



Saar Blueprints

Michelle Diehl

Öffnung der Ehe
für gleichgeschlechtliche Paare:
Aus Gleichheitsgründen geboten oder zum
Schutz der traditionellen Ehe verboten?



Programm für
lebenslanges
Lernen

02 / 2018 DE

Zum Autor

Michelle Diehl ist LL.M.-Studentin am Europa-Institut Saarbrücken und Mitarbeiterin des Centre juridique franco-allemand der Universität des Saarlandes. Sie absolvierte das Doppelstudium im deutschen und französischen Recht am Centre juridique franco-allemand und erwarb die Licence en Droit an der Université de Strasbourg.

Vorwort

Diese Veröffentlichung ist Teil einer elektronischen Zeitschriftenserie (Saar Blueprints), welche von Jean-Monnet-Saar, einem Lehrstuhlprojekt von Prof. Dr. Thomas Giegerich, LL.M. am Europa-Institut der Universität des Saarlandes herausgegeben wird. Die weiteren Titel der Serie können unter http://jean-monnet-saar.eu/?page_id=67 abgerufen werden.

In den Veröffentlichungen geäußerte Feststellungen und Meinungen sind ausschließlich jene der angegebenen Autoren.

Herausgeber

Lehrstuhl Prof. Dr. Thomas Giegerich
Universität des Saarlandes
Postfach 15 11 50
66041 Saarbrücken
Germany

ISSN

2199-0050 (Saar Blueprints)

Zitierempfehlung

Diehl, Michelle, Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare: Aus Gleichheitsgründen geboten oder zum Schutz der traditionellen Ehe verboten?, 02/2018 DE, online verfügbar unter: http://jean-monnet-saar.eu/?page_id=67

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	1
B. Die Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare und der Schutz der traditionellen Ehe.....	2
I. Der Schutz der Ehe im Grundgesetz	2
1. Die Gewährleistungen des Art. 6 Abs. 1 GG	2
a) Grundrecht.....	2
b) Institutsgarantie	3
c) Wertentscheidende Grundsatznorm.....	3
2. Der verfassungsrechtliche Ehebegriff	3
a) Die Entstehungsgeschichte des Art. 6 Abs. 1 GG und der traditionelle Ehebegriff	4
b) Das Leitbild der Ehe: Historische vs. dynamische Interpretation	5
c) Bedeutung der Verschiedengeschlechtlichkeit für den Ehebegriff des Grundgesetzes	7
aa) Verfassungswandel hinsichtlich der Verschiedengeschlechtlichkeit der Ehepartner.....	7
bb) Grenze des Verfassungswandels: Schutzzweck des Art. 6 Abs. 1 GG.....	9
3. Zwischenergebnis.....	11
II. Der Schutz der Ehe durch das Recht der EU (Art. 9 GrCh).....	11
III. Der Schutz der Ehe durch die EMRK (Art. 12 EMRK).....	12
IV. Zwischenergebnis	14
C. Die Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare unter gleichheitsrechtlichen Aspekten	14
I. Das Verbot der Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung im Grundgesetz.....	14
1. Spannungsverhältnis von Art. 6 Abs. 1 GG und Art. 3 GG	14

2. Der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG und das Diskriminierungsverbot aufgrund der sexuellen Orientierung	15
3. Funktionsgleichheit der eingetragenen Lebenspartnerschaft und der Ehe?	16
4. Zwischenergebnis	17
II. Das Verbot der Diskriminierung aufgrund der sexuellen Ausrichtung in der EU	18
1. Unmittelbares Diskriminierungsverbot (Art. 21 GrCh, Richtlinie 2000/78/EG)	18
2. Mittelbares Diskriminierungsverbot (Richtlinie 2004/38/EG i.V.m. Art. 21 GrCh, Art. 45 AEUV)	19
III. Das Verbot der Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung der EMRK.....	22
1. Rechtsgrundlage (Art. 14 EMRK i.V.m. Art. 8 EMRK)	22
2. Rechtspraxis	22
D. Fazit.....	25

A. Einleitung

Heiraten muss heute glücklicherweise niemand mehr. Seit dem Inkrafttreten des „Gesetzes zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts“¹ am 1. Oktober 2017 steht die Ehe nun aber allen offen. Sowohl verschiedengeschlechtliche als auch gleichgeschlechtliche Paare können sich jetzt offiziell das „Ja-Wort“ geben. § 1353 Abs. 1 S. 1 BGB lautet fortan: „Die Ehe wird von zwei Personen verschiedenen oder gleichen Geschlechts auf Lebenszeit geschlossen“. Dieses Gesetz, das homosexuellen Paaren die Eingehung der Ehe ermöglicht, wurde in der Sitzung des Bundestages am 30. Juni 2017 mit 393 „Ja“- und 226 „Nein“-Stimmen beschlossen. Es bildet den Abschluss einer langen Rechtsentwicklung in Deutschland, welche die flagrante Diskriminierung Homosexueller in der Bundesrepublik nach und nach beseitigt hat und 2001 in die Einführung der eingetragenen Lebenspartnerschaft mündete, die diese der Ehe tendenziell näherte.

Das Lebenspartnerschaftsgesetz² sah im Vergleich zur Ehe ursprünglich nur reduzierte Rechte und Pflichten der Lebenspartner vor. Es fehlten insbesondere Regelungen zur Gleichstellung im Steuer- und Beamtenrecht sowie zur Adoption von Kindern.³

Nachdem das BVerfG die eingetragene Lebenspartnerschaft im Jahr 2002 für verfassungsmäßig erachtet hat,⁴ fand eine immer weitergehende Angleichung an die Ehe statt. Vollkommen gleichgestellt sind gleich- und verschiedengeschlechtliche Partner aber erst durch das Gesetz zur Öffnung der Ehe.

Hiermit schließt sich die Bundesrepublik an eine europaweite Entwicklung an. Inzwischen haben 13 Mitgliedstaaten der EU die Ehe für gleichgeschlechtliche Paare durchgesetzt: zunächst die Niederlande im Jahr 2001, es folgten Belgien, Spanien, Norwegen, Schweden, Island, Portugal, Dänemark, Frankreich, Luxemburg, England und Schottland, Irland, Finnland sowie Malta.⁵ Auch außerhalb Europas öffnen immer mehr Länder die Ehe für gleichgeschlechtliche Paare. Besonders nennenswert ist das Beispiel der Vereinigten Staaten, wo der oberste Gerichtshof die Bundesstaaten am 26. Juni 2015 verpflichtete, Eheschließungen zwischen zwei Personen gleichen Geschlechts zuzulassen und andernorts geschlossene Ehen anzuerkennen.⁶

Doch auch wenn die gleichgeschlechtliche Ehe in Deutschland nunmehr geltendes Recht ist, gibt es Stimmen, die ihre Rechtmäßigkeit in Frage stellen.

¹ BGBI. I S. 2787.

² Gesetz über die eingetragene Lebenspartnerschaft v. 16. Februar 2001, BGBI. I S. 266.

³ Beck, FPR, 2010, 220, 222.

⁴ BVerfGE, 105, 313.

⁵ Heiderhoff, in: Bamberger/Roth et. al. (Hrsg.), BeckOK BGB, Art. 17b EGBGB, Rn. 6.1; *Lesben- und Schwulenverband Deutschland*, Öffnung der Ehe, <https://www.lsvd.de/politik/oeffnung-der-ehe.html>, (letzter Abruf: 16.02.2018).

⁶ Supreme Court, *Obergefell v. Hodges*, Urteil v. 26. Juni 2015, No. 14-556.

Einige schließen aus dem besonderen Schutz, unter den Art. 6 Abs. 1 GG Ehe und Familie stellt, dass das Gesetz zur Öffnung der Ehe verfassungswidrig sei. Sie berufen sich darauf, dass mit der Ehe zum Zeitpunkt der Entstehung des Grundgesetzes nur die Verbindung zwischen Mann und Frau gemeint gewesen sei und eine gleichgeschlechtliche Ehe unter diesem Gesichtspunkt nicht in Betracht komme. In diesem Zusammenhang hat die bayerische Landesregierung im September 2017 ein Rechtsgutachten in Auftrag gegeben, um die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes zur Öffnung der Ehe überprüfen zu lassen und gegebenenfalls einen Normenkontrollantrag vor dem BVerfG zu stellen.⁷

Andere wiederum werten die Unterscheidung zwischen eingetragener Lebenspartnerschaft und Ehe als Diskriminierung und halten die Öffnung der Ehe daher sogar für geboten.

Die Zulässigkeit der Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare wird Gegenstand dieser Arbeit sein. Es soll anhand nationaler und europarechtlicher Vorgaben erörtert werden, ob der deutsche Gesetzgeber im Hinblick auf den Schutz der traditionellen Ehe überhaupt die Möglichkeit hatte, die Ehe für gleichgeschlechtliche Partner zu öffnen und ob er zur Wahrung der Gleichheit von gleich- und verschiedengeschlechtlichen Lebensgemeinschaften hierzu sogar verpflichtet war.

B. Die Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare und der Schutz der traditionellen Ehe

I. Der Schutz der Ehe im Grundgesetz

1. Die Gewährleistungen des Art. 6 Abs. 1 GG

Art. 6 Abs. 1 GG stellt Ehe und Familie unter den besonderen Schutz der staatlichen Ordnung. Der Schutz der Ehe umfasst hierbei drei Gewährleistungsdimensionen: ein klassisches Grundrecht zur Abwehr staatlicher Eingriffe, die Garantie des Instituts der Ehe sowie eine wertentscheidende Grundsatznorm.⁸

a) Grundrecht

Art. 6 Abs. 1 GG ist zunächst ein klassisches Abwehrrecht, das Schutz vor staatlichen Eingriffen in die Privatsphäre der Ehe und Familie schützt.⁹ Das Ehegrundrecht gewährt jedem Einzelnen das Recht zu heiraten sowie das Recht, eine Ehe frei zu gestalten. Die Eheschließungsfreiheit umfasst das Recht, die Ehe mit einem selbst gewählten Partner zu einem selbst gewählten Zeitpunkt einzugehen.¹⁰ Damit einher geht das Verbot für den Gesetzgeber, den Zugang zur Ehe in unsachgemäßer Weise zu erschweren. Heute sind daher nur

⁷ *Bayerische Staatsregierung*, Bericht aus der Kabinettsitzung Teil 2, <http://www.bayern.de/bericht-aus-der-kabinettsitzung-teil-2-24/?seite=1579#2>, (letzter Abruf: 16.02.2018).

⁸ BVerfGE 31, 58, 68 f.; 80, 81, 92 f.; *Antoni*, in: Hömig/Wolff (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 6, Rn. 2; *Badura*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 6, Rn. 6 ff.

⁹ BVerfGE 105, 1, 11; 133, 377, 381 f.

¹⁰ BVerfGE 29, 166, 174; 31, 58, 67; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 6, Rn. 7.

noch letzte Überreste eines ursprünglich umfangreichen Systems von Eheverboten zu erkennen, nämlich die Polygamie (§ 1306 BGB) und die Blutsverwandtschaft (§ 1307 BGB).¹¹ Geschützt wird weiterhin die Ehegestaltungsfreiheit, d.h. die freie Ausgestaltung der ehelichen Lebensgemeinschaft durch die Eheleute. Hierunter fallen beispielsweise die Entscheidung über den Wohnort der Ehegatten¹² und die Bestimmung der Aufgabenverteilung¹³.

b) Institutsgarantie

Die Gewährleistung des Ehegrundrechts des Art. 6 Abs. 1 GG setzt voraus, dass es das Rechtsinstitut der Ehe überhaupt gibt. Daher enthält die Vorschrift über die abwehrrechtliche Komponente hinaus eine Institutsgarantie, die den Wesensgehalt der Ehe schützt. Hieraus folgt die Pflicht des Gesetzgebers, einen gesicherten Rechtsrahmen für die Ehe als Lebensform anzubieten und das Verbot, die Ehe durch ein einfaches Gesetz wieder abzuschaffen.¹⁴

c) Wertentscheidende Grundsatznorm

Darüber hinaus wirkt Art. 6 Abs. 1 GG als wertentscheidende Grundsatznorm, d.h. als „verbindliche Wertentscheidung für den gesamten Bereich des Ehe und Familie betreffenden privaten und öffentlichen Rechts“¹⁵. Der Schutz der staatlichen Ordnung für Ehe und Familie von Art. 6 Abs. 1 GG umfasst demnach zweierlei: positiv die Aufgabe für den Staat, Ehe und Familie vor Beeinträchtigungen Dritter zu bewahren und durch geeignete Maßnahmen zu fördern, und negativ das Verbot für den Staat selbst, Ehe und Familie zu schädigen oder zu beeinträchtigen.¹⁶ Aus dieser Gewährleistungsdimension ergeben sich Grenzen für den gesetzgeberischen Gestaltungsspielraum. Art. 6 Abs. 1 GG stellt als Diskriminierungsverbot einen gegenüber Art. 3 Abs. 1 GG besonderen Gleichheitssatz dar und verbietet damit die Schlechterstellung von Ehe und Familie gegenüber anderen Lebensformen.¹⁷ Als Privilegierungsgebot führt die Norm weiterhin zu einer staatlichen Förderpflicht, dessen Umfang sich nicht unmittelbar aus dem Grundgesetz ergibt, sondern der Gestaltung durch den Gesetzgeber offen steht.¹⁸

2. Der verfassungsrechtliche Ehebegriff

Ob der Schutz der traditionellen Ehe deren Öffnung für gleichgeschlechtliche Paare verbietet, hängt davon ab, welches Leitbild dem verfassungsrechtlichen Begriff der Ehe i.S.d. Art. 6 Abs. 1 GG zugrunde liegt.

