.700/ 90-VI/ 13 b/ 87 zur Information der Sexualpartner (insbesondere Ehepartner) von HIV-Infizierten; vgl auch *Bernat*, RdM 2014, 44 f.

durchsetzbar sind hingegen im Vertrauensschutz begründete Auskunftspflichten wie jene in Hinblick auf mögliche (aber noch nicht gezeugte) Kinder zwischen Verlobten, Lebensgefährten und Personen, die bis auf den gemeinsamen Kinderwunsch keinen familiären Bezug zueinander haben (vgl Seite 131). Im Rahmen des Persönlichkeitsschutzes bestehen keine besonderen Durchsetzungshindernisse. Demnach können Kinder gegenüber ihren biologischen Eltern – ungeachtet ihres rechtlichen Status und im Rahmen der entsprechenden Informationspflichten (vgl Seite 38 ff) – vor Gericht auf Auskunft über ein sie betreffendes genetisches Risiko dringen. Dies betrifft zB das Risiko, eine Veränderung des Erbguts zu tragen, die mit einem stark erhöhten Krebsrisiko in Verbindung gebracht wird.⁵⁷² Ebenso durchsetzbar ist die in § 189 ABGB begründete Pflicht rechtlicher Eltern, einander über bei ihrem gemeinsamen Kind möglicherweise vorliegende genetische Veränderungen zu informieren.⁵⁷³ Soweit es aber andere im Familienrecht selbst begründete Auskunftspflichten betrifft, könnte eine gerichtliche Geltendmachung entsprechender Ansprüche am Grundsatz der fehlenden Durchsetzbarkeit rein persönlicher familiärer Pflichten scheitern, weshalb im Folgenden diese von der hA vertretende Position einer kritischen Prüfung unterzogen werden soll.

1. Zur Durchsetzbarkeit „rein persönlicher“ familiärer Rechte

a. Darstellung der hA

Für das Familienrecht wird angenommen, dass „rein persönliche“ – im Gegensatz zu „vermögensrechtlichen“ – Rechtspflichten nicht gerichtlich geltend gemacht werden können.⁵⁷⁴ Diese Annahme steht vor dem Hintergrund eines in diesem Rechtsgebiet kaum zu vermeidenden Zielkonflikts: Einerseits soll die für die Familie charakteristische Solidarität in gewissem Umfang rechtlich besichert – also für verbindlich erklärt – werden⁵⁷⁵; andererseits ist die Familienautonomie, oder auch die „natürliche Entwicklung“ der Familie, soweit als

⁵⁷² Dies betrifft zB die vergleichsweise häufigen Veränderungen an den Genen *BRCA1* oder *BRCA2*, die bei Weitergabe an weibliche Nachkommen mit einem Lebenszeitrisko für Brust- und Eierstockkrebs von bis zu 80/40 % (gegenüber etwa 10/1 % in der Normalbevölkerung) in Verbindung gebracht werden, s *Petrucelli et al, BRCA1 and BRCA2* in *Pagon et al* (editors), *GeneReviews*.

⁵⁷³ S zur Informationspflicht Seite 84 ff; vgl zur Durchsetzbarkeit § 189 Abs 4 ABGB; s *Hopf* in *KBB*⁵, § 189 Rz 6.

⁵⁷⁴ S überblicksweise *Stefula*, *ÖJZ* 2005/ 35; s a *Stabentheiner* in *Rummel*, *ABGB*³, § 44 Rz 3 in Bezug auf Ehegatten u *Barth* in *Fenyves/ Kerschner/ Vonkilch*, *Klang*, § 137 Rz 14 in Bezug auf Eltern und Kinder sowie *Kerschner* in *Harrer/ Zitta*, *Familie und Recht*, 401 f; s 1 Ob 697/ 86, 2 Ob 514/ 87, 8 Ob 529/ 88, 5 Ob 117/ 99p u 7 Ob 89/ 05x.

⁵⁷⁵ Dies trifft in Wahrheit auf alle Bestimmungen zu, die familiäre Gruppen im Innenverhältnis regeln; vgl ausdrücklich zu dieser Zielsetzung *IA* 673/ A *BlgNR* 24. GP 25.

möglich zu wahren⁵⁷⁶. Ein Ausgleich zwischen diesen gegensätzlichen Bestrebungen kann auf mehreren Ebenen angestrengt werden: Der Gesetzgeber kann den Grad der rechtlichen Ausgestaltung der Familie variieren (und zB auf die Einführung von Beistandspflichten verzichten); die Rechtspraxis kann bei der Ableitung konkreter Ansprüche (wie einer Informationspflicht über das Erbgut) aus allgemeinen Verhaltensanordnungen (wie den Beistandspflichten) mehr oder weniger Zurückhaltung üben; und schließlich kann die zwangsweise Durchsetzung familienrechtlicher Ansprüche auf gesetzlicher⁵⁷⁷ wie auch auf rein dogmatischer Ebene besonderen Einschränkungen unterworfen werden. Es ist vor allem diese letzte Ebene, in der die österreichische Lehre und Rsp versucht haben, ein Gleichgewicht zwischen Regelung und Selbstregelung der Familie herbeizuführen. Problematisch ist dabei mE nicht die Ansiedelung dieser Ausgleichsbestrebungen im Bereich der Rechtsdurchsetzung, sondern ihre Stoßrichtung. So sind diese Bemühungen im Kern auf das Postulat der fehlenden Durchsetzbarkeit all jener familiären Rechtspflichten gerichtet, die bereits verschiedentlich als „immateriell“⁵⁷⁸, „nicht vermögensrechtlich“⁵⁷⁹, „rein persönlich“⁵⁸⁰ oder „höchstpersönlich“⁵⁸¹ charakterisiert wurden.

Nun erweist sich die dem eben genannten Grundsatz zugrundeliegende Unterscheidung zwischen „vermögensrechtlichen“ und „nicht-vermögensrechtlichen“ Ansprüchen gerade im Familienrecht als problematisch: Außerhalb dieses Rechtsgebiets weisen Ansprüche meist keine persönlichen Anknüpfungspunkte auf, weil die innere Einstellung der Parteien regelmäßig unbeachtlich ist,⁵⁸² wenn es sich nicht nur um eine Gefälligkeitsabrede⁵⁸³ ohne rechtliche Wirkung handelt. Demgegenüber ist es für das Familienrecht charakteristisch, aus persönlichen sozialen Gegebenheiten rechtliche Konsequenzen zu ziehen. Dies führt dazu, dass entsprechende Ansprüche stets auch eine persönliche Komponente aufweisen. Niemand wird bezweifeln, dass auch Unterhaltspflichten in dem als Regelfall verstandenen

⁵⁷⁶ S Walter/ Mayer/ Kucsko-Stadlmayer, Bundesverfassungsrecht¹⁰, Rz 1424, Kucsko-Stadlmayer, in FS 200 Jahre ABGB, 1611 u Meyer-Ladewig, EMRK³, Artikel 8 Rn 55; s a Brötel, Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht 1999, 592; vgl EGMR zu *Marckx vs Belgium* (1979), Antrag 6833/ 74, Rn 31, wonach der Staat die Führung eines gewöhnlichen Familienlebens ermöglichen muss.

⁵⁷⁷ Vgl Art 172 Abs 3 ZGB u § 120 Abs 3 dt FamFG, jeweils zu ehelichen Pflichten.

⁵⁷⁸ S Bräm, Zürcher Kommentar zum ZGB, II³, Art 159 Rn 169 e contrario.

⁵⁷⁹ S Hausheer/ Reusser/ Geiser in Hausheer II, Art 159 Note 47 e contrario.

⁵⁸⁰ Die in Ö gängige Bezeichnung, s Stabentheiner, in Rummel, ABGB³, § 44 Rz 3, § 137, 137a Rz 8 u Kerschner in Harrer/ Zitta, Familie und Recht, 402.

⁵⁸¹ S Voppel in Staudinger IV, § 1353 Rn 148.

⁵⁸² S zum objektiven Erklärungswert anstelle vieler Apathy/ Riedler in Schwimann, ABGB³, § 863 Rz 1 f.

⁵⁸³ S zur Frage des Rechtsfolgewillens anstelle vieler Apathy/ Riedler in Schwimann, ABGB³, § 861 Rz 7.

persönlichen Verhältnis der betroffenen Familienmitglieder gründen und durch dieses Verhältnis zumindest teilweise gerechtfertigt sind. Gleichzeitig haben auch familiäre Ansprüche mit scheinbar „rein persönlichem“ Charakter nicht selten auch einen deutlichen vermögensrechtlichen Unterton, man denke nur an die oft zitierten Beispiele des Rasenmähens und der Alten- bzw Krankenpflege als rechtlich gebotenem „Beistand“.⁵⁸⁴ Dennoch besteht in der Rechtspraxis Einigkeit darüber, dass Geldunterhalt sehr wohl, Haushaltsdienste aber nicht gerichtlich eingefordert werden können, lassen sich letztere auch als (geldwerter) Naturalunterhalt verstehen. Dafür, dass die theoretisch problematische Unterscheidung zwischen „rein persönlichen“ und „vermögensrechtlichen“ Ansprüchen tatsächlich kaum zu Diskussionen geführt hat, gibt es vor allem zwei Gründe: Einerseits fällt es leicht, familiäre Pflichten als „rein persönlich“ zu qualifizieren, wenn sie sich nicht unmittelbar auf das Vermögen auswirken.⁵⁸⁵ Andererseits hat die Rsp die gerichtliche Geltendmachung rein persönlicher familiärer Pflichten doch wieder erlaubt, wenn sie sich dem „allgemeinen Rechtsgüterschutz“ zuordnen lassen.⁵⁸⁶ Beide Aspekte sind problematisch:

Der erste Aspekt führt letztlich dazu, dass die Frage der „vermögensrechtlichen“ oder „rein persönlichen“ Natur eines Anspruchs in der Praxis übergangen oder die entsprechende Charakterisierung nicht begründet wird: Ersteres ist typischerweise (und verständlicherweise) der Fall, wenn es um die Zahlung eines bestimmten Geldbetrags geht oder die verlangten Informationen für die Höhe eines solchen Betrags (wie des Unterhalts) von Bedeutung sind.⁵⁸⁷ Unter diesen Umständen lässt sich die vermögensrechtliche Bedeutung des Anspruchs kaum leugnen. In allen anderen Fällen neigt die Rsp dazu, ohne besondere Erklärung anzunehmen, dass es sich um „nicht vermögensrechtliche“ Ansprüche handelt.⁵⁸⁸ Dies läuft nun darauf hinaus, dass sehr unterschiedliche familiäre Ansprüche nicht justiziabel sind, ohne dass eine weitere Differenzierung möglich wäre: So drohen die Pflichten von Ehegatten, Hilfsdienste zu leisten sowie einander Einblick in ihr Privat- und Berufsleben zu gewähren, genau gleich behandelt zu werden, wie die Pflicht der Eltern, ihre Kinder vor einer möglichen Betroffenheit

⁵⁸⁴ Vgl auf derartige Schwierigkeiten hinweisend *Schwimann*, ÖJZ 1976, 373; s a *Kerschner* in *Harrer/ Zitta*, Familie und Recht, 405 f mit Hinweis darauf, dass eine scharfe Trennung persönlicher und vermögensrechtlicher Ehwirkungen „ohne Willkür“ nicht möglich sei; s anstelle vieler die Zusammenfassung verschiedener Beistandsarten bei *Stefula*, ÖJZ 2005/ 35.

⁵⁸⁵ Vgl 7 Ob 760/ 80 u 5 Ob 117/ 99p.

⁵⁸⁶ S grundlegend 8 Ob 529/ 88 u darauf aufbauend 6 Ob 54/ 99f u va 4 Ob 223/ 02a.

⁵⁸⁷ S 7 Ob 89/ 05x (Zahlung eines Geldbetrags) u 10 Ob 47/ 07w (Auskunft über unterhaltsrelevante Umstände).

⁵⁸⁸ S 7 Ob 760/ 80 (Unterlassung der Aufnahme der Ehebrecherin in die Ehewohnung) u 5 Ob 117/ 99p (Räumungsanspruch).

von einer schwer nachteiligen genetischen Veränderung zu warnen. Die Leistung von Trost und Zuspruch in Krisenzeiten oder das Eingehen der ehelichen Lebensgemeinschaft per se drohen aus demselben Grund nicht justiziabel zu sein wie die Bekanntgabe der Identität des Vaters. Ein praktisches Beispiel dieser Problematik ist die Rsp zur Durchsetzbarkeit von Vereinbarungen zwischen Ehegatten, die immer dann fehlen muss, wenn der von ihnen geregelte Bereich auch sonst der Beurteilung durch die Gerichte entzogen ist.⁵⁸⁹ Dazu lassen sich zwei Fälle gegenüberstellen:

In einem Fall hatten zwei Ehegatten in Anwesenheit eines Anwalts schriftlich vereinbart, dass die Frau alleine in der Ehewohnung verbleiben dürfe, falls der Mann eine bestimmte außereheliche Beziehung wiederaufnehmen sollte. Der OGH hielt die Vereinbarung für zulässig, den darauf gestützten Räumungsanspruch wegen seiner rein persönlichen Art aber für nicht durchsetzbar.⁵⁹⁰ In einem weiteren Fall hatte sich die Ehefrau dazu verpflichtet, ihrem Ehegatten einen von ihm geleisteten Beitrag zu den Anschaffungskosten ihrer Wohnung zurückzuzahlen, wenn sie gegen ihre Pflicht zur ehelichen (geschlechtlichen) Treue verstoßen sollte. Hier entschied der OGH zugunsten der Justiziabilität des Anspruchs.⁵⁹¹ In beiden Fällen war Anknüpfungspunkt der Vereinbarung alleine die eheliche Treuepflicht. Sie unterscheiden sich jedoch in zweierlei Hinsicht: Einerseits war die Ehe in ersterem Fall noch aufrecht, in zweiterem bereits geschieden. Andererseits hat der OGH ersteren Anspruch für „rein persönlich“, letzteren für „vermögensrechtlich“ gehalten. Der erste Unterschied ist für die Frage der Durchsetzbarkeit nicht relevant, weil die Geltendmachung „vermögensrechtlicher“ Ansprüche auch während aufrechter Ehe möglich ist.⁵⁹² Der zweite Aspekt ist hingegen ausschlaggebend, wobei auffällt, dass die jeweilige Kategorisierung (als „vermögensrechtlich“ oder „rein persönlich“) in beiden Entscheidungen mehr vorausgesetzt als argumentativ begründet wurde. Das dadurch erzielte Ergebnis ist in mehrfacher Hinsicht kritikwürdig: Erstens hat die Durchsetzbarkeit des Räumungsanspruchs durchaus vermögensbezogene Auswirkungen und hätte daher eine Gelegenheit geboten, die Merkmale „vermögensrechtlicher“ Ansprüche zu konkretisieren. So könnte das Recht, die Ehewohnung alleine (statt zu zweit) zu benutzen, mit der Höhe der halben hypothetischen (oder tatsächlichen) Miete bewertet werden; in Zusammenhang damit steht auch die Frage, welcher

⁵⁸⁹ Vgl. Kerschner in Harrer/ Zitta, Familie und Recht, 406.

⁵⁹⁰ S 5 Ob 117/ 99p; vgl. auch 7 Ob 89/ 05x, worin die Zulässigkeit eines solchen Vertrags scheinbar bestätigt wird.

⁵⁹¹ S 7 Ob 89/ 05x.

⁵⁹² Vgl. zB Hinteregger in Fenyves/ Kerschner/ Vonkilch, Klang, § 89 Rz 6.

der beiden Ehegatten bei Scheitern der Ehe seinen Wohnsitz verlegen muss und wer die damit verbundenen Kosten zu tragen hat. Wollten die Ehegatten durch die zwischen ihnen geschlossene Vereinbarung auch diese Frage klären, scheint es sinnvoll, die genannten Kosten bei der Beurteilung des „vermögensrechtlichen“ Charakters des Räumungsanspruchs zu berücksichtigen. Zweitens scheint sich aus dem Zusammenspiel der beiden vorgestellten Entscheidungen zu ergeben, dass die Ehefrau des zuerst genannten Falles ihre Vereinbarung hätte durchsetzen können, wenn sie zB auf den Ersatz der angemessenen Umzugskosten (anstelle des Auszugs des Mannes) gerichtet gewesen wäre. Eine solche Ungleichbehandlung von in wesentlichen Punkten ähnlichen Vertragskonstruktionen (Klärung der Wohnsituation bei fortgesetzter Untreue eines Ehepartners) scheint willkürlich und ist daher abzulehnen. Drittens stünde die Durchsetzung entsprechender Räumungsbegehren in keinerlei Widerspruch zum ursprünglichen Ziel jenes Gesetzes (dem EheRwG), mit dem die hier erörterte Einschränkung der Justiziabilität familiärer Pflichten eingeführt wurde (s Seite 139). Der historische Gesetzgeber hatte die Absicht, die gerichtliche Geltendmachung des Anspruchs auf Eingehen der ehelichen Lebensgemeinschaft auszuschließen, weil die Herstellung derselben nicht (wirksam) erzwungen werden kann (dazu gleich im Anschluss), was auf die Räumung des ehebrecherischen Mannes gerade nicht zutrifft. Damit hätte mE selbst unter Zugrundelegung der Prämisse der fehlenden Justiziabilität rein persönlicher ehelicher Pflichten viel für die Durchsetzbarkeit des Räumungsanspruchs der Frau gesprochen.

