jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE Vfgh Erkenntnis 2013/12/10 G16/2013 ua

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 10.12.2013

Index

20/02 Familienrecht

Norm

B-VG Art140 Abs1 / Präjudizialität
B-VG Art140 Abs1 / Individualantrag
B-VG Art140 Abs5 / Fristsetzung
FortpflanzungsmedizinG §2 Abs1, Abs2, §3 Abs1, Abs2, §8 Abs1
EMRK Art8, Art12, Art14
VfGG §65a

Leitsatz

Verfassungswidrigkeit des Ausschlusses gleichgeschlechtlicher Lebensgemeinschaften von Frauen von medizinisch unterstützter Fortpflanzung mittels Samenspende; unverhältnismäßiger Eingriff in die durch die EMRK geschützten Rechte hinsichtlich des Kinderwunsches lesbischer Frauen in Lebensgemeinschaft; Diskriminierung durch die im Fortpflanzungsmedizingesetz normierte Beschränkung der artifiziellen Insemination auf verschiedengeschlechtliche Lebensgemeinschaften und Ehen

Spruch

I. 1. Folgende Bestimmungen des Bundesgesetzes, mit dem Regelungen über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung getroffen werden (Fortpflanzungsmedizingesetz – FMedG), BGBl Nr 275/1992, werden als verfassungswidrig aufgehoben:

1.1. in §2 Abs1 in der FassungBGBl I Nr 135/2009 die Wortfolge "von Personen verschiedenen Geschlechts",

1.2. §2 Abs2 in der FassungBGBl I Nr 135/2009,

1.3. §3 Abs1 und 2 in der StammfassungBGBl Nr 275/1992.

2. Die Aufhebung tritt mit Ablauf des 31. Dezember 2014 in Kraft.

3. Frühere gesetzliche Bestimmungen treten nicht wieder in Kraft.

4. Der Bundeskanzler ist zur unverzüglichen Kundmachung dieser Aussprüche im Bundesgesetzblatt I verpflichtet.

II. Der zu G44/2013 gestellte Hauptantrag, in §2 Abs1 FMedG die Wortfolge "von Personen verschiedenen Geschlechts" sowie der Eventualantrag, §2 Abs1 FMedG zur Gänze aufzuheben, werden zurückgewiesen.

III. Der Bund (Bundesministerin für Justiz) ist schuldig, den zu G44/2013 antragstellenden Parteien zuhanden ihres Rechtsvertreters die mit insgesamt € 3.357,60 bestimmten Prozesskosten binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Entscheidungsgründe

I. Anlassverfahren, Anträge und Vorverfahren

1. Mit dem vorliegenden, zu G16/2013 protokollierten und auf Art140 Abs1 erster Satz B-VG gestützten Antrag begehrt der Oberste Gerichtshof, "betreffend das Fortpflanzungsmedizingesetz"

"I.a. in §2 in der Fassung BGBl I 2009/135 in Absatz 1 die Wortfolge 'von Personen verschiedenen Geschlechts',

I.b. in §2 in der Fassung BGBl I 2009/135 den Absatz 2,

I.c. in §3 in der Stammfassung BGBl 1992/275 die Absätze 1 und 2,

als verfassungswidrig aufzuheben;

II. in eventu zusätzlich zu den unter I. genannten Bestimmungen auch die folgenden Bestimmungen:

II.a. in §8 in der Fassung BGBl I 2010/111 die Z3 in Absatz 3, in eventu in §8 in der Fassung BGBl I 2010/111 in Absatz 3 Z3 die Wortfolge 'oder Lebensgefährten',

II.b. in §8 in der Fassung BGBl I 2010/111 den Absatz 4;

II.c. in §14 in der Stammfassung BGBl 1992/275 das Wort 'eheähnlichen',

II.d. in §15 in der Stammfassung BGBl 1992/275 das Wort 'eheähnlichen', und

II.e. in §18 in der Stammfassung BGBl 1992/275 den Absatz 1, in eventu in §18 Abs1 in der Stammfassung BGBl 1992/275 die Wortfolge 'oder Lebensgefährten',

als verfassungswidrig aufzuheben;

III. in eventu das gesamte Fortpflanzungsmedizingesetz in der Fassung BGBl I 2010/111 als verfassungswidrig aufzuheben."

Diesem Antrag liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

1.1. Mit Schriftsatz vom 22. Februar 2010 begehrten die nunmehrigen Revisionsrekurswerberinnen des Verfahrens vor dem Obersten Gerichtshof beim Bezirksgericht Wels die gerichtliche Protokollierung der Zustimmungserklärung der Zweitantragstellerin zur medizinisch unterstützten Fortpflanzung der Erstantragstellerin unter Verwendung des Samens eines Dritten gemäß §8 Abs1 FMedG und die Ladung der Antragstellerinnen zu Handen ihres Vertreters zu einem diesbezüglichen Termin. Diesen Antrag wies das Bezirksgericht Wels mit Beschluss vom 8. März 2010 zurück.

1.2. Das gegen diesen Beschluss mit Rekurs angerufene Landesgericht Wels wies den Rekurs mit Beschluss vom 2. Juni 2010 mit der Begründung ab, es sei Zweck des §2 Abs1 FMedG, die gemeinsame Elternschaft zweier Personen gleichen Geschlechts auszuschließen. Das Landesgericht erklärte jedoch den Revisionsrekurs für zulässig, weil die (im Rekurs aufgeworfene) Frage, ob das Verbot der medizinisch unterstützten Fortpflanzung bei gleichgeschlechtlichen Paaren gegen das Recht der Europäischen Union, gegen Bestimmungen der EMRK oder gegen sonstiges österreichisches Verfassungsrecht verstößt, eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung sei und eine Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes zu dieser Frage nicht existiere.

1.3. Aus Anlass der Behandlung des gegen diesen Beschluss erhobenen Revisionsrekurses beschloss der Oberste Gerichtshof, ob der Verfassungsmäßigkeit des §2 Abs1 FMedG beim Verfassungsgerichtshof einen Antrag auf Gesetzesprüfung zu stellen. In diesem auf Art89 Abs2 iVm Art140 Abs1 B-VG gestützten und zu G47/11 protokollierten Antrag begehrte er, "die Wortfolge 'von Personen verschiedenen Geschlechts' in §2 Abs1 FMedG idF BGBl I 2009/135 als verfassungswidrig aufzuheben".

1.4. Diesen Antrag wies der Verfassungsgerichtshof mit Beschluss vom 2. Oktober 2012, VfSlg19.674/2012, als unzulässig zurück. Begründend führte der Gerichtshof aus, der Antrag des Obersten Gerichtshofes sei hinsichtlich des Umfangs der zur Aufhebung beantragten Bestimmungen so abgesteckt gewesen, dass die angenommene

Verfassungswidrigkeit durch die Aufhebung nicht beseitigt würde. In der Begründung dieses Beschlusses heißt es u.a.:

"[...] Zunächst unterliegt jede medizinisch unterstützte Fortpflanzung gemäß §2 Abs2 FMedG einer allgemeinen Zulässigkeitsvoraussetzung, die – anders als dies die beteiligten Parteien in ihrer zur Äußerung der Bundesregierung erstatteten Replik sehen – nach Wortlaut und Zweck der Norm offenkundig nur von Partnern in heterosexuellen Lebensgemeinschaften erfüllt werden kann, nämlich, dass

'nach dem Stand der Wissenschaft und Erfahrung alle anderen möglichen und zumutbaren Behandlungen zur Herbeiführung einer Schwangerschaft durch Geschlechtsverkehr erfolglos gewesen oder aussichtslos sind oder ein Geschlechtsverkehr zur Herbeiführung einer Schwangerschaft den Ehegatten oder Lebensgefährten wegen der ernsten Gefahr der Übertragung einer schweren Infektionskrankheit auf Dauer nicht zumutbar ist'.

