

Ehe für alle: Der Kampf um die Gleichberechtigung

Von Anna Katharina Mangold

Als Bundeskanzlerin Angela Merkel kürzlich gefragt wurde, wie sie es mit der „Ehe für alle“ halte, unterschied sie in ihrer Antwort zwischen Diskriminierung von gleichgeschlechtlich liebenden Menschen einerseits und der Eheöffnung für gleichgeschlechtliche Paare andererseits. Sie sei froh, dass Diskriminierung von Schwulen und Lesben, etwa im Steuerrecht, vorüber sei und diese sich nun outen könnten. Aber an einer Stelle mache sie dann doch einen Unterschied: Die Ehe verstehe sie „als Zusammenleben von Mann und Frau“, so Merkel. Dazu gebe es nun einmal unterschiedliche Meinungen, auch in ihrer Partei, aber das müsse man eben „aushalten“.¹

Gleichgeschlechtlichen Paaren werden also die Ehe und das gemeinsame Adoptionsrecht vorenthalten, und das müssen sie eben „aushalten“. Sachgründe dafür lassen sich den Äußerungen der Kanzlerin nicht entnehmen, der Unterscheidung liegt offenbar vor allem ihr Bauchgefühl zugrunde. Nun ist das politische Tagesgeschäft zweifellos vielfach von Bauchgefühlen geprägt. Wenn es gilt, rasch auf aktuelle Situationen zu reagieren, mag das Bauchgefühl auch durchaus seine Berechtigung haben.

Allerdings zeichnet sich das Bauchgefühl auch durch ein besonderes Charakteristikum aus: den voreingenommenen Blick auf gesellschaftlich benachteiligte Gruppen.² Auf der Grundlage von stereotypen Vorstellungen über bestimmte gesellschaftliche Gruppen werden Urteile und Entscheidungen gefällt, welche die Benachteiligung dieser Gruppen aufrechterhalten. Vielfach handelt es sich dabei um Vorstellungen davon, was „natürlich“ ist – allen Bemühungen der Sozialwissenschaften zum Trotz, die kulturelle Konstruiertheit unsere Konzeptionen von „Natur“ und „Natürlichkeit“ offenzulegen.

Das Recht ist an dieser kulturellen Konstruktion von „Natürlichkeit“ intensiv beteiligt, besonders im Bereich der Sexualität. Diese Erkenntnis macht es notwendig, jene unbewussten Vorannahmen und Stereotype aufzudecken, die zu fortgesetzter Benachteiligung gesellschaftlicher Gruppen führen. Eine Möglichkeit, Vorverständnisse und Vorstellungen von „Natürlichkeit“ zu hinterfragen, ist die Umstellung von bloßen Bauchgefühlen auf den Austausch von Argumenten. Streiten nämlich Menschen über ihre unterschiedlichen Auffassungen, können sie einander nur überzeugen, wenn sie ihre

1 Vgl. LeFloid, Das Interview mit Angela Merkel – #NetzFragtMerkel, www.youtube.com, 13.7.2015.

2 Vgl. Christine Jolls und Cass R. Sunstein, The Law of Implicit Bias, in: „California Law Review“, 4/2006.

Meinung mit Gründen versehen. Der bloße Verweis auf Bauchgefühle, der nicht von Sachargumenten begleitet wird, stellt demgegenüber einen säkularen Rückfall in metaphysisches Denken dar.³ Auch die Verfassung fordert, dass nicht-metaphysische Sachargumente genannt werden müssen, wenn Grundrechte eingeschränkt werden sollen. Der bloße Verweis auf ein Bauchgefühl genügt verfassungsrechtlich niemals. Es ist daher verfassungsrechtlich geboten, im Streit um die Eheöffnung vom Bauchgefühl der Kanzlerin auf Sachargumente umzustellen.

Die Dynamik des Gleichheitssatzes

Im deutschen Grundgesetz findet sich der allgemeine Gleichheitssatz in Artikel 3 Absatz 1: „Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich.“ Trotz der apodiktischen Formulierung existieren faktisch weiterhin vielfältige Ungleichbehandlungen. Der verfassungsrechtliche Gleichheitssatz enthält folglich ein kontrafaktisches Gleichheitsversprechen. Es erlaubt jenen, sich auf die Verfassung zu berufen, die von der Gleichheit gegenwärtig noch ausgeschlossen sind.

