



# Der Kampf um die Anerkennung der gleichgeschlechtlichen Ehe in Kalifornien

Der zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts hat in einem Nichtannahmebeschluss vom 20. September 2007 entschieden, dass es dem Gesetzgeber wegen des verfassungsrechtlichen Schutzes der Ehe nicht verwehrt sei, diese gegenüber anderen Lebensformen zu begünstigen.<sup>1</sup> Der verfassungsrechtliche Förderauftrag aus Art. 6 I GG berechtige den Gesetzgeber, die Ehe als eine Lebensgemeinschaft von Frau und Mann gegenüber anderen Lebensformen (hier die eingetragene Lebenspartnerschaft) herauszuheben und zu begünstigen. »Eine allgemeine rechtliche Gleichstellung der Lebenspartnerschaft mit der Ehe besteht im deutschen Recht nicht.«<sup>2</sup> VON RACHEL

Dass der EuGH mittlerweile anders entschieden hatte<sup>3</sup>, wischte das Bundesverfassungsgericht mit dem formellen Argument vom Tisch, dass die EuGH-Entscheidung zum Zeitpunkt des letztinstanzlichen Urteils noch nicht vorlag und deshalb keine Bindungswirkung erzeugen könne. Eine inhaltliche Auseinandersetzung mit den Argumenten des EuGH und den möglichen Folgen für das deutsche Verfassungsrecht (Art. 3 I GG) erfolgte nicht. Scheinbar hat die Kammer des zweiten Senats nicht einmal die

## Inhaltsverzeichnis

### Recht und Politik

- Der Kampf um die Anerkennung der gleichgeschlechtlichen Ehe in Kalifornien** ..... 3
- »Füttern und Fordern« statt
- »Fördern und Fordern« ..... 10
- Ein kritischer Kommentar zum BVerfG-Urteil zu den Hartz-IV-Regelsätzen
- Antidiskriminierungsschutz durch Abbau von Privilegien für ArbeitnehmerInnen?** ..... 14
- Zum Verbot der Altersdiskriminierung im Arbeitsrecht
- Zur Renaissance einer fragwürdigen Sanktion** ... 19
- Fragen zur Sicherungsverwahrung an Brandenburgs Justizminister Dr. Volkmar Schöneburg
- Verblendung in Wunsiedel** ..... 24
- Das Bundesverfassungsgericht zur Meinungsfreiheit von Nazis
- »Keine Wohlfühlatmosphäre in einer reinen Welt des Konsums« ..... 29
- Reclaim the Shopping Mall by BVerfG
- Legal, illegal – jetzt (fast) scheißegal** ..... 37
- Warum das BKA erst ohne Rechtsgrundlage und hinterher nicht viel besser speichert

### Recht aus aller Welt

- Das andere Venezuela** ..... 42
- Über den Aufbau partizipativer Strukturen im Venezuela der »Bolivarischen Revolution«

### Recht und Geschichte

- »Politische Prozesse in fünf deutschen Staaten« 48
- Tagungsbericht Forum Justizgeschichte e. V.

### Rezensionen

- »Justitielle Totalblockade« ..... 53
- Das Gesellschaftsbild des Bundesgerichtshofs – Die Rechtsprechung des BGH und die frühe Bundesrepublik
- Ein toter Link?** ..... 57
- Der Berliner Kommentar zum Polizei- und Ordnungsrecht
- Grundrechte-Report 2010** ..... 60
- Zur Lage der BürgerInnen- und Menschenrechte in Deutschland
- Entknastung aufgeschoben** ..... 62
- Haftbedingungen in der Bundesrepublik Deutschland

### Recht und Universität

- Wie überlebe ich die Examensvorbereitung?** ... 66
- Gut gemeinte Tipps für fröhliches Lernen

### akj in Aktion

- »Grundrechte mit dem Knüppel« ..... 73
- Der akj auf Demo-Beobachtungsposten im Wendland
- Wenn der Gerichtsvollzieher klopft ...** ..... 76
- Bericht über die Einsatzbeobachtung am 2. Februar 2011
- Einsam in die Praxiswüste?** ..... 80
- Oder besser Gruppenpraktikum mit dem akj-berlin und den kj FU
- »Ran an die Basisarbeit« ..... 82
- Berufsbild und -realität eines linken Anwalts
- Please Stay!** ..... 88
- Juristische und soziale Arbeit im Bereich Flucht und Migration am Beispiel der KuB e. V.

