Verteidigung der Ehe durch Steuern? DOMA bröselt vor dem Supreme Court

Nora Markard

31.03.2013 doi: 10.17176/20170214-124632

Der Defense of Marriage Act war das zweite Projekt zur Behinderung gleichgeschlechtlicher Ehen, das vor dem Supreme Court verhandelt wurde. Wieder wurde viel über Zuständigkeitsfragen gesprochen, doch in der Sache gab es wenig zu bereden – es gibt einfach keine guten Gründe für DOMA. Allenfalls mag der Supreme Court zu vermeiden suchen, zuviel zu entscheiden und dem demokratischen Prozess in die Quere zu kommen – doch das wird schwer werden.

Auch hier habe ich bereits über die Umstände des Falls berichtet – DOMA ist ein Bundesgesetz, das in seinem § 3 gleichgeschlechtlichen Ehepaaren sämtliche Bundesleistungen und –rechte vorenthält, indem es für sämtliche Bundesgesetze den Ehebegriff einheitlich heterosexuell definiert. Damit werden etwa in New York manche Ehepaare besser behandelt als andere, deren Ehe angesichts der 1.1000 betroffenen Bundesgesetze nur eine „Magermilch"-Version darstellt, wie Richterin Ginsburg es formulierte. Verabschiedet wurde das Gesetz 1996, als ein hawaiianisches Gericht die Ehe für gleichgeschlechtliche Paare öffnete (1998 folgte eine Verfassungsreform, die dies wieder rückgängig machte) – natürlich nicht nur für hawaiianische Paare in Hawaii, sondern für jedes Paar, das dort heiraten konnte. Präsident Clinton unterzeichnete das Gesetz – eine Entscheidung, die er inzwischen öffentlich bereut und für verfassungswidrig hält.

Auch hiervon kann ich nur aus zweiter Hand berichten – um einen Eindruck von der Atmosphäre zu bekommen, empfehle ich aber den Insider-Bericht von Suzanne Goldberg, die für die Clinic der Columbia Law School vor Ort war, auch am Vortag.

I'm still standing…

Ebenso wie im Proposition 8-Fall *Hollingsworth v. Perry* stellte sich die Vorfrage ob der Supreme Court überhaupt entscheiden kann. Der Fall firmiert zwar als *United States versus Windsor,* er könnte aber genausogut *United States and Windsor v. DOMA* heißen. Denn Edith Windsor und die Bundesregierung sind sich einig, dass DOMA verfassungswidrig ist. Handelt es sich dabei aber überhaupt noch um einen „case or controversy" im Sinne von Art. III §2 der US-Verfassung?

Da beide der Parteien dies nicht problematisieren wollen, hat der Supreme Court Vicky Jackson als *Amicus curiae* gebeten, die Position zu vertreten, dass der Fall aus diesen Gründen unzulässig ist – eine gute Wahl aus vielen Gründen: Jackson, eine profilierte (auch vergleichende) Verfassungsrechtlerin, studierte in Yale, der alma mater von drei Richtern und Richterinnen, und ist Professorin für Verfassungsrecht an der Harvard Law School, wo die übrigen sechs studierten (Ginsburg machte ihren Abschluss allerdings an der Columbia). Ihre Professur trägt den Namen des amerikanischen Bürgerrechtlers Thurgood Marshall, der u.a. *Brown v. Board of Education* gewann und der später Solicitor General und dann der erste schwarze Supreme-Court-Richter wurde.

Jackson stützte sich darauf, dass die Regierung das angefochtene Urteil vom 2nd Circuit Court of Appeal selbst erbeten hatte und es nun nicht angreift, sondern lediglich eine Bestätigung wünscht. *Standing* hat aber nur, wer sich durch eine angegriffene Maßnahme verletzt fühlt, und wessen Verletzung das geforderte Urteil heilen kann. Wie kann die Bundesregierung verletzt sein, wenn sie das Urteil für richtig hält? Und wie kann der Supreme Court abhelfen, wenn er das Urteil bestätigen soll?

