

Die Ehe gleichgeschlechtlicher Paare in der Rechtsprechung des VfGH und des US-Supreme Court

Diplomarbeit

Zur Erlangung des akademischen Grades eines Mag. iur. an der
rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Leopold-Franzens-Universität Innsbruck

Eingereicht bei Univ. Prof. Dr. Anna Gamper

von Larissa Blum

Innsbruck, im Juli 2018

Danksagung

Als Erstes bedanke ich mich bei Frau Prof. Anna Gamper, die meine Diplomarbeit betreut und begutachtet hat. Für die hilfreichen Anregungen und die konstruktive Kritik bei der Verfassung dieser Arbeit möchte ich mich herzlich bedanken.

Des Weiteren möchte ich mich bei meinen gesamten Freunden und Studienkolleginnen bedanken, die mir während meiner gesamten Studienzeit immer mit Rückhalt zur Seite standen und diese dadurch ungemein verschönert haben.

Abschließend möchte ich mich bei meiner ganzen Familie, allen voran meinen Eltern Anita und Willi, die mir dieses Studium durch ihre Unterstützung ermöglicht haben, bedanken, da sie immer ein offenes Ohr für mich hatten und mir stets mit Rat und Tat zur Seite standen.

Innsbruck, im Juli 2018

Larissa Blum

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung.....	6
II.	Die rechtliche Entwicklung der Ehe in Österreich.....	8
III.	Die Entstehung der eingetragenen Partnerschaft.....	13
IV.	Berührte Grundrechte	18
	A. Gleichheitssatz.....	18
	B. Recht auf Achtung des Privatlebens	22
	C. Recht auf Achtung des Familienlebens	23
	D. Recht auf Eheschließung	25
V.	Das Erkenntnis des VfGH G 258-259/2017-9.....	27
	A. Sachverhalt und Prozessgeschichte	27
	B. Prüfungsbeschluss.....	29
	C. Die Entscheidung des Verfassungsgerichtshofes	30
	D. Analyse	34
	a. Die Rechtsprechung als Wegbereiter des Erkenntnisses	34
	b. Der Wille, Kinder zu zeugen	37
	c. Der Verfassungsgerichtshof als positiver Gesetzgeber.....	39
	d. Der Zeitpunkt der Entscheidung	41
	e. Zusammenfassung.....	42
	E. Ausblick	44
	a. Die Optionen des Gesetzgebers	44
	b. Die Reaktionen im Parlament	48
	c. Zusammenfassung.....	50
VI.	Obergefell v. Hodges – United States Supreme Court	52
	A. Sachverhalt und Prozessgeschichte	52
	B. Rechtliche Ausgangslage	53
	a. Gleichheitsgrundsatz.....	53
	b. Grundrecht auf ein faires Verfahren	54
	c. Rechtsprechung.....	55
	C. Die Entwicklung der gleichgeschlechtlichen Ehe in den USA	56

D. Rechtsproblem.....	60
E. Die Entscheidung des Supreme Court	60
a. Mehrheitsmeinung	61
i. Die Ehe als geschütztes Rechtsgut unter dem Grundrecht auf ein faires Verfahren	61
ii. Gleichbehandlungsgrundsatz	65
iii. Die Pflicht zur Anerkennung gleichgeschlechtlicher Ehen	66
b. Die Argumente der Beklagten und deren Widerlegung durch den Supreme Court	66
i. Abwarten der sozialen Bewegung für gleichgeschlechtliche Ehen	66
ii. Gefährdung der Ehe durch Zulassung gleichgeschlechtlicher Ehen.....	67
iii. Konflikt mit dem 1. Zusatzartikel zur Verfassung.....	69
c. Vota Separata	69
i. Die fehlerhafte Anwendung der Rechtsgrundlagen	69
ii. Die Rolle des Gerichts im demokratischen System	71
iii. Die Natur der Institution der Ehe	72
iv. Konflikt mit dem 1. Zusatzartikel zur Verfassung.....	74
v. Die ordnungsgemäße Rolle der Staaten im föderalen System.....	75
F. Analyse	75
a. Einleitung.....	75
b. Die Entscheidung im Lichte des gewaltenteilenden Systems.....	75
c. Die Umgestaltung der traditionellen Ehe.....	78
d. Die mangelhafte Auseinandersetzung mit den Grundrechten	80
i. Grundrecht auf ein faires Verfahren	81
ii. Die Anwendung des Grundrechts auf ein faires Verfahren statt des Gleichheitsgrundsatzes	82
iii. „Equal-Dignity“ – Rechtsprechung	84
e. Die Auswirkungen der Entscheidung auf Polygamiebestrebungen.....	84
f. Diskriminierung von nichtverheirateten Paaren	87
g. Die Frage nach der Wechselwirkung mit der Religionsfreiheit.....	88
G. Ausblick	90
a. Statistik	90
b. Die Rechtsprechung zur gleichgeschlechtlichen Ehe nach <i>Obergefell v. Hodges</i>	90

c.	Legislative Prozesse nach der Entscheidung	92
d.	Reaktionen der Exekutive auf die Entscheidung	93
e.	Zusammenfassung.....	95
VII.	Die Entscheidungen im Vergleich.....	97
A.	Gemeinsamkeiten.....	97
a.	Die Entscheidungen im Wege einer judikativen Entscheidung.....	97
b.	Die Berufung auf den Gleichheitsgrundsatz.....	98
c.	Die Entscheidungen als Wegbereiter für die eheliche Anerkennung anderer Formen von Beziehungen	99
B.	Unterschiede	101
a.	Die unterschiedliche Ausgangslage	101
b.	Die unterschiedlichen herangezogenen Grundrechte.....	102
c.	Der Aufbau der Entscheidungen.....	103
i.	Vota Separata	103
ii.	Der Begründungsstil	104
d.	Die Entscheidungen und die Religionsfreiheit	105
C.	Zusammenfassung	106
VIII.	Ausblick auf die aktuellere Rechtslage anderer Staaten.....	107
A.	Allgemeines zur gleichgeschlechtlichen Ehe weltweit	107
B.	Gleichgeschlechtliche Ehe durch gerichtliche Entscheidungen.....	108
a.	Brasilien	108
b.	Kolumbien.....	109
c.	Taiwan.....	110
d.	Die Entscheidung des Inter-Amerikanischen Gerichtshofes für Menschenrechte	110
e.	Bermuda.....	112
C.	Fazit.....	113
IX.	Schluss.....	114
X.	Literaturverzeichnis	117
XI.	Internetquellenverzeichnis.....	123
XII.	Judikaturverzeichnis.....	128

I. Einleitung

„The history of marriage is one of both continuity and change. [...] Changed understandings of marriage are characteristic of a Nation where new dimensions of freedom become apparent to new generations.“

Obergefell v. Hodges 576 U.S. ____ (2015).

Die gleichgeschlechtliche Ehe ist wohl eines der meist diskutiertesten Themen in unserer heutigen Gesellschaft. Dabei stellt die rechtliche Anerkennung homosexueller Paare ein noch relativ junges Phänomen dar, welches erst seit dem Ende des 20. Jahrhunderts existiert. Zuvor wurde Homosexualität in der jüngeren Geschichte vielfach von der Gesellschaft abgelehnt und teilweise auch unter Strafe gestellt. Mit der zunehmenden Liberalisierung der Gesellschaft änderte sich auch vermehrt die Einstellung zu homosexuellen Paaren, und so wurden ihnen immer mehr Rechte zuerkannt. Auch die Rechtsprechung in manchen Staaten trug dazu bei.

Anlässlich der noch jungen Entscheidung des Verfassungsgerichtshofes zur Öffnung der Ehe auch für gleichgeschlechtliche Paare im Dezember 2017, soll diese Arbeit dafür genutzt werden, nicht nur dieses Erkenntnis des VfGH, sondern auch die Entscheidung des Supreme Court vor knapp zweieinhalb Jahren, im Juli 2015, in welcher auch dieser die Ehe für gleichgeschlechtliche Paare in den gesamten USA ermöglichte, einer genauen und vor allem kritischen Analyse zu unterziehen. Dabei sollen die einzelnen Argumente der jeweiligen Entscheidungsbegründungen – im US-amerikanischen Erkenntnis auch die der Sondervoten – detailliert diskutiert werden.

Die Arbeit ist in drei große Teile eingeteilt, wobei die ersten beiden Blöcke die Entscheidungen jeweils einzeln analysieren. Nach einem kurzen historischen Abriss über die Entstehung der Ehe sowie der eingetragenen Partnerschaft werden die Entscheidungen ausführlich aufbereitet und dargelegt, auf deren Grundlage später die Analyse und Auseinandersetzung vorgenommen wird. Für die Analyse soll insbesondere die aktuelle wissenschaftliche Literatur zu den Entscheidungen verarbeitet werden.

Anschließend sollen die beiden Entscheidungen direkt miteinander verglichen und dabei die bestehenden Gemeinsamkeiten und Unterschiede aufgezeigt werden.

Darüber hinaus soll auch die bisherige, nationale wie auch internationale Rechtsprechung hinsichtlich gleichgeschlechtlicher Partnerschaften in einem kurzen Überblick dargestellt werden, um auch die weltweite Rechtslage zur gleichgeschlechtlichen Ehe zu präsentieren.

Ziel dieser Arbeit ist vor allem die Beantwortung der Frage, ob diese Entscheidungen durch die jeweiligen Gerichte inhaltlich und methodisch auf dem Boden der jeweiligen Verfassung stehen oder eher als ideologisch motivierte richterliche Rechtsfortentwicklung anzusehen sind.

II. Die rechtliche Entwicklung der Ehe in Österreich

Der wahrscheinlich erste überlieferte Ehetyt ist die aus dem Zeitalter der Germanen¹ stammende sogenannte Sippenvertragshe, welche aus der germanischen Rechtsvorstellung der Sippengemeinschaft stammt.² Dieser Ehevertrag wurde ursprünglich von den Sippen der Brautleute geschlossen. Dieses archaische Verständnis von der Ehe beruht auf dem überzeitlichen Charakter der Familie, durch die Verabschiedung einer jungen Frau aus ihrer bisherigen Familie und Übertritt in jene des Mannes, welche die Bedeutung einer Adoption hatte und entsprechend aufwendig war. Mit der Entwicklung von der Sippe zur patriarchalischen Hausgemeinschaft wandelte sich auch die Ehe zu einer Hausvertragshe.³ Sie entstand regelmäßig durch Vertrag zwischen dem Mann und dem Muntwalt des Mädchens – auf die Zustimmung der Braut kam es nicht an, sie war von der Willensbildung ausgeschlossen. Neben der Muntehe als rechtlich anerkannte Lebensgemeinschaft von Mann und Frau waren auch die Friedelehe⁴ und Kebsehe⁵ als legitime Lebensgemeinschaften anerkannt.⁶

Die Anschauung der Ehe im römischen Recht unterschied sich grundlegend von der neuzeitlichen, durch christliche Motive bestimmten Ehe. Die Ehe wurde viel mehr als soziale Tatsache anstelle eines Rechtsverhältnisses gesehen, die aber trotzdem weittragende rechtliche Wirkungen auslöste. Um diesen sozialen Tatbestand zu erfüllen mussten bestimmte Voraussetzungen, wie die lebenslange monogamische, in häuslicher Gemeinschaft verwirklichte Lebensgemeinschaft zur Gewinnung von Nachkommen verwirklicht sein.⁷ Die Römer unterschieden einerseits die sogenannte manus-Ehe, welche mit dem Übertritt der Frau in den Hausverband des Mannes verbunden war, von der gewaltfreien Ehe andererseits. Dieser Übertritt war ein rechtlicher Vorgang, mit welchem die Frau in die Familie des Mannes eingegliedert wurde.⁸ Im Verlauf der Zeit wurde die manus-freie Ehe zum Regelfall. Bereits im

¹ Begriff Germanen erstmals ca. 90 v.Chr. (http://www.welt-geschichte.de/html/die_germanen.html) (9.7.2018).

² *Hattenhauer*, Europäische Rechtsgeschichte (1992) 25.

³ *Floßmann/Kalb/Neuwirth*, Österreichische Privatrechtsgeschichte⁷ (2014) 99.

⁴ Freie Ehe neben der rechten Ehefrau.

⁵ Geschlechtsgemeinschaft mit unfreien Frauen.

⁶ *Olechowski*, Einführung in die historischen Grundlagen des Rechts⁴ (2016) 315.

⁷ *Hausmaninger/Selb*, Römisches Privatrecht⁹ (2001) 98.

⁸ *Apathy/Klingenberg/Pennitz*, Einführung in das römische Recht⁶ (2016) 61f.

römischen Recht war das Rechtsinstitut der Scheidung bekannt, die wiederum mit der Auflösung der manus-Gewalt des Mannes über die Frau verbunden war.

Mit Beginn des 9. Jahrhunderts traten vermehrt Bemühungen der Kirche in Erscheinung, christliche Ehevorstellungen einer unauflöselichen Verbindung eines Mannes und einer Frau zu einer Lebensgemeinschaft durchzusetzen.⁹ Dies zielte vor allem auf die Einführung des Konsensprinzips anstelle des Verlobungsrecht des Muntwalts, sowie auf die Durchsetzung kirchlicher Ehehindernisse und die Unauflöselichkeit der Ehe ab. Um diesen Vorstellungen auch zu Durchsetzbarkeit zu verhelfen, berief sich die Kirche in der nachfränkischen Zeit auf den Rechtstitel des „ius divinum“, dem göttlichen Recht, welcher jedem Gesetz der Menschen vorrangig sein musste.¹⁰

Im 12. und 13. Jahrhundert wurde die Ehe in die Sakramentslehre aufgenommen, womit eine einheitliche christliche Rechtskultur des Ehelebens geschaffen wurde und diese somit aufhörte, Teil der weltlichen Rechtsordnung zu sein. Hier war der kanonistische Grundsatz „*consensus facit nuptias*“ vorherrschend, wonach allein die Willensübereinstimmung der Brautleute ohne Voraussetzung eines formalen Trauungsaktes zu einer gültigen Ehe führte, die dadurch unauflöselich war.¹¹

Erst in der neuzeitlichen Rechtsentwicklung der Aufklärung kam es wieder zu einer Umgestaltung des Eherechts durch den Staat, welche aber den religiös-dogmatischen Grundlagen treu blieb und somit das staatlich-christliche Ehemodell formte.¹² Die Anfänge der staatlichen Ehegesetzgebung finden sich bei Maria Theresia.¹³ Einerseits bekräftigte sie, die rein bürgerlich-rechtlichen Wirkungen der Ehe von den Zivilinstanzen abklären zu lassen¹⁴, andererseits erließ sie das Gesetz über die Verlöbnisse Minderjähriger¹⁵, welches Verlöbnisse ohne Einverständnis des Zustimmungsberechtigten mit Nichtigkeit bedrohte.

⁹ Olechowski, Einführung⁴ (2016) 315.

¹⁰ Floßmann/Kalb/Neuwirth, Privatrechtsgeschichte⁷ (2014) 99ff.

¹¹ Olechowski, Einführung⁴ (2016) 315.

¹² Floßmann/Kalb/Neuwirth, Privatrechtsgeschichte⁷ (2014) 99f.

¹³ Brauneder, Studien II: Entwicklung des Privatrechts (1994) 230f.

¹⁴ VO vom 20. September 1753.

¹⁵ VO vom 12. April 1753.

Der grundlegende Wandel kam durch die Ehegesetzgebung Joseph II. Mit dem Ehepatent vom 16. Jänner 1783¹⁶ schuf er eine klare Trennlinie zwischen Ehesakrament und Ehevertrag, indem er die Ehe als „bürgerlichen Vertrag“ bezeichnete.¹⁷ Pfarrer und sonstige Geistliche sollten sich bei der Trauung vorrangig als Staatsbeamte statt als Religionsdiener verstehen.¹⁸ Ebenso wurde die Ehegerichtsbarkeit von den Diözesangerichten an die staatlichen Gerichtshöfe überwiesen.

Diese Grundsätze des josephinischen Ehepatentes wurden in das ABGB¹⁹ von 1811 übernommen,²⁰ allerdings mit einem dreifach gegliederten Eherecht jeweils für Katholiken, Protestanten und Juden mit besonders strengen Bestimmungen für die Katholikenehe.²¹ Das für Katholiken geltende Eherecht war im Wesentlichen dem kanonischen Eherecht nachgebildet.²² Es bestand daher lediglich die Möglichkeit der Aufhebung der Lebensgemeinschaft bei rechtlichem Fortbestand der Ehe, da diese lediglich durch den Tod aufgelöst werden konnte, und somit auch als Ehehindernis einer neuerlichen Eheschließung im Wege stand.²³ Bereits zu dieser Zeit schafften einige andere europäische Staaten im Gegensatz zu Österreich den vollständigen Durchbruch zur Zivilehe (Frankreich 1792, Deutsches Reich 1875).²⁴

Aufgrund dieser strengen Bestimmungen der Unauflösbarkeit der Ehe für Katholiken entwickelte sich, von Niederösterreich ausgehend, die Übung, vom Hindernis eines bestehenden Ehebandes auf administrativem Weg zu dispensieren. Das ABGB gestattete nämlich den Landesbehörden, von bestimmten Ehehindernissen Nachsicht zu erteilen, so dass diese trotz Vorliegen des Hindernisses gültig waren.²⁵ Diese

¹⁶ JGS Nr 117/1783.

¹⁷ *Michel*, Beiträge zur Geschichte des österreichischen Eherechtes 1: Maria Theresia - Franz I. (1740 - 1835) (1870) 15f.

¹⁸ *Floßmann/Kalb/Neuwirth*, Privatrechtsgeschichte⁷ (2014) 99ff.

¹⁹ JGS Nr 946/1811.

²⁰ *Michel*, Beiträge (1870) 46.

²¹ *Floßmann/Kalb/Neuwirth*, Privatrechtsgeschichte⁷ (2014) 100ff.

²² *Schima*, Das Eherecht des ABGB 1811, Beiträge zur Rechtsgeschichte Österreichs, BRGÖ 2012/1 (2012), 17.

²³ *Neschwara*, Kelsen als Verfassungsrichter Seine Rolle in der Dispensehen-Kontroverse, in: St. Paulson/M. Stolleis (Hrsg), Hans Kelsen – Staatsrechtler und Philosoph, (2005) 362.

²⁴ *Wesel*, Geschichte des Rechts in Europa: Von den Griechen bis zum Vertrag von Lissabon (2010) 374.

²⁵ *Alma*, Ein Vorschlag zur Eherechtsreform: Ein Entwurf zu einem Gesetz, betreffend die Abänderung der Bestimmungen über das Eherecht und dessen Begründung (1930) 5.

sogenannten Dispensehen, oder auch Sever-Ehen²⁶ waren so lange gültig, als sie nicht durch gerichtliches Urteil für ungültig erklärt wurden, was in einem Kompetenzkonflikt zwischen Gerichten und Verwaltungsbehörden mündete.²⁷

Diese Auseinandersetzung bestand bis in die 1930er Jahre weiter. Ein Ende kam mit dem Konkordat vom 1. Mai 1934,²⁸ mit welchem die Eherechtskompetenz für Katholiken wieder an die Kirche zurückgegeben wurde, während das ABGB und die Notzivilehe²⁹ für Nichtkatholiken fortbestand und im Burgenland die obligatorische Zivilehe nach ungarischem Ehegesetz³⁰ zu einer fakultativen wurde.³¹

Mit dem Anschluss an das Deutsche Reich wurde das Gesetz zur Vereinheitlichung des Rechts der Eheschließung und der Ehescheidung im Lande Österreich und im übrigen Reichsgebiet vom 6. Juli 1938 samt Durchführungsverordnung vom 27. Juli 1938 in Kraft gesetzt.³²

Dieses nationalsozialistische Ehegesetz wurde nach der Wiedererlangung der Souveränität Österreichs 1945 nach einer Bereinigung der Bestimmungen mit typisch nationalsozialistischem Gedankengut in die österreichische Rechtsordnung übergeleitet.³³ Es ermöglicht seitdem nur mehr die Möglichkeit einer obligatorischen Zivilehe ohne konfessionelle Rücksichten.³⁴

Im Laufe der Zeit wurde das Ehegesetz aufgrund gesellschaftlicher Veränderungen wiederholt reformiert und geändert. Ohne einen vollständigen Überblick bieten zu

²⁶ Nach dem damaligen Landeshauptmann von Niederösterreich, Albert Sever.

²⁷ Alma, Vorschag (1930) 7.

²⁸ Konkordat zwischen dem Heiligen Stuhle und der Republik Österreich samt Zusatzprotokoll, BGBl II Nr 2/1934.

²⁹ Mit der Notzivilehe wurden auch Angehörige staatlich anerkannter Religionsgemeinschaften standesamtlich geschlossen, wenn die religiöse Eheschließung wegen eines rein kirchlichen Ehehindernisses verweigert wurde. (Neuhaus, Ehe und Kindschaft in rechtsvergleichender Sicht (1979) 55.)

³⁰ Eine Besonderheit war das Eherecht im Burgenland in der Zwischenkriegszeit. Nach der Angliederung 1921/22 an Österreich blieb dort bis 1938 das ungarische Eherecht in Geltung. Neben einer verpflichtenden Zivilehe war eine Ehetrennung für alle Bürger bei Vorliegen bestimmter Gründe möglich. (Schipfer, Informationsdienst "beziehungsweise", OIF, (2013)).

³¹ Neschwara, Kelsen 383.

³² Olechowski, Einführung⁴ (2016) 316f.

³³ Gesetz vom 26. Juni 1945, StGBI Nr 31, Gesetz vom 1. Mai 1945, StGBI Nr 6 – RÜG.

³⁴ Floßmann/Kalb/Neuwirth, Privatrechtsgeschichte⁷ (2014) 104.

wollen, sollen kurz wichtige Eckpunkte der Entwicklung des Eherechts dargestellt werden.

Einen wichtigen Schritt stellt dabei die Familienrechtsreform in den 1970er Jahren dar, in welcher unter anderem das partnerschaftliche Prinzip anstelle der „patriarchalischen Hausfrauenehe“³⁵ mit dem Ehemann als Haupt der Familie in den Vordergrund gestellt wurde, sowie den Ehegatten die einvernehmliche Gestaltung ihrer Lebensgemeinschaft aufgetragen wurde.³⁶ Des Weiteren kam es zur Einführung der einvernehmlichen Scheidung,³⁷ welche das Zerrüttungs- anstelle des Verschuldensprinzips in den Vordergrund stellte. Schließlich wurde auch die erbrechtliche Stellung der Frau in der Ehe verbessert.

³⁵ *Olechowski*, Einführung⁴ (2016) 329.

³⁶ *Floßmann/Kalb/Neuwirth*, Privatrechtsgeschichte⁷ (2014) 115.

³⁷ BGBl 280/1978, BGBl 303/1978.

III. Die Entstehung der eingetragenen Partnerschaft

In Österreich kamen zu Beginn des 21. Jahrhunderts vermehrt immer wieder Forderungen auf, homosexuelle Paare heterosexuellen Paaren gleichzustellen, gab es doch schließlich zu diesem Zeitpunkt kein der Ehe vergleichbares, eigenes Rechtsinstitut für gleichgeschlechtliche Paare.³⁸ Insbesondere durch die Rechtsordnungen verschiedener europäischer Länder war ein Trend feststellbar, nichteheliche Lebensgemeinschaften sowohl gleichgeschlechtlicher, als auch verschiedengeschlechtlicher Paare, rechtlich anzuerkennen, was mit der Anpassung an neue gesellschaftliche Gegebenheiten sowie mit dem Gebot der Gleichbehandlung aller Bürger begründet wurde.³⁹ Dies wurde in den verschiedenen europäischen Staaten unterschiedlich umgesetzt, angefangen bei der Schaffung einer „Ehe light“ mit einer geringeren Bindungshöhe und geringeren Rechtsfolgen sowohl für hetero- als auch für homosexuelle Paare, über eigene eheähnliche Rechtsinstitute nur für gleichgeschlechtliche Personen bis hin zur Öffnung der Ehe auch für gleichgeschlechtliche Paare.⁴⁰ Der EGMR⁴¹ sprach bereits zu diesem Zeitpunkt homosexuellen Partnerschaften den grundrechtlichen Schutz des Privat- und Familienlebens nach Art 8 EMRK zu.⁴²

Die ersten Initiativen in Österreich stammen von der Partei „Die Grünen“ zur Schaffung eines Zivilpakts⁴³ sowie zur Öffnung der Ehe für Homosexuelle⁴⁴ aus dem Jahr 2006.⁴⁵ Von der SPÖ stammte der Gesetzesvorschlag der Schaffung einer Eingetragenen Partnerschaft.⁴⁶ Während der Plan des Zivilpakts eine Art „Ehe light“⁴⁷ sowohl für gleich- als auch verschiedengeschlechtliche Paare mit erleichterten und schnelleren Auflösungsmöglichkeiten verwirklichte, sollte das Rechtsinstitut der

³⁸ Gröger/Haller/Traar, EPG - Eingetragene Partnerschaft-Gesetz: Textausgabe mit Erläuterungen und Anmerkungen. (2010), 1.

³⁹ Deixler-Hübner, Die Regelung gleich- und verschiedengeschlechtlicher Lebenspartnerschaften: Unterschiede im europäischen Rechtsvergleich, iFamZ 2008, 199 (199f).

⁴⁰ Cornides, "Alles gleich? Gesetzesinitiativen zur Schaffung eines "Zivilpakts" und einer "Eingetragenen Partnerschaft", JBl 130 (2008) 285 (285f).

⁴¹ EGMR 24.7.2003, Karner gegen Österreich, Nr 40016/98.

⁴² ErlRV 485 BlgNr 24. GP 3; siehe unten.

⁴³ Antrag der Abg z NR Lunacek, Stoisits, Freundinnen und Freunde, 3/A 23. GP, eingebracht am 30.9.2006.

⁴⁴ Antrag der Abg z NR Lunacek, Stoisits, Freundinnen und Freunde, 5/A 23. GP, eingebracht am 30.9.2006.

⁴⁵ Cornides, JBl 130 (2008) 285ff.

⁴⁶ Antrag 582/A 22. GP des Nationalrats, eingebracht am 6.4.2005 von Abg z NR Josef Cap, Hannes Jarolim und GenossInnen.

⁴⁷ Cornides, JBl 130 (2008) 287ff.

eingetragenen Partnerschaft de facto die Öffnung der traditionellen Ehe auch für Homosexuelle eröffnen. Um die Ehe zwischen Mann und Frau unangetastet lassen zu können und damit einhergehende Diskussionen zu vermeiden, wurde der Umweg über ein eigenes Rechtsinstitut bevorzugt, welches der Ehe aber nahezu vollkommen gleich war.

Im Frühjahr 2008 ging das „Lebenspartnerschaftsgesetz“⁴⁸ in Begutachtung, mit welchem gleichgeschlechtlichen Paaren die „Lebenspartnerschaft“ mit den im Wesentlichen von der Ehe übernommenen Rechte und Pflichten zur Verfügung gestellt werden sollte.⁴⁹ In diesem war die Begründung der Partnerschaft beim Standesamt sowie ein gemeinsamer Familienname vorgesehen. Dieser Entwurf wurde von den verschiedenen Gruppen kontrovers diskutiert - vor allem der Abschluss vor einem Standesbeamten⁵⁰ - die beteiligten homosexuellen Gruppierungen forderten eine noch umfassendere Angleichung an die Ehe mit den damit verbundenen zusätzlichen Rechten der (Stiefkind)-Adoption und den Zugang zu medizinisch unterstützen Fortpflanzung, während die katholische Kirche den Entwurf als Diskriminierung und Verletzung der Institutsgarantien der Ehe wertete.⁵¹

Durch die Abhaltung von Neuwahlen im September 2008 kam es nicht mehr zu einer Einbringung in den Ministerrat, weshalb die Arbeiten an einem Bundesgesetz für gleichgeschlechtliche Paare im Regierungsprogramm für die folgende Gesetzesperiode⁵² wiederaufgenommen wurden, welche auch die Ergebnisse des vorangegangenen Begutachtungsverfahrens sowie des politischen Diskurses berücksichtigte. Die eingetragene Partnerschaft sollte dabei, wie aus den Erläuterungen zur Regierungsvorlage⁵³ zu entnehmen ist, ausdrücklich keine „Ehe light“ oder „Schmalspurehe“ darstellen.

Dieser Gesetzesentwurf trug den Titel „Eingetragene Partnerschafts-Gesetz“, wurde am 17.11.2009 in den Ministerrat eingebracht und im parlamentarischen Prozess

⁴⁸ ME LPartG, 189/ME 23. GP.

⁴⁹ Gröger/Haller/Traar, EPG (2010) 2ff.

⁵⁰ Deixler-Hübner, iFamZ 2008, 199 (203).

⁵¹ Gröger/Haller/Traar, EPG (2010) 2ff.

⁵² 24. Gesetzesperiode.

⁵³ ErlRV 485 BlgNR 24. GP, 3.

mittels Abänderungsanträgen geändert und vervollständigt. Schließlich wurde das EPG am 10.12.2009 mit einfacher Mehrheit (110 Ja- zu 64 Nein-Stimmen) vom Nationalrat beschlossen und blieb im Bundesrat unbeeinträchtigt mit 44 Ja- zu 8 Nein-Stimmen. Das EPG wurde im BGBl I 2009/135 am 30.12.2009 kundgemacht und trat am 1.1.2010 in Kraft.

Das EPG in seiner ursprünglichen Fassung enthielt mehr als 70 Unterschiede zur klassischen Ehe,⁵⁴ die zum Teil an der unteren Wahrnehmungsschwelle lagen, zum Teil aber auch eine erhebliche Ungleichbehandlung nach sich zogen.⁵⁵ So wurden eingetragene Partnerschaften nicht vor dem Standesamt geschlossen, sondern vor der Bezirksverwaltungsbehörde protokolliert. Es war auch vorgesehen, dass die eingetragenen Partner ihren bisherigen Namen beibehalten mussten. Es bestand zwar die Möglichkeit der verwaltungsbehördlichen Namensänderung nach dem NÄG⁵⁶, wo der Name des Partners voran- oder nachgestellt werden konnte, dies allerdings ohne Bindestrich sowie in einem separaten Verfahren, während im Ehegesetz nach § 93 ABGB⁵⁷ automatisch die Annahme eines gemeinsamen Familiennamens vorgesehen ist. Ebenso wurde bei den eingetragenen Partnern vom Nachnamen anstelle des Familiennamens gesprochen.⁵⁸ Das EPG enthielt auch absichtlich keine Bestimmungen, welche sich auf Kinder beziehen oder die das Kindschaftsrecht ändern, wonach auch Adoptionen der Kinder eines Partners sowie das Verbot der medizinisch unterstützten Fortpflanzung ausgeschlossen bleiben sollten.⁵⁹

Viele dieser Unterscheidungen wurden im Laufe der Zeit vor allem durch die Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes und des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte sowie die darauffolgenden entsprechenden Anpassungen der gesetzlichen Regelungen durch den Gesetzgeber Stück für Stück aufgehoben. So entschied der VfGH⁶⁰ im Jahr 2012, dass die Schreibweise des Nachnamens ohne Bindestrich gegen den Gleichheitssatz gemäß Art 7 B-VG verstößt, da er keine

⁵⁴ Gröger/Haller/Traar, EPG (2010) 5ff.

⁵⁵ Gitschthaler et al, Kommentar zum Ehe- und Partnerschaftsrecht: EheG und EPG samt ehe- und partnerschaftsrechtlichen Bestimmungen des ABGB und den einschlägigen Sozialversicherungs- sowie des Pensionsrechts (2011) 805f.

⁵⁶ BGBl Nr 195/1988.

⁵⁷ JGS Nr 946/1811.

⁵⁸ Gröger/Haller/Traar, EPG (2010) 5f.

⁵⁹ Gitschthaler et al, Kommentar (2011) 804ff.

⁶⁰ VfGH 3. 3.2012, B518/11.

sachliche Rechtfertigung für diese, eingetragene Partner gegenüber Eheleuten benachteiligende unterschiedliche Regelung erkennen könne. Im darauffolgenden Jahr hob der VfGH⁶¹ eine Bestimmung im Personenstandsgesetz,⁶² wonach eingetragene Partnerschaften nur in den Amtsräumen der Bezirksverwaltungsbehörde geschlossen werden konnten, als diskriminierend iSd Art 14 iVm Art 8 EMRK⁶³ auf. Durch eine Änderung des PStG im Jahr 2016⁶⁴ wurde schließlich festgelegt, dass auch die eingetragene Partnerschaft vor der jeweils örtlich zuständigen Personenstandsbehörde (Standesamt) geschlossen werden soll.

Der EGMR entschied im Fall *X et al. gegen Österreich*⁶⁵ vom 19. Februar 2013, dass das Verbot der Stiefkindadoption durch gleichgeschlechtliche Paare im Gegensatz zur entsprechenden Möglichkeit bei verheirateten als auch nicht-verheirateten verschiedengeschlechtlichen Paaren gegen Art 14 EMRK iVm Art 8 EMRK verstoße, in dessen Folge die diskriminierende Rechtslage durch das Adoptionsrechtsänderungsgesetz 2013⁶⁶ entsprechend geändert wurde. Durch Einführung des neuen § 197 ABGB⁶⁷ wurde die Stiefkindadoption nun auch für gleichgeschlechtlichen Partnerschaften ermöglicht. Durch den VfGH⁶⁸ wurde anschließend auch das Verbot der gemeinsamen Fremdkindadoption in eingetragenen Partnerschaften sowie das Verbot der Samenspende für lesbische Paare⁶⁹, aufgrund einer fehlenden sachlichen Rechtfertigung einer Differenzierung nach der sexuellen Orientierung, aufgehoben. Nach *Graupner*⁷⁰ war Österreich damit das einzige Land der Welt, in welchem gleichgeschlechtliche Paare völlig gleiche Familiengründungsrechte wie verschiedengeschlechtliche Paare hatten.

Die verbleibenden Unterschiede zwischen der Ehe und der eingetragenen Partnerschaft betreffen vor allem die lockerere Bindung durch die eingetragene Partnerschaft. So kann eine eingetragene Partnerschaft bereits nach drei Jahren wegen

⁶¹ VfSlg 19758/2013.

⁶² §47a PStG, idF BGBl I 16/2013.

⁶³ BGBl Nr 210/1958.

⁶⁴ BGBl I Nr 120/2016.

⁶⁵ EGMR 19.03.2013 *X et al. gegen Österreich*, Nr 19010/07.

⁶⁶ BGBl I Nr 179/2013.

⁶⁷ JGS Nr 946/1811 idF BGBl I Nr 179/2013.

⁶⁸ VfSlg 19942/2014.

⁶⁹ VfSlg 19824/2013; VfGH 10.12.2012, G 44/2013.

⁷⁰ *Graupner*, „Auf die grundsätzliche Möglichkeit der Elternschaft ausgerichtet“: Über die Verfassungswidrigkeit des Eheverbots für gleichgeschlechtliche Paare, EF-Z 2017/4, 12 (12).

unheilbarer Zerrüttung einseitig aufgelöst werden, anstelle der sechs Jahre bei der Ehe.⁷¹ Eine weitere Unterscheidung betrifft die fehlende Treueverpflichtung im EPG – hier wird nur von einer „umfassenden partnerschaftlichen Lebensgemeinschaft und Vertrauensbeziehung“⁷² gesprochen. Ebenso bestehen unterschiedliche Mindestalter für das Eingehen einer Ehe oder eingetragenen Partnerschaft.⁷³ Schließlich sind auch geringere Unterhaltspflichten nach einer Auflösung vorgesehen.⁷⁴

⁷¹ § 15 (3) EPG, BGBl I Nr 135/2009 v. § 55 (3) EheG, dRGBI I S 807/1938.

⁷² § 8 (2) EPG.

⁷³ § 4 (1) EPG v. § 1 (2) EheG.

⁷⁴ § 20 (4) EPG v. §§ 69 (3), 69a (2) EheG.

IV. Berührte Grundrechte

Es besteht zweifelsohne ein Grundbedürfnis der Menschen nach Zusammenleben und Sicherheit. Durch Schaffung und Gestaltung der verschiedenen Rechtsinstitute der Ehe und der eingetragenen Partnerschaft wird dieses Grundbedürfnis in seiner Form und seinem Umfang durch den Gesetzgeber vorgegeben und eingeschränkt. Die Vorenthaltung eines dieser Rechtsinstitute für bestimmte Personen sowie die Festsetzung der zwischen diesen bestehenden Unterschieden stellen einen großen Eingriff in die Rechtssphäre der Bürger dar, die ihrerseits durch die verfassungsgesetzlich gewährleisteten Grundrechte gegen mögliche Missbräuche und Überschreitungen durch den Gesetzgeber geschützt sind.

A. Gleichheitssatz

Der Gleichheitssatz ist das wohl am nächsten liegende Grundrecht, wenn man an die unterschiedlichen Regelungen der verschiedenen Rechtsinstitute der Ehe und der eingetragenen Partnerschaft denkt.

Normiert ist der Gleichheitssatz im Art 7 B-VG⁷⁵ sowie im Art 2 StGG⁷⁶.

Der persönliche Geltungsbereich bezieht sich nach dem Wortlaut auf die Gleichberechtigung der Staatsbürger, es handelt sich um ein Staatsbürgerrecht, was aber von der jüngeren Judikatur des VfGH teilweise – allerdings gestützt auf Art I BVG-Rassendiskriminierung⁷⁷ und somit nur für Drittstaatsbürger zueinander⁷⁸ - überwunden wurde.⁷⁹ Außerdem gibt es den Sonderfall des unionsrechtlichen Diskriminierungsverbotes nach Art 18 AEUV⁸⁰ wonach Unionsbürger im Anwendungsbereich des Unionsrechts in einem Mitgliedsstaat nicht gegenüber dessen Staatsbürgern diskriminiert werden dürfen, was unter Umständen zu einer

⁷⁵ Bundes-Verfassungsgesetz in der Fassung von 1929, StF: BGBl Nr 1/1930 (WV).

⁷⁶ Staatsgrundgesetz vom 21. December 1867, über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger für die im Reichsrathe vertretenen Königreiche und Länder, StF: RGBl Nr 142/1867.

⁷⁷ BGBl Nr 390/1973.

⁷⁸ Berka, Art 7 B-VG, in *Kneihls/Lienbacher*, Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht (2018) 19.

⁷⁹ Berka, Die Grundrechte: Grundfreiheiten und Menschenrechte in Österreich (1999) 498ff.

⁸⁰ BGBl III Nr 86/1999.

Inländerdiskriminierung führen kann.⁸¹ Diese findet allerdings ihre Grenze wiederum am Gleichheitssatz des Art 7 B-VG.⁸²

Der Gleichheitssatz gebietet nach seinem Wortlaut alle Staatsbürger vor dem Gesetz gleich zu behandeln. In der Judikatur des VfGH hat der Gleichheitsgrundsatz in mehrfacher Hinsicht eine über seinen Wortlaut weit hinausreichende Bedeutung erhalten. So verbietet es Art 7 B-VG dem Gesetzgeber, Ungleiches gleich oder Gleiches ungleich zu behandeln.⁸³ Der Gleichheitssatz wurde zu einem umfassenden Sachlichkeitsgebot,⁸⁴ welches umfassend alle Erscheinungsformen der Staatsgewalt bindet, ausgebaut, welches auch gewisse Aspekte des Vertrauensschutzes umschließt.⁸⁵ Er umfasst ebenso ein Privilegierungsverbot, ein Diskriminierungsverbot, sowie ein Differenzierungsverbot/-gebot.

Da jede gesetzliche Differenzierung zwangsläufig auf eine Ungleichbehandlung hinausläuft, sind dem Gleichheitssatz Grenzen gesetzt, und zwar indem rechtliche Differenzierungen durch tatsächliche Unterschiede der geregelten Sachverhalte gerechtfertigt werden müssen – es bedarf einer Relation zwischen den zu beurteilenden Regelungen und den tatsächlichen Gegebenheiten.⁸⁶ Umgekehrt dürfen Sachverhalt auch nur dann gleichbehandelt werden, wenn auch dies wiederum sachlich gerechtfertigt ist.

Im System der Gewaltenteilung entscheidet grundsätzlich der einfache Gesetzgeber, welche politischen Ziele durch die Gesetzgebung angestrebt und verwirklicht werden sollen, weshalb auch der VfGH in seiner ständigen Rechtsprechung diesem einen rechtspolitischen Gestaltungsspielraum belässt, in welchem der Gesetzgeber seine politischen Ziele auf die ihm geeignet erscheinende Art zu verfolgen.⁸⁷ Lange Zeit drückte der VfGH dies durch das besondere Maß richterlicher Zurückhaltung aus, wohingegen die sogenannte „Exzess-Judikatur“ seit langem überholt ist, nach welcher

⁸¹ *Berka*, Art 7 B-VG, in Kneihls/Lienbacher (Hrsg.), Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht (2018) 21f.

⁸² *Mayer/Muzak*, B-VG Bundes-Verfassungsrecht⁵ (2015) 600.

⁸³ *Korinek*, Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit (2000) 90.

⁸⁴ *Berka*, Grundrechte (1999) 503ff.

⁸⁵ *ibid.*, 491.

⁸⁶ *ibid.*, 491ff.

⁸⁷ *ibid.*, 491ff.

nur grobe Verstöße gegen das Sachlichkeitsgebot eine Regelung gleichheitswidrig machen sollten.

So entschied der VfGH bisher bis Dezember 2017 in ständiger Rechtsprechung,⁸⁸ dass keine Diskriminierung nach Art 7 B-VG vorliege, wenn der Gesetzgeber verschiedene institutionelle Rahmen für die Verehelichung verschiedengeschlechtlicher Personen einerseits und das Eingehen einer eingetragenen Partnerschaft für gleichgeschlechtliche Personen andererseits vorsehe. Allerdings bedürfe eine Ungleichbehandlung einer der Partnerschaftsformen gegenüber der anderen eine sachliche Rechtfertigung durch einen Sachzusammenhang zwischen Institut und Rechtsfolge, eine Diskriminierung „aus Prinzip“ sei unzulässig.

Eine weitere Rechtsquelle des Gleichheitssatzes findet sich als akzessorisches Diskriminierungsverbot im Art 14 EMRK,⁸⁹ welches jede Form der Diskriminierung nur im Hinblick des Genusses der Konventionsrechte verbietet. Die EMRK selbst enthält keinen allgemeinen Gleichheitssatz, dies wurde erst durch das 12. Zusatzprotokoll zur EMRK,⁹⁰ welches am 1. April 2005 in Kraft trat, verwirklicht.⁹¹ Dieses wurde in Österreich allerdings bis heute nie ratifiziert.

Das Diskriminierungsverbot ergänzt die durch die Konvention garantierten Rechte um das Gebot der Nichtdiskriminierung. Auch Art 14 EMRK verbietet Diskriminierungen wegen bestimmter persönlicher Eigenschaften, zu denen nach der Rechtsprechung des EGMR⁹² auch die sexuelle Orientierung zählt.⁹³ In ständiger Rechtsprechung judiziert der EGMR, dass eine Ungleichbehandlung nur relevant ist, wenn die Sachverhalte vergleichbar sind, eine Identität ist nicht erforderlich.⁹⁴

In der Praxis kommt Art 14 EMRK vor allem dann zur Anwendung, wenn Ungleichbehandlungen in Zusammenhang mit der Verletzung des Privat- oder des

⁸⁸ VfSlg 19492/2011; VfSlg 19682/2012.

