



Gutachterliche Stellungnahme zum Thema „Gleichgeschlechtliche Ehen“ Öffentliche Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz am 28.09.2015

Prof. Dr. Jörg Benedict, Rostock

A. Einleitung/Fragestellung

Dem Deutschen Bundestag liegen drei Gesetzentwürfe zur Entscheidung vor:

- Entwurf der Bundesregierung: Entwurf eines Gesetzes zur Bereinigung des Rechts der Lebenspartner (BT-Drs. 18/5901 v. 02.09.2015)
- Fraktion Die LINKE: Entwurf eines Gesetzes zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts (BT-Drs. 18/8 v. 23.10.2013)
- Fraktion Bündnis90/Die Grünen: Entwurf eines Gesetzes zur Abschaffung des Eheverbots für gleichgeschlechtliche Paare (BT-Drs. 18/5098 v. 10.06.2015)

Alle drei Entwürfe betreffen sachlich die Gleichstellung von Lebenspartnerschaft und Ehe. Auch wenn alle drei Entwürfe sich als alternativlos bezeichnen, so geht es doch um zwei grundlegend verschiedene Möglichkeiten, die politisch gewünschte Gleichstellung zu erreichen:

1. Der Entwurf der Bundesregierung schreitet auf dem Weg weiter fort, der vom BVerfG einst gewiesen (BVerfG, NJW 1993, 3058; BVerfGE 105, 313) und mit dem Lebenspartnerschaftsgesetz v. 16.02.2001 sowie den immer weiter folgenden Ergänzungen seine konkrete Richtung gefunden hat. Dieser, rechtspolitisch und rechtstechnisch nicht eben einfache Prozess einer nunmehr nahezu vollständigen rechtlichen Angleichung von Lebenspartnerschaft und Ehe soll mit einer Vielzahl weiterer gleichstellender Regelungen im vorliegenden Gesetzentwurf fortgesetzt und zu einem vorläufigen Abschluss gebracht werden.

2. Die beiden anderen Entwürfe ziehen demgegenüber die letzte Konsequenz der bisherigen Entwicklung und zielen auf eine bereits begriffliche Gleichstellung der beiden Lebenskonzepte im Institut der Ehe. Hierfür soll durch eine ergänzende Änderung des § 1353 BGB klargestellt werden, dass auch gleichgeschlechtliche Personen eine Ehe eingehen können: *„Die Ehe wird von zwei Personen verschiedenen oder gleichen Geschlechts auf Lebenszeit geschlossen.“* Eine entsprechende rechtliche Umsetzung des Gleichstellungszieles haben auch die Gesetzesanträge des Bundesrates (Drs. 196/13 v. 22.03.2013)¹ und der Länder Rheinland-Pfalz, Baden-Württemberg, Schleswig-Holstein und Thüringen (BR-Drs. 273/15 v. 05.06.2015) zum Inhalt.

¹ Bekräftigt in seiner Entschließung vom 12. Juni 2015 „Ehe für alle – Entschließung für eine vollständige Gleichbehandlung von gleichgeschlechtlichen Paaren“ (BR-Drs. 274/15).

Für die letztlich vom Parlament zu entscheidende Frage, welcher der beiden einander sachlich ausschließenden Alternativen der Vorzug zu geben ist, sind zwei Perspektiven auseinanderzuhalten:

1. Die gesellschaftspolitische Wünschbarkeit und
2. Die verfassungsrechtliche Konformität des jeweiligen Vorschlages.

In juristischer Terminologie spricht man mit Blick auf diese Unterscheidung auch von dem Recht, wie es *ist* (de lege lata/de constitutione lata), und dem Recht, wie es *sein soll* (de lege ferenda/de constitutione ferenda). Die erste Perspektive ist eine juristische, die zweite Perspektive eine politische.

Der Gesetzgeber ist gem. Art 20 Abs. 3 GG an die Vorgaben der Verfassung gebunden. Und anders als die meisten europäischen Länder enthält das deutsche Grundgesetz nicht nur eine explizite Erwähnung der Ehe, sondern stellt dieses Rechtsinstitut sogar unter den besonderen Schutz des Staates. An diesem Verfassungsartikel kommt man nicht leicht vorbei, wenn der Begriff der Ehe nunmehr mit Blick auf eine Öffnung für gleichgeschlechtliche Partnerschaften *einfachgesetzlich* neu definiert werden soll.

