

Zeitschrift für

FAMILIEN-**EF-Z** UND ERBRECHT

Redaktion Edwin Gitschthaler
Constanze Fischer-Czermak
Andreas Tschugguel

Mai 2021

03

97 – 144

Beiträge

Zivilrechtlicher Persönlichkeitsschutz im Internet – das neue HiNBG

Thomas Schoditsch und Magdalena Brugger ➔ 100

Grundloser Schwangerschaftsabbruch als schwere Eheverfehlung?

Sebastian Sieber ➔ 106

EF Kurz gesagt

Eheaufhebungsgrund Bisexualität? Helmut Graupner ➔ 113

Die Zeugungsvermutung nach dem Tod des Mannes

Alexander Wilfinger ➔ 115

Rechtsprechung

Aufteilung von Unternehmensschulden

Valentin Obergruber ➔ 119

Wiederaufleben ja oder nein? Andreas Tschugguel ➔ 129

Erbunwürdigkeit bei Vereitelung der gesetzlichen Erbfolge?

Uwe Neumayr ➔ 130

Kontaktrecht der Großmutter zur Roma-Enkelin Barbara Simma ➔ 138

Austriacum „Verschuldensergänzungsklage“

Marco Nademleinsky ➔ 139

Service

Unterhaltsbemessung Edwin Gitschthaler ➔ 142

EF Kurz gesagt

Eheaufhebungsgrund Bisexualität?

EF-Z 2021/50

Ein spanisches Gericht hat im Herbst 2020 eine verschiedengeschlechtliche Ehe annulliert und den Ehemann zu Schadenersatz in Höhe von € 3.000,- verurteilt.¹⁾ Grund: Der Ehemann hatte der Ehefrau seine Bisexualität nicht vor der Eheschließung offengelegt. Das Gericht entschied gegen den Antrag sogar der Staatsanwaltschaft und ungeachtet des Umstands, dass der Mann ein guter Ehemann war, insb seine Frau nie betrogen hat, in sie verliebt war und sie liebevoll behandelt hat.²⁾ Wäre das auch nach österr Recht zulässig? ME nicht.

Zwar ermöglicht auch das österr EheG die Aufhebung einer Ehe wegen Irrtums über Umstände, die die Person des anderen Ehegatten betreffen (§§ 37, 38 EheG). Dies jedoch nur dann, wenn es sich um solche Umstände handelt, die nicht nur subjektiv für den Heiratswilligen kausal gewesen sind, sondern um solche, die nach dem *gesetzlichen Ehebild* („bei richtiger Würdigung des Wesens der Ehe“) den Verlust des Ehemillens *objektiv rechtfertigen*.³⁾

Nun hat der OGH eine „Neigung zur Gleichgeschlechtlichkeit – möge sie auch in Form einer Bisexualität bestehen –“ („Männern zugänglich“) als einen solchen Umstand gewertet, der eine Aufhebung nach dem gesetzl Ehebild objektiv rechtfertigt.⁴⁾ Seit dieser Entscheidung aus dem Jahr 1963 sind jedoch mehr als 57 Jahre ins

Land gezogen und haben sich sowohl die gesellschaftliche Bewertung als auch die rechtl Behandlung von Homo- und Bisexualität in Österreich ebenso grundlegend gewandelt wie das gesetzl Ehebild.

Waren gleichgeschlechtliche Handlungen damals noch mit schwerem Kerker von einem bis zu fünf Jahren bedroht (§ 129 I StG 1852) und galten Homo- und Bisexualität somit als „verbrecherische Neigung“ und „widernatürliche Veranlagung“,⁵⁾ so steht sie heute unter grundrechtl Schutz, und die Ehe steht gleichgeschlechtlichen Paare nicht nur offen, sondern ist ihnen verfassungsgesetzl garantiert.⁶⁾

Nach der heute stRsp des EGMR ist die sexuelle Selbstbestimmung ein zentrales Schutzgut der Europäischen Menschenrechts-

1) Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 9 de Valencia, de 19 de octubre de 2020 (No 407/2.020); Magistrada-Juez: Sra. Ana Vega Pons-Fuster Olivera (nicht rk).

2) Bisexualität verschwiegen: Spanier muss Ex-Frau entschädigen (orf.at, 21. 10. 2020), <https://orf.at/stories/3186083/> (21. 2. 2021).

3) *Tades/Hopf/Kathrein/Stabentheiner*, ABGB³⁷ (2009) § 37 EheG E 3a.

4) 1 Ob 119/63.

5) 1 Ob 119/63.