⁸⁹ BGBl Nr 210/1958.

⁹⁰ 12. ZP EMRK v. 4.11.2000, ETS Nr 177.

⁹¹ *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention⁶ (2016) 627ff.

⁹² EGMR 23.11.1983 *van der Musselle gegen Belgien*, Nr 8919/80; EGMR 27.03.1998, *Petrovic gegen Österreich*, Nr 20458/92.

⁹³ *Karpenstein/Mayer*, EMRK Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten² (2015) 394f.

⁹⁴ EGMR 13.07.2010, *Clift gegen Vereinigtes Königreich*, Nr 7205/07.

Familienlebens nach Art 8 EMRK – insbesondere auch in Sachverhalten betreffend der sexuellen Orientierung - geltend gemacht werden.⁹⁵

Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass Art 14 EMRK verletzt ist, wenn der Staat entweder Personen in vergleichbarer oder rechtserheblich ähnlicher Lage ohne sachliche und vernünftige Rechtfertigung unterschiedlich behandelt oder ohne sachliche und vernünftige Begründung Personen in eindeutig unterschiedlicher Lage nicht unterschiedlich behandelt.⁹⁶ Bei der Frage der Rechtfertigung spricht der EGMR den Staaten einen engeren oder weiteren Ermessensspielraum zu, je nachdem, ob es sich um Ungleichbehandlungen ausschließlich aufgrund bestimmter Merkmale, wie dem Geschlecht oder der sexuellen Orientierung, oder ob es sich lediglich um Fragen moralischer oder ethischer Bedeutung handelt.

Bezüglich der Ungleichbehandlung von Eheleuten und anderen Partnern judiziert der EGMR, dass dies grundsätzlich zulässig ist.⁹⁷ Im Fall *Kopf und Schalk gegen Österreich* aus dem Jahr 2010⁹⁸ entschied er, dass die Nichtzulassung gleichgeschlechtlicher Paare zur Eheschließung nicht gegen Art 14 EMRK verstößt. Ebenfalls entschied der EGMR im Fall *Ratzenböck und Seydl gegen Österreich* im Jahr 2017,⁹⁹ dass verschiedengeschlechtliche Paare durch die Unmöglichkeit der Eingehung einer eingetragenen Partnerschaft nicht in ihren Rechten nach Art 8 EMRK iVm Art 14 EMRK verletzt sind, da keine substantiellen Unterschiede zwischen den beiden Rechtsinstituten vorlägen, durch welche die Kläger diskriminiert werden könnten.

Der Vollständigkeit halber soll hier noch kurz der besondere Gleichheitssatz im Zusammenhang mit der Ehe im Art 5 7.ZP EMRK¹⁰⁰ angesprochen werden. Er verlangt die gleichen Rechte und Pflichten privatrechtlicher Art für Frauen und Männer untereinander sowie in der Beziehung zu den Kindern sowohl bei der Eheschließung,

⁹⁵ *Grabenwarter/Pabel*, Menschenrechtskonvention⁶ (2016) 631.

⁹⁶ *Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer*, EMRK Europäische Menschenrechtskonvention: Handkommentar⁴ (2017) 478ff.

⁹⁷ *Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer*, EMRK⁴ (2017) 485.

⁹⁸ EGMR 24.06.2010, *Schalk u Kopf gegen Österreich*, Nr 30141/04.

⁹⁹ EGMR 26.10.2017, *Ratzenböck u Seydl gegen Österreich*, Nr 28475/12.

¹⁰⁰ BGBl Nr 628/1988.

während aufrechter Ehe und im Fall der Auflösung.¹⁰¹ Hierbei entspricht der Ehebegriff jenem des Art 12 EMRK, weshalb diesbezüglich auf Kapitel IV.d. verwiesen werden kann. Die praktische Bedeutung des Art 5 7. ZP EMRK ist allerdings gering, so hat der EGMR bis heute noch keine Verletzung dieses Rechts festgestellt, insbesondere da die Garantien des Rechts auf Achtung des Familienlebens, das Recht auf Eheschließung sowie das Diskriminierungsverbot des Art 14 EMRK bereits den Anwendungsbereich des Art 5 7.ZP decken oder sogar darüber hinaus gehen.

B. Recht auf Achtung des Privatlebens

Die Vorschrift des Art 8 EMRK¹⁰² fasst den Schutz von vier Rechten zusammen, und zwar das Privatleben, das Familienleben, die Wohnung und die Korrespondenz.¹⁰³

Der persönliche Geltungsbereich erstreckt sich sowohl auf natürliche als auch auf juristische Personen, soweit die Rechte auf jene anwendbar sind.¹⁰⁴

Der Begriff des Privatlebens wird umfassend verstanden und kann somit nicht abschließend definiert werden. Der EGMR beurteilt von Fall zu Fall, ob ein Eingriff vorliegt oder nicht.¹⁰⁵

Unter den Begriff des Privatlebens fallen unter anderem die geschlechtliche Ausrichtung und Identifikation sowie das Sexualleben. Umfasst wird die psychische Identitätsbildung einer Person, also das Recht, sich entsprechend der eigenen Identität verhalten zu können, wozu vor allem auch der Personenstand sowie das Recht auf eine selbstbestimmte Lebensgestaltung zählen, wie eben auch Beziehungen zwischen gleichgeschlechtlichen Personen.¹⁰⁶ Vermehrt nimmt der EGMR auch gestützt auf Art 8 EMRK Stellung zur Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Paare.¹⁰⁷

¹⁰¹ *Grabenwarter/Pabel*, Menschenrechtskonvention⁶ (2016) 651f.

¹⁰² BGBl Nr 210/1958.

¹⁰³ *Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer*, EMRK⁴ (2017), 318.

¹⁰⁴ *Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer*, EMRK⁴ (2017) 321.

¹⁰⁵ *Korinek et al*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht Band II - Kommentar zu den Grundrechten - 1. Halbband: EMRK, ZPEMRK, GRC (2016) 25.

¹⁰⁶ *Karpenstein/Mayer*, EMRK² (2015) 256f.

¹⁰⁷ EGMR 7.11.2013, *Valliantos ua gegen Griechenland*, Nr 29381/09 (GK).

Auch der Schutz des Privatlebens unterliegt einem Eingriffsvorbehalt in seinem Absatz 2. Eingriffe in Art 8 EMRK sind dann gerechtfertigt, wenn sie gesetzlich vorgesehen und zum Schutz der im Absatz 2 taxativ aufgezählten Schutzgüter oder Ziele in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sind.¹⁰⁸ Das bedeutet, dass der jeweilige Eingriff im Anwendungsbereich der EMRK einem „dringenden sozialen Bedürfnis“ entsprechen sowie verhältnismäßig sein muss.¹⁰⁹ Wie bereits zu Art 14 EMRK erläutert, wird auch im Rahmen des Art 8 EMRK den einzelnen Mitgliedstaaten ein Beurteilungsspielraum zugebilligt, welcher je nach Bereich weiter oder enger gefasst wird. Insbesondere in Bereichen, in welchen zwischen den Regelungen der Konventionsstaaten große Differenzen bestehen, wie auch gleichgeschlechtliche Partnerschaften, garantiert der EGMR einen weiten Entscheidungsspielraum des einzelnen Staates, da ein gemeinsamer Regelungsstandard nur schwer feststellbar ist.¹¹⁰

C. Recht auf Achtung des Familienlebens

Ein weiterer möglicher Berührungspunkt der Regelung der eingetragenen Partnerschaft bildet das auch im Art 8 EMRK festgelegte Recht auf Achtung des Familienlebens. Träger des Rechts auf Achtung des Familienlebens sind kraft seines Wortlauts nur natürliche Personen.¹¹¹

Der konventionsrechtliche Familienbegriff setzt das Bestehen einer Familie voraus und schützt nicht bereits den Wunsch auf Familiengründung, insbesondere auch kein Recht auf Adoption.¹¹² Ebenso stellt der EGMR auf eine durch soziale Verbindung begründete Familie, nicht alleine biologische oder rechtliche Beziehungen, ab.¹¹³ Der Umfang des Schutzgutes Familienleben garantiert das Recht, miteinander das Leben zu führen und persönliche Kontakte zueinander halten zu können. Ein Eingriff liegt vor, wenn staatliche Maßnahmen dieses Zusammenleben verhindern.¹¹⁴ Zudem trifft

¹⁰⁸ *Grabenwarter/Pabel*, Menschenrechtskonvention⁶ (2016) 301.

¹⁰⁹ *Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer*, EMRK⁴ (2017) 359f.

¹¹⁰ *Grabenwarter/Pabel*, Menschenrechtskonvention⁶ (2016) 305.

¹¹¹ E contrario *Grabenwarter/Pabel*, Menschenrechtskonvention⁶ (2016) 280.

¹¹² *Karpenstein/Mayer*, EMRK² (2015) 264f.

¹¹³ *Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer*, EMRK⁴ (2017) 340.

¹¹⁴ *Grabenwarter/Pabel*, Menschenrechtskonvention⁶ (2016) 297f.

den Staat die positive Pflicht, sicherzustellen, dass sich die Beziehungen zwischen den Familienmitgliedern normal entwickeln können.¹¹⁵

Nach der Rechtsprechung des EGMR bilden nichteheliche Lebensgemeinschaften eine Familie,¹¹⁶ allerdings ursprünglich nur dann, wenn es sich dabei um verschiedengeschlechtliche Partnerschaften handelt,¹¹⁷ was er damit begründet, dass nur wenige Mitgliedstaaten Tendenzen zu einer rechtlichen Anerkennung gleichgeschlechtlicher Partnerschaften hätten.¹¹⁸ Im Gefolge zunehmender Anerkennung gleichgeschlechtlicher Partnerschaften durch die Konventionsstaaten entwickelte sich die EGMR-Rechtsprechung dahin, dass sich auch gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaften auf das Recht auf Achtung des Familienlebens berufen können.¹¹⁹ Beziehungen, die den Anforderungen an ein Familienleben nicht erfüllen, fallen im Regelfall in den Bereich des Privatlebens.¹²⁰

Der EGMR leitete in der Rechtssache *Oliari*¹²¹ im Jahr 2015 erstmals aus Art 8 EMRK eine Verpflichtung der Staaten ab, gleichgeschlechtliche Partnerschaften grundsätzlich rechtlich anzuerkennen und zu schützen, wobei er in der Frage der Ausgestaltung den Konventionsstaaten einen großen Gestaltungsspielraum einräumt.¹²² So sind nach dem bisherigen Verständnis des EGMR die Mitgliedstaaten nicht verpflichtet, die Ehe auch für gleichgeschlechtliche Paare zu öffnen. Dies wird mit der mangelnden Konsensfähigkeit unter den Vertragsparteien begründet, wodurch es außerhalb der Reichweite der EMRK liege, den Staaten die Schaffung einer derartigen Institution für gleichgeschlechtliche Paare aufzuerlegen.¹²³

¹¹⁵ *Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer*, EMRK⁴ (2017) 345.

¹¹⁶ EGMR 3.12.2009, *Zaunegger gegen Deutschland*, Nr 22028/04.

¹¹⁷ EGMR 10.5.2001, *Estevez gegen Spanien*, Nr 56501/00.

¹¹⁸ *Karpenstein/Mayer*, EMRK² (2015) 265f.

¹¹⁹ EGMR 7.11.2013, *Vallianatos ua gegen Griechenland (GK)*, Nr 29381/01; EGMR 22.07.2010, *P.B. et al gegen Österreich*, Nr 18984/02.

¹²⁰ *Karpenstein/Mayer*, EMRK² (2015) 266.

¹²¹ EGMR 21.07.2015, *Oliari et al. gegen Italien*, Nr 18766/11 und Nr 36030/11. Verurteilung Italiens zur Einführung einer eingetragenen Partnerschaft für gleichgeschlechtliche Partnerschaften wegen Verletzung des Art 8 EMRK.

¹²² *Khakzadeh-Leiler*, Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare: Verfassungsrechtliche Überlegungen zu VfGH 4. 12. 2017, G 258/2017, EF-Z 2018/28, 52 (56).

¹²³ *Aichhorn*, in Schwimmm/Kodek, *ABGB* Band 2^f 583.

Bezüglich der Rechtfertigungsgründe kann auf das bereits zum Schutz des Privatlebens Gesagte verwiesen werden.

D. Recht auf Eheschließung

Das Recht auf Eheschließung ist im Art 12 EMRK festgelegt, hat aber in der Rechtsprechung des EGMR keine große Bedeutung erlangt.¹²⁴ Vom Schutzbereich umfasst sind Männer und Frauen im heiratsfähigen Alter.

Er garantiert in seinem Kern das Recht, selber zu entscheiden ob und wen eine Person heiraten will. Er beschränkt sich darauf, die Freiheit zu schützen, eine Ehe einzugehen sowie eine Familie gründen zu können. Er enthält keine darüberhinausgehende Schutzpflicht für bestehende Ehen oder Familien – diese ist im Art 8 EMRK enthalten. Art 12 EMRK verpflichtet die Mitgliedstaaten das Institut der Zivilehe vorzusehen.¹²⁵ Nach dem Wortlaut des Art 12 EMRK erstreckt sich das Recht auf Eheschließung nicht auf gleichgeschlechtliche Paare, er nimmt ausdrücklich auf Männer und Frauen Bezug. Es gibt also noch keinen Anspruch auf Eheschließung mit einem gleichgeschlechtlichen Partner, der EGMR geht bisher vom traditionellen Bild einer Ehe nur zwischen zwei Personen verschiedenen Geschlechts aus.¹²⁶ Diese Auffassung scheint er nun aber nach und nach zu ändern.¹²⁷ So entschied er im Fall *Schalk & Kopf gegen Österreich*¹²⁸ aus dem Jahr 2010 erstmals: „*the Court would no longer consider that the right to marry enshrined in Article 12 must in all circumstances be limited to marriage between two persons of the opposite sex*“. Im selben Zug entschied er aber auch, dass die Mitgliedstaaten nicht verpflichtet sind, die Ehe auch für gleichgeschlechtliche Paare zu öffnen.

Ein Eingriff in das Recht auf Eheschließung liegt vor, wenn dieses Recht durch staatliches Handeln beschränkt wird sowie wenn der Staat es unterlässt, vor Eingriffen

¹²⁴ Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, EMRK⁴ (2017) 450f.

¹²⁵ Karpenstein/Mayer, EMRK² (2015) 361.

¹²⁶ EGMR 28.11.2006, *Parry gegen Vereinigtes Königreich*, Nr 42971/05; EGMR 27.09.1990, *Cossey gegen Vereinigtes Königreich*, Nr 10843/84.

¹²⁷ Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, EMRK⁴ (2017) 450f.

¹²⁸ EGMR 24.06.2010, *Schalk u. Kopf gegen Österreich*, Nr 30141/04.

Dritter zu schützen.¹²⁹ Ein Eingriff kann sich aus formellen oder materiellen Ehevoraussetzungen ergeben.¹³⁰

Art 12 EMRK enthält zwar den Gesetzesvorbehalt der gesetzlichen nationalen Schranken, allerdings keine eigenen inhaltlichen Schranken wie beispielsweise Art 8 EMRK. Die Rechtsprechung nimmt hier eine „Wesensgehaltssperre“ an, wonach das Recht auf Eheschließung nicht derart begrenzt werden darf, dass der Kerngehalt der Garantie berührt werden würde.¹³¹ Es liegt somit eine Einschränkung des nationalen Gestaltungsspielraums in der Hinsicht vor, als dass durch dessen Gestaltungsspielraum keine Eheverbote legitimiert werden dürften. Obwohl eine Übertragung der Schrankenregelung des Art 8 Abs. 2 EMRK allgemein abgelehnt wird, wurde die Wesensgehaltssperre von der Rechtsprechung zu einer Prüfung der Verhältnismäßigkeit weiterentwickelt. Der EGMR prüft somit zwar nicht, ob eine Einschränkung in einer demokratischen Gesellschaft aufgrund eines dringenden sozialen Bedürfnisses notwendig ist, sondern nur, ob die Beschränkung willkürlich und unverhältnismäßig ist, wobei auch hier eine Interessenabwägung notwendig ist.¹³²

¹²⁹ *Karpenstein/Mayer*, EMRK² (2015) 364.

¹³⁰ *Grabenwarter/Pabel*, Menschenrechtskonvention⁶ (2016) 344.

¹³¹ *Grabenwarter/Pabel*, Menschenrechtskonvention⁶ (2016) 344.

¹³² *Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer*, EMRK⁴ (2017) 452f.

V. Das Erkenntnis des VfGH G 258-259/2017-9

Das im Wege dieser Arbeit zu analysierende Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes stammt vom 4. Dezember 2017 und hat die Geschäftszahl G 258-259/2017-9. Es wurde im Zuge der Behandlung zweier Beschwerden gemäß Art 144 B-VG erlassen, auf Grund derer durch den Verfassungsgerichtshof von Amts wegen ein Gesetzesprüfungsverfahren gemäß Art 140 B-VG eingeleitet wurde, um über die Verfassungsmäßigkeit der angefochtenen präjudiziellen Rechtsvorschrift abzusprechen.

A. Sachverhalt und Prozessgeschichte

Das Erkenntnis basiert auf zwei Beschwerden gemäß Art 144 B-VG, mit welchen die Abweisung der Beschwerden durch das Landesverwaltungsgericht Wien durch die Beschwerdeführer bekämpft wird.

Der Verfassungsgerichtshof führt den Sachverhalt in seinem Prüfungsbeschluss wie folgt aus:¹³³ *„Die beschwerdeführenden Parteien sind österreichische Staatsangehörige. Die Erst- und Zweitbeschwerdeführerin leben seit 8. Oktober 2012 miteinander in eingetragener Partnerschaft und sind die Eltern des – in dieser Beziehung aufwachsenden – minderjährigen Drittbeschwerdeführers. Gemeinsam beantragten diese am 9. Mai 2015 beim Magistrat der Stadt Wien die Einleitung des Verfahrens zur Ermittlung der Ehefähigkeit, die Zulassung der Erst- und Zweitbeschwerdeführerin zur Begründung einer Ehe, die Beurkundung der Begründung dieser Ehe und die Ausstellung je einer Heiratsurkunde für die Erst- und die Zweitbeschwerdeführerin sowie den bescheidmäßigen Abspruch über diese Anträge. Mit Bescheid vom 25. August 2015 wurden diese Anträge von der angerufenen Verwaltungsbehörde abgewiesen.“*

Das Landesverwaltungsgericht Wien wies die dagegen erhobenen Beschwerden nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung aufgrund des § 44 ABGB¹³⁴ ab, nach welchem die Ehe nur für verschiedengeschlechtliche Paare möglich ist.¹³⁵ Dabei

¹³³ VfGH E 230-231/2016-27, 12.10.2017.

¹³⁴ JGS 946/1811.

¹³⁵ Landesverwaltungsgericht Wien, 9.12.2015 VGW-101/V/020/11810/2015-2; 21.12.2015 VGW-101/020/11808/2015-11; VGW-101/V/020/11809/2015.

stützte es sich sowohl auf die Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes und des Verwaltungsgerichtshofes, als auch des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte. Aufgrund des rechtspolitischen Gestaltungsspielraumes des Gesetzgebers bei der Legalisierung von gleichgeschlechtlichen Partnerschaften verneinte es verfassungsrechtliche Bedenken. Zwar sei der Staat grundrechtlich zu einer rechtlichen Anerkennung und im Wesentlichen Gleichstellung gleichgeschlechtlicher und verschiedengeschlechtlicher Partnerschaften verpflichtet, die Absicherung durch ein eigenes Rechtsinstitut stelle aber keinen gesetzgeberischen Exzess dar. Auch das Kindeswohl mache ein Eheverbot für gleichgeschlechtliche Partnerschaften nicht rechtswidrig.¹³⁶

Diese Entscheidung des Wiener Landesverwaltungsgerichts wurde von den beschwerdeführenden Parteien mit einer Beschwerde gemäß Art 144 B-VG bekämpft. In dieser Beschwerde wurde die Verletzung mehrerer verfassungsrechtlich gewährleisteter Rechte, namentlich das Recht auf Schließung einer Ehe gemäß Art 12 EMRK sowie auf Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung auf Grund des Geschlechtes und der sexuellen Orientierung gemäß Art 2 StGG, Art 7 B-VG, Art 8, 12 und 14 EMRK geltend gemacht, sowie auch die Anwendung eines verfassungswidrigen Gesetzes behauptet. Aufgrund dessen wurde von den beschwerdeführenden Parteien ein Antrag auf Aufhebung des angefochtenen Erkenntnisses sowie eine Anregung auf Prüfung der angefochtenen Wortfolge im § 44 ABGB durch den Verfassungsgerichtshof gestellt.

Die Beschwerdeführerinnen brachten in ihrem Antrag vor, schon lange gemeinsam wie Eheleute zu leben, einander innig verbunden, sowie beide gleichberechtigte und vollwertige Eltern zu sein.¹³⁷ Sie wollten miteinander die Ehe schließen, um der Dauer- und Ernsthaftigkeit ihrer Partnerschaft nun auch rechtlich gesehen eine angemessen zu entsprechen, da das Rechtsinstitut der eingetragenen Partnerschaft nicht ihren Vorstellungen von einer rechtsverbindlichen, staatlich anerkannten und geschlossenen Verbindung entspreche. Vor allem das Partnerschaftsband sei lockerer als das Eheband und eingetragene Partner würden nicht die gleichen Rechte genießen

¹³⁶ Landesverwaltungsgericht Wien, 9.12.2015 VGW-101/V/020/11810/2015-2; 21.12.2015 VGW-101/020/11808/2015-11; VGW-101/V/020/11809/2015; VfGH E 230-231/2016-27, 12.10.2017.

¹³⁷ VfGH E 230-231/2016-27, 12.10.2017, 3ff.

wie Ehepartner. Die Beschränkung der Zivilehe auf verschiedengeschlechtliche Paare nach § 44 ABGB erachteten sie unter Hinweis auf Rechtsprechung österreichischer und US-amerikanischer Höchstgerichte sowie des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte als verfassungswidrig, und zwar, obwohl die Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes anders lautete. Diese sei nämlich zu einer Zeit ergangen, in welcher gleichgeschlechtlichen Paaren von Rechts wegen weder eine gemeinsame Elternschaft möglich war noch ein Familiengründungsrecht zugekommen wäre. Die Familiengründung sei kein sachliches Kriterium mehr für den Ausschluss gleichgeschlechtlicher Paare von der Ehe, da diesbezüglich idente Regelungen für gleich- und verschiedengeschlechtlicher Paare bestünden. Das Eheverbot gleichgeschlechtlicher Paare würde sogar dem Kindeswohl widersprechen, da Kinder gleichgeschlechtlicher Paare zwangsläufig als unehelich gelten und ihnen dadurch vermittelt würde, dass ihre Familie nicht gleichwertig mit Familien mit verschiedengeschlechtlichen Elternteilen sei. Dies gäbe den Kindern gleichgeschlechtlicher Partner das Gefühl eines Andersseins, was mit einer Stigmatisierung dieser einhergehe, obwohl das Recht eheliche und uneheliche Kinder formal weitgehend gleichbehandele.

In Folge der Behandlung der Beschwerde gegen diese Entscheidung entstanden beim Verfassungsgerichtshof Bedenken über die Verfassungsmäßigkeit der Wortfolge „verschiedenen Geschlechtes“ in § 44 ABGB sowie des gesamten EPG. Aufgrund dessen entschloss dieser am 12. Oktober 2017, diese Bestimmungen von Amts wegen gemäß Art 140 B-VG auf deren Verfassungsmäßigkeit zu prüfen.¹³⁸

B. Prüfungsbeschluss¹³⁹

Die Entscheidung des Verfassungsgerichtshofes basiert auf der Lösung der Rechtsfrage, ob die Wortfolgen „verschiedenen Geschlechtes“ des § 44 ABGB sowie das gesamte EPG verfassungskonform sind, was mit der Frage der Verfassungsmäßigkeit der Voraussetzung der Verschiedengeschlechtlichkeit für den Zugang zur Ehe sowie der Gleichgeschlechtlichkeit für die eingetragene Partnerschaft einhergeht. Er führt dazu weiter aus, es bedürfe dafür nicht nur einer Prüfung der Wortfolge „verschiedenen Geschlechtes“, sondern zusätzlich einer Prüfung des

¹³⁸ VfGH E 230-231/2016-27, 12.10.2017.

¹³⁹ VfGH E 230-231/2016-27, 12.10.2017.

gesamten EPG.

Der VfGH ging im Prüfungsbeschluss¹⁴⁰ vorerst davon aus, dass bei Zutreffen der Bedenken hinsichtlich der Verfassungskonformität die Aufhebung des gesamten EPG ein geringerer Eingriff in die bestehende Rechtslage darstelle als nur die Aufhebung der Wortfolgen der Gleichgeschlechtlichkeit, was er damit begründete, dass die zweite Möglichkeit wiederum eine spiegelbildliche Zugangsbeschränkung der eingetragenen Partnerschaft für verschiedengeschlechtliche Paare erschließe. Das gesamte EPG stünde in einem untrennbaren Zusammenhang mit der Wortfolge „verschiedenen Geschlechts“. Des Weiteren sei noch zu prüfen, ob die Aufhebung des gesamten EPG die Anordnungen in Bezug auf das EPG in anderen Gesetzesbestimmungen obsolet würden oder ob diese als „sinnentleerter Torso“ übrigblieben.

Der Verfassungsgerichtshof vermutet durch die Einschränkung der Ehe auf zwei Personen verschiedenen Geschlechts durch den § 44 ABGB sowie die Einschränkung der eingetragenen Partnerschaft auf gleichgeschlechtliche Personen durch das EPG einen Verstoß gegen den Gleichheitssatz des Art 7 B-VG sowie Art 2 StGG.¹⁴¹

Die Präjudizialität der Bestimmungen wurde vom Verfassungsgericht bejaht, da es nicht denkunmöglich sei, dass er die Bestimmungen des § 44 ABGB sowie die bekämpften Bestimmungen des EPG in seiner Entscheidung über die Beschwerde anzuwenden hätte.

C. Die Entscheidung des Verfassungsgerichtshofes¹⁴²

Der VfGH argumentiert in seinem Prüfungsbeschluss,¹⁴³ und nachfolgend wiederholend im Erkenntnis¹⁴⁴, dass sowohl Ehe als auch eingetragene Partnerschaft eine umfassende dauerhafte Lebensgemeinschaft zweier gleichberechtigter Menschen, welche auf gegenseitigen Beistand sowie Rücksichtnahme angelegt ist, seien. Beide schufen einen rechtlichen Rahmen für das gleichberechtigte Zusammenleben von Paaren, indem sie eine auf Dauer angelegte stabile Verbindung institutionalisierten.

¹⁴⁰ VfGH E 230-231/2016-27, 12.10.2017.

¹⁴¹ Die Erläuterungen zum Gleichheitssatz finden sich im Kapitel IV.a.

¹⁴² VfGH E 230-231/2016-27, 12.10.2017; VfGH G 258-259/2017-9, 4.12.2017.

¹⁴³ VfGH E 230-231/2016-27, 12.10.2017.

¹⁴⁴ VfGH G 258-259/2017-9, 4.12.2017.

Aus den Materialien und der Entstehungsgeschichte des EPG sei zu entnehmen, dass sich der Gesetzgeber bei der Schaffung eines rechtlichen Rahmens für das Zusammenleben gleichgeschlechtlicher Paare für ein von der Ehe verschiedenes Modell entschieden habe, um diesen Paaren eine adäquate Rechtsstellung zu verschaffen, ohne die eingetragene Partnerschaft aber als „Ehe light“ oder „Schmalspуреhe“ darzustellen. Viele der ursprünglichen Unterscheidungen zwischen den Rechtsinstituten seien in der Zwischenzeit durch Entscheidungen des EGMR oder der VfGH angeglichen worden, die verbliebenen Unterschiede seien nur mehr vereinzelt.¹⁴⁵ Als Beispiel brachte der VfGH hier das unterschiedliche Mindestalter für das Eingehen einer Ehe und einer eingetragenen Partnerschaft. Obwohl der Gesetzgeber bei der Schaffung des EPG davon ausgegangen sei, formuliert der VfGH weiter, dass die unterschiedlichen Rechtsinstitute aufgrund tief verwurzelter sozialer und kultureller Konnotationen der Ehe notwendig wären, da sie zumindest der Möglichkeit nach auch auf Elternschaft hin ausgerichtet ist, bestehe mittlerweile eine weitgehende rechtliche Gleichstellung von verschieden- und gleichgeschlechtlichen Paaren aufgrund der mittlerweile geltenden Rechtslage durch die rechtliche Entwicklung. Insbesondere bestehe nunmehr die Möglichkeit einer gemeinsamen Elternschaft auch für gleichgeschlechtlicher Paare durch die Möglichkeit der (gemeinsamen) Adoption, ebenso wie es nun auch zu einer Anwendung der ehe- und kindschaftsrechtlichen Bestimmungen, welche die Gestaltung der ehelichen Lebensgemeinschaft sowie die Voraussetzungen und Folgen der Auflösung oder Scheidung einer Ehe regeln, auch auf eingetragene Partner bzw. deren Kinder komme.

Nach der ständigen Rechtsprechung des VfGH bindet der Gleichheitsgrundsatz auch den Gesetzgeber.¹⁴⁶ Er setzt ihm insofern inhaltliche Schranken, als er Regelungen verbietet, die sachlich nicht begründbare Ungleichheiten vorsehen. Nur besonders schwerwiegende Gründe vermögen es, eine gesetzliche Ungleichbehandlung zu rechtfertigen, die an diskriminierungsverdächtigen Merkmalen anknüpft.

Die Rechtsinstitute der Ehe und der eingetragenen Partnerschaft, nach Ansicht des VfGH, glichen einander inhaltlich und seien weitgehend gleichgestellt, weshalb sich

¹⁴⁵ Hierbei kann auf Kapitel III zurückverwiesen werden.

¹⁴⁶ VfSlg 13.327/1993; VfSlg 16.407/2001.

diese Differenzierung in zwei Rechtsinstitute heute nicht mehr aufrechterhalten ließe, ohne gleichgeschlechtliche Paare im Hinblick auf ihre sexuelle Orientierung zu diskriminieren. Im Hinblick auf die Separierung der Ehe und der eingetragenen Partnerschaft und folglich auch verschieden- und gleichgeschlechtlicher Paare durch die geltende Rechtslage sei hier etwas, im Hinblick auf Rechtsbeziehung und Rechtsfolgen Vergleichbares in unterschiedlichen Institutionen erfasst, was, als wesentliches Element des Gleichheitssatzes, verboten werde.

Diese Trennung von Beziehungen, die in ihrem Wesen und ihrer Bedeutung für den individuellen Menschen grundsätzlich gleich seien, in unterschiedliche Rechtsinstitute, habe, vor dem Hintergrund einer bis in die jüngste Vergangenheit reichende rechtlichen und gesellschaftlichen Diskriminierung von Personen gleichgeschlechtlicher sexueller Orientierung einen diskriminierenden Effekt. Dadurch würde aus der Perspektive gleichgeschlechtlicher Paare mit dem unterschiedlichen Rechtsinstitut öffentlich und für jede Person deutlich gemacht, dass die in der eingetragenen Partnerschaft erfasste Beziehung etwas Anderes wäre als die Ehe zwischen Personen verschiedenen Geschlechts, obwohl beide Beziehungen intentional von den gleichen Werten getragen seien.

Die Trennung in zwei Rechtsinstitute bringe – auch bei gleicher rechtlicher Ausgestaltung -zum Ausdruck, dass Personen mit gleichgeschlechtlicher sexueller Orientierung nicht gleich den Personen mit verschiedengeschlechtlichen Orientierung wären, da sich die Diskriminierung wiederum durch die unterschiedliche Statusbezeichnung („verheiratet“ versus „verpartnert“), die auch in Zusammenhängen ohne Relevanz der sexuellen Orientierung offengelegt werden müsste, ergeben würde, was wiederum eine sachlich nicht gerechtfertigte Diskriminierung nach Art 7 B-VG darstelle.

Somit verstoße die gesetzliche Trennung verschiedengeschlechtlicher und gleichgeschlechtlicher Beziehungen in zwei unterschiedlichen Rechtsinstituten gegen das Verbot des Gleichheitssatzes, Personen auf Grund der sexuellen Orientierung zu diskriminieren.

Bezüglich des Umfangs der Aufhebung der verfassungswidrigen Bestimmungen zur Herstellung eines verfassungsmäßigen Zustandes wich der VfGH von seiner im Prüfungsbeschluss vertretenen Haltung ab und entschied, dass auch die Aufhebung der Wortfolgen „verschiedenen Geschlechts“ im § 44 ABGB sowie die Wortfolgen "gleichgeschlechtlicher Paare" in § 1 EPG, "gleichen Geschlechts" in § 2 EPG sowie die Ziffer 1 des § 5 Abs. 1 EPG ausreiche. Der Umfang der zu prüfenden und allenfalls aufzuhebenden Bestimmung sei derart abzugrenzen, dass einerseits nicht mehr aus dem Rechtsbestand ausgeschieden werde, als Voraussetzung für den Anlassfall ist, dass aber andererseits der verbleibende Teil keine Veränderung seiner Bedeutung erfahre. Die komplementären Zugangsbeschränkungen seien Teil eines gesetzes- bzw. rechtsinstitutsübergreifenden Systems im Partnerschaftsrecht, welches die Ehe verschiedengeschlechtlichen Paaren und die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlichen Paaren vorbehalte. Nur die Beseitigung einer Zugangsbeschränkung ergäbe weiterhin eine Beschränkung aus der anderen. Nach der Aufhebung besteht somit eine Wahlmöglichkeit zwischen Ehe und eingetragener Partnerschaft sowohl für verschieden- als auch für gleichgeschlechtlichen Paare. Dies, und der im Übrigen in Geltung bleibende Rechtsrahmen des EPG für bestehende eingetragene Partnerschaften stelle keinen völlig veränderten Gesetzesinhalt im Sinne der Rechtsprechung des VfGH dar.

Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass der VfGH also im Wesentlichen zwei Gründe für das Bestehen einer Diskriminierung und somit einen Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz sieht: Einerseits die weitgehende Angleichung beider Rechtsinstitute, wodurch nunmehr Gleiches ungleich behandelt werde, und andererseits eine, bei Aufrechterhalten der bisherigen Rechtslage vorliegende Diskriminierung homosexueller Personen durch Offenlegen ihrer sexuellen Orientierung aufgrund der unterschiedlichen Bezeichnung des Familienstandes.¹⁴⁷

Die Aufhebung der verfassungswidrigen Bestimmungen tritt mit 31. Dezember 2018 in Kraft, sodass bei unveränderter Gesetzeslage ab 1. Jänner 2019 die Rechtsinstitute der Ehe und der eingetragenen Partnerschaft sowohl für verschieden- als auch für gleichgeschlechtliche Paare offenstehen. Auf den Anlassfall wirkt die Entscheidung

¹⁴⁷ *Deixler-Hübner*, Ehe für alle?!, Zak 2018/6, 5.

gemäß Art 140 Abs. 7 B-VG zurück, sodass die beiden Beschwerdeführerinnen bereits zum unmittelbar nach der Entscheidung miteinander eine Ehe schließen können.

D. Analyse

Das Erkenntnis des VfGH zog große Aufmerksamkeit nach sich und wurde in den Medien, Presse sowie wissenschaftlicher Literatur intensiv und mitunter sehr kontrovers diskutiert. Bereits auf den Prüfungsbeschluss reagiert *Wilhelm* zynisch und titelt „*Wer will denn heute noch heiraten? Schwule und Priester!*“.¹⁴⁸ Im Rahmen dieses Kapitels soll das Erkenntnis einer umfassenden Analyse unterzogen werden und die Entscheidung des VfGH von allen Seiten kritisch begutachtet werden.

a. Die Rechtsprechung als Wegbereiter des Erkenntnisses

Eingangs kann festgestellt werden, dass dieser Entscheidung unmittelbar erst durch die Rechtsprechung des VfGH und des EGMR der Weg bereitet wurde.¹⁴⁹ Bereits zum Zeitpunkt der Schaffung des EPG im Jahr 2010 sollten die Rechte und Pflichten von eingetragenen Partnern weitgehend jenen von Ehepartnern entsprechen, allerdings sollten die beiden Rechtsinstitute trotzdem voneinander abgegrenzt werden, insbesondere auch in der Symbolkraft.¹⁵⁰

Bisher entschied der VfGH in ständiger Rechtsprechung, zuletzt im Jahr 2012,¹⁵¹ dass es eben nicht gleichheitswidrig wäre, Ehe und eingetragene Partnerschaften in unterschiedlichen Instituten zu regeln, da für die Ungleichbehandlung sachliche Gründe bestünden. Als Grund dafür wurde insbesondere die Möglichkeit der Elternschaft herangezogen.¹⁵² „[W]eder der Gleichheitsgrundsatz der österreichischen Bundesverfassung noch die Europäische Menschenrechtskonvention [gebieten] eine Ausdehnung der auf die grundsätzliche Möglichkeit der Elternschaft ausgerichteten Ehe auf Beziehungen anderer Art.“

¹⁴⁸ *Wilhelm*, VfGH-Prüfungsbeschluss (FN1) - gleichgeschlechtliche Ehe statt Partnerschaft, ecolox 2017, 1037 (1037).

¹⁴⁹ *Khakzadeh-Leiler*, Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare: Verfassungsrechtliche Überlegungen zu VfGH 4.12.2017, G 258/2017, EF-Z 2018/28, 56.

¹⁵⁰ Siehe Kapitel III.

¹⁵¹ VfSlg 19.682/2012.

¹⁵² *Khakzadeh-Leiler*, EF-Z 2018/28, 54ff.

Insbesondere die Entscheidungen des VfGH und des EGMR zur Verfassungswidrigkeit des Stief- und Fremdkindadoptionsverbots für gleichgeschlechtliche Paare sowie deren Verbot der medizinisch unterstützen Fortpflanzung näherte die Inhalte der Rechtsinstitute einander immer mehr an.¹⁵³ Trotzdem ging der VfGH¹⁵⁴ weiter davon aus, dass die Ehe immer noch etwas Anderes sei, so betonte er jeweils, dass eingetragene Partnerschaft und Ehe nicht in einem Substitutionsverhältnis stünden weshalb die eingetragene Partnerschaft die Ehe auch nicht zu gefährden vermöge. Bis zu seiner Entscheidung im Dezember 2017 sah er keine Diskriminierung bei der Nichtzulassung verschiedengeschlechtlicher Lebensgefährten zu einer eingetragenen Partnerschaft, da ihnen die Ehe offenstehe.¹⁵⁵

Auch der EGMR nimmt zwar eine konventionsrechtliche Verpflichtung zur rechtlichen Anerkennung gleichgeschlechtlicher Partnerschaften an,¹⁵⁶ allerdings aufgrund des fehlenden gesamteuropäischen Konsenses in den Mitgliedstaaten keine Verpflichtung zur Öffnung der Ehe auch für gleichgeschlechtliche Paare. Auch erkennt er einen großen Gestaltungsspielraum hinsichtlich der Ausgestaltung der rechtlichen Anerkennung. Wieso nicht auch der Verfassungsgerichtshof dem einfachen Gesetzgeber einen großen rechtspolitischen Gestaltungsspielraum eingeräumt hat, wie er dies in seiner ständigen Judikatur zum Gleichheitssatz¹⁵⁷ grundsätzlich festgehalten hat, ist aus seinem Erkenntnis nicht zu entnehmen.

Nach Ansicht des VfGH hätte sich im Gefolge dieser Entscheidungen in gewisser Weise ein Wandel der eingetragenen Partnerschaft vollzogen – sie sei von einem ursprünglich durch den Gesetzgeber inhaltlich bewusst unterschiedlich geschaffenen zu einem in wesentlichen Punkten gleich ausgestalteten Rechtsinstitut geworden. Die gegenteilige Ansicht wäre, zu sagen, der Gesetzgeber habe durch diese Anpassungen der eingetragenen Partnerschaft nach den Vorstellungen des VfGH schlussendlich nur mehr sachlich gerechtfertigte Differenzierungen bestehen lassen, womit die

¹⁵³ Hinsichtlich der Entscheidungen der Gerichte kann auf Kapitel III dieser Arbeit verwiesen werden. So wurden nicht nur das Verbot der medizinisch unterstützen Fortpflanzung, sondern auch das Verbot der Stief- und Fremdkindadoption durch gleichgeschlechtliche Paare Schritt für Schritt als verfassungswidrig festgestellt.

¹⁵⁴ VfSlg 19824/2013; VfSlg 19942/2014.

¹⁵⁵ *Deixler-Hübner*, Ehe für alle?!, Zak 2018/6, 5.

¹⁵⁶ EGMR 21.7.2015, *Oliari et al. gegen Italien*, Nr 18766/11; 36030/11.

¹⁵⁷ Siehe Kapitel 3.a.

eingetragene Partnerschaft nun mehr soweit akzeptiert sei, dass sie der Ehe vergleichbar sei und somit eine Diskriminierung nicht mehr bestehe.¹⁵⁸ Der VfGH folgert allerdings genau das Gegenteil aus dieser Rechtslage, als ein Nebeneinander der Rechtsinstitute nicht mehr aufrechtzuerhalten sei.

Im vorliegenden Fall muss allerdings aus den oben dargelegten Gründen festgestellt werden, dass es einzig der VfGH war, der seine eigene Rechtsprechung im Erkenntnis nicht mehr aufrechterhalten hat. Dem Gesetzgeber ist hier kein Vorwurf zu machen, dass er das EPG nur für Homosexuelle eingeführt hat, da er schließlich auf die Rechtsprechung vertraut hat, welche dieses Nebeneinander gebilligt, ja sogar gefördert und die bestehenden Unterschiede noch unterstrichen hat.

*Khakzede-Leiler*¹⁵⁹ stellt sich hierbei die hypothetische Frage, ob der österreichische Gesetzgeber die Diskriminierungsfalle getappt sei, indem er seine grundrechtlichen Pflichten übererfüllt habe. Dabei müsse auch die unterschiedliche Intensität des Maßes einer Prüfung durch ein nationales Verfassungsgericht und ein internationales Gericht beachtet werden, als dass der EGMR in solchen Fragen größere Zurückhaltung übe, weshalb sich der VfGH bei der Prüfung auch auf Art 7 B-VG und nicht Art 8 EMRK gestützt habe, zumal die EMRK ja vor allem auch nur einen akzessorischen Gleichheitssatz enthält. Allerdings hat sich der VfGH bisher in seiner Rechtsprechung fast immer dem EGMR angeschlossen, was er auch hier hätte machen können.

