



Die gemeinsame Adoption homosexueller Personen

Gedanken zu einer Neuregelung

ASS.-PROF. DR. THOMAS SCHODITSCH*

Mit Erkenntnis vom 11. 12. 2014 stellte der VfGH¹ die Verfassungswidrigkeit des § 191 Abs 2 Satz 1 ABGB sowie des § 8 Abs 4 EPG wegen Verletzung des Art 8 iVm Art 14 EMRK fest. Die Aufhebung dieser Bestimmungen, die das Verbot der „Fremdkindadoption“ für eingetragene Partner regeln, tritt mit Ablauf des 31. 12. 2015 in Kraft. Damit stellt sich die aktuelle Frage, wie eine grundrechtskonforme Nachfolgeregelung aussehen kann: Klar ist jedenfalls, dass eine Neuregelung die Fremdkindadoption durch ein homosexuelles Paar zulassen muss. Allerdings steckt die Tücke im Detail: Offen ist, welche Parameter, insb für den Vollzug der Neuregelung, zu beachten sind; ebenso, ob nur eingetragene Partner oder auch Lebensgefährten in Zukunft gemeinsam ein Kind adoptieren können. Angesichts der offenkundigen Einschlägigkeit des Art 8 iVm Art 14 EMRK für diese Fragen empfiehlt es sich, einen Blick auf die bisherige Judikatur des EGMR zu werfen, um eine erneute Grundrechtsverletzung zu vermeiden.

I. Zwei relevante Judikate des EGMR

Für die Frage der Kindesadoption durch homosexuelle adoptionswerbende Personen sind zwei Entscheidungen des EGMR von besonderem Interesse: einerseits *Fretté* gg Frankreich, andererseits *E.B.* gg Frankreich. Auf den ersten Blick scheinen diese beiden Fälle nicht unmittelbar einschlägig, weil sie jeweils die Einzeladoption eines „fremden“² Kindes durch homosexuelle Personen – und damit gerade nicht die gemeinsame Adoption durch homosexuelle Personen – betreffen. Die beiden Judikate enthalten aber wichtige Aussagen des EGMR, die für die zukünftige österreichische Rechtslage in diesem Bereich von Bedeutung sind.

A. Der Fall *Fretté*

Der Fall *Fretté*³ aus dem Jahr 2002 betraf einen männlichen Beschwerdeführer (Bf), der einen Antrag auf Zulassung zum Adoptionsverfahren gestellt hatte. Vorauszuschicken ist, dass der Normtext der maßgeblichen französischen Regelung⁴ die Fremdkindadoption durch Einzelpersonen unabhängig von der sexuellen Orientierung oder dem Geschlecht erlaubte. Für die Genehmigung einer solchen Adoption sind in Frankreich – anders als in Österreich⁵ – die Verwaltungsbehörden zuständig. Nach Offenlegung seiner Homosexualität verweigerte die französische Behörde dem Bf den Zugang zum Adoptionsverfahren mit der Begründung, dass er dem Kind **keine stabile Mutterrolle** bieten könne und sein **Status als homosexueller Mann** (Stichwort: „Lebenswandel“) gegen eine Adoption spreche. Der EGMR stellte zwar fest, dass dem Bf der Zugang zur Adoption aufgrund

seiner sexuellen Orientierung verwehrt worden war. Er ging aber davon aus, dass es sich bei der Adoption durch homosexuelle Personen um ein gesellschaftspolitisch umstrittenes Feld handle, wo ein „europäischer Konsens“ fehle. Der Gerichtshof wies insb darauf hin, dass in der Wissenschaft keine Übereinstimmung hinsichtlich der Auswirkungen auf das Kindeswohl bestehe, zumal einschlägige Studien fehlen würden.⁶ Im Ergebnis **verneinte der EGMR** daher einen **Verstoß gegen Art 8 iVm Art 14 EMRK**.⁷

B. Der Fall *E.B.*

Der Fall *E.B.*⁸ aus dem Jahr 2008 betraf eine homosexuelle Frau, die als Kindererzieherin tätig war und mit ihrer langjährigen Partnerin in einer Lebensgemeinschaft lebte; sie stellte alleine einen Adoptionsantrag, da ihre Partnerin sich nicht an der Adoption beteiligen wollte. Dieser Antrag wurde von der französischen Behörde abgelehnt, wobei zwei unterschiedliche Argumente ins Treffen geführt wurden: Zum einen habe ein potenzielles Adoptivkind wegen der Homosexualität der Bf **keine männliche Bezugsperson im näheren Umfeld**; zum anderen habe die Partnerin der Bf eine **ambivalente Haltung gegenüber der Adoption**.

