

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	III
Sprache, Recht und Geschlechtergerechtigkeit	V
Abkürzungsverzeichnis	XV
Literaturverzeichnis	XXIII
Entscheidungsregister	XXXVII

I. Einleitung und Gang der Untersuchung 1

II. Der grundrechtliche Rahmen des Familienrechts 3

A. Gleichheit und Diversität als grundrechtliche Konzepte 3

B. Formale Aspekte des grundrechtlichen Rahmens 4

1. Grundrechte als „verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte“ 4

2. Wirkungen der Grundrechte 6

a) Grundrechtsträger und Grundrechtsadressaten 6

b) Abwehrfunktion und Gewährleistungspflichten der Grundrechte 7

3. Grundrechtsbeschränkungen und ihre Voraussetzungen 8

4. Kollisionen von Grundrechten 10

a) Grundrechtskollisionen und ihre Auflösung 10

b) Grundrechtskollision im bi- und multipolaren Grundrechtsverhältnis 10

5. Durchsetzbarkeit der Grundrechte 11

a) Nationaler Rechtsschutz 12

b) Internationaler Rechtsschutz 12

c) Kooperationsverhältnis von VfGH und EGMR 13

C. Materielle Aspekte des grundrechtlichen Rahmens 14

1. Einleitung 14

2. Der Schutz des Privatlebens gem Art 8 MRK 14

a) Der weite Begriff des „Privatlebens“ 14

b) Integrität als Selbstbestimmungsrecht über den eigenen Körper 15

c) Interaktion als Schutz des Sexuallebens 16

aa) Sexualität: Der intimste Bereich des Privatlebens 16

bb) Erhöhter Schutz der sexuellen Orientierung 17

d) Soziale und sexuelle Identität 17

aa) Soziale Identität 17

bb) Sexuelle Identität 18

e) Schutz durch grundrechtliche Gewährleistungspflichten 19

f) Die Ebene der Verhältnismäßigkeit 21

aa) Die Verhältnismäßigkeitsprüfung des Privatlebens 21

bb) Qualifiziertes Rechtfertigungserfordernis – „very weighty reasons“ 21

3. Das Grundrecht auf Familienleben nach Art 8 MRK 22

a) „Familienleben“ iSd Art 8 MRK und gesellschaftliche Entwicklungen 22

b) Die geschützten Familienbeziehungen 23

aa) Die Beziehung zwischen Partnern 23

bb) Die Beziehung von Eltern und Kindern 24

c) Beendigung des Familienlebens	25
d) Schutz durch grundrechtliche Gewährleistungspflichten	26
e) Die Ebene der Verhältnismäßigkeit	27
aa) Der Grundrechtsvorbehalt des Art 8 Abs 2 MRK	27
bb) Parameter der Verhältnismäßigkeitsprüfung	28
cc) Gesellschaftliche Entwicklung und dynamische Auslegung	29
4. Das Recht auf Ehe und Familiengründung nach Art 12 MRK	30
a) Die grundrechtlichen Ansprüche des Art 12 MRK	30
aa) Recht auf Eheschließung	31
bb) Das Recht zur Familiengründung	32
b) Schranken des Art 12 MRK	32
5. Der Schutz der Religionsfreiheit nach Art 9 MRK	32
a) Der Schutzbereich der Religionsfreiheit	32
b) Schutz durch grundrechtliche Gewährleistungspflichten	33
c) Die Ebene der Verhältnismäßigkeit	33
6. Das Diskriminierungsverbot des Art 14 MRK	34
a) Der akzessorische Schutz des Art 14 MRK	34
b) Die Diskriminierung iSd Art 14 MRK	35
aa) Die Diskriminierungsmerkmale des Art 14 MRK	35
bb) Das Diskriminierungskonzept des EGMR	36
cc) Vergleichbarkeit als Voraussetzung	37
c) Rechtfertigbarkeit einer Differenzierung	38
d) Art 14 MRK als Katalysator einer dynamischen Interpretation	38
D. Die Bedeutung der Legal Gender Studies für das Familienrecht	40
1. Das Forschungsgebiet der Legal Gender Studies	40
2. Die Interdisziplinarität der Legal Gender Studies	41
3. Grundrechte als zentraler Ansatzpunkt in den Legal Gender Studies	43
E. Zusammenfassung	43
III. Die eingetragene Partnerschaft im Licht der Grundrechte	45
A. Gang der Untersuchung	45
B. Die Entstehungsgeschichte des EPG	45
1. Die historische Pathologisierung der Homosexualität	45
2. Das Differenzkonzept des EPG	47
C. Grundrechtliche Rahmenbedingungen des EPG	49
1. „Recht auf sexuelle Identität“ als grundrechtlicher Anspruch	49
2. Die Evolution des Grundrechtsschutzes durch den EGMR	50
a) Das ursprüngliche Konzept: Der Schutz des Privatlebens	50
b) Grundrechtliche Trendwende: Der Schutz des Familienlebens	51
c) Wandel im Grundrechtsverständnis und EPG	52
D. Bipolare Grundrechtsverhältnisse im EPG	52
1. Bipolare Grundrechtsverhältnisse	52
2. Das Differenzkonzept bei der Begründung einer eP	53
a) Unterschiedliche Formvorschriften	53
b) Unterschiede in der Behördenzuständigkeit	54
3. Das Differenzkonzept im Namensrecht	55
a) „Nachname“ statt Familienname	55
b) Stolpersteine beim Doppelnamen	56
aa) Der steinige Weg zum Doppelnamen	56
bb) Die schrittweise Reaktion des Gesetzgebers	57

