

nr 2/2012

juridikum

zeitschrift für kritik | recht | gesellschaft

thema

Commons: Gemeingüter und das Gemeinschaftliche

recht & gesellschaft

Ein Überblick: Die Rechtsstellung undokumentiert Beschäftigter
Die Mär vom Kernbestand der Unionsbürger_innenschaft
Betteln in der Geschichte des Antiziganismus
Der Fiskalpakt als Krisenueuerzählung

Für Context herausgegeben von Ronald Frühwirth, Clemens Kaupa, Ines Rössl
und Joachim Stern

www.verlagoesterreich.at
www.juridikum.at

 VERLAG
ÖSTERREICH

Inhaltsverzeichnis

vor.satz

- 113 Schön ist es ja, aber verboten
Ronald Frühwirth

merk.würdig

- 117 Europa in der Krise
Ines Rössl
- 120 Ganz schön ungemütlich: Feministische Rechtswissenschaft zum Selberlesen
Nora Markard
- 124 Strukturreform der Justiz auf österreichisch
Peter G. Mayr
- 128 Indien: Verbesserter Zugang zu Krebsmedikament durch Zwangslizenz
Kristina Jud
- 132 Sozialversicherungsrechtliche Gleichstellung homosexueller Paare in Mexiko
Juan Jorge Bautista Gómez

recht & gesellschaft

- 134 Die Rechtsstellung von undokumentiert beschäftigten Personen:
Verpackung schön, Inhalt mangelhaft
Johannes Peyrl
- 145 Von der Unionsbürger_innenschaft und ihrem winzigen Kernbestand
Besprechung des EuGH-Urteils Dereci ua
Rosmarie Doblhoff-Dier
- 157 „Wer nicht arbeiten will, der soll auch nicht essen.“
Zur historischen und soziologischen Dimension des Bettelns im Antiziganismus
Markus End
- 168 Der Fiskalpakt – Umgehung der „europäischen Verfassung“ und Durchbrechung
demokratischer Verfahren?
Lukas Oberndorfer

thema

- 182 Vorwort: Commons: Gemeingüter und das Gemeinschaftliche
Judith Schacherreiter
- 186 Von der Allmende zu den globalen commons: Eine historische Analyse interdisziplinärer
Annäherungen an die commons
Tine de Moor
- 198 Die historische Allmende als Basis der aktuellen Commons-Debatten?
Allmende in der mitteleuropäischen Rechts-, Sozial- und Wirtschaftsgeschichte
Elisabeth Greif/Karin Neuwirth
- 205 Vom Gemeingut zu Eigentum und Ware: Eine Gegenüberstellung rechtlicher
Grundstrukturen der historischen Gemeingüter und des modernen Eigentums
Judith Schacherreiter

- 215 **Wesen und Wirken der Wissensallmende**
Leonhard Dobusch
- 223 **Die venezolanische Comuna: Ein Beitrag zur Vergesellschaftung der Rechtsform?**
Heiner Fechner
- 234 **„Lo común“ und „comunalidad“. Eine alternative Lebensform mexikanischer indigener Gemeinden**
Juan Jorge Bautista Gómez

nach.satz

- 245 **Die neuen Bastarde. Kinder in homosexuellen Partnerschaften.**
Marion Guerrero/Ines Rössl

Impressum

juridikum

zeitschrift für kritik | recht | gesellschaft
www.juridikum.at, ISSN: 1019-5394

Herausgeber_innen:

Für Context – Verein für freie Studien und brauchbare Informationen (ZVR-Zahl: 499853636) herausgegeben von: Ronald Frühwirth, Clemens Kaupa, Ines Rössl und Joachim Stern

Medieninhaber und Verleger:

Verlag Österreich GmbH
Bäckerstraße 1, 1010 Wien, Tel. 01/610 77
www.verlagoesterreich.at
Abo-Bestellung: +43 1 680 14-0, Fax: -140
E-Mail: order@verlagoesterreich.at
Anzeigenkontakt: Frau Eva Schnell
Tel: +43-1-610 77-220, Fax: +43-1-610 77-419
e.schnell@verlagoesterreich.at
Verlagsredaktion: Mag. Ingrid Faber
i.faber@verlagoesterreich.at

Preis:

Jahresabonnement: Euro 58,-
Abo für Studierende, Erwerbslose,
Zivil- und Präsenzdienere: Euro 25,-
Probebezug: Euro 11,-
Einzelheft: Euro 16,-
(Alle Preise inkl. MWSt, exkl. Versandkosten)
Erscheinungsweise: vierteljährlich

Redaktion:

Miriam Broucek, Lukas Dvorak, Nina Eckstein, Doris Einwallner, Ronald Frühwirth, Marion Guerrero, Elisabeth Hörtlehner, Clemens Kaupa, Matthias C. Kettemann, Ilse Koza, Andrea Kretschmann, Lukas Oberndorfer, Eva Pentz, Ines Rössl, Judith Schacherreiter, Brian-Christopher Schmidt, Joachim Stern, Alexia Stuefer, Caroline Voithofer, Alice Wagner

Wissenschaftlicher Beirat:

Heinz Barta (Innsbruck), Barbara Beclin (Wien), Katharina Beclin (Wien), Wolfgang Benedek (Graz), Nikolaus Benke (Wien), Alois Birklbauer (Linz), Sonja Buckel (Frankfurt am Main), Ulrike Davy (Bielefeld), Nikolaus Dimmel (Salzburg), Andreas Fischer-Lescano (Bremen), Bernd-Christian Funk (Wien/Linz), Elisabeth Holzleithner (Wien), Eva Kocher (Frankfurt an der Oder), Susanne Krasmann (Hamburg), René Kuppe

(Wien), Nadja Lorenz (Wien), Karin Lukas (Wien), Eva Maria Maier (Wien), Andrea Maihofer (Basel), Ugo Mattei (Turin/Berkeley), Alfred J. Noll (Wien), Heinz Patzelt (Wien), Arno Pilgram (Wien), Ilse Reiter-Zatloukal (Wien), Birgit Sauer (Wien), Oliver Scheiber (Wien), Marianne Schulze (Wien), Alexander Somek (Iowa), Richard Soyer (Wien/Graz), Heinz Steinert † (Frankfurt am Main), Beata Verschraegen (Wien/Bratislava), Ewald Wiederin (Wien), Maria Windhager (Wien), Michaela Windisch-Grätz (Wien), Ingeborg Zerbes (Wien)

Autor_innen dieser Ausgabe:

Juan Jorge Bautista Gómez, Tine de Moor, Rosmarie Doblhoff-Dier, Leonhard Dobusch, Markus End, Heiner Fechner, Ronald Frühwirth, Elisabeth Greif, Marion Guerrero, Kristina Jud, Nora Markard, Peter G. Mayr, Karin Neuwirth, Lukas Oberndorfer, Johannes Peyrl, Ines Rössl, Judith Schacherreiter

Offenlegung

Die Verlag Österreich GmbH, Bäckerstraße 1, 1010 Wien (Geschäftsführer: Dkfm. André Caro) ist eine Tochtergesellschaft der Wissenschaftlichen Verlagsgesellschaft mbH Stuttgart, Birkenwaldstraße 44, D-70191 Stuttgart (Geschäftsführer: Dr. Christian Rotta, Dr. Klaus G. Brauer) und ist zu 100% Medieninhaber der Zeitschrift juridikum. Der Werktitel „juridikum – zeitschrift für kritik | recht | gesellschaft“ steht im Eigentum des Vereins „CONTEXT – Verein für freie Studien und brauchbare Information“, Schottenbastei 10–16, A-1010 Wien. Die grundlegende Richtung des juridikum ergibt sich aus den Statuten des Vereins CONTEXT und aus dem Inhalt der veröffentlichten Texte. Erscheinungsort: Wien.

Layout und Satz:

b+R satzstudio, graz
Context ist Mitglied der VAZ (Vereinigung alternativer Zeitungen und Zeitschriften).

Reaktionen, Zuschriften und Manuskripte bitte an die Herausgeber_innen:

Ronald Frühwirth: r.fruehwirth@kocher-bucher.at
Clemens Kaupa: clemens.kaupa@univie.ac.at
Ines Rössl: ines.roessl@univie.ac.at
Joachim Stern: joachim.stern@univie.ac.at

Das juridikum ist ein „peer reviewed journal“.

Die neuen Bastarde. Kinder in homosexuellen Partnerschaften.

Marion Guerrero / Ines Rössl

Am 15. März 2012 erging das EGMR-Urteil in der Sache *Gas & Dubois gg Frankreich* (25951/07), dem folgender Sachverhalt zugrunde lag: Die Klägerinnen lebten seit 1989 in einer Lebensgemeinschaft. Im Wege einer in Belgien durchgeführten medizinisch unterstützten Fortpflanzung wurde Frau Dubois schwanger und gebar im Jahr 2000 eine Tochter, die seither im gemeinsamen Haushalt der Klägerinnen lebt. 2006 beantragte Frau Gas die Adoption des Kindes ihrer Lebenspartnerin, eine „adoption simple“, welche die leibliche Elternschaft nicht ersetzt, sondern diese ergänzt. (Zu diesem Zeitpunkt war das Paar bereits eine anerkannte Partnerschaft eingegangen, einen „Pacte Civil de Solidarité“, der sowohl homo- als auch heterosexuellen Personen offensteht.)