Der EGMR vertrat die Auffassung, es sei grundsätzlich zulässig, dass sich die Behörde auf den Mangel einer weiblichen oder männlichen Bezugsperson bezogen habe. Im vorliegenden Fall würde dies aber bedeuten, dass das Recht einer Einzelperson auf eine Adoption unwirksam gemacht werde. Zudem sei erkennbar, dass die sexuelle Orientierung der Bf im Mittelpunkt der Entscheidung gestanden sei. Daher sei dieser Grund geeignet gewesen, zu einer willkürlichen Ablehnung des Antrags geführt und als bloßer Vorwand für die Zurückweisung der Bf aufgrund ihrer sexuellen Orientierung gedient zu haben.⁹ In diesem Zusammenhang entwickelte der EGMR die sog. „**Kontaminierungstheorie**“, wonach eine taugliche Begründung von einer untauglichen belastet wird. Da der EGMR das erste Argument als konven-

* Ass.-Prof. Dr. Thomas Schoditsch lehrt am Institut für Rechtsphilosophie der Universität Graz und ist Richter in Karenz. Der Autor möchte sich für ihre wertvollen Hinweise bei Univ.-Prof. Dr. Nikolaus Benke und RiAA Dr. Peter Vollmaier herzlich bedanken.

¹ VfGH 11. 12. 2014, G 119/2014, iFamZ 2015/2, 14 (Schoditsch) = EF-Z 2015/38, 73 (Bernat).

² Der Begriff des „fremden“ Kindes wird in diesem Zusammenhang lediglich unter dem Aspekt der Abgrenzung von der „Stiefkindadoption“ verwendet: Diese ist bekanntlich infolge eines EGMR-Urteils (EGMR 19. 2. 2013, Beschw-Nr 19010/07, *X ua* gg Österreich, iFamZ 2013/33, 70 [Pensendorfer]) seit dem 1. 8. 2013 zulässig (§ 197 Abs 4 ABGB idF BGBl I 2013/179).

³ EGMR 26. 2. 2002, Beschw-Nr 36.525/97, *Fretté* gg Frankreich.

⁴ Der einschlägige Art 341-1 Code civil lautet wie folgt: „L'adoption peut être aussi demandée par toute personne âgée de plus de vingt-huit ans.“ („Die Adoption kann von jeder Person über 28 Jahren beantragt werden.“)

⁵ S dazu unter II.B.

⁶ EGMR 26. 2. 2002, Beschw-Nr 36.525/97, *Fretté* gg Frankreich, Rz 41 f.

⁷ Hinzuweisen ist allerdings darauf, dass Frankreich bereits 2002 nur äußerst knapp einer Verurteilung entgangen war: Der Verstoß gegen Art 8 iVm Art 14 EMRK wurde nur mit 4:3 Stimmen – bei drei Stimmenthaltungen – abgelehnt.

⁸ EGMR 22. 1. 2008, Beschw-Nr 43546/02, *E.B.* gg Frankreich, iFamZ 64/08, 126 = OJZ 2008, 449.

