

Sonderdruck aus:

DAS OFFENTLICHE RECHT DER GEGENWART

JAHRBUCH DES
OFFENTLICHEN RECHTS
DER GEGENWART

NEUE FOLGE / BAND 57

HERAUSGEGEBEN VON

PETER HABERLE



Mohr Siebeck 2009

Dieser Sonderdruck ist im Buchhandel nicht erhaltlich.

Inhaltsverzeichnis

60 Jahre deutsches Grundgesetz (Erste Folge)

PETER E. QUINT: 60 Years of the Basic Law and its Interpretation: An American Perspective	1
JÜRGEN LUTHER: Italienische Beobachtungen und Verarbeitungen des Grundgesetzes (1949-2009)	15
WALTER SCHMITT GLAESER: Ober Tendenzen zur Unterwanderung unserer Verfassung	39
Vgl. NF 38 (1989), 1: Ipsen	
ERNST GOTTFRIED MAHRENHOLZ: „Verantwortung vor Gott und den Menschen“	61
HERBERT SCHAMBECK: Sechzig Jahre Grundgesetz aus Österreichischer Sicht . . .	71
<i>Abhandlungen</i>	
HANS-GEORG DEDERER: Die Garantie der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) . .	89
CHRISTIAN BUMKE: Menschenbilder des Rechts	125
MIGUEL ANGEL PRESNO LINERA: Die Europaisierung des Rechts auf Eheschließung und auf Gründung einer Familie	149
JOSEF FRANZ LINDNER: „Gewissheit“ als Paradigma der Wissenschaft vom Öffentlichen Recht	173
MICHAEL ELICKER: Gedanken zum Ende der Monarchie vor 90 Jahren	207
ROBERT CHR. VAN OUYEN: Der Bundespräsident als „Integrationsfigur“?	235
ATHANASIOS GROMITSARIS: Kontraktualisierung im Öffentlichen Recht	255
STEFAN HAACK: Stadtewesen und Staatsgedanken	301
CHRISTIAN HEITSCH: Die asymmetrische Neuverflechtung der Kompetenzordnung durch die deutsche „Hderalismusreform I“	333

Die Europaisierung des Rechts auf Eheschließung und auf Gründung einer Familie*

von

Dr. Miguel Angel Presno Linera'

Profesor Titular de Derecho Constitucional Universidad de Oviedo

I. Prämisse: Die Europdisierung durch das Europarecht im weiteren und im engeren Sinne

Professor Haberle erinnert an die Notwendigkeit, innerhalb der verfassungsrechtlichen Dogmatik das Europarecht zu beachten, da dieses einen Abschnitt auf dem Weg zu einem einheitlichen europäischen Verfassungsstaates markiere. Auf den nachfolgenden Seiten soll der Versuch einer Analyse unternommen werden, in welcher Form von einem umfassenden Entwicklungsprozess über das „Europarecht im weiteren und engeren Sinne“ sowohl beim Recht auf Eheschließung als auch beim Recht auf Gründung einer Familie ausgegangen werden kann. Trotz bestehender Unterschiede sind es mehr die gleichgerichteten Werte wie die Respektierung der Menschenrechte sowie die Anerkennung der Gesetzesautorität, welche die Basis für die Entwicklung eines europäischen Familienrechtes bilden.

In Befolgung der von Haberle vorgenommenen Kategorisierung findet unter der Bezeichnung „Europarecht im weiteren Sinne“ das Verwendung, was der Europarat in der Konvention über die Europäischen Menschenrechte und deren Protokolle so-

* Übersetzung durch Rechtsanwältin Sven Müller-Grüne, Nürnberg.
presno.uniovi.es; persönliche Website: <http://www.uniovi.cs/constitucional/miemb/presno.htm>.

Vgl. zur fortschreitenden Konkordanz sowohl des Europarechts und des nationalen Rechts als auch des Verfassungsrechts der Mitgliedstaaten Peter Haberle, „Gemeineuropäisches Verfassungsrecht“, zunächst in: Europäische Grundrechts-Zeitschrift, 1991, S. 261 ff.; weiterhin in: Europäische Rechtskultur, Baden-Baden, 1994, S. 33ff.

Zum „europäischen Juristen“ vgl. statt aller Peter Haberle, „Der europäische Jurist vor den Aufgaben unserer gemeinsamen Verfassungs-Zukunft-17 Entwürfe auf dem Prüfstand“, Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart, Neue Folge, Band 53, 2005, S. 458 ff., „Il giurista europeo di fronte ai compiti del nostro futuro costituzionale comune: 17 progetti sotto esame“, in Sergio P. Panunzio (Hrsg.), I diritti fondamentali e le Corti in Europa, Jovene Editori, Nipotes, 2005, S. 109ff. Im Hinblick auf die „europäische Öffentliche Dimension“, Haberle, Gibt es eine europäische Öffentlichkeit?, Berlin, 2000.

wie in den zahlreichen Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR)³ darunter verstehen, während das „Europarecht im engeren Sinne“ im Sinne des Rechtes der Europäischen Union sowie der Europäischen Gemeinschaften sowie der stets in seiner Bedeutung steigenden Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH)⁴ verwendet wird.

Es ist allgemein bekannt, dass das Europarecht im weiteren Sinne eine Harmonisierungsfunktion für die Menschenrechte in seiner weitestgehenden Anwendung (für 47 Staaten)⁵ findet, während das Europarecht im engeren Sinne mehr über die Arbeit

Für ein systematisches Studium der Europäischen Menschenrechtskonvention ist weiterhin die Empfehlung auf die Arbeit von *Frowein/Peukert*: Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK-Kommentar, 2. Auflage, Kehl, 1996 verpflichtend.

In englischer Sprache sind die nachfolgenden Arbeiten für ein dogmatisches Studium zu empfehlen: *R. Blackburn/J. Polakiewicz*, Fundamental rights in Europe. The ECHR and its member states, 1950-2000, OUP, Oxford, 2001; *Harris/O'Boyle/Bates/Warwick*, Law of the European Convention of Human Rights, OUP, Oxford, 2005; *Jacobs/White/Ovey*, The European Convention on Human Rights, OUP, Oxford, 2006. Sehr hilfreich auch die Dokumentationen in Form eines *handbook* von *Gordon/Ward/Eicke*, The Strasbourg Case Law. Leading Cases from the European Court of Human Rights, Sweet & Maxwell, London, 2001, sowie *K. Reid*, A practitioner's guide to the European Convention on Human Rights, Sweet & Maxwell, London, 2004.

Die in französischer Sprache zumeist herangezogenen Arbeiten sind die von *G. Cohen Jonathan*, La Convention Européenne des Droits de l'homme, Economica, Paris, 1989; *J. P. Marguenaud*, La Cour européenne des droits de l'homme, Dalloz, Paris, 1997; *F. Sudre*, F., La Convention européenne des droits de l'homme, PUP, Paris, 2002. Die zu empfehlenden Dokumentationen verbleiben weiterhin die von *V. Berger*, V., Jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'homme, Sirey, Paris, 2000 sowie *Sudre/Marguenaud/Andriantsimbazovina/Gouttenoire/Le vinnet*, Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme, PUF, Paris, 2005.

In Italien, *Bartole/Conforti/Raimondi* (Hrsg.), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e della libertà fondamentale*, Padua, 2001.

In Spanien, *J. A. Carrillo Salcedo*, El Convenio Europeo de Derechos Humanos, Tecnos, Madrid, 2003; *I. Lasagabaster Herrarte*, (Dir.), Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario Sistemático, Thomson-Civitas, Madrid, 2004; *García Roca/Santaolaya*, (Hrsg.), La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos, CEPC, Madrid, 2005; *Sarmiento/Mieres/Presno Littera*, Las sentencias básicas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Estudio y jurisprudencia, Thomson-Civitas, 2007.

Bekanntlich existiert zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union eine umfassende Bibliographie, weshalb sich hier auf einige Kommentare dazu beschränkt werden soll: auf Deutsch *Bemsdorff/Borowsky*: Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union. Handreichungen und Sitzungsprotokolle, Nomos, 1. Aufl., Baden-Baden 2002; *Jürgen Meyer* (Hrsg), Kommentar zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2. Aufl., Nomos, Baden-Baden 2006; *Hans Dieter Jarass*, EU-Grundrechte, C. H. Beck, München 2005.

Auf Englisch, *Peers/Ward*, The Charter of Fundamental Rights and the Future of Human Rights Protection in Europe, Hart Publishing, 2004.

Auf Französisch, *Guy Braibant*, Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, Seuil, 2001; *Carlier/De Schutter* (Hrsg.), La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne: son apport à la protection des droits de l'homme en Europe: hommage à Silvio Marcus Helmons, Bruylant, 2002.

Auf Italienisch, *Bifulco/Catania/Celotto* (Hrsg.), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Bologna, 2001; *L. S. Rossi* (Hrsg) Carta dei diritti fondamentali e costituzione dell'Unione europea, Milano, 2002; *G. Zagrebel'sky* (Hrsg.), Diritti e Costituzione nell'Unione Europea, 2003; *Sicari* (Hrsg.), *Contributi allo studio della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Torino, 2003.

Auf Spanisch, *Alonso Garcia/Sarmiento*, La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Thomson-Civitas, 2006.

Vgl. beispielsweise, *Delmas-Marty*, „Le rôle du juge européen dans la renaissance du jus corn-

des Gerichtshofs und insbesondere dessen Rechtsprechung eine Vereinheitlichungsfunktion des Europarechts in den 27 Mitgliedsstaaten wahrnimmt. Bekanntlich sind die Grundrechte innerhalb der Europäischen Union im Sinne einer strengen rechtlichen Verpflichtung nicht in einer „Europäischen Verfassung“ verankert, sondern sie wurden im Wege der Rechtsprechung herausgearbeitet und entwickelt⁶.

Trotz dieser getroffenen funktionellen Unterscheidung bei den Arten des Europarechts – Harmonisierung/Gleichschaltung – wird durch die Aufnahme der Rechtsprechung des EGMR in die Rechtsprechung des EuGH, wengleich auf indirekte Art, eine vereinheitlichende Tendenz im Sinne des Europarechts vorgekommen. Für die Identifizierung, Anerkennung und Benennung dieser Rechte verwendet das Gericht in Luxemburg die „einheitlichen verfassungsrechtlichen Traditionen der Mitgliedsstaaten“ (Fall: *Internationale Handelsgesellschaft* vom 17. 12. 1970) sowie „die internationalen Instrumente zum Schutz der Menschenrechte, bei denen die Mitgliedsstaaten kooperieren oder denen sie beigetreten sind“ (Fall: *Nold* vom 14. 05. 1974), insbesondere der europäischen Menschenrechtskonvention (Fall: *Rutili* vom 28. 10. 1975).

Diese Funktion wird auch ins Umfeld des Europarechts gebildet, wo die Rechte aus dieser Konvention über das in Art. 53 EMRK gewährleistete Mindestmaß hinaus fortentwickelt werden.

Das alles mündet in die zunehmend auf Akzeptanz treffende Idee, wonach die notwendigen Elemente entwickelt werden, um von einem einheitlichen Begriff des Europarechts zu sprechen, obwohl gleichzeitig der rechtliche Pluralismus, auf welchem das Gebäude der Europäischen Konvention errichtet wurde, gleichzeitig aufrecht erhalten bleibt. Von wachsender Bedeutung ist dabei auch das Phänomen der „autonomen Konzepte“, welche den Rechten und Freiheiten des die Konvention gestaltenden Elementen einen eigenen Inhalt zugestehen, soweit diese die gleichgerichtete Anwendung in allen Staaten garantieren, einschließlich von solchen Rechten, die in den inneren Rechtsordnungen nicht anerkannt sind. Selbst die inner-

„Signification et limites“, *Mahoney/Matscher/Petzold/Wildhaber*, Protection des droits de l'homme: la perspective européenne. Protecting Human Rights: The European perspective. Melanges a la memoire de/Studies in memory of Rolv Ryssdal, KOLHN, 2000, S. 412 ; in der selben Arbeit, *H. Schemers*, „A European Supreme Court“, ..., S. 1273.

