

Ist dem VfGH die „Öffnung“ der Ehe missglückt? Kommentar zu VfGH 04.12.2017, G 258-259/2017

Jakob Cornides*

- I. Einleitung
 - II. Der Urteilstenor
 - A. *Legislating from the bench?*
 - B. Ist die angestrebte „Öffnung“ fehlgeschlagen?
 - III. Die Entscheidungsgründe
 - A. Die „jüngere Rechtsentwicklung“ als Anlass für eine Judikaturwende
 - B. Implikationen für den Gleichheitsgrundsatz
 - C. Das Problem des „Zwangsausoutsings“
 - D. Und was ist mit Art 12 EMRK?
 - IV. Die Begründung trägt das Urteil nicht
 - V. Wie kann es weitergehen?
- Verwendete Literatur

Zusammenfassung Das Erkenntnis zur sogenannten „Ehe für alle“ scheint die vom Höchstgericht angestrebte „Öffnung“ der Ehe nicht zu bewirken. Eine Analyse der Entscheidungsgründe ergibt zudem, dass diese das angestrebte Ergebnis nicht tragen.

Abstract Contrary to the Austrian Constitutional Court’s apparent intentions, its landmark judgment on “marriage equality” does not seem to result in making marriage available to same-sex couples.

Stichwörter Ehe; Gleichheitsgrundsatz; Partnerschaft, eingetragene.

Normenverzeichnis § 44 ABGB; § 2 EPG; Art7 B-VG; Art 12 EMRK.

* Dr. Jakob Cornides, Rue Alphonse Renard 8, 1050 Brüssel, Belgien, <Jakob.CORNIDES@ec.europa.eu>.

„Alle großen weltgeschichtlichen Tatsachen ereignen sich sozusagen zweimal:
das eine Mal als Tragödie, das andere Mal als Farce.“

Karl Marx

„The Supreme Court of the United States has descended from the disciplined
legal reasoning of John Marshall and Joseph Story to the mystical aphorisms of
the fortune cookie.“

Antonin Scalia

I. Einleitung

Der Trend in Richtung zur rechtlichen Anerkennung gleichgeschlechtlicher „Ehen“ ist zwar noch längst kein globales Phänomen, hat aber bereits den weitaus größten Teil des westlichen Kulturkreises erfasst. Doch gibt es hier einen interessanten Unterschied zwischen Europa und Amerika zu beobachten: Während in den Vereinigten Staaten (und in weiterer Folge auch in anderen amerikanischen Ländern¹) die sogenannte „Öffnung der Ehe“, die mit den Entscheidungen *United States v Windsor*² und *Obergefell v Hodges*³ des US Supreme Court, die beide mit dem knappsten denkbaren Abstimmungsergebnis von fünf gegen vier Stimmen beschlossen wurden, ihren spektakulären Abschluss fand, im Wesentlichen von der Justiz (oder besser gesagt: von einer recht geringen Anzahl von Richtern, die freilich an dafür maßgeblicher Stelle saßen) gegen die legislativen Körperschaften – und zum Teil gegen den in vielfachen Referenden erklärten Volkswillen – durchgesetzt wurde,⁴ war sie in jenen Ländern Europas, in denen die gleichgeschlechtliche Ehe bisher anerkannt ist, stets das Ergebnis eines politischen Prozesses, an dessen Ende ein parlamentarisches Votum stand. Man kann natürlich auch diese politischen Prozesse aus vielen Gründen kritisch sehen: Die Mehrheiten waren oft recht knapp, die Vorgehensweise überstürzt,⁵ die

¹ ZB Mexiko, Kolumbien, Brasilien, und zuletzt (mit dem Anspruch, dadurch sämtliche Mitgliedstaaten zu verpflichten) der Interamerikanische Gerichtshof für Menschenrechte.

² US Supreme Court, 570 U.S. 744 (2013).

³ US Supreme Court, 576 U.S. ____ (2015).

⁴ Während die Beschränkung des Zugangs zur Ehe auf verschiedengeschlechtliche Paare in den USA bis Mitte der 1990er Jahre noch völlig unumstritten war, löste die damals einsetzende Kampagne zugunsten der sogenannten „marriage equality“ alsbald eine (zunächst sehr erfolgreiche) Gegenbewegung aus. Bis 2012 hatten mehr als 30 der 50 Bundesstaaten Verfassungszusätze verabschiedet, die die rechtliche Anerkennung gleichgeschlechtlicher Ehen ausschließen sollten. Ganz überwiegend wurden diese Verfassungszusätze im Wege eines Referendums beschlossen. Bemerkenswert war, dass sogar in Kalifornien, der Heimstätte der „Gay Rights“-Bewegung, noch im Jahr 2008 im Wege einer Volksabstimmung ein dergartiger Verfassungszusatz beschlossen wurde, der aber wenig später von einem Bundesrichter kurzerhand aufgehoben wurde. Auf Bundesebene wurde 1996 der sogenannte „Defence-of-Marriage-Act“ (DOMA) beschlossen. All diese Rechtsvorschriften auf bundesstaatlicher wie auf föderaler Ebene wurden letztlich durch die beiden vorgenannten Entscheidungen des US Supreme Court außer Kraft gesetzt, sofern dies nicht schon zuvor durch nachgeordnete Bundesgerichte geschehen war.

⁵ So verging von der Ankündigung der deutschen Bundeskanzlerin *Angela Merkel* in einer Fernseh-Talkshow (am 26.06.2017), die Abgeordneten der CDU bei einer Abstimmung im Bundestag zum Thema „Ehe für alle“ keiner Parteiendisziplin unterwerfen zu wollen, bis zur tatsächlichen Durchführung einer solchen Abstimmung (am 30.06.2017) keine ganze Woche.

parlamentarischen Debatten⁶ ebenso wie die Debatten in der breiteren Öffentlichkeit von eher dürftiger Qualität, und mitunter war die Legitimität des parlamentarischen Prozesses auch dadurch ein wenig in Frage gestellt, dass das Thema in den vorangegangenen Wahlkampagnen keine Rolle gespielt hatte, oder dass sich manche der an der Mehrheitsbildung beteiligten Parteien in ihren Parteiprogrammen ganz anders zu dem Thema geäußert hatten, als es nun in der parlamentarischen Abstimmung zum Ausdruck kam.⁷ Immerhin aber gab es – was auch immer man im Einzelfall dagegen einwenden mag – stets einen zumindest theoretischen Rekurs auf den Volkswillen.

Mit dem Erkenntnis G 258-259/2017 des VfGH vom 04.12.2017⁸ ist Österreich das erste und bisher einzige Land in Europa, in dem ein Richterergremium die Anerkennung homosexueller „Ehen“ erzwingen will. Dies geschieht just in einem Moment, in dem jene beiden Parteien, die sich im Wahlkampf klar und unzweideutig für die Beibehaltung des „traditionellen“ Ehebegriffs ausgesprochen haben, bei den jüngsten Nationalratswahlen starke Stimmenzuwächse und einen klaren Sieg verbuchen konnten, während gerade jene Partei, die das Thema „Homo-Ehe“ bereits durch die Wahl ihrer Spitzenkandidatin am aggressivsten auf die Tagesordnung setzte, mehr als zwei Drittel ihrer Stimmanteile und alle ihre Parlamentssitze eingebüßt hat. Die für den Standpunkt des VfGH günstigste Interpretation dieses Wahlergebnisses ist, dass die Wähler die „Ehe für alle“ nicht gerade für eine Priorität halten; mit mehr Berechtigung könnte man aus ihm aber auch herauslesen, dass eine klare Mehrheit der Wähler die Homo-Ehe ablehnt. Österreich – und mithin Europa – hat nun sein ganz eigenes *Obergesell* zu bewältigen.

Zu den beiden obengenannten Entscheidungen des US Supreme Court haben die in der Abstimmung unterlegenen Richter äußerst pointierte Minderheitenvoten abgegeben, in denen sie das Mehrheitsvotum einer beißenden Kritik unterzogen haben. Sie taten das nicht, weil sie schlechte Verlierer waren, sondern weil es ihre Aufgabe ist, wenigstens auf diese Weise für Qualitätssicherung zu sorgen. Wer das von Justice *Anthony Kennedy* verfasste Mehrheitsvotum mit den von Chief Justice *John Roberts* und Justices *Antonin Scalia*, *Clarence Thomas* und *Samuel Alito* verfassten *dissenting opinions* vergleicht, der wird sich der Einsicht nicht verschließen können, dass hinter dem Mehrheitsvotum zwar die Mehrheit der Richter, aber keine schlüssige juristische Argumentation steht. „Feiern Sie ruhig die heutige Entscheidung“, schrieb Chief Justice

⁶ Die Debatte im Deutschen Bundestag am 30.06.2017 dauerte weniger als 40 Minuten!

⁷ Auch hier lohnt sich der Blick auf die politischen Vorgänge in Deutschland: Im Grundsatzprogramm der CDU steht auch heute noch der Satz „Die Ehe ist unser Leitbild der Gemeinschaft von Mann und Frau“. Wer bei den Bundestagswahlen im Jahr 2013 die Unionsparteien gewählt hatte, hatte dies wohl nicht in der Erwartung getan, dass viele Abgeordnete der CDU in der letzten Sitzung der Legislaturperiode das ihnen erteilte Mandat dafür verwenden würden, die Ehe umzudefinieren. Dass das Votum im Bundestag von der Bundeskanzlerin als „Gewissensentscheidung“ verbrämt wurde, ist eine Verschleierung des Umstandes, dass hier Wählervertrauen gröblich missbraucht wurde. Gewissenshelden wären die Abgeordneten allenfalls dann geworden, wenn sie – ohne auf die „Freigabe“ der Abstimmung durch die Bundeskanzlerin zu warten, bei einer Abstimmung gegen die Parteilinie gestimmt und dafür die damit üblicherweise für einen Parlamentarier zu erwartenden Karrierenachteile in Kauf genommen hätten.

⁸ Die Entscheidung ist bis jetzt noch nicht in VfSlg veröffentlicht, doch kann sie als PDF-Datei auf der Website des VfGH abgerufen werden unter <https://www.vfgh.gv.at/downloads/VfGH_Entscheidung_G_258-2017_ua_Ehe_gleichgeschlechtl_Paare.pdf> (25.05.2018). Zitate aus dem Erkenntnis im vorliegenden Beitrag beziehen sich (mit Angabe der Seite und Randziffer) auf diese PDF-Datei.

Roberts in seiner *dissenting opinion* den Unterstützern der gleichgeschlechtlichen Ehe ins Stammbuch, „aber feiern Sie nicht unsere Verfassung: sie hatte damit nichts zu tun“.⁹

Es ist wohl eine der ganz offenkundigen Schwachstellen der heimischen Verfassungsgerichtsbarkeit, dass das Verfahren des VfGH die Veröffentlichung solcher Minderheitenvoten nicht zulässt. Dies würde zwar nicht ausschließen, dass die Mehrheit sich nur deswegen durchsetzt, weil sie die Mehrheit ist, aber es würde doch (hoffentlich) sowohl die obsiegende Mehrheit als auch die unterliegende Minderheit zu größerer Sorgfalt bei der Formulierung ihrer Argumente animieren und damit den substantiellen Argumenten für *und* gegen eine bestimmte Entscheidung ein wesentlich größeres Gewicht zukommen lassen, als es bisher der Fall ist; zugleich würde es verhindern, dass die überstimmten Richter nach außen hin etwas mittragen müssen, wovon sie innerlich nicht überzeugt sind. Dem Vernehmen nach wurde ja auch die hier zu besprechende Entscheidung des VfGH nur mit einer knappen Mehrheit beschlossen; von der unterlegenen Minderheit (von der man raten kann, aber nicht weiß, wer ihr zuzurechnen ist) hat sich aber – wohl aus einer gewissen Standesdisziplin heraus – noch niemand öffentlich dazu geäußert. Und auch der Umstand, dass mit *Hans-Georg Ruppe* ein emeritierter Verfassungsrichter sich bei einem rechtswissenschaftlichen Symposium äußerst kritisch zu Wort meldete¹⁰ und seine Stellungnahme angeblich demnächst in den Juristischen Blättern veröffentlichen wird, muss wohl als Bruch mit den österreichischen Usancen gesehen werden.

Davon abgesehen gab es seitens der akademischen Rechtswissenschaft bisher nur vereinzelt kritische Kommentierungen;¹¹ überwiegend aber wurde die Entscheidung zustimmend, aber dabei doch eher unkritisch zur Kenntnis genommen.¹² So las man beispielsweise in einer führenden Fachzeitschrift als erste Reaktion auf das Erkenntnis einen Beitrag, dessen Autorin die Argumentation des VfGH in zwei knappen Absätzen wiedergibt und – ohne jede Auseinandersetzung mit möglichen Gegenargumenten – als „überzeugend“ qualifiziert, um sodann eine Agenda für noch weitergehende „Reformen“ des Eherechts vorzustellen, die von der Abschaffung der Treuepflicht bis hin zur Aufgabe des Verschuldensprinzips im Fall der Ehescheidung reichen. Hier scheint der Ver-

⁹ *Obergefell v Hodges*, 576 U.S. ___ (2015), Roberts C.J. dissenting: „If you are among the many Americans – of whatever sexual orientation – who favor expanding same-sex marriage, by all means celebrate today’s decision. Celebrate the achievement of a desired goal. Celebrate the opportunity for a new expression of commitment to a partner. Celebrate the availability of new benefits. But do not celebrate the Constitution. It had nothing to do with it.“

¹⁰ Die Tageszeitung „Die Presse“ hat am 19.03.2018 hierüber berichtet.

¹¹ In der juristischen Fachpresse wurde die Entscheidung bisher von *Teschner Wolfgang*, Geschlechtsverschiedenheit als Eheerfordernis, ÖStA 3/2018, 40 und *Kerschner Ferdinand*, Verfassungswidrigkeit der Unterscheidung zwischen Ehe und eingetragener Partnerschaft, JBl 2018, 28 ablehnend kommentiert. In der allgemeinen Presse haben unter anderem *Mazal Wolfgang*, Verfremdung des Ehebegriffs, Die Furche 14.12.2017, 8, und *Merckens Stephanie*, Ehe für alle – oder: Ein Triumph der Verwirrung, Die Presse 15.12.2017, online unter <https://diepresse.com/home/meinung/gastkommentar/5339380/Gastkommentar_Ehe-fuer-alle-oder_Ein-Triumph-der-Verwirrung> (25.05.2018) kritische Kommentare veröffentlicht.

¹² ZB *Deixler-Hübner Astrid*, Ehe für alle?! Eine erste Reflexion zum VfGH-Erk G 258-259/2017, Zak 2018, 6; *Gitschthaler Edwin*, Ehe für alle? Ein Alternativvorschlag!, EF-Z 2018, 49; *Khakzadeh-Leiler Lamiss*, Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare, EF-Z 2018, 52; *Höllwerth Johann*, Ehescheidungsbesprechung, EF-Z 2018, 69.

such, „fortschrittliche“ Gesellschaftspolitik zu betreiben, den Vorrang vor einer ernsthaften rechtswissenschaftlichen Auseinandersetzung erhalten zu haben.

Was den Autor dieses Beitrages betrifft, so liegt es ihm fern, seinen eigenen Standpunkt, dass es sich bei der „Öffnung“ der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare um eine zivilisatorische Fehlentwicklung handelt, zu verhehlen; im Übrigen ist er aber der Auffassung, dass das Erkenntnis des VfGH vom 04.12.2017 von *jedem* denkbaren Standpunkt aus, also auch von dem eines Befürworters der gleichgeschlechtlichen Ehe, kritikwürdig ist. Es geht hier nicht nur um die Frage, *ob* es zur Anerkennung gleichgeschlechtlicher „Ehen“ kommen soll, sondern mehr noch um die Frage *wie*.

Die hier vorgelegte Analyse gliedert sich in drei Abschnitte: Der erste betrifft direkt den Urteilstenor, der so unglücklich formuliert ist, dass er erhebliche Zweifel daran aufkommen lässt, ob die Entscheidung die vom Höchstgericht offenbar beabsichtigte „Öffnung“ der Ehe tatsächlich bewirkt. Der zweite Abschnitt betrifft die Begründung der Entscheidung bzw die in dieser Begründung implizierten weltanschaulichen Positionen. Der dritte Abschnitt zeigt auf, dass die Argumentation des VfGH, selbst wenn man sie vorbehaltlos teilt, das vom VfGH offenbar angestrebte Ergebnis letztlich nicht trägt. Abschließend widmet sich der Beitrag der Frage, welche Möglichkeiten dem Gesetzgeber nunmehr offenstehen, am bisherigen Begriff der Ehe festzuhalten und ihn noch stärker als bisher von anderen Formen des Zusammenlebens abzusetzen.