### Depeschen

- Unter die Räder gekommen ..... 92

- ExiX** ..... 98

- Veranstaltungen** ..... 99

- 1 BVerfG, 2 BvR 855/06 vom 20. 9. 2007, Tz. 23; ausdrücklich bestätigt in BVerfG, 2 BvR 1830/06 vom 6. 5. 2008, Tz. 13.
- 2 BVerfG, 2 BvR 1830/06 vom 6. 5. 2008, Tz. 13.
- 3 EuGH vom 1. 4. 2008 – Rs. C-267/06 (Maruko).
- 4 BT-Drucks. 14/3751, S. 1.
- 5 Ein weiteres aktuelles Beispiel ist die hierzulande so heftig umstrittene Mangold-Entscheidung des EuGH vom 22. 11. 2005, in welcher dieser das Verbot der Altersdiskriminierung als primärrechtlichen Grundsatz des europäischen Gemeinschaftsrechts bezeichnet hat.
- 6 Welche Barack Obama mit 61,01 % der Stimmen für sich entscheiden konnte. John McCain erhielt 36,95% der Stimmen.
- 7 [www.leginfo.ca.gov/.const/article\\_1](http://www.leginfo.ca.gov/.const/article_1) (sämtliche Internetverweise wurden zuletzt abgerufen am 19. 9. 2010).
- 8 Sie kann insofern mit der eingetragenen Lebenspartnerschaft in Deutschland verglichen werden.
- 9 10. Zusatzprotokoll in Verbindung mit Article 1, Section 8 der Verfassung der Vereinigten Staaten.
- 10 1 U.S.C. § 7, [www.law.cornell.edu/uscode/1/7.html](http://www.law.cornell.edu/uscode/1/7.html).
- 11 28 U.S.C. § 1738C, [www.law.cornell.edu/uscode/28/1738C.html](http://www.law.cornell.edu/uscode/28/1738C.html).
- 12 Baehr v. Lewin, 74 Haw. 530, 74 Haw. 645, 852 P.2d 44, 61 USLW 2697.

Langform des Lebenspartnerschaftsgesetzes («Gesetz zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften») zur Kenntnis genommen. Von der Begründung des Gesetzentwurfs mit seiner entsprechenden Zielsetzung («Die Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Paare soll abgebaut werden») ganz zu schweigen.<sup>4</sup>

Anhand der US-amerikanischen Diskussion um die Anerkennung der gleichgeschlechtlichen Ehe in Kalifornien soll gezeigt werden, dass Fortschritte im Antidiskriminierungsrecht weiterhin in erster Linie vom nordamerikanischen Recht zu erwarten sind. Zum Glück nimmt der EuGH die dortigen Diskussionen nicht nur zur Kenntnis, sondern zeigt mit seinen Entscheidungen, dass er zu Recht als »Motor des Antidiskriminierungsrechts« in Europa bezeichnet werden kann.<sup>5</sup>

## Proposition 8

Als am 4. November 2008 Barack Obama zum 44. Präsident der Vereinigten Staaten gewählt wurde, stand im Rahmen der Wahl in Kalifornien<sup>6</sup> auch ein Vorschlag zur Ergänzung der kalifornischen Verfassung namens *Proposition 8* zur Abstimmung, welcher mit 52,24 Prozent der abgegebenen Stimmen angenommen wurde.

Der Text von *Proposition 8* lautete:

»Section I. Title

*This measure shall be known and may be cited as the 'California Marriage Protection Act.'*

*Section 2. Article I. Section 7.5 is added to the California Constitution to read:*



*Sec. 7.5. Only marriage between a man and a woman is valid or recognized in California.»*

Bei dem zu ergänzenden Article I handelt es sich um den Grundrechtsteil der kalifornischen Verfassung (Declaration of Rights)<sup>7</sup>, in der neben dem allgemeinen Gleichheitssatz (Sec. 7), einem Diskriminierungsverbot bezüglich der Merkmale *race, sex, color, ethnicity* und *national origin*

(Sec. 31) u.a. auch das obligatorische Glückversprechen (Sec. 1) und das Recht auf Fischen (Sec. 25) verankert sind. Durch das erfolgreiche Referendum wurde die Anerkennung der Institution Ehe auf eine solche zwischen Mann und Frau beschränkt. Gleichgeschlechtlichen Paaren steht hingegen nach einfachgesetzlichem Recht die *domestic partnership* offen, welche zwar viele, aber nicht alle Rechte und Vorteile der Ehe gewährt.<sup>8</sup>

Der Volksentscheid *Proposition 8* ist im Kontext des jahrelangen Kampfes um die Anerkennung der gleichgeschlechtlichen Ehe in Kalifornien zu betrachten. Die rechtliche Behandlung gleichgeschlechtlicher Partnerschaften / Ehen ist in den Vereinigten Staaten auf Ebene der Bundesstaaten geregelt, da diese für die Schließung der Ehe allein zuständig sind.<sup>9</sup>

Nach Article 4, Section 1 der Bundesverfassung hat jeder Bundesstaat die Gesetze, Urkunden und richterlichen Entscheidungen anderer Bundesstaaten anzuerkennen, sog. *full faith and credit clause*. Diese Klausel hat zur Folge, dass eine von einem Bundesstaat geschlossene gleichgeschlechtliche Ehe auch in den anderen Bundesstaaten anzuerkennen ist.



