

TE Vfgh Erkenntnis 2022/6/30 G230/2021 (G230/2021-20)

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 30.06.2022

Index

20/01 Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (ABGB)

Norm

B-VG Art7 Abs1 / Gesetz

B-VG Art140 Abs1 Z1 lita

B-VG über die Rechte von Kindern

EMRK Art8

EMRK Art14

StGG Art2

ABGB §144, §145

Personenstandsg §1, §2, §9, §11

FortpflanzungsmedizinG §3, §8, §11, §20

VfGG §7 Abs1

1. B-VG Art. 140 heute

2. B-VG Art. 140 gültig ab 01.01.2015zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 114/2013

3. B-VG Art. 140 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2014zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012

4. B-VG Art. 140 gültig von 01.07.2008 bis 31.12.2013zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 2/2008

5. B-VG Art. 140 gültig von 01.01.2004 bis 30.06.2008zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2003

6. B-VG Art. 140 gültig von 06.06.1992 bis 31.12.2003zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 276/1992

7. B-VG Art. 140 gültig von 01.01.1991 bis 05.06.1992zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 685/1988

8. B-VG Art. 140 gültig von 01.07.1988 bis 31.12.1990zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 341/1988

9. B-VG Art. 140 gültig von 01.07.1976 bis 30.06.1988zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 302/1975

10. B-VG Art. 140 gültig von 19.12.1945 bis 30.06.1976zuletzt geändert durch StGBI. Nr. 4/1945

11. B-VG Art. 140 gültig von 03.01.1930 bis 30.06.1934

1. EMRK Art. 8 heute

2. EMRK Art. 8 gültig ab 01.05.2004

1. EMRK Art. 14 heute

2. EMRK Art. 14 gültig ab 01.11.1998zuletzt geändert durch BGBl. III Nr. 30/1998

3. EMRK Art. 14 gültig von 03.09.1958 bis 31.10.1998

1. StGG Art. 2 heute

2. StGG Art. 2 gültig ab 23.12.1867

1. ABGB § 144 heute
2. ABGB § 144 gültig von 01.01.2015 bis 31.12.2023 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 145/2022
3. ABGB § 144 gültig von 01.02.2013 bis 31.12.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2013
4. ABGB § 144 gültig von 01.07.2001 bis 31.01.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 135/2000
5. ABGB § 144 gültig von 01.07.1989 bis 30.06.2001 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 162/1989

1. VfGG § 7 heute
2. VfGG § 7 gültig ab 22.03.2020 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 16/2020
3. VfGG § 7 gültig von 01.01.2015 bis 21.03.2020 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 101/2014
4. VfGG § 7 gültig von 01.01.2015 bis 31.12.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 92/2014
5. VfGG § 7 gültig von 01.03.2013 bis 31.12.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 33/2013
6. VfGG § 7 gültig von 01.07.2008 bis 28.02.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 4/2008
7. VfGG § 7 gültig von 01.01.2004 bis 30.06.2008 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2003
8. VfGG § 7 gültig von 01.10.2002 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 123/2002
9. VfGG § 7 gültig von 01.01.1991 bis 30.09.2002 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 329/1990
10. VfGG § 7 gültig von 01.07.1976 bis 31.12.1990 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 311/1976

Leitsatz

Verfassungswidrigkeit einer Bestimmung des ABGB auf Grund der Diskriminierung der "anderen Elternschaft" bei weiblichen gleichgeschlechtlichen Paaren; keine Möglichkeit zur Begründung der "anderen Elternschaft" durch die Partnerin der Mutter bei einer "Heiminsemination", sondern nur nach Vornahme einer medizinisch unterstützten Fortpflanzung an der Mutter; Diskriminierung nach dem Geschlecht und der sexuellen Orientierung durch Gewährung des Schutzes der sozialen Familie bei gleichgeschlechtlicher Ehe oder eingetragener Partnerschaft nur bei medizinisch unterstützter Fortpflanzung; erbrechtliche Schlechterstellung von Kindern der "Heiminsemination" verletzt das Kindeswohl

Spruch

I. §144 sowie der zweite Satz und die Wortfolge "mit den nötigen Nachweisen" in §145 Abs1 Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (ABGB), JGS Nr 946/1811, idF BGBl I Nr 35/2015 werden als verfassungswidrig aufgehoben.

II. Die Aufhebung tritt mit Ablauf des 31. Dezember 2023 in Kraft.

III. Frühere gesetzliche Bestimmungen treten nicht wieder in Kraft.

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

Begründung

Entscheidungsgründe

I. Anlassverfahren, Prüfungsbeschluss und Vorverfahren

1. Die Beschwerdeführerin des zuE4420/2020 beim Verfassungsgerichtshof protokollierten, auf Art144 Abs1 B-VG gestützten Beschwerdeverfahrens lebt in einer eingetragenen Partnerschaft. Die Partnerin brachte am 18. Dezember 2019 ein – nicht im Wege medizinisch unterstützter Fortpflanzung gezeugtes – Kind zur Welt. Mit Bescheid vom 10. Februar 2020 wies der Magistrat der Stadt Wien den Antrag auf Eintragung der Beschwerdeführerin als Elternteil in das Zentrale Personenstandsregister gemäß §11 Abs1 PStG 2013 iVm §144 Abs2 und 3 sowie §145 Abs1 ABGB ab. Diese Entscheidung bestätigte das Verwaltungsgericht Wien mit Erkenntnis vom 22. Oktober 2020.

2. Bei der Behandlung der gegen die Entscheidung des Verwaltungsgerichtes Wien erhobenen Beschwerde gemäß Art144 Abs1 B-VG sind im Verfassungsgerichtshof Bedenken ob der Verfassungsmäßigkeit des §144 sowie des zweiten Satzes und der Wortfolge "mit den nötigen Nachweisen" in §145 Abs1 Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesammten deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie, JGS 946/1811, idF BGBl I 35/2015 entstanden. Der Verfassungsgerichtshof hat daher am 24. Juni 2021 beschlossen, diese Gesetzesbestimmungen von Amts wegen auf ihre Verfassungsmäßigkeit zu prüfen.