II. Der Urteilstenor

A. *Legislating from the bench?*

Dass der VfGH beabsichtigt hat, mit seiner Entscheidung die „Öffnung“ der Ehe für homosexuelle Paare zu erzwingen, dürfte außer Frage stehen. Ob ihm dies gelungen ist, erscheint, wie wir im weiteren Verlauf noch sehen werden, durchaus zweifelhaft. Eine ganz andere Frage ist aber jene nach der Legitimität dieses Unterfangens.

Der Grundsatz der Gewaltenteilung weist der Verfassungsgerichtsbarkeit eine wichtige Rolle als Korrektiv der Legislative zu: Es soll den Staat vor Exzessen des Gesetzgebers schützen. Dieser Funktion entspricht die Kompetenz, verfassungswidrige Gesetze aufzuheben. Dabei können auch nur einzelne Bestandteile eines Gesetzes (also einzelne Worte oder Satzzeichen) aufgehoben werden, wenn der verbleibende Gesetzestext auch ohne sie noch einen Sinn ergibt.

In formeller Hinsicht ist dies unumstritten, doch es stellt sich die Frage, ob derselbe Grundsatz der Gewaltenteilung, der dem Höchstgericht seine Kontrollfunktion zuweist, nicht zugleich impliziert, dass es *keinesfalls selbst als Gesetzgeber tätig werden darf*. Die Trennung zwischen Legislative, Exekutive und Judikative bedeutet ja gerade, dass die Judikative *nicht* der Gesetzgeber ist. Dementsprechend sollte die Aufhebung eines Gesetzes oder Gesetzesbestandteils sich als eine Rückkehr zu einem *status quo ante* auswirken; sie sollte nicht in einer Rechtslage resultieren, wie sie niemals zuvor bestanden hat und ganz offenkundig von keinem Gesetzgeber jemals beabsichtigt war. Selbst wenn man nämlich davon ausgeht, dass der Wandel der Wertvorstellungen über kurz oder lang auch seinen Ausdruck in der Rechtsordnung finden darf, so wäre es doch eher die Prerogative des Gesetzgebers, entsprechende Reformen in die Wege zu leiten. Ein Verfassungsgericht hat hingegen die Aufgabe, sich schützend

vor jene Regeln und Grundsätze zu stellen, über die tatsächlich ein breiter und durch entsprechende qualifizierte Mehrheiten gesicherter gesellschaftlicher Konsens besteht; will es aber selbst zum Motor der Veränderung werden,¹³ dann wird es letztlich damit nur seine eigene Autorität untergraben.

Noch nie hat sich eine Entscheidung des VfGH in derart eindeutiger Weise als *legislating from the bench* dargestellt: Die beanstandete Definition der Ehe in § 44 ABGB war seit 1811 unverändert in Kraft, doch gibt sie, insoweit sie die Möglichkeit der Eheschließung auf verschiedengeschlechtliche Paare beschränkt, einen seit Anbeginn der menschlichen Zivilisationsgeschichte zeit- und raumübergreifend bestehenden zivilisatorischen Konsens wieder. Der vom VfGH herangezogene Prüfungsmaßstab, Art 7 Abs 1 2. Satz B-VG, ist seit 1920 unverändert in Geltung.¹⁴ Beide Rechtsvorschriften haben also fast ein Jahrhundert miteinander koexistiert, ohne dass jemand auf den Gedanken gekommen wäre, dass sie zueinander in Widerspruch stehen. Eine Ehe zwischen Personen desselben Geschlechts hat es in der gesamten österreichischen Rechtsgeschichte ebenso wenig gegeben wie jene Form der „Schmal-spurehe“ ohne Pflicht zur gegenseitigen Treue, zu der sich die „Eingetragene Partnerschaft“ nunmehr wandelt.

Eine allzu formalistische Sicht der Dinge verbietet sich: Es handelt sich hier materiell keineswegs nur darum, einen tatsächlichen oder vermeintlichen Exzess des Gesetzgebers rückgängig zu machen, sondern um ein eigenes gesetzgeberisches Tätigwerden des VfGH, selbst wenn dieses in formeller Hinsicht nur in der Wegnahme einiger weniger Worte und Satzzeichen besteht.

Gewiss lässt sich das hier formulierte Prinzip, obgleich es an sich unbestritten sein dürfte, nicht immer in reiner Form einhalten.¹⁵ Die Frage, ob nicht bei einem Aufhebungserkenntnis des VfGH bis zu einem gewissen Grad immer ein „rechtssetzender Effekt“ akzeptiert werden muss, wäre einer eigenen Untersuchung wert. Für den vorliegenden Fall kann aber gesagt werden, dass es sich keineswegs um einen diskussionswürdigen „Grenzfall“ handelt, sondern dass die vom VfGH versuchte Rechtssetzung *weit jenseits* seiner Kompetenzen liegt, wenn nicht mit dem traditionellen Ehebegriff zugleich auch noch der Grundsatz der Gewaltenteilung über Bord geworfen werden soll. Dies dürfte letztlich auch der Grund dafür sein, dass das Höchstgericht, ohne dies überzeugend zu begründen,¹⁶ seine Entscheidung mit einer mit 01.01.2019 terminierten Verbesserungsfrist versehen hat: Offenbar wollte es die Verantwortung für die Einführung der gleichgeschlechtlichen Ehe dann doch nicht ganz allein schultern, sondern hofft darauf, dass der Gesetzgeber, indem er untätig bleibt oder sich die mit dem Erkenntnis vorgegebene Zielsetzung ausdrücklich zu eigen macht, eine gewisse Mitverantwortung übernimmt.

¹³ So im Hinblick auf die hier besprochene Entscheidung *Höllwerth* (Fn 12) 70, (jedoch mit durchaus lobendem Unterton).

¹⁴ Vgl StGBI 450/1920.

¹⁵ Vgl Rz 18 auf S 12 der Entscheidung.

¹⁶ Unter „technischen“ Gesichtspunkten wäre diese Übergangsfrist wohl nicht notwendig gewesen, da die verfügte Gesetzesänderung im Prinzip ohne Schwierigkeiten sofort hätte angewendet werden können.

B. Ist die angestrebte „Öffnung“ fehlgeschlagen?

Der offensichtlichste Kritikpunkt an dem Urteil ist freilich einer, der, wie zu beobachten ist, gerade bei den Befürwortern der „Ehe für alle“ für eine gewisse Beunruhigung sorgt¹⁷: Der Urteilsspruch ist so formuliert, dass er keineswegs zwingend auf das in den Medien kolportierte (und wohl auch tatsächlich von der Mehrheit der Verfassungsrichter beabsichtigte) Ergebnis der „Öffnung“ der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare hinausläuft.

Die unmittelbare Wirkung des Urteils besteht nämlich nur darin, dass „in § 44 ABGB die Wortfolge ‚verschiedenen Geschlechtes‘, und im Eingetragene-Partnerschafts-Gesetz (EPG) die Wortfolgen ‚gleichgeschlechtlicher Paare‘ in § 1, ‚gleichen Geschlechts‘ in § 2 sowie die Ziffer 1 des § 5 Abs. 1“ aufgehoben werden.¹⁸ Für die 2009 mit dem EPG eingeführten „Eingetragenen Partnerschaften“ (die in der Folge aus Platzgründen nur als „EP“ bezeichnet werden) hat dies zweifellos zur Folge, dass sie fortan nicht nur von homosexuellen Paaren, sondern auch von zwei Personen verschiedenen Geschlechts eingegangen werden können. Gilt aber spiegelbildlich dasselbe für die Ehe? Wohl nicht, denn § 44 ABGB lautet nach Wegfall der vom VfGH aufgehobenen zwei Worte wie folgt:

„Die Familien-Verhältnisse werden durch den Ehevertrag gegründet. In dem Ehevertrage erklären zwey Personen ~~verschiedenen Geschlechtes~~ gesetzmäßig ihren Willen, in unzertrennlicher Gemeinschaft zu leben, Kinder zu zeugen, sie zu erziehen, und sich gegenseitigen Beystand zu leisten.“

Der VfGH ist also zu kurz gesprungen. Auch nach Wegfall der Wortfolge „verschiedenen Geschlechts“ ist der Ehevertrag als ein Vertrag definiert, in dem zwei Personen ihren Willen erklären, „Kinder zu zeugen“ und „sie zu erziehen“. Wohlgemerkt, und um Missverständnisse gar nicht erst aufkommen zu lassen: Der für die Ehe konstitutive Ehewille umfasst *alle* in § 44 ABGB genannten Eheziele, nicht nur einzelne davon; zudem ist ausdrücklich von der *Zeugung* von Kindern die Rede, und nicht davon, sie sich auf irgendeine andere Weise – etwa durch Adoption – zu verschaffen. Dass es sich um die angestrebte Zeugung *gemeinsamen* Nachwuchses handelt, dürfte sich von selbst verstehen.¹⁹

¹⁷ Dies zeigt sich unter anderem darin, dass in der laufenden Legislaturperiode bereits drei Initiativanträge (Anträge 9/A, 25/A und 97/A, jeweils XXVI. GP) eingebracht wurden, die angeblich auf eine beschleunigte Umsetzung der Entscheidung abzielen. Bei näherem Hinsehen erweist sich jedoch, dass es den Einbringern dieser Anträge in Wirklichkeit darum geht, das Erkenntnis „nachzubessern“ – und zwar insbesondere dadurch, dass der (aus ihrem Blickwinkel störende) Bezug auf die Zeugung und Erziehung von Kindern aus § 44 ABGB entfernt werden soll. Gerade dieses Bemühen um eine nochmalige Änderung des § 44 ABGB zeigt aber, dass die vom VfGH verfügte Änderung des Gesetzeswortlautes gerade auch von Befürwortern der gleichgeschlechtlichen „Ehe“ für unzureichend gehalten wird.

¹⁸ Vgl Rz 20 auf S 13 der Entscheidung.

¹⁹ Bisher jedenfalls wurde das Eheversprechen – bei traditionellen, verschiedengeschlechtlichen Ehen – noch nie als Versprechen ausgelegt, mit *dritten Personen* Kinder zeugen zu wollen. Aber selbst wenn, um dadurch die Inanspruchnahme reproduktionsmedizinischer Methoden abzudecken, die Bestimmung plötzlich in diesem Sinne ausgelegt würde, bliebe immer noch das Faktum bestehen, dass nur zwei Personen verschiedenen Geschlechts gemeinsam ein Kind zeugen können. Will sich ein homosexuelles Paar durch

Homosexuelle Paare können aber bekanntlich keine Kinder zeugen – nicht, weil *die Rechtsordnung* sie diskriminiert, sondern weil es von *der Natur* nicht vorgesehen²⁰ ist. Der Wille zweier Personen desselben Geschlechts, gemeinsam Kinder zu zeugen, richtet sich daher von Beginn an auf etwas *offenkundig Unmögliches*. Da aber etwas, das „geradezu unmöglich“ ist, nicht Gegenstand eines gültigen Vertrages werden kann,²¹ ist – dem VfGH-Erkenntnis zum Trotz – nicht zu sehen, wie ein Ehevertrag zwischen Personen desselben Geschlechts gültig zustande kommen soll. Anderenfalls wäre nunmehr eine auf ein offenkundig unmögliches Ziel gerichtete Willenserklärung zur formellen Voraussetzung für einen gültigen Rechtsakt geworden – eine in der österreichischen Rechtsordnung bisher beispiellose Absurdität.

Gewiss, der VfGH könnte diesen peinlichen Fehler ziemlich leicht dadurch beheben, dass er in einem neuerlichen Erkenntnis auch die Worte „Kinder zu zeugen, sie zu erziehen“ als verfassungswidrig aufhobe. Freilich würde dadurch dann auch eindeutig dokumentiert, worum es bei der „Ehe für alle“ in Wirklichkeit geht: Keineswegs um die Beseitigung einer willkürlichen Diskriminierung, sondern schlicht um eine *Neudefinition der Ehe*.²² Die homosexuelle Ehe setzt voraus, dass der bisher unumstrittene Hauptzweck der Ehe plötzlich nicht mehr als solcher anerkannt wird. Die Ausrichtung auf die Zeugung von Nachwuchs wäre demnach nicht mehr für die Ehe konstitutiv; es handelte sich dann allenfalls noch um eine „Option“, aber nicht um ein Wesensmerkmal. Was bliebe dann von der Ehe übrig? Letztlich wird sie auf „romantische Zweisamkeit“ reduziert, wobei sich aber schnell die Frage stellt, ob dann nicht auch dieses Kriterium, das Dreier- und Vierergruppen von der Ehe ausschließt, eine „Diskriminierung“ darstellt.²³

„Zeugung“ ein Kind verschaffen, so muss also *volens volens* einer der beiden Partner mit einer dem anderen Geschlecht zugehörigen Person ein Kind zeugen.

²⁰ Verfehlt ist demnach auch jede Parallele zwischen einem heterosexuellen Paar, das auf Grund einer Beeinträchtigung der Zeugungsfähigkeit eines der Partner kein Kind zeugen kann, und einem homosexuellen Paar. Bei ersterem mag ein behebbarer oder unbehebbarer Defekt vorliegen, das letztere ist (selbst bei bester Gesundheit beider Partner) *von Natur aus* zeugungsunfähig. Der von einem Teil der Lehre (zB von *Höllwerth* [Fn 12] mwN) vertretene Standpunkt, dass der grundsätzliche Wille bzw die Fähigkeit zur Zeugung gemeinsamen Nachwuchses für das Zustandekommen einer Ehe irrelevant sei, übersieht diesen bedeutsamen Unterschied. Aus dem klaren Wortlaut und Sinnzusammenhang des § 44 ABGB ergibt sich jedenfalls nicht die Irrelevanz dieses Kriteriums, sondern nur, dass allenfalls die Gültigkeit einer heterosexuellen Ehe im Falle der manifesten (und vorab bekannten) Zeugungsunfähigkeit in Zweifel gezogen werden könnte. Freilich erscheint die Praxis, bei einem heterosexuellen Paar grundsätzlich von dem Willen und der Fähigkeit zur Zeugung von Kindern auszugehen, nicht unangemessen: Anderenfalls müsste man ja vorab einen positiven Nachweis der Zeugungsfähigkeit einfordern.

²¹ Vgl § 878 ABGB.

²² Dementsprechend ist es auch irreführend, im gegebenen Zusammenhang von einer „Ehe für alle“ oder von der „Öffnung“ der Ehe zu sprechen, so als ob die bisherige Rechtslage irgendjemanden von der Möglichkeit, eine Ehe einzugehen, ausgeschlossen hätte: Tatsächlich war die Ehe immer schon „für alle“ offen: Jeder Mann und jede Frau im heiratsfähigen Alter durfte eine Ehe eingehen; nur war eine Ehe eben ein auf die Zeugung neuen Lebens ausgerichteter Bund zwischen Personen *verschiedenen Geschlechts*. Schlagwörter wie „Ehe für alle“ oder „Öffnung der Ehe“ dienen ganz offenkundig eher der Verschleierung als der Klärung des eigentlichen Diskussionsthemas.

²³ Dass eine Ehe nur von zwei (und nicht etwa auch von drei oder mehr) Personen geschlossen werden kann, gründet sich auf eine *Vorgabe der Natur* – nämlich, dass der Mensch in zwei Geschlechtern existiert, die einander ergänzen und sich nur gemeinsam fortpflanzen können. Wird dieser Vorgabe der Natur zum Trotz die Polygamie gestattet (die freilich keine „Ehe zu dritt“ ist, sondern nur bedeutet, dass ein Mann

Vorderhand bleibt allerdings alles beim Alten: Die Ehe ist eine Zeugungsgemeinschaft; somit steht sie – wenn nicht neben dem Wort „Ehe“ auch das Wort „zeugen“ seinen ursprünglichen Sinn eingebüßt hat – denknotwendig nur heterosexuellen Paaren offen. Dass der VfGH die „Öffnung“ der Ehe beabsichtigt hat, ist keine Frage;²⁴ entscheidend ist aber nicht die Absicht des Höchstgerichts²⁵, sondern nur der Wortlaut des (verbleibenden) Gesetzes – und dieser spricht dafür, dass der VfGH sein Ziel verfehlt hat. Falls es in Österreich einen Standesbeamten geben sollte, der – wie es in den Vereinigten Staaten die Bezirksrätin *Kim Davis* getan hat – die Beurkundung homosexueller „Ehen“ verweigern will, so könnte er sich jedenfalls auf gute Argumente stützen.