Wer aber, so Richterin Sotomayor, soll das Gesetz denn sonst angreifen können, wenn die Bundesregierung es zwar auch für verfassungswidrig hält, aber

weiter durchsetzt? Auch Richter Alito gab zu bedenken, dass der Präsident ein in seinen Augen verfassungswidriges Gesetz anwenden könne, bis der Supreme Court dies höchstrichterlich bestätige. Wenn der Court of Appeal ihm befehle, das Gesetz sofort außer Anwendung zu stellen, liege darin immerhin eine zeitliche Beschwer. In eine ähnliche Kerbe schlug Richter Breyer, der an die „Take Care Clause" des Art. II §3 der US-Verfassung erinnerte, wonach der US-Präsident dafür sorgt, dass die Gesetze treulich ausgeführt werden. Dies könne so interpretiert werden, dass er damit solange fortfährt, bis der Supreme Court es ihm verbietet. Chief Justice Roberts wandte dagegen ein, dass Art. II auch verlange, dass der Präsident dabei die Verfassung einzuhalten habe.

Sowohl Richter Kennedy als auch Richterin Kagan bezweifelten jedoch Jacksons Argument, dass die Bundesregierung nicht verletzt sei:

> *JUSTICE KAGAN: But, Ms. Jackson, I mean, to go back to Justice Kennedy's point, we have injury here in the most classic, most concrete sense. There's $300,000 that's going to come out of the Government's treasury if this decision is upheld, and it won't if it isn't.Now, the Government is willing to pay that $300,000, would be happy to pay that $300,000, but whether the Government is happy or sad to pay that $300,000, the Government is still paying the $300,000, which in the usual set of circumstances is the classic Article III injury.*

Wenn die Regierung einen Fehler zugestehe, werde ja auch durchaus oft ein *amicus curiae* berufen. Richter Breyer fügt hinzu, es bestehe zwar Einigkeit über die Rechtsfragen, nicht jedoch über die Zahlung der Summe Geldes.

Der Vertreter der Bundesregierung, Sri Srinivasan, Principal Deputy Solicitor General, wurde von Chief Justice Roberts zu dem Statement gedrängt, dass eine Zuständigkeit bei derartiger Einigkeit der Parteien völlig präzedenzlos sei – allerdings treten, wie Srinivasan einwandte, solche Fälle auch nicht gerade häufig auf, wenngleich sie in § 28 U.S.C. 530D(a)(1)(B)(ii) gesetzlich vorgesehen sind. Richter Scalia, unterstützt durch Chief Justice Roberts, sah das anders:

> *JUSTICE SCALIA: … And I'm wondering if we're living in this new world where the Attorney General can simply decide, yeah, it's unconstitutional, but it's not so unconstitutional that I'm not willing to enforce it, if we're in this new world, I – I don't want these cases like this to come Court before this all the time.*

Richter Kennedy befürchtete, dies könne die problematische Praxis der *signing statements* befördern, wenn der Präsident ein Gesetz unterzeichnet, aber erklärt, er halte es eigentlich für verfassungswidrig.

Die Lösung könnte in der Berufung auf den Fall *INS v. Chadha*liegen, wo das House of Representatives gegen die Suspendierung einer Abschiebung durch den Immigration and Nationality Service ein Veto eingelegt hatte, auf der Basis einer Vorschrift, die Chadha, der INS und später der 9th Circuit Court of Appeal für verfassungswidrig hielten. Die beiden Häuser des Kongresses hatten argumentiert, dass die Regierung durch die Befolgung des Vetos ihr *standing* verloren hätten. Der Supreme Court bestätigte dagegen das Urteil des Court of Appeal und äußerte sich wie folgt zur gesetzlichen (nicht: verfassungsrechtlichen) Klagebefugnis:

> *When an agency of the United States is a party to a case in which an act of Congress that it administers is held unconstitutional, it is an aggrieved party. The agency's status as an aggrieved party is not altered by the fact that the Executive may agree with the holding that the statute in question is unconstitutional.*

Kann das Parlament verteidigen, was die Regierung verschmäht?

