

Wien, am 6. Juni 2008

Sehr geehrte Abgeordnete des Parlaments!

Ich schließe mich weitgehend den Ausführungen von Herrn und Frau Schinner ([2/SN-189/ME](#), [3/SN-189/ME](#)) sowie der Österreichischen Bischofskonferenz ([5/SN-189/ME](#)) in Ihrer Ablehnung des Ministerialentwurfes 189/ME (XXIII. GP) Lebenspartnerschaftsgesetz an und erlaube mir, auch auf den Artikel von Dr. Jakob Cornides, Verwaltungsrat der Europäischen Kommission, zu verweisen, den ich Ihnen im Anhang übermittle.

Ich denke es ist an der Zeit, langsam zu sehen, daß viele der wesentlichsten Probleme in unserer Gesellschaft Ergebnisse der immer rascher fortschreitenden Aushöhlung der Familie (im eigentlichen Sinne) ist.

Mit freundlichen Grüßen,

Mag. Gerd Heisz

Dr. Jakob Cornides, Brüssel

## Alles gleich?

### Gesetzesinitiativen zur Schaffung eines „Zivilpakts“ und einer „Eingetragenen Partnerschaft“

*Ohne eine moralische Bewertung von „Ehen ohne Trauschein“ und homosexuellen Partnerschaften vornehmen zu wollen, geht dieser Beitrag der Frage nach, ob es tatsächlich gerecht wäre, derartigen Lebensgemeinschaften denselben oder einen gleichartigen Rechtsstatus einzuräumen wie der Ehe. Die Gerechtigkeit fordert, Gleiches gleich zu behandeln; hier aber geht es um Lebensgemeinschaften, die sich sowohl im Tatbestandlichen als auch im Hinblick auf den Anspruch, den die Partner aneinander stellen, erheblich von der Ehe unterscheiden. Auch der Beitrag, den solche Lebensformen zum Gemeinwohl leisten, scheint mit jenem einer traditionellen Ehe kaum vergleichbar. Führt die „Antidiskriminierungspolitik“ zu einer Diskriminierung der Ehe?*

**Deskriptoren:** Ehe, Zivilpakt, Eingetragene Partnerschaft, Gleichbehandlung homosexueller Lebensgemeinschaften, EheG, MRK.

#### A. Gleichstellung alternativer Formen des Zusammenlebens mit der Ehe – die Entwicklung in Europa

Seit einigen Jahren ist in den Rechtsordnungen verschiedener europäischer Länder ein Trend feststellbar, nicht-eheliche Lebensgemeinschaften rechtlich anzuerkennen bzw sie der Ehe gleichzustellen. Begründet werden solche Reformen einerseits mit der notwendigen Anpassung der Rechtsordnung an neue gesellschaftliche Gegebenheiten, andererseits mit dem Gebot der „Gleichbehandlung“ aller Bürger bzw der Verpflichtung des Staates zu „weltanschaulicher Neutralität“.

Die Reformen, die diese Ziele verwirklichen sollen, sind allerdings in den verschiedenen Rechtsordnungen durchaus unterschiedlich ausgefallen, was es – bei aller Übereinstimmung in der grundlegenden Tendenz – erschwert, von einer *einheitlichen* Entwicklung oder gar von einem allmählich sich entwickelnden allgemeinen Standard zu sprechen. In einigen Ländern hat man Rechtsinstitute geschaffen, die man als „Ehe light“ bezeichnen könnte, weil sie gegenüber der traditionellen Ehe ein erheblich geringeres Maß an Bindungshöhe aufweisen, leichter auflösbar sind, zugleich aber auch mit Rechtsfolgen von etwas geringerer Tragweite ausgestattet sind, und die „diskriminierungsfrei“ sowohl verschieden- wie auch gleichgeschlechtlichen Paaren offenstehen<sup>1)</sup>. In anderen Ländern hat man auf die Schaffung einer solchen „Ehe light“ verzichtet, dafür aber spezielle eheähnliche Rechtsinstitute für gleichgeschlechtliche Paare eingerichtet<sup>2)</sup>. In den Niederlanden<sup>3)</sup>, Bel-

gien<sup>4)</sup> und Spanien<sup>5)</sup> hat man kurzerhand die gesetzliche Definition der Ehe geändert, um sie für gleichgeschlechtliche Partnerschaften zu „öffnen“: Heiraten können nunmehr „zwei Personen verschiedenen oder gleichen Geschlechts“. Aus den Niederlanden wurde kürzlich sogar berichtet, ein Notar habe eine „Ehe zu dritt“ registriert; dies sei aufgrund einer (ungewollten?) „Gesetzeslücke“ möglich und sogar gesetzlich geboten gewesen<sup>6)</sup>. An diesem Punkt stellt sich die Frage, ob die beabsichtigte „Öffnung“ der Ehe nicht eigentlich gleichbedeutend mit ihrer *Abschaffung* ist; mit dem ursprünglichen Begriff der Ehe scheinen manche dieser neuen Konzepte jedenfalls nur noch wenig zu tun zu haben.

Partnerschaft“ in der Schweiz (Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare vom 18. Juni 2004) oder die „Civil Partnership“ im Vereinigten Königreich (Civil Partnership Act 2004).

<sup>3)</sup> Burgerlijk Wetboek 1, Art 30 (1): „Een huwelijk kan worden aangegaan door twee personen van verschillend of van gelijk geslacht.“

<sup>4)</sup> Loi du 13 février 2003 ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil (Moniteur Belge v 28.2.2003). Art 143 des Bürgerlichen Gesetzbuches (Code Civil) lautet nunmehr: „Deux personnes de sexe différent ou de même sexe peuvent contracter mariage.“

<sup>5)</sup> Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio (BOE 157, 2 julio 2005). Durch dieses Gesetz wurde ua dem Art 44 des Bürgerlichen Gesetzbuchs (Codigo Civil) folgender Absatz angefügt: „El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo.“

<sup>6)</sup> Diese Meldung bedarf allerdings einer Richtigstellung. In den Niederlanden stehen Personen verschiedenen oder desselben Geschlechts, die ihre Beziehung rechtlich absichern wollen, mittlerweile schon drei verschiedene Instrumente zur Verfügung: die Ehe, die „Eingetragene Partnerschaft“ oder ein vor einem Notar abgeschlossener „Vertrag über das Zusammenleben“ (Samen-

<sup>1)</sup> Diesem Modell entspricht der „Pacte civil de solidarité“ (PACS) in Frankreich (Code civil, articles 515-1 à 515-7, dort eingefügt durch Loi n° 99-944 du 15 novembre 1999).

<sup>2)</sup> Beispiele für diesen Ansatz sind die Eingetragene „Lebenspartnerschaft“ in der Bundesrepublik Deutschland (dBGB I vom 16.2.2001, 266), die „Eingetragene

Freilich soll hier nicht unter den Tisch fallen, dass eine Anzahl von europäischen Ländern sich dem Trend nicht nur nicht angeschlossen hat, sondern sogar versucht, sich ihm entgegenzustellen<sup>7)</sup>. Es fragt sich allerdings, ob sie dazu noch lange in der Lage sein werden. Von supranationalen Organisationen wie dem Europarat<sup>8)</sup> und der Europäischen Union wird neuerdings ein nicht unerheblicher politischer Druck auf ihre Mitgliedstaaten ausgeübt, die „Gleichstellungspolitik“ mitzumachen und entsprechende Reformen einzuleiten. Besonders profiliert ist die Stellungnahme des Europäischen Parlaments ausgefallen, das die Mitgliedstaaten der EU aufgefordert hat, „homosexuellen Paaren Zugang zur Ehe oder vergleichbaren rechtlichen Regelungen, die die vollen Rechte und Vorteile der Ehe garantieren“, zu verschaffen<sup>9)</sup>.

## B. Parlamentarische Initiativen in Österreich

Österreich gehört vorerst noch zu jenen Ländern, die in ihrer Rechtsordnung weder eine „Ehe light“ noch einen gleichberechtigten Zugang zur Ehe für Homosexuelle vorsehen. Entsprechende Gesetzesvorlagen liegen bzw lagen aber bereits vor: einerseits zwei Initiativen der Fraktion „Die Grünen“ zur Schaffung eines „Zivilpakts“<sup>10)</sup> (nachfolgend kurz „ZIP“ genannt) und zur „Öffnung der Ehe für Homosexuelle“<sup>11)</sup>, andererseits

levingscontract); insofern trifft es zu, dass völlige Gleichstellung zwischen Paaren verschiedenen oder desselben Geschlechts besteht. Einer Anzahl von mehr als zwei Personen scheint aber vorerst nur der Samenlevingscontract offenzustehen. Dabei handelt es sich um eine bloß vertragliche Abrede zwischen den beteiligten Personen, einander Beistand und Unterhalt leisten zu wollen. Immerhin, der Einstieg eines westeuropäischen Staates in die rechtliche Anerkennung der Polygamie ist hiermit vollzogen, und es verwundert nicht, dass der am 23.9.2005 von Victor de Bruijn mit seinen beiden Partnerinnen vor einem Notar in Rosendaal geschlossene Vertrag als „trio-huwelijk“, „trio marriage“, „Ehe zu dritt“ durch die Weltpresse ging.

