



OP.P. CH-3003 Bern, BJ

An die Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates

Referenz/Aktenzeichen: COO.2180.109.7.185698 / 232.01/2014/00018/ Dossier 232.01-002 (13.468)

Ihr Zeichen:

Unser Zeichen: bj-ger/scf

Bern, 7. Juli 2016

Ehe für alle – Fragen zur Verfassungsmässigkeit

1 Ist zur Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare eine neue Verfassungsgrundlage erforderlich?

1.1 Art. 122 BV

Die Gesetzgebungskompetenz zur Regelung der Ehe stützt sich auf Artikel 122 Absatz 1 BV. Diese Verfassungsbestimmung begründet eine umfassende Gesetzgebungskompetenz des Bundes auf dem Gebiet des Zivilrechts.¹ Das Familienrecht, einschliesslich des Eherechts, ist Teil des Zivilrechts. Da Artikel 122 Absatz 1 BV keine materiellen Vorschriften enthält, wird der Gesetzgeber durch diese Bestimmung bei der Regelung der Ehe nicht eingeschränkt.

1.2 Art. 14 BV

1.2.1 Allgemeines

Artikel 14 BV gewährleistet das Recht auf Ehe. Diese Bestimmung erfüllt insbesondere folgende Zwecke:

¹ T. Göksu, Art. 122 N 3, in: Basler BV-Kommentar, 2015; Ch. Leuenberger, Art. 122 N 4, in: St. Galler BV-Kommentar, 3. Aufl. 2015; J.-F. Aubert, Art. 122 Ziff. 3, in Aubert/Mahon, Petit commentaire de la Constitution, 2003.

a) Das Recht auf Ehe gewährleistet zunächst ein *Individualrecht*: Jede Person kann frei entscheiden, ob, mit wem und wann sie sich verheiraten will.² Daraus folgt im Umkehrschluss, dass jede Person das Recht hat, nicht zu heiraten.³ Die Einschränkungen des in der Verfassung garantierten Rechts auf Ehe, beispielsweise das Ehefähigkeitsalter (Art. 94 ZGB) und die Ehehindernisse (Art. 95 f. ZGB), müssen unter den Voraussetzungen nach Artikel 36 BV gerechtfertigt sein.⁴

b) In Lehre⁵ und Rechtsprechung⁶ ist weitgehend anerkannt, dass das Recht auf Ehe auch eine *Institutsgarantie* umfasst. Dieser Aspekt wurde auch in den Materialien zur neuen Bundesverfassung hervorgehoben.⁷ Aufgrund der Institutsgarantie in Artikel 14 BV ist der Gesetzgeber verpflichtet, die Ausübung des Rechts auf Ehe zu ermöglichen⁸: Der Gesetzgeber muss das Institut der Ehe folglich in der Rechtsordnung verankern, d. h. Bestimmungen zur Regelung der Eheschliessung, der Modalitäten, der Wirkungen und der Beendigung der Ehe erlassen.⁹

Historisch gesehen bestand der Zweck des Rechts auf Ehe in der Verfassung von 1874 vor allem darin, verschiedene Hindernisse – namentlich religiösen oder wirtschaftlichen Hintergrunds – abzuschaffen, die gemäss den kantonalen Regelungen das Recht auf Ehe einschränkten.¹⁰ Seit dem Erlass der Eheregelung des Bundes hat sich das Institut der Ehe auf Gesetzesebene grundlegend weiterentwickelt, ohne dass sich der Verfassungsrahmen geändert hätte. So hat der Gesetzgeber das Rechtsverhältnis zwischen den Ehegatten weg von einer hierarchischen Auffassung hin zu einer Partnerschaft gleichberechtigter Ehegatten umgewandelt. Ausserdem wurde die lange anerkannte rechtliche Vorrangstellung der ehelichen Kinder zugunsten gleicher Rechte für die unehelichen Kinder aufgegeben.

1.2.2 Der Ehebegriff und dessen Tragweite

1.2.2.1 Die verschiedenen Argumentationslinien

Der Ehebegriff nach Artikel 14 BV und dessen Tragweite sind umstritten:

- Gemäss einer ersten Argumentationslinie, die hier «restriktiver Verfassungsrahmen» genannt wird, umfasst Artikel 14 BV eine eigene Begriffsbestimmung der Ehe im traditionellen Sinn einer vom Staat geregelten und auf Dauer angelegten Lebensgemeinschaft von Mann und Frau.¹¹ Diese Definition der Ehe

² R. Reusser, Art. 14 N 11, in: St. Galler BV-Kommentar, 3. Aufl. 2015; P. Mahon, Art. 14 N 4, in: Aubert/Mahon, Petit commentaire de la Constitution, 2003.

³ R. Reusser, Art. 14 N 12, in: St. Galler BV-Kommentar, 3. Aufl. 2015; P. Mahon, Art. 14 N 4, in: Aubert/Mahon, Petit commentaire de la Constitution, 2003.

⁴ R. Reusser, Art. 14 N 13, in: St. Galler BV-Kommentar, 3. Aufl. 2015; P. Uebersax, Art. 14 N 25, in: Basler BV-Kommentar, 2015.

⁵ R. Reusser, Art. 14 N 22, in: St. Galler BV-Kommentar, 3. Aufl. 2015; P. Uebersax, Art. 14 N 21, in: Basler BV-Kommentar, 2015; Auer/Malinverni/Hotellier, Droit constitutionnel suisse, 3. Aufl. 2013, Bd. II, N 414; Rhinow/Schefer, Schweizerisches Verfassungsrecht, 2. Aufl., 2009 N 1413; G. Biaggini, BV-Kommentar, 2007, Art. 14 N 7. Kritischer: P. Mahon, Art. 14 N 7, in: Aubert/Mahon, Petit commentaire de la Constitution, 2003.

⁶ BGE 110 Ia 7 E. 5; 119 II 264 E. 4b.

⁷ Botschaft über eine neue Bundesverfassung, BBl 1997 I 154–155; AB 1998 S 40 (Inderkum, Berichterstatter)

⁸ G. Biaggini, BV-Kommentar, 2007, Art. 14 N 7.