Dies erlaubt die Frage, aus welchem Grund der VfGH schließlich von dieser Rechtsprechung abwich, ohne dazu auch nur etwas zu schreiben. Er argumentiert so, als hätte der Gesetzgeber diese Unterscheidung willkürlich eingeführt. Zwar judiziert der VfGH in ständiger Rechtsprechung, dass es keinen Vertrauensschutz auf eine bestimmte Rechtsauslegung gebe,¹⁶⁰ trotzdem erscheint es schwer verständlich, wieso er dies, ohne Darlegung der Beweggründe, die ihn zu einer Änderung seiner bisherigen Rechtsprechung verleitet haben, so getan hat.

¹⁵⁸ *Ruppe*, Kritik an VfGH: Veto gegen Homoehe weiter möglich, Die Presse, 19.03.2018 (https://diepresse.com/home/recht/rechtallgemein/5391123/Kritik-an-VfGH_Veto-gegen-Homoehe-weiter-moeglich) (2.7.2018).

¹⁵⁹ *Khakzadeh-Leiler*, EF-Z 2018/28, 57.

¹⁶⁰ VfSlg 15.319/1998; 16.764/2002; 17.394/2004; 20.073/2016.

b. Der Wille, Kinder zu zeugen

Insbesondere das Verständnis der Ehe, wie sie auch nach dem Erkenntnis des VfGH im § 44 ABGB definiert wird, als Vertrag zwischen zwei Personen mit dem gesetzmäßigen Willen „Kinder zu zeugen“ erscheint nunmehr sehr problematisch. So ist es schlicht biologisch unmöglich, dass zwei gleichgeschlechtliche Personen Kinder zeugen können, was die berechtigte Frage aufwirft, weshalb nicht auch diese Wortfolge vom VfGH aufgehoben wurde.¹⁶¹

Ungeachtet des Wortlauts sei der Wille zur Zeugung von Kindern nach herrschender zivilrechtlicher Lehre und Rechtsprechung kein Wesenselement der Ehe mehr.¹⁶² Der Entschluss für oder gegen Kinder sei eine höchstpersönliche Entscheidung der Ehegatten, welche die Wirksamkeit der Ehe nicht berühre.

Diese Ansicht ist vor dem Hintergrund der Auslegung kritisch zu hinterfragen. Es scheint schwer vertretbar zu sein, einen Wortlaut so zu vernachlässigen, zumal nach der juristischen Methodenlehre primärer Ausgangspunkt jeder Auslegung der Wortsinn ist. Jede Auslegung eines Textes beginnt mit dem Wortsinn.¹⁶³ Der Wortlaut ist Ausgangspunkt für die richterliche Sinnesermittlung und steckt zugleich die Grenzen seiner Auslegungstätigkeit ab. Alles was jenseits des möglichen Wortsinns liegt, also auch bei „weitester“ Auslegung nicht mehr vereinbar ist, kann nicht als Inhalt eines Gesetzes gelten. Erst wenn der mögliche Wortsinn sowie der Bedeutungszusammenhang eines Gesetzes Raum für verschiedene Auslegungen lassen, kann auf die historisch-teleologische Interpretation abgestellt werden.

Anderer Auffassung als die herrschende zivilrechtliche Lehre und Rechtsprechung sind hier auch *Ruppe*¹⁶⁴ und *Merckens*.¹⁶⁵ Ihnen zufolge ist es nicht ausgeschlossen, dass eine Personenstandsbehörde einem gleichgeschlechtlichen Paar die Ehe mit dem

¹⁶¹ *Kerschner*, Verfassungswidrigkeit der Unterscheidung zwischen Ehe und eingetragener Partnerschaft, JBl 2018, 28 (33).

¹⁶² *Khakzadeh-Leiler*, EF-Z 2018/28, 57; *Höllwerth*, Ehe für alle, EF-Z 2018/31, 69 (71).

¹⁶³ *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft³ (1999) 141ff.

¹⁶⁴ *Ruppe*, Kritik an VfGH: Veto gegen Homoeha weiter möglich, Die Presse, 19.03.2018 (https://diepresse.com/home/recht/rechtallgemein/5391123/Kritik-an-VfGH_Veto-gegen-Homoeha-weiter-moeglich) (2.7.2018).

¹⁶⁵ *Merckens*, Ehe für alle - oder: Ein Triumph der Verwirrung, Die Presse, 15.12.2017 (https://diepresse.com/home/meinung/gastkommentar/5339380/Gastkommentar_Ehe-fuer-alle-oder_Ein-Triumph-der-Verwirrung) (2.7.2018).

Argument verweigern könnte, die Kinderzeugung sei in ihrer Beziehung ausgeschlossen. Etwas geradezu Unmögliches könne nicht Gegenstand eines gültigen Vertrages werden.¹⁶⁶ Das Argument der Zeugungsunfähigkeit verschiedengeschlechtlicher Partner könne ihrer Ansicht nach nicht herangezogen werden, da die sich im Umkehrschluss ergebende staatlich verordnete Überprüfung der individuellen Zeugungsfähigkeit einen zu großen Eingriff in das Recht auf Privatleben darstellen würde. Im Übrigen geht es ja nicht darum, ob in Einzelfällen ein heterosexuelles Paar keine Kinder bekommen kann oder will, sondern um eine Durchschnittsbetrachtung, wonach die einen Paare diese ex natura nicht bekommen *können*, und die anderen eben schon. Demnach wird es nun die Aufgabe des Gesetzgebers diese Rechtslage eindeutig zu klären.

Sehr kritisch äußert sich dazu auch *Kerschner*.¹⁶⁷ Seiner Ansicht nach stelle die Ehe nach wie vor das „vorrangige Institut zur Zeugung und Erziehung von Kindern“ dar und sei „Grundlage, Fundament des Gemeinwesens, des Staates.“¹⁶⁸ Die mittlerweile fehlende Existenz der Kinderzeugungspflicht als Wesenselement der Ehe sei bloße rechtspolitische Forderung, aber nicht geltendes Recht. Die Pflicht zur Zeugung von Kindern diene nicht nur Individualinteressen, sondern liege vor allem nach der Intention des Gesetzgebers auch nach wie vor im öffentlichen Interesse. Hierzu beruft er sich auf die Materialien zu den Familienrechtsnovellen 1975¹⁶⁹ und 1999¹⁷⁰, wonach der Begriff der Ehe unberührt bleibe sowie der gesonderte Scheidungsgrund der Verweigerung der Fortpflanzung in den Rechtsbestand des § 49 EheG aufgenommen werde. Es sei demnach methodisch völlig unvertretbar, der Kinderzeugungspflicht entgegen der völlig eindeutigen Absicht des Gesetzgebers keine Bedeutung mehr zuzumessen.¹⁷¹ Aufgrund des zwingenden Charakters sei auch ein einvernehmliches Abbedingen der Kinderzeugungspflicht unwirksam, eine konkrete Überprüfung der Zeugungsfähigkeit auch nach seiner Ansicht eine Verletzung der Persönlichkeitsrechte. Aus diesem Grund bestehe der rechtliche Unterschied der Pflicht zur Zeugung und Erziehung von Kindern in Ehe und eingetragener

¹⁶⁶ Dieser Ansicht auch *Wilhelm*, *ecolex* 2017, 1037.

¹⁶⁷ *Kerschner*, *JB1* 2018/1, 28ff.

¹⁶⁸ *Kerschner*, *JB1* 2018/1, 28ff.

¹⁶⁹ *ErRV* 851 *BlgNR* XIII. GP 9.

¹⁷⁰ *ErRV* 1653 *BlgNR* XX. GP 6.

¹⁷¹ *Kerschner*, *JB1* 2018/1, 33.

Partnerschaft auf „*fundamentalen anthropologischen Gegebenheiten*“ und nicht nur auf „*tief verwurzelten sozialen und kulturellen Konnotationen*“, wie dies vom VfGH begründet wurde, weshalb eine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes seiner Ansicht nach nicht vorliegen könne.¹⁷²

Demnach bleibe dem Gesetzgeber nur mehr die Wahl, auch die Pflicht zur Zeugung von Nachkommen zu streichen, was allerdings zwangsläufig dazu führen müsse, dass sich die Ehe auf Treue- und Loyalitätsbeziehung reduziere und diese somit auch für drei- oder mehrpersonale Beziehungen öffnen müsse.¹⁷³

Eine Fortschreibung der ehelichen Pflicht zur Fortpflanzung nur für heterosexuelle Ehepaare würde wiederum eine Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung darstellen, da diesen gegenüber homosexuellen Ehepaaren weitergehende Ehepflichten auferlegt werden würden.¹⁷⁴

c. Der Verfassungsgerichtshof als positiver Gesetzgeber

Kritisch gesehen werden muss auch die Rolle des Verfassungsgerichtshofes in diesem Fall. Nach seiner Konzeption ist der VfGH ein Kassationsgericht, welcher nach der Verfassung dazu geschaffen wurde, verfassungswidrige Normen aufzuheben.¹⁷⁵ Es lässt sich allerdings in jüngerer Zeit eine starke Veränderung des österreichischen Familienrechtes unter dem Einfluss vor allem der Grundrechte der EMRK feststellen, dessen Impulse aber nicht vom Gesetzgeber, sondern von den Gerichten ausgehen.¹⁷⁶ Der VfGH ist nunmehr Motor der gesellschaftlichen Entwicklung.¹⁷⁷ Dies birgt demokratiepolitische Bedenken, sind doch Gerichte, anders als der Gesetzgeber, nicht direkt demokratisch legitimiert. Durch eigenmächtige Streichung der Wortfolgen „*verschiedenen Geschlechts*“ formt der VfGH nun autonom das Rechtsinstitut der Ehe um, und wird somit zum positiven Gesetzgeber, der dem einfachen Gesetzgeber kaum mehr Spielraum lässt.¹⁷⁸ Dies steht auch im Widerspruch zu seiner ständigen Judikatur,

¹⁷² Kerschner, JBl 2018/1, 33.

¹⁷³ Kerschner, JBl 2018/1, 33.

¹⁷⁴ Schoditsch, Gerichte als neue Gesetzgeber im Familienrecht? Anmerkung zu VfGH 4.12.2017, G258/2017 ua, ÖJZ 2018/47, 381 (381).

¹⁷⁵ Wilhelm, eolex 2017, 1037; Schoditsch, ÖJZ 2018/47, 382.

¹⁷⁶ Schoditsch, ÖJZ 2018/47, 381.

¹⁷⁷ Höllwerth, Ehe für alle, EF-Z 2018/31, 70.

¹⁷⁸ Kerschner, JBl 1/2018, 33.

die er auch in diesem Erkenntnis wiederholt, wonach er nur so viel aufhebe, dass es nicht zu einer vollständigen Bedeutungsänderung des Inhalts komme.¹⁷⁹ Genau dies ist durch die Entscheidung allerdings geschehen, vor allem in Bezug auf das EPG, welches nunmehr als alternative Option neben die Ehe tritt und für alle Menschen ermöglicht wurde. Dies läuft der Intention und dem Willen des Gesetzgebers klar zuwider, wonach er die eingetragene Partnerschaft als eigenes Rechtsinstitut nur für gleichgeschlechtliche Paare geschaffen hat, um diesen rechtliche Anerkennung zu verschaffen. In den Erläuterungen zur Regierungsvorlage¹⁸⁰ zur eingetragenen Partnerschaft hält er ausdrücklich fest, dass er diese bewusst auf homosexuelle Paare einschränke, da heterosexuellen Paaren schließlich ohnehin die Möglichkeit einer Eheschließung offenstehe.¹⁸¹

Zudem vertrat der VfGH selbst noch im Prüfungsbeschluss¹⁸² die Auffassung, die Aufhebung des gesamten EPG wäre im Vergleich zur Aufhebung nur der spiegelbildlichen Zugangsbeschränkung der Gleichgeschlechtlichkeit im EPG der geringere Eingriff, da durch zweites der verbleibende Gesetzesteil insofern einen „[...] völlig veränderten Inhalt bekommen würde, als verschieden- und gleichgeschlechtliche Paare jeweils eine Ehe oder eine eingetragene Partnerschaft eingehen könnten. Eine allfällige Aufhebung des gesamten EPG dürfte daher – so die vorläufige Ansicht des Verfassungsgerichtshofes – gegenüber einer Aufhebung nur der Wortfolgen „gleichgeschlechtlicher Paare“ in § 1 EPG, „gleichen Geschlechts“ in § 2 EPG sowie der Ziffer 1 des § 5 Abs. 1 EPG den geringeren Eingriff in die bestehende Rechtslage zur Beseitigung einer allfälligen Verfassungswidrigkeit darstellen. Insoweit dürfte das gesamte EPG mit der in Prüfung gezogenen Wortfolge in § 44 ABGB in einem untrennbaren Zusammenhang stehen.“¹⁸³

Nach Schoditsch¹⁸⁴ habe der VfGH durch die Öffnung der Ehe auch für homosexuelle

¹⁷⁹ „Dass nach der Aufhebung verschieden- wie gleichgeschlechtlichen Paaren jeweils die Wahl zwischen Ehe und eingetragener Partnerschaft offensteht, stellt im Hinblick darauf, dass das EPG im Übrigen damit auch für bestehende eingetragene Partnerschaften als Rechtsrahmen in Geltung bleibt, keinen völlig veränderten Gesetzesinhalt im Sinne der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs dar.“ VfGH 4.12.2017, G258/2017 ua (G258-259/2017-9).

¹⁸⁰ ErläutRV 485 BlgNR 24, GP 8.

¹⁸¹ Schoditsch, ÖJZ 2018/47, 382.

¹⁸² VfGH 12.10.2017, E 230-231/2016-27.

¹⁸³ VfGH 12.10.2017, E 230-231/2016-27.

¹⁸⁴ Schoditsch, ÖJZ 2018/47, 382.

Paare im Ergebnis Zivilpakte nach dem französischen Vorbild der PACS¹⁸⁵ (Pacte civil de solidarité) im österreichischen Familienrecht geschaffen.¹⁸⁶

*Wilhelm*¹⁸⁷ zufolge wäre dem VfGH nur die Möglichkeit als Kassationsgericht verblieben, die Ehe in seiner normierten Beschaffenheit aufzuheben und die Neuinstitutionalisierung wiederum dem Gesetzgeber zu überlassen.

Des Weiteren bestand kein grundrechtlicher Druck seitens des EGMR, die Ehe auch für gleichgeschlechtliche Paare zu öffnen, da dieser erst zwei Monate vor dem Erkenntnis des VfGH, im Oktober 2017, im Fall *Ratzenböck und Seydl gegen Österreich*¹⁸⁸ entschied, dass keine Diskriminierung vorliegt, wenn die eingetragene Partnerschaft auf homosexuelle Paare beschränkt sei. Somit lag die Entscheidung alleine beim VfGH, der seine eigentliche Rolle als Kassationsgericht eindeutig überschritten hat.

d. Der Zeitpunkt der Entscheidung

Die Entscheidung im konkreten Fall mag auch vor dem Hintergrund der zu diesem Zeitpunkt noch anstehenden personellen Änderungen im Gremium des Verfassungsgerichtshofes gesehen werden.¹⁸⁹ So wurden mit Ende des Jahres 2017 drei Richterstellen am Verfassungsgerichtshof vakant, da die Richter mit Ende des Jahres aus dem Amt ausscheiden, in welchem sie ihr 70. Lebensjahr vollenden.¹⁹⁰ Der Bestellvorgang sieht unter anderem vor, dass die Richter je zu bestimmten Teilen auf Vorschlag der Bundesregierung, des Nationalrats und des Bundesrates, also ausschließlich politischen Gremien, vom Bundespräsidenten ernannt werden,¹⁹¹ um die parlamentarischen Mehrheitsverhältnisse auch in der Auswahl und Bestellung der

¹⁸⁵ PACS sind eine Form einer „Ehe light“, sowohl für heterosexuelle als auch homosexuelle Paare, die im Vergleich zur traditionellen Ehe ein geringeres Maß an Bindungshöhe aufweisen und zugleich auch mit geringeren Rechtsfolgen ausgestattet sind. *Neumayr, K./Neumayr, M.*, PACS und „Ehe light“ - Modelle für Österreich? Gesetzliche Regelung „ehenaher“ Lebensgemeinschaften, *iFamZ* 2012, 198 (198).

¹⁸⁶ Anderer Ansicht: *Deixler-Hübner*, Ehe für alle?!, *Zak* 2018/6, 6.

¹⁸⁷ *Wilhelm*, *ecolex* 2017, 1037.

¹⁸⁸ EGMR 26.10.2017, *Ratzenböck und Seydl gegen Österreich*, Nr 28475/12.

¹⁸⁹ *Höllwerth*, *EF-Z*, 2018/31, 70.

¹⁹⁰ Art 147 (6) B-VG.

¹⁹¹ Art 147 (2) B-VG.

Richter darzustellen.¹⁹² Es zeichnete sich zum Zeitpunkt des Prüfungsbeschlusses ab, dass die drei Richter von der Bundesregierung beziehungsweise von Bundesrat und Nationalrat vorgeschlagen würden, was angesichts der Regierungsparteien ÖVP und FPÖ, die auch in den anderen beiden Gremien die einfache Mehrheit innehaben, auf eine konservative Richterbestellung hinauslaufen würde.

Gerade die Frage nach der Öffnung der Ehe auch für gleichgeschlechtliche Paare war eine Frage mit breiter gesellschaftlicher Tragweite, welche eben den neuen parlamentarischen Mehrheiten weltanschaulich entgegenstehen könnte. Ob dies ein Impuls zur kurzfristigen Entscheidung dieser Frage noch in alter Besetzung war, kann allerdings nur gemutmaßt werden, zumal weder Vota Separata möglich sind noch die Stimmverhältnisse, anders als beispielsweise beim US Supreme Court, offengelegt werden, um die Fiktion der Wahrung der Eindeutigkeit von Rechtsnormen aufrechtzuerhalten.¹⁹³

e. Zusammenfassung

Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass die Entscheidung des VfGH über die Öffnung der Ehe auch für gleichgeschlechtliche Personen unter „handwerklich-juristisch“ zweifelhaften Umständen zustande gekommen ist. Nicht nur die verbleibende Wortfolge lässt Anlass zu Fragestellungen bezüglich der Auslegung der Norm, sondern vor allem auch die Rolle, welche der VfGH hierbei eingenommen hat. Seine Entscheidung läuft seiner ursprünglichen Judikatur und der Intention des Gesetzgebers entgegen und wäre auch durch die Judikatur des EGMR nicht geboten gewesen. Durch die Art der Aufhebung erweist er sich – im „Gewand“ der Kassation - als positiver Gesetzgeber.

Auch obwohl der EGMR jüngst in der Sache *Orlandi et al gegen Italien*¹⁹⁴ zwar feststellte, dass „*As to legal recognition of same-sex couples, the Court notes the movement that has continued to develop rapidly in Europe since the Court’s judgment*

¹⁹² *Ehs*, Richterbestellung als Parteipolitik, Wiener Zeitung, 02.02.2018, https://www.wienerzeitung.at/themen_channel/recht/recht/944652_Richterbestellung-als-Parteipolitik.html (17.4.2018).

¹⁹³ *Ehs*, Richterbestellung als Parteipolitik, Wiener Zeitung, 02.02.2018, https://www.wienerzeitung.at/themen_channel/recht/recht/944652_Richterbestellung-als-Parteipolitik.html (17.4.2018).

¹⁹⁴ EGMR 14.12.2017, *Orlandi et al. gegen Italien*, Nr 26431/12; 26742/12; 44057/12 und 60088/12.

in Schalk and Kopf and continues to do so“, leitet er hieraus aber nach wie vor keine Verpflichtung der Mitgliedstaaten ab, die Eheschließung für gleichgeschlechtliche Paare bereitzustellen.

Diesfalls wäre es ausschließlich im Gestaltungsspielraum des einfachen Gesetzgebers als direkt demokratisch legitimiertes Gremium gelegen, bei Erkennen eines Handlungsbedarfes die bisherige Rechtslage zu ändern. Insbesondere durch die mehrheitliche Ablehnung eines Antrags der Grünen zur Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare¹⁹⁵ kurz zuvor im Frühsommer 2017 durch das Parlament wurde deutlich, dass der Gesetzgeber offenkundig nichts an der zu diesem Zeitpunkt bestehenden Rechtslage ändern wollte.

Aus den gegebenen Gründen ergibt sich bezüglich der Verfassungskonformität der Entscheidung an sich ein bedenkliches Bild. Geht man von der Ansicht der herrschenden zivilrechtlichen Lehre und Rechtsprechung davon aus, dass die Kinderzeugungspflicht des § 44 ABGB kein Wesenselement der Ehe mehr darstellen würde und auch die rechtliche Elternschaft umfasst wäre, könnte man das Erkenntnis als verfassungskonform annehmen. Allerdings erscheint es vor dem Hintergrund der juristischen Methodenlehre verfassungsrechtlich äußerst bedenklich, einfach einen eindeutigen Wortlaut zu übergehen und zu behaupten, dieser gelte nicht mehr, wo doch primär die Auslegung wortlautbezogen zu erfolgen hat.

Des Weiteren - hier ist *Kerschners* Gedanke¹⁹⁶ prinzipiell zuzustimmen - könnten sich aus der Auslegung des Verfassungsgerichtshofs in gewisser Hinsicht wiederum neue Diskriminierungen ergeben, als dass, wenn es bei der Ehe nicht um die Kinderzeugungsabsicht gehen soll und diese lediglich aus Treue- und Loyalitätsverpflichtungen bestehe, auch mehrere Personen oder Verwandte eine Ehe eingehen dürfen müssten.

¹⁹⁵ Initiativantrag 49/A, XXV. GP, 20.11.2013

¹⁹⁶ *Kerschner*, JBl 2018/1, 33.

E. Ausblick

Zweifelsohne hinterlässt das Erkenntnis des VfGH nun einen großen Handlungsbedarf für den Gesetzgeber, wenn er die neue Rechtslage, wie sie mit 1. Jänner 2019 eintritt, so nicht beibehalten will.¹⁹⁷ Diese neue Rechtslage wirft einige Fragen auf, nicht nur, was mit bisherigen eingetragenen Partnern geschieht, die dann heiraten wollen, oder Ehepartnern, die eine eingetragene Partnerschaft eingehen wollen.¹⁹⁸ Müssen die bisherigen Partnerschaften geschieden oder aufgelöst werden oder stehen die bisherigen Beziehungen einer Ehe oder eingetragenen Partnerschaft nicht entgegen? In der Presseaussendung des VfGH zum Erkenntnis¹⁹⁹ findet sich lediglich der Hinweis, dass diese Frage von den zuständigen Behörden und Gerichten zu entscheiden seien.²⁰⁰

a. Die Optionen des Gesetzgebers

Es kommen mehrere Möglichkeiten in Betracht, die dem Gesetzgeber offenstehen, welche im folgenden Kapitel kurz dargelegt und deren Umsetzbarkeit diskutiert werden soll.

*Deixler-Hübner*²⁰¹ skizziert fünf Optionen, die für den Gesetzgeber dabei offenstehen. Die erste Option wäre die Untätigkeit des Gesetzgebers, wodurch alsdann beide Rechtsinstitute sowohl verschieden- als auch gleichgeschlechtlichen Paaren offenstehen würden. Diese Option umfasse aber das Risiko der Rechtsunsicherheit bezüglich der Auslegung der weiter bestehenden Kinderzeugungspflicht, weshalb sie aus der Sicht *Deixler-Hübners* nicht empfehlenswert sei.

Die zweite Option sieht *Deixler-Hübner* unter Hinweis auf *Merckens*²⁰², wonach der Gesetzgeber den bisherigen § 44 ABGB wiederherstellen und lediglich die eingetragene Partnerschaft sowohl für hetero- als auch homosexuelle Paare öffnen solle, wonach das „Zwangsoouting“ gleichgeschlechtlicher Paare, welches der VfGH

¹⁹⁷ Der VfGH hat eine Übergangsfrist bis 31.12.2018 gesetzt, in der die alte Rechtslage, außer für die Anlassfälle noch anzuwenden ist.

¹⁹⁸ *Gitschthaler*, Ehe für alle? Ein Alternativvorschlag!, EF-Z 2018/27, 49.

¹⁹⁹ https://www.vfgh.gv.at/medien/Ehe_fuer_gleichgeschlechtliche_Paare.de.php (18.4.2018).

²⁰⁰ *Höllwerth*, EF-Z 2018/31, 72.

²⁰¹ *Deixler-Hübner*, Ehe für alle?! Zak 2018/6, 5f.

²⁰² *Merckens*, Ehe für alle - oder: Ein Triumph der Verwirrung, Die Presse, 15.12.2017 (https://diepresse.com/home/meinung/gastkommentar/5339380/Gastkommentar_Ehe-fuer-alle-oder_Ein-Triumph-der-Verwirrung) (2.7.2018).

als diskriminierend bezeichnet hat, vermieden und somit die Vorgaben des VfGH ausreichend umgesetzt würden.²⁰³ Diese Argumentation sei nach der Ansicht *Deixler-Hübners* allerdings nicht überzeugend, da es dem VfGH nicht nur um eine Diskriminierung durch die zwangsweise Offenlegung der sexuellen Orientierung ging, sondern er es überhaupt als diskriminierend erachtete, dass unterschiedliche Rechtsinstitute für im Wesentlichen gleiche Beziehungen bestünden. Aufgrund der identischen Rechtsfolgen würde sich allerdings kaum ein verschiedengeschlechtliches Paar für eine eingetragene Partnerschaft entscheiden, wo ihnen doch die Ehe offen stünde, weshalb de facto die eingetragene Partnerschaft weiterhin auf gleichgeschlechtliche Paare beschränkt und somit der diskriminatorische Effekt weiter bestehen bliebe. Vor allem wäre die Ehe Homosexuellen ja dann wiederum weiter verschlossen.

Als dritte Möglichkeit schlägt *Deixler-Hübner* vor, sowohl die Ehe als auch die eingetragene Partnerschaft unabhängig von der geschlechtlichen Orientierung für alle Personen zuzulassen, wie dies auch in den Niederlanden der Fall ist.²⁰⁴ Im Unterschied zur ersten Option würde durch die eindeutige gesetzliche Klarstellung Rechtssicherheit bezüglich der (fehlenden) Kinderzeugungspflicht geschaffen werden. Als Vorteil bestehe der verhältnismäßig geringe Aufwand zur Realisierung und die Sicherheit, dass dies den Vorgaben des VfGH entspricht. Aber auch in diesem Fall vermutet sie, dass verschiedengeschlechtliche Paare eine eingetragene Partnerschaft wohl kaum anstreben würden, da diese ihrer Meinung nach eben keine „Ehe light“ nach dem französischen Vorbild der PACS²⁰⁵ darstelle und auch gleichgeschlechtliche Paare allein aufgrund des Stigmas der bloßen Verpartnerung im EPG zur Ehe optieren würden, weswegen die Aufrechterhaltung der eingetragenen Partnerschaft nicht sinnvoll wäre.

Auch *Gitschthaler*²⁰⁶ hält die drei ersten Optionen für unzulässig oder sinnlos.

Als vierte Option²⁰⁷ erwähnt *Deixler-Hübner* den Gedanken der fehlenden Sinn- und Zweckhaftigkeit der Aufrechterhaltung zweier nahezu identischer Rechtsinstitute,

²⁰³ *Deixler-Hübner*, Zak 2018/6, 6.

²⁰⁴ *Deixler-Hübner*, Zak 2018/6, 6.

²⁰⁵ Siehe oben.

²⁰⁶ *Gitschthaler*, EF-Z 2018/27, 49.

²⁰⁷ *Deixler-Hübner*, Zak 2018/6, 6.

welche allen Paaren offen stünden. Es sei zu erwägen, die eingetragene Partnerschaft als Ganzes aufzuheben und lediglich die Ehe aufrecht zu erhalten. Die Aufhebung sei mit einem großen legislativen Aufwand verbunden, da alle Rechtsnormen, die auf die eingetragene Partnerschaft Bezug nehmen, aufgehoben werden müssten. Auch *Höllwerth*²⁰⁸ erwähnt diese Möglichkeit, auf jeden Fall sei es in diesem Fall aber sinnvoll, durch entsprechendes Übergangsrecht die bisher in einer eingetragenen Partnerschaft lebenden Personen möglichst in das Eherecht zu integrieren.

Als fünfte und letzte Möglichkeit nennt *Deixler-Hübner*²⁰⁹ den ihrer Ansicht nach am ehesten empfehlenswerten Weg, und zwar eine umfassende Modernisierung des Eherechts und zwar primär eine Umgestaltung des § 44 ABGB in der Hinsicht, dass dieser einer zeitgemäßen Ehedefinition entspreche. Dafür müsse die Möglichkeit der Scheidung besser einbezogen werden und auch Ehen trotz Kinderlosigkeit als voll gültig bedacht und integriert werden. Die Wortfolge „Kinder zu zeugen“ passe auch nicht für gleichgeschlechtliche Partnerschaften. Als zukünftigen Inhalt des § 44 ABGB schlägt sie vor: *„Die Familienverhältnisse werden durch den Ehevertrag begründet. In diesem Vertrag erklären zwei Personen ihren Willen, in auf Dauer beabsichtigter partnerschaftlicher und auf gegenseitigem Respekt gegründeter Gemeinschaft zu leben und sich umfassend Beistand zu leisten“*. Insbesondere sollte durch die Modernisierung des Eherechts das Einvernehmen der Ehegatten in den Vordergrund gestellt werden und die Scheidung ausschließlich aufgrund des Zerrüttungsprinzips erfolgen. Punktuell könnten für die Umgestaltung und Modernisierung des Eherechts die verbliebenen Unterschiede zwischen dem Eherecht und dem EPG impulsgebend wirken.²¹⁰

Im Fall der Verwirklichung der fünften Option müsse sich der Gesetzgeber überlegen, was er mit dem weiterhin bestehenden EPG machen wolle. Ihrer Meinung nach am ehesten anbieten würde sich eine Aufhebung des EPG mit Wirkung für die Zukunft, und es für bestehende Partnerschaften weiterhin für anwendbar zu erklären.²¹¹ Gleichzeitig sollte die Möglichkeit des Regimewechsels in die Ehe unter Kontinuität

²⁰⁸ *Höllwerth*, EF-Z 2018/31, 72.

²⁰⁹ *Deixler-Hübner*, Zak 2018/6, 6f.

²¹⁰ Auflösung der eingetragenen Partnerschaft bereits nach drei Jahren; Beseitigung der Möglichkeit einer vorzeitigen Eheschließung mit Vollendung des 16. Lebensjahres; Aufhebung des Verlöbnisses.

²¹¹ *Deixler-Hübner*, Zak 2018/6, 6f.

des bestehenden Rechtsverhältnisses eingeräumt werden. Der Unterschied zu den zuvor aufgezeigten Optionen eins und drei wäre vor allem die ausdrückliche Streichung auch der Wortfolge „Kinder zu zeugen“ aus dem Gesetzestext. Dies führt aber wieder zu der Frage, ob dann nicht - *Kerschners*²¹² Gedanke folgend - „mehr Personen“ gegenüber „zwei Personen“ bei der Möglichkeit einer Eheschließung diskriminiert würden.

*Gitschthaler*²¹³ präsentiert als seiner Ansicht nach am nächsten liegende Option die Beseitigung der Ehe und Aufrechterhaltung der eingetragenen Partnerschaft, womit es zu einer staatlich legitimierten Verbindung zweier volljähriger Personen egal welchen Geschlechts als Lebensgemeinschaft auf Dauer mit gegenseitigen Rechten und Pflichten²¹⁴ - einer „Zivilpartnerschaft“ - käme. Somit würde sich der Staat der Diskussion enthalten, für wen nun die Ehe geschaffen ist sowie die moderneren Vorschriften des EPG anstelle des antiquierten Ehegesetzes angewendet würden. Bestehende Ehen blieben unangetastet, allerdings mit der Möglichkeit eines Opt-in in die „Zivilpartnerschaft“.

Dieser Möglichkeit ähnlich ist der Ansatz von *Höllwerth*²¹⁵, welcher darin bestünde, die eingetragene Partnerschaft für homo- und heterosexuelle Paare, allerdings unter Bestehenbleiben der Ehe, in eine Art „Ehe-light“ umzubauen, die gegenüber der Ehe eine niedrigere Bindungsintensität aufweisen und in der das Verschuldensprinzip zur Gänze aufgegeben werden solle. Als gänzlich anderen Zugang erwähnt er die Verankerung des Verbots der gleichgeschlechtlichen Ehe in der Verfassung, wie dies etwa in Polen, Armenien oder Georgien bestehe. Gleichwohl bezweifelt er, dass für diese Option die dafür erforderliche Verfassungsmehrheit gefunden werden könnte.

Tatsächlich stammt das heutige Ehegesetz noch aus der Zeit des Nationalsozialismus. Nach *Olechowski*²¹⁶ solle das Erkenntnis des VfGH nun einmal mehr zum Anlass genommen werden, das – vom Erkenntnis zwar nicht direkt betroffene - Ehegesetz

²¹² Siehe oben *Kerschner*, JBl 2018/1, 33.

²¹³ *Gitschthaler*, EF-Z 2018/27, 49.

²¹⁴ § 2 EPG.

²¹⁵ *Höllwerth*, EF-Z 2018/31, 72.

²¹⁶ *Olechowski*, Eherecht von Unterschrift Adolf Hitlers bereinigen, Die Presse, 15.01.2018 (<https://diepresse.com/home/recht/rechtallgemein/5353567/Eherecht-von-Unterschrift-Adolf-Hitlers-bereinigen>) (2.7.2018).

einer größeren Reform zu unterziehen und entweder ein komplett neues Ehegesetz zu erlassen oder auch die Ehe wieder direkt im ABGB zu regeln, jedenfalls aber sollte die Gelegenheit genutzt werden, das Ehegesetz aus dem Jahr 1938 endgültig von der „*Unterschrift Adolf Hitlers zu befreien.*“

b. Die Reaktionen im Parlament

Bereits zwischen Prüfungsbeschluss und nachfolgendem Erkenntnis des VfGH, nämlich schon am 9.11.2017, brachte die SPÖ einen Initiativantrag²¹⁷ in das Parlament ein, in welchem sie die Zugangsvoraussetzungen sowohl für die Ehe als auch die eingetragene Partnerschaft jeweils für verschieden- wie auch gleichgeschlechtliche Paare ändern wollten. Dieser wurde jedoch mit 31.1.2018 wieder zurückgezogen, da keine Mehrheit im Parlament gefunden werden konnte.²¹⁸ Gleichzeitig mit der Zurückziehung des Antrags wurde wiederum ein neuer Antrag²¹⁹ von der SPÖ eingebracht, welcher im Wesentlichen denselben Inhalt wie der zuvor zurückgezogene hatte, da die Streitfrage in der Zwischenzeit durch das vorliegende Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofs geklärt wurde und der neue Antrag diesem nun Rechnung tragen sollte. Demnach sollte § 44 ABGB derart geändert werden, dass er lauten sollte: „*Die Familienverhältnisse werden durch den Ehevertrag gegründet. In dem Ehevertrag erklären zwei Personen gesetzmäßig ihren Willen, auf Dauer in Gemeinschaft zu leben und sich gegenseitigen Beistand zu leisten.*“²²⁰ Andererseits sollte der Zugang zur eingetragenen Partnerschaft für beide Gruppen ermöglicht werden. Die Frage nach der Sinnhaftigkeit einer Aufrechterhaltung beider Rechtsinstitute wollten sie einem breiten gesellschaftspolitischen Diskurs offenhalten.

Ein weiterer Initiativantrag²²¹ stammt von den Neos vom 13.12.2017. Dieser hat das Ziel, den § 44 ABGB wie folgt zu ändern: „*In einem Ehevertrag erklären zwei Personen ihren Willen, in umfassender partnerschaftlicher Lebensgemeinschaft und Vertrauensbeziehung zu leben, sich gegenseitig mit Respekt zu begegnen und einander auf Dauer beizustehen.*“ Auch nach ihrem Antrag soll dabei gleichzeitig auch die eingetragene Partnerschaft beibehalten und für alle zugänglich gemacht werden. Das

²¹⁷ Initiativantrag 9/A, 9.11.2017, XXVI.GP.

²¹⁸ Zu 9/A, 31.1.2018, XXVI. GP.

²¹⁹ Initiativantrag 97/A, 31.1.2018, XXVI.GP.

²²⁰ Initiativantrag 97/A, 31.1.2018, XXVI.GP.

²²¹ Initiativantrag 25/A, 13.12.2017, XXVI.GP.

Institut der eingetragenen Partnerschaft gestalte das Prinzip der Verantwortungsgemeinschaft zweier Menschen wesentlich zeitgemäßer, weshalb die Öffnung nicht nur die Diskriminierung beende, sondern auch eine Wahlfreiheit für verschiedengeschlechtliche Partnerschaften eröffne.

Auch ihrer Ansicht nach erscheint ein Nebeneinander von Zivilehe und eingetragener Partnerschaft nicht sinnvoll, weshalb als nächster Schritt nach der Rechtsbereinigung eine Konsolidierung, Vereinheitlichung und Modernisierung des Ehe- und Partnerschaftsrechts folgen müsse.

Beide Anträge wurden dem Justizausschuss²²² zugewiesen, und, zum derzeitigen Standpunkt, Ende Juni 2018 in der 4. Sitzung des Ausschusses vertagt. Beide Parteien drängen auf eine rasche Umsetzung des Erkenntnisses durch den Gesetzgeber, um Rechtsicherheit zu schaffen.²²³

ÖVP und FPÖ vertraten die Ansicht, die Entscheidung des VfGH zu respektieren, allerdings warnten sie vor überstürzten Handlungen und plädierten für eine bedachte und genaue juristische Lösung.²²⁴ Nach Ansicht der FPÖ sei der Schutz der Ehe von Mann und Frau die einzige Möglichkeit, dass neues Leben entsteht, weshalb diese Form des Zusammenlebens privilegiert werden solle. Sie sähen deshalb die Notwendigkeit der erfolgten Gesetzesänderung der Öffnung des § 44 ABGB auch für gleichgeschlechtliche Paare nicht.

Mit 18.4.2018 brachten Abgeordnete der Partei „Die Liste Pilz“ einen selbstständigen Entschließungsantrag²²⁵ ein, in welchem sie die Bundesregierung ersuchten, angesichts des Erkenntnisses eine Regierungsvorlage auszuarbeiten, um gleichgeschlechtlichen Paaren bereits vor Ablauf der vom VfGH gestellten Frist des 1. Jänner 2019 die Ehe zu ermöglichen und jegliche gesetzliche Diskriminierung zwischen verschieden- und gleichgeschlechtlichen Partnerschaften aufzuheben.

²²² 97/A in der 17. Sitzung NR XXVI.GP, 22.3.2018; 25/A in der 7. Sitzung NR XXVI.GP, 31.1.2018.

²²³ Parlamentskorrespondenz Nr. 751 vom 21.06.2018.

²²⁴ Parlamentskorrespondenz Nr. 316 vom 22.03.2018.

²²⁵ 198/A (E), XXVI GP. 18.4.2018.

Dieser Antrag wurde dem Gleichbehandlungsausschuss zugewiesen und in der 2. Sitzung vom 3. Mai 2018 vertagt.

Man darf gespannt sein, welche dieser zahlreichen Möglichkeiten schlussendlich für die gesetzliche Entwicklung des Ehe- und Partnerschaftsrechts vom Gesetzgeber zu Rate gezogen werden – an Optionen mangelt es ihm schließlich nicht.

c. Zusammenfassung

Der m.E. sinnvollste und beste Weg für den Gesetzgeber wäre es, das Erkenntnis des VfGH zu akzeptieren und dieses nicht zu konterkarieren. Dabei sollte die Rechtslage eindeutig klargestellt und zudem das Ehegesetz als Ganzes reformiert und den heutigen Gegebenheiten angepasst werden. Gleichzeitig sollten die Anstrengungen aufgenommen werden, das EPG zur Gänze aufzuheben und die Rechtsordnung von den überbleibenden Bestimmungen aufzuräumen. Dies würde Österreich zum 16. Staat in Europa machen, der die „Ehe für alle“ zulässt.²²⁶

Die Art des Zustandekommens dieses Erkenntnisses, insbesondere dass die Entscheidung dem Gesetzgeber vom VfGH gegen dessen ausdrücklichen Willen abgenommen wurde, der dadurch zum selber zum Gesetzgeber wurde, widerspricht klar der verfassungsrechtlichen Konzeption des Gesetzgebungsprozesses. Auch der nun verbleibende Torso des § 44 ABGB schafft große Verwirrung, als dass er neue Diskriminierungen ermöglicht. Diese großen Schwächen des Erkenntnisses sind schwer zu akzeptieren und dürfen bzw. müssen sogar scharf kritisiert werden - der VfGH als Instrument zur Wahrung der Verfassung agierte hier selber verfassungswidrig. Den Gesetzgeber trifft hier die schwierige Aufgabe, Ordnung in das Chaos, welches vom VfGH hinterlassen wurde, zu bringen.

Nichtsdestotrotz könnte man das Ergebnis vor dem Hintergrund der Abnahme einer unliebsamen Aufgabe des Gesetzgebers durch den VfGH sehen, als dass eine so stark gesellschaftlich diskutierte Frage nicht unter dem Aspekt eines möglichen Verlustes

²²⁶ *Gitschthaler*, Ehe und eingetragene Partnerschaft für alle!, EF-Z 2018/1, 1.

der Wählerschaft entschieden hätte werden müssen²²⁷, zumal der mehrheitliche Teil der österreichischen Bevölkerung bereits vor dem Erkenntnis liberale Ansichten bezüglich einer Öffnung der Ehe für Homosexuelle hatte.²²⁸

²²⁷ *Brickner*, Ehe für alle in Zeiten des Rechtsrucks: Ein österreichisches Paradox, *Der Standard*, 05.12.2017 (<https://derstandard.at/2000069361452/Ehe-fuer-alle-in-Zeiten-des-Rechtsrucks-Ein-oesterreichisches-Paradox>) (2.5.2018).

²²⁸ Klare Mehrheit für Homo-Ehe, *Tageszeitung ÖSTERREICH*, 09.07.2017, (<http://www.oe24.at/oesterreich/politik/Klare-Mehrheit-fuer-Homo-Ehe/290529506>) (2.5.2018); 198/A(E) XXVI. GP unter Berufung auf <http://www.ehe-gleich.at> (15.05.2018).

VI. Obergefell v. Hodges – United States Supreme Court

*Obergefell v. Hodges*²²⁹ bezeichnet einen Fall des United States Supreme Court zur Frage der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit gleichgeschlechtlicher Ehen.²³⁰ Mit Entscheidung vom 26. Juli 2015 erklärte der Supreme Court die Verweigerung der Anerkennung oder Zulassung gleichgeschlechtlicher Eheschließungen nach dem 14. Zusatzartikel zur Verfassung der Vereinigten Staaten als verfassungswidrig.

A. Sachverhalt und Prozessgeschichte²³¹

Die Anlässfälle stammten aus Michigan, Kentucky, Ohio und Tennessee, alles Staaten, welche die Ehe als Einheit zwischen einem Mann und einer Frau definiert hatten.²³² Die Kläger waren 14 gleichgeschlechtliche Paare und zwei Männer, deren gleichgeschlechtliche Partner bereits verstorben waren. Die Beklagten waren gliedstaatliche Behörden, welche verantwortlich für die Durchsetzung der bekämpften Rechtsvorschriften waren.