¹¹ BVerfGE 120, 224, 238; 36, 146, 148; *Benedict*, JZ 2013, 477, 480.

¹² BVerfGE 114, 316, 317.

¹³ BVerfGE 133, 377, 410.

¹⁴ BVerfGE 80, 81, 92; 105, 313, 344; *Antoni*, in: Hömig/Wolff (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 6, Rn. 10.

¹⁵ BVerfGE 6, 55, 72; 9, 237, 248; 80, 81, 92.

¹⁶ BVerfGE 6, 55, 76; 55, 114, 126.

¹⁷ *von Coelln*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 6, Rn. 36; *Merten*, in: Isensee/Lecheler (Hrsg.), S. 615, 620.

¹⁸ BVerfGE 6, 55, 76; 55, 114, 127; *von Coelln*, in: Sachs (Hrsg.) Rn. 35; *Merten*, in: Isensee/Lecheler (Hrsg.), S. 615, 620.

a) Die Entstehungsgeschichte des Art. 6 Abs. 1 GG und der traditionelle Ehebegriff

Auf eine Legaldefinition der Ehe verzichteten sowohl das Grundgesetz als auch das bürgerliche Recht. In § 1353 Abs. 1 S. 1 BGB a.F. hieß es schlicht: „Die Ehe wird auf Lebenszeit geschlossen“, auch Art. 6 Abs. 1 GG bietet keine Begriffsbestimmung. Ein Hinweis darauf, dass die Verschiedengeschlechtlichkeit als zwingendes Strukturmerkmal der Ehe i.S.d. Art. 6 Abs. 1 GG angesehen werden muss, ist nicht ersichtlich. Eine klare Ablehnung der Ehe für Homosexuelle ist im Wortlaut des Gesetzes nicht zu erkennen.

Die Entstehungsgeschichte des Art. 6 GG bietet jedoch Anhaltspunkte dafür, dass nur die Ehe zwischen Mann und Frau dem Schutzbereich unterfallen soll. Art. 119 der Weimarer Reichsverfassung von 1919 als verfassungsrechtliches Vorbild des Art. 6 GG lautete: „Die Ehe steht als Grundlage des Familienlebens und der Erhaltung und Vermehrung der Nation unter dem besonderen Schutz der Verfassung. Sie beruht auf der Gleichberechtigung der beiden Geschlechter“. In den Verhandlungen des Parlamentarischen Rates, die ab September 1948 stattfanden, wurden unterschiedliche Fassungen eines Grundrechts auf Ehe und Familie vorgeschlagen. In den meisten Formulierungen ist ausdrücklich festgehalten, dass die Verschiedengeschlechtlichkeit ein Wesensmerkmal der Ehe sein soll. In der Anfang 1949 vom Grundsatzausschuss gebilligten Version hieß es: „Die Ehe als die rechtmäßige Form der Lebensgemeinschaft von Mann und Frau und die aus ihr wachsende Familie sowie die aus der Ehe und Zugehörigkeit zur Familie fließenden Rechte und Pflichten stehen unter dem besonderen Schutz der Verfassung“¹⁹. In der später im Hauptausschuss beschlossenen und bis heute gültigen Fassung lautet es nur noch: „Ehe und Familie stehen unter dem besonderen Schutze der staatlichen Ordnung“²⁰. Eine Nennung der Verschiedengeschlechtlichkeit der Ehepartner unterbleibt.

Ob hieraus geschlossen werden kann, dass diese nicht als Definitionsmerkmal der Ehe gelten sollte, erscheint jedoch zweifelhaft. Aufgrund der Tatsachen, dass der damals gültige § 175 StGB die männliche Homosexualität unter Strafe stellte²¹ sowie dass gleichgeschlechtliche Beziehungen zum Zeitpunkt der Entstehung des Grundgesetzes verpönt waren und daher allenfalls im Verborgenen geführt wurden, ist vielmehr davon auszugehen, dass die Möglichkeit einer gleichgeschlechtlichen Ehe jenseits des Vorstellungsbildes der Delegierten des Parlamentarischen Rates lag und somit schlechthin nicht erwogen wurde.²²

Jedoch wird auch in der Literatur eine Vorstellung der Ehe als Verbindung von Paaren unterschiedlichen Geschlechts vorausgesetzt. Gleichgeschlechtliche Verbindungen wie die einge-

¹⁹ *Deutscher Bundestag/Bundesarchiv* (Hrsg.), *Der Parlamentarische Rat*, Band 5/II, S. 634.

²⁰ *Deutscher Bundestag/Bundesarchiv* (Hrsg.), *Der Parlamentarische Rat*, Band 7, S. 533.

²¹ § 175 StGB wurde erst 1994 aufgehoben, 29. Strafrechtsänderung v. 31.05.1994, BGBl. I S. 1168.

²² *Rijsbergen*, *Der besondere Schutz von Ehe und Familie*, S. 127; *Freitag*, DÖV, 2002, 445, 450; *Hong*, *Warum das Grundgesetz die Ehe für alle verlangt*, <http://verfassungsblog.de/warum-das-grundgesetz-die-ehe-fuer-alle-verlangt/>, (letzter Abruf: 13.01.2017).

tragene Lebenspartnerschaft seien keine Ehe im Sinne von Art. 6 Abs. 1 GG, welcher allein heterosexuelle Partnerschaften schütze.²³

Die Rechtsprechung sieht die Verschiedengeschlechtlichkeit der Partner ebenfalls als Strukturmerkmal der Ehe an. Das BVerfG definiert die Ehe als das „auf Dauer angelegte Zusammenleben von Mann und Frau in einer umfassenden grundsätzlich unauflösbaren Lebensgemeinschaft mit einer formalisierten, auf gegenseitigen Konsens beruhenden Eheschließung“²⁴. Von dieser Rechtsprechung ist das Gericht auch nach dem Inkrafttreten des Lebenspartnerschaftsgesetzes von 2001 nicht abgerückt. Wenngleich es das LPartG für verfassungsmäßig und mit Art. 6 Abs. 1 GG vereinbar erklärte, begreift es die eingetragene Lebenspartnerschaft als aliud zur Ehe und die Verschiedengeschlechtlichkeit als wesentliches Strukturprinzip derselben.²⁵ Unter diesen Gesichtspunkten könnte es schwer zu begründen sein, wie der seit 1949 unveränderte Art. 6 Abs. 1 GG gleichgeschlechtliche Paare in die Ehe einbeziehen soll. Vielmehr schließt das traditionelle Leitbild der Ehe deren Öffnung für gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaften aus.

b) Das Leitbild der Ehe: Historische vs. dynamische Interpretation

Es stellt sich jedoch die Frage, ob an diesem traditionellen Begriffsverständnis der Ehe festgehalten werden muss oder ob nicht vielmehr in den letzten Jahrzehnten ein Wandel stattgefunden hat, der bei der Interpretation des Art. 6 Abs. 1 GG Berücksichtigung finden muss. Es muss untersucht werden, ob der historischen Interpretation der Vorrang einzuräumen ist oder ob hiervon zugunsten einer dynamischen Auslegung des Grundgesetzes abgewichen werden kann.

Einige Stimmen in der Literatur verneinen diese Möglichkeit hinsichtlich des Art. 6 GG gänzlich und halten am tradierten Ehebegriff fest. Es wird betont, die Institutsgarantien des Grundgesetzes, wie die der Ehe, seien dem gesellschaftlichen Wandel verschlossen.²⁶ Die Vertreter des restriktiven Ehebegriffs leugnen keineswegs, dass gleichgeschlechtliche Lebenspartnerschaften heute gesellschaftlich auf breite Akzeptanz stoßen,²⁷ sie sind jedoch der Meinung, dass der Ehe ein unabänderlicher „Ordnungskern“²⁸ zugrunde liege. Die wesentlichen Strukturprinzipien der Ehe stünden nicht zur Disposition des Gesetzgebers, sodass die wandelbaren gesellschaftlichen Auffassungen bei der Verfassungsinterpretation bedeutungslos seien.²⁹

²³ *Badura*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 6, Rn. 42; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 6, Rn. 5.

²⁴ BVerfG NJW 1993, 3058; BVerfGE 105, 313, 345; *Merten*, in Merten/Papier (Hrsg.): Handbuch der Grundrechte II, § 42 Rn. 150.

²⁵ BVerfGE 105, 313, 342, 351.

²⁶ *Hillgruber*, JZ, 2010, 41, 42; *Krings*, NVwZ, 2011, 26 f.

²⁷ *Germann*, VVDStRL 73 (2013), 258, 259.

²⁸ BVerfGE 31, 58, 82; 53, 224, 245; *Cornils*, Die Ausgestaltung der Grundrechte, S. 340 f., *Henrich*, in: *Badura/Scholz* (Hrsg.), S. 239, 249.

²⁹ *Robbers*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Art. 6, Rn., 17; *Burgi*, Der Staat, 2000, 487, 508; *Würtenberger*, Zeitgeist und Recht, S. 228.

Dem strikten Festhalten an der historischen Auslegung sind jedoch bereits ganz grundlegende Überlegungen entgegenzuhalten. Zwar ist anzuerkennen, dass durch die Gewährleistung bestimmter Verfassungswerte eine gewisse Stabilität geboten werden soll. In einer Demokratie wie der Bundesrepublik Deutschland geht die Staatsgewalt jedoch vom Volke aus (Art. 20 Abs. 1 S. 1 GG). Dieses aber wird durch die Gesellschaft bestimmt, die zum jetzigen Zeitpunkt unter der Verfassung lebt. Durch sie erfahren die Gesetze und die Verfassung ihren legitimierenden Grund.³⁰ Die Möglichkeit, neue gesellschaftliche Entwicklungen zu berücksichtigen und das Verständnis des Grundgesetzes entsprechend anzupassen, bietet sich aber erst, wenn nicht zwingend an einer historischen Auslegung festgehalten werden muss. Der Verfassung muss eine Interpretationsoffenheit eingeräumt werden, sie darf nicht als „Schrein ewiger Wahrheiten“³¹ angesehen werden, der an den Willen des Grundgesetzgebers von 1949 gefesselt bleibt. Richtigerweise dürfen die verfassungsrechtlichen Begriffe nicht nur aus seiner Entstehungsgeschichte hinaus interpretiert werden. Vielmehr müssen aktuelle soziale Anschauungen Berücksichtigung finden.

Gerade im Bereich der Ehe wurde die Wandelbarkeit der Verfassung immer wieder demonstriert, und mit der Entwicklung der gesellschaftlichen Auffassungen ging die Änderung des geltenden Rechts einher. Das zum Zeitpunkt der Entstehung des Grundgesetzes stillschweigend vorausgesetzte Leitbild der Ehe umfasste nicht nur die Verschiedengeschlechtlichkeit der Eheleute, sondern auch eine klare Rollenverteilung zwischen Mann und Frau sowie die Unauflösbarkeit der Ehe. Noch in den 1950er Jahren galt in der Ehe eine streng patriarchalische Ordnung: der Mann galt als „Ernährer der Familie“, er ging einer Erwerbstätigkeit nach, entschied in allen Eheangelegenheiten allein und übte die alleinige elterliche „Gewalt“ aus (§ 1627 BGB a.F.), während die Frau zur Hausarbeit verpflichtet (§ 1356 BGB a.F.) und zur selbständigen Erwerbstätigkeit nicht berechtigt war (§ 1354 BGB a.F.). Heute dagegen ist das BGB von einem partnerschaftlichen Ehebild geprägt, die Gleichberechtigung der Eheleute ist seit dem Gleichberechtigungsgesetz von 1957³² selbstverständlich, die Ausgestaltung ihres gemeinsamen Lebens ist ihre Privatangelegenheit.³³ Auch das Prinzip der Unauflösbarkeit der Ehe wurde mit der Ersetzung des Schuldprinzips (§§ 1564 ff. BGB a.F.) durch das Zerrüttungsprinzip aufgegeben. Zur Beendigung einer Ehe bedarf es keiner besonders gravierenden und gerichtlich nachprüfbaren Gründe mehr, vielmehr genügt die Überzeugung

³⁰ *Volkman*, Warum die Ehe vor dem BVerfG nicht scheitern wird, <http://verfassungsblog.de/warum-die-ehe-fuer-alle-vor-dem-bverfg-nicht-scheitern-wird/>, (letzter Abruf: 13.01.2018).

³¹ *ibid.*

³² Gesetz über die Gleichberechtigung von Mann und Frau auf dem Gebiet des bürgerlichen Rechts v. 18. Juni 1957, BGBl. I, S.609.

³³ BVerfGE 37, 217 (251); 53, 224, 264 ff.; *Robbers*, in: von Mangoldt, Klein, Starck (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 6, Rn. 73.

eines Partners, dass die Ehe gescheitert ist.³⁴ Die Strukturprinzipien der Ehe können dadurch im Laufe der Zeit durchaus Änderungen erfahren.³⁵

Diese Möglichkeit ließ das BVerfG im Hinblick auf die Entwicklung des Ehebegriffs ebenfalls offen. In seinem Beschluss von 1993 stellte es lediglich für den damaligen Zeitpunkt fest, dass die Verschiedengeschlechtlichkeit der Ehepartner ein zwingendes Merkmal darstelle. Weiter heißt es jedoch, dass „hinreichende Anhaltspunkte für einen grundlegenden Wandel des Eheverständnisses in dem Sinne, dass der Geschlechtsverschiedenheit keine prägende Bedeutung mehr zukäme, nicht erkennbar“ seien.³⁶ Hierdurch wird klargestellt, dass der Ehebegriff des Grundgesetzes von einem Leitbild geprägt ist, dessen Herkunft nicht im Grundgesetz selbst wurzelt, sondern dessen Bedeutung durch stetigen Wandel geprägt ist. Nach dieser Rechtsprechung könnte die Ehe für gleichgeschlechtliche Paare geöffnet werden, wenn ein dahingehender gesellschaftlicher Wandel des Eheverständnisses konstatiert werden könnte.

