

# Kommentare

Stephan Stüber

## Gleichstellung homosexueller Lebensgemeinschaften als »Eingetragene Lebenspartnerschaft« mit der Ehe verfassungsgemäß?\*

Nach den skandinavischen Ländern<sup>1</sup> hat nun auch der Deutsche Bundestag am 10.11.2000 die Einführung des Rechtsinstituts der Eingetragenen Partnerschaft (nur) für gleichgeschlechtliche Paare beschlossen. Der ursprüngliche Entwurf eines »Gesetzes zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften: Lebenspartnerschaften« vom 5.7.2000<sup>2</sup> wurde während der Beratungen im Rechtsausschuß in zwei Gesetzentwürfe aufgeteilt<sup>3</sup>. Während der eine mit dem sog. Lebenspartnerschaftsgesetz das Rechtsinstitut etabliert und die nicht durch den Bundesrat zustimmungspflichtigen Teile enthält, sind die zustimmungsbedürftigen Regelungen im »Entwurf eines Gesetzes zur Ergänzung des Lebenspartner-schaftsgesetzes und anderer Gesetze (LPartGErgG)« enthalten. Die Gesetze gehen auf den Koalitionsvertrag vom 20.10.1998 zurück, mit dem die Regierungsparteien verabredet hatten, auf Bundesebene ein Rechtsinstitut »Eingetragene Lebenspartner-schaft« für gleichgeschlechtliche Paare zu schaffen<sup>4</sup>. Schon der sog. Rohentwurf zu diesem Gesetz aus dem Dezember 1999 löste in der Tages-<sup>5</sup> und der juristischen Fachpresse<sup>6</sup> einen Streit darüber aus, ob das Grundgesetz eine rechtliche Gleich-stellung homosexueller Lebensgemeinschaften mit der Ehe zuläßt<sup>7</sup>. Vertiefte rechts-wissenschaftliche Stellungnahmen gibt es hierzu bislang jedoch verhältnismäßig wenig<sup>8</sup>. Da die CDU/CSU-Fraktion des Bundestages eine Klage vor dem Bundes-verfassungsgericht angekündigt hat<sup>9</sup>, soll untersucht werden, ob das Grundgesetz die rechtliche Gleichstellung homophiler Partnerschaften mit der Ehe tatsächlich aus-schließt.

\* Für wertvolle Anregungen danke ich meinem Kollegen Dr. Martin Nolte.

<sup>1</sup> Vgl. hierzu *Olsen-Ring/Ring*, Die registrierte (Lebens-)Partnerschaft im Recht der skandinavischen Staaten, KJ 1999, 366 ff., sowie ausführlich *Dopffel/Scherpe*, in: Basedow/Hopt/Kötz/Dopffel, Die Rechts-stellung gleichgeschlechtlicher Lebensgemeinschaften (2000), 7 ff.

<sup>2</sup> BT-Drs. 14/3751.

<sup>3</sup> Vgl. die Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses, BT-Drs. 14/4545 und den Bericht BT-Drs. 14/4550.

<sup>4</sup> Ziff. IX.10.

<sup>5</sup> Vgl. z.B. *Feddersen*, Justizministerin legt Gesetzesvorschlag für homosexuelle Partnerschaften vor, taz v. 6.1.2000; *Schuster*, Was die Ehe ist, Die Welt v. 6.1.2000; *Kirchhof*, Gleichgeschlechtliche Ehe verstößt gegen Grundgesetz, Die Welt v. 28.2.2000.

<sup>6</sup> Vgl. *Diederichsen*, Homosexuelle – von Gesetzes wegen?, NJW 2000, 1841 ff.

<sup>7</sup> Ablehnend *Schuster* (Fn. 5); *Kirchhof* (Fn. 5); *Diederichsen* (Fn. 6), S. 1842.

<sup>8</sup> Vgl. allerdings *Risse*, Der verfassungsrechtliche Schutz der Homosexualität (1998), S. 107 ff.; *Kleffmann*, Ehe und andere Lebensgemeinschaften nach Landes- und Bundesverfassungsrecht (2000), passim; *Strick*, Gleichgeschlechtliche Partnerschaft - Vom Straftatbestand zum Status?, DEuFamR 2000, 82 ff.; *Krings*, Die »eingetragene Lebenspartnerschaft« für gleichgeschlechtliche Paare – Der Gesetzgeber zwischen Schutz-abstandsgebot und Gleichheitssatz, ZRP 2000, 409 ff.

<sup>9</sup> Vgl. die Äußerungen des rechtspolitischen Sprechers *Geis* in der BZ v. 9.11.2000.