III. Die Entscheidungsgründe

A. Die „jüngere Rechtsentwicklung“ als Anlass für eine Judikaturwende

Der Urteilsspruch scheint dem Höchstgericht also arg misslungen zu sein – aber wie steht es um die Begründung der Entscheidung? Vielleicht findet sich dort eine wirklich schlüssige Argumentation, weshalb aus verfassungsrechtlicher Sicht plötzlich eine radikale Neudefinition der Ehe nicht nur zulässig, sondern sogar zwingend geboten ist?

Ein solcher Beweis dürfte allerdings schwer zu erbringen sein. Der VfGH selbst hat in zwei keineswegs lange zurückliegenden Entscheidungen die Auffassung vertreten, dass

„dem geltenden Verfassungsrecht nicht eine Prämisse unterstellt werden [kann], wonach verschiedengeschlechtliche Paare gleichgeschlechtlichen Paaren in jeder Hinsicht vergleichbar seien und dementsprechend rechtlich in jeder Weise gleich zu behandeln wären“²⁶

bzw

„es keine unzulässige Diskriminierung [darstellt], die Ehe Personen verschiedenen Geschlechts vorzubehalten“.²⁷

gleichzeitig mit mehreren Frauen verheiratet sein kann), so ist eine Abwertung der Frau die zwangsläufige Folge. Wird hingegen der Zusammenhang zwischen Ehe und gemeinsamer Fortpflanzung aufgegeben, so erscheint die Idee, dass eine Ehe nur zwischen zwei Personen möglich sein soll, letztlich wie eine willkürliche (und damit diskriminierende) Setzung.

²⁴ Diese Absicht geht allerdings weder aus dem Spruch noch aus der Begründung des Erkenntnisses hervor, sondern nur aus der vom VfGH veröffentlichten *Pressemittelung*. Auch ein Höchstgericht ist freilich an gewisse Formvorschriften gebunden; weder kann eine Presseerklärung eine vom VfGH angestrebte Veränderung der Rechtslage bewirken, noch stellt sie eine taugliche Basis für eine Interpretation eines Judikats dar, wenn dieses die Aussage der Presseerklärung nicht enthält.

²⁵ Nach völlig herrschender Auffassung ist bei der Auslegung von Gesetzestexten zunächst der Wortlaut des Gesetzes ausschlaggebend; nur wenn dieser Zweifel offenlässt, ist nach der Absicht *des Gesetzgebers* zu fragen. Der VfGH ist aber nun gerade *kein* Gesetzgeber; insofern muss man sich fragen, ob seiner Absicht überhaupt eine besondere Bedeutung beigemessen werden darf, zumal hier ja die Absichten des Höchstgerichts jene *des Gesetzgebers* offenkundig konterkarieren. Der von *Gitschthaler* und *Deixler-Hübner* (beide Fn 12) vertretene Standpunkt, die unter anderem von *Merckens* und *Mazal* (beide Fn 11) vorgeschlagene restriktive Auslegung des § 44 ABGB sei unzulässig, weil man „die augenscheinlichen Intentionen des VfGH“ nicht unterlaufen dürfe, führt daher zu einer völlig unbegründeten (und letztlich auch nicht begründbaren) Privilegierung der Intentionen des VfGH gegenüber jenen der Legislative.

²⁶ VfSlg 19.492/2011.

²⁷ VfSlg 19.865/2014.

Ganz offensichtlich bedürfte das nunmehrige Erkenntnis also dringend eines überzeugenden Narrativs, demzufolge irgendwann in den letzten drei Jahren eine grundlegende Änderung der Situation eingetreten wäre, die einen radikalen Wechsel des seinerzeit vertretenen Standpunkts notwendig erscheinen ließe. Diese Änderung muss aber wohl auf irgendeiner tatbestandlichen Ebene eingetreten sein, da sich auf der rechtlichen Ebene weder der Wortlaut des § 44 ABGB noch die als Prüfungsmaßstab heranzuziehenden Verfassungsbestimmungen verändert haben.

Folgte man dem VfGH, so läge eine solche Änderung der Verhältnisse in der „jüngeren Rechtsentwicklung“, die „unbeschadet noch vereinzelt bestehender Unterschiede zwischen den beiden Rechtsinstituten“ zu einer weitgehenden Angleichung der Ehe und der EP geführt habe. Der Hinweis ist recht allgemein gehalten; sinnvollerweise können hier aber wohl nur Entwicklungen gemeint sein, die seit dem März 2014 eingetreten sind – denn damals galt die überlieferte Definition der Ehe dem Höchstgericht ja noch als völlig verfassungskonform. Demnach kommt hier nur eine einzige Veränderung der Rechtslage in Betracht – nämlich jene, die der VfGH auch ausdrücklich hervorhebt:

„Die jüngere Rechtsentwicklung ermöglicht insbesondere eine gemeinsame Elternschaft auch gleichgeschlechtlicher Paare: Gleichgeschlechtliche Paare dürfen Kinder (gemeinsam) adoptieren (vgl. insbesondere die §§ 191 und 197 ABGB) und die zulässigen Formen medizinisch unterstützter Fortpflanzung gleichberechtigt nutzen [...]. Der Möglichkeit gemeinsamer Elternschaft entsprechend sind nach § 43 Abs 1 Z 27 EPG die gemeinsame Kinder betreffenden ehe- und kindschaftsrechtlichen Bestimmungen, die die Gestaltung der ehelichen Lebensgemeinschaft sowie die Voraussetzungen und Folgen der Auflösung oder Scheidung der Ehe regeln, nunmehr auch auf eingetragene Partner bzw. deren Kinder anwendbar [...].“²⁸

Dazu ist nun zunächst festzustellen, dass der Bundesgesetzgeber nur im Jahr 2009, als er das EPG in seiner ursprünglichen Fassung erließ, aus eigener Initiative gehandelt hat; alle späteren Angleichungen der EP an die Ehe können tatsächlich nicht auf den Willen des Gesetzgebers (und somit zumindest indirekt auf den demokratisch geäußerten Volkswillen) zurückgeführt werden, sondern nur auf die zuweilen etwas forciert anmutende Judikatur der Gerichte – und zwar vor allem des VfGH selbst. Die Frage, ob (und inwieweit) ein festzustellender Wandel des in einer Gesellschaft vorherrschenden Meinungsbildes eine hinreichende Grundlage für eine radikale Neuinterpretation verfassungsrechtlicher Normen darstellen kann, wenn sich diese Normen selbst gar nicht verändert haben, ist hier müßig: Denn im vorliegenden Fall kann man sich eben gerade *nicht* auf ein verändertes gesellschaftliches Meinungsbild berufen, wie es durch das Handeln des repräsentativen Gesetzgebers zum Ausdruck kommen kann.

Die „jüngere Rechtsentwicklung“ ist letztlich nur dem VfGH selbst zu verdanken: Mit einem Erkenntnis aus dem Jahr 2014,²⁹ das die gemeinsame Adoption von Kindern durch gleichgeschlechtliche Paare ermöglichte, hat er *selbst* jene Rechtslage

²⁸ Vgl Rz 12 auf S 10 der Entscheidung.

²⁹ VfSlg 19.942/2014.

geschaffen, die ihm nunmehr plötzlich verfassungswidrig und korrekturbedürftig scheint. Augenfällig ist auch eine gewisse Inkonsistenz: Nachdem er zunächst in einer ganzen Serie von Entscheidungen die *Verschiedenheit der rechtlichen Ausgestaltung* von Ehe und EP moniert und schrittweise beseitigt hat, nimmt er in seinem Prüfbeschluss urplötzlich den genau entgegengesetzten Standpunkt ein: Durch die inhaltliche Angleichung der Rechtsinstitute werde das (vermeintliche) Diskriminierungsproblem nicht gelöst (– warum wurde sie dann aber vom VfGH so energisch betrieben? –), da selbst bei einer völligen inhaltlichen Gleichschaltung immer noch die unterschiedliche Bezeichnung der beiden Rechtsinstitute diskriminierende Auswirkungen haben könne; es gehe demnach gar nicht um die unterschiedlichen Regelungsinhalte, sondern nur um die unterschiedliche *Bezeichnung*. In der nunmehr ergangenen Entscheidung wird jedoch die unterschiedliche Bezeichnung beider Rechtsinstitute (sowie diese selbst) weiterhin aufrechterhalten; stattdessen soll eine noch stärkere inhaltliche Angleichung – diesmal im Hinblick auf den Adressatenkreis – erreicht werden.

Das Narrativ erweist sich also als völlig selbstreferenziell (nicht die Gesellschaft hat ihren Standpunkt geändert, sondern nur – dafür aber gleich mehrmals – der VfGH). Nur die vom VfGH verfolgte *gesellschaftspolitische Zielsetzung* ist über die Jahre immer dieselbe geblieben, aber seine Argumente ändern sich je nach Tagesbedarf und folgen keiner klaren Linie.

Folgte man der Argumentation des VfGH, dann wäre die bisherige (von ihm selbst noch vor Kurzem als verfassungskonform bezeichnete) Definition der Ehe paradoxerweise *just dadurch* verfassungswidrig geworden, dass „die Rechtsentwicklung“ (dh: vor allem der VfGH selbst) homosexuellen Paaren neue Rechte verschafft hat, die sie vorher nicht hatten; hätte der Gesetzgeber das EPG nicht erlassen und wäre dieses in weiterer Folge nicht vom VfGH immer mehr an die Ehe angeglichen worden, dann würde nach dieser Logik auch heute noch keine verfassungswidrige Ungleichbehandlung vorliegen. Demnach wäre es gerade der Kampf gegen (vermeintliche) Diskriminierungen, der immer neue (vermeintliche) Diskriminierungen hervorbrächte.

Der Hinweis auf die „jüngere Rechtsentwicklung“ hat also einen gewissen Beigeschmack, der nicht jedem gefallen dürfte. Darüber hinaus wirft der vom VfGH gebrauchte Begriff der „gemeinsamen Elternschaft“ gleichgeschlechtlicher Paare jedoch auch ein grundsätzliches Problem auf, das man nicht mehr als bloße Geschmacksfrage abtun kann. Von einem rein naturwissenschaftlichen Standpunkt her ist nämlich die Aussage, es sei nunmehr eine „gemeinsame Elternschaft“ zweier Personen desselben Geschlechts möglich, *offenkundig unzutreffend*. Kein Gesetzesbeschluss und kein Gerichtsurteil der Welt können jemals etwas an der Tatsache ändern, dass jedes Kind einen biologischen Vater und eine biologische Mutter hat. Auch auf die Kinder, die gegebenenfalls von homosexuellen Paaren adoptiert oder in ihrem Auftrag im Reagenzglas gezeugt werden, trifft dies zu; jedes Kind, das bei einem homosexuellen Paar aufwächst, ist damit technisch gesehen entweder eine Voll- oder (zumindest) eine Halbwaise, weil (mindestens) einer der beiden Partner nicht sein tatsächlicher Elternteil ist. Diese Tatsache ist auch aus grundrechtlicher Sicht von Bedeutung, wenn man sich vor Augen hält, dass Art 7 der UN-Kinderrechtskonvention (UN-KRK) ausdrücklich das Recht jedes Kindes schützt, „seine Eltern zu kennen und von ihnen betreut zu werden“. Wenn nun diese Bestimmung nicht jedes Sinngelalts

beraubt werden soll, dann können hier mit „seinen Eltern“ nur die *tatsächlichen* – biologischen – Eltern gemeint sein, nicht dritte Personen, die von einem Gesetzgeber nach freiem Gutdünken (im Sinne von: „Ab heute sind Herr A und Herr B als ‚Eltern‘ des Kindes X zu betrachten“) so bezeichnet werden. Und der in der Bestimmung enthaltene Hinweis, dass dieses Recht nur „soweit möglich“ bestehe, ist nur als Anerkenntnis des Umstandes zu sehen, dass schicksalhafte Umstände der Kenntnis der tatsächlichen Eltern bzw der Betreuung durch sie in die Quere kommen können, weshalb in solchen Situationen die Adoption des Kindes eine legitime Problemlösung darstellen kann. Das *absichtliche* Herbeiführen einer Situation, in der dem Kind die Kenntnis eines oder beider Elternteile von vornherein entzogen wird, ist aber fraglos eine Menschenrechtsverletzung, selbst wenn dies tragischerweise von den dafür zuständigen Institutionen nicht immer erkannt wird.³⁰

Pointiert könnte man nun sagen: Die „traditionelle“ Ehe ist jene Institution, die die in Art 7 UN-KRK definierten Rechte des Kindes am besten zu schützen geeignet ist, was in den meisten Fällen auch tatsächlich gelingt. Die gleichgeschlechtliche Ehe leistet dies nicht, sondern bewirkt – wie gerade die leichtfertige und unkritische Rede von der „gemeinsamen Elternschaft gleichgeschlechtlicher Paare“ zeigt – die schleichende Auflösung dieser Rechte. Die eine Institution schützt Menschenrechte, die andere scheint ihnen geradezu entgegenzulaufen, da sie fast zwangsläufig zum Postulat eines (notfalls mithilfe von Leihmutterchaft und ähnlichen Praktiken durchzusetzenden) „Rechts auf homosexuelle Elternschaft“ führt, das in Wirklichkeit ein Recht auf *den Zugriff auf die Kinder anderer Leute* wäre.

³⁰ Dies ist insbesondere bei der „auf Bestellung“ eines homo- oder heterosexuellen Paares erfolgenden Zeugung eines Kindes mithilfe „gespenderter“ Keimzellen der Fall, da hier von Anfang an beabsichtigt wird, dem Kind die Kenntnis seiner eigentlichen Eltern vorzuenthalten. Im Extremfall kann es hier – wie beispielsweise in der Fallkonstellation, die einer kürzlich ergangenen Entscheidung des EGMR zugrunde lag – zu neuen Formen eines regelrechten Menschenhandels kommen: Ein italienisches Paar reiste nach Moskau und kaufte dort für ca 50.000 Euro ein in einer Reproduktionsklinik auf seine Bestellung hin angefertigtes Kind, mit dem keiner der beiden „Wunscheltern“ verwandt war. In einer Kammerentscheidung hat der Gerichtshof zunächst entschieden, dass sich in den wenigen Wochen, in denen sich das Kind in der Obhut seiner „Bestelleltern“ befunden hatte, ehe es diesen durch eine Entscheidung der italienischen Behörden entzogen und in einem Kinderheim untergebracht wurde, eine „*De-facto*-Familienbeziehung“ entwickelt habe, weshalb die von den Behörden getroffenen Maßnahmen als Verletzung von Art 8 EMRK zu qualifizieren sei. Diese Entscheidung wurde in weiterer Folge zwar durch eine Entscheidung einer Großen Spruchkammer revidiert; dies aber vor allem mit der Begründung, dass die Obhut der beiden Beschwerdeführer über das Kind vielleicht doch etwas zu kurz gedauert habe, um von einer „*De-facto*-Familienbeziehung“ sprechen zu können (so dass nicht auszuschließen ist, dass in einem ähnlich gelagerten Fall bei verzögerter Intervention der Behörden die „Wunscheltern“ tatsächlich das Recht erwerben können, ein gekauftes Kind auch behalten zu dürfen). Der Umstand, dass hier ein Kind quasi auf Bestellung angefertigt und verkauft wurde, war keiner der beiden mit dem Fall befassten Spruchinstanzen eine kritische Bemerkung wert. Letztlich war aber die von den italienischen Behörden getroffene Entscheidung, das Kind der Obhut seiner beiden „Bestelleltern“ (die man zutreffender wohl als „Käufer“ bezeichnen müsste!) zu entziehen und zur Adoption durch ein anderes Paar freizugeben, die *einzig vertretbare* Lösung, da ein Belassen des Kindes in der Obhut dieser „Bestelleltern“ *de facto* der Legalisierung des Menschenhandels „im Namen der Menschenrechte“ gleichgekommen wäre. Selbst wenn man – wie der EGMR (im Gegensatz zum Autor dieser Zeilen) – ein Interesse des Kindes am Verbleib bei den „Bestelleltern“ annähme, würde jedenfalls das öffentliche Interesse an der Unterbindung dieser neuen Form des Menschenhandels eindeutig überwiegen. (EGMR 24.01.2017, 25358/12 [Paradiso und Campanelli/IT]; lesenswert ist hier vor allem die *concurring opinion* der Richter *De Gaetano, Pinto de Albuquerque, Wojtyczek* und *Dedov*).