Vor gut 25 Jahren verneinte das BVerfG einen solchen Verfassungswandel. Ob es heute wieder so entscheiden würde, bleibt angesichts der Entwicklungen der letzten Jahre jedoch fraglich. Auch in seinen neueren Entscheidungen neigt das BVerfG dazu, dass das Vorstellungsbild des Parlamentarischen Rates die aktuelle Interpretation des Grundgesetzes nicht determinieren kann. In seiner Entscheidung zur Sukzessivadoption aus dem Jahr 2013 hat es daher die Frage verneint, ob gleichgeschlechtliche Elternschaft bereits deswegen nicht anerkannt werden darf, weil der Verfassungsgeber stillschweigend davon ausging, Eltern eines Kindes i.S.d. Art. 6 GG könnten nur Mann und Frau sein.³⁷ Richtigerweise darf daher auch dem Ehebegriff nicht nur die historische Interpretation zugrunde gelegt werden. Das traditionelle Strukturprinzip der Verschiedengeschlechtlichkeit der Eheleute ist dem Verfassungswandel vielmehr zugänglich.

c) Bedeutung der Verschiedengeschlechtlichkeit für den Ehebegriff des Grundgesetzes

aa) Verfassungswandel hinsichtlich der Verschiedengeschlechtlichkeit der Ehepartner

Die Kernfrage dreht sich also darum, ob hinsichtlich des Merkmals der Verschiedengeschlechtlichkeit ein Verfassungswandel stattgefunden hat, der bei der Interpretation des Art. 6 Abs. 1 GG und der Frage nach der Zulässigkeit der Öffnung der Ehe für homosexuelle Paare Berücksichtigung finden muss. Ein Verfassungswandel kann jedoch nicht vorschnell angenommen werden und kommt nicht bereits dann in Betracht, wenn neue Sachverhalte

³⁴ *Benedict*, JZ, 2013, 477, 479; *Rixen*, JZ, 2013, 864, 872.

³⁵ *Cornils*, Die Ausgestaltung der Grundrechte, S. 390 ff.

³⁶ BVerfG NJW 1993, 3058.

³⁷ BVerfGE, 133, 59, 78.

und Vorstellungen in den Bereich der Grundgesetznorm eintreten.³⁸ Erforderlich ist vielmehr, dass die Verfassungsnorm unter Berücksichtigung neuer, nicht vorausgesehener Tatbestände und im Rahmen ihrer Einordnung in den Gesamtzusammenhang eine veränderte Bedeutung erhalten hat.³⁹ Mit anderen Worten muss die Veränderung der tatsächlichen Gegebenheiten dazu geführt haben, dass eine Vorschrift anders zu interpretieren ist, als dies bei ihrem Inkrafttreten der Fall war.⁴⁰ Voraussetzung ist also das Vorliegen eines „Bedeutungswandels“⁴¹.

Damit steht die Frage im Raum, ob sich das gesellschaftliche Verständnis des Strukturprinzips der Verschiedengeschlechtlichkeit der Eheleute so verändert hat, dass es die Beschränkung der Ehe auf Mann und Frau nicht mehr rechtfertigt. Tatsächlich hat seit Inkrafttreten des Grundgesetzes sowohl in objektiver als auch in subjektiver Hinsicht ein bemerkenswerter Wandel bezüglich der Begriffe von Ehe und Familie stattgefunden. Objektiv ist zunächst die gelebte soziale Wirklichkeit in den Fokus zu stellen. Ein Wandel hat nicht nur in Anbetracht der Rollenverteilung der Ehegatten und der Unauflösbarkeit der Ehe stattgefunden. Die Ehe stellt heute lange nicht mehr die einzige gesellschaftlich akzeptierte Form des partnerschaftlichen Zusammenlebens dar. Die Zahl der Eheschließungen ist seit den 1970er Jahren stetig zurückgegangen.⁴² Während in Deutschland im Jahr 1950 noch 750.452 Ehen geschlossen wurden, waren es 1970 noch 575.233 und 2015 nur noch 400.115.⁴³ Weiterhin leben immer mehr Paare als nichteheliche Lebensgemeinschaft zusammen.⁴⁴ Im Jahr 1996 wurden bereits 1,8 Millionen Paare gezählt, die als nichteheliche Lebensgemeinschaft in einem Haushalt lebten, 2015 ist die Zahl auf 2,8 Millionen Paare angestiegen.⁴⁵ Gleichzeitig hat sich die Zahl der Ehescheidungen seit den 1960er Jahren regelrecht verdreifacht: Wurden im Jahr 1960 nur 48.873 Ehescheidungen registriert, stieg die Zahl nach der Reform des Scheidungsrechts 1976⁴⁶ bereits auf 74.658, im Jahr 2016 wurden ganze 162.397 Ehen geschieden.⁴⁷

Die Anzahl der offen gelebten gleichgeschlechtlichen Partnerschaften ist in den letzten Jahrzehnten erheblich angestiegen. Lebten im Jahr 1996 noch 38.000 Menschen in einer gleich-

³⁸ BVerfGE 74, 297, 350 f.; *Michael/Morlok*, Grundrechte, Rn. 31.

³⁹ BVerfGE 2, 380, 401; *Jellinek*, Verfassungsänderung und Verfassungswandlung, 1906, S. 3.

⁴⁰ *Rijsbergen*, Der besondere Schutz von Ehe und Familie, S.139.

⁴¹ BVerfGE 2, 380, 401; 7, 342, 351.

⁴² *Kreyenfeld/Konietzka*, in: Scherpe/Yassari (Hrsg.), S. 45.

⁴³ *Statistisches Bundesamt (Destatis)*, Eheschließungen im Zeitverlauf, <https://www-genesis.destatis.de/genesis/online/link/tabelleErgebnis/12611-0001>, (letzter Abruf: 13.01.2018).

⁴⁴ *Dethloff*, in: Scherpe/Yassari (Hrsg.), S. 137.

⁴⁵ *Statistisches Bundesamt Deutschland*, Zahl der Woche vom 13.06.2017, https://www.destatis.de/DE/PresseService/Presse/Pressemitteilungen/zdw/2017/PD17_24_p002pdf.pdf?__blob=publicationFile, (letzter Abruf: 13.01.2018).

⁴⁶ Erstes Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts v. 14. Juni 1976, BGBl. I S. 1421.

⁴⁷ *Statistisches Bundesamt Deutschland*, Ehescheidungen im Zeitverlauf, <https://www-genesis.destatis.de/genesis/online/link/tabelleErgebnis/12631-0001>, (letzter Abruf: 13.01.2018).

geschlechtlichen Lebensgemeinschaft, waren es 2016 bereits 95.000.⁴⁸ Davon lebten 44.000 Personen in einer eingetragenen Lebenspartnerschaft. Die Zahl hat sich seit 2006, als der Familienstand erstmals im Mikrozensus abgefragt wurde, verdreifacht.⁴⁹

Damit einher geht in subjektiver Hinsicht eine Änderung im Verständnis der Menschen. Bezüglich des Ehebegriffs hat in den letzten Jahren und Jahrzehnten ein enormes Umdenken in der Gesellschaft stattgefunden. Nichteheleiche Lebensgemeinschaften gehören in der Gesellschaft lange zur Normalität, und auch die Akzeptanz gleichgeschlechtlicher Paare ist in den letzten Jahren schnell gestiegen. Dies spiegelt sich in den Einstellungen der Bevölkerung zum Thema gleichgeschlechtliche Ehe wieder. Nach einer Studie der Antidiskriminierungsstelle des Bundes befürworteten im Jahr 2016 82,6%, d.h. eine deutliche Mehrheit der Deutschen die Öffnung der Ehe für alle, nur 17,4% lehnten sie ab.⁵⁰ Auch die Tatsache, dass im Rahmen der Verabschiedung des Gesetzes zur Öffnung der Ehe für alle nur wenige Proteste stattgefunden haben, verdeutlicht die gesellschaftliche Anerkennung gleichgeschlechtlicher Ehen und ist nicht selbstverständlich. Dies zeigt insbesondere ein Vergleich mit Frankreich, wo die Ehe für gleichgeschlechtliche Paare im Jahr 2013 geöffnet wurde und während des Gesetzgebungsverfahrens regelmäßig große Demonstrationen stattfanden. Ein Bedeutungswandel kann dem Ehebegriff daher nicht mehr abgesprochen werden. Die gesellschaftlichen Verhältnisse haben sich in den letzten Jahrzehnten derart verändert, dass einer Neuinterpretation des Art. 6 Abs. 1 GG nichts entgegensteht. Das gesellschaftliche Verständnis des Leitbilds der Ehe macht die Verschiedengeschlechtlichkeit der Eheleute nicht mehr zu einem wesentlichen Strukturprinzip.

bb) Grenze des Verfassungswandels: Schutzzweck des Art. 6 Abs. 1 GG

Die Möglichkeit eines Verfassungswandels findet jedoch seine Grenze im Sinn und Zweck der Verfassungsnorm.⁵¹ Die Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare wäre also unzulässig, wenn dies mit dem Telos von Art. 6 Abs. 1 GG nicht zu vereinbaren wäre. Es muss daher bestimmt werden, worin der Schutzzweck des Ehegrundrechts liegt und welche Merkmale das Zusammenleben nach dem heutigen Verständnis aufweisen muss, um den Schutz des Grundrechts zu verdienen. Hiermit in engem Zusammenhang steht die Frage, ob das Grundgesetz ein sog. „Abstandsgebot“ enthält. Einige Verfassungsrechtler postulieren nämlich, dass der besondere Schutz des Art. 6 Abs. 1 GG es gebiete, die Ehe und andere Formen des Zusammenlebens nicht gleich zu behandeln, andere Lebensformen müssten

⁴⁸ *Statistisches Bundesamt Deutschland*, Gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaften, https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesellschaftStaat/Bevoelkerung/HaushalteFamilien/Tabellen/3_4_Gleichgeschlechtliche_Lebensgemeinschaften.html, (letzter Abruf: 13.01.2018).

⁴⁹ *ibid.*

⁵⁰ *Antidiskriminierungsstelle des Bundes*, Einstellungen gegenüber Lesben, Schwulen und Bisexuellen in Deutschland, http://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/Downloads/DE/publikationen/Umfragen/Handout_Themenjahrumfrage_2017.pdf?__blob=publicationFile&v=4, (letzter Abruf: 13.01.2018).

⁵¹ *Zuck*, NJW, 2009, 1449, 1453.

also gegenüber der Ehe benachteiligt werden.⁵² Dann wäre die Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare unzulässig.

Der besondere Schutz der Ehe verfolgt drei Schutzzwecke: Den Ehegatten soll ein individueller Freiheitsraum anerkannt werden, die Gemeinschaftsfunktion der Ehe soll gewahrt werden und schließlich gilt die Ehe als die „Keimzelle“⁵³ der Familie.⁵⁴ Diese Gründe treffen aber überwiegend auch auf gleichgeschlechtliche Paare zu. Sie können einander den gleichen Beistand gewähren wie verschiedengeschlechtliche Paare. Soweit sie sich für eine eingetragene Lebenspartnerschaft entscheiden, bilden sie genau wie verschiedengeschlechtliche Eheleute einen Verband mit gegenseitiger Beistandsbereitschaft, dem der gleiche Schutz wie der Ehe gebührt.⁵⁵ Der einzige Unterschied zur verschiedengeschlechtlichen Ehe besteht darin, dass die gleichgeschlechtliche Partnerschaft naturgemäß nicht die Grundlage für die Kinderzeugung und -erziehung und damit für die Familie darstellen kann.

Ob die Möglichkeit der Familiengründung als Wesensmerkmal der Ehe angesehen werden kann, ist jedoch fraglich. Einige Autoren sind der Ansicht, die Substanz von Art. 6 Abs. 1 GG liege nach wie vor in der Sicherung des „Weiterlebens der Gesellschaft“⁵⁶, und der besondere Schutz werde der Ehe nur deswegen zu Teil, weil sie die „Vorstufe zur Familie“⁵⁷ sei. Dem widerspricht jedoch ein Vergleich des Wortlauts von Art. 6 Abs. 1 GG mit Art. 119 Abs. 1 der Weimarer Reichsverfassung. Dort wurde die Ehe „als Grundlage (...) der Erhaltung und der Vermehrung der Nation“ geschützt. Von dieser funktionalistischen Formulierung hat sich Art. 6 Abs. 1 GG jedoch gerade getrennt. Die Begriffe Ehe und Familie stehen im Grundgesetz gleichberechtigt nebeneinander und fallen in gleicher Weise unter das Schutzgebot des Staates.⁵⁸ Die Förderung der Familie, die für den Fortbestand der Gesellschaft von grundlegender Bedeutung ist, darf dann aber nicht in den Schutz der Ehe verlagert werden. Vielmehr können Ehe und Familie in ihrem Schutzzweck auseinandergelassen werden: Soweit es um die Sicherung eines Umfelds geht, in dem Kinder aufwachsen können, ist der Schutz der Familie einschlägig. Der Schutz der Ehe ist jedoch nicht ausschließlich auf die Möglichkeit der Familiengründung begrenzt, sondern vom öffentlichen Interesse an gefestigten und stabilen Beziehungen geprägt, in dem die Partner gegenseitig Verantwortung füreinander übernehmen.⁵⁹

Dieser Auffassung hat sich auch das BVerfG in seinem Beschluss zur Hinterbliebenenvorsorge vom 07. Juli 2009 angeschlossen. Eine Privilegierung der Ehe, die darauf beruht, dass

⁵² *Burgi*, Der Staat, 2000, 487, 502; *Krings*, ZRP, 2000, 409, 412; *Pauly*, NJW, 1997, 1955, 1956.