Gleichgeschlechtliche Partnerschaften genießen über das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG) grundgesetzlichen Schutz. Das Bundesverfassungsgericht geht davon aus, daß von Art. 2 Abs. 1 GG auch die Freiheit umfaßt ist, in eheähnlicher Gemeinschaft zu leben. Dies gilt sowohl für verschieden- wie für gleichgeschlechtliche Partnerschaften<sup>10</sup>. Dieser verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung wird in der Literatur gefolgt, auch soweit sie sich gegen eine gleichgeschlechtliche Ehe ausspricht<sup>11</sup>. Art. 3 GG gewährleistet, daß diese Partnerschaften nicht anders behandelt werden dürfen als andere, solange die Ungleichbehandlung nicht ihrerseits verfassungsrechtlich gerechtfertigt ist<sup>12</sup>.

Für die Verfassungsmäßigkeit des aktuellen Gesetzesvorhabens ist deshalb zentral, ob dieser Schutz für gleichgeschlechtliche Paare schlechter ausgestattet, d.h. weniger intensiv sein darf oder sogar muß als bei Eheleuten, weil Art. 6 Abs. 1 GG die Ehe unter den besonderen Schutz des Staates stellt. Denn damit wird der Ehe eine verfassungsrechtliche Position zugestanden, die anderen Partnerschaften verwehrt ist. Zwar wäre zu erwägen, ob auch gleichgeschlechtliche Paare unter den besonderen Schutz des Art. 6 Abs. 1 GG fallen können. Das Bundesverfassungsgericht hat dies jedoch erst 1993 ausdrücklich verneint<sup>13</sup>. Gegen diese Rechtsprechung sind zahlreiche Argumente vorgetragen worden<sup>14</sup>. Gleichwohl soll dies nicht weiter erörtert werden, weil die Frage durch die verfassungsgerichtliche Entscheidung jedenfalls für die nächsten Jahre gesetzgebungspraktisch geklärt ist.

## 2. Differenzierungsgebot zugunsten der Ehe

Auch wenn homophile Paare damit derzeit keinen *Anspruch* auf Zugang zur Ehe haben, steht nicht zugleich fest, daß die Ehe auch besser gestellt werden *muß*<sup>15</sup>. In Betracht kommt zunächst, die bürgerlich-rechtliche Ehe für gleichgeschlechtliche

<sup>10</sup> *BVerfG*, Urt. v. 24.3.1981 – 1 BvR 1516/78, 964, 1337/80 –, FamRZ 1981, 429 (433); Beschl. v. 3.4.1990 – 1 BvR 1186/89 –, BVerfGE 82, 6 (16); Urt. v. 17.11.1992 – 1 BvL 8/87 –, BVerfGE 87, 234 (267); Beschl. v. 4.10.1993 – 1 BvR 640/93 –, NJW 1993, 3058 (3058).

<sup>11</sup> Zuck, Die schwule Braut, NJW 1993, 175 (176); Willutzki, Anmerkung zum Beschuß des AG Frankfurt/Main v. 21.12.1992 – 40 UR III E 166/92 –, MDR 1993, 117 (118); Schlüter, Die gesetzliche Regelung von außerehelichen Partnerschaften gleichen und verschiedenen Geschlechts, FF 2000, 76 (79); von den Befürwortern der gleichgeschlechtlichen Ehe Wegner, Die Ehe für gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaften, ZfRSoz 1995, 170 (186); Bruns, Art. 6 I GG und gesetzliche Regelungen für gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaften, ZRP 1996, 6 (8).

<sup>12</sup> Umstritten ist insoweit allein, ob sich das Differenzierungsverbot aus Art. 3 Abs. 1 oder 3 GG ergibt. Ich halte letzteres unter Rückgriff auf das Merkmal des Geschlechts für überzeugender. Sachs hat nachgewiesen, daß eine symmetrische Gleichbehandlung in Wirklichkeit eine (doppelte) Ungleichbehandlung ist – Sachs, Grenzen des Diskriminierungsverbots (1987), S. 260 ff. m.w.Nachw.; dem folgend Strick (Fn. 8), S. 85.

<sup>13</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 4.10.1993, NJW 1993, S. 3058.

<sup>14</sup> Vgl. Bruns/Beck, Das Eheverbot bei Gleichgeschlechtlichkeit, MDR 1991, 832 (834); AG Frankfurt/Main, Beschl. v. 21.12.1992 – 40 UR III E 166/92 –, NJW 1993, 940 (941); Ott, Die Begriffe »Ehe und Familie« in Art. 6 I GG, NJW 1998, 117 (117 ff.); Strick (Fn. 8), S. 83 ff., insb. S. 86; zweifelnd auch Trimbach/Webert, NJ 1998, 63 (64).

<sup>15</sup> Das *BVerfG*, Beschl. v. 4.10.1993, NJW 1993, S. 3058 f., hat ausdrücklich entschieden, daß den vielfältigen Behinderungen der privaten Lebensgestaltung und Benachteiligungen gegenüber Ehepartnern im Hinblick auf die Vereinbarkeit mit Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 und mit Art. 3 Abs. 1 GG grundsätzliche Bedeutung zukommen kann, »insbesondere den Fragen, ob der Gesetzgeber verpflichtet ist, gleichgeschlechtlichen Partnern eine rechtliche Absicherung ihrer Lebensgemeinschaft zu ermöglichen, oder ob zumindest einzelne Regelungen in verschiedenen Rechtsbereichen der Änderung bedürfen«. Dies war jedoch in dem vorliegenden Verfahren nicht zu prüfen.