⁹ P. Uebersax, Art. 14 N 21, in: Basler BV-Kommentar, 2015; Auer/Malinverni/Hotellier, Droit constitutionnel suisse, 3. Aufl. 2013, Bd. II, N 420; Rhinow/Schefer, Schweizerisches Verfassungsrecht, 2. Aufl., 2009 N 1413.

¹⁰ P. Mahon, Art. 14 N 3, in: Aubert/Mahon, Petit commentaire de la Constitution, 2003.

¹¹ R. Reusser, Art. 14 N 8, in: St. Galler BV-Kommentar, 3. Aufl. 2015; Auer/Malinverni/Hotellier, Droit constitutionnel suisse, 3. Aufl. 2013, Bd. II, N 423; G. Biaggini, BV-Kommentar, 2007, Art. 14 N 2. Rechtsprechung: BGE 119 I 264, E. 4b 267, 126 II 425 E. 4b/bb 431 f.

schliesst die Lebensgemeinschaften gleichgeschlechtlicher Partnerinnen und Partner aus.¹² Entsprechend dieser Argumentation ist aus der verfassungsrechtlichen Gewährleistung des Instituts der Ehe abzuleiten, dass der Handlungsspielraum des Gesetzgebers durch die Verfassung eingeschränkt wird: Der Gesetzgeber darf den Schutz nach Artikel 14 BV nicht über die von der Verfassung definierte Ehe hinaus auf weitere Formen des Zusammenlebens ausweiten.¹³ Nach dieser Auffassung müsste zur Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare die Verfassung revidiert werden.¹⁴

- Gemäss einer anderen Argumentationslinie, die hier «Verweis auf das Gesetz» genannt wird, sind das Institut sowie die Voraussetzungen und Wirkungen der Ehe in der ordentlichen Gesetzgebung zu definieren und zu regeln.¹⁵ Die durch die Verfassung garantierte Ehe ist somit jene, die im Gesetz verankert ist.
- In einer dritten Argumentationslinie, hier «offener Verfassungsrahmen» genannt, wird ein Mittelweg vertreten. Wie in der Lehre nach a) wird die Garantie nach Artikel 14 BV so ausgelegt, dass heute ausschliesslich die monogame Ehe zwischen einem Mann und einer Frau erfasst ist. Somit ist ausgeschlossen, dass sich ein gleichgeschlechtliches Paar auf das Recht auf Ehe berufen kann. Gemäss dieser Argumentation kann von der verfassungsrechtlichen Garantie jedoch nicht abgeleitet werden, dass der Gesetzgeber verpflichtet ist, das Institut der Ehe der traditionellen Ehe vorzubehalten. Der Gesetzgeber ist demnach frei, das Rechtsinstitut der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare zu öffnen.¹⁶
- Nach einer vierten Argumentationslinie, hier «aktualisierter Verfassungsrahmen» genannt, ist der verfassungsrechtliche Ehebegriff heute unter Berücksichtigung der Tatsache, dass die Verfassung die sexuelle Orientierung vor Diskriminierungen (Art. 8 Abs. 2 BV) und homosexuelle Beziehungen als Aspekt des Anspruchs auf Achtung des Privatlebens (Art. 13 Abs. 1 BV) schützt, harmonisierend auszulegen. Gemäss einer aktuellen teleologischen Auslegung ist auch der gesellschaftlichen Entwicklung seit dem Inkrafttreten der Verfassung Rechnung zu tragen.¹⁷ Von Artikel 14 BV kann hingegen *noch* nicht auf ein in der Verfassung verbrieftes Recht auf die Einführung neuer Formen des Zusammenlebens geschlossen werden.¹⁸

¹² R. Reusser, Art. 14 N 8, in: St. Galler BV-Kommentar, 3. Aufl. 2015; G. Biaggini, BV-Kommentar, 2007, Art. 14 N 2. BGE 126 II 425 E. 4b/bb 431.

¹³ R. Reusser, Art. 14 N 23 und 24, in: St. Galler BV-Kommentar, 3. Aufl. 2015.

¹⁴ R. Reusser, Art. 14 N 30, in: St. Galler BV-Kommentar, 3. Aufl. 2015. In diesem Sinn auch C. Baader, Berichterstatter für die Kommission im Zusammenhang mit der parlamentarischen Initiative 98.453, AB 1999 N 2584 f.

¹⁵ J.-F. Aubert, Avis de droit du 5 mai 1998 «La Constitution fédérale et les unions d'homophiles», Ziff. 64 zu Art. 54 aBV, und 130. In diesem Sinn ebenfalls: P. Uebersax, Art. 14 N 14, in: Basler BV-Kommentar, 2015.

¹⁶ J. P. Müller/M. Schefer, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl. 2008, S. 229. P. Mahon, Art. 14 N 5 und 7, in: Aubert/Mahon, Petit commentaire de la Constitution, 2003. Siehe ebenfalls A. Ziegler, Sexuelle Orientierung und schweizerische Rechtsordnung, AJP 2013, S. 654. In diesem Sinn auch P. Uebersax, Art. 14 N 16, in: Basler BV-Kommentar, 2015, der anfügt, dass für eine allfällige «Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Partner [keine] Verfassungsrevision vorauszusetzen» wäre.

¹⁷ P. Uebersax, Art. 14 N 16, in: Basler BV-Kommentar, 2015; C. Schoder, Die Bedeutung des Grundrechts auf Ehe für das Ehe- und Familienrecht, AJP 2002, 1287. Weniger entschieden: Rhinow/Schefer, Schweizerisches Verfassungsrecht, 2. Aufl., 2009 N 1428 («Es erscheint zunehmend schwieriger, den Ausschluss homosexueller Paare von der Ehefreiheit sachlich zu begründen.»); R. Kiener/W. Kälin, Grundrechte, 2. Aufl. 2013, S. 185 («Während der Wille des Verfassungsgebers zu beachten bleibt, muss betont werden, dass die Ehe gleich wie andere Rechtsinstitute dem gesellschaftlichen Wandel unterworfen ist und sich eine Veränderung in den sittlichen Anschauungen auch in einer differenzierteren Interpretation des verfassungsrechtlichen Ehebegriffs spiegeln kann.»).