⁵³ BVerfGE 6, 55, 71.

⁵⁴ *Robbers*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Art. 6, Rn. 32 ff.; *Burgi*, Der Staat, 2000, 487, 499 f.

⁵⁵ *Freitag*, DÖV, 2002, 445, 450.

⁵⁶ *Robbers*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Art. 6, Rn. 46.

⁵⁷ *Ipsen*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts VII, § 154, Rn. 14 f., ders., NVwZ, 2017, 1096, 1098.

⁵⁸ *Bruns*, ZPR, 1996, 6 f.; *von Münch* in: Benda/Maihofer/Vogel (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, § 9 Rn. 4.

⁵⁹ *Brosius-Gersdorf*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 6, Rn. 43; *Freitag*, DÖV, 2002, 445, 450.

aus der Ehe Kinder hervorgehen, kann nur in den Schutzbereich der Familie, nicht aber des Ehegrundrechts fallen.⁶⁰ Weiterhin stellte das Gericht fest, dass es nicht in jeder Ehe Kinder gebe, nicht jede Ehe auf Kinder ausgerichtet sei und auch in vielen gleichgeschlechtlichen Partnerschaften Kinder lebten.⁶¹

In seiner Entscheidung zur Verfassungsmäßigkeit des LPartG erteilte das BVerfG auch dem Abstandsgebot eine Absage: es betonte, dass sich aus dem staatlichen Privilegierungsgebot des Art. 6 Abs. 1 GG kein Gebot herleiten lasse, andere Lebensformen gegenüber der Ehe schlechter zu stellen. Der Gesetzgeber habe nur dafür zu sorgen, dass die Ehe die ihr zugeordnete Funktion erfüllen kann.⁶² Wenn der Zweck der Ehe aber nicht in der Gründung einer Familie, sondern in der Verantwortungsübernahme für einen Partner liegt, sind keine sachlichen Gründe ersichtlich, warum der Schutz des Art. 6 Abs. 1 GG auf verschiedengeschlechtliche Ehepartner begrenzt sein müsste. Hinsichtlich der rechtlichen Absicherung gleichgeschlechtlicher Verbindungen besteht dann keine geringere Schutzbedürftigkeit gegenüber verschiedengeschlechtlichen Paaren. Auch aus dem Sinn und Zweck von Art. 6 Abs. 1 GG ist ein Verbot der Öffnung der Ehe für Paare gleichen Geschlechts nicht abzuleiten.

3. Zwischenergebnis

Wie die vorstehenden Ausführungen gezeigt haben, steht der verfassungsrechtliche Ehebegriff des Art. 6 Abs. 1 GG der gleichgeschlechtlichen Ehe nicht entgegen. Danach hat der deutsche Gesetzgeber die Möglichkeit, durch ein einfaches Gesetz auch gleichgeschlechtlichen Paaren den Zugang zur Ehe zu öffnen. Ob dies auch mit den europarechtlichen Gewährleistungen im Bereich der Ehe zu vereinbaren ist, soll im Folgenden näher beleuchtet werden.

II. Der Schutz der Ehe durch das Recht der EU (Art. 9 GrCh)

Die EU-GrCh⁶³ verbürgt in Art. 9 „das Recht, eine Ehe einzugehen, und das Recht, eine Familie zu gründen“. Im Gegensatz zu Art. 12 EMRK nimmt die Norm keinen Bezug auf zwei Geschlechter. Eine weite Auslegung des Ehebegriffs, die über die Verbindung von Mann und Frau hinausgeht, ist grundsätzlich möglich.⁶⁴ Der Ehebegriff der GrCh bleibt also nicht auf verschiedengeschlechtliche Ehen beschränkt und steht einer Öffnung der Ehe nicht entgegen. Hierfür spricht auch das im Vergleich zur EMRK späte Inkrafttreten der Charta am 01. Dezember 2009 zu einem Zeitpunkt, in dem der gesellschaftliche und rechtliche Wandel der Ehe bereits in vollem Gang war.

⁶⁰ BVerfGE 124, 199, 225.

⁶¹ BVerfGE 124, 199, 229.

⁶² BVerfGE 105, 313, 348.

⁶³ ABl. C 326, 26. Oktober 2012, S. 391.

⁶⁴ Offizielle Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, OJ C 303, 14. Dezember 2007, S. 21; *Bernsdorff*, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Art. 9, Rn. 16; *Folz*, in: Vedder/Heintschel von Heinegg (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, Art. 9 GrCh, Rn. 3.

Art. 9 GrCh wird gemäß seinem Wortlaut jedoch nur nach Maßgabe der innerstaatlichen Gesetze gewährleistet. Dies liegt zum einen daran, dass auf europäischer Ebene kein einheitliches Begriffsverständnis der Ehe besteht.⁶⁵ Das Institut der Ehe befindet sich in einer Umbruchphase, einige Mitgliedstaaten der Union gestatten die gleichgeschlechtliche Ehe, andere beschränken sie noch auf verschiedengeschlechtliche Partnerschaften. Zum anderen gilt das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung, d.h. die Union ist nur insoweit zuständig, als sie vertraglich dazu ermächtigt ist (Art. 5 Abs. 1 und Abs. 2 EUV). Im Bereich des Familienrechts besitzt die Union jedoch gerade keine Kompetenz.⁶⁶ Durch die Aufnahme der Eheschließungsfreiheit in den Grundrechtekatalog der Charta werden ebenfalls keine familienrechtlichen Kompetenzen der Union begründet, vgl. Art. 51 Abs. 2 GrCh, Art. 6 Abs. 1 UA 2 EUV. Auch Art. 51 Abs. 1 Alt. 2 GrCh, wonach die Grundrechtecharta die Mitgliedstaaten bei der Durchführung von Unionsrecht bindet, bringt im Hinblick auf den Rückverweis in Art. 9 GrCh keinen Mehrwert. Daher hat Art. 9 GrCh nur eine beschränkte Reichweite.⁶⁷ Diese fehlende Kompetenz macht die Norm jedoch nicht entbehrlich. Denn sie hat abwehrrechtlichen Charakter und gewährt somit Schutz vor Eingriffen in das Schutzgut der Ehe, die die Union beim Handeln im Rahmen ihrer Kompetenzen ausführen könnte.⁶⁸

Bei der Bestimmung ihrer Maßnahmen sind die Organe der Union verpflichtet, die Ehe so wie sie in den Mitgliedstaaten gewährleistet ist, also möglicherweise auch die gleichgeschlechtliche, zu achten. Im Ergebnis steht das Recht der Union der Öffnung der Ehe für Partner gleichen Geschlechts jedenfalls nicht entgegen.

III. Der Schutz der Ehe durch die EMRK (Art. 12 EMRK)

Die europäische Menschenrechtskonvention verbürgt in ihrem Art. 12 ein Recht auf Eheschließung. Im Gegensatz zu Art. 6 Abs. 1 GG und Art. 9 GrCh beschränkt sich das Recht seinem Wortlaut nach jedoch auf „Mann und Frau“, während die anderen Rechte der EMRK „jeder Person“ zustehen. Auf den ersten Blick scheint es also nicht denkbar, dass die Konvention die Ehe von gleichgeschlechtlichen Partnern erlaubt, geschweige denn schützt.

Jedoch versteht der EGMR die Konvention als „living instrument“⁶⁹, also als lebendes Instrument, das stets dynamisch-evolutiv ausgelegt werden muss. Bei ihrer Auslegung dürfen nicht die Vorstellungen zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der Konvention im Jahr 1950 zu-

⁶⁵ *Marauhn*, in: Heselhaus/Nowak (Hrsg.), Handbuch der Europäischen Grundrechte, § 20 Rn. 3.

⁶⁶ EuGH, Urteil v. 10. Mai 2011, Rs. C-147/08, *Römer*, ECLI:EU:C:2011:286, Rn. 38; *Bernsdorff*, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Art. 9, Rn. 12; *Calliess*, EuZW, 2001, 261, 264 f.; *Tettinger*, NJW 2001, 1010, 1012.

⁶⁷ *Grünberger*, FPR, 2010, 203, 304.

⁶⁸ *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, Art. 9 GrCh, Rn. 3.

⁶⁹ EGMR, *Tyrer v. United Kingdom*, App. no. 5856/72, 25. April 1978, Rn. 31; EGMR, *E.B. v. France*, App. no. 43546/02, 22. Januar 2008, Rn. 46.

grunde gelegt werden, sondern die heutigen Verhältnisse müssen bei der Auslegung Berücksichtigung finden.⁷⁰

Die Rechtsprechung der Straßburger Richter ist für europäische Staaten wie Deutschland aus drei Gründen relevant: Erstens müssen die Vertragsstaaten die EMRK im Rahmen des Systems des Europarats als völkerrechtlichen Vertrag beachten. Zweitens gewährt auch das grundrechtliche System der EU mittels Art. 6 Abs. 3 EUV die durch die EMRK gewährleisteten Rechte. An deren Bedeutung orientiert sich in Zweifelsfällen wiederum die EU-GrCh, vgl. Art. 52 Abs. 3 GrCh. Drittens zieht das BVerfG die EMRK in ihrer Auslegung durch den EGMR als Hilfe bei der Interpretation der Grundrechte des Grundgesetzes heran.⁷¹

Gerade im Bereich der Ehe hat der Gerichtshof die Wandelbarkeit der Menschenrechtskonvention immer wieder demonstriert. Bis in die 1990er Jahre galt die Verschiedengeschlechtlichkeit der Partner nach der Rechtsprechung als zwingendes Merkmal der Ehe i.S.d. Art. 12 EMRK. In den Fällen *Rees v. Vereinigtes Königreich* und *Cossey v. Vereinigtes Königreich* hatte der Gerichtshof über die Frage zu entscheiden, ob Art. 12 EMRK verletzt wird, wenn einem postoperativen Transsexuellen die Erlaubnis verweigert wird, die Ehe mit einer Person des anderen Geschlechts einzugehen.⁷² Er verneinte dies unter Hinweis auf die fehlende Zeugungsfähigkeit und betonte, dass das traditionelle Verständnis des Ehebegriffs eine ausreichende Begründung für den Staat darstelle, an biologischen Kriterien für die Bestimmung des Geschlechts einer Person im Zusammenhang mit der Eheschließung festzuhalten.

Rund 20 Jahre später trug der EGMR in einem weiteren Transsexuellen-Urteil im Fall *Goodwin v. United Kingdom* der sozialen Veränderung im Bereich der Institution der Ehe Rechnung und stellte eine Verletzung von Art. 12 EMRK fest. Der Wortlaut könne nicht mehr dahin verstanden werden, dass die Geschlechtsbestimmung allein anhand biologischer Kriterien stattfinde. Zum anderen könne allein die Unfähigkeit eines Paares, ein Kind zu zeugen, die Eheschließungsfreiheit nicht ausschließen.⁷³ Diese Entscheidung diente dem EGMR als Grundlage für seine Entscheidung *Schalk und Kopf v. Österreich* im Jahr 2010.⁷⁴ Die Richter stellten fest, dass aufgrund der veränderten gesellschaftlichen Verhältnisse und im Hinblick auf Art. 9 GrCh eine weite Auslegung von Art. 12 EMRK angezeigt sei, wonach die Verschiedengeschlechtlichkeit der Partner nicht länger ein Merkmal der Ehe sein soll.⁷⁵ Daher sei die einfachrechtliche Öffnung der Ehe mit der Konvention vereinbar und stehe in der Ge-

⁷⁰ EGMR, *Tyrer v. United Kingdom*, App. no. 5856/72, 25. April 1978, Rn. 31; *Herdegen*, Europarecht, § 3, Rn. 24.

⁷¹ BVerfGE 111, 307, 316.

⁷² EGMR, *Rees v. United Kingdom*, App. no. 9532/81, 17. Oktober 1986, Rn. 49; EGMR, *Cossey v. United Kingdom*, App. no. 10843/84, 27. September 1990, Rn. 43 ff.

⁷³ EGMR, *Goodwin v. United Kingdom*, App. no. 28957/95, 11. Juli 2002, Rn. 98 ff.

⁷⁴ *Richter*, ZEuS, 2014, 301, 323.

⁷⁵ EGMR, *Schalk and Kopf v. Austria*, App. no. 30141/04, 22. November 2010, Rn. 61.

staltungsmacht der Mitgliedstaaten.⁷⁶ Durch die Auslegung der Menschenrechtskonvention als „living instrument“ steht Art. 12 EMRK der Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare nicht entgegen.

IV. Zwischenergebnis

Aus dem deutschen Verfassungsrecht lässt sich kein Verbot für die Öffnung der gleichgeschlechtlichen Ehe ableiten. Auch europäische Vorgaben sprechen nicht dagegen. Den Mitgliedstaaten wird insofern aber ein weiter Beurteilungsspielraum (margin of appreciation) eingeräumt. Sie können selbst entscheiden, welche Form der rechtlichen Absicherung sie Paaren gleichen Geschlechts zur Verfügung stellen. Es bleibt jedoch zu untersuchen, ob die Öffnung der Ehe für Paare gleichen Geschlechts aus Gleichheitsgründen sogar geboten sein könnte.