Partner zu öffnen<sup>16</sup>. Diese Überlegung ist anzustellen, weil grundsätzlich eine Differenzierung zwischen verfassungs- und einfachrechtlichen Rechtsbegriffen zulässig ist: Nicht jede einfachrechtlich gültige Ehe muß eine solche im Sinne des Art. 6 Abs. 1 GG sein, d.h. grundsätzlich ist eine rechtlich anerkannte Partnerschaft nach den Vorschriften des BGB vorstellbar, die nur keinen Verfassungsschutz als Ehe nach Art. 6 Abs. 1 GG genießt<sup>17</sup>. Allerdings will Art. 6 Abs. 1 GG gerade das Institut der tradierten Ehe erhalten<sup>18</sup>. Die Konturen des diesem Ehebegriff anhaftenden Moralpostulats würden verschwimmen, wenn ein und demselben Begriff mehrere, sich gegenseitig ausschließende Bedeutungen zugesprochen werden könnten. Es drohte eine schleichende Auflösung des Verfassungsbegriffs. Art. 6 Abs. 1 GG will als Institutsgarantie gerade dies verhindern<sup>19</sup>. Zudem ist die Öffnung der bürgerlich-rechtlichen Ehe zur rechtlichen Gleichstellung homophiler Partnerschaften auch nicht erforderlich, wenn mit einem neuen Typusbegriff, etwa dem der »Eingetragenen Lebenspartnerschaft«, eine Alternative zur Verfügung steht<sup>20</sup>.

Es wird indessen bestritten, daß die Schaffung eines der Ehe vergleichbaren Rechtsinstituts mit Art. 6 Abs. 1 GG vereinbar ist. Als wertentscheidende Grundsatznorm könnte Art. 6 Abs. 1 GG das Verbot enthalten, andere Partnerschaftsformen gleich zu behandeln – und damit eine Differenzierung fordern (sog. Differenzierungsgebot, Schutzabstandsgebot<sup>21</sup> oder auch Abbildungsverbot<sup>22</sup>); die Garantie könnte aber auch bloß bedeuten, daß die Ehe nicht schlechter behandelt werden darf als andere Partnerschaften (Differenzierungsverbot). Ersteres hat das Bundesverfassungsgericht bislang noch nicht gefordert. Art. 6 Abs. 1 GG kam vielmehr regelmäßig zur Anwendung, wenn die Ehe gegenüber anderen Lebensformen schlechter behandelt wurde<sup>23</sup>.

Ausdrücklich enthält Art. 6 Abs. 1 GG keine Forderung nach einer Ungleichbehandlung nichtehelicher Lebensgemeinschaften. Sie könnte jedoch aus der explizit genannten »Besonderheit« des Eheschutzes hergeleitet werden. Dessen Inhalt ist verfassungsrechtlich nicht festlegt<sup>24</sup>. Maunz etwa ist der Auffassung, dem Wort »besonders« sei keine Bedeutung zuzumessen, weil keine Rangabstufungen des Schutzes vorstellbar oder gerechtfertigt seien<sup>25</sup>. Soweit es um den Schutz der Ehe vor Eingriffen geht, ist das sicher richtig. Dient Art. 6 Abs. 1 GG allerdings dazu, eine Ungleichbehandlung zu rechtfertigen, kann »Schutz« nicht in seiner eigentlichen Bedeutung gemeint sein, sondern müßte eine Bevorzugung im Sinne von Förderung beinhalten<sup>26</sup>. Dabei impliziert das Attribut das Bestehen einer Vergleichsgruppe ohne

<sup>16</sup> Für die Öffnung der bürgerlich-rechtlichen Ehe noch Trimbach/Weber (Fn. 14), S. 66.

<sup>17</sup> Risse (Fn. 8), S. 284, 294.

<sup>18</sup> BVerfG, Beschl. v. 18.4.1989 – 2 BvR 1169/84 –, BVerfGE 80, 81 (92).

<sup>19</sup> Risse (Fn. 8), S. 295 ff.; Schmitt-Kammerer, in: Sachs, GG (2. Aufl., 1999), Art. 6 Rn. 27; i. Erg. ebenso Schlüter (Fn. 11), S. 80.

<sup>20</sup> Risse (Fn. 8), S. 296.

<sup>21</sup> So Krings (Fn. 8), S. 411 ff.

<sup>22</sup> So Pauly, Sperrwirkungen des verfassungsrechtlichen Ehebegriffs, NJW 1997, 1955 (1956); Schlüter (Fn. 11), S. 80 f.