3. Zur Zulässigkeit und zum Umfang des Gesetzesprüfungsverfahrens führte der Verfassungsgerichtshof aus:

"[...] Der Verfassungsgerichtshof geht vorläufig davon aus, dass die Beschwerde zulässig sein dürfte. Insbesondere

dürfte das Verwaltungsgericht Wien bei Erlassung des angefochtenen Erkenntnisses die (mit) in Prüfung gezogenen Bestimmungen des ersten Halbsatzes sowie der Z1 in §144 Abs2 ABGB ebenso angewendet haben wie auch der Verfassungsgerichtshof diese Bestimmungen bei seiner Entscheidung über die Beschwerde anzuwenden haben dürfte. Diese Bestimmungen dürften mit den (des weiteren) in Prüfung gezogenen Bestimmungen des §144 ABGB ebenso jedenfalls in einem Regelungszusammenhang stehen wie die in Prüfung gezogenen Bestimmungen des §145 Abs1 ABGB. Ob, sollten sich die Bedenken des Verfassungsgerichtshofes im Gesetzesprüfungsverfahren als zutreffend herausstellen, mit einer Aufhebung nur von Teilen der in Prüfung gezogenen Bestimmungen das Auslangen gefunden werden kann, ist im Zuge der Sachentscheidung im Gesetzesprüfungsverfahren zu klären (siehe VfSlg 19.939/2014, 20.086/2016)."

4. Seine Bedenken, die ihn zur Einleitung des Gesetzesprüfungsverfahren bestimmt haben, legte der Verfassungsgerichtshof in seinem Prüfungsbeschluss wie folgt dar:

"[...] Die in Prüfung gezogenen Bestimmungen scheinen nach der vorläufigen Auffassung des Verfassungsgerichtshofes zunächst deswegen gegen Art14 iVm Art8 EMRK und gegen den Gleichheitsgrundsatz des Art7 Abs1 B-VG zu verstößen, weil sie die Elternschaft als 'anderer Elternteil' nur unter der Voraussetzung ermöglichen, dass an der Mutter innerhalb von nicht mehr als 300 und nicht weniger als 180 Tagen vor der Geburt eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung durchgeführt wurde, womit eine solche Elternschaft als 'anderer Elternteil' – anders als für den Vater in einer verschiedengeschlechtlichen Beziehung nach §144 Abs1 ABGB – ausgeschlossen sein darf, wenn das Kind auf natürlichem Wege, etwa durch 'Heiminsemination' gezeugt wurde. Dies scheint dem Verfassungsgerichtshof vorläufig gegen das Verbot der Diskriminierung nach der sexuellen Orientierung zu verstößen, weil er vorerst keine besonders schwerwiegenden Gründe erkennen kann, die eine solche gesetzliche Ungleichbehandlung rechtfertigen könnten [...].

Ein Verstoß gegen Art8 iVm Art14 EMRK sowie gegen Art7 Abs1 B-VG scheint einstweilen auch deswegen vorzuliegen, weil die in Prüfung gezogenen Bestimmungen dem in eine (eingetragene) Partnerschaft zweier Partnerinnen durch natürliche Fortpflanzung geborenen Kind die Zuordnung zur Partnerin der Mutter als 'anderer Elternteil' auch dann verwehren dürfen, wenn der biologische Vater, insbesondere auch deswegen, weil er die Verantwortung der Elternschaft nicht übernehmen will, unbekannt ist. Dem Kind darf somit auch in dieser Situation auf Grund der in Prüfung gezogenen Bestimmungen zwingend nur eine entsprechende Rechtsbeziehung zu einem Elternteil, der Mutter, zukommen können. Aus diesem Grund scheinen die in Prüfung gezogenen Bestimmungen auch gegen Art1 Bundesverfassungsgesetz über die Rechte von Kindern (im Folgenden: BVG Kinderrechte), BGBl I 4/2011, zu verstößen [...].

Schließlich scheinen die angefochtenen Bestimmungen auch deswegen gegen den Gleichheitsgrundsatz des Art7 Abs1 B-VG zu verstößen, weil sie die Möglichkeit der Elternschaft als 'anderer Elternteil' für die Partnerin der Mutter jedenfalls dem Wortlaut nach nur vorsehen dürfen, wenn Partnerin und Mutter in eingetragener Partnerschaft stehen, nicht aber, wenn sie in aufrechter Ehe verheiratet sind [...].

[...] Der Verfassungsgerichtshof geht vorläufig von folgendem Verständnis der maßgeblichen Rechtslage aus:

Nach §144 Abs2 ABGB ist die Frau Elternteil, die mit der Mutter im Zeitpunkt der Geburt des Kindes in eingetragener Partnerschaft verbunden ist oder als eingetragene Partnerin der Mutter nicht früher als 300 Tage vor der Geburt des Kindes verstorben ist (§144 Abs2 Z1 ABGB) oder die die Elternschaft anerkannt hat (§144 Abs2 Z2 ABGB) oder deren Elternschaft gerichtlich festgestellt ist (§144 Abs2 Z3 ABGB). Voraussetzung ist in jedem Fall, dass – §144 Abs2 erster Halbsatz ABGB – 'an der Mutter innerhalb von nicht mehr als 300 und nicht weniger als 180 Tagen vor der Geburt eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung durchgeführt worden' ist.

Diese durch das Fortpflanzungsmedizinrechts-Änderungsgesetz 2015 (FMedRÄG 2015), BGBl I 35/2015, eingeführte 'andere Elternschaft' bei weiblichen gleichgeschlechtlichen Paaren ist grundsätzlich der Regelung der Abstammungsgründe vom Vater nach §144 Abs1 ABGB nachgebildet. §144 Abs3 ABGB erklärt daher die auf den Vater und die Vaterschaft Bezug nehmenden Bestimmungen auch grundsätzlich als auf die Frau als 'anderer Elternteil' sinngemäß für anwendbar. Der im vorliegenden Zusammenhang entscheidende Unterschied besteht darin, dass gemäß §144 Abs2 ABGB die Partnerin nur 'anderer Elternteil' werden kann, wenn an der Mutter innerhalb der festgelegten Zeitspanne vor der Geburt eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung durchgeführt worden ist, was auch in den Anordnungen des §145 Abs1 ABGB Niederschlag gefunden hat.

Der Mann, der mit der Mutter im Zeitpunkt der Geburt des Kindes verheiratet ist (oder als Ehemann der Mutter nicht

früher als 300 Tage vor der Geburt des Kindes verstorben ist), gilt rechtlich als Vater bzw kann ein Mann die Vaterschaft anerkennen, auch wenn das Kind von einem Dritten, und zwar auch nicht im Wege medizinisch unterstützter Fortpflanzung, gezeugt wurde. Die Rechtsordnung schützt in diesen Fällen die soziale Familie vor einem 'sich hineindrängenden' biologischen Vater insoweit, als ein, die nach §144 Abs1 ABGB feststehende Vaterschaft 'durchbrechendes Anerkenntnis' des biologischen Vaters nur mit Zustimmung des Kindes (im Fall seiner Minderjährigkeit vertreten durch den Kinder- und Jugendhilfewohlfahrtsträger und unter Zustimmung der Mutter durch Bezeichnung des Anerkennenden als Vater) möglich ist (§147 Abs2 ABGB) und dem biologischen Vater in diesem Fall ein Antragsrecht auf gerichtliche Feststellung der Abstammung nicht zukommt, sondern nur dem Kind (§150 ABGB).