C. Die Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare unter gleichheitsrechtlichen Aspekten

I. Das Verbot der Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung im Grundgesetz

1. Spannungsverhältnis von Art. 6 Abs. 1 GG und Art. 3 GG

Es stellt sich zunächst die Frage, ob die Tatsache, dass nur verschiedengeschlechtlichen, nicht aber gleichgeschlechtlichen Paaren das Rechtsinstitut der Ehe offensteht, überhaupt in den Anwendungsbereich eines Gleichheitssatzes der deutschen Verfassung fällt. Das BVerfG hat in seiner Entscheidung aus dem Jahr 1993 ausgeschlossen, dass durch die Beschränkung der Ehe auf verschiedengeschlechtliche Partner ein Gleichheitsproblem entstehen könnte. Als Begründung führte es an, dass Art. 6 Abs. 1 GG die Eheschließungsfreiheit auf Lebensgemeinschaften von Mann und Frau beschränke und als speziellere Norm dem allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG vorgehe. Die Anwendbarkeit des Art. 3 Abs. 1 GG scheide daher aus.⁷⁷

Diese Auffassung bestätigte das BVerfG in einer Entscheidung vom 17. Juli 2002, in der es das LPartG für verfassungsgemäß und mit Art. 6 Abs. 1 GG vereinbar erklärte.⁷⁸ Die Begründung zeigt jedoch, dass die Unterscheidung zwischen eingetragener Lebenspartnerschaft und Ehe zum damaligen Zeitpunkt für das Gericht keine Diskriminierung darstellte. Zwar distanziert sich das BVerfG von dem Gedanken, dass Art. 6 Abs. 1 GG ein „Abstands-

⁷⁶ EGMR, *Schalk and Kopf v. Austria*, App. no. 30141/04, 22. November 2010; Rn. 63; EGMR, *Hämäläinen v. Finland* (GC), App. no. 37359/09, 16. Juli 2014; Rn. 96.

⁷⁷ BVerfG, NJW, 1993, 3058.

⁷⁸ BVerfGE 105, 313, 331.

gebot“ enthalte und weist darauf hin, dass der besondere Schutz der Ehe dadurch, dass einer anderen Lebensform, die Eheleuten nicht offensteht, ähnliche Rechte verliehen würden, nicht durchbrochen wird.⁷⁹ Jedoch betont es nochmals die Bedeutung der Verschiedengeschlechtlichkeit als Strukturprinzip der Ehe. Die eingetragene Lebenspartnerschaft sei nicht vom Schutz des Art. 6 Abs. 1 GG erfasst, da sie keine Ehe im Sinne dieser Norm sei. Eingetragene Lebenspartnerschaft und Ehe seien vielmehr ein aliud und als Rechtsinstitute nicht vergleichbar.⁸⁰

Im Hinblick auf die Rechtsprechung des EGMR, auf die noch näher eingegangen wird, hat sich das BVerfG in einer Grundsatz-Entscheidung vom 07. Juli 2009 von seiner bisherigen Auffassung losgesagt und misst Ungleichbehandlungen zwischen eingetragener Lebenspartnerschaft und Ehe seitdem am Maßstab des Art. 3 GG.⁸¹

2. Der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG und das Diskriminierungsverbot aufgrund der sexuellen Orientierung

Der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG gebietet es, alle Menschen vor dem Gesetz gleich zu behandeln. Hieraus folgt das Gebot, wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln.⁸² Art. 3 Abs. 1 GG ist verletzt, sofern eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten unterschiedlich behandelt wird, obwohl zwischen den Gruppen keine Unterschiede von solcher Art oder solchem Gewicht bestehen, dass sie die Ungleichbehandlung rechtfertigen könnten.⁸³

Um Ungleichbehandlungen am Prüfungsmaßstab des allgemeinen Gleichheitssatzes messen zu können, muss zunächst ein geeignetes Vergleichspaar vorliegen. Erforderlich ist ein Bezugspunkt, d.h. ein Oberbegriff, dem die rechtlich verschieden behandelten Personen oder Personengruppen unterfallen.⁸⁴ Im hier interessierenden Bereich müssten also Eheleute und gleichgeschlechtliche Lebenspartner vergleichbar sein. Insofern sich die gleichgeschlechtlichen Lebenspartner in einer stabilen und dauerhaften Beistandsgemeinschaft binden wollen, liegt eine Vergleichbarkeit mit verschiedengeschlechtlichen Ehegatten vor. Dies hat auch das BVerfG in seiner Entscheidung zur Hinterbliebenenversorgung so gesehen.⁸⁵

Wie bereits dargelegt, erfüllen gleichgeschlechtliche Lebenspartner die der Ehe zugeordnete Funktion der gegenseitigen Verantwortungsübernahme.⁸⁶ Die Ungleichbehandlung zwischen beiden Formen des Zusammenlebens liegt in der Zugangsberechtigung: Eine Ehe kann nur von einem Mann und einer Frau eingegangen werden, während eine eingetragene Lebens-

⁷⁹ B.I.2.c)bb), S. 11.

⁸⁰ BVerfGE 124, 315, 345 f.

⁸¹ BVerfGE 124, 199, 218.

⁸² BVerfGE 3, 58, 135 f.; 42, 64, 72; 71, 255, 271; *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, Grundgesetz, Art. 3, Rn. 7.

⁸³ BVerfGE 55, 72, 88; 92, 277, 218; 101, 275, 291; *Wolff*, in: *Hömig/Wolff* (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 3, Rn. 6.

⁸⁴ *Epping*, Grundrechte, Rn. 780 ff.; *Kingreen/Poscher*, Grundrechte Staatsrecht II, Rn. 518.

⁸⁵ BVerfGE 124, 199, 230.

⁸⁶ B.I.2.c)bb), S. 10.

partnerschaft nur von gleichgeschlechtlichen Menschen begründet werden kann.⁸⁷ Die Unterscheidung knüpft nicht an das Geschlecht des Einzelnen an, sondern an die Geschlechtskombination der Partner. Daher handelt es sich nicht um eine Ungleichbehandlung aus Gründen des Geschlechts i.S.d. Art. 3 Abs. 3 GG, denn die Entscheidung für das eine oder andere Institut hängt von der sexuellen Orientierung ab.⁸⁸ Dieses Merkmal ist jedoch nicht an Art. 3 Abs. 3 GG, sondern am allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG zu messen.

3. Funktionsgleichheit der eingetragenen Lebenspartnerschaft und der Ehe?

Es stellt sich nun die Frage, wie Ungleichbehandlungen zwischen gleich- und verschiedengeschlechtlichen Paaren, genauer zwischen Ehepartnern und eingetragenen Lebenspartnern, verfassungsrechtlich rechtfertigt werden können. Für den Gesetzgeber ergeben sich je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmal unterschiedliche Grenzen. Diese können von einem bloßen Willkürverbot bis zu einer strengen Bindung an das Verhältnismäßigkeitsprinzip reichen.⁸⁹ An die Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen aufgrund der sexuellen Orientierung sind besonders hohe Anforderungen zu stellen, da dieses Merkmal mit den personenbezogenen Merkmalen des Art. 3 Abs. 3 GG vergleichbar ist.⁹⁰

Dies hat das BVerfG in seiner Entscheidung zur Hinterbliebenenversorgung wiederholt und gleichzeitig für die Ungleichbehandlung von Ehe und eingetragener Lebenspartnerschaft mehrere Grundsätze aufgestellt. Danach kann der bloße Hinweis auf den Schutz der Ehe des Art. 6 Abs. 1 GG die Ungleichbehandlung von gleichgeschlechtlichen und verschiedengeschlechtlichen Paaren nicht mehr rechtfertigen.⁹¹ Art. 6 Abs. 1 GG dient also nicht mehr als verfassungsimmanente Einschränkung im Rahmen des Art. 3 Abs. 1 GG. Es bedürfte stattdessen eines hinreichend gewichtigen Sachgrundes, der gemessen am jeweiligen Regelungsgegenstand und dem Ziel der Regelung die Benachteiligung der eingetragenen Lebenspartnerschaft rechtfertigt.⁹²

Sinn und Zweck der einzelnen Norm müssen also eine Ungleichbehandlung gleich- und verschiedengeschlechtlicher Partner rechtfertigen. Hinsichtlich der Nichtberücksichtigung des überlebenden Lebenspartners in der betrieblichen Hinterbliebenenversorgung verneint das BVerfG eine Rechtfertigung, insbesondere unter Hinweis auf die vergleichbare Funktion der beiden Lebensformen als Beistandsgemeinschaft.⁹³

Seit dieser Entscheidung hat das BVerfG die rechtliche Gleichstellung von eingetragenen Lebenspartnern und Ehepartnern immer weiter entwickelt. So wertete es die Ungleichbe-

⁸⁷ *Stüber*, FPR, 2006, 117, 118.

⁸⁸ *Bömelburg*, NJW, 2012, 2753, 2758; *Grünberger*, FPR, 2010, 203.

⁸⁹ BVerfGE 130, 52, 66; 126, 233, 363; *Jarass*, in: *Jarass/Piero* (Hrsg.), Grundrechte, Art. 3, Rn. 16; *Epping*, Grundrechte, Rn. 798.

⁹⁰ BVerfGE 124, 199, 220; 131, 239, 256; *Wolff*, in: *Hömig/Wolff* (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 3, Rn. 6.

⁹¹ BVerfGE 124, 199, 226.

⁹² BVerfGE 124, 199, 226.

⁹³ BVerfGE 124, 199, 226 ff.

handlung im Erbschaftssteuer- und Schenkungssteuerrecht,⁹⁴ beim Familienzuschlag für Beamte⁹⁵ und beim Ehegattensplitting⁹⁶ als Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG. Auch die Verwehrung der Sukzessivadoption für eingetragene Lebenspartnerschaften stellt nach Auffassung des BVerfG eine ungerechtfertigte Diskriminierung gegenüber der Ehe dar.⁹⁷ Eingetragene Lebenspartnerschaft und Ehe sind durch die Rechtsprechung des BVerfG damit rechtlich weitgehend gleichgestellt. Es gibt kaum mehr Bereiche, in dem die beiden Institute ungleich behandelt werden.

Es stellt sich aber die Frage, ob damit der Anwendungsbereich des Art. 3 Abs. 1 GG bereits erschöpft ist. Hieran darf jedoch gezweifelt werden. Dies beginnt damit, dass sich Regelungen für eingetragene Lebenspartner eben nur auf gleichgeschlechtliche Partner beziehen, Regelungen für die Ehe hingegen auf verschiedengeschlechtliche Partner. Auch wenn gleichgeschlechtliche Partnerschaften mittlerweile im Wesentlichen gleichgestellt sind, wird ihnen dennoch der „besondere Schutz“ von Art. 6 Abs. 1 GG verwehrt. Dadurch wird ihnen jegliche Rechtssicherheit verwehrt, denn die eingetragene Lebenspartnerschaft könnte durch ein einfaches Gesetz wieder abgeschafft werden. Bei der Ehe, die durch die Institutsgarantie von Art. 6 Abs. 1 GG geschützt ist, gilt dies nicht. Wenn aber, wie sich aus den obigen Ausführungen ergibt, gleich- und verschiedengeschlechtliche Partnerschaften den gleichen Schutzzweck verfolgen, nämlich eine rechtlich abgesicherte Beistandsgemeinschaft zu bilden, und der Sinn und Zweck des Schutzes der Ehe nicht in der Familiengründung liegt, ist faktisch in keinem Regelungsbereich ein hinreichend gewichtiger Differenzierungsgrund denkbar. Warum für gleich- und verschiedengeschlechtliche Paare ein unterschiedlicher „Status“ gelten soll, leuchtet nach diesen Überlegungen nicht ein. Vielmehr sind sowohl eingetragene Lebenspartnerschaft als auch Ehe insbesondere im Hinblick auf ihre Funktionsgleichheit in gleichem Umfang schutzwürdig.

4. Zwischenergebnis

Die Öffnung der Ehe scheint nach dem allgemeinen Gleichheitssatz von Art. 3 Abs. 1 GG auch geboten. Dies gilt insbesondere unter Berücksichtigung der gesamteuropäischen Tendenz, die Ehe gleichgeschlechtlichen Partner zu ermöglichen. Dem trägt auch die aktuelle und zu erwartende Rechtsprechung sowohl des EuGH als auch des EGMR Rechnung, die immer öfter Staaten wegen Diskriminierungen gleich- und verschiedengeschlechtlicher Partner verurteilt.

⁹⁴ BVerfGE 126, 400, 430.

⁹⁵ BVerfGE 131, 239, 258.

⁹⁶ BVerfGE 133, 377, 407.

⁹⁷ BVerfGE 133, 59, 73.

II. Das Verbot der Diskriminierung aufgrund der sexuellen Ausrichtung in der EU

1. Unmittelbares Diskriminierungsverbot (Art. 21 GrCh, Richtlinie 2000/78/EG)

Zunächst kann die Frage aufgeworfen werden, ob sich aus dem EU-Recht bei der Beschränkung der Ehe auf verschiedengeschlechtliche Paare ein Gleichheitsproblem ergibt. Zunächst verhielt sich der EuGH diesbezüglich sehr zurückhaltend. Unter Hinweis auf den damals mangelnden Konsens der EU-Mitgliedstaaten bezüglich der Anerkennung eingetragener Partnerschaften urteilte er im Fall *D. und Schweden v. Rat der Europäischen Union*, dass die Ungleichbehandlung von Verheirateten und eingetragenen Lebenspartnern gleichen Geschlechts im Beamtenstatut der EU⁹⁸ kein Gleichheitsproblem darstelle.⁹⁹ Im Hinblick auf die nachfolgende Rechtsentwicklung ist diese Rechtsprechung jedoch hinfällig. Art. 21 GrCh, der gem. Art. 6 Abs. 3 EUV Primärrechtsrang genießt, nennt die sexuelle Orientierung inzwischen explizit als verbotenes Diskriminierungsmerkmal.