## Defence of Marriage Act

Genau dieses Ergebnis soll durch den 1996 verabschiedeten *Defense of Marriage Act (DOMA)* verhindert werden. Danach betrachtet die US-amerikanische Bundesregierung die Ehe ausschließlich als eine rechtliche Verbindung zwischen Mann und Frau.<sup>10</sup> Zudem ist danach kein Bundesstaat verpflichtet, gleichgeschlechtliche Ehen aus anderen Bundesstaaten anzuerkennen.<sup>11</sup> Hintergrund des DOMA war die sich abzeichnende Anerkennung gleichgeschlechtlicher Ehen in einzelnen Bundesstaaten. So entschied z.B. der Supreme Court of Hawaii bereits im Mai 1993 in der Rechtssache *Baehr v. Lewin*<sup>12</sup>, dass ohne das Vortragen von gewichtigen Gründen die gleichgeschlechtliche Ehe nicht verboten werden könne. Das Recht auf Privatsphäre (privacy) und der Grundsatz der Gleichbehandlung (equal protection) würden dadurch verletzt. Der DOMA wurde als direkte Reaktion zu diesem Urteil in den Kongress eingebracht. Seine Verfassungsmäßigkeit ist umstritten.<sup>13</sup> Angriffspunkte sind sowohl eine mögliche Verletzung der *full faith and credit clause*<sup>14</sup>, eine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes (equal protection), des Rechtsstaatsprinzips (due process)<sup>15</sup> als auch eine Verletzung der Souveränität der Bundesstaaten<sup>16</sup>, da die Bundesverfassung dem Kongress keine Kompetenz zur Definition des Begriffs Ehe übertragen hat<sup>17</sup>. Barack Obama hat im Rahmen seiner Wahlkampagne 2008 damit geworben, sich für eine vollständige Aufhebung des DOMA einzusetzen.<sup>18</sup> Bisher wurde dieses Versprechen allerdings nicht eingelöst.

Da der DOMA nur auf Bundesebene und nicht auf Ebene der Staaten wirkt, haben diese weiterhin die Möglichkeit selbst zu bestimmen, wie sie den Begriff der Ehe definieren. Sachverhalte, die nicht bundesstaatlich determiniert sind, fallen in die ausschließliche Kompetenz der einzelnen Bundesstaaten. Der DOMA kann insofern keine direkte Wirkung in den Bundesstaaten entfalten.<sup>19</sup> Viele Bundesstaaten haben jedoch im Lichte des Urteils *Baehr v. Lewin* ähnliche Passagen in ihre Gesetze bzw. Verfassungen aufgenommen.

## Die Situation in Kalifornien

Kalifornien und San Francisco im Besonderen sind seit jeher die bedeutendste *lesbian, gay, bisexual and transgender (LGBT) community* in den Vereinigten Staaten. Bereits 1951 erkannte der Supreme Court of California ausdrücklich an, dass auch homosexu-

elle Personen das Recht haben, sich friedlich zu versammeln.<sup>20</sup> Damit wies er den Entzug einer Gaststättenerlaubnis zurück, welcher wegen des regelmäßigen Besuchs homosexueller Personen in der betroffenen Bar ausgesprochen wurde.

Am 12. Februar 2004 wurde auf Initiative des Bürgermeisters von San Francisco, Gavin Newsom, unter Berufung auf den Grundsatz der Gleichbehandlung damit begonnen, Heiratsurkunden für gleichgeschlechtliche Partner entgegen der einfachgesetzlichen Regelung in den §§ 300 und 308.5 des kalifornischen *Family Code* auszustellen. Die durch Proposition 22 im Jahr 2000<sup>21</sup> eingefügte und an den DOMA angelegte Regelung besagt, dass in Kalifornien lediglich eine Ehe zwischen Mann und Frau anerkannt wird.<sup>22</sup> Die gegen die kurzzeitige Praxis der Stadt San Francisco eingereichten Klagen führten dazu, dass der Supreme Court of California am 12. August 2004 die geschlossenen Ehen für nichtig erklärte. Der Bürgermeister habe außerhalb des bestehenden Rechts gehandelt. Eine Verwerfung von verfassungswidrigen Normen stehe jedoch ausschließlich dem Gericht zu.<sup>23</sup> Die Verfassungskonformität der kalifornischen Variante des DOMA war allerdings nicht Streitgegenstand des Verfahrens, weshalb das Gericht dazu keine Stellung beziehen musste. Dazu kam es knappe vier Jahre später in dem Verfahren *In re Marriage Cases*.<sup>24</sup>

13 In der untergerichtlichen Rechtsprechung wurde der DOMA überwiegend für verfassungsgemäß erachtet. In *Massachusetts v. United States Department of Health and Human Services* hat der United States District Court for the District of Massachusetts jedoch am 8. 7. 2010 einzelne Teile des DOMA für verfassungswidrig erklärt. Auch der United States Court of Appeals for the Ninth Circuit erachtet in einer Entscheidung vom Februar 2009 den DOMA als verfassungswidrig, da er gegen die due process clause des 5. Zusatzprotokolls verstößt.

