

Dr. Helmut Graupner

Rechtsanwalt, Verteidiger in Strafsachen

auch zugelassen in der Tschechischen Republik

Stellungnahme

für die öffentliche Anhörung des
Rechtsausschusses des Bundestages am 18.06.2008

zur Lebenspartnerschaft
(BT-Drs. 16/497, 16/3423, 16/5184, 16/8875)

(16.06.2008)

I. Sexuelle Orientierung & Menschenrecht

A. Europa

Gleichgeschlechtlich l(i)ebende Menschen sind, wie es die Parlamentarische Versammlung des Europarates formulierte, Opfer jahrhundertalter Vorurteile.¹ Die Aufhebung sämtlicher diskriminierender Bestimmungen ist eine Voraussetzung für die Aufnahme neuer Mitglieder in den Europarat² sowie in die Europäische Union³, und die Parlamentarische Versammlung des Europarates hat Diskriminierung auf Grund sexueller Orientierung wiederholt als „besonders abscheulich“ und als „eine der abscheulichsten Formen von Diskriminierung“ verurteilt.⁴

Nach der heute ständigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte ist die sexuelle Selbstbestimmung ein zentrales Schutzgut der Europäischen Menschenrechtskonvention⁵ und Diskriminierung auf Grund sexueller Orientierung inakzeptabel.⁶

Der Gerichtshof erachtet solche Diskriminierung als ebenso schwerwiegend wie Diskriminierung auf Grund des Geschlechts, der Religion, der Rasse, Hautfarbe oder der

¹ Parlamentarische Versammlung des Europarates, *Empfehlung 924 (1981)* (par. 3)

² *Parliamentary Assembly of the Council of Europe*: Written Declaration No. 227, Febr. 1993; Halonen-Resolution (Order 488 [1993]); Opinion No. 176 (1993); Opinion 221 (2000); <http://assembly.coe.int>

² Opinion 216 (2000); Rec. 1474 (2000) (par. 7)

³ *European Parliament*: Urgency Resolution on the Rights of Lesbians and Gays in the European Union (B4-0824, 0852/98; par. J), 17.09.1998; Resolution on the Respect of Human Rights within the European Union in 1997 ((A4-0468/98; par. 10), 17.12.1998; Resolution on the Respect of Human Rights within the European Union in 1998/99 (A5-0050/00; par. 76, 77), 16.03.2000; http://www.europarl.eu.int/plenary/default_en.htm

⁴ Opinion 216 (2000); Rec. 1474 (2000) (par. 7) ; Im September 2001 hat das *Ministerkomitee des Europarates* der Versammlung versichert “that it will continue to follow the issue of discrimination based on sexual orientation with close attention” (Doc 9217, 21.09.2001).

⁵ *L. & V. v. Austria* (39392/98, 39829/98), judg. 09.01.2003, par. 36 (« most intimate aspect of private life »); *S.L. v. Austria* (45330/99), judg. 09.01.2003, par. 29 (« most intimate aspect of private life »); *Woditschka & Wilfling vs. Austria* (69756/01, 6306/02), judg. 21.10.2004, par. 29f; *Ladner vs. Austria* (18297/03), judg. 03.02.2005, par. 24f; *Dudgeon vs. UK* (7525/76), judg. 22.10.1981, par. 41, 52; *Norris vs. Ireland* (10581/83), judg. 26.10.1988 (par. 35ff); *Modinos vs. Cyprus* (15070/89), judg. 22.04.1993 (par. 17ff); *Laskey, Brown & Jaggard sv. UK* (21627/93; 21826/93; 21974/93) 19.02.1997, par. 36; *Lustig-Prean & Beckett vs. UK* (31417/96; 32377/96) (par. 82), 27.09. 1999; *Smith & Grady vs. UK* (33985/96; 33986/96), judg. 27.09.1999 (par. 90); *A.D.T. vs. UK* (35765/97), judg. 31.07.2000 (par. 21ff); *Fretté vs. France* (36515/97), judg. 26.02.2002 (par. 32); European Commission of Human Rights: *Sutherland vs. UK 1997* (25185/94), dec. 01.07.1997 (par. 57: “most intimate aspect of effected individuals ‘private life’”, also par. 36: “private life (which includes his sexual life)”

⁶ *Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal* (33290/96), judg. 21.12.1999 (par. 36); *E.B. vs. France*, judg. 22.01.2008

ethnischen Herkunft⁷ und verlangt für die Rechtfertigung von Differenzierungen auf Grund der sexuellen Orientierung dementsprechend besonders schwerwiegende Gründe.⁸

Unterschiedliche Regelungen für gleichgeschlechtliche Lebenssachverhalte einerseits und verschiedengeschlechtliche andererseits müssen für die Erfüllung eines legitimen Zieles notwendig sein, bloße Plausibilität, Vernünftigkeit, Sachlichkeit oder die bloße Eignung das Ziel zu erreichen, genügen nicht. Unterscheidungen sind, wie bei Geschlecht, der Religion, der Rasse, Hautfarbe und ethnischer Herkunft nur zulässig, wenn diese Unterscheidungen wirklich notwendig („necessary“) sind, insb. wenn es um ungleiche Behandlung homo- und heterosexueller Lebensgemeinschaften geht.⁹

Vorurteile einer heterosexuellen Mehrheit gegenüber einer homosexuellen Minderheiten können, wie der Gerichtshof wiederholt festgestellt hat, ebensowenig eine ausreichende Begründung für Eingriffe in die Rechte homo- und bisexueller Menschen bieten, wie ähnlich negative Einstellungen gegenüber Menschen anderer Rasse, Herkunft oder Hautfarbe.¹⁰

In diesem Sinne hat der Gerichtshof nicht nur Totalverbote homosexueller Kontakte für menschenrechtswidrig erklärt¹¹ sondern auch strafrechtliche Verbote von homosexuellem Mehrverkehr¹² sowie Sonderaltersgrenzen für gleichgeschlechtliche Beziehungen.¹³ Einem 17jährigen Jugendlichen erkannte er Schadenersatz dafür zu, dass er, der sich stets für ältere Partner interessierte, von seinem 14. bis zu seinem 18. Geburtstag von § 209 öStGB davon abgehalten worden ist, erfüllende intime Beziehungen einzugehen, die seiner

⁷ *Lustig-Prean & Beckett vs. UK* (31417/96; 32377/96), judg. 27.09.1999 (par. 90); *Smith & Grady vs. UK* (33985/96; 33986/96), judg. 27.09.1999 (par. 97); *Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal* (33290/96), judg. 21.12.1999 (par. 36); *L. & V. v. Austria* (39392/98, 39829/98), judg. 09.01.2003 (par. 45, 52); *S.L. v. Austria* (45330/99), judg. 09.01.2003 (par. 37, 44); *Woditschka & Wilfling vs. Austria* (69756/01, 6306/02), judg. 21.10.2004, par. 29f; *Ladner vs. Austria* (18297/03), judg. 03.02.2005, par. 24f; *Karner vs. Austria*, appl. 40016/98 (par. 37);

⁸ *L. & V. v. Austria* (39392/98, 39829/98), judg. 09.01.2003 (par. 45); *S.L. v. Austria* (45330/99), judg. 09.01.2003 (par. 37); *Woditschka & Wilfling vs. Austria* (69756/01, 6306/02), judg. 21.10.2004, par. 29f; *Ladner vs. Austria* (18297/03), judg. 03.02.2005, par. 24f; *E.B. vs. France*, judg. 22.01.2008

⁹ *Karner vs. Austria*, appl. 40016/98 (par. 41)

¹⁰ *Lustig-Prean & Beckett vs. UK* (31417/96; 32377/96), judg. 27.09.1999 (par. 90); *Smith & Grady vs. UK* (33985/96; 33986/96), judg. 27.09.1999 (par. 97); *L. & V. v. Austria* (39392/98, 39829/98), judg. 09.01.2003 (par. 52); *S.L. v. Austria* (45330/99), judg. 09.01.2003 (par. 44); *Woditschka & Wilfling vs. Austria* (69756/01, 6306/02), judg. 21.10.2004, par. 29f; *Ladner vs. Austria* (18297/03), judg. 03.02.2005, par. 24f;

¹¹ *Dudgeon vs. UK* (7525/76), judg. 22.10.1981; *Norris vs. Ireland* (10581/83), judg. 26.10.1988; *Modinos vs. Cyprus* (15070/89), judg. 22.04.1993;

¹² *A.D.T. vs. UK* (35765/97), judg. 31.07.2000

¹³ *L. & V. v. Austria* (39392/98, 39829/98), judg. 09.01.2003; *S.L. v. Austria* (45330/99), judg. 09.01.2003; *Woditschka & Wilfling vs. Austria* (69756/01, 6306/02), judg. 21.10.2004; *Ladner vs. Austria* (18297/03), judg. 03.02.2005; *Thomas Wolfmeyer vs. Austria* (5263/03), judg. 26.05.2005; *G.B. & H.G. vs. Austria* (11084/02 and 15306/02), judg. 02.06.2005; *R.H. vs. Austria* (7336/03), judg. 19.01.2006.