Mindestens muss man also feststellen, dass der VfGH, wenn er von einer „gemeinsamen Elternschaft gleichgeschlechtlicher Paare“ spricht, einen Begriff der „Elternschaft“ impliziert, der sich vom normalen Sprachgebrauch deutlich unterscheidet und – bisher wenigstens – auch von der Rechtsordnung nicht einfach als Normalfall angesehen wird. Die Eltern-Kind-Beziehung ist hier ganz offensichtlich nicht mehr eine Grundtatsache des Lebens, die der Rechtsordnung vorgegeben und von ihr anzuerkennen und zu schützen ist, sondern sie ist entweder (a) eine soziale „Rolle“ oder (b) schlicht ein willkürliches juristisches Konstrukt. Beides ist freilich nicht dasselbe und man würde in einem Erkenntnis von derart grundlegender Bedeutung doch gerne lesen, welchen dieser Zugänge der VfGH sich denn nun zu Eigen machen will.

Es gilt zu unterscheiden. Die „Elternschaft“ als soziale Rolle ist letztlich eine bloße Metapher, deren Aussagekraft vom „wirklichen“ Begriff der Elternschaft abhängig ist und diesen voraussetzt: Wenn wir von jemandem sagen, er oder sie verhalte sich „wie ein Vater“ bzw. „wie eine Mutter“, so setzt dies einerseits voraus, dass es Leute gibt, die *tatsächlich* Vater bzw. Mutter sind – und impliziert andererseits, dass die betreffende Person eben gerade *nicht* der Vater bzw. die Mutter ist. Mithin kann (im Einzelfall) zwar behauptet werden, dass ein homosexuelles Paar sich „wie Eltern“ um ein Kind kümmert, nicht aber, dass es *tatsächlich* zu „gemeinsamer Elternschaft“ fähig ist.

Wird die Elternschaft hingegen à la *Humpty Dumpty*³¹ als willkürliches Begriffs-konstrukt aufgefasst, das von einem Gesetzgeber (oder auch einem Höchstgericht) jederzeit durch ein anderes Konstrukt ersetzt werden kann, so erübrigt sich eigentlich jede weitere Diskussion: Die Rechtsordnung ist dann von der Wirklichkeit völlig abgelöst; sie erschafft sich ihre eigene Kunstwelt, in der auch offenkundige Inkonsistenzen und Tatsachenwidrigkeiten niemanden stören müssen. Die Frage ist aber, ob dieser radikale Interpretationsansatz nur speziell für den Begriff der Elternschaft oder der Ehe gilt, weil anders das rechtspolitische Ziel der „Öffnung der Ehe“ nicht erreicht werden kann, oder ob dieser Begriffspositivismus nunmehr allgemein als der verbindliche Standard bei der Auslegung von Gesetzen anzusehen ist.

Das Erkenntnis zur „Ehe für alle“ betrifft also keineswegs nur den Themenkreis Ehe und Familie, sondern wirft Fragen hinsichtlich der grundlegenden rechtstheoretischen Ansätze auf, die vom VfGH impliziert, aber nicht ausdrücklich zur Sprache gebracht oder plausibel begründet werden. Dabei geht es nicht um den simplifizierenden Gegensatz zwischen „Rechtspositivismus“ und „Naturrecht“. Die im vorliegenden Beitrag vertretene Auffassung, dass eine angestrebte „Eheschließung“ zwischen gleichgeschlechtlichen Paaren nichtig ist, wenn sie eine auf etwas „geradezu Unmögliches“ gerichtete Willenserklärung zur formellen Voraussetzung hat, ist durchaus „positivistisch“, da sie sich auf das positive Gesetz (nämlich § 878 ABGB) stützen kann; sie ist gerade auch aus einer „rechtspositivistischen“ Perspektive wesentlich besser begründet als die Gegenposition, die die offenbar zutage liegende Inkongruenz zwischen § 44 ABGB (Erfordernis der Willenserklärung, Kinder zu zeugen, als Formvoraussetzung für eine gleichgeschlechtliche Ehe) und § 878 ABGB (Unwirksamkeit einer auf etwas „geradezu Unmögliches“ gerichteten Erklärung) nicht wahrhaben will bzw. die den Willen und die

³¹ „When I use a word, it means just what I choose it to mean—neither more nor less“ – *Lewis Carroll* (*Charles L. Dodgson*), *Through the Looking-Glass* (1934) Kapitel 6, 205.

Fähigkeit zur Zeugung von Kindern kurzerhand, und in klarem Widerspruch zum Wortlaut des Gesetzes, für irrelevant erklärt. Zugleich aber wendet sie sich gegen jenen Begriffspositivismus („Elternschaft ist, was immer wir so bezeichnen“), wie er in der Argumentation des VfGH stellenweise zum Vorschein kommt.

Zu diesem Begriffspositivismus ist freilich anzumerken, dass der VfGH ja gerade nicht auf eine vom Gesetzgeber gesetzte Definition rekurriert, sondern nur auf eine von ihm selbst vorgenommene Setzung – nämlich die, dass „Elternschaft“ nunmehr auch das artifizielle Konstrukt einer „gemeinsamen homosexuellen Elternschaft“ erfassen soll. Das ist eigentlich schon keine rechtspositivistische Auslegungsmethode mehr, sondern schlicht ein institutioneller Machtanspruch: *Meine* Begriffssetzungen sind zu berücksichtigen, *deine* nicht. Weshalb die eine Setzung richtiger sein soll als die andere, erschließt sich daraus aber nicht.

Der „Positivismus“ in der Argumentation des VfGH ist also, wenn überhaupt, sehr selektiv, was sich auch daran zeigt, dass er gewisse Rechtsvorschriften, sofern diese der eigenen Position in die Quere kommen könnten, schlicht ignoriert. Ein stringenter Rechtspositivismus, der sich an einem blinden Festhalten an der vom institutionellen Gesetzgeber gesetzten Norm manifestiert, ohne nach dessen ethischen Implikationen zu fragen (etwa im Sinne von: „Wenn der Gesetzgeber eine bestimmte ethnische Gruppe als rassistisch minderwertig definiert, dann sind sie es eben“) wäre immer noch besser als eine Rechtsprechung, die losgelöst von den Intentionen des Gesetzgebers auf den willkürlichen Begriffssetzungen des rechtsprechenden Organs (im Sinne von: „Für uns hat X ab sofort die Bedeutung Y“) beruhte.

Davon abgesehen ist aber festzuhalten, dass auf beiden Seiten, von Befürwortern wie von Gegnern der gleichgeschlechtlichen Ehe, eher „naturrechtlich“ als „rechtspositivistisch“ argumentiert wird. Die Frage ist nur, welche der sich als „naturrechtlich“ ausgebenden Positionen besser begründet ist. Die Befürworter operieren mit einem sehr vagen, weitgefassten Gleichsetzungspostulat, demzufolge jene offenkundigen Unterschiede, die uns gestern noch bedeutsam schienen, heute irrelevant sein sollen. Sie übersehen dabei, dass der Gleichheitssatz, wenn man ihn nicht sehr sorgfältig handhabt, zur willkürlichen Gleichsetzung von allem mit jedem herangezogen werden kann. Die Gegner aber pochen auf die Relevanz ebendieser Unterschiede bzw darauf, dass Vergleiche und Gleichsetzungen nur dann zu sinnvollen Ergebnissen führen können, wenn zuvor die richtigen Vergleichskriterien gewählt werden. Von einer soliden naturrechtlichen Argumentation ist dementsprechend eine „naturalistische“ Argumentationsweise zu unterscheiden, die ganz einfach alles, was in der freien Wildbahn (oder, wie im Fall „homosexueller Elternschaft“, in unserer technisch hochentwickelten Zivilisation) vorkommt, schon allein auf Grund seiner schieren Existenz für „naturgemäß“ und damit normbegründend hält. Im Gegenteil: Das Kriterium der „Natürlichkeit“ oder „Naturgemässheit“ setzt ja gerade voraus, dass *nicht* alles, was in der Natur anzutreffen ist, zugleich auch der Natur gemäß ist; ansonsten wäre die Unterscheidung zwischen „naturgemäß“ und „nicht naturgemäß“ *per se* sinnlos.

In einem Kuriositätenkabinett habe ich einmal ein ausgestopftes Kalb gesehen, das zwei Köpfe hatte. Weshalb aber scheint uns ein zweiköpfiges Kalb kurios? Wirklich nur deswegen, weil so etwas eher selten vorkommt? Oder nicht doch auch deswegen, weil es von unserem Wissen, wie ein Kalb beschaffen sein soll, abweicht? Wenn es

der Natur eines Kalbes entspricht, mit (nur) einem Kopf zur Welt zu kommen, dann ist ein zweiköpfiges Kalb nicht bloß eine Kuriosität, sondern eine Anomalie. Und es bliebe auch dann eine Anomalie, wenn auf Grund eines Umweltereignisses in einer bestimmten Gegend plötzlich ein Drittel oder die Hälfte aller Kälber mit zwei Köpfen auf die Welt käme.

Dementsprechend gilt es zu unterscheiden. Wenn einerseits ausnahmslos *jeder* von uns von einem Vater und einer Mutter abstammt, während andererseits *noch nie* ein Kind von zwei Personen desselben Geschlechts gezeugt wurde, dann ist davon auszugehen, dass der naturgemäße Zweck der geschlechtlichen Vereinigung in der Fortpflanzung liegt und dass naturgemäß eine Familie aus einem Vater, einer Mutter und ihren Kindern besteht. Abweichungen (zB Familien, in denen ein Elternteil fehlt, kinderlose Ehepaare, „Patchworkfamilien“ etc) können existieren, sind aber nicht normbegründend. Dementsprechend ist es auch klar, dass eine Ehe – zumal wenn (wie in § 44 ABGB) der gemeinsame „Wille, Kinder zu zeugen“ im Gesetz ausdrücklich als Ehezweck anerkannt ist – nur aus einem Mann und einer Frau bestehen kann. Die abweichende Auffassung, wonach der Wille (und mithin auch die naturgemäße Fähigkeit) zur Zeugung von Kindern für das Zustandekommen einer Ehe irrelevant sein soll, ist damit verfehlt – und sie wäre es auch dann, wenn sie nicht mehr nur von einem Teil der Lehre, sondern mehrheitlich vertreten würde. Wer einen solchen Standpunkt einnimmt, der macht – *contra legem* – aus der Ehe ganz einfach etwas anderes, als sie ist.

Vielleicht hilft ein einfacher Vergleich, diese Unterscheidung zu verstehen. Einen Gegenstand, der vier Räder, ein Lenkrad, einen Motor, eine Fahrgastkabine, einen Kofferraum und eine Hupe hat, würden wir alle als Auto bezeichnen – und zwar auch dann, wenn der Motor kaputt ist und das Auto nicht fahren kann. Eine Blechkiste, die über keine Räder und kein Lenkrad, sondern über eine rotierende Trommel und einen Anschluss an die Wasserleitung verfügt, und die sich bei bestimmungsgemäßem Gebrauch zum Waschen schmutziger Wäsche eignet, mag mit einem schadhafte Auto die Eigenschaft gemeinsam haben, dass man sich mit ihm *nicht* fortbewegen kann, wird damit aber trotzdem nicht zu einem Auto. Warum? Weil für das Auto seine Fortbewegungsfunktion und für die Waschmaschine die Waschfunktion naturgemäß ist – und zwar so sehr, dass beides ganz *unabhängig* davon, ob die jeweilige Funktion im konkreten Einzelfall auch erfüllt wird, *durch sie definiert wird*. Ein Auto ist als Fortbewegungsmittel definiert, eine Waschmaschine als Maschine, mit der man Wäsche wäscht. In Analogie dazu ist die Ehe eben als Lebensgemeinschaft, in der man gemeinsamen Nachwuchs zeugt, definiert. Wer an dieser Definition etwas ändert, der lässt nur das Wort „Ehe“ fortbestehen; die damit gemeinte Institution aber schafft er ab und ersetzt sie durch etwas anderes – so als würde das Wort „Auto“ nunmehr eine Waschmaschine meinen. Wem soll eine solche Substitution der Begriffsinhalte nützen?

Homo- und heterosexuelle Beziehungen unterscheiden sich – und mit dieser banalen Feststellung ist noch keine Abwertung verbunden. Aus diesem Grund ist letztlich auch aus dem Umstand, dass es eine mehr oder weniger große Anzahl von Ehepaaren gibt, denen die Fortpflanzung (aus welchem Grund auch immer) nicht gelingt oder die sie vielleicht – im Gegensatz zu der gemäß § 44 ABGB abgebenen

Erklärung – gar nicht anstreben, kein tragfähiges Argument zugunsten der rechtlichen Anerkennung homosexueller „Ehen“ und „Familien“ zu gewinnen.

B. Implikationen für den Gleichheitsgrundsatz

Notwendigerweise bleibt der Interpretationsansatz, der Begriffe wie „Ehe“, „Familie“, und „Elternschaft“ wahlweise als bloße Metapher für bestimmte soziale Verhaltensweisen oder gar als rein willkürliche Setzungen ansieht, auch für die Anwendung des Gleichheitssatzes nicht ohne Folgen. Im ersteren Fall ergeben sich für mögliche Gleichstellungsforderungen bereits sehr weite Argumentationsspielräume; dementsprechend kann dann jede (tatsächliche oder behauptete) emotionale Nahebeziehung flugs als „Familienleben“ gedeutet werden.³² Im letzteren Fall stellt sich schon die Frage, ob nicht auch der Begriff „Gleichheit“ eine bloß willkürliche Setzung ist, so dass alles als „gleich“ zu gelten hat, was der Gesetzgeber nach seinem freien Gutdünken als „gleich“ definiert: Äpfel können dann gleich Birnen sein, Hunde gleich Katzen. Dann würde der Sinn des Gleichheitssatzes freilich nicht mehr in der Gleichbehandlung des Gleichen, sondern in der Gleichsetzung des Ungleichen liegen. Das wäre nicht mehr die ursprüngliche Bedeutung des Gleichheitsgrundsatzes, sondern das genaue Gegenteil davon.

Nach klassischem Verständnis fordert der Gleichheitssatz, Gleiches gleich zu behandeln. Seine Anwendung erfordert daher, dass man zunächst die Feststellung trifft, dass zwei Tatbestände einander gleichen. Da kaum jemals zwei Lebenssachverhalte einander vollkommen gleichen werden, genügt es, dass sie sich in Bezug auf jene Kriterien gleichen, die für die in Betracht kommende Rechtsfolge relevant sind. Bei jedem Gleichheitsargument ist daher die Auswahl des *tertium comparationis* von entscheidender Bedeutung. Um beim Beispiel der Ehe zu bleiben: Wenn ein Mann und eine Frau einander heiraten wollen, dann wäre zB ein Gesetz, das ihnen auf Grund unterschiedlicher Rassezugehörigkeit die Eheschließung verbietet, diskriminierend; der wesentliche Zweck der Ehe impliziert nämlich Verschiedengeschlechtlichkeit, aber nicht Rassegleichheit.³³ Eine ganz andere Frage ist es aber, ob die sexuelle Beziehung zwischen einem Mann und einer Frau wirklich *das gleiche* ist wie die sexuelle Beziehung zwischen zwei Personen desselben Geschlechts. Es mag Einzelaspekte geben, in denen eine solche Gleichheit behauptet (wenn auch nicht bewiesen) werden kann;³⁴ dabei handelt es sich aber auch im besten Fall eben nur um Einzelaspekte, nicht um das große Ganze. Für die Ehe insgesamt von weit größerer Bedeutung – und

³² Wie zB in der (später aufgehobenen) Kammerentscheidung des EGMR 24.01.2017, 25358/12 (Paradiso und Campanelli/IT).

