

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 184

**Eheschließungen
gleichgeschlechtlicher Paare?**

Von

Roland Schimmel



Duncker & Humblot · Berlin

ROLAND SCHIMMEL

Eheschließungen gleichgeschlechtlicher Paare?

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 184

Eheschließungen gleichgeschlechtlicher Paare?

Von

Roland Schimmel



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Schimmel, Roland:

Eheschliessungen gleichgeschlechtlicher Paare? / von Roland

Schimmel. – Berlin : Duncker und Humblot, 1996

(Schriften zum bürgerlichen Recht ; Bd. 184)

Zugl.: Frankfurt (Main), Univ., Diss., 1995

ISBN 3-428-08588-4

NE: GT

Alle Rechte vorbehalten

© 1996 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fotoprint: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0720-7387

ISBN 3-428-08588-4

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Was wir hier machen, sind saubere Sachen -
absolut wertfrei, da gibt's gar nichts zu lachen.

Heinz Rudolf Kunze, Sicherheitsdienst, 1983

Vorwort

Die Untersuchung hat im Sommersemester 1995 unter dem Titel „Lesben. Schwule. Amtsgericht - Zur Anerkennung gleichgeschlechtlicher Paare als Rechtsfrage“ dem Fachbereich Rechtswissenschaft der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt/Main als Dissertation vorgelegen; sie ist für den Druck überarbeitet worden.

Die Arbeit ist auf dem Stand von Ende 1994. Später erschienene Literatur und Rechtsprechung konnten nur noch vereinzelt in den Anmerkungen nachgetragen werden.

Stellvertretend für alle, die mir geholfen haben, möchte ich den Professoren Dres. Hans-Peter Benöhr, Spiros Simitis und Rudolf Wiethölter für Betreuung und Begutachtung der Arbeit, meinen KollegInnen und FreundInnen* Barbara Geck und Christian Meier für juristischen und menschlichen Beistand, Annette Eul, Gitta Schöttler, meinen Eltern und meinem Bruder für das Lesen früherer Fassungen und Maria Sabine Augstein, Manfred Bruns und Stefan Reiß für wertvolle Hinweise danken. Mein besonderer Dank gilt meinen Freunden Stephan Michael Eibich, der den Text mehrfach kritisch gegengelesen hat, und Martin Georg, der in die Aufbereitung für den Druck viel Mühe und Geduld investierte. Keiner ihrer Beiträge könnte hinweggedacht werden, ohne daß der Erfolg in seiner konkreten Gestalt entfele.

Frankfurt/Main, Juni 1995

Roland Schimmel

* Soweit nicht anders gekennzeichnet oder aus dem Zusammenhang ersichtlich, soll im laufenden Text die Verwendung geschlechtsspezifisch gebeugter Substantive, Pronomina etc. nicht den Ausschluß des jeweils anderen Geschlechts bedeuten. Auf die Verwendung der Endung „-Innen“ habe ich im folgenden weniger aus frauendiskriminierender Absicht als aus Gründen der Lesbarkeit verzichtet.

Inhaltsverzeichnis

Kapitel 1

Einleitung

A. Terminologie.....	13
B. Gegenstand der Arbeit.....	14
C. Ausgangsthesen.....	16

Kapitel 2

Grundlegung

A. Ehe.....	18
I. „Ehe“ - ein erodierender Rechtsbegriff.....	19
II. Die Bedeutung der Eheschließungsmöglichkeit - Normative und symbolische Ungleichbehandlung.....	23
1. Rechtliche Vorteile.....	24
2. Gesellschaftliche Rahmenbedingungen.....	28
3. Gestaltungsmöglichkeiten für gleichgeschlechtliche Paare.....	34
B. Homosexualität.....	36
I. Interesse an der Ehe.....	36
1. Historische Vorbilder.....	38
2. Promiskuität?.....	39
3. Statistische Bedeutung.....	40
II. Homosexualität und Vorurteil.....	41
1. Homosexualität als Krankheit?.....	41
2. Homosexualität als Gefährdung?.....	42
3. Homosexualität als Abnormität?.....	42

