

Schriftliche Stellungnahme

zu der öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucher- schutz des Deutschen Bundestages am 28. September 2015 zu dem

- **Gesetzentwurf der Abgeordneten Diana Golze, Agnes Alpers, Nicole Gohlke und weiterer Abgeordneter sowie der Fraktion DIE LINKE:** Entwurf eines Gesetzes zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts (BT-Drucksache 18/8);
- **Gesetzentwurf der Abgeordneten Volker Beck, Ulle Schauws, Katja Keul und weiterer Abgeordneter sowie der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen:** Entwurf eines Gesetzes zur Abschaffung des Eheverbots für gleichgeschlechtliche Paare (BT-Drucksache 18/5098)

Der Gesetzentwurf von Abgeordneten und der Fraktion DIE LINKE sowie der Gesetzentwurf von Abgeordneten und der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen sehen jeweils eine „Öffnung“ des zivilrechtlichen Rechtsinstitutes der Ehe (s. §§ 1303 ff. BGB) für gleichgeschlechtliche Paare bzw. die Abschaffung des (in der standesamtlichen Praxis) bestehenden Ehehindernisses der Gleichgeschlechtlichkeit vor. Zu diesem Zweck soll § 1353 Abs. 1 Satz 1 BGB wie folgt (klarstellend) gefasst werden (im Folgenden: § 1353 Abs. 1 Satz 1 BGB-Entwurf):

„Die Ehe wird von zwei Personen verschiedenen oder gleichen Geschlechts auf Lebenszeit geschlossen.“

Weitere vorgesehene Änderungen des Bürgerlichen Gesetzbuches sowie des Lebenspartnerschaftsgesetzes sind Folgeänderungen und bleiben vorliegend außer Betracht.

Die juristische Kernfrage lautet, ob die Ermöglichung der Zivilehe für gleichgeschlechtliche Paare durch eine einfachgesetzliche Definition der Ehe bzw. ihrer Zugangsvoraussetzungen (s. § 1353 Abs. 1 Satz 1 BGB-Entwurf) verfassungsrechtlich zulässig ist. Die Antwort auf diese Frage hängt davon ab, ob das durch Art. 6 Abs. 1 GG geschützte Institut der Ehe begrifflich auf die Verbindung zwischen zwei Personen verschiedenen Geschlechts beschränkt ist oder auch eine Eheschließung durch zwei Personen gleichen Geschlechts zulässt.

Vorab sei bemerkt, dass das Bundesverfassungsgericht zu der Vereinbarkeit einer gesetzlichen Erstreckung der Zivilehe auf gleichgeschlechtliche Paare mit dem Ehegrundrecht aus Art. 6 Abs. 1 GG bislang nicht abschließend Stellung genommen hat. Zwar versteht es unter einer Ehe iSd Art. 6 Abs. 1 GG in ständiger Rechtsprechung die unter Mitwirkung des Staates geschlossene, auf Dauer angelegte, auf freiem Entschluss und der Gleichberechtigung der Partner beruhende Lebensgemeinschaft von Mann und Frau¹. Es gibt damit aber nur die herkömmlich anerkannten, selbstverständlichen Begriffselemente der Ehe wieder, ohne sich damit auseinandergesetzt zu haben, ob Art. 6 Abs. 1 GG auch andere Verbindungen wie die gleichgeschlechtlicher Paare zulässt. Das Bundesverfassungsgericht hat sich bislang nur in einem älteren Kammerbeschluss aus dem Jahr 1993² ausdrücklich mit der Frage befasst, ob Art. 6 Abs. 1 GG einer standesamtlichen Eheschließung gleichgeschlechtlicher Paare entgegensteht. Es soll hier dahinstehen, ob dieser Beschluss Zustimmung verdient und ob das Bundesverfassungsgericht heute noch einmal so entscheiden würde. Jedenfalls hat das Bundesverfassungsgericht mit dieser Entscheidung der Möglichkeit einer gesetzlichen Erstreckung der Ehe auf gleichgeschlechtliche Paare keine Absage erteilt, sondern nur entschieden, dass aus Art. 6 Abs. 1 GG kein Recht auf Eingehung einer Ehe mit einem gleichgeschlechtlichen Partner folge – dass also keine Pflicht des Gesetzgebers zur „Öffnung“ des zivilrechtlichen Institutes der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare bestehe³. Die jüngere

¹ Vgl. nur BVerfGE 10, 59 (66); 29, 166 (176); 62, 323 (330); 105, 313 (345).

² BVerfG, NJW 1993, 3058.