Die Klagen wurden vor den District Courts der jeweiligen Heimatstaaten der Kläger eingebracht, welche alle zu ihren Gunsten entschieden.²³³ Diese Entscheidungen wurden daraufhin von den Beklagten beim United States Court of Appeals for the Sixth Circuit, dem Bundesberufungsgericht zuständig für Berufungen aus den Bundesstaaten Michigan, Kentucky, Ohio und Tennessee, angefochten. Das Berufungsgericht entschied, die Entscheidungen der District Courts in der Weise abzuändern, dass die Staaten keine verfassungsrechtliche Verpflichtung hätten, gleichgeschlechtliche Ehen zu lizenzieren oder anzuerkennen, wenn sie außerhalb des Staates geschlossen wurden.²³⁴ Die Antragsteller begehrten daraufhin Revision an das

²²⁹ *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. ____ (2015).

²³⁰ <https://www.britannica.com/event/Obergefell-v-Hodges> (15.05.18).

²³¹ *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. ____ (2015) (at I., p. 2-3).

²³² MI Const. Art I § 25; KY Const. § 233A; OH Const. Art. XV § 11; TN Const. Art. XI, §18.

²³³ **DeBoer v. Snyder** 2:12-cv-10285-BAF-MJH (E.D. Mich.); **Obergefell v. Kasich** 1:13-cv-00501-TSB (S.D. Ohio); **Henry v. Wymysio** 1:14-CV-00129 (S.D. Ohio); **Bourke v. Beshear** 3:13-cv-00750-JGH (W.D. Ky.); **Love v. Beshear** 3:13-cv-00750 (W.D. Ky.); **Tanko v. Haslam** 3:13-cv-01159 (M.D. Tenn.).

²³⁴ **Obergefell, et al. v. Himes**, I.O.P. 32.1(b), Nos. 14-1341; 3057; 3464; 5291; 5297; 5818 (6th cir. 2014).

Supreme Court,²³⁵ welche von diesem bewilligt wurde, worauf die Fälle zur Klärung zweier Rechtsfragen zusammengelegt wurden.²³⁶

B. Rechtliche Ausgangslage

a. Gleichheitsgrundsatz

Der Gleichbehandlungsgrundsatz wird auch als das wichtigste Konzept der Verfassung zum Schutz individueller Rechte bezeichnet.²³⁷ Er ist im 14. Zusatzartikel zur Verfassung der Vereinigten Staaten kodifiziert und ist anwendbar auf öffentliche Akte, insbesondere Gesetze, Gerichtsentscheidungen oder Regierungsmaßnahmen. Der Gleichbehandlungsgrundsatz schützt vor ungleicher Behandlung durch den Staat, insbesondere auch in Hinsicht auf Unterscheidungen nach dem Geschlecht.²³⁸ Differenzierungen nach dem Geschlecht verletzen insofern den Gleichheitsgrundsatz, wenn die öffentliche Hand diese Ungleichbehandlungen nicht mit einem wichtigen öffentlichen Interesse zu rechtfertigen vermag.²³⁹

Wenn Gerichte öffentliche Handlungen überprüfen, die zwischen verschiedenen Gruppen von Menschen differenzieren, werden verschiedene Prüfungsintensitäten, abhängig von der Klassifizierung der Diskriminierung vorgenommen.²⁴⁰ Je verdächtiger die Einteilungen, oder je wahrscheinlicher diese Unterschiede durch diskriminatorischen Willen motiviert waren, desto höher ist das Level der Überprüfung. Dabei gibt es drei Stufen – eine strenge Überprüfung, ein mittleres Niveau, sowie die Überprüfung des Vorliegens einer rationalen Grundlage. Generell gibt es drei ex ante verdächtige behördliche Einteilungen – jene basierend auf Rasse, nationaler Herkunft oder Fremdheit. Bei der strengen Kontrolle wird von den Gerichten überprüft, ob die behördliche Handlung eng eingegrenzt ist und einem zwingenden öffentlichen Interesse dient, wobei die öffentliche Hand für dieses Vorliegen die Beweislast trifft.

²³⁵ *Petition for a Writ of Certiorari, Henry v. Hodges, Obergefell v. Hodges, Tanko v. Haslam, DeBoer v. Snyder, Bourke v. Beshear.*

²³⁶ Siehe Kapitel VI.D.

²³⁷ *Galloway*, Basic Equal Protection Analysis, 29 Santa Clara Law Review 121 (1996) (121ff).

²³⁸ *Yoshino*, The New Equal Protection, 124 Harvard Law Review 747 (2011) (756).

²³⁹ Siehe Rechtfertigung zum Grundrecht auf ein faires Verfahren, Kapitel IV.B.a.

²⁴⁰ *Perry*, Obergefell v. Hodges: Same-Sex Marriage Legalized, Congressional Research Service (2015) 1ff.

Die mittelintensive Überprüfung wird auf „quasi-verdächtige“ Merkmale, wie zum Beispiel Geschlecht oder Unehehlichkeit angewendet.²⁴¹ Hierbei wird überprüft, ob die diskriminierende öffentliche Handlung wesentlich mit einem wichtigen öffentlichen Interesse verbunden ist, wobei auch hier die Regierung die Beweislast dafür trifft.

Die Überprüfung des Vorliegens einer rationalen Grundlage erfolgt für alle Unterscheidungen oder Einteilungen, die keine erhöhte Prüfungsintensität genießen.²⁴² Hier müssen die Einteilungen rational mit einem legitimen öffentlichen Interesse verbunden sein, wobei jeglicher öffentliche Zweck von den Gerichten akzeptiert wird. Außerdem müssen die Klassifizierungen nicht die vernünftigste Art der Umsetzung, geschweige denn vernünftiger als Alternativen sein. Hier tragen außerdem die klagenden Parteien die Beweislast.

Schließlich verbietet der Gleichbehandlungsgrundsatz den Staaten auch, Gesetze ausschließlich aus bösem Willen gegenüber einer bestimmten Gruppe zu verabschieden²⁴³ – was also in gewisser Hinsicht ein allgemeines Sachlichkeitsgebot, wie es auch der VfGH zum Gleichheitssatz judiziert,²⁴⁴ darstellt.

b. Grundrecht auf ein faires Verfahren

Ebenso kodifiziert der 14. Zusatzartikel der US-amerikanischen Verfassung unter anderem auch das Rechtsstaatsprinzip. Dieses umfasst das Recht auf ein faires Verfahren, wonach kein Staat ohne vorhergehenden ordnungsgemäßen Prozess eine Person ihres Lebens, ihrer Freiheit oder ihres Eigentums berauben darf.²⁴⁵ Neben diesem prozessualen Recht besteht nach der neueren Ansicht seit der Mitte des 20. Jahrhunderts des Supreme Court auch ein inhaltlicher Ansatz,²⁴⁶ der ebenfalls auf einer

²⁴¹ *Perry*, Congressional Research Service, 2.

²⁴² *Perry*, Congressional Research Service, 2f.

²⁴³ *Lamparello*, Obergefell v. Hodges - How the Supreme Court should have decided the Case, 7 ConLawNow 27, 5<https://ssrn.com/abstract=2642922>.

²⁴⁴ Siehe Kapitel IV.A.

²⁴⁵ *Lash*, The Fourteenth Amendment. In *The Fourteenth Amendment and the Privileges and Immunities of American Citizenship*, Cambridge University Press (2014) 1f.

²⁴⁶ *Fallon*, Some Confusions about Due Process, Judicial Review and Constitutional Remedies, 93 *Columbia Law Review* (2) (1993), 309 (312ff).

gestuften Überprüfungsregel²⁴⁷ basiert.²⁴⁸ Hierbei werden der Regierung gewisse Handlungen verboten, welche übermäßig gewisse Freiheitsinteressen einschränken.²⁴⁹

Diese „fundamentalen“ Freiheitsrechte bestehen im Wesentlichen aus den in der *Bill of Rights*²⁵⁰ kodifizierten Rechte, darüber hinaus wurden aber auch andere nicht niedergeschriebene Rechte vom Supreme Court als solche bestimmt, wie insbesondere Ehe, Fortpflanzung oder Privatsphäre.²⁵¹ Bei der Bestimmung von Grundrechten überprüft der Supreme Court ob dieses Recht historisch und traditionell anerkannt wurde und ob die fehlende Anerkennung Freiheit und Gerechtigkeit widersprechen würde.²⁵² Die Identifikation und Festlegung neuer Grundrechte im Verlauf der Zeit sei nach Ansicht des Supreme Court ein großer Teil der richterlichen Pflicht zur Interpretation der Verfassung.²⁵³

c. Rechtsprechung

Im Fall *Loving v. Virginia*²⁵⁴ wurde das Verbot der Eheschließung von Personen verschiedener Rassen als verfassungswidrig erklärt, indem das Gericht einstimmig entschied, dass das Verbot gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz sowie das Grundrecht auf ein faires Verfahren verstoße.²⁵⁵ Die Freiheit zu heiraten sei seit langem als eines der wichtigsten persönlichen Rechte, essentiell für das Streben nach Glück freier Menschen anerkannt. Es könne kein Zweifel bestehen, dass eine Einschränkung der Ehe lediglich aufgrund von Rasseunterschieden die zentrale Bedeutung des Gleichbehandlungsgrundsatzes verletze.

Im Fall *Zablocki v. Redhail*²⁵⁶ wiederholte das Gericht diese Ansicht, indem es judizierte, dass das Verbot der Eheschließung für Männer, welche rückständig in Unterhaltszahlungen waren, ebenfalls verfassungswidrig sei. Auch diese Regelung

²⁴⁷ Zur gestuften Überprüfungsregel siehe Gleichheitsgrundsatz, Kapitel IV.B.A.

²⁴⁸ *Hawkins*, *The Glucksberg Renaissance: Substantive Due Process since Lawrence v. Texas*, 105 *Michigan Law Review* 409 (2006), 422.

²⁴⁹ *Perry*, *Congressional Research Service*, 3.

²⁵⁰ U.S. const. amend I – X.

²⁵¹ *Berger Levinson*, *Reining in Abuses of Executive Power Through Substantive Due Process*, 60 *Florida Law Review* 519 (2008), 522f.

²⁵² *Perry*, *Congressional Research Service*, 3.

²⁵³ *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. ____ (2015) (at III., p. 10-11).

²⁵⁴ *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967).

²⁵⁵ *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1,12 (1967).

²⁵⁶ *Zablocki v. Redhail*, 434 U.S. 374 (1978).

verstoße unmittelbar gegen die bereits erörterten Rechte auf faires Verfahren und Gleichbehandlung, indem es das Recht zu heiraten, ohne ausreichende Rechtfertigung, beschränke.²⁵⁷

Auch im Fall *Turner v. Safley*²⁵⁸ hielt das Supreme Court an diesem Prinzip fest, als dass die Vorenthaltung des Rechtes inhaftierter Personen zu heiraten ebenfalls für verfassungswidrig erklärt wurde. Die Beschränkung sei nicht verhältnismäßig zu den legitimen Zielen und beschränke somit unter Berufung auf die Leitentscheidung *Loving v. Virginia*²⁵⁹ unzulässiger Weise das Recht zu heiraten.²⁶⁰

Im Laufe der Zeit und auch in anderen Kontexten erklärte das Supreme Court, dass das Recht zu heiraten vom Grundrecht auf ein faires Verfahren umfasst sei.²⁶¹

Diese Rechtsprechung war aber immer auf verschiedengeschlechtliche Beziehungen begrenzt. Im Fall *Baker v. Nelson*²⁶² entschied der Supreme Court in einer ein-Satz-Entscheidung, dass der Ausschluss gleichgeschlechtlicher Paare von der Ehe keine substantielle bundesrechtliche Frage sei.

C. Die Entwicklung der gleichgeschlechtlichen Ehe in den USA²⁶³

Nach Ansicht des United States Supreme Court im Fall *Obergefell*²⁶⁴ habe die Ehe seit Beginn der menschlichen Geschichte eine transzendente Bedeutung als lebenslange Einheit zwischen einem Mann und einer Frau, bestehend über Jahrtausende und Zivilisationen. Sie stamme aus den grundlegendsten menschlichen Bedürfnissen nach Zusammensein und sei essentiell für die tiefsten Hoffnungen und Ziele der Menschen. In vielen philosophischen und religiösen Texten über Zeit und Kulturen hinweg sowie in Kunst und Literatur sei über die Bedeutung der Ehe geschrieben worden, allerdings immer mit dem Verständnis der Ehe als Einheit zwischen zwei Personen

²⁵⁷ *Zablocki v. Redhail*, 434 U.S. 374, 386ff (1978).

²⁵⁸ *Turner v. Safley*, 482 U.S. 78 (1987).

²⁵⁹ *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967).

²⁶⁰ *Turner v. Safley*, 482 U.S. 78, 97 (1987).

²⁶¹ *M. L. B. v. S. L. J.*, 519 U. S. 102 (1996); *Cleveland Bd. of Ed. v. LaFleur*, 414 U. S. 632 (1974); *Skinner v. Oklahoma ex rel. Williamson*, 316 U. S. 535 (1942); *Meyer v. Nebraska*, 262 U. S. 390 (1923).

²⁶² *Baker v. Nelson*, 409 U. S. 810 (1972).

²⁶³ *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. ____ (2015) (at 2 B, p. 6-10).

²⁶⁴ *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. ____ (2015).

verschiedenen Geschlechts. An der beispielhaften Wandlung der Ehe vom vereinbarten Arrangement aufgrund politischer, religiöser oder finanzieller Gründe hin zum freiwilligen Vertrag zwischen Mann und Frau könne die Veränderung der Ehe im Laufe der Geschichte durch veränderte gesellschaftliche Gegebenheiten nachvollzogen werden.

Bis in die Mitte des 20. Jahrhunderts seien gleichgeschlechtliche Beziehungen lange Zeit sogar von den meisten westlichen Staaten verurteilt und in das Strafrecht integriert worden.²⁶⁵ Homosexualität befand sich in ständigem Konflikt, sowohl mit dem Gesetz als auch mit verbreiteten sozialen Konventionen. Gleichgeschlechtliche Intimität blieb in vielen Staaten ein Verbrechen, Schwule und Lesben waren behördliche Anstellungen verboten, sie waren vom Militär ausgeschlossen und beschwert in ihrem Recht, sich rechtlich zu binden.

Erst im späten 20. Jahrhundert, einhergehend mit substantiellen kulturellen und politischen Entwicklungen, begannen gleichgeschlechtliche Paare, ihr Leben offener zu führen und als Familien zu leben. Dieser Entwicklung folgten große öffentliche und auch private Debatten über mehr Toleranz, als dessen Folge immer mehr rechtliche Fragen über Rechte von Schwulen und Lesben vor die Gerichte gebracht wurden.²⁶⁶ So wurde in Massachusetts bereits mehrere Jahre vor *Goodridge*²⁶⁷ im Jahr 1993 alternative Formen von Familien anerkannt, indem das dortige Adoptionsgesetz²⁶⁸ von den Gerichten so interpretiert wurde, dass auch gleichgeschlechtliche Paare ein Kind adoptieren konnten.²⁶⁹

Die Idee eines Rechts zu heiraten für gleichgeschlechtliche Personen fand erst im 21. Jahrhundert wirkliche Akzeptanz vor amerikanischen Gerichten und Gesetzgebern.²⁷⁰

²⁶⁵ *Eskridge*, Equality Practice: Civil Unions and the Future of Gay Rights: William N. Eskridge, Routledge, (2002) 1f.

²⁶⁶ *Kindregan*, Same-Sex Marriage: The Cultural Wars and the Lessons of Legal History, Family Law Quarterly, Suffolk University Law School Faculty Publications. Paper 25 (2004) 10f.

²⁶⁷ *Goodridge v. Department of Public Health*, 440 Mass. 309, 798 N.E. 2d 941 (2003).

²⁶⁸ G. L. c. 210, Section 1 (1992 ed.).

²⁶⁹ *Adoption of Tammy*, 619 N.E.2d 315 at 320 (Mass. 1993).

²⁷⁰ *Kindregan*, The Evolution of Same-Sex Marriage, Family Advocate 32 (3) (2010) 8, (8ff).

Die erste rechtliche Behandlung des Supreme Courts mit dem rechtlichen Status Homosexueller war 1986 im Fall *Bowers v. Hardwick*²⁷¹. Hier hielt er die Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes aus Georgia aufrecht, welches gewisse homosexuelle Handlungen kriminalisierte.

Zehn Jahre später, im Fall *Romer v. Evans*²⁷² erklärte der Supreme Court eine Änderung der Verfassung von Colorado, welche homo- und bisexuellen Personen den Schutz vor rechtlichen Diskriminierungen im öffentlichen Raum vorenthielt, für verfassungswidrig, da diese gegen den Gleichheitsgrundsatz verstoße.²⁷³ Dies war das erste Mal, dass das Gericht judizierte, dass Diskriminierungen aufgrund der sexuellen Orientierung gegen verfassungsrechtliche gewährleistete Rechte verstoßen.²⁷⁴

Im Jahr 2003 hob das Supreme Court die Entscheidung *Bowers*²⁷⁵ unter Berufung auf das Grundrecht auf ein faires Verfahren sowie den Gleichbehandlungsgrundsatz auf.²⁷⁶ Er begründete die Entscheidung damit, dass Gesetze, die gleichgeschlechtliche Intimitäten als Verbrechen definierten, die Würde homosexueller Personen beeinträchtigten, wodurch er von der Doktrin der „*stare decisis*“ abwich. „[...] *when a Court is asked to overrule a precedent recognizing a constitutional liberty interest, individual or societal reliance on the existence of that liberty cautions with particular strength against reversing course*“.²⁷⁷ Im Fall *Bowers* bestünde aber kein individuelles oder gesellschaftliches Vertrauen auf die Entscheidung, sie schaffe im Gegenteil Unsicherheit, da sie selbst im Widerspruch mit früheren und späteren Präzedenzfällen sei.

Vor diesem Hintergrund tauchte die rechtliche Frage einer gleichgeschlechtlichen Ehe auf. Im Jahr 1993 entschied der Supreme Court von Hawaii, dass das Hawaiianische Gesetz, welches die Ehe auf verschiedengeschlechtliche Paare begrenzte, eine Differenzierung nach dem Geschlecht sei und deshalb unter genauer Beobachtung des Gleichheitsgrundsatzes der Hawaiianischen Verfassung stehe und rechtfertigbar sein

²⁷¹ *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986).

²⁷² *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620 (1996).

²⁷³ *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620,626 (1996).

²⁷⁴ <https://www.britannica.com/event/Romer-v-Evans> (21.05.2018).

²⁷⁵ *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986).

²⁷⁶ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).

²⁷⁷ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558, 577 (2003).

müsste.²⁷⁸ Obwohl diese Entscheidung keine gleichgeschlechtliche Ehe erlaubte, fühlten sich einige Staaten veranlasst, ausdrücklich in ihren Gesetzen festzulegen, dass die Ehe eine Einheit zwischen verschiedengeschlechtlichen Partnern sei.²⁷⁹ Diese Entscheidung des Hawaiianischen Supreme Court wurde später zurückgewiesen,²⁸⁰ nachdem eine Änderung der Verfassung es dem Gesetzgeber erlaubte, die Ehe als Institut zwischen Mann und Frau zu definieren.²⁸¹

Aus diesem Grund erließ der Kongress 1996 den „Defense of Marriage Act“ (DOMA)²⁸² für alle Zwecke der Bundesgesetzgebung, wonach die Ehe nur eine rechtliche Einheit zwischen einem Mann und einer Frau als Ehemann und Ehefrau sei und gleichgeschlechtliche Ehen auf Bundesebene nicht anerkannt werden würden.²⁸³

2003 wurde Massachusetts der erste Staat, welcher durch gerichtliche Entscheidung ein verfassungsgesetzlich gewährleistetes Recht gleichgeschlechtlicher Personen zu heiraten anerkannte.²⁸⁴ Das Supreme Judicial Court von Massachusetts entschied hierbei, dass das verfassungsgesetzlich gewährleistete Recht zu heiraten auch auf gleichgeschlechtliche Personen angewendet werden müsse.²⁸⁵ Nach dieser Entscheidung haben auch andere Staaten gleichgeschlechtlichen Paare Eherechte zuerkannt, entweder durch Gesetz oder nach gerichtlicher Entscheidung.²⁸⁶

2013 erklärte der United States Supreme Court DOMA für verfassungswidrig, da es Bundesbehörden davon abhielt, gleichgeschlechtliche Ehen als gültig zu behandeln, obwohl sie im Staat, in denen sie geschlossen wurden, rechtmäßig waren.²⁸⁷

²⁷⁸ Baehr v. Lewin, 74 Haw. 530, 852 P. 2d 44 (1993).

²⁷⁹ Isaacson, Obergefell v Hodges: The US Supreme Court Decides the Marriage Question, Oxford Journal of Law and Religion 2015, 530 (530).

²⁸⁰ Baehr v. Miike, 994 P.2d 566 (1999).

²⁸¹ Kindregan, Family Law Quarterly, Suffolk University Law School Faculty Publications. Paper 25, 12.

²⁸² DOMA, 110 Stat. 2419, 1 U.S.C. § 7 and 28 U.S.C. §1738C (1996).

²⁸³ Kindregan, Family Law Quarterly, Suffolk University Law School Faculty Publications. Paper 25, 13.

²⁸⁴ Kindregan, Family Advocate 32 (3) (2010) 8.

²⁸⁵ Goodridge v. Department of Public Health, 440 Mass. 309, 798 N.E. 2d 941 (2003).

²⁸⁶ Supreme Court Kalifornien 2008: In re Marriage Cases, 183 P.3d 384 (Cal. 2008); Supreme Court Connecticut 2008: Kerrigan v. Comm'r. of Pub. Health, 957 A.2d 407 (Conn. 2008); Iowa Supreme Court 2009: Varnum v. Brien, 763 N.W.2d 862 (Iowa, 2009); District of Columbia, Vermont, Maine und New Hampshire anerkannten die Ehe für Personen unabhängig ihres Geschlechts durch Gesetze (Kindregan, The Evolution of Same-Sex Marriage, Family Advocate (2010), 9).

²⁸⁷ United States v. Windsor, 570 U.S. ____ (2013).

Nach Jahren der Verhandlung, Gesetzgebung, Rechtsprechung und Referenda, waren die Staaten schließlich gespalten in der Frage nach der Anerkennung gleichgeschlechtlicher Ehen.²⁸⁸

D. Rechtsproblem

Das Rechtsproblem, welche das Supreme Court zu klären hatte, wurde auf zwei Fragestellungen zusammengefasst. Einerseits, ob der 14. Zusatzartikel zur Verfassung die Staaten verpflichtete, gleichgeschlechtliche Ehen zuzulassen, andererseits ob selbiger Artikel einen Staat verpflichtete, Ehen zwischen zwei Personen desselben Geschlechts, welche gültig in einem anderen Staat geschlossen wurden, in seinem Staat anzuerkennen.

E. Die Entscheidung des Supreme Court

Anders als beim Verfassungsgerichtshof in Österreich, besteht beim United States Supreme Court die Möglichkeit von *Vota Separata*²⁸⁹, durch welche die überstimmten Richter ihre eigene Rechtsansicht publizieren können. Diese unterschiedlichen Traditionen resultieren aus den unterschiedlichen Rechtskulturen des Civil Law bzw. Common Law.²⁹⁰ Während in der kontinentaleuropäischen Rechtskultur nur eine namenlose einheitliche Meinung publiziert wird, um das Recht im öffentlichen Fokus einheitlich und sicher darzustellen, liegt im angloamerikanischen Rechtskreis der Fokus auf der Unabhängigkeit der einzelnen Richter sowie der Transparenz.²⁹¹

Der Supreme Court kam in einer knappen 5:4 Entscheidung zum Schluss, dass gleichgeschlechtliche Paare das Recht zu heiraten erhalten müssten. Die Präzedenzfälle machten klar, dass dieses fundamentale Recht von der Verfassung geschützt sei somit gleichermaßen auch auf gleichgeschlechtliche Paare angewandt werden müsse.²⁹²

²⁸⁸ Obergefell v. Hodges, 576 U.S. ____ (2015) (at 1B, p.10).

²⁸⁹ Siehe dazu ausführlich Kapitel VII.B.c.i.

²⁹⁰ Ginsburg, The Role of Dissenting Opinions, 95 Minnesota Law Review 1, (2010), 2f.

²⁹¹ Ginsburg, 95 Minnesota Law Review 1, 2f.

²⁹² Obergefell v. Hodges 576 U.S. ____ (2015) (at III, 22-23).

a. Mehrheitsmeinung

Die Mehrheitsentscheidung wurde von Richter *Kennedy* verfasst und von den Richtern *Ginsburg, Breyer, Sotomayor* und *Kagan* ohne eigene Anmerkungen geteilt. Abweichende Meinungen hatten die Richter *Roberts, Scalia, Thomas* und *Alito*. Dies war wenig überraschend, so sind die Richter *Ginsburg, Breyer, Sotomayor* und *Kagan* für ihre liberale Einstellung bekannt, weshalb von ihnen erwartet wurde, dass sie ein verfassungsrechtlich gewährleistetes Recht auf gleichgeschlechtliche Ehe erkennen würden, während von den konservativen Richter *Scalia, Thomas* und *Alito* das Gegenteil erwartet wurde. Offen war nur die Frage, wie Richter *Kennedy* als „Wechselwähler“ entscheiden würde, war er einerseits ein fundamental konservativer Richter, andererseits aber auch ein großer Verfechter von Freiheitsrechten unter anderem auch für Homosexuelle.²⁹³

i. Die Ehe als geschütztes Rechtsgut unter dem Grundrecht auf ein faires Verfahren²⁹⁴

Der 14. Zusatzartikel gebietet es, dass kein Staat eine Person ihres Lebens, ihrer Freiheit oder ihres Eigentums ohne vorhergehendes faires Verfahren berauben darf. Dieses Grundrecht ist auf den Schutz bestimmter persönlicher Entscheidungen ausgeweitet, bedeutsam für die individuelle Würde und Autonomie, wie auch Entscheidungen hinsichtlich der persönlichen Identität und des persönlichen Glaubens. Die Verfassung sei, nach Ansicht des Gerichts, ein lebendiges Dokument, dessen Bedeutung sich über die Zeit mit der Gesellschaft weiterentwickle. Es sei Teil der richterlichen Pflicht zur Interpretation der Verfassung, neue Grundrechte zu identifizieren und zu schützen, wofür es keine Formel gebe.²⁹⁵ Nach Ansicht des Supreme Court bedürfe es dafür der Gerichte, welche durch ihre Entscheidungen fundamentale Interessen der Personen identifizierten, die vom Staat geschützt werden müssten. Diese Ermittlung basiere vor allem auf Geschichte und Tradition, die ihr allerdings keine Grenzen setzten.²⁹⁶ Es sei die Natur der Ungerechtigkeit, dass man sie nicht immer in der Gegenwart erkennen könne. Zur Zeit der Schaffung des 14. Zusatzartikels konnte das Ausmaß der Freiheit in all seinen Dimensionen noch nicht

²⁹³ *Jaeger-Fine*, Marriage equality in the United States: a look at Obergefell and beyond, *Revista de Investigacoes constitucionais* 3 (1) (2016), 14.

²⁹⁴ *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. ____ (2015) (at III – IV, p. 10-19).

²⁹⁵ *Obergefell v. Hodges* 576 U.S. ____ (2015) (at III, p. 10).

²⁹⁶ *Obergefell v. Hodges* 576 U.S. ____ (2015) (at III, p. 10-11).

vorhergesehen werden, weshalb daraus entstehende Widersprüche zwischen bestehenden Gesetzen und den von der Verfassung geschützten Rechten durch einen Anspruch auf Schutz davor bereinigt werden müssten.

Der Supreme Court leitete in seiner Entscheidung vier Prinzipien und Traditionen ab, die darlegen sollten, weshalb das Recht auf Eheschließung in gleicher Weise auch auf gleichgeschlechtliche Paare angewendet werden müsse.²⁹⁷ Diese führte er in der weiteren Entscheidung ausführlich aus.

1. Vorstellungen von individueller Autonomie²⁹⁸

Das erste Prinzip, worauf das Supreme Court seine Entscheidung basierte, leitete er davon ab, dass das Recht zu heiraten fundamentale Wichtigkeit für alle Menschen habe und somit eine persönliche Entscheidung im Konzept der individuellen Autonomie darstelle. Neben Fragen betreffend Empfängnisverhütung oder Fortpflanzung, welche allesamt von der Verfassung geschützt seien, sei die Frage nach einer Eheschließung eine der intimsten Entscheidungen, die eine Person treffen könne. Die Entscheidung ob oder wen man heiraten wolle, sei ein Akt der Selbstdefinition.²⁹⁹

2. Die Wichtigkeit und Einzigartigkeit der Ehe³⁰⁰

Die Ehe, nach Ansicht des Supreme Court, unterstütze die Verbindung zweier Personen wie keine andere und sei deshalb bedeutsam für alle Individuen, sie könnten dadurch Spiritualität oder Intimität erleben, und zwar unabhängig von ihrer sexuellen Orientierung.

“No union is more profound than marriage, for it embodies the highest ideals of love, fidelity, devotion, sacrifice, and family. In forming a marital union, two people become something greater than once they were. As some of the petitioners in these cases demonstrate, marriage embodies a love that may endure even past death.”³⁰¹

²⁹⁷ *Jaeger-Fine*, Revista de Investigacoes constitucionais, 19.

²⁹⁸ *Obergefell v. Hodges* 576 U.S. ____ (2015) (at III, 12).

²⁹⁹ *Goodridge v. Dept. of Public Health*, 798 N.E.2d 941 (Mass. 2003) (p. 322).

³⁰⁰ *Obergefell v. Hodges* 576 U.S. ____ (2015) (at III, 12-13).

³⁰¹ *Obergefell v. Hodges* 576 U.S. ____ (2015) (at p. 28).

3. Die Notwendigkeit des Schutzes von Kindern und Familien³⁰²

Die dritte Basis für den Schutz des Rechts auf Eheschließung nannte der Supreme Court den Schutz von Kindern und Familien und der damit verbundenen Rechte der Kindererziehung, Nachkommenschaft und Erziehung. Indem die Ehe der Beziehung der Eltern rechtliche Anerkennung, Beständigkeit und Stabilität verschaffe, erlaube sie den Kindern, die Integrität und Nähe ihrer eigenen Familie zu verstehen. Die meisten Gliedstaaten der Vereinigten Staaten hätten Homosexuellen die Adoption erlaubt, entweder als Einzelpersonen oder als Paare, und somit hätten viele Pflege- oder Adoptivkinder gleichgeschlechtliche Eltern. Dies würde die Bestätigung dafür bieten, dass viele Schwule und Lesben liebevolle, unterstützende Eltern sein könnten, egal ob diese biologisch oder adoptiert seien. Der Ausschluss gleichgeschlechtlicher Paare von der Ehe stünde somit in zentralem Konflikt mit dem Recht zu heiraten. Ohne die Anerkennung, Stabilität und Vorhersehbarkeit, welche die Ehe bereitstelle, würden deren Kinder das Stigma erleiden, ihre Familien wären etwas Anderes.

Der Supreme Court ging anschließend auch auf kinderlose Paare ein und erklärte, dass eine Fähigkeit, ein Wunsch oder Versprechen nach Fortpflanzung nie Voraussetzung für eine gültige Ehe in jedem Staat gewesen wäre. In Anbetracht der Präzedenzfälle des Schutzes des Rechtes eines Ehepaares sich nicht fortzupflanzen, könne nicht gesagt werden, dass Gerichte oder die Staaten das Recht hätten, die Ehe von der Fähigkeit oder dem Willen, Kinder zu zeugen, abhängig zu machen. Das verfassungsrechtlich geschützte Recht auf Eheschließung habe viele Aspekte, von denen die Kinderzeugung nur einer sei.

4. Die Ehe als Grundstein der Gesellschaft³⁰³

Schließlich stellte der Supreme Court fest, dass aufgrund der Präzedenzfälle und der Traditionen klar sei, dass die Ehe der Grundstein der sozialen Ordnung sei. Die Ehe sei die Grundlage der Familie und der Gesellschaft, ohne die weder Zivilisation noch Fortschritt bestünde. Diese Idee sei sogar bekräftigt worden, als sich die Institution der Ehe im Laufe der Zeit substanziell veränderte. Die Ehe bleibe trotz allem ein Baustein der Gesellschaft.

³⁰² Obergefell v. Hodges 576 U.S. ____ (2015) (at III, p. 14-16).

³⁰³ Obergefell v. Hodges 576 U.S. ____ (2015) (at III, 16-18).

Aus diesem Grund sei die Ehe Grundlage einer langen Liste von öffentlichen Rechten und Verantwortungen, welche Verheirateten zustünden. Diese Aspekte beinhalteten unter anderem Steuern, Versicherung und Eigentum, sowie Zeugnisverweigerungsrechte, Zugang zu Krankeninformationen und Entscheidungsrechte im Fall einer Krankheit, Adoptionsrechte, Erbrechte, Krankenversicherung und viele weitere. Eine gültige Ehe nach dem Recht eines Staates sei außerdem Grundlage für über tausend bundesrechtliche Gesetze.

Durch den Ausschluss gleichgeschlechtlicher Paare von der Ehe würden ihnen diese an die Ehe geknüpften Vorteile verwehrt. Dies sei eine Unsicherheit, welche viele verschiedengeschlechtliche Paare als nicht tolerierbar in ihrem eigenen Leben empfinden würden. Durch diese Regelungen der Staaten würde Homosexuellen dargelegt, dass sie in vielen wichtigen Aspekten ungleich wären, da sie von zentralen Institutionen der Gesellschaft ausgeschlossen wären.

Die Beschränkung der Ehe auf verschiedengeschlechtliche Paare wäre lange Zeit für natürlich und gerecht gehalten worden, allerdings sei die Widersprüchlichkeit im Hinblick auf die zentrale Bedeutung der Ehe mittlerweile offensichtlich. Mit diesem Wissen müsse nun die Einsicht kommen, dass Gesetze, welche gleichgeschlechtliche Paare von der Ehe ausschließen, Stigmatisierung nach sich zögen, welche von der Verfassung verboten werde.

Das Recht auf Ehe sei zwar fundamental vor dem Hintergrund der Geschichte und Tradition, allerdings würden Rechte nicht nur von historischen Quellen stammen. Sie entstünden ebenfalls aus einem sich mit der Zeit verändernden Verständnis der Definition von Freiheit. Durch die Ehe würden gleichgeschlechtliche Paare nach derselben rechtlichen Behandlung wie verschiedengeschlechtliche Paare suchen und die Vorenthaltung dessen wäre eine Herabwürdigung ihrer Person und ihrer Entscheidungen.

ii. Gleichbehandlungsgrundsatz³⁰⁴

Das Recht gleichgeschlechtlicher Personen zu heiraten könne nach der Entscheidung des Supreme Court auch vom Gleichbehandlungsgrundsatz des 14. Zusatzartikel abgeleitet werden, welcher mit dem Grundrecht auf ein faires Verfahren stark verbunden sei, obwohl sie unabhängige Grundsätze statuierten.

Die Präzedenzfälle des Supreme Court über das Recht zu heiraten zeigten, dass diese sowohl vom Gleichbehandlungsgrundsatz als auch vom Grundrecht auf ein faires Verfahren geschützt seien, welche eng miteinander interagieren. Im Fall *Loving*³⁰⁵ hatte er entschieden, dass das Verbot verschiedenrassiger Ehen wegen der ungleichen Behandlung verschiedenrassiger Paare gegenüber gleichrassigen Paaren auch als Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz aufgehoben.

Durch die Interpretation des Gleichbehandlungsgrundsatzes im Lichte einer beweglichen Verfassung habe das Gericht erkannt, dass neue Einblicke und neue soziale Verständnisse ungerechtfertigte Ungleichheiten in den fundamentalsten Institutionen offenlegen könnten, die einst unbeachtet und unangefochten waren. Beispielhaft führt er die Periode der 1970 - 1980er Jahre an, in welcher Frauen und Männern in der Ehe ungleiche Behandlung zukam, weil der Ehemann der Kopf der Familie war und über die Ehefrau entscheiden konnte, was erst durch das neue Bewusstsein von den Gerichten als Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz qualifiziert wurde.

Diese Dynamik sei auch auf gleichgeschlechtliche Ehen anzuwenden. Es sei nun klar, dass die angefochtenen Gesetze die Freiheit gleichgeschlechtlicher Paare beeinträchtigten sowie zentrale Grundsätze der Gleichheit einschränkten. Die Ehrechte der Beklagten seien ungleich: gleichgeschlechtlichen Paaren würden alle Vorteile verwehrt, welche verschiedengeschlechtlichen Paaren zukämen, da ihnen die Ausübung des fundamentalen Rechts auf Eheschließung verweigert werde, was Homosexuelle somit unterordne. Eben das Grundrecht auf ein faires Verfahren sowie der Gleichbehandlungsgrundsatz verbieten diese ungerechtfertigte Vorenthaltung des Rechts zu heiraten.

³⁰⁴ Obergefell v. Hodges 576 U.S. ____ (2015) (at III, p. 19-23).

³⁰⁵ Loving v. Virginia, 388 U.S. 1 (1967).

Diese Überlegungen führten zum Schluss, dass das Recht zu heiraten ein fundamentales Freiheitsrecht sei, welches vom 14. Zusatzartikel umfasst sei, weshalb gleichgeschlechtliche Paare nicht länger von diesem Recht ausgeschlossen werden dürften. Der Supreme Court entschied in der Folge, dass gleichgeschlechtlichen Paaren das Recht zu heiraten offenstehen müsse.

iii. Die Pflicht zur Anerkennung gleichgeschlechtlicher Ehen³⁰⁶

Die vorliegenden Fälle eröffnete außerdem die Frage, ob die Verfassung die Staaten dazu verpflichtete, gleichgeschlechtliche Ehen anzuerkennen, welche außerhalb des jeweiligen Gliedstaates gültig geschlossen wurde. In einem Staat verheiratet zu sein, während die Anerkennung derselben in einem anderen verweigert werde, stelle eine große Erschwernis und Behinderung im innerstaatlichen Recht dar.³⁰⁷ Die Beibehaltung der derzeitigen Rechtslage würde zu großer Unsicherheit und Instabilität führen.

Der Supreme Court entschied deshalb auch, dass gleichgeschlechtliche Paare ihr Recht auf Eheschließung in allen Staaten ausüben dürfen, weshalb es auch keine rechtliche Basis für einen Staat mehr gäbe, die Anerkennung einer gültig geschlossenen gleichgeschlechtlichen Ehe abzulehnen.³⁰⁸

b. Die Argumente der Beklagten und deren Widerlegung durch den Supreme Court

i. Abwarten der sozialen Bewegung für gleichgeschlechtliche Ehen³⁰⁹

Das Argument der Beklagten, die Entscheidung würde vor dem Hintergrund von zu wenig vorhergehendem demokratischem Diskurs entschieden³¹⁰, sei nicht zutreffend, schließlich seien dieser Entscheidung viele Beratungen vorhergegangen – es habe Referenda, legislative Debatten und Kampagnen, ebenso wie Studien, wissenschaftliche Artikel und Bücher zu diesem Thema gegeben und Gerichten hätten

³⁰⁶ Obergefell v. Hodges 576 U.S. ____ (2015) (at V, p. 27-28).

³⁰⁷ Obergefell v. Hodges 576 U.S. ____ (2015) (at V, p. 27-28).

³⁰⁸ Obergefell v. Hodges 576 U.S. ____ (2015) (at V, p. 28).

³⁰⁹ Obergefell v. Hodges 576 U.S. ____ (2015) (at IV, p. 23-26).

³¹⁰ DeBoer Respondents' Supreme Court Brief at 29; Obergefell Respondents' Supreme Court Brief at 21; Bourke Respondents' Supreme Court Brief at 7.

umfangreiche Entscheidungen dazu gefällt.³¹¹ Dies habe zu einem erweiterten Verständnis dieses Themas geführt, welches die Argumente, die das Gericht anführte reflektierte.

Obwohl die Verfassung grundsätzlich die Demokratie als entsprechenden Prozess für Veränderungen festlege, dürfe dies nicht dazu führen, dass dadurch fundamentale Rechte eingeschränkt würden.³¹² Die verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechte hätten essentiellen Schutz für das Individuum vor ungerechtfertigter staatlicher Gewalt, weshalb bei einer Verletzung den Gerichten eine legitime Rolle hätten. Individuen müssten nicht legislative Handlungen abwarten, bevor sie ihre Grundrechte behaupten könnten. Grundrechte dürften kein Ergebnis einer Wahl sein. Es sei hier nicht die Frage, ob der fehlende vorhergehende demokratische Prozess dieser begrüßt oder bemängelt würde, das Thema vor dem Gericht sei ausschließlich die rechtliche Frage, ob die Verfassung das Recht gleichgeschlechtlicher Personen zu heiraten umfasse.

Im Fall *Bowers*³¹³ habe die richterliche Zurückhaltung dazu geführt, dass Homosexuellen Schmerz und Demütigung gebracht wurde.³¹⁴ Denselben Effekt hätte auch eine Entscheidung gegen gleichgeschlechtliche Paare – es wäre ungerechtfertigt im Hinblick auf den 14. Zusatzartikel. Hätte der Supreme Court diese angefochtenen Gesetze bestehen lassen, hätte dies den Anschein erweckt, dass diese Gesetze in Übereinstimmung mit der Gesellschaft wären.

ii. Gefährdung der Ehe durch Zulassung gleichgeschlechtlicher Ehen³¹⁵

Ein wichtiges Argument der Beklagten im Prozess war, dass die Zulassung gleichgeschlechtlicher Paare zur Ehe diese als solches gefährden würde, indem es zu weniger verschiedengeschlechtlicher Ehen führen würde, da die Verbindung zwischen Ehe und natürlicher Fortpflanzung unterbunden werde.³¹⁶ Die Beklagten argumentierten hauptsächlich, dass der 14. Zusatzartikel es den Staaten überließe, an

³¹¹ Obergefell v. Hodges 576 U.S. ____ (2015) (at IV, p. 23-24).

³¹² Obergefell v. Hodges 576 U.S. ____ (2015) (at IV, p. 24-25).

³¹³ *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986).

³¹⁴ Obergefell v. Hodges 576 U.S. ____ (2015) (at IV, p. 25).

³¹⁵ Obergefell v. Hodges 576 U.S. ____ (2015) (at IV, p. 26-27).