6) VfGH G 258/2017.

konvention, und zählt das Sexualleben zum Kernbereich des von ihr geschützten Privatlebens (Art 8).⁷⁾ Diskriminierung aufgrund sexueller Orientierung ist inakzeptabel.⁸⁾ Der GH erachtet solche Diskriminierung als ebenso schwerwiegend wie Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, der Religion, der Rasse, Hautfarbe oder der ethnischen Herkunft⁹⁾ und verlangt für die Rechtfertigung von Differenzierungen aufgrund der sexuellen Orientierung dementsprechend besonders schwerwiegende Gründe.¹⁰⁾ Der Ermessensspielraum der Staaten ist eng, und Unterscheidungen, die ausschließlich auf der sexuellen Orientierung beruhen, stellen jedenfalls eine verbotene Diskriminierung dar.¹¹⁾

Unterschiedliche Regelungen für gleichgeschlechtliche Lebenssachverhalte einerseits und verschiedengeschlechtliche andererseits müssen für die Erfüllung eines legitimen Ziels notwendig sein, bloße Plausibilität, Vernünftigkeit, Sachlichkeit oder die bloße Eignung, das Ziel zu erreichen, genügen nicht. Unterscheidungen sind wie bei Geschlecht, der Religion, der Rasse, Hautfarbe und ethnischer Herkunft, nur zulässig, wenn diese Unterscheidungen wirklich notwendig („necessary“) sind.¹²⁾

Vorurteile einer heterosexuellen Mehrheit gegenüber einer homosexuellen Minderheit können, wie der GH wiederholt festgestellt hat, ebenso wenig eine ausreichende Begründung für Eingriffe in die Rechte homo- und bisexueller Menschen bieten wie ähnlich negative Einstellungen gegenüber Menschen anderer Rasse, Herkunft oder Hautfarbe.¹³⁾ Die Ausübung der Grundrechte durch eine (homosexuelle) Minderheit darf nicht davon abhängig gemacht werden, dass die Mehrheit diese Ausübung akzeptiert.¹⁴⁾

Alle diese grundrechtl Garantien erfassen sowohl die sexuelle Orientierung als auch entsprechende Handlungen, die über die eigene Person in die Sphäre anderer Personen hineinreichen. Wird jedoch, wie im eingangs erwähnten spanischen Fall, ausschließlich auf die (sich nicht nach außen in Verhalten gegenüber anderen Menschen manifestierende) sexuelle Orientierung abgestellt, wird überdies in die Gedankenfreiheit eingegriffen.

Die Gedankenfreiheit ist nun aber eines jener wenigen Fundamentalrechte,¹⁵⁾ die von der EMRK absolut und ohne Ausnahme gewährleistet werden (Art 9 EMRK). Sie bezweckt den Schutz des innersten Kerns der menschlichen Selbstbestimmung und damit den Respekt vor der individuellen Persönlichkeit.¹⁶⁾ Die sexuelle Orientierung an sich steht als *forum internum* unter dem *absoluten* Schutz der Gedankenfreiheit, der jede Beeinträchtigung untersagt (Die Gedanken sind frei).¹⁷⁾ Wobei zu beachten ist, dass dieser letzte unantastbare Bereich menschlicher Freiheit, privater Lebensgestaltung und Lebensäußerung, der keiner Beeinträchtigung zugänglich ist, sich nicht allein auf innere Denkvorgänge beschränkt, sondern auch ein in – unbewussten oder bewussten, unwillkürlich oder willkürlich geführten – Selbstgesprächen formuliertes Aussprechen von Gedanken erfasst, bei welchem sich die Person als „allein mit sich selbst“ empfindet und je nach den Umständen auch andere Gespräche und in einem informationstechnischen System gespeicherte Dateien erfassen kann.¹⁸⁾

Berücksichtigt man diesen absoluten grundrechtl Schutz des innersten, unantastbaren Bereichs der menschlichen Persönlichkeit, privaten Lebensgestaltung und Lebensäußerung ebenso wie die heutige, verfassungsgesetzl gewährleistete geschlechtsneutrale Ausgestaltung der Ehe, wird offenbar, dass ein Irrtum (Täuschung) über eine bisexuelle Orientierung nach dem *gesetzl Ehebild* („bei richtiger Würdigung des Wesens der Ehe“) ein Aufhebungsbegehren ebenso wenig *objektiv zu rechtfertigen* vermag wie ein Irrtum (Täuschung) über Vermögensverhältnisse des Partners,¹⁹⁾ über die Jungfräulichkeit, über das wahre Partneralter, über den Beruf, über die Abstammung, über die Ausländereigen-

schaft des Partners und über die Zahl der vorehel Scheidungen.²⁰⁾ Erst recht, wenn man die gravierenden Folgen bedenkt, die eine Scheidung aus Verschulden, in diesem Fall für den bisexuellen Partner, mit sich bringt (§ 42 Abs 2 EheG).

