

Besonderer Schutz der Ehe im Umbruch?*

– Zugleich Anmerkungen zu den neueren Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts –

Summary

Both of the recent verdicts of the Federal Constitutional Court in 2013 regarding the institution of civil partnerships are repeatedly declared as being compatible with basic rights as they emphatically refer to the fact that simply referring to Art. 6, Sect. 1 of the Basic Law (GG) cannot be used to justify any discrimination between the institutions of marriage and civil partnerships. The current piece is, however, opposed to this assessment in principle. Precisely due to the fact that the Federal Constitutional Court defines marriage and civil partnerships as two distinct institutions means that its substantive and, in this respect anti-pluralist, interpretation of Art. 6, Sect. 1 Basic Law (GG) can be ascertained. Despite rejecting the concept of a "demand for distinction" or a "protection of exclusivity" for marriage, the Federal Constitutional Court continues to abide by an entirely traditional understanding of the guarantee of the institution and therewith by the conviction that Art. 6, Section 1 Basic Law (GG) is based on a concept of marriage with a fixed content and from which the content of the guarantee of "special protection" is to be derived. From the perspective of the current piece, this interpretation is, however, an erroneous one as it basically does not help in enabling and promoting implementation of basic law, but in entrenching an institution determined by values.

Résumé

Nombreux sont ceux qui considèrent les deux décisions rendues par le Bundesverfassungsgericht en 2013 à l'égard du partenariat enregistré comme respectueuses d'un droit fondamental, car elles mettent en exergue le fait que le simple renvoi à l'article 6, paragraphe 1, de la loi fondamentale ne saurait motiver une inégalité de traitement entre l'institution du mariage et celle du partenariat enregistré. Le présent article prend, par principe, le contre-pied de cette position. En effet, le fait même que le Bundesverfassungsgericht considère le mariage et le partenariat enregistré comme deux institutions parallèles démontre l'interprétation matérielle et, dans cette mesure, antipluraliste qu'il donne à l'article 6, paragraphe 1, de la loi fondamentale. Malgré l'abandon de la notion d'« obligation de différenciation » (« Abstandsgebot ») ou de « protection exclusive » du mariage, le Bundesverfassungsgericht s'en tient à une interprétation purement traditionnelle de la garantie de préservation de l'institution et, donc, à la

* Die Autorin ist Forschungsprofessorin für Verfassungs- und Verwaltungsrecht am Institutum Iurisprudentiae, Academia Sinica (Taipei/Taiwan).

conviction que l'article 6, paragraphe 1, de la loi fondamentale repose sur une notion du mariage au contenu immuable, qui donnerait lieu à la garantie d'une « protection particulière ». D'après le présent article toutefois, cette position est infondée, car elle ne permet fondamentalement pas de favoriser et promouvoir l'usage d'un droit fondamental, mais bien d'ancrer une institution basée sur des valeurs.

I. Einleitung

Indem Art. 6 Abs. 1 GG nach allgemeiner Ansicht drei Gewährleistungsdimensionen umfasst,¹ erschöpft sich der verfassungsrechtlich „besondere Schutz“ der Ehe keineswegs in der Aufrechterhaltung des gesellschaftlichen Status quo durch die sog. Institutsgarantie, sondern dient darüber hinaus als klassisches Abwehrrecht und zugleich als verbindliche Wertentscheidung vielmehr dazu, die individuelle Freiheit verstärkt zur Geltung zu bringen. Gerade in dieser Hinsicht hat die Institutsgarantie des Art. 6 Abs. 1 GG auch an liberaler Bedeutung gewonnen: Sie soll – genauso wie die anderen grundrechtlichen Einrichtungsgarantien – „die subjektiven Rechtspositionen zusätzlich stärken und nicht einschränken“ und darf „nicht gegen die individualrechtlichen Grundrechtsgehalte ausgespielt werden“.² Während also in der *Weimarer Republik* und zwar etwa bei *Carl Schmitt* die Institutsgarantie den Schutz bestehender gesellschaftlicher Einrichtungen bzw. „eines inhaltlich bestimmten Normenkomplexes“ vor gesetzgeberischen Veränderungen bezieht,³ wird unter der grundgesetzlichen Ordnung die Institutsgarantie immer wieder in die objektiven Grundrechtsgehalte kategorisiert,⁴ wobei die Stärkung der Geltungskraft von Freiheitsrechten stets im Mittelpunkt steht. Insofern steht fest, dass die Institutsgarantie des Art. 6 Abs. 1 GG einen Freiheitsaspekt enthält, der der liberal-pluralistischen Orientierung des grundgesetzlichen Grundrechtsschutzes entspricht und sich daher endgültig vom *Schmittschen* Ansatz verabschiedet.

Die beiden neueren Entscheidungen des *Bundesverfassungsgerichts* im Jahr 2013 zum Institut der eingetragenen Lebenspartnerschaft haben den Eindruck, der besondere Schutz der Ehe unter dem Grundgesetz solle zu einer umfassenderen Freiheitsverwirklichung beitragen, durchaus verstärkt, indem sie mit Nachdruck darauf hinweisen, dass der bloße Verweis auf Art. 6 Abs. 1 GG eine Ungleichbehandlung der Institute der Ehe und der Lebenspartnerschaft nicht rechtfertigen darf. „Aus dem besonderen Schutz der Ehe lässt sich nicht ableiten, dass andere Lebensgemeinschaften im Abstand zur Ehe auszustalten und mit geringeren Rechten zu versehen sind.“⁵ Vielmehr rechtfertigt

1 Vgl. an dieser Stelle nur *U. Steiner*, Schutz von Ehe und Familie, in: D. Merten/H.-J. Papier (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte*, Bd. IV, 2011, § 108 Rn. 6.

2 So *M. Kloepfer*, Einrichtungsgarantien, in: D. Merten/H.-J. Papier (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte*, Bd. II, 2006, § 43 Rn. 43.

3 Vgl. dazu *C. Schmitt*, Freiheitsrechte und institutionelle Garantien, in: ders., *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954: Materialien zu einer Verfassungslehre*, 3. Aufl. 1958, S. 140 ff., 160 ff.

4 Vgl. nur *H. D. Jarass*, Funktionen und Dimensionen der Grundrechte, in: D. Merten/H.-J. Papier (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte*, Bd. II, 2006, § 38 Rn. 12 f.; *H. de Wall*, Die Einrichtungsgarantien des Grundgesetzes als Grundlagen subjektiver Rechte, *Der Staat* 38 (1999), S. 377 ff., 377.

5 BVerfG, *NJW* 2013, S. 847 (854).

das besondere Schutzgebot „Besserstellungen der Ehe im Verhältnis zu ungebundenen Partnerbeziehungen, nicht aber ohne Weiteres auch im Verhältnis zu einer rechtlich geordneten Lebensgemeinschaft“.⁶ Bereits diese Aussagen deuten darauf hin, dass auch der grundgesetzliche besondere Schutz der Ehe die Verschiedenheit von Lebensweisen in den Blick nimmt und vor allem im Hinblick auf die funktionelle Vergleichbarkeit zwischen der Ehe und der eheanalogen eingetragenen Lebenspartnerschaft eine Gleichheitsgewährleistung für diese fordert. Daher verwundert es nicht, dass diese Entscheidungen für grundrechtsfreundlich gehalten werden, indem sie „auf der Linie [...] zur Angleichung eingetragener Lebenspartner [an die Ehe]“ bleiben und „die Rechte gleichgeschlechtlicher Partnerschaften“ stärken.⁷

Dieser Bewertung steht der vorliegende Beitrag entgegen. Denn genau dadurch, dass das *Bundesverfassungsgericht* die Ehe und die eingetragene Lebenspartnerschaft als zwei parallele Institute bestimmt, ist sein materielles Verständnis für Art. 6 Abs. 1 GG festzustellen. Trotz der Abkehr von der Vorstellung eines „Abstandsgebots“ bzw. „Exklusivitätsschutzes“ der Ehe hält das *Bundesverfassungsgericht* an einem durchaus traditionellen Verständnis der Institutsgarantie und daher an der Überzeugung fest, Art. 6 Abs. 1 GG liege ein inhaltsfester Ehebegriff zugrunde, aus welchem der Gewährleistungsgehalt des „besonderen Schutzes“ abzuleiten sei. Aus Sicht des vorliegenden Beitrags geht diese Auffassung indes fehl, indem sie im Grunde genommen nicht zur Ermöglichung und Förderung des Grundrechtsgebrauchs, sondern zur Verankerung eines wertbestimmten Instituts dient.

