



# Bau.Stelle EHE – ein Erkenntnis, zwei Rechtsinstitute, drei Disziplinen

## Bericht über das am 14.05.2019 am Juridicum veranstaltete Legal Lunch Seminar (LLS)

Marina Murko

### A. Zielsetzung der Veranstaltung

Das LLS dient der Förderung des intradisziplinären Austausches und der institutsübergreifenden Zusammenarbeit auf Mittelbauebene der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien. *Peter Groß* vom Institut für Staats- und Verwaltungsrecht, *David Tritremmel* vom Institut für Römisches Recht und Antike Rechtsgeschichte sowie *Herbert Weißensteiner* vom Institut für Zivilrecht nahmen sich dieser Aufgabe an und lockten mit ihrer relevanten Themenauswahl mehr BesucherInnen denn je ins Dachgeschoss des Juridicums.

### B. Vortrag

Nach einer kurzen Begrüßung durch *Herbert Weißensteiner* im Namen der Vortragenden steigt *Peter Groß* in die verfassungsrechtlichen Aspekte des Themas ein und gibt zunächst einen Überblick über die Entwicklung der rechtlichen Stellung Homosexueller in Österreich. Er spannt den Bogen von der Abschaffung der Strafbarkeit nicht-qualifizierter Homosexualität im Jahr 1971, über den Beschluss des Eingetragene Partnerschaft-Gesetzes (EPG) 2009 bis hin zur Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare seit 1. 1. 2019. Letztgenannte Entwicklung ist ein direktes Resultat eines Erkenntnisses des Verfassungsgerichtshofes (VfGH) vom 4. 12. 2017, G 258/2017 ua (VfSlg 20.225), auf welches *Peter Groß* im folgenden Teil seines Beitrages näher eingeht.

In ebendiesem Erkenntnis kam der VfGH zu dem Schluss, dass verschiedene Bezeichnungen für die von den gleichen Werten getragenen Rechtsinstitute der Ehe und der eingetragenen Partnerschaft (EP) eine unsachliche Diskriminierung darstellten und somit gegen den Gleichheitssatz verstießen. Darum hob er die Wortfolge „verschiedenen Geschlechtes“ in § 44 ABGB als verfassungswidrig auf, was im Ergebnis die Öffnung der Ehe für Paare gleichen Geschlechtes bewirkte. Weiters hob der VfGH die Exklusivität der EP für homosexuelle Paare auf, damit sich auch daraus keine Zugangsbeschränkung für gleichgeschlechtliche Paare zur Ehe ergeben könne. Letzterer Argumentation steht *Peter Groß* kritisch gegenüber. Im Ergebnis stehen nun Ehe und EP allen Paaren offen.

In seiner Würdigung der Entscheidung stellt *Peter Groß* zunächst die Frage in den Raum, ob das Erkenntnis einen Bruch mit der vorangegangenen Judikaturlinie des VfGH darstelle. Bisher wurde eine unsachliche Diskriminierung trotz Zugangshindernis der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare verneint. Die sachliche Rechtfertigung stützte der VfGH hauptsächlich auf die exklusive Möglichkeit der gemeinsamen (rechtlichen) Elternschaft von verschiedengeschlechtlichen Paaren zu Zeitpunkten früherer Erkenntnisse. Mit Öffnung der Stief- und Fremdkindadoption sowie erlaubter medizinisch unterstützter Fortpflanzung für Paare gleichen Geschlechtes konnte diese Argumentation nicht mehr aufrechterhalten werden. Einen Bruch mit der bisherigen Rsp kann *Peter Groß* daher nicht feststellen.

Des Weiteren geht er auf die Frage ein, ob das Ergebnis „Ehe für alle“ zu verhindern gewesen wäre. Zum einen hätte der Verfassungsgesetzgeber § 44 ABGB in Verfassungsrang heben und somit (grundsätzlich) der Kontrolle des VfGH entziehen können. Kein EPG zu erlassen und damit gleichgeschlechtlichen Paaren eine rechtliche Anerkennung insgesamt zu verwehren, wäre wohl auch nicht auf Dauer als verfassungskonform betrachtet worden. Da die Ehe mit besonderen Rechten ausgestattet werden darf, hätte die Möglichkeit zur rechtlichen Elternschaft durch Adoption auf Eheleute beschränkt werden können. Da der Gesetzgeber dies jedoch auch für unverheiratete heterosexuelle Paare ermöglichte, musste er sie homosexuellen Paaren öffnen, womit das Unterscheidungsmerkmal der gemeinsamen Elternschaft zur Ehe entfiel.