4. Homosexuelle als Asoziale?	44
5. Ergebnis	44
III. Ursachen der Homosexualität	44
C. Handlungsmöglichkeiten für Rechtsprechung und Gesetzgebung	46
I. Registrierte Partnerschaft	48
1. Das skandinavische Modell	48
2. Domestic Partnerships	51
3. Bedenken	54
II. Antidiskriminierungsgesetz.....	55
D. Gang der Untersuchung	56

Kapitel 3

Zulässigkeit gleichgeschlechtlicher Eheschließungen de lege lata

A. Vorgeschichte	58
B. Einordnung in eherechtliche Kategorien	64
C. Begriff der Ehe.....	66
I. Wortlaut	66
1. Fehlende Legaldefinition.....	66
2. Wortlaut eherechtlicher Normen	70
3. Juristischer Sprachgebrauch.....	72
a) Juristischer Sprachgebrauch zur Zeit der Gesetzgebung	72
b) Juristischer Sprachgebrauch in der Gegenwart	74
4. Allgemeiner Sprachgebrauch	75
a) Allgemeiner Sprachgebrauch zur Zeit der Gesetzgebung.....	75
b) Allgemeiner Sprachgebrauch in der Gegenwart.....	75
5. Etymologie.....	78
6. Ergebnis	78
II. „Natur der Sache“ - „Wesen der Ehe“	78
1. Das „Wesen“ und das „Selbstverständliche“	79
a) Tragfähigkeit von Wesensargumenten	79
b) Das „Wesen der Ehe“	81
2. Gesellschaftliche Realität.....	83

3. Anthropologische Vorgegebenheiten	84
4. Prägung durch das kanonische Recht	85
III. Systematische Auslegung.....	86
1. Familienrecht	87
a) Vorschriften über das Verlöbnis	87
b) Unanwendbarkeit familienrechtlicher Regelungen	88
c) Unangemessenheit der Anwendung familienrechtlicher Normen	88
2. Transsexuellengesetz.....	90
3. Strafrecht	91
IV. Historische Auslegung.....	92
V. Teleologische und verfassungskonforme Auslegung	95
1. Meinungsstand zum Ehebegriff des Art. 6 I GG	97
2. Auslegung des Art. 6 I GG.....	97
a) Untaugliche Präzisierungsansätze	98
b) Historische Argumente	99
c) Systematische Argumente	100
aa) Kinder als Kriterium?	101
bb) Familien gleichgeschlechtlicher Paare.....	104
cc) Parallelisierung mit Wertungen aus dem Recht der nichtehelichen Lebensgemeinschaft	110
dd) Ergebnis	110
3. Verfassungswandel	111
a) Beachtlichkeit des Verfassungswandels.....	111
b) Voraussetzungen des Verfassungswandels	111
c) Entwicklungslinie Ehe	112
aa) Tatsächliche Entwicklung.....	112
(1) Funktionsverlust oder Funktionswandel der Familie.....	113
(2) Wegfall der Identität von Ehe und Familie.....	113
bb) Veränderte Ehekonzeptionen.....	114
cc) Rechtliche Konsequenzen.....	117
(1) Lösung von metaphysischen Begründungen	117
(2) Zusammenhang zwischen Ehe und Familie.....	117
(3) Ehezwecke?.....	119
(4) Inhalt des Ehebegriffs.....	122
(5) Rechtsdogmatische Auswirkungen.....	122

