

Corrado Becker

# Die gleichgeschlechtliche Ehe in Deutschland

Verfassungsrechtliche und rechtsvergleichende Sicht

Wissenschaftliche Beiträge  
aus dem Tectum Verlag

Reihe Rechtswissenschaft



Wissenschaftliche Beiträge  
aus dem Tectum Verlag

Reihe Rechtswissenschaft  
Band 150

Corrado Becker

# **Die gleichgeschlechtliche Ehe in Deutschland**

**Verfassungsrechtliche und rechtsvergleichende Sicht**

Tectum Verlag

Corrado Becker  
Die gleichgeschlechtliche Ehe in Deutschland  
Verfassungsrechtliche und rechtsvergleichende Sicht

Wissenschaftliche Beiträge aus dem Tectum Verlag,  
Reihe: Rechtswissenschaft; Bd. 150

Zugl. Diss. Philipps-Universität Marburg 2021

© Tectum Verlag – ein Verlag in der Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2021  
ePDF 978-3-8288-7700-9

(Dieser Titel ist zugleich als gedrucktes Werk unter der ISBN 978-3-8288-4627-2  
im Tectum Verlag erschienen.)

ISSN 1861-7875

Alle Rechte vorbehalten

Besuchen Sie uns im Internet  
[www.tectum-verlag.de](http://www.tectum-verlag.de)

**Bibliografische Informationen der Deutschen Nationalbibliothek**  
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen  
Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Angaben  
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

*Meiner Familie*



## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2020/2021 vom Fachbereich Rechtswissenschaften der Philipps-Universität Marburg als Dissertation angenommen.

Mein großer Dank gilt zunächst meiner Doktormutter Prof. Dr. Monika Böhm für die Betreuung dieser Arbeit und allen Rat und Tat in diesem Zusammenhang und darüber hinaus bei der Tätigkeit an ihrem Lehrstuhl, die mich in mehr als einer Hinsicht positiv geprägt hat. Ebenfalls besonderer Dank gebührt Herrn Prof. Dr. Steffen Detterbeck. Ihm bin ich für die rasche Zweitbegutachtung dieser Arbeit und die mehr als hilfreichen Anmerkungen zum Thema überaus verbunden.

Diese Arbeit und mein Werdegang bis hierher wären nicht ohne meine Familie möglich gewesen. In erster Linie danke ich meinen Eltern Liane und Klaus, die mir so vieles ermöglichten. Genauso meinen Großeltern Irmgard und Alfred, Liesel und Thomas, die mich immer unterstützt haben. Nicht weniger Dank gebührt meiner Schwester Leona, die diese Arbeit mehr als einmal gelesen und fachliche Anmerkungen gemacht hat. Ohne sie wäre diese Arbeit nicht so, wie sie ist.

In keinem Fall wäre diese Arbeit entstanden ohne meine Freunde. Zuallererst gilt mein besonderer Dank Jannick Leven, dem besten Lektor, Kaffeepausenbegleiter und Freund, den es gibt und der für die manchmal notwendige Ablenkung und Perspektive gesorgt hat. Dasselbe gilt für Felix Liebetrau und Michaela Mendra, besonders für deren Gastfreundschaft in unendlichen Weiten. Ebenfalls bedanke ich mich bei der weltbesten Lerngruppe bestehend aus Sebastian Stoll, Heiko Zieske, Mirko Sieksmeyer und Victoria Kaiser. Dank gebührt ebenso Alexander Kohlmeier und Ludwig Bettelhäuser. Sie alle haben auf ihre Art zum Gelingen dieser Arbeit beigetragen und ich bin froh und dankbar für ihre Freundschaft und die all der anderen, deren Nennung an dieser Stelle den Rahmen sprengen würde.

Nicht zuletzt gebührt mein aufrichtiger Dank der Konrad-Adenauer-Stiftung, die die Anfertigung dieser Arbeit und auch mich persönlich vielfältig gefördert hat. Stellvertretend für die vielen Konstipendiaten, die ich kennen- und schätzen gelernt habe und von denen ich mit vielen freundschaftlich verbunden bin, möchte ich mich ganz besonders bei Marco Rösner bedanken.