<sup>23</sup> Vgl. BVerfG, Beschl. v. 14.4.1959 – 1 BvL 23, 34/57 –, BVerfGE 9, 237 (242); Urt. v. 21.2.1961 – 1 BvR 314/60 –, BVerfGE 12, 180 (197); Beschl. v. 27.5.1970 – 1 BvL 22/63 u. 27/84 –, BVerfGE 28, 324 (347); Beschl. v. 11.10.1977 – 1 BvR 343/73, 83/74, 183 u. 428/75 –, BVerfGE 47, 1 (19); Beschl. v. 10.7.1984 – 1 BvL 44/80 –, BVerfGE 67, 186 (195 f.); Urt. v. 17.11.1992 (Fn. 10), S. 563 f.; Beschl. v. 10.11.1998 – 2 BvR 1057, 1226, 980/91 –, BVerfGE 99, 216 (232).

<sup>24</sup> Pirson, in: Bonner Kommentar, GG (Stand: 93. Lfg.), Art. 6 Abs. 1 Rn. 2, kommt zu dem Ergebnis, daß der »besondere Schutz« als Institution des Staatsrechts unbekannt ist. Dem folgend Fischer, Rechtliche Qualifikationen von Verfassungsaufträgen (2000), S. 94. Gröschner, in: Dreier, GG (1996), Art. 6 Rn. 21, meint, mit Wortlautargumenten aus dem »besonderen« Schutz sei verfassungsdogmatisch größte Zurückhaltung geboten.

<sup>25</sup> Maunz, in: Maunz/Dürig, GG (Stand: 9/1980), Art. 6 Rn. 7.

<sup>26</sup> Deshalb ist der von Krings (Fn. 8), S. 411 ff., verwendete Begriff des »Schutzabstandsgebots« auch unzutreffend, weil es nicht um einen höheren oder besseren Schutz geht, sondern um die Ermächtigung des Gesetzgebers, die Ehe unter Außerachtlassung des Gleichheitssatzes zu fördern.

besonderen Schutz<sup>27</sup>. In der Literatur wird deshalb die Auffassung vertreten, die nur einfachrechtliche Gleichstellung tangiere die Sonderstellung der Ehe nicht. Die verbleibende Besonderheit der Ehe bestehe nämlich darin, daß der Gleichheitsanspruch der Ehegatten verfassungsrechtlich abgesichert und damit zukunftsbeständig sei, während sich die Gleichstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften als Momentaufnahme gesetzgeberischer Richtigkeitsüberzeugung präsentiere, die bei geänderter Einschätzung wieder aufhebbar sei<sup>28</sup>. Weitere Vorgaben für eine konkrete, graduelle Differenzierung ließen sich dem Wortlaut des Art. 6 Abs. 1 GG nicht entnehmen. Einen »Bekämpfungsauftrag« hinsichtlich anderer sozialer Erscheinungen enthalte Art. 6 Abs. 1 GG nicht<sup>29</sup>.

Geht man dagegen davon aus, daß Art. 6 Abs. 1 GG ein Differenzierungsgebot zugunsten der Ehe enthält<sup>30</sup>, so ist zunächst zu bestimmen, im Vergleich welcher Partnerschaften die Bevorzugung der Ehe bezweckt ist<sup>31</sup>. Bei historischer Betrachtung ist festzustellen, daß der Verfassunggeber an homosexuelle Paare nicht gedacht hat<sup>32</sup>. Den Sinn und Zweck der besonderen Schutzbefreiung sehen Kritiker der rechtlichen Absicherung gleichgeschlechtlicher Partnerschaften häufig darin, daß die Ehe die »Keimzelle« des Staates sei<sup>33</sup>. Der besondere Schutz der Ehe rechtfertige sich, weil sie eine potentielle Familie sei, deren Gründung letztlich gefördert werden solle<sup>34</sup>. Die staatliche Gemeinschaft gehe davon aus, dass die Ehe der beste Ort für Traditionsvermittlung und Kindererziehung sei<sup>35</sup>.

Das Argument vermag nicht zu überzeugen. Denn es kommt für den besonderen Schutz des Art. 6 Abs. 1 GG auf die – um im Bild zu bleiben – »Keimfähigkeit« der Ehe gar nicht an, weil selbstverständlich auch alte und zeugungsunfähige verschiedengeschlechtliche Partner die Ehe eingehen können und sogar Ehen geschützt werden, die aus hedonistischen Gründen Kinder ablehnen<sup>36</sup>. Und auch wenn die Ehe tatsächlich in

<sup>27</sup> Risse (Fn. 8), S. 303; Schlüter (Fn. 11), S. 81.

<sup>28</sup> Risse (Fn. 8), S. 303.

<sup>29</sup> Schmitt-Kammerer (Fn. 19), Rn. 43.