⁹ EGMR 22. 1. 2008, Beschw-Nr 43546/02, *E.B.* gg Frankreich, Rz 86 ff.



tionswidrig eingestuft hatte, war es nicht mehr von Belang, dass der zweite Grund – nämlich das Desinteresse der Partnerin an der Adoption der Bf – als tauglicher Grund qualifiziert wurde. Aufgrund des konventionswidrigen ersten Arguments war die gesamte Entscheidung mit Konventionswidrigkeit belastet.¹⁰

II. Die Bedeutung dieser Judikate für Österreich

A. Verpflichtung der Gesetzgebung und der Vollziehung

Die beiden Entscheidungen zeigen zum einen, dass sich der **Ermessensspielraum** der Vertragsstaaten („margin of appreciation“) im Bereich der Adoption durch homosexuelle Personen – seien es Einzelpersonen oder Paare – **stark ver-dünnt** hat.¹¹ Dies gilt insb für Österreich, weil im österreichischen Recht die „Stiefkindadoption“ seit 1. 8. 2013 zulässig ist und es somit durchaus Kinder gibt, die in homosexuellen Partnerschaften großgezogen werden.¹² In diesem Zusammenhang ist zu bedenken, dass der EGMR bei der Prüfung einer Verletzung des Art 8 iVm Art 14 EMRK auch immer die **bisherige nationale Rechtslage** einbezieht und auf **Wertungswidersprüche** achtet („Kohärenzprinzip“):¹³ Da die österreichische Rechtsordnung aber bereits das Phänomen homosexueller Elternschaft durch Adoption akzeptiert, dürfte der konventionsrechtliche Spielraum im Bereich der Stiefkindadoption verschwindend gering sein.

Zum anderen zeigt sich, dass es für einen Vertragsstaat nicht genügt, ein Gesetz – also eine generelle Norm – diskriminierungsfrei zu formulieren, um eine Verurteilung vor dem EGMR zu verhindern. Dieser Befund wird gerade an der Entscheidung *E.B.* verdeutlicht: In diesem Fall war die zugrunde liegende französische Regelung (Art 343-1 CC) diskriminierungsfrei ausgestaltet; zur Konventionsverletzung führte aber ein **diskriminierendes Verhalten der Vollziehung**: nämlich das Abstellen auf die sexuelle Orientierung der Adoptionswerberin in der Entscheidungsbegründung. Dies ist aus Sicht des EGMR freilich nur konsequent; schließlich verpflichtet die EMRK die Vertragsstaaten als Ganzes – also die Gesetzgebung ebenso wie die Vollziehung.¹⁴ Es ist also irrelevant, ob eine Konventionsverletzung auf einer konventionswidrigen generellen Norm oder auf einer konventionswidrigen Vollziehung einer grundsätzlich konventionskonformen Norm beruht. Vielmehr liegt es am Staat als Vertragspartner (und völkerrechtlich verpflichteter Partei), dafür Sorge zu tragen, dass es nicht zu einer Konventionsverletzung kommt; egal, ob auf Ebene der Gesetzgebung oder der Vollziehung.

Für die Neuregelung der **Fremdkindadoption** folgt daraus, dass die Republik Österreich in einem ersten Schritt im Weg der Gesetzgebung eine diskriminierungsfreie Adoptionsregelung für homosexuelle Paare schaffen muss. Will die Republik aber Verurteilungen vor dem EGMR vermeiden, muss sie in einem zweiten Schritt auch für den diskri-

minierungsfreien Vollzug dieser Regelung Sorge tragen. Dabei ist der Umstand von besonderer Bedeutung, dass die Adoption im Bereich der Vollziehung stark in die ordentliche Gerichtsbarkeit eingebettet ist.

B. Die besondere Bedeutung der Pflegschaftsgerichte für die Adoption

Auch auf die Gefahr hin, Eulen nach Athen zu tragen: Erinert sei daran, dass die **Gerichte** – ebenso wie die Verwaltung – aus staatsorganisatorischer Sicht der Vollziehung zuzuordnen sind.¹⁵ Damit haben auch sie die Verpflichtung, die in der EMRK verbürgten Grundrechte zu berücksichtigen: Schließlich können Maßnahmen der Gerichte (zB Urteile und Beschlüsse) Grundrechtsverletzungen darstellen.