¹⁸ P. Uebersax, Art. 14 N 14, in: Basler BV-Kommentar, 2015.

1.2.2.2 Würdigung

Auch wenn die Stichhaltigkeit der vierten Argumentationslinie nicht vorneweg zu verneinen ist, ist die dritte Argumentationslinie unseres Erachtens aus folgenden Gründen klar zu bevorzugen:

a) Wird anerkannt, dass Artikel 14 BV eine Institutsgarantie beinhaltet, ist dies nicht mit der Auslegung vereinbar, wonach dieser Artikel nicht eine eigene Bestimmung des Ehebegriffs umfasst und es ganz dem Gesetzgeber überlassen ist, diesen Begriff zu bestimmen. Denn ohne Definition des Ehebegriffs hätte der Gesetzgeber aufgrund der Institutsgarantie lediglich den Auftrag, unabhängig von dessen Inhalt ein Rechtsinstitut namens Ehe zu schaffen. Unserer Auffassung nach muss dem verfassungsrechtlichen Ehebegriff ein eigener Inhalt zuerkannt werden, der sich allerdings über die Zeit verändern kann. Hinzu kommt, dass das gesetzliche Institut der Ehe, das bei der Verabschiedung der Verfassung bestand, nicht vollumfänglich in den verfassungsrechtlichen Ehebegriff übernommen wurde. Das Ehefähigkeitsalter (Art. 94 Abs. 1 ZGB) beispielsweise ist zweifelsohne nicht ein strukturelles Merkmal der Ehe im Sinne der Verfassung. Der verfassungsrechtliche Ehebegriff ist so auszulegen, dass er auf bestimmte Strukturprinzipien beschränkt ist, die sich nicht nur aus dem vorbestehenden Institut der Ehe ergeben¹⁹, sondern auch aus dem Freiheitscharakter, der diesem Grundrecht innewohnt, sowie aus der Einbettung von Artikel 14 BV in der Verfassung²⁰.

b) Der Ehebegriff nach Artikel 14 BV ist noch heute auf die Ehe von Mann und Frau beschränkt:

- Es ist unbestritten, dass der Verfassungsgeber 1999 mit dem Ehebegriff nach Artikel 14 BV das bereits vorher in der Schweiz bestehende Institut, also die Ehe von Mann und Frau im traditionellen Sinn, im Auge hatte.²¹ Auch die wörtliche Auslegung des verfassungsrechtlichen Ehebegriffs spricht dafür, diesem denselben Sinn zu geben wie dem Ehebegriff nach dem Zivilrecht.
- Es gibt heute noch nicht genügend Anhaltspunkte dafür, dass sich in der Schweiz seit der Verabschiedung der Verfassung ein offenerer Begriff der Ehe herauskristallisiert hätte, der bei deren Auslegung berücksichtigt werden müsste²²; so lässt sich aus der Tatsache, dass die Volksinitiative «Für Ehe und Familie – gegen die Heiratsstrafe» am 28. Februar 2016 knapp abgelehnt wurde, nicht ableiten, dass der Verfassungsgeber den verfassungsrechtlichen Ehebegriff auf gleichgeschlechtliche Paare öffnen wollte.
- Der verfassungsrechtliche Ehebegriff nach Artikel 14 BV muss in Einklang mit den übrigen Verfassungsbestimmungen interpretiert werden. Zunächst ist zu erwähnen, dass wir in einem Rechtsgutachten vom 28. April 2014 bereits zum Schluss gekommen sind, dass der Ehebegriff nach Artikel 38

¹⁹ In diesem Sinn: BGE 126 II 264, E. 4.b S. 268: «Geschützt ist das Institut der Ehe als solches, so wie die kulturelle Entwicklung es gestaltet hat und wie es den sittlichen Anschauungen der Bürgerinnen und Bürger entspricht.»

²⁰ In diesem Sinn auch im deutschen Recht, Urteil 105, 313, E. B.II.1.b des Bundesverfassungsgerichts (Lebenspartnerschaftsgesetz).

²¹ Botschaft über eine neue Bundesverfassung, BBl 1997 I 154–155. Ein Antrag, auch die freie Wahl einer anderen Form des gemeinschaftlichen Zusammenlebens zu garantieren, wurde abgelehnt (vgl. R. Reusser, Art. 14 N 3, in: St. Galler BV-Kommentar, 3. Aufl. 2015). Diese Auslegung wurde in der Botschaft zum Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft (BBl 2003 1371–1372) bestätigt.

²² Siehe die Antwort des Bundesrates vom 20. November 2013 auf die Anfrage Comte 13.1077.

Absatz 1 BV eher wie der zivilrechtliche Ehebegriff auszulegen ist und somit die eingetragene Partnerschaft ausschliesst.²³ Die koordinierte Auslegung ergibt ausserdem, dass die Gleichberechtigung von Mann und Frau aufgrund von Artikel 8 Absatz 3 BV Teil der Strukturprinzipien des verfassungsrechtlichen Ehebegriffs ist. Der Standpunkt, dass dieser Begriff bei der Verabschiedung der neuen Verfassung im Jahr 1999 keinen Bezug zum Geschlecht der betreffenden Personen beinhaltet, ist demgegenüber nicht vertretbar. Der Begriff bezog sich im Gegenteil deutlich auf eine Verbindung zwischen Mann und Frau. Selbst wenn davon ausgegangen würde, dass die Beschränkung des Rechts auf Ehe auf Ehegatten unterschiedlichen Geschlechts heute nach Artikel 8 Absatz 2 BV als Diskriminierung gälte²⁴, so würde dies nicht eine veränderte Tragweite von Artikel 14 BV im vom Verfassungsgeber gewollten Sinn zur Folge haben: Da sowohl Artikel 14 BV als auch Artikel 8 Absatz 2 BV gleichzeitig verabschiedet wurden, wäre diese Diskriminierung vom Verfassungsgeber wie die ausdrückliche Diskriminierung der Männer nach Artikel 59 Absatz 1 BV über den Militärdienst so zugelassen worden.