II. Der besondere Schutz der Ehe unter dem Grundgesetz

Art. 6 Abs. 1 GG sieht vor, dass die Ehe neben der Familie unter dem besonderen Schutze der staatlichen Ordnung steht. Nach herrschender Meinung ist dieser besondere Schutz vornehmlich dadurch zur Geltung zu bringen, dass sich das Grundrecht von Ehe und Familie neben seiner klassischen Abwehrrechtsfunktion⁸ als Institutsgarantie und

6 BVerfG, DSfR 2013, S. 1228 (1233).

7 S. *Muckel*, Sukzessive Adoption – Ablehnung für eingetragene Lebenspartner verfassungswidrig, JA 2013, S. 396 ff., 398. Vgl. insofern auch die Einschätzung von *J. Benedict*, Die Ehe unter dem besonderen Schutz der Verfassung – Ein vorläufiges Fazit, JZ 2013, S. 477 ff., 486 f. („Art. 6 Abs. 1 ist hinsichtlich des herausgehobenen Schutzes der ‚Ehe‘ obsolet. Die Rückkehr zu einer konservativen Verfassungsinterpretation des ‚Heterosexualitäts-Prinzips‘ steht ebenso wenig zu erwarten wie eine strengere Handhabung von ‚Unauflösbarkeits-‘ und ‚Solenitäts-Prinzip‘.“).

8 Als Abwehrrecht gegen staatliche Eingriffe schützt Art. 6 Abs. 1 GG nicht nur die Eheschließungsfreiheit, sondern auch die Freiheit der Ehegestaltung. Vgl. dazu nur *A. Uhle*, in: *Eppling/Hillgruber* (Hrsg.), *BeckOK GG* Art. 6, Stand: 15.5.2013, Rn. 21-26. Schon an dieser Stelle ist bemerkenswert, dass das so definierte Abwehrrecht gesetzliche Bestimmungen nicht ausschließt, „die aufgrund des untrennabaren Zusammenhangs zwischen Grundrecht und Institutsgarantie hinsichtlich der Form der Eheschließung sowie deren sachlichen Voraussetzungen notwendig sind“ (vgl. *Uhle*, ebenda, Rn. 22). Bereits dies weist wohl darauf hin, dass auch die Freiheit der Eheschließung und -gestaltung von Vorverständnissen des Instituts der Ehe abhängig gemacht wird, wobei die Gewährleistungsdimension der Institutsgarantie eine prägende Rolle spielt.

zugleich als verbindliche Wertentscheidung darstellt: Auf der einen Seite sind nach der ersten die gewährleisteten Strukturprinzipien der Ehe dem Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers entzogen;⁹ auf der anderen Seite begründet die letztere die Schutz- bzw. Förderungspflicht des Staates und insbesondere des Gesetzgebers.¹⁰ Während die beiden objektiven Gewährleistungsdimensionen seit langem allgemein anerkannt worden sind, bleibt doch noch zu klären, welche Merkmale der Ehe zu den gemeinten unabänderlichen Strukturprinzipien zählen und auf welche Weise die geforderten Förderungsaufgaben zu erfüllen sind. Denn selbst Art. 6 Abs. 1 GG hält wortlautlich weder an einem inhaltsfesten Ehebegriff noch am bestimmten Förderungsniveau für den Eheschutz fest.¹¹

Vor dem Hintergrund, dass sowohl die Institutsgarantie als auch die Wertentscheidung des Art. 6 Abs. 1 GG konkretisierungsbedürftig sind, orientiert sich die herrschende Meinung im Schrifttum nach wie vor daran, von einem inhaltsbestimmten Ehebild auszugehen und dementsprechend die Ehe als eine eigentümliche Lebensform zu bezeichnen und zu privilegieren. Diese materielle Voraussetzung geht vorwiegend darauf zurück, dass als bestehendes gesellschaftliches Institut die Ehe stets im historischen Kontext verstanden wird und ihre grundrechtliche Gewährleistung daher immer wieder mit der Vorstellung des Bestandsschutzes zusammenhängt.¹² Aus diesem Grund geht die Literatur nicht nur bei der Inhaltsbestimmung der ehelichen Institutsgarantie einstimmig davon aus, dass Ehe im Sinne des Art. 6 Abs. 1 GG „die umfassende, auf Dauer angelegte Lebensgemeinschaft zwischen Mann und Frau“ ist,¹³ weswegen Homosexuelle keine Ehe schließen „können“: „Es handelt sich gewissermaßen um zwei Kategorien von Menschen, die sich zwar sonst in allen Eigenschaften gleichen, in ihrer Partner-

9 Vgl. dazu nur *Uhle* (Fn. 8), Rn. 29 („Als Instituts- bzw. Einrichtungsgarantie gewährleistet Art. 6 Abs. 1 GG den Bestand und die wesentlichen Strukturen von Ehe [...]. Als solche bindet die Bestimmung namentlich den Gesetzgeber, weshalb seiner Verfügungsgewalt die durch Art. 6 Abs. 1 GG gewährleisteten und oben dargestellten Strukturprinzipien der Ehe [...] entzogen sind.“).

10 Vgl. nur *Uhle* (Fn. 8), Rn. 33 („Hieraus resultiert für den Staat nicht nur ein Verbot, Ehe [...] zu beeinträchtigen oder zu benachteiligen, sondern auch Gebot, Ehe [...] durch geeignete Maßnahmen vor Beeinträchtigungen [...] zu schützen und durch staatliches Leistungshandeln zu fördern.“).

11 Zur inhaltlichen Offenheit des Art. 6 Abs. 1 GG vgl. *H. Lecheler*, Schutz von Ehe und Familie, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), *HStR*, Bd. IV, 2. Aufl. 2001, § 133 Rn. 10 ff. Vgl. aber *J. Braun*, „Ein neues familienrechtliches Institut“. Zum Inkrafttreten des Lebenspartnerschaftsgesetzes, *JZ* 2002, S. 23 ff., 25, wo behauptet wird, dass sich das Schweigen des Grundgesetzes zum Inhalt des Ehebildes nicht daraus ergebe, dass „es dem Verfassungsgeber darauf nicht ankam“, sondern allein daraus, dass ihm dies „so selbstverständlich erschien, dass er sich etwas anderes gar nicht vorstellen konnte“.

12 Vgl. schon *Schmitt* (Fn. 3), S. 155 ff., 164 ff.

13 *Steiner* (Fn. 1), Rn. 9. Zur Verschiedengeschlechtlichkeit als unabänderliches Strukturelement des Ehebegriffs vgl. auch *W. Pauly*, Sperrwirkungen des verfassungsrechtlichen Ehebegriffs, *NJW* 1997, S. 1955 ff., 1955; *R. Scholz/A. Uhle*, „Eingetragene Lebenspartnerschaft“ und Grundgesetz, *NJW* 2001, S. 393 ff., 397; *G. Robbers*, Eingetragene Lebenspartnerschaften, *JZ* 2001, S. 779 ff., 781; *U. Di Fabio*, Der Schutz von Ehe und Familie: Verfassungsentcheidung für die vitale Gesellschaft, *NJW* 2003, S. 993 ff., 994; *M. Burgi*, Schützt das Grundgesetz die Ehe vor Konkurrenz anderer Lebensgemeinschaften?, *Der Staat* 39 (2000), S. 487 ff., 491, 495.

schaftsorientierung jedoch fundamental voneinander unterscheiden.“¹⁴ Sonderndie weit verbreitete, wenn nicht herrschende Auffassung plädiert darüber hinaus weiterhin dafür, aus der Wertentscheidung des Art. 6 Abs. 1 GG ein Differenzierungs-, Abstands- bis zum Privilegierungsgebot zugunsten der Ehe abzuleiten. „Denn [die] Wertentscheidung, die das Grundgesetz in die Formulierung des ‚besonderen‘ Schutzes kleidet, gebietet schon ihrem Wortlaut nach, dass der Ehe eine privilegierte Ausgestaltung zuteil wird, eine Ausgestaltung also, über die andere Formen menschlichen Zusammenlebens gerade nicht verfügen. Deshalb wird der Bedeutung des Art. 6 Abs. 1 GG als wertentscheidender Grundsatznorm nur dort entsprochen, wo der Ehe im Vergleich mit anderen Formen menschlicher Beziehungen [...] eine herausgehobene rechtliche Stellung zuerkannt wird.“¹⁵ Demzufolge sei die Ehe gegenüber anderen Lebensformen „in höherem Maße zu schützen“.¹⁶

Den oben dargelegten Stellungnahmen zu Wesensmerkmalen der Ehe auf der einen Seite und zu deren privilegierter Stellung auf der anderen Seite ist zu entnehmen, dass nach ganz allgemeiner Ansicht der grundgesetzliche besondere Schutz der Ehe historisch-genetisch und daher durchaus materiell zu verstehen ist.¹⁷ Während also selbst die Vorschrift des Art. 6 Abs. 1 GG keinen inhaltsbestimmten Ehe- und Schutzbegriff festlegt, orientiert sich die herrschende Meinung überwiegend daran, den besonderen Schutz der Ehe als Aufrechterhaltung der bestehenden Rechtszustände zu bezeichnen und auf dieser Grundlage nicht nur die Institutsgarantie als Status-quo-Garantie, sondern ferner die Wertentscheidung als Entscheidung für den gesellschaftlichen Status quo zu interpretieren. Insofern hält sie nicht lediglich an der klassischen Vorstellung der Instituts-

14 *J. Braun*, Das Lebenspartnerschaftsgesetz auf dem Prüfstand – BVerfG, NJW 2002, S. 2543, JuS 2003, S. 21 ff., 24.

