

Übersicht

	Rz
I. Entstehungsgeschichte	1
II. Inkorporierte Rechtsquellen	3
A. Überblick	3
III. Schutzbereich	6
A. Vorbemerkungen	6
B. Sachlicher Schutzbereich	12
1. Eheschließung	12
2. Familiengründung	20
C. Persönlicher Schutzbereich	24
D. Eingriffe	25
E. Rechtfertigung	26

I. Entstehungsgeschichte

Das Grundrecht des Art 9 GRC zählt zu den **liberalen** Grundrechten der Charta¹ und gewährleistet die Eheschließungsfreiheit und die Freiheit zur Familiengründung. Ausgangspunkt der Diskussion im Grundrechtskonvent war die Familie als Keimzelle der Gesellschaft und ihr Schutz durch die Europäische Union, wobei die Komplexität der Familie Schutz und Achtung in mehrfacher Weise erfordert.² Mit Art 9 GRC wurde ein Grundrecht in die Charta aufgenommen, dessen Inhalt und Bedeutung vom Europäischen Parlament bereits vor den Anfängen der GRC betont worden waren³ und dessen Vorbilder zudem wesentlicher Bestandteil internationalen Menschenrechtsschutzes sind.⁴ **1**

Wesentliche Diskussionspunkte im Konvent waren die **Definitionen der Begriffe Ehe und Familie**, die Einbeziehung und/oder textliche Berücksichtigung alternativer Formen des Zusammenlebens sowie das Schutzniveau für Ehe und Familie.⁵ Die Einbeziehung anderer Formen von Partnerschaften als der Ehe in den Schutzbereich der GRC würde – so die Befürworter – einem modernen Gesellschaftsbild entsprechen.⁶ Die eigenständige Ausgestaltung der Institute Ehe und Familie und die Verknüpfung mit rechtlichen Folgen durch die Mitgliedstaaten entsprechen der Kompetenzverteilung zwischen der EU und den Mitgliedstaaten, da der EU keine Kompetenz zur Regelung des Familienrechts zukommt.⁷ **2**

II. Inkorporierte Rechtsquellen

A. Überblick

Art 9 GRC stützt sich im Wesentlichen auf **Art 12 EMRK**.⁸ Die Formulierung des Grundrechts wurde aber zeitgemäßer gestaltet, um auch Fälle zu erfassen, in denen zum einen nach den nationalen Gesetzen auch andere Formen als die Heirat zur Gründung einer Familie anerkannt werden, zum anderen, um den Mitgliedstaaten die Möglichkeit offen zu halten, auch **3**

¹ Vgl. dazu Holoubek in Duschaneek/Griller 25 ff.

² Die Familie ist auch Gegenstand von Art 7 GRC (Achtung des Privat- und Familienlebens) und Art 33 GRC (Familien- und Berufsleben).

³ Erklärung des Europäischen Parlaments über Grundrechte und Grundfreiheiten vom 12. 4. 1989, ABl C 1989/120.

⁴ Seidel, Handbuch 48 ff.

⁵ Vgl. Barriga, Die Entstehung der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (2002) 85 f.

⁶ Bernsdorff/Borowsky, Protokolle 184 f.

⁷ EuGH 1. 4. 2008, C-267/06, Maruko Rz 77.

⁸ Dieser lautet: „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.“

Zuletzt hat – wenn auch nicht explizit in Art 52 Abs 1 Satz 2 vorgesehen⁵⁴⁷ und durch den EuGH zumeist in der Erforderlichkeitsprüfung integriert⁵⁴⁸ – der Eingriff in einem **angemessenen Verhältnis** zu dem angestrebten Ziel zu stehen (Verhältnismäßigkeit iS).⁵⁴⁹ Es hat damit eine ausgewogene Gewichtung zwischen den von der Union anerkannten dem Gemeinwohl dienenden Zielsetzungen (wie bspw Transparenz von Agrarmarktsubventionen) oder zwischen den Erfordernissen des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer und den Interessen des Betroffenen an der Geheimhaltung seiner personenbezogenen Daten⁵⁵⁰ zu erfolgen. Hierbei spielt etwa der Umstand eine Rolle, ob eine Verarbeitung sensibler Daten vorgenommen wird oder auf welche Weise bzw in welchem Ausmaß (etwa Veröffentlichung⁵⁵¹ oder Speicherung von Daten des/der Betroffenen) die Verarbeitung vorgenommen wird. So qualifizierte der EuGH die pauschale, undifferenzierte Vorschreibung der Veröffentlichung von Beziehen von Agrarmarktsubventionen als nicht angemessen, weil keine ausgewogene Gewichtung der gegenläufigen Interessen vorgenommen wurde. Mit der Begründung, dass es weniger grundrechtsinvasive Mittel zur Erreichung des Ziels der Transparenz gebe und die durch die Veröffentlichung bewirkte Einschränkung des Art 8 damit nicht auf das absolut Notwendige iSd gelindesten Mittels⁵⁵² beschränkt war, hob das Höchstgericht erstmals einen Sekundärrechtsakt wegen Verstoß gegen die Grundrechtecharta auf. In diesem Zusammenhang sei darauf hingewiesen, dass die auf Unionsrecht⁵⁵³ beruhenden Publizitätsvorschriften für Kapitalgesellschaften gem §§ 277 ff UGB vom OGH unter Verweis auf seine Rsp⁵⁵⁴ sowie auf die parallele Judikatur des BVerfG⁵⁵⁵ zu § 325 Abs 1 dHGB, auch mit Blick auf Art 8 GRC als verhältnismäßig angesehen wurden. Die Veröffentlichung dient dabei generell dem effektiven Schutz des Wirtschaftsverkehrs durch Information der Marktteilnehmer und einer Kontrollmöglichkeit der betroffenen Gesellschaften vor dem Hintergrund ihrer nur beschränkten Haftung.⁵⁵⁶ Zum vom EuGH entschiedenen Fall

547 Dieser Prüfungsschritt erschließt sich aus dem zusätzlichen Bezug auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in Art 52 Abs 1 Satz 2; vgl *Kingreen*, Art 52, in *Calliess/Ruffert Rz 70*; kritisch *Müller*, Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz des Art 52 GRC, in *Kahl/N. Raschauer/Storr* (Hrsg), Grundsatzfragen der europäischen Grundrechtscharta (2013) 188 f.