Im Fall der Drittensamenspende nach den Regelungen des FMedG ist Anknüpfungspunkt der abstammungsrechtlichen Regelungen die der Rechtsform des Notariatsaktes bedürftige Zustimmung des Mannes zur Zeugung des Kindes mit dem Samen eines Spenders (vgl §148 Abs3 ABGB), sofern hier nicht ohnedies §144 Abs1 Z1 bzw Z2 ABGB greift (womit dem Mann auch die Feststellung der Nichtabstammung gemäß §152 ABGB verwehrt ist; im Fall der Vaterschaft kraft Anerkenntnisses steht dann die Möglichkeit der Feststellung der Rechtsunwirksamkeit des Anerkenntnisses gemäß §154 Abs1 Z2 ABGB nicht zu).

Umgekehrt kann gemäß §148 Abs4 ABGB der Drittensamenspender (im Sinne des §148 Abs3 ABGB) nicht als Vater des mit seinem Samen gezeugten Kindes festgestellt werden, wenn er seinen Samen einer für medizinisch unterstützte Fortpflanzungen zugelassenen Krankenanstalt mit dem Willen überlassen hat, nicht selbst als Vater eines mit diesem Samen gezeugten Kindes festgestellt zu werden.

[...] Die in Prüfung gezogenen Bestimmungen scheinen somit nach vorläufiger Auffassung des Verfassungsgerichtshofes eine unterschiedliche Behandlung der Partnerin der Mutter (zumindest in eingetragener Partnerschaft[...]) in Bezug auf ihre rechtliche Stellung als 'anderer Elternteil' gegenüber dem Mann in einer vergleichbaren verschiedengeschlechtlichen Partnerschaft (bzw Ehe) zu bewirken, weil die Festlegung der Partnerin der Mutter als 'anderer Elternteil' damit im Fall der natürlichen Zeugung des Kindes jedenfalls, also auch durch Anerkenntnis oder gerichtliche Feststellung, ausgeschlossen sein dürfte. Die Stellung eines rechtlichen Elternteiles gegenüber dem Kind dürfte die Partnerin in derartigen Konstellationen somit nur im Wege der sogenannten 'Stiefkindadoption' (siehe §197 Abs4 ABGB), die weder die Pflicht noch das Recht dieser Frau darstellt Bernat, Die civilrechtlichen Folgen der medizinisch unterstützten Fortpflanzung, FS Eccher, 2017, 43 [55]), erlangen können.

Diese Ungleichbehandlung dürfte an der sexuellen Orientierung der Partnerin der Mutter anknüpfen und somit eine grundsätzlich nach Art14 iVm Art8 EMRK bzw Art7 Abs1 B-VG verpönte Diskriminierung darstellen (siehe im Hinblick auf den Gleichheitsgrundsatz zu am Geschlecht anknüpfenden gesetzlichen Differenzierungen VfSlg 19.866/2014, 19.899/2014 sowie im Hinblick auf Art14 iVm Art8 EMRK zu einer nach der sexuellen Orientierung differenzierenden Regelung VfSlg 19.758/2013), wenn nicht besonders schwerwiegende Gründe eine solche Ungleichbehandlung rechtfertigen.

[...] Eine solche Rechtfertigung scheint dem Verfassungsgerichtshof vorläufig fraglich zu sein (in der Literatur wird die in Rede stehende Ungleichbehandlung überwiegend als gleichheitswidrig erachtet, siehe etwa Stormann, §144 ABGB, in: Schwimann/Kodek [Hrsg.], ABGB: Praxiskommentar I5, Juli 2018; Gottschamel/Kratz-Lieber, Verfassungsrechtliche Fragen im Abstammungsrecht nach dem FMedRÄG 2015, ÖJZ 2015, 917; Bernat, Die abstammungsrechtliche Zuordnung eines Kindes, das während aufrechter Ehe zweier Frauen geboren wird, EF-Z 2019, 200 [203 f. mwN]; Wendehorst sieht 'massive verfassungsrechtliche Bedenken', wobei in diesem 'verfassungsrechtlichen Grenzfall' für sie allerdings 'die besseren Argumente dafür zu sprechen scheinen, dass die Regelung gerade noch verfassungsrechtlich haltbar ist', siehe Wendehorst, Medizinisch unterstützte Fortpflanzung und Abstammungsrecht, in: Arnold/Bernat/Kopetzki [Hrsg.], Das Recht der Fortpflanzungsmedizin 2015 – Analyse und Kritik, 2016, 103 [121 ff.]; für unter Gleichheitsgesichtspunkten gerechtfertigt halten die Regelung Ferrari, Medizinisch unterstützte Fortpflanzung und Elternschaft zweier Frauen, in: Barth/Erlebach [Hrsg.], Handbuch des neuen Fortpflanzungsmedizinrechts, 2015, 95; T. Maier, Ehefrau und eingetragene Partnerin der Mutter als Elternteil auch ohne medizinisch unterstützte Fortpflanzung?, EF-Z 2019, 210; Pierer, Abstammung, in: Deixler-Hübner [Hrsg.], Handbuch Familienrecht2, 2020, 231 [288 f.]). Insbesondere scheinen vorläufig folgende Argumente gegen eine solche Rechtfertigung zu sprechen:

Die Gesetzesmaterialien, denen zufolge es sich um eine vom Gesetzgeber intendierte Unterscheidung handelt,

verweisen zur Begründung der Ungleichbehandlung von Vaterschaft und 'anderer Elternschaft' darauf, dass eine Gleichbehandlung bei gleichgeschlechtlichen Partnerschaften notwendigerweise zum Auseinanderfallen von rechtlicher und biologischer Elternschaft führen müsse, womit die Anknüpfung an der (Zustimmung des 'anderen Elternteils' zur) medizinisch unterstützten Fortpflanzung insbesondere auch sicherstelle, dass dem Kind Regelungen insbesondere in §20 Abs2 FMedG zur Verfügung stünden, die sein Recht auf Kenntnis seiner genetischen Abstammung sichern würden (siehe Erläut zur RV des FMedRÄG 2015, 445 BlgNR 25. GP, 12 f.). Dem scheint freilich entgegengehalten werden zu können, dass dies voraussetze, dass die Mutter Auskunft über die einschlägige, nach dem FMedG zugelassene Krankenanstalt gebe (vgl Husslein/Bernat, Das durch Samenspende gezeugte Kind und die ärztliche Verschwiegenheitspflicht, RdM 2014, 328 [330]), womit das Recht nach §20 Abs2 FMedG in den Fällen, wo dies nicht erfolge, schwierig zur Anwendung zu bringen sein dürfte.