Chadha wird auch bei der Frage eine Rolle spielen, ob das Bipartisan Legal Advisory Committee (BLAG) *standing* hat. BLAG ist eine Art Ausschuss des House of Representatives, dem einen der beiden Häuser des Kongresses, bestehend aus den je zwei Führungspersonen (*Leader* und *Whip*) der Mehrheit und der Minder-

heit sowie einem weiteren Mitglied der Mehrheit, einem Republikaner. In *Chadha* wurde dem Kongress als ganzem Klagebefugnis zugesprochen – allerdings in einer Sache, die ein gesetzliches Vorrecht des Kongresses betraf, wie Srinivasan zu bedenken gab.

BLAG-Prozessvertreter Paul Clement musste sich daher auch von Richterin Sotomayor fragen lassen, wie denn BLAG eigentlich von jedem beliebigen Bürger zu unterscheiden sei, der ein Gesetz gegen die Regierung verteidigen wolle. Clement stützte sich auf die Vermutung der Verfassungsmäßigkeit, die der Kongress genieße:

> *MR. CLEMENT: … And there is a presumption that its acts are constitutional. That presumption had real life here because when Congress was considering this statute it asked the Justice Department three times whether DOMA was constitutional, and three times the Justice Department told them that it was in fact constitutional.*

Obwohl das House of Representatives sein Interventionsrecht – außer in den DOMA-Fällen – seit *Chadha* erst ganze 12 Male ausgeübt hat, fühlte sich Richter Breyer erneut an die *public action* erinnert, die allgemeine Gesetzesvollziehungsklage, die es auf Bundesebene gerade nicht gibt; zumal, wie Richterin Sotomayor einwirft, Interventionen des House of Representatives nicht auf ein Gesetz, sondern nur auf einen internen Beschluss stützen können. Doch Clement gelingt es am Ende nochmal, einen Punkt zu machen:

> *MR. CLEMENT: … Because the alternative really puts the Executive Branch in an impossible position. It's a conflict of interest. They're the ones that are making litigation decisions to promote the defense of a statute they want to see invalidated. And if you want to see the problems with their position, look at Joint Appendix page 437. You will see the most anomalous motion to dismiss in the history of litigation: A motion to dismiss, filed by the United States, asking the district court not to dismiss the case. I mean, that's what you get under their view of the world, and that doesn't serve as separation of powers.JUSTICE KENNEDY: That – that would give you intellectual whiplash. I'm going to have to think about that.(Laughter.)*

Zur Sache: Uniformität …

In der Sache war bemerkenswert, dass es heute, anders als gestern, nicht mehr um die Gefahren für die traditionelle Ehe und die in ihre aufwachsenden Kinder ging. Das einzige Sachargument, das BLAG-Vertreter Clement wiederholte, war das der Uniformität. DOMA sei 1996 im Schatten eines Urteils in Hawaii ergangen, das die Ehe für gleichgeschlechtliche Paare öffnete:

> *MR. CLEMENT: … And the State that's thinking about doing this is Hawaii; it's a very nice place to go and get married. And so Congress is worried that people are going to go there, go back to their home jurisdictions, insist on the recognition in their home jurisdictions of their same-sex marriage in Hawaii, and then the Federal Government will borrow that definition, and therefore, by the operation of one State's State judiciary, same-sex marriage is basically going to be recognized throughout the country.*

Der Bundesgesetzgeber habe lediglich sichergestellt, dass gleichgeschlechtliche Paare in Bundesgebiet gleich behandelt würden, dass sie nicht in einem Bundesstaat Leistungen erhielten, die sie in einem anderen nicht erhielten. Er habe sich damit aus der Sache vollkommen herausgehalten.

