

Deutscher Bundestag
- Rechtsausschuss -
Platz der Republik 1
11011 Berlin

Prof. Dr. Klaus F. Gärditz
Lehrstuhl für Öffentliches Recht

Postanschrift:
Adenauerallee 24-42
53113 Bonn
Tel.: +49 (0) 228/73-9176
Email: gaerditz@jura.uni-bonn.de

Bonn, 6. Juni 2011

Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Ergänzung des Lebenspartnerschaftsgesetzes und anderer Gesetze im Bereich des Adoptionsrechts

I. Der eingebrachte Änderungsantrag

Gegenstand der vorliegenden Stellungnahme ist ein Gesetzentwurf zur Änderung des Lebenspartnerschaftsgesetzes (LPartG)¹, den die Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN in den Deutschen Bundestag eingebracht hat.²

Art. 1 des Gesetzentwurfs sieht vor, die adoptionsrechtliche Bestimmung des LPartG zu ändern. Der einschlägige § 9 Abs. 7 LPartG ermöglicht seit einer Anpassung Ende 2004³ die *alleinige* Adoption eines Kindes des jeweiligen Lebenspartners durch den anderen Lebenspartner (so genannte Stiefkindadoption). Die Bestimmung lautet wie folgt:

„Ein Lebenspartner kann ein Kind seines Lebenspartners allein annehmen. Für diesen Fall gelten § 1743 Satz 1, § 1751 Abs. 2 und 4 Satz 2, § 1754 Abs. 1 und 3, § 1755 Abs. 2, § 1756 Abs. 2, § 1757 Abs. 2 Satz 1 und § 1772 Abs. 1 Satz 1 Buchstabe c des Bürgerlichen Gesetzbuchs entsprechend.“

¹ Lebenspartnerschaftsgesetz v. 16. 2. 2001 (BGBl. I S. 266), das zuletzt durch Art. 7 des Gesetzes v. 6. 7. 2009 (BGBl. I S. 1696) geändert worden ist.

² Entwurf eines Gesetzes zur Ergänzung des Lebenspartnerschaftsgesetzes und anderer Gesetze im Bereich des Adoptionsrechts, BT-Drs. 17/1429.

³ Gesetz zur Überarbeitung des Lebenspartnerschaftsgesetzes v. 15. 12. 2004 (BGBl. I S. 3396).

Nach dem hier in Rede stehenden Entwurf soll die Vorschrift des § 9 Abs. 7 LPartG künftig folgende Neufassung erhalten:

„Für die Annahme eines Kindes durch Lebenspartner gelten die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Annahme eines Kindes durch Ehegatten sowie Artikel 22 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche entsprechend.“

Insoweit erfolgt eine vollständige Gleichstellung mit Ehepartnern. Eine Adoption soll künftig auch dann möglich sein, wenn es sich bereits um ein Adoptivkind handelt, was bislang der fehlende Verweis in § 9 Abs. 7 Satz 2 LPartG auf § 1742 BGB nach wohl überwiegender Auffassung ausschließt.⁴ Zudem soll eine *gemeinsame* Adoption eröffnet werden, die § 9 Abs. 7 Satz 1 LPartG in seiner bisherigen Fassung ebenfalls und sogar explizit ausschließt.⁵ Nach dem Entwurf wäre es künftig zudem möglich, dass Eingetragene Lebenspartner auch Kinder gemeinsam adoptieren, die zuvor weder leibliches noch rechtliches Kind eines der beiden Lebenspartner waren.

Art. 2 enthält verfahrensrechtliche Folgeänderungen.

II. Verfassungsrechtliche Änderungshindernisse

Eine Annahme als Kind (Adoption) erfolgt nach § 1752 Abs. 1 BGB durch Entscheidung des Familiengerichts (siehe §§ 186 Nr. 1, 197 FamFG), also hoheitlich. Die hoheitliche Entscheidung zugunsten der beantragten Adoption ist bezogen auf das zu adoptierende Kind ein Grundrechtseingriff in dessen allgemeines Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i. V. mit Art. 1 Abs. 1 GG) sowie ggf. – im Hinblick auf die Kappung zuvor bestehender familienrechtlicher Beziehungen – in dessen Familiengrundrecht (Art. 6 Abs. 1 GG). Eine Adoption kann im Ausnahmefall sogar gegen den Willen eines biologischen Elternteils erfolgen (vgl. § 1748 BGB),⁶ sodass die in Rede stehende Regelung potentiell auch Eingriffe in das Elternrecht (Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG) einschließt.⁷ Die rechtliche Zuordnung von Elternschaft durch Hoheitsakt, die von der verfassungsunmittelbaren – und insoweit in der Tat nicht rechtfertigungsbedürftigen – Basiszuordnung der „natürlichen“ (biologischen) Elternschaft (Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG) abweicht, bedarf daher einer hinreichenden Rechtfertigung.

1. Institutioneller Schutz der verschiedengeschlechtlichen Elternschaft durch Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG

Weder Art. 6 Abs. 1 noch Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG enthält zwar eine explizite Definition der Elternschaft, sodass es grundsätzlich dem Gesetzgeber obliegt, die personenstands- und fa-

⁴ Vgl. HansOLG Hamburg, Beschl. v. 22. 12. 2010, Az. 2 Wx 23/09; OLG Hamm, Beschl. v. 1. 12. 2009, Az. I-15 Wx 236/09, FGPrax 2010, S. 28 f.; N. Dethloff, Adoption durch gleichgeschlechtliche Paare, ZRP 2004, S. 195 (199); dies., Adoption und Sorgerecht – Problembereiche für die eingetragenen Lebenspartner?, FRP 2010, S. 208 (209); J. Henkel, Fällt nun auch das „Fremdkindadoptionsverbot“?, NJW 2011, S. 259. Anderer Ansicht etwa H. Grziwotz, Gleichstellung der Lebenspartner nach dem Gesetz zur Überarbeitung des Lebenspartnerschaftsrechts, DNotZ 2005, S. 13 (25); ders., Anmerkung, FamRZ 2010, S. 1260 f.; G. Müller, Zur Frage der Sukzessivadoption eines Kindes durch den eingetragenen Lebenspartner, DNotZ 2010, S. 701 ff.

⁵ BT-Drs. 17/1429, S. 3.

⁶ Siehe im Einzelnen N. Dethloff, Familienrecht, 29. Aufl. (2009), § 15, Rn. 30 ff.

⁷ Vgl. zu Art. 6 Abs. 2 GG als Maßstabnorm für Adoptionen gegen den Willen der Eltern BVerfGE 24, 119 (142).

milienrechtlichen Beziehungen auszugestalten. Dies ermächtigt jedoch nicht zu einer beliebigen (willkürlichen) Zuordnung der Elternschaft zu einem Kind.⁸ Eltern im Sinne des Art. 6 Abs. 2 GG sind zunächst biologischer Vater und biologische Mutter des Kindes.⁹ Die Gründe für die Vater- oder die Mutterschaft können zwar rechtlich unterschiedlich und differenziert ausgestaltet werden,¹⁰ sofern hinreichende Gründe für ein Abweichen der rechtlichen von der biologischen Elternschaft vorliegen. Die Elternschaft von Vater und Mutter ist indes der grundgesetzlich vorausgesetzte Regelfall.¹¹ Die Verfassung setzt insoweit zugleich voraus, dass die biologische Elternschaft von Vater und Mutter der Ausgangspunkt familienrechtlicher Konstruktion bleibt und Formen der rechtlichen Elternschaft, die nicht auf Abstammung gründen, jedenfalls das Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG zugrunde liegende Vater-Mutter-Kind-Modell nachzubilden haben.¹² Dies bestätigt die ungewöhnliche Anknüpfung an ein „natürliches Recht“ in Art. 6 Abs. 2 GG. Der Verfassungsgeber bezieht sich hier bewusst auf natürliche – sprich: vorrechtliche und damit vorstaatliche – Vorgänge,¹³ die das staatliche Recht anerkennt und zum Schutzgegenstand macht.