- Der Sittenwandel seit der Verabschiedung der Verfassung ist ebenfalls kein hinreichendes Argument dafür, dass der Zweck von Artikel 14 BV heute nur dann erfüllt ist, wenn der Ehebegriff neu dahingehend ausgelegt wird, dass auch die gleichgeschlechtlichen Paare darin inbegriffen sind. Denn der Zweck des Rechts auf Ehe besteht darin, die Privatpersonen vor staatlichen Massnahmen zu schützen, welche die Möglichkeit zu heiraten und die Wahl der Partnerin oder des Partners in ungerechtfertigter Weise beschränken. Die breite gesellschaftliche Akzeptanz gleichgeschlechtlicher Paare ändert nichts daran, dass dieser Zweck erfüllt ist.

c) Der Gesetzgeber wird durch Artikel 14 BV nicht daran gehindert, sich auf seine zivilrechtliche Gesetzgebungskompetenz zu stützen, um das Rechtsinstitut der Ehe für Personen gleichen Geschlechts zu öffnen. Das durch die Verfassung garantierte Institut der Ehe hat unbestrittenermassen eine positive Tragweite: der Gesetzgeber wird verpflichtet, das Institut der Ehe so zu regeln, dass die Inhaberinnen und Inhaber des Rechts auf Ehe auch Zugang dazu haben. Unseres Erachtens lässt es sich jedoch nicht vertreten, dass Artikel 14 BV dem Gesetzgeber verbietet, die im Zivilgesetzbuch verankerten Merkmale der Ehe dahingehend zu ändern, dass die Ehe auch für Personen gleichen Geschlechts offensteht. Angesichts des Handlungsspielraums, über den der Gesetzgeber gestützt auf Artikel 122 BV im Bereich des Zivilrechts verfügt, müsste eine solche negative Funktion der verfassungsrechtlichen Garantie des Instituts der Ehe zumindest auf einer deutlichen Absicht des Verfassungsgebers beruhen. Dies ist nicht der Fall. In der Botschaft des Bundesrates wurde zwar festgehalten, dass eine Ausweitung des Rechts auf Ehe «auf alle Formen des Zusammenlebens [...] dem Grundgedanken des Instituts Ehe widersprechen» würde.²⁵ Diese Aussage wurde aber nicht nur durch eine zeitliche Einschränkung relativiert («heute», «en l'état»), sondern bezog sich auch auf die Ausweitung des Rechts auf Ehe in der Verfassung und nicht auf die gesetzliche Regelung der Ehe. Für die Inhaberinnen und Inhaber des in der Verfassung verbürgten Rechts auf Ehe hat eine

²³ Rechtsgutachten des BJ vom 28. April 2014 zur Tragweite von Artikel 38 Absatz 1 BV in Bezug auf die eingetragenen Partnerschaften.

²⁴ Eine solche Diskriminierung wurde in der Botschaft zum Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft (BBI 2003 1371–1372) verneint.

²⁵ Botschaft über eine neue Bundesverfassung, BBI 1997 I 155.

Ausweitung des Rechts auf Ehe auf Personen gleichen Geschlechts im Gesetz jedoch keine Auswirkungen auf den Zugang zur Ehe sowie auf die Tragweite und die Wirkungen der Ehe.

Folglich können sich gleichgeschlechtliche Paare heute nicht auf Artikel 14 BV stützen, um ein Recht auf Ehe geltend zu machen. Artikel 14 BV hindert den Gesetzgeber hingegen nicht daran, sich auf seine Gesetzgebungskompetenz auf dem Gebiet des Zivilrechts (Art. 122 BV) zu stützen, um das Rechtsinstitut der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare zu öffnen.

Würde der Gesetzgeber die Ehe für gleichgeschlechtliche Paare öffnen, hätte dies keine direkten Auswirkungen auf die verfassungsrechtliche Garantie der Ehe, da das Gesetz den gesetzlichen Ehebegriff und nicht direkt den verfassungsrechtlichen Ehebegriff bestimmen würde. Damit das Recht auf Ehe für Personen gleichen Geschlechts auch auf Verfassungsebene eindeutig gewährleistet wäre, müsste entweder Artikel 14 BV revidiert werden oder der Bestimmung müsste durch das Bundesgericht ein erweiterter Gehalt gegeben werden. Unter Berücksichtigung des Zusammenhangs zwischen dem in der Verfassung verbrieften Recht auf Ehe und der Konkretisierung des Instituts der Ehe im Gesetz ist davon auszugehen, dass Lehre und Rechtsprechung bei der Auslegung von Artikel 14 BV der Entwicklung des gesetzlichen Instituts der Ehe und insbesondere einem etwaigen Entscheid des Gesetzgebers zur Öffnung der Ehe für Personen gleichen Geschlechts Rechnung tragen werden. Es ist somit nicht ausgeschlossen, dass sich mit der Zeit die vierte Argumentationslinie, der sogenannte aktualisierte Verfassungsrahmen, durchsetzen könnte.

In Bezug auf Artikel 12 EMRK verhält es sich nicht grundsätzlich anders: Weder aus den Artikeln 8 und 12 EMRK noch aus Artikel 14 i. V. m. Artikel 8 oder 12 EMRK lässt sich heute eine Verpflichtung der Staaten ableiten, die Ehe für homosexuelle Paare zuzulassen. Das ist ständige Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte. Modifiziert wurde die Praxis insofern, als seit dem Urteil *Schalk und Kopf gegen Österreich*²⁶ Artikel 12 EMRK nicht länger als gar nicht anwendbar angesehen wird. Vielmehr könne, so der Gerichtshof, das Recht auf Ehe nicht mehr so verstanden werden, dass es nur Personen unterschiedlichen Geschlechts zustehe (zur Begründung der Praxisänderung wird insbesondere Art. 9 EU-Charta herangezogen). Artikel 12 EMRK ist daher anwendbar. Die Frage, ob die gleichgeschlechtliche Ehe zuzulassen ist, haben jedoch nach dem heutigen Stand der Entwicklung («en l'état actuel des choses»), die Staaten zu entscheiden.²⁷ Im Ergebnis bleibt es also dabei, dass die EMRK, insbesondere Artikel 12 EMRK, die Staaten nicht zur Zulassung der Ehe für alle verpflichtet.²⁸ Diese Rechtsprechung wurde in einem kürzlich ergangenen Urteil bestätigt.²⁹ Auffällig ist, dass der Gerichtshof in diesem Zusammenhang den Wortlaut von Artikel 12 EMRK³⁰ nicht mehr erwähnt, sondern nur prüft, in wie vielen Staaten die gleichgeschlechtliche Ehe bereits Realität ist. Es ist denkbar, dass das Gericht in Zukunft den Schutzbereich von Art. 12 EMRK auf gleichgeschlechtliche Paare ausdehnen wird, sobald ein überwiegender Teil der Mitgliedstaaten die gleichgeschlechtliche Ehe anerkennt, und dies zu einem von Konsens getragenen europäischen Mindeststandard wird.