Marburg, im Februar 2021

*Corrado Becker*





# Inhaltsverzeichnis

<b>Kapitel I: Einführung und Gang der Untersuchung</b> .....	1
A. Das Thema gleichgeschlechtliche Ehe .....	1
B. Gang der Untersuchung .....	4
<b>Kapitel II: Die Ehe im Laufe der Jahrhunderte</b> .....	7
Vorbemerkung .....	7
A. Antike und Mittelalter .....	8
I. DE NUPTIIS – Von der Ehe (das Römische Recht) .....	8
II. Von Adam und Eva – die christliche Ehe .....	12
III. Zusammenfassung .....	15
B. Deutschland .....	15
I. Entwicklung bis zum Grundgesetz .....	15
II. Zwischenfazit .....	19
III. Die Ehe unter dem Grundgesetz .....	19
IV. Ehe und Familie in den deutschen Landesverfassungen .....	24
V. Zusammenfassung .....	26
C. Ein Blick über den Tellerrand – Die Ehe im Laufe der Jahrhunderte in der Welt .....	26
I. Das Vereinigte Königreich von Großbritannien und Nordirland .....	28
II. Die Republik Irland .....	31
III. Kanada .....	32
IV. Die Vereinigten Staaten von Amerika (USA) .....	34
V. Internationale Menschenrechtsabkommen .....	38
VI. Zusammenfassung .....	39
D. Erkenntnisse aus Kapitel II .....	39
<b>Kapitel III: Homosexualität im Laufe der Jahrhunderte</b> .....	41
Vorbemerkung .....	41
A. Antike, Mittelalter und Neuzeit .....	41
B. Deutschland .....	43
I. Entwicklung bis zum Grundgesetz .....	43
II. Das Homosexuellen-Urteil des BVerfG (1957) .....	44
III. Weitere Entwicklung in Deutschland .....	45

1. Entkriminalisierung von Homosexualität .....	45
2. Antidiskriminierungsgesetz .....	46
3. Rehabilitierung Homosexueller .....	47
IV. Zusammenfassung .....	47
C. Die Vereinigten Staaten von Amerika (USA) .....	48
I. Romer v. Evans .....	50
1. Mehrheitsvotum .....	50
2. Sondervotum Scalia .....	51
II. Lawrence v. Texas .....	51
1. Mehrheitsvotum .....	51
2. Sondervotum Scalia .....	52
III. Bostock v. Clayton County, Georgia .....	53
1. Mehrheitsvotum .....	53
2. Sondervoten .....	54
3. Würdigung .....	55
IV. Zusammenfassung .....	55
D. Europa .....	56
I. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte .....	56
II. Die Europäische Union .....	58
E. Osteuropa .....	59
F. Andere Teile der Welt und Zusammenfassung .....	60
<b>Kapitel IV: Rechtsprechung zu gleichgeschlechtlichen Ehen .....</b>	<b>63</b>
Vorbemerkung .....	63
A. Europäische Rechtsordnungen .....	63
I. Die Bundesrepublik Deutschland .....	64
1. BVerfG – Nichtannahmebeschluss zur gleichgeschlechtlichen Ehe 1993 .....	65
2. BVerfG – Lebenspartnerschaftsgesetz 2002 .....	66
a) Mehrheitsvotum .....	66
b) Sondervoten .....	68
c) Würdigung .....	69
3. BVerfG – Hinterbliebenenversorgung 2009 .....	70
4. BVerfG – Erbschaftssteuer 2010 .....	72
5. BVerfG – Grunderwerbssteuer 2012 .....	73
6. BVerfG – Familienzuschlag 2012 .....	74
7. BVerfG – Ehegattensplitting 2013 .....	75
a) Mehrheitsvotum .....	75
b) Sondervoten .....	77
c) Würdigung .....	78
8. BVerfG – Sukzessivadoption 2013 .....	79
a) Entscheidung des Gerichts .....	79

b) Würdigung.....	81
9. BVerfG – Transsexuellengesetz 2008.....	84
10. BVerfG – Katholischer Chefarzt 2014.....	86
11. Zusammenfassung .....	86
12. Verbliebene Unterschiede zwischen Ehe und eingetragener Lebenspartnerschaft .....	88
II. Das Königreich Spanien .....	88
III. Die Portugiesische Republik.....	92
1. Verfassungsgerichtsurteil 2009 .....	92
2. Verfassungsgerichtsurteil 2010 .....	93
IV. Die Französische Republik.....	95
V. Die Bundesrepublik Österreich .....	96
B. Nordamerikanische Rechtsordnungen .....	97
I. Die Vereinigten Staaten von Amerika (USA) .....	97
1. Loving v. Virginia .....	97
2. Goodridge v. Department of Public Health .....	98
a) Mehrheitsvotum .....	99
b) Sondervoten .....	101
c) Würdigung.....	102
3. United States v. Windsor .....	103
a) Mehrheitsvotum .....	104
b) Sondervoten .....	105
4. Obergefell v. Hodges .....	106
a) Mehrheitsvotum .....	106
b) Sondervoten .....	110
c) Würdigung.....	111
5. Zusammenfassung .....	114
II. Kanada .....	114
1. M v. H.....	115
2. Halpern v. Canada .....	116
3. Reference Re Same-Sex Marriage .....	119
4. Zusammenfassung .....	120
C. Ausgewählte weitere Rechtsordnungen .....	121
I. Bermuda .....	121
II. Die Republik Südafrika .....	124
III. Die Republik China = Taiwan .....	125
IV. Die Republik Ecuador.....	126
D. Übernationale Gerichte.....	127
I. Der Europäische Gerichtshof .....	127
II. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte.....	128
1. EGMR – Goodwin v. United Kingdom .....	128
2. EGMR – Schalk and Kopf v. Austria .....	129
3. EGMR – Oliari v. Italy .....	130