<sup>30</sup> So etwa v. Campenhausen, Verfassungsgarantie und sozialer Wandel – Das Beispiel von Ehe und Familie, VVDStRL 45 (1987), 7 (19 f.); Steiger, Verfassungsgarantie und sozialer Wandel – Das Beispiel von Ehe und Familie, VVDStRL 45 (1987), 55 (78); Schumacher, Zum gesetzlichen Regelungsbedarf für nichteheliche Lebensgemeinschaften, FamRZ 1994, 837 (838); Pauly (Fn. 22), S. 1955, 1956; Diederichsen (Fn. 6), S. 1843; Hefty, Die Unvergleichlichkeit der Ehe, FAZ v. 8.7.2000, S. 1; Schlüter (Fn. 11), S. 81; Pawłowski, Abschied von der »bürgerlichen Ehe«? – Ist der Schutz der Ehe durch den Staat noch zeitgemäß?, DEuFamR 2000, 19 (20); ders., Zur Einführung gesetzlicher Regelungen für eingetragene (gleichgeschlechtliche) Lebenspartnerschaften, JZ 2000, 765 (765); Krings (Fn. 8), S. 412.

<sup>31</sup> v. Campenhausen und Steiger (Fn. 30) etwa beziehen sich offenbar ausschließlich auf heterosexuelle nichteheliche Lebensgemeinschaften.

<sup>32</sup> LG Frankfurt, Beschl. v. 22.3.1993 – 2/9 T 17/93 –, NJW 1993, 1998 (1998), auch zur Geschichte des Ehebegriffs; Willutzki (Fn. 11), S. 117.

<sup>33</sup> Vgl. Schumacher (Fn. 30), S. 858; Willutzki (Fn. 11), S. 118; Schuster (Fn. 5), passim; Schlüter (Fn. 11), S. 81; Pawłowski (Fn. 30), DEuFamR 2000, 19 (21); Diederichsen (Fn. 6), S. 1842. Das BVerfG hat mit diesem Argument den Zugang gleichgeschlechtlicher Paare zur Ehe verneint – Beschl. v. 4.10.1993, NJW 1993, S. 3058 –, sich zur rechtlichen Gleichstellung durch ein anderes Rechtsinstitut jedoch nicht geäußert (äußern müssen) – ebenso Ott (Fn. 14), S. 117. Bruns (Fn. 11), S. 6, weist zu Recht darauf hin, daß es für die Meinung der 3. Kammer des BVerfG in der vorangegangenen Rechtsprechung keinen Beleg gebe. Der Verweis auf die Rechtsprechung des EGMR mutet merkwürdig an, weil es in dieser Entscheidung um die Frage ging, ob Transsexuelle das Recht haben, mit einem biologisch gleichgeschlechtlichen Partner die Ehe einzugehen. Während der EGMR nämlich den Transsexuellen das Recht zu heiraten verweigert hatte, ist es ihnen vom BVerfG zugebilligt worden – vgl. BVerfG, Beschl. v. 11.10.1978 – 1 BvR 16/72 –, BVerfGE 49, 286 (300). Kohn, Plädoyer für die Homosexuellen-Ehe, Die Welt v. 15.1.2000, weist darauf hin, daß die Ehe gegenwärtig nicht mehr die einzige Keimzelle des Staates sei.

<sup>34</sup> BVerfG, Beschl. v. 4.10.1993, NJW 1993, S. 3058; zustimmend Willutzki (Fn. 11), S. 118; Schumacher (Fn. 30), S. 858; Pauly (Fn. 22), S. 1955.

<sup>35</sup> Pawłowski (Fn. 30), JZ 2000, 765 (765).

<sup>36</sup> Bruns (Fn. 11), S. 7; Wegner (Fn. 11), S. 184 f.; Risse (Fn. 8), S. 210; Trimbach/Webert (Fn. 14), S. 66; Strick (Fn. 8), S. 87. Pauly (Fn. 22), S. 1955, meint, das zuvor genannte Argument werde damit nicht entkräftet. Das Argument Willutzkis (Fn. 11), S. 118, der Staat dürfe nicht die Zeugungsfähigkeit der potentiellen Ehepartner ausforchen, greift nicht mehr, wenn die zukünftigen Eheleute biologisch nicht mehr in der