Weiters scheint einstweilen einer entsprechenden Rechtfertigung entgegenzu-stehen, dass die in einschlägigen Fällen zumeist intendierte soziale Familie von einer gesamthaften rechtlichen Anerkennung durch eine solche der Partnerin als 'anderer Elternteil' auch ausgeschlossen sein dürfte, wenn der biologische Vater eines auf natürlichem Wege gezeugten Kindes in der Sache ähnlich einem Dritt-samenspender bei der medizinisch unterstützten Fortpflanzung (der gerade keine eigene Familie gründen möchte, siehe Erlebach, Rechte des Kindes nach Samen- und Eizellspende, in: Barth/Erlebach [Hrsg.], Handbuch des neuen Fortpflanzungsmedizinrechts, 2015, 243 [259]) zu erkennen gibt, kein Interesse an einer Elternschaft zu haben. Vor dem Hintergrund des diesbezüglichen Selbstbestimmungsrechtes der Mutter nach Art8 EMRK scheint dem Verfassungsgerichtshof vorläufig keine Rechtfertigung dafür zu bestehen, die Mutter, will sie diesen Schutz der sozialen Familie in einer gleichgeschlechtlichen Partnerschaft (bzw Ehe) verwirklichen, zwingend auf eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung festlegen zu müssen.

Im Gesetzesprüfungsverfahren wird in diesem Zusammenhang freilich zu erörtern sein, inwieweit eine dem§148 Abs4 ABGB vergleichbare Regelung für Konstellationen, in denen das Kind während aufrechter eingetragener Partnerschaft (bzw Ehe) gleichgeschlechtlicher Partnerinnen auf natürlichem Wege gezeugt wird, und damit ein entsprechender Schutz der sozialen Familie aus Gründen der Rechte des biologischen Vaters oder aus sonstigen Erwägungen nicht vorgesehen werden könnte, und insoweit die (Zustimmung zur) medizinisch unterstützte(n) Fortpflanzung nach den Regelungen des FMedG für gleichgeschlechtliche (Ehe-)Partner gerechtfertigterweise den alleinigen Zurechnungspunkt der Abstammung darstellen könnte.

[...] Die in Prüfung gezogenen Bestimmungen scheinen dem Verfassungsgerichtshof weiters aus dem Blickwinkel des Kindes vorläufig gegen seine Rechte aus Art8 EMRK bzw Art7 Abs1 B-VG zu verstößen. Dies insbesondere deswegen, weil dem Kind eine rechtliche Beziehung der Elternschaft und somit etwa unterhalts- oder erbrechtliche Ansprüche zur Partnerin der Mutter als 'anderer Elternteil' auch in den Fällen verwehrt sein dürften, in denen der biologische Vater auch bei natürlicher Zeugung, in der Sache vergleichbar dem Dritt-samenspender bei der medizinisch unterstützten Fortpflanzung, davon ausgeht, dass ihm keine rechtliche Verantwortung für das durch seinen Samen gezeugte Kind zukommen werde. In diesen Fällen dürften die in Prüfung gezogenen Bestimmungen das Kind – entgegen den grundsätzlichen Intentionen des Abstammungsrechtes (siehe Pierer, aaO, 234) – auf die einschlägige Rechtsbeziehung zur Mutter beschränken, auch weil diese – auch zum Schutz der sozialen Familienbeziehung – das Recht hat, den Namen des Vaters nicht bekannt zu geben (siehe §149 Abs1 ABGB). Ungeachtet einer bestehenden sozialen Familienrealität dürfte das Kind damit rechtlich auf einen Elternteil beschränkt sein. Für diese Ungleichbehandlung im Sinne des Art7 Abs1 B-VG bzw des Art14 EMRK iVm Art8 EMRK und Beschränkung der Rechte des Kindes aus Art8 EMRK scheint dem Verfassungsgerichtshof vorläufig insbesondere angesichts des Umstandes keine ausreichende Rechtfertigung vorzuliegen, dass der Vater in einer verschiedengeschlechtlichen Beziehung seine rechtliche Vaterschaft, um einer entsprechenden sozialen Familienrealität Rechnung zu tragen, auch anerkennen kann, wenn ihm (und der Mutter) bewusst ist, dass ein anderer der biologische Vater des Kindes ist. Damit scheinen dem Verfassungsgerichtshof vorläufig die in Prüfung gezogenen Bestimmungen aber auch dem Schutzanspruch des Kindes nach Art1 BVG Kinderrechte nicht angemessen Rechnung zu tragen.

[...] §144 Abs2 Z1 ABGB knüpft die Stellung der Partnerin der Mutter als 'anderer Elternteil' neben den soeben erörterten Voraussetzungen, jedenfalls nach dem Wortlaut der Bestimmung, auch daran, dass die Frau mit der Mutter im relevanten Zeitpunkt bzw Zeitraum in eingetragener Partnerschaft verbunden ist. Dass Vergleichbares für die Frau, die mit der Mutter verheiratet ist, nicht vorgesehen sein dürfte, scheint einer sachlichen Rechtfertigung zu entbehren. Hier wird im Gesetzesprüfungsverfahren freilich zu prüfen sein, ob eine solche mögliche Ungleichbehandlung im

Gefolge des Erkenntnisses des Verfassungsgerichtshofes VfSlg 20.225/2017 nicht durch eine entsprechend verfassungskonforme Auslegung vermieden werden müsste (wobei aber zu erörtern sein dürfte, ob als Anknüpfungspunkt für eine verfassungskonforme Interpretation §144 Abs1 Z1 oder §144 Abs2 Z1 ABGB zu wählen sei, vgl T. Maier, aaO, 212)."