15 *Uhle* (Fn. 8), Rn. 36.1. Zum Abstands- bzw. Privilegierungsgebot im Rahmen des Art. 6 Abs. 1 GG vgl. auch *Scholz/Uhle* (Fn. 13), S. 397; *Braun* (Fn. 14), S. 22; *Steiner* (Fn. 1), Rn. 33 f., 37 f.; *Burgi* (Fn. 13), S. 501 ff.; *G. Krings*, Vom Differenzierungsgebot zum Differenzierungsverbot – Hinterbliebenenversorgung eingetragener Lebenspartner, NVwZ 2011, S. 26 f., 27; *A. F. v. Campenhauser*, Verfassungsgarantie und sozialer Wandel – Das Beispiel von Ehe und Familie, VVDStRL 45 (1987), S. 7 ff., 19; im Ansatz *Di Fabio* (Fn. 13), S. 994, 997.

16 So *Braun* (Fn. 14), S. 22.

17 Diese Vorstellung wird seit langem auch durch ständige Rechtsprechung des *Bundesverfassungsgerichts* belegt. Dieses führt wiederholt aus: „Welche Strukturprinzipien diese Institute bestimmen, ergibt sich zunächst aus der außerrechtlichen Lebensordnung. Beide Institute sind von Alters her überkommen und in ihrem Kern unverändert geblieben. [...] Ehe ist auch für das Grundgesetz die Vereinigung eines Mannes mit einer Frau zur grundsätzlich unauflöslichen Lebensgemeinschaft [...]. Dieser Ordnungskern der Institute ist für das allgemeine Rechtsgefühl und Rechtsbewußtsein unantastbar.“ Vgl. dazu BVerfGE 10, 59 (66); vgl. auch BVerfGE 53, 224 (245); 62, 323 (330).

garantie fest, wonach diese sich keineswegs in Freiheitsschutz erschöpft.¹⁸ Vielmehr trägt darüber hinaus genau diese Vorstellung dazu bei, ein substantielles, durch Abstandsgebot verankertes Schutzniveau für das Institut der Ehe zu begründen.¹⁹ So gesehen liegt es nahe, dass über die Verfassungsmäßigkeit des seit dem 1. August 2001 in Kraft getretene Lebenspartnerschaftsgesetzes heftig debattiert worden ist: Indem dieses ein eheähnliches Institut für gleichgeschlechtliche Lebenspartner einführt, taucht der Zweifel zwangsläufig auf, ob das weitgehend angenommene, auf den Bestandschutz zielende Abstandsgebot nicht vom Institut der eingetragenen Lebenspartnerschaft verletzt würde. Bereits vor der Entscheidung des *Bundesverfassungsgerichts* vom 17. Juli 2002 also wies zahlreiche Kritik darauf hin, das Lebenspartnerschaftsgesetz sei schon deshalb verfassungswidrig, weil es nicht nur der Institutsgarantie, sondern auch der Wertentscheidung der unter besonderem Schutz stehenden Ehe zuwider laufe.²⁰

III. Die Verfassungsmäßigkeit des Instituts der Lebenspartnerschaft aus Sicht des Bundesverfassungsgerichts

Während im Schrifttum überwiegend die Meinung vertreten wird, aus der Institutsgarantie sowie der Wertentscheidung des Art. 6 Abs. 1 GG sei ein Abstandsgebot zugunsten der Ehe (im traditionellen Sinne) abzuleiten, interpretiert das *Bundesverfassungsgericht* in seinem Urteil vom 17. Juli 2002 den „besonderen“ Schutz nicht dahin, dass dieser auf eine Bevorzugung der Ehe hindeuten müsste. Vielmehr geht das Gericht mit Blick auf die Entstehungsgeschichte des Art. 6 Abs. 1 GG²¹ von der Annahme aus, dass „zwar Einigkeit darüber bestand, Ehe und Familie unter verfassungsrechtlichen Schutz zu stellen, jedoch keine Klärung erfolgte, was dies im Einzelnen für ihr Verhältnis zu anderen Lebensformen bedeutet. Ein Abstandsgebot kann hierauf jedenfalls nicht gestützt werden.“²² Auf dieser Erkenntnisgrundlage orientiert sich das Gericht von vornherein daran, die in Rede stehende eingetragene Lebenspartnerschaft als ein mit der Ehe paralleles Institut zu begreifen. Daher nimmt es erstens an, das Lebenspartnerschafts-

-
- 18 Die Begriffsentwicklung der Institutsgarantie geht auf die Lehre von Carl Schmitt zurück. Vgl. *Schmitt* (Fn. 3), S. 155 ff.; *C. Schmitt*, Verfassungslehre, 5. Aufl. 1970, S. 170 f. Nicht zu verkennen ist dabei, dass die These von Carl Schmitt sich dadurch auszeichnet, dass die Institutsgarantie eine selbständige Bedeutung besitzt und bereits in diesem Sinne von den klassischen Freiheitsrechten zu unterscheiden ist. Vgl. vor allem *Schmitt* (Fn. 3), S. 167: „Das Grundrecht der Freiheit [...] wird mit Rechtsinstituten, typischen Normierungen und sogar mit staatlichen Institutionen umgeben, deren Garantie etwas anderes bedeutet als die Garantie der Freiheit selbst.“
- 19 Insofern steht fest, dass, nach allgemeiner Ansicht, erst die Abstandswahrung zwischen Ehe und anderen Gemeinschaftsarten am besten zum Bestandsschutz dient. Vgl. dazu etwa *Burgo* (Fn. 13), S. 502; *Braun* (Fn. 11), S. 26.
- 20 Vgl. dazu nur *Scholz/Uhle* (Fn. 13), S. 398 ff.; *Braun* (Fn. 11), S. 25 ff.
- 21 Nach Ansicht des *Bundesverfassungsgerichts* weist die Entstehungsgeschichte des Art. 6 Abs. 1 GG darauf hin, dass die textliche Veränderung vom „Schutz“ zum „besonderen Schutz“ „allein vom jeweiligen Sprachempfinden veranlasst“ sei. Vgl. BVerfGE 105, 313 (349 f.). Siehe dazu kritisch *P. J. Tettinger*, Kein Ruhmesblatt für „Hüter der Verfassung“, JZ 2002, S. 1146 ff., 1148 f. („Selektive Heranziehung entstehungsgeschichtlicher Erkenntnisse“).
- 22 BVerfGE 105, 313 (350).

gesetz greife gar nicht in die Eheschließungsfreiheit ein, da diese ihrem Wesen nach die Verschiedengeschlechtlichkeit der Partner voraussetzt und demzufolge von vornherein keineswegs für gleichgeschlechtliche Paare gelten könne. „Gleichgeschlechtlichen Paaren bleibt auch nach dem LPartDisBG die Ehe verschlossen. Ihnen wird für eine dauerhafte Bindung als Rechtsinstitut allein die eingetragene Lebenspartnerschaft eröffnet.“²³ Zweitens wird festgestellt, durch das Lebenspartnerschaftsgesetz liege keine Verletzung der Institutsgarantie für die Ehe vor, weil sein Regelungsgegenstand eben nicht die Ehe sei. Der Bestand der grundgesetzlich geschützten Ehe, welche ständig als „die Vereinigung eines Mannes mit einer Frau zu einer auf Dauer angelegten Lebensgemeinschaft“ definiert werde, bleibe daher unberührt. „Der Institutsgarantie kann, gerade weil sie sich nur auf die Ehe bezieht, kein Verbot entnommen werden, gleichgeschlechtlichen Partnern die Möglichkeit einer rechtlich ähnlich ausgestalteten Partnerschaft zu eröffnen.“²⁴ Drittens legt es dar, das Lebenspartnerschaftsgesetz verstöße auch nicht gegen die Wertentscheidung des Art. 6 Abs. 1 GG, indem die eingetragene Lebenspartnerschaft „schon deshalb nicht in Konkurrenz treten [kann], weil der Adressatenkreis, an den sich das Institut richtet, nicht den der Ehe berührt“.²⁵ Daher werde das Ausmaß des rechtlichen Schutzes und der Förderung der Ehe „in keinerlei Hinsicht verringert, wenn die Rechtsordnung auch andere Lebensformen anerkennt, die mit der Ehe als Gemeinschaft verschiedengeschlechtlicher Partner nicht in Konkurrenz treten können“.²⁶ Diesen Aussagen ist zu entnehmen, dass nach Ansicht des *Bundesverfassungsgerichts* die eingetragene Lebenspartnerschaft schon deshalb keinen verfassungsrechtlichen Bedenken begegnen würde, weil zwischen ihr und der Ehe kein Konkurrenzverhältnis besteht. Mit anderen Worten: Die eingetragene Lebenspartnerschaft gelte zwar als ein eheähnliches Institut, sei selbst doch keine Ehe. Infolgedessen verdiene sie auch staatliche Förderung, solange die beiden im Grunde genommen parallelen Institute nicht austauschbar werden. In diesem Zusammenhang wird deutlich, dass das *Bundesverfassungsgericht* einerseits ein Abstandsgebot zu Lasten der eingetragenen Lebenspartnerschaft ausdrücklich ablehnt, andererseits aber stets am traditionellen materiellen Ehebegriff festhält, welcher nach wie vor die Geschlechtsverschiedenheit der Ehepaare voraussetzt. Gegenüber seiner relativ offenen Auslegung des Förderungsgebots nach dem Art. 6 Abs. 1 GG versteht das Gericht die wesentlichen Strukturprinzipien der Ehe überwiegend dahin, diese müssten zum Bestandsschutz dienen und dürften infolgedessen weder verändert noch umgedeutet werden. Daher führt das Gericht zusammenfassend aus: „In ihrer Gesamtheit geben die Strukturprinzipien, die die Ehe kennzeichnen, dieser die Gestalt und Exklusivität, in der sie als Institut verfassungsrechtlichen Schutz erfährt. Art. 6 Abs. 1 GG reserviert jedoch nicht einzelne dieser Strukturelemente allein für die Ehe. Er verbietet dem Gesetzgeber nicht, Rechtsformen für ein auf Dauer angelegtes Zusammenleben auch anderen Personenkonstellationen als der Verbindung von Mann und Frau anzubieten. Durch das Merkmal der Dauerhaftigkeit werden solche Rechtsbeziehungen nicht zur Ehe. Auch sonst ist nicht erkennbar, dass sie das Gefüge dieses Instituts beschädigen könnten.“²⁷ Nach dem *Bundesverfassungsgericht* also er-

