

Zeitschrift für

# FAMILIEN-**EF-Z** UND ERBRECHT

Redaktion Edwin Gitschthaler  
Constanze Fischer-Czermak  
Andreas Tschugguel

Jänner 2017

01

1 – 48

ErbRÄG spezial

## Die Anwendung des § 1253 ABGB auf die Schenkung auf den Todesfall

Manfred Umlauf ☉ 4

Beiträge

Die Mutter zwischen Schweigerecht und Auskunftspflicht über  
den Vater *Teresa Maier* ☉ 7

„Auf die grundsätzliche Möglichkeit der Elternschaft ausgerichtet“  
*Helmut Graupner* ☉ 12

Die Obsorge für unbegleitete minderjährige Asylwerber (Teil II)  
*Rainer Lukits* ☉ 15

EF Kurz gesagt

Die fingierte Rechtswahl des Art 83 Abs 4 EuErbVO  
*Christian Bonimaier* ☉ 20

Rechtsprechung

Phase der vorläufigen elterlichen Verantwortung – cui bono?  
*Edwin Gitschthaler* ☉ 24

Die systematisch böswillige, verwirkte Mutter *Jessica Moser* ☉ 27

Pflegeregress durch deutschen Sozialhilfeträger *Rotraut Leitner* ☉ 32

Rechtsmissbrauch und Vermögensopfer *Andreas Tschugguel* ☉ 41

Einmal (Familien-)Brexit und zurück *Marco Nademleinsky* ☉ 44

Muster

## Partnerschaftsvertrag

*Edwin Gitschthaler und Andreas Tschugguel* ☉ 46

# „Auf die grundsätzliche Möglichkeit der Elternschaft ausgerichtet“

## Über die Verfassungswidrigkeit des Eheverbots für gleichgeschlechtliche Paare

EF-Z 2017/4

Art 8, 12, 14  
EMRK;  
Art 2 StGG;  
Art 7 B-VG

Ehe;  
Diskriminierungs-  
verbot;  
Grundrechte;  
Homosexualität;  
Kindeswohl

Seit 1. 1. 2016 gewährt die österreichische Rechtsordnung gleichgeschlechtlichen Paaren absolut die gleichen Familiengründungsrechte wie verschiedengeschlechtlichen. Es stellt sich daher die Frage, ob die bisherige Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs zur Verfassungsmäßigkeit des Ausschlusses gleichgeschlechtlicher Paare von der Zivilehe heute noch überzeugend aufrechterhalten werden kann.

Von Helmut Graupner<sup>1)</sup>

### A. Von keinen zu allen Familiengründungsrechten

Die letzte Entscheidung des VfGH zum Eheverbot stammt aus 2012.<sup>2)</sup> Die heutige Situation ist mit der damaligen nicht mehr vergleichbar. Damals gab es für gleichgeschlechtliche Paare keine gemeinsame Elternschaft für Kinder, keinerlei Familiengründungsrecht.

Es gab damals keine Stiefkindadoption (heute: § 197 Abs 4 ABGB, § 8 Abs 4 EPG, beide idF BGBl I 2013/179), keine medizinisch unterstützte Fortpflanzung für lesbische Paare (heute: § 2 Abs 1 FMedG idF BGBl I 2015/35), keine automatische gemeinsame Elternschaft (analog der Vaterschaftsvermutung des Ehemanns der Mutter eines ehel Kindes) bei eingetragenen lesbischen Paaren (heute: § 144 Abs 2 Z 1 ABGB idF BGBl I 2015/35), keine Mutterschaftsanerkennung bei lesbischen unregistrierten Paaren (analog der Vaterschaftsanerkennung bei verschiedengeschlechtlich unverheirateten Paaren) (heute: § 144 Abs 2 Z 2 ABGB idF BGBl I 2015/35) und auch keine gemeinsame Fremdkindadoption (§ 191 Abs 2 ABGB und § 8 Abs 4 EPG seit 1. 1. 2016 gem VfGH 11. 12. 2014, G 119–120/2014, BGBl I 2015/25).