²⁶ Urteil vom 24.6.2010, CEDH 2010-IV, S. 447 ff.

²⁷ Urteil *Schalk und Kopf*, a. a. O., Ziff. 61.

²⁸ Urteil *Schalk und Kopf*, a. a. O., Ziff. 63: «En bref, la Cour conclut que l'article 12 n'impose pas au gouvernement défendeur l'obligation d'ouvrir le mariage à un couple homosexuel tel que celui des requérants».

²⁹ *Oliari u. a. gegen Italien*, Urteil vom 21.7.2015, Ziff. 192.

³⁰ «Männer und Frauen im heiratsfähigen Alter haben das Recht, nach den innerstaatlichen Gesetzen, welche die Ausübung dieses Rechts regeln, eine Ehe einzugehen».

2 Welche Folgen hätte die Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare insbesondere im Bereich des Adoptionsrechts?

2.1 Aus Sicht des Schweizer Rechts

2.1.1 Unter Berücksichtigung von Art. 8 Abs. 1 und 2 BV

Ein Erlass verletzt das in Artikel 8 Absatz 1 BV verankerte Grundrecht der Rechtsgleichheit, wenn er rechtliche Unterscheidungen trifft, für die ein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen nicht ersichtlich ist, oder Unterscheidungen unterlässt, die sich aufgrund der Verhältnisse aufdrängen. Mit anderen Worten ist das Rechtsgleichheitsgebot verletzt, wenn Gleiches nicht nach Massgabe seiner Gleichheit gleich und Ungleiches nicht nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich behandelt wird. Vorausgesetzt ist, dass sich die ungerechtfertigte Gleich- bzw. Ungleichbehandlung auf eine wesentliche Tatsache bezieht.³¹ Die Frage, ob für eine rechtliche Unterscheidung ein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen ersichtlich ist, kann abhängig von der Zeit und von vorherrschenden Ansichten unterschiedlich beantwortet werden. Dem Gesetzgeber bleibt im Rahmen dieser Grundsätze ein weiter Gestaltungsspielraum.³²

Gemäss Artikel 8 Absatz 2 BV darf niemand diskriminiert werden, namentlich nicht wegen der Herkunft, der Rasse, des Geschlechts, des Alters, der Sprache, der sozialen Stellung, der Lebensform, der religiösen, weltanschaulichen oder politischen Überzeugung oder wegen einer körperlichen, geistigen oder psychischen Behinderung. Eine Diskriminierung nach Artikel 8 Absatz 2 BV liegt vor, wenn eine Person anders behandelt wird aufgrund ihrer Zugehörigkeit zu einer bestimmten Gruppe, die in der Vergangenheit oder in der heutigen gesellschaftlichen Realität ausgegrenzt oder herabgewürdigt wurde bzw. wird. Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung untersagt hingegen nicht jegliche Unterscheidung auf der Grundlage der Kriterien, die in Artikel 8 Absatz 2 BV aufgeführt sind, sondern eine solche begründet lediglich den Verdacht einer unzulässigen Differenzierung. Ungleichbehandlungen aufgrund einer unzulässigen Differenzierung sind infolgedessen sachlich und genügend zu rechtfertigen.³³

Der Begriff «Lebensform» im Besonderen bezieht sich auf Gruppen von Personen, die aufgrund ihres unterschiedlichen Verhaltens oder ihrer unterschiedlichen Lebensweise eine eigene Identität haben. Aus den Materialien geht hervor, dass das Verbot der Diskriminierung aufgrund der Lebensform hauptsächlich den Schutz der Homosexuellen beinhaltet.³⁴

Artikel 8 Absatz 2 BV verbietet nicht nur die direkte Diskriminierung, sondern auch die indirekte Diskriminierung. Eine indirekte Diskriminierung ist dann gegeben, wenn eine Regelung, die keine direkte Benachteiligung einer bestimmten Gruppe enthält, in ihren tatsächlichen Auswirkungen Angehörige einer solchen Gruppe besonders stark benachteiligt, ohne dass dies sachlich begründet wäre.³⁵ Angesichts der

³¹ BGE 141 I 153 E. 5.1 S. 157 mit weiteren Hinweisen.

³² BGE 133 I 249 S. 255, 131 I 1 E. 4.2 S. 7.

³³ BGE 138 I 205 E. 5.4 S. 213; BGE 137 V 334 E. 6.2.1 S. 348; BGE 135 I 49 E. 4.1 S. 53.

³⁴ R. J. Schweizer, Art. 8 N 75, in: SG-BV-Kommentar, 3. Aufl. 2014; Auer/Malinverni/Hottelier, Droit constitutionnel suisse, Bd. II, N 1103, 3. Aufl., 2013.

³⁵ BGE 126 II 377 E. 6c S. 393 und zitierte Verweise; siehe ebenfalls BGE 124 II 409 E. 7 S. 425.