[...] Eine besondere Zulässigkeitsvoraussetzung, für die dasselbe gilt, besteht für jene Methode der medizinisch unterstützten Fortpflanzung, die alleinstehenden Frauen oder Frauen in gleichgeschlechtlichen Partnerschaften nach einer von der angefochtenen Wortfolge bereinigten Rechtslage allein offenstehen würde, nämlich des 'Einbringen[s] von Samen in die Geschlechtsorgane einer Frau' im Sinne des §1 Abs2 Z1 FMedG:

Nur für diese Methode ist nämlich (im Hinblick auf §3 Abs1 iVm §3 Abs2 FMedG) ausnahmsweise eine Samenspende Dritter zulässig, dies aber im Besonderen nur dann 'wenn der [Samen] des Ehegatten oder Lebensgefährten nicht fortpflanzungsfähig ist'. Auch §3 Abs1 iVm 2 FMedG setzen somit das Bestehen einer heterosexuell orientierten Lebensgemeinschaft voraus, da anders die in §3 Abs2 leg.cit. genannten Voraussetzungen für die Zulässigkeit dieser Methode der medizinisch unterstützten Fortpflanzung nicht erfüllbar sind.

[...] Daran ändert auch der Umstand nichts, dass sich der Gesetzgeber bei Erlassung des Bundesgesetzes über die eingetragene Partnerschaft (Eingetragene Partnerschaft-Gesetz), BGBl I 135/2009, in dessen Art4 – zwar einer Forderung "im Begutachtungsverfahren" folgend, jedoch, wie gezeigt, ohne zwingende Notwendigkeit – zu der ausdrücklichen 'Klarstellung' veranlasst gesehen hat, 'dass nach dem FMedG medizinisch unterstützte Fortpflanzung nur in einer Lebensgemeinschaft von Personen verschiedenen Geschlechts zulässig ist' (so die Erl. zu §2 FMedG in der RV 485 BlgNR 24. GP, 17).

[...]"

2. Mit dem nunmehr vorliegenden, zu G16/2013 protokollierten Antrag wiederholt der Oberste Gerichtshof den Gesetzesprüfungsantrag, erweitert ihn jedoch um die eingangs genannten Bestimmungen.

2.1. Zur Zulässigkeit des Antrages führt der Oberste Gerichtshof Folgendes aus:

"1.1. §8 Abs1 FMedG lautete – bis zum Beginn der Geltung des Budgetbegleitgesetzes 2011, BGBl I 2010/111 – in der Stammfassung BGBl 1992/275 wie folgt:

'Eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung darf bei Ehegatten nur mit deren schriftlicher Zustimmung durchgeführt werden; bei Lebensgefährten muss die Zustimmung in Form eines gerichtlichen Protokolls oder eines Notariatsakts erteilt werden. Bei Verwendung von Samen eines Dritten bedarf die Zustimmung zu dieser Methode stets eines gerichtlichen Protokolls oder eines Notariatsakts.'

Nach §7 Abs3 FMedG hat der medizinisch unterstützten Fortpflanzung bei Lebensgefährten in jedem Fall eine eingehende Beratung durch ein Gericht oder einen Notar über die rechtlichen Folgen der Zustimmung voranzugehen.

§2 Abs1 FMedG wurde mit dem Eingetragene Partnerschaft-Gesetz (BGBl I 2009/135) novelliert: Die Bestimmung wurde um eine Wortfolge ergänzt, wonach eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung nur in einer Ehe oder Lebensgemeinschaft von Personen verschiedenen Geschlechts zulässig ist; das Adjektiv 'eheähnlichen' vor dem Wort 'Lebensgemeinschaft' entfiel. Nach den Gesetzesmaterialien (ErlRV 485 BlgNR 24. GP 17) sollten damit die Möglichkeiten der Fortpflanzungsmedizin für gleichgeschlechtliche Paare ausgeschlossen werden. Nur Eheleute können die medizinisch unterstützte Fortpflanzung ohne Einhaltung der qualifizierten Formvorschriften des §8 Abs1 FMedG in Anspruch nehmen (schriftliche Zustimmung genügt), wenn nicht der Samen eines Dritten verwendet werden soll. Andere Gemeinschaften bedürfen in jedem Fall der besonderen Form der Zustimmung zu gerichtlichem Protokoll oder eines Notariatsakts. §2 Abs1 FMedG steht dem Begehren der Antragstellerinnen, die nach §8 Abs1 FMedG geforderte Zustimmung gerichtlich zu Protokoll zu nehmen, entgegen. Die Präjudizialität der angefochtenen Regelung ist damit aus diesem Blickwinkel gegeben; sie wurde auch vom Verfassungsgerichtshof gar nicht in Zweifel gezogen.

1.2. Durch das Budgetbegleitgesetz 2011 (BGBl I 2010/111) erfuhren die §§7 Abs3 und 8 Abs1 FMedG eine Änderung, wonach die Beratung der Lebensgefährten/Ehegatten nicht mehr durch ein Gericht erfolgen und deren Zustimmung nicht mehr in Form eines gerichtlichen Protokolls erteilt werden kann. Sie betrifft mit der Zuständigkeit für Beratung und Protokollierung der Zustimmung verfahrensrechtliche Normen.

Verfahrensgesetze sind, sofern nicht ausdrücklich eine andere Regelung getroffen wurde, immer nach dem letzten Stand anzuwenden. Ein laufendes Verfahren ist daher, soweit nicht Übergangsvorschriften etwas anderes bestimmen, vom Zeitpunkt des Inkrafttretens der jeweiligen neuen Vorschrift an, nach den neuen Verfahrensvorschriften fortzusetzen und zu beenden. Eine 'Rückwirkung' von Verfahrensgesetzen auf Verfahrensschritte, die zu einem Zeitpunkt vor Inkrafttreten einer neuen Verfahrensregelung gesetzt wurden, kommt hingegen ohne ausdrückliche gesetzliche Anordnung nicht in Betracht [...].