4. Schlussfolgerungen .....	132
III. Der Interamerikanische Gerichtshof für Menschenrechte .....	134
E. Entwicklung in weiteren Staaten .....	135
F. Zusammenfassung .....	137
<b>Kapitel V: Die gleichgeschlechtliche Ehe in Deutschland .....</b>	<b>139</b>
Vorbemerkung .....	139
A. Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Paare bei Nicht-Öffnung der Ehe? .....	139
I. Ausgangslage im Grundgesetz .....	140
II. Verstoß gegen das Grundgesetz durch Nicht-Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare? ...	141
III. Rechtsvergleich und Analyse .....	144
1. Diskriminierung .....	144
2. Ehe als Vorstufe der Familie / Potenzielle Fortpflanzungsfähigkeit der Ehe .....	146
3. Bewertung .....	152
IV. Zwischenergebnis .....	154
B. „Freiheit“ für gleichgeschlechtliche Paare durch Öffnung der Ehe? .....	155
I. Ausgangslage im Grundgesetz .....	155
II. Recht auf Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare? .....	156
1. Auswirkungen von Veränderungen auf das Recht .....	156
2. Starre oder dynamische Verfassungsauslegung .....	158
a) Objektive und Subjektive Auslegung .....	162
b) Nachverständnis .....	163
c) Verfassungswandel? .....	163
d) Zwischenergebnis .....	165
III. Rechtsvergleich und Analyse .....	167
1. Relevante ausländische Rechtsordnungen .....	168
2. Deutschland .....	170
a) Bedeutung von Art. 2 Abs. 1 GG .....	170
b) Schlussfolgerungen für das deutsche Verfassungsrecht .....	172
IV. Zwischenergebnis .....	175
C. Öffnung der Ehe auf demokratischem Weg .....	176
I. Ausgangslage im Grundgesetz .....	176
II. Rechtsvergleich und Analyse .....	178
1. Relevante ausländische Rechtsordnungen .....	178
2. Deutschland .....	180
III. Einfaches Gesetz oder Verfassungsänderung – Verfassungsmäßigkeit des Eheöffnungsgesetzes .....	181
IV. Zwischenergebnis .....	183
D. Zusammenfassung .....	183
E. Exkurs: Vielehe, Kinderehe, Verwandtenehe, etc. als Folge? .....	184

---

<b>Kapitel VI: Die Umsetzung der „Ehe für alle“</b> .....	187
A. Das Gesetz zur Umsetzung des Gesetzes zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts .....	187
B. Die „Ehe für alle“ und das Abstammungsrecht .....	188
I. Alles bleibt so, wie es ist .....	188
II. Co-Mütter .....	190
III. Der Blick über den Tellerrand .....	191
1. Die USA – Pavan v. Smith .....	191
2. Die spanische Lösung .....	193
IV. Elternschaft in Mann-Mann-Ehen .....	194
V. Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Abstammungsrechts .....	194
VI. Zusammenfassung .....	196
C. Gleichgeschlechtliche Ehen und Art. 17b EGBGB .....	196
D. Anerkennung von im Ausland geschlossenen gleichgeschlechtlichen Ehen .....	199
E. Zusammenfassung .....	200
<b>Kapitel VII: Thesen und Schlussbemerkungen</b> .....	201
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	207



# Kapitel I: Einführung und Gang der Untersuchung

## A. Das Thema gleichgeschlechtliche Ehe

Zeiten ändern sich. Ein geflügeltes Wort, das kurz und präzise ausdrückt, dass sich etwas im Laufe der Zeit verändert. ‚Nichts ist für die Ewigkeit‘ ist ebenfalls ein solches Sprichwort, das aber zugleich auch die Notwendigkeit einer Veränderung beinhaltet. Schon *Konrad Adenauer* hat als Bundeskanzler gesagt: „[...] es kann mich doch niemand daran hindern, jeden Tag klüger zu werden.“<sup>1</sup>

*Ruth Bader Ginsburg*, 2020 verstorbene Richterin am *US Supreme Court*, hat sich ein Zitat ihres ehemaligen Professors und amerikanischen Verfassungsjuristen *Paul Freund* zu eigen gemacht, der laut ihr oft über den *Supreme Court* gesagt haben soll:

„*The Court should never be influenced by the weather of the day, but inevitably they will be influenced by the climate of the era.*“ („*Der Gerichtshof sollte nie vom Tageswetter beeinflusst werden, aber er wird zwangsläufig vom Klima der jeweiligen Epoche beeinflusst werden.*“)<sup>2</sup>

Ob und wie Gesellschaften mit großen Veränderungen umgehen, klingt in erster Linie nicht nach einem klassischen Problem der Rechtswissenschaft, sondern ist vielmehr weitgehend Forschungsgegenstand von Politik- und Sozialwissenschaften. An dem genannten Zitat von *Ginsburg* ist allerdings schon erkennbar, dass Veränderungen auch Auswirkungen auf die Rechtswissenschaft haben. *Badura* beschreibt beispielsweise einen sozialen Wandel als einen solchen, der „durch nachhaltig als verbindlich anerkannte Werte und Normen konstituiert wird“<sup>3</sup>. Schon diese Erkenntnis verdeutlicht, dass die Rechtswissenschaft und die Sozialwissenschaften eng verflochten sind, die Juristerei den von den Sozialwissenschaften vorgezeichneten Wandel nachzeichnet und aufnimmt.

Freilich geht es in dieser Arbeit nicht um das Verhältnis von Rechts- und Sozialwissenschaft. Es sollte durch das Beispiel nur verdeutlicht werden, dass die Rechtswissenschaft nicht losgelöst von der Wirklichkeit arbeitet.<sup>4</sup> Vielmehr wird das Recht oder bzw. das, was Recht sein soll, von der Wirklichkeit und damit von „geistigen Strömungen einer Epoche“<sup>5</sup> beeinflusst und verändert.<sup>6</sup> Damit ist man auch beim eigentli-

- 
- 1 *Adenauer* hat den Satz auf einer Sitzung der CDU/CSU-Bundestagsfraktion gesagt, s. *Weymar, Konrad Adenauer: Die autorisierte Biographie*, S. 521.
  - 2 *Ginsburg* hat das Zitat in einem Vortrag an der *Roger Williams University Law School* ausdrücklich im Zusammenhang mit der gleichgeschlechtlichen Ehe erwähnt, vgl. *Bowden, Michael M.; Fitzpatrick, Edward, You Can't Help Being in Awe*, <https://law.rwu.edu/news/news-archive/you-cant-help-being-awe>.
  - 3 *Badura*, in: *Maunz/Dürig – Grundgesetz, Art. 6 GG Rn. 39a*.
  - 4 *Hillgruber*, *VVDStRL* 2007, 7 (9).
  - 5 *Würtenberger*, *Zeitgeist und Recht* S. 11.
  - 6 *Koschmieder*, *Grundrechtliche Dynamisierungsprozesse* S. 31.



chen Thema dieser Arbeit. Kaum eine Diskussion wurde grundsätzlicher und teils emotionaler geführt, als die Debatte um die Einführung der gleichgeschlechtlichen Ehe. Kaum ein Politikfeld hat sich so rasch verändert wie dieses. Die gesellschaftliche Akzeptanz homosexueller Menschen hat sich verändert, wie noch genauer zu zeigen sein wird. Es stellt sich daher die fundamentale Frage, wie ein Land, ja wie eine Verfassung mit solchen sich rasch verändernden Einstellungen umgeht bzw. umgehen soll. Die Schnelligkeit auf diesem Feld wird besonders deutlich, wenn man sich anschaut, wie vergleichsweise rasant die Entwicklung in den letzten 20 Jahren war.

Gleichgeschlechtliche Ehen sind mittlerweile in folgenden Ländern möglich<sup>7</sup>:

- Niederlande (2000)
- Königreich Belgien (2003)
- Königreich Spanien (2005)
- Kanada (2005)
- Republik Südafrika (2006)
- Königreich Norwegen (2008)
- Königreich Schweden (2009)
- Argentinische Republik (2010)
- Portugiesische Republik (2010)
- Island (2010)
- Königreich Dänemark (2012)
- Republik Uruguay (2013)
- Föderative Republik Brasilien (2013)
- Neuseeland (2013)
- Vereinigtes Königreich (2013, 2014)<sup>8</sup>
- Französische Republik (2013)
- Großherzogtum Luxemburg (2014)
- Vereinigte Staaten von Amerika (2015)
- Republik Irland (2015)
- Republik Finnland (2015)
- Grönland (2015)
- Republik Kolumbien (2016)

---

7 In Klammern das Jahr der Einführung der gleichgeschlechtlichen Ehe; vollständige Liste hier abrufbar: <https://abcnews.go.com/GMA/Culture/30-countries-sex-marriage-officially-legal/story?id=56041136>; <https://www.pewforum.org/fact-sheet/gay-marriage-around-the-world/> oder auf <https://www.hrc.org/resources/marriage-equality-around-the-world>.

