

Andreas R. Ziegler

## We are family ...

### Warum die Bundesverfassung auch das Recht auf Ehe gleichgeschlechtlicher Paare gewährleistet

*Es gab Länder, in denen war eine Ehe zwischen Angehörigen verschiedener Rassen unzulässig.<sup>1</sup> Es gab und gibt Länder, in denen war das Eingehen einer Ehe mit einer Person mit einer anderen Religion unzulässig.<sup>2</sup> Und es gab und gibt Länder, in denen war oder ist das Eingehen einer Ehe mit einer Person des eigenen Geschlechts unzulässig. Zu den Letzteren gehört bis heute die Schweiz ... und das soll anders werden. Darüber herrscht in weiten Teilen der Schweizer Bevölkerung Einigkeit. Die Frage ist nur wie.*

#### Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Ausgangslage
- III. Verfassung und Ehe
- IV. In unserer Region
- V. Fazit

## I. Einleitung

Zugegebenermassen, in der Schweiz (wie zuvor und wohl auch in Zukunft in anderen Staaten) war traditionell die Ansicht vorherrschend, dass der Ehebegriff der Verfassung durch Verschiedengeschlechtlichkeit der Ehepartner charakterisiert sei. Entsprechend wurde seit dem Aufkommen der Debatte über die Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare von gewissen Autoren zwingend eine Verfassungsreform verlangt.<sup>3</sup>

Sehr schnell hat sich aber in den letzten Jahren eine veränderte Wahrnehmung durchgesetzt. Auch in der Schweiz hindert daher die Verfassung den Gesetzgeber nicht daran, im einfachen Gesetzgebungsverfahren, die Ehe auch gleichgeschlechtlichen Paaren zu öffnen – so wie dies in der Praxis die meisten Staaten getan haben, die die gleichgeschlechtliche Ehe kennen. Der Weg der zeitgemässen Interpretation der bestehenden Verfassung(sprinzipien) und die entsprechende Umsetzung durch den Gesetzgeber sind angebracht. Für die Schweiz haben dies einzelne Autoren früh gefordert,<sup>4</sup> und in seinem Gutachten vom 7. Juli 2016 ist schliesslich auch das Bundesamt für Justiz auf diese Haltung eingeschwenkt<sup>5</sup> ... und so hat es am 6. Juli 2018 auch die Kommissionen für Rechtsfragen des Nationalrates vorgeschlagen.<sup>6</sup>

Dr. rer. publ. et lic. iur., LL.M. (European University Institute). Professor an der Universität Lausanne.

<sup>1</sup> Das «Gesetz zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre» vom 15. September 1935 (RGBl. I S. 1146; auch kurz «Blutschutzgesetz» genannt) verbot Eheschliessungen zwischen Juden und «Deutschblütigen». Bis 1967 stand die Heirat zwischen Schwarzen und Weissen in 16 US-Staaten unter Strafe. Der letzte US-Bundesstaat, der das Verbot «schwarz-weisser» Ehen abschaffte war Alabama, das seine Verfassung erst im Jahr 2000 änderte (Alabama Interracial Marriage Amendment, 7. November 2000). In Südafrika wurde das «Mischehengesetz bzw. Immoralitätsgesetz» 1985 aufgehoben (Prohibition of Mixed Marriages Act, Act No 55 of 1949, aufgehoben durch Immorality and Prohibition of Mixed Marriages Amendment Act, 1985, 12./19. Juni 1985).

<sup>2</sup> In der Schweiz schlossen nur gewisse Kantone am 11. Juni 1812 ein Konkordat betreffend die Ehen zwischen Katholiken und Reformierten. Die katholischen Kantone sahen teilweise bis 1848 Verbote konfessionell gemischter Ehen vor (vgl. René Pahud de Mortanges, Schweizerische Rechtsgeschichte – Ein Grundriss, 2. Aufl., Zürich 2017, S. 287). In vielen Ländern ist es Eheleuten (insbesondere Frauen) bis heute verboten, mit Angehörigen anderer Religionen Ehen einzugehen. In Tunesien wurde Frauen 2017 erstmals erlaubt, mit Nichtmuslimen eine Ehe einzugehen.