Alle französischen Instanzen waren sich einig, dass sich beide Partnerinnen aktiv und gemeinsam um das Kind kümmerten, ihm Pflege und Zuneigung zukommen ließen und dass grundsätzlich sämtliche Voraussetzungen für eine Adoption vorlägen. Dennoch wurde der Antrag zurückgewiesen, was in einer Eigenart des französischen Rechts liegt: Obwohl die „adoption simple“ die leibliche Elternschaft nur ergänzt, wandert dabei die Obsorge zur Gänze an den Adoptivelternteil. Die französischen Gerichte argumentierten daher im Fall von Frau Gas und Frau Dubois, dass die Rechtsfolgen der Adoption den eigentlichen Zielen der Antragstellerinnen zuwider laufen und zudem dem Kindeswohl widersprechen würden. Denn schließlich hätte die Adoption zur Folge, dass die leibliche Mutter ihre Obsorgerechte verlieren würde.

Nun gibt es jedoch im französischen Adoptionsrecht eine Ausnahme von dieser Rechtsfolge der „adoption simple“: Wenn die adoptierende Person mit einem leiblichen Elternteil des Kindes verheiratet ist, wird die Obsorge zwischen beiden geteilt (Art 365 Code Civil). Diese Ausnahme gilt nicht für Verpartnerte, weshalb in weiterer Folge gleichgeschlechtlichen Paaren (die im Gegensatz zu heterosexuellen Paaren nicht heiraten dürfen) der Zugang zur Stiefkindadoption faktisch verwehrt ist. Frau Gas und Frau Dubois brachten ihren Fall vor den EGMR. Sie erachteten sich in ihren Rechten gemäß Art 8 iVm Art 14 EMRK (Recht auf Privat- und Familienleben sowie Recht auf Gleichbehandlung) verletzt. Der EGMR kam jedoch zu dem Schluss, dass keine Ungleichbehandlung vorlag.

Die zentralen Ausführungen des Gerichtshofs lesen sich einigermaßen kurz und bündig. Er argumentiert zunächst, dass keine Ungleichbehandlung zwischen hetero- und homo-

sexuellen Paaren besteht, weil für beide dieselben Regelungen hinsichtlich einer Stiefkindadoption gelten würden. Schließlich sei auch bei unverheirateten heterosexuellen PartnerInnen im Fall einer „adoption simple“ keine geteilte Obsorge möglich. Hinsichtlich des Vorbringens der Klägerinnen, wonach Art 365 Code Civil nur scheinbar neutral sei und eine indirekte Diskriminierung vorliege, weil homosexuellen Paaren im Unterschied zu heterosexuellen Paaren gar nicht die Möglichkeit einer Eheschließung offen stehe, bezieht sich der EGMR auf seine bisherige Rechtsprechung (*Schalk & Kopf gg Österreich*, 30141/04, 24.6.2010) und wiederholt, dass die EMRK nun einmal kein Recht auf Eheschließung für homosexuelle Paare gewähre.

Auch die Auseinandersetzung mit der Frage, ob die Differenzierung des französischen Adoptionsrechts zwischen verheirateten und unverheirateten Paaren zulässig ist, fällt äußerst knapp aus: Die Ehe verleihe nun einmal einen Sonderstatus, daher ließen sich die (in anerkannter Partnerschaft lebenden) Klägerinnen nicht mit Verheirateten vergleichen, und daher sei eine Ungleichbehandlung gerechtfertigt. Weiter gehen die Überlegungen des EGMR nicht. Die Ehe ist eben unvergleichlich und daher auch unvergleichbar ... Der Gerichtshof erwähnt zwar formelhaft den „gewissen Ermessensspielraum“, den die Mitgliedstaaten in Hinblick auf die genaue Ausgestaltung des Rechtsinstituts der anerkannten Partnerschaft hätten (und damit auch in Hinblick auf dessen Unterschiede zur Ehe), setzt sich aber nicht mit der Frage auseinander, wo denn die Grenzen dieses „Ermessensspielraums“ liegen. Er scheint davon auszugehen, dass es jedenfalls im konkreten Fall gerechtfertigt sei, die Klägerinnen anders zu behandeln als ein verheiratetes Paar. Gründe für diese Annahme führt er nicht an.