8 Die Zuständigkeiten für die Ehe sind in Großbritannien ein wenig verworren. Die gleichgeschlechtliche Ehe wurde in England und Wales 2013 eingeführt, in Schottland dann ein Jahr später, vgl. *Fulli-Lemaire, Same-Sex Relationships in Central Europe: Steady Progress*, in: *Boele-Woelki / Fuchs (Hrsg.)*, S. 26f.; In Nordirland wurde mit dem *Northern Ireland (Executive Formation etc) Act 2019* durch das House of Commons in London eine Gesetzesänderung erzwungen, die durch Verordnung umgesetzt wurde und am 13.01.2020 in Kraft trat (*The Marriage (Same-sex Couples) and Civil Partnership (Opposite-sex Couples) (Northern Ireland) Regulations 2019*), s. <http://www.legislation.gov.uk/uksi/2019/1514/contents/made>. Damit kennt das Vereinigte Königreich in seiner Gesamtheit nun die gleichgeschlechtliche Ehe.

- Republik Malta (2017)
- Australien (2017)
- Bundesrepublik Deutschland (2017)
- Bundesrepublik Österreich (2019)
- Republik China (Taiwan) (2019)
- Republik Ecuador (2019)
- Republik Costa Rica (2020)
- (Vereinigte Mexikanische Staaten)<sup>9</sup>

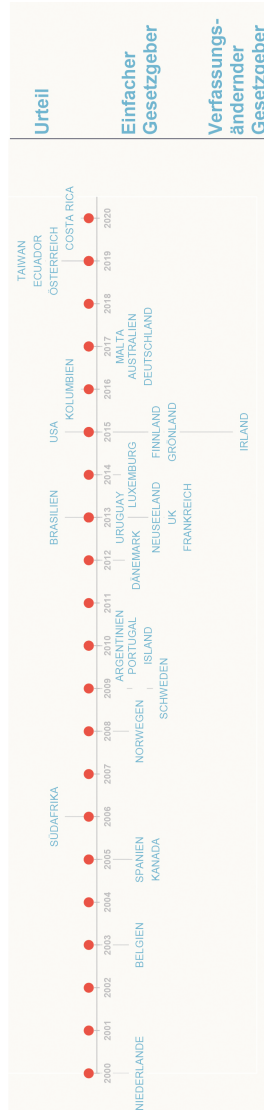


Abbildung: Gezeigt wird, welche Länder zu welchem Zeitpunkt und auf welche Weise die gleichgeschlechtliche Ehe eingeführt haben. In den Ländern, in denen die gleichgeschlechtliche Ehe durch den einfachen Gesetzgeber eingeführt worden ist, hat es zum Teil davor oder danach ebenfalls Urteile der jeweiligen Verfassungsgerichte gegeben.

9 Nur in einigen Teilen des Landes, vgl. Wollenschläger/ Coester-Waltjen, *Ehe für Alle*, S. 134.

Auffällig ist, dass es bei der Anerkennung gleichgeschlechtlicher Ehen oder Partnerschaften so etwas wie eine ‚Grenze‘ zwischen westeuropäischen und osteuropäischen (gemeint sind hiermit die vormals kommunistischen bzw. sozialistischen Staaten Osteuropas) gibt. Im Osten Europas gibt es derzeit nicht nur kein Land, das die gleichgeschlechtliche Ehe anerkennt, vielmehr haben gleich mehrere Länder sogar ein Verbot der gleichgeschlechtlichen Ehe in ihren Verfassungen verankert<sup>10</sup>:

- Republik Kroatien
- Republik Litauen
- Republik Lettland
- Republik Bulgarien
- Republik Polen
- Ungarn
- Slowakische Republik
- Russische Föderation<sup>11</sup>

Aber auch für Osteuropa gilt, dass es kein einheitliches Bild gibt. Man kann den ‚Osteuropäern‘ nicht generell eine ablehnende Einstellung zu gleichgeschlechtlichen Lebensgemeinschaften unterstellen. So kennen beispielsweise Slowenien, Tschechien, Ungarn und Kroatien Formen einer eingetragenen Lebenspartnerschaft.<sup>12</sup> Tschechien könnte das erste Land des ehemaligen Ostblocks sein (wenn man die DDR annimmt), welches die gleichgeschlechtliche Ehe einführt.<sup>13</sup>

In dieser Arbeit sollen einige der oben genannten Länder in den Blick genommen werden. Gerade vor dem Hintergrund einer gemeinsamen (Rechts-)Tradition und Kultur, können für Deutschland vor allem (West-)Europäische und Nordamerikanische Länder als Vergleich dienen.