• Vgl. generell zu den Rechten in Europa *Dirk Ehlers* (Hrsg.) Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2. Auflage, De Gruyter Recht, Berlin, 2005.

• Zu den Rechten in Europa und den Gerichten, *Sergio P. Panunzio* (Hrsg.), I diritti fondamentali e le Corti in Europa, Jovene Editori, Neapel, 2005.

• Diese Konvention ist nicht so auszulegen, als beschränke oder beeinträchte sie Menschenrechte und Grundfreiheiten, die in den Gesetzen einer hohen Vertragspartei oder in einer anderen Übereinkunft, deren Vertragspartei sie ist, anerkannt werden.

• Vgl. zur Europäisierung der nationalen Verfassungen und der nationalen Verfassungsgerichtsbarkeit *Peter Hüberle* in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDStRL), 50, 1991, S. 156ff ; dieser Autor phidiert für eine „einheitliche europäische Hermeneutik“, VVDStRL, 53, 1994, S. 115ff. Ober die Strukturierung einer „offene(n) Gesellschaft der Verfassungsinterpretation“, *Peter Hüberle*, Die Verfassung des Pluralismus, Königstein/TS, 1980, S. 69ff.

Konrad Hesse unterstrich, dass die Verfassungsinterpretation nicht vereinzelt unter Verzicht auf die Berücksichtigung der europäischen Dimension erfolgen könne, vgl. dazu „Stufen der Entwicklung der deutschen Verfassungsgerichtsbarkeit“, Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart, Peter Haberle (Hrsg.), Neue Folge, Band 46, 1998.

staatlichen Gerichte fOrdern diese Konzepte -Ether die Auslegung der so anerkannten Rechte in den eigenen Grundrechtsnormen.¹⁰

Bekanntlich ist dartiber hinaus ein neuer Text am Entstehen, welcher i_iber den Integrationsprozess die grundlegenden europaischen und nationalen Rechtsnormen zusammenfasst: Die europaische Grundrechtscharta, von der zu erwarten ist, dass sie in naher Zukunft Bestandteil des europaischen Vermachtnisses werden wird. Es begann jedenfalls bereits die Entfaltung einer Serie von spater noch darzustellenden Wirkungen, welche sowohl in den Entscheidungen der europaischen Gerichte" (von StraBbure und Luxemburg') sowie von einigen nationalen Verfassungsgerichten enthalten sind". Nicht umsonst wird in der Praambel dieser Charta erklart: „Die Volker Europas sind entschlossen, auf der Grundlage gemeinsamer Werte eine friedliche Zukunft zu teilen, indem sie sich zu einer immer engeren Union verbinden. In dem Bewusstsein ihres geistig religiösen und sittlichen Erbes grundet sich die Union auf die unteilbaren und universellen Werte der Würde des Menschen, der Freiheit, der Gleichheit und der Solidaritat. Sie beruht auf den Grundsätzen der Demokratie and der Rechtsstaatlichkeit. Sie stellt den Menschen in den Mittelpunkt ihres Handelns, indem sie die Unionsburgerschaft und einen Raum der Freiheit der Sicherheit und des Rechts begründet. Diese Charta bekräftigt unter Achtung der Zuständigkeiten und Aufgaben der Union und des Subsidiaritätsprinzips die Rechte, die sich

¹⁰ Beispielgebend ist auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 11. März 2004 hinzuweisen (BVerfG EuGRZ 2004, 3171318 ff.), in welcher auf die Notwendigkeit der Berticksichtigung der Fortentwicklung der Europäischen Menschenrechtskonvention im Zuge der Auslegung des Grundgesetzes hingewiesen wird.

¹¹ Argelia Queralto Jimenez erstellt eine den Fall Spaniens beschreibende Studie in „Los usos del canon europeo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: un muestra del proceso de armonización europea en materia de derechos fundamentales“, *Teoria y Realidad Constitucional*, n 20, 2007, S. 435—470.

¹² Ober diese Gerichte, E. G. Mahrenholz, „Europaische Verfassungsgerichte“, Jahrbuch des Offentlichen Rechts der Gegenwart, Peter Haberle (Hrsg.), Band 49, 2001, S. 20 ff.

¹³ Falle I. gg. *Vereinigtes Konigreich und Christine Goodwin gg. Vereinigtes KONigreich*, beide vom 11. Juli 2002, *Bosphorus Hava Yollari Turizm tie Ticaret Anonim Sirketi gg. Irland*, vom 30. Juni 2005, sowie *Sorensen gg. Danmark und Rasmussen gg. Danemark*, voila 11. Januar 2006.

¹⁴ Fall *Europaisches Parlament gg. Europaischen Rat*, vom 27. Juni 2006 (C-540/03); Entscheidung des EuGH (GroBe Kammer), vom 3. Mai 2007 (C-303/05); Entscheidung des EuGH (GroBe Kammer), vom 18 Dezember 2007 (C-341/05); Entscheidung des EuGH (GroBe Kammer), vom 29. Januar 2008 (C-275/06); Entscheidung des EuGH (Dritte Kammer), vom 14. Februar 2008 (C-450/06); Entscheidung des EuGH (Dritte Kammer), vom 14. Februar 2008 (C-244/06).

¹⁵ Sehr schnell umgesetzt vom Spanischen Verfassungsgericht (TCE): STC 292/2000, vom 30. November, ins Verhältnis zu Artikel 8 der Charta im Hinblick auf den Schutz personlicher Daten; spater ins Hinblick auf die Grenzen des Asylrechts (Artikel 18 der Charta) in STC 53/2002, vom 27. Februar; die Minderjahrigenrechte (Entscheidungen STC 138/2005, vom 26. Mai; sowie 273/2005, vom 27. Oktober, sowie 17/2006, vom 30. Januar) sowie zum Verbot der Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung (STC 41/2006, vom 13. Februar). Dieses Verbot wurde ebenfalls in der Erklarung (Declaration) 1/2004, vom 13. Dezember analysiert.

Auf gleicher Linie der italienische Verfassungsgerichtshof (Corte Costituzionale italiana) mit seiner Entscheidung vom 24. Oktober 2002, in welcher die Artikel 7 (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens) und 9 (Recht auf EheschlieBung) der Ghana zu den Voraussetzungen fiir den eintritt in die Streitkräfte gegenstandlich sind.

Die *Chamber of Lords* in GroBbritannien grill darauf in den Fallen *Sepet*, vom 20. März 2003, und *Bellinger*, vom 10. April 2003 zurick.

vor allem aus den gemeinsamen Verfassungstraditionen und den gemeinsamen internationalen Verpflichtungen der Mitgliedsstaaten, aus der europaischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, aus den von der Union und dem Europarat heschlossenen Sozialchartas sowie aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europaischen Union und des Europaischen Gerichtshofs fur Menschenrechte ergeben. ..."¹⁵

Es ist gleichwohl daran zu erinnern, dass die Koexistenz dieser rechtlichen Systeme gleichwohl weiterhin Spannungen provoziert, wenn die Mitgliedsstaaten der Europaischen Union auf der einen Seite zur Anwendung der Grundrechte in der Lesart des Europaischen Gerichtshofs bei gleichzeitiger Bindung an die Europaische Menschenrechtskonvention verpflichtet wurden. Gleichzeitig kOnnen die Institutionen der Gemeinschaft Rechtsakte setzen, ohne die Bedingungen der Konvention zu beriicksichtigen, da weder die Gemeinschaften noch die Union Mitglieder derselben waren.

Es ist aber anerkannt, dass die Auflösung dieser Spannung zwischen den verschiedenen Systemen des Grundrechtsschutzes in erster Linie vom Europaischen Gerichtshof selbst sowie vom europaischen Verfassungsbildungsprozess stammt. Eine solche Fragestellung im Sinne eines begin nenden Diskurses wurde von Seiten der gemeinschaftsrechtlichen Rechtsprechung angestoBen, indem sie in ihre eigene Rechtsprechung die Rechtsprechung des .Europaischen Gerichtshofs fiir Menschenrechte integrierte, sobald der zu verhandelnde und zu entscheidende Gegenstand ein Grundrecht tangierte. Das ermOglichte es, dieser Rechtsprechung des Europaischen Gerichtshofs eine hOhere Legitimitat gegenüber den Mitgliedsstaaten und auch gegenüber dem Europaischen Gerichtshof far Menschenrechte zu verleihen, und gleichzeitig Stück fiir Stück das grundrechtliche Defizit zu beseitigen, in welchem sich die Union aufgrund der fehlenden Mitgliedschaft im Europarat und der Konvention befand. Gleichzeitig begannen die Mitgliedsstaaten im Wege der Reformen der konstituierenden Verträge und vor allem mit der Verabschiedung des Vertrages iiber die Europaische Union von 1992 mit der Beseitigung dieser Defizite.

In jUngerer Zeit damnte der Europaische Gerichtshof fiir Menschenrechte die noch bestehenden Spannungen zur Europaischen Union weiter ein. Dieser bedeutende Schritt wurde am 30. 06. 2005 in dem Fall *Bosphorus Hava Yollari Turizm vs. Ticaret Anonim irketi* gegen Irland vollzogen, vermittels dessen der Gerichtshof unter Hervorhebung der Allgemeingiiltigkeit dieser Aussage die Doktrin des „gleichgerichteten Schutzes“ bestätigte, in dem Sinne, wonach das StraBburger Gericht eine Minimalkontrolle im Hinblick auf die Handlungen der Staaten in Ausfiihrung des Europarechts gewahrleistet'⁶. Erst in dem Moment, in welchem dieser Mindestschutz innerhalb des Systems der Grundrechte der Union nicht gewahrleistet ist, schreitet der Europaische Gerichtshof fiir Menschenrechte ein.

¹⁵ Diese Praambel wurde vom Europaischen Gerichtshof fiir Menschenrechte (Fall *Bosphorus Hava Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi gg.* vom 30. Juni 2005) und vom EuGH (Fall Europaisches Parlament gg. Rat, vom 27. Juni 2006 (C-540/03) angeregt.

Zu dieser Entscheidung Jurgen Brohmer, Die Bosphorus-Entscheidung des EGMR — Der Schutz der Grund- und Menschenrechte in der EU nod das Verhältnis zur EMRK, EuZW, 2006, 71.

In Anndherung an den eigentlich zu besprechenden Gegenstand dieser Arbeit ist vorab aufzuführen, dass die auf den nachfolgenden Seiten zu untersuchenden Rechte konkret solche sind, in denen deutlich die Auswirkungen des Europarechts im weiteren Sinne in der Formulierung des Europarechts im engeren Sinne zu finden sind. Konkret handelt es sich um den Inhalt des Art. 12 EMRK (Recht auf Eheschließung und Gründung einer Familie) in Art. 9 der Europäischen Grundrechtscharta'. Kurioserweise war es nicht das Luxemburger Gericht, sondern das Gericht in Straßburg, welches erstmals Art. 9 der Charta als tragendes Argument für die Erweiterung seiner bisherigen Rechtsprechung zum Recht auf Eheschließung aufführte (vgl. *I. gegen Vereinigtes Königreich* sowie *Christine Goodwin gegen Vereinigtes Königreich*, beide vom 11. Juli 2002)¹⁸. Zuvor hatte bereits der Europäische Gerichtshof die Rechtsprechung des EGMR als Unterstützung für die seine eigene Doktrin hinzugezogen (Fall *K. B.* vom 07. 01. 2004)¹⁹. Wiederum vorher hatte das Luxemburger Gericht die Grundrechtscharta in dem Fall *Europäisches Parlament gegen Europäischen*

¹⁷ In seinen aktualisierten Erklärungen zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union unterstreicht das Präsidium der Konvention auf Grundlage der Kommentierungen des Präsidiums der ersten Konvention, dass „dieser Artikel [9] auf Artikel 12 der Europäischen Menschenrechtskonvention basiert. Die redaktionelle Veränderung dieses Artikels stellt eine Modernisierung zum Zwecke der Ebeziehung derjenigen Fälle dar, in denen die nationalen Gesetzgeber unterschiedliche Möglichkeiten der Ehe zum Zwecke der Familiengründung anerkennen. Weder verbietet noch fardert dieser Artikel die Eheschließung durch gleichgeschlechtliche Personen. Dieses Recht ist insoweit gleichlautend wie die Vorgabe in der europäischen Menschenrechtskonvention ...“.