dd) Ergebnis	124
d) Entwicklungslinie Homosexualität	125
aa) Soziale Akzeptanz.....	125
bb) Rechtliche Bewertung	126
cc) Argumentation mit dem Transsexuellengesetz.....	129
e) Berücksichtigung in der Auseinandersetzung um gleichgeschlechtliche Ehen ..	129
f) Ergebnis.....	131
4. Verträglichkeit mit den Regelungsebenen des Art. 6 I GG	131
a) Grundsatznorm.....	132
b) Institutsgarantie	133
aa) Zur Terminologie: „Institut“ und „Institution“.....	133
bb) Kritik am institutionellen Denken	134
cc) Konsequenzen für die gleichgeschlechtliche Ehe	137
c) Abwehrrecht: Freiheit der Eheschließung	138
aa) Verbürgungen der Eheschließungsfreiheit außerhalb des Grundgesetzes ..	138
bb) Grundlegende Bedeutung der Eheschließungsfreiheit.....	138
cc) Kriterium für die Zulässigkeit von Einschränkungen	140
dd) Schutzbereichsverletzung.....	141
ee) Grund des Eheschutzes in Art. 6 I GG	142
(1) Historische Aufschlüsse aus Art. 119 I 1 WRV.....	143
(2) Vorstellungen des Grundgesetzgebers	143
(3) Schutzzweckbestimmung in der Gegenwart	144
(a) Schutz der Ehe als potentielle Familie?.....	144
(b) Zweckfreies Verständnis.....	146
(c) Funktionsorientiertes Verständnis des Eheschutzes	147
(aa) Gesellschaftliche Stabilität als „Minizelle“	148
(bb) Befriedung und Bindung der sexuellen Aktivität.....	149
(cc) Solidarität in Not und Alter - soziale Versorgungsfunktion	149
(4) Geeignetheit	151
(5) Weitere Gründe für ein Eheverbot.....	153
(6) Ergebnis	156
ff) Angemessenheit des „Rationalitätskriteriums“	156
d) Ergebnis.....	158
5. Vorrang einer der Regelungsebenen von Art. 6 I GG?	158
6. Ergebnis zu Art. 6 I GG	162

7. Art. 2 I GG - Bestätigung oder Relativierung?	162
a) Schutz der Eheschließungsfreiheit durch Art. 2 I GG?	162
b) Verstoß gegen das Sittengesetz?	163
aa) Zweifelhaftigkeit des Sittengesetzes als Maßstab	163
bb) Hypothetische Bewertung am Sittengesetz	165
cc) Ergebnis	167
c) Gleichgeschlechtliche Ehe als Ausdruck der allgemeinen Handlungsfreiheit	167
aa) Vertragsfreiheitsaspekt	167
bb) Pluralismus	168
cc) Persönlichkeitsrecht und Schutz der Intimsphäre	169
d) Ergebnis zu Art. 2 I GG	171
8. Auswirkungen des Gleichheitssatzes in Art. 3 GG	171
a) Anwendbarkeit des Art. 3 GG	171
b) Ungleichbehandlung	172
c) Vergleichbarkeit	172
d) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	173
e) Anwendbarkeit von Art. 3 II, III GG	173
aa) Sexuelle Orientierung als Komponente der Geschlechtszugehörigkeit?	174
bb) „Diskriminierung Homosexueller“ als Summe geschlechtsbedingter Diskriminierungen homosexueller Männer und homosexueller Frauen	175
f) Verstoß gegen Art. 3 I GG	177
aa) Strenge des Maßstabs	177
bb) Sachliche Gründe	179
cc) Familienförderung als legitimer Zweck	179
(1) Geeignetheit / Erforderlichkeit?	179
(2) Typisierung als „Grund zweiter Güte“	179
dd) Verhinderung der weiteren Ausbreitung homosexueller Orientierung?	181
g) Ergebnis zu Art. 3 GG	182
VI. Resümee	182
D. Analogie zum Eheschließungsrecht	183
I. Analogieverbot?	183
II. Regelungslücke	185
E. Parlamentsvorbehalt	186

*Kapitel 4***Eheschließung de lege ferenda**

A. Unmöglichkeit gesetzlicher Regelung?	187
B. Verfassungsänderung	188
I. Verfassungsrechtliche Anforderungen.....	188
II. Bisherige Ansätze.....	188
1. Schutz anderer Lebensgemeinschaften.....	189
a) Änderung des Grundgesetzes	189
b) Landesverfassungsrecht	190
2. Diskriminierungsverbot	190
a) Änderung des Grundgesetzes	190
b) Landesverfassungsrecht	192
C. Einfachgesetzliche Regelung	192