## B. Gang der Untersuchung

Weil es in dieser Arbeit um die Ehe geht und damit etwas, das nicht erst vor 20 Jahren ‚erfunden‘ wurde, muss man den Blick zunächst weiter in die Vergangenheit richten. Eine besondere Bedeutung hat in diesem Zusammenhang das antike römische Recht und seine Rezeption in viele moderne Rechtsordnungen. Es wird zu zeigen sein, dass gerade im Bereich des Eherechts schon zu antiken Zeiten Regeln und Normen existierten, welche dieses regelten und was davon bis heute gilt. Daneben spielen die Ausbreitung des Christentums und das kirchliche Eherecht eine zentrale Rolle bei der Regelung und dem Verständnis von Ehe. Aufgezeigt wird, dass die christliche Kirche das Eherecht der Römer teilweise übernommen und kodifiziert und damit in ihrem Ein-

---

10 Kraljić, *Same-sex Partnerships in Eastern Europe: Marriage, Registration or no Regulation?*, in: Boele-Woelki / Fuchs (Hrsg.), S. 59.

11 <https://www.dw.com/de/verfassungs%C3%A4nderung-in-russland-putin-auf-lebenszeit/a-54018567>.

12 Kraljić, *Same-sex Partnerships in Eastern Europe: Marriage, Registration or no Regulation?*, in: Boele-Woelki / Fuchs (Hrsg.), S. 64.

13 <https://www.radio.cz/de/rubrik/nachrichten/regierung-unterstuetzt-gleichgeschlechtliche-ehe>.

flussbereich vereinheitlicht hat und dann mit ihrer Ausbreitung in der Welt verbreitet hat. Es kommt dann darauf an herauszuarbeiten, was sich an der Ehe und wie sich die Ehe im Laufe der Zeit, nicht nur in Deutschland, verändert hat. Im Anschluss an diese Untersuchung wird die Entwicklung in Deutschland etwa ab der Aufklärung bis in die heutige Zeit betrachtet, wobei das Inkrafttreten des Grundgesetzes eine Zäsur darstellt. Danach wird auf die Entwicklung der Ehe in ausgewählten anderen Rechtsordnungen geblickt und auch kurz auf internationale Regelwerke eingegangen. (*Kap. II*).

Der Umgang mit und die Einstellung zu Homosexualität sind von entscheidender Bedeutung. Wie bei der Ehe gilt, dass die Einstellung zu gleichgeschlechtlicher Sexualität sich nicht unabhängig in einzelnen Ländern verändert hat, sondern dass auch hier eine gemeinsame Geschichte, Tradition und kulturelle Wertvorstellungen eine Rolle spielen. Am Beginn dieses Abschnitts wird wieder der Blick auf die Antike und das Christentum stehen. Danach wird die Entwicklung in Deutschland vor und nach Inkrafttreten des Grundgesetzes betrachtet, bevor hier eine Analyse der Lage in den USA folgt. Sodann wird die Rechtsprechung von EuGH und EGMR analysiert, bevor am Ende des Kapitels kurz auf die Lage in Osteuropa und anderen Teilen der Welt eingegangen wird (*Kap. III*).

Anschließend wird sich die Analyse der Rechtsprechung einzelner Gerichte in ausgewählten Ländern. Neben der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts wird vor allem die US-amerikanische Rechtsprechung zu untersuchen sein, da diese aufgrund der Größe der USA und der Bedeutung des Landes in der „westlichen“ Welt eine besondere Ausstrahlungswirkung entfaltet. Daneben werden weitere Länder in Betracht gezogen, die mit Deutschland bzw. der „westlichen“ Welt eine gemeinsame Rechtsgeschichte teilen oder die in ihrem Kulturkreis gewissermaßen eine Vorreiterrolle beim Thema gleichgeschlechtliche Ehe einnehmen. Nicht nur nationale Gerichte haben sich mit der Ehe befasst, sondern auch eine Reihe von übernationalen Gerichten. Deren Rechtsprechung muss daher ebenfalls berücksichtigt werden. Konkret wird in diesem Kapitel mit der Rechtsprechung in europäischen Rechtsordnungen begonnen, angefangen mit Deutschland und daran anschließend Spanien, Portugal, Frankreich und Österreich. Danach folgt die Betrachtung der nordamerikanischen Rechtsordnungen USA und Kanada. Aus dem Rest der Welt werden Bermuda, Südafrika, Taiwan und Ecuador beleuchtet, bevor auf die Rechtsprechung von EuGH, EGMR und IACHR eingegangen wird. Am Ende des Kapitels werden noch in aller Kürze Länder betrachtet, in denen Bewegung in die Debatte um die gleichgeschlechtliche Ehe gekommen ist (*Kap. IV*).