Alles das ist heute (insb aufgrund von U des EGMR<sup>3)</sup> und des VfGH<sup>4)</sup>) möglich. Gleichgeschlechtliche Paare haben seit 1. 1. 2016<sup>5)</sup> absolut gleiche Familiengründungsrechte wie verschiedengeschlechtliche Paare.

- 1) Der Autor ist als Parteivertreter an den derzeit beim VfGH anhängigen Verfahren beteiligt.
- 2) VfGH B 121/11, B 137/11. Im Erk VfGH B 166/2013 ging es nicht um die grundrechtlich Zulässigkeit des Eheverbots an sich, sondern um die ganz spezielle Frage, ob in Österreich zwei Männern holländischer Staatsbürgerschaft die Eheschließung erlaubt ist (bzw erlaubt sein muss), weil ihr *Heimatrecht* gleichgeschlechtliche Ehen erlaubt. Der VfGH verweist in diesem Erk lediglich auf seine bisherige Rsp, ohne sich eigenständig neuerlich mit der (in diesem Fall gar nicht als solcher am Prüfstand gestandenen) Zulässigkeit des Eheverbots in Österreich eingehend auseinanderzusetzen. Zudem gab es auch am 12. 3. 2014 noch nicht die heute gegebene idente(!) rechtl Regelung der Elternschaft gleich- und verschiedengeschlechtlicher Paare. Es gab auch damals noch keine medizinisch unterstützte Fortpflanzung für lesbische Paare, keine automatische gemeinsame Elternschaft bei eingetragenen lesbischen Paaren, keine Mutterschaftsanerkennung bei lesbischen unregistrierten Paaren und auch keine Fremdkindadoption.
- 3) EGMR 19. 2. 2013, 19010/07 *X et al/Osterreich*.
- 4) VfGH G 119–120/2014; G 16/2013, G 44/2013.
- 5) Das Verbot der gemeinsamen Adoption von Kindern trat gem VfGH G 119–120/2014 mit 31. 12. 2015 außer Kraft, BGBl I 2015/25.

### B. Einziges Land der Welt

Österreich ist damit heute das einzige Land der Welt, in dem gleichgeschlechtliche Paare völlig gleiche Familiengründungsrechte haben wie verschiedengeschlechtliche Paare und diesen bei der gemeinsamen Elternschaft für Kinder absolut gleichgestellt sind, ihnen aber trotzdem immer noch die Ehe (und ihren Kindern die Ehelichkeit) verboten ist.

Österreich hat den zweiten, dritten, vierten und fünften Schritt vor dem ersten gemacht,<sup>6)</sup> was das Eheverbot nunmehr als grob unsachlich und menschenrechtswidrig erscheinen lässt (insb zum Nachteil der nun vorhandenen Kinder gleichgeschlechtlicher Elternpaare).<sup>7)</sup>

Die Situation gleichgeschlechtlicher Paare bezüglich der Frage der Zivilehe ist heute in keiner Weise mehr mit jener 2012 zu vergleichen, als gleichgeschlechtliche Paare noch keinerlei Recht zur gemeinsamen Elternschaft für Kinder, *keinerlei* Familiengründungsrechte, hatten.