Eine Frage, die vor allem Chief Justice Roberts umtrieb, war ob dies mit der föderalen Zuständigkeitsordnung vereinbar sei – denn die Ehe ist Regelungsmaterie der Bundesstaaten, nicht des Bundes. Wenn DOMA schon deswegen verfassungswidrig wäre, würde das natürlich erlauben, die Diskriminierungsfrage offenzulassen, dies machte auch Richter Kennedy klar. Roberts erhielt jedoch keine rechten Antworten; Verrilli und Beklagtenvertreterin Kaplan versuchten immer wieder zum Gleichheitsgrundsatz zurückzukehren, und Clement beharrte auf der Uniformität, die seiner Ansicht nach auch hinreichender Rechtfertigungsgrund sei.

Richter Breyer war damit nicht zufrieden – könne denn auch der Bund plötzlich entscheiden, einheitlich

Ehen von seinen Regelungen auszunehmen, bei denen eine Person unter 18 Jahren ist oder noch nicht ein Jahr im jeweiligen Bundesstaat wohnt – Kriterien, die die Bundesstaaten unterschiedlich handhaben? Eine *rational basis* dafür wollte ihm einfach nicht einfallen, und Paul Clement leider auch nicht.

Richter Kennedy sah nicht ein, wie DOMA den Staaten helfe, jedenfalls dann nicht, wenn sie die gleichgeschlechtliche Ehe eingeführt haben:

> *JUSTICE KENNEDY: We're helping the States do – if they do what we want them to, which is – which is not consistent with the historic commitment of marriage and – and of questions of – of the rights of children to the State.*

Die Kinder hatten Kennedy schon am Vortag am Herzen gelegen. Doch Clement's Einwand, es gehe doch nur um ein paar zusätzliche Bundesleistungen, brachte Richterin Ginsburg geradezu in Rage. Richter Kennedy hatte schon darauf hingewiesen, dass sich der Bund nicht gerade heraushalte, wie Clement behauptet hatte:

> *JUSTICE KENNEDY: Well, it applies to over what, 1,100 Federal laws, I think we are saying. … But when it has 1,100 laws, which in our society means that the Federal Government is intertwined with the citizens' day-to-day life, you are at – at real risk of running in conflict with what has always been thought to be the essence of the State police power, which is to regulate marriage, divorce, custody.*

Ginsburg hatte bereits angedeutet, welche Probleme sie sieht:

> *JUSTICE GINSBURG: Mr. Clement, the problem is if we are totally for the States' decision that there is a marriage between two people, for the Federal Government then to come in to say no joint return, no marital deduction, no Social Security benefits; your spouse is very sick but you can't get leave; people – if that set of attributes, one might well ask, what kind of marriage is this?*

Nun legt sie nach:

> *They're not – they're not a question of additional benefits. I mean, they touch every aspect of life. Your partner is sick. Social Security. I mean, it's pervasive. It's not as though, well, there's this little Federal sphere and it's only a tax question. It's – it's – as Justice Kennedy said, 1100 statutes, and it affects every area of life. And so he was really diminishing what the State has said is marriage. You're saying, no, State said two kinds of marriage; the full marriage, and then this sort of skim milk marriage.*

Und damit befand sich das Gericht auch schon mitten in der Gleichheitsfrage.

… und Uniformen

Die Gleichheitsfrage eröffnete Solicitor General Donald B. Verrilli mit einem post-„don't ask don't tell"-Beispiel ein:

> *What Section 3 [of DOMA] does is exclude from an array of Federal benefits lawfully married couples. That means that the spouse of a soldier killed in the line of duty cannot receive the dignity and solace of an official notification of next of kin.*

Richter Alito griff dieses Beispiel auf und versuchte Verrilli mit einem Vergleich zwischen gleichgeschlechtlichen Paaren aus Bundesstaaten mit Ehe, mit Partnerschaft und ohne jegliche Anerkennung aufs Glatteis zu führen – sei denn diese Ungleichbehandlung gerechtfertigt? Verrilli strauchelte ein wenig, Beklagtenvertreterin Kaplan wies dagegen daraufhin, dass diese Ungleichbehandlung den Staaten anzulasten sei, nicht dem Bund. BLAG-Vertreter Clement versuchte schließlich, seine Uniformität mit den Uniformen zu verbinden: „We don't want somebody, if they are going to be transferred in the military from West Point to Fort Sill in Oklahoma, to resist the transfer because they are going to lose some benefits."