Neigung (zu erwachsenen Männern) entsprachen.¹⁴ Auch im Ausschluss homosexueller Frauen und Männer vom Dienst in den Streitkräften sah der Gerichtshof eine Verletzung der EMRK (Art. 8).¹⁵ Ebenso wie im Verbot von Gay-Pride-Paraden.¹⁶ Auch ein Verbot homosexueller Pornografie verletzt die Europäische Menschenrechtskonvention.¹⁷

Entscheidungen im *Kindschaftsrecht*, die (teilweise) auf der Homosexualität eines Elternteiles beruhen, qualifizierte der Gerichtshof als ungerechtfertigte Diskriminierung auf Grund sexueller Orientierung.¹⁸ Auch die Ungleichbehandlung von unverheirateten gleichgeschlechtlichen Paaren gegenüber unverheirateten verschiedengeschlechtlichen Paaren beim Eintrittsrecht in den Mietvertrag des verstorbenen Partners hat der Gerichtshof als ungerechtfertigt angesehen.¹⁹ Das von der österreichischen Regierung vorgetragene Argument, die Bevorzugung heterosexueller Paare diene dem Schutz der traditionellen Familie ließ der Gerichtshof nicht gelten.²⁰

Zuletzt erkannte der Gerichtshof die Nichtzulassung homosexueller Menschen zur Adoption von Kindern als Menschenrechtsverletzung.²¹

Im Vorjahr hat der EGMR überdies zwei Urteile gefällt, die auch für die Adoption durch gleichgeschlechtliche Paare richtungweisend sind. In *Emonet gg. Schweiz*²² erkannte er eine Verletzung des Art. 8 EMRK dadurch, dass nationale Bestimmungen - zur

¹⁴ *S.L. v. Austria* (45330/99), judg. 09.01.2003 (par. 49, 52);

¹⁵ *Lustig-Prean & Beckett vs. UK* (31417/96; 32377/96), judg. 27.09. 1999; *Smith & Grady vs. UK* (33985/96; 33986/96), judg. 27.09.1999.

¹⁶ *Bączkowski vs. PL*, judg. 03.05.2007

¹⁷ EKMR: *S vs Ch*, 14.01.1993

¹⁸ *Salgueiro da Silva Mouta vs. Portugal* (33290/96), judg. 21.12.1999. Fälle, die den gesetzlichen Ausschluß homosexueller Menschen von der Möglichkeit, Blut zu spenden, zum Gegenstand hatten, wurden von der Liste gestrichen, nachdem das entsprechende Gesetz geändert worden ist (*Tosto vs. Italy* (49821/99), dec. 15.10.2002; *Crescimone vs. Italy*, 49824/99, dec. 15.10.2002; *Faranda vs. Italy*, 51467/99, dec. 15.10.2002)

¹⁹ *Karner vs. Austria* (40016/98), judg. 24.07.2003. Da der Beschwerdeführer selbst nach Einbringung seiner Beschwerde verstorben ist, hatte der Gerichtshof zu entscheiden, ob er den Fall von der Liste streicht oder ob er die Prüfung des Falles fortsetzt; er hat die Prüfung fortgesetzt und dies damit begründet, dass die gegenständliche Frage eine „wichtige Frage von allgemeiner Bedeutung nicht nur für Österreich ist sondern auch für andere Mitgliedstaaten“ (par. 27). Der Fall *Karner* betrifft Ungleichbehandlungen von unverheirateten gleichgeschlechtlichen Paaren gegenüber unverheirateten verschiedengeschlechtlichen Paaren. In *Saucedo Gomez v. Spain* (Appl. 37784/97), dec. 26.01.1999, und in *Nylynd v. Finland* (Application No. 27110/95), dec. 29.06.1999, hat der Gerichtshof Ungleichbehandlung von verheirateten Paaren auf der einen Seite und unverheirateten (verschiedengeschlechtlichen) Paaren als innerhalb des Ermessensspielraums der Staaten gesehen. Über die Diskriminierung gleichgeschlechtlicher unverheirateter Paare (denen eine Eheschließung verboten ist) gegenüber verschiedengeschlechtlichen Ehepaaren hat der Gerichtshof noch nicht entschieden. Ein solcher Fall liegt ihm aktuell in *M.W. vs. UK (appl. 11313/02)* vor (Hinterbliebenenpension).

²⁰ *Karner vs. Austria* (40016/98), judg. 24.07.2003 (§ 41).

²¹ *E.B. vs. France*, judg. 22.01.2008

²² judg. 13.12.2007, appl. 39051/03

Vermeidung einer im Endeffekt gemeinschaftlichen Adoption durch unverheiratete Paare - bei einer Stiefkindadoption den Verlust der elterlichen Rechte des leiblichen Elternteils statuieren. In *Wagner et. al. gg. Luxemburg*²³ wiederum lag die Verletzung der Art. 8 und 14 EMRK in der Nichtanerkennung einer im Ausland (im konkreten Fall: in Peru) erfolgten Adoption eines Kindes durch eine alleinstehende Frau auf der Grundlage, dass das nationale Recht eine Adoption durch unverheiratete Einzelpersonen verbietet.

2002 schließlich hat der Gerichtshof ausgesprochen, daß der Wesensgehalt des *Rechts auf Eheschließung* verletzt wird, wenn einer post-operativen transsexuellen Person nicht die Eheschließung mit einem Angehörigen ihres früheren Geschlechts ermöglicht wird.²⁴ Der Gerichtshof hat damit das Recht anerkannt, eine Person des gleichen biologischen Geschlechts zu ehelichen. Hievon ist es kein allzu großer Schritt mehr, auch das Recht zu gewähren, eine Person zu heiraten, die nicht nur biologisch sondern auch genital und sozial vom gleichen Geschlecht ist, zumal die Begründung des Gerichtshof eins zu eins auch auf solche Ehen übertragbar ist.

So hat der Gerichtshof den bedeutenden sozialen Wandel der Institution Ehe seit der Unterzeichnung der Europäischen Menschenrechtskonvention ebenso betont wie die dramatischen Änderungen durch die Entwicklung von Medizin und Wissenschaft;²⁵ und er hat das Argument als künstlich zurückgewiesen, dass post-operative Transsexuelle nicht ihres Rechts auf eine Eheschließung beraubt worden seien, weil sie ja weiterhin eine Person ihres früheren Gegengeschlechts heiraten können. Der Gerichtshof verwies darauf, dass die Beschwerdeführerin als Frau lebe und nur einen Mann zu heiraten wünsche; da ihr diese Möglichkeit verwehrt wurde, sei der Wesensgehalt des Rechts auf Eheschließung verletzt worden.²⁶

Auch im Hinblick auf die (voll) gleichgeschlechtliche Ehe trifft es zu, dass die Ehe bedeutende soziale Änderungen erfahren hat, und die medizinischen und wissenschaftlichen Erkenntnisse dramatische Änderungen erfahren haben. Ebenso künstlich ist das (oft gehörte) Argument, Homosexuelle würden vom Recht auf Eheschließung ausgeschlossen, weil sie ja

²³ judg. 28.06.2007, appl. 76240/01

²⁴ *Christine Goodwin vs. UK* (28957/95), judg. 11.07.2002 [GC]; *I. vs. UK* (25680/94), judg. 11.07.2002 [GC]

²⁵ *Christine Goodwin vs. UK* (28957/95), judg. 11.07.2002 [GC] (par. 100); *I. vs. UK* (25680/94), judg. 11.07.2002 [GC] (par. 80)

²⁶ *Christine Goodwin vs. UK* (28957/95), judg. 11.07.2002 [GC] (par. 101); *I. vs. UK* (25680/94), judg. 11.07.2002 [GC] (par. 81)

ohnehin eine Person des andern Geschlechts heiraten könnten. Entsprechend der Argumentationslinie des Gerichtshofs in den Transsexuellenfällen leben Homosexuelle mit Partnern des gleichen Geschlechts und wünschen, nur eine Person des gleichen Geschlechts zu heiraten, wenn sie diese Möglichkeit nicht haben, erscheint der Wesensgehalt des Rechts auf Eingehung einer Ehe verletzt.