Für solch ein neues Gleichheitsverständnis treten soziale Bewegungen ein, die in sozialen Kämpfen das implizit Vorausgesetzte thematisieren und problematisieren, insbesondere die stillschweigenden Ausschlüsse vom Gleichheitsversprechen. Denn auch verfassungsrechtliche Interpretationsvorgänge sind keineswegs frei von unreflektierten Bauchgefühlen, weswegen sich auch hier jene Voreingenommenheit wiederfindet. In den sozialen Kämpfen um das Gleichheitsversprechen wird das Implizite explizit, das Unsichtbare sichtbar und das nicht Sagbare sagbar gemacht.

Der rechtliche Hebel in diesen Kämpfen ist der verfassungsrechtliche Gleichheitssatz. Frauen, Schwarze, Schwule und Lesben, Transgender, Behinderte – all diese Menschen kämpfen um eine Verbesserung ihrer Stellung. Insoweit ist die LGBTTI*-Bewegung⁴ nur eine unter vielen sozialen Bewegungen, die gegen Exklusion aus dem Gleichheitsversprechen ankämpft. Die sozialen Bewegungen machen darauf aufmerksam, dass Gleichheit zwar behauptet wird, aber wichtige Gruppen vergessen werden, etwa Frauen oder *People of Colour* oder eben Schwule und Lesben. Der Gleichheitssatz offenbart in den sozialen Kämpfen seine dynamische Grundgestalt: Er verändert seinen Gehalt, sein Versprechen wird umfassender, immer mehr Gruppen können auf Grundlage des Gleichheitssatzes gleiche Anerkennung in ihrer Verschiedenheit verlangen.

Viele der aufgezählten sozialen Gruppen haben bereits jetzt Verbesserungen erreicht, hin zu mehr Gleichheit für diese Gruppen. Das gilt auch für gleichgeschlechtliche Paare. Ihren Anfang findet die historische Entwicklung im Strafrecht. Paragraph 175 StGB stellte in Deutschland seit dem

3 Vgl. allgemein Jürgen Habermas, *Nachmetaphysisches Denken*, Frankfurt a. M. 1992; zum Verhältnis von Recht und Moral ders., *Faktizität und Geltung*, Frankfurt a. M. 1992, S. 135-150.

4 LGBTTI* steht für lesbisch, schwul (gay), bisexuell, transsexuell, transgender und intersexuell.

Kaiserreich einvernehmliche sexuelle Handlungen zwischen erwachsenen Männern unter Strafe. Die Nazis verschärfte die Strafnorm und schickte die Männer mit einem Rosa Winkel ins KZ. Die Vorschrift galt in ihrer scharfen Form bis Mitte der 1970er Jahre in der Bundesrepublik, erst 1994 wurde sie endgültig aufgehoben. Bis heute sind die Opfer freilich nicht rehabilitiert, auch nicht jene, die von den Nazis in den KZs ermordet wurden.

Schwulenbewegung: Der Kampf um rechtliche Gleichstellung

Gegen den Paragraph 175 StGB richtete sich Mitte der 1950er Jahre eine Verfassungsbeschwerde. Pikanterweise ging es darum, dass nur Sex zwischen Männern bestraft wurde, während Frauen nicht strafrechtlich belangt wurden. An der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts von 1957 lässt sich trefflich zeigen, wie Vorstellungen davon, was „natürlich“ oder „unnatürlich“ ist, als Vorverständnisse die Verfassungsinterpretation beeinflussen. Das Recht wirkt so an der kulturellen Konstruktion von „Natürlichkeit“ mit. In der Entscheidung heißt es etwa ganz selbstverständlich: „Schon die körperliche Bildung der Geschlechtsorgane weist für den Mann auf eine mehr drängende und fordernde, für die Frau auf eine mehr hinnehmende und zur Hingabe bereite Funktion hin. [...] Anders als der Mann wird die Frau unwillkürlich schon durch ihren Körper daran erinnert, dass das Sexualleben mit Lasten verbunden ist. [...] Die Gefahr einer Akzentverschiebung zu Lasten der Bereitschaft, Verantwortung zu übernehmen, und zugunsten des bloßen Lustgewinnes ist daher eine besondere Gefahr der männlichen Sexualität.“⁵ Nur aufgrund dieser Überlegungen vermochte das Gericht, die Strafbarkeit der „widernatürlichen Unzucht“ allein für Männer aufrechtzuerhalten.