- 6) *Waalwijk C.*, Great diversity and some equality: non-marital legal family formats for same-sex couples in Europe, in *Brink M. van den Burri S./Goldschmidt J.* (Eds), Equality and human rights: nothing but trouble? – Liber amicorum Titia Loenen (SIM Special 38) (2015) 223–245, 414; *ders.*, Legal Family Formats for (Same-Sex) Couples, in *Casonato C./Schuster A.* (Eds), Rights On The Move – Rainbow Families in Europe (Proceedings of the Conference, Trento, 16–17 October 2014) (2014) 121–134; *ders.*, Same-Sex Partnership, International Protection (update 2013), in *Wolfrum R.* (Ed), Max Planck Encyclopedia of Public International Law (2014) (online); *ders.*, More or less together: Levels of legal consequences of marriage, cohabitation and registered partnership for different-sex and same-sex partners. A comparative study of nine European countries. (Documents de travail n°125) Paris: Institut national d'études démographiques (INED) (2005). *Wintemute, R.*, International Trends in Legal Recognition of Same-Sex Partnerships, *Quinnipiac Law Review* (2004) 23, 2, p 577–595; *ders.* (Ed), Legal Recognition of Same-Sex Partnerships: A Study of National, European and International Law (2001); *Waalwijk, C.*, Standard sequences in the legal recognition of homosexuality – Europe's past, present and future, in *Australasian Gay & Lesbian Law Journal* (1994) 50–72; s auch die laufend aktualisierten rechtsvergleichenden Übersichten der International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association (ILGA), [www.ilga-europe.org](http://www.ilga-europe.org) (Rainbow Europe) und [www.ilga.org](http://www.ilga.org) sowie unter [www.wikipedia.org](http://www.wikipedia.org) (LGBT-adoption, LGBT-parenting, same-sex marriage, LGBT-rights by country or territory) (3. 10. 2016).
- 7) Ebenso *Benke ua*, Wie das Kindeswohl die Familie neu aufstellt, *iFamZ* 2015, 159; vgl auch VfGH G 119–120/2014, 46–49 mutatis mutandis.

### C. Elternschaft kein sachlicher Unterscheidungsgrund mehr

Abseits von Erörterungen, dass der EGMR diese Frage noch in den Ermessensspielraum der MS stellt (was lediglich die Erlaubtheit unter der EMRK argumentiert, jedoch in keiner Weise die Begründetheit der Segregation in der Sache), findet sich in der bisherigen Rsp des VfGH lediglich ein einziges *inhaltliches* Argument zur Rechtfertigung des Eheverbots, nämlich dass die Zivilehe „auf die grundsätzliche Möglichkeit der Elternschaft“ ausgerichtet sei (was sie von „Beziehungen anderer Art“ unterscheidet).<sup>8)</sup>

Diese einzige inhaltliche Begründung ist heute als sachlicher Unterscheidungsgrund zu gleichgeschlechtl Paaren nicht mehr haltbar.

Gleichgeschlechtl Paare haben heute genau die gleichen Familiengründungsrechte wie verschiedengeschlechtl Paare und sind diesen bei der gemeinsamen Elternschaft für Kinder absolut gleichgestellt. Ihre Partnerschaft ist daher in der österr Rechtsordnung heute genauso auf die grundsätzliche Möglichkeit der Elternschaft ausgerichtet. Familiengründung ist damit kein sachliches Differenzierungskriterium mehr, zumal dieses Kriterium gleich- und verschiedengeschlechtl Paare nicht einmal mehr unterscheidet.

Gleichgeschlechtl Paare sind genauso rechtl vollwertige und gleichberechtigte Eltern ihrer (adoptierten oder durch Samenspende empfangenen) Kinder, wie es eine Frau und ein Mann für ihr (adoptiertes oder durch Samenspende empfangenes) Kind sind. Die österr Rechtsordnung macht keinerlei Unterschied zw der gemeinsamen Elternschaft zweier Frauen oder zweier Männer für ihr Kind und der gemeinsamen Elternschaft eines Mannes und einer Frau für deren (Adoptiv- oder durch Samenspende empfangenes) Kind.

Die Rechtsposition der verschiedengeschlechtl Familien einerseits und der gleichgeschlechtl Familien andererseits ist *ident*. Mit einer einzigen Ausnahme: Im Gegensatz zu Kindern verschiedengeschlechtl Paare müssen die Kinder gleichgeschlechtl Paare unehel sein, weil ihre Eltern nicht heiraten dürfen; einzig und allein deshalb, weil sie gleichen Geschlechts sind. Die Kinder gleichgeschlechtl Paare werden *aufgrund des Geschlechts und der sexuellen Orientierung ihrer Eltern* anders behandelt als Kinder verschiedengeschlechtl Eltern.

