

Zeitschrift für

FAMILIEN-**EF-Z** UND ERBRECHT

Redaktion Edwin Gitschthaler
Constanze Fischer-Czermak
Johann Höllwerth

September 2012

05

193 – 240

Beiträge

Die rituelle Beschneidung nichteinwilligungsfähiger Knaben

Erwin Bernat ↻ 196

Letztwillige Nichtverpartnerungsklauseln: § 700 ABGB anwendbar?

Sebastian Reiter ↻ 200

Die privilegierten Unterhaltsansprüche nach Art 4
des Haager Unterhaltsprotokolls Martin Weber ↻ 204

EF Kurz gesagt

Die schutzlose Familie Helmut Graupner ↻ 208

§ 33 NO: Rückblick und Ausblick anlässlich der aktuellen
OGH-Rechtsprechung Andreas Tschugguel ↻ 209

Die soziale Familie: Vorrang vor dem biologischen Band
zwischen Vater und Kind Andrea Wukovits ↻ 211

Rechtsprechung

Obsorgeregelung verfassungswidrig! ↻ 213

Keine Gesellschaft für Affen ↻ 220

Der Schlüssel zur Lebensgemeinschaft Florian Linder ↻ 224

Spendengelder, Anderkonto und Nachlasszugehörigkeit ↻ 231

Checkliste

§ 14 WEG 2002 – Tod des Partners

Alice Perscha ↻ 237

EF Kurz gesagt

Die schutzlose Familie

EF-Z 2012/124

Einem lesbischen Paar, das in einer eingetragenen Partnerschaft (EP) mit zwei Kindern lebt, wurde im Klagenfurter „Minimundus – Die kleine Welt am Wörthersee“ das (ermäßigte) Familienticket verweigert. Als Begründung führte der Geschäftsführer an, dass eingetragene Paare in Österreich keine Kinder adoptieren dürfen, weshalb er „Familien wie diese nicht als solche akzeptieren“ könne.¹⁾ Zudem führte er nicht näher genannte steuerrechtliche Gründe ins Treffen, aus denen er keine Möglichkeit habe, gleichgeschlechtlichen Paaren mit Kindern eine Familienkarte zu verkaufen.²⁾

Sind gleichgeschlechtliche Paare (mit Kindern) „Familie“ iS des Gesetzes? Nach der (seit 1811 unveränderten) Definition des § 40 ABGB nicht: „Unter Familie werden die Stammeltern mit allen ihren Nachkommen verstanden.“ Nach der (höherrangigen) EMRK aber sehr wohl. Denn für den EGMR führen auch gleichgeschlechtliche Paare (mit und ohne Kinder) ein Familienleben, das den entsprechenden grundrechtlichen Schutz des Art 8 EMRK genießt, uzw genauso („just as“) wie verschiedengeschlechtliche Paare.³⁾

Gleichgeschlechtliche Paare sind Familie

Auch die innerstaatliche österr Rechtsordnung behandelt gleichgeschlechtliche eingetragene Partner als Familie. So stellt nicht nur die RV zum EPG (bzgl § 1458 ABGB) klar, dass auch die EP zum Kreis der Familienrechte gehört, bei denen die Ersitzung ausgeschlossen ist (485 BlgNR 24. GP),⁴⁾ sondern bezeichnen auch die folgenden Gesetzesbestimmungen die EP bzw die eingetragenen Partner ausdrücklich als Familie:⁵⁾

- a. § 166 Abs 1 StGB
- b. § 2 Abs 1 Z 22, § 4 Abs 4 Z 3 AsylG
- c. § 2 Abs 4 Z 11 und 12 FPG und § 2 Abs 1 Z 9 NAG⁶⁾
- d. § 48 Abs 1 Z 3, § 50 Abs 1 Z 2 NAG
- e. § 7 Abs 1 Z 3 Studienförderungsgesetz (**Familiengröße**)
- f. § 30 Z 3 Bundesgesetz über Aufgaben und Organisation des auswärtigen Dienstes – Statut (**Familienzusammenhalt**)
- g. § 137 Abs 4 ABGB.⁷⁾