Die Novellierung durch das Budgetbegleitgesetz 2011 ist anzuwenden, wenn die Beratung oder die Zustimmung nach dem 30. April 2011 erteilt wird (Art39 Abs6 Budgetbegleitgesetz 2011, BGBl I 2010/111). Hier wurde die Zustimmung der Zweitantragstellerin bereits in ihrem Antrag vom 22. Februar 2010 mit dem gleichzeitig erhobenen Begehren erteilt, diese in einem vom Erstgericht anzuberaumenden Termin zu Protokoll zu nehmen. Es würde einer – im konkreten Fall besonders weitreichenden – Rückwirkung der neuen Rechtslage seit 1. Mai 2011 gleichkommen, wollte man den Antragstellerinnen die Erledigung ihres – allenfalls zulässigen – Begehrens, das lange vor Eintritt der neuen Rechtslage erhoben wurde, mit dem Argument verweigern, nunmehr sei eine gerichtliche Protokollierung der Zustimmungserklärung nicht mehr vorgesehen. Im Übrigen bedarf es zur Erledigung des Antrags auch keiner (zeit-)aufwendigen, mit Beweisaufnahmen verbundenen gerichtlichen Tätigkeit mit dem Ziel, die Grundlagen für eine bestimmte Entscheidung zu schaffen und diese zu treffen; vielmehr hat sich das Gericht auf die Entgegennahme einer Zustimmungserklärung durch Aufnahme eines Protokolls zu beschränken, also auf eine bloß punktuelle Aktivität ohne jede Entscheidungsqualität im Sinn einer Beurkundung, weshalb kein Verfahren im herkömmlichen Sinn nach einer nicht mehr aktuellen Gesetzeslage zu führen ist. Schließlich war Zweck der Beseitigung der gerichtlichen Zuständigkeit die 'Konzentration der Außerstreitgerichte auf deren Entscheidungstätigkeit in strittigen Fällen' (ErIRV 981 BlgNR 24. GP 56), also deren Entlastung. Keinesfalls kann dem Gesetzgeber daher die Absicht unterstellt werden, mit der Novellierung den Abschluss bereits eingeleiteter Verfahren in der Sache zu verhindern (vgl in diesem Zusammenhang auch die Urteile des EGMR vom 6. Oktober 2005, 1513/03, Draon gegen Frankreich und 11810/03, Maurice gegen Frankreich).

Der Oberste Gerichtshof hat daher im vorliegenden Fall §8 Abs1 FMedG in der Fassung vor dem Inkrafttreten des Budgetbegleitgesetzes 2011, BGBl I 2010/111, anzuwenden, sodass für den konkreten Fall die gerichtliche Zuständigkeit für die Protokollierung der Zustimmung gegeben ist.

Es soll nicht unerwähnt bleiben, dass diese Ansicht auch der offensichtlichen Auffassung des Verfassungsgerichtshofs entspricht. Der Verfassungsgerichtshof, der in seinem Beschluss vom 2. Oktober 2012 auf die Novellierung des FMedG mit dem Budgetbegleitgesetz 2011 hingewiesen hat, hat die Zurückweisung des Gesetzesprüfungsantrags nicht mit der (vorweg zu prüfenden) fehlenden Präjudizialität begründet, sondern mit einem zu engen Anfechtungsumfang. Damit ist auch er davon ausgegangen, dass die Gerichte §8 Abs1 FMedG in der Fassung vor dem Inkrafttreten des Budgetbegleitgesetzes 2011 anzuwenden haben. Letztlich muss auch die Begründung der Zurückweisung des Individualantrags der beiden Antragstellerinnen in diesem Licht gesehen werden."

2.2. Seine Bedenken in der Sache legt der Oberste Gerichtshof wie folgt dar:

"2. Die Beschränkung des §2 Abs1 FMedG verschließt Frauen, die mit einer Frau in einer Partnerschaft leben, eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung und schließt sie damit von der Möglichkeit aus, Kinder zu haben und aufzuziehen, sofern sie ohne die Errungenschaften der Fortpflanzungsmedizin keine Kinder haben können, sei es dass – wie hier – heterosexuelle Kontakte nicht in Betracht kommen oder der Kinderwunsch ungeachtet dessen unerfüllt bleibt. Dies verstößt nach Auffassung des Obersten Gerichtshofs gegen das Recht der Antragstellerinnen auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens (Art8 EMRK) und gegen den Gleichheitssatz (Art7 B-VG).

2.1. Der Verfassungsgerichtshof hat bereits ausgesprochen, dass der von Ehepartnern oder Lebensgefährten gefasste Entschluss, ein Kind zu bekommen und sich hiezu erforderlicher medizinischer Unterstützung zu bedienen, dem Schutzbereich des Art8 EMRK unterliegt (VfGH 14.10.1999, G91/98, 116/98, VfSlg 15.632, B.1.2.3.). Auch der EGMR betont, dass das Recht 'ein Kind zu bekommen und sich zur Erfüllung des Kinderwunsches die Errungenschaft der

Fortpflanzungsmedizin zunutze zu machen' zu den von Art8 EMRK geschützten Rechten zählt (EGMR 3.11.2011, 57813/00, S. H. ua gegen Österreich [Z82], ÖJZ2012/2 [MRK]). Der Wunsch nach einem Kind stellt demnach einen besonders wichtigen Aspekt der Existenz oder der Identität eines privaten Individuums dar (EGMR 1.4.2010, 57813/00, S. H. ua gegen Österreich [Z93], ÖJZ2010, 684 = RdM 2010/88 [Kopetzki]).

Dieses Recht wird durch die Beschränkung der nach dem Fortpflanzungsmedizingesetz an sich zulässigen Mittel der Fortpflanzungsmedizin auf Paare verschiedenen Geschlechts eingeschränkt. Der Oberste Gerichtshof hat Bedenken, ob dies mit dem Schutz der Familie oder mit dem Kindeswohl gerechtfertigt werden kann.

Im Verfahren Schalk und Kopf gegen Österreich trug der EGMR der 'rapiden Evolution des gesellschaftlichen Verhaltens gegenüber gleichgeschlechtlichen Paaren in vielen Mitgliedstaaten' (Z93) Rechnung und sprach mit Urteil vom 24. Juni 2010, 30141/04, ÖJZ2010/9 [MRK] (Z93), aus, dass die Beziehung eines gleichgeschlechtlichen Paares unter den Begriff 'Familienleben' wie auch unter den Begriff 'Privatleben' falle und daher Art14 iVm Art8 EMRK zur Anwendung gelange. Der EGMR geht also davon aus, dass Paare gleichen Geschlechts ebenso wie Paare verschiedenen Geschlechts in der Lage sind, stabile, bindende Beziehungen einzugehen. Sie sind also 'Familie' im verfassungsrechtlichen Sinn. Einen – im Vergleich zu anderen Formen des Zusammenlebens – besonderen Schutz der Ehe kennt das österreichische Verfassungsrecht nicht.

