

# Das familienrechtliche Statusprinzip im Wandel

Von Wiss. Mitarbeiter **Tim Philipp Holler**, Gießen\*

*Die Prinzipien des Familienrechts stehen nach der Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen des gleichen Geschlechts im Zeichen des Umbruchs – eines grundlegenden Umbruchs in der normativen Ausgestaltung der Ehe als familienrechtliches Statusverhältnis. Der vorliegende Beitrag nimmt dieses auch außerhalb Deutschlands wahrzunehmende Phänomen zum Anlass, um die rechtstechnischen Entwicklungstendenzen im Statusprinzip des Familienrechts und die sie stimulierenden materiellen Wertungsmomente zu skizzieren und kritisch zu würdigen.*

## I. Der Begriff des familienrechtlichen Status

In einem ersten Schritt soll sich dabei dem Begriff des familienrechtlichen Status von seinen Außengrenzen genähert und dieser von der Bezeichnung des Personenstands unterschieden werden. Der Personenstand ist in § 1 Abs. 1 PStG legaldefiniert als die sich aus den Merkmalen des Familienrechts ergebende Stellung einer Person. Er umfasst unter anderem Daten über Geburt, Eheschließung, Begründung einer Lebenspartnerschaft und Tod sowie damit in Verbindung stehende familien- und namensrechtliche Tatsachen.<sup>1</sup> Demgegenüber findet sich in unserer Gesetzeslandschaft keine entsprechende Definition des Statusbegriffs.

### 1. Begriffliche Annäherung

Rechtliche Konturen werden jedoch beispielsweise der Begründung, Wirkung und Beendigung des Status der Beamten in § 1 des Beamtenstatusgesetzes und dem Status der Wehrpflichtigen nach § 58f des Soldatengesetzes gegeben. Auch auf europäischer Rechtsebene hat der Begriff des Status paradigmatisch in Art. 14 der Europäischen Menschenrechtskonvention Eingang gefunden, nämlich im Verbot einer Diskriminierung im Genuss von Konventionsrechten wegen eines – neben Geschlecht, Rasse, Hautfarbe, Sprache, Religion, etc. – „sonstigen“ Status.

#### a) Der Statusbegriff bei Jellinek

Betrachtet man die öffentlich-rechtliche Provenienz dieser hier keineswegs abschließend skizzierten Schlaglichter, so gibt die von *Georg Jellinek* in seinem System der subjektiven

öffentlichen Rechte entwickelte Statuslehre erste Anhaltspunkte für die Bedeutung des Statusbegriffs. Seine Statuslehre basiert auf dem Gedanken, dass die Positionen, in denen sich eine Person zum Staat befinden kann, zu Beziehungen werden, aus denen jeweils verschiedene Rechtswirkungen erwachsen, die *Jellinek* unter dem Begriff der subjektiven öffentlichen Rechte zusammenfasst: „Kraft seiner Zugehörigkeit zum Staate ist also das Individuum in eine Mehrheit von Statusverhältnissen gesetzt.“<sup>2</sup> Dabei unterscheidet *Jellinek* zwischen dem passiven, negativen, positiven und aktiven Status des Einzelnen im Staatsgefüge: „Leistungen an den Staat, Freiheit vom Staat, Forderungen an den Staat, Leistungen für den Staat sind die Gesichtspunkte, unter welchen die öffentliche Rechtsstellung des Individuums begriffen sein will.“<sup>3</sup> Aufhorchen lässt nun die explizit in diesem Zusammenhang illustrierte Anleihe seiner öffentlich-rechtlichen Statuslehre an die Ehe als familienrechtliches Statusverhältnis: „Die Ehe qualifiziert die Individualität der Ehegatten in ihrem gegenseitigen Verhältnis [und] gewährt ihnen für die Dauer der Ehe unlösbar mit ihrer Person verknüpfte rechtliche Fähigkeiten.“<sup>4</sup> Wesentlich ist, dass *Jellinek* wie im öffentlich-rechtlichen Status so auch in der Ehe „einen in der Regel nicht willkürlich zu ändernden oder aufzulösenden rechtlichen Zustand“ sieht und die Ehe insoweit unter den Ausdruck des „status familiae“ subsumiert.<sup>5</sup> Insoweit teilt uns *Jellinek* mit, dass er seinen Statusbegriff „dem Vorbild des antiken Rechts entsprechend“ konstruiert.<sup>6</sup>