Der Gerichtshof unterstrich, daß die Unfähigkeit eines Paares, *Kinder zu zeugen* oder Eltern von Kindern zu sein, nicht per se ihr Recht auf Eingehung einer Ehe beseitigen kann.²⁷ Und er verwies darauf, dass Artikel 9 der EU-Grundrechtecharta, ohne Zweifel mit Absicht, insofern vom Wortlaut des Art. 12 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) abgegangen ist, als die Bezugnahme auf Frauen und Männer gestrichen wurde.²⁸

In *Ungarn* hat der *Verfassungsgerichtshof* entschieden, daß die gesetzlichen Bestimmungen, die Paaren, die in ständiger Wohn- und Geschlechtsgemeinschaft leben, (in bestimmten Rechtsbereichen) dieselben Rechte und Pflichten wie Ehepartnern gewähren, auch für gleichgeschlechtliche Paare zu öffnen sind.²⁹

Und der *österreichische Verfassungsgerichtshof* hielt fest, dass Privilegierungen von Ehepaaren gegenüber unverheirateten Paaren eine unzulässige Diskriminierung von gleichgeschlechtlichen Lebensgemeinschaften darstellen können, denen die Ehe noch verboten ist.³⁰

In Frühjahr 2007 hat der EGMR die österreichische Bundesregierung aufgefordert, den Ausschluss gleichgeschlechtlicher Paare von der *Zivilehe* (Art. 12 EMRK) bzw. das Fehlen eines *vergleichbaren Rechtsinstituts* (Art. 8, 14 EMRK) zu rechtfertigen.³¹

²⁷ *Christine Goodwin vs. UK* (28957/95), judg. 11.07.2002 [GC] (par. 100); *I. vs. UK* (25680/94), judg. 11.07.2002 [GC] (par. 80)

²⁸ *Christine Goodwin vs. UK* (28957/95), judg. 11.07.2002 [GC] (par. 98); *I. vs. UK* (25680/94), judg. 11.07.2002 [GC] (par. 78) ; vgl. auch Europäischer Gerichtshof: *K.B. gegen National Health Service Pensions Agency und Secretary of State for Health*, Case C-117/01 (07.01.2004) [/http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=DE&numdoc=62001J0117&model=guichett](http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=DE&numdoc=62001J0117&model=guichett).

²⁹ Beschluß 14/1995 (13.03.95).

³⁰ VfGH 12.12.2003 (B 777/03)

³¹ *Schalk & Kopf vs. Austria* (appl. 30141/04) (aus VfGH 12.12.2003, B 777/03)

B. Global

Auch auf globaler Ebene werden das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung und das Recht auf Gleichbehandlung auf Grund sexueller Orientierung zunehmend anerkannt. So erklärte der *Menschenrechtsausschuß der Vereinten Nationen* ein Totalverbot homosexueller Beziehungen zwischen Männern als Verletzung des Rechts auf Privatheit³² und erachtete die Beschränkung von Hinterbliebenenpensionen auf verschiedengeschlechtliche Partner als gleichheitswidrig.³³

Zahlreiche nationale Höchstgerichte haben die Ungleichbehandlung unverheirateter gleich- und verschiedengeschlechtlicher Paare als Menschenrechtsverletzung erkannt.³⁴

Die Höchstgerichte der US-Bundesstaaten New Jersey und Vermont haben entschieden, dass gleichgeschlechtliche Paare ein Recht auf denselben sozialen Schutz und dieselben sozialen Leistungen haben wie sie verschiedengeschlechtlichen Paaren durch die Ehe zukommen.³⁵ Die *Höchstgerichte* der US-Bundesstaaten Hawaii³⁶, Massachusetts³⁷ und Kalifornien³⁸ haben ebenso wie jene der kanadischen Provinzen British Columbia,³⁹ Ontario⁴⁰

³² *Toonen vs. Australia* (CCPR/C50/D/488/1992, views of 31.03.1994);

³³ *Young vs. Australia* (CCPR/C/78/D/941/2000, views of 29August 2003); *X. vs. Colombia* (1361/05, views of 27. May 2007);

³⁴ *El Al Airlines Ltd. v. Danilowitz* (30 Nov. 1994), High Court of Justice 721/94, 48(5) *Piskei-Din* (Supreme Court Reports) 749 (1994) (Supreme Court of Israel), http://www.tau.ac.il/law/aealgross/legal_materials.htm (English); Constitutional Court of Hungary (13 March 1995), 14/1995 (III.13.) AB *határozat*; see László Sólyom & Georg Brunner, *Constitutional Judiciary in a New Democracy: The Hungarian Constitutional Court* (Ann Arbor, Univ. of Michigan Press, 2000), at 316-21 (English); *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3 (Supreme Court of Canada), <http://www.lexum.umontreal.ca/csc-scc/en/index.html>; *Ghaidan v. Godin-Mendoza*, [2004] 3 All England Reports 411 (House of Lords); *Snetsinger v. Montana University System*, 104 P.3d 445 (Supreme Court of Montana 2004); Constitutional Court of Colombia, *Sentencia* (Judgment) C-075/07, 7 February 2007, <http://www.constitucional.gov.co> (*Relatoria, Busqueda, "pareja"*).

³⁵ Vermont Supreme Court: *Baker v. State* (98-032) (20.12.1999)

New Jersey Supreme Court: *Lewis v. Harris* (25.10.2006) (drei der sieben Richter, darunter der Präsident des Gerichtshofs, erachteten auch eine eingetragene Partnerschaft mit gleichen Rechten und Pflichten wie die Ehe, wegen des getrennten Rechts, als grundrechtswidrig).

³⁶ Hawaii Supreme Court: *Baehr v. Lewin*, 74 Haw. 530, 852 P.2d 44; 74 Haw. 650, 875 P.2d 225 (1993);

First Circuit Court: *Baehr vs. Miike* 1996 W.L. 694235; 23 Fam. L. Rptr. 2001 (Haw. Cir. Ct. 1st Cir., 03.12.1996); Hawaii Supreme Court: *Baehr vs. Miike*, HawSC No. 20371, Civ. No. 91-1394-05 (12.09.1999), 1999 Hae LEXIS 391

³⁷ Supreme Judicial Court of the Commonwealth of Massachusetts: *Hillary GOODRIDGE & others [FN1] vs. DEPARTMENT OF PUBLIC HEALTH & another*. SJC-08860, March 4, 2003. - November 18, 2003; Supreme Judicial Court of the Commonwealth of Massachusetts: *Opinions of Justices to the Senate* (03.02.2004).

³⁸ California Supreme Court, *Re Marriage Cases*, judg. 15.05.2008 (S147999), <http://www.courtinfo.ca.gov/opinions/documents/S147999.DOC>

³⁹ Court of Appeal for British Columbia: *Barbeau v. British Columbia (Attorney General)* (01.05.2003)

⁴⁰ Court of Appeal for Ontario: *Halpern et al v. Attorney General of Canada et al* (10.06.2003);

und Quebec⁴¹ sowie der Republik Südafrika⁴² zudem die Beschränkung der *Zivilehe* auf verschiedengeschlechtliche Paare als Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes erkannt.

Diese Höchstgerichte erkannten es als unzulässig, dass in einer Rechtsordnung für verschiedene Gruppen von Menschen unterschiedliche (wenn auch inhaltlich gleiche) rechtliche Regime herrschen. Sie lehnen im Bereich von auf Grund des Geschlechts und der sexuellen Orientierung getrennten Rechts die „*separate but equal*“-Doktrin⁴³ ebenso ab wie im Bereich von auf Grund rassischer Merkmale getrennten Rechts. Dementsprechend wird der Ausschluß gleichgeschlechtlicher Paare von der Ehe ebenso wenig deshalb als gleichheitskonform angesehen, weil verschiedengeschlechtliche Paare ihrerseits von der eingetragenen Partnerschaft ausgeschlossen sind, wie wenig der Ausschluß Schwarzer von Schulen für Weiße deswegen gleichheitskonform ist, weil Weiße ihrerseits keine Schulen für Schwarze besuchen dürfen.

Ein konsequentes Verständnis des Gleichheitssatzes erfordert es eben, dass jene (familien)rechtlichen Institute, die die Rechtsordnung Paaren anbietet, unabhängig von Geschlecht und sexueller Orientierung zugänglich sind. Gibt es das Institut der Zivilehe für verschiedengeschlechtliche Paare, so ist in diesem Sinne auch gleichgeschlechtlichen Paaren zu eröffnen.

Darüber hinaus wiesen die o.a. Höchstgerichte darauf hin, dass getrenntes (wenn auch inhaltlich identes) Recht der Gesellschaft beständig mangelnde Gleichwertigkeit signalisiert und damit faktischen Diskriminierungen homo- und bisexueller Menschen beständig Vorschub leistet.

⁴¹ Cour Supérieur von Quebec: Michael Hendricks & René Leboeuf vs. Le procureur général du Quebec et. al. (06.09.2002)

⁴² The Supreme Court of Appeal of South Africa: *Marié Adriaana Fourie & Cecelia Johanna Bonthuys vs. Minister of Home Affairs & Director.-General of Home Affairs* (232/03) (30.11.2004); Constitutional Court of South Africa: *Minister of Home Affairs and Another v Fourie and Another & Lesbian and Gay Equality Project and Eighteen Others v Minister of Home Affairs and Others* (CT 60/04, CT 10705) (01.12.2005)

⁴³ Mit der „*separate-but-equal*“-Doktrin erklärte der US.-Supreme Court über nahezu ein Jahrhundert hinweg die Rassentrennung trotz Gleichheitssatz für verfassungskonform. Im Sinne dieser Doktrin war es etwa nicht gleichheitswidrig, dass Schwarze nicht in Bussen für Weiße fahren durften, wenn umgekehrt auch Weiße keine Busse benutzen durften, die Schwarzen vorbehalten waren.. Erst in den 50iger und 60iger Jahren des 20. Jahrhunderts hat das US-Höchstgericht diese Doktrin nach und nach aufgegeben (vgl. *Brown v. Board of Education*, 349 U. S. 294 (1955); *Loving v. Virginia*, 388 U. S. 1 (1967)).