In den 1960er Jahren und ausgelöst durch die Stonewall-Proteste in New York wie auch den allgemeinen Aufbruch in Fragen sexueller Selbstbestimmung formierte sich allmählich eine Schwulenbewegung, die sich gegen Gängelung, Kriminalisierung und Diskriminierung einsetzte. Die Lesben gesellten sich nur zögerlich zu dieser Bewegung, viele verorteten sich überwiegend, jedenfalls in Deutschland, noch lange eher im feministischen Lager. In dieser vielfältigen und bunten Bewegung ging es zunächst darum, überhaupt Freiräume für gleichgeschlechtliche Liebe zu schaffen. Das Ziel war dabei teilweise, gerade von lesbischen Frauen, die Ehe als patriarchales Rechtsinstitut ganz abzuschaffen. Liebe und Partnerschaft sollten sich, so die Idee, frei von staatlicher Bevormundung entfalten. Die bürgerliche Ehe mit ihren Besitzansprüchen abschaffen, das war (und ist bis heute) eine radikale feministische Forderung.

In den 1980er Jahren kam freilich in einem anderen Teil der Bewegung der Wunsch nach rechtlicher Gleichbehandlung mit Ehepaaren auf. Der damals neu gegründete Schwulenverband Deutschland (heute „Lesben- und Schwulenverband Deutschland – LSVD“) führte Anfang der 1990er Jahre die

5 BVerfGE 6, 389 [425 f.] – Strafbarkeit männlicher Homosexualität [1957].

sogenannte Aktion Standesamt durch: Schwule und lesbische Paare bestellten das seinerzeit noch übliche Aufgebot bei den Standesämtern. Die Standesämter weigerten sich, natürlich.

Eine Kammer des Bundesverfassungsgerichts entschied im Jahr 1993 darüber, abschlägig. Der verfassungsrechtliche Ehebegriff aus Artikel 6 Absatz 1 des Grundgesetzes setze die Verschiedengeschlechtlichkeit der Partner voraus. Allerdings ließ die Kammer eine Hintertür offen, denn die drei Richter formulierten, dass „Anhaltspunkte für einen grundlegenden Wandel des Eheverständnisses in dem Sinne, dass der Geschlechtsverschiedenheit keine prägende Bedeutung mehr zukäme“, nicht vorgebracht worden seien.⁶ Diese Formulierung legt nahe, dass ein solcher Wandel des Eheverständnisses sich grundsätzlich allmählich vollziehen kann.

Das Lebenspartnerschaftsgesetz

Vor allem auf Betreiben der Grünen gelang es unter der rot-grünen Bundesregierung 2001, das sogenannte Lebenspartnerschaftsgesetz (LPartG) zu verabschieden. Dieses Gesetz umfasste zwei Teile, der eine mit Rechten, der andere mit Pflichten. Zwar wurden die Rechte im unionsdominierten Bundesrat stark beschnitten, immerhin aber wurde erstmals überhaupt ein rechtliches Institut für gleichgeschlechtliche Paare geschaffen.

Doch selbst das war drei unionsgeführten Bundesländern zu viel, die gegen das Gesetz klagten. Das zentrale verfassungsrechtliche Argument, das bis heute noch gelegentlich zu hören ist, lautete: Artikel 6 Absatz 1 stellt Ehe und Familie „unter den besonderen Schutz der staatlichen Ordnung“. Darin sei zugleich ein Abstandsgebot gegenüber allen anderen Formen rechtlich verfasster Partnerschaft enthalten. Deswegen dürfe nichts eingeführt werden, das so ähnlich wie eine Ehe sei.

In seiner grundlegenden Entscheidung von 2002 trat das Bundesverfassungsgericht dieser Auffassung entgegen, wenn auch denkbar knapp mit 5:3 Stimmen. Die Lebenspartnerschaft, so die Senatsmehrheit, sei ein „aliud“ zur Ehe, also etwas gänzlich anderes. Deswegen sei die Lebenspartnerschaft auch keine Gefahr für verschiedengeschlechtliche Ehen: „Das Ausmaß des rechtlichen Schutzes und der Förderung der Ehe wird in keinerlei Hinsicht verringert, wenn die Rechtsordnung auch andere Lebensformen anerkennt, die mit der Ehe als Gemeinschaft verschiedengeschlechtlicher Partner nicht in Konkurrenz treten können. Es ist verfassungsrechtlich auch nicht begründbar, aus dem besonderen Schutz der Ehe abzuleiten, dass solche anderen Lebensgemeinschaften im Abstand zur Ehe auszugestalten und mit geringeren Rechten zu versehen sind.“⁷ Damit war der Weg geebnet, das Lebenspartnerschaftsgesetz konnte aufrechterhalten werden.