Die Elternschaft im verfassungsrechtlichen Sinne schließt hierbei begrifflich die Verschiedengeschlechtlichkeit ein. Die Begründung von gleichgeschlechtlicher Elternschaft ist insoweit unvereinbar mit Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG. Gemessen hieran überschreitet bereits der derzeitige § 9 Abs. 7 LPartG die verfassungsrechtlichen Grenzen gesetzlicher Ausgestaltung,¹⁴ da die Regelung zwar nicht die gemeinsame gleichgeschlechtliche Elternschaft begründet, aber doch immerhin parallele Elternschaften zu einer gleichgeschlechtlichen Familie mit zwei Elternteilen addiert. Jedenfalls eine gemeinsame gleichgeschlechtliche Elternschaft, wie sie dem Entwurf zugrunde liegt, ist unvereinbar mit Art. 6 Abs. 2 GG.¹⁵

Abweichendes ergibt sich auch nicht aus der Rechtsprechung des BVerfG.¹⁶ Das Gericht hat zwar in einer Kammerentscheidung aus dem Jahre 2009, die einen Vorlagebeschluss nach Art. 100 Abs. 1 GG zur bisherigen Regelung des § 9 Abs. 7 LPartG betraf, cursorisch festgestellt, dass die Elternschaft im Sinne des Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG nicht ausschließlich auf der biologischen Abstammung beruhe, sondern daneben auch Aspekte der sozial-familiären Verantwortungsgemeinschaft zu berücksichtigen seien,¹⁷ was vom vorlegenden Gericht nicht gewürdigt worden war. Das Gericht hat dort indes – anders als dies die Gesetzesbegründung vorliegend nahe legt¹⁸ – nicht die Verfassungsmäßigkeit der geltenden Regelung zur Stiefkindadoption festgestellt, sondern lediglich den gegenständlichen Vorlagebeschluss mangels substantiiertes Darlegung der Verfassungswidrigkeit durch das vorlegende Gericht

⁸ Mit Recht *M. Jestaedt*, in: Bonner Kommentar GG, Stand: 2011, Art. 6, Rn. 56.

⁹ Vgl. *P. Badura*, in: Maunz/Dürig, Stand: 2011, Art. 6, Rn. 101; *R. Gröschner*, in: H. Dreier (Hrsg.), GG, Bd. I, 2. Aufl. (2004), Art. 6, Rn. 103.

¹⁰ Eingehend *G. Robbers*, in: H. v. Mangoldt/F. Klein/C. Starck (Hrsg.), GG, Bd. I, 6. Aufl. (2010), Art. 6, Rn. 163 ff.

¹¹ BVerfGE 56, 363 (382); 61, 358 (372); 84, 168 (179); *M. Jestaedt*, in: Bonner Kommentar GG, Stand: 2011, Art. 6, Rn. 53.

¹² BVerfGE 108, 82 (101 ff.): Unzulässigkeit der Elternschaft von zwei Vätern und einer Mutter.

¹³ *G. Robbers*, in: H. v. Mangoldt/F. Klein/C. Starck (Hrsg.), GG, Bd. I, 6. Aufl. (2010), Art. 6, Rn. 183 f.

¹⁴ Mit Recht etwa *A. Schlütter*, Die erbrechtliche Stellung eines Kindes nach Adoption durch den anderen Lebenspartner einer gleichgeschlechtlichen Lebenspartnerschaft aus verfassungsrechtlicher Sicht, FF 2005, S. 234 ff.

¹⁵ So auch *J. Ipsen*, Ehe und Familie, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), HStR VII, 3. Aufl. (2009), § 154, Rn. 57.

¹⁶ Da die Bayerische Staatsregierung ihren Normenkontrollantrag gegen § 9 Abs. 7 LPartG im Juli 2009 zurückgenommen hat und das Verfahren daraufhin eingestellt wurde, steht eine Entscheidung über die Verfassungsmäßigkeit der Stiefkindadoption bislang noch aus. Die cursorische Erwähnung des § 9 LPartG in der Versorgungsentscheidung – BVerfGE 124, 199 (230) – enthält keine verfassungsrechtliche Bewertung der maßgeblichen Norm.

¹⁷ BVerfG-K, Beschl. v. 10. 8. 2009, Az. 1 BvL 15/09, FamRZ 2009, S. 1653, Rn. 14.

¹⁸ BT-Drs. 17/1429, S. 3.

als unzulässig verworfen. Zur hier in Rede stehenden Frage, inwiefern das Wohl des Kindes einer gemeinsamen Adoption verfassungskonform entgeggehalten werden kann, lässt sich dem Kammerbeschluss ohnehin nichts entnehmen.¹⁹

2. Unzumutbarkeit der Adoption durch gleichgeschlechtliche Paare

Sollte sich zudem empirisch herausstellen, dass mit der Erziehung von Kindern durch gleichgeschlechtliche Paare längerfristig nachteilige psychosoziale Auswirkungen in relevantem Maße verbunden sind, wäre der mit der Adoption einhergehende hoheitliche Eingriff in die Grundrechte des Kindes (und ggf. auch des bisherigen Elternteils, wenn dieses nicht in die Adoption einwilligt) nicht zumutbar. Hierbei gilt, dass zugunsten des betroffenen Kindes, über dessen weitere familiäre Einbindung staatliche Einrichtungen verfügen, im Zweifel nach Vorsorgegesichtspunkten solange von ungünstigen Prognosen auszugehen ist, bis diese als widerlegt gelten dürfen.²⁰ Der Staat ist bis dahin gehindert, Eingetragenen Lebenspartnern das Adoptionsrecht gesetzlich zur Verfügung zu stellen bzw. durch Hoheitsakt im Einzelfall Adoptionen zuzulassen. Auch dies würde bereits auf § 9 Abs. 7 LPartG in seiner jetzigen Fassung durchschlagen, erst recht aber einer Angleichung des Adoptionsrechts Eingetragener Lebenspartner an das von Ehepartnern entgegenstehen. Die empirischen Grundlagen sind psychologisch und sozialwissenschaftlich zu ermitteln, sodass hierzu aus der Sicht der Rechtswissenschaft nicht Stellung genommen werden kann.

III. Verfassungsrechtliche Anpassungspflicht?

Wenn man entgegen dem hier vertretenen Standpunkt eine Fremdkindadoption verfassungsrechtlich für zulässig erachtet, bleibt es fraglich, ob eine Angleichung des Adoptionsrechts in Bezug auf Eingetragene Lebenspartner an das Adoptionsrecht von Ehegatten verfassungsrechtlich auch geboten ist. Dies suggeriert jedenfalls die Antragsbegründung.²¹

1. Art. 6 Abs. 1 GG

Die Antragsbegründung erachtet die geltende Regelung im Hinblick auf Art. 6 Abs. 1 GG für bedenklich, weil den in einer Partnerschaft lebenden Kindern in Ermangelung der rechtlichen Verfestigung zu einer gemeinsamen Elternschaft Nachteile entstünden.²² Dieser Rechtsstandpunkt ist jedoch schon deshalb unzutreffend, weil mit dem Lebenspartner, der nicht Elternteil des Kindes ist, nach geltendem Recht keine gemeinsame – beide Elternteile sowie das Kind umschließende – und durch Elternschaft verbundene Familie im Rechtssinne besteht. Denn § 9 Abs. 7 LPartG versagt Eingetragenen Lebenspartnern gerade die Möglichkeit einer gemeinsamen Adoption. Art. 6 Abs. 1 GG knüpft an die Familie im rechtlichen Sinne an, die auf der Elternschaft (Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG) als Kernbeziehung gründet. Eltern – und damit der Ausgangspunkt von Familie – sind aber nur die leiblichen oder die rechtlichen Eltern,²³ denen insoweit automatischer gemeinsamer Familienschutz vermit-

¹⁹ T. Hoppe, Anmerkung, DVBl. 2009, S. 1516 (1519).

²⁰ Auf der Grundlage der bisherigen Daten lässt sich dies nicht abschließend beurteilen, siehe unten III. 2. b).

²¹ Vgl. BT-Drs. 17/1429, S. 3.

²² BT-Drs. 17/1429, S. 3.