³³ Ein solches Gesetz gab es zB im US-Bundesstaat Virginia, bis es vom US Supreme Court 1967 durch das Urteil *Loving v Virginia*, 388 U.S. 1 aufgehoben wurde. Von interessierter Seite wird heute häufig (aber zu Unrecht) argumentiert, die Beschränkung des Zugangs zur Ehe auf verschiedengeschlechtliche Paare sei im Grunde dasselbe wie die seinerzeitige Diskriminierung gemischtrassiger Paare. Hier wird geflissentlich übersehen, dass im einen Fall tatsächlich jemandem (aus zweifellos verwerflichen Gründen) der Zugang zur Ehe verweigert wurde, während es im anderen Fall um die ganz anders gelagerte Frage geht, was unter einer Ehe überhaupt zu verstehen ist.

³⁴ Etwa, wenn man auf die emotionale Beziehung – die „Liebe“ – zwischen den beteiligten Personen abstellt; siehe dazu im Folgenden.

darüber hinaus objektiv verifizierbar – ist aber, dass die heterosexuelle Beziehung von Natur aus für die Zeugung von Nachwuchs offen ist, die homosexuelle hingegen nicht. Der Unterschied scheint sehr bedeutsam, da der erstere Beziehungstypus für die Zukunftsfähigkeit der Gesellschaft unverzichtbar ist, während der letztere – was immer man sonst dazu sagen mag – keinen vergleichbaren Beitrag zum Fortbestand der Gemeinschaft leistet: Staat und Gesellschaft sind für ihr Fortbestehen auf eine möglichst große Anzahl funktionierender und fruchtbarer Ehen zwischen Mann und Frau angewiesen, was über homosexuelle „Ehen“ nicht in gleicher Weise gesagt werden kann. Wer die Gleichheit beider Beziehungsformen behauptet, lässt also, um zu dem von ihm gewünschten Ergebnis zu kommen, einen wesentlichen Ehezweck kurzerhand unter den Tisch fallen und unterzieht die Institution somit einer willkürlichen Neudefinition. Das *tertium comparationis* war bisher (und ist, wie gezeigt, auch weiterhin) der Wille und die Fähigkeit zu gemeinsamer Fortpflanzung – insofern ist auch klar, dass, solange dieser Nexus besteht, eine homosexuelle „Ehe“ nicht zustande kommen kann. Wird dieser Nexus aber aufgegeben, so ist völlig unklar, welches andere Kriterium sinnvollerweise für den Zugang zur Ehe herangezogen werden könnte. „Liebe“ ist eine Emotion; sie ist als solche weder wäg- noch messbar. Und auch die Festlegung auf die Zweizahl der Ehepartner erscheint, wenn man den Bezug zur gemeinsamen Fortpflanzung (die nach den Vorgaben der Natur eben nur zwei Personen verschiedenen Geschlechts möglich ist) erst einmal entfallen lässt, wie eine völlig willkürliche Setzung, von der nicht anzunehmen ist, dass sie einer Prüfung unter Gleichbehandlungsgesichtspunkten standhalten kann. Unter demselben Gesichtspunkt wäre dann auch zu fragen, ob Geschwister oder Verwandte in auf- bzw absteigender Linie weiterhin vom Recht, miteinander eine Ehe einzugehen, ausgeschlossen bleiben können. Es ist allzu billig, die bisherige – auf den Willen und die Fähigkeit zu gemeinsamer Fortpflanzung abstellende – Definition der Ehe als „gleichheitswidrig“ zu denunzieren, wenn man selbst keine sinnvolle Antwort auf die Frage anbietet, wodurch die Ehe denn eigentlich sonst definiert werden soll. Hier hätte der VfGH eine Bringschuld zu erfüllen.

Wieder eine andere Frage ist, ob und inwieweit die Ehe und die EP einander in Bezug auf ihre rechtliche Ausgestaltung gleichen. Hier reden wir aber weder von den rechtsunterworfenen *Personen* (die ja unbestritten vor dem Recht alle gleich sein sollen), noch von den zu regelnden *Tatbeständen*, in die diese Personen involviert sein können, sondern begeben uns wieder auf eine andere Ebene: die der daran anknüpfenden *Rechtsfolgen*. Der Gleichheitsgrundsatz impliziert, dass an gleiche Tatbestände gleiche Rechtsfolgen geknüpft sein müssen; er besagt aber nicht, dass unterschiedliche Tatbestände einander gleichen oder dass alle Tatbestände – gleiche und verschiedene – mit denselben Rechtsfolgen zu verknüpfen sind. Ehe und EP sind rechtliche Institutionen; als solche können sie aber nicht selbst Träger von Rechten oder Gleichbehandlungsansprüchen sein. Auch handelt es sich um *unterschiedliche* Institutionen, die – zumindest nach dem Willen des Gesetzgebers – an *unterschiedlichen* Sachverhalten anknüpfen sollten. Der VfGH scheint dies nun in doppelter Weise konterkarieren zu wollen, indem er einerseits bereits seit Jahren (oder genauer gesagt, seitdem die EP im Jahr 2009 das Licht der Welt erblickte) die Angleichung beider Institutionen im Hinblick auf die Rechtsfolgen, und nunmehr, mit dem hier zu besprechenden Erkenntnis, auch im Hinblick auf die tatbestandlichen Anknüpfungs-

punkte anstrebt. Wer aber die Gleichstellung von Ehe und EP fordert, der könnte genauso gut die Gleichbehandlung (im Hinblick von Regelungssachverhalt, Rechtsfolgen und Bezeichnung) von Kauf und Tausch, von Miete und Pacht, von Darlehen und Leihe, oder von Personen- und Kapitalgesellschaften fordern. Dies wäre allerdings keine sinnvolle Rechtspolitik; vielmehr scheint gerade die Vielzahl der genannten Rechtsinstitute dem guten Zweck zu dienen, verschiedene Lebenssachverhalte in verschiedener, jedoch sachadäquater Weise zu regeln.

Bei der Lektüre des VfGH-Erkenntnisses zur „Ehe für alle“ fragt man sich daher mitunter, ob das Höchstgericht nicht zwischen den verschiedenen Ebenen der von ihm angestellten Vergleiche ein wenig die Orientierung verloren hat.

Die Beweiskette beginnt mit einem Vergleich zwischen Ehe und EP: die erstere, so erfährt man, sei „zumindest der Möglichkeit nach auch auf Elternschaft hin ausgerichtet“, die letztere nicht.³⁵ Dass dieser Unterschied auf der Ebene der Rechtsfolgen letztlich mit einem Unterschied auf der Tatsachenebene korreliert – ein Mann und eine Frau können gemeinsam Eltern eines Kindes werden, zwei Männer bzw zwei Frauen können es nicht –, dürfte dem VfGH natürlich bekannt sein, wird von ihm aber stillschweigend übergangen. So stolpert er in eine selbstgestellte logische Falle, indem er sein Argument darauf aufbaut, dass „gleichgeschlechtlichen Paaren lange Zeit gerade keine gemeinsame Elternschaft möglich war“³⁶. Hier wird unvermittelt von der Tatsachenebene auf die Rechtsfolgenebene gewechselt. Man täusche sich nicht: Die „Elternschaft“, von der hier die Rede ist, ist keine Tatsache, sondern ein rechtliches *Konstrukt*, die Rechtsfolge einer (ihrerseits durchaus hinterfragbaren) VfGH-Entscheidung. Auf der reinen Tatsachenebene ist hingegen alles genau gleich geblieben: Gleichgeschlechtliche Paare können nach wie vor keine Kinder zeugen.

Im darauffolgenden Absatz heißt es sodann:

„Indem der Gesetzgeber nach der geltenden Rechtslage Ehe und eingetragene Partnerschaft und folglich auch verschieden- und gleichgeschlechtliche Paare dadurch separiert, dass er für die staatliche Anerkennung ihrer Verbindung verschiedene – wenn auch in den Rechtsfolgen im Wesentlichen gleich gestaltete – Institute vorsieht, kommt in vielfältigen Lebenskonstellationen sichtbar zum Ausdruck, dass zwar eingetragene Partnerschaft und Ehe im Hinblick auf Rechtsbeziehung und Rechtsfolgen vergleichbar sind, diese Institute aber an sich ungleiche Verbindungen erfassen.“³⁷

Man kennt sich nicht mehr so recht aus. In der Tat, EP und Ehe sind (nicht zuletzt dank wiederholter Interventionen des VfGH selbst) „im Hinblick auf Rechtsbeziehung und Rechtsfolgen vergleichbar“. Da sie aber – wie hier ebenfalls, und ganz richtig, festgestellt wird – „an sich ungleiche Verbindungen erfassen“, nämlich einerseits die fruchtbare Verbindung zwischen Mann und Frau bzw andererseits die naturgemäß sterile Verbindung zwischen zwei Personen desselben Geschlechts, könnte man sich

³⁵ Vgl Rz 14 auf S 11 der Entscheidung.

³⁶ Vgl Rz 14 auf S 11 der Entscheidung.

³⁷ Vgl Rz 15 auf S 11 der Entscheidung.

die Frage stellen, ob diese weitgehende Gleichheit³⁸ der Rechtsfolgen tatsächlich angemessen ist. Das Ganze ist in indikativische Formulierungen gefasst, und liest sich daher wie eine zutreffende Beschreibung der Rechtslage.

So ist es aber vielleicht gar nicht beabsichtigt. Vielmehr scheint der VfGH in diesem Absatz eine subjektive Überzeugung des historischen Gesetzgebers beschreiben zu wollen, die er selbst, der VfGH, für nicht mehr zeitgemäß hält. Wenn aber dies die Absicht war, dann hätten diese Passagen korrekterweise in den Konjunktiv gesetzt werden müssen: „[...], dass EP und Ehe im Hinblick auf Rechtsbeziehung und Rechtsfolgen vergleichbar seien“ etc.

Der Unterschied zwischen Indikativ und Konjunktiv ist heute offenbar auch unter Spitzenjuristen nicht mehr geläufig. So bleibt der Leser etwas verwirrt zurück: Wenn der VfGH der Meinung ist, dass Ehe und EP tatsächlich unterschiedliche Verbindungen in vergleichbarer Weise regeln, dann liegt das Gerechtigkeitsproblem (wenn es denn eines gibt) wohl *nicht in der Ungleichheit der Rechtsfolgen*, sondern allenfalls in deren *zu großer Ähnlichkeit*. Ist er aber der Auffassung, dass die von Ehe und EP erfassten Verbindungen einander gleichen, dann ist ihm hier nicht nur ein grammatikalischer Fehler unterlaufen, sondern er hat neuerlich Tatsachen und Rechtsfolgen miteinander verwechselt.

Nur dann, wenn die im vorangehenden Absatz als „an sich ungleich“ bezeichneten Verbindungen (zwischen Mann und Frau einerseits und Personen desselben Geschlechts andererseits) tatsächlich gleich wären, könnte man zu der vom VfGH im unmittelbaren Anschluss daran formulierten Folgerung gelangen, dass „diese Trennung von Beziehungen, die in ihrem Wesen und ihrer Bedeutung für den individuellen Menschen grundsätzlich gleich sind, in unterschiedliche Rechtsinstitute einen diskriminierenden Effekt [hat], wie ihn Art. 7 Abs. 1 Satz 2 B-VG als wesentlichsten Inhalt des Gleichheitsgrundsatzes gerade verbietet.“³⁹

Abermals wird hier ein plötzlicher Wechsel der Argumentationsebene vorgenommen. Die in Ehe und EP geregelten „Beziehungen“ sind offenbar nicht *tatsächlich* gleich; sie sind es nur *in ihrem Wesen und ihrer Bedeutung für den individuellen Menschen*. Gemeint sind mit „Wesen“ und „Bedeutung“ die subjektiven – und damit weder wäg- noch messbaren – Empfindungen und Emotionen der betreffenden „individuellen Menschen“. Die Verwendung der Floskel „für den individuellen Menschen“ ist eine Flucht in den puren Subjektivismus, die die Aussage wohl unanreifbar und unfalsifizierbar machen soll, ihr jedoch zugleich den Charakter eines diskutablen Arguments nimmt. Es ist demnach egal, ob die Tatbestände *objektiv unterschiedlich* sind; entscheidend ist nur, dass ihre subjektive „Bedeutung für individuelle Menschen“ dieselbe ist. Aber woher will man das eigentlich wissen?

Das Kuddelmuddel setzt sich auch im nächsten Absatz fort:

„Denn auf diese Weise wird aus der Perspektive gleichgeschlechtlicher Paare mit dem unterschiedlichen Rechtsinstitut öffentlich und für jede Person deutlich gemacht, dass die von der eingetragenen Partnerschaft erfasste Beziehung zwischen

³⁸ Für eine gewisse Unschärfe sorgt auch der ständige Wechsel zwischen den Kriterien der „Vergleichbarkeit“ und der „Gleichheit“. Beides ist nicht dasselbe. „Vergleichbar“ ist alles, was mit Aussicht auf Erkenntnisgewinn verglichen werden kann, doch resultiert nicht jeder Vergleich in dem Ergebnis, dass die beiden Vergleichsobjekte sich in jeder Hinsicht gleichen.

³⁹ Vgl Rz 16 auf S 11 der Entscheidung.

zwei Personen gleichen Geschlechts etwas anderes ist als die Ehe zwischen Personen verschiedenen Geschlechts, obwohl beide Beziehungen intentional von den gleichen Werten getragen sind.“⁴⁰

Angesichts der indikativischen Formulierung liegt auch hier die Frage nahe, ob die Wahrnehmung, „dass die [...] Beziehung zwischen zwei Personen gleichen Geschlechts etwas anderes ist als die Ehe zwischen Personen verschiedenen Geschlechts“, nicht etwa zutreffend ist. Dem VfGH mag diese Sicht der Dinge missfallen, doch sein Verweis auf (nicht näher erklärte) „Intentionen“ und „Werte“ stellt sich abermals als Flucht in den Subjektivismus dar und ist daher kaum geeignet, sie zu widerlegen.

C. Das Problem des „Zwangsoutings“

Nun erst erreicht die Beweisführung des VfGH ihren Abschluss und Höhepunkt: Es wird der Nachweis versucht, dass die Unterscheidung zwischen Ehe und EP nicht nur theoretisch diskriminierend ist, sondern für die davon betroffenen Personen zu tatsächlichen Problemen führt:

„Die damit verursachte diskriminierende Wirkung zeigt sich darin, dass durch die unterschiedliche Bezeichnung des Familienstandes (‘verheiratet‘ versus ‘in eingetragener Partnerschaft lebend‘) Personen in einer gleichgeschlechtlichen Partnerschaft auch in Zusammenhängen, in denen die sexuelle Orientierung keinerlei Rolle spielt und spielen darf, diese offen legen müssen und, insbesondere auch vor dem historischen Hintergrund, Gefahr laufen, diskriminiert zu werden. Vor solchen Wirkungen will Art. 7 Abs. 1 Satz 2 B-VG in besonderer Weise schützen.“⁴¹

Das Problem liegt demnach also nicht in den wenigen noch verbliebenen materiell-rechtlichen Unterschieden zwischen EP und Ehe, sondern *allein* in ihrer unterschiedlichen Benennung.⁴² Man soll sich den hypothetischen Fall vorstellen, dass ein Homosexueller zu Angaben über seinen Zivilstand aufgefordert und, weil er *implicite* mit der Antwort „in eingetragener Partnerschaft lebend“ seine sexuelle Orientierung offenlegt, in weiterer Folge „diskriminiert wird“.

Dieser Befürchtung ist zunächst ihr überaus theoretischer Charakter entgegenzuhalten: Man erfährt nicht, ob (und mit welcher Häufigkeit) solche Situationen tatsächlich eintreten; man erfährt nicht, wer durch wen „diskriminiert“ wird und worin solche „Diskriminierungen“ bestehen können. Selbstverständlich wird auch nicht erklärt, weshalb die bereits vorhandenen (sehr detaillierten, umfangreichen, mit vielfältigen Sanktionen bewehrten) Bestimmungen des Antidiskriminierungsrechts nicht ausreichen, die befürchteten „Diskriminierungen“ hintanzuhalten. Dazu passt, dass in der

⁴⁰ Vgl Rz 16 auf S 11 der Entscheidung.

