

VERFASSUNGSGERICHTSHOF

E 4420/2020-14

24. Juni 2021

## BESCHLUSS

Der Verfassungsgerichtshof hat unter dem Vorsitz der Vizepräsidentin  
Dr. Verena MADNER,

in Anwesenheit der Mitglieder

Dr. Markus ACHATZ,

Dr. Sieglinde GAHLEITNER,

Dr. Andreas HAUER,

Dr. Christoph HERBST,

Dr. Michael HOLOUBEK,

Dr. Helmut HÖRTENHUBER,

Dr. Claudia KAHR,

Dr. Georg LIENBACHER,

Dr. Michael RAMI,

Dr. Johannes SCHNIZER und

Dr. Ingrid SIESS-SCHERZ

sowie des Ersatzmitgliedes

MMag. Dr. Barbara LEITL-STAUDINGER

als Stimmführer, im Beisein der verfassungsrechtlichen Mitarbeiterin

Dr. Maria-Theresia RAPPERSBERGER

als Schriftführerin,

in der Beschwerdesache der \*\*\*, \*\*\*, \*\*\*, vertreten durch Rechtsanwältin Mag.<sup>a</sup> Doris Einwallner, Schönbrunner Straße 26/3, 1050 Wien, gegen das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes Wien vom 22. Oktober 2020, Z VGW-101/050/4909/2020-8, in seiner heutigen nichtöffentlichen Sitzung beschlossen:

- I. Gemäß Art. 140 Abs. 1 Z 1 lit. b B-VG wird die Verfassungsmäßigkeit des § 144 sowie des zweiten Satzes und der Wortfolge "mit den nötigen Nachweisen" in § 145 Abs. 1 Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesamten deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie, JGS Nr. 946/1811, idF BGBl. I Nr. 35/2015 von Amts wegen geprüft.
- II. Das Beschwerdeverfahren wird nach Fällung der Entscheidung im Gesetzesprüfungsverfahren fortgesetzt werden.

## **Begründung**

### **I. Sachverhalt, Beschwerde und Vorverfahren**

1. Die Beschwerdeführerin lebt seit 4. April 2018 in einer eingetragenen Partnerschaft. Ihre Partnerin brachte am 18. Dezember 2019 ein – nicht im Wege medizinisch unterstützter Fortpflanzung gezeugtes – Kind zur Welt. 1

Am 24. Dezember 2019 zeigten die Beschwerdeführerin und ihre Partnerin die Geburt des Kindes beim zuständigen Standesamt an, wobei unter der Kategorie "Vater" die Beschwerdeführerin und unter der Kategorie "Mutter" ihre Partnerin angegeben wurde. In einer Niederschrift vom gleichen Tag vor dem Standesamt ist festgehalten, dass die Beschwerdeführerin und ihre Partnerin "die Eintragung der Geburt des Kindes [...] mit beiden Elternteilen [beantragen], obwohl [...] keine medizinische Unterstützung nachgewiesen w[e]rden kann". 2

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 Abs. 1 PStG 2013 iVm § 144 Abs. 2 und 3 sowie § 145 Abs. 1 ABGB mit der Begründung ab, die Beschwerdeführerin sei zwar zum Zeitpunkt der Geburt in aufrechter eingetragener Partnerschaft mit der 3

Mutter des Kindes gestanden, ein Nachweis darüber, dass bei der Mutter eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung im Sinne des § 2 FMedG durchgeführt wurde, sei aber nicht erbracht worden.

2. Die gegen diesen Bescheid erhobene Beschwerde wies das Verwaltungsgericht Wien mit Erkenntnis vom 22. Oktober 2020 ab. Die belangte Behörde habe bei ihrer allein verfahrensgegenständlichen Entscheidung, ob die Beschwerdeführerin als Elternteil im Sinne des § 2 Abs. 3 Z 1 PStG 2013 anzusehen und daher als solcher eintragungsfähig sei, in richtiger Art und Weise § 144 Abs. 2 ABGB herangezogen. Auf Grund des als erwiesen angenommenen Sachverhaltes, wonach im Sinne des § 144 Abs. 2 ABGB an der Mutter innerhalb von nicht mehr als 300 und nicht weniger als 180 Tagen vor der Geburt eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung nicht durchgeführt worden sei, sei der belangten Behörde zuzustimmen, dass die Beschwerdeführerin im Sinne des § 144 Abs. 2 ABGB nicht Elternteil und daher auch nicht als Elternteil in das Personenstandsregister eintragungsfähig sei. Da die notwendigen Urkunden (Bestätigung über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung) nicht vorlägen und beim Verwaltungsgericht Bedenken hinsichtlich der Verfassungskonformität der anzuwendenden Bestimmungen nicht entstanden seien, sei die Beschwerde abzuweisen.