²³ Vgl. BVerfGE 92, 158 (177 f.); 108, 82 (104); BVerfG-K, Beschl. v. 2. 7. 2010, Az. 1 BvR 666/10, FamRZ 2010, S. 1621; G. Robbers, in: H. v. Mangoldt/F. Klein/C. Starck (Hrsg.), GG, Bd. I, 6. Aufl. (2010), Art. 6, Rn. 162.

telt wird. Art. 6 Abs. 1 GG verlangt hingegen nicht, bei der gesetzlichen Ausgestaltung der Familie im rechtlichen Sinne tatsächlich vorgefundene Lebensgemeinschaften nachzuzeichnen oder gar das Familienrecht im Sinne faktischer Bedürfnisse nach rechtlicher Absicherung zu optimieren.

Wenn das BVerfG darauf abstellt, dass die Elternschaft im verfassungsrechtlichen Sinne nicht allein auf der biologischen Abstammung beruhe, sondern gleichermaßen auch auf der sozial-familiären Verantwortungsgemeinschaft,²⁴ folgt hieraus ebenfalls keine Pflicht, das Adoptionsrecht für Lebenspartner zu erweitern. Das BVerfG stellt lediglich klar, dass die Verfassung den Gesetzgeber nicht darauf beschränkt, die Elternschaft im rechtlichen Sinne akzessorisch zur biologischen Elternschaft auszugestalten, sondern auch die sozial-familiäre Elternschaft legitimer Anknüpfungspunkt des familienrechtlichen Status sein könne. Hieraus ergibt sich aber keineswegs eine korrespondierende Verpflichtung, jeder faktisch gelebten Verantwortungsgemeinschaft gesetzlich den Status als Familie im Rechtssinne einzuräumen.

Dies bestätigt auch eine jüngst ergangene Kammerentscheidung des BVerfG. Das Gericht hat es dort für verfassungskonform erachtet, dass der im Zeitpunkt der Geburt nach LPartG Eingetragenen Lebenspartnerin der Mutter die personenstandsrechtliche Eintragung als Mutter versagt wird. Das Gericht führt aus, dass Eltern im Sinne des Art. 6 Abs. 2 GG nur die leiblichen oder rechtlichen Eltern seien. Die Beschwerdeführerin (die Eingetragene Lebenspartnerin der Mutter) sei indes im maßgeblichen Zeitpunkt der Geburt weder leiblich noch rechtlich Elternteil gewesen, sodass schon der Schutzbereich des Grundrechts nicht eröffnet sei. Die leibliche Mutter könne sich zwar auf das Grundrecht des Art. 6 Abs. 2 GG berufen; dieses eröffne jedoch keinen Anspruch, den jeweiligen Eingetragenen Lebenspartner zum Elternteil im Rechtssinne zu machen.²⁵ Es wird betont, dass die Rolle eines Eingetragenen Lebenspartners in Relation zum Kind des Lebenspartners nicht mit dem familienbezogenen Schutz eines biologischen oder rechtlichen Elternteils vergleichbar ist:

„Lebenspartner haben keinen Anspruch auf Gleichbehandlung mit rechtlichen und leiblichen Vätern eines Kindes hinsichtlich der Eintragung in die Geburtsurkunde des Kindes. Insoweit unterscheiden sich die Vergleichsgruppen, da aufgrund einer tatsächlich-biologischen oder einer rechtlichen Vaterschaft zwischen den Vätern und den Kindern eine Rechtsbeziehung mit gegenseitigen Rechten und Pflichten besteht, während dies bei Lebenspartnern nicht der Fall ist [...]“.²⁶

Im Ergebnis lässt sich daher festhalten, dass Art. 6 Abs. 1 GG keine Erstreckung des gemeinsamen Adoptionsrechts von Ehegatten (§ 1742 BGB) auf Eingetragene Lebenspartner gebietet, weil weder der Schutzbereich von Ehe noch von Familie eröffnet ist.

2. Art. 3 Abs. 1 GG

Möglicherweise könnte Art. 3 Abs. 1 GG verletzt sein, wenn für die Ungleichbehandlung im Adoptionsrecht von Ehepartnern einerseits und Eingetragenen Lebenspartnern andererseits

²⁴ BVerfG-K, Beschl. v. 10. 8. 2009, Az. 1 BvL 15/09, FamRZ 2009, S. 1653, Rn. 14; ähnlich bereits BVerfGE 108, 82 (101, 106).

²⁵ BVerfG-K, Beschl. v. 2. 7. 2010, Az. 1 BvR 666/10, FamRZ 2010, S. 1621.

²⁶ BVerfG-K, Beschl. v. 2. 7. 2010, Az. 1 BvR 666/10, FamRZ 2010, S. 1621 (1622).

keine hinreichende Rechtfertigung besteht. Zu konzedieren ist, dass die Eingetragene Lebenspartnerschaft einen vergleichbar sicheren rechtlichen Rahmen für familiäre Beziehungen zur Verfügung stellt wie die Ehe, sodass jedenfalls die Stabilität der Beziehung, mit der ursprünglich die Privilegierung der Ehe im Adoptionsrecht begründet wurde, keinen unmittelbaren Sachgrund für eine Differenzierung mehr bietet.²⁷ Hinsichtlich ihrer Funktion, ein Zusammenleben von Partnern rechtlich durch dauerhafte gegenseitige Rechte und Pflichten abzusichern, sind Ehe und Eingetragene Lebenspartnerschaft im Wesentlichen vergleichbar. Eine unterschiedliche Behandlung bedarf also der Rechtfertigung.

Zunächst spricht für eine solche Rechtfertigung, dass die Ehe nach Art. 6 Abs. 1 GG unter besonderem Schutz des Staates steht. Da Ehe im verfassungsrechtlichen Sinne die Verschiedengeschlechtlichkeit voraussetzt,²⁸ gilt dieses besondere Schutzgebot nicht für Eingetragene Lebenspartnerschaften.²⁹ Art. 6 Abs. 1 GG enthält insoweit eine verfassungsimmanente Privilegierung der Ehe gegenüber anderen Formen des Zusammenlebens. Diese normative Festlegung der Verfassung zugunsten der Ehe bedarf keiner weitergehenden Rationalisierung.³⁰ Gemessen hieran sind rechtliche Besserstellungen der Ehe gegenüber der Eingetragenen Lebenspartnerschaft schon deshalb grundsätzlich zulässig, weil Ehe einerseits und Eingetragene Lebenspartnerschaft andererseits keine rechtlich vergleichbaren Rechtsinstitute sind.³¹

a) **Keine Übertragbarkeit der Rechtsprechung des BVerfG zum Abgabenrecht**

Allerdings hat der Erste Senat des BVerfG in seiner jüngeren Rechtsprechung³² – in Abkehr von der bislang ganz überwiegenden Auffassung und letztlich im Wege einer grundlegenden Neudefinition des Funktionsverständnisses der Ehe³³ – an Differenzierungen hinsichtlich der Rechtsfolgen, die an Ehe einerseits und Lebenspartnerschaft andererseits geknüpft werden, zusätzliche Rationalitätsanforderungen gestellt:

„Geht die Privilegierung der Ehe mit einer Benachteiligung anderer Lebensformen einher, obgleich diese nach dem geregelten Lebenssachverhalt und den mit der Normierung verfolgten Zielen der Ehe vergleichbar sind, rechtfertigt der bloße Verweis auf das Schutzgebot der Ehe eine solche Differenzierung nicht. Denn aus der Befugnis, in Erfüllung und Ausgestaltung des verfassungsrechtlichen Förderauftrags die Ehe gegenüber anderen Lebensformen zu privilegieren, lässt sich kein in Art. 6 Abs. 1 GG enthaltenes Gebot herleiten, andere Lebensformen gegenüber der Ehe zu benachteiligen. Es ist verfassungsrechtlich nicht begründbar, aus dem besonderen Schutz der Ehe abzuleiten, dass andere Lebensgemeinschaften im Abstand zur Ehe auszugestalten und mit geringeren Rechten zu versehen sind [...]. Hier bedarf

²⁷ HansOLG Hamburg, Beschl. v. 22. 12. 2010, Az. 2 Wx 23/09.