Der *Verfassungsgerichtshof der Republik Südafrika* hat überdies das Verbot der gemeinschaftlichen Adoption von Kindern durch gleichgeschlechtliche Paare für gleichheitswidrig erklärt.⁴⁴

II. Sexuelle Orientierung im EU-Recht

Das Gemeinschaftsrecht bringt an mehrfacher Stelle das Prinzip der Gleichbehandlung (auch) auf Grund sexueller Orientierung zum Ausdruck.⁴⁵

Bereits im Februar 1994 verabschiedete das Europäische Parlament die „*Resolution über gleiche Rechte von homosexuellen Frauen und Männern in der EG*“⁴⁶. Es bekräftigte darin seine Überzeugung, daß „alle Bürger gleich behandelt werden [müßten] ungeachtet ihrer sexuellen Orientierung“ und fordert die umfassende Gleichberechtigung und die Beendigung jeder Diskriminierung homosexueller Menschen. Neben der Gleichstellung in anderen Rechtsbereichen wird auch der Zugang zur „Ehe oder vergleichbaren rechtlichen Regelungen“, die „die vollen Rechte und Vorteile der Ehe garantieren“, sowie der Gleichbehandlung im Pflegschafts- und Adoptionsrecht gefordert.⁴⁷ In seinen *Menschenrechtsberichten* für die Jahre 1994⁴⁸, 1995⁴⁹, 1996⁵⁰, 1997⁵¹, 1998/99⁵², 2000⁵³, 2001⁵⁴ und 2002⁵⁵ sowie in seiner Entschliessung gegen Homophobie in Europa (2006)⁵⁶

⁴⁴ Constitutional Court of South Africa: *Du Toi & De Vos vs. The Minister of Welfare and Population Development and others* (CCT40/01) (10.09.2002); High Court of South Africa: *Du Toi & De Vos vs. The Minister of Welfare and Population Development and others* (Case 23704/2001 [Transvaal Provincial Division]) (28.09.2001)

⁴⁵ Die folgende Listung stellt bloss eine Auswahl dar. Für weitere Rechtsakte siehe http://europa.eu.int/eur-lex/en/search/search_lif.html (Suche mit „sexual orientation“ bzw. „sexueller Ausrichtung“). *EG-Vertrag* (Art. 13); *Freizügigkeits-Richtlinie* (ABl. L 229/35, 29.06.2004, Art. 2 Z. 2 lit. a & b); *Asyl-Aufnahme-Richtlinie* (ABl. L 31/18, 06.02.2003, Art. 2 (d) (i)); *Europäischer Haftbefehl* (Rahmenbeschluß ABl L 190/1, 18.07.2002, Erwägung Nr. 12); *Beschäftigungsrichtlinie 2000/78/EG* (ABl L 303/16); *EG-Personalstatut* (VO EG 781/98 = ABl L 113/4 idgF, Art. 1d Abs. 1 iVm Anhang VII Art. 1 Abs. 2 lit. c); *Elternurlaubsrichtlinie* (96/34/EG) (in den Protokollen der Beratungen im Ministerrat ist festgehalten, daß diese Richtlinie ohne jede Diskriminierung u.a. aufgrund sexueller Orientierung umgesetzt werden soll); *Charta der Grundrechte der Europäischen Union* (Art. 9, 21 Abs. 1); *Datenschutzrichtlinie* (RL 95/46/EG, Art. 8).

⁴⁶ Dok. A3-0028/94 (8.2.1994)

⁴⁷ Pkt. 5 bis 15 der Resolution.

⁴⁸ 15.09.96; Euroletter 45, 6

⁴⁹ Entschliebung vom 08.04.1997 (A4-0112/97; Pkt. 135, 136, 137, 140)

⁵⁰ Entschliebung vom 17.02.1998 (A4-0034/98; Pkt. E., 65-69,

⁵¹ Entschliebung vom 17.12.1998 (A4-0468/98; Pkt. 10, 51-54, 73, 82)

⁵² Entschliebung vom 16.03.2000 (A5-0050/00; Pkt. 56-60, 76, 77)

⁵³ Entschliebung vom 05.07.2001 (A5-0223/01, Pkt. 77ff)

⁵⁴ Entschliebung vom 15.01.2002 (A5-0451/02, Pkt. 65, 99ff)

⁵⁵ Entschliebung zur Lage der Grundrechte in der Europäischen Union (2002), 04.09.2003

⁵⁶ P6_TA(2006)0018 (18.01.2006)

bekräftigte das Parlament seinen Appell zur Beendigung jeder Diskriminierung auf Grund sexueller Orientierung und zur gesetzlichen Anerkennung gleichgeschlechtlicher Paare.

Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hingegen hat anfangs zweimal Benachteiligungen homosexueller Paare als nicht gegen das Gemeinschaftsrecht verstossend qualifiziert. Im Fall *Grant vs. South West Trains*⁵⁷ ging es um Freifahrtvergünstigungen eines Eisenbahnunternehmens. Diese wurden Frau Grant für ihre Partnerin verwehrt, obwohl sie männliche Dienstnehmer für ihre Partnerinnen erhielten. Der EuGH sah darin keine Diskriminierung auf Grund des Geschlechtes. Art. 13 EG war damals noch nicht in Kraft. Im Fall *D. & Schweden gegen den Rat*⁵⁸ ging es wiederum um einen Angestellten des Rates, dem die Haushaltszulage für seinen in Schweden eingetragenen Partner verweigert wurde, während Beamte für Ehepartner diese Zulage erhielten. Der EuGH sah weder eine Diskriminierung auf Grund des Geschlechts noch der sexuellen Orientierung. Eine eingetragene Partnerschaft sei etwas grundlegend anderes als eine Ehe.

Auf beide Urteile reagierte erstaunlich rasch der Gemeinschaftsgesetzgeber. Nach dem Urteil *Grant* erliess er die Antidiskriminierungsrichtlinie 2000/78/EG. Und auf Grund des Urteils im Fall *D. & Schweden* novellierte er das Beamtenstatut, das nun nicht nur ein ausdrückliches Verbot der Diskriminierung auf Grund sexueller Orientierung enthält sondern auch eine Gleichstellung eingetragener Partnerschaften mit der Ehe vorsieht. Mit einer bemerkenswerten Ausnahme: nämlich nur dann, wenn den konkreten Partnern eine Eheschliessung nicht möglich ist. Ist eine gleichgeschlechtliche Ehe möglich, so ist diese einzugehen.⁵⁹

Am 1. April dieses Jahres fällte der EuGH dann sein richtungweisendes Urteil in der Sache *Tadao Maruko gegen Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen (VdB)*⁶⁰. Darin erkannte er es als verbotene unmittelbare Diskriminierung iSd RL 2000/78/EG⁶¹, wenn überlebenden Lebenspartnern von Arbeitnehmern eine Hinterbliebenenversorgung verwehrt wird, die hinterbliebene Ehepartner erhalten. Voraussetzung für das Vorliegen einer solchen unmittelbaren Diskriminierung ist (im Einklang mit dem Wortlaut des Art. 2 der RL), dass

⁵⁷ C-249/96

⁵⁸ C-122, 125/99

⁵⁹ Art. 1d Abs. 1 iVm Anhang VII Art. 1 Abs. 2 lit. c

⁶⁰ C-267/06

sich der überlebende Lebenspartner in einer „vergleichbaren Situation“ befindet wie ein überlebender Ehepartner (Rn 70-73). Eine solche unmittelbare Diskriminierung kann lediglich gem. Art. 4 Abs. 1 der RL gerechtfertigt werden („wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung“).

Der EuGH überantwortet es in *Maruko* zwar den nationalen Gerichten, das Vorliegen einer „vergleichbaren Situation“ zu prüfen und zu entscheiden (Rn 72f). Gleichzeitig lassen sich dem Urteil aber klar materielle Kriterien für die Vergleichbarkeitsprüfung entnehmen.

So geht es – im Einklang mit dem Wortlaut der Richtlinie (Art. 2) – nicht um „Identität“ sondern um bloße „Vergleichbarkeit“ (Rn 69). Des Weiteren muss die Vergleichbarkeit geprüft werden „in Bezug auf diese Hinterbliebenenversorgung“, also in Bezug auf die konkret in Frage stehende soziale Vergünstigung (Rn 74 & Tenor).

Und der Vergleich muss ein *individuell-konkreter Vergleich* sein mit der „Situation ... eines Ehegatten, der die Hinterbliebenenversorgung aus dem berufsständischen Versorgungswerk der Vddb erhält“ (Rn 74 & Tenor). Es sind also konkret betroffene Personen in ihrer ganz konkreten Lebenssituation miteinander zu vergleichen (hier: überlebender Lebenspartner vs. überlebender Ehepartner konkret von Bediensteten des konkreten Arbeitgebers), und nicht abstrakte Rechtsinstitute (hier: Lebenspartnerschaft vs. Ehe).