³ BVerfG, NJW 1993, 3058 (3058 f.).

Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes zu Transsexuellen deutet darauf hin, dass das Gericht eine gesetzliche Erstreckung der Zivilehe auf gleichgeschlechtliche Paare als mit dem Ehegrundrecht des Art. 6 Abs. 1 GG vereinbar erachtet. Das Bundesverfassungsgericht hat Ehen zwischen Personen, von denen eine während der Ehe ihre Transsexualität entdeckt und eine operative Geschlechtsumwandlung vornimmt, weiterhin dem Schutz des Ehegrundrechts aus Art. 6 Abs. 1 GG unterstellt. Das Fortbestehen der Ehe sei trotz biologischer Gleichgeschlechtlichkeit der Ehepartner geschützt, da institutsprägendes Strukturmerkmal des Art. 6 Abs. 1 GG die Beistands- und Verantwortungsgemeinschaft der Ehepartner sei⁴. Das Bundesverfassungsgericht hat mithin – wenngleich bezogen auf den besonderen Fall der Transsexualität – neben verschiedengeschlechtlichen auch gleichgeschlechtliche Ehen als von Art. 6 Abs. 1 GG erfasst angesehen.

Das auf völkerrechtlicher Ebene in Art. 12 EMRK gewährleistete Recht auf Eheschließung, welches wegen der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes bei der Auslegung des Grundgesetzes vorbehaltlich entgegenstehender Verfassungsnormen zu berücksichtigen ist⁵, steht einer Einbeziehung gleichgeschlechtlicher Paare in den Ehebegriff des Art. 6 Abs. 1 GG ebenfalls nicht entgegen. Im Gegenteil: Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat in einem Urteil aus dem Jahr 2010 in der Rechtssache Schalk und Kopf ./ Österreich entschieden, dass das Recht auf Eheschließung gem. Art. 12 EMRK nicht auf Personen unterschiedlichen Geschlechts beschränkt ist⁶.

Dies vorweggeschickt, gilt verfassungsrechtlich für die hier allein maßgebliche Frage, ob der Gesetzgeber von Verfassungs wegen berechtigt ist, gleichgeschlechtlichen Paaren die zivilrechtliche Ehe zu ermöglichen: Art. 6 Abs. 1 GG steht der Erstreckung der Zivilehe auf gleichgeschlechtliche Paare durch den Gesetzgeber eindeutig nicht entgegen. Einer Verfassungsänderung bedarf es nicht. Die gegen die verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer gesetzlichen Ermöglichung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare vorgebrachten Argumente, dass die Ehe iSd Art. 6 Abs. 1 GG *erstens* entstehungsgeschichtlich auf Mann und Frau beschränkt sei und dass *zweitens* das verfassungsrechtliche Institut der Ehe wegen seines systematischen Zu-

⁴ BVerfGE 121, 175 (198 f., 202 ff.).

⁵ S. nur BVerfGE 111, 307 (317 ff.).

⁶ EGMR, NJW 2011, 1421 (1423).

sammenhangs mit dem Institut der Familie die „potenzielle“ Fortpflanzungsfähigkeit der Eheleute voraussetze, tragen nicht. Vielmehr gewährleistet Art. 6 Abs. 1 GG die Ehe als von der Familie unabhängiges Institut, das nach seiner ratio, der partnerschaftlichen Beistands- und Verantwortungsfunktion der Ehe, auch gleichgeschlechtlichen Paaren offen steht:

- Der Verfassungsbegriff der Ehe iSd Art. 6 Abs. 1 GG unterliegt grundsätzlich der Ausgestaltung durch den Gesetzgeber. Eine Grenze dieser Ausgestaltungsbefugnis bilden nur die von Verfassungs wegen unabänderlichen Begriffsmerkmale der Ehe (s. Ziff. 1.).
- Zu den verfassungsrechtlich unabänderlichen Begriffsmerkmalen der Ehe gehört nicht aus historischen Gründen die Verbindung von Mann und Frau. Der Entstehungsgeschichte des Art. 6 Abs. 1 GG lässt sich die Beschränkung der Ehe auf verschiedengeschlechtliche Paare nicht entnehmen (s. Ziff. 2.).
- Das verfassungsrechtliche Institut der Ehe setzt nicht wegen seines systematischen Zusammenhangs mit dem Institut der Familie die „potenzielle“ Fortpflanzungsfähigkeit der Eheleute voraus. Ein solcher systematischer Zusammenhang zwischen den Instituten der Ehe und der Familie besteht nicht. Art. 6 Abs. 1 GG gewährleistet Ehe und Familie als eigenständige, systematisch voneinander getrennte Institute, denen jeweils unterschiedliche Funktionen zukommen. Eine Reproduktionsfunktion, welche die „potenzielle“ Fortpflanzungsfähigkeit der Eheleute bedingen könnte, ist dem Institut der Ehe fremd. Der Eheschutz gründet gem. Art. 6 Abs. 1 GG auf die partnerschaftliche Beistands- und Verantwortungsfunktion der Eheleute, sodass die Ehe auch gleichgeschlechtlichen Paaren offensteht (s. Ziff. 3. a]).
- Selbst auf der Grundlage des von der herrschenden Meinung behaupteten systematischen Zusammenhangs von Ehe und Familie spräche dieser nicht gegen, sondern für die Offenheit der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare. Da der verfassungsrechtliche Familienbegriff nach allgemeiner Ansicht von dem Bestehen einer Ehe zwischen den Kindeseltern unabhängig ist und auch gleichgeschlechtliche Paare mit Kindern einbezieht, muss umgekehrt auch der Begriff der Ehe unab-