⁴¹ Vgl Rz 16 auf S 11 der Entscheidung.

⁴² Dies geht in noch größerer Deutlichkeit aus dem Gesetzesprüfungsbeschluss vom 12.10.2017 hervor. Dort heißt es in Rz 26: „Selbst bei einer von den Voraussetzungen und den Rechtsfolgen her *völlig gleichen* rechtlichen Ausgestaltung der beiden Rechtsinstitute dürfte die Beibehaltung der unterschiedlichen Bezeichnung zum Ausdruck bringen, dass Personen mit gleichgeschlechtlicher sexueller Orientierung unter dem Blickwinkel des Gleichheitsgrundsatzes eben nicht gleich den Personen mit verschiedengeschlechtlicher Orientierung sind.“ (Hervorhebung durch den Autor.)

Individualbeschwerde, die den Anlass zum nunmehrigen Gesetzesprüfungsverfahren bot, überhaupt kein konkretes Diskriminierungserlebnis behauptet wurde.⁴³ Stattdessen wird das ganze Land unter Generalverdacht gestellt: Alle sind pauschal der „Diskriminierung“ schuldig und nur die radikalste aller denkbaren Abhilfen wird überhaupt in Betracht gezogen, ohne dass auch nur die Frage gestellt wird, ob dem (vermeintlichen) Problem nicht auch mit anderen Mitteln begegnet werden könnte.

Des Weiteren ist zu bemerken, dass die vom VfGH konstruierte Problematik höchstens indirekt mit „Diskriminierung“ zu tun hat. Eine Diskriminierung *durch das Gesetz* liegt nicht vor und wird auch gar nicht behauptet (im Gegenteil, der VfGH hebt sogar noch hervor, dass EP und Ehe heute „im Wesentlichen gleichgestaltet sind“), sondern es geht nur um die Befürchtung, dass homosexuell orientierte Personen *durch Dritte* diskriminiert werden könnten, wenn es ihnen nicht ermöglicht wird, ihre sexuelle Orientierung geheimzuhalten. So etwas fällt an sich überhaupt nicht in den Schutzbereich des Art 7 B-VG, dem es nur darum zu tun ist, dass alle Staatsbürger *vor dem Gesetz* gleich sind,⁴⁴ sondern könnte allenfalls dem Recht auf Achtung der Privatsphäre zugeordnet werden. Das Höchstgericht scheint also bei der Rechtsgrundlage, auf die sich sein Erkenntnis stützt, arg danebengegriffen zu haben: Einschlägig wäre statt Art 7 B-VG wohl eher Art 8 EMRK. Allerdings hat der EGMR bereits vor einigen Jahren festgestellt, dass Art 8 EMRK durch ein Gesetz, das die Eheschließung nur verschiedengeschlechtlichen Paaren gestattet, *nicht* verletzt wird,⁴⁵ zudem fragt es sich, wie ein homosexuelles Paar, das heiraten (und somit seine Beziehung selber an die Öffentlichkeit tragen) will, sich im selben Atemzug über eine Verletzung seiner Privatsphäre beschweren kann.⁴⁶

⁴³ Es wurde nur – ohne Bezugnahme auf ein konkretes Erlebnis – die Überlegung angestellt, dass „Kinder gleichgeschlechtlicher Paare [...] notgedrungen als unehelich gelten und dadurch vermittelt bekommen [...], dass ihre Familie nicht gleichwertig sei mit Familien mit verschiedengeschlechtlichen Elternteilen“. Diese Argumentation stößt sich freilich schon daran, dass die Bezeichnung eines Kindes als „ehelich“ überhaupt nicht davon abhängt, in welcher Familiensituation es aufwächst, sondern nur davon, ob seine (tatsächlichen) Eltern zum Zeitpunkt seiner Geburt miteinander verheiratet waren. Ein aus einer vorangehenden Ehe stammendes Kind, das von einem Elternteil in eine homosexuelle Beziehung mitgebracht wird, ist also *ipso facto* „ehelich“.

⁴⁴ Der ausdrückliche Bezug auf die Gleichheit „vor dem Gesetz“ lässt es auch schwer zu, Art 7 B-VG im Sinne einer Schutzwirkung gegen Dritte auszulegen. Normadressat ist hier eindeutig der Staat, aber nicht jedermann.

⁴⁵ EGMR 24.06.2010, 30141/04 (Schalk und Kopf/AT) Rz 101, siehe dazu ausführlich im nächsten Abschnitt.

⁴⁶ Dieses Thema soll hier nicht vertieft werden, da der VfGH seine Entscheidung argumentativ nicht auf eine (vermeintliche) Verletzung des Rechts auf Achtung des Privatlebens gestützt hat und eine Widerlegung eines derart gestalteten Arguments somit für die Zwecke dieses Beitrages nicht notwendig ist. Nur am Rande gestatten wir uns daher die Bemerkung, dass wir hier mit einer paradoxen Entwicklung konfrontiert sind: Einerseits drängen die heiratswilligen gleichgeschlechtlichen Paare mit ihren Heiratsabsichten selber an die Öffentlichkeit, andererseits meint aber der VfGH, dass sie zugleich das Recht haben müssen – nicht *als Alternative*, sondern *gleichzeitig* – diese ihre homosexuelle Beziehung geheimzuhalten. Art 8 EMRK würde sich auf Grund seines Wortlautes („Jedermann hat das Recht auf [...]“) weit eher als Art 7 B-VG für eine Interpretation anbieten, die eine Drittwirkung gegenüber Privatpersonen einschließt. Allerdings ist die Frage zu stellen, ob nicht auch hier versucht wird, der Bestimmung eine Bedeutung beizumessen, die sie an sich nicht hat. Mit der Achtung des Privatlebens ist einerseits gemeint, dass der Bürger grundsätzlich das Recht hat, sein Privatleben nach eigenem Gutdünken zu gestalten, und andererseits, dass seine Privatsphäre nicht ausspioniert und gegen seinen Willen vor der Öffentlichkeit ausbreitet werden soll. Wer (wie die Beschwerdeführer in *Schalk und Kopf/AT*) den Versuch unternimmt,

Dies führt, drittens, zu der Frage, was der VfGH eigentlich genau meint, wenn er der Besorgnis Ausdruck gibt, dass „Personen in einer gleichgeschlechtlichen Partnerschaft [...] Gefahr laufen, diskriminiert zu werden“. Der Schutzbereich des Gleichheitssatzes scheint hier gleich in doppelter Weise ausgeweitet zu werden: einerseits – wie schon erwähnt – in Richtung auf eine Drittwirkung gegenüber jedermann, andererseits aber auch in dem Sinne, dass mit „Diskriminierung“ offenbar keineswegs nur die unsachgemäße Ungleichbehandlung gleicher Sachverhalte (durch ein zur Gleichbehandlung verpflichtetes staatliches Organ) gemeint ist, sondern schlicht jede Handlung, die die betroffene Person in ihrer Würde tatsächlich herabsetzt oder vielleicht auch nur subjektiv von ihr so empfunden wird. Wäre letzteres gemeint, dann hätte der VfGH den ursprünglichen Sinngehalt des Begriffs bei Weitem hinter sich gelassen, und es wäre ihm – um der Klarheit seines Standpunktes willen – zu empfehlen, den Tatbestand der Diskriminierung zukünftig vielleicht eher in freier Anlehnung an die berüchtigte „Hunnenrede“ Kaiser Wilhelms II. zu definieren: „[...] so möge [die Homosexualität] in einer Weise bestätigt werden, daß es niemals wieder ein [Heterosexueller] wagt, einen [Homosexuellen] scheel anzusehen!“⁴⁷ Dies ist es ja wohl, worum es bei dieser expansiven Auslegung des Begriffes „Diskriminierung“ eigentlich geht: um den Schutz einer bestimmten Gruppe (oder vielmehr: ihres Verhaltens) gegen jeden Ausdruck der Missbilligung.

Viertens ist festzustellen, dass bereits nach geltender Rechtslage das Eingehen einer EP zwar die Gleichgeschlechtlichkeit der Partner, aber strenggenommen *nicht* ihre homosexuelle Orientierung voraussetzt. § 2 EPG in seiner ursprünglichen, bisher gültigen Fassung lautet nämlich:

„Eine eingetragene Partnerschaft können nur zwei Personen gleichen Geschlechts begründen (eingetragene Partner). Sie verbinden sich damit zu einer Lebensgemeinschaft auf Dauer mit gegenseitigen Rechten und Pflichten.“

Die Bestimmung fordert von den Partnern weder das Glaubhaftmachen einer homosexuellen Orientierung noch eine Absichtserklärung, miteinander homosexuelle Akte vollziehen zu wollen; insofern besteht hier auch gar keine Parallele zu § 44 ABGB. Auch zwei heterosexuell orientierte Personen (desselben Geschlechts) konnten daher bereits vor der hier besprochenen Entscheidung des VfGH eine EP eingehen.⁴⁷ Die

aus diesem Recht ein Recht auf öffentliche Anerkennung einer homosexuellen „Ehe“ herzuleiten, legt den Begriff der „Achtung des Privatlebens“ in einer neuartigen Weise aus: „Achtung“ heißt dann nicht, dass die homosexuelle Beziehung nicht ausspioniert wird, sondern dass sie öffentlich gutgeheißen, zelebriert und durch verschiedene Rechtswohlthaten belohnt werden soll. Gilt dann der Anspruch auf diese besondere Form der „Achtung“ nur für homosexuelle Beziehungen oder auch für andere Aspekte des Privatlebens (wie Briefmarkensammeln, Cannabisrauchen, Nägelbeißen usw)?

⁴⁷ Sollte nun jemand den Einwand erheben wollen, dass es sich bei einer EP zwischen nicht-homosexuellen Personen um eine bloß theoretische Möglichkeit handle, die aber in „der Lebenswirklichkeit“ nicht vorkomme, so wäre dem entgegenzuhalten, dass das EPG das Eingehen einer EP mit vielfachen Rechtsvorteilen (bis hin zum Anspruch auf eine „Hinterbliebenenrente“, für die keine Beiträge gezahlt werden müssen!) verknüpft, die auch für nicht-homosexuelle Personen von Interesse sein können. Überdies wäre festzustellen, dass ein solcher Einwand – eben weil das Vorliegen einer homosexuellen Orientierung weder im Gesetz vorausgesetzt noch behördlicherseits überprüft wird – auf bloßen Vermutungen desjenigen, der ihn erhebt, aber nicht auf überprüfbaren Fakten beruhen würde. Die Lebenserfahrung legt es nahe, dass Menschen rechtliche Vorteile, die sich leicht erwerben lassen, auch wirklich in Anspruch nehmen. Und tatsächlich gibt es auch konkrete Fälle, in denen genau dies versucht wurde. Internationale Aufmerksam-

Besorgnis des VfGH, mit der Angabe „in einer EP lebend“ sei denknottwendigerweise die Offenlegung einer homosexuellen Beziehung verbunden, erweist sich also bei näherem Hinsehen bereits aus diesem Grund als völlig unbegründet. Man muss sich allen Ernstes fragen, wie sorgfältig die Höchstrichter dieses Gesetz überhaupt gelesen haben, bevor sie daraus einen Prätext für die beabsichtigte Neudefinition der Ehe konstruiert haben.

Vor allem aber wundert man sich über ein weiteres Paradox in diesem an Selbstwidersprüchen gewiss nicht armen Urteil: In radikalem Widerspruch zu den Slogans, mit denen jahrzehntelang für sie getrommelt wurde, hat die Homo-Ehe offenbar gar nicht den Zweck, der „gleichgeschlechtlichen Liebe“ eine würdige Form zu geben und sie öffentlich zu feiern⁴⁸ – sondern man benötigt sie, ganz im Gegenteil, um *seine sexuelle Orientierung geheimzuhalten*. Aus diesem Argument scheint ein erstaunliches Missverständnis in Bezug auf Wesen und Zweck sowohl der Ehe als auch – *implicite* – der EP zu sprechen. Die Ehe ist nämlich ihrem Wesen nach keine reine Privatangelegenheit, sondern sie zielt gerade darauf ab, der Beziehung der Eheleute *öffentlichen* Status und Schutz zu verleihen: Wer heiraten will, geht mit seiner Liebe an die Öffentlichkeit. Dies bedingt aber, dass die Öffentlichkeit nicht nur Kenntnis davon hat (bzw haben darf), *ob* jemand verheiratet ist, sondern auch, *mit wem* er es ist. Ein verheirateter Mann, der die Identität seiner Ehefrau geheimhalten wollte, würde wohl überall (und keineswegs nur dort, wo „die sexuelle Orientierung eine Rolle spielt und spielen darf“) auf ein gewisses Befremden stoßen.⁴⁹ Weshalb sollte es dann bei einem Homosexuellen – unabhängig davon, wie man seine öffentlich beglaubigte Beziehung

keit rief der vor dem EGMR verhandelte Fall *Burden und Burden/UK* (29.04.2008, 13378/05) hervor: Dort ging es um zwei betagte Schwestern, die bereits jahrzehntelang gemeinsam in einem Haushalt lebten und um der damit verbundenen (sehr erheblichen) Steuervorteile willen eine sogenannte *Civil Partnership* miteinander eingehen wollten. Wie bei der österreichischen EP bestand das Zugangskriterium nur in der Gleichgeschlechtlichkeit, nicht jedoch in einer homosexuellen Orientierung oder Betätigung. Dennoch blieb den beiden Schwestern der Zugang zur *Civil Partnership* verwehrt, weil Geschwisterpaare nach dem Gesetz ausdrücklich ausgeschlossen waren. Der EGMR fand an dieser „Geschwisterdiskriminierung“ nichts auszusetzen. Aus österreichischer Perspektive ist die erst kürzlich zurückliegende Entscheidung des EGMR in der Rechtssache *Ratzenböck und Seydl/AT* (26.10.2017, 28475/12) bedeutsam: Dort unternahm ein verschiedengeschlechtliches Pärchen, dem die im Vergleich zur Ehe geringere Bindungshöhe der EP attraktiv erschien, den Versuch, den Zugang zur EP im Klagsweg zu erzwingen, blieb aber sowohl vor dem VfGH als auch vor dem EGMR erfolglos. Die nunmehrige Entscheidung des VfGH hat diesem Paar den Weg zur Verwirklichung dieses Vorhabens jedoch nachträglich doch noch geebnet. Den Fällen *Burden* und *Ratzenböck* ist gemeinsam, dass es sich bei den Klägern um nicht-homosexuelle Personen handelte, die die Zulassung zu einer EP anstrebten und sich vor einem damit angeblich verbundenen Stigma offenbar überhaupt nicht fürchteten. Aus dem Umstand, dass beide Beschwerden letztlich erfolglos blieben (in einem Fall, weil die Beschwerdeführer Geschwister, im anderen, weil sie unterschiedlichen Geschlechts waren), folgt nicht, dass EP zwischen zwei Personen, die nicht homosexuell orientiert sind und auf die keiner dieser beiden Ausschlussgründe zutrifft, nicht – vielleicht sogar durchaus häufig – vorkommen.

⁴⁸ So liest man etwa in der Entscheidung *Oliari ua/IT* des EGMR (21.07.2015, 18766/11 und 36030/11) in Rz 107 das folgende Vorbringen der Beschwerdeführer: „The applicants considered that the recognition in law of one’s family life and status was crucial for the existence and well-being of an individual and for his or her dignity. In the absence of marriage the State should, at least, give access to a recognised union by means of a *solemn juridical institution, based on a public commitment* and capable of offering them legal certainty.“ Das ist im Grunde das genaue Gegenteil der nunmehr vom VfGH entwickelten Theorie, wonach die homosexuelle „Ehe“ vor allem den Zweck haben soll, die Öffentlichkeit über die Beziehung der beiden Partner (bzw ihre „sexuelle Orientierung“) im Unklaren zu belassen.