4. Offene Probleme des Differenzkonzepts	57
a) Die höchstpersönlichen Rechtswirkungen: Treue oder Vertrauen?	58
b) Unterschiedliche Altersgrenzen zwischen Ehe und eP.	58
E. Multipolare Grundrechtsverhältnisse im EPG	59
1. Multipolare Grundrechtsverhältnisse	59
2. Das „Natürlichkeitsparadigma“	60
3. Elternschaft durch Adoption	61
a) Adoption als multipolares Grundrechtsverhältnis	61
b) Die Öffnung der „Stiefkind“-Adoption durch den EGMR	62
c) Die Öffnung der „Fremdkind“-Adoption durch den VfGH	63
aa) Die VfGH-Entscheidung vom 11. 12. 2014	63
bb) Fehlendes Handeln des Gesetzgebers und seine Folgen	64
4. Elternschaft durch medizinisch unterstützte Fortpflanzung	65
a) Das Recht der Fortpflanzungsmedizin als multipolares Grundrechtsverhältnis	65
b) Öffnung des FMedG für eP	67
c) „Andere Elternschaft“ für weibliche homosexuelle Paare	68
F. Die Öffnung der Ehe für homosexuelle Paare.	69
1. Gleichgeschlechtliche Ehen als europäischer Trend	69
2. Art 12 MRK als grundrechtlicher Rahmen einer „Ehe für alle“?	70
a) Die Judikatur des EGMR	70
b) Die bisherige Position des VfGH	71
3. Die Öffnung der Ehe durch den VfGH	71
a) Das Erkenntnis VfGH 4. 12. 2017, G 258/2017	71
b) Folgen der Öffnung der Ehe	72
aa) Der Wechsel von der eP zur Ehe: Handlungsbedarf des Gesetzgebers?	73
bb) Zwei Lösungsvorschläge	75
cc) Die Zukunft des EPG?	76
G. Allgemeine Schlussfolgerungen für das Privatrecht	77
1. Voraussetzung qualifizierter Ungleichbehandlungen im Privatrecht	77
2. Gerichte als Gesetzgeber?	78
H. Zentrale Ergebnisse	79
IV. Eheliche Pflichten und Selbstbestimmung	81
A. Eheliche Pflichten und die Gleichheit der Geschlechter	81
1. Die Entwicklung ehelicher Familienmodelle	81
2. Privatautonomie in der Ehe?	83
B. Die ehelichen Pflichten gem §§ 44, 89 ff ABGB	84
1. Der Ehevertrag	84
2. Die ehelichen Pflichten und ihre Durchsetzbarkeit	86
3. Die zentrale Bedeutung des Einvernehmensgebots	88
C. Eheliche Sexualkontakte zwischen Pflichten und Autonomie	90
1. Sexualverkehr als Anspruch in der Ehe	90
2. Sexualverkehr als eheliche Pflicht?	91
a) Grenzen des ehelichen Sexualverkehrs	92
b) Lösungsvorschlag: Einvernehmensgebot iSd § 91 ABGB statt ehelicher Pflicht	95
c) Zwischenergebnis	96