5. Die Bundesregierung hat eine Äußerung erstattet, in der sie zunächst von der Zulässigkeit des Gesetzesprüfungsverfahrens ausgeht. In der Sache bringt die Bundesregierung Folgendes vor (ohne Hervorhebungen im Original):

"Zu den Bedenken betreffend das Fehlen einer §144 Abs2 Z1 ABGB entsprechenden Regelung für eine mit der Mutter verheiratete[n] Frau:

[...] Soweit der Verfassungsgerichtshof die Gleichheitswidrigkeit der in Prüfung gezogenen Bestimmungen in Bezug auf den Unterschied zwischen Ehe und eingetragener Partnerschaft vermutet, ist dem Folgendes entgegenzuhalten:

[...] Der Gesetzgeber hat das Institut der Ehe und jenes der eingetragenen Partnerschaft im Wesentlichen zwar inhaltsgleich geregelt. Die unterschiedliche Bezeichnung trägt jedoch der unterschiedlichen Institutionalisierung der beiden Arten der Verbindung zweier Menschen Rechnung. Nach Ansicht der Bundesregierung steht es der Gesetzgebung innerhalb ihres rechtspolitischen Gestaltungsspielraums frei, Unterschiede zwischen dem Institut der Ehe und der eingetragenen Partnerschaft vorzusehen:

Während in Abstammungssachen bei einer Ehe nach dem Wortlaut des §144 Abs1 Z1 ABGB zur Anwendung kommt, ist bei einer eingetragenen Partnerschaft §144 Abs2 Z1 ABGB anzuwenden. Die unterschiedliche Ausgestaltung dieser beiden Institute stellt für sich genommen jedoch keinen Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz dar.

[...] Dem Verfassungsgerichtshof ist zuzustimmen, dass zwei Varianten partnerschaftlicher Gemeinschaften nicht ausdrücklich in §144 ABGB geregelt sind, obwohl diese seit dem Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes VfSlg 20.225/2017 möglich sind, nämlich eine eingetragene Partnerschaft zwischen Mann und Frau und eine Ehe zwischen zwei Frauen. Vor diesem Hintergrund der nunmehr geltenden Rechtlage ist die in Prüfung gezogene Bestimmung des §144 ABGB nach Auffassung der Bundesregierung verfassungskonform so auszulegen, dass auch eine verschiedengeschlechtliche eingetragene Partnerschaft sowie eine Ehe zwischen zwei Frauen davon erfasst sind.

Im Einzelnen gilt dabei nach Auffassung der Bundesregierung Folgendes:

[...] Eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung ist aufgrund von §2 FMedG nur dann zulässig, wenn eine Schwangerschaft durch Geschlechtsverkehr nicht erfolgen kann. Soweit eine eingetragene Partnerschaft aus Mann und Frau besteht und beide zeugungsfähig sind, gibt es somit für die betroffenen Personen keine Möglichkeit einer medizinisch unterstützten Fortpflanzung. Daher kann für diesen Fall im Sinn einer verfassungskonformen Interpretation nicht §144 Abs2 Z1 ABGB als Anknüpfungspunkt herangezogen werden, weil dies in vielen Fällen dazu führen würde, dass der eingetragene Partner der Frau keine Möglichkeit hätte, Elternteil des Kindes seiner Partnerin zu werden. Es stünde nur die Stiefkindadoption offen.

[...] Der gegenständliche Ausgangsfall einer eingetragenen Partnerschaft zweier Frauen ist dagegen anders zu beurteilen, weil §2 Abs2 Z3 FMedG eine solche Verbindung zweier Frauen geradezu den Paradefall für die Möglichkeit einer medizinisch unterstützten Fortpflanzung darstellt.

Wird nun für die Konstellation einer eingetragenen Partnerschaft zwischen Mann und Frau §144 Abs1 Z1 ABGB herangezogen, womit es keiner medizinisch unterstützten Fortpflanzung für eine Anerkennung als anderer Elternteil bedürfte, wird klar, dass die Unterscheidung zwischen Ehe in §144 Abs1 Z1 ABGB und eingetragene[r] Partnerschaft in §144 Abs2 Z1 ABGB letztlich nicht primär eine Unterscheidung in den beiden Instituten Ehe und eingetragene Partnerschaft schaffen wollte. Vielmehr ist das zum Zeitpunkt der Erlassung dieser Bestimmung bestehende Verständnis, dass eine Ehe nur zwischen Mann und Frau bestehen könne und gleichgeschlechtliche Paare auf eine eingetragene Partnerschaft verwiesen wären, dafür maßgeblich. In der Literatur wird dementsprechend eine analoge Anwendung des §144 Abs1 Z1 ABGB für Kinder von Eltern, die in einer verschiedengeschlechtlichen eingetragenen Partnerschaft leben, vertreten, insbesondere weil dies aus Sicht des Kindes geboten sei (vgl Hopf/Höllwerth in KBB6 §144 ABGB Rz. 2; differenziert Kutscher/Wildpert, Personenstandsrecht §144 ABGB Anm. 12; aA Nademleinsky in Schwimann/Neumayr, ABGB Taschenkommentar §144 ABGB Rz. 6).

[...] Im Hinblick darauf, dass der Gesetzgeber bei der Differenzierung zwischen §144 Abs1 Z1 und §144 Abs2 Z1 ABGB

primär die Unterscheidung in gleichgeschlechtliche und verschiedengeschlechtliche Paare im Auge hatte, ist für eine Frau, die mit der Mutter des Kindes verheiratet ist, als Anknüpfungspunkt für die verfassungskonforme Interpretation §144 Abs2 Z1 ABGB heranzuziehen, somit jene Bestimmung, die bereits jetzt für eine eingetragene Partnerschaft zweier Frauen gilt (vgl Hopf/Höllwerth in KBB6 §144 ABGB Rz. 4).

[...] Im Ergebnis bedeutet dies, dass Verbindungen von Mann und Frau in Form einer Ehe oder eingetragenen Partnerschaft in verfassungskonformer Interpretation dazu führen, dass der Ehemann oder Partner der Mutter gemäß §144 Abs1 Z1 ABGB als Vater anzusehen ist, während es bei Verbindungen zweier Frauen in Form einer Ehe oder eingetragenen Partnerschaft auf die Durchführung einer medizinisch unterstützten Fortpflanzung im Sinn des §144 Abs2 Z1 ABGB ankommt (so im Ergebnis auch T. Maier, Ehefrau und eingetragene Partnerin der Mutter als Elternteil auch ohne medizinisch unterstützte Fortpflanzung? EF-Z 2019/111, 212). Dieses Verständnis der Bestimmungen wird auch dadurch gestärkt, dass in §144 Abs1 ABGB ausdrücklich auf den 'Vater' Bezug genommen wird (vgl Bernat, Die abstammungsrechtliche Zuordnung eines Kindes, das während aufrechter Ehe zweier Frauen geboren wird, EF-Z 2019/109, 203; vgl zur ähnlichen deutschen Rechtslage Reuß, Das Abstammungsrecht auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand, FamRZ 2021, 824), während in §144 Abs2 ABGB von einer Frau, die 'anderer Elternteil' wird, die Rede ist.