### D. Keine Notwendigkeit aus besonders schwerwiegenden Gründen

Es gibt heute kein soziales Bedürfnis mehr in Österreich, gleichgeschlechtl Paare von der Zivilehe auszuschließen. Ganz im Gegenteil ist ein dringendes soziales Bedürfnis nach Beseitigung dieses Ausschlusses zu konstatieren. 73% der ÖsterreicherInnen (quer durch alle Bevölkerungs- und Altersschichten) befürworten heute das gleiche Eheschließungsrecht für gleichgeschlechtl Paare.<sup>9)</sup> Noch 2013 waren es „lediglich“ 61%.<sup>10)</sup>

Beachtlich erscheint in diesem Zusammenhang auch die laufende parlamentarische Bürgerinitiative „Ehe Gleich!“ (www.ehe-gleich.at), die mit bereits über 50.000 Unterschriften (15.000 auf Papier, über 36.000 online) eine der erfolgreichsten parlamentarischen Bürgerinitiativen in der Geschichte Österreichs überhaupt ist.<sup>11)</sup>

Ungleichbehandlungen aufgrund des Geschlechts und der sexuellen Orientierung sind nur dann zulässig, wenn sie aus *besonders schwerwiegenden* Gründen zur Erreichung eines legitimen Ziels *notwendig* sind.<sup>12)</sup> Bei der heute gegebenen identen gesetzl Regelung der Elternschaft gleich- und verschiedengeschlechtl Paare gibt es in Österreich keine sachlichen Gründe mehr für den Ausschluss gleichgeschlechtl Paare vom staatlichen Institut der Zivilehe. Zudem stellt Abgrenzung um der Abgrenzung willen (quasi als Prinzip) (Segregation) in einer grundrechtsbasierten Gesellschaft zweifellos kein legitimes Ziel dar.<sup>13)</sup>

Schließlich misst der EGMR dem Kindeswohl regelmäßig besonders hohes Gewicht bei („paramount“),<sup>14)</sup> prüft in seiner jüngeren Rsp Grundrechtsverletzungen in diesem Bereich zunehmend anhand der konkreten Umstände in dem betroffenen MS und nimmt dabei im Besonderen auf die Konsistenz der innerstaatlichen Rechtsordnung Bedacht wie auch auf die öffentliche Meinung in dem betreffenden Land.<sup>15)</sup>

Die öffentliche Meinung in Österreich befürwortet nun mit überwältigender Mehrheit das gleiche Eheschließungsrecht für gleichgeschlechtl Paare (s oben). Das Eheverbot betrifft maßgebend das Kindeswohl, nämlich das Recht der Kinder gleichgeschlechtl Eltern, ehel Kinder sein zu dürfen, ebenso wie die Kinder in entsprechenden verschiedengeschlechtl Familien. Und die innerstaatliche Rechtslage ist nicht nur inkonsistent, sondern weltweit einzigartig (s oben).

Die Ehelichkeit ist für Kinder auch dann ein maßgeblicher Wert, wenn in der rechtl Behandlung kein Unterschied mehr gemacht wird zw ehel und unehel Kindern.<sup>16)</sup> Der Umstand, ehel zu sein, ist dabei für Kinder gleichgeschlechtl Eltern von ganz besonderer Bedeutung. →

8) VfGH B 121/11, B 137/11 Rz 32; B 777/03.

9) Market Institut (2014), Umfrage MA 718, www.rklambda.at/index.php/de/226-73-der-oesterreicherinnen-fuer-die-aufhebung-des-eheverbots (3. 10. 2016); Benke ua, iFamZ 2015, 159 FN 72.

10) Der Standard 2013, www.rklambda.at/index.php/de/226-73-der-oesterreicherinnen-fuer-die-aufhebung-des-eheverbots (3. 10. 2016).