Schlussendlich spannt *Peter Groß* den Bogen zum nächsten Vortragsteil, indem er den Wechsel von einer EP in eine Ehe aus verfassungsrechtlicher Sicht beleuchtete. Ein verfassungsrechtliches Gebot zur Möglichkeit eines Wechsels scheint zu bestehen: Da bereits verpartnerte Personen in verfassungswidriger Weise in der Wahl des Rechtsinstituts eingeschränkt waren, kann die EP kein sachlich gerechtfertigtes Unterscheidungsmerkmal sein. Er wirft die Idee in den Raum, zwischen vor und nach 2019 geschlossenen Verpartnerungen

zu differenzieren, da die privatautonom getroffene Entscheidung ein sachlich gerechtfertigtes Unterscheidungsmerkmal sein könnte. Letztlich würden aber bessere Gründe dafür sprechen, einen unbestimmten Gesetzesbegriff einheitlich auszulegen.

*Herbert Weißensteiner* lenkt den Vortrag vom Verfassungsrang auf die einfachgesetzliche Ebene und schließt hier nahtlos an den Ruf nach einer verfassungskonformen Interpretation der relevanten Rechtsnormen an. Er weist zunächst auf die Alternative zu einem direkten Wechsel zwischen EP und Ehe, nämlich die Scheidung bzw Auflösung und darauffolgende Neubegründung des jeweiligen Rechtsinstitutes, hin. Hier ergeben sich zahlreiche Probleme: Für eine einvernehmliche Auflösung bzw Scheidung habe das Paar zunächst die „unheilbare Zerrüttung“ der EP/Ehe zu behaupten. Ist das Ziel jedoch die Neubegründung des jeweils anderen Rechtsinstitutes, werde eine solche wohl nicht vorliegen, weshalb das Paar gezwungen wäre, in seinem Begehren die Unwahrheit vorzubringen. Weiters sei eine Ehescheidung oder Auflösung der EP mit Kosten verbunden. Ist der einzige Grund für die Auflösung die Neubegründung des anderen Rechtsinstitutes, stehen eben diese Kosten möglicherweise in Spannung mit Art 12 EMRK. *Herbert Weißensteiner* weist auf frühere Judikatur des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (EGMR) hin, wonach bereits eine Eheschließungsgebühr von ca. € 300,- einen Verstoß gegen das Recht auf Eheschließung darstelle. Außerdem gehe mit der Beendigung der EP/Ehe wohl auch der Verlust der daraus erwachsenen Vorteile einher, allen voran der Wegfall von Vorzeiten, die etwa für den Erwerb der Staatsbürgerschaft oder einer Aufenthaltsberechtigung von Bedeutung seien. Alles in allem spreche daher laut *Herbert Weißensteiner* viel für einen direkten Wechsel zwischen den Rechtsinstituten im Rahmen einer verfassungskonformen Interpretation.

In Folge geht *Herbert Weißensteiner* auf die Frage ein, ob einfachgesetzliche Regelungen möglicherweise einem direkten Wechsel entgegenstehen könnten: Das strafrechtlich normierte Bigamieverbot (§ 192 StGB [Mehrfache Ehe oder eingetragene Partnerschaft], § 193 StGB [Ehetäuschung], § 193a StGB [Partnerschaftstäuschung]), schütze nach hA in erster Linie das Rechtsgut Ehe/EP bzw in weiterem Sinne das in unserer Gesellschaft herrschende monogame System. Ein direkter Wechsel zwischen den beiden Instituten würde diesen Schutz jedoch nicht untergraben. Auch die zivilrechtlichen Eheverbote (siehe §§ 8, 9 EheG, § 24 EheG und § 5 Abs 1 Z 2 EPG, § 19 Abs 2 Z 3 EPG) können durch Interpretation auf Konstellationen mit einer dritten Person reduziert werden, weshalb sie einen direkten Wechsel nicht ausschließen.