548 EuGH 8. 4. 2014, C-293/12 und 594/12, *Digital Rights Ireland und Seitlinger ua* Rz 51 f.

549 Vgl ausdrücklich EuGH 9. 11. 2010, verb Rs C-92/09 und C-93/09, *Schecke Eifert/Land Hessen* Rz 72.

550 Diese Interessen werden aber tendenziell wenig spezifiziert; vgl exemplarisch EuGH 9. 11. 2010, verb Rs C-92/09 und C-93/09, *Schecke Eifert/Land Hessen* Rz 77 f.

551 Vgl idZ VfSlg 19.973/2015, in welcher das Höchstgericht iZm der Vorlageverpflichtung von informationspflichtigen Organen gem Art 53 Abs 3 B-VG konstatierte, dass der Untersuchungsausschuss bei seiner Berichterstattung eine Interessensabwägung zwischen privaten Geheimhaltungsinteressen und öffentlichen Interessen vorzunehmen hat.

552 Der Gerichtshof führte hier die mangelnden Erwägungen von Rat und Kommission bezüglich Modalitäten an, welche für die Betroffenen weniger eingriffsintensiv gewesen wären, wie die Beschränkung der Veröffentlichung von Daten unter namentlicher Nennung der Empfänger nach Maßgabe der Zeiträume, während derer sie Beihilfen erhalten haben, oder wie die Beschränkung nach Häufigkeit oder auch von Art und Umfang dieser Beihilfen (vgl Rz 81 des Urteils).

553 Art 2 lit f, Art 6 RL 2009/101/EG; Art 33 RL 2013/34/EU.

554 OGH 5. 7. 2001, 6 Ob 101/01y.

555 BVerfG 18. 4. 2011, 1 BvR 956/11 mit Verweis auf seine Vorjudikatur.

556 OGH 14. 9. 2011, 6 Ob 63/11z und 24. 11. 2011, 6 Ob 64/11x. Der VfGH (11. 6. 2015, A3/2015) wies eine gegen diese Entscheidungen erhobene Staatshaftungsklage gem Art 137 B-VG aus formellen Aspekten zurück und konstatierte, dass sich der OGH mit der Vereinbarkeit der Offenlegungspflichten gem § 277 UGB und Art 8 GRC auseinandergesetzt hat und er nicht erkennen könne, dass der OGH gegen eine klare und präzise unionsrechtliche Vorschrift verstoßen oder eine einschlägige Rsp des Gerichtshofes der Europäischen Union offenkundig verkannt hätte (zur im rechtspolitischen Ermessen liegenden Veröffentlichung von Jahresabschluss und Bestätigungsvermerk s VfSlg 19.808/2013).

Verbindungen zwischen Personen gleichen Geschlechts den Status der Ehe zu verleihen.⁹ Insofern handelt es sich bei Art 9 GRC um ein Grundrecht, das im Wesentlichen aus der EMRK übernommen, aber in der einen oder anderen Weise weiterentwickelt wurde.¹⁰ Art 52 Abs 3 GRC gewährleistet ein Schutzniveau, das dem in der EMRK garantierten Recht entspricht.¹¹

- 4 Auf europäischer Ebene verpflichteten sich die Vertragsstaaten zum Schutz von Ehe und Familie durch die **Europäische Sozialcharta**¹² und durch die **Erklärung des Europäischen Parlaments vom 12. 4. 1989**.¹³
- 5 Im internationalen Bereich gewährleistet **Art 23 IPbPR** das Recht, eine Ehe einzugehen, und den freien Willen zur Eheschließung,¹⁴ die Gleichbehandlung der Ehegatten bei der Eheschließung, während und bei Auflösung der Ehe¹⁵ und das Recht, eine Familie zu gründen.¹⁶ Ähnliche Verbürgungen finden sich in **Art 10 IPwskR**, durch den die Vertragsstaaten größtmöglichen Schutz der Familie insb im Hinblick auf ihre Gründung, sowie die freie Willensentscheidung für die Ehe anerkennen.¹⁷ **Art 16 AEMR** verbindet das Recht auf Eheschließung und das Recht, eine Familie zu gründen, mit einem strengen Diskriminierungsverbot, erwähnt den freien Willen bei der Eheschließung und betont ebenfalls den Stellenwert der Familie als natürliche und grundlegende Einheit der Gesellschaft und ihren Anspruch auf Schutz durch Gesellschaft und Staat.¹⁸

9 CHARTE 4487/00 CONVENT 50 vom 28. 9. 2000.

10 Holoubek in *Duschanek/Griller* 28.

11 Vgl dazu *Rumler-Korinek/Vranes*, Art 52 Rz 25ff, in diesem Band.

12 Art 16 der Europäischen Sozialcharta vom 18. 10. 1961 lautet: „Um die erforderlichen Voraussetzungen für die Entfaltung der Familie als einer Grundeinheit der Gesellschaft zu schaffen, verpflichten sich die Vertragsparteien, den wirtschaftlichen, gesetzlichen und sozialen Schutz des Familienlebens zu fördern, insbesondere durch Sozial- und Familienleistungen, steuerliche Maßnahmen, Förderung des Baues familiengerechter Wohnungen, Hilfen für junge Eltern und andere geeignete Mittel jeglicher Art.“

13 Art 6 und Art 7 Erklärung des Europäischen Parlaments vom 12. 4. 1989 lauten: Art 6 Abs 1: „Jeder hat das Recht auf Achtung und Schutz seiner Identität.“ Art 6 Abs 2: „Die Achtung der Privatsphäre und des Familienlebens, des Ansehens, der Wohnung und des privaten Post- und Fernmeldeverkehrs wird gewährleistet.“ Art 7: „Die Familie genießt rechtlichen, wirtschaftlichen und sozialen Schutz.“