Es kann also keine Rede davon sein, dass nur verschiedengeschlechtliche Menschen (mit Kindern) in einer Familie zusammenleben könnten.⁸⁾ Sind aber auch eingetragene Paare (mit Kindern) Familie, so stellt ihr Ausschluss von der Familienkarte und damit die Verrechnung höherer Eintrittspreise eine sachlich nicht gerechtfertigte Schlechterstellung dar, also eine (direkte) Diskriminierung.⁹⁾

Denn keine der ins Treffen geführten Rechtfertigungen erweist sich als tragfähig. So ist das Steuerrecht gerade einer jener Rechtsbereiche, in denen eingetragene Paare den Ehepaaren vollständig gleichgestellt sind.¹⁰⁾ Dementsprechend zeigte sich das zuständige Finanzamt auch verwundert über die steuerrechtliche Argumentation von Minimundus.¹¹⁾

Und ebenso wenig vermag das Verbot der Adoption von Kindern in § 8 Abs 4 EPG den Ausschluss von der Familienkarte zu rechtfertigen. Zum einen bezieht sich dieses Verbot nur auf die gemeinsame Adoption eines Kindes und auf die Adoption des Kindes der (des) jew anderen Partnerin (Partners), während eingetragenen Partnerinnen (Partnern) die Adoption aller anderen

Kinder dieser Welt (und damit die Bildung einer gleichgeschlechtlichen Stiefkindfamilie) ausdrücklich erlaubt ist (vgl § 181 Abs Z 2 ABGB).¹²⁾ Zum anderen steht das (beschränkte) Adoptionsverbot in keinerlei relevantem Bezug zu der in Rede stehenden Vergünstigung (ermäßigter Eintritt durch eine Familienkarte),¹³⁾ ändert es doch nichts daran, dass die beiden Damen mit den beiden aus früheren Beziehungen stammenden Kindern in einer Familie leben.

Familienförderung

Einer Familie, die staatlicherseits sogar ausdrücklich besonders gefördert wird. Familien iS des Kärntner FamilienförderungsG sind:

- a) eheliche Gemeinschaften, eingetragene Partnerschaften und Lebensgemeinschaften oder
 - b) Alleinerzieher
- mit mindestens einem Kind, das im gemeinsamen Haushalt lebt“ (§ 1 Abs 2 K-FFG).¹⁴⁾

Minimundus hat schließlich eingelenkt und nach Beratung mit Interessenvertretungen der Homosexuellen einen Tarif in Kraft gesetzt, der nicht mehr nach dem Geschlecht der Partner/innen und der sexuellen Orientierung ihrer Partnerschaft unterscheidet.¹⁵⁾ Gesetzlich dazu verpflichtet wären sie jedoch nicht gewesen.

Denn gegen derartige Diskriminierungen bietet der Gesetzgeber keinen Schutz. Um genau zu sein: der Bundesgesetzgeber. Denn acht der neun Bundesländer haben in ihren Kompetenzbereichen Diskriminierung aufgrund sexueller Orientierung auch

1) Minimundus: Kein Familienticket für Lesben, http://diepresse.com/home/panorama/oesterreich/1268988/Minimundus_Kein-Familienticket-fuer-Lesben (19. 7. 2012).

2) Ebendort.

3) EGMR 24. 6. 2010, Appl 30141/04 *Schalk & Kopf* gegen Österreich; 22. 7. 2010, Appl 18984/02 *P.B. und J.S.* gegen Österreich; 31. 8. 2010, Appl 25951/07 *Gas und Dubois* gegen Frankreich.

4) Vgl dazu *Gröger/Haller*, EPG (2010) § 1458 ABGB Anm 3.

5) Vgl dazu *Gröger/Haller* aaO 135, 328 f, 332, 338, 344 f, 389, 404.