<sup>3</sup> Vgl. anstelle vieler noch die ablehnende Haltung von Ruth Reusser, Art. 14, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2014, mit weiteren Hinweisen. Siehe auch das explizit ablehnende Sondervotum (Concurring Opinion) des damaligen Schweizer Richters Giorgio Malinverni in der Rechtssache Schalk und Kopf gegen Österreich (EGMR, Urteil vom 24. Juni 2010) bezüglich der Frage, ob der Begriff Familie in Art. 12 EMRK gleichgeschlechtliche Paare einschliesst.

<sup>4</sup> Vgl. etwa Martin Bertschi, Schützt die Rechtsordnung vor Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung?, Pink Cross, Bern 1997, S. 23 f.; ders., Teil 5 (Kantonales Recht), in: Andrea Büchler (Hrsg.), FamKomm Eingetragene Partnerschaft, Bern 2007, N. 24 f.; Markus Schefer, Die Kerngehalte von Grundrechten, Stämpfli, Bern 2001, S. 295–297; Yvo Hangartner, Verfassungsrechtliche Grundlagen einer registrierten Partnerschaft für gleichgeschlechtliche Paare, AJP, 2001, S. 252 ff., S. 255; Charlotte Schoder, Die Bedeutung des Grundrechts auf Ehe für das Ehe- und Familienrecht, AJP, 2002, S. 1292 ff.; Andreas R. Ziegler, Der verfassungsrechtliche Schutz von Lesben und Schwulen, in: Andreas R. Ziegler et al. (Hrsg.) Rechte der Lesben und Schwulen in der Schweiz, Bern 2007, S. 20 (2. Aufl. 2014, S. 54); ders., Sexuelle Orientierung und schweizerische Rechtsordnung, AJP, 2013, S. 649 ff., S. 654; René Rhinow/Markus Schefer, Schweizerisches Verfassungsrecht, Helbing Lichtenhahn, 2. Aufl., Basel 2013, Rz. 1413 und 1427.

<sup>5</sup> Gutachten vom 7. Juli 2016 des Direktionsbereichs Öffentliches Recht des BJ, Beilage 2 zum Arbeitspapier BJ vom 20. April 2017 (zitiert in Kommissionen für Rechtsfragen NR, Medienmitteilung vom Freitag, 06. Juli 2018 17h00).

<sup>6</sup> Kommissionen für Rechtsfragen NR, Medienmitteilung (Freitag, 06. Juli 2018 17h00): «Mit 16 zu 9 Stimmen hat sie den Grundsatzentscheid getroffen, für die Öffnung der Ehe auf eine Verfassungsänderung zu verzichten und die Umsetzung auf Gesetzesstufe anzugehen. Sie ist zum Schluss gekommen, dass der Gesetzgeber durch Artikel 14 der Bundesverfassung nicht daran gehindert wird, sich auf seine zivilrechtliche Gesetzgebungskompetenz zu stützen, um das Rechtsinstitut der Ehe für Personen des gleichen Geschlechts zu öffnen.» Auf die hierbei vorgeschlagenen Abstriche von völliger Gleichbehandlung soll hier nicht näher eingegangen werden, da es sich mehr um abstimmungspolitische Überlegungen als Gerechtigkeitsüberlegungen handelt.

## II. Ausgangslage

Während in mehr als 70 Staaten bis heute sexuelle Aktivitäten zwischen Personen des gleichen Geschlechts (teilweise auf Männer beschränkt) unter Strafe gestellt werden (und in etwa zehn Ländern sogar – potenziell – dafür die Todesstrafe verhängt werden kann<sup>7</sup>), hat in westlichen Demokratien die Diskussion um die Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare die Debatten der letzten Jahre geprägt. Ehe für alle (*le mariage pour tous*), Homoehe, *same-sex marriage* sind die entsprechenden Slogans und Schlagwörter.