Eine Systematisierung der zur Charta erschienen wissenschaftlichen Literatur ist nahezu unmöglich, vgl. deshalb *Tettinger*, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, NJW, 2001, S. 1001ff.

¹⁸ Der EGMR (*I. v. Vereinigtes Königreich*, 82 und *Christine Goodwin gg. Vereinigtes Königreich*, § 100) führt auf, dass „der Wortlaut des im übrigen ithernommenen Artikels 9 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union unterscheidet sich — um nicht zu sagen befreit sich — von Artikel 12 der Konvention, soweit er die Bezugnahme auf Mann und Frau herausnimmt.“

Weiter wird die Charta in den einzelnen Voten erwähnt: „... in Kapitel III Ober die Gleichheit verbietet der Artikel 21 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union vom 7. Dezember 2000 ausdrücklich „Diskriminierungen, insbesondere wegen des Geschlechts (...) oder der sexuellen Ausrichtung, ...“. Aufgrund einer Empfehlung der parlamentarischen Versammlung vor dem Europarat verabschiedete der Ministerrat am 21. September 2001 eine Erklärung zu bestehenden Diskriminierungen Homosexueller und empfiehlt, die sexuelle Ausrichtung zu den Motiven der Diskriminierungsverbote der Konvention ebenso wie in die nationale Gesetzgebung einzufügen. Hiernach lässt sich durchaus betonen, dass sich aktuell ein europäischer Konsens in diesem Bereich herausgebildet hat.“ (Fall *Frette gg. Frankreich*, vom 26. Februar 2002, abweichende Meinung der Richter Bratza, Fuhmann und Tulkens).

¹⁹ „Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat erklärt, dass die Unmöglichkeit der Eheschließung eines Transsexuellen mit einer Person des gleichen Geschlechts, welches er vor seiner Operation zur Geschlechtsumwandlung innehatte, eine Verletzung seines Rechts auf Eheschließung im Sinne des Artikels 12 EMRK darstellt; soweit die beiden Personen hinsichtlich ihres sexuellen Standes als gleichgeschlechtlich aufgrund der fehlenden rechtlichen Anerkennung seiner neuen sexuellen Identität durch die Rechtsordnung des Vereinigten Königreiches angesehen werden (vgl. die Entscheidungen *Christine Goodwin gg. Vereinigtes Königreich* und *I. gg. Vereinigtes Königreich* vom 11. Juli 2002, § 97 bis 104 und § 77 bis 84; Entscheidung vom 7. Januar 2004)“.

Die Zitierung der Rechtsprechung Straßburgs erfolgt auch regelmäßig in den Schlussanträgen der Generalanwälte wie beispielsweise aktuell in denjenigen des Generalanwaltes Ruiz-Jarabo im Fall C-267/06, *Tadao Maruko gg. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, entschieden durch Urteil der Großen Kammer am 01. April 2008.

Rat vom 27. 06. 2006 (C-540/03) im Zusammenhang mit dem Recht auf Familienleben (Art. 7) und dem Recht der Minderjährigen (Art. 24) hinzugezogen²⁰. Letztlich wird in den von der Europäischen Union erlassenen Rechtsvorschriften auf die Einhaltung der Charta hingewiesen²¹.

Im auBereuropäischen Recht werden die in den zurückliegenden Jahren vollzogenen Veränderungen bei der Institution der Ehe von der rechtsprechenden Gewalt eher zurückhaltend berücksichtigt. Bekanntlich ist der Bundesstaat Massachusetts in den Vereinigten Staaten der einzige Staat, der aufgrund einer Entscheidung des High Court in dem Fall *Hillary Goodrich u. a. gegen Department of Public Health* vom 18. 11. 2003²² die Ehe zwischen gleichgeschlechtlichen Personen anerkannt hat. In dieser Entscheidung wurde das Recht auf Gleichberechtigung der Homosexuellen als verletzt angesehen und es wurde dem staatlichen Parlament eine Frist von 180 Tagen eingeräumt, um die rechtlichen Grundlagen für die Eheschließung derselben zu schaffen. Für den Fall der nicht fristgerechten Umsetzung (was letztlich auch der Fall war) sollte die Eheschließung zwischen gleichgeschlechtlichen Personen erlaubt sein. Aufgrund der fehlenden Umsetzung trat die Folge dieser Entscheidung am 17. 05. 2004 in Kraft.

In Kanada haben verschiedene Provinzgerichte im Jahr 2003 die Schlussfolgerung gezogen, dass die Voraussetzung des Innehabens verschiedener Geschlechter zum Zwecke der Eheschließung diskriminierend und verfassungswidrig sei. Um verschiedene rechtliche Situationen in den Provinzen zu vermeiden, beantragte schließlich die Bundesregierung eine Entscheidung durch das höchste Bundesgericht, welche schließlich am 09. 12. 2004 erging²³. Das Gericht hielt eine eventuelle rechtliche Gesetzesreform für zuldssig, nach der eine Eheschließung zwischen Personen gleichen Geschlechts erlaubt werden sollte, sofern gleichzeitig sichergestellt wurde, dass das Recht auf Gewissensfreiheit der die Eheschließung grundsätzlich durchführenden Beamten ebenfalls sichergestellt werde. Dies verstieße jedenfalls nicht gegen die *Charter of Rights*. Wenig später wurde das Bundesgesetz vom 20. 07. 2005 erlassen,

²⁰ So weist es in Ziffer 38 darauf hin: „Die Charta wurde feierlich durch das Parlament, den Rat und die Kommission am 07. Dezember 2000 in Nizza proklamiert. Obwohl diese Charta kein juristisch gültiges Instrumentarium darstellt, wollte der europäische Gesetzgeber mittels der Erklärung besonders betonen, dass er diese Prinzipien nicht allein durch Artikel 8 EMRK, sondern auch mittels der Charta gewährleistet sieht. Wie andersersits aus der Praambel zu entnehmen ist, besteht der tragende Gedanke der Charta in der Bekräftigung der Rechte, die sich vor allem aus den Verfassungstraditionen und den gemeinsamen internationalen Verpflichtungen der Mitgliedstaaten, aus dem Vertrag über die Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, aus den von der Gemeinschaft und dem Europarat beschlossenen Sozialchartas sowie aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte ergeben—“.

²¹ In der Praambel der Richtlinie 2003/86/EG des Rates vom 22. September 2003 über das Recht auf Zusammenführung der Familie (DO L 251) wird hetont „Diese Richtlinie respektiert die Grundrechte und schützt die in Artikel 8 der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten sowie der Charta der Grundrechte der Europäischen Union anerkannten Prinzipien“.

²² <http://www.masslaw.com/signup/opinion.cfm?page=ma/opin/sup/1017603.1.htm>; vgl. in diesem Sinne jetzt aber die Entscheidung des Obersten Gerichtshofs von Kalifornien vom 15. Mai 2008, abrufbar unter <http://www.courtinfo.ca.gov/opinions/documents/S147999.PDF>.

²³ <http://csc.lexum.umontreal.ca/en/2004/2004scc79/2004scc79.pdf>.

welches für die Eheschließung zwischen Homosexuellen dieselben Rechten und Pflichten wie für diejenige zwischen Heterosexuellen festlegte.

In Südafrika kam die Initiative für eine Reform vom Verfassungsgericht, welches in seiner Entscheidung vom 01. 12. 2005 (*Minister of Home Affairs and Another v Fourie and Another*)²⁵ erklärte, dass das gegenwärtige Modell der Ehe im *Common Law and Marriage Act* unvereinbar ist mit den Art. 9 und 10 der Verfassung (Recht auf Gleichberechtigung und Würde), in dem dort gleichgeschlechtlichen Paaren nicht der gleiche Status, die gleichen Rechte und Pflichten wie heterosexuellen Paaren zuerkannt wird. Um diese rechtlichen Situationen anzugleichen wurde dem Parlament eine Umsetzungsfrist von einem Jahr eingeräumt welche dieses mit der Verabschiedung des *Civil Union Act* vom 14. 11. 2006²⁶ erfüllte.

II. Die Europaisierung der Ehe und des Rechts auf Gründung einer Familie im weiteren Sinne

In verschiedenen europäischen Ländern haben bereits gesetzgeberische Reformen stattgefunden, welche die Institution der Ehe modifizieren und konkrete Aspekte der familiären Organisation regeln. Wie angedeutet, sollen auf den nachfolgenden Seiten jedoch nicht diese nationalen Rechtsnormen vorgestellt werden, sondern vielmehr das „Europarecht im weiteren Sinne“ und sein Beitrag zur Eröffnung der von den eigenen Verfassungen geprägten Staaten nach Außen.

1. Das Recht auf Eheschließung und das Recht auf Gründung einer Familie als eigenständige Rechte

Bekanntlich garantiert die Europäische Menschenrechtskonvention in verschiedenen Artikeln die Rechte auf „Eheschließung und Gründung einer Familie“ (Art. 12)²⁸ und das Recht auf „Respektierung des Privat- und Familienlebens“

²⁵ <http://www2.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=3293341&file=4>
²⁶ <http://www.constitutionalcourt.org.za/uhtbin/cgiisrsl/20080524073831/SIRSL/0/520/J-CCT60-04>

<http://www.info.gov.za/gazette/acts/2006/a17-06.pdf>.

²⁷ Um nur die Fälle zu zitieren, welche die stärksten Kontroversen auslösten, sei an das im Jahre 2005 verabschiedete Gesetz 13/2005 in Spanien erinnert, vermittels dessen das spanische Bürgerliche Gesetzbuch (Codigo Civil) ins Hinblick auf die Vorschriften der Eheschließung dahingehend geändert wurden, dass die Ehe auch zwischen gleichgeschlechtlichen Personen mit gleichen Rechten einschließlich der Adoption, wie bei Personen unterschiedlichen Geschlechts anerkannt wurde. Bereits vorher trat in Holland das Gesetz von 21. Dezember 2000 in Kraft, vermittels dessen das holländische Bürgerliche Gesetzbuch soweit modifiziert wurde, dass die Ehe auch für Personen gleichen Geschlechts bei gleichen Rechten mit Ausnahme der Adoption möglich sei; ebenso in Belgien das Gesetz vom 30. Januar 2003, grundsätzlich ähnlich dem holländischen, wenngleich in einer neueren Modifikation die Adoption auch für gleichgeschlechtliche Paare ermöglicht wurde.

²⁸ Artikel 12: „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.“ Artikel 5 des EMRK-Protokoll Nr.7 gibt die Gleichberechtigung Ehegatten vor: „Die Ehegatten genießen während der Dauer der Ehe ebenso wie im Falle der Auflösung untereinander und

(Art. 8)²⁹. Während Art. 12 also die Rechte auf Eheschließung und Bildung einer Familie wohl unabhängig von der Form des Zusammenlebens schützt, wird durch Art. 8 besonders das Privatleben von Personen geschützt, welches Bestandteil des familiären Zusammenlebens ist. Bei dem letztgenannten Recht führt das Wechselspiel zwischen der Erklärung und seiner Anwendungsgrenze zu einer offenen Anwendung, wie das im Fall *Niemitz gegen Bundesrepublik Deutschland* vom 16. 12. 1992 erfolgte. Es handelt sich hierbei um den *leading case* im Hinblick auf die Definition der Anwendung des Schutzbereichs des Art. 8.