[...] Zu den Bedenken betreffend die Voraussetzung der Durchführung einer medizinisch unterstützten Fortpflanzung in §144 Abs2 ABGB:

[...] Zur vorläufigen Annahme der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts bzw der sexuellen Orientierung

[...] Nach Ansicht der Bundesregierung liegt entgegen der vorläufigen Annahme des Verfassungsgerichtshofes eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts bzw der sexuellen Orientierung aus folgenden Gründen nicht vor:

[...] Die Bestimmung des §144 Abs1 Z1 ABGB knüpft daran an, dass der Ehemann der Mutter zugleich auch der biologische Vater des Kindes ist (vgl Schmid, Die eingetragene Partnerin als weiterer Elternteil bei medizinisch unterstützter und nicht medizinisch unterstützter Fortpflanzung – §144 ABGB de lege lata et ferenda, JMG 2017, 226 [226]; bereits im römischen Recht war der Grundsatz 'Pater vero is est, quem nuptiae demonstrant', also 'Vater ist, wer durch die Heirat als solcher erwiesen ist', verankert). Diese Regelung spiegelt in der Regel die tatsächlichen Verhältnisse wider, weshalb der Gesetzgeber daran auch gewisse Rechtsfolgen knüpfen kann. Der absolut zeugungsunfähige Mann stellt nur eine Ausnahme dar (vgl Ferrari in Barth/Erlebach, Handbuch des neuen Fortpflanzungsmedizinrechts, 98).

[...] Eine Vermutung, dass das Kind von der Ehegattin oder Partnerin der Mutter abstammt, kann hingegen nicht aufgestellt werden, weshalb §144 Abs2 Z1 ABGB auch nicht daran anknüpft. Jede Frau ist zeugungsunfähig (vgl Ferrari, aaO, 99). Demgegenüber mag die Wahrscheinlichkeit, dass das Kind aus einer medizinisch unterstützten Fortpflanzung abstammt, bei der eingetragenen Partnerin der Frau oder einer anerkennenden Frau zwar ähnlich hoch sein wie die Wahrscheinlichkeit der biologischen Abstammung beim Ehegatten der Mutter oder einem anerkennenden Mann (vgl Wendehorst, Medizinisch unterstützte Fortpflanzung und Abstammungsrecht, in Arnold/Bernat/Kopetzki, Das Recht der Fortpflanzungsmedizin 2015 – Analyse und Kritik, 121). Sollte allerdings nicht an das Erfordernis der medizinisch unterstützten Fortpflanzung für die Elternschaft nach §144 Abs2 ABGB angeknüpft werden, kann man diesen Vergleich der Wahrscheinlichkeiten, wie ihn Wendehorst vorsieht, nicht heranziehen, weil diesem sodann die Vergleichsgrundlage entzogen wäre. Auch der Umstand, dass bei der medizinisch unterstützten Fortpflanzung ebenso feststeht, dass die Partnerin der Mutter nicht biologischer Elternteil sein kann (vgl Gottschamel/Kratz-Lieber, Verfassungsrechtliche Fragen im Abstammungsrecht nach dem FMedRÄG 2015, ÖJZ 2015/124, 920), vermag daran nichts zu ändern, weil mit dieser Argumentation allgemein die Möglichkeit der Elternschaft aufgrund medizinisch unterstützter Fortpflanzung in Frage gestellt wird.

[...] In diesem Zusammenhang verweist die Bundesregierung auf den Unzulässigkeitsbeschluss des EGMR in der Rechtssache Boeckel und Gessner-Boeckel gegen Deutschland, dem die Verweigerung der Eintragung der Elternschaft im Rahmen einer eingetragenen Partnerschaft zweier Frauen in die Geburtsurkunde des Kindes der einen Partnerin zugrunde lag. Der EGMR wurde in diesem vergleichbaren Fall von zwei in Deutschland lebenden eingetragenen Lebenspartnerinnen angerufen. Diese erachteten sich dadurch beschwert, dass die deutschen Behörden der Partnerin der Mutter die Eintragung in die Geburtsurkunde verwehrten. Auch der EGMR konzediert, dass keine Tatsachengrundlage für die gesetzliche Vermutung bestehe, dass das Kind von der Partnerin der Mutter abstammt. Er

gelangte zu dem Schluss, dass nicht gesagt werden könne, dass die Beschwerdeführerinnen sich im Hinblick auf die zum Zeitpunkt der Geburt vorgenommenen Eintragungen in die Geburtsurkunde in einer in erheblichem Maße vergleichbaren Situation befanden wie [verschiedengeschlechtliche] Ehepartner. Daher sei nicht ersichtlich, dass Art14 iVm. Art8 EMRK verletzt worden wäre (EGMR 7.5.2013, Boeckel/Gessner-Boeckel gg. Deutschland, Appl 8017/11, Z31).

[...] Auch der deutsche Bundesgerichtshof sprach in einem Beschluss aus, dass die mit§144 Abs1 ABGB vergleichbare Regelung des §1592 Nr 1 dBGB an Kriterien anknüpfe, die im Regelfall denjenigen Mann als rechtlichen Vater erfassen, von dem das Kind biologisch abstammt. Der Umstand, dass dies in der Lebenswirklichkeit im Einzelfall unzutreffend sein kann, beseitige nicht die Richtigkeit der regelhaften Annahme. Eine entsprechende Vermutung könne allerdings nicht für die mit der Kindesmutter verheiratete Frau begründet werden (BGH Beschluss vom 10.10.2018, XII ZB 231/18 = NJW 2019, 153; krit. Kaulbach/Pickenhahn/Von Scheliha, Kann die Ehefrau der Mutter Vater werden? FamRZ 2019, 768).

[...] In diesem Auseinanderklaffen von gesetzlicher Vorwegnahme und Wirklichkeit, wie dies in den Gesetzesmaterialien betont wird (RV 445 BlgNR XXV. GP 12), besteht nach Ansicht der Bundesregierung ein wesentlicher Unterschied, der eine unterschiedliche Regelung sachlich rechtfertigt und in diesem Sinn keine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts oder der sexuellen Orientierung darstellt. Die grundsätzliche Eignung des Mannes zur natürlichen Zeugung rechtfertigt es daher, die Vaterschaft an weniger strenge Voraussetzungen zu knüpfen als die Elternschaft der Frau, die das Kind nicht geboren hat (vgl Ferrari, aaO, 99; aA Schmid, JMG 2017, 226 [227]). Durch die Regelung wird für ein gleichgeschlechtliches Paar zugleich die Möglichkeit geschaffen, sich den Kinderwunsch abseits der Adoption oder der Pflegeelternschaft durch eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung mit Hilfe einer Samenspende Dritter zu erfüllen.

[...] Die in §144 Abs2 ABGB normierte Voraussetzung der Durchführung einer medizinisch unterstützten Fortpflanzung liegt überdies im Interesse des Kindeswohles und ist daher auch aus diesem Grund sachlich gerechtfertigt [...].