#### b) Der Statusbegriff im Römischen Recht

Geht man in einem zweiten Schritt näher an die Quellen dieses antiken Rechts heran, so fällt auf, dass das römische Recht den Begriff des status familiae wie auch die oft im selben Atemzug genannten Begriffe des status libertatis oder

\* Der Autor ist Wiss. Mitarbeiter an der Professur für Bürgerliches Recht und Rechtsphilosophie an der Justus-Liebig-Universität Gießen (Prof. Dr. Marietta Auer, M.A., LL.M., S.J.D. [Harvard]).

<sup>1</sup> Zur Abgrenzung des familienrechtlichen Status vom Personenstand siehe *Kriewald*, Statusrelevante Erklärungen des Familienrechts, 2009, S. 25 ff., 42 ff.; *Muscheler*, Familienrecht, 4. Aufl. 2017, Rn. 82 ff., 90 ff., 107 ff., 193 ff.; *Röthel*, StAZ 2006, 34 (40). Zur jüngsten Erweiterung des § 22 Abs. 3 PStG um die Geschlechtseintragung „divers“ siehe BVerfG NJW 2017, 3646 ff.; siehe dazu *Märker*, NZFam 2018, 1 ff.; *Gössl*, ZRP 2018, 174 ff.; *Sanders*, NZFam 2018, 241 ff.; *Lindenberg*, NZFam 2018, 1062 ff.; *Jäschke*, FamRZ 2018, 887 ff.; jüngst *Völmann*, JZ 2019, 381 ff.

<sup>2</sup> *Jellinek*, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl. 1919, S. 86: „Die Ansprüche, die sich aus diesen Zuständen ergeben, sind das, was man als subjektive öffentliche Rechte bezeichnet.“

<sup>3</sup> *Jellinek* (Fn. 2), S. 86 f. (passiver Status), S. 87, 94 ff. (negativer Status), S. 87, 114 f. (positiver Status), S. 87, 136 ff. (aktiver Status); *ders.*, Allgemeine Staatslehre, 1921, S. 418 f. Fn. 1; zu jüngeren Reflexionen über *Jellineks* Statuslehre siehe *Brugger*, in: Härle/Vogel (Hrsg.), Vom Rechte, das mit uns geboren ist – Aktuelle Probleme des Naturrechts, 2007, S. 216 (219 f., 238 f.); *Häberle*, VVDStRL 30 (1972), 43 (86 ff.: „status activus processualis“).

<sup>4</sup> *Jellinek* (Fn. 2), S. 88; siehe dazu *Rehbinder*, in: Berliner Festschrift für Ernst E. Hirsch dargebracht von Mitgliedern der Juristischen Fakultät zum 65. Geburtstag, 1968, S. 141 (160).

<sup>5</sup> *Jellinek* (Fn. 2), S. 88.

<sup>6</sup> *Jellinek* (Fn. 3), S. 418; dazu siehe *Rehbinder* (Fn. 4), S. 141 (159 f.).

civitas als solche gar nicht kennt.<sup>7</sup> Ein Blick auf die Geschichte des Statusbegriffs und die in der gemeinrechtlichen Lehre bis in das 19. Jahrhundert zu ihm hervorgebrachten Reflexionsversuche ergibt vielmehr, dass diese Bezeichnungen unter dem Dach eines gestaffelten Grads an Rechtsfähigkeit mit dem privatrechtlichen Systembegriff der Person verbunden wurden.<sup>8</sup> So weist etwa das lateinische *persona* seiner etymologischen Bedeutung zufolge ebenso wie das griechische *prósopon* – Gesicht, Miene, Gestalt – auf eine äußere Rollenzuschreibung des Menschen hin.<sup>9</sup> Diese äußere Zuweisung findet im lateinischen *status* – Stand, Stellung, Verfassung, Ordnung – in gewisser Weise ihr inneres Pendant als „Ort einer Person im juristischen System“,<sup>10</sup> als Stand des Menschen im Sinne seines Rechtszustandes innerhalb einer bestimmten Gesellschaftsschicht, also seiner dort eingenommenen Rechtsstellung.<sup>11</sup>