Nichts anderes gilt für eine homosexuelle Orientierung, zumal eine „aus der Verschiedenheit der Veranlagungen ... sich ergebende Unstimmigkeit hinsichtlich der sexuellen Bedürfnisse (hinsichtlich des sexuellen Wollens) ... noch nicht dafür auszureichen (vermag), dem Ehegatten, der die sexuellen Wünsche des anderen nicht restlos zu befriedigen vermag, eine schwere Eheverfehlung anzulasten, so ferne nicht überhaupt eine Verweigerung der ehelichen Pflicht festzustellen ist“.²¹⁾

Vorehel gleichgeschlechtliches Verhalten hingegen kann durchaus zur Eheaufhebung wegen Irrtums berechtigen, wenn es sich als ehrelevant erweist und (s das oben dargestellte grundrechtl Diskriminierungsverbot) im Falle verschiedengeschlechtlicher Begehung ebenso und in gleichem Maße zur Aufhebung berechtigt.

Helmut Graupner²²⁾

- 7) EGMR 39392/98, 39829/98, L. & V./Österreich, Rz 36 („most intimate aspect of private life“); 45330/99, S. L./Österreich, Rz 29 („most intimate aspect of private life“); 7525/76, *Dudgeon/UK*, Rz 41, 52 „most intimate aspect of private life“; 10581/83, *Norris/Irland*, Rz 35 ff; 15070/89, *Modinos/Zypern*, Rz 17 ff; 21627/93, 21826/93, 21974/93, *Laskey, Brown & Jaggard/UK*, Rz 36; 31417/96, 32377/96, *Lustig-Prean & Beckett/UK*, Rz 82; 33985/96, 33986/96, *Smith & Grady/UK*, Rz 90; 35765/97, *A.D.T./UK*, Rz 21 ff; 36515/97, *Fretté/Frankreich*, Rz 32; EKMR 25185/94, *Sutherland/UK*, Rz 57 „most intimate aspect of effected individuals „private life““, und Rz 36 „private life (which includes his sexual life)“.
- 8) EGMR 33290/96, *Salgueiro da Silva Mouta/Portugal*, Rz 36; 43456/02, *E.B./Frankreich*.
- 9) 31417/96, 32377/96, *Lustig-Prean & Beckett/UK*, Rz 90; 33985/96, 33986/96, *Smith & Grady/UK*, Rz 97; 33290/96, *Salgueiro da Silva Mouta/Portugal*, Rz 36; 39392/98, 39829/98, L. & V./Österreich, Rz 45, 52; 45330/99, S. L./Österreich, Rz 37, 44; 40016/98, *Kamer/Österreich*, Rz 37; 19010/07, X et al/Österreich.
- 10) 39392/98, 39829/98, L. & V./Österreich, Rz 45; 45330/99, S. L./Österreich, Rz 37; 43456/02, *E.B./Frankreich*; 19010/07, X et al/Österreich.
- 11) 13102/02, *Kozak/Polen*, Rz 92; 14988/09 et al, *Alekseyev/Russland*, Rz 108; 19010/07, X et al/Österreich.
- 12) EGMR 40016/98, *Kamer/Österreich*, Rz 41; 13102/02, *Kozak/Polen*, Rz 92; 18984/02, P. B. & J. S./Österreich; 37060/06, *J.M./UK* 2010; 14988/09 et al, *Alekseyev/Russland*, Rz 108; 19010/07, X et al/Österreich.
- 13) EGMR 31417/96, 32377/96, *Lustig-Prean & Beckett/UK*, Rz 90; 33985/96, 33986/96, *Smith & Grady/UK*, Rz 97; 39392/98, 39829/98, L. & V./Österreich, Rz 52; 45330/99, S. L./Österreich, Rz 44; 19010/07, X et al/Österreich.
- 14) 14988/09 et al, *Alekseyev/Russland*, Rz 81.
- 15) Neben der Gedankenfreiheit (Art 9) s das Recht auf Freiheit von Folter und unmenschlicher und erniedrigender Behandlung (Art 3), das Recht auf Freiheit von Sklaverei und Knechtschaft (Art 4) und auf Sicherheit der Person (Art 5).
- 16) *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention⁶ (2016) § 22 Rz 111.
- 17) *Karpenstein/Mayer*, EMRK² (2015) Art 9 Rz 34; *Mayer-Ladewig/Nettessheim/von Raumer* (Hrsg), EMRK⁴ (2017) Art 9 Rz 3.
- 18) BVerfG U 1 BvR 253/56; B 2 BvR 454/71 BVerfGE 34, 238–251; U 1 BvR 2378/98, 1084/99; BGH U 2 StR 509/10.
- 19) § 38 Abs 3 EheG.
- 20) *Nadernleinsky/Weitzenböck in Schwimann/Kodek*⁵ § 37 EheG Rz 3 (mwN); *Schwimann/Egger in Schwimann/Neumayr*, ABGB-TaKom⁴ § 37 EheG Rz 3 (mwN).
- 21) 5 Ob 236/75; 6 Ob 185/59.
- 22) Rechtsanwalt, Wien.