*Kapitel 5***Nichteheliche Lebensgemeinschaft**

A. Problemübersicht	195
B. Meinungsstand zum Begriff der nichtehelichen Lebensgemeinschaft de lege lata.....	195
I. Die Rechtsprechung von BSG und BVerwG.....	197
II. Die neuere Rechtsprechung von BVerfG und BGH.....	199
C. Kritische Betrachtung	200
I. Tauglichkeit des Kriteriums „Eheähnlich“	200
1. Sozialrechtsimmanente Kritik.....	200
2. Bedenken gegen die Übertragbarkeit auf den zivilrechtlichen Begriff.....	204
II. Begriffliche Ungenauigkeiten	206
III. Systematische Einwände.....	207
IV. Auswirkungen des Gleichheitssatzes, Art. 3 I GG	207
D. Ergebnis und Vorschlag de lege ferenda.....	208

*Kapitel 6***Zusammenfassung** 209

Literaturverzeichnis	214
----------------------------	-----

Kapitel 1

Einleitung

A. Terminologie

Um der Gefahr der Verwechslung der Termini „gleichgeschlechtlich“ und „homosexuell“¹ vorzubeugen, ist darauf hinzuweisen, daß beispielsweise der Zugang zur Ehe den betreffenden Heiratswilligen nicht unter Berufung auf ihre homosexuelle Orientierung verweigert wird, sondern wegen der fehlenden Geschlechtsverschiedenheit. Die homosexuelle Orientierung eines Nupturienten ist für die Eheschließung² bedeutungslos, solange die Partner verschiedenen Geschlechts sind³.

Gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaften sind nicht denkbare Alternativen aus homosexuellen Partnern zusammengesetzt⁴. Angesichts weitgehend fehlender rechtstatsächlicher Informationen⁵ kann aber davon ausgegangen werden, daß die gleichgeschlechtlichen Beteiligten einer reinen Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft kaum im gleichen Maße - wenn überhaupt - den Wunsch und die Notwendigkeit verspüren werden, ihr Zusammenleben in den rechtlichen und

¹ *Steiger*, VVDStRL 45, 55, 58, macht Heterosexualität zur Ehevoraussetzung, meint aber vermutlich Geschlechtsverschiedenheit; ähnlich *Nordhues*, DRiZ 1991, 136; *Striewe*, 38 ff.; HdbVerfR-E.M.v.Münch, Rz.8 zu § 9.

² Allerdings ermöglicht § 32 I EheG nach h.M. die Anfechtung der Ehe, wenn sich herausstellt, daß der Partner homosexuell ist, so z.B. *Soergel-Heintzmann*, Rz.27 zu § 32; *MüKo-Müller-Gindullis*, Rz.38; *Palandt-Diederichsen*, Rz.9; *Giesen*, FamR, Rz.157; BGH, FamRZ 1958, 314 ff.; die Aufnahme einer homosexuellen Beziehung begründet eine unzumutbare Härte i.S. des § 1565 II BGB; zur Scheidung wegen homosexueller Betätigung bereits PrALR II 1 § 672.

³ Wie zynisch dieser Hinweis (der teils in Urteilsgründen anzutreffen ist, z.B. AG Tübingen, StAZ 1993, 13, 14) auf die Betroffenen wirken muß, ist leicht vorstellbar, wenn man sich umgekehrt fragt, ob man sich als heterosexueller Heiratswilliger in einer Rechtsordnung, die nur homosexuelle Ehen zuläßt, mit dem Ratschlag, man könne ja schließlich einen Partner aus dem eigenen Geschlecht heiraten, zufriedengeben würde... Dieser Gedanke findet sich auch in BVerwGE 79, 143, 152.

⁴ Mit Rücksicht hierauf stellt auch § 1 I des dänischen Gesetzes über die registrierte Partnerschaft (näher dazu unten Kap.2, C.I.) auf zwei Personen gleichen Geschlechts und nicht auf zwei Homosexuelle ab.

⁵ Dazu auch *Luckey*, Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft, 36.

sozialen Rahmen einer Ehe zu stellen wie ein homosexuelles Paar. Die immer noch verbreiteten Vorurteile und Ressentiments gegen Homosexuelle lassen eine nur zwecks Erlangung staatlicher Eheförderungen⁶ eingegangene „Scheinehe“ zwar gleichgeschlechtlicher, aber heterosexueller Partner als unwahrscheinlich erscheinen⁷. Diese wäre mit hohen sozialen Kosten (vermeidbarer Imageverlust etc.) verbunden.