Der EGMR zog in diesen Fall auch das „Recht auf Anknüpfung und Weiterentwicklung von Beziehungen zu den nächsten Verwandten (§ 29) bei gleichzeitigem Schutz des Rechts auf die persönliche Selbstbestimmung (*Pretty gg. Vereinigtes Königreich* vom 29. 04. 2002, § 61) mit ein. Dieses Recht beinhaltet Elemente wie den Schutz des Namens (*Burkhardt gegen Schweiz*, vom 22. 02. 1994, § 24), der sexuellen Identität, der sexuellen Orientierung sowie des sexuellen Lebens, die sämtlich aus der von Art. 8 geschützten persönlichen Sphäre abzuleiten sind (siehe z. B. die Entscheidungen *Dudgeon gg. Vereinigtes Königreich* vom 22. 10. 1981, § 41; *Laskey, Jaggars und Brown gg. Vereinigte Königreich* vom 19.02. 1997, § 36) ebenso wie das Recht auf Berücksichtigung der Entscheidung Kinder zu haben oder nicht (*Evans gg. Vereinigtes Königreich* vom 10. 04. 2007, § 71).

Nicht weniger relevant ist die Erklärung in dem Fall *Eisholz gegen Bundesrepublik Deutschland* vom 13. 07. 2000, in welchem die große Kammer des Gerichts daran erinnert, dass das „in diesem Artikel vorausgesetzte Konzept der Familie“ sich nicht in den auf einer Eheschließung beruhenden Beziehungen erschöpft, sondern auch andere „familiäre“ Situationen wie etwa den außerehelichen Verkehr mit einbezieht. Ein aus einer solchen Beziehung geborenes Kind hat Anspruch auf vollständige Einbeziehung in diesen „familiären Kreis“ vom Beginn seiner Geburt und sogar von seiner Zeugung an. Deshalb besteht zwischen dem Kind und seinen leiblichen Eltern eine Beziehung, welche ein familiäres Leben konstituiert (Fall *Keegan gegen Irland* vom 26. 05. 1994). Das Gericht erinnert außerdem daran, dass das Zusammensein für einen Vater und seinen Sohn einen fundamentalen Bestandteil des familiären Lebens darstellt, selbst wenn die Beziehung zwischen den Eltern auseinander ging, weshalb das Zusammenleben behindernde Maßnahmen eine Verletzung des durch Art. 8 der Konvention geschützten Rechts herbeiführen.

Im Hinblick auf Art. 12 wurde die Unterscheidung zwischen der Institution der Ehe und der Bildung einer Familie bereits durch die Europäische Kommission für Menschenrechte (*Hamer gg. Vereinigtes Königreich* vom 13. 10. 1977 sowie *Van Oosterwijck gg. Belgien* vom 01.03. 1979) bestätigt und vom Gericht auch in verschiedenen

gegenüber ihren Kindern die gleichen aus der Ehe resultierenden Rechte und Pflichten. Der vorliegende Artikel verbietet den Staaten nicht, die notwendigen Maßnahmen im Interesse der Kinder zu ergreifen.“

Artikel 8: „(1) Jede Person hat das Recht auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens, ihrer Wohnung und ihrer Korrespondenz. (2) Eine Behörde darf in die Ausübung dieses Rechts nur eingreifen, soweit der Eingriff gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist für die nationale oder öffentliche Sicherheit, für (das wirtschaftliche Wohl des Landes, zur Aufrechterhaltung der Ordnung, zur Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit oder der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer.“

Entscheidungen anerkannt, wobei verschiedene Formen der Familie Berücksichtigung fanden: So diejenige eines nicht verheirateten Paares (Fall *Johnston u. a. gegen Irland*, vom 18. 12. 1986, § 56) derjenige einer allein stehenden Mutter und ihrer Tochter (*Marckx gegen Belgien* vom 13. 06. 1979, § 31) die eines Mannes und seiner unberechtigten Tochter (*Keegan gegen Irland* vom 26. 05. 1994, § 44)30.

a) Das europäische Recht auf Eheschließung

Für die Begründung eines europäischen Rechtes auf Eheschließung hat sich das Gericht in Straßburg verschiedener Fälle bedient, welche Probleme im Hinblick auf dessen Schutzbereich aufwiesen, so die Voraussetzung eines Mindestalters (Minderjährige), die Situation von besonderen Verhältnissen unterworfenen Personen (Gefangene) oder mit der besonderen Persönlichkeit zusammenhängende Umstände (Transsexuelle). Im Zuge dieser Fälle hatte der EGMR ausreichend Gelegenheit eine Folge von rechtlichen Regelungen aufzustellen, welche in der nachfolgenden Form systematisiert werden können:

Die erste zu erfüllende Voraussetzung, welche eine die Ausübung dieses Rechtes begreifende Person zu erfüllen hat besteht darin, ein Mindestalter zu haben, das in der Konvention als „heiratsfähig“ bezeichnet wird. Wie leicht geschlussfolgert werden kann, steht diese Forderung im Zusammenhang mit der Existenz einer bestimmten Fähigkeit, die wiederum erst bei Erreichen eines bestimmten Alters entstehen kann, was unter anderem mit dem Entwicklungsprozess eines Mindestalters als einem Prozess zusammenhängt, währenddessen die Psychologie einer Person sich zunächst formiert und mit ihr die Fähigkeit zur Selbstbestimmung wächst. Im Falle der Eheschließung liegt es nahe, dass Mindestalter an den Moment zu knäpfen, in dem anzunehmen ist, dass eine Kapazität dahingehend besteht, diese aufgrund freier Willensentscheidung einzugehen. Die Konkretisierung dieses Alters hat dabei in den Händen der nationalen Gesetzgeber zu verbleiben, welche diese in einem angemessenen Umfang auszufallen haben, wobei stets vorausgesetzt wird, dass „sie nicht eingeschränkt oder herabgesetzt wird in irgendeiner Form oder bis zu einem Punkt, welche sie in ihrer Substanz verletzen“ (Rifle *Rees gg. Vereinigtes Königreich* vom 17. 10. 1986, § 50, sowie *F. gegen Schweiz*, vom 18. 12. 1987, 5 32) indem sie ein deutlich unverhältnismäßiges Alter fordern, welches nicht zu rechtfertigen ist. Wäre der bloßen Tatsache, dass es höher ist als die Voraussetzung, welche die von den Eheschließenden zugehörige Religion an das Alter knüpft (Entscheidung der Kommission in dem Fall *Janis Khan gg. Vereinigtes Königreich* vom 05. 07. 1986).

Sofern diese Mindestanforderungen erfüllt sind und die anderweitigen internen gesetzlichen Anforderungen sichergestellt sind, wie z. B. „die Form“ (Publizität und Ausschließlichkeit der Ehe) sowie die „Grundlage“ (Kapazität, Einwilligung, der Hinderungsgrund der Verwandtschaft, der einer bisher nicht aufgelösten anderen Ehe, der vorsätzlich herbeigeführte Tod des vorherigen Ehegatten, Vorbehalte gegenüber arrangierten Ehen, ...), haben ein lebender Mann und eine lebende Frau das

Recht sich zu verheiraten, was wiederum das Recht der postmortalen Eheschließung vom Schutz des Art. 12 ausschließt (Fall *M. gegen BRD*, 13. 12. 1984).

Das Recht auf Eheschließung steht auch Haftlingen zu: Die Kommission sah es als einen Verstoß gegen Art. 12 der Konvention an, soweit Einschränkungen bestehen, welche letztlich die Eheschließung unmöglich machen, indem sie die Feier der Eheschließung im Gefängnis oder den zeitlich befristeten Ausgang der Insassen für eine auswärtige Feier verbieten (Fall *Draper gg. Vereinigtes Königreich* vom 10. 07. 1980). In diesem Fall sah die Kommission keine Bedingungen für die Ausübung dieses Rechtes erfüllt, weder für ein Zusammenleben noch für die Möglichkeit der Aufrechterhaltung von ehelichen Beziehungen.

Das Gericht hat dieses Kriterium übernommen und bestimmte in einem darüber hinaus gehenden Kontext (Fall *Hirst gegen Vereinigtes Königreich Nr. 2*, vom 06. 10. 2005), „die Gefangenen genießen generell weiterhin sämtliche Rechte und fundamentale Freiheiten, welche durch die Konvention garantiert werden, mit Ausnahme des Rechtes auf Freiheit sofern ein Freiheitsentzug ausdrücklich in den Anwendungsbereich des Art. 5 der Konvention fällt. So genießen Gefangnisinsassen weiterhin das Recht auf Respektierung ihres familiären Lebens (*Ploski c. Polen* vom 12. 11. 2002, X gg. *Vereinigtes Königreich*), ... des Rechtes auf die Ausübung ihrer Religion (*Poitratski gg. Ukraine* § 167 bis 171), ... sowie des Rechtes auf Eheschließung (*Hamer gg. Vereinigtes Königreich*, vom 13. 12. 1979) ...“.

In Bezug auf die transsexuellen Personen fand genau genommen in diesem Fall eine echte und relativ schnelle „Revolution“ in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte statt, in dem das Gericht von seinen Ausführungen abrückte, wonach „die Unmöglichkeit für die transsexuellen Männer, sich mit einer Person von zu ihrem neuen Geschlecht entgegengesetztem Geschlecht nicht im Widerspruch zu Art. 12 der Konvention steht“ (Fall *Rees gg. Vereinigtes Königreich* vom 17. 10. 1986, *Cossey gg. Vereinigtes Königreich* vom 27. 09. 1990, *Shc:ffiled und Horshman gg. Vereinigtes Königreich* vom 30. 07. 1998), um schließlich zu schlussfolgern, dass „kein Motiv zu erkennen ist, welches es rechtfertigen würde, dass die Transsexuellen sich nicht unter alien Umständen des Rechtes auf Eheschließung berahmen dürfen (Palle *I. gg. Vereinigtes Königreich* und *Christine Goodwin gg. Vereinigtes Königreich*, § 85 und 103, jeweils). In diesen Entscheidungen werden der Art. 8 und der hier entscheidenden 12 der Konvention als verletzt angesehen³¹.

Es erscheint deshalb angebracht sich mit den in der Entscheidung *I. gg. Vereinigtes Königreich* (§§ 80 bis 85) aufgenommenen „neuen“ Argumenten des EGMR auseinanderzusetzen:

„Unter Rückgriff auf die Situation im Jahr 2002 hebt das Gericht hervor, dass vermittels Art. 12 das Grundrecht eines Mannes und einer Frau auf Eheschließung und deren Ausübung garantiert wird. Gleichwohl ist der zweite Aspekt keine Bedingung für den ersten, und die Unfähigkeit eines Paares, ein Kind zu zeugen, ist für sich genommen nicht geeignet, ihnen das im ersten Teil der in Frage stehenden Anordnung abzuspochen.“

Der erste Satz spielt ausdrücklich auf das Recht eines Mannes und einer Frau zur Eheschließung an. Das Gericht ist nicht davon überzeugt, dass heutzutage weiterhin zuzugeben

Die Rechtsprechung des Gerichtshofes kann auf Englisch und Französisch abgerufen werden unter <http://www.echr.coe.int/echr/>.

Auf diese Fragestellung wird noch näher eingegangen werden; zur Entscheidung des Gerichtes vgl. http://curia.europa.eu/es/content/juris/index_form.htm.

ist, dass diese Terminologie beinhalten muss, dass das Geschlecht ausschließlich über rein biologische Kriterien zu bestimmen ist. Seit der Aufnahme in die Konvention wurde die Institution der Ehe grundlegend durch die gesellschaftliche Veränderung verändert, der Fortschritt der Medizin und der Wissenschaft führte zu radikalen Veränderungen im Zusammenhang mit der Transsexualität. Das Gericht hat weiter oben im Zusammenhang mit Art. 8 der Konvention klargestellt, dass die fehlende Übereinstimmung der biologischen Faktoren bei einem operierten Transsexuellen kein ausreichendes Motiv dafür herausbilden kann, um die Ablehnung einer rechtlichen Anerkennung für den Wechsel des Geschlechts des daran Interessierten begründen kann. ... Das Gericht verweist auch darauf, dass der kürzlich von Art. 12 der Konvention übernommene Text des Art. 9 der Europäischen Grundrechtscharta ganz bewusst dahingehend gekürzt wurde, dass die Bezugnahme auf Mann und Frau herausgenommen wurde.