hängig von der Fähigkeit zur Familiengründung sein und gleichgeschlechtliche Paare erfassen (s. Ziff. 3. b]).

- Da Art. 6 Abs. 1 GG als Ehen auch gleichgeschlechtliche Paare zulässt, kommt es auf die Frage eines Verfassungswandels nicht an.

Die Frage, ob eine Öffnung des zivilrechtlichen Instituts der Ehe von Verfassungs wegen geboten ist, soll vorliegend dahinstehen.

1. Ehegrundrecht gem. Art. 6 Abs. 1 GG: Grundsätzliche Ausgestaltungsbefugnis des Gesetzgebers

Gem. Art. 6 Abs. 1 GG stehen Ehe und Familie „unter dem besonderen Schutze der staatlichen Ordnung“. Der Begriff der Ehe ist – ebenso wie der der Familie – im Grundgesetz nicht definiert, sondern grundsätzlich der Ausgestaltung durch den Gesetzgeber überlassen, der die Ehe definieren, ihre Zugangsvoraussetzungen und ihren Inhalt festlegen und die Ehe damit erst ermöglichen und gegenüber anderen – nichtehelichen – Lebensformen abgrenzen muss⁷.

Diese Ausgestaltungsbefugnis des Gesetzgebers ist nur begrenzt durch die verfassungsrechtlich unabänderlichen Begriffsmerkmale der Ehe, die nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichtes und der ganz überwiegenden Ansicht im Schrifttum durch die sog. Institutsgarantie des Art. 6 Abs. 1 GG gegen Veränderungen durch den Gesetzgeber gesichert sind⁸. Welche Begriffsmerkmale der Ehe Art. 6 Abs. 1 GG als unabdingbar voraussetzt, lässt sich dem Wortlaut der Norm nicht entnehmen und ist daher durch Auslegung zu ermitteln.

2. Entstehungsgeschichte des Art. 6 Abs. 1 GG: Keine abschließende Definition der Ehe als Verbindung von Mann und Frau

Gegen die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der gesetzlichen „Öffnung“ der Zivilehe für gleichgeschlechtliche Paare wird vorgetragen, dass Art. 6 Abs. 1 GG die Ehe ent-

⁷ Vgl. nur BVerfGE 105, 313 (345); *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Kommentar*, 13. Aufl. 2014, Art. 6 Rn. 18; *Cornils*, *Die Ausgestaltung der Grundrechte*, 2005, S. 358; *G. Kirchhof*, *FamRZ* 2007, 241 (242).

⁸ Vgl. statt vieler BVerfGE 6, 55 (72); 10, 59 (66 f.); 31, 58 (69 f.); 80, 81 (92); 105, 313 (345); *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Kommentar*, 13. Aufl. 2014, Art. 6 Rn. 2.

stehungsgeschichtlich „seit jeher“ abschließend als Verbindung von Mann und Frau gewährleistet. Eine solche Deutung des Art. 6 Abs. 1 GG gibt die Entstehungsgeschichte der Norm indes nicht her⁹.

Nach Art. 119 Abs. 1 Satz 1 der Weimarer Reichsverfassung, der Verfassungsvorgängerin des Grundgesetzes, stand die Ehe noch „als Grundlage des Familienlebens und der Erhaltung und Vermehrung der Nation unter dem besonderen Schutz der Verfassung“. Die Weimarer Reichsverfassung hatte mithin die sich zur Familie entwickelnde Ehe vor Augen¹⁰; der Ehe kam als Basis der Familie verfassungsrechtlicher Schutz zu, was für eine Beschränkung der Ehe auf Verbindungen von Mann und Frau sprechen mochte.