Im Unterschied zu Frankreich, wo Verwaltungsbehörden für die Genehmigung der Adoption zuständig sind, kommt in Österreich in diesem Bereich den Pflegschaftsgerichten maßgebliche Bedeutung zu. Denn das Zustandekommen der Adoption ist gem § 192 ABGB zweiaktig ausgestaltet: Sie erfordert einerseits den Abschluss eines schriftlichen Vertrags zwischen annehmender Person und dem Wahlkind, andererseits die **gerichtliche Bewilligung** des Vertrags.¹⁶ Dabei hat sich das Gericht bei der gerichtlichen Kontrolle des Adoptionsvertrags vom Kindeswohl (§ 138 ABGB) leiten zu lassen.¹⁷ Nach der Rsp hat das Gericht überdies zu prüfen, ob eine merklich bessere Entwicklung eines Kindes zu erwarten ist: Denn bei bloß gleichbleibenden Entwicklungschancen ist eine Adoption nicht zu bewilligen.¹⁸

Die Vollziehung des zukünftigen Adoptionsrechts wird also im Wesentlichen bei den Pflegschaftsrichterinnen und -richtern liegen. Ihre Entscheidungen – vor allem aber ihre **Begründungen** – sind maßgebend für den grundrechtskonformen Vollzug der neuen Adoptionsregelungen: Schließlich ist aus dem Fall *E.B.* abzuleiten, dass bereits eine diskriminierende Begründung – gewissermaßen sogar schon ein diskriminierender „Begründungsstrang“ – des Gerichts als Vollzugsbehörde (nämlich eine Ablehnung der Genehmigung des Adoptionsvertrags aufgrund der sexuellen Orientierung der Wahl Eltern) einen Verstoß gegen Art 8 EMRK darstellen kann.

Angesichts dieser grundrechtlichen Ausgangslage wird die Republik Österreich gehalten sein, nicht nur eine grundrechtskonforme gesetzliche Basis des neuen Adoptionsrechts zu schaffen, sondern auch für deren diskriminierungsfreien Vollzug durch die Gerichte zu sorgen. Dafür sind unterschiedliche Varianten denkbar, die freilich auch immer vom jeweiligen politischen Gestaltungswillen abhängen: Denkbar wären etwa eine gesetzliche Regelung zur Sicherung eines Diskriminierungsverbots,¹⁹ eine Klarstel-

¹⁰ EGMR 22. 1. 2008, Beschw.-Nr 43546/02, *E.B.* gg Frankreich, Rz 80.

¹¹ So auch der Befund von *Krauskopf*, (K)ein Recht auf Adoption? iFamZ 2014, 156 (164 f).

¹² S dazu bereits FN 2.

¹³ 19. 2. 2013, Beschw.-Nr 19010/07, *X ua* gg Österreich, iFamZ 2013/33, 70 (*Pesendorfer*).

¹⁴ S dazu *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁵ (2012) Rz 16/4 ff (iZm der Wirkung der Urteile des EGMR).

¹⁵ Statt aller *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht¹⁰ (2007) Rz 757.

¹⁶ OGH 6. 9. 2005, 10 Ob 83/05m, EFSlg 110.911. Dabei ist der Adoptionsvertrag ex lege aufschiebend bedingt und wird mit der gerichtlichen Bewilligung – rückwirkend auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses – wirksam (*Hopf* in *KBB*, ABGB⁴ [2014] § 192 Rz 1).

¹⁷ Durch die Adoption muss vor allem gewährleistet sein, dass eine elternähnliche Beziehung hergestellt wird: Dazu gehört insb die Förderung des zu adoptierenden Kindes in seiner körperlichen, geistigen und seelischen Entwicklung; zudem müssen ihm auch emotionale Nähe und Stabilität in der Wahlfamilie geboten werden (*Hopf* in *KBB*, ABGB⁴, § 194 Rz 1; OGH 29. 4. 2002, 7 Ob 68/02d mwH).

¹⁸ OGH 28. 6. 2009, 3 Ob 557/89, EFSlg 59.863 ua.