Nicht weniger problematisch als die Beurteilung des „vermögensrechtlichen“ Charakters familiärer Ansprüche ist die Ausnahme, mit der die Rsp die Durchsetzung „rein persönlicher“ Ansprüche doch wieder zulässt. Es handelt sich um die Möglichkeit, solche Ansprüche gerichtlich geltend zu machen, wenn sie sich dem „allgemeinen Rechtsgüterschutz“ zuordnen lassen. Dabei handelt es sich offenbar um eine Variante des Fremdvergleichs, wonach familiäre Ansprüche durchsetzbar sein sollen, wenn sie ihrer Art nach auch zwischen Fremden bestehen können. Dieser an sich begrüßenswerte Versuch, die fehlende Durchsetzbarkeit rein persönlicher familiärer Pflichten wieder etwas aufzuweichen, leidet darunter, dass Bestrebungen, familiäre Rechtspflichten dem allgemeinen Rechtsgüterschutz zuzuordnen, in einem Zirkelschluss enden, wenn man die Erfordernisse des letzteren aus ersteren ableitet. Ein anschauliches Beispiel dafür ist jene Rsp, die Unterlassungsklagen wider Störungen des

ehelichen Lebensraums durch Besuche von Geliebten des anderen Ehegatten zulässt.⁵⁹³ Grundlage des Unterlassungsanspruchs ist nach den eben zitierten Entscheidungen die Pflicht zur umfassenden Lebensgemeinschaft nach § 90 ABGB. Nun wurde die gerichtliche Geltendmachung solcher Ansprüche wegen ihrer offensichtlich nicht vermögensrechtlichen Art von der Rsp mit Hinweis auf ihre fehlende Durchsetzbarkeit zunächst abgelehnt.⁵⁹⁴ Wohl, weil dieses Ergebnis unbefriedigend ist, sind nachfolgende Entscheidungen mit dem Argument davon abgegangen, dass entsprechende Unterlassungsansprüche dem allgemeinen Rechtsgüterschutz zuzuordnen seien.⁵⁹⁵ Dies führt zu annehmbaren Ergebnissen, scheint aber unschlüssig zu sein: Will man die gerichtliche Geltendmachung rein persönlicher familiärer Ansprüche ausnahmsweise zulassen, wenn sie (auch) dem Schutz allgemeiner Rechtsgüter dienen, setzt man offenbar voraus, dass die (besonderen) familiären Rechtsgüter nicht schon eo ipso dem allgemeinen Rechtsgüterschutz unterfallen. Die Erfordernisse des allgemeinen Rechtsgüterschutzes dürfen daher insbesondere nicht jenen familienrechtlichen Bestimmungen entnommen werden, die auch Grundlage der hinsichtlich ihrer Durchsetzbarkeit zu untersuchenden familiären Rechtsgüter sind. Anders gesagt müssten die gesetzlichen Wertungen, aufgrund derer das Empfangen bestimmter Besucher in der Ehewohnung als Eingriff in allgemeine Rechtsgüter verstanden werden kann, auch außerhalb des Familienrechts gelten. Genau dies ist aber nicht der Fall, wenn der Störcharakter von Besuchen, die der andere Ehegatte empfängt, bereits dadurch zustande kommt, dass der Besucher sein Geliebter ist.⁵⁹⁶ Im Gegensatz zu etwa besonders lärmenden oder übermäßig häufigen Besuchen lässt sich diese in der sozialen Funktion des Besuchers begründete Art der Störung nämlich nur unter Hinweis auf die persönlichen Rechtswirkungen der Ehe – und die darin enthaltene Treuepflicht – erklären. Daher kann die Ausnahme der Zugehörigkeit zum allgemeinen Rechtsgüterschutz die – an sich wünschenswerten – Ergebnisse der Rsp nicht begründen.⁵⁹⁷ Möchte man an letzteren festhalten, muss man entweder zeigen, dass entsprechende Unterlassungsansprüche vermögensrechtlichen Charakters sind oder auf

⁵⁹³ S 8 Ob 529/ 88, 6 Ob 54/ 99f u 4 Ob 223/ 02a.

⁵⁹⁴ S 7 Ob 760/ 80.

⁵⁹⁵ S die Entscheidungen bei Fn 586; kritisch *Kerschner in Harrer/ Zitta*, Familie und Recht, 403; die von ihm alternativ für möglich gehaltene Analogie zu § 97 ABGB muss allerdings an dessen eingeschränkter Zielsetzung, der Sicherung eines Grundbedürfnisses, scheitern; so auch 7 Ob 760/ 80, wonach die bloße „... Aufnahme der ‚Ehebrecherin‘ in das [...] Wohnhaus [...] zu jenen Angelegenheiten gehört, die nach der [...] neuen Rechtslage die bloß persönlichen Rechtsbeziehungen der Ehegatten betreffen ...“.

⁵⁹⁶ Vgl 8 Ob 529/ 88 u 4 Ob 223/ 02a.

⁵⁹⁷ Vgl Fn 595.

alternative Kriterien für die Beurteilung der Durchsetzbarkeit rein persönlicher familiärer Pflichten zurückgreifen (dazu Seite 142 ff).

Nach dem eben Gesagten muss der Grundsatz der fehlenden Durchsetzbarkeit „rein persönlicher“ familiärer Pflichten die Justiziabilität familiärer Informationspflichten über das Erbgut (bzw die Identität des Vaters) in Frage stellen. Da solche Auskunftsansprüche kaum als „vermögensrechtlich“ eingestuft werden können, wären sie nur durchsetzbar, wenn sie dem „allgemeinen Rechtsgüterschutz“ zuordenbar sind, was mE insoweit nicht schlüssig begründbar ist, als sie aus den allgemeinen familiären Beistandspflichten hervorgehen. Damit wären entsprechende Informationspflichten zwischen Eltern und Kindern, Geschwistern, Ehegatten sowie eingetragenen Partnern regelmäßig nicht durchsetzbar, was vor allem wegen des Stellenwerts der betreffenden Informationen (vgl Seite 22 f) unbefriedigend ist. Hinzu kommt, dass die Durchsetzbarkeit dieser Ansprüche keineswegs in Konflikt zu jenen Motiven stünde, aus denen die gegenwärtige Haltung zur Justiziabilität rein persönlicher familiärer Pflichten hervorgegangen ist (s gleich im Anschluss); tatsächlich entbehrt die hA insoweit einer tragfähigen Grundlage:

b. Kritik an der dogmatischen Grundlage der hA

Die (herrschende) Auffassung, wonach „rein persönliche“ familiäre Ansprüche grundsätzlich nicht durchgesetzt werden können, geht auf das EheRWG (BGBl I 412/ 1975) zurück.⁵⁹⁸ In § 90 Abs 2 ABGB idF der RV zum EheRWG⁵⁹⁹ kommt die entsprechende Absicht des historischen Gesetzgebers zum Ausdruck: „Wegen einer Verletzung der im Abs. 1 genannten Pflichten [der ehelichen Beistandspflichten], soweit sie rein persönlicher Art sind, kann, außer zur Geltendmachung eines Scheidungsgrundes, das Gericht nicht selbständig angerufen werden.“ Diese Bestimmung sollte die Familienautonomie wahren und jene höchstgerichtliche Rsp korrigieren, die die gerichtliche Beurteilung des Eingehens der Ehegemeinschaft ausdrücklich zugelassen hatte.⁶⁰⁰ Die der RV zugrundeliegende Prämisse, nämlich die ohnehin rein immaterielle Natur der aus der Ehe fließenden persönlichen Pflichten, erwies sich jedoch als zu eng und wurde im JA fallen gelassen, wobei der eben zitierte § 90 Abs 2 ABGB idF der RV

⁵⁹⁸ Vgl die Nachweise bei Fn 574.

⁵⁹⁹ S RV 851 BlgNR 13. GP 1, § 90.

⁶⁰⁰ S zur früheren Rsp RS0004994 u va 6 Ob132/ 71 (verstärkter Senat); vgl RV 851 BlgNR 13. GP 9, 14.

ersatzlos gestrichen wurde.⁶⁰¹ Die Erläuterungen des JA enthalten nun die Bemerkung, dass er es „in Abweichung“ von dem in der RV noch vorgesehenen Ausschluss der Geltendmachung rein persönlicher Pflichten für sinnvoll halte, die Anrufung des Gerichts in Fragen des gemeinsamen Wohnens zuzulassen.⁶⁰² Auf diese Textstelle stützt die hA nun ohne weitere Begründung die von ihr angenommene Geltung des aus § 90 ABGB idF der RV gestrichenen Durchsetzungsverbots.⁶⁰³ Ein solches Verständnis setzt zunächst voraus, dass sich der JA auf die fehlende Durchsetzbarkeit rein persönlicher familiärer Pflichten als allgemeinen Grundsatz bezieht und die RV gewissermaßen nur beispielhaft in diesem Zusammenhang anführt. Eine solche Interpretation ist zumindest sprachlich möglich. Damit wäre aber noch nicht geklärt, warum der JA einen Grundsatz, von dessen Geltung er angeblich ausging, aus der RV gestrichen haben sollte. In dieser Hinsicht könnte man argumentieren, dass er eine Positivierung nicht für nötig hielt oder – angesichts der mit der RV verbundenen Probleme⁶⁰⁴ – nicht übereilen wollte. Für solche Hypothesen – die die bislang unbegründete hA in der einen oder anderen Form akzeptieren muss, um ihre Ergebnisse zu rechtfertigen – gibt es jedoch keine konkreten Hinweise, sodass mE der naheliegenderen Erklärung der Vorzug zu geben ist, nämlich, dass die Streichung des § 90 Abs 2 ABGB idF der RV die Auffassung des JA widerspiegelt, dass die in diesem Absatz zum Ausdruck gebrachte Maxime nicht dem Rechtsbestand angehören soll. Dafür spricht auch der Umstand, dass der JA diese Streichung mit seiner „abweichende[n] Lösung [...] in der Frage einer materiellen Beistandspflicht neben der ideellen“⁶⁰⁵ begründet und die der RV zugrundeliegende Prämisse des rein ideellen Charakters der persönlichen Rechtswirkungen der Ehe damit ausdrücklich verwirft. Unter diesem Gesichtspunkt kann der Hinweis des JA auf die Unvereinbarkeit des § 92 ABGB idF AB mit § 90 Abs 2 ABGB idF RV⁶⁰⁶ dahingehend verstanden werden, dass der JA das Erfordernis betonen wollte, die selbstständige gerichtliche Beurteilung zumindest mancher rein persönlicher Ehepflichten zuzulassen. Schließlich steht gerade die in § 92 ABGB vorgesehene Möglichkeit der Anrufung des Gerichts in Fragen des gemeinsamen Wohnens in deutlichem Kontrast zur Haltung der RV, die davon ausging, dass die gerichtliche Beurteilung aller rein

⁶⁰¹ Vgl zur Frage einer materiellen Beistandspflicht neben der ideellen die Kritik bei *Schragel* in ÖJT (Hrsg), Gutachten der Familienrechtskommission zur Familienrechtsreform, 17 ff; so ausdrücklich der AB 1662 BlgNR 13. GP 2.

⁶⁰² S § 92 ABGB; s AB 1662 BlgNR 13. GP 3, letzter Satz.

⁶⁰³ Vgl die Nachweise bei Fn 574; aA *Schwimann*, ÖJZ 1976, 373 u *Steininger*, FamRZ 1979, 777.

⁶⁰⁴ S Fn 601.

⁶⁰⁵ AB 1662 BlgNR 13. GP 2.

⁶⁰⁶ S Fn 602.

persönlichen Ehepflichten „wenig sinnvoll“ sei.⁶⁰⁷ Damit führt eine historisch-teleologische Interpretation des EheRwG mE nicht zu einem allgemeinen Durchsetzungsverbot rein persönlicher ehelicher Pflichten. Umso fragwürdiger scheint dann die mittlerweile erfolgte Ausdehnung dieses Prinzips auf alle rein persönlichen familiären Pflichten, die, soweit ersichtlich, auch nirgends besonders (dh abgesehen von einem Verweis auf das EheRwG) begründet wird.⁶⁰⁸

c. Alternative Ansätze zur Beschränkung rechtlicher Eingriffe in die Familie

Geht man nun davon aus, dass nicht alle rein persönlichen familiären Pflichten der Beurteilung durch die Gerichte entzogen sind, stellt sich sogleich die Frage, für welche dieser Pflichten sehr wohl eine entsprechende Beschränkung gilt. Schließlich war es die erklärte Absicht der RV zum EheRwG (der sich auch der AB nicht widersetzt hat), die gerichtliche Beurteilung der Frage, ob die Ehegemeinschaft erfolgreich hergestellt wurde, auszuschließen.⁶⁰⁹ An dieser Stelle ist in Erinnerung zu rufen, dass die Beschränkung der Justiziabilität familienrechtlicher Ansprüche nur eine Möglichkeit darstellt, staatliche Eingriffe in die Familie zu begrenzen (vgl Seite 133 f), und entsprechende Einschränkungen auf Ebene der Anspruchsbegründung im Grunde denselben Zweck erfüllen können:

aa. Beschränkung tauglicher Anspruchsgrundlagen

Könnten familienrechtliche Generalklauseln regelmäßig nicht als Grundlage konkreter Ansprüche herangezogen werden, würde die Frage der Durchsetzbarkeit solcher Ansprüche hypothetischen Charakter annehmen. In diese Richtung geht die Auffassung, wonach „Umfang und Art“ der aus Art 272 ZGB ableitbaren Rechtspflichten (Beistandspflichten zwischen Eltern und Kindern) „nicht nach objektiven Kriterien“ erfassbar sind.⁶¹⁰ Noch deutlicher ist die Einschätzung, dass entsprechende familienrechtliche Bestimmungen als „Appell und Interpretationshilfe“ eher der „Vervollständigung des positiven Rechts“ als der Begründung selbstständig durchsetzbarer Ansprüche dienen.⁶¹¹ Solche Ansätze erinnern daran, dass eher vage Verpflichtungen zum Beistand nicht überstrapaziert werden dürfen und sich nicht ohne

⁶⁰⁷ S RV 851 BlgNR 13. GP 14.

⁶⁰⁸ Vgl die Nachweise bei Fn 574.

⁶⁰⁹ Die dem EheRwG vorangehende Rsp schien nämlich geneigt, eine solche „Herstellungsklage“ nach deutschem Vorbild zuzulassen, s Fn 600.

⁶¹⁰ S Hegnauer in Hausheer II, Art 272 Note 7.

⁶¹¹ S Coester in Staudinger IV, § 1618a Rn 19.

weiteres zu justiziablen Ansprüchen verdichten können.⁶¹² Letztlich kann der Gedanke, dass Generalklauseln im Familienrecht schon grundsätzlich weniger Gewicht als in anderen Rechtsgebieten haben, aber nicht überzeugen. Ihre Unbestimmtheit haben sie mit allen anderen Generalklauseln gemein, was diese gerade nicht daran hindert, zur Lösung konkreter Rechtsfragen beizutragen.⁶¹³ Würde es sich tatsächlich um Regelungen handeln, deren Inhalt im Einzelfall insoweit nicht objektiv feststellbar (konkretisierbar) ist, dass auch nach Heranziehung aller Interpretationsmethoden nicht beurteilt werden kann, was rechtens ist, verstießen sie gegen das Bestimmtheitsgebot des Art 18 B-VG.⁶¹⁴ Die im vorangehenden Teil (auf den Seiten 46 ff) nachgewiesene Möglichkeit der Ableitung familiärer Informationspflichten aus allgemeinen Beistandspflichten zeigt, dass ein solcher Grad der Unbestimmtheit nicht vorliegt.⁶¹⁵ Insgesamt ist nicht von der Untauglichkeit familienrechtlicher Generalklauseln, Grundlage konkreter Ansprüche zu sein, auszugehen, sodass eine dogmatische Beschränkung rechtlicher Eingriffe in die Familie tatsächlich auf Ebene der Durchsetzung anzusiedeln ist.

bb. Vermeidung übermäßiger Eingriffe in die Familienautonomie

Auf den ersten Blick einsichtig scheint die Überlegung, die Justiziabilität familiärer Pflichten sei dort abzulehnen, wo sie einen übermäßigen Eingriff in die Familienautonomie darstellt.⁶¹⁶ Schließlich können bestimmte Arten der Durchsetzung eines an sich rechtmäßigen Anspruchs auch in anderen Zusammenhängen untunlich sein, wenn sie zum verfolgten Zweck außer Verhältnis stehen. Man denke an die Unpfändbarkeit bestimmter beweglicher Sachen, die Sicherung des Existenzminimums und den Vorrang der Geldstrafe vor der Beugehaft sowie das allgemeine Verbot der Schuldhaft.⁶¹⁷ Unbestreitbar ist auch, dass die Eingriffsintensität eines durchsetzbaren Anspruchs höher als die eines nicht durchsetzbaren Anspruchs ist, wenngleich auch die Verletzung nicht durchsetzbarer Ansprüche wesentliche Rechtsfolgen nach sich ziehen kann (man denke an Schadenersatz⁶¹⁸ und Scheidung iZm der Verletzung der gebotenen ehelichen Treue). An diesem Ansatz ist jedoch problematisch, dass eine

⁶¹² Vgl. Gernhuber/Coester-Waltjen, Familienrecht⁵, § 54 Rn 67.