⁴⁹ Vgl bereits Genesis 12, 10 ff.

zu einem anderen Mann nennt – anders sein? Welchen ethischen Wert hat es, jemanden „heiraten“, dann aber nicht in der Öffentlichkeit zu ihm stehen zu wollen? Wie verhält sich dies zum vorletzten noch unumstrittenen Ehezweck in § 44 ABGB, der *Leistung gegenseitigen Beistandes*, wenn man den Partner bereits angesichts einer vagen und ganz unspezifischen Besorgnis, vielleicht zum Opfer von „Diskriminierung“ (hier verstanden im Sinne eines „scheelen Blickes“) zu werden, kurzerhand verleugnen darf? Zugestanden, niemand soll gezwungen sein, seine Homosexualität offenzulegen, wenn er es nicht will – aber sowohl die EP als auch die (Forderung nach rechtlicher Anerkennung der) Homo-„Ehe“ beruhen gerade auf der Voraussetzung, dass es Leute gibt, die das Bedürfnis haben, ihre homosexuellen Beziehungen der Öffentlichkeit mitzuteilen und öffentlich zu feiern. Bestehen etwa alle Konzessionen, die man in den letzten Jahren in dieser Hinsicht gemacht hat, auf falschen Annahmen? Die Rosinenpickerei, einerseits die Rechtsvorteile und das Prestige der Ehe (oder einer EP) genießen, andererseits aber die Identität des Partners, wann immer dies gerade vorteilhaft erscheint, geheim halten zu wollen, nötigt keinen Respekt ab und scheint auch keineswegs schutzwürdig.

D. Und was ist mit Art 12 EMRK?

Die vorliegende Analyse wäre nicht vollständig, wenn sie den überaus befremdlichen Umstand verschwiege, dass die wichtigste auf die Institution der Ehe bezughabende Bestimmung des österreichischen Verfassungsrechts in dem Erkenntnis, mit dem der VfGH diese Institution einer grundstürzenden Neudefinition unterzieht, vollkommen unerwähnt bleibt. Der VfGH betrachtet den Themenkomplex einzig und allein durch das Prisma des Gleichheitsgrundsatzes in Art 7 B-VG, den er somit zu einer Art Super-Dogma von unklarem Inhalt aufbläht. Der wichtigste *locus* der Ehe im österreichischen Verfassungsrecht ist aber nicht Art 7 B-VG, sondern Art 12 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), der, wie die ganze Konvention, in Österreich in Verfassungsrang steht:

„Männer und Frauen im heiratsfähigen Alter haben das Recht, nach den innerstaatlichen Gesetzen, welche die Ausübung dieses Rechts regeln, eine Ehe einzugehen und eine Familie zu gründen.“

Art 12 EMRK ist die einzige Bestimmung des österreichischen Verfassungsrechts, in dem der Begriff „Ehe“ vorkommt. Umso naheliegender ist die Frage, wie der Begriff im Zusammenhang mit dieser Norm auszulegen ist. Schon vor einigen Jahren hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) dazu festgestellt, dass „Ehe“ in Art 12 EMRK sich *nur auf die Ehe von Mann und Frau* bezieht, und es demnach *keinen* Konventionsverstoß darstellt, wenn ein Staat die Möglichkeit einer homosexuellen Ehe nicht vorsieht:

„The applicants argued that the wording did not necessarily imply that a man could only marry a woman and vice versa. The Court observes that, looked at in isolation, the wording of Article 12 might be interpreted so as not to exclude the marriage between two men or two women. However, in contrast, all other substantive Articles of the Convention grant rights and freedoms to ‘everyone’ or state that ‘no one’ is to be subjected to certain types of prohibited treatment. The choice of wording in

Article 12 must thus be regarded as deliberate. Moreover, regard must be had to the historical context in which the Convention was adopted. In the 1950s marriage was clearly understood in the traditional sense of being a union between partners of different sex.“

Bemerkenswerterweise handelt es sich bei dem zitierten Urteil des EGMR um eine Entscheidung mit Österreichbezug: Um die Entscheidung *Schalk und Kopf gegen Österreich*⁵⁰, in der der Straßburger Gerichtshof exakt jene Definition der Ehe, die der VfGH nunmehr für verfassungswidrig hält, für konventionskonform befunden hat. Dass dem VfGH dieses Urteil nicht bekannt wäre, darf getrost ausgeschlossen werden, zumal eine Passage daraus im nunmehrigen Erkenntnis zitiert wird. Freilich handelt es sich bei dieser Passage um ein bloßes *obiter dictum*, aus dem hervorgeht, dass „die Ehe ‚tief verwurzelten sozialen und kulturellen Konnotationen‘ unterliegt“.⁵¹ Warum das Höchstgericht gerade diese Passage für zitierenswert gehalten hat ist nicht ganz klar; vermutlich erblickt es darin eine wichtige Unterstützung für seinen eigenen (implizierten) Standpunkt, dass der Begriff „Ehe“ (und vielleicht überhaupt jeder Begriff?) eben nicht durch einen ihm innewohnenden wesenhaften Begriffsgehalt, sondern nur durch soziale Konventionen geprägt sei.

Man kann sich fragen, ob diese philosophische Grundposition vom EGMR tatsächlich vertreten wird bzw ob sie, wenn dies der Fall wäre, allein dadurch höhere Weihen erhalte. Völlig indiskutabel ist allerdings eine Zitierpraxis, die sich aus einem Urteil nur ein eher obskures (aber für den eigenen Standpunkt vermeintlich⁵² nützliches) *obiter dictum* herausucht, den (diesem Standpunkt krass zuwiderlaufenden) Urteils-tenor hingegen diskret weglässt. Wer so zitiert, geht das Risiko ein, dass er in seriösen akademischen Kreisen nicht mehr ernstgenommen wird.

Wenn der VfGH schon meint, sein Erkenntnis mit einem *obiter dictum* aus *Schalk und Kopf gegen Österreich* aufhübschen zu müssen ohne zugleich die eigentliche Aussage der Entscheidung zu erwähnen, dann wäre es wohl näher gelegen, jene Passage (in § 61 der Entscheidung) zu zitieren, in der gesagt wird, dass im Lichte des Art 9 der Europäischen Grundrechtecharta (GRC) Art 12 EMRK nicht (mehr) dahingehend zu verstehen sei, dass „das Recht auf Eheschließung [...] auf verschiedengeschlechtliche Paare beschränkt sein müsse“. Einmal abgesehen von der eher fragwürdigen Methodologie, die EMRK im Lichte einer Rechtsquelle zu interpretieren, der ungefähr die Hälfte der Konventionsstaaten nicht zugestimmt haben und die dort keine Geltung

⁵⁰ EGMR 24.06.2010, 30141/04 (Schalk und Kopf/AT). Die oben wiedergegebenen Passagen finden sich in Rz 55 und 60 dieser Entscheidung.

⁵¹ Vgl Rz 14 auf S 11 der Entscheidung. Das Zitat bezieht sich auf eine Passage in Rz 62 der EGMR-Entscheidung: „The Court observes that marriage has deep-rooted social and cultural connotations which may differ largely from one society to another.“

⁵² Tatsächlich ist aus dem Zitat für den vom VfGH vertretenen Standpunkt nur wenig zu gewinnen, weil – wie es ja im bisherigen Wortlaut des § 44 ABGB zum Ausdruck kommt – gerade auch in Österreich der Begriff „Ehe“ sozial und kulturell ganz eindeutig als Verbindung zwischen Mann und Frau konnotiert ist. Wollte auch der VfGH derartige Konnotationen zur Grundlage seiner Entscheidung machen, so hätte er feststellen müssen, dass in Österreich eine Ehe eben nur zwischen Mann und Frau geschlossen werden könne. Dementsprechend anders hätte sein Erkenntnis dann ausfallen müssen. Wären solche Konnotationen hingegen nicht berücksichtigungswürdig, dann wäre die Entscheidung des EGMR, der ja ausdrücklich darauf Rücksicht nimmt, verfehlt (und es fragte sich, weshalb der VfGH sich auf sie stützt).

beanspruchen kann,⁵³ ist aber zu bemerken, dass auch dieses *obiter dictum* dem Standpunkt des VfGH nicht wirklich weiterhilft: Die Frage ist vorliegend ja nicht, ob der österreichische Gesetzgeber die gleichgeschlechtliche Ehe einführen *darf*, sondern ob er sie einführen *muss*. Letzteres verneint der EGMR.

Die Entscheidung enthält – zumindest bezogen auf die EMRK – auch Erhellendes zu der Frage, ob ein Recht auf Anerkennung homosexueller „Ehen“, wenn es schon in der einschlägigen Bestimmung in Art 12 EMRK nicht enthalten ist, nicht vielleicht aus anderen Konventionsbestimmungen (nämlich Art 8 und 14 EMRK) hergeleitet werden könnte:

„In so far as the applicants appear to contend that, if not included in Article 12, the right to marry might be derived from Article 14 taken in conjunction with Article 8, the Court is unable to share their view. It reiterates that the Convention is to be read as a whole and its Articles should therefore be construed in harmony with one another [...]. Having regard to the conclusion reached above, namely that Article 12 does not impose an obligation on Contracting States to grant same-sex couples access to marriage, Article 14 taken in conjunction with Article 8, a provision of more general purpose and scope, cannot be interpreted as imposing such an obligation either.“⁵⁴

Wie schon angedeutet, hätte auch der VfGH sein (letztlich mehr auf die Achtung der Privatsphäre als auf den Anspruch auf Gleichbehandlung bezogenes) Argument eigentlich nicht auf Art 7 B-VG, sondern auf Art 8 EMRK stützen müssen; insofern wären diese Ausführungen des EGMR auch auf den vorliegenden Fall uneingeschränkt übertragbar.

⁵³ Die GRC gilt nur in den (derzeit 28, nach dem abzusehenden Austritt des Vereinigten Königreichs 27) Mitgliedstaaten der EU; der EMRK gehören aber alle 47 Mitgliedstaaten des Europarats an. Das Verhältnis zwischen der Charta und der Konvention ist aber auch aus einem ganz anderen Grund sehr problematisch. Als nämlich im Jahr 2000 die Charta ausgearbeitet wurde, geschah dies mit dem Anspruch, „den Schutz der Grundrechte zu stärken, indem sie in einer Charta sichtbarer gemacht werden“ – so stand es zumindest in der Präambel der Charta. Ganz ausdrücklich sollten also keine neuen Grundrechte geschaffen, sondern nur die bestehenden Grundrechte, die in verschiedenen Dokumenten (wie der EMRK oder der Europäischen Sozialcharta) enthalten waren, in einem einheitlichen Dokument wiedergegeben werden. Bei näherem Hinsehen zeigt sich aber schnell, dass die Charta die anderswo enthaltenen Rechte keineswegs Wort für Wort wiederholt, sondern in einer mehr oder weniger freien Form paraphrasiert. Beim „Recht auf Eheschließung“ (in Art 9 GRC bzw Art 12 EMRK) sind die Abweichungen des Wortlauts ganz augenfällig, doch handelt es sich keineswegs um das einzige Grundrecht, dass in dieser Weise paraphrasiert wird. Mit einem bloßen „Sichtbarmachen“ der Grundrechte scheint dies letztlich wenig zu tun zu haben; eher kann es als ein Versuch gedeutet werden, die Grundrechte in neuartiger Weise zu interpretieren bzw auf ihre Interpretation durch das dazu berufene Organ, den EGMR, einzuwirken. Das *obiter dictum* in *Schalk und Kopf/AT*, Rz 61 zeigt, dass dieser Versuch zumindest teilweise gelungen ist. Allerdings kann Art 9 GRC nicht in dem Sinn interpretiert werden, dass er die Mitgliedstaaten der EU zur Anerkennung homosexueller „Ehen“ verpflichtet; insofern ist der EGMR dem Standpunkt der Beschwerdeführer hier bereits so weit entgegengekommen, wie er irgend konnte: Er hat (in nicht rechtsverbindlicher Weise) angedeutet, dass nach seiner Auffassung die Anerkennung homosexueller „Ehen“ nicht ihrerseits gegen die EMRK verstößt. Interessanterweise lässt der Wortlaut „nicht mehr“ („no longer“) in Rz 61 der Entscheidung den Rückschluss zu, dass Art 12 EMRK bis dahin in genau jenem Sinn interpretiert wurde. Die Anerkennung der homosexuellen Ehe ist also nicht nur kein Menschenrecht, sondern stand bis vor kurzem noch im Verdacht, eine *Menschenrechtsverletzung* zu sein.

⁵⁴ EGMR 24.06.2010, 30141/04 (*Schalk und Kopf/AT*) Rz 101.

Für Art 7 B-VG, den der VfGH zur alleinigen Grundlage seines Arguments gemacht hat, gilt aber genau dasselbe. In gewisser Weise stellt er ein Korrelativ zu Art 14 EMRK dar, da beide Vorschriften der „Gleichbehandlung“ dienen (wenn auch der Anwendungsbereich von Art 14 EMRK, da er nur die in der Konvention enthaltenen Rechte betrifft, ein beschränkterer ist). Art 12 EMRK ist jene Bestimmung, mit der die Verfassung festlegen will, wer heiraten kann, bzw was eine Ehe ist; diese Bestimmung steht zum (allgemeiner gefassten) Gleichheitsgrundsatz im Verhältnis einer *lex specialis*, sodass ihr, falls zwischen beiden Bestimmungen ein Konflikt bestünde, der Vorzug zu geben wäre.

Tatsächlich aber besteht ein solcher Konflikt nicht. Mit Art 12 EMRK verfügt das österreichische Verfassungsrecht über eine vollkommen eindeutige Bestimmung, die das verfassungsgesetzlich geschützte Recht auf Eheschließung ausdrücklich nur für „Männer und Frauen im heiratsfähigen Alter“ vorsieht und insofern auch als eine verfassungsgesetzliche Definition der Ehe anzusehen ist. Dies muss vielleicht nicht unbedingt in dem Sinn interpretiert werden, dass der einfache Gesetzgeber nicht auch homosexuelle „Ehen“ regeln könnte, doch eine verfassungsrechtliche Garantie besteht nur in Bezug auf „Männer und Frauen im heiratsfähigen Alter“.

Die verschiedenen Bestimmungen des Verfassungsrechts sind einander gleichrangig. Sie sind als Ausdruck eines einheitlichen Willens des Verfassungsgebers zu betrachten; ein interpretativer Ansatz, der eine Verfassungsnorm gegen die andere auspielen will, verbietet sich daher. Ebenso erscheint es abwegig, dem Verfassungsgeber zu unterstellen, dass er zwar einerseits in der *lex specialis* des Art 12 EMRK eine *ausdrückliche* Garantie des Rechts auf Eheschließung nur für verschiedengeschlechtliche Paare, andererseits aber (und dies bereits im Jahr 1921!) mit dem allgemeinen Gleichheitsgrundsatz *implizit* eine vollkommen gleichgelagerte Garantie auch in Bezug auf homosexuelle Paare habe abgeben wollen.

Art 7 B-VG – „a provision of more general purpose and scope“ – kann daher nur dahingehend interpretiert werden (und ist bisher auch nur in diesem Sinn verstanden worden), dass in ihm keine Definition der Ehe impliziert ist, die von der in Art 12 EMRK enthaltenen Definition abweicht. Das bedeutet nicht, dass der Gleichheitsgrundsatz auf den Zugang zum Rechtsinstitut Ehe (oder auch auf die EP) nicht anwendbar wäre; sehr wohl aber bedeutet es, dass der Bestimmung kein anderer Sinn beizumessen ist als jener, der sich aus ihrem Wortsinn ergibt: Die Gleichbehandlungsgarantie besteht im Hinblick auf die Ehe nur darin, dass es beim Zugang zu ihr keine „Vorrechte der Geburt, des Geschlechtes, des Standes, der Klasse und des Bekenntnisses“ geben darf. Selbst wenn man – in Abweichung vom Wortlaut der Bestimmung – das Kriterium der „sexuellen Orientierung“ einbezieht, folgt daraus nur, dass homosexuell orientierte Personen selbstverständlich das Recht haben, zu heiraten, wobei aber mit „heiraten“ eben nur das Eingehen einer Ehe *mit einer Person des anderen Geschlechts* gemeint ist.⁵⁵ Ein Anspruch, dass die Ehe speziell für die Bedürfnisse

⁵⁵ Dass dieses Recht unabhängig von einer bestimmten „sexuellen Orientierung“ besteht, wird auch von Gegnern der homosexuellen Ehe nicht bestritten. Insofern ist die oft gehörte Behauptung, dass „Homosexuelle nicht heiraten dürfen“, zumindest dann, wenn statt homosexuellen (= gleichgeschlechtlichen) Paaren homosexuell orientierte Menschen gemeint sind, völlig aus der Luft gegriffen. Tatsächlich gehen viele bi- oder auch homosexuell veranlagte Personen Ehen mit Personen des anderen Geschlechtes ein, was sich schon daran zeigt, dass viele Kinder, die späterhin „in einer homosexuellen Familie“ bzw „mit

homosexuell orientierter Personen neu definiert werden müsse, ist aus Art 7 B-VG nicht abzuleiten.