Auch eine Argumentation mit der Beeinträchtigung des Kindeswohls wird nicht greifen: Zunächst ist es unserem gesellschaftlichen Verständnis immanent, dass es (auch) für ein Kind – unabhängig von der Art seiner Zeugung und den Bedingungen seines Lebens – besser ist, überhaupt zu sein als nicht zu sein (vgl Bernat, Glosse zu OGH 3 Ob 147/10d, RdM 2011/81, 97 [98]). Die Bestimmung des §97 Abs2 2. Alternative StGB ('eugenische Indikation') steht dem nicht entgegen, kann sie doch nur mit dem Interesse der Mutter gerechtfertigt werden, die Schwangerschaft nicht fortsetzen zu müssen. Weiters gibt es nach der im Verfahren vor dem Verfassungsgerichtshof eingeholten Stellungnahme der Bioethikkommission keine validen Studien, wonach sich ein Kind in einer gleichgeschlechtlichen Beziehung der beiden Hauptbezugspersonen ('Eltern') schlechter entwickelt als in einer verschiedengeschlechtlichen. Auf dieser Grundlage erkennt der Senat keine Rechtfertigung für die Beschränkung der Möglichkeit zweier Menschen gleichen Geschlechts, ihren durch Art8 EMRK geschützten Kinderwunsch durch an sich zulässige Mittel der Fortpflanzungsmedizin zu erfüllen. Die Rechtsstellung dritter Personen (insb einer 'Leihmutter'), die eine Einschränkung dieses Rechts ganz allgemein (also nicht nur bei homosexuellen Paaren) rechtfertigen mag, ist beim Kinderwunsch zweier zusammenlebender Frauen, von denen eine das Kind austragen kann und will, nicht berührt.

2.2. Gegen die hier strittige Beschränkung hegt der Oberste Gerichtshof auch Bedenken in Bezug auf den Gleichheitssatz.

Zum einen ist aus den bereits angeführten Gründen keine sachliche Rechtfertigung erkennbar, eingetragene Partnerinnen (hier: Lebenspartnerinnen iSd deutschen LPartG) in Bezug auf die Erfüllung ihres Kinderwunsches anders zu behandeln als Ehegatten oder Lebensgefährten verschiedenen Geschlechts. In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass eine eingetragene Partnerschaft für ein Kind (zumindest nach den rechtlichen Rahmenbedingungen) mehr Stabilität bietet als eine bloße Lebensgemeinschaft; umso weniger erscheint es aus Sicht des Kindeswohls sachlich gerechtfertigt, die Mittel der Fortpflanzungsmedizin in der rechtlich weniger abgesicherten Beziehungsform der (heterosexuellen) Lebensgemeinschaft zuzulassen, in der rechtlich abgesicherten, vom Gesetzgeber weitgehend der Ehe gleichgestellten Lebensform der eingetragenen Partnerschaft aber nicht.

Zum anderen liegt eine Verschiedenbehandlung gegenüber den Regelungen über die Adoption vor. Kinder werden entweder durch Geburt oder durch Adoption Teil einer Familienbeziehung.

Nach österreichischem Recht ist die Einzeladoption mit Zustimmung des Partners bei eingetragener Partnerschaft zulässig (§181 Abs1 ABGB idF BGBl I 2009/135). Die Einzeladoption durch einen eingetragenen Partner widerspricht damit für sich genommen nicht grundsätzlich dem Kindeswohl. Dies entspricht der Rechtsprechung des EGMR: Die Versagung der Adoption durch eine in einer gleichgeschlechtlichen Partnerschaft lebende Frau im Wesentlichen wegen ihrer sexuellen Orientierung verstößt gegen das Benachteiligungsverbot des Art14 iVm Art8 EMRK, wenn die Adoption grundsätzlich Einzelpersonen und damit auch alleinstehenden Homosexuellen offen steht (EGMR 22. Jänner 2008, 43546/02, E. B. gegen Frankreich, ÖJZ2008/7 [MRK]).

Damit ist die Herstellung eines nicht auf eine biologische Verbindung rückführbaren Eltern-Kind-Verhältnisses durch (Einzel-)Adoption sowohl für eine(n) alleinstehende(n) Homosexuelle(n) als auch in einer eingetragenen Partnerschaft

möglich und erlaubt. Außerhalb der Ehe steht es Einzelpersonen damit unabhängig von ihrer sexuellen Orientierung offen, durch Adoption ein Eltern-Kind-Verhältnis zu begründen. Die auf Vertrag beruhende Verbindung ergänzt die auf Abstammung beruhende Familienbeziehung.

Die Errungenschaften der Fortpflanzungsmedizin ersetzen ebenfalls eine auf natürliche Fortpflanzung beruhende Familienbeziehung.

Die Unmöglichkeit einer medizinisch unterstützten Fortpflanzung bei Partnerschaften von Männern ist eine biologisch bedingte 'Diskriminierung'. Wegen der in diesem Fall notwendigen Einbeziehung einer Frau (als 'Leihmutter'), deren Privat- und Familienleben ebenfalls schutzwürdig ist, liegt ein unterschiedlicher Sachverhalt vor, der auch rechtlich unterschiedlich geregelt werden kann. Wenn es – was hier nicht zu beurteilen ist – verfassungsrechtlich zulässig ist, einer Frau, die kein Kind austragen kann, durch Verbot der Leihmutterschaft die Erfüllung ihres Kinderwunsches zu verwehren, so muss das auch für den Kinderwunsch zweier in Partnerschaft lebender Männer gelten, die zu dessen Erfüllung ebenfalls die Mitwirkung einer Leihmutter benötigen.

2.3. Nach Ansicht des Obersten Gerichtshofs bestehen daher verfassungsrechtliche Bedenken gegen §2 Abs1 FMedG, soweit dadurch die medizinisch unterstützte Fortpflanzung für eine in einer gleichgeschlechtlichen Partnerschaft lebende Frau ausgeschlossen und dieser aufgrund ihrer sexuellen Orientierung die Möglichkeit genommen wird, einen Kinderwunsch zu erfüllen.

3. Die Abgrenzung des Prüfungsgegenstands hat so zu erfolgen, dass auch alle mit der aufzuhebenden Gesetzesstelle in untrennbarem Zusammenhang stehenden Bestimmungen erfasst werden. Fälle untrennbaren Zusammenhangs liegen auch vor, wenn die Aufhebung ansonsten zu einer unklaren Rechtslage führen würde oder Schwierigkeiten bezüglich einer anderen, im Rechtsbestand verbleibenden Bestimmung hervorriefe. So wäre es etwa unzulässig, wenn der Wegfall bestimmter Sätze den verbleibenden Rest der Gesetzesbestimmung unverständlich und unanwendbar werden ließe oder wenn im Hinblick auf andere Sachverhalte nicht mehr mit Bestimmtheit beurteilt werden könnte, ob ein der verbliebenen Vorschrift zu unterstellender Fall vorliegt. Es darf nach Aufhebung kein 'legislativer Torso' verbleiben (Rohregger in Korinek/Houlubek, Österreichisches Bundesverfassungsrecht, Art140 B-VG Rz 215 mit Nachweisen aus der Rechtsprechung des VfGH; 3 Ob 89/12b).

Der Verfassungsgerichtshof judiziert in diesem Zusammenhang auch, dass er bei der Bestimmung des Umfangs einer als verfassungswidrig aufzuhebenden Rechtsvorschrift stets vom Grundgedanken ausgeht, dass ein Normenprüfungsverfahren dazu führen soll, die behauptete Verfassungswidrigkeit – wenn sie tatsächlich vorläge – zu beseitigen, dass aber der nach der Aufhebung verbleibende Teil der Norm möglichst nicht mehr verändert werden soll, als zur Bereinigung der Rechtslage unbedingt notwendig ist .