11) Bürgerinitiative „Ehe Gleich! Aufhebung des Eheverbots für gleichgeschlechtliche Paare“ (25. GP NR 85/BI) ([https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/BI/BI\\_00085/index.shtml#tab-Uebersicht](https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/BI/BI_00085/index.shtml#tab-Uebersicht) [3. 10. 2016]).

12) Statt vieler: EGMR 19. 2. 2013, 19010/07 *X et al/Österreich* Abs 99, 146, 151; 7. 11. 2013, 29381/09, 32684/09 *Vallianatos ua/Griechenland* Abs 77, 85; *Graupner*, Gay Rights, in *Wolftrum R.* (Ed), Max Planck Encyclopedia of Public International Law (2011) (<http://opil.ouplaw.com/home/EPIL> [3. 10. 2016]). *Graupner*, Sexuelle Orientierung im europäischen Recht, RZ 2009/09, 178.

13) EGMR 19. 2. 2013, 19010/07 *X et al/Österreich* Abs 99; 7. 11. 2013, 29381/09, 32684/09 *Vallianatos ua/Griechenland* Abs 77; VfGH B 518/11 Abs 18, 23; G 131/11 Abs 18; B 125/11, B 138/11 Abs 34; G 18, 19/2013 Abs 18.

14) EGMR 28. 6. 2007, 76240/01 *Wagner/Luxemburg* Abs 133; 3. 5. 2011, 56759/08 *Negreponis-Giannisis/Griechenland*; 26. 6. 2014, 65192/11 *Menesson/Frankreich*; 26. 6. 2014, 65941/11, *Labbassée/Frankreich*; 21. 7. 2016, 9063/14, 10410/14 *Foulon und Bouvet/Frankreich*.

15) EGMR *X et al/Österreich*; 21. 7. 2015, 18766/11, 36030/11, *Ollari/Italien*; *Wagner/Luxemburg*; *Negreponis-Giannisis/Griechenland*; *Menesson/Frankreich*; *Labbassée/Frankreich*; *Foulon und Bouvet/Frankreich*; s auch VfGH 11. 12. 2014, G 119–120/2014 Abs 46–49.

16) Vgl EGMR 16. 7. 2014, 37359/09 *Hämäläinen/Finnland*, in welchem Fall der EGMR eben deshalb keine Verletzung erkannt hat, weil das Kind (durch die Konversion der Ehe in eine EP) ehel geblieben ist (Abs 86: „*She would thus continue to be considered as born within wedlock*“).

## E. Kindeswohl

Die Ehelichkeit gibt ihnen die hochoffizielle Gewissheit der Gleichbehandlung ihrer Familie mit traditionellen, verschiedengeschlechtl Familien (anstatt des von der gegenwärtigen Segregation, is des unsäglichen „separate but equal“, ausgehenden Signals des Andersseins und der Nichtgleichwertigkeit), inkludiert sie in die Normalität (anstatt der gegenwärtigen alltäglichen Signalisierung des Andersseins), stärkt ihr Selbstbewusstsein und macht sie weniger verwundbar für Diskriminierung.<sup>17)</sup>

„Children suffer the stigma of knowing their families are somehow lesser. They also suffer the significant material costs of being raised by unmarried parents“ (US-Supreme Court, Obergefell et al v Hodges et al judg 26. 6. 2015).

„Children who are raised by married parents benefit from the social and legal status that civil marriage conveys to their parents“ (American Academy of Pediatrics, Technical Report: Promoting the Well-Being of Children Whose Parents Are Gay or Lesbian, Pediatrics Vol 131 No 4, April 2013)

„Legal recognition‘ (in addition to ‚protection‘) of family relationships are important in fighting discrimination against LGBT parents and children“ (UNICEF, Eliminating Discrimination Against Children and Parents Based on Sexual Orientation and/or Gender Identity, November 2014).