14 Art 23 Abs 3 IPbPR lautet: „Eine Ehe darf nur im vollen und freien Einverständnis der künftigen Ehegatten geschlossen werden.“

15 Art 23 Abs 4 IPbPR lautet: „Die Vertragsstaaten werden durch geeignete Maßnahmen sicherstellen, dass die Ehegatten gleiche Rechte und Pflichten bei der Eheschließung, während der Ehe und bei Auflösung der Ehe haben. Für den nötigen Schutz der Kinder im Falle einer Auflösung der Ehe ist Sorge zu tragen.“

16 Art 23 Abs 2 IPbPR lautet: „Das Recht von Mann und Frau, im heiratsfähigen Alter eine Ehe einzugehen und eine Familie zu gründen, wird anerkannt.“

17 Art 10 IPwskR lautet: „Die Vertragsstaaten erkennen an, 1. dass die Familie als die natürliche Kernzelle der Gesellschaft größtmöglichen Schutz und Beistand genießen soll, insbesondere im Hinblick auf ihre Gründung und solange sie für die Betreuung und Erziehung unterhaltspflichtiger Kinder verantwortlich ist. Die Ehe darf nur im freien Einverständnis der künftigen Ehegatten geschlossen werden.“

18 Art 16 AEMR lautet: Abs 1: „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 gleiche Rechte.“ Abs 2: „Die Ehe darf nur auf Grund der freien und vollen Willenseinigung der zukünftigen Ehegatten geschlossen werden.“ Abs 3: „Die Familie ist die natürliche und grundlegende Einheit der Gesellschaft und hat Anspruch auf Schutz durch Gesellschaft und Staat.“

III. Schutzbereich

A. Vorbemerkungen

Art 9 GRC verweist umfassend auf die Regelungen in den einzelnen Mitgliedstaaten, indem das Recht, eine Ehe einzugehen, und das Recht, eine Familie zu gründen, bloß nach den **einzelstaatlichen Gesetzen** gewährleistet werden. Während einige Stimmen in der Lit der Bestimmung sogar jeglichen normativen Gehalt absprechen,¹⁹ sehen andere durch die Erwähnung der Eheschließungs- und Familiengründungsfreiheit vielmehr einen gewissen Normenkern gesichert, der vor einer Aushöhlung durch mitgliedstaatliche Regelungen geschützt wird.²⁰ **6**

Art 9 verweist wie auch Art 12 EMRK umfassend auf die Regelungen in den einzelnen Mitgliedstaaten, indem das Recht, eine Ehe einzugehen, und das Recht, eine Familie zu gründen, nur nach den nationalen Gesetzen gewährleistet werden. Die Bestimmung ist hinsichtlich seiner Formulierung und Bestimmtheit sowie in seiner normativen Struktur im Wesentlichen mit Art 12 EMRK und damit einem verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht im Sinne von Art 144 B-VG vergleichbar.²¹ **7**

Das in Art 9 verankerte Grundrecht, eine Ehe einzugehen und eine Familie zu gründen, ist daher nach den vom VfGH in seinem Erkenntnis vom 14. 3. 2012²² aufgestellten Kriterien geeignet, im Anwendungsbereich der Charta einen Prüfungsmaßstab seiner Rechtskontrolle zu bilden.

Inhaltlich übernimmt Art 9 GRC Art 12 EMRK in seiner gesamten Tragweite, soweit nicht das „Günstigkeitsprinzip“ in Art 52 Abs 3 GRC anderes bestimmt. **8**

Für jenen Schutzbereich, der über das in der EMRK garantierte Niveau hinausgeht, gilt der allgemeine Gesetzesvorbehalt von Art 52 Abs 1 GRC, demzufolge Einschränkungen des Grundrechts den Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes genügen müssen. Für Art 9 GRC bedeutet dies „doppelte Schranken“. Schranken des Grundrechts ergeben sich zunächst aus der Verweisung auf das nationale Recht, das die Einschränkungsmöglichkeiten grundsätzlich selbst regeln darf, allerdings dabei an die Schranken-Schranken (Wesensgehaltsgarantie, Verhältnismäßigkeitsgrundsatz) gebunden ist. **9**

Art 9 GRC und Art 12 EMRK sind Bestimmungen zum Schutz der Eheschließung und zur Gründung einer Familie, während das Ehe- und Familienleben von Art 7 bzw Art 8 EMRK geschützt wird. Art 12 EMRK enthält eine doppelte Verweisung auf das nationale Recht, das zum einen explizit das heiratsfähige Alter festlegt und zum anderen Einzelheiten und Voraussetzungen zur Ausübung dieses Rechts regelt.²³ **10**

Während in den Entwürfen zu Art 9 GRC anfänglich bloß das Recht eine Familie zu gründen vorgesehen war, erfolgte aufgrund von Forderungen nach einer stärkeren Orientierung an Art 12 EMRK schließlich die Ergänzung um das Recht, eine Ehe einzugehen. In den folgenden teilweise stark von gesellschaftspolitischen Standpunkten geprägten Diskussionen im Konvent ging es vor allem um **Differenzierungen gegenüber Art 12 EMRK**. **11**

¹⁹ Vgl. Schmitz, JZ 2001, 841; Calliess, EuZW 2001, 264f; Magiera, DÖV 2000, 1026.

²⁰ Vgl. Bernsdorff in Meyer Rz 13.

²¹ Zur Frage der Vergleichbarkeit der in der Charta garantierten Grundrechte mit verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten im Sinne von Art 144 B-VG s auch Mayr, Verfassungsgerichtlicher Prüfungsgegenstand und Prüfungsmaßstab im Spannungsfeld nationaler, konventions- und unionsrechtlicher Grundrechtsgewährleistungen, ZfV 2012, 401 (410).

²² VfSlg 19.632/2012.

²³ Grabenwarter/Pabel § 22 Rz 78; Frowein in Frowein/Peukert Rz 1.