D. Kinderzeugung zwischen ehelichen Pflichten und Autonomie.....	97
1. Zeugung von Kindern als Anspruch in der Ehe.....	97
a) Problemaufriss.....	97
b) Der Meinungsstand.....	98
2. Zeugung von Kindern als eheliche Pflicht?.....	99
a) Fortpflanzungsfreiheit und Art 8 MRK.....	99
b) Grenzen einer Verpflichtung zur Kinderzeugung.....	100
3. Eigener Lösungsansatz.....	102
a) Grundsätzliche Bedenken gegen eine Verpflichtung zur Fortpflanzung.....	102
b) Das Einvernehmensgebot des § 91 ABGB als Lösungsansatz.....	103
aa) Das Einvernehmensgebot als Realisierung praktischer Konkordanz.....	103
bb) Praktische Folgen.....	104
(1) Vereinbarung der Kinderlosigkeit.....	104
(2) Vereinbarung der Kinderzeugung.....	105
4. Zwischenergebnis.....	107
E. Die eheliche Treue und die autonome Lebensgestaltung.....	107
1 Die umfassende Treuepflicht des § 90 ABGB.....	107
2. Die Vereinbarung der Sexualfreiheit.....	108
a) Der Meinungsstand.....	108
b) Die Grenzen der Sittenwidrigkeit und Art 8 MRK.....	109
aa) Die Dynamik des „Wesens der Ehe“.....	110
bb) Sittenwidrigkeit und Schutz der Familienautonomie gem Art 8 MRK.....	111
cc) Schlussfolgerungen.....	112
F. Ehestörung und Haftung für Detektivkosten.....	113
1. Der Ersatz von Detektivkosten bei Ehestörung.....	113
2. Die Position der Judikatur.....	114
a) Solidarische Haftung von Ehegatte und Ehestörer.....	114
b) Differenzierung zwischen Ehegatten und Ehestörer.....	116
3. Der Meinungsstand in der Lehre.....	117
a) Die Position der älteren Lehre.....	117
b) Die Kritik der jüngeren Lehre.....	118
4. Eigene Position.....	119
a) Die Haftung des Ehestörers.....	119
aa) Ehe als absolut geschütztes Rechtsgut?.....	119
bb) § 90 ABGB als Schutzgesetz iSd § 1311 ABGB?.....	121
cc) Eingriff in fremdes Forderungsrecht.....	122
dd) Zwischenergebnis.....	123
b) Zur Haftung des Ehegatten.....	123
aa) Die Position des BGH.....	123
bb) Vorrang von Scheidungs- statt Schadenersatzfolgen im österreichischen Recht.....	124
c) Lösungsvorschlag: Ersatz von Detektivkosten über §§ 41 ff ZPO....	126
aa) Verfahrensrechtlicher Kostenersatz als Alternative zum Schadenersatz.....	126
bb) Grundsätzliches zum Kostenersatzanspruch nach §§ 41 ff ZPO.....	126
cc) Detektivkosten als Rechtsverfolgungskosten.....	128