14 Article 4, Section 1

der Verfassung räumt allerdings dem Kongress auch die Möglichkeit ein zu bestimmen, welche Geltung Akten der Bundesstaaten zukommt. Der DOMA kann insofern als gesetzgeberische Ausnahme zur full faith and credit clause angesehen werden.

15 5. bzw. 14. Zusatzprotokoll der Bundesverfassung.

16 10. Zusatzprotokoll der Bundesverfassung.

17 Vgl. Fn. 3.

18 [www.barackobama.com/pdf/lgbt.pdf](http://www.barackobama.com/pdf/lgbt.pdf).

19 Im Gegensatz zum deutschen Recht ist im US-amerikanischen Recht die föderalistische Struktur und Gesetzgebungskompetenz bedeutend stärker ausgeprägt.

20 *Stoumen v. Reilly*, 37 Cal.2d 713, [http://scholar.google.ca/scholar\\_case?case=11045190972502075486](http://scholar.google.ca/scholar_case?case=11045190972502075486).

21 Proposition 22 wurde damals mit 61.40 % zu 38.60 % angenommen.

22 [www.leginfo.ca.gov/cgi-bin/displaycode?section=fam&group=00001-01000&file=300-310](http://www.leginfo.ca.gov/cgi-bin/displaycode?section=fam&group=00001-01000&file=300-310).

23 *Lockyer v. City and County of San Francisco* (2004) 33 Cal.4th 1055, [news.findlaw.com/wp/docs/glrts/lckyr5f812040pn.pdf](http://news.findlaw.com/wp/docs/glrts/lckyr5f812040pn.pdf).

24 *In re Marriage Cases* (2008) 43 Cal.4th 757, [caselaw.lp.findlaw.com/data2/california/statecases/s147999.pdf](http://caselaw.lp.findlaw.com/data2/california/statecases/s147999.pdf).

## In re Marriage Cases

Am 15. Mai 2008 erklärte der Supreme Court of California mit vier zu drei Stimmen die heterosexuelle Definition der Ehe für verfassungswidrig, weil sie den Grundsatz der Gleichbehandlung (equal protection) verletze. Damit wurde Kalifornien neben Massachusetts der zweite US-Bundesstaat, welcher die Ehe für gleichgeschlechtliche Paare öffnete. Der Supreme Court of California vergleicht seine Entscheidung in der Vorbemerkung mit einem Präzedenzfall desselben Gerichts 60 Jahre früher. In der Sache *Perez v. Sharp*<sup>25</sup> hat das Gericht 1948 – und damit knapp 20 Jahre vor dem US Supreme Court in der Rechtssache *Loving v. Virginia* von 1967<sup>26</sup> – entschieden, dass das kalifornische Verbot der Ehe zwischen Personen verschiedener »Rassen« gegen fundamentale Verfassungsrechte verstoße, auch wenn ein solches Verbot seit Gründung des Bundesstaates stets gesetzlich normiert gewesen sei. Historische Tradierung allein sei nicht ausreichend, um die Bedeutung der verfassungsrechtlich gewährleisteten Rechte zu bestimmen.<sup>27</sup> Der Supreme Court of California stellte fest, dass die sexuelle Orientierung – wie die Merkmale *gender*, *race* und *religion* – stets ein verfassungsrechtlich »suspektes« Differenzierungsmerkmal sei und deshalb eine Ungleichbehandlung einer strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung standhalten muss (strict scrutiny). Dieser Standard ist mit der »neuen Formel« vergleichbar, wonach das Bundesverfassungsgericht den Gleichheitssatz von Art. 3 I GG deutlich strenger prüft, wenn der Schutzbereich eines Freiheitsrechts betroffen ist<sup>28</sup>, wenn Personengruppen unterschiedlich behandelt werden<sup>29</sup> und wenn sich die Kriterien der Ungleichbehandlung an die speziellen Diskriminierungsverbote des Art. 3 III GG annähern<sup>30</sup>. Kalifornien war damit der erste Bundesstaat, für den die strengen Kontrollkriterien in Bezug auf das Merkmal der sexuellen Orientierung galten. Der Supreme Court of California betrachtet das Recht auf Eheschließung als grundlegendes, verfassungsrechtlich gewährleitetes Recht für alle Individuen. Zwar wurde die Institution der Ehe historisch als eine Verbindung zwischen Mann und Frau verstanden, aber Tradition – egal wie weitverbreitet die Ansicht auch sein mag – sei allein kein Rechtfertigungsgrund für das Vorenthalten von verfassungsrechtlich garantierten Rechten. Es bestehe kein Zweifel, dass in den letzten Jahrzehnten das Verständnis von gleichgeschlechtlicher Partnerschaft einen grundlegenden Wandel erfahren hat. Diese sei heutzutage als eine