In den Jahren nach 2002 brachten viele Paare zahlreiche fortbestehende Ungleichbehandlungen vor die Gerichte. Mehrere Kammern des Bundesver-

6 BVerfG (K), NJW 1993, 3058 – Aktion Standesamt [1993].

7 BVerfGE 105, 313 [348] – Eingetragene Lebenspartnerschaft [2002].

fassungsgerichts verweigerten eine Verbesserung der rechtlichen Situation gleichgeschlechtlicher Paare. Nach Artikel 3 Absatz 3 Satz 1 Grundgesetz darf niemand „wegen seines Geschlechtes ... benachteiligt oder bevorzugt werden“. An sich läge es nahe, eine Benachteiligung aufgrund der sexuellen Orientierung als Benachteiligung „wegen des Geschlechts“ zu verstehen. So fragte etwa unlängst Chief Justice Roberts in der mündlichen Verhandlung des US Supreme Court zur Eheöffnung: „Wenn Sue Joe liebt und Tom Joe liebt, dann kann Sue ihn heiraten, Tom aber nicht. Und diese Unterschiedlichkeit beruht auf ihren verschiedenen Geschlechtern. Warum ist das denn keine Frage sexueller Diskriminierung?“⁸

Nach der konservativen formalistischen Lesart sollte allerdings nicht die sexuelle Orientierung von Menschen der Grund sein, warum Lebenspartner und Ehegatten verschiedene Rechte haben. Die unterschiedliche Behandlung finde ihren Grund vielmehr im unterschiedlichen Personenstand: „verpartnert“ bzw. „verheiratet“. Deswegen sei es keine Benachteiligung wegen des Geschlechts des Partners oder der sexuellen Orientierung der Partner. So argumentierten die Kammerentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts. Diese Rechtsprechungslinie behauptete mit anderen Worten also, dass Schwule und Lesben, welche die gleichen Rechte haben wollten, ja heiraten könnten, dann hätten sie auch die gleichen Rechte. Aus Sicht der Lesben und Schwulen hatte diese Sicht nur den Haken, dass der potentielle Ehegatte nach wie vor ein anderes Geschlecht haben musste.

Der entscheidende Perspektivwechsel des Bundesverfassungsgerichts

Erst 2009 änderte sich etwas an dieser formalistischen Deutung. Das Bundesverfassungsgericht stellte die Weichen neu.⁹ Hatte das Gericht, wie dargestellt, zunächst die Verschiedenheit von Lebenspartnerschaft und Ehe zum Ausgangspunkt genommen, wählte es jetzt eine andere Perspektive. Das LPartG erfasse nämlich typischerweise gleichgeschlechtliche Personen. Diese würden gegenüber verschiedengeschlechtlichen Menschen benachteiligt, weil nur diese eine rechtlich bessergestellte Ehe eingehen könnten. Das Gericht gelangte nun zu der Einsicht, dass die „Ungleichbehandlung von Ehepaaren und eingetragenen Lebenspartnern eine Anknüpfung an die sexuelle Orientierung beinhalte“. Deswegen seien „erhebliche Unterschiede“ zwischen Ehe und Lebenspartnerschaft erforderlich, „um die konkrete Ungleichbehandlung rechtfertigen zu können“. Denn sowohl Ehe als auch Partnerschaft seien „auf Dauer angelegte, rechtlich verfestigte Formen von Partnerschaft“. Das Gericht veränderte damit die Ausgangsfrage völlig. Vorher war die Frage: Gibt es Gründe, die es erlauben, die Lebenspartnerschaft ein bisschen wie die Ehe auszugestalten? Nun hieß es: Gibt es Gründe, die eine Schlechterbehandlung der Lebenspartnerschaft rechtfertigen kön-

8 Mündliche Verhandlung des US Supreme Court, Obergefell v Hodges, App. Nos. 14–556, 14–562, 14–571 und 14–574, 28.4.2015 (per Roberts, CJ).

9 BVerfGE 124, 199 – Hinterbliebenenversorgung für Lebenspartner [2009].

nen? Mussten sich vorher jene rechtfertigen, die die Lebenspartnerschaft befürworteten, forderte das Gericht nun eine Erklärung von jenen, die der Lebenspartnerschaft die gleichen Rechte wie der Ehe verwehren wollten. Das Gericht zog jetzt Artikel 3 Absatz 1 heran und forderte: Wer ungleich behandeln will, der muss das mit sachlichen Gründen rechtfertigen. Seither hat das Bundesverfassungsgericht diese Argumentation in einer Vielzahl von Einzelentscheidungen fortgeführt: im Beamtenrecht, im Erbschaftssteuerrecht, beim Ehegattensplitting und bei der sogenannten Sukzessivadoption. Wo das Bundesverfassungsgericht noch nicht entschieden hat, bestehen allerdings weiterhin Unterschiede zwischen Lebenspartnerschaft und Ehe.