¹⁹ Denkbar wäre dies etwa durch eine Klarstellung wie folgt: „Die sexuelle Orientierung der adoptionswerbenden Personen steht der Genehmigung des Adoptionsvertrags nicht entgegen.“



lung des gewünschten Vollzugsverhaltens mittels Erlasses des BMJ,²⁰ deutliche Hinweise in den Gesetzesmaterialien²¹ oder aber – *last but not least* – Schulungsveranstaltungen für Pflegschaftsrichterinnen und -richter.

III. Kindeswohl und homosexuelle Elternschaft

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass das Pflegschaftsgericht eine **Ablehnung** der Genehmigung des Adoptionsvertrags **nicht (auch) auf die sexuelle Orientierung der Adoptionswerber stützen** darf. Gleichzeitig hat das Pflegschaftsgericht bei seiner Entscheidung das Kindeswohl (§ 138 ABGB) zu berücksichtigen. Aus Sicht der Grundrechte kann das **Kindeswohl als ein „Recht Dritter“** iSd Art 8 Abs 2 EMRK qualifiziert werden. Dieses Argument könnte grundsätzlich zur Einschränkung von Adoptionsrechten homosexueller Personen geeignet sein.

2002 hatte der EGMR etwa noch Zweifel, ob das Kindeswohl durch eine Adoption Homosexueller beeinträchtigt werden könnte, und sah die Verweigerung der Adoptionsgenehmigung im Fall *Fretté* als verhältnismäßig an.²² Dieses Argument trägt im Jahr 2015 mE aber nicht mehr: Denn schon der VfGH hat in seiner Entscheidung betont, dass eingetragene Partner aus Sicht des Kindeswohls zur Kindererziehung grundsätzlich genauso gut (oder schlecht) geeignet sind wie Ehepartner und dass das **Kindeswohl einer Adoption durch homosexuelle Paare daher nicht entgegensteht**. Diese aktuelle Wertung muss mE nicht nur im Gesetzesprüfungsverfahren gelten, sondern ist auch im Bereich der Einzelfallentscheidung vor dem Pflegschaftsgericht zu berücksichtigen.

Diese rechtliche Schlussfolgerung wird auch durch eine aktuelle Studie aus dem Jahr 2009 untermauert, die im Auftrag des deutschen BMJ erstellt wurde.²³ Von den rund 2.200 Kindern, die in Deutschland in einer homosexuellen Lebenspartnerschaft (dem Pendant zur eingetragenen Partnerschaft) aufwachsen, wurden 693 Kinder (32 %) über eine Befragung der Eltern analysiert; 95 Kinder (5 %) wurden zusätzlich in Einzelgesprächen persönlich befragt. Das Ergebnis dieser Untersuchung ist, dass „Regenbogeneltern“ ebenso gute und an ihren Kindern interessierte Eltern wie andere sind; zudem konnte festgestellt werden, dass sich diese Kinder ebenso gut entwickeln wie Kinder aus heterosexuellen Beziehungen. Für das Kindeswohl ist es nach der Studie auch nicht erforderlich, dass die Erziehung nach dem klassischen „Rollenmodell“ von verschiedenen Geschlechtern gleichermaßen übernommen wird: **Entscheidend** ist vielmehr eine **gute Eltern-Kind-Beziehung** – und das unabhängig vom Geschlecht. Zudem wurde festgestellt, dass die Mehrheit der Kinder über keine Diskriminierungserfahrung wegen der sexuellen Orientierung im Elternhaus verfügt (63 % aus Sicht der Eltern, 53 % aus Perspektive der Kinder). Sofern solche

Erfahrungen – etwa Hänseleien und Beschimpfungen – überhaupt vorliegen, werden sie idR von den Betroffenen gut verarbeitet, da sie vor allem durch elterliche Zuwendung und Erziehung aufgefangen würden. Diese Studie zeigt, dass Bedenken im Hinblick auf das Kindeswohl nicht gegen eine Bewilligung der Adoption homosexueller Personen sprechen.