Die in der juristischen Diskussion teilweise vorgenommene Untergruppenbildung - gleichgeschlechtliche Paare als Oberbegriff zu heterosexuellen und homosexuellen Paaren⁸ - geht mithin an der Realität vorbei.

In der vorliegenden Arbeit werden die Ausdrücke „gleichgeschlechtlich“ und „homosexuell“ im Zusammenhang mit Ehe, Partnerschaft und Lebensgemeinschaft aus Gründen der leichteren Lesbarkeit synonym verwendet. Gemeint ist jedoch immer „gleichgeschlechtlich“. Die Verwendung des Terminus „homosexuelle Ehe“ bedeutet nicht, daß eine gleichgeschlechtliche Ehe notwendig eine sexuelle Komponente hat. Das Bestehen einer sexuellen Beziehung ist auch bei geschlechtsverschiedenen Verbindungen weder Voraussetzung noch unverzichtbare Folge der Eheschließung. Eine exakte Definition des Begriffs „homosexuell“⁹ erscheint daher für die Zwecke der vorliegenden Arbeit nicht erforderlich: Für eine rechtliche Anerkennung des Zusammenlebens zweier Menschen soll nicht deren Homosexualität Voraussetzung sein, zumal unklar ist, wie diese gegebenenfalls zu beweisen wäre.

Unter „homosexuell“ sind im ganzen Text sowohl männliche (schwule) als auch weibliche (lesbische) Homosexuelle zu verstehen¹⁰.

B. Gegenstand der Arbeit

Während der Themenkomplex „Homosexualität und Recht“ bisher fast ausschließlich aus der Sicht des Strafrechts auf Interesse gestoßen ist - die Geschichte des § 175 StGB läßt sich als Geschichte der Forderung nach seiner Abschaffung schreiben¹¹ -, rücken derzeit andere Diskriminierungsfelder¹² in den

⁶ Auf den Gesichtspunkt der Mißbrauchsgefahr weist *Wacke*, FamRZ 1990, 347, 350, hin.

⁷ Ähnlich für die Situation in USA: Lambda Legal Defense & Education Fund (Hrsg.), *Domestic Partnership*, 7.

⁸ So *Louven*, ZRP 1993, 12.

⁹ Dazu z.B. *Gollner*, Homosexualität, 21 ff.

¹⁰ Der Ausdruck „homosexuell“ wird teils wegen seines pseudo-wissenschaftlichen Charakters bzw. wegen seiner Herkunft aus der Sprache der Sexualpathologie abgelehnt. Im folgenden Text wird er um der sprachlichen Kürze willen benutzt, nicht um die damit bezeichneten Menschen auf ihre Sexualität zu reduzieren.

¹¹ Dazu *Gollner*, Homosexualität, 126 ff.; *Hutter*; *Bleibtreu-Ehrenberg*, in: *Lautmann*, Seminar, 61 ff.; *Kiel*, DuR 1983, 428 ff.; *Stümke*, Homosexuelle; die Beiträge in: *Freunde eines*

Mittelpunkt der Aufmerksamkeit. Nach den Rücknahmen der Schutzaltersgrenze in den Jahren 1969¹³ und 1973¹⁴ wurde 1994 mit der Streichung des § 175 StGB und der Änderung des § 182 StGB eine einheitliche Jugendschutzvorschrift eingeführt¹⁵ die nicht mehr zwischen hetero- und homosexueller Verführung unterscheidet. Reflexe des Versuchs strafrechtlicher Bewältigung finden sich allerdings noch in den „besonderen Gewaltverhältnissen“ des Beamten- und Wehrdienstrechts¹⁶ in Gestalt von „Berufsverboten“ für homosexuelle Lehrer und der Nichtbeförderung homosexueller Soldaten.