von mehreren Lebensweisen gesellschaftlich akzeptiert. Das Gewähren der Ehe ausschließlich für heterosexuelle Partnerschaften verletze daher das Rechtsstaatsprinzip (due process) und den Grundsatz der Gleichbehandlung (equal protection).

## Proposition 8 – Nebenwirkung des Wahlsieges von Barack Obama?

Nachdem die Entscheidung des Supreme Court of California das einfachgesetzliche Verbot der gleichgeschlechtlichen Ehe gekippt hatte, konnten in Kalifornien zwischen dem 16. Juni 2008 und dem 5. November 2008 wieder gleichgeschlechtliche Ehen geschlossen werden. Am 4. November 2008, dem Tag des Wahlsieges von Barack Obama, hatte Kalifornien jedoch mit knapper Mehrheit die Verfassungsergänzung durch den Volksentscheid *Proposition 8* angenommen, welche einen Tag später in Kraft trat. Ob der Ausgang des Volksentscheids auch Folge einer Konzentration auf den Präsidentschaftswahlkampf war, wurde Gegenstand politischer Kontroversen in der kalifornischen Linken. Ein bitterer Beigeschmack zum historischen Wahlsieg Obamas bleibt in der *LGBT community* jedenfalls bestehen. Mit der Annahme von *Proposition 8* wurde das Verbot der gleichgeschlechtlichen Ehe auf die Verfassungsebene gehoben. *Same-sex couples* verblieb zunächst daher nur die seit 1999 bestehende *domestic partnership*.

## Strauss v. Horton

Auf verschiedene Klagen gegen die Verfassungsergänzung durch *Proposition 8* hatte der Supreme Court of California am 26. Mai 2009 in der Rechtssache *Strauss v. Horton*<sup>31</sup> zu entscheiden, ob der Volksentscheid seinerseits verfassungskonform war und – sollte dies der Fall sein – welchen Effekt dies auf die bis zur Verfassungsergänzung bereits geschlossenen 18 000 gleichgeschlechtlichen Ehen hat. Gegen den Volksentscheid wurde eingewandt, dass es sich nicht um eine – im Rahmen eines Volksentscheids zulässige – Verfassungsergänzung (amendment), sondern eine – ohne legislative Bestätigung unzulässige – Verfassungsänderung (revision) handle. Der Supreme Court of California erachtet *Proposition 8* als zulässige Verfassungsergänzung. Den *same-sex couples* werden durch den Verfassungszusatz keine grundlegenden – von der Verfassung gewährten – Rechte vorenthalten. Auch der Grundsatz der Gleichbehandlung sei nicht verletzt, da lediglich der Begriff der Ehe für heterosexuelle

25 *Perez v. Sharp* (1948) 32 Cal.2d 711.

26 *Loving v. Virginia* (1967) 388 U.S. 1, <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=388&invol=1>.

27 Vgl. den Methodenstreit zur Verfassungsauslegung (Originalism v. Living Constitution), z. B. in Bradley C. S. Watson, *Living Constitution, Dying Faith: Progressivism and the New Science of Jurisprudence*.

28 BVerfGE 107, 133, 141.

29 BVerfGE 100, 195, 205.

30 BVerfGE 103, 310, 319 m.w.N.

31 *Strauss v. Horton* (2009) 46 Cal.4th 364, [www.courtinfo.ca.gov/opinions/archive/S168047.pdf](http://www.courtinfo.ca.gov/opinions/archive/S168047.pdf).

32 Senate Bill 54, [http://info.sen.ca.gov/pub/09-10/bill/sen/sb\\_0051-0100/sb\\_54\\_bill\\_20091011\\_chaptered.html](http://info.sen.ca.gov/pub/09-10/bill/sen/sb_0051-0100/sb_54_bill_20091011_chaptered.html).

33 Im US-amerikanischen Recht besteht die Möglichkeit einen legislativen Akt auf der Ebene eines Bundesstaates sowohl vor den Gerichten des betroffenen Bundesstaates wegen Verstoßes gegen dessen Verfassung als auch auf Ebene des Bundesrechts wegen Verstoßes gegen die Bundesverfassung anzugreifen. Beide Möglichkeiten bestehen kumulativ, da verschiedene Normen betroffen sind (Bundesrecht oder Recht des Bundesstaates).