IV. Ein Letztes: Wer darf nun gemeinsam adoptieren – Lebensgefährten oder Partner?

Bisher war in diesem Beitrag stets von homosexuellen „Paaren“ als Adoptionswerbern die Rede. Angesprochen ist hier aber eine entscheidende Frage für die Neuregelung des Adoptionsrechts, nämlich jene nach dem **rechtlichen Status eines adoptionswilligen Paares**. Da nicht nur § 8 Abs 4 EPG, sondern auch § 191 Abs 2 Satz 1 ABGB vom VfGH aufgehoben wurde, betrifft diese Frage auch heterosexuelle Paare. Der Gesetzgeber wird daher klären müssen, ob nur Ehepartner oder eingetragene Partner Kinder gemeinsam adoptieren dürfen – oder auch (homo- und heterosexuelle) Lebensgefährtinnen bzw Lebensgefährten. Grundsätzlich sind hier zwei Szenarien denkbar:

- Entweder der Gesetzgeber macht die gemeinsame Adoption davon abhängig, dass die Paare ihre Beziehung rechtlich formalisiert haben (Szenario 1);
- oder er sieht von einem solchen Formalerfordernis ab und öffnet die gemeinsame Adoption auch für Lebensgefährtinnen und Lebensgefährten (Szenario 2).

A. Formalisierte Verbindung als Voraussetzung der gemeinsamen Adoption

Das naheliegende Variante wäre, als Voraussetzung für eine gemeinsame Adoption zu verlangen, dass ein Paar auf eine formalisierte, staatliche anerkannte Verbindung verweisen kann. Dieser Weg wurde in § 191 Abs 2 Satz 2 ABGB schon bislang beschritten, da die gemeinsame Adoption von einer Ehe des (heterosexuellen) Paares abhängig gemacht wurde.²⁴ Umgelegt auf homosexuelle Paare würde das bedeuten, dass für eine gemeinsame Adoption eine **Formalisierung ihres Beziehungsstatus** – also das Eingehen einer eingetragenen Partnerschaft – erforderlich wäre. Hier bestünden sowohl für homo- als auch für heterosexuelle Paare dieselben formalen Erfordernisse; somit wäre Art 7 B-VG bzw Art 8 iVm Art 14 EMRK Genüge getan. Dabei ist die – gerade iZm der „Fremdkindadoption“ erfolgte – Klarstellung des VfGH zu berücksichtigen, dass eingetragene Partnerschaften „in keinem Substitutionsverhältnis zur Ehe“ stehen;²⁵ diese **rechtliche Gleichwertigkeit** muss umgekehrt auch für die Voraussetzungen der gemeinsamen Adoption gelten.

Problematisch wäre es mE jedoch, wenn man für die gemeinsame Adoption durch homosexuelle Paare bloß das Vorliegen einer Lebensgemeinschaft, nicht aber einer eingetragenen Partnerschaft vorsehen würde. Denn sähe man nur für homosexuelle Paare vom Erfordernis einer formalisierten Partnerschaft ab, würde dies eine unterschiedliche Behand-

²⁰ Die Herausforderung dieses Lösungsvorschlags liegt freilich in dem Umstand begründet, dass Richterinnen und Richter verfassungsrechtlich in Ausübung ihres Amtes weisungsfrei sind (Art 87 Abs 1 B-VG). Anders als Organe der Verwaltung können ihnen weder individuelle noch generelle Weisungen erteilt werden (statt aller *Walter/Mayer/Kucsko-Stadtmayer*, Bundesverfassungsrecht¹⁹, Rz 770).

²¹ Diese wären sodann im Wege der Auslegung von den Gerichten zu berücksichtigen (statt aller *P. Bydliński in KBB*, ABGB⁴, § 6 Rz 5 f).

²² S dazu bereits oben II.A.

²³ *Rupp* (Hrsg.), Die Lebenssituation von Kindern in gleichgeschlechtlichen Beziehungen (2009).

²⁴ So dürfen nach § 191 Abs 2 Satz 2 ABGB „Ehegatten ... in der Regel nur gemeinsam annehmen.“ Eine Ausnahme besteht lediglich im Fall der Stiefkindadoption, nicht aber bei der Fremdkindadoption (s *Hopf in KBB*, ABGB⁴, § 191 Rz 2 mwN).