⁶¹³ Darauf macht in diesem Zusammenhang auch Coester in Staudinger IV, § 1618a Rn 7 aufmerksam.

⁶¹⁴ Vgl. VfGH zu B 782/12 u. Hiesel, ÖJZ 2016, 210 f.

⁶¹⁵ Die hinreichende Bestimmtheit allgemeiner Beistandspflichten zeigt sich auch anderswo, zB wenn sie als Grundlage strafrechtlicher Garantenpflichten dienen, s. Hilf in Höpfel/Ratz, WK StGB², § 2 Rz 85 ff.

⁶¹⁶ Vgl. Hausheer/Reusser/Geiser, in Hausheer II, Art 159 Note 47.

⁶¹⁷ Vgl. §§ 250, 291a, 354 EO sowie § 1 IV. ZP EMRK u. Art 11 des II. UNO Menschenrechtspaktes.

⁶¹⁸ Vgl. 4Ob 166/02v (Detektivkosten).

familienrechtliche Pflicht nur selten erst aufgrund ihrer Durchsetzbarkeit einen übermäßigen Eingriff in die Familienautonomie darstellt. Grund dafür ist, dass nicht durchsetzbare Verhaltensanordnungen den der Familie überlassenen Gestaltungsspielraum um nichts weniger beschränken als durchsetzbare Verhaltensanordnungen. Anders gesagt ändert sich die Art des gesetzlichen Einwirkens auf die Familie nicht, wenn eine familiäre Rechtspflicht auch justiziabel ist: Die zugrundeliegende Interessenslage ist dieselbe.⁶¹⁹ Insoweit besteht auch ein bedeutender Unterschied zu anderen Durchsetzungshindernissen, wie der Sicherung des Existenzminimums, die die Durchsetzung prinzipiell unbedenklicher Ansprüche (zB auf Zahlung eines Geldbetrags) nur in Ausnahmefällen ausschließen. Greift hingegen eine familiäre Pflicht zu sehr in die Familienautonomie – oder andere Persönlichkeitsrechte, wie die Privatsphäre – ein, so tut sie dies meist unabhängig von ihrer Justiziabilität. Daher ist die Möglichkeit eines überschießenden staatlichen Eingriffs in die Familie typischerweise schon auf Erkenntnisebene und nicht erst auf Vollzugsebene zu berücksichtigen.⁶²⁰ Soweit es die im vorangehenden Teil untersuchten Informationspflichten betrifft, bestehen solche Bedenken weder hinsichtlich der konkret festgestellten Ansprüche, noch der Art ihrer Herleitung: Einerseits sind die hier relevanten Auskunftsansprüche auf die Wahrung besonders bedeutender Interessen (Gesundheit, Kenntnis der eigenen Abstammung, Unterhalt, Pflichtteilsanspruch) in ganz bestimmten Situationen gerichtet. Andererseits wurde auf die Frage der Verhältnismäßigkeit⁶²¹ dieser Ansprüche umfassend eingegangen, wobei sie als Ausdruck allgemeiner Beistandspflichten erst zustande kommen können, wenn die Bedeutung ihrer Erfüllung für den Berechtigten eine bestimmte Erheblichkeitsschwelle überschreitet (dazu Seite 49 f). Insgesamt ist nicht davon auszugehen, dass (erst) die Durchsetzbarkeit familiärer Pflichten im Allgemeinen oder die der hier untersuchten Informationspflichten im Speziellen als übermäßige Beschränkung des familienautonomen Handlungsspielraums oder anderer Grundrechte zu werten ist.

cc. Keine Erzwingung familiärer Solidarität

Der zielführendste Ansatz zur Beschränkung der Anspruchsdurchsetzung im familiären Bereich ist mE jener, der auf die Zwecklosigkeit der Erzwingung von Leistungen abstellt, die

⁶¹⁹ So auch *Brückner*, Vollstreckbarkeit 98 f.

⁶²⁰ Vgl *v Sachsen Gessaphe* in *MüKoBGB*⁶, § 1618a, Rn 14 aE.

⁶²¹ Eine entsprechende Interessensabwägung ist auch aus verfassungsrechtlicher Sicht geboten, s EGMR zu *Godelli vs Italy* (2013), Antrag 33783/ 09, Rn 57 ff.

ihrer Art nach nur freiwillig erbracht werden können.⁶²² In diesem Sinn weist *Stefula*⁶²³ darauf hin, dass die gerichtliche Einforderung von Pflichten, die den Familienzusammenhalt stärken sollen, eben diesem schädlich ist. Kann der Normzweck durch staatliche Zwangsmaßnahmen nicht verwirklicht werden, haben diese zu unterbleiben. Für die Frage, wann genau die Durchsetzung eines familienrechtlichen Anspruchs seinem Zweck zuwiderläuft, ist die Unterscheidung zwischen dem Schutz von Individualinteressen und der Festlegung gesetzlicher Maßstäbe für familiäre Solidargemeinschaften wesentlich:

Die Regelung des Innenverhältnisses familiärer Gruppen verfolgt letztlich das Ziel, die Familie durch die rechtliche Untermauerung (Besicherung) ihrer Aufgaben zu stärken.⁶²⁴ Familiäre Rechtspflichten bewirken dies in zweierlei Hinsicht. Sie garantieren einerseits die Erbringung bestimmter Leistungen und legitimieren andererseits den solidarischen Rahmen, in dem solche familiären Leistungen ausgetauscht werden. Unterhaltsansprüche, das Recht, die Wohnung nicht zu verlieren (§ 97 ABGB), und viele – wenn auch nicht alle (s. Seite 148) – der im vorangehenden Teil untersuchten Informationspflichten schützen Einzelinteressen des Berechtigten. Unter solchen Umständen kann das jeweils rechtmäßige Verhalten grundsätzlich erzwungen werden, ohne dem Gesetzeszweck zuwiderzulaufen. Hingegen besichern Rechtspflichten, eine eheliche Lebensgemeinschaft zu begründen, sich um ein einvernehmliches Vorgehen zu bemühen und einander in Krisenzeiten Trost und Zuspruch zu spenden, die solidarische Grundstruktur der Familie selbst. Dabei erklärt die Rechtsordnung in der Gesellschaft bereits vorhandene Erwartungen an die Funktionsweise der Familie für verbindlich. Nun können diesen Erwartungen entsprechende solidarische Handlungen zwar rechtswidrig unterlassen, im Anschluss aber nicht zwangsweise herbeigeführt werden, weil sich zu diesem Zeitpunkt bereits herausgestellt hat, dass die jeweils gebotene Solidarität nicht vorhanden ist (dh die Familie nicht so funktioniert, wie es den für verbindlich erklärten

⁶²² Vgl. *Hausheer/ Reusser/ Geiser*, in *Hausheer II*, Art 159 Note 47.

⁶²³ ÖJZ 2005/ 35.

⁶²⁴ Dies ergibt sich bereits aus den verfassungsrechtlichen Vorgaben, wonach die Familie in ihrer autonomen Entwicklung geschützt ist, vgl. die Nachweise bei Fn 576; die fehlende Durchsetzbarkeit eines Familienrechts kann gegen die darin enthaltene Gewährleistungspflicht verstoßen, vgl. *Kucsko-Stadlmayer* in FS 200 Jahre ABGB, 1612; vor allem kann der Staat auch verpflichtet sein, (zivilrechtliche) Regelungen zwischen Privaten zu schaffen, s. EGMR zu *von Hannover vs Germany* (2004), Antrag 59320/ 00, Rn 57; für die Grundrechtsprüfung macht es keinen besonderen Unterschied, ob der Staat in das Familienleben eingreift oder es nur unterlässt, es zu schützen (für einen solchen Schutz sorgt der Staat etwa dann, wenn er privatrechtliche Regelungen so gestaltet, dass sie die normale Entwicklung der Familie ermöglichen), vgl. EGMR (Große Kammer) zu *Hatton and others vs the United Kingdom* (2003), Antrag 36022/ 97, Rn 98; s. zu Gewährleistungsrechten („Schutzgewährrechten“) im Allgemeinen auch *Kühling* in *Bogdandy/ Bast*, Europäisches Verfassungsrecht, 675 ff.

Erwartungen entsprechen würde). Anders gesagt bestätigt sich das gesetzlich geschützte Vertrauen in die Solidargemeinschaft nur dann, wenn die jeweiligen Familienmitglieder von sich aus zu ihrer Verwirklichung beitragen. Nun bewirken Familienrechtspflichten fast immer sowohl den Schutz von Einzelinteressen als auch die Legitimation der Solidargemeinschaft, weshalb es für ihre Durchsetzbarkeit darauf ankommen muss, welchem dieser beiden Ziele eine solche Pflicht vorwiegend dient, und welches sie bloß „nebenbei“ mitverwirklicht. Dieser Unterschied zwischen dem Schutz des Individuums und der rechtlichen Untermauerung der Solidargemeinschaft lässt sich gut veranschaulichen:

So kann nur ein Ehegatte, der dies auch will, das Zustandekommen der ehelichen Lebensgemeinschaft bewirken, dem anderen Einblick in sein Leben gewähren oder den von ihm erwarteten Trost vor einer schweren Operation spenden. Auch eine Pflicht, gemeinsame Essenszeiten zu koordinieren⁶²⁵ (zB durch Absprache mit dem den Haushalt führenden Familienmitglied), dient auf diese Weise der Verwirklichung der Solidargemeinschaft an sich und nicht der Vermeidung zusätzlicher Aufwendungen (zB Stromkosten, die für das Warmstellen von Speisen anfallen). Hingegen soll auch familiärer Geldunterhalt den einzelnen (finanziell) schützen und kann daher im Grunde mit derselben Wirkung von jedem Dritten geleistet werden, wie nicht zuletzt das UVG belegt. Gleiches gilt für die Zurverfügungstellung von Wohnraum per se (§ 97 ABGB) oder die Mitteilung von gesundheitsrelevanten Umständen. Im Grenzbereich liegen familientypische Beistandsleistungen, deren familiärer Charakter (etwa im Gegensatz zum Eingehen einer Lebensgemeinschaft) aber keineswegs zwingend scheint, wie es beim Rasenmähen oder der Krankenpflege der Fall ist. Hier muss man nun dem vorrangigen Zweck nach differenzieren: Sieht man entsprechende Ansprüche als erweiterte Unterhaltspflichten, spräche nichts dagegen, zumindest ihren Gegenwert (wenn auch nicht die Tätigkeit selbst) gerichtlich einzufordern. Legitimieren solche Pflichten hingegen hauptsächlich die Erwartung, innerhalb der familiären Gruppe ein gewisses Maß an sozialtypischer Unterstützung zu erhalten, sind sie nicht durchsetzbar. Für letztere Sichtweise spricht in den angesprochenen Fällen nicht zuletzt, dass jenes Maß an geldwerter Unterstützung, das einen gewissen Mindestlebensstandard des Einzelnen schützen soll, im Unterhaltsrecht geregelt ist. Dementsprechend sind darüber hinausgehende Beistandspflichten ein Ausdruck erwarteter familiärer Solidarität, mögen sie auch einen klaren

⁶²⁵ S zu diesem Beispiel *Druey* in FS Schnyder, 141 (155).

Gegenwert in Geld haben. Solche Pflichten dienen dann nicht der (finanziellen) Versorgung oder dem Schutz der Gesundheit, sondern legitimieren die Erwartung, die anderen Familienmitglieder werden sich solidarisch verhalten.

Zusammengefasst lassen die vorangehenden Überlegungen den mE besten Ausgangspunkt zur Beurteilung der Durchsetzbarkeit familiärer Rechtspflichten erkennen: Es handelt sich nicht um die Unterscheidung zwischen rein persönlichen und vermögensrechtlichen Pflichten, sondern um die Tatsache, dass die freiwillige Leistung sozialtypischer Unterstützung nicht erzwungen werden kann. Daher kann dort, wo das Gesetz die Herstellung einer Solidargemeinschaft vorsieht, nur die freiwillige Leistung selbst, nicht aber auch staatlicher Zwang, den Gesetzeszweck erfüllen. Unproblematisch ist solcher Zwang hingegen dort, wo das Bestehen einer Rechtspflicht zwar von der Zugehörigkeit zu einer bestimmten familiären Gruppe abhängt, die Pflicht an sich aber vorwiegend dem Schutz von Einzelinteressen dient und die ihr entsprechende Leistung mit der selben Wirkung auch durch einen (fremden) Dritten erbracht werden könnte.

2. Zur Durchsetzbarkeit familiärer Informationspflichten über das Erbgut

Lassen sich Auskunftsansprüche über das Erbgut aus dem Persönlichkeitsschutz ableiten, ist ihre gerichtliche Geltendmachung – wie bereits gesagt – unproblematisch (vgl Seite 133 f). Handelt es sich jedoch um spezifisch familienrechtliche Informationspflichten, die ihre Grundlage in den allgemeinen Beistandspflichten haben, muss die Durchsetzbarkeit den obigen Ausführungen (Seite 134 ff) entsprechend geprüft werden:

Nach der hier vertretenen Auffassung kommt es darauf an, ob die Pflichten zur Aufklärung über das Erbgut vor allem der Wahrung bestimmter Interessen des Berechtigten dienen oder aber die Solidargemeinschaft selbst besichern. Ersteres ist insoweit der Fall, als die jeweiligen auf das Erbgut bezogenen Informationen für die Wahrung der Gesundheit oder der Selbstbestimmung von besonderer Bedeutung sind, ein Zweck, der sich auch durch zwangsweise Durchsetzung verwirklichen lässt. Weiß nämlich der Berechtigte um das ihn treffende Risiko (vgl die Bsp auf Seite 22 f), kann er entsprechend darauf reagieren und gegebenenfalls Gegenmaßnahmen ergreifen – und zwar unabhängig davon, ob der zur Auskunft Verpflichtete von sich aus zur Aufklärung bereit war oder nicht. Damit ist die Durchsetzbarkeit der mithilfe der allgemeinen Beistandspflichten begründeten und auf das Erbgut bezogenen Informationspflichten zwischen Eltern und Kindern sowie Geschwistern zu

bejahen. Dies gilt sowohl für Informationen, die für die Gesundheit des möglicherweise betroffenen Kindes oder Geschwister selbst von Bedeutung sind, als auch für jene Informationen, die die Möglichkeit (gesunde) Kinder zu zeugen betreffen.

Hingegen sind erbgutsbezogene Informationspflichten anders zu behandeln, wenn das durch sie geschützte Interesse an der Zeugung (gesunder) Nachkommen – wie bei Ehegatten oder eingetragenen Partnern – ein gemeinsames ist. In diesen Fällen sind entsprechende Auskunftspflichten im Grunde darauf gerichtet, den Beteiligten das gemeinsame Fällen einer informierten Entscheidung zu ermöglichen: Ehegatten und eingetragene Partner haben das Recht, voneinander all jene Umstände zu erfahren, die für den Erfolg ihres Vorhabens von Bedeutung sind, damit sie sich im Anschluss auf die für sie bestmögliche Alternative⁶²⁶ einigen können. Das Ziel solcher Informationspflichten ist also letztlich die rechtliche Untermauerung des Vertrauens, der andere werde sich in Hinblick auf das geplante gemeinsame Großziehen von Nachkommen solidarisch verhalten. So legitimieren solche Pflichten die – eben berechnete – Erwartung, dass Personen mit Kinderwunsch zusammenarbeiten um ihr gemeinsames Interesse an der Zeugung gesunder Kinder zu fördern. Wie auch das Eingehen der ehelichen Lebensgemeinschaft, das Gewähren von Einblick in das Privat- und Berufsleben und die Wahl eines gemeinsamen Wohnsitzes⁶²⁷ kann auch die Kooperation in Hinblick auf die Erfüllung eines gemeinsamen Kinderwunsches nicht erzwungen werden. Deshalb können Informationspflichten, die das Interesse an der Zeugung (gesunder) Nachkommen schützen, nur im Verhältnis zwischen Eltern und Kindern oder Geschwistern (wo es kein gemeinsames Interesse ist), nicht aber zwischen Ehegatten oder eingetragenen Partnern durchgesetzt werden. Aus denselben Gründen nicht durchsetzbar sind auch jene Informationspflichten zwischen Ehegatten und eingetragenen Partnern, die auf das Zusammenwirken im Rahmen der gemeinsamen Lebensplanung gerichtet sind. Dies betrifft etwa die Pflicht, den anderen von einer stark verkürzten Lebenserwartung in Kenntnis zu setzen (vgl Seite 128 f) – müssen solche Informationen gerichtlich eingefordert werden, ist die gemeinsame Lebensplanung bereits gescheitert.