<sup>7)</sup> So hat etwa Lettland 2005 in Art 110 seiner Verfassung ausdrücklich klargestellt, dass die Ehe eine Verbindung zweier Personen verschiedenen Geschlechts ist. Nur die so definierte Ehe steht unter dem besonderen Schutz der Verfassung. In anderen Ländern, wie zB Polen und Litauen, führte die Organisation öffentlicher „Gay Pride“-Umzüge zu heftigen Protesten der Bevölkerung; in der litauischen Hauptstadt Wilna streikten sogar die Busfahrer der öffentlichen Verkehrsbetriebe, als auf den Autobussen Werbung für einen solchen Event angebracht werden sollte.

<sup>8)</sup> Entschließung 1474/2000 vom 26.9.2000.

<sup>9)</sup> Resolution vom 8.2.1994. Bemerkenswert ist, dass diese Resolution den homosexuellen Partnern nur den Zugang zu „Rechten und Vorteilen“ verschaffen will, nicht aber zu den mit der Ehe verbundenen Pflichten.

<sup>10)</sup> Antrag der Abg z NR *Lunacek, Stoitsits*, Freundinnen und Freunde, 3/A 23. GP, eingebracht am 30.9.2006. Dieser Antrag ist identisch mit einem bereits in der abgelaufenen (22.) Legislaturperiode von denselben PropONENTEN eingebrachten Antrag (712/A 22. GP), der jedoch vor Ablauf der GP nicht mehr erledigt wurde.

<sup>11)</sup> Antrag der Abg z NR *Lunacek, Stoitsits*, Freundinnen und Freunde, 5/A 23. GP, eingebracht am 30.9.2006.

ein Gesetzesvorschlag der SPÖ<sup>12)</sup>, mit dem das Rechtsinstitut einer „Eingetragenen Partnerschaft“ (nachfolgend „EP“) geschaffen werden soll. Die beiden Vorschläge unterscheiden sich voneinander in einem wichtigen Punkt: Während die SPÖ zwischen zwei Rechtsinstituten vergleichbarer Bindungshöhe, die Personen gleichen oder verschiedenen Geschlechtes zur Verfügung stehen sollen (EP und Ehe), zumindest semantisch unterscheiden will, läuft der Vorschlag der Fraktion „Die Grünen“ darauf hinaus, zwei Rechtsinstitute (Ehe und ZIP) mit unterschiedlicher Bindungshöhe zu schaffen, die unterschiedslos allen gleich- oder verschiedengeschlechtlichen Paaren offenstehen sollen. Allerdings wäre es durchaus denkbar, dass SPÖ und Grüne gemeinsam sowohl den ZIP als auch die EP beschließen; diese beiden Institute sind miteinander an sich kompatibel.

Da neuerdings auch die ÖVP Gefallen an der Idee einer EP gefunden zu haben scheint<sup>13)</sup>, dürfte es nicht mehr lange dauern, bis die Große Koalition einen neuen gemeinsamen Vorschlag vorlegt, wobei damit gerechnet werden muss, dass dieser mit dem bereits vorliegenden Entwurf der SPÖ weitgehend übereinstimmen wird<sup>14)</sup>. In weiterer

Dieser Antrag ist identisch mit einem bereits in der abgelaufenen (22.) Legislaturperiode von denselben PropONENTEN eingebrachten Antrag (715/A 22. GP), der jedoch vor Ablauf der GP nicht mehr erledigt wurde. Vorgeschlagen wird die Änderung des § 44 ABGB, indem die Wortfolge „zwei Personen verschiedenen Geschlechts“ durch die Wortfolge „zwei Personen verschiedenen oder gleichen Geschlechts“ ersetzt wird.

<sup>12)</sup> Antrag 582/A 22. GP des Nationalrats, eingebracht am 6.4.2005 von Abg z NR *Josef Cap, Hannes Jarolim* und GenossInnen. Auch dieser Antrag wurde in der vergangenen GP nicht mehr erledigt. In der laufenden (23.) Legislaturperiode wurde er bisher nicht von neuem eingebracht, doch war im Antrag aus 2005 zu lesen, dass es sich hier um die „Basis einer entsprechenden Initiative unter sozialdemokratischer Regierungsbeteiligung“ handeln solle. Mit einer neuerlichen Einbringung dieses oder eines ähnlichen Vorschlags ist also zu rechnen.

<sup>13)</sup> Vgl *perspektiven für österreich – perspektiven für die menschen*, Ergebnispapier der ÖVP-Perspektivengruppe (2007) 14 f: „Wir schlagen daher ein Partnerschaftsgesetz für gleichgeschlechtliche Paare vor (...) Mit dem Partnerschaftsgesetz soll ein neues Rechtsinstitut geschaffen werden, das der Beziehung von gleichgeschlechtlichen Paaren einen rechtlich gesicherten Rahmen gibt mit einer klaren Abgrenzung zur zivilen Ehe und ohne Adoptionsrecht. (...) Zwei Personen gleichen Geschlechts können ihre Partnerschaft beim Standesamt eintragen lassen. Mit der Eintragung verpflichten sich die Partnerinnen und Partner zur gemeinsamen Lebensführung und zum gegenseitigen Unterhalt. In wichtigen Bereichen wie z.B. dem Erbrecht oder dem Sozialversicherungsrecht haben gleichgeschlechtliche Paare die gleichen Rechte und Pflichten wie Ehepaare“.

<sup>14)</sup> Wie der in FN 13 zitierte Text zeigt, stimmt der Vorschlag der ÖVP-Perspektivengruppe im Wesentlichen mit dem Vorschlag der SPÖ (FN 12) überein; worin sich die Vorstellungen im Detail unterscheiden, geht aus dem Papier der ÖVP nicht hervor. Insb sieht auch der SPÖ-Vorschlag (derzeit noch) kein Adoptionsrecht vor. Das Justizministerium hat bereits am 24.10.2007 einen

Folge könnte eine zukünftige rot-grün-geführte Regierung dann auch noch (zusätzlich) den von den Grünen geforderten ZIP verwicklichen. Eine in dieser Tragweite noch nie dagewesene Umgestaltung des Ehe- und Personenstandsrechts scheint also unmittelbar bevorzuzustehen. Ob die Bevölkerung eine derartige Umwälzung überhaupt wünscht, bleibt dabei allerdings fraglich: Bisher haben sich, wie es scheint, nur einige Special-Interest-Groups an der Debatte beteiligt und auf ihren Verlauf Einfluss genommen, während die Masse der Bevölkerung dem Thema kein Interesse entgegenbringt. Im vergangenen Nationalratswahlkampf war das Thema kaum präsent. Abgesehen von der inhaltlichen Qualifikation des Vorhabens (hierzu im Folgenden) stellt sich damit auch die Frage nach seiner demokratiepolitischen Legitimität.

Bemerkenswert und bedenklich scheint in diesem Zusammenhang, dass die geltende Verfassungslage für Ehe und Familie, obwohl sie gewissermaßen die Feinstruktur der Gesellschaft und des Staates darstellen, keinen besonderen Schutz vorsieht; selbst der knappsten Parlamentsmehrheit wäre es damit möglich, radikal neue Konzepte umzusetzen. Einzig der Abschaffung der Ehe scheint Art 12 der MRK einen Riegel vorzuschieben; gegen eine völlige Aushöhlung des Ehebegriffes (die einer Abschaffung freilich nahekäme) dürfte diese Bestimmung dagegen jedenfalls dann keinen Schutz bieten, wenn man solch neuartige Begriffsneubestimmungen, wie sie in Spanien, Belgien und den Niederlanden vorgenommen wurden, für zulässig hält. Offenbar war im Entstehungszeitpunkt unserer Verfassung und bis weit in die zweite Hälfte des zwanzigsten Jahrhunderts der Sinngehalt des Begriffs „Ehe“ so unumstritten, dass eine einschränkende oder ausweitende Auslegung nicht denkbar schien; auch dürfte damals die Möglichkeit, jemand könnte irgendwann in ferner Zukunft die gänzliche Umgestaltung des Ehebegriffes bzw die Schaffung konkurrierender Institutionen beabsichtigen, von niemandem in Betracht gezogen worden sein. Das zeigt aber, dass gerade gegen die absurdesten und am wenigsten vorstellbaren Angriffe auf die Grundordnung der Gesellschaft kein hinreichender Schutz bestünde, wollte man einen solchen allein aus dem geschriebenen Verfassungsrecht ableiten.