B. Sachlicher Schutzbereich

1. Eheschließung

- 12** Art 9 GRC gewährleistet das Recht, eine **Ehe** einzugehen. Keine der bislang angeführten Rechtsquellen, auch nicht Art 9 GRC selbst, enthalten eine Definition der Ehe. Der EuGH hat 1998 in der Rs *Grant*²⁴ zum Ehebegriff festgehalten, dass „beim gegenwärtigen Stand des Rechts innerhalb der Gemeinschaft“ Beziehungen zwischen gleichgeschlechtlichen Personen jenen zwischen Verheirateten oder den festen nichtehelichen Beziehungen zwischen verschiedengeschlechtlichen Personen nicht gleichgestellt sind. Ob es aufgrund der seit der Entscheidung gewachsenen Anzahl jener Mitgliedstaaten der Union, nach deren Rechtsordnungen auch homosexuelle Paare eine Ehe eingehen können,²⁵ zu einer Judikaturwende kommt, bleibt abzuwarten. Derzeit ist in 24 von 28 EU-Mitgliedstaaten für homosexuelle Paare das Eingehen einer Zivilehe oder einer eingetragenen Partnerschaft mit nahezu gleichen Rechten und Pflichten wie in einer Ehe möglich.
- 13** Da Art 12 EMRK ausdrücklich auf Männer und Frauen Bezug nimmt, wurde in der Rsp des EGMR bislang unter Hinweis auf den Wortlaut („men and women“ bzw. „l’homme et la femme“) gefolgert, dass gleichgeschlechtliche Partnerschaften nicht vom Schutzbereich des Grundrechts erfasst sind und der Regelung daher die klassische Ehe als eine **Verbindung zwischen Mann und Frau** im heiratsfähigen Alter zugrunde liegt.²⁶ Demnach ist Voraussetzung der Ehe iSd Art 12 EMRK die Verschiedengeschlechtlichkeit der Ehepartner. In der Entscheidung *Schalk und Kopf*²⁷ hielt der EGMR zwar erneut im Ergebnis daran fest, dass weder aus Art 12 EMRK noch aus Art 14 iVm Art 8 EMRK eine Verpflichtung der Vertragsstaaten abzuleiten ist, das Institut der Ehe auch für gleichgeschlechtliche Paare zu öffnen. Allerdings stützt er sich bei der Prüfung einer Verletzung von Art 12 EMRK letztlich nicht auf dessen Wortlaut, sondern belässt es dabei, festzustellen, dass die einzelnen Mitgliedstaaten einen bestimmten gesetzgeberischen Gestaltungsspielraum hinsichtlich der Frage der Öffnung des Instituts der Ehe auch für gleichgeschlechtliche Paare genießen.²⁸ Zu betonen ist allerdings nicht nur der ausdrückliche Hinweis im Urteil darauf, dass die Konvention den gegenwärtigen Lebensverhältnissen entsprechend zu interpretieren sei, sondern vor allem, dass der Gerichtshof unter Hinweis auf Art 9 GRC zum Schluss kommt, dass der Schutzbereich von Art 12 EMRK nicht mehr länger nur auf die Ehe als eine Verbindung zwischen einem Mann und einer Frau beschränkt sei.²⁹ Auf das Vorbringen der Beschwerdeführer, die Konvention (zumindest in ihrer englischen und damit

24 EuGH 17. 2. 1998, C-249/96, *Lisa Jacqueline Grant*.

25 Derzeit in Portugal, Deutschland, Österreich, Malta, Spanien, Schweden, Holland, Großbritannien (außer Nordirland), Frankreich, Finnland, Dänemark, Irland, Belgien und Luxemburg. Die Möglichkeit der eingetragenen Partnerschaft mit nahezu gleichen Rechten und Pflichten wie die Ehe besteht derzeit in Finnland, Italien, Griechenland, Nordirland, Estland, Kroatien, Zypern, Slowenien, Tschechien und Ungarn; vgl. www.rklambda.at/index.php/de/rechtsvergleich (Stand: 16. 6. 2016); so auch *Tettinger/Muckel* in *Stern/Sachs* Rz 15.

26 EGMR 17. 10. 1986, *Rees*, 9532/81; 27. 9. 1990, *Cossey*, 10843/84.

27 EGMR 24. 6. 2010, *Schalk und Kopf*, 30141/04.

28 EGMR 24. 6. 2010, *Schalk und Kopf*, 30141/04 Rz 61; ein Recht gleichgeschlechtlicher Paare auf Eheschließung wird mangels bestehenden Konsenses in den Mitgliedstaaten verneint. Sobald ein solcher in dieser Frage entstanden ist (zumindest innerhalb der EU zeichnet sich dieser mit derzeit mittlerweile 14 von 28 Mitgliedstaaten, die ein Recht auf Eheschließung für alle vorsehen, bereits klar ab), wird bei konsequenter Fortführung der Rsp-Linie ein Recht gleichgeschlechtlicher Paare auf Eheschließung schlussendlich zu bejahen sein.

29 EGMR 24. 6. 2010, *Schalk und Kopf*, 30141/04 Rz 61: „Regard being had to Article 9 of the Charter, therefore, the Court would no longer consider that the right to marry enshrined in Article 12 must in all circumstances be limited to marriage between two persons of the opposite sex.“ Vgl. die zutreffenden Bedenken bezüglich der dabei geübten Methodik bei *Benke*, iFam 2010, 246f.

einer der authentischen Fassungen) spreche allgemein von „men and women“, was nicht bedeute, dass nur Männer Frauen und umgekehrt heiraten können, ging der EGMR nur beschränkt ein. Die Konvention verwende im Hinblick auf die Grundrechtsträgerschaft an anderen Stellen allgemeine Formulierungen wie bspw. „everyone“, weshalb von einer bewusst differenzierenden Wortwahl in Art 12 EMRK auszugehen sei. Mit der Tatsache, dass sich in der englischen Version von Art 12 EMRK die Pluralformulierung „men and women“ findet, was eine offene Interpretation der Bestimmung zulässt, während in der französischen Version von „l'homme et la femme“ die Rede ist,³⁰ setzte sich der Gerichtshof nicht näher auseinander. Öffnet ein Mitgliedstaat das Institut der Ehe auch gleichgeschlechtlichen Paaren, hält es der EGMR für möglich, das jeweilige Rechtssystem an Art 12 EMRK zu messen.³¹