Schwierigkeit, generell-abstrakte Normen festzulegen, mit denen für alle Fälle bestimmt werden kann, welchen Umfang eine entsprechende Benachteiligung einer durch Artikel 8 Absatz 2 BV geschützten Gruppe gegenüber der Mehrheit der Bevölkerung haben muss, ist die Anerkennung einer Diskriminierung nur nach einer Beurteilung sämtlicher Umstände im Einzelfall möglich. Auf jeden Fall muss die Benachteiligung von erheblicher Bedeutung sein, denn der Grundsatz der indirekten Diskriminierung kann lediglich zur Korrektur der offensichtlichsten negativen Auswirkungen einer staatlichen Regelung beigezogen werden.³⁶

Wenn die Ehe für gleichgeschlechtliche Paare geöffnet wird, folgt daraus grundsätzlich, dass die verheirateten Paare unabhängig vom Geschlecht der beiden Ehegatten durch das Gesetz gleich zu behandeln sind. Das gleiche Geschlecht der Partnerinnen oder Partner eines verheirateten homosexuellen Paares ist im Vergleich mit einem verheirateten heterosexuellen Paar zwar ein Unterschied in den tatsächlichen Verhältnissen. Doch dieser Unterschied ist nur dann ein vernünftiger Unterscheidungsgrund, wenn er für die zu regelnden Verhältnisse entscheidendwesentlich ist.

Das Problem der Rechtmässigkeit einer differenzierten Behandlung wird sich hauptsächlich im Zusammenhang mit der Fortpflanzungsmedizin und der Adoption stellen.

2.1.1.1 Fortpflanzungsmedizin

Fortpflanzungsverfahren sind gestützt auf Artikel 119 Absatz 2 Buchstabe c BV und Artikel 5 des Fortpflanzungsmedizingesetzes (FMedG, SR 810.11) auf Fälle von Unfruchtbarkeit eines Paares oder der Gefahr der Übertragung einer schweren und unheilbaren Krankheit beschränkt. Auch das Verbot der Leihmutterchaft ist in Artikel 119 Absatz 2 Buchstabe d BV festgeschrieben und in Artikel 4 FMedG konkretisiert. Diese Bestimmungen gelten für verheiratete und nicht verheiratete Paare sowie für heterosexuelle und homosexuelle Paare gleichermaßen. Gemäss dem FMedG sind Fortpflanzungsverfahren Paaren vorbehalten, zu denen ein Kindesverhältnis begründet werden kann (Art. 3 Abs. 2 Bst. a), und dürfen gespendete Samenzellen nur bei Ehepaaren verwendet werden (Art. 3 Abs. 3 FMedG). Gleichzeitig schliesst Artikel 28 des Partnerschaftsgesetzes (PartG, SR 211.231) Personen in eingetragener Partnerschaft von fortpflanzungsmedizinischen Verfahren aus.

Gemäss den Materialien und dem überwiegenden Teil der Lehre beruht der Ausschluss homosexueller Paare von Fortpflanzungsverfahren direkt auf der Bundesverfassung, da der verfassungsrechtliche Begriff der Unfruchtbarkeit nur auf heterosexuelle Paare anwendbar sein kann.³⁷ Selbst wenn der Ausschluss homosexueller Paare von Fortpflanzungsverfahren in der Schweiz als ungerechtfertigte Ungleichbehandlung qualifiziert würde, weil sie die besonderen Eigenschaften homosexueller Paare, die nicht ohne Fortpflanzungsmedizin Kinder zeugen können, nicht berücksichtigt, müsste diese Ungleichbehandlung als verfassungsmässig erachtet werden, da sie unmittelbar auf Artikel 119 Absatz 2 BV beruht. Ein anderer Teil der Lehre stellt es hingegen in Frage, den verfassungsrechtlichen Unfruchtbarkeitsbegriff auf heterosexuelle Paare zu beschränken, und legt den Begriff in dem Sinne weiter aus, dass er dem unerfüllten Kinderwunsch entspricht – einem Begriff, der auch auf homosexuelle Paare anwendbar wäre.³⁸ Diese Auslegung des verfassungsrechtlichen Unfruchtbarkeitsbegriffs hätte zur Folge, dass ausschliesslich die Leihmutterchaft

³⁶ BGE 138 I 205 E.5.5 S. 214.

³⁷ Botschaft über Art. 24^{novies} BV 1874, BBI 1996 III 250–251; Botschaft PartG, BBI 2003 1324; R. Reusser/R. J. Schweizer, Art. 119, N 34, in: SG-BV-Kommentar, 3. Aufl., 2014; G. Biaggini, BV-Kommentar, Art. 119 N 14, 2007. Bereits: R. J. Schweizer, Art. 24^{novies} Abs. 2, N 73, in: Commentaire de la Constitution de 1874, Stand Mai 1995.

³⁸ E. M. Belser/E. Molinari, Art. 119 N 30, in: Basler BV-Kommentar, 2015.

durch die Verfassung verboten wäre. Der Ausschluss gleichgeschlechtlicher Paare von fortpflanzungsmedizinischen Verfahren würde lediglich auf dem Gesetz beruhen und müsste unter Berücksichtigung von Artikel 8 Absätze 1 und 2 BV begründet werden. Es ist jedoch nicht erforderlich, zwischen diesen beiden Argumentationslinien zu entscheiden, da die Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare keinen Einfluss auf die Beurteilung der Verfassungsmässigkeit des Ausschlusses homosexueller Paare von den Fortpflanzungsverfahren hätte. Denn es ist kein Grund zu sehen, weshalb gleichgeschlechtliche verheiratete Paare diesbezüglich anders zu behandeln wären als Personen in eingetragener Partnerschaft.

2.1.1.2 Adoption

Nach geltendem Recht können nur verheiratete Paare gemeinschaftlich adoptieren (Art. 264a Abs. 1 ZGB). Die Adoption eines minderjährigen Kindes durch eine Person allein ist grundsätzlich nur Unverheirateten vorbehalten (Art. 264b Abs. 1 ZGB). Ohne Änderung dieser Bestimmungen würde die Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare zur Folge haben, dass die gemeinschaftliche Adoption für sie erlaubt wäre, die nach geltendem Recht für Personen in eingetragener Partnerschaft nicht möglich ist (Art. 28 PartG). Es stellt sich somit die Frage, ob es aufgrund der Verfassung zulässig wäre, die gemeinschaftliche Adoption verheirateten heterosexuellen Paaren vorzubehalten und so verheiratete gleichgeschlechtliche Paare davon auszuschliessen.