Auch die Wiener Kinder- und Jugendanwaltschaft hat daher jüngst is des Kindeswohls die Aufhebung des Eheverbots für gleichgeschlechtl Paare gefordert:

„Das Eheverbot für ihre Eltern vermittelt ihnen, dass ihre Familien nicht vollständig gleichwertig gegenüber den Familien anderer Kinder seien.“<sup>18)</sup>

Ziehen gleichgeschlechtl Familien in ein anderes Land ohne Eheverbot für gleichgeschlechtl Paare (und das ist heute fast die gesamte westliche Welt),<sup>19)</sup> so gelten die Eltern dieser Kinder dort als zueinander Fremde, die jederzeit jede dritte Person ehelichen könnten, und die Kinder als unehel Kinder, weil diese Länder zumeist (wie bspw die USA und die Republik Irland) EP (als ihnen fremde Rechtsinstitute) nicht anerkennen. Dass eine solche Situation für die Kinder in solchen Familien nachteilig ist, liegt auf der Hand.

In Österreich selbst führt die (geschlechts- und orientierungsbasierte) Segregation in Zivilehe einerseits und EP andererseits (selbst wenn diese Institute inhaltlich völlig angeglichen und die nach wie vor bestehenden 32 Unterschiede<sup>20)</sup> völlig beseitigt würden) zu einem permanenten Zwangsoouting überall dort, wo der Familienstand (verheiratet/geschieden/Ehe aufgehoben/Ehe für nichtig erklärt/verwitwet versus in Eingetragener Partnerschaft lebend/aufgelöste Eingetragene Partnerschaft/Eingetragene Partnerschaft für nichtig erklärt/hinterbliebener Eingetragener Partner!)<sup>21)</sup> angegeben werden muss (bspw bei der Anmeldung auf dem Meldezettel gegenüber der Gemeinde, bei der Arbeitssuche und bei der Beantragung der Verfahrenshilfe in gerichtl Verfahren). Mit welchem Recht wird von Bürgerinnen und Bürgern verlangt, bei der Anmeldung der Gemeinde bzw bei der Arbeitssuche potenziellen Arbeitgebern den Umstand, dass sie mit einem gleichgeschlechtl Partner leben, und damit ihre Homo- oder Bisexualität offenlegen zu müssen?

Zur Erreichung eines legitimen Ziels notwendige besonders schwerwiegende Gründe<sup>22)</sup> sind dafür nicht erkennbar, zumal das Kindeswohl betroffen ist und die innerstaatliche Rechtslage inkonsistent ist.

## F. Neuland für EGMR und VfGH

Bereits in seiner E *Schalk und Kopf* aus 2010 hat der EGMR ausgesprochen, dass auch gleichgeschlechtl Ehen in den Anwendungs-/Schutzbereich des Rechts auf Eheschließung (Art 12 Abs 1 EMRK) fallen (Abs 61: „The Court would no longer consider that the right to marry enshrined in Article 12 must in all circumstances be limited to marriage between two persons of the opposite sex. Consequently, it cannot be said that Article 12 is inapplicable to the applicants‘ complaint.“).<sup>23)</sup>

Zwar hat der EGMR in seiner bisherigen Rsp die Aufhebung der Eheverbote „noch“<sup>24)</sup> (gem Art 12 Abs 2 EMRK) in den Ermessensspielraum der MS gestellt, doch lag keinem dieser Fälle eine solch einzigartige Rechtslage zugrunde, wie sie heute (als einzigem Staat der Welt) in Österreich gegeben ist: idente Familiengründungsrechte und Rechtsstellung gleich- und verschiedengeschlechtl Eltern und dennoch Eheverbot und damit obligatorische Unehelichkeit (nur) der Kinder gleichgeschlechtl Eltern.