Während demnach die von der Bundesregierung mit ihrem Entwurf vorgeschlagene weitergehende einfachgesetzliche Gleichstellung von Lebenspartnerschaft und Ehe verfassungsrechtlich dann und insoweit akzeptabel erscheint, als sich diese Gleichstellung in dem durch das BVerfG präzisierten Verhältnis von Art 6 GG und Art 3 GG bewegt (zuletzt BVerfGE 131, 239; 133, 59; 133, 377), stößt demgegenüber die einfachgesetzliche Neudefinition des Ehe-Begriffs auf ernste verfassungsrechtliche Bedenken.

B. Der Ehebegriff *de constitutione lata*

Denn nach geltendem Verfassungsrecht ist die „Ehe“ i.S.d. Art. 6 Abs. 1 GG immer noch die auf Dauer angelegte Lebensgemeinschaft von Frau und Mann. Die beiden maßgeblichen Rechtsquellen sind: 1. Der Standpunkt des historischen Gesetzgebers und 2. die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts.

1. Standpunkt des historischen Verfassungsgebers

a) Der historische Kontext

Das Nachdenken über die Ehe und andere soziale Lebensformen beginnt nicht erst im 20. Jahrhundert. Und es war auch nicht erst *Immanuel Kant*, der die Ehe als einen Vertrag zwischen Mann und Frau „zum gegenseitigen Gebrauch der Geschlechtsteile“ definiert hat. Die Reflexion über einen sozial verträglichen Umgang mit Sexualität und Fortpflanzung beginnt mit der Reflexion über die Bedingungen des menschlichen Lebens überhaupt. Der Begriff der Ehe als *Verbindung zwischen Mann und Frau* hat insoweit eine mehr als *zweitausendjährige Geschichte*.

Der deutsche Begriff „Ehe“ stammt vom ahd. „ēwa“ (Recht, Gesetz, Vertrag) und hat eine gemeinsame etymologische Wurzel mit dem Begriff „Ewigkeit“ und „ehern“ (Erz). Die Verbindung von Mann und Frau in der Ehe ist also ein von Ewigkeit her bestehendes unverbrüchliches Gebot. Von hier geht auch die mit der Dignität des Naturrechts versehene abendländische Tradition aus.

Es ist hier nicht der Platz, das ausführlich darzulegen. Entscheidend ist, dass der Begriff der Ehe zu keiner Zeit (außer der allerjüngsten) in einem Bezug zur Homosexualität gestanden hat. In der Kulturgeschichte der Menschheit bestanden von Anfang an 2 grundlegende Probleme: 1. Das

Problem der Demographie. 2. Das Problem einer sittlichen Ordnung für den Umgang mit Sexualität. Die kulturgeschichtliche Lösung für beide Probleme war die Ehe als rechtliches Institut.

Daneben gab es zu allen Zeiten andere Formen, in denen Sexualität gelebt wurde, das Orgiastische etwa im Dionysos-Kult; die männliche Homosexualität in der kulturübergreifenden Knabenliebe (Päderastie bei den Griechen, Bacha bazi in der persisch-islamischen Kultur) und die weibliche Homosexualität ist mit Namen wie Hippolyte, Penthesilea oder Sappho kulturgeschichtlich fest verbunden.

Zu keiner Zeit wurde der Ehe-Begriff mit Orgien, Polyamorie oder Homosexualität in Verbindung gebracht. Besonders deutlich wird das im römischen Kontext: Die auf Fortpflanzung orientierte Ehe – *Matrimonium* – enthält schon begrifflich den Gedanken der „Mutterschaft“ (mater),² während jede andere Form der Sexualität mit dem allgemeinen Begriff des Beischlafs (concupitus) verknüpft war. Der Begriff des Konkubinats leitet sich hiervon ab.³ Im *Corpus Iuris Civilis* wird die Ehe definiert als „Nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio, individuam consuetudinem vitae continens“⁴ („Heirat oder Ehe ist die Verbindung von Mann und Frau zu einer untrennbaren Lebensgemeinschaft“). Und diese Definition ist mit der Rezeption des Römischen Rechts selbstverständlich in das Bewusstsein aller früheren Juristengenerationen eingegangen (soweit es einer solchen Definition überhaupt bedurfte). Der Hinweis auf eine in der Ehe als Verbindung von Mann und Frau liegende von Natur vorgegebene Eigengesetzlichkeit findet sich jedenfalls auch im C.I.C.:

„nam hoc fieri debere et civilis et naturalis ratio suadet“ (Dass dies geschehen muss, verlangt die zivile wie die natürliche Vernunft“)⁵

b) Der Begriff „Ehe“ in den Verfassungen von 1919 und 1949

Die hohe gesellschaftliche Bedeutung der Ehe stand dann auch den Verfassungsmüttern und -vätern deutlich vor Augen. Das wird sprachlich noch besonders deutlich in Art. 119 Abs. 1 WRV:

„Die Ehe steht als Grundlage des deutschen Familienlebens und als Urquell der Erhaltung und Vermehrung der Nation unter dem besonderen Schutz der Verfassung.“

Ehe und Familie werden ganz wie selbstverständlich als „vorgegebene Größen“ betrachtet.⁶ Keine „kämpferischen Worte für die Heiligung von Ehe und Familie“, sondern eine schlichte Klarstellung durch den Berichterstatter im Unterausschuss, den Rechtshistoriker Konrad Bayerle:

„Es erschien vor allem mit Rücksicht auf den volkserzieherischen Wert der Grundrechte notwendig, auch die Ehe als Grundpfeiler des sozialen Lebens nicht ohne Erwähnung zu lassen.“

In den *Beratungen der Nationalversammlung* wurde neuerlich betont, dass die Ehe „der natürliche und feste Schutz für die Frau, für Mutter und Kind“ sei und „die Säule, auf der die

² So dann noch bis heute etwa auch im spanischen (*matrimonio*) oder englischen (*matrimony*).

³ Ursprünglich war insoweit *concupitus* der Sklave, der als Geliebter des Herrn erwählt wurde; *concupina* das weibliche Pendant. Mit dem Begriff des „Konkubinats“ erfuhren diese außerehelichen Verhältnisse eine teilweise sittliche und rechtliche Anerkennung.

⁴ Inst. 1,9.1.

⁵ Inst. 1,10.pr.

⁶ *Schwab*, Zur Geschichte des verfassungsrechtlichen Schutzes von Ehe und Familie, FS Bosch, S. 895.

menschliche Gesellschaft ruht“.⁷ Beyerle fasste die unkontroverse Debatte schließlich dahingehend zusammen, es sei darauf abgesehen, *„der Ehe und Familie als von jeher in Deutschland anerkannten Normalform des menschlichen Geschlechts- und Gemeinschaftslebens, als der hervorragendsten Quelle deutscher Sitte und Kultur, in den Grundrechten den gebührenden Platz einzuräumen“*. Der zur Abstimmung einzeln aufgerufene Satz *„Die Ehe steht unter dem Schutz der Verfassung“* fand in der 2. Beratung eine so deutliche Mehrheit, dass nicht ausgezählt wurde (Verhandlungen, Bd. 328, 1621).

Die gleiche Perspektive auf den Zusammenhang von Ehe und Familie hatte der *Parlamentarische Rat*: Im Ausschuss für Grundsatzfragen wurde auf der 24. Sitzung der Vorschlag eingebracht, den Art. 7a (den späteren und heutigen Art. 6 Abs. 1 GG) wie folgt zu fassen:

„Die Ehe als die rechtmäßige Form der dauernden Lebensgemeinschaft von Mann und Frau und die aus ihr wachsende Familie sowie die aus der Ehe und der Zugehörigkeit zur Familie fließenden Rechte und Pflichten stehen unter dem besonderen Schutz der Verfassung.“