den meisten Fällen die Geburtsstube für Kinder sein sollte, so daß der Verfassunggeber »Ehe« als Typusbegriff verwenden durfte, so geht jedenfalls heute die Bedeutung der Ehe über die Keimzellenfunktion hinaus. Sie kann nämlich als »Baustein der Gesellschaft«<sup>37</sup>, als deren Mikrokosmos verstanden werden. So weisen landesverfassungsrechtliche Bestimmungen die Ehe auch als Grundlage des Gemeinschaftslebens bzw. der menschlichen Gemeinschaft aus<sup>38</sup>. Der Ehe kommt deshalb in erster Linie eine soziale, ebenfalls allgemeinwohlbezogene Funktion zu: Es geht um die Bildung einer Solidargemeinschaft, in der ein Partner in den Wechselfällen des Lebens für den anderen aufkommen will. Dadurch wird die Gesellschaft insgesamt entlastet, weil die staatliche Solidargemeinschaft nicht in Anspruch genommen wird<sup>39</sup>. Außerdem wirkt eine Lebensgemeinschaft stabilisierend auf die Partner. Auf die Zeugung bzw. das Vorhandensein von Kindern muß es nicht ankommen, weil eine Partnerschaft mit Kindern als Familien gesonderten Schutz genießt, so daß Vergünstigungen für Eheleute, die an Kindern festgemacht werden, mit dem besonderen Familienschutz gerechtfertigt werden können. Ein besonderer Schutz der Ehe als »Keimzelle« reicht also aus, wenn sich dies in Form eines Kindes realisiert hat<sup>40</sup>.

Diese Interpretation wird gestützt durch die Entstehungsgeschichte des Art. 6 Abs. 1 GG. Art. 119 Abs. 1 S. 1 WRV lautete nämlich noch: »Die Ehe steht als Grundlage des Familienlebens und der Erhaltung und Vermehrung der Nation unter dem besonderen Schutz der Verfassung«. Konnte man hieraus die Ehe noch als Akt der Familiengründung werten, stellt Art. 6 Abs. 1 GG nunmehr zwischen Ehe, Familie und Fortpflanzung keine Beziehung mehr her, sondern stellt die Begriffe »Ehe« und »Familie« gleichberechtigt nebeneinander<sup>41</sup>. Dies entsprang einem Kompromiß, weil im Parlamentarischen Rat Streit über die Beschränkung des Eheschutzes auf ein klassisches Grundrecht und die rechtliche Qualifizierung des »besonderen Schutzes« herrschte<sup>42</sup>. Von eindeutigen Vorgaben des Verfassunggebers kann also keine Rede sein<sup>43</sup>. Der dargestellte Sinn des besonderen Schutzes der Ehe spricht also dafür, gleichgeschlechtlichen Partnern, die füreinander wie Ehepartner aufkommen wollen, identischen Schutz gewähren zu dürfen.

Soweit es Sinn und Zweck des Art. 6 Abs. 1 GG ist, die Bereitschaft zum Eingehen der Ehe zu fördern<sup>44</sup>, kann dies durch Privilegierung der Eheleute gegenüber anderen Partnerschaften erreicht werden. Für gleichgeschlechtliche Partner läuft dieser Ver-

Lage sind, Kinder zu zeugen, oder freimütig einräumen, daß sie dies nicht wollen. Aber auch deren Partnerschaft soll staatlich anerkannt werden können, mit allen Vorteilen.

<sup>37</sup> So Bruns (Fn. 11), S. 7.

<sup>38</sup> Art. 124 Abs. 1 BayVerf, Art. 21 BremVerf, Art. 4 HessVerf, Art. 5 Abs. 1 S. 1 LVerf NW, Art. 23 Abs. 1 Verf RP, Art. 22 Abs. 1 SaarVerf.

<sup>39</sup> Bruns (Fn. 11), S. 7; Risse (Fn. 8), S. 212 ff.; ähnlich Strick (Fn. 8), S. 88 f. Diese Gemeinwohlfunktion übersicht Pawłowski (Fn. 30), JZ 2000, 765 (765), und DEuFamR 2000, 19 (24).

<sup>40</sup> Für eine differenzierte Behandlung der Reproduktions- und der Sozialisationsfunktionen im Rahmen des Ehebegriffs einerseits und des Familienbegriffs andererseits auch Gröschner (Fn. 24), Rn. 24. – Der Streit um die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Gleichstellung von Ehe und homosexueller Lebensgemeinschaft sollte nicht mit der (überfälligen) Diskussion über die staatliche Subventionierung der Ehe verwechselt werden. Warum etwa bekommt eine verheiratete, kinderlose Rechtsreferendarin in Schleswig-Holstein etwa 500 DM brutto monatlich mehr gezahlt als ihre ledige Kollegin, auch wenn sie auf keinen Fall während des Referendariats ein Kind bekommen möchte? Diese staatlichen Subventionen sind zu überdenken; ihr Vorhandensein darf aber nicht als Argument gegen die Gleichstellung homophiler Partnerschaften mißbraucht werden.

<sup>41</sup> Wegner (Fn. 11), S. 187; Bruns (Fn. 11), S. 6; Risse (Fn. 8), S. 209 f.; von Münch, in: Benda/Maihofer/Vogel, HdbVerfR (2. Aufl. 1994), § 9 Rn. 8; Coester-Waltjen, in: v. Münch/Kunig, GG (5. Aufl., 2000), Art. 6 Rn. 131; Trimbach/Webert (Fn. 14), S. 66; Strick (Fn. 8), S. 88; a.A. ohne Begr. Pawłowski (Fn. 30), JZ 2000, 765 (765).