Die vorliegende Untersuchung greift dagegen Fragen auf, die aus juristischer Sicht noch kaum thematisiert worden sind. Ihr Gegenstand ist die Bedeutung der Homosexualität im Zivilrecht¹⁷, wobei die jüngst von den Untergerichten vermehrt entschiedenen Klagen Homosexueller im Arbeits-¹⁸ und Mietrecht¹⁹ ausgeklammert bleiben. Der hier erörterte Problemkreis läßt sich etwa mit den Fragen umreißen: Können Homosexuelle einander heiraten oder steht ihnen zumindest die Möglichkeit der rechtlichen Absicherung ihrer Beziehung durch nichteheliche Lebensgemeinschaften offen? Sollte oder muß eine solche Möglichkeit geschaffen werden?

Schwulen Museums Berlin (Hrsg.), Die Geschichte des § 175; *Kappe*, KJ 1991, 205 ff.; *Lautmann*, Männerliebe, 141 ff.; alle m.w.N.

¹² Eine Orientierung über die verschiedenen Bereiche, in denen Homosexuelle rechtlich und faktisch diskriminiert werden, bietet das Inhaltsverzeichnis in: Die Schwulen Juristen (Hrsg.), Schwule im Recht; ferner *Rauchfleisch*, Schwule, 129 ff. (der allerdings rechtliche Diskriminierungen nicht erwähnt); für die USA: Harvard Law Review 102 (1989), 1508 ff.

¹³ Durch das 1.StrRG v. 25.6.1969, BGBl. I, 645.

¹⁴ Durch das 4.StrRG v. 23.11.1973, BGBl. I, 1725.

¹⁵ Durch Art. 1 des 29. StrÄndG, BGBl. I, 1168; in Kraft seit 11.6.1994; dazu *Schroeder*, NJW 1994, 1501 ff.; *Kusch/Mössle*, NJW 1994, 1504 ff.; zu den Diskussionen im Vorfeld *Bruns*, ZRP 1991, 166 f., 325 ff.; *Sick*, ZStW 1991, 71 ff.; *Kusch*, MDR 1991, 99 ff.; *Steinmeister*, KJ 1991, 197 ff.; *dies.*, ZRP 1992, 87 ff.; *Oberlies*, Streit 1992, 99 ff.; Stellungnahme der Deutschen Gesellschaft für Sexualforschung, MSchrKrim. 1992, 225 ff.; *Schroeder*, ZRP 1992, 295 ff.; *Tröndle*, ZRP 1992, 297 ff.; *Tönnies*, ZRP 1992, 411 ff., jeweils m.w.N. und BT-Drs. 12/4584 (Entwurf der Bundesregierung), BT-Drs. 12/4232 (Entwurf des Bundesrats), dazu Änderungsantrag der SPD-Fraktion, BT-Drs. 12/1899 (Bündnis 90/DIE GRÜNEN), BT-Drs. 12/850 (PDS/LL), BR-Drs. 312/90 (Hamburg), Plenarprotokoll 12/153.

¹⁶ Dazu *Gollner*, ZRP 1975, 231, 232 ff.; *Denninger*, JZ 1976, 444 ff.; *Pilgrim*, DuR 1981, 321 ff.; *Kappe*, DuR 1991, 465 ff.; *Bruns*, Betrifft: Justiz 1993, 82 ff.

¹⁷ Dazu soweit ersichtlich nur die Arbeit von *Malt* zur Diskriminierung Homosexueller im Arbeits- und Zivilrecht.

¹⁸ Z.B. ArbG Lörrach, AuR 1993, 151 (zur Weiterbildung eines homosexuellen kirchlichen Mitarbeiters); BAG, DB 1994, 2190 = NJW 1995, 275 (zur Kündigung wegen sexueller Orientierung).

¹⁹ Z.B. AG Berlin-Wedding, NJW-RR 1994, 524 = Streit 1994, 186 ff.; LG Köln, Az. 12 S 275/92; LG Hannover, FamRZ 1993, 547; AG Nürnberg, Streit 1994, 185; jüngst LG Berlin, Az. 65 S 184/94; LG München I, Az. 14 S 13955/94 (alle zu § 569a II BGB).