⁶²⁶ ZB das gewöhnliche Zeugen von Nachkommen, verschiedene Arten der medizinisch unterstützten Fortpflanzung, die Annahme an Kindesstatt, die Pflegeelternschaft, einen Partnerwechsel und die Aufgabe des Kinderwunsches.

⁶²⁷ S aber § 92 ABGB, wonach diese Frage dennoch einer Beurteilung durch das Gericht zugänglich ist, auch wenn entsprechende Entscheidungen nicht vollstreckt werden können.

B. Auskunft über die eigene Herkunft

Die iZm Auskünften über das Erbgut behandelte Frage der Kenntnis der Existenz des Informationsgefälles auf Seiten des Berechtigten spielt hier keine Rolle; ein jeder weiß, dass er biologische Vorfahren hat. Das Erlangen von Informationen zur eigenen Herkunft ist unproblematisch, wenn dies durch Anfrage bei einer zur Auskunft verpflichteten Einrichtung, wie dem Kinder- und Jugendhilfeträger oder einer Krankenanstalt möglich ist.⁶²⁸ Letzterer Fall setzt die Kenntnis der entsprechenden Krankenanstalt voraus, eine Information, zu deren Mitteilung rechtliche Eltern aus demselben Grund verpflichtet sein können, wie die Mutter zur Bekanntgabe der Identität des Vaters (vgl. Seite 58). Herkunftsbezogene Informationspflichten können aus dem Persönlichkeitsschutz, wie auch aus den allgemeinen Beistandspflichten abgeleitet werden (dazu Seite 56 ff). In beiden Fällen ist nach den einleitenden Bemerkungen zu diesem Kapitel grundsätzlich von ihrer Durchsetzbarkeit auszugehen; soweit im Persönlichkeitsschutz und den Wertungen des Familienrechts begründete Informationspflichten nebeneinander bestehen (wie bei Eltern und Kindern im Rechtssinn), macht es dabei keinen Unterschied, ob man der hA zur Frage der Justiziabilität „rein persönlicher“ familiärer Pflichten folgt oder auf alternative Kriterien abstellt (dazu Seite 134 ff). Bestehen – wie bei Geschwistern und Pflegeeltern und -kindern – aber nur im Familienrecht begründete Auskunftspflichten, können diese nicht überzeugend dem „allgemeinen Rechtsgüterschutz“ zugeordnet werden, weil sie eben erst auf Ebene des Familienrechts zustandekommen (vgl. die entsprechende Argumentation auf Seite 138 f). Damit können auf die Herkunft bezogene Informationspflichten in diesen Gruppen nur bei Abstellen auf die Zweckmäßigkeit der Durchsetzung (dazu Seite 144 ff) gerichtlich geltend gemacht werden. Folgt man nun diesem Ansatz, ist die Justiziabilität solcher Ansprüche ganz unproblematisch, weil die von ihnen vorgesehenen Auskünfte offenbar vorrangig dem Schutz eines Einzelinteresses dienen (der Kenntnis der eigenen Abstammung) und nicht etwa die Erwartung legitimieren, Familienmitglieder werden einander in wichtigen Angelegenheiten ins Vertrauen ziehen. Daher können die auf die eigene Herkunft bezogenen Informationspflichten zwischen rechtlichen Eltern und Kindern, Pflegeeltern und -kindern sowie Geschwistern nach dem hier vertretenen Ansatz gerichtlich durchgesetzt werden.

⁶²⁸ S §§ 7 u 31 Abs 4 B-KJHG 2013 sowie 15 u 20 Abs 2 FMedG.

C. Auskunft über Vermögen und Einkünfte iZm Unterhaltspflichten

Unterhaltsrelevante Informationen sind als Gegenstand eines Gerichtsverfahrens nur relevant, wenn der Kläger es zumindest für möglich halten darf, zu wenig zu erhalten oder zu viel zu bezahlen. In Abwesenheit eines solchen Kontexts dient das Auskunftsbegehren nicht der Wahrung der rechtlich geschützten Interessen des Klägers, sodass der entsprechenden familiären Informationspflicht die Grundlage entzogen ist.⁶²⁹ Aufgrund des klaren vermögensrechtlichen Bezugs solcher Informationen und der Sonderstellung des Unterhaltsrechts im Familienrecht ist die Klagbarkeit hier unproblematisch. Damit ist in Hinblick auf die Ausführungen zu Beginn dieses Kapitels von der Justiziabilität unterhaltsbezogener Aufklärungspflichten im Verhältnis zwischen Eltern und Kindern, Ehegatten, eingetragenen Partnern und rechtlichen Eltern auszugehen. Nun sind solche Pflichten aber auf die Bekanntgabe von Tatsachen gerichtet, die für den Berechtigten nur deshalb bedeutend sind, weil er sie für den Nachweis der Höhe seiner Unterhaltspflicht oder seines Unterhaltsanspruchs benötigt. Dies ist unproblematisch, wenn solche Auskünfte zwischen in gerader Linie Verwandten begehrt werden, weil solche Ansprüche im Außerstreitverfahren⁶³⁰ zu behandeln sind und die Parteien dort ohnehin Mitwirkungspflichten⁶³¹ treffen. Diese Einschätzung ändert sich auch dann nicht, wenn im Falle eines non liquet doch wieder die Beweislastregeln den Ausschlag geben, weil die jeweiligen Mitwirkungs- bzw Informationspflichten in so einer Situation offenbar zu keinem Ergebnis geführt haben. Im streitigen Verfahren – etwa iZm dem gesetzlichen ehelichen oder nachehelichen Unterhalt⁶³² oder Ansprüchen zwischen rechtlichen Eltern (vgl Seite 87 f) – stehen Pflichten zur Bekanntgabe unterhaltsrelevanter Informationen jedoch in einem Spannungsverhältnis zu den Zwecken der Beweislastverteilung. Grund dafür ist, dass solche „präparatorischen Informationspflichten“⁶³³ ausschließlich der Vorbereitung einer Hauptforderung dienen, daher wie eine (teilweise) Beweislastumkehr wirken und so in den durch die Beweislastverteilung geschaffenen Interessensausgleich eingreifen:

⁶²⁹ Vgl Seiten 48 u 59; auch hätte die gerichtliche Einforderung von Informationen dann keinen von der Rechtsordnung gebilligten Nutzen, s *Kodek in Kletečka/ Schauer*, ABGB-ON (2016), § 1295 Rz 85 ff.

⁶³⁰ S § 114 JN zur Anwendbarkeit des AußStrG in diesen Fällen.

⁶³¹ Vgl § 16 Abs 2 u 102 AußStrG.

⁶³² Dabei handelt es sich nicht um Eheangelegenheiten iSd § 114a JN; vgl *Simotta in Fasching/ Konecny*, ZPG³, § 114a JN Rz 9.

⁶³³ S zur Einteilung verschiedener Arten materiellrechtlicher Informationspflichten aus prozessrechtlicher Perspektive *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 45 ff.

1. Auskunft über anspruchsbegründende Tatsachen und Beweislastverteilung

Die Beweislastverteilung gründet auf der Annahme, dass dem Kläger die anspruchsbegründenden Geschehnisse bekannt sind und verlangt von ihm den Nachweis aller Umstände, aus denen die ihm günstige Rechtslage hervorgeht. Hingegen ist der Beklagte nur insoweit (objektiv) beweisbelastet, als die Anwendungsvoraussetzungen einer ihm günstigen Norm nicht bereits durch den vom Kläger zu vertretenden Grundtatbestand abgedeckt sind. Dementsprechend trägt zunächst der Kläger das (Kosten-) Risiko der richtigen Beurteilung seiner Rechtsposition, während der Beklagte nicht fürchten muss, im Prozess zu unterliegen, bloß weil er nicht das Gegenteil beweisen kann. Das Recht erzielt dadurch einen Ausgleich zwischen den widerstreitenden Interessen, rechtmäßigen Forderungen sicher zum Durchbruch zu verhelfen und die durch unbegründete Forderungen entstehenden Belastungen möglichst gering zu halten.⁶³⁴ Dieser Interessensausgleich ist nun gestört, wenn der (spätere) Kläger das Recht hat, vom (späteren) Beklagten Auskunft über anspruchrelevante Umstände zu verlangen, und so zumindest einen Teil des mit der Klagsführung verbundenen Aufwands und Risikos auf den Beklagten überwälzen kann. Zwar wird dadurch nicht direkt in die Beweislastverteilung eingegriffen: Schließlich muss der Kläger nunmehr die Voraussetzungen seines Auskunftsrechts nachweisen, während es ihm weiterhin zum Nachteil gereicht, wenn die vom Beklagten geleisteten Auskünfte sein eigentliches Begehren nicht stützen. Existieren aber weitgehende materiell-rechtliche Auskunftspflichten, könnte der (spätere) Kläger den Prozess immer mehr unbeschadet der ihn treffenden Beweislast unter der (rechtmäßig) erzwungenen Mithilfe des (späteren) Beklagten vorbereiten. So würde der durch die Beweislastverteilung bezweckte Belastungsausgleich untergraben. Diese Gefahr besteht vor allem dann, wenn präparatorische Informationspflichten auf Generalklauseln (wie die §§ 90 Abs 1 u 137 Abs 1 ABGB) oder die natürlichen Rechtsgrundsätze⁶³⁵ gestützt werden. Daher scheint es sinnvoll, bei der Ableitung solcher „erweiterten Informationspflichten“⁶³⁶ darauf zu achten, dass die nicht

⁶³⁴ Vgl. *Rosenberg*, Die Beweislast⁴ 90 ff zu den Grundsätzen der Beweislastverteilung.

⁶³⁵ S. zur Bedeutung des Grundsatzes der Pflicht zur Leistung nach Treu und Glauben für die dogmatische Begründung erweiterter Informationspflichten auch im österreichischen Recht, *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 190 ff.

⁶³⁶ Das sind nicht ausdrücklich im Gesetz vorgesehene Aufklärungspflichten, vgl. *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 153 ff.

beweisbelastete Partei nicht auf unbillige Weise zur Mithilfe an der Vorbereitung der Hauptforderung verpflichtet wird.

Diese Problematik besteht freilich nur insoweit, als die Rechtsordnung die Begründung erweiterter Informationspflichten zulässt; so haben die ältere Rsp und Lehre iZm Art XLII Abs 1 1. Fall EGZPO⁶³⁷ zT vertreten, dass sich gesetzliche (vermögensbezogene) Informationspflichten „ausdrücklich aus einer zugrundeliegenden privatrechtlichen Norm selbst ergeben müssen“ und die Ableitung solcher Pflichten aus allgemeinen Bestimmungen damit ausgeschlossen.⁶³⁸ Nach dieser Auffassung hätten die meisten vermögensbezogenen familiären Informationspflichten mangels ausdrücklicher gesetzlicher Grundlage nicht begründet werden dürfen. Eine solche Haltung ist vor allem deshalb übertrieben streng, weil sie keinen Raum für jene Fälle lässt, in denen wesentliche Informationen dem Beklagten ganz leicht, dem Kläger aber nur sehr schwer zugänglich sind, ohne dass letzterem seine Unkenntnis vorgeworfen werden könnte.⁶³⁹ Sie ist auch nicht zwingend, weil die Beschränkung der Ableitung von Informationspflichten aus allgemeinen Bestimmungen nicht gesetzlich vorgesehen ist⁶⁴⁰, sondern nur mit Blick auf das eben dargestellte Spannungsverhältnis zu den Zielen der Beweislastverteilung wünschenswert scheint. Die jüngere Rsp hat diese Argumente aufgegriffen und lässt die Ableitung nicht ausdrücklich normierter Auskunftsansprüche nunmehr zu, wenn sie aufgrund eines Sonderrechtsverhältnisses oder einer besonderen Pflichtenbindung gerechtfertigt scheinen und eine Interessensabwägung zugunsten der auf Auskunft dringenden Partei ausfällt.⁶⁴¹

2. Zur Zulässigkeit erweiterter Informationspflichten im Unterhaltsrecht

Die Zulässigkeit unterhaltsbezogener Informationspflichten hängt nach dem eben Gesagten (auf Seite 151 f) in erster Linie davon ab, ob zwischen den Parteien ein Sonderrechtsverhältnis

⁶³⁷ Möglichkeit der Klage auf eidliche Bekräftigung zivilrechtlich bereits geschuldeter Vermögensauskünfte.

⁶³⁸ So noch 6 Ob 2296/ 96g, s *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 154 mwN; Beispiele für ausdrücklich vorgesehene privatrechtliche Auskunftsansprüche sind die §§ 1012, 1039 ABGB zum Auftrag und der GoA; besondere Auskunftsrechte bestehen auch gegenüber dem die Verwaltung ausübenden Miteigentümer und dem Handelsvertreter, vgl dazu und zu weiteren Beispielen die Auflistung bei *Konecny in Fasching/ Konecny*, ZPG³, Art XLII EGZPO Rz 24 u 38 ff.

⁶³⁹ Eine solche Situation entsteht häufig iZm gesetzlichen Unterhaltspflichten, vgl die Kritik bei *Harrer-Hörzinger in Harrer/ Zitta*, Familie und Recht, 47 f u *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten 184.

⁶⁴⁰ Vgl *Konecny in Fasching/ Konecny*, ZPG³, Art XLII EGZPO Rz 31 zur fehlenden Begründung für die Beharrung auf ausdrücklich im Gesetz vorgesehenen Unterhaltsansprüchen.

⁶⁴¹ Letzteres ist va dann der Fall, wenn dem Berechtigten seine Unkenntnis nicht vorgeworfen werden kann; vgl zur nunmehr hRsp 3 Ob 197/ 13m u *Konecny in Fasching/ Konecny*, ZPG³, Art XLII EGZPO Rz 31 ff, auf dessen Ausführungen sie aufbaut.

besteht. Für auf den gesetzlichen Unterhalt bezogene Informationspflichten wurde dies von Lehre und Judikatur bejaht,⁶⁴² sodass bei entsprechenden Begehren nur eine im Einzelfall möglicherweise vorhandene Vorwerfbarkeit der Unkenntnis dazu führen kann, dass dem ansonsten Berechtigten kein Auskunftsrecht zukommt. Da solche Manifestationsbegehren nur in Zusammenhang mit einer von ihrem Ergebnis abhängigen Hauptforderung gerechtfertigt sind (vgl Seite 150), müssen diese Ansprüche (soweit zulässig) unter einem⁶⁴³ gerichtlich geltend gemacht werden. Ist dies nicht möglich – etwa wenn ein Elternteil von dem anderen Auskünfte zu den Vermögensverhältnissen eines gemeinsamen Kindes begehrt⁶⁴⁴ – ist das entsprechende Manifestationsbegehren nur insoweit begründet⁶⁴⁵ als der Kläger annehmen darf, dass die begehrten Auskünfte zur Bemessung des dem gemeinsamen Kind geschuldeten Unterhalts notwendig sind (vgl Seite 150). Damit sind auch Auskunftsansprüche in Bezug auf den gesetzlichen ehelichen oder nachehelichen Unterhalt, wie auch den einem gemeinsamen Kind geschuldeten Unterhalt regelmäßig durchsetzbar.

D. Auskunft über das Vermögen verstorbener Familienmitglieder

Bei den im 2. Teil nachgewiesenen familiären Informationspflichten über das Vermögen verstorbener Familienmitglieder (vgl Seiten 60 ff u 81 f) handelt es sich mangels ausdrücklicher gesetzlicher Verankerung um erweiterte Informationspflichten (s Seite 152). Damit stellt sich die Frage der Zulässigkeit solcher Pflichten im Familienrecht auch außerhalb des Unterhaltsrechts.