Das gilt insbesondere für das gemeinsame Adoptionsrecht. Erst kürzlich hat die saarländische Ministerpräsidentin Annegret Kramp-Karrenbauer ihren Widerstand gegen das gemeinsame Adoptionsrecht für gleichgeschlechtliche Paare damit begründet, dass Kinder „sowohl Frauen als auch Männer als Bezugspersonen“ haben sollten. Dies ist ein beliebtes Argument gegen das gemeinsame Adoptionsrecht. Doch bereits jetzt deutet die gesetzliche Ausgestaltung auf ein anderes Leitbild hin: Nach Paragraph 1741 Absatz 2 Satz 1 BGB können nämlich nicht verheiratete Personen durchaus allein Kinder adoptieren. Das war auch in der ersten Fassung des BGB von 1900 schon so. Sehr lange also können in Deutschland Einzelpersonen bereits allein adoptieren, darunter unzweifelhaft auch Schwule und Lesben. Von Vater, Mutter, Kind ist das gesetzliche Leitbild folglich noch nie ausgegangen.

Wenn die Einzelpersonen verheiratet sind, dann dürfen sie von Gesetzes wegen nur gemeinsam mit dem Ehepartner adoptieren, damit keine rechtlich unklare Zuordnung des anzunehmenden Menschen entsteht. Dennoch war in der ursprünglichen Fassung des LPartG von 2001 eine Adoption überhaupt nicht vorgesehen. Durch eine Gesetzesänderung 2004, wiederum unter rot-grüner Bundesregierung wurde immerhin die sogenannte Stiefkind-Adoption erlaubt. Ein Lebenspartner darf seither das leibliche Kind seines Lebenspartners adoptieren.

Weil aber eine Einzelperson allein ein Kind adoptieren darf, stellte sich die naheliegende Frage, ob ein Lebenspartner das adoptierte Kind seines Lebenspartners adoptieren darf. Das ist der Fall der sogenannten Sukzessivadoption. In dieser Frage sorgte erst das Bundesverfassungsgericht im Februar 2013 für Klarheit. Nach Auffassung des Gerichts geht es bei Adoptionen immer um das Kindeswohl, gleich wer adoptieren möchte. Das Kindeswohl sei nicht etwa automatisch gefährdet, wenn gleichgeschlechtliche Paare adoptieren wollen. Es bedürfe vielmehr einer Prüfung im konkreten Einzelfall, wie bei allen Adoptionen, auch jenen durch Eheleute.

Seit diesem Urteil sieht in manchen Familiengerichten die Praxis so aus, dass erst ein Lebenspartner ein Kind adoptiert und direkt im Anschluss der andere. Faktisch ist das also nur ein Termin bei Gericht, wenige Minuten insgesamt. Rechtlich aber sind es zwei Akte. Ob diese tatsächlich notwendig sind oder die beiden Lebenspartner bereits von vornherein gemeinsam adoptieren dürfen – diese Unterscheidung scheint künstlich und formalistisch.

Gleichwohl liegt der gegenwärtigen Mehrheit im Bundestag offenbar nicht daran, an dieser formalistischen Trennung beim gemeinsamen Adoptionsrecht etwas zu ändern. Hintergrund scheint dabei eine Vorstellung zu sein, dass nur Vater, Mutter, Kind eine „echte“ Familie bildeten. Solche Aussagen entwerten nicht nur die Mühen der vielen alleinerziehenden Elternteile in Deutschland, sie entsprechen auch nicht der Buntheit von Patchwork-Familien in Deutschland und schon überhaupt nicht der bereits lange bestehenden Gesetzeslage. Das Bundesverfassungsgericht ist längst viel weiter, wenn es den Familienbegriff des Grundgesetzes sehr weit versteht und überall dort, wo Erwachsene dauerhaft Verantwortung für Kinder übernehmen, diese Personenkonstellationen als verfassungsrechtlich geschützte Familie versteht.

Separate but equal?