Im Rahmen der Ungleichbehandlung gleich- und verschiedengeschlechtlicher Paare ist jedoch nochmals auf die Kompetenzverteilung zwischen Union und Mitgliedstaaten zurückzukommen. Zur Regelung des Familienstands und davon abhängiger Leistungen sind allein die Mitgliedstaaten zuständig. Sie entscheiden selbständig darüber, ob sie die Ehe für gleichgeschlechtliche Paare öffnen, ihnen nur eine Sonderform der rechtlichen Absicherung anbieten, wie beispielsweise eine eingetragene Lebenspartnerschaft, oder nichts dergleichen tun. Weiterhin regeln sie, welche Leistungen im Hinblick auf das Bestehen einer Ehe oder eingetragenen Partnerschaft gewährt werden.¹⁰⁰ Dies kann aber nicht dazu führen, dass die Mitgliedstaaten das Diskriminierungsverbot unterlaufen, indem sie diverse Leistungen von der Ehe abhängig machen und diese nur für verschiedengeschlechtliche Paare zugänglich machen. Die ausschließliche Kompetenz der Mitgliedstaaten muss vielmehr unionskonform und nach dem „Wenn-dann-Schema“ ausgelegt werden: Wenn ein Mitgliedstaat verheirateten Personen eine bestimmte Leistung gewährt, darf er nicht aufgrund der sexuellen Orientierung diskriminieren.¹⁰¹

Ergänzend zu Art. 21 GrCh muss jedoch Art. 19 AEUV beachtet werden, welcher der Union erlaubt, Diskriminierungen aufgrund der sexuellen Orientierung zu bekämpfen. Die EU kann daher Sekundärrecht erlassen, was wiederum Art. 5 Abs. 1, Abs. 2 EUV entsprechen muss, die Mitgliedstaaten aber wirksam verpflichten kann. Auf dieser Grundlage wurde die sog.

⁹⁸ Verordnung (EWG, Euratom, EGKS) Nr. 259/68 des Rates vom 29. Februar 1968 zur Festlegung des Statuts der Beamten der Europäischen Gemeinschaften, ABl. L 56, 04.03.1968, S.1.

⁹⁹ EuGH, Urteil v. 31. Mai 2001, verb. Rs. C-122/99 P und C 125/99 P, *D. und Schweden v. Rat der Europäischen Union*, ECLI:EU:C:2001:304, Rn. 52 ff.

¹⁰⁰ B.II., S. 11.

¹⁰¹ Richter, ZEuS, 2014, 301, 307 f.

Gleichbehandlungsrichtlinie im Bereich von Beschäftigung und Beruf¹⁰² erlassen. Diese nennt in ihrem Art. 2 Abs. 2 lit. b die sexuellen Ausrichtung als verbotenes Diskriminierungsmerkmal. Gleichzeitig heißt es aber in Erwägungsgrund 22, dass die Richtlinie die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften über den Familienstand und davon abhängige Leistungen unberührt lässt. Im Fall *Maruko* entschied der EuGH daher, dass die Ungleichbehandlung von verpartnerten und verheirateten Personen im Bereich der Hinterbliebenenversorgung im deutschen Recht nicht gegen EU-Recht verstoße.¹⁰³ Er betonte zwar, dass nach seiner Auffassung eine Vergleichbarkeit von Lebenspartnerschaft und Ehe im Hinblick auf die Versorgung des überlebenden Ehegattens gegeben sei. Jedoch wies er klar darauf hin, dass die Frage, ob Lebenspartnerschaft und Ehe in Bezug auf den konkreten Regelungsgegenstand vergleichbar seien, den nationalen Gerichten vorbehalten sei.¹⁰⁴ Diese Auffassung bestätigte der EuGH kurze Zeit später auch im Fall *Römer*.¹⁰⁵

Aufgrund der fehlenden Kompetenz im Bereich des Familienstands konnte der EuGH somit bisher vermeiden, zum Thema der rechtlichen Anerkennung gleichgeschlechtlicher Partnerschaften klar Stellung zu beziehen. Die Mitgliedstaaten können durch die Wertung von Ungleichbehandlungen gleich- und verschiedengeschlechtlicher Paare als Diskriminierung i.S.d. Art. 21 GrCh oder der Gleichbehandlungsrichtlinie durch den Gerichtshof nicht zur Öffnung der Ehe verpflichtet werden.

2. Mittelbares Diskriminierungsverbot (Richtlinie 2004/38/EG i.V.m. Art. 21 GrCh, Art. 45 AEUV)

Was aber passiert, wenn sich ein Ehepartner einer gleichgeschlechtlichen Ehe in Ausübung seines Rechts auf Freizügigkeit (Art. 45, 49 AEUV) in einem anderen EU-Mitgliedstaat niederlässt, in dem die gleichgeschlechtliche Ehe nicht erlaubt ist? Es stellt sich dann die Frage, ob dieser Mitgliedstaat die in einem anderen europäischen Staat geschlossene gleichgeschlechtliche Ehe anerkennen muss. Zu beachten ist der Grundsatz der Einheitlichkeit der persönlichen Rechtsstellung, wonach der Personenstand eines Unionsbürgers im gesamten Gebiet der EU anerkannt werden muss.¹⁰⁶

In diesem Zusammenhang ist ein Verfahren im Fall *Coman* vor dem EuGH anhängig.¹⁰⁷ Adrian Coman, ein rumänischer Staatsangehöriger, und Robert Hamilton, ein amerikanischer Staatsangehöriger lebten vier Jahre zusammen in den USA und heirateten 2010 in Brüssel. Ende 2012 beantragten sie bei der zuständigen rumänischen Behörde die Ausstellung der notwendigen Unterlagen, damit sich Coman mit seinem Ehemann auf Dauer in Rumänien

¹⁰² Richtlinie (EU) 2000/78 EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABl. L 303/16, 2.12.2000, S.16.

¹⁰³ EuGH, Urteil v. 1. April 2008, Rs. C-267/06, *Maruko* (GK), ECLI:EU:C:2008:179, Rn. 73.

¹⁰⁴ *ibid.*

¹⁰⁵ EuGH, Urteil v. 10. Mai 2011, Rs. C-147/08, *Römer* (GK), ECLI:EU:C:2011:286, Rn. 52.

¹⁰⁶ EuGH, Urteil v. 31. Mai 2001, verb. Rs. C-122/99 P und C 125/99 P, *D. und Schweden v. Dänemark und Niederlande*, ECLI:EU:C:2001:304, Rn. 42 ff.

¹⁰⁷ OJ C 104, 03. April 2017, S. 29 (Rs. C-673/16).

aufhalten und dort arbeiten konnte. Gestützt war der Antrag auf die sog. Freizügigkeitsrichtlinie, die es dem Ehegatten eines EU-Bürgers, der von seinem Freizügigkeitsrecht Gebrauch gemacht hat, erlaubt, diesem in den Aufenthaltsmitgliedstaat nachzuziehen.¹⁰⁸

Hamilton wurde das Aufenthaltsrecht von den rumänischen Behörden mit der Begründung versagt, dass er in Rumänien nicht als Ehegatte eines Unionsbürgers behandelt werden könne, da Rumänien die gleichgeschlechtliche Ehe nicht anerkenne. Das Ehepaar klagte vor den rumänischen Gerichten. Der Verfassungsgerichtshof Rumäniens legte die Sache gem. Art. 267 AEUV dem EuGH vor mit der Bitte um Klärung, ob Hamilton als Ehegatte eines Unionsbürgers, der von seinem Freizügigkeitsrecht Gebrauch gemacht hat, ein Daueraufenthaltsrecht in Rumänien zu gewähren ist.

Die wesentliche Frage ist also, ob der Begriff „Ehegatte“ i.S.d. Art. 2 Nr. 2 lit. a der Freizügigkeitsrichtlinie den gleichgeschlechtlichen Ehegatten eines EU-Bürgers erfasst. Dieser Fall bietet dem EuGH erstmals die Möglichkeit, sich zur Interpretation des Art. 2 Nr. 2 lit. a zu äußern.¹⁰⁹ Das entscheidende rechtliche Problem dieses Falles liegt nicht in der Legalisierung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare, sondern in der Freizügigkeit der Unionsbürger. Denn den Mitgliedstaaten steht es nach wie vor frei, ob sie die Ehe für Personen desselben Geschlechts öffnen wollen.¹¹⁰ Dies ändert aber nichts daran, dass sie ihre Verpflichtungen hinsichtlich der Freizügigkeit der Unionsbürger beachten müssen. Es geht darum, ob die gleichgeschlechtliche Ehe auch über die Grenzen eines Mitgliedstaats hinweg anerkannt werden muss. Sollte der EuGH entscheiden, dass der Ehegatte in Art. 2 Nr. 2 lit. a auch den gleichgeschlechtlichen Ehepartner eines EU-Bürgers erfasst, würde dies dennoch zu einer mittelbaren Verpflichtung der Mitgliedstaaten führen. Sie müssten im EU-Ausland geschlossene Ehen gleichgeschlechtlicher Partner anerkennen und im Hinblick auf die momentane Rechtsentwicklung wohl auf lange Sicht selbst die Ehe für alle öffnen.

Einige grundlegende Überlegungen zeigen, wie der EuGH im vorliegenden Fall entscheiden sollte. Sollte der EuGH die Frage, ob der Begriff des „Ehegatten“ im Sinne des Aufenthaltsrechts den gleichgeschlechtlichen Ehegatten erfasse, negativ beantworten, würde er den Mitgliedstaaten erlauben, die Freizügigkeit gleichgeschlechtlicher verheirateter Unionsbürger zu missachten. Der Gerichtshof kann EU-Recht nicht dahingehend interpretieren, dass er den Mitgliedstaaten die Erlaubnis erteilt, gegen eindeutige Vorschriften des Unionsrechts zu

¹⁰⁸ Richtlinie (EG) Nr. 1612/68 des Europäischen Parlaments und des Rates vom. 29. April 2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, ABl. L 158/77, 30.04.2004, S. 77, (Art. 6).

¹⁰⁹ *Tryfonidou*, *Awaiting the ECJ Judgement in Coman: Towards the Cross-Border Legal Recognition of Same-Sex Marriages in the EU?*, <http://eulawanalysis.blogspot.de/2017/03/awaiting-ecj-judgment-in-coman-towards.html>, (letzter Abruf: 13.01.2018).

¹¹⁰ B.II., S. 12.

verstoßen.¹¹¹ Weiterhin ist der EuGH als einer der EU-Institutionen durch die EU-GrCh gebunden, vgl. Art. 51 Abs. 1 GrCh. Damit hat er sicherzustellen, dass er nicht gegen das Diskriminierungsverbot des Art. 21 GrCh verstößt. Ein Ausschluss des gleichgeschlechtlichen Ehepartners aus dem Anwendungsbereich der Freizügigkeitsrichtlinie wäre aber eine direkte Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung gem. Art. 21 GrCh. Dies gebietet bereits die Richtlinie selbst in ihrem 31. Erwägungsgrund, der auf das Diskriminierungsverbot verweist. Zu beachten ist weiterhin Art. 52 Abs. 3 GrCh, der auf die Rechte der EMRK verweist. Der EGMR hat jedoch kürzlich im Fall *Pajic v. Kroatien* entschieden, dass die Weigerung der Anerkennung einer in einem anderen Vertragsstaat wirksam geschlossenen Ehe eine konsequente Weigerung der Familienzusammenführung darstellt und als Verstoß gegen Art. 8 i.V.m. Art. 14 EMRK zu werten ist.¹¹² Sollte der EuGH den gleichgeschlechtlichen Ehepartner aus dem Anwendungsbereich der Freizügigkeitsrichtlinie ausnehmen, würde er gegen die Rechtsprechung des EGMR stellen und Art. 52 Abs. 3 GrCh missachten.

In seinen Schlussanträgen zum Fall *Coman* vom 11. Januar 2018 hat der Generalanwalt *Wathelet* darauf hingewiesen, dass Art. 2 Nr. 2 lit. a der Freizügigkeitsrichtlinie für den Begriff des „Ehegatten“ nicht auf das Recht der Mitgliedstaaten verweise, sodass der Begriff in der EU eine autonome und einheitliche Auslegung erfahren müsse.¹¹³ Im Hinblick auf die allgemeine gesellschaftliche Entwicklung in den Mitgliedstaaten und die Tatsache, dass zum jetzigen Zeitpunkt 13 EU-Mitgliedstaaten die gleichgeschlechtliche Ehe erlaubten, könne jedoch am traditionellen Ehebegriff, der sich auf Mann und Frau beschränke, nicht mehr festgehalten werden. Auch *Wathelet* plädiert daher dafür, dass die ausschließliche Kompetenz der Mitgliedstaaten bezüglich der Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare nicht zu einer Behinderung der Aufenthaltsfreiheit eines Unionsbürgers dadurch führen könne, dass seinem gleichgeschlechtlichen Ehegatten das Aufenthaltsrecht in der EU verweigert würde.¹¹⁴ Auch wenn die Schlussanträge des Generalanwalts für den Gerichtshof nicht bindend sind, scheint es doch wahrscheinlich, dass der EuGH unter den Begriff des „Ehegatten“ im aufenthaltsrechtlichen Sinne auch den Ehegatten gleichen Geschlechts erfassen und die Mitgliedstaaten damit mittelbar zur Anerkennung gleichgeschlechtlicher Ehen verpflichtet wird.