1. Zur Zulässigkeit erweiterter Informationspflichten im Familienrecht

Die Ableitung erweiterter Informationspflichten ist im Familienrecht mE jedenfalls dann zulässig, wenn sich das von Lehre und Rsp iZm gesetzlichen Unterhaltsansprüchen angenommene Sonderrechtsverhältnis (s Seite 152 f) nicht alleine aus dem Unterhaltsrecht, sondern vorwiegend aus dem weiteren Familienrechtsverhältnis ergibt. Nun wurde die Justiziabilität erweiterter Informationspflichten iZm gesetzlichen Unterhaltsansprüchen im Wesentlichen wie folgt begründet: Zunächst wurde auf die Rechtslage bei vertraglichen

⁶⁴² Vgl Konecny in Fasching/ Konecny, ZPG³, Art XLII EGZPO Rz 68 u Harrer-Hörzinger in Harrer/ Zitta, Familie und Recht, 47 f; s 10 Ob 47/ 07w u 6 Ob 197/ 08a.

⁶⁴³ Eventuell nach Art XLII Abs 1 1. Fall EGZPO.

⁶⁴⁴ Der Auskunftsanspruch wäre im streitigen Verfahren, die Festsetzung des Unterhalts im außerstreitigen Verfahren zu betreiben, vgl § 114 JN u Schneider in Fasching/ Konecny, ZPG³, vor §§ 11 – 15 ZPO Rz 8.

⁶⁴⁵ Der Einwand der missbräuchlichen Rechtsausübung führt zur Sittenwidrigkeit und hat daher materiell-rechtlichen Charakter, vgl Karner in KBB⁵, § 1295 Rz 22.

Unterhaltsvereinbarungen hingewiesen, welche auch nach früherer Ansicht Manifestationsansprüche auslösen.⁶⁴⁶ Ein weiteres Argument betraf die besondere Art unterhaltsbezogener Informationsgefälle, bei welchen die für die Höhe des Unterhalts maßgeblichen Umstände stets demjenigen besonders schwer zugänglich sind, der sie zur Bestimmung seines Anspruchs oder seiner Leistungspflicht benötigt.⁶⁴⁷ Darüber hinaus wollte der OGH Wertungswidersprüche vermeiden: Da das Gericht das Einkommen des Unterhaltspflichtigen iZm den Unterhaltsansprüchen Minderjähriger im Außerstreitverfahren schätzen kann, müsse man großjährigen Kindern einen Manifestationsanspruch gewähren;⁶⁴⁸ daraus entstünde wiederum ein „verfassungsrechtlich bedenkliche[r] Wertungswiderspruch“, wäre der Unterhaltspflichtige nicht auch gegenüber seinem ehemaligen Ehegatten zur Mitwirkung bei der Feststellung seines Einkommens verpflichtet⁶⁴⁹. All diese Punkte greifen unterhaltsspezifische Besonderheiten auf, enthalten jedoch keine Hinweise auf eine besondere, über die bloße Leistung des Unterhalts hinausgehende Pflichtenbindung zwischen den Parteien. Zuletzt stützen sich Rsp und Lehre auch ausdrücklich auf die umfassende Pflichtenbindung zwischen bestimmten Familienmitgliedern wie Ehegatten sowie Eltern und Kindern.⁶⁵⁰ Von allen angeführten Punkten scheint alleine dieser letzte – die familiäre Pflichtenbindung – geeignet, ein Sonderrechtsverhältnis zu begründen. Vor allem schiene es gerade angesichts der übrigen Umstände schwierig, ein solches Verhältnis allein – dh unter Ausblendung des familiären Kontextes – auf jene Bestimmungen zu stützen, die die gesetzlichen Unterhaltspflichten begründen. Schließlich soll mit dem Abstellen auf ein Sonderrechtsverhältnis verhindert werden, dass alle möglichen gesetzlichen Verpflichtungen (man denke an erbrechtliche und schadenersatzrechtliche Ansprüche) als Grundlage von Rechnungslegungspflichten herangezogen werden.⁶⁵¹ Demnach ist die besondere familiäre Pflichtenbindung eine taugliche Grundlage zur Annahme eines Sonderrechtsverhältnisses, in dessen Rahmen erweiterte Informationspflichten entstehen können.

⁶⁴⁶ Vgl Konecny in *Fasching/ Konecny*, ZPG³, Art XLII EGZPO Rz 68 u 10 Ob 47/ 07w.

⁶⁴⁷ Man denke an (Zusatz-) Einkünfte auf beiden Seiten, vgl 7 Ob 123/ 13h.

⁶⁴⁸ S 2 Ob 217/ 04g.

⁶⁴⁹ S 10 Ob 47/ 07w.

⁶⁵⁰ Vgl 10 Ob 47/ 07w mit Hinweis auf 9 ObA 50/ 03y u 6 Ob 197/ 08a; s *Bienert-Nießl*, Auskunftspflichten, 185, *Zankl/ Mondel* in *Schwimann/ Kodek*, I⁴, § 66 EheG Rz 1 u *Harrer-Hörzinger* in *Harrer/ Zitta*, Familie und Recht, 47 f.

⁶⁵¹ S Konecny in *Fasching/ Konecny*, ZPG³, Art XLII EGZPO Rz 31 ff.

2. Zur Auskunft über das Vermögen verstorbener Familienmitglieder

Wie schon Auskünfte über unterhaltsrelevante Umstände sind jene über das Vermögen verstorbener Familienmitglieder nur insoweit relevant, als der Berechtigte es für möglich halten darf, in seinen erbrechtlichen Ansprüchen verkürzt worden zu sein. Entsprechende Auskünfte haben vermögensrechtlichen Charakter. In Anbetracht der zu Beginn dieses Kapitels dargestellten Rahmenumstände ist daher im Allgemeinen von der Durchsetzbarkeit solcher Informationspflichten auszugehen, wobei auch hier eine Verbindung mit dem Hauptanspruch (zB Pflichtteilsergänzung durch Legatsreduktion) notwendig scheint (vgl Seite 150). Da es sich bei diesen Ansprüchen um erweiterte Informationspflichten handelt, ist auch erforderlich, dass zwischen den Parteien ein Sonderrechtsverhältnis besteht und eine Interessensabwägung zugunsten des Berechtigten ausfällt (s Seite 151 f). Ersteres ist nach den obigen Ausführungen (s Seite 153 f) anzunehmen, wenn zwischen den Parteien eine besondere familiäre Pflichtenbindung besteht, was jedenfalls auf beistandspflichtige Familienmitglieder (va nach § 137 ABGB) zutrifft. Auch wenn dies der Fall ist, können das erblasserische Vermögen betreffende Manifestationsbegehren im Einzelfall unzulässig sein, soweit dem an sich Berechtigten seine Unkenntnis zum Vorwurf gemacht werden kann (vgl Seite 152). Durchsetzbar sind damit vor allem entsprechende Informationspflichten zwischen Eltern und Kindern und Geschwistern (vgl Seiten 60 ff u 80 f).

II. Vollstreckung

Aus exekutionsrechtlicher Sicht ist das Erteilen von Auskünften als unvertretbare Handlung einzustufen, die nach § 354 EO durch Geldstrafen und Beugehaft erzwungen werden kann.⁶⁵² Für diese Einteilung ausschlaggebend ist, dass die jeweilige Handlung (hier: die Aufklärung) nur durch den Verpflichteten persönlich vorgenommen werden kann, wobei die notwendige Mitwirkung eines Dritten (zB eines Buchhalters im Fall der Rechnungslegung) nicht schadet, wenn sie ebenfalls nur vom Verpflichteten herbeigeführt werden kann.⁶⁵³ Auch ein Facharzt für Medizinische Genetik oder eine Krankenanstalt könnte ein solcher Dritter sein, wenn die verpflichtete Person nicht alleine zur Aufklärung über das Erbgut in der Lage ist (etwa weil sie das die genetische Veränderung genau bezeichnende medizinische Dokument verloren hat).

⁶⁵² S Klicka in *Angst/ Oberhammer*, EO³, § 354 Rz 7 f; vgl *Brückner*, Vollstreckbarkeit 157 ff.

⁶⁵³ S Klicka in *Angst/ Oberhammer*, EO³, § 354 Rz 16.

Besondere Umstände, die gegen die Exekution familiärer Informationspflichten sprächen, bestehen nicht; die Frage des übermäßigen Eingriffs in Grundrechtspositionen ist auf Erkenntnisebene zu behandeln (s Seite 143 f). Daher sind alle Informationspflichten, die nach den Ergebnissen dieses Kapitels gerichtlich geltend gemacht werden können, auch vollstreckbar.

2. Kapitel: Rechtsfolgen bei Verletzung

I. Allgemeine Rechtsfolgen

Die Missachtung familiärer Pflichten kann unabhängig von ihrer Einklagbarkeit Rechtsfolgen auslösen. So kann ein hinreichend schwerer Verstoß gegen familiäre Pflichten dazu führen, dass die Inanspruchnahme familiärer Rechte, wie jenes auf Unterhalt⁶⁵⁴ oder auf Erhalt der Wohnmöglichkeit nach § 97 ABGB,⁶⁵⁵ rechtsmissbräuchlich ist. Zu denken ist auch an die bloße Herabsetzung des Unterhalts,⁶⁵⁶ die Enterbung,⁶⁵⁷ den Eintritt der Erbunwürdigkeit,⁶⁵⁸ den Entzug der Obsorge⁶⁵⁹ und das Begehen einer schweren Eheverfehlung.⁶⁶⁰ Aufgrund der aus der Beistandspflicht abgeleiteten Garantenstellung kann das Unterlassen der gebotenen Unterstützung auch strafbarkeitsbegründend⁶⁶¹ sein. All diese Folgen können grundsätzlich auch durch den Verstoß gegen familiäre Informationspflichten ausgelöst werden.

In Hinblick auf strafrechtlich relevante Sachverhalte wäre vor allem an gesundheitliche Nachteile mangels (rechtzeitiger) Diagnose der dafür verantwortlichen genetischen Veränderung zu denken. So wird iZm *BRCA1/2*-Mutationen die prophylaktische Entfernung der Eierstöcke (und Eileiter) empfohlen, wodurch das ansonsten damit verbundene hohe Risiko,⁶⁶² an Eierstockkrebs zu erkranken dramatisch reduziert⁶⁶³ wird. In Abwesenheit dieser Maßnahmen ist der Verlauf einer solchen Krebserkrankung regelmäßig ungünstig, weil eine Diagnose im Frühstadium (in welchem eine kurative Behandlung möglich ist, dh vor

⁶⁵⁴ S RS0009766 (zuletzt 2 Ob 58/ 13p).

⁶⁵⁵ S 2 Ob 183/ 09i.

⁶⁵⁶ Auch unter das gesetzlich vorgesehene Maß; s *Stefula*, ÖJZ 2005, 35.

⁶⁵⁷ § 770 Z 5 ABGB idF ErbRÄG 2015.

⁶⁵⁸ § 541 Z 3 ABGB idF ErbRÄG 2015.

⁶⁵⁹ §§ 181f ABGB.

⁶⁶⁰ S *Koch* in KBB⁵, § 49 EheG Rz 6.

⁶⁶¹ S *Hilf* in *Höpfel/ Ratz*, WK StGB², § 2 Rz 85 ff.

⁶⁶² 40-50 % Lebenszeitrisiko bei *BRCA1* u 15-25 % bei *BRCA2*, s *Nelson* et al, Risk Assessment, AHRQ 2013; dieses Risiko liegt in der Normalbevölkerung bei 1-2 %, s *Petrucelli* et al, *BRCA1 and BRCA2* in *Pagon* et al (editors) *GeneReviews*.

⁶⁶³ Auch wenn es nicht auf null sinkt; vgl *Rebbeck* et al, J Natl Cancer Inst. 2009/ 101 (2), 80.

Metastasierung) unwahrscheinlich ist.⁶⁶⁴ Allerdings verhindert die (rechtzeitige) Aufklärung über die bloße Möglichkeit, Träger einer solchen Mutation zu sein, nur dann deren nachteilige Folgen, wenn sich die gefährdete Person im Anschluss genetisch betreuen lässt und die empfohlenen Maßnahmen ergreift. Dabei scheint zweifelhaft, ob solche Umstände die Annahme zulassen, dass der Erfolg bei Hinzudenken der unterbliebenen Aufklärung mit der für die Herstellung der Unterlassungskausalität erforderlichen „praktischen Gewissheit“ ausgeblieben wäre.⁶⁶⁵ Neben den eingangs aufgezählten familien- und erbrechtlichen Folgen des Verstoßes gegen familiäre Pflichten ist vor allem die Möglichkeit des Entstehens von Schadenersatzansprüchen von Interesse, die im Folgenden geprüft werden.

II. Schadenersatz

Die Verletzung von Rechtspflichten macht typischerweise schadenersatzpflichtig, wobei familienrechtliche Pflichten grundsätzlich keine Ausnahme darstellen, soweit der jeweilige Schaden vom Schutzzweck der verletzten Bestimmung umfasst ist.⁶⁶⁶ Werden daher Umstände verschwiegen, die nach den im 2. Teil dargestellten Pflichten hätten offengelegt werden müssen, sind dadurch entstandene Schäden grundsätzlich nach den allgemeinen Regeln zu ersetzen. Dabei ist zu beachten, dass das Schadenersatzrecht nicht dazu herangezogen werden darf, die fehlende Einklagbarkeit bestimmter familiärer Ansprüche (vgl. das 1. Kapitel) zu umgehen. Daher ist bei Verstößen gegen nicht justiziable Informationspflichten nur jener Schaden ersatzfähig, der das Interesse an der Herstellung des rechtmäßigen Zustands (das „Bestandsinteresse“) übersteigt.⁶⁶⁷ Auch handelt es sich bei Vermögensnachteilen, die durch die Verletzung familiärer Informationspflichten entstanden sind, und nicht mit Gesundheitsschäden einhergehen, typischerweise um reine Vermögensschäden, weil der Anspruch, von einem Familienmitglied aufgeklärt zu werden, als solcher kein absolut geschütztes Rechtsgut ist.⁶⁶⁸ Anderes gilt nur für jene Informationspflichten, die sich unmittelbar auf die (absolut geschützten) Persönlichkeitsrechte stützen (vgl. Seiten 38 ff u 56 f). Dies ist von Bedeutung, weil reine Vermögensschäden in vielen Fällen nur ersatzfähig sind, wenn die verletzte Norm (auch) den

⁶⁶⁴ Vorsorgeuntersuchungen verbessern die Sterblichkeitsrate bei Eierstockkrebs nicht, s. Buys et al, JAMA 2011/ 305 (22), 2295.

⁶⁶⁵ Vgl. *Hilf in Höpfel/ Ratz*, WK StGB², § 2 Rz 57.

⁶⁶⁶ Vgl. RS0022943 (zuletzt 4 Ob 100/ 15g) u va 4 Ob 166/ 02v (Detektivkosten).

⁶⁶⁷ Vgl. iZm der Scheidung grundlegend *Welser*, ÖJZ 1975, 6 ff; s. RS0108842; s. a. *Stefula*, ÖJZ 2005, 35.

⁶⁶⁸ Vgl. *Kozioł*, JBl 2004, 273.

Zweck hatte, gerade diese Schäden zu verhindern.⁶⁶⁹ Aus schadenersatzrechtlicher Sicht ist in Hinblick auf die im 2. Teil untersuchten Informationspflichten daher vor allem zu klären, ob durch die Verletzung solcher Pflichten entstandene Schäden vom Schutzzweck der zugrundeliegenden Bestimmungen erfasst sind.