Diese Funktion der Ehe „als Grundlage des Familienlebens und der Erhaltung und Vermehrung der Nation“ findet sich in Art. 6 Abs. 1 GG indes gerade nicht mehr. Vielmehr gewährleistet Art. 6 Abs. 1 GG das Institut der Ehe schon nach dem Wortlaut als eigenständiges, von der Familie unabhängiges Institut (s. Art. 6 Abs. 1 GG: „Ehe und Familie“). Da Art. 119 Abs. 1 Satz 1 WRV in Art. 6 Abs. 1 GG keine Fortsetzung findet, lässt sich aus der Weimarer Reichsverfassung nicht auf eine verfassungsrechtliche Beschränkung der Ehe auf Verbindungen von Mann und Frau schließen.

Eine solche verfassungsrechtliche Beschränkung des Ehebegriffs auf verschiedengeschlechtliche Paare lässt sich auch der Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes nicht entnehmen. Zwar sahen einzelne Entwürfe des Parlamentarischen Rates zu Art. 6 Abs. 1 GG eine Definition der Ehe als Verbindung von Mann und Frau vor und betonten – wie Art. 119 Abs. 1 Satz 1 WRV – den systematischen Zusammenhang der Ehe zur Familie. So wurde im Parlamentarischen Rat in der 24. Sitzung des Grundsatzausschusses vom 23.11.1948 aufgrund eines Antrags der CDU/CSU als Art. 6 Abs. 1 GG diskutiert: „Die Ehe als die rechtmäßige Form der dauernden Lebensgemeinschaft von Mann und Frau und die aus ihr wachsende Familie sowie die

⁹ Vgl. statt vieler *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. IV/1, 2006, S. 373; *Uhle*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 2. Aufl. 2013, Art. 6 Rn. 4; *Seiler*, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 2, Stand: 173. Erg.-Lfg. Juni 2015, Art. 6 Rn. 56; *Kloepfer*, Verfassungsrecht II, Grundrechte, 2010, § 67 Rn. 16; *Ipsen*, Gutachtliche Stellungnahme vom 17. September 2015 zur Anhörung vor dem Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages am 28. September 2015, S. 2 ff.

¹⁰ *Gusy*, Die Weimarer Reichsverfassung, 1997, S. 299.

aus der Ehe und Zugehörigkeit zur Familie fließenden Rechte und Pflichten stehen unter dem besonderen Schutz der Verfassung.“¹¹ Hiervon distanzieren sich aber andere, wenngleich letztlich nicht erfolgreiche Entwürfe wie der in der 29. Sitzung des Grundsatzausschusses vom 4.12.1948 unterbreitete Vorschlag des Abgeordneten *Heile* zu Art. 6 Abs. 1 GG: „Ehe und Familie sind die Grundlagen der menschlichen Gesellschaft. Sie stehen unter dem besonderen Schutz des Staates.“¹² Doch auch der Antrag der CDU/CSU setzte sich nicht durch, weil man im Parlamentarischen Rat befürchtete, dass dadurch kinderlose Ehen als Ehen „zweiter Klasse“ diskriminiert würden¹³. Auf Anregung des Allgemeinen Redaktionsausschusses, Art. 6 Abs. 1 GG kürzer zu fassen¹⁴, beschloss der Hauptausschuss in seiner 43. Sitzung vom 18.1.1949 letztlich die endgültige Fassung „Ehe und Familie stehen unter dem besonderen Schutze der staatlichen Ordnung.“¹⁵, die in der 57. Sitzung am 5.5.1949 als Art. 6 Abs. 1 GG verabschiedet wurde¹⁶.

Die Gründe, die im Parlamentarischen Rat ausschlaggebend waren für die Verabschiedung des noch heute gültigen Normtextes des Art. 6 Abs. 1 GG, gehen aus den entstehungsgeschichtlichen Dokumenten nicht eindeutig hervor und lassen sich nur erahnen. Fest steht, dass auch „kinderlose Ehen“ den Schutz des Ehegrundrechts genießen und nicht als „Ehen zweiter Klasse“ diskriminiert werden sollten, was bereits gegen eine Beschränkung des verfassungsrechtlichen Ehebegriffs auf gleichgeschlechtliche Paare spricht¹⁷. Gleichzeitig waren es sprachlich-redaktionelle Gründe, die zur Verabschiedung des ebenso kurzen wie bündigen Normtextes des Art. 6 Abs. 1 GG führten.