Zumeist führte diese Diskussion in einem ersten Schritt zur Einführung eines eigenen Rechtsinstituts – *Registered Partnership*, *Civil Union*, *PACS* waren die entsprechenden Konstrukte. Die Schweiz hat diesen Schritt mit der Einführung der eingetragenen Partnerschaft vor über zehn Jahren getan, nachdem viele westliche Industriestaaten auch dies geraume Zeit vorher getan hatten.<sup>8</sup> In immer mehr Staaten ist es in kürzester Zeit undenkbar geworden, gleichgeschlechtlichen Paaren eine rechtliche Absicherung völlig zu verweigern – zumindest in Europa, aber auch in Nord und Südamerika und Ozeanien.

Die Öffnung des bestehenden Rechtsinstituts der Ehe wurde – von historischen Ausnahmen abgesehen – erstmals 2000 in den Niederlanden erreicht. In rascher Folge haben seither fast dreissig Staaten der westlichen Welt die Ehe auch gleichgeschlechtlichen Paaren geöffnet, in unserer Region insbesondere Belgien (2003), Spanien (2005), Frankreich (2013), Deutschland (2017) und Österreich (2017). Unter unseren Nachbarn verharren nur (aber immerhin) Liechtenstein (seit 2011) und Italien (seit 2016) noch bei der eingetragenen Partnerschaft. In beiden Ländern gilt der Einfluss der katholischen Kirche als besonders gross.

## III. Verfassung und Ehe

Allen genannten Staaten ist aufgrund gemeinsamer rechtlicher Traditionen gemeinsam, dass sie das Recht auf Ehe zu den Grundprinzipien ihrer

rechtlichen Ordnung zählen. Erstaunlicherweise sind aber ein entsprechendes Grundrecht oder überhaupt Regelungen zur Ehe und Familie eher selten in der Verfassung (oder dem, was als Verfassungsordnung umschrieben wird) verankert. Dies bedeutet aber keinesfalls, dass diese Staaten dem Schutz der Ehe und des Familienlebens bzw. der Familiengründung nicht ebenfalls grösste Bedeutung einräumen, was in den gemeinsam erlassenen internationalen Texten und Abkommen besonders gut zum Ausdruck kommt.<sup>9</sup>

Ebenfalls darf man für die meisten dieser Staaten behaupten, dass nach traditionellem Verständnis der Geschlechtsverschiedenheit der Ehegatten (zumindest seit geraumer Zeit) prägende Bedeutung zukam.<sup>10</sup> Zwar gibt es zu dieser These auch zahlreiche historische Untersuchungen, die ein weniger eindeutiges Bild zeichnen,<sup>11</sup> aber selbst die gegenwärtige Diskussion (auch in der Schweiz) ist doch sehr stark durch diese Behauptung geprägt.

Damit ist es in den letzten Jahren in vielen Staaten zur Diskussion unter Verfassungsrechtlern – und denen, die sich für die Verfassung und den Rechtsstaat interessieren – gekommen, wie der Begriff der Ehe (und ihr Schutz bzw. die Gewährleistung des Rechts darauf) in der Verfassung zu verstehen sei. Tatsächlich wird traditionell in den erwähnten Verfassungstexten (und den ihnen entsprechenden Rechtsakten) der Begriff der Ehe normalerweise nicht näher umschrieben, wenn er denn überhaupt erwähnt ist. Art. 6.1 des deutschen Grundgesetzes (1949) lautet: «Ehe und Familie stehen unter dem besonderen Schutze der staatlichen Ordnung.» Hingegen kennen Österreich, die Niederlande und Frankreich keine entsprechenden Verfassungsnormen. Andere Verfassungen widmen sich v. a. dem Verhältnis von Staat und Kirche bezüglich der Ehe, ohne diese bezüglich der Partner zu definieren.<sup>12</sup> In fast allen genannten Staaten kommt es daher zu einer Konkretisierung des Ehebegriffs auf Gesetzesstufe. Die Verfassungsmässigkeit dieser Regelungen bildete denn auch in den letzten Jahren regelmässig den Gegenstand hitziger Auseinandersetzungen.