G. Das eherechtliche Verschuldensprinzip im Licht der Grundrechte	130
1. Die Verletzung ehelicher Pflichten als Kern des Verschuldensprinzips	130
2. Die grundrechtliche Problematik: Verhältnismäßigkeit des Verschuldensprinzips?	131
H. Zentrale Ergebnisse	133
V. Die Doppelresidenz und das Kooperationsverhältnis von OGH und VfGH	137
A. Gang der Untersuchung	137
B. Trennungsfamilien in rechtssoziologischer Perspektive	137
1. Alleinerziehende Eltern aus soziologischer Sicht	137
2. Die gemeinsame Obsorge als erfolgreiches Betreuungsmodell	139
a) Klare Verhältnisse: Die Kindschaftsrechtsreform 1977	139
b) Die Genese der gemeinsamen Obsorge	140
c) Folgen der gemeinsamen Obsorge aus soziologischer Sicht	142
3. Gemeinsame Betreuung im Doppelresidenzmodell	143
a) Das Doppelresidenzmodell und seine Verbreitung	143
b) Vor- und Nachteile des Doppelresidenzmodells	144
c) Das Genderproblem: Der Unterhalt beim Doppelresidenzmodell	145
C. Die gesetzliche Ausgangslage zur Doppelresidenz.	145
1. Der Grundsatz des „Heims erster Ordnung“ im Obsorgerecht.	145
2. Doppelresidenz und der Wille des Gesetzgebers	148
D. Das Verbot der Doppelresidenz im Lichte des Art 8 MRK	149
1. Das verfassungsrechtliche Spannungsverhältnis	149
2. Das Doppelresidenz-Erkenntnis des VfGH	150
3. Bewertung der Entscheidung.	151
a) Verfassungskonforme Interpretation statt Normaufhebung	151
b) Unverhältnismäßigkeit pauschalierender Regelungen ohne Einzelfallprüfung.	152
c) Der VfGH als positiver Gesetzgeber	153
E. Die Übernahme der Doppelresidenzlösung durch die Gerichte	154
1. Die modifizierte Lösung des OGH	154
2. Problematische Folgen der Doppelresidenzlösung	155
a) (Unzulässige) Rechtsfortbildung durch Richterspruch	155
aa) Unzulässigkeit der Rechtsfortbildung	155
bb) Die verfassungsrechtliche Problematik: VfGH und OGH als „positive Gesetzgeber“.	156
b) Die Bindung an Spruchformeln: Zwischen Anspruch und Wirklichkeit	157
aa) Diskrepanz zwischen Doppelresidenz- und Eingliederungsmodell	157
bb) Nomineller Anknüpfungshaushalt und verwaltungsrechtliche Folgen.	158
cc) Die Brisanz der Doppelresidenz für das Wohnortbestimmungsrecht nach § 162 ABGB	159
(1) Das Aufenthaltsbestimmungsrecht nach § 162 ABGB.	159
(2) Das Gebot der Klarheit für die Wohnortbestimmung	160
3. Lösung durch spruchmäßige Festlegung der Betreuungszeit.	161
a) Antragsbindung im Außerstreitverfahren	161