Mit einer solchen (inkonsistenten) innerstaatlichen Rechtslage war der EGMR noch nie konfrontiert. Seine bisherige Rsp erging samt und sonders zu MS, die gleich- und verschiedengeschlechtl Elternschaft nicht (wie Österreich heute) völlig ident behandelten, sondern in denen die vollen Familiengründungsrechte verschiedengeschlechtl (Ehe)Paaren vorbehalten war. Diese Rsp des EGMR vermag somit zur Frage der Grundrechtswidrigkeit eines persistierenden Eheverbots trotz identer Regelung der Elternschaft gleich- und verschiedengeschlechtl Paare, trotz identer Familiengründungsrechte, nichts beizutragen. Einen solchen Fall hatte der EGMR (ebenso wie der VfGH) noch nie zu entscheiden.<sup>25)</sup>

Beizutragen vermag hingegen, dass der EGMR dem Kindeswohl wie bereits erwähnt regelmäßig besonders hohes Gewicht beimisst.<sup>26)</sup>

17) Die im folgenden zitierten Dokumente können im vollen Wortlaut nachgelesen werden unter [www.ehe-gleich.at](http://www.ehe-gleich.at) -> Menüpunkt „Ehe Gleich zum Weiterlesen“ (3. 10. 2016).

18) „Recht auf Ehe – Kinder- und Jugendanwaltschaft Wien fordert Gleichbehandlung aller Familien“, OTS0137, 26. 11. 2015 ([www.ots.at](http://www.ots.at)) (3. 10. 2016).

19) Siehe oben FN 5.

20) Vgl die laufend aktualisierte Liste der Ungleichbehandlungen zur Ehe unter [www.rklambda.at/index.php/de/publikationen](http://www.rklambda.at/index.php/de/publikationen) (3. 10. 2016).

21) § 2 Abs 2 Z 4 PStG 2013.

22) Siehe zu diesen Anforderungen oben.

23) Hervorhebung durch den Verfasser. Die E EGMR 24. 6. 2010, 30141/04 *Schalk und Kopf/Österreich* hat der EGMR in der Folge mehrmals ausdrücklich bestätigt (*Hämäläinen/Finnland* Abs 96; *Oliari ua/Italien* Abs 191, 192; 9. 6. 2016, 40183/07 *Chapin und Charpentier/Frankreich* Abs 38, 39).

24) Siehe EGMR *Schalk und Kopf/Österreich* (Abs 61: „as matters stand“); *Hämäläinen/Finnland* Abs 96; *Oliari ua/Italien* Abs 191, 192; *Chapin und Charpentier/Frankreich* Abs 38, 39.

25) Aktuell sind am VfGH fünf solche Beschwerden von Kindern und ihren gleichgeschlechtl Eltern anhängig: E 739/2016 (LVwG OÖ); E 315–317/2016 (VwG Wien); E 312–214/2016; E 298–300/2016 (VwG Wien); E 230–231/2016 (VwG Wien).

26) EGMR *X et al/Österreich*; *Oliari ua/Italien* (s oben); *Czech*, Das Recht homosexueller Paare auf Anerkennung und Schutz ihrer Be-

Beachtens- und bemerkenswert erscheint idZ bereits die E des EGMR im Fall *Johnston/Irland*,<sup>27)</sup> in dem es ebenfalls um ein Kind ging, das unehel sein musste, weil seine Eltern nicht heiraten durften (der Vater war noch mit einer anderen Frau verheiratet und Scheidung in Irland verboten). Auch wenn der EGMR kein Recht auf Ehescheidung an sich statuierte und die Ermöglichung der Ehescheidung (so wie heute die gleichgeschlechtl Ehe) in den Ermessensspielraum der MS gestellt hat, so erkannte er dennoch im konkreten Fall eine Verletzung der EMRK (der Rechte des Kindes und seiner Eltern), weil das Kind durch das Ehescheidungsverbot in Irland unehel sein musste und nicht ehel sein durfte. Genauso so ist es heute für die Kinder gleichgeschlechtl Paare in Österreich.