In wenigen Ländern hat dies dazu geführt, dass man versucht hat, die Verschiedengeschlechtlichkeit der Ehepartner nachträglich in die Verfassung zu schreiben. Beispiele in unserer Nähe sind ins-

<sup>7</sup> Der Menschenrechtsrat der Vereinten Nationen hat dies in einer Resolution vom 29. September 2017 (A/HRC/36/L.6) mit einer Mehrheit verurteilt («Condemning the imposition of the death penalty as a sanction for specific forms of conduct, such as ... consensual same-sex relations», 27 Staaten dafür, 13 dagegen, 7 Enthaltungen). Vgl. die Hinweise zu statistischen Daten auf: LGBT (Sexual Orientation and Gender Identity) Law: <https://www.unil.ch/dip/fr/home/menuguid/droit-lgbti.html> und insbesondere die Arbeiten der ILGA auf: <https://ilga.org/maps-sexual-orientation-laws>.

<sup>8</sup> Dänemark war der erste Staat, in dem gleichgeschlechtliche Paare eine eingetragene Partnerschaft eingehen konnten (*registreret partnerskab* ab 1989). Das Land hat bereits 2012 die Ehe für gleichgeschlechtliche Paare eingeführt.

<sup>9</sup> Vgl. beispielsweise Art. 12 EMRK.

<sup>10</sup> Vgl. für Deutschland die Ausführungen im Entwurf eines Gesetzes zur Einführung des Rechts auf Eheschliessung für Personen gleichen Geschlechts (Drucksache 18/6665).

<sup>11</sup> Vgl. etwa *James Neill*, *The origins and role of same-sex relations in human societies*, Jefferson NC, 2009.

<sup>12</sup> Beispielsweise lautete Art. 21 der belgischen Verfassung lediglich: «Die zivile Eheschliessung muss stets der Einsegnung der Ehe vorangehen, vorbehaltlich der erforderlichenfalls durch Gesetz festzulegenden Ausnahmen.»

besondere in Osteuropa und im Kaukasus zu finden: z. B. Bulgarien (1991), Weissrussland (1994), Polen (1997), die Ukraine (1996), Litauen, Montenegro (2007), und aus neuester Zeit Ungarn (2012), Kroatien (2013), Armenien (2015) und Georgien (2018). In der Schweiz hingegen wurde der Versuch der Christlichdemokratischen Volkspartei (CVP), im Rahmen einer Volksinitiative zur Heiratsstrafe 2016 auch diesen Weg zu begehen, von der Mehrheit der Juristen scharf kritisiert. Vielen Stimmbeteiligten fiel dieser Aspekt aber wohl etwas weniger auf, was zur berechtigten Frage führte, ob die Vermischung von rückwärtsgewandter Ehedefinition<sup>13</sup> und Steuerrecht nicht zu einer Verfälschung der Abstimmung führen musste (Einheit der Materie).<sup>14</sup> Tatsache ist, dass es nur zu einer knappen Ablehnung der Initiative kam.<sup>15</sup> Das Volksbegehren erreichte am 28. Februar 2016 zwar das Ständemehr (18 Kantone stimmten dafür), scheiterte mit 50,8% aber am Volksmehr.<sup>16</sup> Immerhin zeigt dieses Ergebnis die Bedeutung des Ständemehrs bei solchen gesellschaftspolitischen Fragen bereits klar auf (trotz der verzerrenden Vermischung steuerrechtlicher und gesellschaftspolitischer Anliegen).