## 2. Der „*status familiae*“ in Savignys System des heutigen Römischen Rechts

Nähert man sich dem römisch-rechtlichen Statusbegriff nun über die zu ihm einst ergangenen Untersuchungen, so stößt man auf *Friedrich Carl v. Savigny*s System des heutigen römischen Rechts. Darin gelingt *Savigny* innerhalb der Koordinaten des Privatrechts eine von den vorherigen Deutungsansätzen abweichende Funktionsbeschreibung des Statusbegriffs: „Status heißt in diesem technischen Sinn bey den Römischen Juristen die Stellung oder der Standpunkt, wel-

<sup>7</sup> *Levy*, ZRG (RA) 78 (1961), 142 (169): „Aber wir müssen uns doch der längst beobachteten Tatsache bewußt bleiben, daß die Römer der guten Zeit nicht so redeten. Weder kannten sie eine Dreiteilung der *status*, noch war ihnen auch nur eine der drei Wendungen geläufig.“; *Kaser*, Römisches Privatrecht, Bd. 1, 1975, S. 271 („nicht quellenmäßig“). Aus der Reihe von Abhandlungen, die gleichwohl einen dreifachen Status darstellen, seien nur genannt: *Hausmaninger/Selb*, Römisches Privatrecht, 7. Aufl. 1994, S. 73 ff.; *Mayer-Maly*, Römisches Privatrecht, 1991, S. 12 ff.

<sup>8</sup> Bezeichnend insoweit *Apathy/Klingenberg/Pennitz*, Einführung in das römische Recht, 6. Aufl. 2016, S. 34 f.: „Im Altertum ist die Fähigkeit, Träger von Rechten und Pflichten zu sein, vor allem von der Zugehörigkeit des Menschen zu einer bestimmten Rechtsgemeinschaft abhängig: Solche Zugehörigkeit macht den *status personae* (die personenrechtliche Stellung des Einzelnen) aus. [...] Der *status personae* wird durch drei Merkmale näher bestimmt: Freiheit, Bürgerrecht, Stellung im agnatischen Familienverband.“; siehe ferner *Coing*, Europäisches Privatrecht, Bd. 2, 1989, S. 284 ff., 287 ff.

<sup>9</sup> *Auer*, Der privatrechtliche Diskurs der Moderne, 2014, S. 15; *Kobusch*, Die Entdeckung der Person, 1993, S. 23 ff.; *Hetterich*, Mensch und „Person“ – Probleme einer allgemeinen Rechtsfähigkeit, 2016, S. 20 ff., 76 ff.; *Coing*, Europäisches Privatrecht, Bd. 1, 1985, 169 f.

<sup>10</sup> *Nörr*, ZRG (RA) 82 (1965), 67 (87).

<sup>11</sup> *Kobusch* (Fn. 9), S. 75, 79, 250; *Kriewald* (Fn. 1), S. 26; *Kaser* (Fn. 7), S. 271; *ders.*, Römisches Privatrecht, Bd. 2, 1975, S. 113; *Coing* (Fn. 9), S. 168 f.