3.1. Diese Judikatur wurde in dem im vorliegenden Verfahren ergangenen Zurückweisungsbeschluss ausdrücklich aufrecht erhalten. Entsprechend der daran anknüpfenden Rechtsansicht des Verfassungsgerichtshofs, beim Umfang der (vorausgegangenen) Anfechtung (nur) der Wortfolge 'von Personen verschiedenen Geschlechts' in §2 Abs1 FMedG, die neuerlich vorzunehmen ist, hätte auch auf die Bestimmungen des §2 Abs2 und des §3 Abs1 iVm Abs2 FMedG Bedacht genommen werden müssen, bedarf es einer dem entsprechenden Ausweitung.

Denn die Normierung einer allgemeinen Zulässigkeitsvoraussetzung, die in der Erfolg- oder Aussichtslosigkeit oder Unzumutbarkeit eines Geschlechtsverkehrs besteht (§2 Abs2 FMedG), sowie eines besonderen Zulässigkeitserfordernisses für die Methode nach §1 Abs2 Z1 FMedG (Einbringen von Samen in die Geschlechtsorgane einer Frau) unter Verwendung der Samen eines Dritten, das in der fehlenden Fortpflanzungsfähigkeit des (männlichen) Lebensgefährten liegt (§3 Abs1 iVm Abs2 FMedG), macht es Frauen in gleichgeschlechtlichen Partnerschaften – bei strenger Auslegung der Begriffe nach dem reinen Wortsinn – unmöglich, die vom Gesetz vorgesehenen Voraussetzungen für eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung zu erfüllen. Wie sich aus seinem Zurückweisungsbeschluss ergibt, hält der Verfassungsgerichtshof eine bei Aufhebung der vom Antrag erfassten Wortfolge 'von Personen verschiedenen Geschlechts' in §2 Abs1 FMedG folgerichtige verfassungskonforme Auslegung dieser Bestimmungen nicht für möglich. Auch insofern bestehen somit die bereits dargestellten verfassungsrechtlichen Bedenken, weshalb die Anfechtung sowohl auf §2 Abs2 FMedG als auch auf §3 Abs1 und 2 FMedG auszudehnen ist.

3.2. Eine weitere Sichtung des FMedG idFBGBl I 2009/135 zeigt, dass darin noch andere Bestimmungen zu finden sind, die die befürchtete Verfassungswidrigkeit – sofern sie vom Verfassungsgerichtshof angenommen werden sollte – ebenso bei strenger grammatikalischer Interpretation und der betroffenen Begriffe am Wortsinn zu verwirklichen

vermögen. Der Oberste Gerichtshof ist zwar der Auffassung, dass insofern jeweils eine verfassungskonforme Auslegung möglich wäre. Wird aber eine solche Auslegung nicht für möglich gehalten, könnte aus dem Weiterbestehen von Bestimmungen, die auf einen Mann, einen männlichen Lebensgefährten oder eine 'eheähnliche' Lebensgemeinschaft abstellen, abgeleitet werden, dass §2 Abs1 FMedG auch bei einer Aufhebung der Wortfolge 'von Personen verschiedenen Geschlechts' weiterhin in diesem Sinn zu verstehen sei. Insofern wären diese Normen ebenfalls präjudiziell, weil sie bei der (systematischen) Auslegung der jedenfalls präjudiziellen Bestimmung des §2 Abs2 FMedG zu berücksichtigen wären. Um eine neuerliche Zurückweisung wegen eines zu geringen Anfechtungsumfangs zu vermeiden, stellt der Oberste Gerichtshof daher auch hier – hilfsweise – einen Aufhebungsantrag:

(a) In §8 Abs3 Z3 FMedG wird grammatikalisch auf einen Lebensgefährten männlichen Geschlechts Bezug genommen. Eine verfassungskonforme Interpretation der Norm könnte dahin gehen, dass unter diesem Begriff auch Lebensgefährten weiblichen Geschlechts verstanden werden.

(b) §8 Abs4 FMedG sieht die Möglichkeit des formfreien Widerrufs der Zustimmungserklärungen vor und normiert je nach der gewählten Methode der medizinisch unterstützten Fortpflanzung unterschiedliche Zeitpunkte, bis zu denen eine Zustimmung wirksam widerrufen werden kann; dabei wird auch unterschieden, wie lange ein Widerruf 'von der Frau' und 'vom Mann' abgegeben werden kann.

Zwar wäre nach Ansicht des Obersten Gerichtshofs auch hier eine verfassungskonforme Interpretation möglich, da nach Aufhebung der Wortfolge 'von Personen verschiedenen Geschlechts' in §2 Abs1 FMedG der Begriff 'Mann' in §8 Abs4 FMedG analog auf die eingetragene Partnerin jener Frau angewendet werden könnte, die das Kind austrägt; dies deswegen, weil nach einer solchen Aufhebung eine planwidrige Lücke im Gesetz vorläge. Sollte der Verfassungsgerichtshof aber der Auffassung sein, dass eine solche verfassungskonforme Auslegung nicht möglich ist, weil die genannten Bestimmungen zwingend das Bestehen einer heterosexuell orientierten (Ehe oder) Lebensgemeinschaft voraussetzen, bestünden auch insofern verfassungsrechtliche Bedenken. Der Anfechtungsumfang ist daher – im Zweifel – auch auf §8 Abs4 FMedG auszudehnen.

(c) Weiters trifft §14 FMedG im Zusammenhang mit der Verwendung der Samen eines Dritten folgende Regelung: 'Der Samen eines Dritten darf für eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung in höchstens drei Ehen oder eheähnlichen Lebensgemeinschaften verwendet werden.' Damit korrespondiert eine auf 'Ehen oder eheähnlichen Lebensgemeinschaften' bezugnehmende Dokumentationspflicht in §15 Abs2 FMedG. Zwar könnte eine verfassungskonforme Interpretation die eingetragene Partnerschaft (hier: Lebenspartnerschaft) der eheähnlichen Lebensgemeinschaft gleichstellen. Damit wären diese Bestimmungen unbedenklich. Soweit aber der Verfassungsgerichtshof dies nicht als möglich ansieht und einen untrennbaren Zusammenhang mit den aufzuhebenden Regelungen annimmt, wären auch diese Bestimmungen verfassungswidrig.

(d) Wie in §8 Abs3 Z3 FMedG (siehe oben (a)) wird auch in §18 Abs1 FMedG auf Lebensgefährten männlichen Geschlechts Bezug genommen.

(e) Daraus ergibt sich zusammenfassend der Anfechtungsumfang laut Punkt I. und II. des Antrags.

3.3. Die beantragte Aufhebung der genannten Bestimmungen des FMedG würde bedeuten, dass in Hinkunft auch für Ehegatten und Lebensgemeinschaften von Personen verschiedenen Geschlechts die bisher geltende allgemeine Zulässigkeitsvoraussetzung für eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung des §2 Abs2 FMedG entfallen würde, ebenso die Notwendigkeit der Fortpflanzungsunfähigkeit des Mannes als Voraussetzung der Zulässigkeit der Verwendung der Samen eines Dritten. Der Entfall des §8 Abs4 FMedG hätte das Fehlen einer Bestimmung zur Folge, die den Widerruf einer Zustimmungserklärung regelt. Die Aufhebung der oben genannten Bestimmungen, die auf einen Mann oder einen Lebensgefährten männlichen Geschlechts Bezug nehmen, würde das Regelungsgefüge des FMedG ändern.