Zu beachten ist auch das U des EGMR in der Sache *Christine Goodwin/Großbritannien*,<sup>28)</sup> in der der GH ausführt, dass es unlogisch sei, wenn ein MS (freiwillig ohne Verpflichtung aus der EMRK) die künstliche Befruchtung einer Frau zulässt, die mit einem Frau-zu-Mann-Transsexuellen lebt, *gleichzeitig aber die rechtl Folgen des Ergebnisses*, zu dem die Befruchtung führt, *verweigert* (Anerkennung des transsexuellen Partners im männlichen Geschlecht samt der Möglichkeit des Paares zu heiraten).<sup>29)</sup>

Schließlich ist der Konsens unter den MS des Europarats, auf den der EGMR regelmäßig Bezug nimmt, hier überwältigend. Alle (Mitglied-)Staaten, die gleich-

geschlechtl Paaren gleiche Familiengründungsrechte und gleiche Elternschaft einräumen wie verschiedenen-geschlechtl Paaren, lassen die Eltern dieser Kinder (man könnte sagen: selbstverständlich) auch heiraten. Der europäische Konsens könnte deutlicher nicht ausfallen: *Kein* einziger anderer Staat teilt die österr Rechtslage. Das erscheint umso bedeutsamer, als der EGMR für die Annahme eines europäischen Konsenses regelmäßig keine zahlenmäßige Mehrheit der MS verlangt, sondern vielmehr auf Trends in der Rechtsentwicklung abstellt und diese genügen lässt.<sup>30)</sup>

Das Postulat der Verfassungsmäßigkeit und Grundrechtskonformität des Eheverbots für gleichgeschlechtl Paare lässt sich sohin unter der heutigen, neuen Rechtslage nicht mehr überzeugend aufrechterhalten. Der Ausschluss gleichgeschlechtl Paare von der Zivilehe ist spätestens durch die grundlegende Änderung der Rechtslage mit ihrer völligen Gleichstellung bei der Familiengründung mit den verfassungsgesetzl geschützten Werten und Rechten nicht mehr vereinbar.

ziehung, EF-Z 2016, 181; vgl auch VfGH G 119–120/2014

Abs 46–49 mutatis mutandis.

27) EGMR 18. 12. 1986, 9697/82.

28) EGMR 27. 3. 1996, 17488/90.

29) Abs 78.

30) Vgl EGMR *Vallianatos ua/Griechenland* Abs 91; *Goodwin/Großbritannien* Abs 85, 103.

### → In Kürze

Gleichgeschlechtliche Paare haben seit 1. 1. 2016 genau die gleichen Familiengründungsrechte wie verschiedenen-geschlechtliche Paare und sind diesen bei der gemeinsamen Elternschaft für Kinder völlig gleichgestellt. Ihre Partnerschaft ist daher in der österreichischen Rechtsordnung heute genauso auf die grundsätzliche Möglichkeit der Elternschaft ausgerichtet. Die in der Judikatur des Verfassungsgerichtshofs bisher als einziges sachliches Differenzierungskriterium argumentierte Familiengründung ist damit als sachliche Begründung für das Eheverbot weggefallen, zumal dieses Kriterium gleich- und verschiedengeschlechtliche Paare nicht einmal mehr unterscheidet. Österreich ist der einzige Staat weltweit, der

gleichgeschlechtlichen Paaren gleiche Familiengründungsrechte gewährt, die Eltern dieser Kinder aber nicht heiraten und die Kinder nicht ehelich sein lässt. Dies vermittelt den Kindern, dass ihre Familien nicht vollständig gleichwertig gegenüber den Familien anderer Kinder seien, was mit dem Kindeswohl, dem in unserer Verfassungs- und Grundrechtsordnung überragende Bedeutung zukommt, unvereinbar ist.

### → Zum Thema

#### Über den Autor:

Dr. Helmut Graupner ist Rechtsanwalt in Wien.

Kontaktadresse: Maxingstraße 22–24/4/9, 1130 Wien.

E-Mail: hg@graupner.at, Internet: www.graupner.at