²⁵ So VfGH 11. 12. 2014, G 119/2014, iFamZ 2015/2, 14 (*Schoditsch*).



lung gegenüber heterosexuellen Paaren bedeuten. Eine solche (wohl positive) Diskriminierung wäre unter dem Aspekt des Art 7 B-VG verfassungsrechtlich äußerst bedenklich.

B. Öffnung der gemeinsamen Adoption für Lebensgefährten

Die zweite Möglichkeit des Gesetzgebers läge darin, die gemeinsame Adoption auch für Lebensgefährtinnen und Lebensgefährten zu öffnen; dafür spricht etwa die aktuelle Entscheidung des VfGH iZM § 2 FMedG aF.²⁶ Dabei forderte der VfGH, dass die Samenspende auch homosexuellen weiblichen Paaren zusteht – unabhängig davon, ob sie eine eingetragene Partnerschaft abgeschlossen haben. Konsequenterweise hat der Gesetzgeber seit 1. 1. 2015 mit § 2 FMedG²⁷ nicht nur Ehepartnern und eingetragenen Partnern, sondern auch hetero- wie homosexuellen Lebensgefährten eine künstliche Befruchtung ermöglicht.²⁸

ME liegen hier hinreichende Ähnlichkeiten zwischen der künstlichen Befruchtung und dem Adoptionsrecht vor, um für einen Gleichklang zwischen diesen Rechtsbereichen zu plädieren: Der Kern liegt in beiden Fällen darin, ob eine Elternschaft homosexueller Paare das Kindeswohl beeinträchtigen kann. Daher scheint es mE aus verfassungsrechtlicher Sicht ebenso zulässig, einen Gleichklang zwischen FMedG und Adoptionsrecht dadurch herzustellen, dass die gemeinsame Adoption auch für – homo- wie heterosexuelle – Lebensgefährten geöffnet wird.²⁹ In diesem Fall müsste freilich die herausfordernde Frage geklärt werden, **welche rechtlichen Anforderungen an „Lebensgefährten“ zu stellen sind.**³⁰ Berücksichtigt man das von Art 8 EMRK

geschützte Kindeswohl, kann freilich nicht jede beliebige (insb kurzfristige) Partnerschaft zur gemeinsamen Kindesadoption berechtigen. Als Voraussetzung wäre jedenfalls das Vorliegen einer **stabilen Partnerschaft** zu verlangen, die einer Ehe oder eingetragenen Partnerschaft vergleichbar ist: Schließlich liegt der Zweck der Adoption – um mit dem EGMR zu sprechen – „nicht darin eine Familie mit einem Kind, sondern ein Kind mit einer Familie zu versorgen“.³¹

Offen ist allerdings, in welcher Form eine solche (deutliche) Erweiterung der bestehenden Adoptionsmöglichkeiten legislativ umgesetzt werden kann. Verwegen gedacht könnte man sich überlegen, formelle Zugangsbeschränkungen für eine gemeinsame Adoption aufzugeben: An deren Stelle könnte man im Rahmen der Genehmigung des Adoptionsvertrags eine strenge gerichtliche Prüfung nach Maßgabe des Kindeswohls im Einzelfall treten lassen.

V. Zusammenfassung

Die Rsp des EGMR zeigt, dass bei der Neuregelung der gemeinsamen Adoption durch homosexuelle Paare auch der Aspekt der konventionskonformen Vollziehung zu beachten ist. Dabei ist es von besonderer Bedeutung, dass die Ablehnung einer pflegschaftsgerichtlichen Genehmigung des Adoptionsvertrags aufgrund der sexuellen Orientierung der Adoptionswerber eine Verletzung des Art 8 iVm Art 14 EMRK darstellen kann. Wie bisher ist das Kindeswohl bei der Genehmigung des Adoptionsvertrags primär zu beachten: Auf Basis einer Studie des deutschen BMJ kann aber festgestellt werden, dass homosexuelle Paare genauso gute (oder schlechte) Eltern sind wie heterosexuelle Paare. Die Neuregelung des Adoptionsrechts ist aus verfassungsrechtlichen Gründen eingeschränkt: Entweder der Gesetzgeber erlaubt eine gemeinsame Adoption für Ehepartner und eingetragene Partner, oder aber er öffnet die gemeinsame Adoption – dem Bsp des FMedG folgend – auch für Lebensgefährten.