Bei dieser Lage stellt sich die Frage, ob es eigentlich noch Sachgründe für die fortbestehende Benachteiligung der Lebenspartnerschaft gegenüber der Ehe gibt. Das gegenwärtige System mit zwei Lösungen, Ehe und Lebenspartnerschaft, erinnert stark an die „*separate but equal*“-Doktrin der Apartheid in den USA. Nach dieser Doktrin bedeutete Gleichheit, dass getrennte Einrichtungen für Schwarze und Weiße existierten, etwa eine Schule für Weiße und eine Schule für Schwarze, solange sie nur gleich gut ausgestattet waren. Damit hat der US Supreme Court in einem epochemachenden Urteil von 1954 Schluss gemacht und festgehalten, dass unterschiedliche Einrichtungen für Schwarze und Weiße, selbst wenn sie gleich gut ausgestattet sind, eine Abwertung beinhalten, einfach dadurch, dass es getrennte Einrichtungen sind.¹⁰ In den USA ging es um die Abwertung der Schwarzen. In Deutschland bedeutet die Aufrechterhaltung der Unterscheidung von Lebenspartnerschaft und Ehe eine Abwertung gleichgeschlechtlicher Paare.

Die Forderung des verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes ist, dass für Ungleichbehandlungen Gründe angegeben werden müssen. Nur wenn es sachliche Gründe für die Ungleichbehandlung gibt, die diese rechtfertigen können, darf die Ungleichbehandlung aufrechterhalten werden. Laut Bundesverfassungsgericht gebietet Art. 3 Abs. 1 GG, „dass hinsichtlich der Ungleichbehandlung an ein sachlich gerechtfertigtes Unterscheidungsmerkmal angeknüpft wird [...] Die Anforderungen bei einer Ungleichbehandlung von Personengruppen sind umso strenger, je größer die Gefahr ist, dass eine Anknüpfung an Persönlichkeitsmerkmale, die mit denen des Art. 3 Abs. 3 GG vergleichbar sind, zur Diskriminierung einer Minderheit führt. Das ist bei der sexuellen Orientierung der Fall.“¹¹ Damit ist verfassungsrechtlich der bloße Verweis auf ein Bauchgefühl ausgeschlossen, es müssen Sachargumente für eine unterschiedliche Behandlung genannt werden.

¹⁰ US Supreme Court, *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 [1954].

¹¹ BVerfGE 124, 199 [219 f.] – Hinterbliebenenversorgung für Lebenspartner [2009].

Häufig wird vorgebracht, nur aus verschiedengeschlechtlichen Ehen könnten Kinder hervorgehen, nicht aber aus gleichgeschlechtlichen Verbindungen. Eheleute und ihre Kinder bildeten als Familien die „Keimzelle“ des Staates. Diese Darstellung berücksichtigt jedoch nicht, wie die Ehe verschiedengeschlechtlicher Partner rechtlich ausgestaltet ist und kann daher schon die gegenwärtige Rechtslage nicht konsistent erklären.

Erstens ist es nämlich kein rechtlich relevantes Kriterium, ob aus einer Ehe tatsächlich Kinder hervorgehen können. Auch Personen in weit vorgerücktem Alter dürfen noch heiraten. Und der Staat kontrolliert auch nicht nach fünf Jahren, ob in eine Ehe nun wirklich Kinder geboren wurden. Das Bundesverfassungsgericht meinte bereits 1978 apodiktisch: „Es bedarf keiner weiteren Ausführungen, dass die Zeugungsfähigkeit des Mannes oder die Gebärfähigkeit der Frau nicht Voraussetzung für eine Eheschließung ist.“¹²

Zweitens gibt es aufgrund technologischer Innovationen in der Reproduktionsmedizin vielerlei Möglichkeiten, wie Kinder zur Welt kommen. Auch gleichgeschlechtliche Paare bekommen leibliche Kinder (wenn auch nicht gemeinsame) und ziehen diese liebevoll gemeinsam auf. Oder sie adoptieren Kinder bzw. übernehmen als Pflegeeltern Verantwortung.

Dem Keimzellen-Argument liegt offenbar die Vorstellung zugrunde, dass zwischen leiblichen, auf „natürliche“ Weise gezeugten und geborenen Kindern einerseits und anderen Kindern, etwa adoptierten, andererseits fundamentale Unterschiede bestehen. (Hier scheint wieder das „Natürlichkeits“-Argument auf.) Wenn der Keimzellen-Perspektive tatsächlich eine solche Unterscheidung zugrunde liegen sollte, dass manche Kinder wünschenswerter seien als andere, etwa weil sie „natürlicher“ wären, dann ist dem auch aus Sicht von verschiedengeschlechtlichen Paaren zu widersprechen, die aus welchen Gründen auch immer keine gemeinsamen leiblichen Kinder bekommen können. Und verfassungsrechtlich ist es völlig undenkbar, eine Wertehierarchie zwischen den Kindern zu konstruieren. Ein echtes Sachargument ist im „Keimzellen“-Argument folglich nicht zu entdecken.