[...] Zu den Bedenken aus der Sicht des Kindes:

[...]

Nach Ansicht der Bundesregierung verfolgt die Gesetzgebung mit den in Prüfung gezogenen Regelungen das legitime Ziel der Wahrung des Kindeswohls und die in Prüfung gezogenen Bestimmungen stehen auch nicht in Widerspruch zu Art8 EMRK oder Art7 B-VG bzw Art14 iVm Art8 EMRK:

[...] Recht des Kindes auf Eltern:

[...] Gleichgeschlechtliche Eltern sind im Hinblick auf die Zeugung eines Kindes auf eine Drittspende angewiesen. Damit kommen – neben der Mutter – als möglicher weiterer Elternteil der Drittspender als Vater und die Partnerin oder Ehegattin der Mutter als anderer Elternteil in Betracht. Wenn nun in Ermangelung einer medizinisch unterstützten Fortpflanzung das Gesetz nicht die Partnerin oder Ehegattin der Mutter als anderen Elternteil vorsieht, kommt weiterhin der Drittspender als Vater in Betracht.

Letztlich ist es daher nur das Recht der Mutter, den Vater nicht zu benennen, welches dem Kind in einem Fall wie dem Ausgangssachverhalt zwei Elternteile verwehren würde. Denn trotz eingetragener Partnerschaft mit einer anderen Frau besteht für die Mutter die Möglichkeit, den leiblichen Vater als solchen zu benennen. Der Vater wiederum kann sich nicht darauf berufen, nicht als Vater festgestellt zu werden, weil dies §148 Abs4 ABGB nur für den Fall einer medizinisch unterstützten Fortpflanzung vorsieht. Die Bezeichnung des Vaters und damit die Feststellung der Vaterschaft ist nur dann nicht realistisch bzw faktisch unmöglich, wenn die Möglichkeit anonymen Samenspenden über das Internet oder im Ausland unter Umgehung der Vorschriften des FMedG wahrgenommen wird. Eine derartige Vorgehensweise ist aber aus Sicht des Gesetzgebers nicht gewünscht.

[...] Sollte hingegen die Partnerin der Mutter durch Geburt des Kindes während aufrechter Partnerschaft – ohne Durchführung einer medizinisch unterstützten Fortpflanzung gemäß dem FMedG – bereits aufgrund des Gesetzes anderer Elternteil werden, wären wohl auch die Bestimmungen über die Feststellung der Nichtabstammung entsprechend anzuwenden (§144 Abs3 iVm. §§151 ff. ABGB). Da das Kind biologisch gesehen nicht von der Partnerin der Mutter abstammen kann, könnte diese – zumindest in den ersten zwei Jahren nach Geburt des Kindes (vgl Schmid, aaO, 228) – einen Antrag auf Feststellung, dass das Kind nicht von ihr abstammt, stellen (§153 Abs1 ABGB). Diesem Antrag müsste, da die Abstammung nicht gegeben ist, auch regelmäßig Erfolg beschieden sein. Dies führt zu einer

Ungewissheit für die Mutter, aber auch für das Kind (wird der Antrag gestellt?), die insbesondere aus Sicht des Kindes nicht tragbar ist (vgl T. Maier, aaO, 212). Es bedarf daher bereits bei Geburt des Kindes einer klaren Regelung zur Elternschaft. Die konkrete Ausgestaltung dieser Regelung liegt im Gestaltungsspielraum der Gesetzgebung, wobei darauf hinzuweisen ist, dass bei der Beurteilung familienrechtlicher Regelungen der Gesetzgebung ein weiter rechtspolitischer Gestaltungsspielraum zukommt (vgl VfSlg 14.301/1995).

Bei der Anknüpfung an eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung besteht dieses Problem hingegen nicht: Hier ist eine Zustimmung des anderen Elternteils gemäß §8 FMedG Voraussetzung; diese hat bei der Verwendung des Samens oder der Eizellen einer dritten Person zudem in Form eines Notariatsakts zu erfolgen. Eine Beseitigung der Elternschaft ist nur insoweit möglich, als geltend gemacht wird, dass das Kind nicht durch die konsentierte medizinisch unterstützte Fortpflanzung, sondern etwa von einem Dritten auf natürliche Weise gezeugt worden ist (vgl auch RV 445 BlgNR XXV. GP 12).

Sollte man dagegen argumentieren wollen, dass die Feststellung der Nichtabstammung nur für den Ehemann (und im Sinn einer verfassungskonformen Interpretation auch für den eingetragenen Partner) der Mutter möglich sein soll, nicht aber für eine Ehefrau oder eingetragene Partnerin der Mutter, hätte letztere – so es ohne Kenntnis oder gegen ihren Willen zur Schwangerschaft gekommen wäre – keine Möglichkeit, die Elternschaft zu 'bekämpfen', also die Feststellung der Nichtabstammung zu erwirken. Eine derartige Konstellation wäre aber unzumutbar (Unterschieben eines von der Partnerin der Mutter ungewollten Kindes) und könnte insofern als gleichheitswidrig angesehen werden. Es wäre zudem dem Kindeswohl ebenso wenig dienlich, wenn ein Elternteil ohne sein Zutun und ohne seinen Willen zu einem solchen wird und keine rechtliche Möglichkeit hat, diesen Zustand zu ändern. Genau dieser Umstand zeigt allerdings, dass es hier bei der unterschiedlichen Behandlung eines verschiedengeschlechtlichen und eines gleichgeschlechtlichen Paares keine Diskriminierung gibt, da in dieser Konstellation aus sachlichen Gründen Ungleicher ungleich behandelt wird.

[...] Allgemein zeigt sich somit, dass es bei der Geburt eines Kindes während einer aufrechten Ehe oder eingetragenen Partnerschaft zweier Frauen vorab einer Regelung bedarf, damit die rechtlich-soziale Familie auch entsprechend geschützt wird (in diesem Sinn auch Schmid, aaO, 229, der eine notariatsaktliche Erklärung auch ohne medizinisch unterstützte Fortpflanzung verlangen würde). Um die oben beschriebenen Unklarheiten hintanzuhalten, sieht der Gesetzgeber mit den in Prüfung gezogenen Bestimmungen vor, dass zwei Frauen den Weg einer medizinisch unterstützten Fortpflanzung zu wählen haben und es daher einer ausdrücklichen formgebundenen und objektivierbaren Zustimmung der Partnerin oder Ehegattin der Mutter (Notariatsakt nach §8 Abs1 FMedG) bedarf.