chen der einzelne Mensch im Verhältnis zu anderen Menschen einnimmt.“<sup>12</sup> Damit wendet sich *Savigny* gegen die gemeinrechtliche Doktrin, die nach den zuvor genannten Kriterien der Freiheit (*status libertatis*), des Bürgerrechts (*status civitatis*) und nach der Stellung im Familienverband (*status familiae*) einen dreifach abgestuften Grad an Rechtsfähigkeit unterschied und den Status einer Person, wie er paradigmatisch den ALR I 1 §§ 1, 7 zugrunde lag,<sup>13</sup> als eine Eigenschaft begriff, vermöge deren ein Mensch gewisse Rechte habe.<sup>14</sup> *Savigny* führte die Entwicklung dieser gemeinrechtlichen Lehre eines dreifachen Status auf eine „künstliche Herleitung“ aus den drei verschiedenen Formen zurück, wie ein Mensch im römischen Recht seine Gliedstellung innerhalb eines Personenverbandes verlieren konnte. Diese Formen einer rechtlichen Abstufung seien *Savigny* zufolge nicht mehr als „*capitis deminutio*“, sondern als „*status mutatio*“ bezeichnet worden, was in der Folge zu terminologischen Unschärfen geführt habe.<sup>15</sup>

<sup>12</sup> *Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. 2, 1840, S. 454. Im Zentrum von *Savigny*s Statusbegriff steht somit ein relationales Moment, das *Jellinek* mit ihm insoweit teilt, als dieser explizit von Statusverhältnissen spricht; siehe dazu *Jellinek* (Fn. 2), S. 86.

<sup>13</sup> ALR I 1 § 1: „Der Mensch wird, in so fern er gewisse Rechte in der bürgerlichen Gesellschaft genießt, eine Person genannt.“; ALR I 1 § 7: „Die Mitglieder eines jeden Standes haben, als solche betrachtet, gewisse Rechte und Pflichten.“; siehe dazu *Roth*, Ausgestaltungen der Rechtsfähigkeit im 19. und 20. Jahrhundert, 2008, S. 51 („Möglichkeit einer nach Ständen abgestuften Rechtsfähigkeit“). Der hinter diesem Statusbegriff stehende Grundgedanke kann mit *Samuel v. Pufendorf* in Verbindung gebracht werden, für den die verschiedenen Status als *entia moralia* des Menschen existierten, innerhalb derer sich dieser verwirklichte, sodass die individuelle natürliche Person in rechtlicher Hinsicht entsprechend ihrer verschiedenen Status eine Vielzahl von *personae morales* darstelle; siehe dazu *Hetterich* (Fn. 9), S. 83. Mit *Immanuel Kant* vollzog sich im Rechtsdenken jedoch eine Wende in das diametral Entgegengesetzte: Nicht weil der Mensch einzelne von außen bestimmte Status innehat, ist er eine Person, sondern weil der Mensch eine Person ist, ist er rechtsfähig; siehe dazu *Hetterich* (Fn. 9), S. 86. Monströse Aberrationen von dieser Begründungsumkehr des Personseins lebten indes während des Nationalsozialismus auf. Die entsprechend inspirierte Rechtswissenschaft betrachtete den Menschen als einen Volksgenossen; siehe dazu *Larenz*, Rechtsperson und subjektives Recht, 1935, S. 24: „An die Stelle der jedem Menschen zukommenden Fähigkeit, ‚Person‘, und d.h. möglicher Träger jedes denkbaren Rechts zu sein, muß also in der neuen Systematik die konkrete Rechtsfähigkeit des Volksgenossen treten, deren besonderer Umfang sich jeweils nach seiner Fähigkeit zu bestimmten Gliedstellungen richtet.“

<sup>14</sup> *Savigny* (Fn. 12), S. 444, 446.

<sup>15</sup> *Savigny* (Fn. 12), S. 470, 474; siehe dazu *Hetterich* (Fn. 9), S. 120, 128 f.; *Muscheler* (Fn. 1), Rn. 91. Dabei bezeichnet der Begriff der *capitis deminutio* jeden Vorgang, durch den