Diese Fassung wurde auf der 32. Sitzung am 11. Januar 1949 sprachlich etwas kürzer formuliert: *„Die Ehe ist die rechtmäßige Form der Lebensgemeinschaft von Mann und Frau. Sie bildet die Grundlage der Familie.“* Und schließlich in die endgültige kurze Form gesetzt: *„Ehe und Familie stehen unter dem besonderen Schutz der staatlichen Ordnung.“*

Der Vorsitzende des Ausschusses für Grundsatzfragen v. Mangoldt stellte in der Sitzung vom 11. Januar 1949 klar: *„Es ist besser, ohne daß es eine grundsätzliche Änderung darstellt.“*⁸

2. Rechtsprechung des BVerfG

Das BVerfG hat in ständiger Rechtsprechung die Ehe mit dem Heterosexualitätsprinzip verbunden gesehen und als *„die Vereinigung eines Mannes mit einer Frau zu einer auf Dauer angelegten Lebensgemeinschaft“* definiert⁹ und hieran bis zuletzt festgehalten. Lediglich in den Konsequenzen, die im Verhältnis zu anderen Lebensformen hieraus zu ziehen sind, hat es eine sachliche Änderung gegeben.

Zwei Phasen sind insoweit erkennbar:

a) Abstandsgebots-Rspr.

In einer seiner frühesten Entscheidungen stellte das BVerfG fest, dass Art. 6 GG *„nicht nur ein ‚klassisches Grundrecht‘ zum Schutze der spezifischen Privatsphäre von Ehe und Familie sowie Institutsgarantie“* sei, *„sondern darüber hinaus zugleich eine Grundsatznorm, das heißt eine verbindliche Wertentscheidung für den gesamten Bereich des Ehe und Familie betreffenden privaten und öffentlichen Rechts“* darstelle.¹⁰

Diese Aussage steht in einem allgemeineren verfassungsdogmatischen Kontext, wonach die Bestimmungen des Grundgesetzes zugleich Ausdruck einer objektiven Wertentscheidung sind, die von Gesetzgebung, vollziehender und rechtsprechender Gewalt ganz generell, d.h. unabhängig von der Gewährleistung subjektiver Rechte zu beachten sind. Konkret die Wertentscheidung in Art. 6 I GG sei demnach Ausdruck davon, dass *„Ehe und Familie als Keimzelle jeder menschlichen Gemeinschaft“* in ihrer *„Bedeutung mit keiner anderen*

⁷ Schwab, S. 897.

⁸ Protokolle des Parlamentarischen Rates, S. 935.

⁹ BVerfGE 10, 59/66; 29, 166/176; 36, 146/162; 49, 286/300; 53, 224/245; 62, 323/323; 87, 234; 105, 313/345.

¹⁰ BVerfGE 6, 55/71 f.

menschlichen Bindung verglichen werden“ könne.¹¹ Die verfassungsrechtlichen Folgerungen hieraus gehen in zwei Richtungen:

(1) Schutzauftrag: *Pflicht zum Schutz der Ehe als soziale und rechtliche Institution*. Der Schutzauftrag der Verfassung bedeutet einerseits „negativ das Verbot für den Staat selbst, die Ehe zu schädigen oder sonst zu beeinträchtigen.“¹² Das bedeutet im Kern: Die Ehe darf gegenüber anderen Lebensformen (Ledige, eheähnliche Lebensgemeinschaften oder nichteheliche Partnerschaften) rechtlich jedenfalls nicht schlechter gestellt werden.¹³

(2) Förderungsgebot: *Pflicht zur Förderung der Ehe als soziale und rechtliche Institution*. Der objektiven Wertentscheidung entspringt darüber hinaus aber auch „positiv die Aufgabe für den Staat, Ehe und Familie nicht nur vor Beeinträchtigungen durch andere Kräfte zu bewahren, sondern auch durch geeignete Maßnahmen zu fördern.“¹⁴ Aus der objektiven Wertentscheidung des Art. 6 I GG folgt demnach explizit auch das Gebot der positiven Diskriminierung: Die Ehe darf gegenüber anderen Lebensformen rechtlich besser gestellt werden.