23 BVerfGE 105, 313 (342).

24 BVerfGE 105, 313 (346).

25 BVerfGE 105, 313 (351).

26 BVerfGE 105, 313 (348).

27 BVerfGE 105, 313 (351).

gibt sich aus dem besonderen Schutz der Ehe kein Abstandsgebot, sondern vielmehr ein staatlicher Förderungsauftrag unter besonderer Berücksichtigung der speziellen Funktion, die der Ehe von der Verfassung zugewiesenen wird.²⁸ Diesem liegt aber nicht die Idee des offenen Ehebildes zugrunde, sondern im Gegenteil gerade die Vorstellung, dass mit dem inhaltsfesten Ehebegriff der Schutz für andere Lebensgemeinschaften einhergehen müsse, die eheähnliche Funktionen erfüllen und sich doch nicht in die Ehe umgestalten können.

In dieser Betrachtungsweise sind diejenigen Bemerkungen, die die Stellungnahme des *Bundesverfassungsgerichts* für revolutionär und sogar traditionsfeindlich halten,²⁹ prinzipiell zu widerlegen. Schon die beiden abweichenden Meinungen zum oben dargelegten Urteil gehen fehl, indem sie beanstanden, in Anerkennung der (eheähnlichen) eingetragenen Lebenspartnerschaft lasse die Senatsmehrheit die bindende, zum Bestandsschutz dienende Bedeutung der (inhaltsbestimmten) Institutsgarantie des Art. 6 Abs. 1 GG außer Acht.³⁰ Dabei wird verkannt, dass die Senatsmehrheit doch von einer inhaltsfesten und zwar vom traditionellen Postulat geprägten Ehevorstellung ausgeht, wonach die gleichgeschlechtliche Lebenspartner auf keinen Fall in die Ehe gehen können. Die Annahme des Urteils, durch die Einführung der eingetragenen Lebenspartnerschaft werde das Institut der Ehe überhaupt nicht berührt,³¹ hat diesen Befund nur weiterhin bekräftigt. Auch die Einschätzung, mit diesem Urteil würde zwangsläufig eine Relativierung der Wertentscheidung des Art. 6 Abs. 1 GG³² bzw. ein „verfassungsgerichtlicher Verfassungswandel“ in dem Sinne einhergehen,³³ dass die vom Art. 6 Abs. 1 GG gewährleistete Exklusivität der Ehe ausgehöhlt werden müsste, würde leicht Missverständnisse auslösen. Zwar ist es erkennbar, dass das *Bundesverfassungsgericht* vom Grundgesetz kein Abstands- bzw. Privilegierungsgebot zugunsten der Ehe ableitet und sich insofern gegen die allgemeine Auslegung stellt. Doch die vorstehende Darlegung hat gezeigt, dass die Abkehr vom Abstandsgebot nicht den Abschied vom besonderen Schutz der Ehe bedeutet. Vielmehr ist dieser nach Ansicht des *Bundesverfassungsgerichts* genau dadurch geltend zu machen, dass der Kerngehalt des Ehebegriffs unverändert bleibt. Mit anderen Worten: Nach dem *Bundesverfassungsgericht* realisiert

28 Vgl. dazu BVerfGE 105, 313 (348).

29 Vgl. z. B. G. Roellecke, Kommen Kinder aus der Klinik?, NJW 2002, S. 2539 ff.

30 Vgl. die abweichenden Meinungen sowohl vom Richter Papier: „Sinn der Institutsgarantie ist vielmehr, den Gesetzgeber bei Ausgestaltung der Ehe an gewisse Strukturprinzipien, zu denen auch die Verschiedengeschlechtlichkeit der Partner rechnet, zu binden. Er ist demnach gehindert, unter einem anderen Namen für gleichgeschlechtliche Paare ein der Ehe im Übrigen entsprechendes Institut einzuführen.“ (BVerfGE 105, 313 (359)), als auch von der Richterin Hass: „Schafft der Gesetzgeber, ohne dass ihm die das Institut der Ehe rechtfertigenden Gründe zur Seite stehen, die Rechtsform einer Partnerschaft zwischen Personen gleichen Geschlechts, die im Übrigen in Rechten und Pflichten denen der Ehe entspricht, so missachtet er hierdurch ein wesentliches, eben durch Art. 6 Abs. 1 GG vorgegebenes Strukturprinzip.“ (BVerfGE 105, 313 (362)).

31 Vgl. dazu nur BVerfGE 105, 313 (345) („Regelungsgegenstand des Gesetzes ist nicht die Ehe“).

32 Vgl. etwa Krings (Fn. 15), S. 27; Uhle (Fn. 8), Rn. 36.1.

33 So P. Badura, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 67. Ergänzungslieferung 2013, Art. 6 Rn. 58 d. Ähnlich Uhle (Fn. 8), Rn. 37; P. Reimer/M. Jestaedt, Anmerkung, JZ 2013, S. 468 ff., 469.

sich der besondere Schutz der Ehe in erster Linie nicht durch die Wertentscheidung, sondern durch die Institutsgarantie des Art. 6 Abs. 1 GG.

IV. Die neueren Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zum Institut der eingetragenen Lebenspartnerschaft

Schon im Hinblick auf seine Abkehr vom Abstandsgebot bei der Auslegung des besonderen Schutzes liegt es nahe, dass das *Bundesverfassungsgericht* das Schutzgebot des Art. 6 Abs. 1 GG nicht als unmittelbaren Rechtfertigungsgrund für die Ungleichbehandlung zwischen der Ehe und der eingetragenen Lebenspartnerschaft versteht. Wie gezeigt, geht dies nicht darauf zurück, dass das *Bundesverfassungsgericht* von vornherein an dem grundgesetzlich gebotenen besonderen Schutz der Ehe vorbeigeht, sondern vielmehr darauf, dass nach dem *Bundesverfassungsgericht* die Besonderheit dieses Schutzes bereits aus der inhaltsfesten Definition der Ehe erfolgt.³⁴ Infolgedessen überrascht es nicht, dass in den nach dem oben dargelegten Urteil zustande gekommenen Entscheidungen, die sich mit der Verfassungsmäßigkeit einer Differenzierung zwischen der Ehe und der eheähnlichen eingetragenen Lebenspartnerschaft befassen, im Grunde genommen nicht das Schutzgebot des Art. 6 Abs. 1, sondern vornehmlich der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG maßgeblich ist.³⁵ Gerade auf der Grundlage der früheren Ablehnung eines Abstandsgebotes weist das *Bundesverfassungsgericht* seit dem Beschluß vom 7. Juli 2009 mehrmals darauf hin, nach dem Art. 6 Abs. 1 in Verbindung mit dem Art. 3 Abs. 1 GG sei ein Diskriminierungsverbot der eingetragenen Lebenspartnerschaft festzustellen: „Geht die Privilegierung der Ehe mit einer Benachteiligung anderer Lebensformen einher, obgleich diese nach dem geregelten Lebenssachverhalt und den mit der Normierung verfolgten Zielen der Ehe vergleichbar sind, rechtfertigt der bloße Verweis auf das Schutzgebot der Ehe eine solche Differenzierung nicht. Denn aus der Befugnis, in Erfüllung und Ausgestaltung des verfassungsrechtlichen Förderungsauftrags die Ehe gegenüber anderen Lebensformen zu privilegieren, lässt sich kein in Art. 6 Abs. 1 GG enthaltenes Gebot herleiten, andere Lebensformen gegenüber der Ehe zu benachteiligen.“³⁶ In seinem Beschluß zur Ungleichbehandlung eingetragener Lebenspartnerschaft beim beamtenrechtlichen Familienzuschlag hebt das Gericht ferner den eheanalogen Charakter der eingetragenen Lebenspartnerschaft hervor, indem es ausführt: „Der besondere Schutz, unter den Art. 6 I GG die Ehe als besondere Verantwortungsbeziehung stellt, rechtfertigt Besserstellungen der Ehe im Verhältnis zu ungebundenen Partnerbeziehungen, nicht aber ohne Weiteres auch im Verhältnis zu einer rechtlich geordneten Lebensgemeinschaft, die sich von der Ehe durch die Gleichgeschlechtlichkeit der Partner unterscheidet, wegen dieses Unterschiedes mit der Ehe nicht konkurriert und dem Institut der Ehe daher auch nicht abträglich sein kann, sondern es gerade auch Personen, die wegen ihres gleichen Geschlechts eine Ehe nicht eingehen können, ermöglichen soll, eine im Wesentlichen gleichartige institutionell