4

3. Gegen dieses Erkenntnis richtet sich die vorliegende, auf Art. 144 B-VG gestützte Beschwerde, in der die Verletzung in den verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten nach Art. 14 iVm Art. 8 EMRK sowie nach Art. 7 B-VG und Art. 2 StGG sowie in Rechten wegen Anwendung für verfassungswidrig erachteter Bestimmungen in § 144 Abs. 2 ABGB behauptet und die kostenpflichtige Aufhebung des angefochtenen Erkenntnisses beantragt wird.

5

In der Beschwerde wird zur Begründung insbesondere vorgebracht, dass der Beschwerdeführerin trotz aufrechter eingetragener Partnerschaft die Elternschaft kraft Gesetzes deswegen verwehrt sei, weil an der Mutter des Kindes im maßgeblichen Zeitpunkt keine medizinisch unterstützte Fortpflanzung durchgeführt worden sei. Daher sei der Antrag auf Eintragung als Elternteil des Kindes im Zentralen Personenstandsregister abgelehnt worden. Ein Mann, der mit der Mutter im Zeitpunkt der Geburt des Kindes verheiratet sei, gelte demgegenüber gemäß § 144 Abs. 1 Z 1 ABGB ex lege als Vater, unabhängig davon, ob er das Kind

6

gezeugt habe oder eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung durchgeführt worden sei.

Vor dem Hintergrund des Erkenntnisses des Verfassungsgerichtshofes VfSlg. 20.225/2017 und des Umstands, dass seit 1. Jänner 2019 die Ehe und die eingetragene Partnerschaft sowohl Personen gleichen als auch Personen verschiedenen Geschlechtes offen stehe, seien die abstammungsrechtlichen Regelungen bei Geburt eines Kindes während einer Ehe bzw. einer eingetragenen Partnerschaft gleich zu betrachten.

7

Zur Rechtfertigung der in § 144 Abs. 2 ABGB normierten Voraussetzung der medizinisch unterstützten Fortpflanzung verweise der Gesetzgeber in den Materialien vor allem auf das durch Art. 8 EMRK geschützte Recht des Kindes auf Kenntnis seiner genetischen Abstammung, das in § 20 Abs. 2 FMedG abgesichert sei und dem vor allem bei Kindern gleichgeschlechtlicher Eltern besondere Bedeutung zukomme. Denn bei einem Kind gleichgeschlechtlicher Eltern stelle sich schon dem äußeren Anschein nach jedenfalls die Frage nach seiner biologischen Abstammung. Damit messe der Gesetzgeber aber dem Recht auf Kenntnis seiner biologischen Abstammung abhängig von der sexuellen Orientierung der Eltern unterschiedliches Gewicht zu. In § 144 Abs. 1 Z 1 ABGB nehme der Gesetzgeber in Kauf, dass das Kind genetisch nicht vom Ehemann der Mutter abstamme und es womöglich nie Kenntnis vom leiblichen Vater haben werde. Der Gesetzgeber schütze damit die rechtlich-soziale Vaterschaft gegenüber der biologischen, weil der biologische Vater allein keine rechtliche Möglichkeit habe, die Vaterschaft zu erlangen, wenn ein anderer Mann bereits der rechtliche Vater ist (vgl. § 150 ABGB). Dadurch werde der Schutz der sozialen Familie bewirkt. Im Unterschied dazu werde das Recht des Kindes auf Kenntnis der Abstammung bei eingetragenen Partnerinnen als dermaßen gewichtig gesehen, dass eine ex lege Elternschaft bei einer nicht durch medizinisch unterstützte Fortpflanzung erfolgten Zeugung ausgeschlossen sei. Jedoch sei auch im Anwendungsbereich des FMedG das Recht des Kindes an der Kenntnis der genetischen Abstammung nicht stark ausgeprägt, zumal ein Anspruch des Kindes auf Auskunft, in welcher Krankenanstalt die Zeugung stattfand, vom Recht der Mutter auf Wahrung ihrer Privatsphäre verdrängt werden könne.