Wie ist eine »Ehe für alle« rechtlich denkbar?

Wenn nun also weder die *Separate-but-equal*-Doktrin noch das Keimzellen-Argument tragen, spricht alles für eine Öffnung der Ehe. Doch wie ist diese zu bewerkstelligen?

Der Textbefund des Artikel 6 Absatz 1 Grundgesetz weist nur das Wort „Ehe“ auf. Ist damit ein für allemal festgeschrieben, dass das eine verschiedengeschlechtliche Partnerschaft bedeutet, also immer „Mann und Frau“ meint? Oder müsste Artikel 6 geändert werden? Soll der Satz: „Ehe und Familie stehen unter dem besonderen Schutze der staatlichen Ordnung“ um den Zusatz ergänzt werden „Wirklich für alle.“? Das wäre offensichtlich keine angemessene Lösung.

¹² BVerfGE 49, 286 [300] – Anerkennung der Transsexualität [1978].

Das Ehegrundrecht des Artikel 6 Absatz 1 ist ein Beispiel für solche Grundrechte, die einfachgesetzlich ausgestaltet werden. Wie immer bei diesen sogenannten normgeprägten Grundrechten stellt sich die Frage, was *noch* einfachgesetzliche Ausgestaltung des Grundrechts und was *schon* Antastung des verfassungsrechtlich geschützten Wesensgehaltes dieses Grundrechts ist. Beim Ehegrundrecht wird für gewöhnlich die sogenannte Institutsgarantie als Wesensgehalt ausgemacht. Die Institutsgarantie besagt, dass das Institut der Ehe nicht abgeschafft werden kann. Umfasst diese Garantie auch die Verschiedengeschlechtlichkeit der Ehepartner?

Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner älteren Rechtsprechung wiederholt die Ehe als „Vereinigung eines Mannes und einer Frau zur grundsätzlich unauflösbaren Lebensgemeinschaft“ bezeichnet, was als Strukturprinzip der Ehe der Verfügungsgewalt des Gesetzgebers entzogen sei.¹³ Auch in jüngeren Entscheidungen zur Lebenspartnerschaft hat das Gericht diese Definition wiederholt.¹⁴

Seit Bismarcks Kulturkampf gegen die katholische Kirche und seit der Einführung der bürgerlichen Ehe ist der rechtliche Ehebegriff allerdings schon nicht mehr mit einem sakramentalen Verständnis von Ehe verknüpft. Denn unter Bismarck wurde der bürgerliche Ehebegriff vom römisch-rechtlichen und kanonischen *matrimonium* entkoppelt. Dies lässt sich als Übergang zum „nachmetaphysischen Denken“ im Recht verstehen. Auch das Bundesverfassungsgericht hat schon längst und explizit „metaphysischen Gründen“ im Eherecht eine Absage erteilt.¹⁵ Seither ziehen die Veränderungen im sozialen Verständnis der Ehe tiefgreifende Änderungen des rechtlichen Ehebegriffs nach sich. Das gilt etwa beim Übergang vom Verschuldens- zum Zerrüttungsprinzip im Scheidungsrecht, aber auch für den Umbau der Ehe von einem patriarchalen Institut hin zu einer Partnerschaft zwischen gleichberechtigten Ehegatten.

Während der sakramentale Ehebegriff zweifellos nach wie vor die Verschiedengeschlechtlichkeit der Ehepartner als Wesensmerkmal aufweist, lässt sich Gleiches vom bürgerlich-rechtlichen Ehebegriff nicht mehr sagen. Das Eheverständnis in der Gesellschaft hat sich bereits soweit gewandelt, dass die Bevölkerung einen Unterschied zwischen Lebenspartnerschaft und Ehe sozial kaum mehr wahrnimmt. Dank des Zwischenschritts der Lebenspartnerschaft ist ein „grundlegender Wandel des Eheverständnisses“ zu konstatieren. Überdies gibt es im Fall der Geschlechtsanpassung eines Ehegatten schon heute Ehen zwischen zwei Partnern des gleichen Geschlechts.¹⁶

Eine Änderung der Verfassung selbst ist daher nicht notwendig. Um die Eheöffnung zu erreichen, reicht die einfachgesetzliche Eheöffnung aus. Solange nicht die Ehe als Institut abgeschafft wird, sondern nur ein neuer Personenkreis Gelegenheit erhält, die Ehe einzugehen, solange wird auch

13 Etwa BVerfGE 10, 59 [66] – Elterliche Gewalt [1959]; BVerfGE 53, 224 [245] – Zerrüttungsprinzip bei der Ehe [1980]; BVerfGE 62, 323, Rn. 27 – Witwenrente bei hinkenden Ehen [1982].