34 Vgl. insofern auch C. Hillgruber, Anmerkung, JZ 2010, S. 41 ff., 42.

35 Vgl. dazu näher Reimer/Jestaedt (Fn. 33), S. 468 f.

36 BVerfG, JZ 2010, S. 37 (40). Vgl. auch BVerfG, NVwZ 2012, 1304 (1307 f.).

stabilisierte Verantwortungsbeziehung einzugehen.“³⁷ Diese Aussage hat zwar zur Folge, dass im vorliegenden Fall der besondere Schutz der Ehe die Ungleichbehandlung von Ehe und eingetragener Lebenspartnerschaft „nicht zu rechtfertigen vermag“. Sie macht indes wiederum deutlich, dass das *Bundesverfassungsgericht* nach wie vor an der Parallelität, d. h. an dem sich stets voneinander distanzierenden Verhältnis zwischen Ehe und eingetragener Lebenspartnerschaft festhält. Mit der Konzentration auf den allgemeinen Gleichheitssatz geht das Gericht trotz der Qualifizierung der eingetragenen Lebenspartnerschaft als einer im Wesentlichen ehegleichen Gemeinschaft stets von ihrem unüberwindlichen Unterschied von der Ehe aus. So gesehen wendet sich das Gericht bei der Verfassungsmäßigkeitsprüfung nicht deshalb vom Art. 6 Abs. 1 GG ab, weil es von vornherein den besonderen Schutz der Ehe gar übersieht, sondern vielmehr deshalb, weil hierbei es sich nicht um die schon im Namen unter besonderem Schutz stehende Ehe, sondern um die eingetragene Lebenspartnerschaft handelt, die keine Ehe ist und doch gerade mit ihrer eheähnlichen Funktion nicht diskriminiert werden darf.

Vor dem dargelegten Hintergrund liegt es nahe, dass das auf dem Art. 3 Abs. 1 GG beruhende Diskriminierungsverbot auch in den neueren Entscheidungen im Jahr 2013 eine maßgebende Rolle gespielt hat. Im Urteil vom 19. Februar 2013 erklärte das *Bundesverfassungsgericht* den Ausschluß einer Sukzessivadoption durch eingetragene Lebenspartner für verfassungswidrig, weil dieser neben der Benachteiligung des adoptierten Kindes eines eingetragenen Lebenspartners auch die betroffenen Lebenspartner in ihrem Recht auf Gleichbehandlung verletzt: „Die Regelung des § 9 VII LPartG verstößt auch insofern gegen Art. 3 I GG, als sie eingetragene Lebenspartner im Vergleich zu Ehegatten benachteiligt, denen es gem. § 1742 BGB möglich ist, das adoptierte Kind ihres Partners anzunehmen. Die Rechtfertigung der Ungleichbehandlung von Verheirateten und eingetragenen Lebenspartnern nach § 9 VII LPartG unterliegt hohen verfassungsrechtlichen Anforderungen, weil die Ungleichbehandlung die sexuelle Identität betrifft. Unterschiede zwischen Ehe und eingetragener Lebenspartnerschaft, welche die ungleiche Ausgestaltung der Adoptionsmöglichkeiten rechtfertigen könnten, bestehen nicht; insbesondere sind beide Partnerschaften gleichermaßen auf Dauer angelegt und rechtlich verfestigt.“³⁸ „§ 9 VII LPartG verstößt auch insofern gegen Art. 3 I GG, als er eingetragene Lebenspartner eines Adoptivelternteils im Vergleich zu eingetragenen Lebenspartnern eines leiblichen Elternteils benachteiligt, weil nur Letzteren die Adoption des Kindes des Lebenspartners rechtlich möglich ist. Auch dies ist verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigen.“³⁹ Im Falle des Ausschlußes eingetragener Lebenspartnerschaft vom Ehegattensplitting ging das Gericht am 7. Mai 2013 ausdrücklicher vom Grundsatz der Gleichbehandlung zwischen Ehepaaren und eingetragenen Lebenspartnern aus: „Das Schutzgebot des Art. 6 Abs. 1 GG allein vermag die Ungleichbehandlung der familienrechtlichen Institute der Ehe und der Lebenspartnerschaft nicht zu rechtfertigen, da beide in vergleichbarer Weise rechtlich verbindlich verfasste Lebensformen darstellen. [...] Wie die Ehe unterscheidet sich die Lebenspartnerschaft sowohl von ungebundenen Partnerbeziehungen als auch von den Rechtsbeziehungen zwischen Verwandten. Sie ist darüber hinaus geeignet, Voraussetzung für die Begründung von Elternschaft zu

37 BVerfG, NVwZ 2012, S. 1304 (1308).

38 BVerfG, NJW 2013, S. 847 (855).

39 Ebenda.

sein und taugliche Grundlage einer Familie.“⁴⁰ Daher stellte es fest: „Der Gesetzeszweck der von der Einkommensverteilung unabhängigen steuerlichen Gleichbehandlung von Ehen als Gemeinschaften des Erwerbs und Verbrauchs kann ihre Privilegierung im Verhältnis zu eingetragenen Lebenspartnerschaften nicht rechtfertigen. Das LPartG gestaltet die eingetragene Lebenspartnerschaft als eine Gemeinschaft des Erwerbs und Verbrauchs aus, die in ihren für die steuerrechtliche Anknüpfung wesentlichen Grundzügen mit der Ehe vergleichbar ist.“⁴¹ Offensichtlich lässt sich diese Stellungnahme des *Bundesverfassungsgerichts* auf die früheren Entscheidungen zurückführen: Auf der einen Seite plädiert es schrittweise für mehr Gleichberechtigung zwischen Ehe und eingetragener Lebenspartnerschaft. Auf der anderen Seite weist es aber immer wieder darauf hin, dass die Gleichbehandlung von Ehepaaren und gleichgeschlechtlichen Lebenspartnern deshalb geltend zu machen ist, weil letztere eben keine Ehe eingehen können.⁴²

Gerade in dieser Hinsicht drängt sich die Frage auf, ob das *Bundesverfassungsgericht* Art. 6 Abs. 1 GG überhaupt richtig verstanden und plausibel interpretiert hat. Zwar wird durch weitgehende Gleichbehandlung einerseits die eheanaloge Stellung der eingetragenen Lebenspartnerschaft zunehmend anerkannt und andererseits die Exklusivität der Ehe nach wie vor gesichert. Doch genau der Versuch, dadurch einen Kompromiss zwischen Freiheitsgewährleistung und Bestandsschutz zu erreichen, gerät in Schwierigkeiten. Wie oben dargelegt wurde, ist nach dem *Bundesverfassungsgericht* der besondere Schutz der Ehe nicht durch deren Privilegierung, sondern schon und insbesondere durch die inhaltsfeste, am Status quo orientierte Institutsgarantie zur Geltung zu bringen. Demzufolge zeigt sich der besondere Schutz vornehmlich dadurch, dass das Institut der Ehe ausschließlich verschiedengeschlechtlichen Paaren vorbehalten ist. Wenn aber die Ehe schon von Verfassungs wegen ein „allein der Verbindung zwischen Mann und Frau vorbehaltenes Institut“ sein muss und als solches ohne Weiteres unter besonderem Schutz steht, so stellt sich die Frage, ob so verstanden selbst die Vorschrift des „besonderen Schutzes“ nicht in dem Sinne überflüssig wäre, dass sich die Besonderheit des Schutzes bereits in der konservativ-geschlossenen Ehedefinition erschöpft. Geht man umgekehrt davon aus, der im Art. 6 Abs. 1 GG vorgesehene „besondere Schutz“ sei – über reine Institutsgarantie hinaus – von eigenständiger und zwar maßgeblicher Bedeutung, so müsste man doch ebenfalls fragen, ob nicht durch weitgehende Gleichbehandlung zwischen Ehe und eingetragener Lebenspartnerschaft der verfassungsrechtlich gebotene „besondere Schutz“ für die Ehe erheblich ausgehöhlt würde. Mit anderen Worten: Indem das *Bundesverfassungsgericht* Art. 6 Abs. 1 GG nicht als Abstandsgebot, sondern im Zusammenhang mit Art. 3 Abs. 1 und 3 GG gegebenenfalls sogar als Diskriminierungsverbot versteht, stellt es trotz oder gerade wegen einer am Bestandsschutz orientierten Vorstellung der Institutsgarantie den besonderen Schutz der Ehe zwangsläufig in Frage. Schon angesichts dieser Interpretationsprobleme verdient die verfassungsrechtliche Bedeutung sowohl der Ehe als auch des besonderen Schutzes nach Art. 6 Abs. 1 GG eine nähere Überlegung.