²⁸ BVerfGE 105, 313 (345); P. Badura, in: Maunz/Dürig, Stand: 2011, Art. 6, Rn. 42, 58; R. Gröschner, in: H. Dreier (Hrsg.), GG, Bd. I, 2. Aufl. (2004), Art. 6, Rn. 39, 48; G. Robbers, in: H. v. Mangoldt/F. Klein/C. Starck (Hrsg.), GG, Bd. I, 6. Aufl. (2010), Art. 6, Rn. 45, 47; A. Schmitt-Kammler/C. von Coelln, in: M. Sachs (Hrsg.), GG, 5. Aufl. (2009), Art. 6, Rn. 6; A. Uhle, in: C. Hillgruber/V. Epping (Hrsg.), GG, 2009, Art. 6, Rn. 4.

²⁹ Vgl. BVerfGE 105, 313 (345 f.); P. Badura, in: Maunz/Dürig, Stand: 2011, Art. 6, Rn. 58; G. Robbers, in: H. v. Mangoldt/F. Klein/C. Starck (Hrsg.), GG, Bd. I, 6. Aufl. (2010), Art. 6, Rn. 47.

³⁰ In diesem Sinne C. Hillgruber, Anmerkung, JZ 2010, S. 41 (43); insoweit noch übereinstimmend C. D. Classen, Der besondere Schutz der Ehe – aufgehoben durch das BVerfG?, JZ 2010, S. 411.

³¹ Vgl. nur BVerfG-K, Beschl. v. 20. 9. 2007, Az. 2 BvR 855/06, NJW 2008, S. 209 (210); Beschl. v. 6. 5. 2008, Az. 2 BvR 1830/06, NJW 2008, S. 2325 (2036 f.); BVerwG, Urt. v. 15. 11. 2007, Az. 2 C 33/06, NJW 2008, S. 868 ff. Kritisch hierzu etwa S. Stüber, Kein Familienzuschlag für Lebenspartner?, NJW 2006, S. 1774 ff.

³² BVerfGE 124, 199 (225 f.); 126, 400 (420 f.).

³³ Treffende Beschreibung bei J. Henkel, Fällt nun auch das „Fremdkindadoptionsverbot“?, NJW 2011, S. 259 (260).

es jenseits der bloßen Berufung auf Art. 6 Abs. 1 GG eines hinreichend gewichtigen Sachgrundes, der gemessen am jeweiligen Regelungsgegenstand und -ziel die Benachteiligung anderer Lebensformen rechtfertigt.“³⁴

Die maßgebliche Rechtsprechung ist freilich im Kontext des Abgabenrechts entwickelt worden und betraf jeweils Fälle, in denen es um den Status der Hinterbliebenen ging. Insoweit ist der gemeinsame Bezugspunkt von Ehe und Eingetragener Lebenspartnerschaft eine gegenseitige Einstands- und Unterhaltspflicht. In diesen Fällen ist es in der Tat so, dass es unverhältnismäßig sein kann, den Eingetragenen Lebenspartner zwar einerseits familienrechtlich einer der Ehe entsprechenden Unterhaltspflicht zu unterwerfen, was den Staat ggf. von Sozialleistungen entlastet, ihn andererseits aber im Fall des Todes des Partners – sei es hinsichtlich der Versorgung oder hinsichtlich der Erbschaftsbesteuerung – schlechter zu stellen. Dieser vermögensrechtliche Ansatz lässt sich aber auf Grund struktureller Differenzen nicht unbesehen auf die primär familienrechtliche (allenfalls sekundär vermögensrechtliche Folgen nach sich ziehende) Adoption anwenden.

Auch der dogmatische Ausgangspunkt der zitierten Entscheidung des BVerfG spricht gegen eine Übertragung der Anforderungen.³⁵ Das Gericht bezieht sich nämlich auf die durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i. V. mit Art. 1 Abs. 1 GG) geschützte sexuelle Orientierung, deren Schutzbedürfnis der Senat – freilich ohne nähere Begründung³⁶ – als mit den in Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG aufgeführten Merkmalen vergleichbar erachtet, weshalb es für eine verfassungskonforme Differenzierung besonderer Gründe bedürfe und ein „strenger Kontrollmaßstab“ gelte.³⁷ Die Eingetragene Lebenspartnerschaft ist ein familienrechtliches Institut, das gezielt zur Verfügung gestellt wurde, um homosexuell orientierten Menschen eine rechtlich abgesicherte dauerhafte Partnerschaft zu ermöglichen. Soweit es lediglich um Rechtsfolgen geht, die die rechtliche Ausgestaltung der Partnerbeziehung betreffen, ist jedenfalls mittelbar die sexuelle Orientierung betroffen; nur insoweit mögen die strikten Rechtfertigungserfordernisse des BVerfG tragfähig sein. Die vorliegend relevanten Fälle der Adoption sind jedoch hiermit nicht vergleichbar, weil es im Adoptionsrecht nicht um die rechtliche Ausgestaltung der Partnerbeziehung im bipolaren Verhältnis geht, sondern vor allem Drittrechte des Kindes betroffen sind. Die Adoption eines Kindes ist kein Modus der Verwirklichung sexueller Orientierung der Adoptierenden.

Vor diesem Hintergrund lassen sich die strikten Anforderungen, die das BVerfG an die Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen zwischen Ehe und Eingetragener Lebenspartnerschaft in vermögensrechtlicher Hinsicht stellt, nicht auf das Adoptionsrecht übertragen.

b) Sachimmanente Rechtfertigung

Der tragende Sachgrund für die Ungleichbehandlungen zwischen Ehe und Eingetragener Lebenspartnerschaft im Adoptionsrecht folgt daher ungeachtet der jüngeren bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung weiterhin aus der verfassungsrechtlich in Art. 6 Abs. 1

³⁴ BVerfGE 124, 199 (226).

³⁵ So im Ergebnis auch OLG Hamm, Beschl. v. 1. 12. 2009, Az. I-15 Wx 236/09, FGPrax 2010, S. 28 (29).

³⁶ R. Wiemann, Rosige Aussichten für die Gleichstellung gleichgeschlechtlicher Lebenspartner mit Ehegatten?, NJW 2010, S. 1427 (1428).

³⁷ BVerfGE 124, 199 (220 mit 226).

GG niedergelegten Privilegierung der Ehe als besonderer Form des familiären Zusammenlebens.

Neben der Familie, die an eine Eltern-Kind-Beziehung anknüpft, wird die Ehe als familienrechtlich abgesicherte Lebensgemeinschaft eigenständig geschützt,³⁸ insoweit aber gegenüber anderen Formen familiären Zusammenlebens (etwa in [verschiedengeschlechtlichen oder gleichgeschlechtlichen] unehelichen Lebensgemeinschaften oder eben auch in Eingetragenen Lebenspartnerschaften) qualifiziertem verfassungsrechtlichem Schutz unterstellt. Ehe und Familie im Sinne des Art. 6 Abs. 1 GG sind zwar selbstständige Institute, stehen aber nicht beziehungslos nebeneinander, was sich schon darin zeigt, dass Art. 6 Abs. 5 GG den familiären Status der ehelichen Kinder zum Maßstab nimmt,³⁹ dessen Vorzüge auch nichtehelichen Kindern zugute kommen sollen.⁴⁰ Ehe im verfassungsrechtlichen Sinne meint, wie dargelegt, aber nur verschiedengeschlechtliche familienrechtliche Dauerbeziehungen. Auch wenn man mit der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung⁴¹ Art. 6 Abs. 1 GG kein so genanntes Schutzabstandsgebot entnehmen wollte, das den Gesetzgeber zur Besserstellung der Ehe gegenüber anderen rechtlich verfestigten Lebensgemeinschaften verpflichtet,⁴² rechtfertigt jedenfalls das verfassungsunmittelbare besondere Schutzgebot zugunsten der Ehe – additiv zum verfassungsrechtlichen Familienschutz – eine Privilegierung der *ehelichen Familie* gegenüber anderen Formen des familiären Zusammenlebens.⁴³