Obwohl die Eheschließung der Transsexuellen auf breite Zustimmung steht, ist die Zahl derjenigen Länder, welche eine solche Eheschließung unter deren neuen sexuellen Identität autorisieren weitaus geringer als derjenigen Staaten, welche den geschlechtlichen Wechsel als solchen anerkennen. Das Gericht ist dennoch nicht davon überzeugt, dass dies die Grundlage für die These bilden kann, wonach die Staaten vollumfänglich die Frage des Rahmens der Anerkennung/Würdigung (Bereich) regeln dürfen. Dies hatte die Schlussfolgerung zur Folge, dass der Eicher der sich den Vertragsstaaten eröffnenden Möglichkeiten hin zu einem Verbot der Ausübung des Rechts auf Eheschließung führen würde. Der Bereich dieser Anerkennung kann nicht so umfassend sein, auch wenn es Aufgabe der Mitgliedsstaaten bleibt, so konkret die Umstände festzulegen, welche ein die rechtliche Anerkennung seiner neuen Identität fordernder Transsexueller in sich vereinigen muss, um den Wechsel des Geschlechts auch tatsächlich herbeizuführen, ebenso solche Voraussetzungen, unter denen eine frühere Eheschließung ihre Gültigkeit verliert, ebenso die erforderlichen Formalitäten für eine zukünftige Ehe (z. B. die Informationsbeschaffung über die zukünftigen Ehegatten). Damit sieht das Gericht keinerlei Motiv für die Rechtfertigung eines vollständigen Ausschlusses unter sämtlichen Umständen der Transsexuellen vom Recht auf Eheschließung ..."

Wie später aufzuzeigen ist, fand diese Doktrin Aufnahme durch den Europäischen Gerichtshof (Entscheidung vom 07. 01. 2004).

Im Hinblick auf die Eheschließung von gleichgeschlechtlichen Personen ist der Rückschluss auf einen Schutz durch Art. 12 nicht möglich, jedoch verbietet diese Vorschrift das auch nicht; insoweit hängt es von den nationalen Gesetzgebern ab, ob die Ehe von Personen gleichen Geschlechts geschlossen werden kann oder nicht (Fälle Hollands aus dem Jahr 2000, Belgiens aus dem Jahr 2003 und Spaniens aus dem Jahr 2005). Wie allerdings der EGMR selbst ausgeführt hat, ist die fehlende Bezugnahme auf Mann und Frau in der Europäischen Grundrechtscharta nicht ohne Relevanz.

Der EGMR hat präzisiert, dass für die Ausübung dieses Rechtes die seine Ausübung lenkenden, in den nationalen Gesetzen vorgesehenen Begrenzungen erforderlich sind³², wobei klar ist, „dass diese das Recht in keiner Form einengen oder herab-

³² Das Gericht hat die Unwirksamkeit der nationalen Gesetze auf flexible Weise interpretiert, indem es sowohl die kontinentale als auch die angelsächsische Sichtweise heranzog und dabei die formale Wirkung der jeweiligen Parlamentsgesetze nicht begrenzte, sondern die eigene Sichtweise auf die Interpretation auf das common law, das Gewohnheitsrecht, die deontologischen Vorschriften sowie das internationale Recht.

setzen dürfen, sofern dadurch ein Punkt erreicht wird, welcher den Kernbereich dieses Rechtes verletzt" (Falk *Ries gg. Vereinigtes Königreich*, bereits zitiert, § 50 und *F. gg. Schweiz*, bereits zitiert, § 32).

„In allen Mitgliedsstaaten des Europarates erscheinen diese „Grenzen“ als Bedingungen und sie werden sowohl hinsichtlich ihrer Form als auch ihres Inhalts zu Vorschriften. Die ersten beschädigen in erster Linie die Öffentlichkeit und Feierlichkeit der Ehe; die zweiten die Fähigkeit, die Einwilligung und verschiedene Hindernisgründe (*F. gg. Schweiz*, bereits zitiert, § 32).

In jedem Fall steht die Voraussetzung der Monogamie im vollkommenen Einklang mit der Konvention (*Johnston u. a. gegen 'viand*, § 52). Die Kommission sieht auch die nationalen Bestimmungen heretig, welche zum Zwecke der Vermeidung einer Vernunftehe getroffen werden (*Sanders gg. Frankreich* vom 16.10. 1996), ebenso wie sie die Einbeziehung der postmortalen Ehe in den Schutzbereich des Art. 12 ablehnte (Fall *M. gegen Bundesrepublik Deutschland* vom 13. 12. 1984). Ebenfalls wurden formale Beschränkungen anerkannt, welche die Anerkennung solcher Eheschließungen verhindern sollen, die zwar nach einer religiösen Zeremonie geschlossen wurden, gleichwohl nicht die formalen und von den staatlichen Gesetzen vorausgesetzten Bedingungen erfüllen (*X gegen Bundesrepublik Deutschland* vom 18. 12. 1974).

Das Europäische Gericht hat daraus geschlossen, dass andere Einschränkungen durch nationale Gesetze in den Minimalbereich des Rechts auf Eheschließung eingreifen., weshalb sie gegen Art. 12 verstoßen: Das betrifft z. B. die „wenig sinnvollen“ Beschränkungen für geschiedene Personen, die sich erneut verheiraten wollen, so z. B. der Ausschluss dieses Rechtes für die Dauer von drei Jahren (*F. gegen Schweiz*, § 33 und 38)³³. Das Gleiche wurde ausgeführt für das in Großbritannien geltende Hindernis, welches die Eheschließung zwischen vormaligen Schwiegereltern und Schwiegerkindern verbot, mit Aufnahme der Erteilung einer Erlaubnis durch persöndliches Gesetz im Parlament' (Fall *B. und L. gegen Vereinigtes Königreich*, vom 13. 09. 2005).

b) Wird das Recht auf Scheidung garantiert?

Bevor sich der Scheidung zugewendet wird soll daran erinnert werden, dass das Gericht bereits im Jahre 1970 in verschiedenen Fällen klargestellt hat, dass eine Pflicht

³³ Fall beruht auf einer gerade in der Schweiz in Kraft getretenen Änderung des Artikels 150 des Bürgerlichen Gesetzbuchs: „Wenn das Gericht eine Scheidung ausspricht, legt es eine Frist von mindestens einem Jahr und höchstens zwei Jahren fest, innerhalb derer die schuldhaft Partei nicht heiraten darf: sofern die Scheidung auf Ehebruch beruht, kann diese Dauer auf drei Jahre erhöht werden.“

³⁴ In diesem Fall lebten die Kläger bereits seit langem zusammen und unterhielten eine dauerhafte Beziehung, konnten allerdings aufgrund des Verbots der Eheschließung von Schwiegereltern und Schwiegerkindern nicht heiraten. Soweit die Eheschließung dann gestattet wird, wenn der Ehegatte verstirbt, verletzt das dennoch das Recht der jeweils betroffenen Person, zumal in der Regel die Eltern vor den Kindern versterben und diese Konstellation daher hypothetisch bleibt. Ebensov wenig hilfreich ist die Möglichkeit, sich in einem aufwändigen, kostenintensiven und indiskreten Verfahren von). Parlament die Erlaubnis zur Eheschließung einzuholen und dabei von nicht durchschaubaren Regelungen und Präzedenzfallen abhängig zu sein (5 35).

des nationalen Gesetzgebers dahingehend besteht, denjenigen Rechten der Eheleute zu mehr Effizienz zu verhelfen, vermittels derer „die Beantragung einer rechtlichen Trennung“ ermöglicht wird. Damit wird anerkannt, dass der Schutz des Privatlebens und des Familienlebens in bestimmten Fällen eine Befreiung von der Verpflichtung zum Zusammenleben erfordern“ (Fall *Airey gegen Irland* vom 09.11. 1979).

Soweit die Rechtsprechung zur Scheidung erkennen lässt, lautet die Schlussfolgerung, dass diese nicht durch Art. 12 geschützt wird; das zumindest war die Schlussfolgerung des Gerichts vor mehr als 20 Jahren in dem aufgeführten *Fall Johnston u. a. gegen Irland* vom 18. 12. 1986:

„In Obereinstimmung mit der Kommission erkennt das Gericht den einfachen Sinn der Worte „Recht auf Eheschließung“ als eindeutig an: Sie richten sich an die Begründung der ehelichen Beziehungen und nicht an ihre Auflösung. Sie stehen außerdem in einem Kontext, der sich ausdrücklich an die „nationalen Gesetze“ anlehnt; was die Behauptung der Kläger einschließt, man könne das Verbot der Scheidung als eine Grenze der Ausübung der Eheschließung ansehen. In einer Gesellschaft in der das Prinzip der Monogamie vorgesehen ist, ist kein Platz dafür, dass diese Begrenzung als ein Angriff auf den Mindestgehalt des durch Art. 12 garantierten Rechtes anzusehen ist. Diese Auslegung stimmt außerdem mit Inhalt und Reichweite des Art. 12 überein, wie aus den Vorbereitungsarbeiten abzuleiten ist. Der Ursprung des Art. 12 ist in Art. 16 der Erklärung der Menschenrechte enthalten, lesen Abs. 1 folgendes aus:

„Heiratsfähige Männer und Frauen haben ohne Beschränkung durch Rasse, Staatsbürgerschaft oder Religion das Recht, eine Ehe zu schließen und eine Familie zu gründen. Sie haben bei der Eheschließung, während der Ehe und bei deren Auflösung die gleichen Rechte.“ Herr Teitgen, Referent der Kommission in rechtlichen und Verwaltungsfragen, verwies zur Erklärung gegenüber der beratenden Versammlung, weshalb in dem zukünftigen Art. 12 die Wörter des letzten Satzes des Textes, den er gerade übernahm, enthalten sind: Im Hinblick auf den Artikel der allgemeinen Erklärung der Menschenrechte haben wir dasjenige Fragment des Artikels übernommen, welches das Recht auf Eheschließung und Gründung einer Familie heiligt; nicht hingegen die später entstehenden Dispositionen über die gleichen Rechte nach der Ehe, um so ausschließlich das Recht zur Eheschließung zu garantieren“ (Zusammenstellung der vorbereitenden Arbeiten, Band 1, Seite 268).

Das Gericht versteht diese vorbereitenden Arbeiten dahingehend, dass sie keinerlei Ansinnen hatten, in Art. 12 irgendeine Garantie eines Rechts auf die Auflösung der Ehe im Wege der Scheidung aufzunehmen.

Die Kläger weisen verstärkt auf die gesellschaftliche Entwicklung nach der Verabschiedung der Konvention und insbesondere im vorliegenden Zusammenhang mit der hohen Zahl von gescheiterten Ehen hin. Es ist richtig, dass die Konvention nach deren Protokolle stets unter Berücksichtigung der aktuellen Umstände auszulegen sind (vgl. Linter anderem die Entscheidung *Marckx*, § 58), jedoch kann das Gericht vermittels dieses Instrumentes im Wege einer fortentwickelnden Auslegung ein Recht ableiten, welches nicht bereits von Anfang an enthalten war. Das gilt erst recht in solchen Fällen wie dem hier vorliegenden, in welcher diese Auslassung beabsichtigt war.