6) „Familienangehörige“, wenn auch nicht Kernfamilie, sondern dieser „nur“ gleichgestellt.

7) „Ob zwischen zwei Personen ein familiäres Verhältnis besteht, ist im Lichte des Art 8 EMRK zu beurteilen“ (IA 673/A BlgNR 24. GP); idS auch *Pesendorfer*, FamRÄG 2009 (2010) 25.

8) So auch *Gitschthaler* in *Gitschthaler/Höllwerth*, EuPR (2011) § 1 EPG Rz 6.

9) Vgl § 19 Abs 1 GIBG.

10) Vgl bspw § 106 Abs 3 EStG.

11) Minimundus: *Guggenberger* rudert zurück, <http://kaernten.orf.at/news/stories/2542184/> (20. 7. 2012).

12) Vgl dazu auch 3 Ob 147/10 d.

13) „Die Beurteilung der Vergleichbarkeit ... hat sich auf die jeweiligen, unter Berücksichtigung des Zwecks und der Voraussetzungen für die Gewährung der fraglichen Leistung relevanten Rechte und Pflichten der Ehegatten und der in einer Lebenspartnerschaft lebenden Personen zu konzentrieren, wie sie im Rahmen der entsprechenden Rechtsinstitute geregelt sind“ (EuGH 10. 5. 2011, C-147/08, *Römer* gegen Stadt Hamburg; Hervorhebung hinzugefügt).

14) LGBl 1991/10 idF LGBl 2010/67; ebenso bspw § 3 a des Niederösterreichischen Familiengesetzes (LGBl 3505 idF 3. Nov 79/11).

15) www.minimundus.at (Über Uns – Preise sowie Presse – Aktuelle Presstexte). Ein Familienticket erhalten seither „Familien und Lebensgemeinschaften und deren Kinder und Pflegekinder bis 15 Jahre, sowie für Großeltern mit ihren Enkelkindern (max. 2 Erwachsene)“. Diese Regelung diskriminiert zwar nicht mehr gleichgeschlechtliche Paare, ist aber sprachlich verunglückt, weil auch Lebensgemeinschaften mit Kindern und Großeltern mit ihren Enkelkindern Familie sind.

außerhalb der Arbeitswelt untersagt und Schadenersatzansprüche normiert. Der Bund und das Land Niederösterreich hingegen beschränken sich auf das Minimum dessen, was das Unionsrecht vorschreibt:¹⁶⁾ die Arbeitswelt.¹⁷⁾

Ungleiche Gleichbehandlung

Gewerbebetriebe wie Minimundus unterfallen der Bundeskompetenz und dürfen ihre Kunden daher nach deren sexueller Orientierung sanktionslos diskriminieren. Diskriminieren hingegen Kunden Bedienstete von Minimundus (einschließlich des Geschäftsführers) aufgrund derer sexuellen Orientierung (etwa durch Beschimpfung oder Verhöhnung), so unterfallen sie dem Regime des GleichbehandlungsG und machen sich in vollem Umfang schadenersatzpflichtig.¹⁸⁾

Und der Lizenz zu diskriminieren erfreuen sich auch nur die in die Bundeskompetenz fallenden Betriebe, nicht aber jene, die der Regelungskompetenz des Landes Kärnten unterliegen. Einer Kärntner Schischule bspw ist die Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Paare durch das Kärntner AntidiskriminierungsG (K-ADG)¹⁹⁾ verboten.

Helmut Graupner²⁰⁾

16) Siehe RL 2000/78/EG.

17) II. Teil des Gleichbehandlungsgesetzes (GlBG) (§§ 16 – 29); die Bundesregierung hat die Erweiterung des Diskriminierungsverbots außerhalb der Arbeitswelt (auch) auf sexuelle Orientierung vorgeschlagen (RV 938 BlgNR 24. GP). Diese Nov scheidete jedoch im NR (AB 1047 BlgNR 24. GP).

18) § 26 GlBG.

19) LGBl 2004/63.

20) Rechtsanwalt in Wien.