Es kann daher nicht ausgeschlossen werden, dass der Verfassungsgerichtshof – wenn dieser die verfassungsrechtlichen Bedenken teilt – im verbleibenden FMedG einen nicht aufrecht zu erhaltenden 'legislativen Torso' erblickt. In einem vergleichbaren Fall hat der Verfassungsgerichtshof ausgesprochen, dass erforderliche rechtspolitische Entscheidungen dem Gesetzgeber vorzubehalten seien, die der Verfassungsgerichtshof nicht durch Teilaufhebung in eine bestimmte Richtung lenken solle, weshalb in solchen Fällen die geprüften Normen zur Gänze

aufzuheben seien (VfGH 10. Oktober 2005, G87/05 ua, VfSlg 17.659 ua). Da die Bestimmungen des FMedG eine Einheit bilden, stellt der Oberste Gerichtshof eventualiter den Antrag, das gesamte Gesetz aufzuheben, was unter Setzung einer Frist erfolgen könnte."

3. Beim Verfassungsgerichtshof ist ferner ein auf Art140 Abs1 letzter Satz B-VG gestützter Antrag zweier Antragstellerinnen anhängig, die nach ihrem Vorbringen seit zehn Jahren in umfassender und dauerhafter Lebensgemeinschaft leben. Die Erstantragstellerin möchte – im Einvernehmen mit der Zweitantragstellerin – durch medizinisch unterstützte Fortpflanzung unter Verwendung einer Samenspende eine Schwangerschaft herbeiführen. Mit diesem zu G44/2013 protokollierten Antrag begehren die Antragstellerinnen,

"A. die Wortfolge 'von Personen verschiedenen Geschlechts' in §2 Abs1 des Fortpflanzungsmedizingesetzes,BGBl Nr 275/1992 idF BGBl I Nr 135/2009, als verfassungswidrig aufzuheben,

B. in eventu §2 Abs1 des Fortpflanzungsmedizingesetzes,BGBl Nr 275/1992 idF BGBl I Nr 135/2009, als verfassungswidrig aufzuheben,

C. in eventu zusätzlich zu den unter A. und B. genannten Bestimmungen auch die folgenden Bestimmungen:

aa. in §2 in der Fassung BGBl I 135/2009 den Absatz 2,

bb. in §3 in der Stammfassung BGBl 275/1992 die Absätze 1 und 2,

D. in eventu zusätzlich zu den unter A., B. und C. genannten Bestimmungen auch die folgenden Bestimmungen:

aa. in §8 in der Fassung BGBl I 111/2010/111 die Z3 in Absatz 3, in eventu in §8 in der FassungBGBl I 111/2010 in Absatz 3 Z3 die Wortfolge 'oder Lebensgefährten',

bb. in §8 in der Fassung BGBl I 111/2010 den Absatz 4;

cc. in §14 in der Stammfassung BGBl 275/1992 das Wort 'eheähnlichen',

dd. in §15 in der Stammfassung BGBl 275/1992 das Wort 'eheähnlichen', und

ee. in §18 in der Stammfassung BGBl 275/1992 den Absatz 1, in eventu in §18 Abs1 in der Stammfassung BGBl 275/1992 die Wortfolge 'oder Lebensgefährten',

als verfassungswidrig aufzuheben;

D. in eventu das Fortpflanzungsmedizingesetz, BGBl Nr 275/1992 idF BGBl I Nr 111/2010, als verfassungswidrig aufzuheben."

3.1. Zu ihrer Antragslegitimation bringen die Antragstellerinnen im Wesentlichen vor, dass ihnen ein anderer zumutbarer Weg zur Bekämpfung der als verfassungswidrig gerügten Vorschriften nicht offen stehe. Insbesondere bestehe der in VfSlg 19.674/2012 noch möglich gewesene Umweg der Beantragung einer gerichtlichen Protokollierung seit der Novellierung des §8 FMedG durch BGBl I 111/2010 nicht mehr.

3.2. Ihre Bedenken in der Sache legen die Antragstellerinnen wie folgt dar:

"11. Das Verbot der medizinisch unterstützten Fortpflanzung (nur) für gleichgeschlechtliche Paare ist grundrechtswidrig (so auch Bernat RdM 2011 Heft 3, Entscheidungsbesprechung zu OGH 22.03.2011, 3 Ob 147/10d, und Gitschthaler in Gitschthaler/Höllwerth EuPR 2001 §8 EPG Rz 6; vgl. auch Graupner, Sexuelle Orientierung im europäischen Recht, RZ2009 178-184; Graupner, Gay Rights, Max Planck Encyclopedia of Public International Law 2011 Rz 7-28), was im Folgenden näher begründet wird.

12. Für heterosexuelle (auch unverheiratete) Paare gilt das unter I. angeführte Verbot nicht. Sie können medizinisch unterstützte Fortpflanzung in Anspruch nehmen. Lesbische Paare können das nicht, weil sie gleichen Geschlechts sind.

13. Die Norm differenziert daher (direkt) auf Grund des Geschlechts und (indirekt) auf Grund der sexuellen Orientierung.

14. Die Ungleichbehandlung von unverheirateten verschiedengeschlechtlichen Paaren auf der einen Seite und unverheirateten gleichgeschlechtlichen Paaren auf der anderen Seite (ebenso wie die Ungleichbehandlung von Ehepaaren und eingetragenen Partnerinnen; vgl. dazu EuGH: Maruko v VdBB 2008, Jürgen Römer v. Stadt Hamburg 2011) ist gleichheitswidrig. Sie verstößt gegen Art2 StGG, Art7 B-VG und Art14 iVm 8 EMRK.

15. Medizinisch unterstützte Fortpflanzung und deren gesetzliche Regelung und Beschränkung fallen in den Anwendungsbereich des Art8 EMRK, weshalb Ungleichbehandlungen auf Grund des Geschlechts und der sexuellen Orientierung den Anforderungen des Art14 EMRK zu entsprechen haben (vgl. mutatis mutandis: EGMR: Fretté vs. France 2002; E.B. vs. France 2008; X et al. vs. Austria (GC) 2013).

16. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat unmissverständlich ausgesprochen, dass Diskriminierungen von (unverheirateten) gleichgeschlechtlichen Paaren gegenüber (unverheirateten) verschiedengeschlechtlichen Paaren mit Art14 EMRK nicht vereinbar und daher unzulässig sind (EGMR: Karner vs. Austria, 2003; Kozak v. POL 2010; P.B: & J.S. vs. A2010; J.M. v. UK 2010; X et al. vs. Austria (GC) 2013; ebenso der UN-Menschenrechtsausschuss in Young v. AUS 2003; X. v Colombia 2007).

17. Gleichgeschlechtlich l(i)ebende Menschen sind, wie es die Parlamentarische Versammlung des Europarates treffend formulierte, Opfer jahrhundertealter Vorurteile. Die Aufhebung sämtlicher diskriminierender Bestimmungen ist mittlerweile eine Voraussetzung für die Aufnahme neuer Mitglieder in den Europarat und in die Europäische Union, und die Parlamentarische Versammlung des Europarates hat Diskriminierung auf Grund sexueller Orientierung wiederholt als 'besonders abscheulich' und als 'eine der abscheulichsten Formen von Diskriminierung' verurteilt.