A. Unterhalts- und pflichtteilsrelevante Auskünfte

Im Bereich unterhaltsrelevanter Informationen ist zunächst an den Ersatz des Schadens zu denken, der entstehen kann, wenn ein Elternteil dem andern Informationen vorenthält, die für die Bestimmung des Unterhalts eines gemeinsamen Kindes von Bedeutung sind. Da dies einen Verstoß gegen die entsprechenden Informationspflichten zwischen rechtlichen Eltern (s. Seite 86 f) darstellt, kann ein Schadenersatzanspruch in Höhe des zuviel bezahlten Unterhalts entstehen.⁶⁷⁰ Der praktische Vorteil eines solchen Anspruchs liegt im Vergleich zu jenem auf Rückzahlung gegen das Kind wohl in seiner besseren Einbringlichkeit. Entsprechende Ersatzansprüche sind nicht nur denkbar, wenn Unterhaltsleistungen falsch bemessen wurden, sondern auch dann, wenn die die Unterhaltspflicht auslösende (rechtliche) Elternschaft mangels biologischer Abstammung angefochten werden kann (dh in den Fällen der §§ 151 u 154 Abs 1 Z 3 ABGB). Verstöße gegen unterhaltsbezogene Informationspflichten können auch im Verhältnis zwischen Unterhaltsgläubiger und -schuldner (wie Eltern und Kindern) Schadenersatzpflichten auslösen. Dies wäre etwa im Verhältnis zwischen Eltern und Kindern der Fall, wenn sie relevante Informationen zu ihren jeweiligen Einkommen verschweigen. Dabei würden die resultierenden Schadenersatzansprüche mit den entsprechenden Nach- bzw Rückzahlungsansprüchen konkurrieren. In solchen Fällen dürften Schadenersatzansprüche den Vorteil haben, nach den allgemeinen Regeln (§ 1489 ABGB) erst ab Kenntnis des Schadens zu verjähren,⁶⁷¹ während für Nach- und Rückzahlungsansprüche bei Unterhaltsleistungen die dreijährige Frist des § 1480 ABGB zur Anwendung kommt.⁶⁷²

In Hinblick auf Pflichtteilsansprüche wäre etwa an jenen Fall zu denken, in dem sich Eltern gegenseitig nur Legate zukommen lassen und alleine ihre Kinder als Erben einsetzen, nicht aber ohne zuvor wesentliche Teile ihres gemeinsamen Vermögens beiseite geschafft zu

⁶⁶⁹ Diese Anforderung entfällt bloß bei vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung und im (vor-) vertraglichen Bereich, vgl. *Koziol*, JBl 2004, 273; s. RS0022813 u. RS0023122, T2; s. für eine Zusammenfassung der Judikatur 6 Ob 229/16v.

⁶⁷⁰ Vgl. zu so einem Fall 6 Ob 197/08a.

⁶⁷¹ Vgl. 10 Ob 23/04m zu Schadenersatz iZm überhöhten Kreditzinsen.

⁶⁷² S. *Dehn* in KBB⁵, § 1480 Rz 5.

haben. Handelt es sich dabei um Schenkungen an Dritte (zB eine ausländische juristische Person)⁶⁷³ in den letzten zwei Jahren vor dem Tod einer der Eltern, ist leicht vorstellbar, dass die Kinder in Ermangelung entsprechender Kenntnis von diesen Vorgängen zunächst in ihrem Pflichtteil verkürzt sind. Aus erbrechtlicher Sicht bestünde in so einem Fall keine Auskunftspflicht des überlebenden Elternteils gegenüber den Kindern (da dieser weder Erbe noch Geschenknehmer ist, vgl Seite 61). Aus familienrechtlicher Sicht besteht jedoch eine auf § 137 Abs 1 ABGB gestützte Informationspflicht (vgl Seite 61 f). Unterlässt der überlebende Elternteil eine entsprechende Aufklärung, können die Kinder nicht oder nicht gleich (nach den §§ 781 ff ABGB idF ErbRÄG 2015) auf Anrechnung der Schenkung und eine eventuelle Inanspruchnahme des Geschenknehmers dringen und erleiden so zunächst einen (reinen) Vermögensschaden in Höhe des von ihnen erlittenen Ausfalls am Pflichtteil. Erfahren die Kinder zu einem späteren Zeitpunkt vom Verbleib des erblasserischen Vermögens, können sie gegenüber dem überlebenden Elternteil auf Ersatz jener Schäden dringen, die durch die unterbliebene bzw verspätete Aufklärung entstanden sind. Dabei könnte es sich durchaus um annähernd den gesamten Ausfall am Pflichtteil handeln. Dies wäre der Fall, wenn die vom überlebenden Elternteil erhaltenen Legate im Vergleich zu dem beiseite geschafften Vermögen des Erblassers unbedeutend sind und eine Haftungsklage wider den beschenkten Dritten mittlerweile ins Leere geht, zB weil das Geschenk im Vermögen des insoweit redlichen Geschenknehmers nicht mehr vorhanden ist oder weil es sich bei dem Geschenknehmer um eine zwischenzeitlich aufgelöste ausländische Privatstiftung handelt. Der aus diesen Beispielen hervorleuchtende Vorteil von Schadenersatzansprüchen, die auf die Verletzung familiärer Informationspflichten gestützt sind, besteht in der höheren praktischen Wahrscheinlichkeit, auch nach Verstreichen mehrerer Jahre nach dem Tod des Erblassers noch einen Ausgleich für eine erlittene Verkürzung des Pflichtteils zu erhalten. Insoweit könnten familiäre Informationspflichten auch dort von Interesse sein, wo eigentlich bereits nach § 786 ABGB idF ErbRÄG 2015 Auskunftspflichten bestehen: Letztere gewähren nämlich nur das Recht, gegenüber bestimmten Personen auf Auskunft zu dringen, nicht aber auch die

⁶⁷³ Man denke etwa an eine Privatstiftung auf den Cook Islands, vgl zum Potential eines solchen Vorgehens *Confessore*, How to hide \$ 400 Million, The New York Times Magazine, 30.11.2016, abrufbar unter <https://www.nytimes.com/2016/11/30/magazine/how-to-hide-400-million.html>; vgl idS auch *Wayne*, Cook Islands, a Paradise of Untouchable Assets, The New York Times, 14.12.2013, abrufbar unter <http://www.nytimes.com/2013/12/15/business/international/paradise-of-untouchable-assets.html>.

Pflicht dieser Personen, von sich aus entsprechende Auskünfte zu geben.⁶⁷⁴ Daher kann das rein passive Verhalten der grundsätzlich zur Aufklärung verpflichteten Person nur iZm familiären Informationspflichten – die zum aktiven Schutz der vermögensrechtlichen Interessen des Berechtigten verpflichten (vgl auf Seite 50) – schadenersatzrechtliche Folgen haben. Unterbleibt nun eine solche familiäre Aufklärung mit der Folge, dass eine eingetretene Verkürzung am Pflichtteil sonst nicht mehr ausgeglichen werden kann (vgl § 790 Abs 1 ABGB idF ErbRÄG 2015), ist auch bei Bestehen erbrechtlicher Auskunftsansprüche an im Familienrecht begründete Schadenersatzansprüche zu denken.

In Hinblick auf unterhalts- und pflichtteilsrelevante Informationen sind Vermögensschäden der eben beschriebenen Art offenbar vom Schutzzweck der jeweiligen Auskunftspflichten erfasst, weil diese ausschließlich der korrekten Bemessung der entsprechenden Unterhalts- bzw Pflichtteilsansprüche dienen.

Soweit es Informationen über die eigene Herkunft oder das Erbgut betrifft, ist der Zusammenhang zwischen dem Zweck entsprechender Auskunftspflichten und dem Schutz des Vermögens des Berechtigten weniger klar. Zwar sind Vermögensschäden auch in diesen Fällen denkbar, etwa wenn die verspätete Behandlung der Auswirkungen einer genetischen Veränderung zu einem höheren Lebensaufwand führt⁶⁷⁵ oder wenn infolge der (rechtswidrigen, vgl Seite 52 ff) Weigerung der Mutter, Auskunft über die Identität des Vaters zu geben, (Detektiv-) Kosten für entsprechende Nachforschungen angefallen sind. Vor allem im Verhältnis zwischen Eltern und Kindern ist an jene Kosten zu denken, die durch die Geburt eines von einer genetischen Veränderung betroffenen Kindes zusätzlich entstehen. Ob diese Schäden aber jener Art sind, der die jeweils vernachlässigten Aufklärungspflichten vorbeugen sollen, ist nicht offensichtlich: Während unterhalts- und nachlassbezogene Auskünfte gerade das Entstehen von Vermögensnachteilen verhindern sollen, dient die Kenntnis von Umständen, die die Herkunft und die Gesundheit betreffen, in erster Linie anderen Zwecken.

⁶⁷⁴ Vgl eine solche Einschätzung scheinbar voraussetzend *Zankl* in *Rabl/ Zöchling-Jud*, Das neue Erbrecht 117 u *Zollner/ Pitscheider*, PSR 2016, 19 f; dafür spricht außerdem schon die einfache Überlegung, dass Geschenknehmer nicht wissen müssen, welche Rolle die von ihnen erhaltene Zuwendung nach dem Tod des Geschenkgebers im Verlassenschaftsverfahren spielen könnte.

⁶⁷⁵ ZB durch Geburt eines Kindes mit Cystischer Fibrose (die mittlere Lebenserwartung beträgt 37 Jahre; erhöhter Lebensaufwand durch das Nötige stetige Entfernen des zähen Bronchialsekrets, Klopfmassage, Mukolyse, Drainagelagerung, div Vorsorgemaßnahmen, u ev Lungentransplantation bzw Herz- Lungentransplantation), vgl dazu *Schaaf/ Zschocke*, Humangenetik², 223; man denke auch an den Aufwand bei jahrelanger krebsbezogener Behandlung.

B. Auskunft über die eigene Herkunft

Informationspflichten über die Abstammung sollen verhindern, dass jemand in Unkenntnis seiner biologischen Vorfahren leben muss, weil entsprechende Kenntnisse für die persönliche Entwicklung anerkanntermaßen von hoher Bedeutung sind (s Seite 26). Sie dienen also grundsätzlich nicht der Vermeidung jener Kosten, die mit der Beschaffung entsprechender Informationen ansonsten verbunden wären. Zieht man die (absolut geschützten) Persönlichkeitsrechte als Grundlage solcher Pflichten heran (vgl Seite 56 f), sind auch reine Vermögensschäden ersatzfähig. Dies betrifft etwa bei der alternativen Beschaffung der geschuldeten Information entstandene Kosten. Stehen entsprechende Pflichten im Kontext allgemeiner familiärer Beistandspflichten, sind bei ihrer Beurteilung auch die Vermögensinteressen der Beteiligten zu berücksichtigen (s Seite 48), sodass der Ersatz von Kosten wie Detektivkosten schon grundsätzlich in Frage kommt.⁶⁷⁶ Voraussetzung ist dafür in beiden Fällen, dass die Aufklärungspflicht aufrecht war, obwohl der Berechtigte die relevanten Informationen auch auf alternativem Weg (nämlich durch Beauftragung eines Detektivs) erlangen konnte. Dies ist nach den im 2. Teil festgesetzten Maßstäben (s Seite 56 ff) dann nicht mehr der Fall, wenn der Berechtigte über eine annähernd gleichwertige Alternative zur Beschaffung der entsprechenden Informationen verfügte. Von einer solchen Gleichwertigkeit wäre mE nicht auszugehen, wenn der voraussichtliche Aufwand (Zeit und Fachwissen) der Beschaffung der jeweiligen Informationen (ohne die Mitwirkung des Verpflichteten) so hoch ist, dass ein entsprechender Erfolg ohne die Beiziehung eines Detektivs nicht zu erwarten ist. Dies wäre etwa der Fall, wenn die Mutter sich weigert, die Identität der Einrichtung bekannt zu geben, bei der sie vor über zwanzig Jahren im Ausland eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung hat durchführen lassen. Kommen hingegen nur eine handvoll inländische Einrichtungen in einem geographisch begrenzten Umfeld in Betracht (und ist dieser Umstand dem Kind bekannt), können an diese Einrichtungen gerichtete Anfragen mE als annähernd gleichwertig zu einer direkten Auskunft der Mutter gesehen werden. Insgesamt ist der Ersatz von Detektivkosten für die Beschaffung von Informationen zur eigenen Herkunft daher im Einzelfall möglich. Diese Einschätzung betrifft zumindest jenen Fall, in welchem die entsprechenden Nachforschungen erfolgreich waren. Waren solche Nachforschungen nicht erfolgreich, kann der dadurch verursachte Schaden der zur Auskunft verpflichteten Person wohl nur insoweit zugerechnet werden, als sie nicht von vornherein als völlig aussichtslos

⁶⁷⁶ Vgl die Argumentation des OGH zu 4 Ob 166/ 02v.

gelten mussten. Angesichts der hohen Bedeutung der Kenntnis der eigenen Abstammung wäre dabei mE kein allzu strenger Maßstab anzulegen, sodass umfänglich begrenzte Nachforschungen wohl auch gerechtfertigt sind, wenn nur beschränkt mit Erfolg zu rechnen ist. In solch einem Rahmen wären mE daher auch Ersatzansprüche iZm erfolglosen Nachforschungen denkbar.

C. Auskunft über das Erbgut

1. Bei Risiken für den Informationsberechtigten

Wird eine Person (zB ein Kind durch seine Eltern) nicht über mit dem eigenen Erbgut verbundene Gefahren aufgeklärt, können vor allem Gesundheitsschäden auftreten und die Möglichkeit der selbstbestimmten Lebensführung beeinträchtigt sein (vgl Seite 38 f). Entsprechende Informationspflichten dienen der Vermeidung dieser Folgen (s Seite 40 zum Aufklärungsinteresse eines Kindes gegenüber seinen Eltern). Mit rechtswidrig verursachten Gesundheitsnachteilen adäquat verbundene Kosten sind im Allgemeinen ersatzfähig (§ 1325 ABGB, s Seite 167 f zum Schmerzensgeld). Geht man zunächst von Ansprüchen des unmittelbar von einer genetischen Veränderung Betroffenen aus, kommen nur jene Kosten infrage, die mangels früherer Aufklärung zusätzlich entstanden sind. Hingegen können Kosten, die mit dem Vorliegen solcher Veränderungen jedenfalls verbunden sind zumindest vom Betroffenen selbst nicht geltend gemacht werden (s zur Geltendmachung wie bei wrongful birth Seite 163 ff), weil dies – ähnlich der Lage in Fällen von wrongful life – eine unzulässige Gegenüberstellung des Werts seiner Existenz mit und ohne genetischer Veränderung erforderte.⁶⁷⁷ Mit vermeidbaren Gesundheitsschäden einhergehende Aufwendungen sind hingegen grundsätzlich ersatzfähig. Dabei ist vor allem an vergleichsweise einfache Fälle zu denken, in denen die jeweilige Veränderung fast immer oder immer mit bestimmten Krebserkrankungen einhergeht, denen bei rechtzeitiger Diagnose der genetischen Veranlagung durch Entfernung des Organs, von dem das Risiko ausgeht, vorgebeugt werden kann.⁶⁷⁸ Der Vorteil einer solchen prophylaktischen Operation gegenüber jener im (Krebs-) Erkrankungsfall liegt neben der höheren Lebenserwartung in einer Verringerung des

⁶⁷⁷ Vgl Schauer, RdM 2004, 18; s RS 0112111.

⁶⁷⁸ ZB Erblisches Brust- und Eierstockkrebsyndrom (durch *BRCA1/2* Mutationen), s dazu auf Seite 156 f, sowie Familiäre Adenomatöse Polypose (bei *APC* Mutationen, bis zu 100 % Lebenszeitrisiko für Darmkrebs), s Jaspersen/ Burt, APC-Associated Polyposis Conditions in Pagon et al (editors), GeneReviews, und Familiäres Medulläres Schilddrüsenkarzinom (bei *RET* Mutationen, Operation uU bereits im 1. Lebensjahr medizinisch indiziert), s Schaaf/ Zschocke, Humangenetik², 310 f.

Aufwands, der Nebenwirkungen und Komplikationen.⁶⁷⁹ Da die Ursache solcher Schäden eine Unterlassung ist, muss der Berechtigte nachweisen, dass er sich, wäre er aufgeklärt worden, einer genetischen Beratung unterzogen hätte und anschließend den ärztlichen Empfehlungen gefolgt wäre (was wiederum bestimmten Gesundheitsnachteilen vorgebeugt hätte). Der Erfolg eines solchen Nachweises ist schon deshalb nicht gesichert, weil der Anscheinsbeweis in Fällen wie diesen, in denen der Kausalverlauf vom individuellen Willensentschluss eines Menschen abhängt, unzulässig ist.⁶⁸⁰ Andererseits ist der Beweis der Unterlassungskausalität im Schadenersatzrecht einfacher als im Strafrecht: Muss der Erfolg für den Eintritt der Strafbarkeit bei Hinzudenken der unterlassenen Handlung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit⁶⁸¹ ausbleiben, sind im Zivilrecht „nicht so strenge Anforderungen an die Beweisbarkeit des bloß hypothetischen Kausalverlaufs“⁶⁸² zu stellen. Daher ist iZm Verstößen gegen familiäre Informationspflichten über das Erbgut auch an Schadenersatz wegen dadurch entstandener Gesundheitsnachteile zu denken. Unterlässt etwa ein Elternteil oder ein Geschwister die entsprechende Aufklärung eines Kindes oder eines anderen Geschwister, kann er für den dadurch zusätzlich entstandenen Schaden ersatzpflichtig werden.