Ungeachtet dessen dürfte es aber kaum zu bestreiten sein, dass der Parlamentarische Rat als „Leitbild“ der Ehe die Verbindung von Mann und Frau vor Augen hatte, da andere Formen der Ehe zur damaligen Zeit weder gesellschaftlich noch gesetzlich akzeptiert waren. Homosexuellen Paaren war zu jener Zeit jede gesellschaftliche und rechtliche Anerkennung versagt. Männliche Homosexualität war im Gegenteil im Jahr des Inkrafttretens des Grundgesetzes durch §§ 175, 175a StGB a.F. noch strafbe-

¹¹ Parlamentarischer Rat V, S. 634 Fn. 28.

¹² Parlamentarischer Rat V, S. 825.

¹³ Parlamentarischer Rat V, S. 828.

¹⁴ Parlamentarischer Rat V, S. 880.

¹⁵ Parlamentarischer Rat XIV, S. 1346.

¹⁶ Parlamentarischer Rat VII, S. 533.

¹⁷ Vgl. *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. IV/1, 2006, S. 402 f.; *Brosius-Gersdorf*, in: *Dreier* (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 6 Rn. 11, 19.

wehrt. Aus diesen ehemals herrschenden Werthaltungen und dem entsprechend begrenzten Vorstellungshorizont der Mütter und Väter des Parlamentarischen Rates lässt sich jedoch nicht schließen, dass der Ehebegriff des Art. 6 Abs. 1 GG abschließend auf Verbindungen von Mann und Frau beschränkt ist und einer gesetzlichen Einbeziehung gleichgeschlechtlicher Paare entgegen steht. Der Parlamentarische Rat hat gleichgeschlechtliche eheliche Verbindungen schlicht deswegen nicht bedacht, weil sich die Frage ihrer Anerkennung zu jener Zeit nicht stellte. Da die Einbeziehung gleichgeschlechtlicher Paare in den Ehebegriff nicht Gegenstand der Erörterungen des Parlamentarischen Rat war, hat er Art. 6 Abs. 1 GG auch nicht als bewusste Entgegensetzung zur Anerkennung gleichgeschlechtlicher Ehen konzipiert. Eine verfassungsrechtliche Beschränkung des Ehebegriffs auf verschiedengeschlechtliche Paare lässt sich der Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes somit nicht entnehmen¹⁸.

Diese entstehungsgeschichtliche Deutung des Ehegrundrechts des Art. 6 Abs. 1 GG entspricht der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes zur Bedeutung der Historie des Familiengrundrechts (Art. 6 Abs. 1 GG) sowie des Elterngrundrechts (Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG). Der Parlamentarische Rat hat sich auch im Kontext des Familiengrundrechts sowie des Elterngrundrechts nicht mit der Frage beschäftigt, ob Familie iSd Art. 6 Abs. 1 GG und ob Eltern iSd Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG auch homosexuelle Eltern sein können. Der Grund hierfür liegt, wie das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil zur Sukzessivadoption¹⁹ zutreffend erkannt hat, – ebenso wie beim Ehebegriff – darin, dass „angesichts der damaligen Strafbarkeit und der gesellschaftlichen Verpöntheit von Homosexualität im Zeitpunkt der Entstehung des Grundgesetzes ... bei Abfassung von Art. 6 Abs. 2 GG ausschließlich an verschiedengeschlechtliche Eltern gedacht war.“²⁰ Art. 6 Abs. 1 und 2 GG sind deshalb aber nicht als „eine bewusste Entgegensetzung zur Anerkennung gleichgeschlechtlicher Eltern“ zu verstehen; vielmehr lag diese Anerkennung „schlicht außerhalb des damaligen Vorstellungshorizonts.“²¹ Da „abweichende historische Vorstellungen davon, was unter "Eltern" im Sinne des Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG zu verstehen ist“, nach der Judikatur des Bundesverfassungsgerichtes seiner Anwendung auf homosexuelle

¹⁸ Wie hier *Mangold*, Streit 31 (2013), 197 (115 f.); *Müller*, Grundgesetz, Taschenkommentar, 11. Aufl. 1996, Art. 6 Rn. 4; *Brosius-Gersdorf*, FamFR 2013, 169 (169 ff.).

¹⁹ BVerfGE 133, 59.

²⁰ BVerfGE 133, 59 (79).

²¹ BVerfGE 133, 59 (79).