8

Somit lasse sich die in § 144 Abs. 2 ABGB normierte Voraussetzung der medizinisch unterstützten Fortpflanzung nicht mit dem Recht des Kindes auf Kenntnis seiner genetischen Abstammung rechtfertigen. Vielmehr sei dem Schutz der sozialen Familie Vorrang einzuräumen, vor allem unter Beachtung des Interesses des Kindes, dass ab Geburt nicht nur ein Elternteil zur Verfügung stehe.

9

4. Der Magistrat der Stadt Wien hat die Verwaltungsakten vorgelegt, von der Erstattung einer Äußerung aber Abstand genommen. Ebenso hat das Verwaltungsgericht Wien die Gerichtsakten vorgelegt und von der Erstattung einer Gegenschrift abgesehen.

10

## II. Rechtslage

1. Die maßgeblichen Bestimmungen des Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches für die gesammten deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie (im Folgenden: ABGB), JGS 946/1811, idF BGBl. I 35/2015 lauten wie folgt (die in Prüfung gezogenen Bestimmungen sind hervorgehoben):

11

### "Abstammung vom Vater und vom anderen Elternteil

§ 144. (1) Vater des Kindes ist der Mann,

1. 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 oder

2. der die Vaterschaft anerkannt hat oder

3. dessen Vaterschaft gerichtlich festgestellt ist.

(2) Ist an der Mutter innerhalb von nicht mehr als 300 und nicht weniger als 180 Tagen vor der Geburt eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung durchgeführt worden, so ist die Frau Elternteil,

1. 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 oder

2. die die Elternschaft anerkannt hat oder

3. deren Elternschaft gerichtlich festgestellt ist.

(3) Auf diese Frau sind die auf den Vater und die Vaterschaft Bezug nehmenden Bestimmungen in diesem Gesetz und anderen bundesgesetzlichen Vorschriften sinngemäß anzuwenden. Gelten im Verhältnis der Eltern zu ihrem Kind und zwischen den Eltern besondere Rechte und Pflichten, so kommen diese gleichermaßen zur Anwendung.

(4) Würden nach Abs. 1 Z 1 mehrere Männer als Vater in Betracht kommen, so ist derjenige von ihnen Vater, der mit der Mutter zuletzt die Ehe geschlossen hat. Würden nach Abs. 2 Z 1 mehrere Frauen in Betracht kommen, so ist diejenige von ihnen Elternteil, die mit der Mutter zuletzt die eingetragene Partnerschaft begründet hat.

#### Anerkenntnis des Vaters und des anderen Elternteils

§ 145. (1) Die Vaterschaft oder Elternschaft wird durch persönliche Erklärung in inländischer öffentlicher oder öffentlich-beglaubigter Urkunde anerkannt. Dem Anerkenntnis der Elternschaft ist ein Nachweis über die an der Mutter durchgeführte medizinisch unterstützte Fortpflanzung (§ 144 Abs. 2) beizulegen. Das Anerkenntnis wirkt ab dem Zeitpunkt der Erklärung, sofern die Urkunde oder ihre öffentlich-beglaubigte Abschrift mit den nötigen Nachweisen dem Standesbeamten zukommt.

(2) [...]"

2. Die maßgeblichen Bestimmungen des Bundesgesetzes über die Regelung des Personenstandswesens (Personenstandsgesetz 2013 – PStG 2013), BGBl. I 16/2013, idF BGBl. I 104/2018 lauten wie folgt:

12

#### "Personenstand und Personenstandsfall

§ 1. (1) Personenstand im Sinne dieses Bundesgesetzes ist die sich aus den Merkmalen des Familienrechts ergebende Stellung einer Person innerhalb der Rechtsordnung einschließlich ihres Namens.

(2) Personenstandsfälle sind Geburt, Eheschließung, Begründung einer eingetragenen Partnerschaft und Tod.

#### Personenstandsdaten

§ 2. (1) Personenstandsdaten einer Person sind:

1. allgemeine Personenstandsdaten (Daten zum Personenkern);
2. besondere Personenstandsdaten sowie
3. sonstige Personenstandsdaten.

(2) [...]

(3) Besondere Personenstandsdaten zur Geburt sind:

1. allgemeine Personenstandsdaten der Eltern;
2. Datum und Ort der Eheschließung der Eltern.

(4) [...]

## Anzeige der Geburt

§ 9. (1) Die Anzeige der Geburt hat spätestens eine Woche nach der Geburt im Datenfernverkehr durch Übermittlung an ein vom Auftragsverarbeiter des ZPR bezeichnetes Service (Arbeitsspeicher) zu erfolgen. Liegen die technischen Voraussetzungen dafür nicht vor, ist die Anzeige an die Personenstandsbehörde am Ort der Geburt zu richten.