<sup>42</sup> Vgl. Gröschner (Fn. 24), Rn. 10; v. Campenhausen (Fn. 31), S. 34.

<sup>43</sup> Vgl. Pirson (Fn. 24), Rn. 2.

<sup>44</sup> So z.B. BVerfGE 12, 167, 180; BVerfGE 28, 324, 347; Urt. v. 21. 10. 1980 – I BvR 179, 464/78 –, BVerfGE 55, 114 (126 f.).

fassungszweck jedoch ins Leere, weil sie nicht heiraten dürfen<sup>45</sup>. Es geht nicht um die Verhinderung eines konkurrierenden Partnerschaftsmodells, sondern um die Schaffung eines Parallelverhältnisses zur Ehe<sup>46</sup>. Hieraus folgt allerdings auch, daß die rechtliche Gleichstellung verschiedengeschlechtlicher Lebensgemeinschaften mit der Ehe nicht im Einklang mit Art. 6 Abs. 1 GG stünde<sup>47</sup>. Deshalb muß bei der Schaffung des Rechtsinstituts bedacht werden, ob die Bereitschaft zur Eheschließung indirekt dadurch beeinträchtigt wird, daß nunmehr auch die Einführung eines neuen Rechtsinstituts für verschiedengeschlechtliche Paare verstärkt verlangt werden könnte. Diese Gefahr ist jedoch umso geringer, je mehr das Rechtsinstitut der Eingetragenen Lebenspartnerschaft an die Ehe angenähert wird. Die in dieser Argumentation begründete unterschiedliche Behandlung von nichtehelichen verschiedenen geschlechtlichen und gleichgeschlechtlichen Paaren ist ihrerseits mit dem allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar, weil ersteren die Ehe offen steht, während letztere kein Wahlrecht haben<sup>48</sup>.

Schließlich wird versucht, ein »Schutzabstandsgesetz« auch um des »Eigenwertes« der Ehe willen zu rechtfertigen. Die Ehe sei nämlich »vor allem zentraler Bestandteil der vom Grundgesetz aufgegriffenen christlich-abendländischen Werteordnung«<sup>49</sup>. Eine solche Argumentation setzt voraus, daß ein »Leitbild Ehe« durch die Eingetragene Lebenspartnerschaft beeinträchtigt wird. Tatsächlich ist die heutige Form der bürgerlich-rechtlichen Ehe kaum 150 Jahre alt. Sie hat sich im Laufe der Zeit immer wieder geändert und wird sich weiter ändern. Dazu hat der Gesetzgeber maßgeblich beigetragen, etwa indem er das Zerrüttungsprinzip eingeführt hat. Solch schwerwiegende Veränderungen sind durch das Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft nicht zu erwarten. Es läßt die ehrenrechtlichen Vorschriften unberührt.

Folglich kann aus Art. 6 Abs. 1 GG kein Gebot abgeleitet werden, ein Rechtsinstitut für gleichgeschlechtliche Partner nicht mit den Rechten auszustatten, die auch Ehepartner genießen, wenn die Ehe im Vergleich nicht schlechter gestellt werden soll als die Eingetragene Lebenspartnerschaft<sup>50</sup>.

### *3. Anspruch auf Schaffung eines eigenen Rechtsinstituts?*

Mit der Feststellung, daß ein Rechtsinstitut »Eingetragene Lebenspartnerschaft« geschaffen werden darf, ist noch nicht entschieden, ob es geschaffen werden muß, ob die Paare also einen Anspruch auf gleiche Absicherung wie Ehepartner haben. Dieser Anspruch müßte sich aus den Grundrechten der Partnerschaft oder der Partner herleiten lassen. Grundrechte sind allerdings in erster Linie Abwehrrechte gegen den Staat und gewähren grundsätzlich keine Schutzgewähr- und Teilhaberechte. Etwas anderes hat das Bundesverfassungsgericht bislang insbesondere dann angenommen, wenn ein Menschenwürdebezug bestand oder wenn gesellschaftliche Einrichtungen aus eigener Kraft nicht mehr bestehen konnten<sup>51</sup>. Dies dürfte für gleichgeschlechtliche Partnerschaften zu verneinen sein, weil sie als solche bestehen dürfen. Die rechtliche Schlechterstellung reicht für die Verletzung der Menschen-

45 Bruns (Fn. 11), S. 8; Trimbach/Webert (Fn. 14), S. 66.

46 Risse (Fn. 8), S. 304.

47 So bereits v. Campenhausen und Steiger (Fn. 30); Schlüter (Fn. 11), S. 81.

48 Risse (Fn. 8), S. 304; a.A. offenbar Pauly (Fn. 22), S. 1957.

49 Krings (Fn. 8), S. 412.

50 Davon geht offenbar auch Gröschner (Fn. 24), Rn. 32, aus, wenn er eine Registrierung »nach dem Vorbild nördlicher Nachbarn« für zulässig erachtet.