Es ist auch darauf hinzuweisen, dass das Recht auf Scheidung ebenfalls nicht aus dem am 22. 11. 1984 ausgefertigten Protokoll Nr. 7 der Konvention resultiert. Insbesondere wurde in diesem Zusammenhang die Möglichkeit zur Aufnahme dieser Frage in Art. 5, der den Eheleuten einige ähnliche Rechte wie beispielsweise im Falle der Auflösung der Ehe zugesteht, nicht wahrgenommen. Darüber hinaus ist in Abs. 9 der Ausfertigung des Protokolls aufgeführt, dass die in Art. 5 enthaltenen Worte „im Falle ihrer Auflösung“ „keine Verpflichtung des Staates dahingehend enthalten, die Aufhebung oder die besonderen Modalitäten für die

Aufhebung einer Ehe zu regeln“. Konsequenterweise versteht das Gericht das so, dass die Kläger aus Art. 12 ein Recht auf Scheidung nicht ableiten können“ (§§ 52-54).

Ungeachtet dieser Erklärung ist heutzutage davon auszugehen, dass ein solches Ergebnis inzwischen ausgeschlossen wäre. Zum einen gründet sich das auf die rechtliche Anerkennung eines Rechtes auf Scheidung“ in der nationalen Gesetzgebung, weiterhin aufgrund des erfolgten Abschieds von der „Pflicht des Zusammenlebens“ (Fall *Airey gegen Irland* vom 09. 10. 1979) sowie letztlich, aufgrund der in diesem Zusammenhang erfolgten Fortentwicklung der Rechtsprechung des Gerichts.

c) Das Recht auf Gründung einer Familie

Der eigenständige Charakter des Rechtes auf Gründung einer Familie wurde bereits herausgearbeitet; in den Worten des Gerichts: „vermittels des Art. 12 wird das Grundrecht für einen Mann und eine Frau auf Eheschließung und Gründung einer Familie garantiert. Gleichwohl ist der zweite Aspekt keine Bedingung für den ersten. Die Unfähigkeit eines Paares ein Kind zu zeugen oder zu empfangen kann ihnen das benannte Recht im ersten hier zu entscheidenden Punkt nicht nehmen“ (I. gegen *Vereinigtes Königreich*, bereits zitiert, § 80). Die Familie, deren Gründung geschützt wird, ist sowohl die „Familie im rechtlichen Sinne“ als auch die „tatsächliche Familie“, die während inzwischen überwundenen Zeiten als „legitim“ und „illegitim“³⁶ bezeichnet werden.

In diesem Zusammenhang werden nicht die dem Inhalt des Art. 8 der Konvention zuzurechnenden Aspekte aufgeföhrt, allerdings erinnern die vom Gericht für die Existenz oder Nichtexistenz einer tatsächlich bestehenden Familie aufgeführten Argumente daran: „Es kann von Nutzen sein einige bestimmte Elemente zu berücksichtigen, wie beispielsweise die Tatsache, ob die Paare zusammenleben und wenn ja wie lange, ob sie bereits gemeinsame Kinder haben, ...“ (*XY und Z gegen Vereinigtes Königreich*, vom 22. 04. 1997, § 36).

Neben diesen Kriterien hat das Gericht verschiedene tatsächliche Arten³⁷ einer Familie anerkannt: Ein unverheiratetes Paar (*Johnston und andere gegen Irland*, b. b. § 56), eine alleinstehende Frau und ihre Tochter (Fall *Marckx gegen Belgien*, b. b. § 31), ein Mann und seine außereheliche Tochter (Fall *Keegan gegen Irland*, b. b. § 44), ...

Es sollte ergänzt werden, dass die Adoption auch von einer vereinzelt Person beantragt werden kann, wobei seit der Entscheidung *E. B. gegen Frankreich* vom 22. 02. 2008 der Ausschluss dieser Person aufgrund ihrer sexuellen Orientierung keine Statze innerhalb der nationalen Rechtsordnung finden darf, wie es noch das französische Zivilrecht — ebenso wie in Deutschland, Belgien, Danemark, Spanien,

³⁶ Der Fall *Johnston gg. Hand* kam zu einem Zeitpunkt auf, als die irische Verfassung in Artikel 41.3.2. folgendes Wortlaut hatte: „Es wird kein Gesetz anerkannt, welches die Auflösung der Ehe zuzulässt.“ Gegenwärtig, nach der Änderung 13 vom 17. Juni 1996, wird die Auflösung bei Erfüllung einer Reihe von Vorbehalten erlaubt.

³⁷ Eine beispielsweise in den Fällen *Marckx gg. Belgien*, vom 13. Juni 1979, *Vermeire gg. Belgien*, vom 29. November 1991, und *Kroon gg. Holland*, vom 27. Oktober 1994 verwendete Terminologie, wcnngleich in dieser letztgenannten Entscheidung auch von einer „tatsächlichen“ Familie und von „außerehelichen“ Beziehungen gesprochen wird.

Island, Norwegen, Holland, Vereinigtes Königreich und der Schweiz vorsehen. Es ist das erste Mal, dass das Straßburger Gericht einen Mitgliedsstaat der Europäischen Menschenrechtskonvention für die Diskriminierung einer Person aufgrund ihrer sexuellen Orientierung — die Frau *z. B.* — derart bestraft, dass auf dem Rechtsweg die Verpflichtung ausgesprochen wird, die notwendigen Voraussetzungen für die Adoption eines Kindes zu schaffen. Eine Familie lässt sich also zwischen einer Person, sei sie heterosexuell oder homosexuell und einem Adoptivkind bilden.

Das war in Abkehr der Entscheidung *Frette gegen Frankreich* vom 26. 02. 2002 möglich, indem die große Kammer des EGMR ausführte, dass die konstitutiven Elemente der Entscheidungsfindung³⁷, welche bisher den Staaten den Ausschluss homosexueller Personen aus dem Kreis der Adoptiveltern erlaubte, nun nicht mehr gelten sollten: Zunächst durch die progressive Errichtung eines europäischen normativen Konsenses in dieser Materie, über die Natur dieses aufkommenden Rechts (Privatleben), über die Pflichten der Staaten im Bereich der Adoption, über den besonders hoch anzusetzenden Schutz des einer Adoption zugänglichen Minderjährigen, über die Abwesenheit von internen Rechtfertigungsumständen,

Letztlich ist daran zu erinnern, dass „es schwer fassbar ist, dass das Recht auf Bildung einer Familie nicht das Recht auf Zusammenleben beinhalten soll“, was zu besonderer Bedeutung im Zusammenhang mit der Familienzusammenführung von Ausländern und der Ausstellung und Erneuerung von Aufenthaltsrechten steht (Fall *Abdulaziz, Karbalis und Balkandali gegen Vereinigtes Königreich*, vom 28. 05. 1985, § 62). In diesem Fall besteht das im Raum stehende Recht in der Respektierung des familiären Lebens im Sinne des Art. 8 (so z. B. die Fälle *Ezzhoudi gegen Frankreich* vom 13. 02. 2001, sowie *Unergegen Niederlande*, vom 13. 10. 2006).

d) Die zivilrechtliche Wirksamkeit der Entscheidungen der Kirchengerichte

Bekanntlich wird in Spanien, Italien, Malta und Portugal die Wirksamkeit der Rechtsprechung der Kirchengerichte anerkannt. Dem wurde ausdrücklich in der Verordnung Nr. 1347/2000, vom 29. Mai des Rates der Europäischen Union (Art. 40)³⁸ Rechnung getragen. Die zivilrechtliche Anwendbarkeit dieser Entscheidungen führte zu zahlreichen internen Kontroversen, von denen eine schließlich bis zum Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte gelangte: Der Fall *Pellegrini gegen Italien* vom 20. 06. 2001. Die dort getroffenen Schlussfolgerungen sind unbedingt von den mit der Materie befassten Gerichten zu berücksichtigen.

In dieser Entscheidung stellte den von der Klägerin aufgeworfene Streitgegenstand statt des Art. 12 der Art. 6.1 (jede Person hat das Recht, dass ihr Fall gleichberechtigt durch ein Gericht welches darüber entscheidet welche Rechte und Pflichten zivilrechtlicher Art die jeweiligen Prozessbeteiligten haben) dar, indem sie rügte „dass die italienischen Gerichte die *exequatur* im Hinblick auf die Erklärung der An-

³⁷ Die von *Paul Mahoney* in „Marvellous richness diversity or individual cultural relativism“ in *Human Rights Law Journal*, Bd. 19, Nr. 1, 1998, S. 5 definierten Elemente.

Nachzulesen unter, http://europa.eu.int/eur-lex/es/consleg/pdf/2000/es_2000R1347_do_001.pdf.

nullierung der Eheschließung durch die Kirchengerichte in einem Prozess trotz gleichzeitiger Verletzung von Verteidigungsrechten ausüben“ (§ 33).

Das Gericht führte auf, dass die Erklärung der Annullierung der Eheschließung der Klägerin durch die Gerichte des Vatikans erfolgte und nachträglich durch italienische Gerichte vollstreckbar erklärt wurde. Die Aufgabe des EGMR bestanden nicht darin, die Übereinstimmung der Verhandlungen vor den Kirchengerichten mit Art. 6 der Konvention zu überprüfen. Vielmehr war zu überprüfen, ob die *exequatur* dieser Annullierungserklärung durch die anerkennenden italienischen Gerichte unter Berücksichtigung der von Art. 6 vorausgesetzten und geforderten Bedingungen in dem Anerkennungsprozess eingehalten wurde. Eine solche Überprüfung gelangt gewöhnlich dann zur Anwendung, sobald eine *exequatur* beantragt wird vor Gerichten eines Landes, welche die Konvention nicht anerkennt.

Im vorliegenden Fall zog das Gericht den Schluss, dass „die italienischen Instanzgerichte“ nicht hinreichend den Umstand berücksichtigten, dass die Klägerin keinerlei Kenntnis der von ihrem Ex-Ehemann vorgelegten Beweise und der entsprechend benannten Zeugen hatte. Das Gericht erinnert daran, dass selbstverständlich in einem kontradiktorischen Prozess als Ausdruck eines der Elemente entsprechend Art. 6.1 beinhaltet sein muss, dass jeder der Parteien in diesem Prozess, sei es in einem Zivilprozess oder in einem Strafprozess, die Möglichkeit haben muss, jedes Dokument oder jede vor den Richter gebrachte und seine Entscheidung mit beeinflussende Tatsache kennen und diskutieren können muss. Bei diesen Umständen erkannte das Gericht dahingehend, dass die italienischen Gerichte (durch die *exequatur* der Entscheidung der „Rota Romana“ gegen ihre Verpflichtung verstoßen haben, zugunsten der Klägerin sicherzustellen, dass diese auch innerhalb des prozessualen kirchenrechtlichen Rahmens ihre Rechte wahrnehmen konnte Demzufolge stellte dies eine Verletzung von Art. 6.1 der Konvention dar“ (§§ 44, 47 und 48).

III. Die Europaisierung der Ehe im engeren Sinne

Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass die Europaisierung im engeren Sinne auf das Recht der Europäischen Union anspielt sowie auf die Folgen, -welche in den Rechtsordnungen der Mitgliedsstaaten hervorgerufen werden. Auch hier sollte sich auf die Auswirkungen konzentriert werden, welche in Bezug auf das Recht auf Eheschließung sowie die Gründung einer Familie hervorgerufen werden“.

Sowohl die Institutionen als auch die Mitgliedsstaaten sehen sich in Ausübung ihrer europarechtlichen Verpflichtung an die Entscheidung des Luxemburger Ge-

³⁸ Vgl. generell zur Harmonisierung des Familienrechts in Europa *Katharina Boele-Woelki* (Hrsg.), *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*, Antwerpen/Oxford/New York, Intersentia, 2003; *European Family Law Series*, Nr. 4); *Nina Dethloff*, „Europäische Vereinheitlichung des Familienrechts“, *Archiv für die zivilistische Praxis*, Bd. 204, S. 544-568, 2004; *Maria Rosaria Marello*, „L'armonizzazione del diritto di famiglia in Europa. Metodo e obiettivi“, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, a cura di Sergio P. Panunzio, Jovene Editore, Neapel, 2005, S. 511ff.; außerdem „The Non-Subversive Function of European Private Law: The Case of Harmonisation of Family Law“ in *European Law Journal*, January 2006, Bd. 12 Teil 1, S. 78-105, und *Glare McGlynn*, *Families and the European Union: Law, Politics and Pluralism*, Cambridge University Press, 2006.

richtshofes von 1970 gebunden, als dieses Gericht die Grundrechte als „Grundprinzipien des Gemeinschaftsrechts“ anerkannte. Im Laufe der Zeit schuf der Gerichtshof einen Rechtsprechungskorpus, innerhalb dessen praktisch sämtliche Grundrechte ein Eigenleben im Rechtsraum der europäischen Gemeinschaften entwickelten. Von besonderem Interesse ist dabei auch die Herausbildung des Rechtes auf Eheschließung (Fall *K. B.*, vom 07. 01. 2004 C-117/01).