18. Nach der heute ständigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte ist die sexuelle Selbstbestimmung ein zentrales Schutzgut der Europäischen Menschenrechtskonvention und Diskriminierung auf Grund sexueller Orientierung inakzeptabel.

19. Der Gerichtshof erachtet solche Diskriminierung als ebenso schwerwiegend wie Diskriminierung auf Grund des Geschlechts, der Religion, der Rasse, Hautfarbe oder der ethnischen Herkunft und verlangt für die Rechtfertigung von Differenzierungen auf Grund der sexuellen Orientierung dementsprechend besonders schwerwiegende Gründe. Der Ermessenspielraum der Staaten ist eng und Unterscheidungen, die ausschließlich auf der sexuellen Orientierung beruhen, sind verbotene Diskriminierung.

20. Unterschiedliche Regelungen für gleichgeschlechtliche Lebenssachverhalte einerseits und verschiedengeschlechtliche andererseits müssen für die Erfüllung eines legitimen Zieles notwendig sein, bloße Plausibilität, Vernünftigkeit, Sachlichkeit oder die bloße Eignung das Ziel zu erreichen, genügen nicht. Unterscheidungen sind, wie bei Geschlecht, der Religion, der Rasse, Hautfarbe und ethnischer Herkunft nur zulässig, wenn diese Unterscheidungen wirklich notwendig ('necessary') sind, insb. wenn es um ungleiche Behandlung homo- und heterosexueller Lebensgemeinschaften geht.

21. Vorurteile einer heterosexuellen Mehrheit gegenüber einer homosexuellen Minderheit können, wie der Gerichtshof wiederholt festgestellt hat, ebensowenig eine ausreichende Begründung für Eingriffe in die Rechte homo- und bisexueller Menschen bieten, wie ähnlich negative Einstellungen gegenüber Menschen anderer Rasse, Herkunft oder Hautfarbe. Die Ausübung der Grundrechte durch eine (homosexuelle) Minderheit darf nicht davon abhängig gemacht werden, dass die Mehrheit diese Ausübung akzeptiert.

22. Die Gesetzesmaterialien geben keinerlei Begründung für das Verbot der medizinisch unterstützten Fortpflanzung für Frauen, die in gleichgeschlechtlichen Lebensgemeinschaften leben. Angeführt wird lediglich, dass dies im Begutachtungsverfahren (von wem? begründet?) gefordert worden sei (RV 485 Blg.-NR XXIV. GP; kritisch dazu auch Gitschthaler in Gitschthaler/Höllwerth EuPR 2001 §8 EPG Rz 6). Diese 'Begründung' gibt lediglich die Meinung jener wieder, die einer medizinisch unterstützten Fortpflanzung für Frauen, die in gleichgeschlechtlichen Lebensgemeinschaften leben, negativ gegenüber stehen, ohne auch nur ansatzweise eine Notwendigkeit aus besonders schwerwiegenden Gründen darzulegen (so auch der EGMR in X et. al. vs. Austria (GC) 2013, par. 143).

23. Eine Notwendigkeit (!) (zur Erreichung welchen legitimen Zieles?) zur Benachteiligung (unverheirateter) gleichgeschlechtlicher Paare gegenüber (unverheirateten) verschiedengeschlechtlichen Paaren (bzw. eingetragener gegenüber verheirateten Paaren) besteht in keiner Weise, zumal der EGMR auch betont hat, dass der Gesellschaft ein gewisses Maß an Unannehmlichkeiten zuzumuten ist, um dem Einzelnen ein Leben in Würde und im Einklang mit seiner sexuellen Identität zu ermöglichen.

24. Zudem hat der Gerichtshof ausgesprochen, dass auch gleichgeschlechtliche Paare ('genauso wie ein verschiedengeschlechtliches Paar') Familie sind (ebenso Gitschthaler in Gitschthaler/Höllwerth EuPR 2001 §1 EPG Rz 6) und den grundrechtlichen Schutz des Familienlebens nach Art8 MRK genießen sowie dass das Recht auf Eheschließung

gem. Art12 Abs1 EMRK auch auf gleichgeschlechtliche Paare Anwendung findet.

25. Das der Beschränkung auf Ehen und Lebensgemeinschaften zu Grunde liegende Ziel, medizinisch unterstützte Fortpflanzung nur in stabilen Partnerschaften zuzulassen, kann auch erreicht werden, ohne zwischen gleich- und verschiedengeschlechtlichen Paaren zu differenzieren.

26. Das Verbot nur für gleichgeschlechtliche Paare verletzt daher die o.a. verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechte (so auch Bernat RdM 2011 Heft 3, Entscheidungsbesprechung zu OGH 22.03.2011, 3 Ob 147/10d, und Gitschthaler in Gitschthaler/Höllwerth EuPR 2001 §8 EPG Rz 6; vgl. auch Graupner, Sexuelle Orientierung im europäischen Recht, RZ2009 178-184; Graupner, Gay Rights, Max Planck Encyclopedia of Public International Law 2011 Rz 7-28).

27. Der im vorliegenden Verfahren zu prüfende Ausschluss gleichgeschlechtlicher Paare von den Möglichkeiten medizinisch unterstützter Fortpflanzung unterliegt zudem in zweifacher Hinsicht einem besonders strengen Rechtfertigungsbedarf.

28. Dass Differenzierungen auf Grund des Geschlechtes und der sexuellen Orientierung aus besonders schwerwiegenden Gründen zur Erreichung eines legitimen Zieles notwendig (und nicht bloß plausibel, vernünftig oder sachlich) sein müssen, wurde vorhin ausführlich dargelegt.

29. Hinzu kommt noch, dass der Wunsch nach einem Kind ein besonders wichtiger Aspekt der Existenz oder Identität einer Person ist, was den Ermessenspielraum des Staates ebenfalls stark einschränkt und für Einschränkungen der Realisierung des Kindeswunsches erhöhte Begründungsanforderungen auferlegt (S.H. gg. Österreich 2010).

30. Die angefochtene Bestimmung verbietet lesbischen Paaren die Fortpflanzung völlig. Eine Verweisung dieser Paare – entgegen ihrer sexuellen Orientierung und ihrer, im Falle einer Ehe oder eingetragenen Partnerschaft, monogamen rechtlich besiegelten Partnerschaft – auf einen Sexualverkehr mit einem Mann wäre menschenverachtend und scheidet daher aus. Bleibt also lediglich die von der österreichischen Rechtsordnung Paaren grundsätzlich eröffnete Möglichkeit der medizinisch unterstützten Fortpflanzung. Gerade diese wird gleichgeschlechtlichen Paaren gesetzlich per Strafandrohung verboten. Die angefochtene Bestimmung verunmöglicht daher lesbischen Frauen die Fortpflanzung; und dies auch noch aufgrund ihres und des Geschlechtes ihrer Partnerin und ihrer sexuellen Orientierung.