Bei der Verabschiedung des Partnerschaftsgesetzes wurde die Weigerung, eingetragenen Partnerinnen und Partnern die gemeinschaftliche Adoption zu erlauben, nicht mit dem unterschiedlichen Rechtsinstitut der Ehe und der eingetragenen Partnerschaft begründet, sondern vor allem mit der Tatsache, dass die Zulassung gleichgeschlechtlicher Paare zur Adoption dazu führen würde, dass die Grundprinzipien des Kindesrechts durchbrochen würden: Das Kind hätte «entgegen dem natürlichen Kindesverhältnis» rechtlich zwei Väter oder zwei Mütter. Das brächte das Kind in eine Ausnahmesituation, die sich auf jeden Fall in der heutigen Gesellschaft nicht rechtfertigen liesse.³⁹ In den parlamentarischen Beratungen wurde die Ablehnung der Zulassung gleichgeschlechtlicher Paare zur Adoption hauptsächlich mit dem Interesse des Kindes begründet, mit einer Mutter und einem Vater aufzuwachsen und rechtlich nicht von seinen Eltern getrennt zu sein.⁴⁰ Gestützt auf diese beiden Begründungsarten würde die Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare nichts daran ändern, dass der Ausschluss gleichgeschlechtlicher Paare von der gemeinschaftlichen Adoption unter Berücksichtigung von Artikel 8 Absatz 1 BV als gerechtfertigt beurteilt würde: Die Ungleichbehandlung verheirateter Paare gleichen oder unterschiedlichen Geschlechts wäre ebenso (oder ebenso wenig) zu rechtfertigen wie jene zwischen eingetragenen Partnerinnen oder Partnern und verheirateten Paaren nach geltendem Recht.

In der Botschaft vom 28. November 2014 zur Änderung des Adoptionsrechts stand eine andere Argumentation im Vordergrund zur Begründung, dass die gemeinschaftliche Adoption eingetragenen Partnerinnen und Partnern weiterhin verschlossen bleibt: Einerseits geniesst das Rechtsinstitut der Ehe einen besonderen Schutz und andererseits ist mit dem Diskriminierungsverbot keine Verpflichtung des Gesetzgebers verbunden, andere Lebensformen gleich auszugestalten wie die Ehe.⁴¹ Diese

³⁹ Botschaft PartG, BBl 2003 1320.

⁴⁰ AB 2003 N 1825 f. (Bundesrätin R. Metzler-Arnold und Nationalrat F. Gutzwiller, Berichterstatter der Kommission).

⁴¹ Botschaft Adoption, BBl 2015 941 f.

Begründung würde bei der Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare ihre Gültigkeit verlieren. Unseres Erachtens schliesst der besondere Schutz des Rechtsinstituts der Ehe durch die Verfassung nicht die Möglichkeit ein, verheiratete Paare je nach dem, ob sie unter die verfassungsrechtliche Garantie der Ehe fallen oder nicht, zu diskriminieren. Dies gilt auch dann, wenn der Gesetzgeber die Möglichkeit, die Ehe für gleichgeschlechtliche Paare zu öffnen, nutzen sollte und der verfassungsrechtliche Ehebegriff demnach langfristig eine andere Tragweite behalten sollte als der gesetzliche Ehebegriff.

Nach geltendem Recht darf eine Person das Kind ihres Ehegatten adoptieren, wenn die Ehegatten seit mindestens fünf Jahren verheiratet sind (Art. 264a Absatz 3 ZGB). In den Materialien zum Partnerschaftsgesetz wurde wie folgt begründet, weshalb eine eingetragene Partnerin oder ein eingetragener Partner nicht das Kind ihrer Partnerin bzw. seines Partners adoptieren dürfen sollte: «Angesichts der allgemeinen Problematik der Adoption durch ein gleichgeschlechtliches Paar und im Hinblick auf die besondere Problematik der Stiefkindadoption lässt sich insgesamt sagen, dass beim derzeitigen Kenntnisstand und bei den heutigen gesellschaftlichen Bedingungen die möglichen Vorteile einer Stiefkindadoption bei gleichgeschlechtlichen Paaren geringer sind als die möglichen Nachteile.»⁴² In seiner Botschaft vom 28. November 2014 dagegen hat der Bundesrat vorgeschlagen, die Stiefkindadoption auch Paaren in eingetragener Partnerschaft und Paaren in faktischen Lebensgemeinschaften zu erlauben.⁴³ National- und Ständerat haben dieser Lösung am 17. Juni 2016 in der Schlussabstimmung zugestimmt. Sofern diese Vorlage nicht in einem Referendum abgelehnt wird, wird die Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare keine Auswirkungen auf die Möglichkeit der Adoption des Kindes des Ehegatten haben, da das Geschlecht der beiden Partner nicht mehr ein Hindernis für die Adoption des Kindes eines der beiden Partner darstellen wird.

Dabei ist hervorzuheben, dass die 2003 bei der Verabschiedung des Partnerschaftsgesetzes vorgebrachte Begründung, weshalb den eingetragenen Partnerinnen oder Partnern die gemeinschaftliche Adoption verweigert wird, durch die Zulassung der Adoption des Kindes der eingetragenen Partnerin oder des eingetragenen Partners weitgehend hinfällig würde. Es wäre zwar weiterhin nicht typisch, dass ein Kind zwei Väter oder zwei Mütter hat. Doch das Argument, dass diese Tatsache «dem natürlichen Kindesverhältnis» widerspricht oder dass dadurch die Grundprinzipien des Kindesrechts durchbrochen würden, verlöre an Stichhaltigkeit. Der Ausschluss der gemeinschaftlichen Adoption durch gleichgeschlechtliche verheiratete Paare wäre dann nur mehr damit zu rechtfertigen, dass solche Adoptionen grundsätzlich dem Kindeswohl entgegenlaufen. Dieser Nachweis dürfte schwierig zu erbringen sein, da ein Kind sich auch bei einer Adoption durch eine eingetragene Partnerin oder einen eingetragenen Partner bzw. durch eine Lebenspartnerin oder einen Lebenspartner gleichen Geschlechts in einer ähnlichen familiären Situation wiederfinden könnte.