40 BVerfG, DStR 2013, S. 1228 (1234).

41 BVerfG, DStR 2013, S. 1228 (1235).

42 Zur geschlossenen Ehedefinition auch in diesen Entscheidungen vgl. nur BVerfG, DStR 2013, S. 1228 (1232) („Die Ehe als allein der Verbindung zwischen Mann und Frau vorbehaltenes Institut erfährt durch Art. 6 Abs. 1 GG einen eigenständigen verfassungsrechtlichen Schutz.“).

V. Der besondere Schutz der Ehe aufgrund der Parallelität von Ehe und eingetragener Lebenspartnerschaft?

Mit Blick auf die vorstehenden Ausführungen liegt es nahe, dass der vom *Bundesverfassungsgericht* vorgenommene Interpretationsansatz zum besonderen Schutz der Ehe trotz einiger Zustimmung hinsichtlich der verstärkten Gleichstellung eingetragener Lebenspartnerschaft mit der Ehe heftige und zwar vielfältige Kritik ausgelöst hat. Vielfach wird beanstandet, durch seine Abkehr vom Abstandsgebot bei der Auslegung des besonderen Schutzes der Ehe habe das *Bundesverfassungsgericht* die Normativität des Art. 6 Abs. 1 GG „grundlegend verkannt“ und somit „die Grenze zu einer unstatthaften verfassungskorrigierenden Norminterpretation überschritten“.⁴³ Aber auch diejenigen, die explizit für die Gleichbehandlung zwischen Ehe und eingetragener Lebenspartnerschaft plädieren, sind mit den Auslegungsstrategien des *Bundesverfassungsgerichts* nicht zufrieden, indem sie dessen Ausschluß gleichgeschlechtlicher Paare von der Ehemöglichkeit immer wieder in Frage stellen.⁴⁴ All diese Einwände weisen darauf hin, dass sich die Stellungnahme des *Bundesverfassungsgerichts* wohl als ein seit langem

43 So *Uhle* (Fn. 8), Rn. 36.3. Vgl. auch *Krings* (Fn. 15), S. 27 („Nicht die Entscheidung der Verfassung für den besonderen Schutz der Ehe, sondern das einfache Recht muss sich vor der Verfassung rechtfertigen.“); *K. F. Gärditz*, Gemeinsames Adoptionsrecht Eingetragener Lebenspartner als Verfassungsgebot?, *JZ* 2011, S. 930 ff., 933 f. („Dies ist gemessen an der Funktion des Art. 6 Abs. 1 GG, die auch im Wortlaut („besonderen“) zum Ausdruck kommt, ein doch eher befremdliches Auslegungsergebnis.“). Demgegenüber wird gelegentlich behauptet, auch beim Auslegungsansatz des *Bundesverfassungsgerichts* würde der verfassungsrechtlich gebotene besondere Schutz der Ehe nicht leerlaufen, denn dieser beziehe sich doch auf die Privilegierung der Ehe gegenüber anderen „weniger verbindlichen Paarbeziehungen“. Vgl. dazu etwa *M. Grünberger*, Die Gleichbehandlung von Ehe und eingetragener Lebensgemeinschaft im Zusammenspiel von Unionsrecht und nationalem Verfassungsrecht. Das Urteil des *Bundesverfassungsgerichts* zur VBL-Hinterbliebenenrente, *FPR* 2010, S. 203 ff., 205 f.; *R. Wiemann*, Rosige Aussichten für die Gleichstellung gleichgeschlechtlicher Lebenspartner mit Ehegatten?, *NJW* 2010, S. 1427 ff., 1430.

44 Vgl. z. B. *T. Hoppe*, Anmerkung zu BVerfG, Beschluss vom 7.7.2009 – 1 BvR 1164/07, DVBl. 2009, S. 1516 ff., 1519 („Regelungstechnisch wäre es sicher einfacher, statt fehleranfälliger und verwirrender Einzelregelungen mit einem Satz im Familienrecht die gleichgeschlechtliche Eheschließung zu ermöglichen.“). Vgl. auch schon *K. Möller*, Der Ehebegriff des Grundgesetzes und die gleichgeschlechtliche Ehe, *DÖV* 2005, S. 64 ff., 71 („Lebenspartnerschaft“ ist zwar kein Begriff, der an sich diskriminierend ist. Der Begriff der Lebenspartnerschaft kann aber nur in Relation zu dem der Ehe verstanden werden. Es ist klar, dass hier ein Institut geschaffen werden sollte, dass eben gerade nicht die Ehe ist, sondern entweder ‚weniger‘, zumindest aber ‚anders‘.“ Hervorhebung im Original).

für fragwürdig gehaltenes „*separate but equal*“-Argument⁴⁵ verstehen lässt.⁴⁶ Genau in dieser Hinsicht vermag die optimistische Einschätzung, wonach in Zukunft „Ehe und eingetragene Lebenspartnerschaft in Abgrenzung zur Familie umfassend gleichgestellt werden müssen“,⁴⁷ nicht zu überzeugen.

Vor dem Hintergrund der bestrittenen Debatte stellt sich die Grundfrage, ob der Interpretationsansatz des *Bundesverfassungsgerichts* zum Art. 6 Abs. 1 GG dessen normativen Vorgaben überhaupt entspricht. Wie gezeigt, resultieren die Interpretationschwierigkeiten des *Bundesverfassungsgerichts* vor allem aus den Umständen, dass das Gericht einerseits die Ehemöglichkeit für die gleichgeschlechtlichen Lebenspartner nicht eröffnen will, andererseits aber doch beabsichtigt, eine möglichst vollständige Gleichstellung von Ehe und eingetragener Lebenspartnerschaft zu erreichen. Wenn allerdings unter dem Grundgesetz auch die Institutsgarantie zur Freiheitsverwirklichung dienen soll, so ist das materielle, inhaltsfeste und überwiegend am Bestandsschutz orientierte Verständnis der Institutsgarantie der Ehe schon von Freiheitswegen grundlegend in Frage zu stellen. Dieses setzt die Verschiedengeschlechtlichkeit als ohne Weiteres geltendes und zwar unabänderbares Wesenselement der verfassungsrechtlich geschützten Ehe voraus, was bereits deshalb einer liberal-pluralistischen Grundrechtsidee zuwider läuft, weil der für unabänderbar gehaltene „Kerngehalt“ der Ehe doch nicht grundgesetzlich vorgegeben ist, sondern sich unter bestimmten historischen, kulturellen bzw. religiösen Bedingungen entwickelt hat und sich daher nicht verallgemeinern oder sogar verabsolutieren lässt. Konzentriert sich die vom *Bundesverfassungsgericht* angenommene Institutsgarantie des Art. 6 Abs. 1 GG auf die Wahrung des herkömmlichen

45 Zu dieser US-amerikanischen „*separate but equal*“-Doktrin in Reaktion auf die Infragestellung der Klassifikation aufgrund der Rasse vgl. *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896), S. 551: „We consider the underlying fallacy of the plaintiff's argument to consist in the assumption that the enforced separation of the two races stamps the colored race with a badge of inferiority. If this be so, it is not by reason of anything found in the act, but solely because the colored race chooses to put that construction upon it. [...]“ Diese Doktrin wurde bereits durch die historische *Brown*-Entscheidung endgültig aufgegeben. „Today, education is perhaps the most important function of state and local governments. [...] It is the very foundation of good citizenship. [...] In these days, it is doubtful that any child may reasonably be expected to succeed in life if he is denied the opportunity of an education. Such an opportunity, where the state has undertaken to provide it, is a right which must be made available to all on equal terms.“, „To separate them from others of similar age and qualifications solely because of their race generates a feeling of inferiority as to their status in the community that may affect their hearts and minds in a way unlikely ever to be undone.“ *Brown v. Board of Education of Topeka (Brown I)*, 347 U.S. 483 (1954), S. 493 f.

46 Vgl. insofern auch *Grünberger* (Fn. 43), S. 208, der diesen Ansatz des *Bundesverfassungsgerichts* indes neutral, wenn nicht positiv bewertet („Ehe und Lebenspartnerschaft sind *separate, but equal. Equal*, weil Art. 3 I GG das verlangt; *separate*, weil das *Bundesverfassungsgericht* unter Ehe ausschließlich eine verschiedengeschlechtliche Verbindung versteht und weil man bisher von einer Identität von verfassungs- und einfachrechtlichem Ehebegriff ausgeht.“).