Paare reserviert werde. Gleichgeschlechtlichen Paaren stünde mit der domestic partnership ein nahezu gleichwertiges Institut zur Verfügung. Die bereits geschlossenen Ehen gleichgeschlechtlicher Paare bleiben jedoch weiterhin gültig, da der Volksentscheid bereits nach seinem Wortlaut keine Rückwirkung entfalten könne.

## Reaktion der Legislative

Nachdem mittlerweile in Connecticut, Iowa, Massachusetts, New Hampshire, Vermont und Washington, D.C. gleichgeschlechtliche Ehen legal geschlossen werden konnten, stellte sich nunmehr die Frage, ob wenigstens diese als gültig anerkannt werden. Nach dem DOMA wäre dies nicht erforderlich. Der kalifornische Senat verabschiedete im Oktober 2009 ein Gesetz<sup>32</sup>, wonach die vor dem 5. November 2008 rechtskräftig geschlossenen Ehen weiterhin gültig sind und auch die seit dem 5. November 2008 außerhalb Kaliforniens geschlossenen Ehen anerkannt werden. Die in einem anderen Bundes-

staat getrauten gleichgeschlechtlichen Ehepartner erhalten danach den gleichen rechtlichen Status und Schutz wie heterosexuelle Ehepartner. Lediglich die Bezeichnung als Ehe werde nicht übernommen, da dies dem gültigen Volksentscheid widersprechen würde.

## Perry v. Schwarzenegger – Part One

Nachdem das höchste kalifornische Gericht den Volksentscheid als mit der kalifornischen Verfassung vereinbar ansah, verlagerte sich die juristische Auseinandersetzung um *Proposition 8* auf die Ebene des Bundesrechts.<sup>33</sup> Am 4. August 2010 erklärte der United States District Court for the Northern District of California in der Rechtssache *Perry v. Schwarzenegger*, dass der Volksentscheid gegen die Grundsätze von *due process* und *equal protection* gemäß dem 14. Zusatzprotokoll der Bundesverfassung verstoße.<sup>34</sup> Das Urteil begnügt sich jedoch nicht mit der juristischen Feststellung der Verfassungswidrigkeit, sondern nimmt sämtliche »Argumente«

<sup>34</sup> *Perry v. Schwarzenegger*, No. C 09-2292 vrw, <https://ecf.cand.uscourts.gov/cand/09cv2292/files/09cv2292-ORDER.pdf>.

35 Bereits in der zweiten Instanz können regelmäßig nur Rechts- und Verfassungsverstöße gerügt werden. Die durch umfangreiche Beweisaufnahme abgesicherte Argumentation des Urteils ist wichtig, da die Fakten in der Berufungsinstanz nicht mehr zur Disposition gestellt werden können. Vgl. dazu auch Dahlia Lithwicks treffende Analyse auf Slate, [www.slate.com/id/2262766](http://www.slate.com/id/2262766).

36 Perry v. Schwarzenegger (Fn. 33), S. 24.

37 Ebd.

38 Perry v. Schwarzenegger (Fn. 28), S. 109 f., 121.

39 Perry v. Schwarzenegger (Fn. 28), S. 112.

40 Perry v. Schwarzenegger (Fn. 28), S. 113.

der Verfechter von *Proposition 8* auf über 100 Seiten Stück für Stück auseinander. Das Urteil des von *George H. W. Bush* 1989 nominierten Bundesrichter *Vaughn Walker* ist klar darauf ausgerichtet, in einem möglichen Verfahren vor dem United States Supreme Court Bestand zu haben.<sup>35</sup>

Walker kommt nach einer umfangreichen Beweisaufnahme zu dem Schluss, dass kein rationaler Sachgrund für die Regelung von *Proposition 8* vorliege. Zwar müsse das Ergebnis einer Volksabstimmung genauso beachtet werden wie eine Verfassungsergänzung der gesetzgebenden Gewalt. Voraussetzung sei jedoch in beiden Fällen, dass für die Ungleichbehandlung ein legitimes gesetzgeberisches Ziel vorhanden ist. »Conjecture, speculation and fears are not enough. Still less will the moral disapprobation of a group or class of citizens suffice, no matter how large the majority shares that view.«<sup>36</sup> Grundlegende Rechte stünden weder zur Disposition des Gesetzgebers noch zur Disposition einer Volksabstimmung. Da die Befürworter von *Proposition 8* keinen rational nachvollziehbaren und legitimen Sachgrund für die Ungleichbehand-