Diese formalistisch knappe Argumentation mag in mehrerlei Hinsicht überraschen. In früherer Rechtsprechung hat sich der Gerichtshof nämlich durchaus differenzierter mit diesem Thema auseinandergesetzt. So judizierte der Gerichtshof beispielsweise sowohl in *Saucedo Gómez gg Spanien* (37784/97, 26.1.1999) als auch in *Serife Yigit gg Türkei* (3976/05, 2.11.2010), dass eine Differenzierung zwischen verheirateten und unverheirateten Paaren das Diskriminierungsverbot des Art 14 EMRK grundsätzlich berührt. In beiden Entscheidungen (die jeweils heterosexuelle Partnerschaften betrafen) prüfte der Gerichtshof, ob die Ungleichbehandlung von Verheirateten und Unverheirateten ein legitimes Ziel verfolgte und ob die Ungleichbehandlung im konkreten Fall verhältnismäßig war. So weit kommt der EGMR in *Gas & Dubois gg Frankreich* gar nicht, sondern beschränkt sich auf die begründungslose Feststellung, dass die Ehe nun einmal unvergleichlich sei.

Interessanterweise spielte sowohl in *Saucedo Gómez gg Spanien* als auch in *Serife gg Türkei* ausgerechnet die *Entscheidungsfreiheit im Bezug auf eine Eheschließung* für die Andersbehandlung von verheirateten und unverheirateten Paaren eine große Rolle. In beiden Entscheidungen kam der Gerichtshof zwar zum Schluss, dass eine Ungleichbehandlung verheirateter und unverheirateter Paare durchaus gerechtfertigt wäre – er maß aber dem Umstand Bedeutung zu, dass das Paar die rechtliche und faktische Mög-

lichkeit einer Heirat gehabt hatte und diese aus *freien Stücken* nicht in Anspruch genommen hatte. In *Gas & Dubois gg Frankreich* hingegen beschäftigt sich der EGMR gar nicht mit der Frage, ob im konkreten Fall nicht gerade deshalb eine Diskriminierung vorliegt, weil den Klägerinnen aufgrund der absoluten Unmöglichkeit zu heiraten auch die Adoption pauschal verwehrt ist. Denn die Klägerinnen haben eben nicht die Entscheidungsfreiheit, sich für eine Ehe zu entscheiden – und somit wird ihnen in der geltenden Rechtslage die einzige Chance auf eine Stiefkindadoption genommen.

Durch das analytische Aufsplitten der Situation in 1) den (laut EGMR rechtfertigbaren) Ausschluss homosexueller Paare von der Ehe und 2) die Feststellung, dass der Sonderstatus der Ehe besondere Adoptionsregelungen legitimiere, verzerrt der EGMR die tatsächliche Sachlage – nämlich das Faktum, dass durch das Zusammenspiel dieser beiden Faktoren gleichgeschlechtliche Paare *de facto* von der Stiefkindadoption ausgeschlossen sind. Darauf geht der EGMR in keinster Weise ein, sondern reduziert die rechtliche Problematik auf eine bloße Status-Diskriminierung, die er für gerechtfertigt hält. Das überrascht, da an und für sich eine klassische „indirekte Diskriminierung“ vorliegen könnte: Eine prima facie neutrale Regelung hat disproportional negative Effekte für eine bestimmte Gruppe (vgl zB *Opuz gg Türkei*, [33401/02, 9.6.2009], para 183; *Zarb Adami gg Malta*, [17209/02, 20.6.2006], para 80); in diesem Fall gleichgeschlechtliche Paare. Besonders im Hinblick auf Fälle wie *Karner gg Österreich* (40016/98, 24.7.2003), *Kozak gg Polen* (13102/02, 2.3.2010) und vor allem *E.B. gg Frankreich* (43546/02, 22.1.2008), in denen der Gerichtshof eine indirekte Diskriminierung Homosexueller im Kontext der konkreten Situation anerkennt, überrascht die erkünstelt formalistische Interpretation in der aktuellen Entscheidung.¹

Es hätte noch einen weiteren gewichtigen Ansatzpunkt für eine fundiertere Auseinandersetzung gegeben: Nämlich die Judikatur des EGMR, dass die unterschiedliche Behandlung von Kindern nicht daran geknüpft werden darf, ob sie einer Ehe entstammen oder nicht (vgl *Marckx gg Belgien*, 6833/74, 13.7.1979). Auch Besuchsrechtsvorschriften dürfen laut EGMR nicht differenzieren, ob die Elternteile geschieden sind oder ob es sich um ein uneheliches Kind handelt (vgl *Sahin gg Deutschland*, 30943/96, 8.7.2003). Es ist in der Tat erstaunlich, dass der Gerichtshof die Situation in *Gas & Dubois gg Frankreich* lediglich unter der Perspektive analysiert, welche Rechte den Antragstellerinnen aufgrund ihres partnerschaftlichen Status zustünden. Somit geht er weder auf die