In den für die Schweiz interessanten westlichen Demokratien hingegen, die zu grossen Teilen die Ehe geöffnet haben, wurde die Debatte über die richtige Definition im Rahmen der Verfassung hingegen fast immer im Geiste der zeitgemässen Auslegung des bestehenden Ehebegriffs gelöst.<sup>17</sup> Als wichtigste Ausnahme kann nur das Verfassungsreferendum in Irland genannt werden, obwohl auch dort vertreten wurde, die Änderung des Gesetzes bedürfe keiner Anpassung des Verfassungstextes.<sup>18</sup> Am 22. Mai 2015 nahmen 62,07%

der Bevölkerung der Republik Irland eine entsprechende Verfassungsänderung an. Die Entscheidung muss im Rahmen der in diesem Land in den vergangenen Jahren stark veränderten gesellschaftlichen Situation gesehen werden, die auch bei anderen stark religiös beeinflussten Fragen – wie etwa gegenwärtig bei der Diskussion der Abtreibung – zum Tragen kommt. In Australien hatte die konservative Regierung eine Volksbefragung oder ein Verfassungsreferendum angestrebt, was vom Parlament abgelehnt wurde. In einer höchst kontroversen Befragung per Post stimmten dann 61,6% der Befragten der Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare zu, was zur Anpassung der Gesetzgebung Ende 2017 führte.<sup>19</sup> Kuba scheint den Weg der Verfassungsrevision begehen zu wollen.<sup>20</sup>

#### IV. In unserer Region

In den meisten Staaten hingegen wurde die Ehe durch eine blosser Anpassung des Eherechts auf gesetzlicher Ebene geöffnet. Dennoch kam es dabei natürlich sehr häufig zur Frage nach der Verfassungsmässigkeit dieses Vorgehens. Es erstaunt auch nicht, dass in Ländern mit einer ausgebauten Verfassungsgerichtsbarkeit sehr oft die höchsten Richter befragt wurden, teilweise forderten diese eine Anpassung der Rechtslage<sup>21</sup> oder segneten diese nachträglich ab<sup>22</sup>.

Am ähnlichsten zur Schweiz war die Situation wohl in Deutschland, wo 2017 nach langer Diskussion relativ schnell eine Änderung des Eherechts vorgenommen wurde.<sup>23</sup> Auch hier kam es zu einer hitzigen Diskussion, ob dieses Vorgehen verfassungskonform sei. Befürworter argumentierten, dass der Ehebegriff des Grundgesetzes heutzutage auch die gleichgeschlechtliche Ehe einschlies-

<sup>13</sup> Die Volksinitiative lautet: Die Bundesverfassung wird wie folgt geändert: Art. 14 Abs. 2 (neu) Die Ehe ist die auf Dauer angelegte und gesetzlich geregelte Lebensgemeinschaft von Mann und Frau...

<sup>14</sup> Vgl. aber die Kampagne verschiedener NGOs: [www.gemeinsam-weiter.ch/](http://www.gemeinsam-weiter.ch/).

<sup>15</sup> Aufgrund angeblich irreführender Angaben in den Stimmrechtsunterlagen erwägt die CVP offensichtlich aktuell eine Beschwerde ans Bundesgericht, womit diese Problematik allenfalls noch einmal zu diskutieren sein wird.

<sup>16</sup> Die Partei hat inzwischen eine Abstimmungsbeschwerde ans Bundesgericht eingereicht, womit diese Frage erneut relevant werden könnte.

<sup>17</sup> Vgl. dazu die ausführlichen Hinweise bei *Dagmar Coester-Waltjen*, Rechtsvergleichendes Gutachten über die Einführung der gleichgeschlechtlichen Ehe in ausgewählten Rechtsordnungen, 22. Januar 2018, online.