2. Bei Risiken iZm der Zeugung von Nachkommen

Genetische Veränderungen können sich nicht nur auf die betroffene Person selbst, sondern auch auf deren Nachkommen auswirken. Dabei ist vor allem an Fälle zu denken, in denen das (selbst nicht beeinträchtigte) Kind nicht darüber aufgeklärt wurde, dass es womöglich (oder sicher) Träger einer genetischen Veränderung ist, mit der ein hohes Risiko für die Geburt eines schwer beeinträchtigten Kindes verbunden ist.⁶⁸³ Entsprechende Auskunftspflichten bestehen vor allem zwischen rein biologischen (s. Seite 38 ff) wie auch rechtlichen Eltern und Kindern und (rechtlichen) Geschwistern. Solche Pflichten dienen in erster Linie dem Schutz des

⁶⁷⁹ So entfällt die Notwendigkeit zusätzlicher Therapien (Hormon-, Strahlen- oder Chemotherapie), erweiterter Operationen (Lymphknotenentfernung) und der damit verbundenen Nachteile (zB Wechselbeschwerden, Knochenbrüche, Lymphödem, Hautschäden, Thrombosen und damit erhöhtes Risiko für Lungenembolie, Nebenwirkungen der Chemotherapie wie Unfruchtbarkeit und andere Gesundheitsschäden).

⁶⁸⁰ Vgl. RS0040288.

⁶⁸¹ Vgl. *Hilf in Höpfel/ Ratz*, WK StGB², § 2 Rz 57.

⁶⁸² Vgl. 10 Ob 61/ 11k (Anlageberatung).

⁶⁸³ Dies ist zB bei Fragilem-X-Syndrom (schwere geistige Entwicklungsstörung bei männlichen Nachkommen) oder Duchenne Muskeldystrophie (Muskelschwäche führt schon im Kindesalter zu Rollstuhlabhängigkeit; nur wenige leben länger als 30 Jahre) möglich (beides X-chromosomal erblich); gleiches gilt für alle balancierten chromosomalen Translokationen, vgl. *Schaaf/ Zschocke*, Humangenetik², 287 ff, 294 ff, 36 ff; zu denken wäre auch an Myoklonus-Dystonie durch *SGCE*-Mutationen, Erkrankung nur bei Weitergabe durch Väter; Muskelbewegungsstörung im Nacken-, Oberkörper- und Armbereich sowie psychische Störungen, s. *Raymond/ Ozelius*, Myoclonus-Dystonia in *Adam et al* (editors), GeneReviews.

Interesses, gesunde Nachkommen zu zeugen. Dieses Interesse hat anerkanntermaßen auch eine vermögensrechtliche Komponente.⁶⁸⁴ Findet eine solche Aufklärung nicht statt, stellt der erhöhte Betreuungsaufwand für ein von einer genetischen Veränderung betroffenes Kind einen (reinen) Vermögensschaden dar. Dabei ist zu beachten, dass ein solcher Schaden nur gegenüber dem nicht aufgeklärten Kind selbst, nicht aber gegenüber Dritten ersatzfähig sein kann. Nur im Eltern-Kind Verhältnis sprechen auch die Rahmenumstände für den Ersatz reiner Vermögensschäden.⁶⁸⁵ So besteht hier keine Gefahr der Ausuferung der Haftung, da nur ganz bestimmte Personen aus familiären Informationspflichten berechtigt sind. Auch existiert zwischen entsprechend verpflichteten Personen ein besonderes Nahe- und Abhängigkeitsverhältnis, wobei der Berechtigte zur Wahrung seiner Interessen typischerweise auf die Auskunft des Verpflichteten angewiesen ist. Spendet das von einer genetischen Veränderung des Erbguts betroffene Kind in Unkenntnis dieses Umstandes Samen- oder Eizellen, haften seine Eltern daher nicht für Schäden, die bei Dritten entstanden sind, die die gespendeten Zellen zur Zeugung von Kindern herangezogen haben: Die verletzten Informationspflichten dienen nicht dem Schutz der Empfänger kindlicher Samenspenden, sondern alleine dem Interesse des Kindes an der Zeugung gesunder Nachkommen. Aus dem gleichen Grund ist die unterlassene Aufklärung des Kindes auch kein Ansatzpunkt für eine Haftung der Eltern gegenüber jener Person, mit der ihr Kind gemeinsame Nachkommen gezeugt hat. Gelingt nun dem zur Auskunft Berechtigten (dh typischerweise dem Kind) der Nachweis, dass die unterlassene Aufklärung die Geburt eines (Enkel-) Kindes mit erhöhtem Betreuungsaufwand verhindert hätte, sind die entsprechenden Kosten mE ersatzfähig. In Hinblick auf die Judikatur des OGH zu wrongful birth und wrongful conception ist dabei an den Ersatz des Gesamtbetreuungsaufwandes zu denken.⁶⁸⁶ Das Kind selbst kann – wie bei wrongful life – hingegen nicht auf Schadenersatz dringen (vgl Seite 162). Ganz ähnlich sind Fälle, in denen die Auswirkungen genetischer Veränderungen zur Vermeidung gesundheitlicher Schäden noch vor oder unmittelbar nach der Geburt behandelt werden müssen (und können), sodass entsprechende vorgeburtliche Kenntnisse von wesentlicher Bedeutung sind.⁶⁸⁷ Auch

⁶⁸⁴ Dieser Aspekt ist bei Fällen iZm der Pränataldiagnostik von Bedeutung, vgl 5 Ob 148/ 07m.

⁶⁸⁵ Vgl *Kozial*, JBl 2004, 273 zu allgemeinen Beurteilungskriterien für die Ersatzfähigkeit reiner Vermögensschäden.

⁶⁸⁶ Vgl *Swoboda*, AnwBl 2016, 392.

⁶⁸⁷ Dies betrifft etwa das Adrenogenitale Syndrom (führt zu Vermännlichung eines weiblichen Fötus), Phenylketonurie (PKU, Intelligenzminderung, wenn nicht behandelt) und andere Stoffwechselerkrankungen, s *Schaaf/ Zschocke*, Humangenetik², 248 ff, 235 ff, 233 ff, sowie autosomal-rezessiv vererbte Formen von schwerem kombiniertem Immundefekt (AR-SCID, je nach Art Tod innerhalb der ersten zwei Lebensjahre, wenn

hier könnten informationspflichtige Eltern für Gesundheitsschäden haften, die mangels rechtzeitiger Aufklärung ihrer Kinder bei ihren Enkeln zusätzlich entstanden sind.

3. Bei Risiken iZm der Entscheidung, gemeinsame Nachkommen zu zeugen

Wenn genetische Veränderungen mit besonderen Risiken für die Zeugung von Kindern verbunden sind, müssen iZm familiären Informationspflichten zwei Fälle unterschieden werden (s. Seite 147 f): Einerseits können solche Pflichten dem Schutz des individuellen Interesses an der Zeugung (gesunder) Nachkommen dienen. Andererseits können familiäre Informationspflichten aber auch dem gemeinsamen Interesse dienen, in der Frage der Zeugung von Kindern eine informierte Entscheidung fällen zu können. In diesem Fall besichern entsprechende Pflichten vor allem die loyale Konsensbildung möglicher Eltern, und dienen damit nicht mehr vorrangig dem Schutz jener Interessen, die erst zum Tragen kommen, wenn eine Einigung erzielt wurde (vgl. zur Bedeutung genetischer Informationen für die Entscheidungsfindung selbst Seite 90 f). Daher ist an Schadenersatz iZm der Verletzung entsprechender Informationspflichten nur insoweit zu denken, als der Prozess der Entscheidungsfindung auch der Wahrung vermögensrechtlicher Interessen dient. Anders gesagt kommt es darauf an, ob die zu erwartenden Kosten ein wesentlicher Aspekt der Entscheidung, Kinder zu zeugen, sind. Im Allgemeinen ist mE davon auszugehen, dass finanzielle Aspekte für die Entscheidung, ein Kind zu zeugen, eine wesentliche Rolle spielen (vgl. die Ausführungen zum wirtschaftlichen Wert entsprechender Betreuungstätigkeiten auf Seite 8). Allerdings kann sich die Situation im Einzelfall auch ganz anders darstellen: Stehen möglichen Eltern genügend Mittel zur Verfügung und planen sie ohnehin ihr Kind mehr als üblich (zB von Geburt an) betreuen zu lassen (etwa um eine Beeinträchtigung ihrer Karrieren zu vermeiden), ist gut vorstellbar, dass finanzielle Erwägungen für die Entscheidung, ein Kind zu zeugen, nur von untergeordneter Bedeutung sind. In so einem Fall dient der Prozess der Entscheidungsfindung iZm der Zeugung von Kindern gerade nicht der Wahrung vermögensrechtlicher Interessen, sodass Schadenersatzansprüche wegen erhöhter Betreuungskosten abzulehnen wären. Waren die Kosten künftiger Kinder (und die Art ihrer Deckung) hingegen für die Konkretisierung eines gemeinsamen Kinderwunsches wesentlich, sollte dieser Vorgang offenbar auch die finanzielle Sicherheit der geplanten Familie wahren.

keine Behandlung durch Knochenmarkstransplantation von einem geeigneten Spender erfolgt; im Idealfall erfolgt dies bald nach der Geburt, was mit einer vorangehenden Spendersuche verbunden ist), vgl. *Schaaf/Zschocke, Humangenetik*², 343.

Damit ist ein Ersatz von erhöhten Betreuungskosten im Einzelfall auch im Verhältnis zwischen Eltern möglich, soweit solche Kosten durch die unterlassene Aufklärung verhindert worden wären. Dabei sind solche Schadenersatzansprüche nur insoweit denkbar, als die entstandenen Kosten auch wirklich dem in seinem Aufklärungsrecht verletzten Elternteil zur Last fallen (dh insoweit, als er tatsächlich für den Kindesunterhalt aufkommt).

Eine Fallkonstellation iZm der Entscheidung, gemeinsame Nachkommen zu zeugen, betrifft nur das Verlöbnis: Hier ist im Falle eines Rücktritts neben der Möglichkeit der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung nach § 1435 ABGB pa und der Sonderregelung des § 1247 ABGB (Rückforderung von in Hinblick auf die erwartete Eheschließung gemachter Schenkungen) auch an die Erstattung des Vertrauensschadens zu denken: Dazu verpflichtet § 46 ABGB denjenigen, der grundlos zurücktritt oder einen Grund für den Rücktritt des anderen zu vertreten hat. Beispiele solcher Schäden sind ua Kosten für die Hochzeitsvorbereitungen und frustrierte Aufwendungen für die künftige Ehwohnung.⁶⁸⁸ Die Ersatzpflicht setzt ein Verschulden voraus,⁶⁸⁹ weil die unverschuldete Verwirklichung eines Rücktrittsgrunds nicht illoyal ist und das berechtigte Vertrauen des anderen daher nicht enttäuschen kann.⁶⁹⁰ Derart unverschuldet wäre etwa das Bekanntwerden der Zeugungsunfähigkeit nach Eingehen des Verlöbnisses, während das Verschweigen der bereits bekannten Zeugungsunfähigkeit im Zuge der Verlobung ersatzpflichtig macht. Gleiches gilt für das Verschweigen von wesentlichen genetischen Veränderungen von denen das Erbgut eines der Verlobten betroffen ist (vgl Seite 89 f).

Aufgrund der hohen persönlichen Bedeutung der Informationen, die Gegenstand der hier untersuchten Aufklärungspflichten sind, fragt sich schließlich, ob durch Verstöße gegen diese Pflichten auch immaterieller Schadenersatz zu gewähren ist.

D. Immaterieller Schadenersatz

Hier ist zunächst an Schmerzensgeld iZm jenen Schmerzen zu denken, die zusätzlich entstanden sind, weil der Betroffene nicht rechtzeitig über das Risiko aufgeklärt wurde, Träger einer nachteiligen genetischen Veränderung zu sein (vgl auch Seite 162 f). So ist zB die Operation eines bereits entstandenen Tumors nicht nur aufwändiger und riskanter als ein bloß

⁶⁸⁸ Vgl Koch in KBB⁵, § 46 Rz 4.

⁶⁸⁹ So die (zutreffende) jüngere hL, s Hinteregger in Fenyves/ Kerschner/ Vonkilch, Klang, § 46 Rz 2 mwN; haben beide Verlobte Grund zum Rücktritt, entfällt die Ersatzpflicht.

⁶⁹⁰ Vgl Loser in Jung (hrsg), Tagungsband Recht Aktuell 2006 – Aktuelle Entwicklungen im Haftpflichtrecht, Rz 10.

vorbeugender Eingriff,⁶⁹¹ sondern erfolgt auch im Anschluss an den Ausbruch einer (Tumor-) Erkrankung, alles Umstände, die ein mehr an Schmerzen nahelegen. Nach den allgemeinen Regeln ist in solchen Fällen, im Rahmen der Ersatzfähigkeit materieller Schäden (vgl Seite 162 f), auch Schmerzensgeld zu leisten (§ 1325 ABGB). Dabei sind auch im Rahmen der Familie Ansprüche iZm rein psychischen Gesundheitsbeeinträchtigungen vorstellbar, wenn diese durch ein „plötzliches, einem seelischen Schock vergleichbares traumatisches Erlebnis“ ausgelöst werden.⁶⁹² Im Kontext der vorliegenden Untersuchung ist auch von Bedeutung, dass sich der OGH bereits iZm der Frage des „wrongful birth“ für die Möglichkeit der Geltendmachung von Ansprüchen wegen des Schocks der überraschenden Geburt eines beeinträchtigten Kindes ausgesprochen hat.⁶⁹³ Nun würde es einen Wertungswiderspruch darstellen, solche Ansprüche gegenüber dem behandelnden Arzt zuzulassen aber gegenüber anderen Personen zu verneinen, obwohl sie auf vergleichbare Weise (wenn auch aus ganz unterschiedlichem Rechtsgrund) zur Aufklärung über Umstände verpflichtet sind, denen iZm der Zeugung eines Kindes eine besondere Bedeutung zukommt. So ist auch iZm familiären Informationspflichten denkbar, dass die überraschende Geburt eines durch eine genetische Veränderung schwer beeinträchtigten Kindes für die Eltern ein traumatisches Erlebnis darstellt und behandlungsbedürftige psychische Störungen zur Folge hat. Eine unterlassene familiäre Aufklärung wäre für eine solche Störung kausal, wenn sie die Geburt des Kindes überhaupt verhindert hätte, oder wenn sie den Schock durch entsprechende Vorbereitung der Eltern wesentlich vermindert hätte, sodass es diesen erspart geblieben wäre, sich in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang mit der Geburt mit der Beeinträchtigung des Kindes auseinandersetzen zu müssen. Entsprechende Aufklärungspflichten bestehen etwa zwischen Eltern und Kindern, wobei vor allem an genetische Veränderungen zu denken ist, deren nachteilige Auswirkungen erst in der Enkelgeneration zu tragen kommen.⁶⁹⁴ Werden die Kinder bei der Geburt ihrer Kinder (der Enkel) überraschend damit konfrontiert, dass diese an einer extrem seltenen, aber schweren körperlichen und geistigen Beeinträchtigung leiden, ist das Auftreten einer behandlungsbedürftigen psychischen Beeinträchtigung der jungen Eltern nicht auszuschließen. Erschwerend hinzukommen könnte dabei, dass ein solches Ergebnis bei

⁶⁹¹ S Fn 679.

⁶⁹² Vgl 6 Ob 124/ 02g u 4 Ob 8/ 11x.

⁶⁹³ Vgl 1 Ob 91/ 99k.

⁶⁹⁴ S Fn 683.

rechtzeitiger (groß-) elterlicher Aufklärung durch entsprechende vorgeburtliche Maßnahmen hätte vermieden werden können.