Im vorliegenden Kontext bedeutet dies, dass die eheliche Familie als Grundvoraussetzung des Adoptionsrechts typisiert werden darf. In der Beschränkung der Adoption auf Ehen liegt, anders gewendet, ein bereits verfassungsimmanent sanktionierter Rechtfertigungsgrund.⁴⁴ Denn die eheliche Familie beansprucht zwar auch verfassungsrechtlich keine exklusive Rolle, was bereits aus dem Nebeneinander von Ehe- und Familienschutz in Art. 6 Abs. 1 GG folgt. Ihr kommt aber doch eine Leitbildfunktion zu, die der einfache Gesetzgeber im Sinne einer Privilegierung im Rahmen des Adoptionsrechts jedenfalls aufgreifen darf. Dies gilt erst recht in Anbetracht des mehr als deutlichen Überhanges an Adoptionsbewerbern gegenüber den zu adoptierenden Kindern,⁴⁵ wodurch die Notwendigkeit besteht, Prioritäten zu setzen, in welchem Umfeld die zu adoptierenden Kinder primär aufwachsen sollen. Es entspricht der Wertung der Verfassung aus Art. 6 Abs. 1, Abs. 2, Abs. 5 GG, eine Vorrangentscheidung zu Gunsten von Adoptiveltern zu treffen, die in Ehe miteinander leben.

c) **Vorliegen sachlicher Differenzierungsgründe**

Selbst wenn man den hier vertretenen Standpunkt nicht teilt, wäre die Ungleichbehandlung von Ehe und Eingetragener Lebenspartnerschaft im Adoptionsrecht gemessen an Art. 3 Abs. 1 GG gerechtfertigt, sofern sich sachliche Gründe von hinreichendem Gewicht hierfür

³⁸ Etwa BVerfGE 105, 313 (348); 124, 199 (225 f.).

³⁹ Vgl. auch BVerfGE 24, 119 (122): Art. 6 Abs. 5 GG als Mittel zur „Eingliederung in eine vollständige Familie“.

⁴⁰ C. Seiler, Grundzüge eines öffentlichen Familienrechts, 2008, S. 36 f.

⁴¹ BVerfGE 105, 313 (348); 124, 199 (226); zustimmend etwa R. Gröschner, in: H. Dreier (Hrsg.), GG, Bd. I, 2. Aufl. (2004), Art. 6, Rn. 50.

⁴² Für die jedenfalls früher vorherrschende Gegenansicht stellvertretend J. Ipsen, Ehe und Familie, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), HStR VII, 3. Aufl. (2009), § 154, Rn. 54 f.; R. Scholz/A. Uhle, „Eingetragene Lebenspartnerschaft“ und Grundgesetz, NJW 2001, S. 393 (399); K. Stern, Staatsrecht, Bd. IV/1, 2006, S. 475.

⁴³ Vgl. BVerfGE 117, 316 (328).

⁴⁴ In diesem Sinne auch OLG Hamm, Beschl. v. 1. 12. 2009, Az. I-15 Wx 236/09, FGPrax 2010, S. 28 (29).

⁴⁵ N. Dethloff, Familienrecht, 29. Aufl. (2009), § 15, Rn. 4: Zahlenverhältnis bei etwa eins zu zehn.

finden lassen. Da die Adoption eine hoheitliche Verfügung über den personenstands- und familienrechtlichen Status eines Kindes ist, an die das Recht weitreichende Folgen knüpft und die für das Kind von erheblicher emotionaler Tragweite ist, erscheint es vertretbar, im Sinne des Vorsorgeprinzips das Adoptionsrecht typisierend auf diejenigen Fallgruppen zu beschränken, die bei abstrakter Betrachtung keine besonderen Gefährdungen des Kindeswohls erwarten lassen.

Es soll hier nicht in Frage gestellt werden, dass auch homosexuelle Paare, die in einer rechtlich verfestigten – sprich: stabilen – Partnerschaft leben, einem Kind – wie die Begründung des Gesetzentwurfs ausführt – „Liebe, Fürsorge, Aufmerksamkeit und Geborgenheit“ geben können.⁴⁶ Diese kindbezogene Empathiefähigkeit gleichgeschlechtlicher Paare wird durch eine Versagung des (gemeinsamen) Adoptionsrechts indes überhaupt nicht in Frage gestellt, wovon im Übrigen auch die seinerzeitige Mehrheit im Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages bei Schaffung des LPartG ausging:

„Ebenso selbstverständlich ist mit der Ausklammerung der Möglichkeit zur gemeinschaftlichen Adoption keine Negativaussage über die Erziehungsfähigkeit gleichgeschlechtlich orientierter Personen intendiert.“⁴⁷

Die gesetzliche Differenzierung beruht nicht auf einer abstrakten Befähigung bzw. Unfähigkeit zur sozialen Elternschaft, sondern auf typisierten Anforderungen des Kindeswohls, das selbst dann nachteilig betroffen sein kann, wenn man eine gleiche abstrakte Erziehungseignung gleichgeschlechtlicher Paare unterstellt.

aa) **Vorsorge im Hinblick auf nachteilige psychosoziale Auswirkungen**

Eine sachliche Rechtfertigung der Schlechterstellung Eingetragener Lebenspartner stellt die verbleibende Unsicherheit im Hinblick auf nachteilige psychosoziale Auswirkungen auf das Kind dar, die sich möglicherweise aus der Gleichgeschlechtlichkeit der Elternschaft ergeben könnten. Auch wenn jüngst vereinzelt durchgeführte Studien darauf hindeuten mögen, dass für das Wohlergehen der Kinder nicht die geschlechtliche Familienstruktur, sondern die Qualität der innerfamiliären Beziehungen entscheidend sei,⁴⁸ bleibt die wissenschaftlich aufbereitete empirische Basis hinsichtlich der möglichen psychosozialen Auswirkungen einer Kindeserziehung durch homosexuelle Paare bislang dünn.⁴⁹ Zu konzedieren ist, dass sich auch Gefährdungen des Kindeswohls, die jedenfalls plausibel vorgetragen werden, bislang nicht anhand umfänglicher empirischer Daten belegen lassen und die Ermöglichung der Adoption durch gleichgeschlechtliche Paare im internationalen Rechtsvergleich auf dem Vormarsch ist.⁵⁰

⁴⁶ BT-Drs. 17/1429, S. 3.

⁴⁷ BT-Drs. 14/4550, S. 6.

⁴⁸ Insbesondere *M. Rupp* (Hrsg.), *Die Lebenssituation von Kindern in gleichgeschlechtlichen Lebenspartnerschaften*, 2009.

⁴⁹ Dies betonte jedenfalls seinerzeit auch der EGMR, Urt. v. 26. 2. 2002, Beschwerde Nr. 35615/97, FamRZ 2003, S. 149 (150).

⁵⁰ Detaillierte Untersuchung bei *N. Dethloff*, *Adoption durch gleichgeschlechtliche Paare*, ZRP 2004, S. 195 (197 ff.).

Entscheidend ist aus verfassungsrechtlicher Sicht indes allein, wer befugt ist, unter empirischer Ungewissheit zu entscheiden. Welche tatsächliche Risikobeurteilung einem Gesetzgebungsakt zugrunde gelegt wird, ist nicht allein eine empirische Frage, sondern zugleich das Ergebnis politischer Wertungen. Hier greift wie allgemein für Prognoseentscheidungen eine Einschätzungsprärogative des parlamentarischen Gesetzgebers.⁵¹ Der hieraus erwachsende Spielraum des Gesetzgebers ist vorliegend zusätzlich dadurch erweitert, dass es nicht um einen Eingriff in Grundrechte der adoptionswilligen Lebenspartner geht (es gibt keinen grundrechtlichen Anspruch auf Adoption Dritter), sondern um eine staatliche Leistung, die einfach-gesetzlich geschaffene und von der gesetzlichen Ausgestaltung abhängige Institution der Adoption zu öffnen. Hingegen ist die Adoption gerade als Eingriff in Grundrechte des Kindes (und ggf. des leiblichen Elternteils) rechtfertigungsbedürftig. Dem Gesetzgeber steht es insoweit frei, im Interesse des Kindeswohls auf den Gedanken der Vorsorge zu rekurrieren und auf eine Erstreckung des Adoptionsrechts zu verzichten. Namentlich obliegt es dem Parlament, das bisher vorliegende empirische Material aus eigener Kompetenz zu würdigen.⁵² Anderenfalls würde eine zufällig ausgewählte Gruppe von Sachverständigen auf Grund ihrer – unvermeidbar subjektiv kontingenten, von eigenen Vorfestlegungen geprägten – wissenschaftlichen Einschätzung über die Verfassungskonformität einer gesetzgeberischen Entscheidung befinden. Hier soll keineswegs in Abrede gestellt werden, dass die Rationalitätsanforderungen der rechtsstaatlichen Verhältnismäßigkeit unter den Gesichtspunkten von Eignung oder Erforderlichkeit auch durch die empirische Unbelegbarkeit von Annahmen unterlaufen werden können. Dies setzt jedoch einen breit abgesicherten Meinungsstand und wissenschaftliche Kommunikationsprozesse voraus, in denen Forschungsergebnisse kritisch überprüft und ggf. auch mit Gegenansichten konfrontiert werden. Solches Fachwissen steht vorliegend aber nicht zur Verfügung.⁵³