Zusammen können die Betrachtung der Entwicklungen und Rechtsauffassungen zu Ehe, Homosexualität und gleichgeschlechtlichen Partnerschaften in heutigen Ländern dabei helfen die zentrale Norm über die Ehe in der deutschen Rechtsordnung, Artikel 6 Absatz 1 Grundgesetz, besser zu verstehen und Zugang zu ihr zu erhalten. Es wird zuerst der Frage nachgegangen, welche Rolle eine etwaige Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Paare bei der gleichgeschlechtlichen Ehe spielt (hier aus deutscher Sicht vor allem die Bedeutung von Art. 3 GG) und welche Lehren unter Berücksichtigung der Erkenntnisse aus den vorangegangenen Untersuchungen gezogen wer-

den können. Hier wird auch die Frage beantwortet, ob die Ehe als Vorstufe der Familie angesehen werden kann.

Sodann wird auf die Problematik des Verständnisses von Art. 6 Abs. 1 GG im Detail einzugehen sein und ob dieser einer Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare entgegensteht oder ob ein etwaiger ‚Wandel‘ den Artikel verändert hat. Konkret wird die Frage beantwortet, ob Art. 6 Abs. 1 GG (noch) das Merkmal der Verschiedengeschlechtlichkeit als Strukturmerkmal enthält.

Daran anschließend wird die Rolle und die Bedeutung des Gesetzgebers im Zusammenhang mit der Veränderung der Verfassung untersucht und damit am Ende dieser Analyse die Frage beantwortet, ob das *Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts*, welches am 28.07.2017 verkündet und am 01.10.2017 in Kraft getreten ist<sup>14</sup>, verfassungswidrig ist oder nicht (*Kap. V*).

Zuletzt soll kurz auf die Umsetzung und die Folgen der Einführung der gleichgeschlechtlichen Ehe im bürgerlichen Recht, vor allem im Abstammungsrecht, und im IPR eingegangen werden (*Kap. VI*).

---

<sup>14</sup> BGBl. I, S. 2787.

## Kapitel II: Die Ehe im Laufe der Jahrhunderte

### Vorbemerkung

Im Folgenden sollen die geschichtliche Entwicklung der Ehe und unser Verständnis davon im Laufe der Jahrhunderte umrissen werden. Warum ist das so wichtig? *Badura* schreibt, die Ehe sei ein „überkommenes und vorpositives, der sozialen Wirklichkeit angehörendes Lebensverhältnis, das in seinen grundsätzlichen Beziehungen nicht Geschöpf des Staates und seiner Rechtsordnung ist.“<sup>15</sup>

Dass die Ehe nicht nur in einigen wenigen Kulturen ein Begriff ist, zeigt sich schon daran, dass selbst *Konfuzius* die Bedeutung der Ehe hoch einschätzte.<sup>16</sup>

Das Grundgesetz selbst postuliert keine Definition von Ehe. In seinem Urteil zur Verfassungsmäßigkeit des Lebenspartnerschaftsgesetzes konstatiert das Bundesverfassungsgericht, dass das Grundgesetz die Ehe „als besondere Form menschlichen Zusammenlebens voraussetzt“<sup>17</sup>. Das BVerfG hat bereits in frühen Entscheidungen betont, dass die Ehe vor dem Grundgesetz existierte und sich auch zu ihrem Inhalt geäußert. So heißt es in einer Entscheidung aus dem Jahr 1970:

„Die dem Grundgesetz vorgegebene Institution der Ehe stellt sich als die auf freiem Entschluß von Mann und Frau beruhende, unter Wahrung bestimmter vom Gesetz vorgeschriebener Formen geschlossene Einehe dar.“<sup>18</sup>

Wenn das Grundgesetz die Ehe aber demnach als bereits gegeben voraussetzt, muss man sich fragen, woher diese dem Grundgesetz vorgegebene Institution eigentlich kommt, welchen Inhalt sie hat und ob bzw. wie sich dieser verändert haben kann.

---

15 *Badura*, in: Maunz/Dürig – Grundgesetz, Art. 6 GG, Rn. 4.

16 Vgl. Li Gi, *Das Buch der Riten, Sitten und Gebräuche* 5. Staat und Gesellschaft, 16. Kapitel, Nr. 3 = S. 238. *Konfuzius* spricht hier von der Bedeutung der Ehe als hohes Gut, in dem letztlich die „Wurzeln der Regierung“ stecken.