¹¹¹ *Tryfonidou*, Awaiting the ECJ Judgement in *Coman*: Towards the Cross-Border Legal Recognition of Same-Sex Marriages in the EU?, <http://eulawanalysis.blogspot.de/2017/03/awaiting-ecj-judgment-in-coman-towards.html> (letzter Abruf: 13.01.2018).

¹¹² EGMR, *Pajic v. Croatia*, App. no. 68453/13, 23. Mai 2016, Rn. 86.

¹¹³ Schlussanträge v. 11. Januar 2018, Rs. C-673/16, *Coman*, ECLI:EU:C:2018:2, Rn. 78.

¹¹⁴ Schlussanträge v. 11. Januar 2018, Rs. C-673/16, *Coman*, ECLI:EU:C:2018:2, Rn. 99.

III. Das Verbot der Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung der EMRK

1. Rechtsgrundlage (Art. 14 EMRK i.V.m. Art. 8 EMRK)

Auch aus der EMRK, auf die Art. 6 Abs. 3 EUV verweist, kann ein Verbot der Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung abgeleitet werden. Die Menschenrechtskonvention verbürgt in ihrem Art. 14 EMRK ein Verbot von Diskriminierungen aufgrund bestimmter personenbezogener Merkmale. Die sexuelle Orientierung wird vom Wortlaut nicht ausdrücklich als Unterscheidungsmerkmal genannt, sie fällt jedoch unter den Begriff des „sonstigen Status“ und wird somit von Art. 14 EMRK erfasst.¹¹⁵ Dieser gilt allerdings nur für den „Genuss der in dieser Konvention anerkannten Rechte und Freiheiten“ und ergänzt damit die anderen materiellen Normen der Menschenrechtskonvention. Art. 14 EMRK ist also ein akzessorisches Gleichheitsrecht und kann nur in Verbindung mit einem anderen Freiheitsrecht gerügt werden.¹¹⁶ In Bezug auf die Ungleichbehandlung homo- und heterosexueller Paare kommt hier neben Art. 12 auch Art. 8 EMRK in Betracht, der das Recht auf Privat- und Familienleben schützt.

2. Rechtspraxis

Der Gerichtshof hat die Ungleichbehandlung homosexueller Menschen in vielen Entscheidungen als Verstoß gegen Art. 14 i.V.m. Art. 8 EMRK gewertet.¹¹⁷ Die sexuelle Identität einer Person gehört zum geschützten Privatleben i.S.d. Art. 8 EMRK.¹¹⁸ Bei der Wertung von Ungleichbehandlungen gleich- und verschiedengeschlechtlicher Paare als Diskriminierung i.S.d. Art. 14 EMRK zeigte sich der EGMR jedoch zunächst zurückhaltend. In den 1990er Jahren akzeptierte er innerstaatliche Bestimmungen, die gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaften gegenüber verschiedengeschlechtlichen Beziehungen und Ehegatten benachteiligten. In den Fällen Simpson und Rööslhi hielt der EGMR analog zur Auslegung des Art. 12 EMRK die Ungleichbehandlung von gleich- und verschiedengeschlechtlichen Partnerschaften hinsichtlich des mietrechtlichen Eintrittsrechts des hinterbliebenen Partners unter Hinweis auf den besonderen Schutz der traditionellen Familie für gerechtfertigt.¹¹⁹ Mit dieser Begründung

¹¹⁵ *Peters/König*, in: Dörr/Grothe/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG Konkordanzkommentar, Kap. 21, Rn. 198 ff.; *Wiemann*, EuGRZ, 2010, 408 ff.

¹¹⁶ *Meyer-Ladewig/Lehner*, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer (Hrsg.), Europäische Menschenrechtskonvention, Art. 14 Rn. 5; *Sauer*, in: Karpenstein/Mayer, Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, Art. 14, Rn. 14.

¹¹⁷ EGMR, *Dudgeon v. United Kingdom*, App. no. 7525/76, 22. Oktober 1981, Rn. 63 ff.; EGMR, *L. and V. v. Austria*, App. nos. 39392/98 and 39829/98, 9. April 2003, Rn. 34 ff.

¹¹⁸ EGMR, *van Kuck v. Germany*, App. no. 35968/97, 12. Juni 2003, Rn. 69; *Meyer-Ladewig/Nettesheim*, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer (Hrsg.), Europäische Menschenrechtskonvention, Art. 8, Rn. 24; *Pätzold*, in: Karpenstein/Mayer: Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, Art. 8, Rn. 11.

¹¹⁹ EGMR, *Simpson v. United Kingdom*, App. no. 11716/85, 26. August 1985; EGMR, *Rööslhi v. Germany*, App. no. 28318/95, 15. Januar 1996.

befand er auch die Besserstellung der Partner einer verschiedengeschlechtlichen Lebensgemeinschaft im Ausländerrecht für zulässig.¹²⁰

Mit seiner Entscheidung im Fall *Karner* im Jahr 2003 vollzog der Gerichtshof jedoch eine Kehrtwende. Er beurteilte die Weigerung österreichischer Gerichte, dem Lebenspartner eines verstorbenen Homosexuellen ein Eintrittsrecht in den Mietvertrag über die gemeinsame Wohnung zuzugestehen, als Verletzung von Art. 8 i.V.m. Art. 14 EMRK.¹²¹ Er wies darauf hin, dass Ungleichbehandlungen aufgrund der sexuellen Orientierung besonders ernsthafter Gründe („particularly serious reasons“) bedürften, um gerechtfertigt zu sein.¹²² Der Schutz der traditionellen Familie sei als Rechtfertigungsgrund nicht geeignet, denn es bleibe unklar, warum dieser Zweck die Schlechterbehandlung homosexueller Partnerschaften erforderlich mache.¹²³

Danach ist es jedoch verwunderlich, dass der EGMR den Schutz gleichgeschlechtlicher Partnerschaften lange nur auf das „Privatleben“, nicht jedoch auf das „Familienleben“ i.S.d. Art. 8 EMRK bezog.¹²⁴ Mit Blick auf die unterschiedlichen einzelstaatlichen Regelungen hinsichtlich der Anerkennung gleichgeschlechtlicher Lebensgemeinschaften hat der EMRK eine Subsumtion der gleichgeschlechtlichen Beziehung unter den Familienbegriff lange verneint.¹²⁵ Dies erscheint jedoch unverständlich, denn nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs liegt der Anknüpfungspunkt des Rechts auf die Achtung des Familienlebens nicht im Recht auf Familiengründung aus Art. 12 EMRK. Vielmehr schützt Art. 8 EMRK auch nicht-eheliche Beziehungen, die Beziehung zwischen Verwandten sowie die de-facto-Familie.¹²⁶ Nach diesen Überlegungen stellt die Ungleichbehandlung homosexueller Paare eine un gerechtfertigte Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung dar.¹²⁷

In seiner Entscheidung im Fall *Schalk und Kopf v. Österreich* hat der EGMR diese Ungleichbehandlung i.R.d. Art. 8 EMRK endlich aufgegeben, sodass gleichgeschlechtliche Beziehungen auch unter den Schutz des „Familienlebens“ fallen.¹²⁸ Vor diesem Hintergrund hat der Gerichtshof auch seine Rechtsprechung zur Adoption geändert. Im Fall *Fretté v. Frankreich* im Jahr 2002 hielten die Straßburger Richter es im Hinblick auf das Kindeswohl noch für gerechtfertigt, den homosexuellen Beschwerdeführer als für eine Adoption ungeeignet zu erklären.¹²⁹ In einem ähnlich gelagerten Fall entschied der EGMR später jedoch, dass die Homo-

¹²⁰ EGMR, *C. and. L.M. v. United Kingdom*, App. no. 14753/89, 9. Oktober 1989.

¹²¹ EGMR, *Karner v. Austria*, App. no. 40016/98, 24. Oktober 2003, Rn. 43.

¹²² EGMR, *Karner v. Austria*, App. no. 40016/98, 24. Oktober 2003, Rn. 37.

¹²³ EGMR, *Karner v. Austria*, App. no. 40016/98, 24. Oktober 2003, Rn. 41.

¹²⁴ EGMR, *Simpson v. United Kingdom*, App. no. 11716/85, 26. August 1985; EGMR, *C. u. L.M. v. United Kingdom*, App. no. 14753/89, 9. Oktober 1989.

¹²⁵ EGMR, *Mata Estevez v. Spain*, App. no. 56501/00, 10. Mai 2001, Rn. 184.

¹²⁶ EGMR, *Keegan v. Ireland*, App. no. 16969/90, 26. Mai 1994, Rn. 44; *Mückl*, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte VI/1, § 141, Rn. 33ff.

¹²⁷ *Wiemann*, EuGRZ 2010, 408, 411.

¹²⁸ EGMR, *Schalk and Kopf v. Austria*, App. no. 30141/04, 22. November 2010, Rn. 79.

¹²⁹ EGMR, *Fretté v. France*, App. no. 36515/97, 26. Februar 2002, Rn. 42.

sexualität einer Beschwerdeführerin, die mit einer Lebenspartnerin zusammenlebte, eine determinierende Rolle für die Entscheidung gespielt habe, sie als ungeeignet für eine Adoption anzusehen. Dies werteten die Richter als Verstoß gegen Art. 8 i.V.m. Art. 14 EMRK.¹³⁰ Kürzlich hat der Gerichtshof weiterhin entschieden, dass das österreichische Verbot der Stiefkindadoption gleichgeschlechtlicher Paare mit Art. 8 i.V.m. Art. 14 EMRK unvereinbar sei.¹³¹ Es bestehe zwar keine Ungleichbehandlung im Verhältnis zu Eheleuten, da sich ein unverheiratetes gleichgeschlechtliches Paar nicht in einer Vergleichslage mit Ehegatten befinden würde, wohl aber im Verhältnis zu unverheirateten verschiedengeschlechtlichen Paaren, bei denen in Österreich ein Partner das Recht hat, das Kind seines Lebensgefährten anzunehmen.¹³²

Angesichts dieses erweiterten Schutzes für gleichgeschlechtliche Paare, stellt sich die Frage, ob diese ein Recht auf die rechtliche Anerkennung ihrer Lebensgemeinschaften beanspruchen können. Hinsichtlich der Ehe betonte der EGMR im Fall *Schalk und Kopf v. Österreich*, dass weder aus Art. 8 noch aus Art. 12 i.V.m. Art. 14 EMRK eine Pflicht der Mitgliedstaaten zur Öffnung der Ehe hervorgehe. Begründet wurde dies mit dem mangelnden Konsens auf europäischer Ebene (zum Zeitpunkt der Entscheidung ließen nur 6 von 47 Konventionsstaaten die gleichgeschlechtliche Ehe zu).¹³³ Im Fall *Oliari u.a. v. Italien* stellte der EGMR jedoch fest, dass 24 von 47 Vertragsstaaten ein Rechtsinstitut für gleichgeschlechtliche Partner eingeführt hätten und Italien, indem es homosexuellen Paaren keine Möglichkeit der rechtlichen Absicherung bot, gegen Art. 8 i.V.m. Art. 14 EMRK verstoße.¹³⁴ Die Richter betonten, dass sich gleichgeschlechtliche Partner in einer mit verschiedengeschlechtlichen Partnern vergleichbaren Lage befänden: Beide seien zur Führung stabiler Lebensgemeinschaften in der Lage und seien daher in gleicher Weise schutzbedürftig.¹³⁵ Im Hinblick auf einen europäischen Konsens verpflichtete der EGMR so alle Vertragsstaaten, gleichgeschlechtlichen Paaren ein Rechtsinstitut zur Verfügung zu stellen. Dem kam auch Italien nach und führte im Frühjahr 2016 eine eingetragene Lebenspartnerschaft für gleichgeschlechtliche Paare ein.

Nach dem gegenwärtigen Stand der Rechtsprechung kann aus der EMRK zwar kein Recht gleichgeschlechtlicher Paare auf Eheschließungsfreiheit gem. Art. 12 i.V.m. Art. 14 EMRK abgeleitet werden, sondern nur auf die generelle Möglichkeit einer rechtlichen Absicherung aus Art. 8 i.V.m. Art. 14 EMRK. Wie der EGMR jedoch betont hat, hängt die negative Beantwortung dieser Frage ausschließlich mit dem fehlenden Konsens unter den Vertragsstaaten

¹³⁰ EGMR, *E.B. v. France*, App. no. 43546/02, 22. Januar 2008, Rn. 94 ff.

¹³¹ EGMR, *X. and others v. Austria* (GC), App. no. 19010/07, 19. Februar 2013, Rn. 153.

¹³² EGMR, *X. and others v. Austria* (GC), App. no. 19010/07, 19. Februar 2013, Rn. 151; *Maierhöfer*, EuGRZ, 2013, 105, 106.

¹³³ EGMR, *Schalk and Kopf v. Austria*, App. no. 30141/04, 22. November 2010, Rn. 58, 63, 101.

¹³⁴ EGMR, *Oliari and others v. Italy*, App. nos. 18766/11 and 36030/11, 21. Oktober 2015, Rn. 55, 185 ff.