³¹⁶ Obergefell Respondents' Supreme Court Brief at 39; DeBoer Respondents' Supreme Court Brief at 17; Tanko Respondents' Supreme Court Brief at 37; Bourke Respondents' Supreme Court Brief at 29.

der traditionellen Definition der Ehe festzuhalten.³¹⁷ Die gleichgeschlechtliche Ehe wäre kein Grundrecht, da es weder tief verwurzelt in Geschichte und Tradition sei, noch implizit im Konzept der Freiheit sei.³¹⁸ Die Ehe könne nicht von ihrem Zweck der Fortpflanzung gelöst werden.³¹⁹ Die Gesetze zum Verbot gleichgeschlechtlicher Ehen wären deshalb auch nicht mit diskriminierendem Willen verabschiedet worden, sondern zum Zweck der Schaffung stabiler Familien zur Erziehung von Kindern.³²⁰

Entscheidungen über die Frage, ob man heiraten und Kinder großziehen will, basiere auf vielen persönlichen, romantischen und praktischen Überlegungen und es sei daher unrealistisch zu schlussfolgern, dass verschiedengeschlechtliche Paare schlicht nicht heiraten würden, weil gleichgeschlechtliche Paare dies auch könnten.³²¹

Der Einwand der Beklagten, die Kläger würden unter Berufung auf die Grundrechte ein neues, nichtexistentes Institut einer gleichgeschlechtlichen Ehe schaffen wollen, sei ebenfalls zurückzuweisen.³²² Die Kläger würden nicht das Recht zu heiraten begehren, sondern ein neues noch nicht existentes Institut,³²³ da die Ehe seit jeher als Einheit zwischen Mann und Frau definiert werde, basierend auf der Fähigkeit sich fortzupflanzen.³²⁴

Der Supreme Court widerlegte dies dadurch, als dass im Fall *Loving*³²⁵ die Kläger auch nicht auf das „Recht auf verschiedenrassige Ehen“, oder im Fall *Turner*³²⁶ auf das „Recht Inhaftierter zu heiraten“ geklagt hätten.³²⁷ Es sei im Gegenteil dabei immer nur die Frage gewesen, ob genügend Rechtfertigungen vorlägen, die jeweilige Gruppe vom Recht zu heiraten auszuschließen. *„If rights were defined by who exercised them in the past, then received practices could serve as their own continued justification*

³¹⁷ Case Summary: Obergefell v. Hodges, Regent University Law Review, 174ff; Obergefell Respondents' Supreme Court Brief at 36.

³¹⁸ Bourke Respondents' Supreme Court Brief, at 17.

³¹⁹ Obergefell Respondents' Supreme Court Brief at 39.

³²⁰ Obergefell Respondents' Supreme Court Brief, at 39.

³²¹ Obergefell v. Hodges 576 U.S. ____ (2015) (at III, p. 26-27).

³²² Tanco Respondents' Supreme Court Brief, at 19; DeBoer Respondents' Supreme Court Brief, at 21.

³²³ Tanco Respondents' Supreme Court Brief, at 19.

³²⁴ Tanco Respondents' Supreme Court Brief, at 18; Bourke Respondents' Supreme Court Brief, at 9.

³²⁵ Loving v. Virginia, 388 U.S. 1 (1967).

³²⁶ Turner v. Safley, 482 U.S. 78 (1987).

³²⁷ Obergefell v. Hodges 576 U.S. ____ (2015) (at III, p. 18).

*and new groups could not invoke rights once denied.*³²⁸

iii. Konflikt mit dem 1. Zusatzartikel zur Verfassung³²⁹

Von den Beklagten wurde auch befürchtet, dass gleichgeschlechtliche Ehen in Konflikt mit der Religionsfreiheit im 1. Zusatzartikel zur Verfassung³³⁰ geraten würden.³³¹ Dies wurde vom Supreme Court in der Weise zurückgewiesen, dass er betonte, dass Religionen und diejenigen, die sich an religiöse Lehren halten, weiterhin auch öffentlich dafür eintreten dürften, dass die gleichgeschlechtliche Ehe nach göttlichen Grundsätzen nicht geduldet werden sollte.³³² Dasselbe gelte für andere Personen, welche die gleichgeschlechtliche Ehe aus anderen Gründen ablehnen würden. Der 1. Zusatzartikel garantiere ihnen dabei rechtlichen Schutz.

c. Vota Separata

Hinsichtlich der Vota Separata veröffentlichten alle vier Richter, welche die Mehrheitsmeinung nicht teilten, ihre abweichenden Ansichten. Im Kern konzentrierten sich die abweichenden Meinungen auf eine Reihe zusammenhängender Themen, vor allem die fehlerhafte Anwendung des Grundrechts auf ein faires Verfahren, die Rolle des Gerichts im demokratischen und föderalen System, die Natur der Institution der Ehe sowie außerdem den Konflikt mit der Meinungsäußerungsfreiheit.³³³

i. Die fehlerhafte Anwendung der Rechtsgrundlagen

Richter *Roberts* war der Ansicht, dass die Begründung der Mehrheit zum Grundrecht auf ein faires Verfahren nicht tragbar.³³⁴ Dass das Vorenthalten der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare nur deshalb gegen das Grundrecht verstoße, weil die gleichgeschlechtliche Ehe „gut für die Betroffenen und die Gesellschaft“³³⁵ wäre, könne ausschließlich eine Argumentation für den Gesetzgeber in Fragen der Sozialpolitik sein.

³²⁸ Obergefell v. Hodges 576 U.S. ____ (2015) (at III, p. 18).

³²⁹ Obergefell v. Hodges 576 U.S. ____ (2015) (at IV, p. 27).

³³⁰ US Const. am. I.

³³¹ Obergefell Respondents' Supreme Court Brief at 22.

³³² Obergefell v. Hodges 576 U.S. ____ (2015) (at IV, p. 27).

³³³ *Jaeger-Fine*, Revista de Investigacoes constitucionais, 28.

³³⁴ Obergefell v. Hodges 576 U.S. ____ (2015) (Roberts C.J. diss. II, at p. 10).

³³⁵ Obergefell v. Hodges 576 U.S. ____ (2015) (Roberts C.J. diss. II, at p. 10).

Roberts bemängelt außerdem, dass die Mehrheit keine ausreichende Begründung für die Anwendbarkeit des Gleichheitsgrundsatzes, welche von den Klägern behauptet wurde, gefunden habe.³³⁶ Die zentrale Begründung würde sich darauf beschränken, dass eine „Synergie“³³⁷ zwischen dem Gleichbehandlungsgrundsatz und dem Grundrecht auf ein faires Verfahren bestehe. Die Mehrheit scheiterte bei dem Versuch, auch nur in einem Satz zu erklären, welche Bedeutung der Gleichbehandlungsgrundsatz für die Entscheidung habe. Unbeschadet dessen bestehe die Doktrin des Gleichbehandlungsgrundsatzes aber nur in der Frage, ob die getroffene gesetzliche Regelung verhältnismäßig zu ihrem Ziel ist.³³⁸

Roberts ist der Ansicht, dass das Grundrecht auf Eheschließung nicht bedeute, dass jeder, der heiraten will, ein verfassungsrechtlich gewährtes Recht dazu habe, sondern, wie die Präzedenzfälle klarstellten, dass ein Staat lediglich dadurch verpflichtet werde, Einschränkungen dieses traditionellen Rechts zu rechtfertigen.³³⁹ So wäre im Fall *Loving*³⁴⁰ das Gericht beispielsweise zum Schluss gekommen, dass die Rassetrennung keine ausreichende Rechtfertigung für das Verbot der Eheschließung zwischen verschiedenrassiger Paare wäre. Keiner der Präzedenzfälle aber hätte die Kerndefinition der Ehe als Institution zwischen zwei Personen verschiedenen Geschlechtes ändern wollen.³⁴¹

In seiner separaten abweichenden Meinung argumentierte Richter *Thomas*, dass die Mehrheitsmeinung das Grundrecht auf ein faires Verfahren, welches im 14. Zusatzartikel enthalten ist, zu weit interpretiert hätten.³⁴² „Freiheit“, wie sie kodifiziert und verstanden werde, würde sich nach der Ansicht von *Thomas* nur auf Schutz vor staatlichen Handlungen beziehen. Freiheit wäre der individuelle Schutz vor öffentlicher Gewalt, nicht das Recht auf bestimmte öffentlich-rechtliche Ansprüche.

Auch das von der Mehrheit zitierte Grundrecht auf Privatsphäre könne hier nicht herangezogen werden, da die Kläger keine Privatsphäre beehrten, sondern im

³³⁶ *Obergefell v. Hodges* 576 U.S. ____ (2015) (Roberts C.J. diss. III, at p. 23-24).

³³⁷ *Obergefell v. Hodges* 576 U.S. ____ (2015) (Roberts C.J. diss. III, at p. 23).

³³⁸ Siehe Kapitel VI.B.b.

³³⁹ *Obergefell v. Hodges* 576 U.S. ____ 13ff (2015) (Roberts C.J. diss. at II B1 p. 16).

³⁴⁰ *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967).

³⁴¹ *Obergefell v. Hodges* 576 U.S. ____ 13ff (2015) (Roberts C.J. diss. at II B1 p. 16).

³⁴² *Obergefell v. Hodges* 576 U.S. ____ (2015) (Thomas J. diss. p. 2).

Gegenteil nach öffentlicher Anerkennung ihrer Beziehung und den damit verbundenen öffentlichen Privilegien suchten.³⁴³ Obwohl das Recht auf Privatsphäre sicherlich eine Rolle im Schutz des intimen Verhalten Homosexueller spiele, stelle es hier keine Grundlage dar, die Ehe neu zu definieren oder die angefochtenen Gesetze aufzuheben.

ii. Die Rolle des Gerichts im demokratischen System

Richter *Roberts* stellte klar, der United States Supreme Court sei kein Gesetzgeber, ob die gleichgeschlechtliche Ehe eine gute Idee wäre oder nicht, hätte das Gericht nicht zu entscheiden.³⁴⁴ Im Rahmen der Verfassung hätten Richter das Recht zu sagen, was Recht ist – nicht, was es sein sollte.

Der Schritt des Supreme Court, die Ehe auch für homosexuelle Personen zu öffnen, sei entmutigend für alle, die an eine Regierung des Gesetzes, nicht eine Regierung einzelner Menschen glaubten. Unterstützer der gleichgeschlechtlichen Ehe hätten bedeutsamen Erfolg in der Überzeugung der Bürger durch demokratische Prozesse erzielt, was allerdings mit der Entscheidung des Gerichts nun geendet habe. Fünf Richter hätten entschieden, ihre eigene Version einer Ehe und ihr eigenes Verständnis der Freiheit unter dem Vorwand der Verfassungswidrigkeit durchzusetzen. Die Mehrheitsentscheidung stelle einen Akt der Willkür anstelle einer rechtlichen Entscheidung dar. Das Recht, welches der Entscheidung zugrunde gelegt werde, fände keine Grundlage in der Verfassung oder in Präzedenzfällen. Die Mehrheit hätte die richterliche Zurückhaltung aufgegeben und die Gesellschaft nach ihren eigenen Vorstellungen gestaltet. Als Ergebnis würde das Gericht die Ehegesetze in mehr als der Hälfte der Gliedstaaten für verfassungswidrig erklären und eine soziale Institution, die sich seit Jahrtausenden in der Gesellschaft entwickelte, verändern. Durch diese Entscheidung hätte das Gericht seine durch die Verfassung konzipierte juristische Rolle abgelehnt, indem es eine Frage für sich selber gelöst habe, die die Verfassung den Menschen überantwortet hat, und zwar zur der Zeit, wenn die Bürger diese Materie debattieren wollten.

Auch Richter *Scalia* bemängelt das Zustandekommen dieser Entscheidung.³⁴⁵ Indem

³⁴³ Obergefell v. Hodges 576 U.S. ____ (2015) (Roberts C.J. diss. at II B2, p. 17).

³⁴⁴ Obergefell v. Hodges 576 U.S. ____ (2015) (Roberts C.J. diss. p. 2).

³⁴⁵ Obergefell v. Hodges 576 U.S. ____ (2015) (Scalia J. diss., at I-II).

man die grundlegende Frage nach gleichgeschlechtlicher Ehe einem nichtrepräsentativen Gremium von neun Personen überlassen habe, hätte man das grundlegende Prinzip verletzt, politische Veränderungen durch gewählte Vertreter zu erreichen. Durch Übernahme dieser politischen Rolle durch das Gericht habe sich die Mehrheitsmeinung von der Aufgabe verabschiedet, Recht über den 14. Zusatzartikel zu schaffen und sei stattdessen dazu übergegangen, Verfassungsrecht zu erschaffen, wo bisher keines existiert habe.

Alito warnt vor dem grundlegenden Effekt dieser Entscheidung auf die Rechtsstaatlichkeit, wenn eine nur geringe Mehrheit von Richtern neues Recht im gesamten Staat erschaffen konnte und ihre eigenen Vorstellungen als Beschränkung der politischen Gesetzgebung festsetzen konnte.³⁴⁶

iii. Die Natur der Institution der Ehe

Einer der zentralen Unterschiede zwischen der Argumentation der Kläger und der Beklagten andererseits war, ob die gleichgeschlechtliche Ehe lediglich eine weite Interpretation des Instituts der Ehe darstelle oder ob dadurch auch die Verfassung fundamental verändert wurde.³⁴⁷

Roberts argumentiert, es sei zwar unstrittig, dass die Verfassung ein Recht auf Ehe sowie ein Recht auf gleiche Anwendung der Ehegesetze auf alle Bürger enthalte.³⁴⁸ Allerdings sei in diesem Fall vielmehr die Frage, wer entscheide, was die Ehe darstelle. Die Ehe bestehe seit Jahrtausenden, allerdings immer nur auf eine Art Beziehung ausgedehnt – die Einheit zwischen Mann und Frau. Bis vor kurzer Zeit habe auch der Supreme Court entschieden³⁴⁹, dass als Definition der Ehe unzweifelhaft die Verbindung zwischen Mann und Frau diene und essenziell für ihre Rolle und Funktion sei. Diese Definition sei auch kein Zufall, schließlich sei die Ehe nicht aufgrund politischer Bewegungen, Krieg, religiöser Doktrinen oder einer prähistorischen Entscheidung, Homosexuelle auszuschließen, entstanden, sondern um sicherzustellen, dass Kinder in einer stabilen Beziehung von Vater und Mutter großgezogen wurden.³⁵⁰

³⁴⁶ *Obergefell v. Hodges* 576 U.S. ____ (2015) (*Alito J. diss.*, at III, p. 7).

³⁴⁷ *Jaeger-Fine*, *Revista de Investigacoes constitucionais*, 33.

³⁴⁸ *Obergefell v. Hodges* 576 U.S. ____ (2015) (*Roberts C.J. diss.*, at I A, p. 4-6).

³⁴⁹ *United States v. Windsor*, 570 U.S. ____ (2013).

³⁵⁰ *Obergefell v. Hodges* 576 U.S. ____ (2015) (*Roberts C.J. diss.*, at I A, p. 4-6).

Die menschliche Rasse müsse sich fortpflanzen um zu überleben, und dies geschehe eben nur durch sexuelle Beziehungen zwischen einem Mann und einer Frau. Die Ehe sei die gesellschaftliche Lösung für das Problem, Paare zusammenzuhalten, um für die Bedürfnisse der Kinder zu sorgen. Dies sei auch der Grund, weshalb bis vor wenigen Jahren alle Bundesstaaten die Ehe nach diesen traditionellen, biologischen Grundlagen definiert hätten.

Nach *Alito* würde das neue Verständnis der Ehe, welches sich fast ausschließlich auf das Glück der Personen beziehe, zwar von vielen Personen geteilt, sei aber nicht das traditionelle Verständnis.³⁵¹ Dieses sei für Jahrtausende auf eine Sache bezogen, welche nur verschiedengeschlechtliche Paare könnten – sich fortzupflanzen. Die Staaten, welche keine gleichgeschlechtlichen Ehen anerkennen wollten, hätten den traditionellen Ehebegriff aufrechterhalten, um dieses Institut zu schützen, was ihnen vom Supreme Court nicht verboten werden könne.

Auch die Präzedenzfälle hätten die Ehe wiederholend so definiert, wie es mit der traditionellen Bedeutung übereingestimmt habe.³⁵² Die Beschreibung der *„Ehe als Grundlage der Familie und Gesellschaft, ohne die es weder Zivilisation noch Fortschritt gäbe“*³⁵³ stelle klar, dass die Ehe die Komponente der Fortpflanzung beinhalte. Neuere Fälle³⁵⁴ hätten das Recht auf Ehe mit dem Recht auf Fortpflanzung gleichgesetzt.

Die Veränderung verschiedener Gesichtspunkte der Ehe, wie der Rassetrennung oder der Emanzipation der Frau, hätten keine grundlegende Änderung der Ehe an sich als Einheit zwischen Mann und Frau mit sich gebracht, sondern nur tiefgreifende Veränderungen in deren Struktur.³⁵⁵ Sie hätten keinesfalls versucht die Kerndefinition der Ehe als Institution zwischen Mann und Frau zu verändern.

Durch die Entscheidung hätte das Gericht ein neues Recht geschaffen, welches weder Grundlage in den Präzedenzfällen oder der Verfassung fände. *Roberts* argumentierte,

³⁵¹ Obergefell v. Hodges 576 U.S. ____ (2015) (Alito J. diss., at II, p. 4-5).

³⁵² Obergefell v. Hodges 576 U.S. ____ (2015) (Roberts C.J. diss., at I A, p. 7).

³⁵³ Maynard v. Hill, 125 U.S. 190 (1888); Loving v. Virginia, 388 U.S. 1 (1967).

³⁵⁴ Zablocki v. Redhail, 434 U.S. 374 (1978).

³⁵⁵ Obergefell v. Hodges 576 U.S. ____ (2015) (Roberts C.J. diss. at p. 8).

das Recht zu heiraten würde nicht das Recht enthalten, einen Staat zu zwingen, seine Definition der Ehe zu ändern.³⁵⁶ Die Verfassung enthalte keine bestimmte Theorie der Ehe, weshalb es den einzelnen Gliedstaaten überlassen bleibe, gleichgeschlechtliche Paare darin einzubeziehen oder nicht.

Diese Entscheidung würde die Frage mit sich bringen, ob ein Staat nun an der Definition der Ehe als Einheit zwischen zwei Personen festhalten müsse.³⁵⁷ Die Mehrheit habe nicht begründet, weshalb das zwei-Personen-Element als Definition der Ehe erhalten bleiben sollte und das Element der Verschiedengeschlechtlichkeit nicht. Vom historischen Standpunkt her gesehen sei der Sprung von der verschiedengeschlechtlichen zur gleichgeschlechtlichen Ehe viel größer als der von einer Einheit zwischen zwei Personen zu einer mehrpersonalen Einheit, welche in verschiedenen Kulturen tief verwurzelt sei. Wenn die Mehrheit diesen großen Sprung hinnehmen könne, sei es schwer rechtfertigbar, den kleineren Sprung zu verweigern. Zumal polygam lebende Personen dieselbe Argumentation heranziehen könnten wie in diesem Fall die gleichgeschlechtlichen Paare.

iv. Konflikt mit dem 1. Zusatzartikel zur Verfassung

Roberts sieht große Probleme in der Wechselwirkung dieser Entscheidung mit der Religionsfreiheit.³⁵⁸ Auch nach *Thomas* würde die Mehrheitsmeinung unzulässiger Weise in diese eingreifen.³⁵⁹ Obwohl nach der Mehrheitsmeinung religiöse Personen ihre Ansichten der Ehe vertreten dürften, entstünden schwierige Fragen, wenn die Religionsausübungsfreiheit in Konflikt mit der gleichgeschlechtlichen Ehe gerate. Die Ehe in der Gesellschaft sei nicht nur eine öffentliche Institution, sondern auch eine religiöse. Es erschiene beiden unvermeidlich, dass diese zwei Rechte in Konflikt geraten würden, insbesondere wenn Individuen oder Kirchen mit Anfragen konfrontiert würden, sich an gleichgeschlechtlichen Eheschließungen zu beteiligen.

³⁵⁶ Obergefell v. Hodges 576 U.S. ____ (2015) (Roberts C.J. diss. at p. 2).

³⁵⁷ Obergefell v. Hodges 576 U.S. ____ (2015) (Roberts C.J. diss. at II B3, p. 20-21).

³⁵⁸ Obergefell v. Hodges 576 U.S. ____ (2015) (Roberts C.J. diss., at IV, p. 27-28).

³⁵⁹ Obergefell v. Hodges 576 U.S. ____ (2015) (Thomas J. diss., at III B, p. 14-16).

v. Die ordnungsgemäße Rolle der Staaten im föderalen System

Die Abweichenden kritisieren die Meinung des Gerichts vor allem auch wegen deren Behandlung der Ehe als Sache des Bundesstaates, obwohl diese historisch gesehen in die Kompetenz der einzelnen Staaten fiel. *Alito* ist der Ansicht, die Verfassung würde kein Recht auf gleichgeschlechtliche Ehe enthalten, somit wäre dieses Thema den Staaten vorbehalten, zu entscheiden, ob sie von der traditionellen Ehedefinition, wie sie seit jeher bestehe, abweichen wollten.³⁶⁰ Das System des Föderalismus der Verfassung ermögliche einen Weg für Menschen mit unterschiedlichen Ansichten zusammen in einer Nation zu leben. Wenn diese Angelegenheit den Staaten überlassen worden wäre, hätten diese wahrscheinlich in der Frage nach der Zulassung unterschiedlich entschieden in der Frage nach der Zulassung, was die Mehrheitsentscheidung aber unmöglich gemacht hätte.

F. Analyse

a. Einleitung

Die Entscheidung des Supreme Court zog immense öffentliche Reaktionen nach sich und wurde in der dortigen wissenschaftlichen Literatur zum Teil extrem kontrovers diskutiert. Folgendes Kapitel soll die Kernpunkte dieser wissenschaftlichen Auseinandersetzung systematisch aufarbeiten und die Entscheidung einer kritischen Analyse unterziehen.

b. Die Entscheidung im Lichte des gewaltenteilenden Systems

Von den konservativen Supreme Court-Richtern wurde bereits in ihren abweichenden Meinungen bemängelt, dass diese Entscheidung unzulässig im Lichte des gewaltenteilenden Systems sei. Der Supreme Court sei kein Gesetzgeber und hätte somit nicht die Kompetenz, neue Gesetze zu verabschieden.³⁶¹ Die Ansichten der Richter differieren vor allem in ihrer jeweiligen Vorstellung von der Funktion eines Gerichts im demokratischen System.³⁶² Während die Mehrheitsmeinung von einem partizipativeren Demokratiemodell ausging, sollte nach Ansicht der überstimmten Richter diese Angelegenheit dem politischen Prozess vorbehalten werden.

³⁶⁰ Obergefell v. Hodges 576 U.S. ____ (2015) (Alito J. diss., at III, p. 7-8).

³⁶¹ Obergefell v. Hodges 576 U.S. ____ (2015) (Roberts C.J. diss 2f; 26; Scalia J. diss. 2-6; Thomas J. diss. 13f; Alito J. diss. 2ff).

³⁶² *Staszewski*, Obergefell and Democracy, 97 Boston University Law Review 31 (2017) (32).

Richter *Kennedys* Mehrheitsmeinung und die abweichende Meinung von Richter *Roberts* zeigten klar deren unterschiedlichen Ansichten bezüglich der Rolle der Judikative, welche in völlig gegenteilige Ergebnisse mündeten.³⁶³ Während *Kennedy* nach *Landau*³⁶⁴ eher als Funktionalist gelte, dessen Urteile auf den besonderen gegebenen Umständen des Einzelfalles basierten, sei Richter *Roberts* ein Formalist, dessen Zugang zur Gewaltenteilung keine Ausnahmen zulasse, als dass neu entstehende Grundrechte immer aus dem politischen Prozess vorgebracht werden müssten. Insbesondere nicht niedergeschriebene Grundrechte müssten also nach seiner Ansicht durch eine politische Verfassungsänderung kreiert werden.

Nach der Ansicht vieler Konservativer hätten 31 Staaten die Definition der Ehe als Institution zwischen Mann und Frau definiert, die anderen Staaten hätten die Ehe in ihren Staaten wiederum anders konzipiert.³⁶⁵ Dies würde klar zeigen, wie der demokratische Prozess eigentlich funktionieren sollte. So sagte bereits Präsident Franklin D. Roosevelt: „[...] *let us never forget that government is ourselves and not an alien power over us. The ultimate rulers of our democracy are not a President and Senators and Congressmen and Government officials but the voters of this country.*“³⁶⁶

Wie *Greendorfer*³⁶⁷ zusammenfasst, habe sich der Supreme Court durch seine Entscheidung von den Präzedenzfällen verabschiedet und selber den 14. Zusatzartikel erweitert, was eigentlich exklusive Kompetenz des Kongresses, der Bundesstaaten sowie der Bürger wäre.³⁶⁸ Richter *Kennedys* Argumente könnte man zusammenfassend als nicht auf Geschichte und Tradition basierend, sondern vielmehr

³⁶³ *Landau*, Roberts, Kennedy, and the Subtle Differences that matter in Obergefell, 84 Fordham Law Review (2015), 33 (34).

³⁶⁴ *Landau*, 84 Fordham Law Review 33, 34f.

³⁶⁵ *Fiedorek*, The Supreme Court's gay-marriage ruling is a huge blow to democracy, Washington Post, 29.06.2015 (https://www.washingtonpost.com/opinions/the-supreme-courts-blow-to-democracy/2015/06/29/9331faa6-1e7b-11e5-aeb9-a411a84c9d55_story.html?utm_term=.3e82d932a68b) (2.7.2018); *Walton*, Conservatives Should Attack Obergefell's Interpretive Method, Not Its Hijacking of the Democratic Process, 5f (<https://ssrn.com/abstract=2667223>) (2.7.2018).

³⁶⁶ Franklin D. Roosevelt: "Address at Marietta, Ohio.," July 8, 1938. Online by Gerhard Peters and John T. Woolley, *The American Presidency Project*. (<http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=15672>).

³⁶⁷ *Greendorfer*, After Obergefell: Dignity For The Second Amendment., 35 Mississippi College Law Review (2015) 1, (12).

³⁶⁸ *Greendorfer*, 35 Mississippi College Law Review 1, 12.

auf einem veränderten öffentlichen Verständnis, beschreiben.³⁶⁹ Dieses jedoch sollte man wohl eher in einem demokratischen als einem judikativen Diskurs finden. So würden verfassungsrechtliche Bedeutungen durch veränderte öffentliche Ansichten zwar nicht verändert, nichtsdestotrotz beschleunigten sie aber legislative Veränderungen im Wege des demokratischen Prozesses.

Richter *Kennedy* rechtfertigte diesen Eingriff damit, dass die Demokratie die Gerichte dafür vorgesehen habe, Grundrechte gegen legislative Eingriffe zu schützen.³⁷⁰ Ein gewissenhafter Gesetzgeber sollte eher der Verfassung, als seinen Wählern gehorchen.³⁷¹

Hier stellt sich vorab die Frage, ob die Verfassung überhaupt dieses Recht gleichgeschlechtlicher Ehen vorsieht. Dieses Argument könnte allerdings schwierig zu tragen sei, einfach weil so viele Bundesstaaten die gleichgeschlechtliche Ehe verboten hatten.³⁷² So wird die wiederholte und anhaltende Anwendung der Todesstrafe in den Bundesstaaten in der ständigen Rechtsprechung des Supreme Court als Legitimierung ihrer fortgesetzten Verfassungskonformität herangezogen.³⁷³ Eine verfassungsrechtliche Vorschrift, welche die Zustimmung von weniger als der für eine Verfassungsänderung notwendigen, drei Viertel der Gliedstaaten hat, scheint schwer rechtfertigbar.³⁷⁴ Die Verbotsgesetze zur gleichgeschlechtlichen Ehe in Ohio, Tennessee, Michigan und Kentucky können also demnach nicht aus dem Grund für verfassungswidrig erklärt werden, weil sie abwegige Abweichungen einer ansonsten weitverbreiteten Übung wären. Diese Ansicht teilten auch die überstimmten Richter, indem sie argumentierten, die Mehrheitsmeinung habe eine im Wesentlichen politische Frage im Rechtsweg gelöst.³⁷⁵ Diese Rechtfertigung weist allerdings auch

³⁶⁹ *Lamparello*, Justice Kennedy's Decision in Obergefell: A Sad Day for the United States Supreme Court, *Houston Law Review Off the Record*, Forthcoming (2015) 11.

³⁷⁰ *Obergefell v. Hodges* 576 U.S. ____ (2015) (at IV, p.24).

³⁷¹ *Seidman*, The Triumph of Gay Marriage and the Failure of Constitutional Law, *Georgetown Law Faculty Publications and Other Works* (2015) 1499 (1516).

³⁷² *Loveland*, Liberty, Equality and the Right to Marry under the Fourteenth Amendment, *British Journal of American Legal Studies* 6 (2) (2017), 241 (254).

³⁷³ Siehe z.B. *Ford v. Wainwright*, 477 U.S. 399 (1983); *Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304 (2002).

³⁷⁴ *Loveland*, *British Journal of American Legal Studies* 6 (2) 254f.

³⁷⁵ *Obergefell v. Hodges* 576 U.S. ____ (2015) (Roberts C. J. diss. p.2); *Loveland*, *British Journal of American Legal Studies* 2017, 241–262 (257).

ihre Schwierigkeiten auf. Danach hänge die Bundesverfassung davon ab, wie einzelne Gliedstaaten zu bundesverfassungsrechtlichen Fragestellungen stünden.

Anderer Ansicht ist hier *Staszewsk*.³⁷⁶ Seiner Meinung nach reflektiere die Mehrheitsmeinung das Prinzip einer deliberativen Demokratie besser als der juristische Minimalismus, welcher von den überstimmten Richtern vertreten wurde. Danach würden Gesetze ernsthafte verfassungsrechtliche Schwierigkeiten auf, wenn sie nicht einem legitimen öffentlichen Zweck dienten, der von den benachteiligten Individuen oder Gruppen vernünftigerweise akzeptiert werden könnte. Die Theorie der deliberativen Demokratie vertrete den Grundsatz, dass rechtliche und politische Entscheidungen nur temporär seien, da sich diese im Laufe der Zeit durch neue Argumente und Informationen veränderten. Die Mehrheitsmeinung sei deshalb zutreffender Weise zum Schluss gekommen, dass es keine überzeugende Begründung für die Weigerung der ehelichen Anerkennung gleichgeschlechtlicher Paare gebe.

Auch diese Begründung muss kritisiert werden, als dass eine deliberative Demokratie auch nur in dem Umfang bestehen kann, wie sie in der Verfassung vorgesehen wird. Wenn nun aber ein Verfassungsänderungsverfahren benötigt wird, um neue Grundrechte aufgrund veränderter Meinungen einzuführen, muss dies eben nach dem durch die Verfassung vorgeschriebenen Verfahren geschehen. Die Selbstzuschreibung dieser Aufgabe durch ungewählte und nichtrepräsentative Organe kann in diesem Fall wohl kaum die Lösung sein.

c. Die Umgestaltung der traditionellen Ehe

Bei der Frage nach der Umgestaltung der traditionellen Ehe muss zuerst abgegrenzt werden, ob die Einbeziehung gleichgeschlechtlicher Paare in die Ehe in das Grundrecht auf ein faires Verfahren überhaupt Platz findet, oder ob es sich dabei um eine komplette Neugestaltung des Eheinstituts handelt.

Dabei scheint es allerdings schwer, die Annahme der Einbeziehung gleichgeschlechtlicher Paare in die traditionelle Ehe im Lichte der juristischen Interpretationsmethoden zu rechtfertigen. Von der Wortlautinterpretation ganz zu

³⁷⁶ *Staszewski*, 97 *Boston University Law Review* 31, 33.

schweigen, widerspricht die Einbeziehung gleichgeschlechtlicher Paare auf den ersten Blick sowohl der teleologischen als auch der historischen Konzeption der Ehe. Der historische Verfassungsgesetzgeber hatte zur Zeit der Schaffung der Verfassung im 18. Jahrhundert wohl kaum gleichgeschlechtliche Partnerschaften vor Augen. Auch der Zweck der Ehe scheint auf den ersten Blick eindeutig. Die Ehe nach ihrer ursprünglichen Konzeption ist eng verbunden mit Müttern, Vätern und deren Kindern und diente als Grundlage der Erziehung von Kindern.³⁷⁷ So war auch allen Präzedenzfällen, auf die sich das Gericht für die Entscheidung berief,³⁷⁸ gemein, dass sie auf Ehen zwischen verschiedengeschlechtlichen Paaren basierten und weder das Gericht noch die Parteien behaupteten, dass die Ehe auch etwas Anderes sein könnte.³⁷⁹

Andererseits könnte man behaupten, dass die Definition der Ehe nicht so eindeutig sei.³⁸⁰ Die gewöhnliche Definition enthält unzweifelhaft eine Beziehung zwischen Mann und Frau, allerdings enthält der Begriff Ehe auch eine „innige Verbindung“, welche auch auf gleichgeschlechtliche Paare zutreffen kann. Zieht man auch die rasante Entwicklung der gleichgeschlechtlichen Ehe in den Vereinigten Staaten heran,³⁸¹ könnte abgeleitet werden, dass die Ehe auch für Personen desselben Geschlechts Platz haben könnte. Andererseits trifft das Kriterium der „innigen Beziehung“ auch auf andere Arten von Beziehungen, wie unter Geschwistern oder mehrere Personen untereinander, zu, die aber alle nicht heiraten dürfen.³⁸²

Sodann muss die (fehlende) rechtliche Grundlage der Umgestaltung der Verfassung analysiert werden. *Kennedy* berief sich in der gesamten Entscheidung auf keine Rechtsgrundlage, welche den Supreme Court befähige, neue ungeschriebene Grundrechte zu kreieren, die dem demokratisch geäußerten Willen der Bürger in der Mehrzahl der Staaten widersprechen.³⁸³ In der Verfassung finde sich keine Passage,

³⁷⁷ *Anderson*, Marriage and the Constitution: What the Court Said and Why It Got It Wrong, 01.07.2015 (<http://www.thepublicdiscourse.com/2015/07/15247/>) (26.6.2018).

³⁷⁸ *Loving v. Virginia* 388 U.S. 1 (1967); *Zablocki v. Redhail*, 434 U.S. 374 (1978); *Turner v. Safley*, 482 U.S. 78 (1987).

³⁷⁹ *Weber*, Critical Analysis of *Obergefell v. Hodges*, Family Research Council (2015) 3.

³⁸⁰ *Walen*, The Use and Abuse of Definitions in Constitutional Law: A Critique of Justice Roberts's Dissent in *Obergefell v. Hodges*, International Journal of Constitutional Law 9 (2015) 583.

³⁸¹ Siehe Kapitel VI.C.

³⁸² Siehe dazu auch Kapitel VI.D.d.

³⁸³ *Greendorfer*, 35 Mississippi College Law Review, 4.

die die Neudefinition der Ehe gestatte.³⁸⁴ Der Supreme Court hätte nach Ansicht vieler schlicht angenommen, dass die Ehe eine geschlechtlose Institution wäre und die Staaten deshalb verpflichtet wären, diese Version der Ehe umzusetzen. Unzweifelhaft besteht die Ehe zwischen Mann und Frau seit Jahrtausenden, die Diskussion einer gleichgeschlechtlichen Ehe existiert aber erst seit knapp zehn Jahren. Es handelt sich somit bei der Interpretation durch die Mehrheitsmeinung mehr um die „Common-law“ Methode,³⁸⁵ bei welcher die Gerichte vereinfacht gesprochen selbst Recht durch ihre Interpretationen festlegen.³⁸⁶ Allerdings war es aber auch nie Teil des „common law“ Systems, dass Richter willkürlich entscheiden könnten, was sie wollten – sie sind dabei grundsätzlich begrenzt durch Verfassungstext und Präzedenzfälle.³⁸⁷ Es besteht in gewisser Weise eine Spannung zwischen dem Text und der historischen Bedeutung einerseits und den Anforderungen an Fairness und Gerechtigkeit andererseits.³⁸⁸ So basiert beispielsweise die Anwendung der „common law“ Methode auf einen materiellrechtlichen Inhalt des Grundrechts auf ein faires Verfahren auf einer Definition des Supreme Court Richters *Harlan*, welche von diesem im Fall *Poe v. Ullman*³⁸⁹ in den 1960er Jahren folgendermaßen definiert wurde: (1) *das Erfordernis einer tiefen Verwurzelung des zu schützenden Rechts in der nationalen Tradition*, (2) *die Erkenntnis, dass sich Traditionen verändern könnten*, (3) *das Bedürfnis nach richterlicher Zurückhaltung* und (4) *die enge Interpretation und Festlegung des fraglichen Rechts*.³⁹⁰

d. Die mangelhafte Auseinandersetzung mit den Grundrechten

Die Entscheidung wurde, sowohl von Befürwortern als auch Gegnern, am meisten dafür kritisiert, dass sie sich nicht oder nicht ausreichend mit den in Frage kommenden

³⁸⁴ *Anderson*, Marriage and the Constitution: What the Court Said and Why It Got It Wrong, The Public Discourse, 01.07.2015 (<http://www.thepublicdiscourse.com/2015/07/15247/>) (26.6.2018).

³⁸⁵ *Yoshino*, A new Birth of Freedom?: *Obergefell v. Hodges*, 129 Harvard Law Review (2015) 147 (169).

³⁸⁶ *Lemos*, Interpretive Methodology and Delegations to Courts: Are ‘Common-Law Statutes’ Different? in *Intellectual Property and the Common Law*, Shyam Balganesch (Hrsg.), Cambridge University Press, forthcoming (2013) 3.

³⁸⁷ *Strauss*, Common Law Constitutional Interpretation, 63 University of Chicago Law Review 877 (1996) 900f.

³⁸⁸ *Strauss*, 63 University of Chicago Law Review 877, 927f.

³⁸⁹ *Poe v. Ullman*, 367 U.S. 497, 542 (1961) (*Harlan*, J., dissenting).

³⁹⁰ *Ciccia*, A Wolf in Sheep’s Clothing?: A Critical Analysis of Justice Harlan’s Substantive Due Process Formulation, 64 Fordham Law Review 2241 (1996) (2250).

Grundrechten auseinandergesetzt habe. Viele unterstellten Richter *Kennedy* die Unvereinbarkeit seiner Begründung mit dem Verfassungsrecht.³⁹¹

i. Grundrecht auf ein faires Verfahren

Kennedy stellt zunächst klar, dass das Recht zu heiraten ein, vom Grundrecht auf ein faires Verfahren geschütztes Recht darstellt. Dies wird vom Gericht zutreffender Weise bereits seit einiger Zeit auch so judiziert.³⁹² Allerdings lautet der Standardtest zur Identifikation neuer Freiheitsrechte, ob diese „*tief verwurzelt in der Geschichte und Tradition der Nation*“³⁹³ sind, was in Hinsicht auf gleichgeschlechtliche Ehen, welche bis 2003 in keinem Gliedstaat existierten,³⁹⁴ kaum gegeben ist. *Kennedy* wiederum argumentierte, dass die Väter der Verfassung die Auslegung und Bedeutung der Begriffe dem Wissen der zukünftigen Generationen vorbehalten wollten.³⁹⁵ „*The nature of injustice is that we may not always see it in our own times. The generations that wrote and ratified the Bill of Rights and the Fourteenth Amendment did not presume to know the extent of freedom in all of its dimensions, and so they entrusted to future generations a charter protecting the right of all persons to enjoy liberty as we learn its meaning.*“³⁹⁶ Das Gegenargument *Kennedys*, wonach die Definition von Grundrechten nach Personen, welche diese bereits in der Vergangenheit ausgeübt hätten, als eigener Zirkelschluss diene,³⁹⁷ sei nach Ansicht *Somins*³⁹⁸ in den Präzedenzfällen immer zu einem Großteil auf den Gleichheitsgrundsatz anwendbar oder auf ein Recht fokussiert, welches nicht so universell abgelehnt wurde wie die

³⁹¹ *Weber*, Family Research Council, 5; *Lamparello*, Houston Law Review Off the Record, Forthcoming, (2015) 1; *Somin*, The Volokh Conspiracy: A great decision on same-sex marriage – but based on dubious reasoning, Washington Post, 26.06.2015 (https://www.washingtonpost.com/news/volokh-conspiracy/wp/2015/06/26/a-great-decision-on-same-sex-marriage-but-based-on-dubious-reasoning/?utm_term=.c2f25fe6d22d) (28.05.2018).

³⁹² *Somin*, The Volokh Conspiracy: A great decision on same-sex marriage – but based on dubious reasoning, Washington Post, 26.06.2015 (https://www.washingtonpost.com/news/volokh-conspiracy/wp/2015/06/26/a-great-decision-on-same-sex-marriage-but-based-on-dubious-reasoning/?utm_term=.c2f25fe6d22d) (3.7.2018).

³⁹³ Siehe Kapitel VI.B.b; Definition auch im Fall *Poe v. Ullman*.

³⁹⁴ Siehe Kapitel VI.C.

³⁹⁵ *Yoshino*, 129 Harvard Law Review, 154.

³⁹⁶ *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. ____ (2015) (p.11).

³⁹⁷ *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. ____ (2015), (p.17).

³⁹⁸ *Somin*, The Volokh Conspiracy: A great decision on same-sex marriage – but based on dubious reasoning, Washington Post, 26.06.2015 (https://www.washingtonpost.com/news/volokh-conspiracy/wp/2015/06/26/a-great-decision-on-same-sex-marriage-but-based-on-dubious-reasoning/?utm_term=.c2f25fe6d22d) (3.7.2018).

gleichgeschlechtliche Ehe.³⁹⁹ Somit bestehe nach *Yoshino*⁴⁰⁰ die große Gefahr, dass diese Art der Auslegung darauf hinauslaufe, dass der materiellrechtliche Inhalt des Grundrechts auf ein faires Verfahren all diejenigen Freiheiten und Vorteile enthalte, die das Gericht für notwendig halte.⁴⁰¹

ii. Die Anwendung des Grundrechts auf ein faires Verfahren statt des Gleichheitsgrundsatzes

Wie eben dargelegt, enthält die Anwendung des Grundrechts auf ein faires Verfahren in der Mehrheitsentscheidung einige problematische Aspekte. Dies hätte Richter *Kennedy* nach der Meinung vieler vermeiden können, hätte er stattdessen den Gleichheitsgrundsatz angewendet.⁴⁰² Dieser spielte allerdings in der Mehrheitsmeinung keine bedeutende Rolle, sie begnügte sich damit, festzustellen, dass eine „Synergie“ zwischen Gleichheit und Freiheit bestehe.⁴⁰³

Der Gleichheitsgrundsatz und seine Prinzipien sind nach *Yoshino*⁴⁰⁴ sogar dann auf öffentliche Vorteile und Leistungen anwendbar, wenn es sich dabei nicht um Rechte im engeren Sinn handelt.⁴⁰⁵ Das Gebot der Nichtdiskriminierung gebietet es schlicht, unterschiedliche Behandlungen und Diskriminierungen zwischen verschiedenen Personen zu rechtfertigen.⁴⁰⁶ So hätte sich das Gericht darauf berufen können, dass die Ehe, selbst wenn es kein Recht darauf gäbe, nicht allein ausschließlich aufgrund von Geschlecht oder sexueller Orientierung vorenthalten werden dürfe. Somit hätte in diesem Fall den Staaten entweder die Möglichkeit offen gestanden, entweder sowohl verschieden- als auch gleichgeschlechtliche Paare zur Ehe zuzulassen oder allen die Ausstellung von Ehezertifikaten zu verweigern, da in diesem Fall nicht mehr zwischen verschiedenen Gruppen differenziert werden würde.⁴⁰⁷

³⁹⁹ *Somin*, The Volokh Conspiracy: A great decision on same-sex marriage – but based on dubious reasoning, Washington Post, 26.06.2015 (https://www.washingtonpost.com/news/volokh-conspiracy/wp/2015/06/26/a-great-decision-on-same-sex-marriage-but-based-on-dubious-reasoning/?utm_term=.c2f25fe6d22d) (3.7.2018).