Allenfalls ließe sich argumentieren, der Gesetzgeber habe im Rahmen der Neufassung des § 9 Abs. 7 LPartG seine Einschätzungsprärogative bereits ausgeübt und zu erkennen gegeben, dass er das Zusammenleben von Kindern mit gleichgeschlechtlichen Eltern nicht als Gefährdung des Kindeswohls ansehe. Insoweit, so wird argumentiert, gelte ein Gebot der Folgerichtigkeit;⁵⁴ der Gesetzgeber müsse sich an seiner Positivprognose festhalten lassen.⁵⁵ Hiergegen spricht indes, dass gegen § 9 Abs. 7 LPartG bereits *de lege lata* verfassungsrechtliche Bedenken bestehen (siehe oben II.). Selbst wenn man dies anders beurteilen wollte, erscheint es jedenfalls verfassungsrechtlich vertretbar, dass der Gesetzgeber durch einen Verzicht auf ein gemeinsames Adoptionsrecht eine Familienzusammensetzung jedenfalls nicht zusätzlich fördert, weil er diese für tendenziell unvereinbar mit dem Kindeswohl erachtet. § 9 Abs. 7 LPartG ist insoweit ein Kompromiss, der vor allem dem verfassungsrechtlichen

⁵¹ Vgl. etwa BVerfGE 50, 290 (332 f.).

⁵² Unvertretbar verknappend argumentiert hingegen das HansOLG Hamburg, Beschl. v. 22. 12. 2010, Az. 2 Wx 23/09, das auf die vorgenannte Studie rekurriert und damit deren Ergebnisse, ohne diese zu würdigen, als Stand der wissenschaftlichen Erkenntnis kurzschlussartig zugrunde legt. Der Vorlagebeschluss dürfte daher kaum den vom BVerfG aufgestellten Substantiierungsanforderungen entsprechen.

⁵³ Im Fall der oben zitierten Studie (o. Fußn. 47) fehlt es bereits an einer breiteren und pluralistischen Beteiligung der Wissenschaft. Die Studie wurde unter der Verantwortung einer wissenschaftlichen Mitarbeiterin eines Forschungsinstituts durchgeführt, ohne dass z. B. Hochschullehrer einbezogen worden wären oder eine Bemühung um eine Integration unterschiedlicher Positionen stattgefunden hätte. Der Deutsche Bundestag wird dies zu berücksichtigen haben, wenn er die wissenschaftliche Aussagekraft der Studie würdigt.

⁵⁴ Hierzu allgemein BVerfGE 98, 83 (97 f.); 98, 106 (118 ff.); 105, 73 (125); 107, 27 (46); 110, 412 (433); 116, 164 (180).

⁵⁵ So *J. Henkel*, Fällt nun auch das „Fremdkindadoptionsverbot“?, NJW 2011, S. 259 (263).

Familienschutz geschuldet ist, den der biologische oder gesetzliche Elternteil unabhängig von seiner sexuellen Orientierung und unabhängig von der Eingehung einer Lebenspartnerschaft uneingeschränkt genießt. Zudem ist zu berücksichtigen, dass sich eine Fremdkind- adoption, wie sie vorliegend vorgeschlagen wird, nicht darauf beschränkt, ein Stiefkind gemeinsam zu adoptieren. Vielmehr möchte der Gesetzentwurf unmissverständlich die vollständige Angleichung an die Ehe erreichen. Gemäß der Bestimmung des § 1754 Abs. 1 BGB, die bislang qua Verweisung in § 9 Abs. 7 Satz 1 LPartG nur in den Grenzen des § 9 Abs. 7 Satz 1 LPartG gilt,⁵⁶ ermöglicht dies auch die gemeinsame Annahme eines zuvor fremden Kindes, das in keinem Elternverhältnis zu einem der Lebenspartner steht. Schon die Rücksichtnahme auf das insoweit strukturell anders betroffene Persönlichkeitsrecht von fremden Kindern rechtfertigt es, das Adoptionsrecht vorsorglich auszuschließen.

bb) Nachteile durch soziale Stigmatisierung

Die Frage, ob eine Adoption dem Kindeswohl dient oder nicht, hängt auch davon ab, welche nachteiligen Auswirkungen vom sozialen Umfeld des Kindes ausgehen können, sprich: ob es durch die gleichgeschlechtliche Elternschaft voraussichtlich eine soziale Stigmatisierung erfährt, zu deren Unterbindung das staatliche Recht nicht bzw. nur unzureichend geeignet ist. Ein nicht unwesentlicher Teil des gesellschaftlichen Umfeldes wird absehbar mit Vorurteilen, Ausgrenzung und Benachteiligung reagieren, denen die Kinder weitgehend schutzlos ausgeliefert sind. Dies gilt zumal im Kontakt mit anderen Kindern, die aus Unreife oder auf Grund von Erziehungsdefiziten die gleichgeschlechtliche Elternschaft z. B. des Klassenkameraden zum Gegenstand erniedrigender Behandlung („Hänseleien“ etc.) machen. Hinsichtlich der Vermeidung möglicher Stigmatisierung muss der Gesetzgeber im Interesse des Kindeswohls auf die Gesellschaft abstellen, wie sie tatsächlich ist, nicht wie sie sein sollte.

Hiergegen wird zwar eingewendet, dass gesellschaftliche Stigmatisierung gar nicht Folge der rechtsförmlichen Adoption sei, sondern des Zusammenlebens in einer so genannten Regenbogenfamilie.⁵⁷ Benachteiligungen, die das Kindeswohl gefährden, ließen sich also durch einen rechtlichen Ausschluss der Adoption ohnehin nicht vermeiden. Dies dürfte empirisch durchaus richtig sein. Zu berücksichtigen ist jedoch, dass eine Adoption durch staatlichen Hoheitsakt ergeht (§ 1752 Abs. 1 BGB, §§ 186 Nr. 1, 197 FamFG), was eine Mitverantwortung des Staates begründet.⁵⁸ Ein homosexueller Elternteil darf unstreitig als Ausdruck seines allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1 i. V. mit Art. 1 Abs. 1 GG) gemäß seiner sexuellen Orientierung leben und diese auch offenbaren,⁵⁹ selbst wenn hieraus mittelbar Nachteile für sein Kind erwachsen. Eine gesellschaftliche Diskriminierung, die hieraus entsteht, ist dem Staat nicht zurechenbar, weil es um private Intoleranz im Umfeld des betroffenen Kindes geht. Etwas anderes gilt jedoch, wenn sich der Staat durch die hoheitliche Adoption an der rechtlichen Konstituierung von Familienbeziehungen aktiv betei-

⁵⁶ Abweichend *H. Grziwotz*, Anmerkung, FamRZ 2010, S. 1260.

⁵⁷ *N. Dethloff*, Familienrecht, 29. Aufl. (2009), § 15, Rn. 12.