lung benennen konnten, sei der Volksentscheid verfassungswidrig.<sup>37</sup> Walker legt an die Rechtfertigung der Ungleichbehandlung – wie bereits der Supreme Court of California – den Maßstab einer strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung an (*strict scrutiny*), da es sich um eine personengruppenbezogene Ungleichbehandlung handelt.<sup>38</sup> Aber selbst dem weniger strengen Maßstab (*rational basis review*) würde *Proposition 8* nicht gerecht, da gar kein nachvollziehbarer Sachgrund für die Ungleichbehandlung vorliege. Der Vortrag, dass gleichgeschlechtliche Paare durch sexuellen Kontakt keine Kinder zeugen können, kann kein Rechtfertigungsgrund für eine Ungleichbehandlung sein. Weder werde die Zeugungsfähigkeit bei heterosexuellen Paaren zur Voraussetzung einer Eheschließung gemacht, noch leuchte eine Unterscheidung anhand der »natürlichen« Fertilität ein. Erst recht sei nicht nachvollziehbar, welchen legitimen Zweck die Regierung mit der Berücksichtigung der Fertilität im Rahmen der Gesetzgebung überhaupt verfolgen könnte. Auch der Verweis auf das historisch gewachsene Institut der Ehe zwischen Mann und Frau helfe nicht weiter. Früher waren auch Ehen zwischen Personen verschiedener »Rassen« verboten, was heute jedoch als »archaic, shameful or even bizarre« angesehen werde.<sup>39</sup> Auch die finanzielle wie rechtliche Abhängigkeit der Frau vom Mann wurde früher als Grundlage der Ehe unhinterfragt anerkannt, widerspricht aber elementar der heutigen Vorstellung von Geschlechtergleichberechtigung. Ein nachvollziehbarer Sachgrund für die Begrenzung der Ehe auf eine Verbindung zwischen Mann und Frau sei nicht erkennbar. »Rather, the exclusion exists as an artifact of a time when the genders were seen as having distinct roles in society and in marriage. That time has passed.«<sup>40</sup> Das weiter angeführte Argument, dass in einer Familie mit heterosexuellen Eltern dem Kindeswohl besser gedient sei, wurde im Rahmen der Beweisaufnahme durch entsprechende Gutachten und Studien eindeutig widerlegt. Auch hält das Argument einer Kohärenzprüfung nicht stand, da gleichgeschlechtliche Paare nach kalifornischem Recht Kinder bekommen und adoptieren dürfen. Insofern wäre die Verweigerung der Eheschließung bereits nicht geeignet, das vorgebliche Ziel einer besseren Kindererziehung zu erreichen. Auch der Verweis gleichgeschlechtlicher Paare auf die *domestic partnership*, welche nahezu gleiche Rechte gewähre, überzeuge nicht. Zum einen bestünden weiterhin gewisse (z.B. versicherungsrechtliche) Unterschiede und des Weiteren

Anzeige

**STUDENTENPACK**

stud.Berlin > 200 Jahre Studieren in Berlin

Fertissage  
Mi. 4. Mai 2010,  
18.00 Uhr

Außer Lesen nix gewesen?  
Von Humboldt'scher Muße,  
lucky Streiks und Bologna-Burnout

Universitätsgebäude am Hegelplatz  
Dorotheenstraße 24, 10117 Berlin  
S/U-Bhf. Friedrichstraße  
Tram M1, 12 | Bus 100, 200, TXL

[www.studberlin.de](http://www.studberlin.de)

lebe das Institut der Ehe gerade von seiner sozialen Bedeutung, die das Institut der *domestic partnership* nicht aufweise.<sup>41</sup> Der Status der Ehe werde kulturell als höherwertig eingeschätzt. Dieser kulturellen Abgrenzung galt auch gerade die Einführung der *domestic partnership* im Jahre 1999. Gleichgeschlechtliche Paare sollten nicht das Institut der Ehe zur Verfügung gestellt bekommen, sondern ein minderwertiges Pendant. Diese diskriminierende Ungleichbehandlung verstößt sowohl gegen das Rechtsstaatsprinzip (*due process*) als auch den Grundsatz der Gleichbehandlung (*equal protection*). Oder mit den Worten von Richter Walker: »Proposition 8 fails to advance any rational basis in singling out gay men and lesbians for denial of a marriage license. Indeed, the evidence shows Proposition 8 does nothing more than enshrine in the California Constitution the notion that opposite-sex couples are superior to same-sex couples. Because California has no interest in discriminating against gay men and lesbians, and because Proposition 8 prevents California from fulfilling its constitutional obligation to provide marriages on an equal basis, the court concludes that Proposition 8 is unconstitutional.«<sup>42</sup>

## Perry v. Schwarzenegger – Part Two

Gegen die Entscheidung wurde erwartungsgemäß Rechtsmittel eingelegt.<sup>43</sup> Der zuständige United States Court of Appeals for the Ninth Circuit hat als zuständiges Berufungsgericht die mündliche Verhandlung auf die Woche ab dem 6. Dezember 2010 terminiert. Es ist davon auszugehen, dass der Fall danach zum United States Supreme Court gelangen wird. Gleichzeitig soll es in Kalifornien im Wahljahr 2012 einen neuen Volksentscheid geben, mit dem die Rückkehr zur Rechtslage vor *Proposition 8* erreicht werden soll. Es bleibt zu hoffen, dass das gut begründete Urteil einer Überprüfung vor dem United States Supreme Court standhält.