⁴⁰⁰ *Yoshino*, 129 Harvard Law Review, 154.

⁴⁰¹ *Yoshino*, 129 Harvard Law Review, 154.

⁴⁰² *Lamparello*, Houston Law Review Off the Record, Forthcoming, 4.

⁴⁰³ *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. ____ (2015) (p.19f); *Lamparello*, Houston Law Review Off the Record, Forthcoming, 16; *Yoshino*, 129 Harvard Law Review, 168; 172.

⁴⁰⁴ *Yoshino*, 129 Harvard Law Review, 168.

⁴⁰⁵ *Yoshino*, 129 Harvard Law Review, 168.

⁴⁰⁶ *Galloway*, 29 Santa Clara Law Review 121, 128.

⁴⁰⁷ *Yoshino*, 129 Harvard Law Review, 173.

Zweifelsohne war die langanhaltende Ausgrenzung von Lesben und Schwulen vom Recht zu heiraten zwar mit vielen Vorurteilen gegenüber diesen Personen verbunden,⁴⁰⁸ allerdings war es bislang so, dass das Vorenthalten der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare keine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts darstellte, was eine strikte Überprüfung im Sinne des Gleichheitsgrundsatzes rechtfertigen könnte.⁴⁰⁹ Diese Einteilung wurde auch in dieser Entscheidung nicht eindeutig durchgesetzt, obwohl Kennedy dieses Argument durchaus angesprochen hat: *“invidious sex-based classifications in marriage [that] remained common through the mid-20th century. These classifications denied the equal dignity of men and women.”*⁴¹⁰

Auch die Möglichkeit, die sexuelle Orientierung als verdächtige Einteilung festzulegen, wurde nicht herangezogen.⁴¹¹ Es muss festgestellt werden, dass er überhaupt keine Äußerung dazu traf, welchen Überprüfungsmaßstab er überhaupt zur Anwendung brachte, geschweige denn welches legitime öffentliche Interesse diese Ungleichbehandlung rechtfertigen könnte.⁴¹² Die Frage nach dem Level der Überprüfung, welches nun nach der *Obergefell* Entscheidung auf die sexuelle Orientierung angewendet werden sollte, wurde völlig offen gelassen.⁴¹³ Hätte *Kennedy* dies ausdrücklich festgelegt, hätte die Entscheidung wahrscheinlich einen größeren Einfluss auf die Rechte Homosexueller, da in diesem Fall alle potentiellen öffentlichen Handlungen gegenüber dieser Gruppe einer strengeren Überprüfung durch die Gerichte unterlegen hätten. Hier bestanden bis zur Entscheidung des Supreme Court

⁴⁰⁸ *Somin*, The Volokh Conspiracy: A great decision on same-sex marriage – but based on dubious reasoning, Washington Post, 26.06.2015 (https://www.washingtonpost.com/news/volokh-conspiracy/wp/2015/06/26/a-great-decision-on-same-sex-marriage-but-based-on-dubious-reasoning/?utm_term=.c2f25fe6d22d) (3.7.2018).

⁴⁰⁹ Siehe Kapitel VI.B.a.

⁴¹⁰ *Obergefell v. Hodges* 576 U.S. ____ (2015) (p. 20-21).

⁴¹¹ *Somin*, The Volokh Conspiracy: A great decision on same-sex marriage – but based on dubious reasoning, Washington Post, 26.06.2015 (https://www.washingtonpost.com/news/volokh-conspiracy/wp/2015/06/26/a-great-decision-on-same-sex-marriage-but-based-on-dubious-reasoning/?utm_term=.c2f25fe6d22d) (3.7.2018).

⁴¹² *Walton*, Conservatives Should Attack *Obergefell*'s Interpretive Method, Not Its Hijacking of the Democratic Process, 4; *Somin*, The Volokh Conspiracy: A great decision on same-sex marriage – but based on dubious reasoning, Washington Post, 26.06.2015 (https://www.washingtonpost.com/news/volokh-conspiracy/wp/2015/06/26/a-great-decision-on-same-sex-marriage-but-based-on-dubious-reasoning/?utm_term=.c2f25fe6d22d) (3.7.2018); *Galloway*, 29 Santa Clara Law Review 121, 134.

⁴¹³ *Perry*, Congressional Research Service, 6.

verschiedene Ansichten zwischen den Gerichten in den einzelnen Bundesstaaten. Durch die fehlende Äußerung des Supreme Court dazu wird dies wahrscheinlich auch zukünftig so bleiben.⁴¹⁴ Aufgrund dieses Ergebnisses der formellen Gleichheitsüberprüfung aufgrund der sexuellen Orientierung als Differenzierungskriterium werden Homosexuelle auch weiterhin Ansprüche vorenthalten, vor allem beim Zugang zu Arbeit und Wohnung.⁴¹⁵

iii. „Equal-Dignity“ – Rechtsprechung

Kennedys Argumentation basiert sehr stark auf der individuellen Würde der Person. Es wurde argumentiert, dass die enge Verknüpfung von Gleichheitsgrundsatz und Grundrecht auf ein faires Verfahren die Doktrin von „*equal dignity*“ begründet habe.⁴¹⁶ Diese besteht in der Idee, dass alle Individuen gleichermaßen die Freiheit zur Definition ihres eigenen Konzepts der Existenz hätten, anstatt die Definition ihrer Identität und soziale Rolle durch den Staat.⁴¹⁷

Nach *Rothstein*⁴¹⁸ basiere die Berufung auf die Würde vor allem auf dem praktischen Grund der Vermeidung einer andernfalls gegenteiligen Entscheidung, welche der Nation die Minderwertigkeit oder Andersartigkeit von Homosexuellen vermittelt hätte.

e. Die Auswirkungen der Entscheidung auf Polygamiebestrebungen

Bemerkenswert an der Entscheidung erscheint auch das vollkommene Außerachtlassen der Fortpflanzungsmöglichkeit in der Argumentation der Richter. „*An ability, desire, or promise to procreate is not and has not been a prerequisite for a valid marriage in any State.*“⁴¹⁹ Nach *Kennedys* Konzeption der Ehe basiert diese

⁴¹⁴ Siehe dazu auch aktuellen Fall weiter unten: *Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission* 584 U.S. ____ (2018).

⁴¹⁵ *Eyer*, *Brown*, *Not Loving: Obergefell and the Unfinished Business of Formal Equality*, 125 *The Yale Law Journal* 1 (2015) 7f.

⁴¹⁶ *Tribe*, *Equal Dignity: Speaking its name*, 129 *Harvard Law Review Forum* 16 (2015) (17); *Cole/Hunter, Nan D./Rothstein*, *Georgetown Law Faculty on Recent Supreme Court Opinions*, 25.06.2015 (<http://www.law.georgetown.edu/news/web-stories/georgetown-law-profs-speak-recent-scotus-decisions.cfm>) (29.5.2018).

⁴¹⁷ *Tribe*, 129 *Harvard Law Review Forum* 16, 22.

⁴¹⁸ *Cole/Hunter, Nan D./Rothstein*, *Georgetown Law Faculty on Recent Supreme Court Opinions*, 25.06.2015 (<http://www.law.georgetown.edu/news/web-stories/georgetown-law-profs-speak-recent-scotus-decisions.cfm>) (29.5.2018).

⁴¹⁹ *Obergefell v. Hodges* 576 U.S. ____ (2015) (p.15-16).

primär auf den Prinzipien von individueller Autonomie, persönlicher Erfüllung, sozialer Ordnung und Kindererziehung.⁴²⁰

Unter diesen Voraussetzungen hätten vielleicht auch Gruppen mit polyamourösen Neigungen das starke Bedürfnis zu heiraten.⁴²¹ Die Entscheidung könnte nach Ansicht *Baudes*⁴²² in der Zukunft so interpretiert werden, dass, wenn die Verschiedengeschlechtlichkeit keine Zugangsvoraussetzung mehr wäre, auch am Kriterium der Monogamie nicht mehr festgehalten werden müsste.

Hier werden allerdings von vielen strikte Unterscheidungen zwischen gleichgeschlechtlichen und polygamen Ehen aufgezeigt. Dies seien vor allem die ungleichen Rollen von Frauen und Männern in polygamen Beziehungen und der daraus resultierenden Unterordnung der Frau,⁴²³ da die meisten Formen der Polygamie polygyn⁴²⁴ sind und der negative Einfluss auf Kinder polygam lebender Paare sowie schlicht der Fakt, dass zwei Ehepartner etwas anderes sei als mehrere⁴²⁵ – wobei dieser Fakt auch so interpretiert werden könnte, dass eben auch homosexuelle Ehepartner etwas anderes als heterosexuelle wären. Verschiedene Studien über die Auswirkungen polygamer Beziehungen auf Kinder zeigten, dass diese im Gegensatz zu Kindern aus monogamen Beziehungen unter anderem ein geringeres Selbstwertgefühl sowie ein höheres Risiko für Depressionen und Zwangserkrankungen hätten.⁴²⁶ Außerdem stelle eine Anpassung der Ehegesetze an mehrere Ehepartner eine große administrative Hürde für den Staat dar.⁴²⁷

Der größte Unterschied zwischen diesen Gruppen jedoch sei, dass Homosexualität angeboren und unveränderlich sei, während dies die polygamen Neigungen nicht

⁴²⁰ Siehe dazu seine vier Prinzipien zur gleichen Anwendung des Eherechts auch auf gleichgeschlechtliche Paare.

⁴²¹ *Baude*, Is Polygamy Next?, New York Times, 21.07.2015 (<https://www.nytimes.com/2015/07/21/opinion/is-polygamy-next.html>) (11.6.2018).

⁴²² *Baude*, Is Polygamy Next?, New York Times, 21.07.2015 (<https://www.nytimes.com/2015/07/21/opinion/is-polygamy-next.html>) (11.6.2018).

⁴²³ *Yoshino*, 129 Harvard Law Review, 178.

⁴²⁴ Ein Mann verheiratet mit mehreren Frauen.

⁴²⁵ *Stein*, Plural Marriage, Group Marriage and Immutability in *Obergefell v. Hodges* and Beyond, 84 UMKC Law Review 871 (2016) 881ff.

⁴²⁶ *Al-Sharfi/Pfeffer/Miller*, The effects of polygamy on children and adolescents: a systematic review, Journal of Family Studies 2015, 272 (277ff), Table 2.

⁴²⁷ *Stein*, 84 UMKC Law Review 871 (872).

sein.⁴²⁸ Polygame Neigungen seien im Gegensatz zu homosexuellen Neigungen nicht über alle Kulturen verbreitet, sondern lediglich kulturell bedingt.⁴²⁹

Kennedy schlussfolgert⁴³⁰ – allerdings fälschlicherweise - dass Homosexuelle ohne die gleichgeschlechtliche Ehe ein einsames Leben führen müssten, wenn die Ehe für sie nicht verfügbar wäre.⁴³¹ Diese Argumentation könnte von einem potentiellen polygam lebenden Kläger demnach nicht geltend gemacht werden, dieser hätte ja bereits die Möglichkeit zu heiraten - allerdings nur eine und nicht mehrere Personen.

Folgt man dem Konzept der vier fundamentalen Prinzipien der Ehe, welches Richter *Kennedy* in seiner *Obergefell*-Entscheidung⁴³² aufgestellt hat, müssten diese Prinzipien auch auf polygame Beziehungen anwendbar sein, um diese zu legalisieren.⁴³³ Während die Prinzipien der individuellen Autonomie und der persönlichen Erfüllung von vornherein auch für polygame Ehen unproblematisch sein dürften, fällt es bei den anderen Prinzipien erstmal schwieriger, diese zu erfüllen. Das Konzept polygamer Ehen ist eben nicht der Grundstein der sozialen Ordnung – allerdings ebenso wenig wie ursprünglich gleichgeschlechtliche Ehen.⁴³⁴ Und im Gegensatz aber zu homosexuellen Ehen können polygame Ehen auch ohne Zuhilfenahme Dritter Kinder hervorbringen, was auch einen Kernpunkt der sozialen Ordnung darstellt.

Auch das Argument der Einheit zwischen zwei Personen ließe sich womöglich entkräften. Das Gericht fällt keine Begründung für diese Einschränkung auf zwei Personen.⁴³⁵ Da Grundrechte auch „*nicht über Personen definiert werden, welche*

⁴²⁸ *Leininger/Smith*, Does Legal Same-Sex Marriage Presage Polygamy?, The New York Times, 23.07.2015 (<https://www.nytimes.com/2015/07/23/opinion/does-legal-same-sex-marriage-presage-polygamy.html>) (3.7.2018); *Stein*, 84 UMKC Law Review, 876f; *Saletan*, The Case Against Polygamy, Slate, 29.06.2015

(http://www.slate.com/articles/news_and_politics/politics/2015/06/is_polygamy_next_after_gay_marriage_chief_justice_roberts_obergefell_dissent.html) (3.7.2018).

⁴²⁹ *Gerstmann*, Same-Sex Marriage and the Constitution, Cambridge University Press (2017) 112.

⁴³⁰ Siehe zu der daraus resultierenden Diskriminierung nichtverheirateter Paare Kapitel VI.D.f.

⁴³¹ *Yoshino*, 129 Harvard Law Review, 177.

⁴³² Siehe Kapitel VI.E.a.i.

⁴³³ *Beye*, The More, the Marry-er? The Future of Polygamous Marriage in the Wake of *Obergefell v. Hodges*, Law School Student Scholarship, Paper 856 (2017), 14.

⁴³⁴ *Beye*, Law School Student Scholarship, Paper 856, 16f.

⁴³⁵ *Somin*, The Volokh Conspiracy: A great decision on same-sex marriage – but based on dubious reasoning, Washington Post 26.06.2015 (<https://www.washingtonpost.com/news/volokh->

diese bereits in der Vergangenheit ausgeübt haben“⁴³⁶, könnte auch diese Einschränkung zukünftig in Frage gestellt werden.

Schließlich könnte noch das Prinzip der Ehe als Instrument zur Kindererziehung aus den bereits genannten Gründen des negativen Einflusses polygamer Beziehungen auf Kinder die Legalisierung polygamer Ehen erschweren.⁴³⁷

Trotz der Möglichkeit der Auslegung der Argumente auch für polygame Ehen finden sich doch signifikante Unterschiede in der Anerkennung der Bevölkerung. Gleichgeschlechtliche Ehen wurden noch vor der Entscheidung des Supreme Court in den Vereinigten Staaten sehr allgemein von mehr als der Hälfte der Bürger akzeptiert⁴³⁸, während die Akzeptanz für Polygamie nur bei knapp 16% lag.⁴³⁹ Und während die gleichgeschlechtliche Ehe in die Ehe als solches nach anderer Ansicht nicht eingreife, bedrohe die polygame Ehe jede existierende Ehe, indem sie die Exklusivität des Ehebandes zerstöre.⁴⁴⁰ Eine Anerkennung in der Bevölkerung stellt zwar kein unmittelbar verfassungsrechtliches Argument für eine judikative Verfassungsänderung dar, sie ist viel mehr Grundlage eines demokratischen politischen Prozesses.

f. Diskriminierung von nichtverheirateten Paaren

Die Analyse des Supreme Court über die Ehe und deren Entstehung klingt wie ein Glorifizierung der Ehe. So habe die Ehe von Beginn an eine „*transzendente Bedeutung*“⁴⁴¹, durch sie könnten „*zwei Menschen ein Leben finden, welches alleine nie gefunden werden könnte*“⁴⁴² und ist „*essentiell für die tiefsten Hoffnungen und*

conspiracy/wp/2015/06/26/a-great-decision-on-same-sex-marriage-but-based-on-dubious-reasoning/?utm_term=.c2f25fe6d22d) (3.7.2018).

⁴³⁶ Obergefell v. Hodges 576 U.S. ____ (2015) (p.18).

⁴³⁷ Siehe dazu bereits oben Kapitel VI.D.e.

⁴³⁸ *McCarthy*, Same-Sex Marriage Support Reaches New High at 55%,

(<http://news.gallup.com/poll/169640/sex-marriage-%20support-reaches-new-high.aspx>) (29.5.2018).

⁴³⁹ *Newport*, Americans Continue to Shift Left on Key Moral Issues,

(<http://news.gallup.com/poll/183413/americans-continue-shift-left-key-moral-issues.aspx>) (29.5.2018).

⁴⁴⁰ *Hayward*, Plural Marriage: When One Spouse is Not Enough, 19 *Journal of Constitutional Law*, Article 3 (2017) 17.

⁴⁴¹ Obergefell v. Hodges 576 U.S. ____ (2015) (p.3).

⁴⁴² Obergefell v. Hodges 576 U.S. ____ (2015) (p.3).

Bestrebungen“.⁴⁴³ Die Entscheidung des Supreme Court verkörpert ein sehr traditionelles Bild der Ehe und ihrer Rolle in der Gesellschaft.⁴⁴⁴

Was von den Richtern hier allerdings wohl offensichtlich vergessen wurde, ist die immer höhere Zahl an Menschen, die unehelich zusammenleben. Durch diese Entscheidung schließt Richter *Kennedy*, dass die Ehe die einzige bedeutsame Beziehung wäre und alle unverheiratet Zusammenlebenden eine weniger wertvolle und einsame Beziehung führen würden.⁴⁴⁵

Die Systematik von Freiheitsrechten ist janusförmig – es gibt immer zwei Seiten.⁴⁴⁶ Also muss es nicht nur das Recht zu heiraten, sondern außerdem das Recht nicht zu heiraten geben. Dies bringt die Frage nach dem Schicksal von Gesetzen mit sich, welche verheiratete Personen unverheirateten vorziehen. Nach Ansicht *Hunters*⁴⁴⁷ könnte die Grundlage für eine derartige Bevorzugung nach der *Obergefell* Entscheidung sogar bestärkt worden sein.

g. Die Frage nach der Wechselwirkung mit der Religionsfreiheit

Durch die Entscheidung des Supreme Court wurde von vielen religiös Konservativen und auch den widersprechenden Richtern *Alito*, *Roberts*, *Scalia* und *Thomas* die Angst vor Eingriffen in die Religionsfreiheit und sich dadurch ergebende rechtliche Fragestellungen befürchtet.⁴⁴⁸ Die Richter konzentrierten sich dabei auf drei Problemstellungen im Speziellen – das Adoptionsrecht Homosexueller⁴⁴⁹, die Steuerfreiheit religiöser Organisationen⁴⁵⁰, welche aufgrund der sexuellen Orientierung unterscheiden wollten und die Pflicht privater Kirchen

⁴⁴³ *Obergefell v. Hodges* 576 U.S. ____ (2015) (p.3).

⁴⁴⁴ *Jaeger-Fine*, *Revista de Investigacoes constitucionais*, 31; *Leib*, *Hail Marriage and Farewell*, 84 *Fordham Law Review* 41 (2015) (41).

⁴⁴⁵ *Anderson*, *Marriage and the Constitution: What the Court Said and Why It Got It Wrong*, *The Public Discourse*, 01.07.2015 (<http://www.thepublicdiscourse.com/2015/07/15247/>) (3.7.2018).

⁴⁴⁶ *Hunter*, *Interpreting Liberty and Equality Through the Lens of Marriage*, 6 *California Law Review* Circuit 107 (2015) (111f).

⁴⁴⁷ *Hunter*, 6 *California Law Review* Circuit 107, 112.

⁴⁴⁸ *Green*, *How Will the U.S. Supreme Court's Same-Sex-Marriage Decision Affect Religious Liberty?*, *The Atlantic*, 26.06.2015 (<https://www.theatlantic.com/politics/archive/2015/06/how-will-the-us-supreme-courts-same-sex-marriage-decision-affect-religious-liberty/396986/>) (29.5.2018).

⁴⁴⁹ *Obergefell v. Hodges* 576 U.S. ____ (2015) (Roberts C.J. diss. p. 28).

⁴⁵⁰ *Obergefell v. Hodges* 576 U.S. ____ (2015) (Roberts C.J. diss. p. 28).

gleichgeschlechtliche Ehen anzuerkennen und durchzuführen⁴⁵¹.

Die Entscheidung bedeutet für homosexuelle Paare, dass diese, unbeachtet des Rechts ihres Gliedstaates, Kinder adoptieren könnten.⁴⁵² So bestanden zum Zeitpunkt der Entscheidung zum Beispiel in Mississippi⁴⁵³ oder Nebraska⁴⁵⁴ Gesetze, welche die Adoption oder Pflegeelternschaft für gleichgeschlechtliche Paare verboten. Michigan hatte ein Gesetz⁴⁵⁵, welches es sogar öffentlichen Adoptionsagenturen erlaubte, Kinder nicht an gleichgeschlechtliche Paare zu vermitteln, wenn sie religiöse Einwendungen dagegen hatten. Schließlich werden auch Mitarbeiter von Kirchen und Richter Entscheidungen über die Durchführung oder Anerkennung von gleichgeschlechtlichen Ehen treffen müssen. North Carolina zum Beispiel verabschiedete nach der Entscheidung ein Gesetz⁴⁵⁶, welches es Richtern erlaubt, die Ausstellung von Ehezertifikaten für gleichgeschlechtliche Paare aus religiösen Gründen zu verweigern. Auch in Texas und Louisiana wurden die Weigerung der Ausstellung aus religiösen Gründen von den Staaten erlaubt.⁴⁵⁷ Die Auslegung und Entscheidung dieser Fälle nach der *Obergefell*-Entscheidung sind nur einige der schwierigen Fragen, welche nun begründeter Weise hervorgerufen werden könnten.⁴⁵⁸ Eine derartige Rechtsfrage wurde vom Supreme Court jüngst im Fall *Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission*⁴⁵⁹ zugunsten der Religionsfreiheit gelöst.⁴⁶⁰

⁴⁵¹ *Obergefell v. Hodges* 576 U.S. ____ (2015) (Roberts C.J. diss. p. 28); *Obergefell v. Hodges* 576 U.S. ____ (2015) (Thomas J. diss. p. 16); *Obergefell v. Hodges* 576 U.S. (2015) (Alito J. diss. p. 7).

⁴⁵² *Green*, How Will the U.S. Supreme Court's Same-Sex-Marriage Decision Affect Religious Liberty?, *The Atlantic*, 26.06.2015 (<https://www.theatlantic.com/politics/archive/2015/06/how-will-the-us-supreme-courts-same-sex-marriage-decision-affect-religious-liberty/396986/>) (29.5.2018).

⁴⁵³ Senate Bill 3074 (Mississippi Legislature, 2000 Regular Session) Mississippi Adoption Ban.

⁴⁵⁴ Memo 1-95 Policy 1995, Nebraska Department of Health and Human Services.

⁴⁵⁵ *McQueen*, Michigan's Religious Exemption for Faith-Based Adoption Agencies: State-Sanctioned Discrimination or Guardian of Religious Liberty?, 93 *Notre Dame Law Review* 895 (2018) (898); Mich. Comp. Laws Ann. §§ 400.5a, 710.23g, 722.124e (West 2016).

⁴⁵⁶ Senate Bill 2, General Assembly of North Carolina, Session 2015.

⁴⁵⁷ *Orleans*, Gay marriage faces southern rebellion as couples hit state bureaucracy's wall, *The Guardian*, 27.06.2015 (<https://www.theguardian.com/us-news/2015/jun/27/gay-marriage-southern-backlash-supreme-court-ruling>) (31.5.2018).

⁴⁵⁸ *Green*, How Will the U.S. Supreme Court's Same-Sex-Marriage Decision Affect Religious Liberty?, *The Atlantic*, 26.06.2015 (<https://www.theatlantic.com/politics/archive/2015/06/how-will-the-us-supreme-courts-same-sex-marriage-decision-affect-religious-liberty/396986/>) (3.7.2018).

⁴⁵⁹ *Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission* 584 U.S. ____ (2018).

⁴⁶⁰ Siehe dazu Kapitel VI.E.b.

G. Ausblick

a. Statistik

Seit der Entscheidung des Supreme Court im Juni 2015 sind nun knapp drei Jahre vergangen. Ein Zeitraum, in dem sich vieles bezüglich gleichgeschlechtlicher Ehen in den Vereinigten Staaten verändert hat. Nach einer Umfrage im April 2018 befürworteten 64% der US-Amerikaner allgemein und sogar 55% der Bürger der konservativen Südstaaten mittlerweile die gleichgeschlechtliche Ehe.⁴⁶¹ Während im Jahr 2013 nur 21% aller gleichgeschlechtlichen Paare verheiratet waren, erhöhte sich dies nach der Obergefell-Entscheidung auf 45%.⁴⁶²

b. Die Rechtsprechung zur gleichgeschlechtlichen Ehe nach *Obergefell v. Hodges*

Im Jahr 2017 wiederholte der Supreme Court seine Rechtsprechung zu *Obergefell v. Hodges*⁴⁶³ im Fall *Smith v. Pavan*,⁴⁶⁴ indem er klarstellte, dass die Verfassung gleichgeschlechtliche Paare dazu ermächtigt, die Ehe unter denselben Bedingungen wie verschiedengeschlechtliche Paare eingehen zu können. Der Fall handelte von zwei Frauen, welche mithilfe einer anonymen Samenspende ein Kind bekamen. Anschließend wollten beide auf der Geburtsurkunde als Eltern geführt werden, was ihnen allerdings als gleichgeschlechtliches Paar verweigert wurde. Diese unterschiedliche Behandlung widerspreche der Oberfell-Entscheidung, welche alle öffentlich-rechtlichen Vorteile der Ehe auch gleichgeschlechtlichen Paaren zuspricht.⁴⁶⁵

Der Supreme Court von Texas hingegen entschied im Fall *Pidgeon v. Turner*⁴⁶⁶ einstimmig, dass die Verfassung es nicht zwingend gebiete, alle ehelichen Vorteile auch auf gleichgeschlechtliche Paare auszuweiten. Dabei wurde *Obergefell v. Hodges*⁴⁶⁷ so interpretiert, dass es die Gliedstaaten nicht verpflichte,

⁴⁶¹ *Seitz-Wald*, NBC News poll: The South, once a conservative bastion, is changing, 12.04.2018 (<https://www.nbcnews.com/politics/elections/nbc-news-poll-south-once-conservative-bastion-changing-n864441>) (11.6.2018).

⁴⁶² *Gates/Brown*, Marriage and Same-sex Couples after Obergefell, the Williams Institute, UCLA School of Law (2015) (<https://williamsinstitute.law.ucla.edu/wp-content/uploads/Marriage-and-Same-sex-Couples-after-Obergefell-November-2015.pdf>) (3.7.2018).

⁴⁶³ *Obergefell v. Hodges* 576 U.S. ____ (2015).

⁴⁶⁴ *Pavan v. Smith* 582 U.S. ____ (2017).

⁴⁶⁵ *Pavan v. Smith* 582 U.S. ____ (2017) (Per Curiam, p.1).

⁴⁶⁶ *Pidgeon v. Turner* No. 15-0688, Texas Supreme Court (2017).

⁴⁶⁷ *Obergefell v. Hodges* 576 U.S. ____ (2015).

gleichgeschlechtliche Paare außer bei Ehezertifikaten in jeder Hinsicht gleich zu behandeln. Diese Argumentation wurde auch bereits vom Staat Arkansas im Fall *Pavan v. Smith*⁴⁶⁸ vor dem Supreme Court erhoben, was allerdings vor diesem keinen Bestand hatte. Die Revision an den Supreme Court⁴⁶⁹ im Fall *Pidgeon* wurde allerdings im Dezember 2017 nicht zugelassen.

So entschied der Supreme Court im Juni 2018 in einer 7:2 Entscheidung im Fall *Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission*⁴⁷⁰ dass die Weigerung der Herstellung einer Hochzeitstorte für ein gleichgeschlechtliches Paar aufgrund des religiösen Glaubens des Konditors aufgrund der Religionsausübungsfreiheit des 1. Zusatzartikels zur Verfassung zulässig sei.

Viele Befürworter der Entscheidung fürchteten einen Wechsel der Rechtsprechung des Supreme Court durch die Bestellung neuer Richter. So wurde im April 2017 der konservative Richter *Neil Gorsuch* für den Sitz von Richter *Scalia* von Präsident Trump nominiert und vom Senat bestätigt.⁴⁷¹ *Gorsuch* war und ist bekannt für seine negative Einstellung zur Ausweitung von Grundrechten auf transgender Personen.

Richter *Kennedy* erklärte Ende Juni 2018, bedingt durch sein Alter, seinen Rücktritt im Sommer desselben Jahres.⁴⁷² Durch den republikanisch dominierten Senat und die Präsidentschaft Donald Trumps würde ihm wahrscheinlich wiederum ein konservativer Richter folgen, was die sehr knappe *Obergefell*-Entscheidung auf wackelige Beine stellen könnte. Die Entscheidung würde dann in den Händen des vorsitzenden Richters *Roberts* als Wechselwähler liegen, der sich allerdings in *Obergefell v. Hodges*⁴⁷³ als klarer Gegner von Ehrechten für Homosexuelle geäußert

⁴⁶⁸ *Pavan v. Smith* 582 U.S. ____ (2017).

⁴⁶⁹ *Turner v. Pidgeon* 17-424 (2017).

⁴⁷⁰ *Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission* 584 U.S. ____ (2018).

⁴⁷¹ *Turkel*, Marriage Equality in the Trump Era: Looking Post-Obergefell, Looking Past-Obergefell, Berkeley Political Review, 28.05.2018 (<https://bpr.berkeley.edu/2018/05/28/marriage-equality-in-the-trump-era-looking-post-obergefell-looking-past-obergefell/>) (11.6.2018).

⁴⁷² *Stern*, Marriage Equality May Soon Be in Peril: How the Supreme Court could overturn Obergefell v Hodges., Slate, 05.07.2017

(http://www.slate.com/articles/news_and_politics/jurisprudence/2017/07/how_the_supreme_court_could_overturn_obergefell_v_hodges.html) (3.7.2018); *Langer*, Ein Richter des Obersten Gerichts der USA tritt zurück – das ist die Chance für Trump, Neue Zürcher Zeitung, 28.06.2018

(<https://www.nzz.ch/international/ruecktritt-an-amerikas-oberstem-gericht-ld.1398836>) (3.7.2018).

⁴⁷³ *Obergefell v. Hodges* 576 U.S. ____ (2015).

hatte. Seine fehlende Minderheitsmeinung im Fall *Pavan v. Smith*⁴⁷⁴ wurde von vielen als Zustimmung zur Mehrheitsmeinung und somit vielleicht zukünftigen Unterstützer der gleichgeschlechtlichen Ehe gewertet.⁴⁷⁵

c. Legislative Prozesse nach der Entscheidung

Kurz nach der Entscheidung im Juni 2015 wurde vom republikanischen Senator *Raul R. Labrador* der Entwurf eines *First Amendment Defense Act*⁴⁷⁶ als Gesetzesentwurf in den Kongress eingebracht, welcher der Bundesregierung verbieten sollte, nachteilig gegen Personen vorzugehen, welche aufgrund ihrer religiösen oder moralischen Überzeugung nach wie vor an einer verschiedengeschlechtlichen Ehe festhalten wollten. Dieser Entwurf wurde allerdings vom zuständigen Senatsausschuss nicht angenommen, weshalb im März dieses Jahres ein neuer Entwurf des *First Amendment Defense Act*⁴⁷⁷ vom ebenfalls republikanischen Senator *Mike Lee* eingebracht wurde.⁴⁷⁸ Im Gegensatz zu der Version aus 2015 soll dieses Gesetz auch diejenigen schützen, welche aufgrund ihrer religiösen Überzeugung auch die gleichgeschlechtliche Ehe unterstützten. Ziel dieses Gesetzentwurfes ist es demnach, die Meinungsäußerungs- und Religionsfreiheit im Hinblick auf allgemeiner formulierte, verschiedene religiöse oder moralische Anschauungen der Ehe vor öffentlichen Diskriminierungen zu schützen. Eine der Hauptversprechen von Donald Trumps Präsidentschaftskampagne war es, den *First Amendment Defense Act* zu unterschreiben, falls dieser durch den Kongress gehe.⁴⁷⁹

⁴⁷⁴ *Pavan v. Smith* 582 U.S. ____ (2017).

⁴⁷⁵ *Holbrook*, Will Chief Justice Roberts save same-sex marriage?, CNN, 28.6.2017 (<https://www.cnn.com/2017/06/28/opinions/roberts-same-sex-marriage-opinion-holbrook/index.html>) (3.7.2018); *Barnes*, A Supreme Court mystery: Has Roberts embraced same-sex marriage ruling?, Washington Post, 16.07.2017 (https://www.washingtonpost.com/politics/courts_law/a-supreme-court-mystery-has-roberts-embraced-same-sex-marriage-ruling/2017/07/16/33cd522a-68d1-11e7-8eb5-cbccc2e7bfbf_story.html?utm_term=.da087fb78485) (13.6.2018).

⁴⁷⁶ H.R.2802 - First Amendment Defense Act, 114th Congress (2015-2016).

⁴⁷⁷ S.2525 - First Amendment Defense Act, 115th Congress (2017-2018).

⁴⁷⁸ *Killough*, Sen. Mike Lee reintroduces religious freedom bill, CNN, 09.03.2018 (<https://www.cnn.com/2018/03/09/politics/first-amendment-defense-act/index.html>) (2.6.2018).

⁴⁷⁹ *Turkel*, Marriage Equality in the Trump Era: Looking Post-Obergefell, Looking Past-Obergefell, 28.05.2018 (<https://bpr.berkeley.edu/2018/05/28/marriage-equality-in-the-trump-era-looking-post-obergefell-looking-past-obergefell/>) (11.6.2018); *Cowan*, Some Same-Sex Couples Are Rushing to Say Their Vows. Just in Case..., *The New York Times*, 09.12.2016 (<https://www.nytimes.com/2016/12/09/fashion/weddings/same-sex-marriage-gay-couples-donald-trump.html>) (11.6.2018).

Unmittelbar nach der Entscheidung, im Juli 2015, wurde von den demokratischen Senatoren *David Cicilline* und *Jeff Merkey* der Entwurf eines *Equality Act 2015*⁴⁸⁰ in das Repräsentantenhaus und den Senat eingebracht. Dieses Gesetz sollte den *Civil Rights Act*⁴⁸¹ von 1964 erweitern, um auch vor Diskriminierungen aufgrund der sexuellen Orientierung, Geschlechtsidentität oder Geschlecht unter anderem in der Arbeitswelt, im Bereich Wohnen und der Ausbildung zu schützen. Der *Equality Act* wurde aber im Ausschuss nicht weiterverfolgt. Im Jahr 2017 wurde daraufhin der *Equality Act 2017*⁴⁸² erneut von den beiden Senatoren in beide Häuser eingebracht und ist momentan dem zuständigen Unterausschuss für Zivil- und Verfassungsjustiz im Repräsentantenhaus zugewiesen.

Beispielhaft für den dauernden Widerstand einiger Bundesstaaten gegen die gleichgeschlechtliche Ehe wurde in Tennessee im Jahr 2017 ein Gesetz⁴⁸³ verabschiedet, welches die ursprüngliche, gewöhnliche Bedeutung unbestimmter Gesetzesbegriffe bewahren soll. Hierbei wurde befürchtet, dass dieses Gesetz insbesondere die gleichgeschlechtliche Ehe untergraben könnte, als dass dadurch an traditionellen Ehe- und Familienbegriffen festgehalten werden sollte.⁴⁸⁴

d. Reaktionen der Exekutive auf die Entscheidung

Eine weitere Reaktion von vielen auf die Entscheidung war die Stilllegung der Ausstellung jeglicher Ehezertifikate, sowohl für homo- als auch für heterosexuelle Paare.⁴⁸⁵ Zwei Jahre nach der Entscheidung, im Jahr 2017, weigerten sich sieben

⁴⁸⁰ Equality Act H.R. 3185, 114th Congress (2015-2016).

⁴⁸¹ Civil Rights Act of 1964, Pub.L. 88-352, 78 Stat. 241 (1964).

⁴⁸² Equality Act H.R. 2281, 115th Congress.

⁴⁸³ Tennessee Senate Bill 1085/House Bill 1111 (2017).

⁴⁸⁴ „Husband“ sollte nicht als „Spouse“ interpretiert werden; *Jones*, Tennessee governor signs „natural and ordinary meaning“ bill, 07.05.2017 (<http://www.jurist.org/paperchase/2017/05/tennessee-governor-signs-natural-meaning-bills.php>) (3.7.2018); *Lowary*, Senate passes „natural, ordinary meaning“ bill slammed by LGBT groups as discriminatory, Tennessean, 27.04.2017 (<https://www.tennessean.com/story/news/politics/2017/04/27/senate-passes-natural-ordinary-meaning-bill-slammed-lgbt-groups-discriminatory/100976184/>) (3.7.2018); *Cassens Weiss*, Suit claims Tennessee’s new „natural meaning“ law could deny rights to same-sex couples, ABA Journal, 10.05.2017 (http://www.abajournal.com/news/article/suit_claims_states_new_natural_meaning_law_could_deny_rights_to_same_sex_co/) (12.6.2018).

⁴⁸⁵ *Wilson*, „Getting the Government out of Marriage“ Post Oberefell: The Ill-Considered Consequences of Transforming the State’s Relationship to Marriage, 2016 University of Illinois Law Review 1445 (2016) (1453f).

Bezirke in Alabama Ehezertifikate an gleichgeschlechtliche Personen auszustellen.⁴⁸⁶ Am bekanntesten wurde hier der auch international für Aufsehen erregende Fall der Standesbeamtin *Kim Davis* aus Kentucky, die sich aufgrund ihrer religiösen Einstellung weigerte, Ehezertifikate auszustellen, und schließlich nach Abweisung ihrer Klage vor dem Supreme Court wegen Missachtung des Gerichts verurteilt wurde.⁴⁸⁷

Aufgrund dieses Unbehagens der Öffentlichkeit über die Ehe entstand vermehrt, zunächst in der Literatur und später auch bei den Gesetzgebern, der Gedanke, den Staat aus der Ehe zurückzuziehen.⁴⁸⁸ Von den Befürwortern der Abschaffung der Ehe werden drei Gründe vorgebracht. Die Bevorzugung der Ehe gegenüber anderen Lebensformen diskriminiere Lebenspartner und Singles, der Staat habe keine Legitimation, die Bedingungen einer intimen Beziehung zu definieren, und die Ehegesetze seien eine ineffektive Methode, Kinder und deren Betreuer zu schützen.⁴⁸⁹ Diese Argumente klingen auf den ersten Blick plausibel, allerdings können sie ganz einfach entkräftet werden. So haben nun ja auch homosexuelle Lebenspartner die Möglichkeit, ihrer Diskriminierung durch die Ehe zu entfliehen, indem sie heiraten. Andererseits kann eine intime Beziehung auch außerhalb der Definition der Ehe durch den Staat bestehen.

Einzelne Gliedstaaten erstellten deshalb Gesetzesentwürfe, welche die Ehe mehr als privatrechtlichen Vertrag zwischen zwei Personen definieren sollten, anstatt an der Voraussetzung der öffentlichen Ausstellung von Ehezertifikaten anzuknüpfen, um den Staat mehr aus dem Bereich der Ehe abzuhalten.⁴⁹⁰ Andere Entwürfe sollten die

⁴⁸⁶ *Ammann*, 2yrs later, 7co. still not issuing same-sex marriage licenses, 29.06.2017 (<http://altoday.com/archives/17555-two-years-later-7-alabama-counties-still-not-issuing-marriage-licences-sex-couples>) (2.6.2018).

⁴⁸⁷ *Wilson*, 2016 University of Illinois Law Review 1445, 1448f; *n-tv*, Kentucky traut erstmals homosexuelles Paar, n-tv, 05.09.2015 (<https://www.n-tv.de/politik/Kentucky-traut-erstmals-homosexuelles-Paar-article15871006.html>) (3.7.2018).

⁴⁸⁸ *Paul*, Rand Paul: Government Should Get Out of the Marriage Business Altogether, Time, 29.06.2015 (<http://time.com/3939374/rand-paul-gay-marriage-supreme-court/>) (3.7.2018); *Ablow*, When it comes to marriage, government should divorce itself, 27.03.2013 (<http://www.foxnews.com/opinion/2013/03/27/when-it-comes-to-marriage-government-should-divorce-itself.html>) (3.7.2018); *Wilson*, 2016 University of Illinois Law Review, 1449f.

⁴⁸⁹ *Wilson*, 2016 University of Illinois Law Review, 1461.

⁴⁹⁰ *Cason*, Bill to abolish marriage licenses dies in Alabama House, 15.09.2015 (http://www.al.com/news/index.ssf/2015/09/bill_to_abolish_marriage_licen.html) (3.7.2018); *Wang*, Lawmaker proposes an end to Indiana marriage licenses, 07.01.2016

Ausstellung der Zertifikate an Notare oder Kirchen aller Religionen und Konfessionen verlagern.⁴⁹¹

In den Vereinigten Staaten besteht bis heute in allen Gliedstaaten ein Zusammenwirken von Zivilehe und religiösem Ehesakrament.⁴⁹² Zur Gültigkeit wird zwar ein ziviles Ehezertifikat benötigt, allerdings kann auch eine religiöse Erklärung eine Zivilehe gültig begründen. Somit ist es nach Entscheidung des Supreme Court rechtswidrig, wenn religiöse Personen in ihrer Funktion als Standesbeamte sich weigern, diese zu begründen.

e. Zusammenfassung

Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass die Entscheidung von den Bundesstaaten vielfach nur unter Protest umgesetzt wurde und dass nach wie vor versucht wird diese zu untergraben. Insbesondere der konservative politische Wandel nach der Entscheidung einhergehend mit der Präsidentschaftswahl von Donald Trump, schafft einige Unsicherheiten. Nichtsdestotrotz hat die Mehrheit der US Bürger eine immer mehr positivere Einstellung gegenüber gleichgeschlechtlicher Ehen, und so musste der Supreme Court in der Vergangenheit nur in wenigen Rechtsstreitigkeiten angerufen werden. Darüber hinaus scheint es trotz einiger Besorgnis eher unwahrscheinlich, dass der Supreme Court in naher Zukunft von dieser Entscheidung abweichen würde.⁴⁹³ M.E. erscheint die Entscheidung des Supreme Court aus moralischer und ethischer Sicht vielleicht richtig, allerdings weist die Begründung der Mehrheitsmeinung doch einige nicht unerhebliche Mängel und Schwierigkeiten auf.

(<https://www.indystar.com/story/news/politics/2016/01/07/lawmaker-get-government-out-marriage/78364598/>) (3.7.2018).