Eltern heute nicht entgegenstehen²², stehen entsprechend beschränkte historische Vorstellungen, was unter einer Ehe iSd Art. 6 Abs. 1 GG zu verstehen ist, seiner Anwendung auf gleichgeschlechtliche Paare heute nicht entgegen.

3. Systematisch-teleologische Interpretation des Art. 6 Abs. 1 GG: Keine Beschränkung der Ehe auf (tatsächlich oder) „potenziell“ fortpflanzungsfähige Paare

Gegen die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der gesetzlichen Öffnung der Zivilehe für gleichgeschlechtliche Paare wird weiter vorgetragen, dass das verfassungsrechtliche Institut der Ehe systematisch mit dem Institut der Familie in Art. 6 Abs. 1 GG verknüpft²³ und daher die Ehe im Verfassungssinne auf „potenziell“ bzw. „abstrakt“ fortpflanzungsfähige Paare beschränkt sei. „Wesensmerkmal“ der Ehe iSd Art. 6 Abs. 1 GG sei „ihr prinzipielles Angelegtsein ... auf die Familie“; ihr komme eine „Reproduktionsfunktion“ zu, die zwar unabhängig von der „konkreten Fortpflanzungsfähigkeit und individuellen Kinderwünschen“ bleibe, aber auf „das – gewissermaßen abstrakte – Fortpflanzungspotenzial der Ehepaare gegründet“ sei. Hieraus folge zwingend – so die Argumentation –, dass die Ehe iSd Art. 6 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich nur verschiedengeschlechtlichen Paaren offenstehe²⁴.

Diese Argumentation verfängt schon deswegen nicht, weil Ehe und Familie in Art. 6 Abs. 1 GG als jeweils eigenständige Institute mit je unterschiedlichen Funktionen gewährleistet sind. Eine „potenzielle“ oder „abstrakte“ Fortpflanzungsfähigkeit ist kein verfassungsrechtliches Begriffsmerkmal der Ehe (s. Ziff. a)). Im Übrigen spräche die von der herrschenden Ansicht behauptete systematische Verknüpfung von Ehe und Familie nicht gegen, sondern für die Offenheit der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare. Der Verfassungsbegriff der Familie setzt nach allgemeiner Ansicht eine Ehe zwischen den Kindeseltern nicht voraus; auf der Grundlage einer systematischen Ver-

²² BVerfGE 133, 59 (79).

²³ S. etwa *Uhle*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 2. Aufl. 2013, Art. 6 Rn. 17.

²⁴ S. etwa *Uhle*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 2. Aufl. 2013, Art. 6 Rn. 4, der von einer „generellen »Finalität« der Ehe“, und „der für die Ehe charakteristischen prinzipiellen Ausrichtung auf die Familie“ spricht; gleichsinnig *Seiler*, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 2, Stand: 173. Erg.-Lfg. Juni 2015, Art. 6 Rn. 62: das „Wesensmerkmal der Ehe“ ist „ihr prinzipielles Angelegtsein ... auf die Familie (»Reproduktionsfunktion«), das freilich abstrakter Natur ist, also unabhängig von der konkreten Fortpflanzungsfähigkeit und individuellen Kinderwünschen bleibt“; s. auch *Ipsen*, Gutachtliche Stellungnahme vom 17. September 2015 zur Anhörung vor dem Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages am 28. September 2015, S. 8, demzufolge das Rechtsinstitut der Ehe auf „das – gewissermaßen abstrakte – Fortpflanzungspotenzial gegründet ist“ .

knüpfung von Ehe und Familie ist daher auch die Ehe unabhängig von einer (tatsächlichen oder „potenziellen“) Familie gewährleistet (s. Ziff. b)).

a) Systematisch-teleologische Interpretation des Art. 6 Abs. 1 GG: Einbeziehung gleichgeschlechtlicher Paare in den Ehebegriff wegen der Unabhängigkeit der Ehe von der Familie

Entgegen der herrschenden Ansicht gewährleistet Art. 6 Abs. 1 GG Ehe und Familie als jeweils eigenständige, verschiedene Institute. Beide Grundrechte hängen zwar thematisch eng zusammen, sind aber rechtlich vollständig voneinander entkoppelt²⁵. Dies ergibt sich bereits aus der grammatikalisch-systematischen Fassung des Art. 6 Abs. 1 GG und seiner Gegenüberstellung mit Art. 119 Abs. 1 Satz 1 WRV: Im Gegensatz zu Art. 119 Abs. 1 Satz 1 WRV, der die „Ehe ... als Grundlage des Familienlebens“ schützte, gewährleistet Art. 6 Abs. 1 GG „Ehe und Familie“. Die Ehe ist verfassungsrechtlich nicht „als Grundlage des Familienlebens“, sondern unabhängig davon geschützt. Sie kann, muss sich aber nicht zur Familie entwickeln (können).