Es mag verfrüht scheinen, die derzeit vorliegenden Initiativen zur Einführung eines ZIP oder einer EP im Detail zu kommentieren. Die in den beiden Entwürfen enthaltenen Grundideen werden allerdings in der einen oder anderen Form bald Gestalt annehmen; dementsprechend scheint es angebracht, ihnen im Folgenden einige grundsätzliche Überlegungen zu widmen.

Gesetzesentwurf zur Diskussion mit den anderen betroffenen Ministerien und Nichtregierungsorganisationen vorgelegt. Vgl Mitteilung des BMJ v 24.10.2007, <http://www.justiz.gv.at/service/content.php?nav=66&id=386>.

### C. Der „Zivilpakt“

Der von der Fraktion „Die Grünen“ vorgeschlagene ZIP entspricht dem Phänotyp der „Ehe light“, wie sie derzeit zB in Frankreich durch den „Pacte civil de solidarité“ (PACS) verwirklicht ist. Dabei handelt es sich um ein neues Rechtsinstitut, das der Ehe in mancher Hinsicht gleichgestellt wird, ihr aber keineswegs gleichen soll. Erklärtermaßen streben die Proponenten auch die „Öffnung“ der Ehe für Homosexuelle an<sup>15)</sup> (ihre Zielvorstellung wäre somit die Verfügbarkeit der Ehe für homo- und heterosexuelle Paare mit stärkerem, und die Verfügbarkeit des ZIP für Paare mit schwächerem Bindungswillen); dies ist allerdings Gegenstand einer gesonderten Vorlage<sup>16)</sup>.

Der wesentliche Unterschied des ZIP zur „traditionellen“ Ehe liegt in der leichten und schnellen Auflösbarkeit sowie in der weitgehenden „Folgenlosigkeit“ im Falle des „Misslingens“. Die Auflösung des ZIP soll im Einvernehmen beider Partner sofort erfolgen können; fehlt ein solches Einvernehmen, so soll jeder der beiden Partner die Möglichkeit haben, sie gerichtlich durchzusetzen, wobei die Einbringung der Klage jedenfalls in spätestens sechs Monaten zum Ziel führen soll. Wechselseitige Unterhaltspflicht soll nur bei aufrechter ZIP, nicht jedoch nach erfolgter Auflösung bestehen.

Gegenüber der Ehe ist der ZIP wohl als „niederschwelliges Angebot“ zu verstehen: Das von den Proponenten ausdrücklich zugrunde gelegte Leitbild ist, dass jeder der beiden Partner selbst für sein Fortkommen sorgen soll und dass die beiden Partner weder im Innenverhältnis noch gegenüber der Gesellschaft nennenswerte Verpflichtungen eingehen<sup>17)</sup>. Wechselseitiger Unterhalt bzw Beistand in guten und bösen Tagen entspricht diesem Leitbild nicht und wird daher auch nicht angestrebt. Warum der Vorschlag dann überhaupt eine Unterhaltspflicht (bei aufrechter ZIP) vorsieht,

<sup>15)</sup> Vgl die Begründung der Vorlage: „Für gleichgeschlechtliche Paare ist die Öffnung der Ehe anzustreben.“

<sup>16)</sup> Antrag der Parlamentsfraktion „Die Grünen“, 5/A 23. GP vom 30.9.2006.

<sup>17)</sup> Aus der Begründung der Vorlage: „Das Leitbild des Zivilpakts sind LebenspartnerInnen, die jeweils für ihren eigenen Unterhalt die Verantwortung übernehmen und tragen. Darin unterscheidet sich dieses Rechtsinstitut von der Ehe mit ihrer jahrhundertealten Geschichte als ‚autonome Versorgungseinheit‘ mit der traditionellen Rolle des Ehemannes, der ‚nach außen‘ auftritt und für das Einkommen der Familie sorgt, und der ihm zuarbeitenden Ehefrau, die die Haus- und Familienarbeit leistet. Im Gegensatz dazu ist beim Zivilpakt von vornherein jede/r auf Lebenszeit für das eigene Auskommen verantwortlich bzw. muss auf eigene Pensionsvorsorge achten. (...) Die Vorstellung, dass eine/r für die/den andere(n) den Haushalt führt und für das eigene Fortkommen nicht mehr Sorge trägt, ist mit dem Zivilpakt inkompatibel.“ Ausdrücklich festgehalten wird in der Begründung auch, dass der ZIP „keine gesetzlich vorgeschriebene Pflicht zum gemeinsamen Wohnen oder zur Treue“ (!) enthalten soll.

ist allerdings unklar; insofern scheint der Entwurf ein wenig inkonsistent. Freilich kann diese Unterhaltspflicht, sollte sie jemals zur Belastung werden, von jedem Partner gegebenenfalls leicht durch die einseitig und innerhalb von höchstens sechs Monaten durchsetzbare Auflösung des ZIP beendet werden.

Der Abwesenheit nennenswerter Pflichten steht freilich eine Fülle an Rechten gegenüber. Denn der Entwurf sieht vor, praktisch alle „begünstigenden“ Rechtsfolgen der Ehe auch auf den ZIP auszudehnen. Dies betrifft insb das Steuer-, Erb- und Wohnrecht und schließt sogar das Recht zur Kinderadoption ein. Belastet wird dadurch einerseits der Staat (durch vermindertes Steueraufkommen und vermehrte Sozialleistungen), andererseits aber auch unbeteiligte Dritte (etwa der Vermieter im Hinblick auf die Übertragbarkeit der Hauptmietrechte).

Angesichts der einfachen Begründbarkeit und Auflösbarkeit des ZIP und seiner Unverbindlichkeit nach innen und außen stellt sich allerdings die Frage, ob die Vergünstigungen, die nach dem Willen seiner Erfinder mit ihm verbunden sein sollen, ihn nicht zu einem idealen Instrument zur Steuervermeidung<sup>18)</sup>, zur Vereitelung von Zeugenpflichten<sup>19)</sup>, zur Übertragung von Hauptmietrechten<sup>20)</sup>, zur Umgehung von Pflichtteils- und Intestaterbrechten etc machen. Es ist im Grunde kaum vorstellbar, dass der ZIP nicht in dieser Weise missbraucht, ja dass ein solcher Missbrauch nicht rasch zum Regelfall würde.

Bezüglich der Kinderadoption ist zu fragen, ob es einem Kind wirklich zugemutet werden kann, durch die Entscheidung eines Pflschaftsgerichts (im Grunde also ohne seine eigene Einwilligung) mit zwei Personen zu einem familienrechtlichen Verhältnis verbunden zu werden, die selbst keine feste Bindung zueinander eingehen wollen (die Partner des ZIP sollen ja nicht einmal zu gegenseitiger Treue oder zu gemeinsamem Wohnen verpflichtet sein!). Man hat den Eindruck, dass hier

nicht einem Kind ein Elternpaar, sondern zwei Personen ein Kind verschafft werden soll.