⁴⁹¹ *Wetzstein*, Oklahoma bill abolishes state marriage licenses: Couples would need clergy or notary to process new certificates, Washington Times, 11.03.2015

(<https://www.washingtontimes.com/news/2015/mar/11/oklahoma-bill-abolishes-state-marriage-licenses/>) (3.7.2018); *Kornet*, TN legislator wants state to stop issuing all marriage licenses, 30.12.2015 (<http://www.foxcarolina.com/story/30850413/tn-legislator-wants-state-to-stop-issuing-all-marriage-licenses>) (3.7.2018).

⁴⁹² *Wilson*, 2016 University of Illinois Law Review, 1457.

⁴⁹³ *Cowan*, Some Same-Sex Couples Are Rushing to Say Their Vows. Just in Case..., The New York Times, 09.12.2016 (<https://www.nytimes.com/2016/12/09/fashion/weddings/same-sex-marriage-gay-couples-donald-trump.html>) (3.7.2018); *Turkel*, Marriage Equality in the Trump Era: Looking Post-Obergefell, Looking Past-Obergefell, Berkely Political Review 28.05.2018

(<https://bpr.berkeley.edu/2018/05/28/marriage-equality-in-the-trump-era-looking-post-obergefell-looking-past-obergefell/>) (3.7.2018); *Stern*, Marriage Equality May Soon Be in Peril: How the Supreme Court could overturn Obergefell v Hodges., Slate, 05.07.2017

(http://www.slate.com/articles/news_and_politics/jurisprudence/2017/07/how_the_supreme_court_could_overturn_obergefell_v_hodges.html) (3.7.2018).

Es scheint so, als wollte Richter *Kennedy* unter allen Umständen zu diesem Ergebnis kommen, auch unter Inkaufnahme einer juristisch kritisierbaren schwachen Begründung.

VII. Die Entscheidungen im Vergleich

Die Besonderheit der österreichischen und US-amerikanischen Entscheidungen zur Öffnung der Ehe auch für gleichgeschlechtliche Paare ist, dass es sich nicht um politische Entscheidungen des Gesetzgebers, sondern eines Gerichts handelte. Diese Entscheidungen der Richter weisen sowohl Gemeinsamkeiten als auch Unterschiede auf, welche im folgenden Kapitel aufgezeigt werden sollen. Diese Gemeinsamkeiten und Unterschiede finden sich nicht nur inhaltlich, sondern sind auch formell bedingt.

A. Gemeinsamkeiten

a. Die Entscheidungen im Wege einer judikativen Entscheidung

Wie bereits mehrfach erwähnt, entstanden beide Entscheidungen im Weg einer richterlichen Entscheidung und nicht im Wege eines Gesetzgebungsverfahrens. Dieser Fakt ist es auch, welcher in der wissenschaftlichen Literatur beider Staaten am meisten diskutiert und kritisiert wurde. Insbesondere wurde die fehlende Kompetenz des jeweiligen Verfassungsgerichtes für eine derartige Entscheidung bemängelt.

Wie aus den vorhergehenden Analysen der Entscheidungen ersichtlich wurde, bestand in keinem der Fälle ein akuter verfassungsrechtlicher Bedarf nach einer Änderung der Verfassung durch die jeweiligen Verfassungsgerichte. Nicht nur aus der österreichischen Bundesverfassung und der bisherigen ständigen Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes war ein derartiges Recht auf eine gleichgeschlechtliche Ehe nicht ableitbar. Auch seitens des EGMR bestand für den österreichischen Verfassungsgerichtshof überhaupt kein Druck die innerstaatliche Rechtsordnung anzupassen, im Gegenteil, es wurde von diesem sogar noch kurz vor der Entscheidung die zulässige Unterscheidung zwischen der Ehe und der eingetragenen Partnerschaft hervorgehoben.⁴⁹⁴ Ebenso entschied der EGMR⁴⁹⁵, dass die Mitgliedstaaten zwar verpflichtet sind, gleichgeschlechtliche Paare rechtlich anzuerkennen, er leitete daraus aber keine Verpflichtung zur Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare ab.

Auch in den Vereinigten Staaten hatte der Supreme Court keinen akuten Handlungsbedarf. Aufgrund des starken föderalistischen Systems der Vereinigten

⁴⁹⁴ EGMR 26.10.2017, *Ratzenböck u Seydl gegen Österreich*, Nr 28475/12.

⁴⁹⁵ EGMR 14.12.2017, *Orlandi et al. gegen Italien*, Nr 26431/12; 26742/12; 44057/12; 60088/12.

Staaten waren die einzelnen Bundesstaaten in der Lage, die Rechtslage frei nach ihren Vorstellungen zu gestalten, wovon sie auch völlig unterschiedlich Gebrauch machten. Ein Bedarf nach Harmonisierung durch den Supreme Court bestand auch hier nach der Verfassung nicht unmittelbar, da sich die Präzedenzfälle des Supreme Court bisher immer auf die Ehe als verschiedengeschlechtliches Institut beschränkt hatten. Auch die Grundrechte, auf welche sich der Supreme Court in seiner Entscheidung berufen hat, verpflichteten nach dem Stand dieser Analyse, allerdings entgegen der Richtermeinungen nicht zu einer Öffnung der Ehe auch für gleichgeschlechtliche Paare.

b. Die Berufung auf den Gleichheitsgrundsatz

Eine weitere Gemeinsamkeit der Entscheidungen ist die Berufung beider Höchstgerichte auf den Gleichheitsgrundsatz. Beide Gerichte empfanden die Unterscheidung zwischen gleichgeschlechtlichen und verschiedengeschlechtlichen Paaren als Diskriminierung und konnten keine ausreichende Rechtfertigung dafür feststellen.

Während die Gleichheitsprüfung aber in der Entscheidung des Verfassungsgerichtshofes den größten Teil ausmachte, spielte diese beim Supreme Court eine nur, durch die Minderheitsmeinungen auch stark kritisierte, untergeordnete Rolle und es wurde auch keine traditionelle schematische Überprüfung vorgenommen. Der Supreme Court beschränkte sich darauf festzustellen, dass gleichgeschlechtlichen Paaren alle Vorteile verwehrt würden, welche verschiedengeschlechtlichen Paaren gewährt werden, und sie seien von der Ausübung des Grundrechtes zu heiraten ausgeschlossen, was diesen vor dem Hintergrund einer langanhaltenden Diskriminierung einen schweren und anhaltenden Schaden zufüge.⁴⁹⁶

Auch der Verfassungsgerichtshof stellte fest, dass die Erfassung in unterschiedlichen Institutionen für im Wesentlichen gleiche Beziehungen angesichts einer langen rechtlichen und gesellschaftlichen Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Paare einen diskriminatorischen Effekt diesen gegenüber habe.⁴⁹⁷

⁴⁹⁶ Obergefell v. Hodges 576 U.S. ____ (2017) (p.22).

⁴⁹⁷ VfGH 4.12.1017 G 258-259/2017-9, S 11.

Hier stehen aber beide Gerichte in der Kritik, insbesondere dafür, dass beide die eben doch bestehenden Unterschiede zwischen verschieden- und gleichgeschlechtlichen Paaren bagatellisierten oder verneinten und dadurch Diskussionen über eine mögliche Anerkennung weiterer Formen von Beziehungen als Ehe hervorbrachten.⁴⁹⁸ Insbesondere der VfGH kommt hier zu einem Zirkelschluss, wenn er annimmt, dass keine rechtlichen Unterschiede zwischen gleich- und verschiedengeschlechtlichen Paaren mehr bestehen, die er allesamt zuvor selber aufgehoben hat.

Beide Entscheidungen erwecken hier die Vermutung, dass die Mehrheit der Richter unbedingt aus weltanschaulichen oder moralischen Gründen zu diesem Ergebnis gelangen wollten und dabei leider außer Acht ließen, dass sie nun einmal Verfassungsrichter sind, die sich nur an das bestehende Verfassungsrecht halten sollten.

c. Die Entscheidungen als Wegbereiter für die eheliche Anerkennung anderer Formen von Beziehungen

Beide Gerichte entschieden, dass die Ungleichbehandlung verschieden- und gleichgeschlechtlicher Paare hinsichtlich ihrer Zulassung zur Ehe verfassungswidrig sei, da es keine ausreichende Rechtfertigung dafür gebe. Hierbei ließen allerdings sowohl die österreichischen Verfassungsrichter als auch die Mehrheitsmeinung des Supreme Court, die, trotz aller Gemeinsamkeiten bestehenden Unterschiede hinsichtlich der Kinderzeugungsfähigkeit außer Acht.

Während der Verfassungsgerichtshof die Möglichkeit zur rechtlichen Elternschaft mittels Adoption oder der Samenspende für lesbische Paare genügen lässt⁴⁹⁹, sowie die Bedeutung des im § 44 ABGB⁵⁰⁰ normierten Kinderzeugungswillens verneint⁵⁰¹, begnügt sich der Supreme Court damit, festzustellen, dass ein Kinderzeugungswille oder eine Fähigkeit, Kinder zu zeugen nie Voraussetzung für das Eingehen einer Ehe gewesen seien.⁵⁰² Lediglich die abweichenden Richter problematisierten diesen

⁴⁹⁸ Siehe unten.

⁴⁹⁹ Die Leihmutterchaft für männliche Paare ist allerdings nach wie vor verboten; § 143 ABGB JGS Nr. 946/1811 – „Mutter ist die Frau, die das Kind geboren hat“.

⁵⁰⁰ ABGB, JGS Nr. 946/1811.

⁵⁰¹ VfGH 4.12.1017 G 258-259/2017-9, S 11.

⁵⁰² Obergefell v. Hodges 576 U.S. ____ (2017) (p 15).

Aspekt in ihren Minderheitsmeinungen, wonach die Ehe immer das vorrangige Institut zur Zeugung von Kindern gewesen war.⁵⁰³

Diese Argumentation ließ einige Kritiker der Entscheidungen, im Supreme Court auch Minderheitsrichter, zum Schluss kommen, dass durch diese neue Ausgangslage der Ehe ohne Anknüpfung an der Kinderzeugung dazu führen werde, dass auch andere Arten von Beziehungen wie unter Geschwistern oder polygame Beziehungen als Ehe anerkannt werden müssten.⁵⁰⁴

Dieser Ansicht muss wohl zugestimmt werden. Wenn es nun zukünftig im § 44 ABGB⁵⁰⁵ lautete „*In dem Ehevertrage erklären zwei Personen gesetzmäßig ihren Willen, in unzertrennlicher Gemeinschaft zu leben und sich gegenseitigen Beistand zu leisten*“ und der VfGH die Ehe als „*permanente stabile Beziehung zwischen zwei Personen mit gegenseitigem Respekt und Unterstützung*“⁵⁰⁶ oder die Ehrechte in den Vereinigten Staaten nur mehr auf den vier, von Richter Kennedy aufgezählten Prinzipien basierten⁵⁰⁷ und nicht mehr auf die abstrakte Fähigkeit der Kinderzeugung abgestellt würde, fiel eine Rechtfertigung für einen Ausschluss anderer Arten von Beziehungen nach dieser Rechtslage schwer. Viele Arten von Beziehungen, auch nicht sexuelle, würden diese Kriterien erfüllen.

Dies bedeutet nicht, dass beide Staaten nun jegliche Arten von Beziehungen als Ehe legitimieren müssten oder sollten, es soll nur aufzeigen, dass die Art der Umsetzung einer gleichgeschlechtlichen Ehe durch Richter als eigentlich positive Gesetzgeber nicht unproblematisch war und einige problematische Fragestellungen mit sich gebracht haben, welche nun in weiterer Folge von den verschiedenen Gesetzgebern in den einzelnen Staaten gelöst und klargestellt werden müssen.

⁵⁰³ Siehe dazu Kapitel VI.E.c.iii.

⁵⁰⁴ Siehe dazu ausführlich Kapitel V.D.b.; VI.E.c.iii; VI.F.d.

⁵⁰⁵ ABGB JGS Nr. 946/1811.

⁵⁰⁶ Insbesondere VfGH G258/2017 ua, 4.12.2017, Rz 4.1.

⁵⁰⁷ Siehe Kapitel VI.E.a.i.

B. Unterschiede

a. Die unterschiedliche Ausgangslage

Als erstes kann die unterschiedliche Ausgangslage der Entscheidungen festgehalten werden. Bis zum Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes bestanden in Österreich bundesweit die unterschiedlichen Rechtsinstitute der Ehe sowie der eingetragenen Partnerschaft für verschieden- und gleichgeschlechtliche Paare. Die Frage, die der VfGH anschließend zu klären hatte, war, ob genügend Unterschiede zwischen homosexuellen und heterosexuellen Paaren bestanden, um diese Ungleichbehandlung vor dem Gleichheitsgrundsatz der Verfassung rechtfertigen zu können.

Die Ausgangslage in den Vereinigten Staaten gestaltete sich insofern anders, als jeder Bundesstaat sein eigenes Eherecht hat und selber festlegen und gestalten konnte, in welchem Umfang er gleichgeschlechtliche Paare schützen wollte.⁵⁰⁸ Einige Bundesstaaten erlaubten die gleichgeschlechtliche Ehe, andere boten das Institut einer eingetragenen Partnerschaft⁵⁰⁹ und wieder andere Staaten verboten sowohl die gleichgeschlechtliche Ehe als auch die rechtliche Anerkennung gleichgeschlechtlicher Paare ganz.

Aufgrund dieses föderalen Systems musste der Supreme Court als Bundesgericht zunächst überhaupt seine Zuständigkeit für eine Entscheidung über die Gliedstaaten begründen. Nach der Verfassung der Vereinigten Staaten beschränkt sich die Kompetenz des Supreme Court unter anderem auf alle bundesverfassungsrechtlichen Fragen⁵¹⁰, also insbesondere auch die bundesverfassungsrechtlich gewährleisteten Grundrechte, wie auch die im 14. Zusatzartikel zur Verfassung.

Die Frage, die den Supreme Court anschließend beschäftigte, war deshalb nicht nur die nach der gesamtstaatlichen Zulässigkeit der gleichgeschlechtlichen Ehe, sondern insbesondere auch die Frage nach der grenzüberschreitenden Freizügigkeit von gleichgeschlechtlichen Ehepaaren innerhalb der Vereinigten Staaten.

⁵⁰⁸ *National Conference of State Legislatures, Same-Sex Marriage Laws*, 26.06.2015 (<http://www.ncsl.org/research/human-services/same-sex-marriage-laws.aspx>) (22.6.2018).

⁵⁰⁹ Z.B. Kalifornien, State of Ca. Fam. Code sec. 297; Maine, Me. Rev. Stat. Ann. tit. 22, sec. 2710.

⁵¹⁰ US Const. Art III sec 2.1.

b. Die unterschiedlichen herangezogenen Grundrechte

Ein weiterer Unterschied findet sich bei den von den Gerichten herangezogenen Grundrechten. Zwar erklärten beide Gerichte den Ausschluss gleichgeschlechtlicher Paare von der Ehe als gegen den Gleichheitsgrundsatz verstoßend, dieses Grundrecht spielte jedoch in der Mehrheitsmeinung des Supreme Court eine nur – stark kritisierte – untergeordnete Rolle. Der Verfassungsgerichtshof wiederum berief sich ausschließlich auf Art 7 B-VG. Nach *Lachmayer*⁵¹¹ sei die Festhaltung an einer einlinigen Argumentation typisch für den Verfassungsgerichtshof, der traditionell sehr wenig argumentiert und begründe, wenn eine Argumentation ausreichend für die Verfassungswidrigerklärung eines Gesetzes sei.⁵¹²

Das Hauptaugenmerk des Supreme Court lag demgegenüber auf dem Grundrecht auf ein faires Verfahren. Dieses enthält nach der Rechtsprechung des Supreme Court auch materiellrechtliche Rechte, zu dem auch das Recht zu heiraten gehört.⁵¹³ Im vorliegenden Fall musste der Supreme Court nachweisen, dass dieses Recht auf Eheschließung auch gleichgeschlechtliche Paare umfasst, was von diesem bekanntermaßen schließlich bejaht wurde.

Anders als der VfGH hinsichtlich des Gleichheitssatzes, der prüfte, ob eine sachliche Rechtfertigung für die unterschiedliche Behandlung verschieden- und gleichgeschlechtlicher Paare bezüglich des Zugangs zur Ehe bestünde, argumentierte der Supreme Court, dass das Recht zu heiraten auch auf gleichgeschlechtliche Paare ausgeweitet sei. Eben diese Schlussfolgerungen erwiesen sich allerdings nach der Analyse der Entscheidungen als ziemlich problematisch, da sie entgegen der bestehenden verfassungsrechtlichen Vorschriften ergingen.

⁵¹¹ Lachmayer, *The Austrian Constitutional Court, Comparative Constitutional Reasoning* In A. Jakab, A. Deyevre, & G. Itzcovich (Hrsg.), *Comparative Constitutional Reasoning* (pp. 75-114) Cambridge University Press (2017) 97f.

⁵¹² *Lachmayer, The Austrian Constitutional Court 75–114 (97f).*

⁵¹³ *Pull, Questioning the Fundamental Right to Marry, Yale Law School Student Scholarship, Paper 26 (2006), 6ff.*

c. Der Aufbau der Entscheidungen

i. *Vota Separata*

Einer der wesentlichsten Unterschiede der beiden Entscheidungen ist formaler Natur und zwar die sehr unterschiedliche Art und Weise des Entscheidungsaufbaus. Wie bereits erwähnt, werden US-amerikanische Entscheidungen des Supreme Court traditionell mit Sondervoten veröffentlicht, um die individuelle Meinung jedes Richters der Öffentlichkeit publizieren zu können.⁵¹⁴ Diese abweichenden Meinungen dienen auch oftmals in zukünftigen Entscheidungen als Falsifizierung der Ratio decidendi eines Präzedenzfalles von der Mehrheit eines späteren Falles. Sie dienen auch dazu, die Mehrheitsmeinung zu einer klaren und ausführlichen Begründung zu zwingen, sowie durch ihre Kritik legislative Prozesse anzuregen.⁵¹⁵

Im Gegensatz dazu ist der österreichischen Rechtstradition die Erlassung von Urteilen oder Entscheidungen mit *Vota Separata* fremd, insbesondere um die Einheitlichkeit der Rechtsprechung zu gewährleisten.⁵¹⁶ Nach der Geschäftsordnung des VfGH kann zwar jeder Richter eine abweichende Stellungnahme verfassen, diese wird allerdings nur dem Protokoll angeschlossen, welches aber nicht veröffentlicht wird.⁵¹⁷ Immer wieder wurde in der Vergangenheit eine Veröffentlichung von Sondervoten auch beim österreichischen Verfassungsgerichtshof gefordert.⁵¹⁸ Als Nachteile einer derartigen Einführung wurden aber insbesondere der Widerspruch mit der kontinentaleuropäischen Rechtstradition, welche ausnahmsweise auch durchbrochen wird, insbesondere auch vom deutschen Bundesverfassungsgerichtes, der Nichtoffenlegung von Abstimmungsverhältnissen sowie insbesondere die primäre Aufgabe der Richter, konkrete Streitfälle nach dem gesetzten Recht zu lösen, anstatt

⁵¹⁴ Ginsburg, 95 Minnesota Law Review 1, 2ff.

⁵¹⁵ Ginsburg, 95 Minnesota Law Review 1, 6.

⁵¹⁶ Bierlein, Separation of Powers and Independence of Constitutional Courts and Equivalent Bodies, 2nd Congress Of the World Conference on Constitutional Justice, 18.1.2011, (http://www.venice.coe.int/WCCJ/Rio/Papers/AUT_Bierlein_E.pdf), 9f.

⁵¹⁷ § 36 (3) Geschäftsordnung des Verfassungsgerichtshofes, BGBl. Nr. 202/1946.

⁵¹⁸ Österreich Konvent, Gemeinsamer Entwurf des Ausschussvorsitzenden und der Ausschussbetreuung für die Einführung einer „Dissenting opinion“ beim Verfassungsgerichtshof, 01.09.2004, 589/AVORL-K,1 (http://www.konvent.gv.at/K/DE/AVORL-K/AVORL-K_00589/fname_025571.pdf) (3.7.2018); *Parlamentarische Enquete*, Einführung des Minderheitsvotums am Verfassungsgerichtshof, 16.10.1998, III-151 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates XX. GP; Darauf folgend mehrere wissenschaftliche Artikel in *Journal für Rechtspolitik*, n. 7/1999.

rechtsfortbildend zu wirken.⁵¹⁹ Es gehe weniger um die Selbstdarstellung einzelner Richter, sondern mehr um die Darstellung der Akzeptanz der Rechtsmeinung des VfGH als solche. Teilweise wird befürchtet, dass durch die Sondervoten insbesondere auch die Akzeptanz und Glaubwürdigkeit der Entscheidung in Mitleidenschaft gezogen werden könnte und es zu einer Personifizierung der Kritik kommen würde.⁵²⁰

Dieser unterschiedliche Zugang zu der Entscheidungsveröffentlichung zeigt seine Konsequenzen auch im materiellen Umfang der Entscheidungen - während die Entscheidung des VfGH auf nur 14 Seiten zusammengefasst ist, bedarf es für die Festhaltung von Mehrheitsmeinung und Vota Separata der Richter des Supreme Court knapp über hundert Seiten, wobei die Mehrheitsmeinung dabei nur 28 Seiten einnimmt. Hier zeigt sich besonders interessant, wie viel mehr die Minderheit zu diesem Fall zu schreiben und gleichzeitig an der Mehrheitsentscheidung zu kritisieren hatte.

Die Sondervoten bereiten den Nährboden für allfällige Kritiken an der Entscheidung schon vor der unmittelbaren wissenschaftlichen Auseinandersetzung auf. Die wissenschaftliche Literatur hat hier die Möglichkeit, an den einzelnen Meinungen der Richter anzuknüpfen und diese den wissenschaftlichen Meinungen zu unterlegen.

ii. Der Begründungsstil

Liest man die Entscheidungen der Gerichte durch, fällt als erstes der völlig unterschiedliche Begründungsstil auf.

Der Verfassungsgerichtshof sieht sich hier mehr in der Rolle eines konkreten Rechtsproblemlösers, der sich in einer relativ kurzen – man könnte in diesem konkreten Fall auch von einer zu kurzen – Begründung dieses Problems widmete. Auf nicht einmal 15 Seiten klärt er die ihm gestellte Rechtsfrage mit einer traditionell unemotionalen, prosaischen und relativ kurzen Begründung, wie es für ihn typisch

⁵¹⁹ *Österreich Konvent*, Gemeinsamer Entwurf des Ausschussvorsitzenden und der Ausschussbetreuung für die Einführung einer „Dissenting opinion“ beim Verfassungsgerichtshof, 01.09.2004, 3 (http://www.konvent.gv.at/K/DE/AVORL-K/AVORL-K_00589/fname_025571.pdf) (3.7.2018).

⁵²⁰ *Hochmuth*, Verfassungsgerichtshof: Kein Sondervotum für Richter, Die Presse 01.08.2016 (https://diepresse.com/home/politik/innenpolitik/5061356/Verfassungsgerichtshof_Kein-Sondervotum-fuer-Richter) (19.6.2018).

ist.⁵²¹ Die Sprache des Verfassungsgerichtshofes ist grundsätzlich eher technisch, klar und präzise mit vielen juristischen Fachbegriffen und richtet sich grundsätzlich auch nicht an die breite Öffentlichkeit, sondern mehr an das Fachpublikum.⁵²²

Im Gegensatz dazu ist die Entscheidung des Supreme Court ganz in dessen Stil formelhafter Formulierungen mit zum Teil historischen und philosophischen Einflüssen und vielen „untechnischen“ Argumenten gehalten.⁵²³ So verfasste Richter *Kennedy* seine Mehrheitsmeinung in einer sehr blumigen Rhetorik; insbesondere war dies bemerkbar, als er beispielsweise über die Bedeutung der Ehe sprach.⁵²⁴

d. Die Entscheidungen und die Religionsfreiheit

Bemerkenswert ist auch der Unterschied der Entscheidungen in Hinsicht auf die Religion. Im Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes wird die Religionsfreiheit mit keiner Silbe erwähnt, während sich die Minderheitsmeinungen der Supreme Court-Richter vor allem auch über die Wechselwirkungen der Entscheidung mit der Religionsausübungsfreiheit sorgten. Dies ist zurückzuführen auf die unterschiedlichen Konzeptionen der Ehe in den verschiedenen Staaten. Während die Ehe in Österreich eine reine obligatorische Zivilehe ist, die vor einem Standesbeamten geschlossen werden muss⁵²⁵, besteht in den Vereinigten Staaten bis heute eine Wechselwirkung zwischen ziviler und religiöser Ehe.⁵²⁶

Nach dieser Konzeption kann das österreichische Eherecht gar nicht in Konflikt mit der Religionsausübungsfreiheit gelangen, da die Standesbeamten nur als staatliches Organ der Gemeinde im übertragenen Wirkungsbereich tätig werden.⁵²⁷ Demgegenüber können in den Vereinigten Staaten auch Priester oder andere Geistliche eine gültige Eheschließung vornehmen und dadurch eben dieses Problem

⁵²¹ *Lachmayer*, The Austrian Constitutional Court, 91.

⁵²² *Lachmayer*, The Austrian Constitutional Court, 99.

⁵²³ *Schweber/Brookhart*, The Supreme Court of the United States, Comparative Constitutional Reasoning, in A. Jakab, A. Dyeve, & G. Itzcovich (Hrsg.), Comparative Constitutional Reasoning (pp. 723-760) Cambridge University Press (2017) 723–760 (746).

⁵²⁴ *Obergefell v. Hodges* 576 U.S. ____ (2015) (p. 3ff).

⁵²⁵ § 15 EheG, dRGeB. I S 807/1938.

⁵²⁶ *Case*, Marriage Licenses, 89 Minnesota Law Review 1758 (2005) (1793f); Siehe außerdem Kapitel VI.G.d.

⁵²⁷ § 3 PStG, Personenstandsgesetz 2013, BGBl. I Nr. 16/2013.

aufwerfen, wenn sie sich weigern sollten, eine gleichgeschlechtliche Ehe zu beschließen.⁵²⁸

C. Zusammenfassung

Der Vergleich der beiden Entscheidungen zeigt, dass sie sich in gewisser Hinsicht bemerkenswert ähneln, insbesondere in der extrem aktiven Rolle der Gerichte, die sich in ihren Entscheidungen geradezu als „positive“ Gesetzgeber präsentierten. Vor dem Hintergrund ihrer unterschiedlichen Rechtskultur unterscheiden sich die Entscheidungen des VfGH und des Supreme Court klar, sowohl in ihrem Zugang zur Grundrechtsüberprüfung, als auch in ihrem sprachlichen Aufbau. Schließlich kann und muss gesagt werden, dass beide Entscheidungen viele Fragen und einen großen Handlungsbedarf zurückgelassen haben, die der Reihe nach von den verschiedenen Gesetzgebern und Gerichten nun gelöst werden müssen.

⁵²⁸ Dieses Rechtsproblem wurde jüngst durch den United States Supreme Court zugunsten der Religionsfreiheit gelöst: *Masterpiece Cakeshop, Ltd., et al., Petitioners v. Colorado Civil Rights Commission, et al.* 584 U.S. ____ (2018).

VIII. Ausblick auf die aktuellere Rechtslage anderer Staaten

A. Allgemeines zur gleichgeschlechtlichen Ehe weltweit

Allgemein wird die gleichgeschlechtliche Ehe knapp seit der Jahrtausendwende zunehmend mehr akzeptiert und damit auch durch die jeweiligen Gesetzgeber ermöglicht. Derzeit erlauben knapp 25 Staaten der Erde die gleichgeschlechtliche Ehe, 28 anerkennen gleichgeschlechtliche Partnerschaften.⁵²⁹ Ermöglicht wird die gleichgeschlechtliche Ehe zum jetzigen Zeitpunkt in Argentinien, Australien, Belgien, Brasilien, Kanada, Kolumbien, Dänemark, Finnland, Frankreich, Deutschland, Island, Irland, Luxemburg, Malta, Niederlande, Neuseeland, Norwegen, Portugal, Südafrika, Spanien, Schweden, das Vereinigte Königreich, die Vereinigten Staaten, Uruguay und Teilen Mexikos.

Nach der jetzigen Rechtslage wird Österreich mit Anfang des Jahres 2019 der 16. Staat in Europa, der die gleichgeschlechtliche Ehe erlaubt.⁵³⁰ Die Niederlande waren 2001 das erste Land weltweit, welches die gleichgeschlechtliche Ehe zuließ.⁵³¹

Außerhalb Europas war Kanada im Jahr 2005 Vorreiter hinsichtlich der gleichgeschlechtlichen Ehe in Amerika.⁵³² Als erster südamerikanischer Staat führte das argentinische Parlament die Ehe für gleichgeschlechtliche Paare 2010 ein,⁵³³ woraufhin kurz darauf Uruguay⁵³⁴ folgte. Der bisher einzige afrikanische Staat, der die gleichgeschlechtliche Ehe ermöglicht, ist seit 2006 Südafrika.⁵³⁵ 2013 wurde vom neuseeländischen Parlament die Homo-Ehe eingeführt⁵³⁶, in Australien sprach sich im November 2017 eine Volksbefragung klar für die Einführung einer

⁵²⁹ Masci/Sciupac/Lipka, *Gay Marriage Around the World*, 08.08.2017 (<http://www.pewforum.org/2017/08/08/gay-marriage-around-the-world-2013/>) (26.6.2018); International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association: Carroll, A. and Mendos, L.R., *State-Sponsored Homophobia 2017: A world survey of sexual orientation laws: criminalisation, protection and recognition*, 2017, 8ff (https://ilga.org/downloads/2017/ILGA_State_Sponsored_Homophobia_2017_WEB.pdf) (3.7.2018).

⁵³⁰ Neubauer, *Wo die Homo-Ehe erlaubt ist*, *Die Presse*, 05.12.2017 (<https://diepresse.com/home/innenpolitik/5333716/Wo-die-HomoEhe-erlaubt-ist>) (20.6.2018).

⁵³¹ *Wet openstelling huwelijk*, 21.12.2000, Stb. 2001, 128.

⁵³² *Canadian Civil Marriage Act*, S.C. 2005, c. 33.

⁵³³ *Ley Nacional N° 26.618, Código Civil. Modificación*, 21.7.2010.

⁵³⁴ *Ley N° 19.075, Matrimonio Igualitario*, 9.5.2013.

⁵³⁵ *Act No. 17 of 2006: Civil Union Act, 2006*.

⁵³⁶ *Marriage (Definition of Marriage) Amendment Act 2013, No 20*.

gleichgeschlechtlichen Ehe aus, woraufhin dieses Institut Anfang Dezember 2017 vom Parlament verabschiedet und somit ermöglicht wurde.⁵³⁷

B. Gleichgeschlechtliche Ehe durch gerichtliche Entscheidungen

Österreich und die Vereinigten Staaten sind nicht die einzigen beiden Staaten, in denen es ein Gericht war, welches die gleichgeschlechtliche Ehe erlaubt hat. Auch in anderen, wenigen Staaten weltweit stammte der Schritt zur Öffnung der Ehe auch für gleichgeschlechtliche Paare von der Judikative.

a. Brasilien

In Brasilien wurden bereits vor der bundesweiten Legalisierung der gleichgeschlechtlichen Ehe gleichgeschlechtliche Beziehungen rechtlich anerkannt.⁵³⁸ Ab 2011 konnten gleichgeschlechtliche Paare ihre Beziehung nach einer einstimmigen Entscheidung des Obersten Gerichtshofes auch als „*união estável*“, als stabile Partnerschaft, eintragen lassen, welche dieselben Rechte und Pflichten, inklusive der Adoption, wie die Ehe enthielten.⁵³⁹ Dabei argumentierte das Gericht, dass die heteronormative Sprache der Verfassung und des Zivilrechtscodes, welche zwar von der Ehe als Recht zwischen „einem Mann und einer Frau“ sprach, trotzdem nicht gebiete, dass diese Rechte anderen vorenthalten werden müssten. Eine demokratische, auf Nichtdiskriminierung basierende Verfassung sei nutzlos, wenn sie unfähig sei, einer spezifischen Gruppe Rechte zu garantieren, welche allen anderen zur Verfügung stünden.⁵⁴⁰

Mehrere brasilianische Bundesstaaten schufen trotz dieser Möglichkeit gesetzliche Regelungen für die gleichgeschlechtliche Ehe. Einige öffentliche Notare, zuständig für die Ausstellung der Zeremonie und Durchführung der Ehezertifikate weigerten sich jedoch, dies für gleichgeschlechtliche Paare durchzuführen, weshalb im Mai 2013

⁵³⁷ Marriage Amendment (Definition and Religious Freedoms) Act 2017, Act no. 129, 2017.

⁵³⁸ *Brochetto*, Brazilian judicial council orders Notaries to recognize same-sex marriage, CNN, 15.05.2013 (<https://www.cnn.com/2013/05/15/world/americas/brazil-same-sex-marriage/index.html>) (3.7.2018).

⁵³⁹ *Caulfield*, The Recent Supreme Court Ruling on Same-Sex Unions in Brazil: A Historical Perspective, II Journal, University of Michigan (2011) (7).

⁵⁴⁰ *Corrales*, Brazil's Recognition of Same-Sex Unions, 16.05.2011 (<http://www.americasquarterly.org/node/2528>) (3.7.2018).

der Nationale Justizrat⁵⁴¹, das Kontrollorgan der Judikative, entschied, dass sich öffentliche Notare in ganz Brasilien nicht weigern dürften, gleichgeschlechtliche Ehezeremonien durchzuführen, was effektiv eine Legalisierung der gleichgeschlechtlichen Ehe in ganz Brasilien bedeutete.⁵⁴² Darüber hinaus wurden die Notare verpflichtet, gleichgeschlechtliche Partnerschaften in Ehen umzuwandeln, wenn dies vom jeweiligen Paar gewünscht wurde.

b. Kolumbien

Auch in Kolumbien erfolgte die Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare durch Entscheidung des kolumbianischen Verfassungsgerichtes, welches damit im Jahr 2016 das vierte südamerikanische Land war, welches die gleichgeschlechtliche Ehe ermöglichte.⁵⁴³

Im April 2016 wies das Gericht einen Antrag gegen gleiche Eherechte für Homosexuelle ab.⁵⁴⁴ Die Richter des Verfassungsgerichtes entschieden in einer 6:3 Entscheidung gegen den Entwurf einer Minderheitsentscheidung des Verfassungsgerichtes, welche die Ehe nur auf Einheiten zwischen Mann und Frau anwendbar machen sollte und darüber hinaus festlegen wollte, dass es Aufgabe des Kongresses wäre, über eine gleichgeschlechtliche Ehe zu entscheiden. Nach Ansicht der Mehrheitsmeinung würden „gleichgeschlechtliche Ehen nicht die verfassungsrechtliche Ordnung verletzen“⁵⁴⁵ und „alle menschlichen Wesen [hätten] ohne Diskriminierung das Grundrecht zu heiraten“.⁵⁴⁶

⁵⁴¹ *Supremo Tribunal Federal*, Organization of the Brazilian Judicial Power; Conselho Nacional de Justiça (http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfAgenda_pt_br/anexo/Discurso_presidente_na_China1.pdf) (3.7.2018): Zusammengesetzt aus Repräsentanten der Magistratur, Staatsanwaltschaft, Rechtsanwaltskammer und Zivilbevölkerung.

⁵⁴² *Romero*, Brazilian Court Council Removes a Barrier to Same-Sex Marriage, *The New York Times*, 14.05.2013 (<https://www.nytimes.com/2013/05/15/world/americas/brazilian-court-council-removes-a-barrier-to-same-sex-marriage.html>) (3.7.2018).

⁵⁴³ *Brodzinsky*, Colombia's highest court paves way for marriage equality in surprise ruling, *The Guardian*, 07.04.2016 (<https://www.theguardian.com/world/2016/apr/07/colombia-court-gay-marriage-ruling>) (3.7.2018).

⁵⁴⁴ *France-Presse*, Colombia legalises gay marriage, *The Telegraph*, 29.04.2016 (<https://www.telegraph.co.uk/news/2016/04/29/colombia-legalises-gay-marriage/>) (3.7.2018).

⁵⁴⁵ *DW*, Colombia legalizes same-sex marriage, 28.04.2016 (<http://www.dw.com/en/colombia-legalizes-same-sex-marriage/a-19223822>) (3.7.2018).

⁵⁴⁶ *Brodzinsky*, Colombia's highest court paves way for marriage equality in surprise ruling, *The Guardian*, 07.04.2016 (<https://www.theguardian.com/world/2016/apr/07/colombia-court-gay-marriage-ruling>) (3.7.2018).

Vorhergehende Entscheidungen hatten homosexuelle Paare zwar legitimiert, ihre Partnerschaft de facto vor Notaren und Richtern zu schließen, allerdings war dies immer in einer rechtlichen Grauzone geschehen, weshalb immer wieder Beschwerden dagegen erhoben wurden.⁵⁴⁷

c. Taiwan

Gleichgeschlechtliche Ehen sind in Taiwan zum jetzigen Zeitpunkt noch nicht allgemein legalisiert. Das taiwanesisches Verfassungsgericht erklärte im Mai 2017,⁵⁴⁸ dass gleichgeschlechtliche Paare dieses Recht erhalten sollten. Das derzeit geltende Eherecht verstoße sowohl gegen das Recht zu heiraten, als auch das Recht auf Gleichheit.⁵⁴⁹ Das Verfassungsgericht stellte daraufhin dem Gesetzgeber eine zweijährige Frist, um entsprechende rechtlichen Anpassungen vornehmen zu können. Sollte dies bis Ablauf der Frist im Jahr 2019 nicht geändert werden, würden zwei Personen desselben Geschlechts automatisch legitimiert ihre Ehe effektiv eintragen zu können.

d. Die Entscheidung des Inter-Amerikanischen Gerichtshofes für Menschenrechte

Nicht nur nationale Gerichte erklärten im Laufe der Zeit die gleichgeschlechtliche Ehe für zulässig. Im Jänner 2018 erklärte der Inter-Amerikanische Gerichtshof für Menschenrechte,⁵⁵⁰ mit Sitz in Costa Rica, in einem Gutachten, dass die Ehe für gleichgeschlechtliche Paare in den einundzwanzig Mitgliedstaaten, die sich der Jurisdiktion des Gerichtes unterstellt haben, nach der Amerikanischen Menschenrechtskonvention⁵⁵¹ anerkannt werden sollte.⁵⁵²

⁵⁴⁷ *France-Presse*, Colombia legalises gay marriage, *The Telegraph*, 29.04.2016

(<https://www.telegraph.co.uk/news/2016/04/29/colombia-legalises-gay-marriage/>) (3.7.2018).

⁵⁴⁸ J.Y. NO.748, 24.5.2017

(https://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/EN/p03_01.asp?expno=748) (3.7.2018).

⁵⁴⁹ *Wu*, Taiwan court rules in favor of same-sex marriage, first in Asia, *Reuters*, 24.05.2017

(<https://www.reuters.com/article/us-taiwan-lgbt-marriage/taiwan-court-rules-in-favor-of-same-sex-marriage-first-in-asia-idUSKBN18K0UN>) (3.7.2018).

⁵⁵⁰ Im Folgenden abgekürzt als IAGMR.

⁵⁵¹ Organisation der Amerikanischen Staaten (OAS), Amerikanische Menschenrechtskonvention, "Pact of San Jose", Costa Rica, 22. November 1969, abgekürzt als AMRK.

⁵⁵² Inter-Amerikanischer Gerichtshof für Menschenrechte, *Opinión Consultiva OC-24/17*, 24.11.2017; *Marti*, Durchbruch für die Homo-Ehe in Lateinamerika, *Neue Zürcher Zeitung*, 12.01.2018 (<https://www.nzz.ch/international/durchbruch-fuer-die-homo-ehe-in-lateinamerika-ld.1346482>) (3.7.2018).

Die Entscheidung wurde von einer Anfrage Costa Ricas im Jahr 2016 initiiert, als die dortige Regierung beim Gerichtshof anfragte, ob sie eine Verpflichtung habe, Eigentumsrechte auf gleichgeschlechtliche Paare auszuweiten, sowie transgender Personen zu erlauben, ihren Namen und Geschlecht auf Identitätsdokumenten zu ändern.⁵⁵³

Der IAGMR entschied, dass mehrere von der Konvention geschützten Rechte, nämlich das Recht des Schutzes des Privat- und Familienlebens,⁵⁵⁴ das Recht auf Schutz der Familie,⁵⁵⁵ sowie andere international anerkannte Menschenrechte das Recht gleichgeschlechtlicher Personen auf die Ehe enthielten.⁵⁵⁶ Fünf Staaten der OAS haben die gleichgeschlechtliche Ehe bereits eingeführt, nämlich Argentinien, Uruguay, Brasilien, Kolumbien sowie Teile Mexikos. Andere lateinamerikanischen Staaten, wie Chile und Ecuador anerkennen gleichgeschlechtliche Partnerschaften aber keine Ehen und wiederum andere, wie Bolivien, Paraguay und Peru anerkennen überhaupt keine gleichgeschlechtlichen Partnerschaften.⁵⁵⁷

Obwohl das Gutachten in den Staaten, welche sich der Rechtsprechung unterworfen haben nicht automatisch zu einer Umsetzung der Entscheidung zwingt, haben homosexuelle Paare in diesen Ländern jetzt eine rechtliche Möglichkeit, ihre Rechte vor dem IAGMR einzuklagen.⁵⁵⁸ So hat Costa Rica zum Beispiel bereits in Aussicht gestellt, die geforderten rechtlichen Anpassungen rasch durchsetzen zu wollen.⁵⁵⁹

⁵⁵³ *Gutierrez*, Costa Rica/OAS: Inter-American Court of Human Rights Declares Right to Marry Should Be Extended to Same-Sex Couples, 09.02.2018 (<http://www.loc.gov/law/foreign-news/article/costa-rica-oas-inter-american-court-of-human-rights-declares-right-to-marry-should-be-extended-to-same-sex-couples/>) (21.6.2018).

⁵⁵⁴ Art 11.2 AMRK.

⁵⁵⁵ Art 17 AMRK.

⁵⁵⁶ *Gutierrez*, Costa Rica/OAS: Inter-American Court of Human Rights Declares Right to Marry Should Be Extended to Same-Sex Couples, 09.02.2018 (<http://www.loc.gov/law/foreign-news/article/costa-rica-oas-inter-american-court-of-human-rights-declares-right-to-marry-should-be-extended-to-same-sex-couples/>) (21.6.2018).

⁵⁵⁷ *AFP and The Tico Times*, Inter-American Court endorses same-sex marriage; Costa Rica reacts, *The Tico Times Costa Rica*, 10.01.2018 (<http://www.ticotimes.net/2018/01/10/costa-rica-reacts-inter-american-court-ruling-on-same-sex-marriage/>) (21.6.2018).

⁵⁵⁸ *Marti*, Durchbruch für die Homo-Ehe in Lateinamerika, *Neue Zürcher Zeitung*, 12.01.2018 (<https://www.nzz.ch/international/durchbruch-fuer-die-homo-ehe-in-lateinamerika-ld.1346482>) (3.7.2018).