Was zählt, ist aber die Ungleichbehandlung durch DOMA. Und hier stellt sich die Frage, ob ein diskriminierender Animus das Gesetz motivierte. Immerhin, so Verrilli, „this statute is not called the Federal Uniform Marriage Benefits Act; it's called the Defense of Marri-

age Act." Und die Richterin Kagan zitiert den House Report von 1996: „Congress decided to reflect an honor of collective moral judgment and to express moral disapproval of homosexuality." Doch kann wirklich allen 84 Senatoren böser Animus unterstellt werden? Verrilli will sich darauf nicht festnageln lassen: „whether it's animus, whether it's that – more subtle, more unthinking, more reflective kind of discrimination, Section 3 is discrimination." Einen Rechtfertigungsgrund gebe es nicht – weder werde mehr Uniformität erreicht, noch weniger Verwaltungsaufwand, noch würden mehr oder weniger Ehen geschlossen.

Doch Richter Breyer fragt sich, wie auch Richterin Sotomayor, wie man Verrillis Argumente auf den Bund begrenzen kann:

> *JUSTICE BREYER: Or if there's no interest – I mean, I'm back where we were yesterday. It seems to me, forgetting your – your preferable argument, it's a violation of equal protection everywhere. Well, if it is, then all States have to have something like pacts. And if they have to have something like pacts, then you say then they also have to allow marriage. So then are you not arguing they all have to allow marriage? And then you say no.*

„Recht hast du, schweigen musst du," möchte man ihm zurufen. Natürlich ist, was auf Bundesebene gleichheitswidrig ist, auch auf Staatenebene gleichheitswidrig, darum geht es ja in *Perry,* wie Breyer richtig erkennt, doch wird der Supreme Court ziemlich wahrscheinlich alles tun, um so eng wie möglich zu entscheiden.

Levels of scrutiny und die Machtfrage

Und wenn das Gericht zur Gleichheitsfrage kommt, wird es entweder wie viele Untergerichte befinden müssen, dass noch nicht einmal eine *rational basis* besteht – und Clements Uniformitätsargument zurückweisen – oder klären müssen, welcher Rechtfertigungsmaßstab denn nun gelten soll.

Clement stritt für *rational basis* und verwahrte sich gegen das schwammige *rational basis plus*, obwohl Richterin Ginsburg ihm abschließend vorhält, dass der Supreme Court im ersten Geschlechtsdiskriminierungsfall, *Reed v. Reed*, bereits vor dem Drei-Ebenen-System eine strenge Prüfung durchführte (Ginsburg vertrat damals die Klägerin). Die Bundesregierung tritt dagegen für *heightened scrutiny* ein, wie sie in Geschlechtsdiskriminierungsfällen gilt:

> *GENERAL VERRILLI: ... [Y]ou can't treat this as though it were just a distinction between optometrists and ophthalmologists, as the Lee Optical case did. This is a different kind of a situation because the discrimination here is being visited on a group that has historically been subject to terrible discrimination....*

Die Geschichte der Diskriminierung ist eines der Merkmale, die einen strengeren Rechtfertigungsmaßstab indizieren, der andere ist eine politische Machtlosigkeit – in den Worten der berühmten Fußnote 4 in *Carolene Products*:

> *whether prejudice against discrete and insular minorities may be a special condition, which tends seriously to curtail the operation of those political processes ordinarily to be relied upon to protect minorities, and which may call for a correspondingly more searching judicial inquiry.*