<sup>18</sup> Vgl. *Conor O'Mahony*, Is a referendum needed to introduce same-sex marriage? in: *The Irish Times* (24 March 2014) oder *Eoin Daly*, «Same-sex marriage doesn't need a referendum», auf: *Human Rights in Ireland Blog*, 15 July 2012), [www.humanrights.ie/index.php/2012/07/15/same-sex-marriage-doesnt-need-a-referendum/](http://www.humanrights.ie/index.php/2012/07/15/same-sex-marriage-doesnt-need-a-referendum/). Aufgrund der politisch schwierigen Lage wurde ein Referendum aber auch von Befürwortern der Öffnung angeregt: vgl. *Fergus Ryan*, Ireland's Marriage Referendum: A Constitutional Perspective, *DPCE Online*, [S. l.], v. 22, n. 2, feb. 2017. ISSN 2037-6677, [www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/168](http://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/168).

<sup>19</sup> Marriage Amendment (Definition and Religious Freedoms) Act 2017.

<sup>20</sup> Die kubanische Verfassung von 1976 spricht von der Ehe zwischen einem Mann und einer Frau («la unión voluntaria concertada de un hombre y una mujer con aptitud legal para ello»). Der neue Artikel 68 spricht von der Ehe zwischen zwei Personen («entre dos personas»). Vgl. *La Prensa*, Nueva Constitución de Cuba abrirá camino a matrimonio homosexual (2. Juli 2018).

<sup>21</sup> Z. B. Österreich (Verfassungsgerichtshof, G 258-259/2017-9, Entscheidung vom 4. Dezember 2017) und Mexiko (Suprema Corte de Justicia de la Nación, Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, Urteil núm. 6864-2005 vom 6. November 2012) und Vereinigte Staaten (Obergefell v. Hodges, 576 U. S. \_\_\_ (2015) – 26. Juni 2015).

<sup>22</sup> Z. B. Portugal (Tribunal Constitucional Portugal, Urteil 121/2010 vom 8. April 2010), Spanien (Tribunal Constitucional de España, Urteil núm. 6864-2005 vom 6. November 2012) und Vereinigte Staaten (Obergefell v. Hodges, 576 U. S. \_\_\_ (2015) – 26. Juni 2015).

<sup>23</sup> Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschliessung für Personen gleichen Geschlechts vom 20. Juli 2017 (BGBl. 2017 I S. 2787).

sen könne<sup>24</sup> oder sogar müsse. In umfassenden wissenschaftlichen Gutachten liessen Gegner die Verfassungsmässigkeit abklären, um allenfalls Verfassungsbeschwerde einzulegen. Dabei wurde klar, dass der gesellschaftliche Wandel in Westeuropa eine Auslegung des Ehebegriffs ohne Einschränkung auf verschiedengeschlechtliche Paare nicht nur zulässt, sondern geradezu gebietet.<sup>25</sup> Die verfassungstheoretische Diskussion eines angeblichen Verfassungswandels (und der Frage, ob die Bedingungen dafür erfüllt seien) wurde zumeist als wenig zielführend abgelehnt.<sup>26</sup>

In Österreich war es der Verfassungsgerichtshof, der mit Entscheidung vom 4. Dezember 2017 das auf Verschiedengeschlechtlichkeit beruhende geltende Eherecht (aufgrund des Diskriminierungsverbots) als verfassungswidrig erklärte und eine Frist für Anpassungen oder Aufhebung bis 31. Dezember 2018 vorgab.<sup>27</sup> Er führte aus: «Die damit verursachte diskriminierende Wirkung zeigt sich darin, dass durch die unterschiedliche Bezeichnung des Familienstandes (‹verheiratet› versus ›in eingetragener Partnerschaft lebend›) Personen in einer gleichgeschlechtlichen Partnerschaft auch in Zusammenhängen, in denen die sexuelle Orientierung keinerlei Rolle spielt und spielen darf, diese offenlegen müssen und, insbesondere auch vor dem historischen Hintergrund, Gefahr laufen, diskriminiert zu werden.» Da die österreichische Rechtsordnung (aufgrund der Entstehungsgeschichte) keine ausdrückliche Erwähnung bzw. Definition der Ehe auf übergesetzlicher Ebene kennt, kam der Auslegung des verfassungsmässigen Ehebegriffs weniger Bedeutung zu. Trotz unterschiedlicher formaler Ausgangslage kann die gesellschaftspolitische Situation wohl durchaus als mit der Schweiz vergleichbar angesehen werden.