¹³⁵ EGMR, *Oliari and others v. Italy*, App. nos. 18766/11 and 36030/11, 21. Oktober 2015; EGMR, *Schalk and Kopf v. Austria*, App. no. 30141/04, 22. November 2010, Schalk und Kopf, Rn. 99.

zusammen. Es ist daher nur eine Frage der Zeit, bis der EGMR ein Recht auf Ehe für gleichgeschlechtliche Paare herausbildet. In seiner Entscheidung im Fall Schalk und Kopf v. Österreich hat der Gerichtshof bereits deutlich gemacht, dass Art. 12 EMRK der Ehe zwischen gleichgeschlechtlichen Paaren nicht entgegensteht. Es ist daher wahrscheinlich, dass nach der Öffnung der Ehe in der Mehrheit der europäischen Staaten die übrigen Staaten durch den EGMR dazu gezwungen werden.

D. Fazit

Der rasante gesellschaftliche Wandel im Bereich der Homosexualität hat dazu geführt, dass gleichgeschlechtliche Partnerschaften heute nicht mehr verpönt, sondern allgemein anerkannt sind. Dieser Wandel ging mit einer stetigen Rechtsentwicklung einher, die verschieden- und gleichgeschlechtliche Partnerschaften rechtlich immer weiter angenähert hat. Die Öffnung der Ehe für Personen gleichen Geschlechts war die logische Konsequenz dieser Entwicklung. Denn eingetragene Lebenspartnerschaften und Ehen erfüllen denselben Zweck: Die rechtliche Absicherung einer stabilen Beziehung, die durch die Übernahme von Verantwortung für den Partner geprägt ist. Aufgrund der Funktionsgleichheit der beiden Rechtsinstitute kann heute nicht mehr auf den Schutz der traditionellen Ehe des Art. 6 Abs. 1 GG verwiesen werden, um die Beschränkung der Ehe auf Mann und Frau zu rechtfertigen. Das Gesetz zur Öffnung der Ehe findet daher durch eine dynamische Interpretation des Grundgesetzes seine Berechtigung. Auch Ungleichbehandlungen zwischen gleich- und verschiedengeschlechtlichen Paaren können heute nicht mehr gerechtfertigt werden und stellen einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG dar. Mit der Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare hat sich Deutschland einer Rechtsentwicklung in Europa angeschlossen. Nachdem sich 13 EU-Mitgliedstaaten dafür entschieden haben, den Zugang zur Ehe auch gleichgeschlechtlichen Paaren zu gewähren, hat mit Österreich ein weiteres Land angekündigt, diese Entwicklung nachzuvollziehen. Angesichts dieses sich entwickelnden Konsenses scheint es ohnehin nur noch eine Frage der Zeit zu sein, bis der EGMR ein Recht gleichgeschlechtlicher Partner auf Eheschließung herausbildet oder der EuGH die Mitgliedstaaten mittelbar hierzu verpflichtet. Daher bleibt die Entscheidung im Fall Coman mit Spannung zu erwarten.

Literaturverzeichnis

Antidiskriminierungsstelle des Bundes, Einstellungen gegenüber Lesben, Schwulen und Bi-sexuellen in Deutschland, Ergebnisse einer bevölkerungsrepräsentativen Umfrage, http://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/Downloads/DE/publikationen/Umfragen/Handout_Themenjahrumfrage_2017.pdf?__blob=publicationFile&v=4, Januar 2017, (letzter Abruf: 13.01.2018).

Bamberger, Hein Georg/Roth, Herbert/Hau, Wolfgang/Poseck, Roman (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar BGB, 44. Edition, Stand: 25.01.2018, München 2017.

Bayerische Staatsregierung, Bericht aus der Kabinettsitzung Teil 2, <http://www.bayern.de/bericht-aus-der-kabinettsitzung-teil-2-24/?seite=1579#2>, 5. September 2017, (letzter Abruf: 16.02.2018).

Beck, Volker, Gleichstellung durch Öffnung der Ehe, FPR, 2010, 220-226.

Benda, Ernst/Maihofer, Werner/Vogel, Hans-Jochen (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 2. Auflage, Berlin, 1994.

Benedict, Jörg, Die Ehe unter des besonderen Schutz der Verfassung – ein vorläufiges Fazit, JZ, 2013, 477-532.

Bömelburg, Regina, Die eingetragene Lebenspartnerschaft – ein überholtes Rechtsinstitut, NJW, 2012, 2753-2758.

Bruns, Manfred, Art. 6 Abs. 1 GG und gesetzliche Regelungen für gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaften, ZPR, 1996, 6-10.

Burgi, Martin, Schützt das Grundgesetz die Ehe vor der Konkurrenz anderer Lebensgemeinschaften?, Der Staat, 2000, 487-508.

Calliess, Christian/Ruffert, Matthias (Hrsg.), EUV/AEUV, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, Kommentar, 5. Auflage, München, 2016.

Calliess, Christian, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union – Fragen der Konzeption, Kompetenz und Verbindlichkeit, EuZW, 2001, 261-268.

Cornils, Matthias, Die Ausgestaltung der Grundrechte, Untersuchungen zur Grundrechtsbindung des Ausgestaltungsgesetzgebers, Tübingen, 2005.

Dethloff, Nina, Nichteheleiche Lebensgemeinschaft und Kinder, in: Scherpe, Jens/Yassari, Nadjma (Hrsg.), Die Rechtsstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften, Tübingen, 2005, S. 137-162.

Deutscher Bundestag/Bundesarchiv (Hrsg.), Der Parlamentarische Rat 1948-1949, Akten und Protokolle, Band 5/II, Ausschuss für Grundsatzfragen, Boppard am Rhein, 1993.

Deutscher Bundestag/Bundesarchiv (Hrsg.), Der Parlamentarische Rat 1948-1949, Akten und Protokolle, Band 7, Entwürfe zum Grundgesetz, Boppard am Rhein, 1993.

Dörr, Oliver/Grote, Rainer, Maruhn, Thilo, EMRK/GG Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz, Band II, 2. Auflage, Tübingen, 2013.

Dreier, Horst (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Band 1, Artikel 1-19, 3. Auflage, Tübingen 2013.

Epping, Volker, Grundrechte, 7. Auflage, Berlin 2017.

Freytag, Christiane, Lebenspartnerschaftsgesetz, Eheschutzgebot und Differenzierungsverbot – eine verfassungsrechtliche Untersuchung unter Berücksichtigung der neuesten Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts in dieser Sache, DÖV, 2002, 445-455.

Germann, Michael, Dynamische Grundrechtsdogmatik von Ehe und Familie?, VVDStRL 73 (2013), 257-291.

Grünberger, Michael, Die Gleichbehandlung von Ehe und eingetragener Lebenspartnerschaft im Zusammenspiel von Unionsrecht und nationalem Verfassungsrecht, Das Urteil des BVerfG zur VBL-Hinterbliebenenrente, FPR, 2010, 203-208.

Henrich, Dieter, Wertentscheidungen im Wertewandel: Betrachtungen zu Art. 6 Abs. 1 GG, in: Badura, Peter/Scholz, Rupert (Hrsg.), Wege und Verfahren des Verfassungslebens, Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag, München, 1993.

Herdegen, Matthias, Europarecht, 19. Auflage, München, 2017.

Heselhaus, Sebastian/Nowak, Carsten (Hrsg.), Handbuch der Europäischen Grundrechte, München, 2006.

Hömig, Dieter/Wolff, Heinrich Amadeus (Hrsg.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Handkommentar, 11. Auflage, Baden-Baden, 2016.

Hong, Mathias, Warum das Grundgesetz die Ehe für alle verlangt, <http://verfassungsblog.de/warum-das-grundgesetz-die-ehe-fuer-alle-verlangt/>, 29. Juni 2017, (letzter Abruf : 13.01.2017).

Ipsen, Jörn, Ehe für alle – verfassungswidrig?, NVwZ, 2017, 1096-1099.

Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band VII: Freiheitsrechte, 3. Auflage, Heidelberg, 2009.

Jarass, Hans (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Kommentar, 3. Auflage, München, 2016.

Jarass, Hans/Pieroth Bodo (Hrsg.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 14. Auflage, München, 2016.

Jellinek, Georg, Verfassungsänderung und Verfassungswandlung, Berlin, 1906.

Karpenstein, Ulrich/Mayer, Franz (Hrsg.), Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, Kommentar, 2. Auflage, München 2015.

Kingreen, Thorsten/Poscher, Ralf, Grundrechte Staatsrecht II, 33. Auflage, Heidelberg, 2017.

Kreyenfeld, Michaela/Konietzka, Dirk, Nichtehele Lebensgemeinschaften - demographische Trends und gesellschaftliche Strukturen, in: Scherpe, Jens/Yassari, Nadjma (Hrsg.), Die Rechtsstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften, Tübingen, 2005, S. 45-75.

Krings, Günter, Die „eingetragene Lebenspartnerschaft“ für gleichgeschlechtliche Paare, Der Gesetzgeber zwischen Schutzabstandsgebot und Gleichheitssatz, ZRP, 2000, 409-415.

Krings, Günter, Vom Differenzierungsgebot zum Differenzierungsverbot – Hinterbliebenenversorgung eingetragener Lebenspartner, NVwZ, 2011, 26-27.

Lesben- und Schwulenverband Deutschland, Öffnung der Ehe, <https://www.lsvd.de/politik/oeffnung-der-ehe.html>, o.A., (letzter Abruf: 16. Februar 2018).

Maierhöfer, Christian, Homosexualität, Ehe und Gleichheit: Ein Missverständnis im Dialog der Gerichte, Die Urteile des BVerfG und des EGMR vom 19. Februar 2013, EuGZ, 2013, 105-113.

Mangoldt von, Hermann/Klein, Friedrich/Starck, Christian (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Band 1, Präambel, Art. 1-19, 6. Auflage, München, 2010.

Maunz, Theodor/Dürig, Günter (Begr.), Grundgesetz, Kommentar, Band II, Art. 6-15, 81. Ergänzungslieferung, München, 2017.

Merten, Detlef, Eheliche und nichteheliche Lebensgemeinschaften unter dem Grundgesetz, in: Isensee, Josef/Lecheler, Helmut (Hrsg.), Freiheit und Eigentum, Festschrift für Walter Leisner zum 70. Geburtstag, Berlin, 1999, S. 615-632.

Merten, Detlef/Papier, Hans-Jürgen (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band II, Grundrechte in Deutschland: Allgemeine Lehren I, Heidelberg, 2006.

Ders., Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band VI/1, Europäische Grundrechte I, Heidelberg, 2010.

Meyer, Jürgen (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Auflage, Baden-Baden, 2014.

Meyer-Ladewig, Jens/Nettesheim, Martin/von Raumer, Stefan (Hrsg.), Europäische Menschenrechtskonvention, Handkommentar, 4. Auflage, Baden-Baden, 2017.

Michael, Lothar/Morlok, Martin, Grundrechte, 6. Auflage, Baden-Baden, 2017.

Pauly, Walter, Sperrwirkungen des verfassungsrechtlichen Ehebegriffs, NJW, 1997, 1955-1957.

Richter, Dagmar, Ehe und Partnerschaft im Recht der Europäischen Union – Wie weit reicht die Bestimmungsmacht der Mitgliedstaaten, ZEuS, 2014, 301-334.

Rijsbergen, Claudia, Der besondere Schutz von Ehe und Familie, Die verfassungsrechtliche Einordnung nichtehelicher Lebensgemeinschaften und Lebenspartnerschaften unter dem Blickwinkel des Verfassungswandels, Norderstedt, 2005.

Rixen, Stephan, Das Ende der Ehe? – Neukontourierung der Bereichsdogmatik von Art. 6 Abs. 1 GG: ein Signal des spanischen Verfassungsgerichts, JZ, 2013, 864-873.

Sachs, Michael, (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 8. Auflage, München, 2018.

Statistisches Bundesamt Deutschland, Ehescheidungen im Zeitverlauf, <https://www-genesis.destatis.de/genesis/online/link/tabelleErgebnis/12631-0001>, o.A., (letzter Abruf: 13.01.2018).

Statistisches Bundesamt Deutschland, Eheschließungen im Zeitverlauf, <https://www-genesis.destatis.de/genesis/online/link/tabelleErgebnis/12611-0001>, o.A., (letzter Abruf: 13.01.2018).

Statistisches Bundesamt Deutschland, Gleichgeschlechtliche Lebenspartnerschaften, https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesellschaftStaat/Bevoelkerung/HaushalteFamilien/Tabellen/3_4_Gleichgeschlechtliche_Lebensgemeinschaften.html, o.A., (letzter Abruf: 13.01.2018).

Stüber, Stephan, Vom Gebot, die Ehe zu fördern, FPR, 2006, 117-120.

Tettinger, Peter, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, NJW, 2001, 1010-1015.

Tryfonidou, Alina, Awaiting the ECJ Judgement in Coman: Towards the Cross-Border Legal Recognition of Same-Sex Marriages in the EU?, <http://eulawanalysis.blogspot.de/2017/03/awaiting-ecj-judgment-in-coman-towards.html>, 5. März 2017 (letzter Abruf: 13.01.2018).

Vedder, Christoph/Heintschel von Heinegg, Wolff (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht: EUV/AEUV/GrCh/EAGV, 2. Auflage, Baden-Baden, 2017.

Volkman, Uwe, Warum die Ehe für alle vor dem BVerfG nicht scheitern wird, <http://verfassungsblog.de/warum-die-ehe-fuer-alle-vor-dem-bverfg-nicht-scheitern-wird/>, 2. Juli 2017, (letzter Abruf: 13.01.2018).

Wiemann, Rebekka, Die Rechtsprechung des EGMR zu sexueller Orientierung, EuGRZ, 2010, 408-414.

Württemberg, Thomas, Zeitgeist und Recht, 2. Auflage, Tübingen, 1991.

Zuck, Rüdiger, Die verfassungsrechtliche Gewährleistung der Ehe im Wandel des Zeitgeistes, NJW, 2009, 1449-1454.