[...] Sollte dieser – vom Gesetzgeber als Regelfall intendierte – Weg der medizinisch unterstützten Fortpflanzung nicht beschritten werden, besteht die Möglichkeit, die Elternschaft der Partnerin der Mutter durch eine sog Stiefkindadoption nach §197 Abs4 ABGB zu erlangen. Somit sieht der Gesetzgeber nach Auffassung der Bundesregierung im Rahmen seines Ermessensspielraums in ausreichendem Ausmaß Möglichkeiten vor, wie die Partnerin oder Ehegattin der Mutter rechtlich Elternteil werden kann.

[...] Recht des Kindes auf Kenntnis der Abstammung:

[...] Das Recht des Kindes auf Kenntnis der Abstammung findet seine starke Ausprägung in den Bestimmungen über die Auskunftserteilung gemäß §20 Abs2 FMedG (vgl auch VfSlg 19.824), wonach dem mit dem Samen oder den Eizellen einer dritten Person gezeugten Kind auf dessen Verlangen nach Vollendung des 14. Lebensjahres Einsicht in die Aufzeichnungen nach §15 Abs1 FMedG zu gewähren und auf diese Weise insbesondere Name, Geburtstag und Geburtsort, Staatsangehörigkeit und Wohnort des Spenders (§15 Abs1 Z1 FMedG) zu erfahren. Zum Wohl des Kindes ist in medizinisch begründeten Ausnahmefällen der Person, die mit der gesetzlichen Vertretung für die Pflege und Erziehung betraut ist, Einsicht und Auskunft zu erteilen.

[...] Bei jedem Kind gleichgeschlechtlicher Eltern stellt sich zwangsläufig die Frage nach der biologischen Abstammung. Dies ergibt sich bereits aus dem äußeren Anschein. Kindern gleichgeschlechtlicher Eltern soll es ermöglicht werden, auch gegen den Willen der Eltern die biologische Abstammung in Erfahrung zu bringen (vgl RV 445 BlgNR XXV. GP 13). Daher bedarf es Aufzeichnungen über die Zeugung, die nur im Fall einer medizinisch unterstützten Fortpflanzung entsprechend gesichert dokumentiert werden können. Andernfalls stünde es wiederum im Belieben der Eltern, den Vater entsprechend §149 Abs1 ABGB nicht zu benennen.

[...] Dieser Argumentation wird teilweise entgegengehalten, dass auch im Anwendungsbereich des FMedG das Recht

des Kindes an der Kenntnis der genetischen Abstammung nicht stark ausgeprägt sei, weil ein Anspruch des Kindes gegen die Mutter auf Auskunft, in welcher Krankenanstalt die Zeugung stattgefunden hat, vom Recht der Mutter auf Wahrung ihrer Privatsphäre verdrängt werden könnte (vgl Bernat, aaO, 204). Diese Frage ist nicht geklärt. Das FMedG enthält in §20 Abs2 ein ausdrückliches Auskunftsrecht des Kindes; eine §149 Abs1 ABGB entsprechende Regelung (Recht der Mutter, den Vater nicht zu benennen) findet sich im FMedG hingegen nicht. Im Hinblick auf das Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung könnte daraus geschlossen werden, dass das Kind gegenüber der Mutter einen Anspruch auf Bekanntgabe der Krankenanstalt hat, in welcher die medizinisch unterstützte Fortpflanzung durchgeführt wurde und somit Aufzeichnungen über den Samenspender vorliegen.

Ungeachtet dessen ist zu berücksichtigen, dass die Benennung der Krankenanstalt durch die Mutter im rechtlichen Sinn nicht Voraussetzung für den Auskunftsanspruch der Krankenanstalt ist. Eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung mit dem Samen oder den Eizellen dritter Personen darf nur in einer nach §5 Abs2 FMedG zugelassenen Krankenanstalt vorgenommen werden (§11 FMedG). Im Anhang des jährlich von der Gesundheit Österreich GmbH veröffentlichten Bericht findet sich eine Auflistung der rund 30 Krankenanstalten mit einer Zulassung gemäß §5 Abs2 FMedG. So kann ein Kind – im Fall der Auskunftsverweigerung durch die Mutter – an sämtliche Krankenanstalten ein entsprechendes Auskunftsbegehren richten und sich auf diese Weise erfolgversprechend auf die Suche nach jener Krankenanstalt machen, in der an der Mutter eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung durchgeführt wurde.

[...] Die Argumentation, wonach der Fall zweier Frauen jenem mit einem zeugungsunfähigen Mann gleichzuhalten wäre und mit einem 'Sonderabstammungsrecht' für die Vaterschaft zeugungsunfähiger Männer zu regeln wäre, würde wiederum zu vermehrten Folgeproblemen führen. In diesem Sinn kann der Schutz des Rechts auf Kenntnis der genetischen Abstammung die am Geschlecht bzw der sexuellen Orientierung anknüpfende Ungleichbehandlung rechtfertigen, weil bei Kindern zweier Frauen ein entsprechender Schutzbedarf besteht. Ein solcher Bedarf käme aber nur bei einem sehr geringen Prozentsatz der Kinder anderer Paare zum Tragen (vgl Wendehorst, aaO, 121).

[...] Zur Anerkennung der Elternschaft:

[...] Aufgrund der Regelung des §144 Abs2 Z2 iVm. §145 ABGB kann die Lebensgefährtin der Mutter nur bei Vorliegen einer medizinisch unterstützten Fortpflanzung die Elternschaft anerkennen. Auch in dieser Konstellation besteht der Unterschied zwischen dem anerkennenden Mann und der anerkennenden Frau darin, dass aus Sicht des Standesbeamten ersterer auch der leibliche Vater des Kindes sein kann, weil eine allfällige Zeugungsunfähigkeit – wie bei letzterer – nach außen hin nicht erkennbar ist. Damit ist es sachlich gerechtfertigt und nicht diskriminierend, wenn an das Anerkenntnis der Elternschaft strengere Voraussetzungen geknüpft sind, als an ein Anerkenntnis der Vaterschaft (vgl Ferrari, aaO, 104 f.). Letztlich findet die Regelung ihre Rechtfertigung in dem Recht des Kindes auf Kenntnis seiner genetischen Abstammung, welches in der vorliegenden Konstellation – wie bereits dargelegt – durch das Auskunftsrecht des §20 Abs2 FMedG sichergestellt wird.

[...] Zumindest in jenen Fällen, in denen die zweite Frau nicht eingetragene Partnerin oder Ehegattin der Mutter ist, wäre ohne Anknüpfung an eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung im kritischen Zeitraum – und die damit verbundene Zustimmung des anderen Elternteils – einer beliebigen Anerkennung Tür und Tor geöffnet.

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