(2) Die Anzeige der Geburt obliegt der Reihe nach:

1. dem Leiter der Krankenanstalt, in der das Kind geboren worden ist;
2. dem Arzt oder der Hebamme, die bei der Geburt anwesend waren;
3. dem Vater oder der Mutter, wenn sie dazu innerhalb der Anzeigefrist (Abs. 1) imstande sind;
4. der Behörde oder Sicherheitsdienststelle, die Ermittlungen über die Geburt durchführt;
5. sonstigen Personen, die von der Geburt auf Grund eigener Wahrnehmung Kenntnis haben.

(3) Die Anzeige hat alle Angaben zu enthalten, die für Eintragungen (§ 11) benötigt werden.

(4) [...]

## Inhalt der Eintragung – Geburt

§ 11. (1) Über die allgemeinen und besonderen Personenstandsdaten des Kindes hinaus sind einzutragen:

1. der Zeitpunkt der Geburt des Kindes;
2. die Wohnorte der Eltern und gegebenenfalls Angaben nach § 37 Abs. 2 zweiter Satz;
3. Informationen, die darüber hinaus für die Vornamensgebung maßgeblich sind sowie
4. die allgemeinen Personenstandsdaten der gemäß § 67 Abs. 1 Z 1 Erklärenden oder die Bezeichnung des Kinder- und Jugendhilfeträgers nach § 147 Abs. 4 des Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches – ABGB, JGS Nr. 946/1811.

(2) [...]"

## III. Bedenken des Gerichtshofes

Bei Behandlung der Beschwerde sind im Verfassungsgerichtshof Bedenken ob der Verfassungsmäßigkeit der in Prüfung gezogenen Bestimmungen des § 144 und in § 145 ABGB entstanden:

13

1. 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 Z 1 in § 144 Abs. 2 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 Abs. 1 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).

14

2. Die in Prüfung gezogenen Bestimmungen scheinen nach der vorläufigen Auffassung des Verfassungsgerichtshofes zunächst deswegen gegen Art. 14 iVm Art. 8 EMRK und gegen den Gleichheitsgrundsatz des Art. 7 Abs. 1 B-VG zu verstoßen, 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 Abs. 1 ABGB – ausgeschlossen sein dürfte, 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 verstoßen, weil er vorerst keine besonders schwerwiegenden Gründe erkennen kann, die eine solche gesetzliche Ungleichbehandlung rechtfertigen könnten (dazu im Folgenden Pkt. 3.).

15

Ein Verstoß gegen Art. 8 iVm Art. 14 EMRK sowie gegen Art. 7 Abs. 1 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 dürften, wenn der biologische Vater, insbesondere auch deswegen, weil er die Verantwortung der Eltern-

16



schaft nicht übernehmen will, unbekannt ist. Dem Kind dürfte 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 Art. 1 Bundesverfassungsgesetz über die Rechte von Kindern (im Folgenden: BVG Kinderrechte), BGBl. I 4/2011, zu verstoßen (dazu im Folgenden Pkt. 4.).

Schließlich scheinen die angefochtenen Bestimmungen auch deswegen gegen den Gleichheitsgrundsatz des Art. 7 Abs. 1 B-VG zu verstoßen, weil sie die Möglichkeit der Elternschaft als "anderer Elternteil" für die Partnerin der Mutter jedenfalls dem Wortlaut nach nur vorsehen dürften, wenn Partnerin und Mutter in eingetragener Partnerschaft stehen, nicht aber, wenn sie in aufrechter Ehe verheiratet sind (dazu im Folgenden Pkt. 5.).

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

Nach § 144 Abs. 2 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 Abs. 2 Z 1 ABGB) oder die die Elternschaft anerkannt hat (§ 144 Abs. 2 Z 2 ABGB) oder deren Elternschaft gerichtlich festgestellt ist (§ 144 Abs. 2 Z 3 ABGB). Voraussetzung ist in jedem Fall, dass – § 144 Abs. 2 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 Abs. 1 ABGB nachgebildet. § 144 Abs. 3 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 Abs. 2 ABGB die Partnerin nur "anderer Eltern-

teil" 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 Abs. 1 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 Abs. 1 ABGB feststehende Vaterschaft "durchbrechendes Anerkenntnis" des biologischen Vaters nur mit Zustimmung des Kindes (im Fall seiner Minderjährigkeit vertreten durch den Kinder- und Jugendhelfewohlfahrtsträger und unter Zustimmung der Mutter durch Bezeichnung des Anerkennenden als Vater) möglich ist (§ 147 Abs. 2 ABGB) und dem biologischen Vater in diesem Fall ein Antragsrecht auf gerichtliche Feststellung der Abstammung nicht zukommt, sondern nur dem Kind (§ 150 ABGB).