IV. Die Begründung trägt das Urteil nicht

Nach alledem ist es wohl ein barmherziges Understatement, die vom VfGH ausgeführte Begründung als nicht überzeugend zu qualifizieren. Doch damit hat es noch keineswegs sein Ende. Sogar dann nämlich, wenn man – allem bisher Gesagten zum Trotz – die vom Höchstgericht vorgetragenen Argumente ohne Abstriche für richtig hielte, so wären diese dennoch nicht geeignet, das zu begründen, was mit ihnen begründet werden soll: Die Notwendigkeit, die Ehe neu zu definieren. Mit anderen Worten, diese Argumentation „trägt“ das Urteil nicht.

Denn abgesehen von abstrakten Thesen über die Gleichheit oder Vergleichbarkeit der mit Ehe und EP verbundenen Rechtsfolgen bzw der von ihnen erfassten Lebenssachverhalte zeigt der VfGH nur ein einziges (nicht von den Beschwerdeführern im Anlassfall releviertes, sondern von ihm selbst ersonnenes) konkretes „Problem“ auf, für das seine Entscheidung Abhilfe schaffen soll: Nämlich den Umstand, dass (bei im Übrigen nahezu gleichen Rechtsfolgen) die unterschiedliche Bezeichnung von EP und Ehe unter Umständen zu einem unerwünschten „Zwang“, die eigene sexuelle Orientierung offenzulegen, führen könne.

Wie bereits weiter oben gezeigt wurde, besteht dieses Problem in Wirklichkeit nicht, weil der vom VfGH – unzutreffenderweise – vorausgesetzte Nexus zwischen EP und homosexueller Orientierung tatsächlich gar nicht vorliegt. Wenn aber ein solcher Nexus vorläge, dann würde die Argumentation des VfGH daran scheitern, dass die von ihm angestrebte „Öffnung“ der Ehe keine geeignete Remedur für das zu lösende Problem darstellt.

Im Grunde sind hier drei verschiedene Konstellationen denkbar. Die erste ist, dass der Fragesteller – ob es sich dabei um eine Behörde, einen Vermieter, Arbeitgeber usw handelt, kann hier offenbleiben – überhaupt kein legitimes Interesse daran hat, etwas über den Zivilstand der betreffenden Person zu erfahren: Dann könnte man die Frage schlicht unterlassen bzw verbieten. Die zweite Möglichkeit ist, dass das legitime Interesse des Fragestellers sich darauf beschränkt, zu wissen, ob die Person alleinstehend ist oder nicht; nur dies ist der Sachverhalt, den Entscheidung bzw Prüfungsbeschluss im Blick zu haben scheinen. In solchen Fällen wäre es aber vollkommen ausreichend, in einem Fragebogen zwei Antwortmöglichkeiten vorzusehen, nämlich einerseits „alleinstehend“ und andererseits „verheiratet“ bzw „verpartnert“ – wer dann das zweite Kästchen ankreuzt, hat seine sexuelle Orientierung nicht offengelegt. Eine Totaländerung des Ehebegriffs ist also zur Lösung dieses Problems nicht notwendig.

Viel häufiger dürfte es aber vorkommen, dass die Frage sich nicht nur darauf richtet, ob jemand verheiratet bzw „verpartnert“ ist, sondern auch, mit wem er es ist. Hat aber ein Fragesteller an dieser zweiten Frage ein legitimes Interesse, dann wird der Gefragte

homosexuellen Eltern“ aufwachsen, ursprünglich aus solch einer früheren Verbindung eines homosexuellen Elternteils entstammen. Dies war beispielsweise beim Drittantragsteller in der Rechtssache EGMR 19.02.2013, 19010/07 (X. ua/AT) der Fall.

mit der Identität des Partners (nach Ansicht des VfGH)⁵⁶ auch seine sexuelle Orientierung offenlegen müssen – und zwar ganz unabhängig davon, ob er seine Bezeichnung nun als Ehe oder als EP bezeichnen darf. Die „Öffnung“ der Ehe würde also dieses Problem mitnichten lösen – sie verschiebt es nur um weniger als eine halbe Minute. So stellt sich gerade jenes Argument, das der VfGH zum Eckstein seiner Begründung gemacht hat, in Bezug auf die beiden ersten Konstellationen als weit überschießender und zugleich in Bezug auf die dritte als völlig unzureichender Lösungsansatz dar.

Ob das Problem des „Zwangsausings“ wirklich eines ist, kann somit im Grunde dahingestellt bleiben. Wenn es eines wäre, dann könnte es bereits dadurch gelöst werden, dass man – wie es im Urteilsspruch ja auch geschieht – die EP für verschiedengeschlechtliche Paare öffnet. Geschieht dies, so ist (wohl auch für den VfGH)⁵⁷ der Hinweis „in eingetragener Partnerschaft lebend“ nicht mehr zwangsläufig mit der Offenlegung einer homosexuellen Orientierung verbunden, zumal es ja tatsächlich heterosexuelle Paare zu geben scheint, die die EP für das erstrebenswertere Modell halten.⁵⁸ Einer gleichzeitigen Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare bedarf es dagegen nicht.⁵⁹

Die Aufhebung der Wortfolge „verschiedenen Geschlechts“ in § 44 ABGB erweist sich damit nicht nur (im Hinblick auf die Einführung der Homo-Ehe) als unzureichend, sondern (im Hinblick auf das damit vermeintlich zu lösende Problem) als völlig überschießend. Dieser Teil des Urteilsspruchs ist somit in den vom VfGH vorgelegten Entscheidungsgründen weder plausibel noch unplausibel, sondern schlicht *überhaupt nicht* begründet worden.

V. Wie kann es weitergehen?

Das Erkenntnis des VfGH zur „Ehe für alle“ ist die Entscheidung eines Höchstgerichts. Als solche ist es zur Kenntnis zu nehmen. Wenn nichts Weiteres geschieht, dann treten die aufgehobenen Gesetzesstellen mit Wirkung vom 01.01.2019 außer Kraft. Dass der verbleibende Gesetzestext anders interpretiert werden kann, als es der VfGH beabsichtigt haben mag, steht allerdings auf einem anderen Blatt.

Ein Urteil zu respektieren heißt freilich nicht, dass man es nicht kritisieren darf. Das hier besprochene Erkenntnis ist – um es vorsichtig auszudrücken – eine in der Geschichte der österreichischen Verfassungsgerichtsbarkeit völlig beispiellose Fehlleistung. Der Urteilstenor bringt die Absicht, gleichgeschlechtliche Ehen zu ermöglichen, zwar zum Ausdruck, verwirklicht sie aber nicht. Ihrerseits trägt die Begründung

⁵⁶ Die Gründe, weshalb bei einer EP die Identität der Partner keine Rückschlüsse auf ihre sexuelle Orientierung zulässt, wurden bereits dargelegt. Der Autor macht sich daher hier den Standpunkt des VfGH nur um des Argumentes willen zu Eigen, teilt ihn aber nicht.

⁵⁷ Siehe Fn 56.

⁵⁸ Siehe VfSlg 19.492/2011 sowie EGMR 26.10.2017, 28475/12 (Ratzenböck und Seydl/AT).

⁵⁹ Dies wurde übrigens auch in der Zeit im Bild 2 vom 27.12.2017 vom scheidenden (nunmehr emeritierten) Präsidenten des VfGH, *Gerhart Holzinger*, ausdrücklich bestätigt, als er auf Nachfrage des Interviewers *Armin Wolf* konzidierte, dass die Öffnung der EP (ohne gleichzeitige Neudefinition der Ehe) bereits ausreiche, das vom VfGH monierte Problem zu lösen. Das Interview ist im Internet auf YouTube abrufbar unter <<https://www.youtube.com/watch?v=V3jUCSBfSTI>> (25.05.2018).

den Urteilstenor nicht; darüber hinaus steht sie nicht nur mit der bisherigen Judikatur des VfGH und der (noch aufrechten) Judikatur des EGMR, sondern sogar mit sich selbst in klarem Widerspruch. Eine gedankliche Auseinandersetzung mit Art 12 EMRK, der zugleich den wichtigsten Bezugspunkt im internationalen Recht wie auch die wichtigste innerstaatliche Verfassungsbestimmung darstellt, fehlt ebenso wie eine Berücksichtigung der in Art 7 UN-KRK vorgesehenen Rechte der Kinder. Auch fehlt es an einer grundsätzlichen Erörterung der (anthropologischen) Frage, welchem Ziel die menschliche Sexualität, und mithin die Ehe als rechtlicher Rahmen derselben, zugeordnet ist. Im Sinne eines radikalen Begriffspositivismus wird nicht nur der Begriff „Ehe“ umdefiniert, sondern indirekt auch das gesamte übrige damit in Zusammenhang stehende Vokabular: „Elternschaft“, „Kindschaft“ und „Zeugung“ wären demnach willkürliche Setzungen, die vom Gesetzgeber (oder an seiner Stelle vom höchsten Justizorgan, also dem VfGH selbst) jederzeit durch andere willkürliche Setzungen ersetzt werden können. Die Implikationen dieses Ansatzes sind gefährlich: folgte man ihm, so wäre jede Eltern-Kind-Beziehung letztlich nur eine *willkürliche Zuordnung*; dann könnte man auch jedes Kind jederzeit seinen Eltern wegnehmen und anderen Erwachsenen zuweisen, die man dann ebenfalls „Eltern“ nennt. Wie sich zeigt, führt die Ablösung des Rechts von der Welt der Tatsachen nicht zu mehr Freiheit für jedermann, sondern nur zu mehr Macht für Politiker, Beamte und Richter.

Die Ungenauigkeiten im sprachlichen Ausdruck, das opportunistisch-selektive (und damit irreführende) Zitieren der einschlägigen Rechtsprechung des EGMR, sowie die zum Teil krass fehlerhafte Interpretation der bestehenden Rechtslage runden das Bild in ärgerlicher Weise ab.

Mit der Kritik muss es freilich nicht sein Bewenden haben.

Der VfGH hat mit seinem Erkenntnis zur „Ehe für alle“ kein neues Verfassungsrecht geschaffen – das läge auch gar nicht in seiner Macht. Er hat nur einzelne Worte in einzelnen – einfachgesetzlichen – Bestimmungen eliminiert. Diese Bestimmungen können vom Bundesgesetzgeber durch einfachen Gesetzesbeschluss (dh ohne Verfassungsmehrheit) in jeder denkbaren Richtung hin verändert werden. Ob ein solches neues Gesetz dann verfassungskonform wäre, würde dann wieder der (mittlerweile anders besetzte) VfGH zu entscheiden haben.

Zu der Frage, welche Schritte der Gesetzgeber nunmehr setzen könnte oder sollte, haben sich bereits mehrere andere Autoren geäußert. So bringt zB *Astrid Deixler-Hübner* die Hoffnung zum Ausdruck, dass die Entscheidung zum Anlass zu weiteren, noch radikaleren Reformen des Eherechts (bis hin zur Abschaffung der Pflicht zu gegenseitiger Treue!) dienen werde,⁶⁰ während *Edwin Gitschthaler* und *Wolfgang Mazal* sogar die völlige Abschaffung der Zivilehe vorschlagen⁶¹ – womit die Definitionshoheit über den Begriff „Ehe“ letztlich wieder an die Kirchen und Religionsgemeinschaften (aber auch an ihre säkularen Nachäffer) übertragen würde.

Es geht aber auch anders. Der Gesetzgeber könnte ohne weiteres den bisherigen Wortlaut von § 44 ABGB von Neuem beschließen – oder ihn sogar noch verdeutlichen, indem er etwa anstelle von „zwei Personen verschiedenen Geschlechts“ die Formulierung „ein Mann und ein Frau in heiratsfähigem Alter“ verwendete. Kann ein

⁶⁰ *Deixler-Hübner* (Fn 12).

⁶¹ *Gitschthaler* (Fn 12); *Mazal* (Fn 11).

Gesetz verfassungswidrig sein, das dem Wortlaut der einschlägigen Verfassungsbestimmung (hier: Art 12 EMRK) *verbatim* entspricht? Man kann es sich eigentlich nicht vorstellen.

Was das EPG betrifft, so ist festzustellen, dass es (als Folge der hier besprochenen Entscheidung) nunmehr genau das schafft, wovon der VfGH selbst sagt,⁶² dass es vom ursprünglichen Gesetzgeber keineswegs angestrebt war: eine „Schmalspurehe“ von geringerer Verbindlichkeit im Innenverhältnis, aber weitgehend gleicher Rechtsstellung nach außen. Dieser Doppelstandard erscheint wenig wünschenswert und sollte seinerzeit gerade vermieden werden. Der richtige Lösungsansatz scheint dementsprechend – übrigens in völligem Einklang sowohl mit der bisherigen als auch der nunmehrigen Judikatur des VfGH – darin zu liegen, dass man den Unterschied zur Ehe stärker *akzentuiert*, statt ihn einzuebnen. In diesem Kontext könnte man auch eine Reihe von Diskriminierungen eliminieren, bei denen es sich – ungeachtet des Umstandes, dass sie nie in einer Verfassungsbeschwerde ausjudiziert wurden – tatsächlich und offenkundig um solche handelt: So ist es zB völlig unverständlich, weshalb Geschwisterpaare, Verwandte in auf- und absteigender Richtung oder Gruppen aus mehr als zwei Personen keine EP eingehen können.⁶³ Man könnte demnach die EP zu einer Art „eingetragener Haushaltsgemeinschaft“ umbauen, die bewusst *keine* sexuelle Konnotation aufweist (bereits jetzt ist ja für die EP die Bereitschaft zum homosexuellen Verkehr keine Voraussetzung), sondern strikt am Umstand des gemeinsamen Lebens unter einem gemeinsamen Dach anknüpft. Durch ein solches nicht sexuell konnotiertes Rechtsinstitut wäre auch der vom VfGH geäußerten Besorgnis über ein mögliches „Zwangsouting“ Homosexueller in vollkommener Weise Genüge getan.

Verwendete Literatur

- Cornides Jakob*, Alles gleich? Gesetzesinitiativen zur Schaffung eines „Zivilpakts“ und einer „Eingetragenen Partnerschaft“, JBl 2008, 285.
- Deixler-Hübner Astrid*, Ehe für alle?! Eine erste Reflexion zum VfGH-Erk G 258-259/2017, Zak 2018, 5.
- Gitschthaler Edwin*, Ehe für alle? Ein Alternativvorschlag!, EF-Z 2018, 49.
- Höllwerth Johann*, Entscheidungsbesprechung, EF-Z 2018, 69.
- Kerschner Ferdinand*, Verfassungswidrigkeit der Unterscheidung zwischen Ehe und eingetragener Partnerschaft, JBl 2018, 28.
- Khakzadeh-Leiler Lamiss*, Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare, EF-Z 2018, 52.
- Mazal Wolfgang*, Verfremdung des Ehebegriffs, Die Furche 14.12.2017, 8.
- Merckens Stephanie*, Ehe für alle – oder: Ein Triumph der Verwirrung, Die Presse 15.12.2017, online unter <https://diepresse.com/home/meinung/gastkommentar/5339380/Gastkommentar_Ehe-fuer-alle-oder_Ein-Triumph-der-Verwirrung> (25.05.2018).
- Teschner Wolfgang*, Geschlechtsverschiedenheit als Eheerfordernis, ÖStA 3/2018, 40.

⁶² Vgl Rz 11 auf S 10 der Entscheidung, unter Hinweis auf die Erläuterungen zur RV 485 BlgNR XXIV. GP 3.

⁶³ Vgl hierzu bereits *Cornides Jakob*, Alles gleich? Gesetzesinitiativen zur Schaffung eines „Zivilpakts“ und einer „Eingetragenen Partnerschaft“, JBl 2008, 285 (insb 288 und 292).