Statt der Gleichbehandlung bzw der Beseitigung von Diskriminierungen zu dienen, würde der ZIP in Wirklichkeit selbst massiv gegen das Gleichbehandlungsgebot verstoßen. Einerseits im Verhältnis zur Ehe: Denn Eheleute gehen zueinander und gegenüber der Gesellschaft bedeutsame Verpflichtungen ein und erbringen dadurch eine wichtige gesellschaftliche Leistung; diese Selbstverpflichtung ist es aber, die die günstigen Rechtsfolgen der Ehe rechtfertigt. Im Fall des ZIP fehlt eine solche Selbstverpflichtung. Zweitens stellt sich die Frage nach der Gleichbehandlung auch im Hinblick auf den Personenkreis, dem der ZIP offenstehen soll: Warum sollen zB nahe Verwandte von der Möglichkeit, einen ZIP einzugehen, ausgeschlossen werden? Unklar ist auch, warum kein ZIP zu dritt möglich sein sollte. Die Rechtsfolgen, die die Erfinder des ZIP im Hinblick auf Miettrittsrechte, Erbrecht, Steuerrecht etc in Aussicht genommen haben, sind funktional nicht an eine Zweierbeziehung geknüpft, sondern können auch innerhalb eines Dreier-, Vierer- oder Fünferverhältnisses gedacht werden. Fraglich ist weiter, welche Auswirkungen die Einführung des ZIP auf das gänzlich formlose Zusammenleben solcher Paare hätte, die weder eine Ehe noch einen ZIP schließen wollen; gegenwärtig sind ja auch solche formlosen Lebensgemeinschaften mit gewissen Rechtsfolgen verbunden (zB mit dem Miettrittsrecht), und es stellt sich die Frage, ob diese Rechtslage angesichts der Verfügbarkeit eines ZIP noch gerechtfertigt wäre. Zu guter Letzt wirkt das Vorhaben aber auch die Frage auf, warum man nicht neben dem ZIP und der Ehe noch weitere Rechtsinstitute (je nach Bedarf mit noch schwächerem oder, falls daran Interesse besteht, noch stärkerem Verbindlichkeitsgrad) vorsehen sollte, vielleicht sogar ein Spektrum von zehn oder zwanzig standardisierten Beziehungsformen mit je eigenen Rechtswirkungen, die beispielsweise von der „eingetragenen Freundschaft“ über die „eingetragene Busenfreundschaft“ bis hin zu der noch jenseits des heutigen Eherechts liegenden „unauflöselichen Ehe (katholisch-sakramental, Scheidung und Wiederverheiratung ausgeschlossen)“<sup>21)</sup> reichen könnten. Hier wäre von den Erfindern des ZIP noch einiges an gedanklicher Arbeit zu leisten, bevor nachvollziehbar wird, warum gerade der ZIP (und nicht irgendein anderes Institut) in die Rechtsordnung eingeführt und mit begünstigenden Rechtswirkungen ausgestattet werden sollte. Vor-

<sup>18)</sup> ZB könnte man bei Erbgängen oder Schenkungen unter Fremden Steuern sparen, indem die Beteiligten pro forma einen ZIP schließen und diesen sofort nach Durchführung des Rechtsgeschäfts wieder einvernehmlich auflösen. Diese Problematik wird natürlich entfallen, wenn das vom VfGH als verfassungswidrig aufgehobene Erbschaftssteuergesetz zur Jahresmitte 2008 ausläuft. Nachdem aber gerade jene Fraktion, die sich für den ZIP einsetzt (nämlich die Grünen), die Erbschafts- und Schenkungssteuer eigentlich beibehalten wollte, kann man sich fragen, wie die Urheber des Vorschlags verhindern wollen, dass der ZIP vor allem als Instrument zur Steuervermeidung zum Einsatz kommt.

<sup>19)</sup> ZB indem der aussageunwillige Zeuge zwei Tage vor dem Gerichtstermin mit dem Beschuldigten (bzw mit der Partei eines Zivilprozesses) einen ZIP schließt.

<sup>20)</sup> ZB könnte jemand, der gegen den Willen des Vermieters seine Hauptmietrechte an einer Wohnung auf jemand anderen übertragen will (§ 12 MRG), eigens zu diesem Zweck mit dem Übernehmer einen ZIP abschließen, der sofort nach Abschluss der Transaktion wieder geschieden wird.

<sup>21)</sup> Bejaht man die Notwendigkeit der Ausdifferenzierung mehrerer Rechtsformen für das Zusammenleben zweier Personen, so erscheint es kaum nachvollziehbar, weshalb gerade *diese* Form der Ehe, die durch Jahrhunderte *die einzige* war, niemandem zur Verfügung stehen sollte. Gegenwärtig ist es rechtlich unmöglich, eine unauflöseliche Ehe zu schließen, weil auf die gesetzlich vorgesehenen Scheidungsgründe infolge des im Eherecht bestehenden Typenzwangs im Voraus nicht verzichtet werden kann.

derhand wirkt das ganze Vorhaben ziemlich willkürlich und wäre wohl schon aus diesem Grund nicht verfassungskonform<sup>22)</sup>.

#### D. Die „Eingetragene Partnerschaft“

Von ganz anderer Art als der ZIP wäre die von der sozialdemokratischen Nationalratsfraktion vorgeschlagene EP. Das Ziel dieser Initiative ist *de facto* die Öffnung der traditionellen Ehe für Homosexuelle; in formeller Hinsicht nimmt man allerdings – wohl um dem Vorwurf, man wolle die Ehe bis zur Unkenntlichkeit umgestalten, auszuweichen – den Umweg in Kauf, ein neues, nur homosexuellen Paaren offenstehendes Rechtsinstitut zu schaffen, das der Ehe freilich nahezu vollkommen gleicht. So kann behauptet werden, man wolle die Ehe gar nicht antasten, während man in Wirklichkeit genau dies tut. Mit dem bereits skizzierten Vorschlag zur Schaffung eines ZIP wäre die Initiative wohl kompatibel (wenn man davon absieht, dass der Entwurf der Fraktion „Die Grünen“ für Partner eines ZIP das uneingeschränkte Adoptionsrecht vorsieht, der Vorschlag der SPÖ-Fraktion für die Partner der „Eingetragenen Partnerschaft“ hingegen nur das Recht der „Stiefkindadoption“<sup>23)</sup>).

<sup>22)</sup> Man fragt sich insb, mit welchem Argument zwei nicht-homosexuellen Männern oder einem Geschwisterpaar, die einen ZIP schließen wollen und sich hierfür auf den Gleichheitsgrundsatz berufen, dieses Ansinnen verweigert werden könnte. Da der von der Fraktion „Die Grünen“ eingebrachte Vorschlag auch das Recht zur Kinderadoption einschließt, fragt es sich, mit welchem Argument dieses Recht dann einer Gruppe von mehr als zwei Personen oder einem Verein oder einer GmbH vorenthalten werden könnte.

<sup>23)</sup> Der Umstand, dass den Partnern der EP nur die „Stiefkindadoption“ offenstehen soll, wäre bei Verwirklichung des Vorhabens tatsächlich der *einzige* nennenswerte Unterschied zu den Rechtsfolgen einer Ehe. Doch diese Einschränkung ist offenbar nur taktischer Natur. Wie man in der Begründung des Vorschlages (auf S 28) liest, sprechen nach Ansicht der Proponenten keine grundsätzlichen Erwägungen gegen ein volles Adoptionsrecht für homosexuelle Paare, sondern es geht nur darum, die Akzeptanz der EP in der Bevölkerung nicht zu gefährden. Dementsprechend soll das volle Adoptionsrecht erst einige Jahre nach Einführung der EP und nach der breiten Akzeptanz der EP durch die Bevölkerung „neuerlich evaluiert“ bzw „eine breite politische Debatte darüber durchgeführt“ werden. Bemerkenswert ist die Offenheit, mit der die Urheber des Vorschlages zu erkennen geben, dass ihnen der fehlende gesellschaftliche Grundkonsens im Hinblick auf ihre Vorstellungen von Gleichbehandlungspolitik vollkommen bewusst ist; sie scheinen es als ihr selbstverständliches Recht anzusehen, die öffentliche Meinung durch entsprechende „Aufklärungsarbeit“ nach jeder gewünschten Richtung hin zu lenken. Ebenfalls ist zu vermerken, dass der Vorschlag der Frage, ob mit der Adoption durch ein homosexuelles Paar dem Wohl des Kindes wirklich gedient wäre, keinen einzigen Gedanken widmet. Man scheint hier völlig übersehen zu haben, dass durch die Kindesadoption „ein Kind mit einer Familie versorgt werden soll und nicht eine Familie mit einem Kind“ (vgl EGMR, Fretté gg

Das Leitbild der EP ist bemerkenswerterweise – und im Gegensatz zum ZIP – nicht die wirtschaftliche Selbständigkeit beider Partner, sondern ein Zusammenleben, das der traditionellen Ehe in jeder Hinsicht gleicht: wechselseitige Pflicht zur Unterhaltsleistung sowohl bei aufrechter EP als auch (im Falle der Scheidung) danach. Dies freilich scheint zur gedanklichen Voraussetzung zu haben, dass es innerhalb der homosexuellen Zweierbeziehung (typischerweise?) einen schwächeren, und folglich schutzbedürftigen, Partner gibt, der sich in wirtschaftliche Abhängigkeit begibt, indem er zB auf eigene Berufstätigkeit verzichtet, um den gemeinsamen Haushalt zu führen. Anders lassen sich wechselseitige Unterhaltspflichten, zumal nach Ende der gemeinsamen Lebensphase, sachlich kaum rechtfertigen.

Man muss sich fragen, ob diese wechselseitige Hingabe und Unterordnung der Lebenswirklichkeit entspricht oder ob es sich nicht um bloße Fiktion handelt, um die Gleichstellung mit der Ehe wenigstens theoretisch zu rechtfertigen. Selbst wenn aber in manchen homosexuellen Dauerbeziehungen nur ein Partner einem Broterwerb nachgeht und der andere sich von ihm aushalten lässt, so fragt es sich, warum gerade *dieses* ungewöhnliche Lebensmodell durch die Rechtsordnung anerkannt, geschützt oder gar besonders gefördert werden sollte<sup>24)</sup>. Liegt nicht den familienpolitischen

Frankreich [Beschw 36515/97] und, ihm folgend, OGH 27.9.2006, 9 Ob 62/06t).