⁵⁸ Für mittelbar-faktische Grundrechtseingriffe ist eine mögliche Folgenverantwortung für vorhersehbares Dritthandeln heute anerkannt. Siehe *H. Dreier*, in: ders. (Hrsg.), GG, Bd. I, 2. Aufl. (2004), Vorb., Rn. 125 ff.; *M. Sachs*, in: ders. (Hrsg.), GG, 5. Aufl. (2009), Vor Art. 1, Rn. 83 ff.

⁵⁹ Stellvertretend zum verfassungsrechtlichen Schutz der sexuellen Orientierung BVerfGE 121, 175 (191 f.); BVerfG-K, Beschl. v. 15. 8. 1996, Az. 2 BvR 1833/95, NJW 1997, S. 1632 (1633); *M. Cornils*, Sexuelle Selbstbestimmung und ihre Grenzen, ZJS 2009, S. 85 (85); *C. Hohmann-Dennhardt*, Gleichheit nur für Heteros? Keine Diskriminierung wegen der „sexuellen Identität“, KJ 2009, Beiheft 1, S. 125 (127).

ligt. Denn mit der Ausdehnung des gemeinsamen Adoptionsrechts geht auch eine gesetzliche Verfestigung und Förderung der jeweiligen Form des sozialen Zusammenlebens einher. In diesem Fall muss sich der Staat kraft eigener Verantwortungsübernahme auch die systemischen gesellschaftlichen Risiken von Stigmatisierungen mitzurechnen lassen. Es stellt vor diesem Hintergrund eine legitime gesetzliche Entscheidung dar, die gesetzlichen Adoptionsvoraussetzungen typisierend am gesellschaftlichen Normalfall auszurichten, weil dieser dem Kindeswohl abstrakt am ehesten zu dienen geeignet ist. Denn das Grundgesetz geht davon aus, dass die gemeinsame Erziehung eines minderjährigen Kindes durch Vater und Mutter dem Kindeswohl am besten dient.⁶⁰ Dies ist eine normative Entscheidung, die aus Art. 6 Abs. 1, Abs. 2 sowie Abs. 5 GG abzuleiten ist und folglich weder auf sozialwissenschaftliche Empirie angewiesen noch durch diese zu erschüttern ist.

cc) Keine widersprüchliche Regelungskonzeption

Es ergibt sich auch kein Widerspruch daraus, dass das der Gesetzgeber das Wohl des Kindes bei der gemeinschaftlichen Adoption generell als gefährdet ansieht, nicht hingegen das Wohl des leiblichen Kindes.⁶¹ Denn der Schutzanspruch für die Familie sowie das Elternrecht des leiblichen (oder ggf. rechtlichen) Elternteils folgen unmittelbar aus Art. 6 Abs. 1 und Abs. 2 GG. Der Grundrechtsschutz einer Mutter oder eines Vaters entfällt nicht dadurch, dass sich ein Elternteil entschließt, eine gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaft einzugehen. Dies gilt in besonderem Maße zu Gunsten der leiblichen Elternschaft. Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG konstituiert insbesondere eine – lediglich im Ausnahmefall des Art. 6 Abs. 3 GG der Einschränkung zugängliche – verfassungsimmanente Entscheidung zugunsten der leiblichen Elternschaft, die grundsätzlich die dem Kindeswohl am besten dienende Eltern-Kind-Beziehung ist. Demgegenüber bedarf es für die Zuweisung der rechtlichen Elternschaft an nicht-leibliche Eltern schon aus Gründen der Verhältnismäßigkeit gegenüber dem betroffenen Kind einer gesonderten Prüfung der Vereinbarkeit mit dem Kindeswohl. Diesen Unterschied kann auch der einfache Gesetzgeber durch einen differenzierten Zugang zum Adoptionsrecht nachzeichnen.

dd) Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis lässt sich daher festhalten, dass eine Ungleichbehandlung von Ehe und Eingetragener Lebenspartnerschaft im Adoptionsrecht gemessen an Art. 3 Abs. 1 GG sachlich gerechtfertigt ist, weil hierfür vertretbare Gründe des Kindeswohls angeführt werden können. Dass auch im Fall einer Angleichung des Adoptionsrechts eine Prüfung des Kindeswohls *im Einzelfall* durch das Familiengericht stattfindet (§ 1741 Abs. 1 Satz 1 BGB), ist hierbei nicht entscheidend. Zum einen sind die Möglichkeiten einer Prüfung durch das Familiengericht praktisch begrenzt, zumal das Gericht im Wesentlichen auf extern zur Verfügung gestellte Informationen angewiesen bleibt (vgl. §§ 189, 194 FamFG). Zum anderen geht es vorliegend um *strukturelle* Gefährdungen des Kindeswohls, die nicht von der Erziehungseignung der Adoptionsbewerber im Einzelfall abhängen.

⁶⁰ BVerfGE 75, 201 (219).

⁶¹ So aber HansOLG Hamburg, Beschl. v. 22. 12. 2010, Az. 2 Wx 23/09.

IV. Unionsrechtliche Anpassungspflicht?

Der EuGH erachtet Differenzierungen zwischen Ehe und Lebenspartnerschaft unter dem Gesichtspunkt einer Diskriminierung wegen der sexuellen Ausrichtung für unvereinbar mit der EG-Gleichbehandlungsrichtlinie 2000/78/EG,⁶² sofern bezogen auf den jeweiligen Regelungsgegenstand die Situation der gleichgeschlechtlichen Lebenspartner derjenigen vergleichbar sei, in der sich Verheiratete befänden.⁶³ Der EuGH hat zudem in Konkretisierung seiner Rechtsprechung jüngst entschieden, dass ein Eingetragener Lebenspartner wegen seiner sexuellen Ausrichtung unmittelbar diskriminiert wird, wenn er niedrigere Zusatzversorgungsbezüge erhält als ein verheirateter Versorgungsempfänger. Denn die Lebenspartnerschaft nach deutschem Recht sei Personen gleichen Geschlechts vorbehalten und bezüglich der Versorgung mit der Ehe rechtlich und tatsächlich vergleichbar. Auf Grund des Vorrangs des Unionsrechts könne ein Einzelner seinen Gleichbehandlungsanspruch aus der Gleichbehandlungsrichtlinie nach Ablauf der Umsetzungsfrist gegenüber dem Staat geltend machen, ohne ein Tätigwerden des nationalen Gesetzgebers abwarten zu müssen.⁶⁴

Der Rechtsprechung des EuGH lassen sich indes keine verbindlichen Aussagen entnehmen, die das hier in Rede stehende Adoptionsrecht betreffen. Denn das Adoptionsrecht fällt nicht in den auf Beschäftigung und Beruf beschränkten Anwendungsbereich nach Art. 1, 3 der Richtlinie 2000/78/EG und als Bestandteil des materiellen Familienrechts (und damit außerhalb des Art. 81 Abs. 3 AEUV) auch nicht in die Regelungskompetenz des Unionsrechts.

V. Völkerrechtliche Anpassungspflicht?

Der EGMR hat ursprünglich – nicht zuletzt auf Grund der Bewertungsdiskrepanzen innerhalb der Mitgliedstaaten des Europarats – einen Verstoß gegen Art. 8, 14 EMRK verneint, wenn staatliche Behörden einen Adoptionsantrag im Wesentlichen unter Verweis auf die Homosexualität des Antragstellers und dessen Lebensführung ablehnen.⁶⁵ Später hat der Gerichtshof dies differenzierter beurteilt und auf eine Gefährdung des Kindeswohls im Einzelfall abgestellt, insoweit aber eine Verletzung festgestellt, weil die zuständigen Behörden die Adoptionseignung als solche positiv beurteilt und ihre Ablehnung letztlich unsubstantiiert allein auf die Homosexualität der Bewerberin gestützt hatten.⁶⁶ Dieser Fall betraf allerdings eine Einzeladoption, die das Gesetz generell zuließ; zur Frage der gemeinschaftlichen Adoption lässt sich der Entscheidung hingegen nichts Substanzielles entnehmen.⁶⁷ Es ist daher weiterhin – nicht zuletzt in Anbetracht der fortbestehenden Differenzen der in der Bewertung der Homosexualität sehr inhomogenen Staatenfamilie des Europarats⁶⁸ – davon auszugehen, dass die Mitgliedstaaten selbst im Rahmen der Schranken der Art. 8, 14 EMRK ent-

⁶² Richtlinie 2000/78/EG des Rates v. 27. 11. 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf (ABl. L 303, S. 16).