b) Auswirkungen auf die Doppelresidenzlösung	162
aa) Antragsbindung oder Ermessenspielraum des Pflschaftsgerichts?	162
bb) Folgen für die Doppelresidenz	164
4. Zulässigkeit der Doppelresidenz gegen den Willen der Eltern?	164
a) Doppelresidenz und entgegenstehender elterlicher Wille	164
b) Die Position des BGH: Doppelresidenz trotz entgegenstehendem Elternwillen	165
c) Unzulässigkeit gerichtlicher Festlegung bei entgegenstehendem Elternwillen	166
aa) Die grundrechtliche Problematik	166
bb) Fehlende materiell-rechtliche Voraussetzungen	166
cc) Die verfahrensrechtliche Problematik	167
dd) Ergebnis	167
5. De lege ferenda: Verfassungskonforme Lösung der Doppelresidenz	168
a) Die Notwendigkeit einer gesetzlichen Lösung	168
b) Gesetzliche Doppelresidenzlösung und multipolarer Grundrechtskonflikt	169
F. Kindesunterhalt bei Doppelresidenz	170
1. Kindesunterhalt und Prozentsatzmethode	170
a) Kindesunterhalt als genderrelevantes Thema	170
b) Kindesunterhalt und Prozentsatzmethode	171
2. Das betreuungsrechtliche Unterhaltsmodell als Alternative	173
a) Die Berücksichtigung von Kontaktzeiten durch Prozentabzug	173
b) Der Wechsel zum betreuungsrechtlichen Unterhaltsmodell	175
c) Probleme des betreuungsrechtlichen Unterhaltsmodells	176
aa) Gleichwertigkeit von Betreuungs- und Naturalleistungen	176
bb) Gleiches Einkommen der Eltern	177
3. Forderungen <i>de lege ferenda</i> aus der Genderperspektive	179
G. Verfassungsrechtliche Problematik der Unterhaltsbemessung	181
H. Ergebnisse	183
VI. Die religiös motivierte Knabenbeschneidung als multipolare Grundrechtskollision.	185
A. Gang der Untersuchung	185
B. Die soziale Bedeutung der Beschneidung von Knaben	185
1. Daten und Fakten zur Knabenbeschneidung	185
2. Motive für die Beschneidung	186
a) Medizinische Motive	186
b) Religiöse Motive	186
aa) Die Beschneidung im Judentum	186
bb) Die Beschneidung im Islam	187
3. Streitigkeiten zur medizinischen Folgeneinschätzung	189
4. Knabenbeschneidung als genderrelevantes Thema	190
C. Die Rechtslage in Deutschland	191
1. Das Urteil der LG Köln vom 7. 5. 2012	191
2. Einführung des § 1631 d BGB	192
a) Gesetzliche Lösung als Folge gesellschaftlicher Debatte	192
b) Die „lege artis“-Beschneidung als Zulässigkeitsvoraussetzung	193

c) § 1631 d BGB als Auflösung eines multipolaren Grundrechtskonflikts	194
D. Die Rechtslage in Österreich	195
1. Die religiös motivierte Beschneidung als Schnittstellenproblem	195
a) Beschneidung als Körperverletzung gem §§ 83 f StGB	195
b) Rechtfertigung durch elterliche Einwilligung	196
c) Elterliche Obsorge und Umfang der Vertretungsbefugnis	197
d) Relevante Grundrechtspositionen	199
2. Die Position der Lehre	200
a) Straflosigkeit der religiös motivierten Beschneidung	200
b) Straflosigkeit erst ab Vollendung des 14. Lebensjahres	202
3. Staatliche Regelung per Erlass statt durch Gesetz	203
a) Der Erlass des BMJ vom 31. 7. 2012	203
b) Defizite dieses Erlasses	203
aa) Das Spannungsverhältnis zu Art 18 B-VG	203
bb) Eingeschränkte Bindungswirkung des Erlasses	204
cc) Pauschale Zulässigkeit religiös motivierter Beschneidung?	205
dd) Verwaltungsstrafrechtliche Sanktion der Beschneidung	205
E. Eigene Stellungnahme	207
1. Die betroffenen Grundrechtspositionen	207
a) Grundrechtlich geschützte Interessen des Kindes	207
b) Grundrechtlich geschützte Interessen der Eltern	208
2. Auflösung der Grundrechtskollision durch praktische Konkordanz	209
a) Allgemeine Grundsätze	209
b) Zulässigkeit eines strafrechtlichen Verbots der religiös motivierten Beschneidung?	209
aa) Interessensposition der Eltern	209
bb) Interessensposition des Kindes	210
cc) Abwägung der betroffenen Interessen	211
c) Altersgrenze für die religiös motivierte Beschneidung?	212
d) Lösungsvorschlag: Beschränkung auf „lege artis“-Beschneidung	213
aa) Der Modus der Beschneidung als Abgrenzungskriterium	213
bb) Die Abwägung der beteiligten Interessen	214
cc) Schlussfolgerung	215
F. Vorschläge de lege ferenda	215
1. Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung	215
2. Die „lege artis“-Beschneidung als Zulässigkeitsvoraussetzung	215
3. Erforderliche Anpassung des ÄrzteG	216
G. Ergebnisse	217
VII. Zentrale Ergebnisse der Arbeit	219
Stichwortverzeichnis	225