Das nationale Gericht hat der Vergleichbarkeitsprüfung in diesem Sinne die folgenden Kriterien zu Grunde gelegt:

- (a) eine formal auf Lebenszeit begründete
- (b) Fürsorge – und Einstandsgemeinschaft (Unterhalts- und Beistandspflichten)

Und es bejahte diesbezüglich die Vergleichbarkeit.

Der EuGH hat diese vom nationalen Gericht angewandten Kriterien mehrfach ebenso zitiert wie dessen Feststellung der entsprechenden Vergleichbarkeit (von überlebenden Lebenspartnern einerseits und überlebenden Ehepartnern andererseits) (Rn 62, 69). Der EuGH ist dabei weder den Kriterien noch dem Ergebnis entgegengetreten (ebendort).

⁶¹ Art. 2 RL 2000/78/EG: „„unmittelbare Diskriminierung ...“, wenn eine Person wegen eines der in Artikel 1 genannten Gründe in einer vergleichbaren Situation eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person erfährt, erfahren hat oder erfahren würde“.

Ganz im Gegenteil bringt er im Tenor des Urteils klar zum Ausdruck, dass der konkrete Ausschluss Herrn Marukos von der Hinterbliebenenversorgung der VdB eine verbotene unmittelbare Diskriminierung darstellt:

„Art. 1 in Verbindung mit Art. 2 der Richtlinie 2000/78 steht einer Regelung wie der im Ausgangsverfahren entgegen, wonach der überlebende Partner nach Versterben seines Lebenspartners keine Hinterbliebenenversorgung entsprechend einem überlebenden Ehegatten erhält, obwohl die Lebenspartnerschaft nach nationalem Recht Personen gleichen Geschlechts in eine Situation versetzt, die in Bezug auf diese Hinterbliebenenversorgung mit der Situation von Ehegatten vergleichbar ist.“ (Hervorhebung hinzugefügt)

Die Verweisung der Prüfung der Vergleichbarkeit in die Zuständigkeit der nationalen Richter erfolgte wohl zur Vermeidung einer Arbeitsüberlastung durch Überprüfung der Vergleichbarkeit bezüglich jeder einzelnen möglichen Vergünstigung, die Gegenstand einer Diskriminierung sein könnte; überdies noch aus 27 verschiedenen Rechtsordnungen mit verschiedenen Arten von Partnerschaftsinstituten und nach Rechtsänderungen immer wieder von neuem.

Dass der EuGH dies nicht will und daher die Prüfung dem nationalen Richter überlässt, ist verständlich. Das ändert aber nichts daran, dass der EuGH in seinem Urteil auch materielle Kriterien etablierte und erkennbar Ungleichbehandlungen wie die im konkreten Fall Maruko gegenständliche (bei Hinterbliebenenpensionen aus berufsständischen Versorgungswerken), für die ihm alle Beurteilungsgrundlagen vorlagen, als verbotene Diskriminierung erkannte.

Dies erhellt auch aus dem Urteil des EuGH im Fall *Palacios*⁶², aus dem ersichtlich ist, wie der EuGH einen Urteilstenor im gegenteiligen Fall formuliert, dass er die Frage einer Gemeinschaftsrechtswidrigkeit einer konkret im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Bestimmung offen lässt:

„Verbot jeglicher Diskriminierung wegen des Alters ist dahin gehend auszulegen, dass es einer nationalen Regelung wie der des Ausgangsverfahrens nicht entgegensteht, die in Tarifverträgen enthaltene Klauseln über die Zwangsversetzung in den Ruhestand für gültig erklärt, in denen als Voraussetzung lediglich verlangt wird, dass der Arbeitnehmer die im nationalen Recht auf 65 Jahre festgesetzte Altersgrenze für den Eintritt in den Ruhestand erreicht hat und die übrigen sozialversicherungsrechtlichen Voraussetzungen für den Bezug einer beitragsbezogenen Altersrente erfüllt, sofern ...“ (Hervorhebung hinzugefügt)

IV. Gleichgeschlechtliche Partnerschaften in den nationalen Rechtsordnungen

Der Trend in der innerstaatlichen Gesetzgebung der Mitgliedstaaten der Europäischen Union geht in Richtung Gleichbehandlung verschieden- und gleichgeschlechtlicher Paare.⁶³ In jüngster Zeit zeichnet sich dabei eine Rechtsentwicklung in Richtung umfassender Gleichberechtigung durch Aufhebung des Eheverbots ab.

Noch 1994 hatten, von den 27 heutigen Mitgliedstaaten, nur 4 Mitgliedstaaten (Dänemark, die Niederlande, Spanien und Schweden) in irgendeiner Form gesetzliche Gleichbehandlung in zumindest einem Bereich vorgesehen. Seit 1. Dezember 2004 sind es

⁶² Urteil 16.10.2007 (C-411/05)

⁶³ Für Nachweise siehe eingehend Helmut Graupner, *Keine Liebe zweiter Klasse – Diskriminierungsschutz und Partnerschaft für gleichgeschlechtlich Lebende*, Wien: Rechtskomitee LAMBDA (2004), www.RKLambda.at (Publikationen); vgl. auch die Europakarte auf www.RKLambda.at (Rechtsvergleich)

zumindest 15 Mitgliedstaaten (mit etwa zwei Drittel der Bevölkerung der EU), die eine solche Gesetzgebung haben (über die von RL 2000/78/EG ohnehin vorgeschriebene Gleichbehandlung in der Arbeitswelt hinaus): Belgien, Dänemark, Deutschland, Finnland, Frankreich, Luxemburg, die Niederlande, Österreich, Portugal, Slowenien, Spanien, Schweden, Tschechien, Ungarn und das Vereinte Königreich.

18 europäische Länder (darunter 13 Mitgliedstaaten der EU) sind über solche punktuellen Gleichstellungen hinausgegangen und haben gleichgeschlechtliche Partnerschaften formell rechtlich institutionalisiert anerkannt, wobei dafür drei verschiedene Modelle zur Anwendung kommen.

Das *französische Modell* sieht die Schaffung des neuen familienrechtlichen Instituts der eingetragenen Partnerschaft vor, beschränkt diese Partnerschaft aber nicht auf gleichgeschlechtliche Paare sondern ermöglicht sie auch verschiedengeschlechtlichen Paaren. Dementsprechend wird die eingetragene Partnerschaft (in Frankreich „PACS“ genannt), im Gegensatz zum skandinavischen Modell (sogleich unten), mit deutlich weniger Rechten und Pflichten ausgestattet als die Ehe. Die eingetragene Partnerschaft wird bei diesem Modell auch nicht, wie die Ehe, am Standesamt geschlossen. Die Inferiorität der eingetragenen Partnerschaft bei diesem Modell zeigt sich auch daran, dass verheiratete Personen eine solche nicht eingehen können, eine aufrechte eingetragene Partnerschaft aber (anders als im skandinavischen Modell) kein Ehehindernis darstellt. Jeder der eingetragenen Partner kann jederzeit eine dritte Person heiraten, wobei die Eheschließung die eingetragene Partnerschaft ex lege auflöst. Das französische Modell haben neben Frankreich nur noch Luxemburg und Andorra gewählt.

Im *skandinavischen Modell* wird ein neues familienrechtliches Institut der eingetragenen Partnerschaft geschaffen, das nur gleichgeschlechtlichen Paaren zugänglich ist. Dieses Modell ist jenes der skandinavischen Staaten, die im vergangenen Jahrhundert mit der rechtlichen Anerkennung gleichgeschlechtlicher Partnerschaften den Anfang machten. Anfangs sahen die skandinavischen Staaten noch einige wenige Abweichungen vom Recht der Ehe vor (hinsichtlich Partnerschaften mit Auslandsbezug und hinsichtlich Adoption), die aber in letzter Zeit sukzessive zurückgenommen wurden. An diesem Modell

orientieren sich die folgenden Staaten: Dänemark, Grönland, Schweden, Norwegen, Island, Finnland, Großbritannien, Slowenien, Tschechien, Ungarn, die Schweiz und Deutschland.

Das dritte Modell schließlich stellt eine umfassende Gleichbehandlung gleichgeschlechtlicher Paare her durch die Aufhebung des Ehehindernisses der Gleichgeschlechtlichkeit und der *Öffnung der Zivilehe* auch für gleichgeschlechtliche Paare. Diesen Weg haben in Europa bislang die Niederlande, Belgien, Spanien und zuletzt Norwegen beschritten (ausserhalb Europas Kanada, die Republik Südafrika und die US-Bundesstaaten Massachusetts und Kalifornien). In Schweden steht die Öffnung der Zivilehe und die Abschaffung der eingetragenen Partnerschaft bevor.⁶⁴

Die *Annahme eines Wahlkindes* („Adoption“) durch gleichgeschlechtliche Partner ermöglichen in Europa bisher Spanien,⁶⁵ England & Wales⁶⁶, Schottland⁶⁷, die Niederlande⁶⁸, Belgien⁶⁹, Schweden⁷⁰, Dänemark⁷¹, Island⁷², Norwegen und Deutschland⁷³. Von diesen Ländern beschränken nur Dänemark und Deutschland die Adoption auf die Stiefkindadoption.