Das BVerfG hat das damit evident gewordene Verhältnis von Art. 6 I GG zum allgemeinen Gleichheitssatz des Öfteren berührt und insoweit klargestellt: *Art. 6 sei als spezielle Ausprägung des Gleichheitssatzes und sohin als vorrangige Norm anzusehen (lex specialis)*. Das bedeute, dass eine Regelung, die der Bedeutung des Art. 6 I GG entspreche *nicht mehr am allgemeinen Gleichheitssatz zu messen sei*.¹⁵

Noch in einem Nichtannahmebeschluss vom 4. Oktober 1993 sah das Gericht keine „Anhaltspunkte für einen grundlegenden Wandel des Eheverständnisses in dem Sinne, daß der Geschlechtsverschiedenheit der Ehepartner keine prägende Bedeutung mehr“ zukäme. Art. 6 I GG sei die gegenüber Art. 2 I und Art. 3 I GG speziellere Norm; aus letzteren sei daher verfassungsrechtlich ein Recht auf Ehe nicht herzuleiten.¹⁶

b) Antidiskriminierungs-Rechtsprechung

Auch aus der jüngeren Rspr. des BVerfG ergibt sich hinsichtlich des Ehebegriffs keine Abweichung. Im Gegenteil: Die sachlichen Angleichungen zwischen eingetragener Lebenspartnerschaft und Ehe basieren auf der Annahme zweier eigenständiger Rechtsinstitute. Die Lebenspartnerschaft wurde mit Blick auf die Grundrechte aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 GG und insoweit explizit als *aliud* zur Ehe konstituiert: „*Der besondere Schutz der Ehe in Art 6 Abs 1 GG hindert den Gesetzgeber nicht, für die gleichgeschlechtliche Lebenspartnerschaft Rechte und Pflichten vorzusehen, die denen der Ehe gleich oder nahe kommen. Dem Institut der Ehe drohen keine Einbußen durch ein Institut, das sich an Personen wendet, die miteinander keine Ehe eingehen können.*“¹⁷

¹¹ BVerfGE 6, 55/71.

¹² BVerfGE 6, 55/76; 12, 151/167 (Ehegattenfreibetrag); 24, 104/109 (Benachteiligung von Ehegatten im Konkurs); 28, 324/347 (Waisenrente – Heiratsklausel); 32, 260/267 (Sonderausgabenabzug) etc.

¹³ Vgl. nur BVerfGE 6, 55/71 f (Ehegattensplitting); 12, 151 (Ehegattenfreibetrag); 17, 210/217 (Wohnungsbauprämie); 24, 104/110 f. (Ehegatten im Konkurs); 28, 324/347 (Waisenrente-Heiratsklausel); 32, 260/267 (Sonderausgabenabzug); 67, 186 (Arbeitslosenhilfe); 78, 128 (ehebedingter Provisionsausschluss); 87, 234/267 (Einkommensanrechnung bei Arbeitslosenhilfe).

¹⁴ BVerfGE 6, 55/76; dann insbesondere BVerfGE 17, 210/217 (Wohnungsbauprämie); 24, 104/109 (Benachteiligung von Ehegatten im Konkurs); 32, 260/267 (Sonderausgabenabzug).

¹⁵ BVerfGE 9, 237/248 f. (Ehegattenbesteuerung): „denn wenn eine vom Gesetzgeber vorgenommene Differenzierung mit einer Ausprägung des allgemeinen Gleichheitssatzes (hier: Art 6 Abs 1 GG) in Einklang ist, ist - sofern es sich um dasselbe Vergleichspaar handelt - kein Raum mehr für eine Prüfung am Maßstab des Art 3 Abs 1. GG.“; 17, 210/217 (Wohnungsbauprämie) „Die Wertentscheidung des GG Art 6 Abs 1“ enthält zugleich „eine Konkretisierung des Gleichheitssatzes“; 67, 186 (Arbeitslosenhilfe).

¹⁶ BVerfG, NJW 1993, 3058 = FamRZ 1993, 1419.

¹⁷ BVerfGE 105, 313 (LS 3).

In dieser Linie hat sich die Rechtsprechung des BVerfG auch weiterhin gehalten: Das Institut der „gleichgeschlechtlichen Lebenspartnerschaft“ ist ein Institut, das sich an Personen wendet, „die wegen ihres gleichen Geschlechts eine Ehe nicht eingehen können.“ (so zuletzt Beschl. v. 07. Mai 2013, BVerfGE 133, 377).