In Abkehr von dieser Rechtsprechung hat der EGMR (E.B. gg Frankreich, Beschw 43546/02) kürzlich allerdings entschieden, es stelle eine Diskriminierung in Bezug auf das Recht auf Achtung des Privatlebens dar, wenn einer alleinstehenden lesbischen Frau die Erlaubnis zur Adoption eines Kindes verweigert werde. Dass das Kind in seinem neuen Zuhause keine männliche Bezugsperson, sondern zwei lesbische Frauen vorfinde, dürfe keine Rolle spielen, wenn das Gesetz die Adoption durch Einzelpersonen gestatte. Wie es scheint, geht nunmehr auch der EGMR davon aus, dass Adoptionswillige ein subjektives „Recht auf ein Kind“ haben, wohingegen ein Interesse des Kindes, in einer möglichst „normalen“ Umgebung aufzuwachsen, keine Anerkennung mehr findet. Das Kind wird so zum bloßen Objekt gemacht.

<sup>24)</sup> Bemerkenswert ist das Erk des VfGH vom 10.10.2005 (G 87-88/05), in welchem unter Abkehr von der Vorjudikatur eine Diskriminierung gleichgeschlechtlicher gegenüber verschiedengeschlechtlichen nichtehelichen Lebensgemeinschaften darin gesehen wurde, dass nur andersgeschlechtliche haushaltsführende Lebenspartner in den Genuss der Mitversicherung gem § 123 Abs 8 ASVG kommen konnten. Insb monierte der VfGH, dass familienpolitische Zielsetzungen dann (diskriminierungsfrei) erreicht werden könnten, wenn die Mitversicherung auf die Erbringung von Kindesbetreuungsleistungen abstelte. Es fragt sich, ob dieses Erk dahingehend zu interpretieren ist, dass nunmehr sowohl verschieden- als auch gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaften mit der Ehe gleichzubehandeln wären, oder ob es nicht vielmehr nahelegt, verstärkt zwischen der Ehe und (allen) anderen Lebensgemeinschaften zu differenzieren. Der Gesetzgeber tat Letzteres: § 123 ASVG wurde

Zielsetzungen gerade jener Partei, die den Vorschlag der EP erarbeitet hat, die Vorstellung zugrunde, dass innerhalb einer traditionellen Ehe die Ehefrau infolge eigener Erwerbstätigkeit vom Einkommen ihres Gatten möglichst *unabhängig* werden soll? Und ist der Verzicht mancher Ehefrauen auf eine eigene Erwerbstätigkeit nicht eher dem Umstand geschuldet, dass sie sich um die Aufzucht und Erziehung ihrer eigenen Kinder kümmern wollen, einem Umstand also, der bei homosexuellen Paaren typischerweise *nicht* eintritt? Warum legen die Erfinder der EP ihrem Entwurf das Konzept eines alleinvertienenden und eines haushaltsführenden Partners zugrunde, während sie dasselbe Konzept dort, wo es sachlich gerechtfertigt werden könnte, nämlich im Zusammenhang der Ehe, als „patriarchalisches Relikt“ abtun?

Im Übrigen legen die statistischen Daten jener Länder, die in der einen oder anderen Form eine EP bereits eingeführt haben, auch die Frage nahe, ob tatsächlich ein Bedarf breiterer Bevölkerungskreise nach solch einem Rechtsinstitut besteht. Gewiss, wenn man, wie es beim ZIP der Fall wäre, ein Rechtsinstitut schafft, das mit vielen Rechten und nur wenig Pflichten verbunden sein soll, dann kann man damit rechnen, dass viele es in Anspruch nehmen werden. Aber gerade die Erfahrung jener Länder, die für homosexuelle Paare Rechtsinstitute anbieten, die in ihrer Bindungshöhe der Ehe vergleichbar sind, scheint darauf hinzuweisen, dass nur eine kleine Minderheit daran interessiert ist, eine derartige Bindung einzugehen<sup>25)</sup>. Dies entspricht auch anderen statistischen Erhebungen, die auf die zumeist kurze Dauer homosexueller Beziehungen hindeuten<sup>26)</sup>.

Nach alledem scheint es, als wäre die Idee eines eheähnlichen Rechtsinstituts für homosexuelle Paare nicht die Antwort auf ein tatsächliches Be-

dürfnis der Gesellschaft oder auch nur ihrer homosexuellen Mitglieder, sondern der Auswuchs einer blinden Prinzipienreiterei, der es darum geht, die These, homosexuelle Paarbeziehungen seien dasselbe wie eine Ehe, in der Rechtsordnung zu verankern.

## E. Alles dasselbe?

### I. Gerechtigkeit, Gleichbehandlung und Diskriminierung: Versuch einer Begriffsklärung

Ist aber beides wirklich dasselbe? Oder stützt sich die Forderung nach Gleichstellung alternativer Formen des Zusammenlebens mit der Ehe nicht auf eine verkürzte Wahrnehmung der Lebenswirklichkeit, also gewissermaßen auf die bewusste oder unbewusste Ausblendung all jener Aspekte, in denen sich die fraglichen Lebenssverhalte unterscheiden? Rechtfertigen nicht die zum Teil doch sehr erheblichen Unterschiede auch eine unterschiedliche Behandlung, ohne dass damit eine „Diskriminierung“ oder gar ein moralisches Urteil verbunden sein muss?

Zur Begründung der Forderung nach Gleichstellung wird stets auf das simple Faktum verwiesen, dass nach geltendem Recht unverheiratete (hetero- oder homosexuelle) Paare nicht *dieselben* Rechte haben wie Ehepaare, bzw dass die Möglichkeit, eine Ehe einzugehen, zwei Personen desselben Geschlechts derzeit nicht offensteht, während zwei Personen verschiedenen Geschlechts über diese Möglichkeit verfügen. Dies allein reicht nach Ansicht mancher schon aus, den Vorwurf einer „Diskriminierung“ zu begründen. Ergänzend wird noch argumentiert, dass manche fortschrittlichere Nationen entsprechende Maßnahmen zur Gleichstellung anderer Lebensformen mit der Ehe bereits getroffen hätten und dass man hinter der internationalen Entwicklung nicht zurückbleiben dürfe. Zu guter Letzt verweist man auch auf den Umstand, dass von einigen internationalen Institutionen zunehmend politischer Druck ausgeübt wird, sich diesem Trend anzupassen.

Man darf sich allerdings fragen, ob solche Argumente einen hinreichenden Grund für derart erhebliche Eingriffe in die grundlegenden Strukturen unserer Gesellschaft darstellen können. Denn die entscheidende Frage ist doch nicht, ob nach derzeitiger Rechtslage andere Formen des Zusammenlebens mit der Ehe gleichbehandelt werden (es ist vielmehr evident, dass dies nicht der Fall ist<sup>27)</sup>), sondern *weshalb* man dies tun sollte. Gerade diese Frage wird aber von den Verfechtern der Gleichstellung so gut wie nie erörtert; ja, man hat sogar

in der Folge durch BGBI I 2006/131 dergestalt geändert, dass die Mitversicherung des haushaltsführenden Lebenspartners unabhängig von seinem Geschlecht nunmehr davon abhängt, ob er sich der Kindererziehung widmet oder gewidmet hat. Für Ehepartner ist die Mitversicherung weiterhin nicht von dieser Bedingung abhängig.

<sup>25)</sup> Diesbezüglich kann auf das statistische Material verwiesen werden, das die SPÖ-Nationalratsfraktion ihrem Gesetzesvorschlag beigelegt hat. Demzufolge sind in der Schweiz 1.325 Paare je 1 Mio Einwohner (weniger als 0,3 % der Haushalte) homosexuelle Lebensgemeinschaften; in Deutschland schätzt man 1.926, in den Niederlanden 3.026, in Australien 1.033, in Kanada 1.140, in Neuseeland 1.327 und in den USA 2.112 Paare je 1 Mio Einwohner. Unklar ist, ob es sich dabei um *alle* in einer homosexuellen Dauerbeziehung lebenden Paare oder nur um jene handelt, die diese Beziehung auch registrieren lassen wollen. Gemessen an der Gesamtbevölkerung liegt die Zahl der möglichen Interessenten aber jedenfalls im Promillebereich.