Auch in seiner jüngeren Rsp vertritt der EGMR weiterhin die Rechtsauffassung, wonach Art 12 EMRK gleichgeschlechtlichen Paaren kein Recht auf Eheschließung garantiert. In der Rs *Oliari*³² ua leitet der EGMR jedoch aus Art 8 EMRK eine positive Verpflichtung des Staats ab, homosexuellen Paaren die Möglichkeit zur rechtlichen Anerkennung ihrer Beziehung zu gewähren. Damit wurde erstmals ein **Recht** homosexueller Paare auf **Anerkennung und Schutz** ihrer Beziehung angenommen. Aufgrund der wiederholten Verweise auf die Situation in Italien, wo die Rechtslage nicht mehr den gesellschaftlichen Veränderungen entsprach, ist jedoch fraglich, ob aus dem Urteil tatsächlich eine allgemeine Pflicht aller Mitgliedstaaten, ein entsprechendes Rechtsinstitut vorzusehen, abgeleitet werden kann.³³ Jedenfalls lässt sich aus dem Urteil nichts über die konkrete inhaltliche Ausgestaltung dieses Rechtsinstituts ableiten. Dies liegt im Ermessen des nationalen Gesetzgebers. Es besteht jedoch insofern ein Spannungsverhältnis zwischen dem einerseits angenommenen weiten Ermessensspielraum der Mitgliedstaaten bei Fragen der Öffnung des Rechtsinstituts der Ehe sowie bei der Ausgestaltung von Rechtsinstituten zur Anerkennung homosexueller Partnerschaften einerseits und jener Rsp-Linie, wonach jede Ungleichbehandlung aufgrund der sexuellen Orientierung nur durch besonders schwerwiegende Gründe gerechtfertigt werden kann, andererseits.³⁴

Ein Teil der dt Lit versteht auch unter einer Ehe iSd Art 9 GRC eine Lebensgemeinschaft zwischen einem Mann und einer Frau.³⁵ Begründet wird dies mit dem in den meisten Mitgliedstaaten vorliegenden Verständnis der Ehe in diesem Sinn. Da sich den Erläut zufolge Art 9 GRC auf Art 12 EMRK stützt, wird außerdem die Rsp des EuGH³⁶ und des EGMR³⁷ zu Art 12 EMRK – der so wie auch Art 23 IPbPR ausdrücklich auf Männer und Frauen Bezug nimmt – ins Treffen geführt, die bislang ebenfalls vom traditionellen Ehebegriff ausging. In Hinblick auf die jüngere Rsp wird allerdings mitunter eingeräumt, dass der Schutz- bzw Anwendungsbereich des Art 12 bzw Art 9 GRC nicht mehr länger unter allen Umständen nur auf Ehen unter Gleichgeschlechtlichen anwendbar sei.³⁸

30 Siehe dazu *Benke*, iFam 2010, 247 FN 47 mwN.

31 *Grabenwarter/Pabel* Rz 79.

32 EGMR 21. 7. 2015, *Oliari ua*, 18766/11 und 36030/11.

33 *Czech*, Das Recht homosexueller Paare auf Anerkennung und Schutz ihrer Beziehung, EF-Z 2016, 181 (183).

34 Zutreffend *Czech*, Das Recht homosexueller Paare auf Anerkennung und Schutz ihrer Beziehung, EF-Z 2016, 181 (184); mit Spannung können daher die Urteile in den Rs *Walter Dietz und Boontawee Suttasom*, 31185/13 und *Manfred Hörmann und Felix Maximilian Moser*, 31.176/13 erwartet werden.

35 *Jarass*, EU-Grundrechte § 14 Rz 5; *Marauhn* in *Heselhaus/Nowak* § 20 Rz 16; *Tettinger* in *Tettinger/Stern* Rz 17; *Müchl* in *Merten/Papier* § 141 Rz 22; *Kingreen* in *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV, Rz 5.

36 EuGH 17. 2. 1998, C-249/96, *Lisa Jacqueline Grant*; 31. 5. 2001, C-122 und 125/99 P, *Deutschland und Schweden/Rat*.

37 EGMR 17. 10. 1986, *Rees*, 9532/81; 27. 9. 1990, *Cossey*, 10843/84.

38 *Tettinger/Muckel* in *Stern/Sachs*, Rz 16.

Zudem ist zu betonen, dass in Art 9 GRC bewusst auf eine ausdrückliche Bezugnahme auf die Ehe als eine Verbindung zweier Personen unterschiedlichen Geschlechts verzichtet wurde. Forderungen im Konvent nach einer expliziten Beschränkung auf Männer und Frauen hatten keinen Erfolg.³⁹ Der gänzliche Verweis auf die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften stellt einen Kompromiss zwischen den unterschiedlichen Positionen dar, um die Entscheidung der Mitgliedstaaten, ob sie Verbindungen zwischen Personen gleichen Geschlechts als Ehe anerkennen oder nicht, zu respektieren.⁴⁰ Den Erläut der Charta zufolge wurde das in Art 9 GRC gewährleistete Recht „zeitgemäßer“ gestaltet, um Fälle zu erfassen, in denen nach den nationalen Rechtsnormen andere Formen als die Heirat zur Gründung einer Familie anerkannt werden.⁴¹