21

Im Fall der Drittsamenspende 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 Abs. 3 ABGB), sofern hier nicht ohnedies § 144 Abs. 1 Z 1 bzw. Z 2 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 Abs. 1 Z 2 ABGB nicht zu).

22

Umgekehrt kann gemäß § 148 Abs. 4 ABGB der Drittsamenspender (im Sinne des § 148 Abs. 3 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.

23

3.2. Die in Prüfung gezogenen Bestimmungen scheinen somit nach vorläufiger Auffassung des Verfassungsgerichtshofes eine unterschiedliche Behandlung der Partnerin der Mutter (zumindest in eingetragener Partnerschaft, vgl. Pkt. 5.) 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 Abs. 4 ABGB), die weder die Pflicht noch das Recht dieser Frau darstellt (*Bernat*, Die zivilrechtlichen Folgen der medizinisch unterstützten Fortpflanzung, FS Eccher, 2017, 43 [55]), erlangen können.

24

Diese Ungleichbehandlung dürfte an der sexuellen Orientierung der Partnerin der Mutter anknüpfen und somit eine grundsätzlich nach Art. 14 iVm Art. 8 EMRK bzw. Art. 7 Abs. 1 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 Art. 14 iVm Art. 8 EMRK zu einer nach der sexuellen Orientierung differenzierenden Regelung VfSlg. 19.758/2013), wenn nicht besonders schwerwiegende Gründe eine solche Ungleichbehandlung rechtfertigen.

25

3.3. 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 I<sup>5</sup>, 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,

26

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 Familienrecht<sup>2</sup>, 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 Abs. 2 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 Abs. 2 FMedG in den Fällen, wo dies nicht erfolge, schwierig zur Anwendung zu bringen sein dürfte.

27

Weiters scheint einstweilen einer entsprechenden Rechtfertigung entgegenzustehen, 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 Drittsamenspender 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 Selbstbe-

28

stimmungsrechtes der Mutter nach Art. 8 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 Abs. 4 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.

4. Die in Prüfung gezogenen Bestimmungen scheinen dem Verfassungsgerichtshof weiters aus dem Blickwinkel des Kindes vorläufig gegen seine Rechte aus Art. 8 EMRK bzw. Art. 7 Abs. 1 B-VG zu verstoßen. 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 Drittsamenspender 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 Abs. 1 ABGB). Ungeachtet einer bestehenden sozialen Familienrealität dürfte das Kind damit rechtlich auf einen Elternteil beschränkt sein. Für diese Ungleichbehandlung im Sinne des Art. 7 Abs. 1 B-VG bzw. des Art. 14 EMRK iVm Art. 8 EMRK und Beschränkung der Rechte des Kindes aus Art. 8 EMRK scheint dem Verfassungsgerichtshof vorläufig insbesondere angesichts des Umstandes

29

30

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 Art. 1 BVG Kinderrechte nicht angemessen Rechnung zu tragen.

5. § 144 Abs. 2 Z 1 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 Abs. 1 Z 1 oder § 144 Abs. 2 Z 1 ABGB zu wählen sei, vgl. *T. Maier*, aaO, 212).

31

#### **IV. Ergebnis**

1. Der Verfassungsgerichtshof hat daher beschlossen, den § 144 sowie den zweiten Satz und die Wortfolge "mit den nötigen Nachweisen " in § 145 Abs. 1 ABGB, JGS 946/1811, idF BGBl. I 35/2015 von Amts wegen auf ihre Verfassungsmäßigkeit zu prüfen.

32

2. Ob die Prozessvoraussetzungen vorliegen und die dargelegten Bedenken zutreffen, wird im Gesetzesprüfungsverfahren zu klären sein.

33

3. Dies konnte gemäß § 19 Abs. 4 VfGG ohne mündliche Verhandlung in nichtöffentlicher Sitzung beschlossen werden.

34

Wien, am 24. Juni 2021

Die Vizepräsidentin:

Dr. MADNER

Schriftführerin:

Dr. RAPPERSBERGER