47 R. *Bömelburg*, Die eingetragene Lebenspartnerschaft – ein überholtes Rechtsinstitut?, *NJW* 2012, S. 2753 ff., 2758. Ähnlich *Benedict* (Fn. 7), S. 487 („Verfassungsrechtlich wäre es an diesem Punkt ehrlicher, wenn entweder das *Bundesverfassungsgericht* die Konsequenzen der eigenen Rechtsprechung zieht und den überkommenen Ehebegriff [...] aufgibt oder das Parlament den besonderen Schutz der Ehe in Art. 6 Abs. 1 GG mit qualifizierter Mehrheit verabschiedet.“).

herrschenden Ehebildes, so müsste die freiheitssichernde Funktion des Art. 6 Abs. 1 GG erheblich relativiert werden, indem die Eheschließungsfreiheit bestimmter Personengruppen von vornherein nicht in Betracht kommen kann. Die Meinung des Gerichts, dass das Institut der eingetragenen Lebenspartnerschaft die Eheschließungsfreiheit gar nicht berührt,⁴⁸ spricht nur wiederum deutlich dafür, dass ein substantielles Verständnis der Institutsgarantie nicht nur den Ehebegriff selbst, sondern darüber hinaus den Schutzbereich des ehelichen Abwehrrechts zu Lasten der Selbstentfaltung des Einzelnen einschränken müsste. Auch in dieser Hinsicht liegt es nahe, dass die substantielle Vorstellung der Institutsgarantie Auswirkungen auf die Auslegung der Wertentscheidung des Art. 6 Abs. 1 GG hat: Wenn nur die Verbindung zwischen einem Mann und einer Frau als Ehe im Sinne des Grundgesetzes anzuerkennen ist, so gilt der grundgesetzlich vorgesehene „besondere Schutz“ folgerichtig ausschließlich für heterosexuelle (Ehe)Paare. Daher muss sich das *Bundesverfassungsgericht* – statt an Art. 6 Abs. 1 – an Art. 3 Abs. 1 GG wenden, um die Gleichberechtigung von Ehe und eingetragener Lebenspartnerschaft begründen zu können. Dies hat jedoch zwangsläufig zur Folge, dass als verbindliche Wertentscheidung die Bedeutung des besonderen Schutzes der Ehe im Verhältnis zur eingetragenen Lebenspartnerschaft überwiegend auf ein Benachteiligungsverbot der Ehe reduziert werden müsste.

Die vorstehenden Ausführungen deuten nicht darauf hin, dass eine Vorgehensweise zugunsten der Privilegierung der Ehe gegenüber der eingetragenen Lebenspartnerschaft verfassungsrechtlich plausibler und daher erstrebenswert wäre. Vielmehr machen sie darauf aufmerksam, dass bereits die der Stellungnahme des *Bundesverfassungsgerichts* zugrunde liegende substantielle Vorstellung der Institutsgarantie dem Streben nach einer umfassenden Gleichstellung der eingetragenen Lebenspartnerschaft mit der Ehe widerspricht, indem der inhaltsfeste Ehebegriff die unüberwindliche Trennung der beiden Institute festlegt. Der Grund dafür, dass die „*separate but equal*“-Doktrin ihrem Wesen nach nicht Gleichbehandlung bedeuten kann, besteht eben darin, dass selbst „*separate*“ mit „*equal*“ unvereinbar sein muss.⁴⁹ Um also das Ergebnis einer evidenten Ungleichbehandlung zu verhindern, muss das *Bundesverfassungsgericht* seine restriktive Ehedefinition durch die angeblich offene, in der Tat aber entstellende Auslegung des „besonderen Schutzes“ zu kompensieren.⁵⁰ Dennoch wirkt dies lediglich zu Lasten der dogmatischen Konturen, ändert indes nichts an der anti-pluralistischen Orientierung der substantiellen Interpretation des Art. 6 Abs. 1 GG durch die Rechtsprechung.

So betrachtet ist der bisherige substantielle Interpretationsansatz des *Bundesverfassungsgerichts* durch einen liberal-pluralistischen und insofern entmaterialisierten zu ersetzen. Zwar ist die Annahme des Gerichts, dass aus dem Art. 6 Abs. 1 GG keine Klärung erfolgt, was das Schutzgebot im Einzelnen für das Verhältnis der Ehe zur eingetragenen Lebenspartnerschaft bedeutet,⁵¹ durchaus vertretbar. Doch gerade deswegen ist davon

48 Vgl. nur BVerfGE 105, 313 (342).

49 Vgl. dazu oben Fn. 45.

50 Hier handelt es sich weniger um die Frage, wie der „besondere Schutz“ (etwa im Gegensatz zum „allgemeinen“ Schutz) semantisch auszulegen ist, als vielmehr um den Umstand, dass in systematischer Betrachtung das spezifische Schutzgebot des Art. 6 Abs. 1 GG von eigenständiger Bedeutung sein muss. Nur so lässt sich dessen Rahmenordnung zur Kenntnis nehmen und bringt dadurch ihre bindende Funktion zur Geltung.

51 Vgl. nur BVerfGE 105, 313 (350).

auszugehen, dass bereits die institutionelle Gegenüberstellung von Ehe und eingetragener Lebenspartnerschaft sich nicht zwangsläufig aus dem Art. 6 Abs. 1 GG ergibt. Infolgedessen wäre es einerseits mit dem Grundgesetz nicht unvereinbar, wenn die Eheschließung gleichgeschlechtlicher Paare ermöglicht wird. Mit anderen Worten ist nach einem entmaterialisierten Auslegungsansatz der Ehebegriff funktional zu bestimmen⁵² und soll daher auch für diejenigen gleichgeschlechtlichen Lebenspartner gelten, die genauso wie die verschiedengeschlechtlichen Ehepaare eine auf Dauer angelegte engere Verantwortungsbeziehung aufbauen wollen. Hinsichtlich des Verhältnisses zwischen Ehe und nichtehelicher Lebenspartnerschaft ist andererseits aber weiterhin zu erläutern, weshalb das Grundgesetz der Ehe einen „besonderen Schutz“ anbietet und wozu dieser „besondere Schutz“ dient. Die Feststellung des *Bundesverfassungsgerichts* über das Fehlen einer absoluten Verhältnisbestimmung zwischen Ehe und nichtehrlicher Lebenspartnerschaft darf nicht dahin missverstanden werden, als hätte die Vorgabe des besonderen Schutzes im Grunde genommen keine bindende Bedeutung mehr.⁵³ Vielmehr ist in funktionaler Hinsicht zuallererst festzulegen, dass im Vergleich zu anderen Lebensformen die Ehe durch eine verstärkte und zwar auf Dauer angelegte Verantwortungsbeziehung gekennzeichnet ist.⁵⁴ Wie selbst das *Bundesverfassungsgericht* argumentiert: „Die Rechtfertigung der Privilegierung der Ehe, und zwar auch der kinderlosen Ehe, liegt, insbesondere wenn man sie getrennt vom Schutz der Familie betrachtet, in der auf Dauer übernommenen, auch rechtlich verbindlichen Verantwortung für den Partner. In diesem Punkt unterscheiden sich eingetragene Lebenspartnerschaft und Ehe aber nicht. Beide sind auf Dauer angelegt und begründen eine gegenseitige Einstandspflicht.“⁵⁵ Diese Aussage weist zutreffend darauf hin, dass die Ehe – unabhängig von der Möglichkeit der Kindererzeugung – eine besonders verbindliche Lebensgemeinschaft bildet und daher verfassungsrechtlich einen besonderen Schutz verdient. Genau deswegen aber ist das Förderungsgebot des Art. 6 Abs. 1 GG als ein die Ehe bevorzugendes Abstandsgebot aufzufassen. Danach soll die Ehe gegenüber allen anderen weniger verbindlichen Lebensformen bzw. Partnerschaften begünstigt werden, um ihre spezifische Funktion zur Wahrung einer Verantwortungsbeziehung mit „höheren Grad personalen Engagements“⁵⁶ erfüllen zu können.

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass nach einer liberal-funktionalen Vorstellung die normativen Vorgaben des Art. 6 Abs. 1 GG durch die Rechtsprechung des *Bundesverfassungsgerichts* doppelt missdeutet worden sind: Während die Institutsgarantie der Ehe zugunsten des Bestandsschutzes ohne Weiteres ziemlich restriktiv interpretiert wird,

52 Zur Gegenüberstellung von substantiellem und funktionalem Ansatz vgl. ferner *D. Grimm*, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 45 (1987), S. 108 f. Vgl. auch schon *H. Kelsen*, Der soziologische und der juristische Staatsbegriff: Kritische Untersuchung des Verhältnisses von Staat und Recht, 2. Neudruck der 2. Aufl. 1928, 1981, S. 211 ff.