Den Mitgliedstaaten ist es außerdem mangels Kompetenz der EU überlassen, den Begriff der Ehe zu definieren. Entscheidet sich ein Mitgliedstaat dazu, auch **gleichgeschlechtlichen Verbindungen** den Status der Ehe zuzuerkennen, wie es bereits in einigen Mitgliedstaaten weitgehend der Fall ist,⁴² so wird auch diese Verbindung von Art 9 GRC geschützt.⁴³ Die Erläut betont zudem, dass es den Mitgliedstaaten durch die Regelung weder untersagt noch vorgeschrieben werde, gleichgeschlechtlichen Partnerschaften den Status der Ehe zu verleihen. Art 9 GRC stütze sich zwar auf Art 12 EMRK, könne jedoch „eine größere Tragweite“ haben, sofern die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften dies vorsehen. Dies kann unstrittig zu einem uneinheitlichen **Ehebegriff** innerhalb der Europäischen Union führen. Mitunter wird auch auf die enge Verknüpfung zwischen Ehe und Familie, wie sie in Art 12 EMRK zum Ausdruck kommt, hingewiesen und unter Verweis auf die Rsp des BVerfG betont, dass die Ehe als eine Verbindung von Mann und Frau ein klassischer europäischer Kulturwert sei, der die Voraussetzung für die bestmögliche Entwicklung der Kinder und somit Grundlage einer vollständigen Familiengemeinschaft darstelle.⁴⁴ Dem ist wiederum entgegenzuhalten, dass in Art 9 GRC die Eheschließungs- von der Familiengründungsfreiheit bewusst abgekoppelt wurde.⁴⁵

- 16** In Österreich besteht ab dem 1. 1. 2019 auch für alle gleichgeschlechtlichen Paare die Möglichkeit, eine Zivilehe einzugehen. Mit Erkenntnis vom 4. 12. 2017, G 258–259/2017-9 hob der VfGH jene Bestimmungen, die den bislang geltenden Grundsatz der Ehe zwischen Mann und Frau vorsahen, als gleichheitswidrig auf.⁴⁶ Begründet wird dies mit dem Diskriminierungsverbot des Gleichheitsgrundsatzes gem Art 7 B-VG.⁴⁷

39 Siehe *Barriga*, Entstehung 85 FN 347.

40 Vgl auch EGMR 24. 6. 2010, *Schalk und Kopf*, 30141/04 Rz 60.

41 Erläut zur Charta der Grundrechte, ABl C 2007/303, 17.

42 Siehe FN 25.

43 IdS auch *Tettinger/Muckel* in *Stern/Sachs* Rz 18; auch hinsichtlich Art 12 EMRK bestehen bereits Vermutungen, die Rsp werde sich in diese Richtung entwickeln; s zB *Harris/O'Boyle/Warbrick*, *European Convention* 553.

44 *Tettinger* in *Tettinger/Stern* Rz 17f; s in diesem Zusammenhang auch *Berka* in *Harrer/Zitta* 228ff.

45 Vgl dazu sogleich Rz 18.

46 Vor Erlass des Eingetragene Partnerschaft-Gesetzes (s dazu sogleich Rz 17) judizierte der VfGH, dass weder aufgrund des Gleichheitsgrundsatzes noch aufgrund der EMRK eine Notwendigkeit für eine Ausdehnung der Ehe auf gleichgeschlechtliche Paare bestehe (VfSlg 17.098/2003; s dazu *Baumgartner* in *Merten/Papier* § 7 Rz 29f). Später wurde betont, dass „gleichgeschlechtliche Partnerschaften [...] gesellschaftlich gesehen nicht in einem Substitutionsverhältnis zu Ehen und verschiedengeschlechtlichen Lebensgemeinschaften [stehen], sondern [...] zu diesen hinzu[treten]; sie vermögen diese daher auch nicht zu gefährden.“ (VfGH 10. 12. 2013, G 16/2013-16, G 44/2013-14 Rz 54).

47 Der VfGH führt in seiner Entscheidung aus, dass sich die Unterscheidung in Ehe und eingetragene Partnerschaft heute nicht aufrechterhalten lasse, ohne gleichgeschlechtliche Paare zu diskriminieren. Die Trennung in zwei Rechtsinstitute bringe zum Ausdruck, dass Menschen mit gleichgeschlechtlicher sexueller Orientierung nicht gleich den Personen mit verschiedengeschlechtlicher Orientierung sind.

Art 12 EMRK steht grundsätzlich einer Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare nicht entgegen,⁴⁸ sodass eine Änderung von § 44 ABGB, der noch bis 31. 12. 2018 allein die Ehe zwischen „Personen verschiedenen Geschlechts“ kennt, verfassungsrechtlich zulässig ist. Die Konvention verpflichtet aber auch gleichzeitig nicht zur Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare.⁴⁹

Seit 1. 1. 2010 besteht in Österreich für homosexuelle Paare die Möglichkeit, eine eingetragene Partnerschaft nach dem **Eingetragene Partnerschaft-Gesetz (EPG)**⁵⁰ einzugehen. Die eingetragene Partnerschaft stellt ein Rechtsinstitut dar, das sich in vieler Hinsicht am geltenden Eherecht orientiert, teilweise allerdings wesentliche Unterschiede zur Zivilehe aufweist.⁵¹ Aufgrund der VfGH-Entscheidung zur „Ehe für alle“ haben auch heterosexuelle Paare ab dem 1. 1. 2019 die Möglichkeit, in Österreich eine Eingetragene Partnerschaft einzugehen.⁵²

In Bezug auf Paare mit **transsexuellen Personen** hat der EGMR eine Judikaturwende vollzogen. Diesen war bis zur Entscheidung im Fall *Goodwin*⁵³ der Zugang zur Ehe verwehrt. In *Goodwin* judizierte der EGMR, dass nationale Regelungen eine vollzogene Geschlechtsumwandlung anerkennen und somit auch die Ehe (zwischen Mann und Frau) ermöglichen müssen. Die Fähigkeit Kinder zu zeugen, stellt keine Voraussetzung für das Recht auf Eheschließung dar.⁵⁴ Art 12 EMRK folgend sind daher Transsexuelle auch durch Art 9 GRC in ihrem Recht auf Eheschließung geschützt. In der Rs *National Health Service* griff der EuGH in diesem Zusammenhang das Diskriminierungsverbot⁵⁵ des Art 157 AEUV auf und schloss sich der neuen Rsp-Linie des EGMR an. Im zugrundeliegenden Sachverhalt war einer transsexuellen Person der Anspruch auf Hinterbliebenenrente versagt worden, weil sie mit der verstorbenen Person nicht verheiratet gewesen war. Dies war ihr allerdings trotz vollzogener Geschlechtsumwandlung nicht möglich gewesen, weil die Geburtsurkunde nicht nachträglich an das neue Geschlecht angepasst werden konnte.⁵⁶