⁵⁵⁹ *Preteel*, Latin American human rights court urges same-sex marriage legalization, *Reuters*, 10.01.2018 (<https://www.reuters.com/article/us-latinamerica-lgbt/latin-american-human-rights-court-urges-same-sex-marriage-legalization-idUSKBN1EZ020>) (21.6.2018).

e. Bermuda

Einen Schritt in die andere Richtung machte das britische Überseegebiet Bermuda im Februar 2018. Nur neun Monate nach der Legalisierung der gleichgeschlechtlichen Ehe wurde diese wieder verboten.⁵⁶⁰

Erst im Jahr zuvor, im Mai 2017, entschied der Supreme Court von Bermuda, dass die gleichgeschlechtliche Ehe erlaubt werden müsse.⁵⁶¹ Die Definition der Ehe als Einheit zwischen Mann und Frau widerspreche den Vorschriften des *Human Rights Acts*⁵⁶² und sei eine absichtliche Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung.⁵⁶³

Das Gesetz,⁵⁶⁴ welches anstelle der gleichgeschlechtlichen Ehe rechtlich anerkannte gleichgeschlechtliche Partnerschaften einführt, erging kurz nach einem nicht bindenden Referendum⁵⁶⁵ gegen die gleichgeschlechtliche Ehe im streng konservativen Bermuda.⁵⁶⁶ Das Gesetz sollte einen Kompromiss zwischen zwei divergierender Gruppen herstellen, indem festgelegt wurde, dass die Ehe nur zwischen Mann und Frau bestehen könne, gleichzeitig aber gleichgeschlechtliche Paare anerkannt und geschützt werden sollten.⁵⁶⁷

Unmittelbar nach Verabschiedung dieses Gesetzes wurde dieses wiederum vor dem Supreme Court wegen „*unmenschlicher und erniedrigender Behandlung*“ als verfassungswidrig angefochten.⁵⁶⁸ Dieser gab der Klage statt und entschied im Juni

⁵⁶⁰ *Specia*, Bermuda Outlaws Gay Marriage, Less Than a Year After It Became Legal - The New York Times, 08.02.2018 (https://www.nytimes.com/2018/02/08/world/americas/bermuda-gay-marriage.html?ref=collection%2Ftimestopic%2FSame-Sex%20Marriage%2C%20Civil%20Unions%2C%20and%20Domestic%20Partnerships&action=click&contentCollection=timestopics®ion=stream&module=stream_unit&version=latest&contentPlacement=4&pgtype=collection) (3.7.2018).

⁵⁶¹ Bermuda Supreme Court, *Goodwin and others v. The Registrar General and others*, Civ, 2016 No. 259 (5. Mai 2017).

⁵⁶² Bermuda Human Rights Act 1981, 1981:41.

⁵⁶³ Bermuda Supreme Court, 36 Civ, 2016 No. 259, para 129.

⁵⁶⁴ Bermuda Domestic Partnership Act 2018, 2018:1.

⁵⁶⁵ Bermuda Referendum (Same Sex Relationships) Act 2016, 2016:13.

⁵⁶⁶ *Guardian staff and agencies*, Bermuda becomes first jurisdiction in the world to repeal same-sex marriage, The Guardian, 08.02.2018 (<https://www.theguardian.com/world/2018/feb/08/bermuda-repeal-same-sex-marriage>) (3.7.2018).

⁵⁶⁷ *Government of Bermuda*, Governor signs Domestic Partnership Act, 07.02.2018 (<https://www.gov.bm/articles/governor-signs-domestic-partnership-act>) (21.6.2018).

⁵⁶⁸ *Strangeways*, Lawsuit launched over same-sex marriage, The Royal Gazette, 16.02.2018 (<http://www.royalgazette.com/same-sex-marriage/article/20180216/lawsuit-launched-over-same-sex-marriage>) (3.7.2018).

2018 zum zweiten Mal zugunsten der gleichgeschlechtlichen Ehe.⁵⁶⁹ Es war der Ansicht, dass „*maintaining or restoring a definition of marriage which favoured those who believed in opposite-sex marriage and disadvantaged those who believe in same-sex marriage discriminated against them on the grounds of their creed contrary to [...] the Bermuda Constitution.*“⁵⁷⁰ Die Regierung erklärte daraufhin nach dem momentanen Stand, dieses Urteil innerhalb der sechswöchigen Frist anfechten zu wollen.⁵⁷¹

C. Fazit

Es kann ein klarer Trend abgelesen werden, dass diese Entscheidung überraschend oft auch durch die jeweiligen Höchstgerichte getroffen werden, oftmals auch gegen den Willen der Bevölkerung und der Gesetzgeber. Der Ausblick auf die Rechtslage anderer Staaten zeigt, dass die Entscheidungen des österreichischen Verfassungsgerichtshofes sowie des Supreme Court der Vereinigten Staaten kein Unikum darstellen.

⁵⁶⁹ Bermuda Supreme Court, *Ferguson and others v. The Attorney General*, 2018: No. 34/2018: No.99 (2018).

⁵⁷⁰ Bermuda Supreme Court, *Ferguson and others v. The Attorney General*, 2018: No. 34/2018: No.99, para 5 (3) (2018).

⁵⁷¹ *Strangeways/Johnston-Barnes, Same-Sex Marriage: Court rules in favour of same-sex marriage*, The Royal Gazette, 07.06.2018 (<http://www.royalgazette.com/same-sex-marriage/article/20180606/court-rules-in-favour-of-same-sex-marriage>) (21.6.2018).

IX. Schluss

Wie diese Arbeit gezeigt hat, sind beide Entscheidungen und Auswirkungen umfang- und vor allem folgenreicher, als man vielleicht zunächst annehmen könnte.

Diese Arbeit hat aufgezeigt, dass die Streichung nur einer kurzen Wortfolge, wie hier insbesondere „*verschiedenen Geschlechts*“, einerseits die Bedeutung eines ganzen Gesetzes verändern und andererseits mehr Fragen als Antworten zurücklassen kann. Nicht nur im Fall des österreichischen Erkenntnisses, wurde dem Gesetzgeber nun die Aufgabe überantwortet, diese Rechtslage entweder so hinzunehmen, wie sie vom VfGH hinterlassen wurde, oder aber aktiv zu werden, um größere Klarheit herzustellen. Dies wurde insbesondere auch von der wissenschaftlichen Gemeinschaft mit einer Reihe verschiedener Vorschlägen so gefordert. Diesbezüglich wurde das Parlament bereits aktiv und es wurden verschiedene Entwürfe einer Gesetzesänderung vorgebracht.

Auch in den Vereinigten Staaten hinterließ die Entscheidung des Supreme Court einen großen Handlungsbedarf für die gliedstaatlichen Gesetzgeber insofern, als jene, die noch keine rechtliche Anerkennung gleichgeschlechtlicher Paare in ihren Gesetzen verankert hatten, nun unverzüglich die gleichgeschlechtliche Ehe zulassen mussten, was nicht überall ohne Komplikationen funktionierte. Insbesondere die besondere Rechtslage in den Vereinigten Staaten, wo die Ehe auch eine religiöse Institution darstellt, führte zu einigen Konflikten mit der Religionsfreiheit, die aber nun schließlich vom Supreme Court im Fall *Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission*⁵⁷² zugunsten der Religionsfreiheit gelöst wurden.

Beide Entscheidungen der Höchstgerichte weisen große Schwächen, besonders hinsichtlich ihrer Argumentation auf. Der Verfassungsgerichtshof wurde zu Recht besonders dafür kritisiert, dass seine Gleichheitsüberprüfung völlig verfehlt war. Einerseits verfiel er einem Zirkelschluss, dass er zwar zahlreiche Ungleichbehandlungen, die der Gesetzgeber zwischen Ehe und eingetragener Partnerschaft festgelegt hatte, in der Vergangenheit als nicht sachlich gerechtfertigt aufgehoben hatte, dabei allerdings stets darauf hingewiesen hatte, dass die Existenz

⁵⁷² *Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission* 584 U.S. ____ (2018).

zweier unterschiedlicher Rechtsinstitute gerechtfertigt sei, um dann im Erkenntnis festzustellen, dass an der Unterscheidung zwischen den beiden Instituten nicht mehr festgehalten werden konnte, da sie im Wesentlichen gleich wären. Andererseits ist aber auch die Argumentation der Gleichheit der beiden Rechtsinstitute klar verfehlt, da für die Ehe gesetzlich eben weiterhin der Kinderzeugungswille normiert ist, der bei gleichgeschlechtlichen Paaren aus rein biologischen Gründen nicht vorliegen kann. Andererseits würde aber die formelle Beseitigung des Erfordernisses des Kinderzeugungswillens aus § 44 ABGB wieder zu Problemen führen, als diesfalls auch andere Personen eine Ehe eingehen könnten, die, in den Worten des VfGH eine stabile, von gegenseitigem Respekt und Unterstützung geprägte Beziehung zueinander führen, für die weder ein Kinderzeugungswille noch überhaupt eine sexuelle Beziehung erforderlich sind. Problematisch ist auch, wenn die Zivilrechtslehre diesen Kinderzeugungswillen als ausdrücklichen Teil des Wortlauts des § 44 ABGB als unmaßgeblich ansieht – abgesehen davon, dass es an sich höchst problematisch ist, wenn Gerichte oder die Wissenschaft einfach den Wortlaut von Gesetzen als unmaßgeblich erklären, wäre ja auch hier die Konsequenz, dass alle Arten von „Ehe“ von zwei Personen dann möglich wären. Eben diesem Problem steht auch die Supreme Court-Entscheidung gegenüber, welche die Voraussetzung des Kinderzeugungswillens schlicht verneinte.

Eine der größten Gemeinsamkeiten der Entscheidungen ist die aktive Rolle der Gerichte in der Klärung eigentlich politischer Fragestellungen. Beide Höchstgerichte stellten sich hier mit ihrer Entscheidung klar gegen den Willen der jeweiligen Gesetzgeber. Auch bestand kein gerichtlicher Handlungsbedarf, weder seitens eines internationalen Gerichts, noch, obwohl dies von den Gerichten behauptet wurden, wegen eines Verstoßes gegen die Grundrechte. Die Kinderzeugungsfähigkeit nur von verschiedengeschlechtlichen Paaren wäre eine ausreichende Rechtfertigung für die Unterscheidung zwischen Ehe und eingetragener Partnerschaft gewesen. Auch das Grundrecht zu heiraten, welches im Grundrecht auf ein faires Verfahren im 14. Zusatzartikel zur Verfassung enthalten ist, umfasst, nach den auf den Fall angewandten Präzedenzfällen des Supreme Court, immer nur verschiedengeschlechtliche Paare.

Diese Entscheidung einer gesellschaftlich so kontrovers diskutierten Rechtsfrage durch ein Gericht stellt weltweit zwar kein Unikum dar, wurde sonst aber nur extrem selten so gehandhabt.

Die Frage, welcher dieser Arbeit zugrunde gelegt wurde, also insbesondere ob die Entscheidungen verfassungskonform zustande gekommen, sowie plausibel und gut fundiert sind, muss nach der Auseinandersetzung mit den beiden Entscheidungen klar verneint werden. Während der Behandlung und Analyse der Argumente entstand immer mehr der Eindruck, dass die Mehrheit der Richter ihre Entscheidung bereits vor der Fallbearbeitung aufgrund ihrer Welteinstellung gefällt hatten und diese dann irgendwie plausibel juristisch untermauern mussten, was m.E. klar misslungen ist.

Dieser Schluss soll keinesfalls bedeuten, dass veränderte gesellschaftliche Ansichten und Einstellungen bezüglich gleichgeschlechtlicher Partnerschaften nicht in Gesetzesänderungen münden sollten, welche diesen vermehrt rechtliche Anerkennung verschaffen würden.

Dies ändert allerdings nichts an der Ausgangslage, dass diese beiden Entscheidungen nicht von ungewählten (!) Richtern gefällt werden hätten dürfen, sondern viel mehr im Wege einer gesetzgeberischen Entscheidung ergehen hätten müssen.

X. Literaturverzeichnis

Alma Harry H., Ein Vorschlag zur Eherechtsreform: Ein Entwurf zu einem Gesetz, betreffend die Abänderung der Bestimmungen über das Eherecht und dessen Begründung, Verlag von Julius Springer, 1930.

Al-Sharfi Mohammad/Pfeffer Karen/Miller Kirsty A., The Effects of Polygamy on Children and Adolescents: a Systematic Review (2016) in *Journal of Family Studies* 22:3, 272.

Anderson Ryan T., Marriage and the Constitution: What the Court Said and Why It Got It Wrong (2015) in *The Public Discourse* (<http://www.thepublicdiscourse.com/2015/07/15247/>).

Apathy Peter/Klingenberg Georg/Pennitz Martin, Einführung in das römische Recht, 6. Auflage, Böhlau Wien, 2016.

Berger Levinson Rosalie, Reining in Abuses of Executive Power Through Substantive Due Process (2008) in *60 Florida Law Review* (3), 519.

Berka, Die Grundrechte: Grundfreiheiten und Menschenrechte in Österreich, Springer, Wien, 1999.

Beye Amberly N., The More, the Marry-er? The Future of Polygamous Marriage in the Wake of *Obergefell v. Hodges* (2017) in *Law School Student Scholarship*, 856.

Bierlein Brigitte, Separation of Powers and Independence of Constitutional Courts and Equivalent Bodies, 2nd Congress Of the World Conference on Constitutional Justice, Verfassungsgerichtshof Österreich, 2011.

Brauneder Wilhelm, Studien II: Entwicklung des Privatrechts, Internationaler Verlag der Wissenschaften, 1994.

Case Mary Anne, Marriage Licenses (2005) in *89 Minnesota Law Review* 1758.

Caulfield Sueanne, The Recent Supreme Court Ruling on Same-Sex Unions in Brazil: A Historical Perspective (2011) in *II Journal*, University of Michigan, 7.

Cornides Jakob, Alles gleich? Gesetzesinitiative zur Schaffung eines "Zivilpakts" und einer "Eingetragenen Partnerschaft" (2008) *JB1* 130, 285.

Cicia Anthony C., A Wolf in Sheep's Clothing?: A Critical Analysis of Justice Harlan's Substantive Due Process Formulation (1996) in *64 Fordham Law Review* 2241.

Deixler-Hübner Astrid, Die Regelung gleich- und verschiedengeschlechtlicher Lebenspartnerschaften: Unterschiede im europäischen Rechtsvergleich, *iFamZ* 2008, 199.

Deixler-Hübner Astrid, Ehe für alle?!, *Zak* 2018/11, 13.

Dienhart Marie Louise, Case Summary: Obergefell v. Hodges (2015) in 28 Regent University Law Review 163.

Eskridge William N., Equality Practice: Civil Unions and the Future of Gay Rights, Routledge, 2002.

Eyer Katie, Brown, Not Loving: Obergefell and the Unfinished Business of Formal Equality (2015) in 125 Yale Law Journal 1.

Fallon Richard H., Some Confusions about Due Process, Judicial Review, and Constitutional Remedies (1993) in 93 Columbia Law Review 309

Floßmann/Kalb/Neuwirth, Österreichische Privatrechtsgeschichte, 7. Auflage, Verlag Österreich, 2014.

Galloway Russel W., Basic Equal Protection Analysis (1989) in 29 Santa Clara Law Review 121.

Gates/Brown, Marriage and Same-sex Couples after Obergefell (2015) The Williams Institute, UCLA School of Law.

Gerstmann Evan, Same-Sex Marriage and the Constitution, 3. Auflage, Cambridge University Press, 2017.

Ginsburg Ruth, The Role of Dissenting Opinions (2010) in 95 Minnesota Law Review 1.

Gitschthaler Edwin, Ehe und eingetragene Partnerschaft für alle!, EF-Z 2018/1.

Gitschthaler Edwin, Ehe für alle? Ein Alternativvorschlag!, EF-Z 2018/27.

Gitschthaler/Höllwerth (Hrsg.), Kommentar zum Ehe- und Partnerschaftsrecht: EheG und EPG samt ehe- und partnerschaftsrechtlichen Bestimmungen des ABGB und den einschlägigen Bestimmungen des MRG, des WEG, der JN, der ZPO, des AußStrG, der EO (einschließlich Gewaltschutz) und des Sozialversicherungssowie des Pensionsrechts, Verlag Österreich, 2011.

Grabenwarter Christoph/Pabel Katharina, Europäische Menschenrechtskonvention, 6. Auflage, C.H. Beck, Helbing & Lichtenhahn, Manz, 2016.

Graupner Helmut, „Auf die grundsätzliche Möglichkeit der Elternschaft ausgerichtet“: Über die Verfassungswidrigkeit des Eheverbots für gleichgeschlechtliche Paare, EF-Z 2017/4.

Greendorfer, After Obergefell: Dignity For The Second Amendment (2015) 35 Mississippi College Law Review 1.

Gröger/Haller/Traar, EPG - Eingetragene Partnerschaft-Gesetz: Textausgabe mit Erläuterungen und Anmerkungen., Manz, 2010.

- Hattenhauer Hans*, Europäische Rechtsgeschichte, C.F. Müller, 1992.
- Hausmaninger Herbert/Selb Walter*, Römisches Privatrecht, 9. Auflage, Böhlau Wien, 2001.
- Hawkins Brian*, The Glucksberg Renaissance: Substantive Due Process since Lawrence v. Texas (2006) in 105 Michigan Law Review 409.
- Hayward John O*, Plural Marriage: When One Spouse is Not Enough (2017) in Journal of Constitutional Law 19, Article 3.
- Höllwerth Johann*, Ehe für alle, EF-Z 2018/31, 69.
- Hunter Nan D.*, Interpreting Liberty and Equality Through the Lens of Marriage (2015) in 6 California Law Review Circuit 107.
- Isaacson Scott E.*, Obergefell v Hodges: The US Supreme Court Decides the Marriage Question (2015) in Oxford Journal of Law and Religion 4 (3), 530.
- Jaeger-Fine Toni*, Marriage Equality in the United States: a Look at Obergefell and Beyond (2016) in Revista de Investigações Constitucionais Vol 3 (1).
- Karpenstein/Mayer*, EMRK Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, 2. Auflage, C.H.Beck 2015.
- Kerschner Ferdinand*, Verfassungswidrigkeit der Unterscheidung zwischen Ehe und eingetragener Partnerschaft, JBl 2018/28, 2018, 28.
- Khakzadeh-Leiler Lamiss*, Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare Verfassungsrechtliche Überlegungen zu VfGH 4. 12. 2017, G 258/2017, EF-Z 2018/28, 2018, 52.
- Kindregan Charles P. Jr.*, Same-Sex Marriage: The Cultural Wars and the Lessons of Legal History (2004) in 38 Family Law Quarterly 427.
- Kindregan Charles P. Jr.*, The Evolution of Same-Sex Marriage (2010) in Family Advocate 32:8 Suffolk University Law School Research Paper, 10.
- Kneihls/Lienbacher* (Hrsg.), Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht, Verlag Österreich, 2018.
- Korinek Karl*, Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit, Forschungen aus Staat und Recht, Springer, 2000.
- Korinek Karl/Holoubek Michael et al.* (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht Band II - Kommentar zu den Grundrechten - 1. Halbband: EMRK, ZPEMRK, GRC, Verlag Österreich/C.F. Müller 2016.

Lachmayer Konrad, The Austrian Constitutional Court in A. Jakab, A. Dyevre, & G. Itzcovich (Hrsg.), Comparative Constitutional Reasoning (pp. 75-114) Cambridge University Press, 2017.

Lamparello Adam, Justice Kennedy's Decision in Obergefell: A Sad Day for the United States Supreme Court (2015) in *Houston Law Review Off the Record*, Forthcoming.

Lamparello Adam, Obergefell v. Hodges - How the Supreme Court Should have Decided the Case (2015) in *7 ConLawNow* 27.

Landau Joseph, Roberts, Kennedy, and the Subtle Differences that matter in Obergefell (2015) in *84 Fordham Law Review* 33.

Larenz Karl/Canaris Claus-Wilhelm, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Auflage, Springer, 1999.

Lash Kurt T., The Fourteenth Amendment. In *The Fourteenth Amendment and the Privileges and Immunities of American Citizenship*, Cambridge University Press 2016.

Leib Ethan J., Hail Marriage and Farewell (2015) in *84 Fordham Law Review* 41.

Lemos Margaret, Interpretive Methodology and Delegations to Courts: Are 'Common-Law Statutes' Different?, in *Intellectual Property and the Common Law*, Shyam Baganesh (Hrsg.), Cambridge University Press, Forthcoming 2013.

Loveland Ian, Liberty, Equality and the Right to Marry under the Fourteenth Amendment (2017) in *British Journal of American Legal Studies* Vol 6 (2), 241.

Mayer Heinz/Muzak Gerhard, B-VG Bundes-Verfassungsrecht, 5. Auflage, Manz Wien, 2015.

Meyer-Ladewig Jens/Nettesheim Martin/von Raumer Stefan (Hrsg.), EMRK Europäische Menschenrechtskonvention: Handkommentar, 4. Auflage, Helbing Lichtenhahn, 2017.

McQueen Allison N., Michigan's Religious Exemption for Faith-Based Adoption Agencies: State-Sanctioned Discrimination or Guardian of Religious Liberty? (2018) in *93 Notre Dame Law Review* 895.

Michel Adalbert Theodor, Beiträge zur Geschichte des österreichischen Eherechtes 1 Maria Theresia - Franz I. (1740 - 1835), Leuschner & Lubensky, 1870.

Neschwara Christian, Kelsen als Verfassungsrichter: Seine Rolle in der Dispensehen-Kontroverse in St. Paulson/M. Stolleis (Hrsg) Hans Kelsen - Staatsrechtler und Philosoph (2005).

Neuhaus Paul Heinrich, Ehe und Kindschaft in rechtsvergleichender Sicht, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) 1979.

- Neumayr, K./Neumayr, M.*, PACS und „Ehe light“ - Modelle für Österreich? Gesetzliche Regelung „ehenaher“ Lebensgemeinschaften, iFamZ 4/2012, 198.
- Olechowsk Thomas*, Einführung in die historischen Grundlagen des Rechts, 4. Auflage, Facultas, 2016.
- Österreich Konvent*, Gemeinsamer Entwurf des Ausschussvorsitzenden und der Ausschussbetreuung für die Einführung einer „Dissenting opinion“ beim Verfassungsgerichtshof, 2004.
- Parlamentarische Enquete*, Einführung des Minderheitsvotums am Verfassungsgerichtshof, 4/VER, 1998.
- Perry Rodney R.*, Obergefell v. Hodges: Same-Sex Marriage Legalized, Congressional Research Service 2015.
- Pull Joseph A.*, Questioning the Fundamental Right to Marry (2006) in Yale Law School Student Scholarship Papers 26.
- Schima Stefan*, Das Eherecht des ABGB 1811, BRGÖ 2012/1, 13.
- Schoditsch Thomas*, Gerichte als neue Gesetzgeber im Familienrecht? Anmerkung zu VfGH 4.12.2017, G258/2017 ua, ÖJZ 2018/47, 381.
- Schweber Howard /Brookhart Jennifer L.*, The Supreme Court of the United States in A. Jakab, A. Dyevre, & G. Itzcovich (Hrsg.), Comparative Constitutional Reasoning (pp. 723-760), Cambridge University Press, 2017.
- Schwiamm Michael/Kodek Georg E.* (Hrsg.), ABGB Praxiskommentar - Band 2, 4. Auflage, Lexis Nexis, 2012.
- Seidman Louis Michael*, The Triumph of Gay Marriage and the Failure of Constitutional Law (2015) in Georgetown Law Faculty Publications and Other Works, 1499.
- Staszewski Glen*, Obergefell and Democracy (2016) in 97 Boston University Law Review 31.
- Stein Edward D.*, Plural Marriage, Group Marriage and Immutability in Obergefell v. Hodges and Beyond (2016) in 84 UMKC Law Review 872.
- Strauss David A.*, Common Law Constitutional Interpretation (1996) in 63 The University of Chicago Law Review 877.
- Tribe Laurence H.*, Equal Dignity: Speaking its name (2015) in 129 Harvard Law Review Forum 16.
- Walen Alec*, The Use and Abuse of Definitions in Constitutional Law (2015) in ICL Journal 9 (4), 581.

Walton Ernie S., Conservatives Should Attack Obergefell's Interpretive Method, Not Its Hijacking of the Democratic Process (2015)
(https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2667223).

Weber Travis, Critical Analysis of Obergefell v. Hodges, Family Research Council, 2015.

Wesel Uwe, Geschichte des Rechts in Europa: Von den Griechen bis zum Vertrag von Lissabon, C.H.Beck, 2010.

Wilhelm Georg, VfGH-Prüfungsbeschluss (FN1) - gleichgeschlechtliche Ehe statt Partnerschaft?, *ecolex* 2017, 1037.

Wilson Robin Fretwell, „Getting the Government out of Marriage“ Post Obergefell: The Ill-Considered Consequences of Transforming the State's Relationship to Marriage (2016) 2016 *University of Illinois Law Review* 1445.

Yoshino Kenji, The new Equal Protection (2011) in 124 *Harvard Law Review* 747.

Yoshino Kenji, A new Birth of Freedom?: Obergefell v. Hodges (2015) in 129 *Harvard Law Review* 147.

XI. Internetquellenverzeichnis

Ablow, When it comes to marriage, government should divorce itself, 27.03.2013 (<http://www.foxnews.com/opinion/2013/03/27/when-it-comes-to-marriage-government-should-divorce-itself.html>).

AFP and The Tico Times, Inter-American Court endorses same-sex marriage; Costa Rica reacts, The Tico Times Costa Rica, 10.01.2018 (<http://www.ticotimes.net/2018/01/10/costa-rica-reacts-inter-american-court-ruling-on-same-sex-marriage>).

Ammann, 2yrs later, 7co. still not issuing same-sex marriage licenses, 29.06.2017 (<http://altoday.com/archives/17555-two-years-later-7-alabama-counties-still-not-issuing-marriage-licences-sex-couples>).

Anderson, Marriage and the Constitution: What the Court Said and Why It Got It Wrong, 01.07.2015 (<http://www.thepublicdiscourse.com/2015/07/15247/>).

Brickner, Ehe für alle in Zeiten des Rechtsrucks: Ein österreichisches Paradox, Der Standard 05.12.2017 (<https://derstandard.at/2000069361452/Ehe-fuer-alle-in-Zeiten-des-Rechtsrucks-Ein-oesterreichisches-Paradox>).

Barnes, A Supreme Court mystery: Has Roberts embraced same-sex marriage ruling?, Washington Post, 16.07.2017 (https://www.washingtonpost.com/politics/courts_law/a-supreme-court-mystery-has-roberts-embraced-same-sex-marriage-ruling/2017/07/16/33cd522a-68d1-11e7-8eb5-cbccc2e7bfbf_story.html?noredirect=on&utm_term=.5d33fa52a9f5).

Baude, Is Polygamy Next?, The New York Times 21.07.2015 (<https://www.nytimes.com/2015/07/21/opinion/is-polygamy-next.html>).

Brocchetto, Brazilian judicial council orders Notaries to recognize same-sex marriage, 15.05.2013 (<https://www.cnn.com/2013/05/15/world/americas/brazil-same-sex-marriage/index.html>).

Brodzinsky, Colombia's highest court paves way for marriage equality in surprise ruling, The Guardian, 07.04.2016 (<https://www.theguardian.com/world/2016/apr/07/colombia-court-gay-marriage-ruling>).

Cason, Bill to abolish marriage licenses dies in Alabama House, 15.09.2015 (http://www.al.com/news/index.ssf/2015/09/bill_to_abolish_marriage_licen.html).

Cassens Weiss, Suit claims Tennessee's new „natural meaning“ law could deny rights to same-sex couples, 10.05.2017 (http://www.abajournal.com/news/article/suit_claims_states_new_natural_meaning_law_could_deny_rights_to_same_sex_co/).

Cole/Hunter, Nan D./Rothstein, Georgetown Law Faculty on Recent Supreme Court Opinions, 25.06.2015 (<http://www.law.georgetown.edu/news/web-stories/georgetown-law-profs-speak-recent-sotus-decisions.cfm>).

Corrales, Brazil's Recognition of Same-Sex Unions, 16.05.2011 (<http://www.americasquarterly.org/node/2528>).

Cowan, Some Same-Sex Couples Are Rushing to Say Their Vows. Just in Case..., The New York Times, 09.12.2016 (<https://www.nytimes.com/2016/12/09/fashion/weddings/same-sex-marriage-gay-couples-donald-trump.html>).

Hochmuth, Verfassungsgerichtshof: Kein Sondervotum für Richter, Die Presse, 01.08.2016 (https://diepresse.com/home/politik/innenpolitik/5061356/Verfassungsgerichtshof_Kein-Sondervotum-fuer-Richter).

DW, Colombia legalizes same-sex marriage, 28.04.2016 (<http://www.dw.com/en/colombia-legalizes-same-sex-marriage/a-19223822>).

Ehs, Richterbestellung als Parteipolitik, 02.02.2018 (https://www.wienerzeitung.at/themen_channel/recht/recht/944652_Richterbestellung-als-Parteipolitik.html).

Fiedorek, The Supreme Court's gay-marriage ruling is a huge blow to democracy, Washington Post, 29.06.2015 (https://www.washingtonpost.com/opinions/the-supreme-courts-blow-to-democracy/2015/06/29/9331faa6-1e7b-11e5-aeb9-a411a84c9d55_story.html?utm_term=.2bf4e46bb363).

France-Presse, Colombia legalises gay marriage, The Telegraph, 29.04.2016 (<https://www.telegraph.co.uk/news/2016/04/29/colombia-legalises-gay-marriage/>).

Franklin D. Roosevelt: "Address at Marietta, Ohio.," July 8, 1938. Online by Gerhard Peters and John T. Woolley, *The American Presidency Project*. (<http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=15672>).

Government of Bermuda, Governor signs Domestic Partnership Act, 07.02.2018 (<https://www.gov.bm/articles/governor-signs-domestic-partnership-act>).

Green, How Will the U.S. Supreme Court's Same-Sex-Marriage Decision Affect Religious Liberty?, The Atlantic, 26.06.2015 (<https://www.theatlantic.com/politics/archive/2015/06/how-will-the-us-supreme-courts-same-sex-marriage-decision-affect-religious-liberty/396986/>).

Guardian staff and agencies, Bermuda becomes first jurisdiction in the world to repeal same-sex marriage, 08.02.2018 (<https://www.theguardian.com/world/2018/feb/08/bermuda-repeal-same-sex-marriage>).

Gutierrez, Costa Rica/OAS: Inter-American Court of Human Rights Declares Right to Marry Should Be Extended to Same-Sex Couples, 09.02.2018 (<http://www.loc.gov/law/foreign-news/article/costa-rica-oas-inter-american-court-of-human-rights-declares-right-to-marry-should-be-extended-to-same-sex-couples/>).

Holbrook, Will Chief Justice Roberts save same-sex marriage?, CNN, 28.5.2017 (<https://www.cnn.com/2017/06/28/opinions/roberts-same-sex-marriage-opinion-holbrook/index.html>).

International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association: Carroll, A. and Mendos, L.R., *State-Sponsored Homophobia 2017: A world survey of sexual orientation laws: criminalisation, protection and recognition*, 2017 (https://ilga.org/downloads/2017/ILGA_State_Sponsored_Homophobia_2017_WEB.pdf) (3.7.2018).

Jones, Tennessee governor signs „natural and ordinary meaning“ bill, 07.05.2017 (<http://www.jurist.org/paperchase/2017/05/tennessee-governor-signs-natural-meaning-bills.php>).

Killough, Sen. Mike Lee reintroduces religious freedom bill, CNN, 09.03.2018 (<https://www.cnn.com/2018/03/09/politics/first-amendment-defense-act/index.html>).

Kornet, TN legislator wants state to stop issuing all marriage licenses, 30.12.2015 (<http://www.foxcarolina.com/story/30850413/tn-legislator-wants-state-to-stop-issuing-all-marriage-licenses>).

Langer, Ein Richter des Obersten Gerichts der USA tritt zurück – das ist die Chance für Trump, Neue Zürcher Zeitung, 28.06.2018 (<https://www.nzz.ch/international/ruecktritt-an-amerikas-oberstem-gericht-ld.1398836>).

Leininger/Smith, Does Legal Same-Sex Marriage Presage Polygamy?, The New York Times, 23.07.2015 (<https://www.nytimes.com/2015/07/23/opinion/does-legal-same-sex-marriage-presage-polygamy.html>).

Lowary, Senate passes „natural, ordinary meaning“ bill slammed by LGBT groups as discriminatory, 27.04.2017 (<https://www.tennessean.com/story/news/politics/2017/04/27/senate-passes-natural-ordinary-meaning-bill-slammed-lgbt-groups-discriminatory/100976184/>).

Marti, Durchbruch für die Homo-Ehe in Lateinamerika, Neue Zürcher Zeitung, 12.01.2018 (<https://www.nzz.ch/international/durchbruch-fuer-die-homo-ehe-in-lateinamerika-ld.1346482>).

Masci/Sciupac/Lipka, Gay Marriage Around the World, 08.08.2017 (<http://www.pewforum.org/2017/08/08/gay-marriage-around-the-world-2013/>).

McCarthy, Same-Sex Marriage Support Reaches New High at 55%, (<http://news.gallup.com/poll/169640/sex-marriage-%20support-reaches-new-high.aspx>).

Merckens, Ehe für alle - oder: Ein Triumph der Verwirrung, Die Presse, 15.12.2017 (https://diepresse.com/home/meinung/gastkommentar/5339380/Gastkommentar_Ehe-fuer-alle-oder_Ein-Triumph-der-Verwirrung).

National Conference of State Legislatures, Same-Sex Marriage Laws, 26.06.2015 (<http://www.ncsl.org/research/human-services/same-sex-marriage-laws.aspx>).

Neubauer, Wo die Homo-Ehe erlaubt ist, Die Presse 05.12.2017 (<https://diepresse.com/home/innenpolitik/5333716/Wo-die-HomoEhe-erlaubt-ist>).

Newport, Americans Continue to Shift Left on Key Moral Issues, (<http://news.gallup.com/poll/183413/americans-continue-shift-left-key-moral-issues.aspx>).

n-tv, Kentucky traut erstmals homosexuelles Paar, 05.09.2015 (<https://www.n-tv.de/politik/Kentucky-traut-erstmal-homosexuelles-Paar-article15871006.html>).

Olechowski, Eherecht von Unterschrift Adolf Hitlers bereinigen, Die Presse, 15.01.2018 (<https://diepresse.com/home/recht/rechtallgemein/5353567/Eherecht-von-Unterschrift-Adolf-Hitlers-bereinigen>).

Orleans, Gay marriage faces southern rebellion as couples hit state bureaucracy's wall, The Guardian, 27.06.2015 (<https://www.theguardian.com/us-news/2015/jun/27/gay-marriage-southern-backlash-supreme-court-ruling>).

Oe24, Klare Mehrheit für Homo-Ehe, 09.07.2017 (<http://www.oe24.at/oesterreich/politik/Klare-Mehrheit-fuer-Homo-Ehe/290529506>).

Paul, Rand Paul: Government Should Get Out of the Marriage Business Altogether, Time, 29.06.2015 (<http://time.com/3939374/rand-paul-gay-marriage-supreme-court/>).

Pretel, Latin American human rights court urges same-sex marriage legalization, Reuters, 10.01.2018 (<https://www.reuters.com/article/us-latinamerica-lgbt/latin-american-human-rights-court-urges-same-sex-marriage-legalization-idUSKBN1EZ020>).

Romero, Brazilian Court Council Removes a Barrier to Same-Sex Marriage, The New York Times, 14.05.2013 (<https://www.nytimes.com/2013/05/15/world/americas/brazilian-court-council-removes-a-barrier-to-same-sex-marriage.html>).

Ruppe, Kritik an VfGH: Veto gegen Homoehelike weiter möglich, Die Presse, 19.03.2018 (https://diepresse.com/home/recht/rechtallgemein/5391123/Kritik-an-VfGH_Veto-gegen-Homoehelike-weiter-moeglich).

Saletan, The Case Against Polygamy, Slate, 29.06.2015 (http://www.slate.com/articles/news_and_politics/politics/2015/06/is_polygamy_next_after_gay_marriage_chief_justice_roberts_obergefell_dissent.html).

Seitz-Wald, NBC News poll: The South, once a conservative bastion, is changing, 12.04.2018 (<https://www.nbcnews.com/politics/elections/nbc-news-poll-south-once-conservative-bastion-changing-n864441>).

Somin, The Volokh Conspiracy: A great decision on same-sex marriage – but based on dubious reasoning, 26.06.2015 (https://www.washingtonpost.com/news/volokh-conspiracy/wp/2015/06/26/a-great-decision-on-same-sex-marriage-but-based-on-dubious-reasoning/?utm_term=.c2f25fe6d22d).

Specia, Bermuda Outlaws Gay Marriage, Less Than a Year After It Became Legal - The New York Times, 08.02.2018 (https://www.nytimes.com/2018/02/08/world/americas/bermuda-gay-marriage.html?rref=collection%2Ftimestopic%2FSame-Sex%20Marriage%2C%20Civil%20Unions%2C%20and%20Domestic%20Partnerships&action=click&contentCollection=timestopics®ion=stream&module=stream_unit&version=latest&contentPlacement=4&pgtype=collection).

Stern, Marriage Equality May Soon Be in Peril: How the Supreme Court could overturn Obergefell v Hodges., Slate, 05.07.2017 (http://www.slate.com/articles/news_and_politics/jurisprudence/2017/07/how_the_supreme_court_could_overturn_obergefell_v_hodges.html).

Strangeways, Lawsuit launched over same-sex marriage, 16.02.2018 (<http://www.royalgazette.com/same-sex-marriage/article/20180216/lawsuit-launched-over-same-sex-marriage>).

Strangeways/Johnston-Barnes, Same-Sex Marriage: Court rules in favour of same-sex marriage, 07.06.2018 (<http://www.royalgazette.com/same-sex-marriage/article/20180606/court-rules-in-favour-of-same-sex-marriage>).

Supremo Tribunal Federal, Organization of the Brazilian Judicial Power (http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfAgenda_pt_br/anexo/Discurso_presidente_na_China1.pdf).

Turkel, Marriage Equality in the Trump Era: Looking Post-Obergefell, Looking Past-Obergefell, 28.05.2018 (<https://bpr.berkeley.edu/2018/05/28/marriage-equality-in-the-trump-era-looking-post-obergefell-looking-past-obergefell/>).

Wang, Lawmaker proposes an end to Indiana marriage licenses, 07.01.2016 (<https://www.indystar.com/story/news/politics/2016/01/07/lawmaker-get-government-out-marriage/78364598/>).

Wetzstein, Oklahoma bill abolishes state marriage licenses: Couples would need clergy or notary to process new certificates, 11.03.2015 (<https://washingtontimes.com/news/2015/mar/11/oklahoma-bill-abolishes-state-marriage-licenses/>).

Wu, Taiwan court rules in favor of same-sex marriage, first in Asia, Reuters, 24.05.2017 (<https://www.reuters.com/article/us-taiwan-lgbt-marriage/taiwan-court-rules-in-favor-of-same-sex-marriage-first-in-asia-idUSKBN18K0UN>).

http://www.welt-geschichte.de/html/die_germanen.html.

XII. Judikaturverzeichnis

EGMR

- EGMR 23.11.1983 *van der Musselle gegen Belgien*, Nr 8919/80.
EGMR 27.03.1998, *Petrovic gegen Österreich*, Nr 20458/92.
EGMR 27.09.1990, *Cossey gegen Vereinigtes Königreich*, Nr 10843/84.
EGMR 10.05.2001, *Estevez gegen Spanien*, Nr 56501/00.
EGMR 24.07.2003, *Karner gegen Österreich*, Nr 40016/98.
EGMR 28.11.2006, *Parry gegen Vereinigtes Königreich*, Nr 42971/05.
EGMR 03.12.2009, *Zaunegger gegen Deutschland*, Nr 22028/04.
EGMR 24.06.2010, *Schalk u Kopf gegen Österreich*, Nr 30141/04.
EGMR 13.07.2010, *Clift gegen Vereinigtes Königreich*, Nr 7205/07.
EGMR 22.07.2010 *P.B. et al, gegen Österreich*, Nr 18984/02.
EGMR 19.03.2013, *X et al. gegen Österreich*, Nr 19942/2014.
EGMR 07.11.2013, *Valliantos ua gegen Griechenland*, Nr 29381/09 (GK).
EGMR 21.07.2015, *Oliari et al. gegen Italien*, Nr 18766/11; 36030/11.
EGMR 26.10.2017, *Ratzenböck u Seydl gegen Österreich*, Nr 28475/12.
EGMR 14.12.2017, *Orlandi et al. gegen Italien*, Nr 26431/12, 26742/12, 44057/12, 60088/12.

VfGH

- VfSlg 13.327/1993.
VfSlg 15.319/1998.
VfSlg 16.407/2001.
VfSlg 16.764/2002.
VfSlg 17.394/2004.
VfSlg 19492/2011.
VfGH 3. 3.2012, B518/11.
VfSlg 19682/2012.
VfSlg 19824/2013.
VfSlg 19758/2013.
VfSlg 19942/2014.
VfSlg 20.073/2016.
VfGH 04.12.2017, G258/2017.

US Supreme Court

Meyer v. Nebraska, 262 U. S. 390 (1923).
Skinner v. Oklahoma ex rel. Williamson, 316 U. S. 535 (1942).
Poe v. Ullman, 367 U.S. 497 (1961).
Loving v. Virginia, 388 U.S. 1 (1967).
Baker v. Nelson, 409 U. S. 810 (1972).
Cleveland Bd. of Ed. v. LaFleur, 414 U. S. 632 (1974).
Zablocki v. Redhail, 434 U.S. 374 (1978).
Ford v. Wainwright, 477 U.S. 399 (1983).
Bowers v. Hardwick, 478 U.S. 186 (1986).
Turner v. Safley, 482 U.S. 78 (1987).
Romer v. Evans, 517 U.S. 620 (1996).
M. L. B. v. S. L. J., 519 U. S. 102 (1996).
Atkins v. Virginia, 536 U.S. 304 (2002).
Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558 (2003).
United States v. Windsor, 570 U.S. ____ (2013).
Obergefell v. Hodges, 576 U.S. ____ (2015).
Pavan v. Smith 582 U.S. ____ (2017).
Masterpiece Cakeshop, Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission 584 U.S. ____ (2018).

Sonstige

Adoption of Tammy, 619 N.E.2d 315 at 320 (Mass. 1993).
Baehr v. Lewin, 74 Haw. 530, 852 P. 2d 44 (Haw. 1993).
Baehr v. Miike, 994 P.2d 566 (Haw. 1999).
Goodridge v. Department of Public Health, 440 Mass. 309, 798 N.E. 2d 941 (Mass. 2003).
Pidgeon v. Turner No. 15-0688 (Tex. 2017).
Goodwin and others v. The Registrar General and others, Civ, 2016 No. 259 (Bermuda Supreme Court).