Frankreich kennt die Ehe auch für gleichgeschlechtliche Paare bereits seit 2013. Auch hier gab es eine Diskussion, ob die entsprechenden Änderungen des Zivilgesetzbuches (Art. 75 und 144 des *Code civil*) verfassungskonform seien, obwohl die Verfassung von 1958 aufgrund der histo-

rischen Entstehungsgeschichte ebenfalls keine expliziten Aussagen zu Ehe (und Familie) enthalten.<sup>28</sup> Immerhin hatte hier der *Conseil constitutionnel* bereits mit Entscheid vom 28. November 2011 entschieden, dass es (zumindest) nicht gegen die Verfassung verstossen würde, wenn die Ehe geöffnet würde, obwohl er nicht selbst so weit gehen wollte, eine solche Öffnung zu fordern – insbesondere mit Hinweis auf die Gewaltenteilung.<sup>29</sup> Auch hier war es eine Mehrheit des Parlaments, die angesichts der herrschenden Ansichten zu Ehe und des Gleichbehandlungsgebots das Zivilrecht anpasste.

Man kann lediglich behaupten, dass wir mit der gegenwärtigen gesetzlichen Lage in guter Gesellschaft seien, wenn wir uns mit unseren Nachbarn Italien und Liechtenstein vergleichen. Beide haben die eingetragene Partnerschaft noch nach der Schweiz eingeführt und in beiden ist die Rolle der katholischen Kirche von stark prägender Bedeutung. Es erscheint aber selbst hier nur eine Frage der Zeit, bis sie die Ehe gleichgeschlechtlichen Paaren öffnen werden, wenn man die historische Entwicklung in Liechtenstein und die Gerichtspraxis in Italien in den letzten Jahren verfolgt.

## V. Fazit

Wird die Aktualisierung des Eherechts ohne Verfassungsänderung vorgenommen, unterstehen die entsprechenden Anpassungen der Bundesgesetze dem fakultativen Referendum (Art. 141 BV). Hingegen müsste eine Anpassung der Verfassung obligatorisch Volk und Ständen zur Abstimmung unterbreitet werden (Art. 140 Abs. 1 Bst. a und Art. 142 Abs. 2 BV). Zwar wurde auch in vielen anderen Staaten immer wieder die zusätzliche (politische) Legitimation einer Abstimmung ins Feld geführt, aber die geänderten Wertvorstellungen begründen eine solche Notwendigkeit keinesfalls, und das heutige Verfassungsverständnis (inklusive

<sup>24</sup> Vgl. den Einführungstext der Gesetzesnovelle.

<sup>25</sup> Vgl. die umfassenden Verweise bei *Ferdinand Wollenschläger*, Rechtsgutachten für die Bayerische Staatsregierung zur Frage der verfassungsrechtlichen Bewertung des Gesetzes zur Einführung des Rechts auf Eheschliessung für Personen gleichen Geschlechts, 22. Januar 2018, online.

<sup>26</sup> Vgl. die Übersicht bei *Wollenschläger* (Fn. 25), S. 114 ff., und beispielhaft für eine konservative Diskussion dazu *Christoph Deegenhart*, Stiller Verfassungswandel? Die Ehe für alle und das Grundgesetz, Publicus 2017-10, online.

<sup>27</sup> Die Aufhebung umfasst die Wortfolge «verschiedenen Geschlechtes» in den Regelungen des Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches (ABGB) zur Ehe sowie jene Bestimmungen im EPG, die die eingetragene Partnerschaft auf gleichgeschlechtliche Paare beschränken.