Da Art 9 GRC wie auch Art 12 EMRK nur das Recht, eine Ehe „einzugehen“, schützt, ergibt sich aus dem klaren Wortlaut der Bestimmungen, dass ein Recht auf **Scheidung** durch keine

Die damit verursachte diskriminierende Wirkung zeige sich nach Auffassung des Gerichtshofs 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“ (Rz 16). Der VfGH kommt zum Ergebnis, dass die gesetzliche Trennung verschiedengeschlechtlicher und gleichgeschlechtlicher Beziehungen in zwei unterschiedliche Rechtsinstitute damit gegen das Verbot des Gleichheitsgrundsatzes, Menschen auf Grund personaler Merkmale wie hier der sexuellen Orientierung zu diskriminieren, verstößt.

48 Vgl. *Segalla* in *Lienbacher/Wielinger* 205.

49 Vgl. EGMR 24. 6. 2010, *Schalk und Kopf*, 30141/04 Rz 60f und VfGH 19. 6. 2013, G 18/2013 ua.

50 BGBl I 2009/135 idF I 2013/179.

51 Zu den Unterschieden s. *Benke*, EF-Z 2010/7, 21.

52 Der VfGH hegte keine verfassungsrechtlichen Bedenken bezüglich der bis 31. 3. 2017 geltenden Regelung, wonach Ehen am Standesamt und eingetragene Partnerschaften vor der Bezirksverwaltungsbehörde zu schließen sind, da die Behördenzuständigkeit im rechtspolitischen Gestaltungsspielraum liege (VfSlg 19.682/2012. Siehe dazu zutreffend kritisch *Czech*, Das Recht homosexueller Paare auf Anerkennung und Schutz ihrer Beziehung, EF-Z 2016/85, 185f).

53 EGMR 11. 7. 2002, *Goodwin*, 28957/95.

54 EGMR 11. 7. 2002, *Goodwin*, 28957/95 Rz 98.

55 Zur Rsp des EuGH hinsichtlich Ehe und Diskriminierungsverbote s. *Rengeling/Szczekalla*, Grundrechte Rz 670f.

56 EuGH 7. 10. 2004, C-117/01, *K.B./National Health Service*.

der Regelungen gewährleistet wird, auch wenn dadurch indirekt eine weitere Eheschließung unmöglich gemacht wird.⁵⁷ Die Möglichkeit der Scheidung wird allerdings in Art 5 des 7. ZPEMRK vorausgesetzt, der Regelungen über die Rechtsfolgen einer Scheidung enthält. Sofern nationale Rechtsvorschriften aber eine Scheidung ermöglichen (dies ist mit Ausnahme von Malta in allen Mitgliedstaaten der Fall), ist ein Recht auf Wiederverheiratung geschützt.⁵⁸

2. Familiengründung

- 20** Im Gegensatz zu Art 8 EMRK, unter dessen Familienbegriff auch eine Mutter oder ein Vater mit dem unehelichen Kind subsumiert wird, versteht ein Teil der Lehre⁵⁹ unter „Familie“ iSv Art 12 EMRK nur die Beziehung zwischen Eltern und ehelichen Kindern. Andere Stimmen in der Lit bezeichnen es als fraglich, ob vor dem Hintergrund des mittlerweile gewandelten gesellschaftlichen Verständnisses von Ehe und Familie der Schutz des Rechts auf Familiengründung nach Art 12 auch auf Alleinstehende oder unverheiratete heterosexuelle Paare erstreckt werden sollte. Dies sei von den nationalen Rechtsordnungen und deren verfassungsrechtlichem Schutz der Ehe und Familie allein abhängig zu machen.⁶⁰
- 21** In Art 9 GRC erfolgte bewusst eine **Abkoppelung der beiden Rechte**, was sich deutlich aus der textuellen Veränderung gegenüber Art 12 EMRK ergibt. Die Verknüpfung von Ehe und Familie als Voraussetzung zur Gründung einer Familie wurde aufgelöst, was schließlich auch im Einklang mit dem Art 7 GRC zugrunde liegenden weiten Familienbegriff⁶¹ steht. Den Mitgliedstaaten ist es überlassen, das Recht zur Familiengründung auch Alleinstehenden oder unverheirateten Partnern (heterosexuellen wie auch homosexuellen) einzuräumen.⁶² Die Familie wird insb um der Kinder Willen geschützt, deren Schutz nicht von der Lebensform ihrer Eltern oder eines Elternteils abhängig gemacht werden kann.⁶³ Dies bringt allerdings das Entstehen eines unterschiedlichen **Familienbegriffs** in den Mitgliedstaaten der Union mit sich.
- 22** Inhalt der Garantie ist das Recht der Ehegatten, zu entscheiden, **ob, wann und wie viele Kinder** sie haben wollen.⁶⁴ Ob auch die Annahme eines Kindes durch Adoption nach den einzelstaatlichen Vorschriften in den Schutzbereich fällt, ist indes strittig.⁶⁵ Die Europäische Menschenrechtskommission hat die **Adoption** eines Kindes durch eine alleinstehende Person als nicht von Art 12 EMRK geschützt angesehen⁶⁶ sowie ein Recht, ein bestimmtes Kind zu adoptieren, verneint.⁶⁷ Mit Erkenntnis vom 11. 12. 2014⁶⁸ hob der VfGH das Verbot der gemeinsamen Fremdkindadoption durch gleichgeschlechtliche Paare in einer eingetragenen

57 Villiger, Handbuch Rz 619.

58 EGMR 18. 12. 1986, *Johnston*, 9697/82; *Grabenwarter/Pabel* Rz 80.

59 Frowein in *Frowein/Peukert* Rz 8.

60 *Grabenwarter/Pabel* Rz 81; *Baumgartner* in *Merten/Papier* § 7 Rz 43.