Dementsprechend liegen der Ehe und der Familie gem. Art. 6 Abs. 1 GG jeweils unterschiedliche Funktionen zugrunde und schützen sie verschiedene Freiheitsbereiche. Die Ehe genießt den besonderen Schutz der Verfassung wegen ihrer Funktion als partnerschaftliche Beistands- und Verantwortungsgemeinschaft, durch die sie den Staat entlastet. Demgegenüber hat die verfassungsrechtliche Privilegierung der Familie gegenüber anderen Lebensformen (s. Art. 6 Abs. 1 GG: „stehen unter dem besonderen Schutze der staatlichen Ordnung“) ihren Grund darin, dass Eltern mit der Geburt sowie mit der Pflege und Erziehung von Kindern den Bestand der Bevölkerung sichern und den Staat von seiner subsidiären Aufgabe als „Pflege- und Erziehungsreservist“²⁶ entlasten.

Aus dieser verfassungsrechtlichen Entkoppelung der Institute Ehe und Familie folgt, dass die Ehe nach Art. 6 Abs. 1 GG nicht auf Paare beschränkt ist, die (tatsächlich

²⁵ Grundlegend *Gröschner*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 2. Aufl. 2004, Art. 6 Rn. 69 ff.; ebenso *Coester-Waltjen*, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, Art. 6 Rn. 4; *Kotzur*, in: Stern/Becker (Hrsg.), Grundrechte-Kommentar, 2010, Art. 6 Rn. 42; *Michael*, NJW 2010, 3537 (3538); *Brosius-Gersdorf*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 6 Rn. 43 ff.

²⁶ Der Begriff geht zurück auf *Ossenbühl*, Das elterliche Erziehungsrecht im Sinne des Grundgesetzes, 1981, S. 68.

oder) „potenziell“ fortpflanzungsfähig sind²⁷. Die der Ehe zugrunde liegende partnerschaftliche Beistands- und Verantwortungsfunktion kann von gleichgeschlechtlichen Paaren ebenso verwirklicht werden wie von verschiedengeschlechtlichen Paaren. Auf die (tatsächliche oder „potenzielle“) Fortpflanzungsfähigkeit der Ehepartner kommt es nicht an. Eine gesetzliche Definition der Ehe als Verbindung zwischen „zwei Personen verschiedenen oder gleichen Geschlechts“, wie sie der Gesetzentwurf von Abgeordneten und der Fraktion DIE LINKE sowie der Gesetzentwurf von Abgeordneten und der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen vorsehen (s. § 1353 Abs. 1 Satz 1 BGB-Entwurf), entspricht daher dem verfassungsrechtlichen Begriff der Ehe in Art. 6 Abs. 1 GG.

b) Widersprüchlichkeit der herrschenden Ansicht bei unterstelltem systematischen Zusammenhang von Ehe und Familie in Art. 6 Abs. 1 GG

Selbst sofern man jedoch mit der herrschenden Ansicht von einer systematischen Verknüpfung der Institute Ehe und Familie in Art. 6 Abs. 1 GG ausginge, spräche diese nicht gegen, sondern für die Offenheit des Ehebegriffs für gleichgeschlechtliche Paare. Die herrschende Ansicht verstrickt sich selbst in Widersprüche; ihre Argumentation wendet sich gegen sie.

Der Verfassungsbegriff der Familie ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes und der ganz überwiegenden Ansicht im Schrifttum nicht auf eheliche Familien und nicht einmal auf „zumindest prinzipiell ehefähige Partnerschaften“ beschränkt, sondern erfasst gleichermaßen nichteheliche Familien einschließlich gleichgeschlechtlicher Paare mit Kindern²⁸. Es entspricht heute der gesicherten verfassungsrechtlichen Erkenntnis, dass unter anderem folgende Eltern-Kind-Gemeinschaften Familie iSd Art. 6 Abs. 1 GG sind:

- Unverheiratete Paare mit Kindern;
- Unverheiratete alleinerziehende Mütter oder Väter mit Kindern;

²⁷ Wie hier gegen die Fortpflanzungsfähigkeit als Merkmal des Verfassungsbegriffs der Ehe *Kotzur*, in: Stern/Becker (Hrsg.), Grundrechte-Kommentar, 2010, Art. 6 Rn. 18; *Sanders*, NJW 2013, 2236 (2238); *Möller*, DÖV 2005, 64 (69 f.); *Windthorst*, in: Gröpl/Windthorst/v. Coelln, Studienkommentar Grundgesetz, 2013, Art. 6 Rn. 15; *Brosius-Gersdorf*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 6 Rn. 81.