Einem direkten Wechsel stehen die straf- und zivilrechtlichen Eheverbote/Partnerschaftsverbote laut *Herbert Weißensteiner* also nicht im Wege. Problematisch sei aber, dass ein solcher nach der derzeitigen Rechtslage – wie bereits von seinem Vorredner beschrieben – ausschließlich durch verfassungskonforme Interpretation hergeleitet werden könne. Dies schaffe Rechtsunsicherheit, da unklar sei, ob die Neubegründung einer Ehe/EP überhaupt einen Beendigungsgrund für eine aufrechte Ehe/EP darstelle. Da besagte Beendigungsgründe im Gesetz grundsätzlich taxativ aufgezählt seien, bleibe eigentlich kein Raum für eine Herleitung auf Grundlage von Interpretationsregeln. Da ein solcher Beendigungsgrund zudem andere Rechtsfolgen auslöse als die gesetzlich verankerten Beendigungsgründe, gründete sich die potenzielle Analogie nicht auf eine bereits bestehende Norm. Auch die unklaren Rechtsfolgen einer solchen Auflösung zur Neubegründung (Vorzeiten, Unterhalt, usw) veranlassen *Herbert Weißensteiner* zu einem klaren Fazit: Der Gesetzgeber sei ihm zufolge angehalten, Klarheit auf der Baustelle Ehe/EP, und damit eine gesetzliche Grundlage für eine direkte Wechselmöglichkeit, zu schaffen.

Auch der nächste Redner, *David Tritremmel*, sieht Handlungsbedarf auf Gesetzgebungsebene und zwar im Zusammenhang mit der eingetragenen Partnerschaft. Er zweifelt die Sinnhaftigkeit der Beibehaltung beider Rechtsinstitute – Ehe und EP – in ihrer derzeitigen Form an. Sie wurden durch die Entwicklungen seit 2009 soweit aneinander angeglichen, dass nur noch geringfügige Unterschiede bestehen.

*David Tritremmel* zieht den grenzüberschreitenden Vergleich mit Deutschland heran, wo das Lebenspartnerschaftsgesetz mit Einführung der Ehe für alle 2017 *pro futuro* aufgehoben wurde. Auch ein Blick nach Frankreich sei für *David Tritremmel* lohnenswert. Das dort gesetzlich verankerte Institut des *Pacte civil de solidarité* (PACS) erfreue sich trotz Eheschließungsmöglichkeit für alle Paare großer Beliebtheit. Basierend auf diesen beiden Beispielen stellt *David Tritremmel* das Modell einer neuen Form der EP für Österreich vor, welches der gemeinsamen Feder von Prof. Benke und dem Vortragenden selbst entstammt.

Die neue Solidaritätspartnerschaft (SOPA) wird als moderne Form der staatlich anerkannten Partnerschaft präsentiert, die verschiedenste Bereiche des Zusammenlebens regeln soll. Erwähnt sei vor allem die Gütertrennung (im Zweifel Miteigentum am Hausrat) sowie die gesetzliche Erbfolge (aber kein Pflichtteil) im Innenverhältnis, die Elternschaftsvermutung und die Mitversicherung im Außenverhältnis sowie die vereinfachten Möglichkeiten der Auflösung (einvernehmlich sofort, einseitig nach drei Monaten) (siehe *Benke*, Das EPG 2009: Fehlkonzept, Gleichheitsimpuls und offene Baustelle, iFamZ 2019, 28). Besonders die Tatsache, dass nach einer Auflösung keine Vermögensaufteilung und kein

dauernder Unterhalt vorgesehen sind, mache die SOPA laut David Tritremmel attraktiv. Lediglich eine monetäre Abgeltung für bestimmte, während aufrechter SOPA erbrachte, Leistungen sowie eventuell ein vorübergehendes Wohnrecht oder vorübergehender Unterhalt bei überwiegender Betreuung der gemeinsamen Kinder seien vorgesehen, jedoch nur dispositiv.

Mit diesem Denkanstoß schließt *David Tritremmel* den dritten und letzten Teil des Vortrages und *Julia Told* eröffnet die Diskussion.

### **C. Diskussion**

Sogleich kommt die erste Wortmeldung aus dem Publikum, welche sich auf die von *David Tritremmel* vorgeschlagene SOPA bezieht: Es wird das rechtspolitische Problem aufgezeigt, dass sich mangels Unterhalts- und Aufteilungspflichten bei Auflösung einer lange aufrechten SOPA ergeben könnte, wenn ein/e PartnerIn während dieser Zeit nicht berufstätig gewesen sei, sondern sich um Haushalt und Kinder gekümmert hätte. Der Vortragende weist auf die Option des monetären Leistungsausgleiches bei Beendigung der SOPA hin, welcher Leistungen verschiedenster Natur, also ua auch die Kinderbetreuung umfasse. Auf weitere Nachfrage erklärt er, dass diese Abgeltung angelehnt an den derzeitigen Ausgleich bei Lebensgemeinschaften (§ 1435 ABGB analog) funktionieren solle. Er betont aber, dass diese Leistungsabgeltung dispositiv sei und daher zB bei kurzer Dauer der SOPA ausgeschlossen werden könne.