17 BVerfG, *LPartG – Urte. v. 17.07.2002* – 1 BvF 1/01; 1 BvF 2/01, juris Rn. 87 = BVerfGE 105, 313 (345).

18 BVerfG, *Urte. v. 07.10.1970* – 1 BvR 409/67, juris Rn. 32 = BVerfGE 29, 166 (176); Ob diese Definition der Ehe heute noch haltbar ist, wird zu klären sein. In dem Beschluss ging es um die Rechtmäßigkeit einer sog. „Ferntrauung“ zwischen einer Berlinerin und einem Soldaten der Wehrmacht an der Front im zweiten Weltkrieg nach dem damals geltenden § 13 Wehrmacht-Personenstandsverordnung. Bedeutsam an dem Beschluss ist insoweit auch, dass das BVerfG Art. 6 Abs. 1 GG auch auf Ehen anwendet, die vor Inkrafttreten des Grundgesetzes geschlossen wurden, eben aufgrund des zitierten Grundsatzes.

## A. Antike und Mittelalter

### I. DE NUPTIIS – Von der Ehe (das Römische Recht)

Eine prägende Rolle für das deutsche Rechtssystem und viele europäische Rechtsordnungen spielt das antike römische Recht.<sup>19</sup> In weiten Teilen, insbesondere des Zivilrechts, finden sich Prinzipien und Grundannahmen, die bereits das römische Recht kannte. Die Rechtswissenschaft hat diese alten Prinzipien besonders im Laufe des 19. Jahrhunderts wieder fruchtbar gemacht und damit unter anderem eine wesentliche Grundlage für das Bürgerliche Gesetzbuch geschaffen, welches beispielsweise in seinem Aufbau den Pandekten nachgebildet ist.<sup>20</sup>

Einen wesentlichen Ausgangspunkt für unser Verständnis des Rechts und den Inhalt von Rechtsbegriffen bildet demnach das antike römische Verständnis dieser Begriffe.

Bis heute sind einige uns bekannte Rechtsprinzipien, die bereits in der Antike existierten, erhalten geblieben. So kannte das römische Recht beispielsweise den Grundsatz:

„*Qui tacet consentire videtur*“ („Wer schweigt, scheint zuzustimmen.“)<sup>21</sup>

Auch wenn dies im deutschen Recht nicht die Regel ist, findet sich dieser Grundsatz prominent in § 362 Abs. 2 Satz 2 HGB wieder, der normiert, dass Schweigen unter Kaufleuten als Annahme des Antrags gilt. Dass der gutgläubige Besitzer Eigentümer der Früchte wird (vgl. § 955 BGB), stammt ebenfalls aus dem Römischen Recht.<sup>22</sup> Nicht zuletzt geht das Abstraktionsprinzip auf römisches Recht zurück,<sup>23</sup> das Deliktsrecht ist wesentlich durch seine Vorgaben geprägt.<sup>24</sup>

Nicht anders verhält es sich mit der Ehe.<sup>25</sup> Obwohl die Römer die Ehe vor allem als soziales Konstrukt begriffen haben, welches seinen Ursprung außerhalb des Rechts hatte<sup>26</sup>, war unumstritten, dass bestimmte Aspekte der Ehe vom Recht geregelt werden mussten.<sup>27</sup> Insbesondere kannte das römische Recht einige Voraussetzungen, die für die Wirksamkeit einer Ehe im Rechtssinn erfüllt sein mussten.<sup>28</sup>

---

19 Vgl. *Berman/ Reid, ZEuP* 1995, 3ff; *Knütel, ZEuP* 1994, 244ff.

20 *Säcker, in: Säcker / Rixecker / Oetker / Limperg (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Einleitung*, Rn. 24.

21 *Knütel, ZEuP* 1994, 244 (253).

22 Vgl. *Inst. 2, 1, 35; Knütel, ZEuP* 1994, 244 (262f.).

23 *Knütel, ZEuP* 1994, 244 (262).

24 *Wagner, in: Säcker / Rixecker / Oetker / Limperg (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Vor § 823*, Rn. 2.

25 *Erb Barth, in: Gsell / Krüger / Lorenz / Reymann (Hrsg.), beck-online.Grosskommentar zum Zivilrecht, § 1353 BGB*, Rn. 82.1ff.; *Schweitzer, Ehe und Eingetragene Lebenspartnerschaft im Lichte des Art. 6 Abs. 1 Alt. 1 GG*, S. 11.

26 *Erb Barth, in: Gsell / Krüger / Lorenz / Reymann (Hrsg.), beck-online.Grosskommentar zum Zivilrecht, § 1353 BGB*, Rn. 82.2.

27 *Erb Barth, in: Gsell / Krüger / Lorenz / Reymann (Hrsg.), beck-online.Grosskommentar zum Zivilrecht, § 1353 BGB*, Rn. 82.2f.

28 *Erb Barth, in: Gsell / Krüger / Lorenz / Reymann (Hrsg.), beck-online.Grosskommentar zum Zivilrecht, § 1353 BGB*, Rn. 82.5; *Witte, From Sacrament to Contract* S. 24f.