C. Rechtspolitische Möglichkeiten *de constitutione ferenda*

Wie gesagt: Die gesellschaftspolitische und die juristische Perspektive sind grundsätzlich auseinanderzuhalten. Das Hauptargument in der gegenwärtigen Diskussion zur „Öffnung der Ehe“ auch für homosexuelle Paare ist der Hinweis auf einen „gesellschaftlichen Wandel“. Den gibt es, zweifellos.¹⁸ Nur ist ein, wie auch immer empirisch belegter gesellschaftlicher Wandel nicht bereits aus sich heraus eine Rechtsquelle *de lege lata*. Das gleiche gilt für Rechtsmeinungen, die ebenfalls lediglich Ausdruck eines gesellschaftlichen Wandels sind. Ein jeder „gesellschaftlicher Wandel“ kann Anlass sein, eine bestehende Rechtslage neuerlich zu überdenken. Das Recht ändert sich aber nicht stillschweigend, es wird geändert: Entweder durch Gesetzes- bzw. eben durch Verfassungsänderung oder durch mit Rechtskraft ausgestattete Interpretation durch die Rechtsprechung.

Das gleiche gilt für die methodologisch mystische Kategorie des „Verfassungswandels“. In der Sache gäbe es einen für die Feststellung bzw. Behauptung einer stillschweigenden Verfassungsänderung (hier bzgl. Art. 6 Abs. 1 GG) „methodischen Mehrwert“ nur dann, „wenn es ein tertium zwischen Verfassungenauslegung und formeller Verfassungstextänderung gäbe. Das ist aber bei Lichte betrachtet nicht der Fall (...): Entweder ist der Verfassungswandel doch nichts als ordinäre Auslegung – dann freilich ist sowohl eine Sondermethodik als auch eine Sonderdogmatik schwerlich zu rechtfertigen. Oder aber die Abschichtung von der Verfassungenauslegung gelingt nur um den Preis, dass die Trennlinie zur anderen Seite hin, nämlich zur Verfassungsänderung, bis zur Unkenntlichkeit aufgelöst und der Verfassungswandel infolgedessen als mit den positivrechtlichen Wandlungsregeln des Grundgesetzes unvereinbar gekennzeichnet wird.“¹⁹

Dass also die durch Art. 6 Abs. 1 GG besonders geschützte „Ehe“ die auf Dauer angelegte Verbindung zwischen Mann und Frau ist, und mithin das „Heterosexualitäts-Prinzip“ zum verfassungsrechtlich geschützten Kern des Ehe-Begriffs gehört, lässt sich nicht mit Hinweis auf einen gesellschaftlichen oder stillschweigenden Verfassungswandel weg erörtern. „Das Grundgesetz kann nur durch ein Gesetz geändert werden, das den Wortlaut des Grundgesetzes ausdrücklich ändert oder ergänzt.“ Art. 79 Abs. 1 GG bestimmt damit im Grunde sehr deutlich einen Vorrang der Verfassungsänderung durch verfassungsänderndes Gesetz. Art. 6 Abs. 1 GG ist nicht von der Ewigkeitgarantie des Art. 79 Abs. 3 GG erfasst. Der Weg steht dem Parlament also offen: Die auch begriffliche Gleichstellung von Ehe und Lebenspartnerschaft kann durch explizite Verfassungsänderung auf den Weg gebracht werden. Nicht § 1353 BGB, sondern Art. 6 GG wäre der richtige Ort, einen gesellschaftlichen Wandel auch normativ verbindlich zum Ausdruck zu bringen.

¹⁸ Ausführlich: *Benedict*, Die Ehe unter dem besonderen Schutz der Verfassung, JZ 2013, 477 ff.

¹⁹ So klarstellend *Voßkuhle*, Gibt es und wozu nutzt eine Lehre vom Verfassungswandel?, Der Staat 43, 450/454 mit Hinweis auf *Matthias Jaestedt*, Verfassungsgerichtspositivismus, in: Depenheuer u.a. (Hrsg.), Nomos und Ethos (2002), S. 183/196.