31. Aufgrund dieser zweifach erhöhten strengen Begründungsanforderung kann die angefochtene Gesetzesbestimmung nur durch ganz besonders schwerwiegende Gründe gerechtfertigt werden, die den Ausschluss der Antragstellerinnen und anderer gleichgeschlechtlicher Paare von medizinisch unterstützter Fortpflanzung absolut notwendig zur Verwirklichung eines legitimen Zieles machten.

32. Dies ist weder erkennbar noch vermag der Gesetzgeber solche Gründe darzulegen.

33. Wird lesbischen Frauen der Zugang zu Samenspenden verweigert, so müsste der Gesetzgeber nachweisen, dass es für das Kind besser wäre, GAR NICHT GEBOREN ZU WERDEN, als als Kind einer Frau, die mit einer Frau in einer Partnerschaft lebt (so auch Bernat RdM 2011 Heft 3, Entscheidungsbesprechung zu OGH 22.03.2011, 3 Ob 147/10d).

34. In Fretté v. France und in E.B. v. France bestand zumindest die theoretische Möglichkeit, dass das (potentiell zu adoptierende) Kind einem 'idealen' verheirateten heterosexuellen Paar zugewiesen werden kann.

35. In Fällen der Insemination von Frauen in einer lesbischen Partnerschaft hingegen wird das Kind (als Kind der einen oder anderen Partnerin) geboren oder gar nicht! WIE KANN DAS NICHTGEBORENWERDEN IM INTERESSE DES KINDESWOHLS SEIN?! (ebenso Bernat RdM 2011 Heft 3, Entscheidungsbesprechung zu OGH 22.03.2011, 3 Ob 147/10d).

36. Wie der OGH ([Beschluss] 19.12.2012 3 Ob 224/12 = VfGH G16/13) zutreffend ausführt, ist es nicht zu rechtfertigen, dass eine in einer lesbischen Partnerschaft lebende Frau zwar ein Kind adoptieren darf (so ausdrücklich §195 Abs1 Z2 ABGB), dieselbe Frau jedoch unter Strafandrohung von der Empfängnis eines eigenen Kindes (das sonst nie geboren wird!) mittels einer Samenspende ausgeschlossen wird. (Auch) für diese Ungleichbehandlung gibt es keine sinnvolle Begründung (beachte das Gebot der Kohärenz der innerstaatlichen Rechtsordnung: X et. al. vs. Austria (GC) 2013, par. 144). Die österreichische Rechtsordnung akzeptiert somit, dass ein Kind in einer gleichgeschlechtlichen Familie aufwächst und geht davon aus, dass dies für ein Kind nicht nachteilig ist (so ausdrücklich der EGMR in X et. al. vs. Austria (GC) 2013, par. 144).

37. Das Recht, ein fremdes Kind zu adoptieren, ist lesbischen Frauen (auch wenn sie in einer Partnerschaft mit einer anderen Frau leben) grundrechtlich verbürgt (EGMR: E.B. v. France 2008). Wie kann es dann sachlich gerechtfertigt (geschweige denn notwendig) sein, ihnen die Geburt eines eigenen Kindes zu verbieten?!

38. Das Land Niederösterreich erachtet gleichgeschlechtliche Familien sogar als besonders förderungswürdig. Das Nö Familiengesetz fördert gleichgeschlechtliche Familien genauso wie verschiedengeschlechtliche. Sind die Partner/innen nicht verpartnert so erfolgt die Förderung gem. §3 als (nicht nach dem Geschlecht differenzierte) Lebensgemeinschaft. Und gleichgeschlechtliche Familien, bei denen die Partner/innen eingetragen sind, wurden mit Beschluss des Nö Landtags vom 14.04.2011 den ehelichen Familien gleichgestellt (§3a), welche Novelle am 20.06.2011 im LGBl veröffentlicht wurde und am 01.07.2011 in Kraft getreten ist.

39. Auch das Kärntner Familienförderungsgesetz schützt und fördert gleichgeschlechtliche Familien als 'Grundlage der menschlichen Gesellschaft' (genauso wie verschiedengeschlechtliche) (§1 Abs1 & 2 K-FFG).

40. Auch die im dg. Verfahren G47/11 eingeholte Stellungnahme der Bioethikkommission bestätigt umfassend die obige Argumentation und die Verfassungswidrigkeit der bekämpften Gesetzesbestimmung sowie, dass sich Kinder in gleichgeschlechtlichen Beziehungen gleich gut entwickeln wie in verschiedengeschlechtlichen. Diese Stellungnahme hat die Bioethikkommission des Bundeskanzleramtes mit einer Mehrheit von mehr als ¾ seiner Mitglieder (!) gefällt und späterhin in seiner Stellungnahme zur Reform des Fortpflanzungsmedizinrechts vom 02. Juli 2012 bekräftigt (http://www.bka.gv.at/site/3458/default.aspx).

41. Obwohl die abweichende Minderheit der Bioethikkommission weniger als ein Viertel seiner Mitglieder ausmacht und diese Minderheit aus Theologen, Internisten, Krebsforschern und Juristen besteht (kein Psychiater, Psychologe etc.), sei an dieser Stelle der Vollständigkeit halber auf ihre abweichende Stellungnahme eingegangen.

42. Zu dieser Minderheitsmeinung ist vorerst anzumerken, dass der Ermessensspielraum des nationalen Gesetzgebers im vorliegenden Fall nicht in Entsprechung der Entscheidung in S.H. gegen Österreich weit zu ziehen ist. Es geht nämlich hier nicht um die Frage, ob eine bestimmte Methode der medizinisch unterstützten Fortpflanzung grundsätzlich eingeräumt werden soll oder nicht, sondern um eine Frage der Diskriminierung auf Grund des Geschlechts und der sexuellen Orientierung. Nämlich um die Frage, ob eine Methode, die seit Jahrzehnten grundsätzlich vom Gesetzgeber offen und zur Verfügung gestellt wird, manchen Frauen ausschließlich auf Grund ihres Geschlechtes und ihrer sexuellen Orientierung verweigert werden darf. Insbesondere geht es um die Frage, ob ein Recht, das Personen in einer verschiedengeschlechtlichen Partnerschaft zugestanden wird, anderen Personen nur deshalb verweigert werden darf, weil sie in einer gleichgeschlechtlichen Partnerschaft leben. In einem solchen Fall ist der Ermessensspielraum des nationalen Gesetzgebers sehr eng und muss der Gesetzgeber beweisen, dass der Ausschluss zur Erreichung eines legitimen Zieles aus besonders schwerwiegenden Gründen notwendig ist (Karner v A2003; Kozak v PL 2010, P.B. & J.S. v A2010, J.M. v UK 2010; X et. al. vs. Austria (GC) 2013).

43. Entgegen der Minderheit ist die Beseitigung der gesetzlichen Ungleichbehandlung bei der Zulassung zur Samenspende in keiner Weise automatisch auch mit der Verpflichtung des Staates zu einer finanziellen Förderung verbunden. Die Frage der finanziellen Förderung ist nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens und somit für die Beurteilung der Verfassungswidrig

Quelle: Verfassungsgerichtshof VfGH, http://www.vfgh.gv.at

© 2026 JUSLINE
JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.
www.jusline.at