³¹ S EGMR 26. 2. 2002, Beschw-Nr 36.525/97, *Fretté* gg Frankreich.

²⁶ VfGH 10. 12. 2012, G 16/2013, G 44/2013, iFamZ 2014/3, 5 (*Meinl*).

²⁷ IdF BGBl I 2015/35.

²⁸ Zum neuen FMedG näher *Wendehorst*, Neuerungen im österreichischen Fortpflanzungsmedizinrecht durch das FMedRÄG 2015, iFamZ 2015, 4 (4 ff.).

²⁹ Es wäre gerade unter dem Gesichtspunkt des vom EGMR postulierten „Kohärenzprinzips“ (s bereits FN 13) wohl nur schwer erklärbar, warum zwei lesbische Lebensgefährtinnen ein Kind nach künstlicher Befruchtung gemeinsam großziehen, nicht aber gemeinsam adoptieren dürfen.

³⁰ Allgemein zum Problem *Schoditsch*, Das Eintrittsrecht des (homosexuellen) Lebensgefährten nach § 14 Abs 3 MRG, ÖJZ 2007, 347; ausführlich *Fischer-Czermak/Beclin*, Neue Regelungen für nichteheliche Lebensgemeinschaften? Gutachten für den 18. ÖJT (2013).

LESENSWERT

Dagmar COESTER-WALTJEN/Volker LIPP/Eva SCHUMANN/Barbara VEIT (Hrsg), „Kinderwunschmedizin“ – Reformbedarf im Abstammungsrecht?, 13. Göttinger Workshop zum Familienrecht 2014, Universitätsverlag Göttingen 2015, 148 Seiten:

Wer Vater eines Kindes ist, war immer wieder schon eine spannende Frage. Seit Zulassung der Eizellspende durch das kürzlich beschlossene FMedRÄG 2015 wird auch am Grundsatz „*Mater semper certa est*“ gerüttelt. Die nun vorliegende Publikation der Arbeiten des 13. Göttinger Workshops zum Familienrecht 2014 beleuchtet Fragen der Abstammung im Lichte der neuen Möglichkeiten der Fortpflanzungsmedizin.

Aus österreichischer Sicht besonders spannend ist der Beitrag *Bernats*, der eine Bestandsaufnahme des österreichischen Abstammungsrechts nach Inkrafttreten des FMedRÄG 2015 unternimmt. Nicht neu ist, dass er die Anknüpfung des familienrechtlichen Status der „Co-Mutterschaft“ – wie er sie nennt – an den Umstand,

dass an der biologischen Mutter innerhalb der Empfängniszeit eine medizinisch unterstützte Fortpflanzung durchgeführt worden ist, für nicht notwendig bzw sogar sachlich nicht zu rechtfertigen hält (so schon *Bernat*, EF-Z 2015/38 [60]). Steter Tropfen höhlt den Stein. Schauen wir einmal, ob sich der Gesetzgeber den von ihm vorgebrachten Argumenten anschließen wird. Noch nirgendwo – jedenfalls nicht in dieser Prägnanz – zu lesen war aber über jene Fälle, die dazu führen, dass das Kind zum *filiius nullius* bzw zur *filia nullius* wird. Wahrscheinlich wird man in diesen Konstellationen aber nicht ausschließlich mit Mitteln des Abstammungsrechts, sondern auch mit jenen des Adoptionsrechts zu guten Lösungen für das Kind kommen können. Verdienstvoll sind auch *Bernats* „*Miscellanea*“, in denen er die neuen Aufklärungsaufgaben des Notariats absteckt und auf knifflige Fragen eingeht. Wissen Sie es? Darf nun der Notar einen Notariatsakt gem § 8 Abs 1 FMedG errichten, wenn er feststellt, dass einer der beiden Lebensgefährten noch in aufrechter Ehe mit jemand anderem lebt?

Peter Barth