14 BVerfGE 105, 313 [345] – Lebenspartnerschaftsgesetz [2002]; BVerfGE 133, 377 [409] – Ehegattensplitting [2013].

15 BVerfGE 36, 146 [163] – Eheverbot der Geschlechtsgemeinschaft [1973].

16 BVerfGE 121, 175 – Aufhebung des Scheidungserfordernisses für Transsexuelle [2008].

der Wesensgehalt der verfassungsrechtlichen Ehe nicht angetastet. Wenn sich eine parlamentarische Mehrheit für die Umsetzung dieses neuen Verständnisses findet, die eine neue Ehedefinition in das Bürgerliche Gesetzbuch einzufügen beabsichtigt, dann steht der verfassungsrechtliche Ehebegriff dem nicht entgegen.

Das Handlungsgebot des verfassungsrechtlichen Gleichheitsversprechens

Manche Gegner der Eheöffnung wenden freilich ein, eine solche einfachgesetzliche Eheöffnung bedeute einen schleichenden Verfassungswandel. Eben bedeutete Ehe im Grundgesetz noch das eine, jetzt etwas anderes. Aus diesem Grunde wäre es natürlich am schönsten, wenn eine verfassungsändernde Mehrheit im Bundestag diese Klarstellung einbrächte, wenn die Eheöffnung parteiübergreifend und von einer überwältigenden Mehrheit getragen würde. Diese Mehrheit gäbe es vermutlich sogar längst, wären da nicht Fraktions- und Koalitionszwänge.

Selbst wenn eine Eheöffnung nicht mit einer solchen verfassungsändernden, sondern nur mit der einfachen Mehrheit zustande käme, gebietet das Gleichstellungsgebot aus Artikel 3, eine erkannte Ungleichbehandlung – und rühre sie aus einer bestimmten Lesart der Verfassung – zu beseitigen. Es wäre dann zu überlegen, ob eine Lesart von Artikel 6 Absatz 1, die den Ehebegriff mit Verschiedengeschlechtlichkeit verknüpft, eine gleichheitswidrige Verfassungsinterpretation wäre. Allerdings ist zu hoffen, dass eine solche Debatte nicht erforderlich ist.

Als 1948/1949 die 61 Väter und vier Mütter des Grundgesetzes im Parlamentarischen Rat diskutierten, wollten sie den Weg zu einer besseren Gesellschaft bereiten. Sie wollten verhindern, dass wieder Menschen als Nichtmenschen oder als Menschen niedrigeren Wertes behandelt werden. Die Wertentscheidungen des Grundgesetzes schreiben dagegen nicht den *status quo* der damaligen Zeit fest. Das Grundgesetz verfügt nicht, dass es genauso wie 1949 sein soll immerdar. Das Gleichheitsversprechen erlaubt es vielmehr immer neuen Gruppen, ihre Unterdrückung anzuprangern und sich dabei auf die verfassungsrechtliche Gleichheit zu berufen. Das tun gleichgeschlechtliche Paare, wenn sie die „Ehe für alle“ fordern. Sie fordern damit zugleich ein Ende ihrer Ungleichbehandlung.

Bei dieser verfassungsrechtlichen Lage reicht der bloße Verweis auf ein Bauchgefühl nicht aus, auch wenn es das Bauchgefühl der Kanzlerin ist. Die Eheöffnung ist verfassungsrechtlich geboten, weil es keine Sachargumente dafür gibt, die Ungleichbehandlung zwischen verschiedengeschlechtlichen und gleichgeschlechtlichen Paaren aufrechtzuerhalten. Hinzu kommt, dass die Eheöffnung niemandem etwas wegnimmt, am wenigsten Hetero-Ehepaaren. Vor allem geht es nicht um die Abschaffung der Ehe, sondern im Grunde um eine Bestätigung dieses Rechtsinstituts. Die Unterstützung für die Eheöffnung ist damit keine Positionierung gegen, sondern für etwas – nämlich für Gleichheit.