<sup>26)</sup> Im Gegensatz zur Ehe scheint ein häufiger Partnerwechsel bei Homosexuellen übrigens auch insofern weniger problematisch, als hier zumeist keine Kinder vorhanden sind, deren Entwicklung durch die Instabilität ihrer familiären Verhältnisse beeinträchtigt werden könnte.

<sup>27)</sup> Eine im wahrsten Sinn des Wortes erschöpfende Aufzählung von Beispielen ungleicher Behandlung von Ehepaaren und homosexuellen Zweierbeziehungen findet man zB bei H. Graupner, Keine Liebe zweiter Klasse – Diskriminierungsschutz und Partnerschaft für gleichgeschlechtlich L(i)ebende<sup>3</sup> (2003); diese und andere Veröffentlichungen desselben Autors sind im Internet verfügbar unter <http://www.rklambda.at/Publikationen/index.htm>.

den Eindruck, man weiche ihr bewusst aus. So will ich denn im Folgenden einen kleinen Beitrag zur Klärung leisten.

Gerechtigkeit ist: Gleiches gleich, Ungleiches ungleich, alles aber sachgerecht zu behandeln. Die ungleiche Behandlung zweier ungleicher Sachverhalte stellt daher keine Diskriminierung dar; vielmehr wäre es eine Diskriminierung, wollte man gleiche Sachverhalte ungleich oder ungleiche Sachverhalte gleich behandeln<sup>28)</sup>.

Andererseits ist zuzugeben, dass auf der Welt keine zwei Sachlagen vollkommen gleich sind. Gleichbehandlung kann daher immer nur auf der Grundlage bestimmter Kriterien erfolgen, die man für sachlich relevant erachtet. Wer für die Gleichbehandlung anderer Lebensformen mit der Ehe eintritt, der muss also dartun, dass diese Lebensformen der Ehe so sehr gleichen, dass die Gleichbehandlung sachlich gerechtfertigt wäre. Dabei kommt es auf eine Gesamtbetrachtung aller wesentlichen Aspekte an; hingegen wäre es unzulässig, die Gleichheit an einzelnen aus dem Zusammenhang gerissenen Aspekten festzumachen.

Die entscheidende Frage richtet sich daher auf das *tertium comparationis*: Inwiefern und in Bezug worauf gleichen sich die Ehe und die anderen Formen des Zusammenlebens, und worin unterscheiden sie sich?

## II. Übereinstimmungen und Unterschiede zwischen Ehe und gleichgeschlechtlichen Beziehungen

Wenden wir uns zunächst dem Fall des dauerhaften Zusammenlebens zweier homosexueller Personen zu, so scheint ein sehr offensichtlicher Unterschied zur traditionellen Ehe darin zu liegen, dass die Ehe auf die Zeugung und Aufzucht von Nachkommen ausgerichtet ist, homosexuelle Beziehungen hingegen nicht.

Diese Ausrichtung der Ehe auf Zeugung von Nachwuchs scheint aber der natürlichen Anlage des Menschen zu entsprechen. Die Auffassung, eine homosexuelle und eine heterosexuelle Beziehung seien ein und dasselbe, läuft darauf hinaus, die Gegebenheit, dass der Mensch in zwei Geschlechtern als Mann und als Frau existiert und dass ein Mann sich *nur* mit einer Frau fortpflanzen kann (und vice versa), als korrekturbedürftigen Irrtum der Natur und – unter gänzlicher Ausklammerung der Fortpflanzung – die Gewinnung sexueller Befriedigung als *einzigem* Zweck geschlechtlicher Betätigung zu betrachten. Dies also scheint der Kern der Gleichsetzungsthese zu sein: die *Reduktion* menschlicher Beziehungen auf die emotionale Beziehung zweier Partner bzw auf die sexuelle Triebbefriedigung. Der eingängige Slogan „*Gleiches Recht für gleiche Liebe*“ bringt diese Reduktion, die wesentliche Aspekte der Wirklichkeit zugunsten eines einzigen (noch dazu ganz subjek-

tiven, daher nicht verifizierbaren) Aspekts ausklammert, zum Ausdruck.

Ich darf an dieser Stelle festhalten, dass der bloße Hinweis, dass (nur) die geschlechtliche Beziehung zwischen Mann und Frau sich zur Erzeugung von Nachkommenschaft eignet, für sich allein nicht als „Diskriminierung“ oder als negatives Vorurteil gegen Homosexualität gedeutet werden kann. Es handelt sich lediglich um die Feststellung eines objektiven und für jedermann erkennbaren Unterschieds: Die eine Beziehungsform ist ihrer Natur nach für Nachkommenschaft offen, die andere ist es nicht. Dieser Feststellung kann und muss wohl auch zustimmen, wer der Homosexualität indifferent gegenübersteht oder sie sogar gutheißt.

Die Ehe ist für die Zeugung von Nachwuchs nicht nur offen, sondern sie ist *darauf ausgerichtet*. Der „Wille, Kinder zu zeugen“ ist Bestandteil der Definition der Ehe in § 44 ABGB; er ist somit für das Zustandekommen der Ehe konstitutiv<sup>29)</sup>. Gerade die Ausrichtung der Ehe auf Kinder ist aber der Grund, weshalb in vielen Ehen einer der Partner (meist wird dies die Frau sein) auf eigene Erwerbstätigkeit verzichtet, um sich der Haushaltsführung und der Obsorge für die gemeinsamen Kinder zu widmen. Dieser Verzicht auf eigenen Erwerb bewirkt wiederum die finanzielle Abhängigkeit des haushaltsführenden vom erwerbstätigen Partner; hinzu kommt, dass auch die Kinder wirtschaftlich von ihren Eltern abhängig sind. Diese wirtschaftliche Abhängigkeit des haushaltsführenden Partners und der Kinder sowie der Umstand, dass die Zeugung und Aufzucht von Kindern im allgemeinen Interesse liegt, sind ihrerseits der Grund, weshalb der Staat der Institution der Ehe ihre besondere rechtliche Stellung verleiht: Es geht um die Schaffung einer verlässlichen und stabilen Grundlage für das familiäre Zusammenle-

<sup>29)</sup> Aufgrund einer 1999 erfolgten Änderung der Rechtslage (Aufhebung des § 48 EheG) ist die Verweigerung der Fortpflanzung kein ausdrücklich genannter Scheidungsgrund mehr; dennoch hält die Lehre (vgl zB *Stabentheiner in Rummel*, ABGB<sup>3</sup> § 49 EheG Rz 5) daran fest, dass die Ablehnung von Nachkommenschaft grundsätzlich eine Eheverfehlung (nämlich nach § 49 EheG) darstelle. Zwar wird auch die Auffassung vertreten, der Wille, Kinder zu zeugen, sei kein Wesensmerkmal der Ehe mehr, und eine einvernehmliche Gestaltung, kinderlos bleiben zu wollen, sei daher rechtswirksam (*Stabentheiner* aaO), doch ist diese Ansicht schon deswegen gänzlich verfehlt, weil sie dem klaren Wortlaut sowohl des Gesetzes (§ 44 ABGB) als auch der von den Ehepartnern bei der Eheschließung abzugebenden Willenserklärung diametral zuwiderläuft. Da das ABGB die Ehe als Vertrag definiert, ist davon auszugehen, dass die Eheleute das, was sie gemäß § 44 ABGB erklären, auch meinen. Gerade die Rechtsfolgen, die an das Bestehen einer Ehe geknüpft sind, wären im Übrigen ohne ihre Ausrichtung auf die Zeugung von Nachwuchs schlechterdings nicht erklärbar. Im kanonischen Recht (vgl CIC, can 1055 und 1101 [2]) stellt der bereits im Zeitpunkt der Eheschließung bestehende Vorsatz, kinderlos bleiben zu wollen, einen Nichtigkeitsgrund dar.

<sup>28)</sup> Vgl zB *Walter/Mayer*, Bundesverfassungsrecht Rz 1347 mit zahlreichen weiteren Hinweisen.

ben sowie um die Schaffung geeigneter wirtschaftlicher Rahmenbedingungen für die Aufzucht von Kindern. Demgegenüber fragt es sich im Zusammenhang mit homosexuellen Beziehungen, welcher Nutzen für die Gesellschaft damit verbunden sein soll, dass eine homosexuelle Person auf eigene Erwerbstätigkeit verzichtet, um einer anderen homosexuellen Person den Haushalt zu führen: Sollte man hier nicht eher erwarten, dass jeder Teil für sein eigenes Fortkommen sorgt?