Zu den immateriellen Schäden zählen auch psychische Belastungen ohne Krankheitswert, die sog Trauerschmerzen, die nach stRsp bei grober Fahrlässigkeit vor allem dann ersatzfähig sind, wenn sie durch den Tod naher Angehöriger hervorgerufen wurden.⁶⁹⁵ Der Ersatz solcher Schäden kommt auch iZm der Todgeburt eines Kindes in der 37. Schwangerschaftswoche nach fehlerhafterweise unterbliebenem Kaiserschnitt in Betracht, wobei der OGH die anspruchsrelevante Trauer auf die enttäuschten „freudige[n] Erwartungen, Sehnsüchte und intensive[n] Gefühle“ zurückführt, wie sie bei werdenden Eltern vorhanden sind, sobald „die ab Kenntnis von der Schwangerschaft vorhandene emotionale Bindung [zu dem Fötus] an affektiver Tiefe“ gewinnt.⁶⁹⁶ Die Möglichkeit der Abgeltung psychischer Belastungen ohne Krankheitswert besteht darüber hinaus nicht nur bei Tod eines Angehörigen, sondern auch bei außerordentlich schweren Verletzungen (va bei schweren Dauerfolgen).⁶⁹⁷ Vor diesem Hintergrund kann mE nicht von vornherein ausgeschlossen werden, dass auch die Geburt eines körperlich und geistig schwerst beeinträchtigten Kindes Schadenersatzansprüche wegen psychischer Belastungen ohne Krankheitswert auslösen kann. Dabei wäre etwa an den Fall zu denken, in dem es die Eltern unterlassen haben, ihre Kinder über das Risiko der Geburt eines solchen Kindes (dh Enkelkindes) aufzuklären.⁶⁹⁸ Dabei fragt sich jedoch, ob entsprechende Ansprüche mit jenen gesetzlichen Grundwerten vereinbar wären, die es verbieten, die Geburt eines Kindes mit einer angeborenen Krankheit als Schaden zu bewerten (vgl Seite 91 ff). Genau dies scheint schließlich Voraussetzung eines Anspruchs zu sein, dessen Grundlage die durch die Erkrankung des Kindes ausgelöste psychische Belastung der Eltern ist. Dafür spricht auch, dass eine solche Belastung (im Gegensatz zu zB unfallbedingter Trauer) nur durch eine Abwendung der Geburt des Kindes hätte verhindert werden können. Andererseits haben gerade diese Argumente in „wrongful birth“ Fällen nicht verhindern können, dass die dort ebenso untrennbar mit der Existenz eines kranken Kindes verbundenen Unterhaltskosten ersatzfähig sind. Die entsprechende Rsp ist diesem Problem begegnet, indem sie die Verknüpfung zwischen angeborener Erkrankung und erhöhten Unterhaltskosten als für sich

⁶⁹⁵ S RS0115189, zuletzt 2 Ob 48/ 16x; ansonsten steht die Rsp dem Ersatz immaterieller Schäden ohne Gesundheitsbeeinträchtigung bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen eher ablehnend gegenüber, vgl *Meissel in Fenyves/ Kerschner/ Vonkilch*, Klang, § 16 Rz 167.

⁶⁹⁶ S 1 Ob 114/ 16w.

⁶⁹⁷ S *Hinghofer-Szalkay*, ZVR 2008, 445, vgl 2 Ob 18/ 06w u 2 Ob 163/ 06v.

⁶⁹⁸ Vgl die Beispiele in Fn 207.

genommen wertfreien naturwissenschaftlichen Zusammenhang charakterisiert hat.⁶⁹⁹ Nun fragt sich, ob diese Einschätzung nicht nur für finanzielle, sondern auch für psychische Belastungen gelten kann. Dies muss zumindest dann möglich sein, wenn sich die Betroffenheit der Eltern nicht auf die Existenz des Kindes selbst bezieht, sondern eine Folge der faktischen nachteiligen Auswirkungen seiner Erkrankung ist (das sind zB schwere Einschränkungen in der Lebensführung aller Beteiligten). Dass eine solche faktische, in ihrer Kausalität wertfreie Belastung der Eltern durch ihre Kinder zumindest nicht ungewöhnlich wäre, folgt schon daraus, dass ein wesentlicher Anteil der Eltern gesunder Kinder durch diese belastet ist,⁷⁰⁰ ohne dass ihnen deshalb unterstellt würde, die Existenz ihrer Kinder negativ zu bewerten, oder sonst ein Unwerturteil über sie auszusprechen. Ginge man von einer solchen wertfreien Belastung als Regelfall aus, wäre das Recht in der Lage, die kaum zu verleugnenden Folgen der Geburt eines schwer kranken Kindes ernst zu nehmen, ohne eine Ablehnung des Kindes durch seine Eltern zu insinuieren. Eine solche Einschätzung scheint in Anbetracht der gegenwärtigen Rsp zu „wrongful birth“ zumindest möglich zu sein, weil diese dem Ersatz von über den Unterhalt hinausgehenden Schäden nicht abgeneigt ist, und die bislang in solchen Fällen ins Treffen geführten Argumente entsprechende Ansprüche tragen könnten.⁷⁰¹ Alles in allem kann mE auch bei Berücksichtigung der Wertungen der Rsp zu „wrongful birth“ nicht ausgeschlossen werden, dass Schadenersatzansprüche wegen psychischer Belastungen ohne Krankheitswert anlässlich der Geburt (schwer) beeinträchtigter Kinder ausgelöst werden können. In Hinblick auf solche Ansprüche wäre allerdings zu klären, ob die Rsp, nach der psychische Belastungen ohne Gesundheitsbeeinträchtigung nach „bloßen“ Verstößen gegen die eheliche Treue nicht ersatzfähig sind, der Geltendmachung ähnlicher Ansprüche im Familienrecht entgegensteht.⁷⁰² Grund dafür ist der Gesichtspunkt, unter dem der OGH den Ersatz solcher Schäden verneint hat. Dabei ist er gerade nicht der Frage nachgegangen, ob die Erkenntnis, die (auf Lebenszeit angelegte) Ehe sei wegen Treuebrüchen des anderen Ehegatten nun gescheitert, jenen Grad an adäquater gefühlsmäßiger Belastung erreicht, wie

⁶⁹⁹ Damit hat sich der OGH dem BGH angeschlossen, s 1 Ob 91/ 99k.

⁷⁰⁰ So sind mehr als die Hälfte der Eltern von Kindern unter drei Jahren in einem oder mehreren Bereichen durch ihr Kind belastet, wobei 20 % an „erhöhter elterlicher Stressbelastung“ leiden, und die Prävalenz psychischer Belastungen durch ängstliche/ depressive Symptome bei unter 25-jährigen Eltern 40 % höher ist als in der (14-24-jährigen) Allgemeinbevölkerung, s die von Nationalen Zentrum für Frühe Hilfen bereits veröffentlichten Daten der Hauptstudie „Kinder in Deutschland (KiD 0-3)“, abrufbar unter <https://www.fruehehilfen.de/forschung/praevalenz-und-versorgungsforschung/hauptstudie>.

⁷⁰¹ Vgl 1 Ob 91/ 99k (Schock der Behinderung bei Geburt) u 8 Ob 54/ 14w (Verdienstentgang u andere Aufwendungen), s Zwettler, AnwBl 2017, 435 u Bernat, RdM 2015, 29 f.

⁷⁰² S 6 Ob 124/ 02g u 1 Ob 134/ 12f (RS0117408).

er für die Zuerkennung von Trauerschmerzensgeld verlangt wird. Stattdessen scheint der OGH zu argumentieren, dass es sich bei der „normalen“ Trauer wegen des Scheiterns einer Ehe iZm Ehebrüchen um eine Trauer anderer Art handelt, nämlich um den Schmerz „verlorener Liebe“. Dabei geht das Höchstgericht an entscheidender Stelle davon aus, dass sich der bloße Treuebruch nicht gegen die Person des anderen Ehegatten richte und dieser seinen Leidenszustand überdies jederzeit durch eine Scheidung beenden könne.⁷⁰³ Verallgemeinert würde dies bedeuten, dass familienrechtswidriges Verhalten, wenn es nicht gerade deshalb an den Tag gelegt wird, um einem anderen Familienmitglied zu schaden, keine Ersatzansprüche wegen psychischer Belastung ohne Gesundheitsbeeinträchtigung auslösen kann, weil es dem Verletzten offenstehe, den Belastungszustand durch Aufgabe des familiären Verhältnisses zu beenden. Diese Gedanken scheinen die Art der gegenständlichen psychischen Belastung falsch einzuschätzen und sind mE zumindest nicht verallgemeinerungsfähig: So könnte man auf eine nicht unähnliche Weise argumentieren, dass sich das fahrlässige Töten einer Person im Straßenverkehr nicht gegen dessen Ehegatten richte und dieser seinen Leidenszustand überdies jederzeit durch eine Wiederverheiratung beenden könne. Daher kann die Rsp zu Schmerzensgeld bei Treuebruch in der Ehe nicht herangezogen werden, um den Ersatz rechtswidrig verursachter Leidenszustände ohne Krankheitswert in der Familie überhaupt abzulehnen.

⁷⁰³ Vgl 6 Ob 124/ 02g.

4. Teil: Zusammenfassung der Ergebnisse

Reichweite der Untersuchung

- Familiäre Informationspflichten sind Pflichten zum Ausgleich familiärer Informationsgefälle. Familiäre Informationsgefälle gefährden familienrechtlich geschützte Interessen. Gleichartige familientypische Informationsgefälle können auch zwischen Personen auftreten, die nicht Teil der Familie im Rechtssinn sind (zB Verlobte oder leibliche Eltern und Kinder, wenn zwischen ihnen kein rechtliches Abstammungsverhältnis besteht).
- Die für die Reichweite der Untersuchung wesentliche Familie im Rechtssinn hat sich aus ihrem klassischen Rahmen aus Verwandtschaft und Schwägerschaft gelöst und kann mittlerweile besser anhand des sozialen, rechtlichen und abstammungsrechtlichen Familienbegriffs abgegrenzt werden:
- Die soziale Familie zeichnet sich alleine durch die faktische Existenz einer persönlichen Nahebeziehung familiärer Art aus (Art 8 EMRK).
- Die rechtliche Familie umfasst jene Personengruppen, die durch das Recht wie eine Familie behandelt werden, wenn es davon ausgeht, dass entsprechende Gruppen auf persönlich-solidarischer (und nicht synallagmatischer) Grundlage der Schaffung einer gemeinsamen Lebensgrundlage oder dem Großziehen von Kindern dienen (va §§ 44, 90 u 137 ABGB, sowie die in Lit u Jud entwickelte Definition der ne LG).
- Die abstammungsrechtliche Familie umfasst jene Personengruppen, deren Mitglieder nach den einschlägigen Bestimmungen zur Abstammung miteinander verwandt sind (s 1. Teil/ 3. Hauptstück/ 2. Abschnitt ABGB, va §§ 143 u 144 leg cit).

Rechtsgrundlagen

- Aus allgemeinen Persönlichkeitsrechten (§ 16 ABGB) ist eine Aufklärung geschuldet, wenn das Entstehen des Informationsgefälles demjenigen zugerechnet werden kann, der alleine dazu in der Lage ist es auszugleichen, und eine Interessensabwägung zugunsten des Berechtigten ausfällt. Entsprechende Pflichten können etwa bei der Weitergabe nachteiliger Veränderungen des Erbguts an Deszendenten entstehen.
- Aus allgemeinen Beistandspflichten (§§ 90, 137 ABGB) ist eine Aufklärung geschuldet, wenn der Ausgleich des Informationsgefälles für die Wahrung der Interessen des

Berechtigten notwendig ist, und eine Interessensabwägung zu seinen Gunsten ausfällt. Entsprechende Pflichten können ua dem Schutz gesundheitlicher (Information über das Erbgut) und vermögensrechtlicher Interessen dienen (Information über Einkünfte und Vermögen in unterhalts- und erbrechtlichen Zusammenhängen).

- Weitere Aufklärungspflichten ergeben sich va aus dem Obsorgerecht (§§ 137 Abs 2, 159 u 189 ABGB), den das Verlöbniß regelnden Bestimmungen (§ 46 ABGB), dem Eherecht (§ 37 Abs 1 EheG, für Verlobte relevant) und Vertrauensschutzerwägungen (va für die ne LG von Bedeutung).

Einzelne Informationspflichten

- Eine Aufklärung über in der genetischen Verwandtschaft begründete Risiken für den Berechtigten ist regelmäßig zwischen (bloß genetischen wie auch rechtlichen) Eltern und Kindern, sowie auch Geschwistern geschuldet. Weniger klar ist dies für bloß mit der Obsorge betraute Personen wie Pflegeeltern. Regelmäßig nicht geschuldet ist eine solche Aufklärung zwischen weiter entfernten Verwandten der Seitenlinie.
- Gleiches gilt für die Aufklärung über mit dem Erbgut verbundene Risiken für die künftige Zeugung von Kindern. Diese Art der Aufklärung ist darüber hinaus auch regelmäßig zwischen Ehegatten (eingetragenen Partnern), Lebensgefährten, Verlobten und auf den Kinderwunsch beschränkten Gemeinschaften geschuldet.
- Eltern müssen einander regelmäßig über mit dem Erbgut verbundene Risiken für ihre Kinder aufklären.
- Eine Aufklärung über die Identität der genetischen Eltern (bzw die eigene Herkunft) ist (ungeachtet des § 149 Abs 1 ABGB) va zwischen Eltern und Kindern, sowie auch Geschwistern geschuldet.
- Eltern und Kinder, sowie Geschwister, sind einander, bei Bestehen entsprechender Erb- und Pflichtteilsansprüche, auch zur Aufklärung über Umfang und Verbleib des Vermögens verstorbener Familienmitglieder verpflichtet.
- Eine Aufklärung über unterhaltsrelevante Umstände ist iZm gesetzlichen Unterhaltsverhältnissen regelmäßig geschuldet; dies betrifft va auch das Verhältnis zwischen Eltern untereinander (in Bezug auf den einem gemeinsamen Kind geschuldeten Unterhalt).

Rechtsdurchsetzung und Schadenersatz

- Die eben angeführten Informationspflichten sind (ungeachtet der hM zur Justiziabilität „rein persönlicher“ familiärer Pflichten) regelmäßig durchsetzbar. Ausgenommen sind allerdings Aufklärungspflichten in Bezug auf mit dem Erbgut verbundene Risiken zwischen Ehegatten (eingetragenen Partnern), Lebensgefährten, Verlobten und auf den Kinderwunsch beschränkten Gemeinschaften, weil sie nicht in erster Linie individuellen Interessen (wie dem Gesundheitsschutz) dienen, sondern gemeinsame Interessen (wie die loyale Entscheidungsfindung bei Kinderwunschpaaren) schützen sollen.
- Verstöße gegen die hier untersuchten Rechtspflichten können nach den allgemeinen Regeln auch schadenersatzpflichtig machen, wobei neben materiellen Schäden auch an Schmerzensgeld und Ersatz für psychische Beeinträchtigungen ohne Krankheitswert zu denken ist.
- IZm auf das Vermögen verstorbener Familienmitglieder gerichteten Informationspflichten ist zu berücksichtigen, dass diese zur (unaufgeforderten) Aufklärung verpflichtet, während uU parallel bestehende erbrechtliche Ansprüche (zB nach § 786 ABGB) nur ein Recht auf Auskunft (bei entsprechender Nachfrage) vorsehen. Damit können Schadenersatzansprüche auf familienrechtlicher Grundlage bereits entstehen, wenn die geschuldete Aufklärung schlicht unterblieben ist, was zB von Bedeutung sein kann, wenn etwaige anrechnungsfähige Schenkungen im Vermögen des Geschenknehmers nicht mehr vorhanden sind.

Abstract

There are information gaps which are at once prone to arise in families, as well as a threat to the functioning of the family if they are not closed. This study has sought to show the extent of existing legal requirements for family members to close such information gaps by volunteering the necessary information. This necessitated a preliminary examination of the types of “family” recognized in Austrian law. There are three such types, namely (1) the social or actual family, as protected by Art 8 ECHR, which is also part of Austrian constitutional law, (2) the legal family, which consists of those groups of people that are formally regulated as families, and (3) the family as a group of people linked by the rules of legal descent (which does not, and is not supposed to, mirror genetic descent). The study’s main focus was on persons who, under Austrian Law, can be judged to be part of a family. However in cases in which non-family groups are nonetheless susceptible to give rise to information gaps otherwise characteristic of families, they were equally examined. The most important non-family group are biological parent-child units whose genetic relationship is not reflected in their status as non-relatives in terms of the rules governing legal descent. There were four types of information analysed in the study: The kind that is relevant to (1) determining the extent of obligations to financially support family members, (2) determining the size of the reserved portion provided for by the law of succession, (3) determining the identity of one’s biological parents and (4) determining the risks associated with the inheritance of undesirable genetic variants. Among these types of information the last mentioned category is certainly the most ground-breaking, and it was the study’s core objective to show the extent to which family members can be obligated to disclose information concerning their own genetic makeup in order to facilitate the genetic testing of relatives or the birth of healthy children. Indeed, the study identified an extensive legal basis for such obligations, in particular between (legal or genetic) parents and children (including others in the line of direct descent, such as grandparents and grandchildren), as well as between siblings, parents, spouses, cohabiting couples, and, to a lesser degree, anyone endeavouring to have children together. Such obligations are especially relevant in cases in which the negative consequences of carrying certain genetic variants may be averted through medical procedures such as prophylactic check-ups or operations. However they also come to bear in instances in which such consequences can only be anticipated by life-style changes (eg concerning one’s career or the

desire to have children). The study demonstrates that similar obligations to inform family members exist for all four kinds of information previously mentioned. The study then went on to confirm the possibility to legally enforce duties to disclose genetic (and other types of) information within the family. Finally, further legal consequences of disregarding one's duties to disclose information within the family were examined, an effort that mainly concentrated on compensation for financial losses and incurred physical or mental injuries, both of which can generally be obtained under Austrian law.