⁶⁴ Sonderbeauftragter der Schwedischen Regierung, Bericht, März 2007, SOU 2007:17)

⁶⁵ Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, *Boletín Oficial del Estado* no. 157, 2 July 2005, pp. 23632-23634, <http://www.boe.es/boe/dias/2005-07-02/pdfs/A23632-23634.pdf> (in Kraft seit 3. Juli 2005).

⁶⁶ Adoption and Children Act 2002 (in Kraft seit 07.11.2002; <http://www.hmsa.gov.uk/acts/acts2002.htm>)

⁶⁷ Adoption and Children (Scotland) Act 2007, s. 29(3) (Gesetzesvorschlag für Nordirland: "Adopting the Future", http://www.dhsspsni.gov.uk/adopting_the_future-3.pdf, Juni 2006).

⁶⁸ Gesetz vom 21.12.2000 (Staatsblad 2001 nr. 10 11.01.2001)

⁶⁹ Loi du 18 mai 2006 modifiant certaines dispositions du Code civil en vue de permettre l'adoption par des personnes de même, *Moniteur belge*, 20 June 2006, Edition 2, p. 31128 (in Kraft seit 30. November 2006).

⁷⁰ Parlamentsbeschluss vom 5. Juni 2002; Euroletter 98 (http://www.steff.suite.dk/eurolet/eur_98.pdf)

⁷¹ nur die Stiefkindadoption (also die Annahme des leiblichen Kindes des Partners)

⁷² Law No. 65/2006 (in force 27 June 2006), amending Law No. 130/1999, art. 2.

V. Die deutsche Lebenspartnerschaft

Der deutsche Gesetzgeber hat sich 2001 mit dem Lebenspartnerschaftsgesetz für das skandinavische Modell entscheiden, wobei er diesen Weg allerdings nicht konsequent gegangen ist und – im Unterschied zu den nordischen Ländern – zahlreiche Abweichungen vom Eherecht vorgesehen hat. 2005 wurde viele der Abweichungen beseitigt. Andere bestehen noch. Ihre Beseitigung ist Gegenstand des in Begutachtung stehenden Gesetzentwurfs und der Anträge.

Das *Bundesverfassungsgericht* hat das Gesetz über die Lebenspartnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare bestätigt und ausgesprochen, daß die rechtliche Anerkennung gleichgeschlechtlicher Partnerschaften den besonderen verfassungsgesetzlichen Schutz der Ehe (Art. 6 Grundgesetz) nicht beeinträchtigt und daß gleichgeschlechtliche Paare von verfassungs wegen auch vollständig mit verschiedengeschlechtlichen Ehepaaren rechtlich gleichgestellt werden dürfen.⁷⁴

Lässt Art. 6 Abs. 1 GG die Gleichstellung von Lebenspartnern mit Ehepartnern zu und zwingt er nicht dazu, Lebenspartner gegenüber diesen zu benachteiligen, so ist nicht begründbar, warum der Gleichbehandlungsgrundsatz (Art. 3 Abs. 1 GG) nicht auch im Verhältnis zwischen Lebenspartnern und Ehegatten gelten soll.

Unverständlich ist es, wenn die 1. Kammer des 2. Senats eine Ungleichbehandlung auf Grund des Geschlechts verneint, wenn ein Gesetz Rechte und Pflichten „von der Geschlechterkombination einer Personenverbindung abhängig macht“ (also hier: von der Verschiedengeschlechtlichkeit der Partner).⁷⁵ Die mangelnde Tragfähigkeit dieser Rechtsansicht im Bereich „Geschlecht“ erhellt besonders deutlich, wenn man sie auf das Merkmal der „Rasse“ umlegt. Dann würde nämlich plötzlich bspw. das Verbot gemischtrassiger Ehen keine Rassendiskriminierung mehr darstellen, weil es „keine Ungleichbehandlung auf Grund der Rasse (wäre), wenn ein Gesetz Rechte oder Pflichten nicht von der Rasse einer Person sondern von der Rassenkombination einer Personenverbindung abhängig macht“ ...

⁷³ Gesetz zur Überarbeitung des Lebenspartnerschaftsrechts (15.12.2005, BGBl 2004 I Nr. 69 S. 3396)

⁷⁴ Urteil vom 17. Juli 2002 (1 BvF 1/01)

⁷⁵ 2 BvR 855/06, Beschluss 20.09.2007

V. Die Reaktion deutscher Höchstgerichte auf „Maruko“

Die Reaktion deutscher Höchstgerichte auf den Fall Maruko fiel bemerkenswert beharrend aus.

So verneinte das *Bundesverwaltungsgericht* in seinem Urteil vom 15.11.2007⁷⁶, bereits in Kenntnis der Schlussanträge des Generalanwalts im Fall Maruko, die Vergleichbarkeit, weil die Rechtsinstitute Lebenspartnerschaft einerseits und Ehe andererseits nicht gleichartig seien. Diesen Befund begründete es mit verschiedenen Unterschieden zwischen den Rechtsinstituten, von marginalen Unterschieden im Unterhaltsrecht (Rangordnung der Unterhaltsansprüche nach Aufhebung) über Unterschiede bei sozialen Vergünstigungen öffentlich Bediensteter bis hin zur fehlenden Möglichkeit der gemeinschaftlichen Adoption von Kindern (Rn 23ff). Eine vollständige oder allgemeine Gleichstellung von Lebenspartnerschaft und Ehe sei weder erfolgt noch sei sie vom Bundesgesetzgeber beabsichtigt gewesen (Rn 22).

Das *Bundesverfassungsgericht* schlug auch nach dem Urteil des EuGH in der Sache Maruko noch in die gleiche Kerbe. In ihrem Nichtannahmebeschluss vom 06.05.2008⁷⁷ beharrt die 1. Kammer des 2. Senats darauf, dass die Verweigerung des Familienzuschlags an verpartnerte Beamte keine Diskriminierung iSd RL 2000/78/EG darstelle und dass diese Sache auch noch dazu so klar und offensichtlich sei, dass es keiner Vorlage an den EuGH bedürfe.

Die Vergleichbarkeit prüfte auch das Bundesverfassungsgericht wieder anhand eines Vergleichs der Institute Lebenspartnerschaft einerseits und Ehe andererseits. Die Vergleichbarkeit sei nicht gegeben, weil zum einen *keine allgemeine rechtliche Gleichstellung* der beiden Institute erfolgt sei. Die Gleichstellung sei nicht gesetzgeberischer Wille gewesen. Hätte der Gesetzgeber die völlige Gleichstellung gewollt, hätte er eine Generalklausel erlassen. Gerade dies habe er aber nicht getan, sondern stattdessen die Enumerationsmethode gewählt mit Abweichungen zur Ehe (Rn 13).

⁷⁶ (2 C 33.06),

http://www.bundesverwaltungsgericht.de/enid/9663fbc8886bca9707d8bee2e3ec95d5,9c30597365617263685f646973706c6179436f6e7461696e6572092d0939383334093a095f7472636964092d09353733/Entscheidungssuche/Entscheidungssuche_8o.html

Zum anderen sei keine Gleichstellung *speziell im öffentlichen Dienst* erfolgt. Noch immer gäbe es Unterschiede bspw. im Besoldungs- und Beamtenversorgungsrecht (Rn 13-16).

Schliesslich sei für die (mangelnde) Vergleichbarkeit massgebend, dass Ehepartner von Beamten („namentlich wegen der Aufgabe der Kindererziehung und hierdurch bedingter Einschränkungen bei der eigenen Erwerbstätigkeit“) *typischerweise unterhaltsbedürftig* seien, Lebenspartner hingegen typischerweise nicht (Rn 17).

Auf die grundsätzlich übereinstimmenden zivilrechtlichen Unterhaltspflichten komme es hingegen nicht an (Rn 17).

Diese beiden Höchstgerichtsentscheidungen sind mit dem Urteil des EuGH in der Rechtssache *Maruko* nicht vereinbar.

Die Ausführungen zur fehlenden *allgemeinen Gleichstellung* der Rechtsinstitute beruhen auf einem eklatanten Zirkelschluss. Denn es würde sich die Frage ja von vornherein gar nicht stellen, wäre bereits eine allgemeine Gleichstellung, etwa durch eine Generalklausel erfolgt. Gerade weil dies nicht der Fall ist, stellt sich überhaupt die Frage einer Diskriminierung. Mit diesem Argument könnte stets jede Diskriminierung verneint werden, weil die in Frage stehende gerügte Ungleichbehandlung bereits selbst der Beweis dafür wäre, dass keine Vergleichbarkeit und damit keine Diskriminierung vorliege (!). Dies wäre mit einem effektiven Diskriminierungsschutz unvereinbar. Genau deshalb stellte der EuGH –im Einklang mit dem Wortlaut der Richtlinie – auch nicht auf „Identität“ sondern auf „Vergleichbarkeit“ ab.