Unter diesem Aspekt sind auch die begünstigenden Rechtswirkungen der Ehe zu betrachten: Was für die Ehe notwendig und angemessen scheint, würde andere Formen des Zusammenlebens ungerechtfertigt begünstigen. Der bloße Hinweis, dass homosexuelle Paare nicht dieselben Rechte haben wie Ehepaare, reicht *nicht* aus, den Vorwurf der „Diskriminierung“ zu begründen; vielmehr wäre im Einzelfall zu begründen, weshalb bestimmte Rechtsfolgen der Ehe auch für andere Formen des Zusammenlebens angemessen wären.

Bezüglich der steuer- und sozialrechtlichen Stellung der Ehe wird hier in Anschlag zu bringen sein, dass die Aufzucht von Kindern für die Gesellschaft lebenswichtig, für die Eltern jedoch häufig mit erheblichen Einkommensverzichten (wenn ein Elternteil auf eigene Erwerbstätigkeit verzichtet oder eine Teilzeitarbeit annimmt), jedenfalls aber mit erheblichen Aufwendungen verbunden ist. Dieser Beitrag der Eltern zum Gemeinwohl wird aber durch die Bestimmungen des geltenden Steuer- und Sozialrechts ohnehin nur zu einem sehr geringen Teil honoriert; diese Begünstigungen (wie zB die Mitversicherung) nun auch auf homosexuelle Paare zu erstrecken, erschiene ganz und gar unangemessen. Ähnliches ließe sich auch über einschlägige Bestimmungen des Wohnrechts<sup>30)</sup>, des

<sup>30)</sup> Beispielsweise stellt das in § 14 MRG vorgesehene Eintrittsrecht in den Hauptmietvertrag einen schwerwiegenden Eingriff in das Eigentumsrecht des Vermieters dar; dieser Eingriff kann aber damit gerechtfertigt werden, dass eine Familie mit Kindern durch den Tod eines Elternteils – zumal, wenn es sich dabei zB um den alleinverdienenden Vater handeln sollte – in ihrer wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit schwer beeinträchtigt wird, sodass es unzumutbar wäre, sie mit einer Mietzinserhöhung oder gar mit der Notwendigkeit, eine neue Wohnung zu suchen, noch zusätzlich zu belasten. Ähnliches könnte hinsichtlich eines älteren Ehepaars gesagt werden, das lange Jahre gemeinsam in der fraglichen Wohnung gelebt hat und von dem der verwitwete Ehepartner die wenigen verbleibenden Jahre seines Lebens in der gemeinsamen Wohnung verbleiben können soll. Hingegen scheint es schon im Fall einer formlosen Lebensgemeinschaft mit Kindern – angesichts des Umstandes, dass die Lebensgefährten im Innenverhältnis wie auch gegen Dritte keine nennenswerten Verpflichtungen eingegangen sind – fragwürdig, aus ihrem Zusammenleben nachteilige Rechtspflichten für einen Dritten (den Vermieter) abzuleiten; dies kann eigentlich nur im Hinblick auf das Wohl eventuell vorhandener Kinder gerechtfertigt werden. Die Begünstigung des Lebensgefährten in § 14 MRG erscheint daher sachlich ungerechtfertigt. Ganz abwegig ist es, dass der EGMR die Gewährung dieser Rechtswohltat auch an homosexuelle Lebensgefährten gefordert hat

Erbrechts und anderer Rechtsgebiete sagen. Es würde aber den Rahmen dieser Arbeit sprengen, auf jede einzelne dieser Fragen einzugehen; was ich an dieser Stelle sagen will, ist nur, dass man die „Gleichheit“ beider Lebensformen nicht einfach behaupten darf, ohne sie zu begründen. *Prima facie* scheint nicht die Gleichheit, sondern die Verschiedenheit beider Lebensformen offen zutage zu liegen.

Nur am Rande erwähnt sei hier noch, dass der derzeit vorliegende Gesetzesentwurf auch im Detail mit allerlei Inkonsistenzen behaftet ist. So fragt es sich zB, warum – bei sinngemäßer Anwendung der einschlägigen Bestimmungen des Eherechts – die Berechtigung zum Eingehen einer EP an die Bereitschaft zum Eingehen einer intimen homosexuellen Beziehung geknüpft sein soll bzw ob die Weigerung, eine solche Beziehung einzugehen oder aufrechtzuerhalten, eine schwerwiegende „EP-Verfehlung“<sup>31)</sup> (und mithin einen Scheidungsgrund) darstellen würde. Diese Fragen mögen wie geschmacklose Scherze klingen – in Wahrheit aber geht es hier um die durchaus ernsthafte Frage, ob die EP nicht in einer sachlich kaum rechtfertigbaren Weise das bloße Faktum einer homosexuellen Beziehung belohnen und mithin das Zusammenleben zweier durch keine sexuellen Beziehungen verbundener Personen diskriminieren würde. Will man aber die EP auch solchen (nicht sexuell bestimmten) Lebensformen öffnen, so fragt es sich,

(Urteil in der Rs Karner gg Österreich, Beschw 40016/98): Nachdem auch bei aufrechter homosexueller Beziehung jedem der beiden Partner zugemutet werden kann, für sein eigenes Fortkommen zu sorgen, fragt es sich, welche Umstände hier ein legitimes Rechtsschutzinteresse begründen. Völlig verfehlt ist im Übrigen auch die rechtliche Argumentation des EGMR, der, da ihm Art 14 der MRK die Durchsetzung der Gleichbehandlung nur im Hinblick auf die „in dieser Konvention eingeräumten Rechte“ aufträgt, nur dadurch zum angestrebten Ergebnis gelangen konnte, dass er die Weigerung des Vermieters, mit dem „verwitweten“ homosexuellen Lebenspartner einen Hauptmietvertrag zu schließen (sowie den Umstand, dass der Gesetzgeber ein solches Eintrittsrecht nur für verschiedengeschlechtliche Lebenspartner vorgesehen hatte), als Eingriff in das Recht auf Unverletzlichkeit der Wohnung und des Privatlebens (Art 8 MRK) qualifizierte. Das Recht auf Achtung des Privatlebens soll seinen Träger davor schützen, dass seine Intimsphäre ausspioniert und vor der Öffentlichkeit ausgebreitet wird; das Recht auf Achtung der Wohnung dient ebenfalls dem Schutz dieser Intimität. Im vorliegenden Fall war es aber gerade der Beschwerdeführer selbst, der seine homosexuelle Beziehung zum verstorbenen Hauptmieter an die Öffentlichkeit getragen hatte, um daraus einen Rechtsvorteil abzuleiten. Selbst unter der – vielfach bestrittenen (vgl nur VSIG 7400) – Annahme, dass die in der MRK enthaltenen Grundrechte Drittwirkung haben, stellt es im Übrigen eine verwegene Interpretation des „Rechts auf Achtung der Wohnung“ dar, den Umstand, dass jemandem, der kein Mieter ist, sondern es erst werden möchte, kein Anspruch auf Abschluss eines Mietvertrages zusteht, als Verletzung dieses Grundrechts zu qualifizieren.

<sup>31)</sup> Bezüglich § 49 EheG, der hier sinngemäß zur Anwendung käme, vgl oben FN 26.

ob nicht das Vereins- oder das Gesellschaftsrecht geeigneter Instrumente zur Gestaltung der gemeinsamen Verhältnisse sind.

### III. Übereinstimmungen und Unterschiede zwischen Ehe und nichtehelichen Lebensgemeinschaften

Wenden wir uns nun jenen Sachverhalten zu, die schon bisher im österr. Recht als „nichteheliche Lebensgemeinschaften“ bezeichnet werden und mit mancherlei der Ehe nachgebildeten Rechtsfolgen versehen sind: also dem Fall, dass ein Mann und eine Frau ganz wie ein Ehepaar, nur eben ohne Trauschein, zusammenleben. Oft gehen aus solchen formlosen Verbindungen auch gemeinsame Kinder hervor – und wenigstens in diesen Fällen könnte man sagen, dass durch solche Lebensgemeinschaften „dieselben“ (oder immerhin vergleichbare) Leistungen im gesamtgesellschaftlichen Interesse erbracht werden wie von einer Ehe.

Doch auch hier bestehen Unterschiede zur Ehe, die bei näherem Hinsehen nicht unwesentlich scheinen. Die wechselseitigen Unterhaltsleistungen der Lebensgefährten erfolgen freiwillig, also nicht aufgrund einer Rechtspflicht; eine solche *Unterhaltungspflicht* besteht nur zugunsten der gemeinsamen Kinder. Die Lebensgefährten verpflichten sich also (im Innenverhältnis und gegen Dritte) zu nichts, und gerade diese *Unverbindlichkeit* charakterisiert ihre Beziehung. Und auch wenn man den Wert solcher freiwilliger Solidarität keineswegs geringschätzen darf, so muss doch festgehalten werden, dass dieser ihr freiwilliger Charakter es mit sich bringt, dass man sich nicht auf sie verlassen kann. Im Fall der Zerrüttung der Lebensgemeinschaft, aber auch im Fall einer schweren Krankheit oder anderer Schicksalsschläge kann weder der solcherart begünstigte Partner noch die Gesellschaft sicher sein, dass die in guten Tagen gewährten Unterhaltsleistungen fortgesetzt werden; stattdessen kann es passieren, dass sie von einem Tag auf den anderen ausbleiben.