2.1.2 Aus Sicht von Art. 9 BV

Nach Artikel 9 BV hat jede Person Anspruch darauf, von den staatlichen Organen ohne Willkür behandelt zu werden. Ein Erlass verstösst gegen das Willkürverbot, wenn er sich nicht auf ernsthafte sachliche Gründe stützen lässt oder sinn- und zwecklos ist.⁴⁴ Die Ungleichbehandlung stellt eine besondere Form der Willkür dar, die darin besteht, dass ungleich behandelt wird, was gleich behandelt werden

⁴² Botschaft PartG, BBl 2003 1323.

⁴³ Botschaft Adoption, BBl 2015 877.

⁴⁴ BGE 141 I 235 E. 71 S. 240.

müsste, und umgekehrt.⁴⁵ Daraus geht hervor, dass eine Ungleichbehandlung verheirateter Paare gleichen und unterschiedlichen Geschlechts, namentlich im Bereich der Adoption, ebenfalls willkürlich sein könnte, wenn der tatsächliche Unterschied zwischen diesen beiden Arten von Paaren unter Berücksichtigung der zu regelnden Verhältnisse nicht einen ernsthaften und sachlichen Grund darstellt. Wenn die Ungleichbehandlung aus der Perspektive der Rechtsgleichheit oder des Diskriminierungsverbots hingegen der Verfassung entspricht,⁴⁶ so könnte sie auch nicht als willkürlich qualifiziert werden.

2.2 Aus Sicht der EMRK

Artikel 14 EMRK enthält ein unselbstständiges Diskriminierungsverbot. Es kommt insbesondere dann zum Tragen, wenn eine Person wegen eines der in der Bestimmung aufgezählten verpönten Merkmale (u. a. «Geschlecht»; «sonstiger Status») in der Ausübung eines anderen in der Konvention garantierten Rechts (hier: Art. 8 EMRK, Privat- und Familienleben) ungleich behandelt wird.⁴⁷

Nicht jede Ungleichbehandlung stellt eine Verletzung von Artikel 14 EMRK dar. Ob eine Ungleichbehandlung zulässig ist, hängt davon ab, ob dafür triftige Gründe ins Feld geführt werden können. Der Gerichtshof verlangt in seiner ständigen Rechtsprechung, dass die Differenzierung einen legitimen Zweck verfolgt und verhältnismässig ist.

Differenzierungen aufgrund des Geschlechts oder der sexuellen Orientierungen sind nach der Rechtsprechung nur noch ganz ausnahmsweise zulässig.⁴⁸ Hier gelten besonders hohe Anforderungen und der Ermessensspielraum der Staaten ist eng.⁴⁹

Aus Artikel 8 EMRK für sich allein lässt sich noch keine Verpflichtung ableiten, die Adoption durch gleichgeschlechtliche Paare oder die Adoption des Kindes des gleichgeschlechtlichen Partners zuzulassen⁵⁰. Trotzdem kann eine unzulässige Differenzierung im Sinne von Artikel 14 EMRK vorliegen. Denn diese Bestimmung ist bereits dann anwendbar, wenn der Sachverhalt im Anwendungsbereich von Artikel 8 EMRK liegt. Vorliegend ist Artikel 8 EMRK anwendbar, nach der neueren Rechtsprechung sogar im doppelten Sinn: Tangiert ist nicht nur das Privat-, sondern auch das Familienleben⁵¹.

Im Fall *X. gegen Österreich* hat der EGMR eine Verletzung von Artikel 14 i. V. m. Artikel 8 angenommen: Das österreichische Recht lässt die Stiefkindadoption bei unverheirateten, heterosexuellen Paaren zu, nicht aber bei homosexuellen Paaren. Die Regierung habe keine besonders gewichtigen und überzeugenden Gründe für diese

⁴⁵ BGE 129 I 346 E. 6 S. 357; Urteil 2C_330/2013 vom 10. September 2013 E. 4.1.

⁴⁶ Vgl. 2.1.1 oben.

⁴⁷ Das 12. Zusatzprotokoll zur EMRK, das ein selbstständiges Diskriminierungsverbot enthält, ist von der Schweiz nicht ratifiziert.

⁴⁸ Z. B. *Burghartz gegen die Schweiz*, Urteil vom 22.2.1994, série A vol. 280-B, Ziff. 27.

⁴⁹ *X. gegen Österreich*, Urteil vom 19.2.2013, CEDH 2013-II, S. 73 ff., Ziff. 140.

⁵⁰ *X. gegen Österreich*, a. a. O., Ziff. 135.

⁵¹ Urteil *Schalk und Kopf*, a. a. O., Ziff. 94: «Eu égard à cette évolution, la Cour considère qu'il est artificiel de continuer à considérer que, au contraire d'un couple hétérosexuel, un couple homosexuel ne saurait connaître une « vie familiale » aux fins de l'article 8. En conséquence, la relation qu'entretiennent les requérants, un couple homosexuel cohabitant de fait de manière stable, relève de la notion de « vie familiale » au même titre que celle d'un couple hétérosexuel se trouvant dans la même situation.»

Ungleichbehandlung angeführt.⁵² Der Fall wird ausdrücklich abgegrenzt vom sachverhältnismässig vergleichbaren Fall *Gas et Dubois gegen Frankreich*⁵³. Hier hatte der EGMR keine Verletzung festgestellt, weil im französischen Recht das Verbot der Adoption für hetero- wie homosexuelle Paare gleichermaßen gilt.

Aus dem Gesagten lässt sich ableiten, dass mit der Zulassung der Ehe für homosexuelle Paare ein kategorisches Verbot der Adoption nur noch zulässig wäre, wenn für die Differenzierung zwischen hetero- und homosexuellen Eheleuten triftige Gründe angeführt werden könnten.

Bundesamt für Justiz BJ
Direktionsbereich Öffentliches Recht



Luzius Mader
Stellvertretender Direktor

Mitarbeiter: Philippe Gerber, Frank Schürmann

⁵² A. a. O., Ziff. 151.

⁵³ Urteil vom 15.3.2012, CEDH 2012-II, S. 245 ff.