61 Vgl *Pavlidis*, Art 7, in diesem Band.

62 Skeptisch dazu *Tettinger* in *Tettinger/Stern* Rz 24; vgl auch den ersten Entwurf zu Art 9 GRC, wo es noch hieß: „Jeder hat das Recht, eine Familie zu gründen.“ CHARTE 4123/1/00 REV 1 CONVENT 5 vom 15. 2. 2000.

63 *Kingreen* in *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV Rz 6 unter Verweis auf Art 24 Abs 3 GRC.

64 Vgl *Gutknecht* in *Korinek/Holoubek* 27f.

65 Bejahend: *Bernsdorff* in *Meyer* Rz 19; *Jarass*, Grundrechte § 14 Rz 7; *Grabenwarter/Pabel* Rz 81; *Tettinger* in *Tettinger/Stern* Rz 22; *Marauhn* in *Heselhaus/Nowak* Rz 23; aA *Harris/O'Boyle/Warbrick*, European Convention 555; *Mückl* in *Merten/Papier* § 141 Rz 28; zur Adoption im Zusammenhang mit Art 8 EMRK s *Grabenwarter/Pabel* Rz 57 sowie *Frowein* in *Frowein/Peukert* Art 8 Rz 21.

66 EKMR 10. 7. 1997, *Di Lazzaro*, DR 90-B, 134 (139).

67 EKMR 15. 12. 1977, *X und Y*, 7229/75, DR 12, 32 (34).

68 VfGH 11. 12. 2014, G 119–120/2014.

Partnerschaft als verfassungswidrig auf. Seit 1. 1. 2016 haben in Österreich gleichgeschlechtliche Paare somit gleiche Familiengründungsrechte wie verschiedengeschlechtliche Paare.⁶⁹

Der EGMR hat unter Rückgriff auf den authentischen Wortlaut von Art 12 EMRK („this right“/„ce droit“) das Recht, eine Familie zu gründen, als Folge der Eheschließung verstanden.⁷⁰ Teile der Lehre zweifeln jedoch mit Hinweis auf den weiten Familienbegriff von Art 8 EMRK und von Art 23 Abs 3 IPbPr, Art 10 Nr 1 Satz 1 IPwskR und Art 16 Abs 2 AEMR, nach denen die Familiengründung auch ohne vorherige Eheschließung geschützt ist, an einer Auslegung von Art 12 EMRK dahingehend, dass die dort normierten Rechte sich gegenseitig bedingen.⁷¹ So stellt schließlich auch umgekehrt nach der Rsp des EGMR die Möglichkeit eines Paares, Eltern zu werden, keine Voraussetzung für ihr Recht auf Eheschließung dar.⁷²

23

C. Persönlicher Schutzbereich

Grundrechtsträger sind alle natürlichen Personen, unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit. Auch wenn in Art 9 GRC eine explizite Erwähnung des notwendigen Vorhandenseins des heiratsfähigen Alters, wie in Art 12 EMRK, fehlt (dieser überlässt die Festlegung des Heiratsalters den Mitgliedstaaten), wird dies auch im Anwendungsbereich der Charta verlangt werden müssen, wobei es erneut Sache der einzelnen Mitgliedstaaten ist, hier eine Regelung zu treffen. Art 9 GRC und Art 12 EMRK legen zwar weder eine Unter- noch eine Obergrenze fest, es wird jedoch zurecht davon ausgegangen, dass die Untergrenze dort liegt, wo allgemein aufgrund des Alters noch nicht von einem auf freiem Willen beruhenden Heiratsentschluss gesprochen werden kann.⁷³

24

D. Eingriffe

Ein Eingriff liegt vor, wenn dem Grundrechtsträger die Eheschließung oder die Familiengründung verboten wird oder tatsächliche Maßnahmen die Ausübung der Freiheiten erheblich behindern.⁷⁴ Denkbare Eingriffe können einerseits materieller Natur (zB Ehefähigkeit, Ehehindernisse, Eheverbote) und andererseits verfahrensrechtlicher Natur (zB Publizitätsvorschriften) sein.⁷⁵ In das Recht auf Familiengründung wird bspw durch Regelungen zur Geburtenkontrolle, durch Vorschriften über den Strafvollzug bei Inhaftierung, durch das Ausländerrecht bei Ausweisung eines Partners oder auch durch staatlich angeordnete medizinische Eingriffe wie die Zwangssterilisation eingegriffen.⁷⁶

25

E. Rechtfertigung

Eingriffe in das Grundrecht bedürfen gem Art 52 Abs 1 GRC einer **gesetzlichen Grundlage**. Auch nach Art 12 EMRK sind Eingriffe in das Grundrecht nach den nationalen Gesetzen zulässig. Dabei darf das innerstaatliche Recht zwar die Voraussetzungen für Ehe und Familie festlegen, aber das Grundrecht nicht in einer Weise einschränken, die es in seinem Wesensgehalt berührt.⁷⁷

26

69 Siehe dazu Benke et al, iFamZ 2015, 154 (156ff).

70 EGMR 28. 5. 1985, Abdulaziz, 9214/80, 9473/81, 9474/81 EuGRZ 1985, 567.

71 Marauhn/Thorn in Dörr/Grote/Marauhn Rz 52; Grabenwarter/Pabel Rz 81; Pernthaler/Rath-Kathrein, EuGRZ 1983, 507; ausführlich Gutknecht in Korinek/Holoubek Rz 26f.

72 EGMR 11. 7. 2002, Goodwin, 28957/95; s Graupner, RZ 2009, 180; s Bezemek, Grundrechte Rz 21.

73 Grabenwarter/Pabel Rz 78.

74 Jarass, Grundrechte § 14 Rz 9.

75 Villiger, Handbuch Rz 621; Frowein in Frowein/Peukert Rz 5; Grabenwarter/Pabel Rz 82.

76 Grabenwarter/Pabel Rz 82.

77 EGMR 17. 10. 1986, Rees, 9532/81.