Hier stellt sich die Frage, ob Schwule und Lesben angesichts der politischen Fortschritte der letzten Jahre wirklich noch als machtlos gelten können – doch die Fortschritte sind natürlich auch im Lichte gewaltiger Rückschritte zu sehen, wie Beklagtenvertreterin Kaplan klarstellt:

> *CHIEF JUSTICE ROBERTS: I suppose the sea change [in public opinion] has a lot to do with the political force and effectiveness of people representing, supporting your side of the case?MS. KAPLAN: I disagree with that, Mr. Chief Justice, I think the sea change ... was an understanding that ... there was fundamental difference that could justify this kind of categorical discrimination between gay couples and straight couples.CHIEF JUSTICE ROBERTS: You don't doubt that the lobby supporting the enactment of same sex-marriage laws in different States is politically powerful, do*

> *you?MS. KAPLAN: With respect to that category, that categorization of the term for purposes of heightened scrutiny, I would, Your Honor. I don't – CHIEF JUSTICE ROBERTS: Really?MS. KAPLAN: Yes.CHIEF JUSTICE ROBERTS: As far as I can tell, political figures are falling over themselves to endorse your side of the case.MS. KAPLAN: The fact of the matter is, Mr. Chief Justice, is that no other group in recent history has been subjected to popular referenda to take away rights that have already been given or exclude those rights, the way gay people have. And only two of those referenda have ever lost. One was in Arizona; it then passed a couple years later. One was in Minnesota where they already have a statute on the books that prohibits marriages between gay people.So I don't think – and until 1990 gay people were not allowed to enter this country. So I that don't think the political power of gay people today people could possibly be seen within that framework, and certainly is analogous – I think gay people are far weaker than the women were at the time of Frontiero.*

Paul Clement gelang es in seinem Abschlussstatement, diesen Punkt für sich umzumünzen – in einer Weise, die die Supreme-Court-Richtern und -Richterinnen sehr wohl überzeugen mag:

> *MR. CLEMENT: … The reason there has been a sea change is a combination of political power, as defined by this Court's cases as getting the attention of lawmakers; certainly they have that. But it's also persuasion. … You have to persuade somebody you're right. You don't label them a bigot. You don't label them as motivated by animus. You persuade them you are right. That's going on across the country. Colorado, the State that brought you Amendment 2, has just recognized civil unions. Maine, that was pointed to in the record in this case as being evidence of the persistence of discrimination because they voted down a statewide referendum, the next election cycle it came out the other way. And the Federal Congress is not immune. They repealed "Don't Ask, Don't Tell." Allow the democratic process to continue.*

Ein attraktives Statement – doch der Fortschritt ist eine Schnecke, und während er sich durch die 50 Staaten quält, müssen Paare wie Edith Windsor und Thea Spyer offensichtliche Diskriminierungen hinnehmen, nur weil sie homosexuell sind. Ich kann mir kaum vorstellen, dass der Supreme Court dies akzeptieren wird – eher wird er *Perry* begraben (DIG: *dismissal as improvidently granted*) und in *Windsor* deutlich machen, dass der Bund sich zu weit in das Recht der Staaten eingemischt und dabei auch noch diskriminiert hat – ohne sich damit zur Frage zu äußern, ob die diskriminierenden Gesetze der Staaten Bestand haben würden. Doch wir dürfen gespannt bleiben – die Prognosen gehen weit auseinander. Ich werde berichten.

AUTOR*IN

Nora Markard

Prof. Dr. Nora Markard ist Professorin für Internationales Öffentliches Recht und Internationalen Menschenrechtsschutz an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster und Vorstandsmitglied der Gesellschaft für Freiheitsrechte.

EMPFOHLENE ZITATION

Markard, Nora: Verteidigung der Ehe durch Steuern? DOMA bröselt vor dem Supreme Court, Verfassungsblog, 31.03.2013, doi: 10.17176/20170214-124632.

Lizensiert unter CC BY-SA 4.0.

Langzeitarchiviert bei IntRechtDok unter: doi.org/10.17176/20170214-124632.