²⁸ Explizit BVerfGE 133, 59 (82); vgl. auch BVerfGE 10, 59 (66); 18, 97 (105 f.); 45, 104 (123); 79, 256 (267); 108, 82 (112); 133, 59 (82); *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Kommentar, 13. Aufl. 2014, Art. 6 Rn. 8.

- In einer eingetragenen Lebenspartnerschaft lebende homosexuelle Eltern mit Kindern, die nur von einem Lebenspartner abstammen²⁹;
- Stiefeltern, von denen das Kind nicht abstammt;
- Patchwork- und Regenbogenfamilien, in denen das Kind nur von einem unverheirateten bzw. nicht verpartnerten Elternteil abstammt;
- (Verschieden- und gleichgeschlechtliche) Adoptiveltern;
- Pflegeeltern;
- Eltern, deren Kinder mithilfe moderner Methoden der Reproduktionsmedizin zur Welt gekommen sind (IVF; Samenspende; Eizellspende; Leihmutterchaft)³⁰.

Kommt es mithin für den Familienbegriff des Art. 6 Abs. 1 GG nicht darauf an, „ob die Eltern miteinander verheiratet sind oder nicht“ und schließt der verfassungsrechtliche Schutz der Familie namentlich gleichgeschlechtliche Paare mit (von einem Partner abstammenden Kindern oder adoptierten Kindern) ein³¹, kann auf der Grundlage der behaupteten systematischen Verknüpfung von Ehe und Familie umgekehrt auch die Ehe nicht von der Fähigkeit zur Familiengründung abhängen und auf verschiedengeschlechtliche Paare beschränkt sein. Da die „zumindest prinzipielle Ehefähigkeit“ nicht Voraussetzung des Familienbegriffs des Art. 6 Abs. 1 GG ist, kann umgekehrt die „zumindest prinzipielle Familienfähigkeit“, sprich: die „potenzielle“ Fortpflanzungsfähigkeit nicht Voraussetzung des Ehebegriffs des Art. 6 Abs. 1 GG sein. Kurzum: Da der Familienbegriff des Art. 6 Abs. 1 GG für die Einbeziehung gleichgeschlechtlicher (Eltern-)Paare offen ist, kann nach Maßgabe einer systematischen Verknüpfung von Ehe und Familie für den Ehebegriff des Art. 6 Abs. 1 GG nichts anderes gelten. Auch er ist für eine Einbeziehung gleichgeschlechtlicher Paare offen. Die von der herrschenden Ansicht behauptete systematische Verknüpfung von Ehe und Familie

²⁹ Zuletzt BVerfGE 133, 59 (82): „Die sozial-familiäre Gemeinschaft aus eingetragenen Lebenspartnern und dem leiblichen oder angenommenen Kind eines Lebenspartners bildet eine durch Art. 6 Abs. 1 GG geschützte Familie“. „Das Familiengrundrecht schützt auch die aus gleichgeschlechtlichen Lebenspartnern und einem Kind bestehende Gemeinschaft“.

³⁰ Vgl. zu diesen und weiteren Familienformen iSd Art. 6 Abs. 1 GG mit Nachweisen aus der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts statt vieler *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, Grundgesetz, Kommentar, 13. Aufl. 2014, Art. 6 Rn. 8 f.; *Brosius-Gersdorf*, in: *Dreier* (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 6 Rn. 100 ff.

³¹ Explizit BVerfGE 133, 59 (82 f.).

spricht daher nicht gegen, sondern für die Einbeziehung gleichgeschlechtlicher Paare in den Ehebegriff des Art. 6 Abs. 1 GG.

Im Ergebnis steht damit fest: Art. 6 Abs. 1 GG steht der Erstreckung der Zivilehe auf gleichgeschlechtliche Paare durch den Gesetzgeber eindeutig nicht entgegen. Einer Verfassungsänderung bedarf es nicht. Gegen den in dem Gesetzentwurf von Abgeordneten und der Fraktion DIE LINKE sowie in dem Gesetzentwurf von Abgeordneten und der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen vorgesehenen § 1353 Abs. 1 Satz 1 BGB-Entwurf bestehen keinerlei verfassungsrechtliche Bedenken.

24. September 2015

Prof. Dr. Frauke Brosius-Gersdorf, LL.M.