1 Des weiteren könnte diskutiert werden, ob das Paar und sein Kind nicht nach Art 8 EMRK Anspruch auf Schutz des Familienlebens hätte (der EGMR hatte gleichgeschlechtliche Paare in seiner Entscheidung *Schalk & Kopf gg Österreich* ausdrücklich als „*de facto* Familie“ iSd Art 8 definiert). Die Argumentation, Art 8 schütze das *bestehende* Familienleben und nicht die *Familiengründung* greift in diesem Fall ja nicht, da die beiden Frauen sich seit Geburt des Kindes um dasselbe kümmern; eine Adoption wäre somit eine nachträgliche rechtliche Legitimation des bereits bestehenden Zustands, nicht eine Neugründung einer Familie (wie das evtl bei einer Fremdkind-Adoption der Fall wäre). Noch dazu beschied der EGMR in *Schalk & Kopf*: “[a] child born out of such a relationship is ipso jure part of that ‘family’ unit from the moment and by the very fact of his birth...” (*Schalk & Kopf gg Österreich* [30141/04, 24.6.2010], para 91).

Pflichten der Antragstellerinnen gegenüber ihrer Tochter noch auf sonstige Interessen des Kindes ein. Dies scheint geradezu als Bruch mit seiner bisherigen umfangreichen Judikatur zur Unehelichkeit. Es stellt sich die Frage, warum der Gerichtshof nicht auf die Idee gekommen ist, einen Vergleich zwischen der Situation eines Stiefkinds in einer Ehe mit der eines Stiefkinds in einer homosexuellen Partnerschaft anzustellen; noch dazu, weil die DrittintervenientInnen für die Antragstellerinnen in ihren „written comments“ ausführlich auf die Frage des Kindeswohls eingegangen sind.² Der Gerichtshof allerdings würdigt diese Überlegungen mit keinem Wort.

In diese Richtung weist auch die „opinion dissidente“ des Richters Mark Villiger. Dieser moniert, dass das Urteil das Kindeswohl nicht berücksichtige und übersehe, dass Kinder in nicht-ehelichen Partnerschaften ebenso ein Recht auf die gemeinsame Obsorge vom leiblichen Eltern- und Adoptivelternteil hätten wie Kinder in ehelichen Partnerschaften (bestehend aus leiblichem Eltern- und Adoptivelternteil). Die Richter Costa und Spielmann antworten auf Villigers Einwand in ihrer „opinion concordante“ und betonen, dass der Gerichtshof die Mitgliedstaaten in dieser umstrittenen Materie nicht bevormunden dürfe. Immerhin appellieren beide Richter an Frankreich, das Adoptionsrecht zu novellieren und den sozialen Realitäten anzupassen.

Aber dass sich das Urteil darauf beschränkt, achselzuckend auf den Sonderstatus der Ehe zu verweisen, ist enttäuschend. Indem sich der EGMR formalistisch im Deutungsrahmen der Status-Diskriminierung „verheiratet/unverheiratet“ bewegt, macht er außerdem nicht nur die faktische Diskriminierung von gleichgeschlechtlichen Paaren unsichtbar, er ordnet auch das Interesse des Kindes dem rechtlichen Status seiner Eltern unter. Ein Schritt in die Vergangenheit.

Mag^a Marion Guerrero, LL.M. (Columbia) ist Juristin und Redaktionsmitglied des *juridikum*. Sie forscht derzeit im Rahmen des Doktoratsprogramms am Europäischen Hochschulinstitut in Florenz, Italien; marion.guerrero@eui.eu

Mag^a Ines Rössl ist Juristin in Wien und Mitherausgeberin des *juridikum*; ines.roessler@univie.ac.at

2 Written Comments of Robert Wintemute on behalf of FIDH (*Fédération Internationale des ligues des Droits de l'Homme*), ICJ (International Commission of Jurists), ILGA-Europe (the European Region of the International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association), BAAF (British Association for Adoption and Fostering), and NELFA (Network of European LGBT Families Associations), submitted on 11 December 2009, abrufbar auf: http://www.ilga-europe.org/home/how_we_work/litigation/ecthr_litigation/interventions/gas_and_dubois_vs_france (2.5.2012).