Aufgrund dieser Situation ist es jemandem, der in formloser Lebensgemeinschaft lebt, nicht wirklich zu empfehlen, auf eigene Erwerbstätigkeit und Vorsorge zu verzichten; vielmehr muss man ihm raten, die eigene wirtschaftliche Unabhängigkeit beizubehalten, um sich den Launen seines Partners nicht völlig schutzlos auszuliefern. Dementsprechend wird es in einer solchen Lebensgemeinschaft kaum möglich sein, dass ein Teil sich ganz der Erziehung gemeinsamer Kinder widmet (diese Leistung wird daher größtenteils vom Staat zu erbringen sein); andererseits aber besteht auch ein geringer ausgeprägtes Schutzbedürfnis beider Partner – denn warum sollte jemand, dessen Lebenskonzept die Sorge für das eigene Fortkommen einschließt, in besonderer Weise schutzbedürftig sein? Und weshalb sollte man jemanden ermutigen, die eigene Erwerbstätigkeit aufzugeben und sich in wirtschaftliche Abhängigkeit zu einem

Partner zu begeben, der sich in keiner Weise zur Unterhaltsleistung verpflichtet hat?

Letztlich führt all dies zu der Frage, weshalb die Gesellschaft gegenüber Lebensgefährten Verpflichtungen eingehen bzw. ihnen Rechtsvorteile einräumen sollte, wenn sie es im Innenverhältnis nicht einmal selber tun. Der Gesetzgeber steht somit vor einer Alternative: Er kann die Lebenspartner entweder bevormunden oder sie beim Wort nehmen. Er kann die Lebensgefährten so behandeln, als wären sie miteinander verheiratet, ihnen also nicht nur dieselben Rechte einräumen, sondern auch dieselben Pflichten auferlegen, die mit dem Ehestand verbunden sind; oder er kann den Willen der Lebenspartner respektieren: Da sie sich zu nichts verpflichten wollen, sind sie zu nichts verpflichtet, können aber aus ihrem Verhältnis auch keine Rechte gegen den Staat oder Dritte ableiten. In der völligen Gleichstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften mit der Ehe läge in gewisser Hinsicht eine Bevormundung freier Bürger, die sich ja gerade keine Verpflichtung auferlegen wollten und nun plötzlich mit wechselseitigen Unterhalts- und Beistandspflichten konfrontiert wären. Demgegenüber wäre die Freiheit und Eigenverantwortung wohl dann am ehesten respektiert, wenn die formlose Lebensgemeinschaft, trotz der Härtefälle, zu denen dies führen mag, überhaupt keine Rechtsfolgen nach sich zöge.

Die Einführung einer „Ehe light“ stellt aus den bereits erwähnten Gründen mE keinen vertretbaren Mittelweg dar. Vielmehr zeigt gerade der vorliegende Gesetzesentwurf zur Schaffung eines ZIP mit vermutlich unbeabsichtigter Deutlichkeit, dass die Gefahr besteht, mit einem solchen Rechtsinstitut ganz unverbindliche Formen des Zusammenlebens mit unangemessenen Rechtswohlthaten auszustatten und dadurch erhebliche Fehlanreize zu setzen. Dies würde im Übrigen auch den Stellenwert der Ehe nicht festigen, sondern ihn weiter untergraben. Dem Gemeinwohl wäre damit bestimmt nicht gedient.

### F. Reduktionismus und Konstruktivismus als Grundlagen der „Gleichstellungspolitik“

Beiden hier besprochenen Reformvorschlägen liegt somit ein radikal konstruktivistischer Denkansatz zugrunde, der davon ausgeht, dass es sich bei Ehe und Familie nicht um von der menschlichen Natur vorgegebene bzw. den Bedürfnissen des Menschen angepasste Lebensformen handle, sondern um bloße Konstrukte, um willkürliche Erfindungen eines historischen Gesetzgebers, die durch andere Konstrukte heutiger Gesetzgeber jederzeit nach Belieben ersetzt werden können, sofern dabei nur die notwendigen Prozeduren beachtet und die erforderlichen parlamentarischen Mehrheiten erreicht werden.

Dieser Ansatz beruht auf einer irrigen – weil reduzierten – Wahrnehmung der Wirklichkeit; er mündet in gesetzgeberische Willkür.

Häufig hört man das Argument, dass durch die Schaffung zB einer speziellen Partnerschaft für

Homosexuelle die Rechte von Ehepartnern nicht eingeschränkt, sondern nur die Rechte Homosexueller gestärkt würden. Warum sollte man also – so wird gefragt – homosexuellen Paaren solche Rechte und Vergünstigungen vorenthalten, die andere seit langem schon genießen? Kommt in der Ablehnung derartiger Gleichbehandlungswünsche nicht „Homophobie“ zum Ausdruck, also ein irrationaler und unvernünftiger Hass auf Homosexuelle? Nein, dies hat nichts mit irrationalem Hass zu tun – vielmehr damit, dass es eine Illusion wäre, zu glauben, dass die Gewährung solcher Rechte und Vergünstigungen nichts kostet. Tatsächlich führt die derzeitige rechtliche Ausgestaltung der Ehe sowohl für den Staat als auch für Dritte zu erheblichen Mehrausgaben und Mindereinnahmen; dem Vorteil der somit Begünstigten steht also die Belastung all jener gegenüber, die dem Kreis der Begünstigten nicht angehören. Folglich würde die Schaffung einer EP alle belasten, die *nicht* in einer homosexuellen Paarbeziehung leben, die Schaffung eines ZIP all jene, die *nicht* in jener institutionalisierten Bindungslosigkeit leben wollen, die durch den ZIP verwirklicht würde. Belastet würden somit vor allem alle Ehepaare, also gerade jene Bevölkerungsschicht, die durch Kinderaufzucht den wesentlichen Beitrag zum Fortbestand der Gesellschaft und zur Sicherung des Sozialsystems leistet; begünstigt und gefördert würden hingegen gerade jene Lebensformen, die keinen vergleichbaren Beitrag leisten. Die Schaffung eines ZIP oder einer EP hätte nicht die Mobilisierung unerschlossener gesellschaftlicher Ressourcen zur Folge, sondern nur die Auflösung der Ehe als Institution und die weitere Schwächung der familiären Strukturen

in unserer Gesellschaft. Wer kann daran ein Interesse haben?

Institutionalisierung bedeutet Förderung. Fördern sollte man aber nur das, was dem Gemeinwohl dient. Von allen Formen des Zusammenlebens dient nur die (auf Dauer angelegte, auf die Gründung einer Familie ausgerichtete) Ehe erkennbar dem Gemeinwohl; ihre institutionelle Anerkennung und Förderung auf Kosten der Allgemeinheit ist daher gut begründbar. Von anderen Formen des Zusammenlebens kann nicht dasselbe gesagt werden. Zuzugeben ist, dass der Staat auch dort, wo Lebensentwürfe misslingen, helfend eingreifen muss (etwa bei Alleinerziehern, ledigen Müttern, nach der Scheidung usw), um extreme soziale Härten abzufedern. Falsch wäre es aber, wenn durch dieses Eingreifen der Fall des Misslingens oder des Gar-nicht-erst-Versuchens zum förderungswürdigen und letztlich privilegierten Ideal gemacht würde. Die Schaffung von ZIP und/oder EP würde zu einer willkürlichen, sachlich nicht begründeten *Privilegierung nicht-ehelicher Gemeinschaften* und folglich, indem man ihr die ihr zustehende rechtliche Stellung entzöge, zu einer *Diskriminierung der Ehe* führen. Es ist gerade das Diskriminierungsverbot, das, richtig verstanden, die Gleichbehandlung ungleicher Sachverhalte verbietet.

**Korrespondenz:** Dr. Jakob Cornides, Verwaltungsrat der Europäischen Kommission, rue de la Loi 200, B-1049 Bruxelles, Belgien; e-mail: jakob.cornides@ec.europa.eu. Die im vorliegenden Aufsatz dargelegten Standpunkte sind nur dem Autor zuzurechnen und binden die Institution, in der er arbeitet, in keiner Weise.

**Mit Recht kommen Sie zu Springer**

**recht.springer.at**



SpringerWienNewYork