51 Vgl. Pieroth/Schlink, Staatsrecht II – Grundrechte (15. Aufl., 1999), Rn. 88.

würde nicht aus. Problematisch ist dies allenfalls bei binationalen Paaren, soweit einem der Partner die Abschiebung und damit die Zerstörung der Partnerschaft droht<sup>12</sup>. Zweifelhaft erscheint mir jedoch, ob eine im Einzelfall anzunehmende Verletzung der Menschenwürde einen Anspruch auf staatliche Anerkennung der Partnerschaft durch einen förmlichen Akt erforderlich macht. Ausreichend könnte vielmehr sein, die ausländerrechtlichen Vorschriften so auszulegen, daß ein Abschiebeverbot für Partner einer gleichgeschlechtlichen Partnerschaft besteht<sup>13</sup>. Der Gesetzgeber darf die Ehe wegen Art. 6 Abs. 1 GG also besser stellen als andere Partnerschaften, selbst wenn sachliche Gründe im Sinne des Art. 3 Abs. 1 GG für eine solche Differenzierung nicht vorliegen. Er muß dies aber von Verfassungs wegen nicht tun, sondern darf ein gleichwertiges Rechtsinstitut für homophile Paare schaffen. Eine Verpflichtung des Gesetzgebers zur Schaffung eines gleichwertigen Rechtsinstituts für gleichgeschlechtliche Paare besteht indessen nicht.

## Helmut Kramer Die Entstehung des Rechtsberatungsgesetzes im NS-System und sein Fortwirken

Als der von den Nationalsozialisten aus Breslau vertriebene jüdische Rechtsanwalt Dr. Erich Schalscha im August 1941 in London die englische Regierung darauf aufmerksam machte, daß das deutsche Recht nationalsozialistisch kontaminiert sei und deshalb nach dem Krieg gründlich überprüft werden müsse<sup>1</sup>, hätte er, den die Nationalsozialisten im Jahre 1936 aus der Anwaltschaft hinausgeworfen hatten, sich schwerlich vorstellen können, daß ausgerechnet das Rechtsberatungsgesetz von 1935 das Ende des Dritten Reiches unangefochten überdauern würde. Und seine Gefühle hätten sich nicht auf bloße Verwunderung beschränkt, wenn er die Worte vorausgeahnt hätte, mit denen die Richterin am Landgericht Bonn Gabriele Caliebe im Vorwort ihres Kommentars zum RBerG gleichsam triumphierend feststellt: »In der Nachkriegszeit unternommene Versuche, nicht nur eindeutig untragbare Einzelregelungen wie die zur Ausschaltung von Juden, sondern das Gesetzeswerk insgesamt als typisches Produkt des Nationalsozialismus und deshalb als unwirksam geworden darzustellen, sind gescheitert.<sup>2</sup>

Art. 1 § 1 RBerG<sup>3</sup> lautet: »Die Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten, einschließlich der Rechtsberatung und der Einziehung fremder oder zu Einziehungszwecken abgetretener Forderungen, darf geschäftsmäßig – ohne Unterschied zwischen haupt- und nebenberuflicher oder entgeltlicher oder unentgeltlicher Tätigkeit – nur von Personen betrieben werden, denen dazu von der zuständigen Behörde die Erlaubnis erteilt ist. . . .<sup>4</sup> Nach der Gesetzesnovellierung vom 18. 8. 1980 (Art. 1 § 1 RBerG Abs. 1, Satz 2) darf die Erlaubnis nur noch Rentenberatern, Versicherungsberatern,

<sup>12</sup> Vgl. Bruns (Fn. 11), S. 9.

<sup>13</sup> OVG Münster, Urt. v. 7. 8. 1996 – 17 A 1093/95 –, NVwZ 1997, 512 ff.; VGH Kassel, Beschl. v. 1. 8. 1997 – 7 TZ 1535/97 –, NVwZ 1998, 542 (542).

<sup>1</sup> Vgl. Matthias Etzel, Die Aufhebung von NS-Gesetzen durch den alliierten Kontrollrat, Tübingen 1992; zu Dr. Erich Schalscha vgl. auch Horst Göppinger, Juristen jüdischer Abstammung, 2. Aufl. 1990, S. 359.

<sup>2</sup> Rennen/Caliebe, RBerG 2. Aufl. 1992, S. V; wer das Gesetz als Relikt aus der Nazi-Zeit bezeichnet, greift damit »tief unter die Gürtellinie«, so Felix Busse, NJW 1999, S. 1084.

<sup>3</sup> RBerG i.d.F vom 28. 4. 1961, BGBl. I 1961, S. 481.

<sup>4</sup> Art. 1 § 1 Abs. 2 RBerG i.d.F. v. 13. 12. 1935: »Die Erlaubnis darf nur erteilt werden, wenn der Antragsteller