Auch das Abstellen auf *Unterschiede speziell bei sozialen Vergünstigungen* (für Beamte) unterliegt einem Zirkelschluss. Zum einen kann wohl kaum die in Rede stehende soziale Vergünstigung selbst (hier: der Familienzuschlag) der Vergleichsparameter sein. Ansonsten wäre jede Diskriminierung mit sich selbst gerechtfertigt. Stellt man aber darauf ab, dass (auch) bei anderen sozialen Vergünstigungen Benachteiligungen gegeben seien, so wird damit die Ungleichbehandlung bei einer sozialen Vergünstigung mit Ungleichbehandlung bei anderen begründet. Diskriminierung wird mit (anderer)

⁷⁷ 2 BvR 1830/06, http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rk20080506_2bvr183006.html

Diskriminierung begründet und verneint. Auch das ist mit einem effektiven Diskriminierungsschutz unvereinbar.

Das Abstellen auf typische vs. untypische Unterhaltsbedürftigkeit schliesslich stellt eine abstrakt-typisierende Betrachtungsweise dar, die der vom EuGH vorgegebenen⁷⁸ individuell-konkreten widerspricht. Nicht Rechtsinstitute sind zu vergleichen sondern Menschen. Und diese wiederum nicht abstrakt-typisierend sondern individuell-konkret in ihrer Situation bezogen auf die in Rede stehende soziale Vergünstigung.

Beachtet man in diesem Sinne, dass der Familienzuschlag gar nicht von der Unterhaltsbedürftigkeit abhängig ist⁷⁹, so erhellt, dass die Verweigerung desselben an Lebenspartner nichts anderes darstellt als eine klassische (unmittelbare) Diskriminierung.

Verheiratete Beamte, die keine Kinder erziehen, erhalten den Familienzuschlag – Verpartnerte Beamte, die Kinder erziehen hingegen nicht. Verheiratete Beamte, deren Partner mehr verdient als sie selbst, erhalten den Familienzuschlag selbst dann, wenn sie selbst vom besser verdienenden Ehepartner alimentiert werden. – Verpartnerte Beamte, die ihrem bedürftigen Lebenspartner Unterhalt leisten, hingegen nicht (bzw. nur unter erschwerten Voraussetzungen).

Eine frappantere Diskriminierung ist kaum denkbar.

⁷⁸ Siehe oben II.

⁷⁹ Vgl. § 40 Abs. 1 Nr. 1 BBesG

VI. Ausblick

Die Judikaturdivergenz zwischen den deutschen Höchstgerichten einerseits und dem EuGH andererseits lässt ein langwieriges Szenario befürchten.

A. Der Fall Maruko

In der Rechtssache Maruko werden die deutschen Gerichte nun eine meritorische Entscheidung zu treffen haben.

Wenn sie dabei den o.a. Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichtes und des Bundesverwaltungsgerichtes folgen wollen, so müssten sie die Sache Maruko dem EuGH neuerlich vorlegen.

Denn auch wenn man der oben dargelegten Rechtsansicht, wonach diese Entscheidungen dem Urteil Maruko widersprechen, nicht folgen wollte, kann man wohl kaum mit gutem Grund behaupten, dass diese Rechtsansicht unvernünftig ist.

Im Sinne des Auslegungsmonopols des EuGH ist eine Vorlage an den EuGH verpflichtend, es sei denn, dass die betreffende gemeinschaftsrechtliche Bestimmung bereits Gegenstand einer Auslegung durch den Gerichtshof war oder dass die richtige Anwendung des Gemeinschaftsrechts derart offenkundig ist, dass für einen *vernünftigen Zweifel* keinerlei Raum bleibt (Case 283/81, Srl CILFIT v. Ministry of Health, 1982 European Court Reports (ECR) 3415, paragraph 21). Wenn keine dieser beiden Voraussetzungen erfüllt ist, stellt die Unterlassung der Vorlage seitens eines letztinstanzlichen nationalen Gerichts eine Verletzung des Gemeinschaftsrechts dar (Case C-224/01, Gerhard Köbler v. Republik Österreich, 2003 ECR I-10239, paragraph 119).

Auch wenn man nicht, wie hier, annehmen wollte, dass die Kriterien der beiden deutschen Höchstgerichte dem Urteil Maruko zuwiderlaufen: Die Auslegung, die die beiden deutschen Höchstgerichte vorgenommen haben, folgen jedenfalls mitnichten derart offenkundig aus *Maruko*, dass für einen vernünftigen Zweifel keinerlei Raum bliebe.

Will das letztinstanzliche nationale Gericht im Fall Maruko daher nicht der o.a. Rechtsansicht folgen, wonach sich diese Kriterien wie oben (II.) dargestellt klar aus dem Urteil des EuGH ergeben, so hat es vor einer (negativen) meritorischen Entscheidung daher die Frage dem EuGH vorzulegen, welche *Kriterien* das nationale Gericht *bei der Vergleichbarkeitsprüfung* anzuwenden hat, ob es insb. einen individuell-konkreten Vergleich von betroffenen Menschen vorzunehmen hat oder aber einen abstrakt-typisierenden Vergleich von Rechtsinstituten.

Sollte schliesslich (mit oder ohne neuerliche Vorlage an den EuGH) die Frage der Vergleichbarkeit negativ entschieden werden, so löste dies wiederum eine *weitere Vorlageverpflichtung* an den EuGH aus. Denn zu klären wäre dann nämlich die Frage, ob (im Falle der Nichtvergleichbarkeit der Rechtsinstitute) (so wie in Ländern ganz ohne Rechtsinstitut überhaupt) eine *mittelbare Diskriminierung* darin liegt, dass eine soziale Vergünstigung/ein Entgelt an ein rein heterosexuelles Kriterium (hier: das Vorliegen einer Ehe) anknüpft, das von gleichgeschlechtlichen Paaren nie und nimmer erfüllt werden kann. Ein klassischer Fall eines nur scheinbar neutralen Kriteriums, das geeignet ist, eine Gruppe (hier: die gleichgeschlechtlichen Paare) besonders zu benachteiligen (Art. 2 RL 2000/78/EG). Alle verschiedengeschlechtlichen Paare können das Kriterium erfüllen (sie brauchen nur eine Ehe schliessen), kein einziges gleichgeschlechtliches Paar kann es jemals.

Dadurch dass der EuGH (im Fall der Vergleichbarkeit) eine unmittelbare Diskriminierung festgestellt hat, ergab sich für ihn keine Notwendigkeit, die Frage der mittelbaren Diskriminierung zu klären. Das ändert sich und die Frage stellt sich (wieder), wenn in einem Land gleichgeschlechtlichen Paaren gar kein Rechtsinstitut zur Verfügung steht oder eben kein vergleichbares.

Der Fall Maruko birgt also das Potential in sich, den EuGH noch weitere zweimal zu beschäftigen.

Zu hoffen ist freilich, dass Herr Maruko das Ende des Rechtsstreites noch erleben wird.

B. Vertragsverletzungsverfahren

Sollten deutsche Gerichte in ihrem Bestreben, die Ungleichbehandlung von Lebenspartnern aufrecht zu erhalten, nicht bereit sein, ihren oben dargelegten Vorlageverpflichtungen nachzukommen, so besteht die Möglichkeit, dass der EuGH die in Rede stehenden Fragen im Zuge des von Europäischen Kommission bereits vorbereiteten Vertragsverletzungsverfahrens⁸⁰ einer Klärung zuführen wird.

C. Der Fall Römer

Möglicherweise muss aber auch darauf nicht mehr gewartet werden. Denn am 19. Mai 2008 hat der EuGH das Vorabentscheidungsersuchen des Arbeitsgerichtes Hamburg vom 4. April 2008 im Fall *Römer gg. Freie und Hansestadt Hamburg*⁸¹ den Mitgliedstaaten und den Parteien zur Stellungnahme übermittelt. Die Frist endet am 29.07.2008.

Diese Rechtssache wirft zum Grossteil die gleichen Fragen auf wie der Fall Maruko. Vielleicht nützt der EuGH bereits diese Gelegenheit, sein Urteil im Fall Maruko angesichts der beharrlichen Rechtsprechung deutscher Höchstgerichte zu konkretisieren.

⁸⁰ Pressemitteilung vom 31.01.2008, IP/08/155

⁸¹ C-147/08

VII. Schlussfolgerungen

Der zur Begutachtung stehende Gesetzentwurf von Bündnis 90/Die Grünen sowie die Anträge von Bündnis 90/Die Grünen, DIE LINKE und der FDP sind nachdrücklich zu begrüßen und zu unterstützen.