Diese differenzierende Garantie fand auch Eingang in die Europäische Grundrechtscharta, welche zunächst erklärt, dass „jede Person das Recht auf Respektierung des Privatlebens sowie des Familienlebens, seiner Wohnung und seiner Kommunikation“ hat (Art. 7) und, so heißt es weiter, „es wird das Recht auf Eheschließung sowie das Recht auf die Gründung einer Familie entsprechend der deren Ausübung regulierenden nationalen Gesetzen garantiert“ (Art. 9).

Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass der neue Art. 21 der Europäischen Grundrechtscharta „jede Diskriminierung“ ausdrücklich verbietet und konkretisierend und im Unterschied zu Art. 14 der Europäischen Menschenrechtskonvention⁴⁰ die „sexuelle Orientierung“ dazu. Diese Vorschrift der Charta gründet sich ausdrücklich auf die abweichenden Voten der Richter des EGMR in dem Fall *Frette*.

In den aktualisierten Erklärungen der Ausführungen der Charta erklärt das Gericht basierend auf den Kommentierungen des Präsidiums der ersten Konvention, dass „dieser Artikel (Nr. 9) auf Art. 12 der Europäischen Menschenrechtskonvention beruht“. Die Redaktion dieses Rechtes wurde insoweit modernisiert, um diejenigen Fälle aufzunehmen, in denen die nationale Gesetzgebung verschiedene Möglichkeiten der Eheschließung zur Gründung einer Familie anerkennen. Dieser Artikel beinhaltet weder ein Verbot, noch eine Handlungsanweisung an denjenigen, der einen ehednlichen Status für die Vereinigung von Personen desselben Geschlechts vorsehen. Im Grunde ist dieses Recht gleichzusetzen mit der Sichtweise innerhalb der Europäischen Menschenrechtskonvention, jedoch kann sein Anwendungsbereich viel umfangreicher sein, wenn die nationale Gesetzgebung dies anerkennt.

In diesem Absatz erklärt man also den Einfluss des Europarechts im weiteren Sinne (der Konvention) auf das Europarecht im engeren Sinne. Auf der anderen Seite wurde aufgezeigt, dass der EGMR seinerseits dafür Sorge getragen hat, dass Europarecht im engeren Sinne zu beeinflussen, indem seine eigene Rechtsprechung in Bezug auf die Eheschließung erweitert wurde. Dabei hat es aufgeführt, dass Art. 9 der Charta wohlweislich nicht von Männern und Frauen als Inhaber der Rechte spricht, sondern dass eine unpersonliche Form gewählt wird⁴¹.

⁴⁰ Ebenfalls wird sie in der Universellen Menschenrechtserklärung vom 10. Dezember 1948 und im Internationalen Pakt der zivilen und öffentlichen Rechte vom 16. Dezember 1966 ausgelassen; wenn gleich das Komitee der Menschenrechte der UNO die im letztgenannten Vertrag erfolgte Anknüpfung in den Artikeln 2 und 26 an das „Geschlecht“ im Sinne einer „sexuellen Neigung“ und nicht im Sinne einer Negierung der dort zugestandenen Rechte für jede Form der „sexuellen Orientierung“ einer Person [Komitee der Menschenrechte, Toonen gg. Australien, § 8.7, Kommunikation Nr. 488/1992, U.N. Doc. CCPR/C/50/D/488/1992 (1994), und Young gg. Australien, § 10.4, Kommunikation Nr. 941/2000, U.N., Doc. CCPR/C/78/D/941/2000 (2003)].

⁴¹ Die Resolution des Europäischen Parlamentes zur Gleichheit der Rechte der Homosexuellen und Lesben in der Europäischen Gemeinschaft (Resolution A-0028/94 vom 8. Februar 1994, D. O. C. 28.02.94)... „fordert von der Kommission die Vorlage eines geeigneten Vorschlags zur Gleichberechtigung der Lesben und der Homosexuellen: 14. Der Vorschlag sollte mindestens abschließendes enthalten

Auch in der Rechtsprechung zum Europarecht im engeren Sinne — der des Gerichts von Luxemburg — ist der Einfluss der vom Straßburger Gericht ausgehenden Doktrin erkennbar.

Bevor dieser Einfluss analysiert wird ist daran zu erinnern, dass der Gerichtshof den zivilrechtlichen Status einer Person und die daran anknäpfenden Anforderungen der ausschließlichen Kompetenz der Mitgliedstaaten unter Ausschluss der Kompetenz ‚Europarechts‘ zuweist und die Existenz einer unterschiedlichen Behandlung von verheirateten und unverheirateten Paaren in den nationalen Gesetzgebungen damit unterstutzt (FHlle *D. gegen Rat* vom 31. 05. 2001, C-122/99, sowie *K. B. v. 07. 01. 2004, C-117/01*)⁴³.

Das Gericht lässt allerdings nicht zu, dass die Ausnutzung dieser Kompetenzen zu einer Verletzung des Europarechts führt, „insbesondere im Hinblick auf den Grundsatz des Diskriminierungsverbots“ (vgl. die Entscheidung des Großen Saals vom 01. 04. 2008, *Tadao Maruko gg. Versorgungsanstalt der deutschen Bahnen*) sowie unter ausdrücklicher Bezugnahme auf die Rechtsprechung von Straßburg, die Verhinderung der Eheschließung für Transsexuelle ausdrücklich nicht zu diesen Fällen gezählt:

„Es ist daran zu erinnern, dass der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte eine Verletzung des Rechtes auf Eheschließung im Sinne des Art. 12 der Europäischen Menschenrechtskonvention darin gesehen hat, dass transsexuellen Personen tinter Berufung auf das Verbot des Eingehens der gleichgeschlechtlichen Ehe versagt wird, die Ehe mit Personen desjenigen Geschlechts einzugehen, welches sie vorher innehatten und ihnen dabei also die rechtliche Anerkennung der neuen Identität versagt wird (vgl. die Entscheidungen des EGMR *Christine Goodwin gegen Vereinigtes Königreich* sowie *I. gegen Vereinigtes Königreich* vom 11. 07. 2002, 5 97-104 sowie § 77 bis 84).“

Eine Gesetzgebung wie die in dem zugrunde liegenden Fall diskutierte, welche die EMRK verletzt und die damit verhindert, dass ein Paar wie *K. B.* und *R.* die Mindestanforderungen an eine Ehe erfüllen können, was wiederum notwendig wäre, damit einer Versorgungsanstalt

zu: § Die Existenz verschiedener, diskriminierender Altersvorgaben für die Zulassung der Eingehung einer homosexuellen Beziehung. § Die Verfolgung der Homosexualität als Anschlag auf die öffentliche Ordnung und die Wertordnung. Jede Form der Diskriminierung im Arbeitsrecht und Rechts des öffentlichen Dienstes, im Strafrecht, Zivilrecht, Vertragsrecht und Handelsrecht. § Die elektronische Vorratsdatenspeicherung über die sexuelle Orientierung einer Person ohne der Kenntnis und Zustimmung, ebenso die Verbreitung oder unautorisierte Verwendung dieser Daten. § Das Verbot der Eheschließung oder der fehlenden Schaffung adäquater rechtlicher Institutionen für lesbische oder homosexuelle Paare; der Vorschlag sollte die vollen Rechte und Vorteile der Ehe ebenso wie die Feststellung des Zusammenlebens garantieren:..." In seinen Schlussanträgen zum Fall *Tadao Maruko* erinnert der Generalanwalt (Absatz 83) daran, dass diese Resolution diesen Punkt im Kampf gegen die Diskriminierung Homosexueller aufgenommen hat.

Vgl. dazu in Analogie die Entscheidungen vom 16. Mai 2006, *Watts*, C-372/04, Absatz 92, und vom 19. April 2007, *Stamatelaki*, C-444/05, Absatz 23, sowie besonders die Entscheidung der Großen Kammer vom 01. April 2008 im Fall C-267/06, zwischen *Tadao Maruko* und der Versorgungsanstalt der deutschen Bienen, Absatz 59.

⁴³ „Die Tatsache des Vorbehalts bestimmter Vorteile für Paare innerhalb einer Ehe unter Ausschluss sämtlicher Personen, die ebenfalls zusammenleben, ohne dabei verheiratet zu sein, stellt eine Grundentscheidung des nationalen Gesetzgebers oder der nationalen Gerichte bei Auslegung der nationalen Normen dar, ohne dass die Parteien eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts nach europarechtlichen Vorschriften geltend machen können“ (*K. B.*, 28).

sprache des anderen erhalten konnte, setzt sich grundsätzlich in Widerspruch zu den Forderungen des Art. 141 EGV

Art. 141 EGV widerspricht grundsätzlich einer Gesetzgebung, die ihrerseits der am 04. 11. 1950 in Rom unterzeichneten Europäischen Menschenrechtskonvention entgegensteht, indem sie einem Paar wie K.B. und R. die Mindestanforderungen an eine Eheschließung versagt die wiederum notwendig wäre, damit einer in den Genuss von Versorgungsbezügen des anderen kommen könnte ..." (Fall K.B. 33, 34 sowie die Entscheidung).

Der Gerichtshof (Entscheidung vom 23. 09. 2003, Fall C-109/01) hat außerdem geschlossen, dass eine aus Vernunftgründen eingegangene Ehe (arrangierte Ehe) niemandem die mit der Eheschließung verbundenen Vorteile verschaffen darf:

„Art. 10 der Verordnung Nr. 1612/68 ist nicht anwendbar in denjenigen Fällen, in denen ein Unionsbürger sowie eine Person aus einem Drittstaat eine Ehe eingehen ausschließlich zum Zwecke der Umgehung der Voraussetzungen für den Zuzug und den Aufenthalt von Bürgern aus Drittstaaten“.

Es ist daran zu erinnern, dass umgekehrt die „echte“ Eheschließung die Ehegatten schützt wenn einer von beiden kein Unionsbürger ist, denn

„ein Mitgliedsstaat kann an der Grenze nicht die Einreise eines Bürgers eines Drittstaats verhindern, soweit dieser Ehegatte eines Unionsbürgers ist, selbst wenn dieser die Einreise ohne Dokumente über seine Identität oder einen gültigen Ausweis oder im vorliegenden Fall, ohne Visum versucht, sofern dieser Ehegatte seine Identität beweisen kann, insbesondere in Zusammenhang mit seiner Stellung als Ehegatte, und sofern keine weiteren Umstände hinzutreten, welche dazu führen, dass er ein Risiko für die öffentliche Ordnung, die öffentliche Sicherheit oder die öffentliche Gesundheit darstellt ...“

Es besteht keine Autorisierung „für einen Mitgliedsstaat einem Bürger eines Drittstaates den Aufenthalt zu verweigern oder Maßnahmen zur Ausweisung zu ergreifen, wenn derjenige seine Identität und seine Eheschließung mit einem Unionsbürger beweisen kann, sofern die aufgeführten Maßnahmen allein ihren Grund in der illegalen Einreise in den Mitgliedsstaat haben.“

Ebenfalls kann ein Mitgliedsstaat die Ausstellung einer Aufenthaltserlaubnis einem Bürger eines Drittstaates, der Ehegatte eines Bürgers eines Mitgliedsstaates ist und legal auf dieses Territorium eingereist ist, ebenso wenig verweigern wie Maßnahmen zur Ausweisung zu ergreifen allein aus dem Grund heraus, dass sein Visum noch vor der Beantragung einer Aufenthaltserlaubnis abgelaufen ist ..." (Entscheidung des Gerichtshofs vom 25. 07. 2002, Fall C-459/99).