⁶³ EuGH, Urt. v. 1. 4. 2008, Rs. C-267/06, Tadao Maruko/Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen, Slg 2008, I-1757, Rn. 67, 73.

⁶⁴ EuGH, Urt. v. 10. 5. 2011, Rs. C-147/08, Römer/Freie und Hansestadt Hamburg. Ähnlich zuvor bereits BVerwG, Urt. v. 28. 10. 2010, Az. 2 C 47/09, NVwZ 2011, S. 499 f.

⁶⁵ EGMR, Urt. v. 26. 2. 2002, Beschwerde Nr. 35615/97, FamRZ 2003, S. 149 (150).

⁶⁶ EGMR, Urt. v. 22. 1. 2008, Beschwerde Nr. 43546/02, NJW 2009, S. 3637 ff.

⁶⁷ Wie hier *T. Hoppe*, Anmerkung, DVBl. 2009, S. 1516 (1519).

⁶⁸ Zur Entwicklungstendenz *C. Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention, 4. Aufl. (2009), § 26, Rn. 16.

scheiden, inwiefern sie familienrechtliche Institute wie die Adoption für gleichgeschlechtliche Partnerschaften öffnen wollen.⁶⁹

VI. Rechtspolitische Folgenbewertung

Abschließend sollen aus rechtspolitischer Sicht die Folgen einer Erweiterung des Adoptionsrechts Eingetragener Lebenspartner bewertet werden.

1. Aufrechterhaltung des verfassungsrechtlichen Eheschutzes

Ausweislich der Begründung des Gesetzentwurfs ist Ausgangspunkt der Reformbestrebung, dass das Recht „sich wandelnden familiären Lebensformen gerecht werden“ müsse.⁷⁰ Dies suggeriert einen Automatismus, der der Rolle des Parlaments nicht gerecht wird. Der Gesetzgeber wird zum bloßen Notar sozialen Wandels degradiert. Demokratische Rechtsetzung verzichtet auf autonome Gestaltungsansprüche. Familienrecht ist dann nicht mehr fundamentales Statusrecht, sondern Treibgut im unberechenbaren Fluss des Zeitgeistes. War man bei der Einführung der Lebenspartnerschaft im Jahre 2001 vordringlich darum bemüht, die Unterschiede zur Ehe hervorzuheben,⁷¹ um seinerzeit diskutierte verfassungsrechtliche Bedenken⁷² auszuräumen, geht es nunmehr darum, die letzten Unterschiede unter Verweis auf das Gleichbehandlungsgebot zu schleifen. In der Sache läuft dies auf eine Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Lebenspartner hinaus. Eine solche Entwicklung bedarf im Hinblick auf die Festlegungen des Art. 6 Abs. 1 GG indes der Sanktionierung durch den verfassungsändernden Gesetzgeber. Wenn eine Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare beabsichtigt ist, müsste konsequenterweise ein Antrag auf Änderung des Art. 6 Abs. 1 GG eingebracht werden,⁷³ der dann als solcher unvoreingenommen zu diskutieren wäre.

Im Übrigen gilt es einmal mehr, die Gestaltungsverantwortung des Parlaments gegenüber einer avantgardistischen Rechtsprechung des BVerfG zu behaupten. Die gemessen an der Rechtsprechung des BVerfG nahe liegende Möglichkeit, der in Art. 6 Abs. 1 GG enthaltenen Privilegierung der Ehe gegenüber dem allgemeinen Familienschutz wieder zum Selbststand zu verhelfen, besteht – positiv gewendet – darin, jenseits des – wichtigen, richtigen und insoweit vom BVerfG auch mit Recht betonten – ökonomischen Schutzes der Ehe als Solidargemeinschaft darüber hinausgehende, nichtökonomische Besonderheiten der Ehe bzw. der ehelichen Familie herauszuarbeiten. Einer der wenigen verbleibenden Ansatzpunkte besteht hier im Adoptionsrecht.⁷⁴ Der Gesetzgeber sollte dies nutzen, dem zu verkümmern drohenden verfassungsrechtlichen Eheschutz aus Art. 6 Abs. 1 GG wieder eigenstän-

⁶⁹ Siehe *H. D. Jarass*, EU-Grundrechtecharta, 2010, Art. 9, Rn. 5. Anders aber *N. Dethloff*, Adoption und Sorgerecht – Problemfelder für die eingetragenen Lebenspartner?, FRP 2010, S. 208 (209).

⁷⁰ BT-Drs. 17/1429, S. 3.

⁷¹ Siehe *V. Beck*, Die verfassungsrechtliche Begründung der Eingetragenen Lebenspartnerschaft, NJW 2001, S. 1894 (1898, 1900), der u. a. sogar das Fehlen eines Adoptionsrechts zur Begründung der Differenz zur Ehe anführt

⁷² Etwa *R. Scholz/A. Uhle*, „Eingetragene Lebenspartnerschaft“ und Grundgesetz, NJW 2001, S. 393 (398 ff.).

⁷³ Vgl. auch *W. Pauly*, Sperrwirkungen des verfassungsrechtlichen Ehebegriffs, NJW 1997, S. 1955 (1556); *G. Robbers*, in: *H. v. Mangoldt/F. Klein/C. Starck* (Hrsg.), GG, Bd. I, 6. Aufl. (2010), Art. 6, Rn. 47; *A. Uhle*, in: *C. Hillgruber/V. Epping* (Hrsg.), GG, 2009, Art. 6, Rn. 4.

⁷⁴ Die Unterschiede im Adoptionsrecht zwischen Lebenspartnerschaft und Ehe wurden in der Rechtsprechung herangezogen, die Unterschiede beider Institute hervorzuheben und unterschiedliche Regelungen zu rechtfertigen. Siehe BVerwG, Urt. v. 15. 11. 2007, Az. 2 C 33/06, NJW 2008, S. 868 (870).

dige Konturen zu verleihen und einen Sinn zu stiften, die über eine abgabenrechtliche Privilegierung einer ökonomischen Zweckgemeinschaft hinausgeht.

2. **Adoptionsrecht kein Instrument zum Abbau gesellschaftlicher Diskriminierung**

Die Gesetzesbegründung rekurriert schließlich darauf, dass die vermeintlich „willkürliche Diskriminierung“ zwischen Ehen und Eingetragenen Lebenspartnerschaften hinsichtlich des Adoptionsrechts „die Stigmatisierung bereits bestehender Familien mit gleichgeschlechtlichen Eltern fördert“. Es erscheint bereits fraglich, ob der familienrechtliche Status überhaupt Einfluss auf tatsächliche Diskriminierungen in der Gesellschaft hat. Vor allem aber zeigt sich in der zitierten Argumentation eine Tendenz, die einer Rechtsangleichung zwischen Ehen und Eingetragenen Lebenspartnerschaften im Adoptionsrecht innewohnt: Die Gleichstellung wird zum Vehikel, etwaige Diskriminierungen abzubauen, mit denen sich die gleichgeschlechtlichen Lebenspartner konfrontiert sehen. Es geht dann aber in erster Linie um das (im weiteren Sinne) Elternwohl, nicht mehr um das Kindeswohl, das im Adoptionsrecht im Vordergrund stehen sollte. Man wird darüber streiten können, ob die Beseitigung rechtlicher Ungleichbehandlungen ein probates Mittel ist, auch gesellschaftliche Vorurteile abzubauen.⁷⁵ Eine solche Politik darf jedenfalls nicht auf Kosten der betroffenen Kinder erfolgen.

Vor diesem Hintergrund wird empfohlen, den Gesetzentwurf abzulehnen.

(Prof. Dr. Klaus F. Gärditz)

⁷⁵ Hierfür am hier in Rede stehenden Beispiel *N. Dethloff*, Adoption durch gleichgeschlechtliche Paare, ZRP 2004, S. 195 (199).