Die mit ihnen verfolgte *Angleichung der Rechtsposition von Lebenspartnern an jene von Ehepartnern* beseitigt Diskriminierung und ist grundrechtlich (besonders schwerwiegende Gründe für die nach wie vor bestehenden Unterschiede sind nicht erkennbar) sowie (soweit es die Arbeitswelt betrifft) auch durch die RL 2000/78/EG geboten, ohne dass dies eine notwendige Voraussetzung für ein solches Tätigwerden des Gesetzgebers wäre.

Der vorgeschlagene gesetzgeberische Akt würde auch den gewissermaßen drohenden *Supergau für die Rechtssicherheit* vermeiden, den die Perpetuierung der o.a. Judikaturdivergenz zwischen den deutschen Höchstgerichten einerseits und dem EuGH andererseits (mitunter wird bereits von einer Machtprobe gesprochen) hervorrufen könnte.

Die oben dargestellte europäische Rechtsentwicklung indizierte sogar die Herstellung der umfassenden Gleichberechtigung durch die *Aufhebung des Ehehindernisses der Gleichgeschlechtlichkeit*. Art. 6 (1) GG sollte dem auch dann nicht entgegenstehen, wenn man seinen Schutzbereich ausschliesslich auf verschiedengeschlechtliche Ehen beschränken wollte (was sich seinem Wortlaut nicht entnehmen lässt). Denn diesfalls genösse eben nur die verschiedengeschlechtliche Ehe den verfassungsgesetzlichen Bestandschutz, während der Gesetzgeber (zumindest unter dem Aspekt des Art. 6 GG) frei wäre, die gleichgeschlechtliche Ehe (wieder) abzuschaffen. Ein Verbot der Eheschliessung zweier Personen gleichen Geschlechts lässt sich mE nicht mit gutem Grund ableiten. Eine gleichgeschlechtliche Ehe gefährdet verschiedengeschlechtliche Ehen ebenso wenig wie eine gleichgeschlechtliche Lebenspartnerschaft. In diesem Sinne ist insb. Art. 3 Absatz 37 des Gesetzentwurfs von Bündnis 90/Die Grünen (Anerkennung von im Ausland geschlossenen gleichgeschlechtlichen Ehen) sehr zu begrüßen.

Auch bezüglich der *gemeinschaftlichen Adoption von Kindern* sollen keine Ausnahmen vom Gleichheitsgrundsatz gemacht werden, sind doch homo- und bisexuelle Frauen und

Männer keine schlechteren Eltern als heterosexuelle und entwickeln sich Kinder in gleichgeschlechtlichen Familien nicht schlechter als in verschiedengeschlechtlichen (siehe Studienliste Regenbogenfamilien im Anhang). Es ist nicht im Interesse des Kindeswohls, dem Kind die Statuierung von Rechtsansprüchen (wie auf Sorge, Unterhalt und Erbrecht) gegen einen zweiten Elternteil zu verweigern. Die gegenwärtige Rechtslage ist insoweit kinderfeindlich.

Von besonderer Bedeutung ist in diesem Zusammenhang die grosse Zahl europäischer Rechtsordnungen, die die gemeinschaftliche Adoption von Kindern durch gleichgeschlechtliche Paare zulassen (oben III.), ohne dass negative Erfahrungen dieser Länder damit bekannt geworden wären. Zu beachten ist ferner, dass die geltende Rechtslage, wonach der Adoptivelternteil auf seine Elternrechte verzichten muss, wenn sein Lebenspartner das Kind (dessen Stiefkind) adoptieren will, im Lichte des Urteils des EGMR in der Sache *Emonet* (2007) (oben I.) nicht zu halten sein wird.

Schliesslich macht die Zulassung der gemeinschaftlichen Adoption schon allein deshalb auch Sinn, weil entsprechend der jüngsten Judikatur des EGMR (*Wagner et. al.* 2007, *E.B.* 2008) (oben I.) solche im Ausland gültig vorgenommenen Adoptionen ohnehin anzuerkennen sein werden. Dies zumal auch das revidierte Europäische Adoptionsübereinkommen, das der EGMR bereits im Fall *Wagner et. al.* (2007) argumentativ herangezogen hat, ausdrücklich die gemeinschaftliche Adoption durch gleichgeschlechtliche Paare ermöglicht.

Die mögliche (durchaus jedoch im Ausmass überschätzte) *Diskriminierung* von in Regenbogenfamilien lebenden Kindern durch ihre Umwelt kann die Verweigerung der Adoptionsmöglichkeit keinesfalls rechtfertigen. Abgesehen davon, dass sie den Gesetzgeber bereits an der Ermöglichung der Stiefkindadoption zurecht nicht gehindert hat, liefe es dem Grundanliegen des Menschenrechtsschutzes zuwider, könnten gesellschaftliche Vorurteile gesetzliche Diskriminierungen rechtfertigen. In diesem Sinne hielt der U.S.-Supreme Court – gerade im Zusammenhang mit dem Kindeswohl – so treffend fest:

„the reality of private biases and the possible injury they might inflict are [not] permissible considerations. ... The Constitution cannot control such biases, but neither can it tolerate them. Private biases may be outside the reach of the law, but the law cannot, directly or indirectly, give them effect.” (U.S.-Supreme Court, *Palmore vs. Sidoti* 1984)

Oder wie es der Oberste Gerichtshof Süd-Afrikas – seinerseits den Obersten Gerichtshof Israels zitierend - pointiert formulierte:

“Findings of discrimination cannot be dependent on the discriminator’s way of thinking and desires.”
(High Court of South-Africa: Case *Satchwell* (26289/01) (judg. Sept. 2001)

Dr. Helmut Graupner

Österreichisches Mitglied der European Commission on Sexual Orientation Law (ECSOL)

Vice-President for Europe der International Lesbian and Gay Law Association (ILGLaw)

(www.ILGLaw.org)

Präsident des Rechtskomitees LAMBDA (RKL) (www.RKLambda.at)

Co-Präsident der Österreichischen Gesellschaft für Sexualforschung (ÖGS) (www.oegs.or.at)

Mitglied der World Association for Sexual Health (WAS) (www.worldsexology.org)

ANHANG

REGENBOGENFAMILIEN

Daten & Fakten

1. *American Academy of Pediatrics*, Policy Statement: Coparent or Second-Parent Adoption by Same-Sex Parents, *Pediatrics* Vol. 109 No. 3, pp. 339-340 (February 2002)
2. *American Academy of Pediatrics*, Technical Report: Coparent or Second-Parent Adoption by Same-Sex Parents, *Pediatrics* Vol. 109 No. 2, pp. 341-344 (February 2002)
3. *National Survey of Gay and Lesbian Parents*, presented at the annual meeting of the American Psychological Association (APA)
4. *American Psychiatric Association*, Factsheet Gay, Lesbian and Bisexual Issues, May 2000
5. *American Psychiatric Association*, Same Sex Marriage Resource Document, 1998
6. U.S. psychoanalysts endorse gay adoption (American Psychoanalytic Association)
7. Gillian A. Dunne, *The Different Dimensions of Gay Fatherhood*, Report to the Economic and Social Research Council, London School of Economics (November 1999)
8. Gillian A. Dunne, *The Different Dimensions of Gay Fatherhood: Exploding the Myths*, London School of Economics (2000)
9. Wassilios F. Fthenakis, *Gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaften und kindliche Entwicklung*, in: J. Basedow u. a. (Hrsg.), *Die Rechtsstellung gleichgeschlechtlicher Lebensgemeinschaften*, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Tübingen 2000, S. 351-389.
10. W. Berger, G. Reisbeck, P. Schwer: *Lesben- Schwule – Kinder, Eine Analyse zum Forschungsstand*, Ludwig-Maximilians-Universität München 2000
11. H. Weiß, *Elternschaft*, in: Buba & Vaskovics (Hrsg.), *Benachteiligung gleichgeschlechtlich orientierter Personen und Paare*, Rechtstatsachenforschung (Bundesministerium der Justiz), 2001: Bundesanzeiger, S. 223-233.
12. Thomas Hofsäss, *Zur aktuellen Situation von Regenbogenfamilien, Ergebnisse einer Umfrage*, in: Senatsverwaltung für Schule, Jugend und Sport & Senatsverwaltung für Arbeit, Soziales und Frauen, *Regenbogenfamilien, Wenn Eltern lesbisch, schwul, bi- oder transsexuell sind*, Berlin 2001, S. 51-57
13. Urs Willmann, *Schwuler Papa, guter Papa*, *Die Zeit* 32/2000
14. *Wenn die Eltern schwul sind*, *Die Zeit*, 2004
15. *Österreichisches Institut für Familienforschung*, *Kinderwunsch hetero- und homosexueller Paare*, 2004

16. *J.L. Wainright, S.T. Russell, and C.J. Patterson (University of Virginia)*, Psychosocial Adjustment, School Outcomes, and Romantic Attractions of Adolescents With Same-Sex Parents”, Society for Research in Child Development, *Child Development*, Vol. 75, No. 6, p. 1886-1898, 2004

Weitere Studien auf www.apa.org/pi/parent.html