Dennoch machen sich weitere kritische Stimmen aus dem Publikum bemerkbar: Da die SOPA keine Aufteilung des Vermögens vorsehe, würde in Fällen, in welchen ein Partner in irgendeiner Weise schlechter gestellt sei, mangels Billigkeitsaufteilung durch einen Richter im Außerstreitverfahren, ebendieser Partner benachteiligt. Es sei zweifelhaft, ob die Partner auch diese nachteiligen Folgen beim Eingang der SOPA andenken würden. Als Lösung gibt *David Tritremmel* zu bedenken, dass auch der Standesbeamte beim Eingehen der SOPA eine gewisse aufklärende Rolle übernehmen könne. Dem stimmt der nächste Redner zu und merkt an, dass die SOPA zwar im Vergleich zur Ehe problematisch wirken möge, ziehe man jedoch die unsicheren Rechtsfolgen einer Lebensgemeinschaft heran, böte die SOPA eine derzeit fehlende, aber notwendige Rechtssicherheit im Vorstadium der Ehe. *David Tritremmel* weist auf die einfach gestaltete Möglichkeit des Wechsels von einer SOPA in eine Ehe hin, die – angelehnt an das französische Modell – ein „Upgrade“ nach einer gewissen Zeit der Partnerschaft ermögliche. Wie man in Frankreich beobachten könne, wirke sich somit die

Existenz eines Institutes, wie SOPA oder PACS, nicht negativ auf die Zahlen der Eheschließungen aus.

Nun wendet sich die Diskussion von dem Modell der SOPA ab und hin zur Möglichkeit der Leihmutterschaft in Österreich und der Frage, ob die zuvor beschriebene Entscheidung an der diesbezüglichen Rechtslage etwas ändere. Während *Paul Groß* eine solche Änderung aus verfassungsrechtlicher Sicht für nicht geboten erachtet, gibt *Herbert Weißensteiner* zu bedenken, dass das Verbot der Leihmutterschaft ebendiese in Österreich nicht verhindere. Vielmehr veranlasse es die Betroffenen ins Ausland auszuweichen. Im Lichte dieses Faktums müsse wohl der Gesetzgeber entscheiden, ob die Aufrechterhaltung des Verbotes oder die Schaffung einer innerstaatlichen Regelung das kleinere Übel sei.

Auf die Frage hin, ob denn die EP der Ehe wirklich soweit angeglichen sei, wie vom Vortragenden behauptet, kann *David Tritremmel* dies nur bestätigen. Die Unterschiede seien überwiegend formeller Natur und hätten sehr geringe Auswirkungen. Am ehesten sei noch auf die gesetzlich verankerte Vaterschaftsvermutung bei aufrechter Ehe hinzuweisen, die in der EP fehle.

Aus der verfassungsrechtlichen Ecke kommt nun die letzte Wortmeldung der Veranstaltung. Diese wirft ein, dass die vom Vortragenden vorgebrachten Bedenken gegen die verfassungsrechtliche Interpretation gar nicht so problematisch seien, wenn man annehme, dass der Zweck dieser Interpretation gerade die Schaffung von Ausnahmen sei. Laut *Peter Groß* hänge dies aber von der jeweiligen Meinung über den Zweck der verfassungskonformen Interpretation ab, nämlich ob man ihr die Schaffung neuer Tatbestände oder eine Auswahlfunktion zuschreibe. Schlussendlich weist *Herbert Weißensteiner* noch einmal auf das Problem der Rechtsunsicherheit hin: Derzeit hätten die Standesämter in der Praxis des direkten Wechsels zwischen EP und Ehe keine einheitliche Linie. Bevor also eine klare gesetzliche Regelung geschaffen werde, müsse die vorgestellte Form der Interpretation als Lösung eintreten.

## **D. Schluss**

Das Legal Lunch Seminar wurde aus dem Overhead Drittmittel Budget der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien finanziert. Der nächste Termin findet am 27.06.2019 wie gewohnt von 12.30-13.30 Uhr im Dachgeschoß des Juridicums statt. *Stephanie Nitsch* und *Matthias Knefel* werden zum Thema „Schock und Trauer – aus klinisch-psychologischer und schadenersatzrechtlicher Perspektive“ referieren. Alle weiteren

Informationen werden zeitnahe auf unserer Website  
<https://unternehmensrecht.univie.ac.at/team/rueffler/legal-lunch-seminar-lls/> sowie per  
Mailverteiler bekannt gegeben.