## Auswirkung auf die Diskussion in Deutschland

Zwischenzeitlich hat der erste Senat des Bundesverfassungsgerichts entschieden, dass das Schutz- und Förderungsgebot aus Art. 6 I GG eine Benachteiligung anderer Lebensformen nicht rechtfertigen kann, wenn der geregelte Lebenssachverhalt und die vom Gesetzgeber mit der Norm verfolgten Zielen mit der Ehe vergleichbar sind.<sup>44</sup> Die Ungleichbehandlung von Ehe und eingetragener Lebenspartnerschaft sei daher im Bereich der betriebli-

chen Hinterbliebenenversorgung für Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes mit Art. 3 I GG unvereinbar.<sup>45</sup> Das in der deutschen Rechtsetzung vorgetragene »Argument« der Kindererziehung in der Ehe und ein damit verbundenes Förderungsgebot wurde bereits vom BAG deutlich zurückgewiesen: »Insbesondere ist es nicht ungewöhnlich, dass in einer Ehe keine Kinder erzogen werden ... Andererseits ist Kindererziehung auch in eingetragenen Lebenspartnerschaften nicht ausgeschlossen, wovon bereits § 9 LPartG ausgeht.«<sup>46</sup> Hier legt das Bundesverfassungsgericht konsequent nach: »Soweit eine Privilegierung der Ehe darauf beruht, dass aus ihr Kinder hervorgehen, ist die verfassungsrechtlich zulässige und geforderte Förderung von Eltern im Übrigen in erster Linie Gegenstand des Grundrechtsschutzes der Familie und als solche nicht auf verheiratete Eltern beschränkt ... Eine familienpolitische Intention des Satzungsgebers mit dem Ziel, dass Kinder möglichst mit verheirateten Eltern aufwachsen und daher Anreize zur Eheschließung gegeben werden sollten, ist nicht erkennbar und könnte zudem allenfalls eine Privilegierung gegenüber Paaren begründen, die eine Ehe eingehen könnten, also der heterosexuellen nichtehelichen Lebensgemeinschaft, nicht aber gegenüber der gleichgeschlechtlichen eingetragenen Lebenspartnerschaft.«<sup>47</sup> Der vielfach angenommene »Schutzabstand der Ehe« sei »verfassungsrechtlich nicht begründbar«.<sup>48</sup> Auch der erste Senat des Bundesverfassungsgerichts geht jedoch nicht auf den diskriminierenden sozialen Faktor der grundsätzlichen Unterscheidung zwischen Ehe und eingetragener Lebenspartnerschaft ein. Zwar ist es zu begrüßen, dass die vorhandenen Unterschiede durch die strenge Prüfung anhand der »neuen Formel« nach und nach zurückgedrängt werden. Dennoch hat für das deutsche Lebenspartnerschaftsgesetz selbiges zu gelten, was Richter Walker bezüglich *Proposition 8* festgestellt hat: Es gibt keinerlei rationelles Argument für eine Unterscheidung zwischen einer gleichgeschlechtlichen Lebenspartnerschaft und einer heterosexuellen Ehe. Diese rechtliche Unterscheidung determiniert die Ansicht, dass eine heterosexuelle Ehe gegenüber der gleichgeschlechtlichen Lebenspartnerschaft höherwertig sei. Der diskriminierende Faktor dieser begrifflichen Unterscheidung wird in der deutschen Diskussion bisher nicht zur Kenntnis genommen. Es gibt keinen Grund, gleichgeschlechtlichen Paaren das verfassungsrechtlich anerkannte Institut der Ehe zu verweigern. Diese Zeiten sind vorbei. ☐

41 Perry v. Schwarzenegger (Fn. 28), S. 115 f.; so auch schon der Supreme Court of California in *In re Marriage Cases* (Fn. 19), S. 81.

42 Perry v. Schwarzenegger (Fn. 33), S. 135.

43 Einige Dokumente der Parteien und des Gerichts zu diesem Verfahren werden unter [www.ca9.uscourts.gov/content/view.php:pk\\_id=0000000475](http://www.ca9.uscourts.gov/content/view.php:pk_id=0000000475) veröffentlicht.

44 BVerfG, I BvR 1164/07 vom 7. 7. 2009.

45 Ebd.

46 BAG, UrT. vom 14. 1. 2009 - 3 AZR 20/07.

47 BVerfG, I BvR 1164/07 vom 7. 7. 2009, Tz. 103 f.

48 BVerfG, I BvR 1164/07 vom 7. 7. 2009, Tz. 105.