<sup>28</sup> Vgl. beispielsweise die Zusammenstellung bei *Emmanuel Daniel*, Le projet de loi sur le mariage pour tous est-il conforme à la Constitution? (23. November 2012; [www.slate.fr/story/65301/mariage-pour-tous-projet-loi-constitution](http://www.slate.fr/story/65301/mariage-pour-tous-projet-loi-constitution)), und *Pascal Jan*, Le mariage pour tous est bien conforme à la Constitution (30. November 2012; [www.slate.fr/tribune/65509/mariage-pour-tous-conforme-constitution](http://www.slate.fr/tribune/65509/mariage-pour-tous-conforme-constitution)). Eine besonders konservative Sicht wurde etwa von *Pierre Devolvé* (professeur émérite de l'Université de Paris Panthéon-Assas) geäussert unter dem Titel «Mariage: un homme, une femme» (*Le Figaro*, 7. November 2012).

<sup>29</sup> «En maintenant le principe selon lequel le mariage est l'union d'un homme et d'une femme, le législateur a, dans l'exercice de sa compétence, estimé que la différence de situation entre les couples de même sexe et les couples composés d'un homme et d'une femme pouvait justifier une différence de traitement quant aux règles du droit de la famille, [...]. Il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer son appréciation à celle du législateur sur la prise en compte, en cette matière, de cette différence de situation.»

des Gleichheitsgrundsatzes) widerspricht diesem Vorgehen geradezu.

«Seit einiger Zeit gibt es nun hinreichende Anhaltspunkte für einen grundlegenden Wandel des traditionellen Eheverständnisses, die angesichts der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers die Einführung des Rechts auf Eheschliessung für Personen gleichen Geschlechts verfassungsrechtlich zulassen.»<sup>30</sup> So wurde die entsprechende Gesetzesänderung in Deutschland eingeleitet. Eine entsprechende Beurteilung der gesellschaftlichen Anschauungen und des Gerechtigkeitsgefühls erscheint mir auch für die Schweiz angemessen. Natürlich haben auch die Einführung des Rechtsinstituts der Lebenspartnerschaft und die guten Erfahrungen damit zu einem geänderten Verständ-

nis der Ehe beigetragen. Hinzu kommt der generelle Wertewandel bezüglich Familie, Partnerschaft und Ehe, der nicht auf gleichgeschlechtliche Beziehungen beschränkt ist. Schon 2010 hat auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte anerkannt, dass eine gleichgeschlechtliche Partnerschaft als Familienleben zu qualifizieren ist.<sup>31</sup> Die Grundwerte unserer Verfassung verdienen eine entsprechende Anpassung der Gesetzeslage. Was früher von der Mehrheit als Recht angesehen wurde, kann heute Unrecht darstellen. Solche Prozesse sind für jede Gesellschaft bekannt, gerade auch für die Schweiz.<sup>32</sup> Es zeichnet einen demokratischen Rechtsstaat aus, wenn er entsprechende Erkenntnisse unaufgeregt und rasch in Richtung eines gerechteren Rechtssystems umsetzen kann.

<sup>30</sup> Entwurf eines Gesetzes zur Einführung des Rechts auf Eheschliessung für Personen gleichen Geschlechts (Drucksache 18/6665).

<sup>31</sup> Damals für Österreich noch in Form der eingetragenen Partnerschaft (Rechtssache Schalk und Kopf gegen Österreich, EGMR, Urteil vom 24. Juni 2010).

<sup>32</sup> Vgl. *Stefan Schärer*, Die Verfassung im Zeichen historischer Gerechtigkeit, Zürich 2009.

Mit der Rubrik *Im Fokus* hat recht ein Forum geschaffen, in dem ausgewählte Juristinnen und Juristen zu aktuellen und gesellschaftlich relevanten Fragestellungen aus subjektiver Sicht und pointiert Stellung nehmen können. *Im Fokus* soll auf Probleme oder Mängel im geltenden Recht hinweisen, Debatten eröffnen oder bereichern, alternative Optiken vermitteln und allen Leserinnen und Lesern lebhafter Denkanstoss sein.