53 Vgl. aber etwa *J. Selder*, Das Bundesverfassungsgericht und die Homo-Ehe im Steuerrecht, DStR 2013, S. 1064 ff., 1067, der den irreführenden Ausführungen des *Bundesverfassungsgerichts* zur oben erwähnten Entstehungsgeschichte des Art. 6 Abs. 1 GG entnommen hat, diese Vorschrift sei „nur noch eine Leerformel“.

54 Vgl. dazu etwa *Wiemann* (Fn. 43), S. 1429 f.; *Robbers* (Fn. 13), S. 783 f.; insofern auch *Burgi* (Fn. 13), S. 500 f.

55 BVerfG, JZ 2010, S. 37 (39 f.).

56 Vgl. dazu *H. Steiger*, Verfassungsgarantie und sozialer Wandel – Das Beispiel von Ehe und Familie, VVDStRL 45 (1987), S. 55 ff., 78.

wird hingegen die Gewährleistungsdimension der verbindlichen Wertentscheidung vorschnell relativiert. In der Tat aber dient erst die umgekehrte Vorgehensweise einem funktionsgerechten und daher sowohl Freiheit als auch Gleichheit entsprechenden Grundrechtsschutz. Demzufolge lässt sich auf der einen Seite die Institutsgarantie der Ehe nicht dahin missverstehen, als ob ausschließlich ein einziges bestimmtes Ehebild verfassungsrechtlich schutzwürdig wäre. Vielmehr ist sie besonders unter dem Grundgesetz liberal-pluralistisch auszulegen und schließt daher all diejenigen Ehevorstellungen ein, die der oben dargelegten Funktionsbestimmung der Ehe entsprechen. Auf der anderen Seite ist gerade zur Förderung der Funktionsfähigkeit der Ehe aus der Wertentscheidung ein Abstands- bzw. Privilegierungsgebot der Ehe abzuleiten. Denn erst dadurch wird sichergestellt, dass die Ehe als auf Dauer angelegte verbindliche Verantwortungsbeziehung gegenüber anderen Lebensgemeinschaften durch staatliche unterstützende Maßnahmen bevorzugt wird. Damit ist nicht gemeint, dass nach der Wertentscheidung des Art. 6 Abs. 1 GG die Differenzierung zwischen Ehe und nichtehelicher Lebenspartnerschaft quantitativ fixiert bleiben muss. Sondern die hier vertretene These weist vielmehr darauf hin, dass gerade der grundgesetzlich vorgesehene Förderungsauftrag den Staat und vor allem den Gesetzgeber zur Wahrung ehe-partnerschaftlicher Verantwortungsbeziehung verpflichtet.⁵⁷ Auch aus dem hier vertretenen Abstandsgebot resultiert keine anti-liberale Grundrechtsinterpretation zu Lasten der gleichgeschlechtlichen Paare, da selbst der diesem Abstandsgebot zugrunde liegende Ehebegriff nicht substantiell, sondern funktional und liberal-pluralistisch aufgefasst wird. Genau auf dieser Erkenntnisgrundlage gilt der besondere Schutz für alle der spezifischen Funktion der Ehe entsprechenden Lebenspartnerschaften, ohne seine dogmatischen Konturen zu verlieren. Mit anderen Worten: Nach dem dargestellten funktionalen, entmaterialisierten Interpretationsansatz hängt die Anwendungsmöglichkeit eines besonderen Schutzes bzw. einer privilegierten Förderung nicht davon ab, zu welchen vorausbestimmten Kategorien von Menschen man gehört, sondern davon ab, ob man eine Ehe eingehen will. Gerade mit dem Verständnis, dass der Rahmen des Art. 6 Abs. 1 GG einerseits von der inhaltsoffenen Ehedefinition ausgeht und andererseits der speziellen Verantwortungsbeziehung der Ehe doch einen besonderen Status einräumt, lässt sich das Freiheitsversprechen des Art. 6 Abs. 1 GG verwirklichen.

VI. Folgen

Dem Vorhergehenden ist zu entnehmen, dass die neueren Entscheidungen des *Bundesverfassungsgerichts* zur Gleichstellung der eingetragenen Lebenspartnerschaft die Institutsgarantie der Ehe keineswegs freiheitsorientiert umgedeutet haben. Im Streben nach umfassender Gleichbehandlung verzichtet das *Bundesverfassungsgericht* niemals auf die herkömmliche Ehedefinition, wobei der Bestandsschutz nach wie vor im Mittelpunkt steht und der Abstand zwischen dem traditionellem Ehebild und dem eingeführten Institut der eingetragenen Lebenspartnerschaft daher intakt bleibt. Mit dieser „separate but equal“-Auslegungsstrategie lässt das *Bundesverfassungsgericht* indes von vornherein außer Acht, dass bereits der von ihm vorausgesetzte inhaltsfeste Ehebegriff

57 Vgl. insofern auch *Robbers* (Fn. 13), S. 783.

den Schutzbereich des Art. 6 Abs. 1 GG unangemessen einschränkt, indem er im Grunde genommen die ideologisch bedingten historisch-kulturellen Überzeugungen widerspiegelt und doch stets als Realitätsverkörperung bezeichnet wird.⁵⁸ Die daraus folgende ewige Distanzierung der eingetragenen Lebenspartnerschaft von der traditionellen Ehe bzw. vom Art. 6 Abs. 1 GG lässt sich nicht durch die Heranziehung des Art. 3 Abs. 1 und 3 GG kompensieren. Insofern steht fest, dass gerade das „*separate but equal*“-Argument des *Bundesverfassungsgerichts* das grundgesetzliche Diskriminierungsverbot verletzt, indem es an der herkömmlichen Vorstellung der Institutsgarantie der Ehe festhält. Auch gerade deswegen liegt das Bedenken nahe, dass der anti-liberale Charakter der überkommenen Institutsgarantie durch die substantielle Interpretation des *Bundesverfassungsgerichts* nicht relativiert, sondern im Gegenteil weiterhin verankert wird.

Soweit die Institutsgarantie nicht zur verfassungsrechtlich gesicherten Freiheitsgewährleistung (ggf. gegenüber gesetzgeberischen Eingriffen), sondern nach wie vor zur Aufrechterhaltung des Status-quo der Ehe dient, müsste sie entscheidende Auswirkungen auf die Auslegung des im Art. 6 Abs. 1 GG vorgesehenen „besonderen Schutzes“ haben. Wie im vorliegenden Beitrag kritisch dargelegt wurde, ist (auch) die erheblich relativierende und insofern verzerrende Interpretation des grundgesetzlichen Schutzgebotes durch das *Bundesverfassungsgericht* darauf zurückzuführen, dass das Gericht von vornherein die eingetragene Lebenspartnerschaft von der Ehemöglichkeit ausschließen will. Dies hat nicht nur zur Folge, dass der besondere Schutz der Ehe überwiegend im Lichte des Art. 3 Abs. 1 GG begriffen wird, sondern führt infolgedessen auch dazu, dass die Rahmenordnung des Art. 6 Abs. 1 GG zugunsten der Ehe grundlegend verkannt wird.

Angesichts der im vorliegenden Beitrag gezeigten Fehlentwicklungen verdient die zeitgenössische Bedeutung der Institutsgarantie der Ehe eine Überlegung. Wenn unter dem Grundgesetz auch die Institutsgarantie der Ehe in erster Linie die freiheitssichernde und -stärkende Aufgabe zu übernehmen hat, so ist sie nicht substantiell, sondern funktional aufzufassen, wobei nicht die wesensgemäße Bestimmung der Kerngehalte, sondern die funktionsgerechte Definition der Ehe von maßgeblicher Bedeutung ist. Daher ist etwa das Prinzip der Einehe nicht deshalb in die Institutsgarantie einzuschließen, weil es den historisch vorgefundenen, überkommenen Lebensformen entspricht,⁵⁹ sondern deshalb, weil es zur Sicherstellung und Förderung der ehelichen besonderen Verantwortungsbeziehung und infolgedessen zur Freiheitsverwirklichung derjenigen beiträgt, die eine Ehe eingehen wollen. Demgegenüber ist die Qualifizierung der Verschiedengeschlechtlichkeit als unantastbares Wesenselement der Ehe in Frage zu stellen, denn sie hält einseitig an dem inhaltsbestimmten und daher gleichgeschlechtliche Paare notwendigerweise ausschließenden Ehebegriff fest und läuft dergestalt der unter dem Grundgesetz neu zu bestimmenden Aufgabe der Institutsgarantie zur Freiheitsverwirklichung zuwider. In dieser Hinsicht steht wiederum fest: Nur dadurch, dass die Institutsgarantie der Ehe funktional verstanden wird, gewinnt sie ihre freiheitssichernde Be-

58 Kritisch zur Verwechslung von Ideologie und Realität bei Materialisierungsversuchen vgl. insbesondere H. Kelsen, *Der Staat als Integration*, 1930, S. 50 f., 56 f.

59 So aber Badura (Fn. 33), Rn. 43.

deutung. Auch nur auf dieser Grundlage ist der vom Grundgesetz versprochene besondere Schutz für die Ehe zu ermöglichen.