Letztlich führt in einem Land wie Deutschland, in dem eine eingetragene Lebenspartnerschaft eine vergleichbare Situation wie bei Überlebenden einer gewöhnlichen ehelichen Gemeinschaft schafft, ohne ihr die gleichen Rechte einzuräumen, unter Verstoß gegen Art. 1 in Verbindung mit Art. 2 der Richtlinie 2000/ 78/ EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf (ABl. L 303, S. 16) dazu, dass eine solche Bestimmung „einer Regelung wie der im Ausgangsverfahren entgegensteht, wonach der überlebende Partner nach Versterben seines Lebenspartners keine Hinterbliebenenversorgung entsprechend einem überlebenden Ehegatten erhält, obwohl die Lebenspartnerschaft nach nationalem Recht Personen gleichen Geschlechts in eine Situation versetzt, die in Bezug auf diese Hinterbliebenenversorgung mit der Situation von Ehegatten vergleichbar ist. (Entscheidung des

EuGH vom 01. April 2008, C-267/06, *Tadao Maruko gg. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, Absatz 73)

IV. Schlussfolgerung: Europäische Regelungen über das Recht auf Eheschließung und Gründung einer Familie

Schlussfolgernd lässt sich am Ende dieser Darstellung aufzuführen, dass die Europäisierung des Rechtes auf Eheschließung und Gründung einer Familie den nationalen Gesetzgebern folgende Regelungen aufgeben:

Im Hinblick auf die Eheschließung

a) das vom nationalen Gesetzgeber auferlegte Mindestalter ist nicht angreifbar, soweit diese Festlegung nicht den Wesensgehalt (Minimalgehalt verletzt), was nicht der Fall ist bei einer bloßen Höllersetzung des Mindestalters über das jeweilige von der Religion der Eheschließenden vorgegebenen Mindestalter;

b) Die Eheschließung von Gefangenen darf nicht dadurch verhindert werden, dass innerhalb der Gefangnisse eine Hochzeitsfeier verboten wird oder das zumindest ein zeitweiser Ausgang der Inhaftierten für eine auswärtige Feier verboten wird;

c) Die Eheschließung darf nicht von der Möglichkeit der Fortpflanzung abhängig gemacht werden;

d) Nicht in jedem Fall darf die Eheschließung für Transsexuelle unmöglich gemacht werden;

e) Die Staaten sind berechtigt, die Monogamie vorzuschreiben, Regelungen vorzugeben um Vermeidungen — oder arrangierte Ehen zu vermeiden, postume Eheschließungen zu verbieten und Mindestanforderung für die Anerkennung von nach einem bestimmten religiösen Ritus geschlossenen Ehen vorzugeben, insbesondere wenn sie nicht die vorgesehenen Bedingungen einhalten;

f) Dem jeweiligen nationalen Gesetzgeber ist es freigestellt, ob er die gleichgeschlechtliche Ehe anerkennt oder nicht;

g) Die Staaten können keine „wenig nachvollziehbaren“ Restriktionen für diejenigen Personen fordern, welche sich nach vorangegangener Scheidung erneut verheiraten wollen, wie beispielsweise der Ausschluss der Eheschließung wegen der folgenden drei Jahre, oder den Erlaubnisvorbehalt eines individuellen Parlamentsgesetzes, sofern sich ehemalige Schwiegereltern und Schwiegerkinder miteinander verheiraten wollen.

h) Das Europarecht berücksichtigt die nationale Kompetenz zur Festlegung der Ehe, des Alleinlebens, des Witwenstandes sowie der anderweitigen Aspekte des zivilen Status; allerdings dürfen diese Regelungen das Gemeinschaftsrecht nicht verletzen.

Im Hinblick auf die Auflösung einer Ehe im Wege der Scheidung besteht hingegen keine präzise Vorgabe, woraus sich auch schließen lässt, dass mit dem einmal anerkannten Recht auf Forderung der Trennung und Aufhebung der Verpflichtung des Zusammenlebens und der schrittweisen generellen Anerkennung der Scheidung in den Mitgliedsstaaten die Notwendigkeit der Weiterentwicklung der Rechtsprechung des Gerichtes in diesem Zusammenhang wohl zu einer Anerkennung führen wird.

Im Hinblick auf die Anerkennung von kirchenrechtlichen Entscheidungen müssen die Staaten sicherstellen, dass ein fairer Prozess stattgefunden hat.

Im Hinblick auf die Bildung einer Familie wird sowohl die „rechtliche“ als auch die „tatsächliche“ beschützt, wobei gerade die letztgenannte im Hinblick auf verschiedene Modalitäten anerkannt wird.

Unverheiratete Paare, eine allein stehende Mutter und ihre Tochter, ein Vater und seine außereheliche Tochter, eine Person (heterosexuell oder homosexuell) und deren adoptiertes Kind. Die Gründung einer Familie muss das Recht und nicht die Verpflichtung zum Zusammenleben voraussetzen; darüber hinaus ist die Bildung einer Familie nicht an die Eheschließung geknüpft.

Zitierte Rechtsprechung

Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte

Abdulaziz, Cabales y Balkandali gg. Vereinigtes Königreich, 28. Mai 1985
Airey gg. Irland, 9. Oktober 1979
B. y L. gg. Vereinigtes Königreich, 13. Dezember 2005
Bosphorus Hava Yollary Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi gg. Irland, 30. Juni 2005
Buckley gg. Vereinigtes Königreich, 25. September 1996
Burghartz gg. Schweiz, 22. Februar 1994,
Christine Goodwin gg. Vereinigtes Königreich, 11. Juli 2002
Cossey gg. Vereinigtes Königreich, 27. September 1990
Dickson gg. Vereinigtes Königreich, 18. April 2006
Draper gg. Vereinigtes Königreich, 10. Juli 1980
Dudgeon gg. Vereinigtes Königreich, 22. Oktober 1981
E. B. gg. Frankreich, 22. Februar 2008
Ezzouhdi gg. Frankreich, 13. Februar 2001
Elsholz gg. Bundesrepublik Deutschland, 13. Juli 2000
Evans gg. Vereinigtes Königreich, 10. April 2007
F. gg. Schweiz, 18. Dezember 1987
Frette gg. Frankreich, 26. Februar 2002
Hamer gg. Vereinigtes Königreich, 13. Oktober 1977,
Hirst gg. Vereinigtes Königreich (Nr. 2), 6. Oktober 2005
I. gg. Vereinigtes Königreich, 11. Juli 2002
Janis Khan gg. Vereinigtes Königreich, 7. Juli 1986
Johnston und andere gg. Irland, 18. Dezember 1986
Keegan gg. Irland, 26. Mai 1994
Kroon gg. Niederlande, 27. Oktober 1994
Laskey, Laggard und Brown gg. Vereinigtes Königreich, 19. Februar 1997
M. gg. Bundesrepublik Deutschland, 13. Dezember 1984
Marckx gg. Belgien, 13. Juni 1979
Niemitz gg. Bundesrepublik Deutschland, 16. Dezember 1992
Pellegrini gg. Italien, 20. Juli 2001
Ploski gg. Polen, 12. November 2002
Pretty gg. Vereinigtes Königreich, 29. April 2002
Rees gg. Vereinigtes Königreich, 17. Oktober 1986
Rasmussen gg. Dänemark, 11. Januar 2006

Sanders gg. Frankreich, 16. Oktober 1996
Sheffield und Horsham gg. Vereinigtes Königreich, 30. Juli 1998
Sorensen gg. Dänemark, 11. Januar 2006
Liner gg. Niederlande, 13. Oktober 2006
Van Oosterwijck gg. Belgien, 1. März 1979
Vermeire gg. Belgien, 29. November 1991
X. gg. Bundesrepublik, 18. Dezember 1974
X., Y und Z. gg. Vereinigtes Königreich, 22. April 1997

Europäischer Gerichtshof

Internationale Handelsgesellschaft, vom 17. Dezember 1970
Nold, 14. Mai 1974
Rutili, 28. Oktober 1975
D. gg. Rat, 31. Mai 2001 (C-122/99)
 Entscheidung vom 25. Juli 2002 (C-459/99)
 Entscheidung vom 23. September 2003 (C-109/01)
K. B., 7. Januar 2004 (C-117/01)
Europäisches Parlament gg. Europäischer Rat, 27. Juni 2006 (C-540/03)
 Entscheidung vom 3. Mai 2007 (C-303/05)
 Entscheidung vom 18. Dezember 2007 (C-341/05)
 Entscheidung vom 29. Januar 2008 (C-275/06)
 Entscheidung vom 14. Februar 2008 (C-244/06)
 Entscheidung vom 14. Februar 2008 (C-450/06)
Tadao Maruko gg. Versorgungsanstalt der deutschen Bahnen, 1. April 2008, (C-267/06).

Inhaltsverzeichnis

GERD MICHAEL KÄHLER: Übergangs- und Schlussbestimmungen in den Verfassungen der deutschen Bundesländer	359
DIMITRIS N. CHRYSOCHOOU: Europe as a Synarchy: A Study in Organized Co-Sovereignty	407
Vgl. NF 49 (2001), 63: Tsatsos	
MICHAELA WITTINGER: Das Rechtsstaatsprinzip — vom nationalen Verfassungsprinzip zum Rechtsprinzip der europäischen und der internationalen Gemeinschaft?	427
PETER HABERLE: Die Werte der Selbstregierung als Elemente gemeineuropäischer Verfassungskultur	457
MEHRDAD PAYANDEH: Völkerrechtsfreundlichkeit als Verfassungsprinzip	465
MARKUS KOTZUR: Nachhaltigkeit im Völkerrecht — eine sektoreniübergreifende und systembildende Ordnungsidee	503

Europäische Juristen

ALFRED RINKEN: Die „Grundzüge“ von Konrad Hesse als Lehrbuch	527
ROLAND GEITMANN: Die „Grundzüge des Verfassungsrechts“ von Konrad Hesse im Wandel ihrer Auflagen	531
GEORG HERBERT: Die „Grundzüge“ und ihre Wirkung in der Rechtsprechung ..	537
PETER HABERLE: Die „Grundzüge“ und ihre Rezeption im Ausland	545

Internationale Staatsrechtler

PAUL KIRCHHOF: Klaus Vogel — ein Wissenschaftler des internationalen Steuerrechts.....	549
---	-----

Berichte

Entwicklungen des Verfassungsrechts im europäischen Raum

OLIVER LEPSIUS: Der britische Verfassungswandel als Erkenntnisproblem	559
Vgl. NF 43 (1995), 599: Setzer	

Inhaltsverzeichnis

FRANCISCO BALAGUER CALLEJON: Die Territorialreformen in Spanien	601
Vgl. NE 56 (2008), 479: Azpitarte	
PETER HABERLE: Altes und Neues zu „Kulturverfassungsrecht im Bundesstaat“ (1980/2008)	641
Vgl. NE 40 (1991/92), 291: Hitherle	
Bernd Wieser: 1)ic Gleichbehandlung von Frauen und Mannern im Lichte der russischen Verfassung	669
Vgl. NF 54 (2006), 35: Nussberger	

Entwicklungen des Verfassungsrechts im aufiereuropiischen Raum

I. Amerika

GILMAR MENDES: Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Brasilien: das Problem der verfassungswidrigen Unterlassung des Gesetzgebers	679
Vgl. NF 50 (2002), 557: Sangmeister	
MARTIN KELLNER: The Political Constitution of Nicaragua and its Supreme Court of Justice	695
Vgl. NF 37 (1988), 621: Fuchs	

II. Asien

Tzu-Hui YANG: Der taiwanesische Verfassungsprozess im Lichte richterlicher Rcchtsfortbildung	711
Vgl. NE 41 (1993), 659: Heuser	
Sachregister	749