## a) Der Statusbegriff im Privatrecht

Vor dem Hintergrund dieser Entwicklungsgeschichte gelang es Savigny, die Begriffe des status libertatis und des status civitatis als beide die privatrechtliche Rechtsfähigkeit bedingend unter einem einheitlichen „status publicus“<sup>16</sup> kurzzuschließen und diesem staatsrechtlichen einen genuin privatrechtlichen Statusbegriff gegenüber zu stellen,<sup>17</sup> unter dem für ihn die römischen Juristen „nichts Anderes verstanden haben, als das hier Vorausgesetzte, nämlich: die Stellung, welche der einzelne Mensch in den verschiedenen Arten des Familienverhältnisses einnimmt.“<sup>18</sup> Was sich verschiedentlich als „ius personarum“, „personarum status“ oder „status hominum“ sowohl in den Institutionen als auch in den Digesten finden lässt,<sup>19</sup> bezeichne im römischen Recht die Familienstellung des Menschen und bilde den Gegensatz zu dessen Stellung als Bürger im Staat.<sup>20</sup> Dementsprechend lag für Savigny das „eigentliche Wesen“ der Familienrechtsverhältnisse „in der Stellung, welche der Einzelne in diesen Verhältnissen einnimmt, darin daß er nicht bloß Ehegatte, Vater, Sohn ist, also in einer fest bestimmten, von der individuellen Willkür unabhängigen, in einem großen Naturzusammenhang begründeten Lebensform.“<sup>21</sup> Darum heiße „auch dieses Familienverhältnis eines Menschen vorzugsweise ein status desselben.“<sup>22</sup>

## b) Heutiges Begriffsverständnis

Im Lichte dieses begriffsgeschichtlichen Fingerzeigs ist festzuhalten, dass der Begriff des familienrechtlichen Status im Spiegel seiner ursprünglichen Reflexionsversuche nicht von dem modernen Bedeutungsgehalt einer allgemeinen und gleichen Rechtsfähigkeit zeugt, wie sie in § 1 BGB Ausdruck findet und heute durch die Art. 1 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 GG

eine Person die Gliedstellung in ihrem Verband verlor, wobei zwischen der capitis deminutio maxima (Verlust der Freiheit), der capitis deminutio media oder minor (Verlust des Bürgerrechts) und der capitis deminutio minima (Ausscheiden aus der agnatischen Familienstellung) unterschieden wurde; siehe dazu Kaser/Knütel/Lohsse, Römisches Recht, 21. Aufl. 2017, § 13 Rn. 3.

<sup>16</sup> Savigny (Fn. 12), S. 454 f., 468 f., 471 f.; siehe dazu auch Hetterich (Fn. 9), S. 128 Fn. 180.

<sup>17</sup> Savigny (Fn. 12), S. 471 f.: „Status bezeichnet zwey Verhältnisse des öffentlichen Rechts (Freyheit und Civität), und aus dem Privatrecht alle der Familie angehörende Rechtsverhältnisse. [...] Keine dieser beiden Anordnungen hat im Römischen Recht einen unmittelbaren Ausdruck gefunden, aber für jede derselben läßt sich eine indirecte Anerkennung nachweisen.“; siehe dazu Hetterich (Fn. 9), S. 128 f.

<sup>18</sup> Savigny (Fn. 12), S. 460.

<sup>19</sup> Im Einzelnen siehe etwa Inst. 1.3. („De iure personarum“); Hermogenianus D. 1.5.2. („de personarum statu“); D. 1.5. („De statu hominum“).

<sup>20</sup> Savigny (Fn. 12), S. 464 f.

<sup>21</sup> Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. 1, 1840, S. 349 f. (Hervorhebung im Original).

<sup>22</sup> Savigny (Fn. 21), S. 350.

verfassungsrechtlich verbürgt ist. Denn die „Vorstellung des Status als Determinante der Rechtsfähigkeit(en) einer Person“<sup>23</sup> kann heute nicht mehr mit dem Begriff des familienrechtlichen Status verbunden werden.<sup>24</sup> Was ist mit diesem Begriff stattdessen gemeint? Greift man Savignys Gedankenangriff auf, so geht es darum, einen Menschen als natürliche Person relational, also in einem bestimmten familienrechtlichen Verhältnis zu anderen Personen zu betrachten.<sup>25</sup> Im Ergebnis verbirgt sich hinter dem Begriff des familienrechtlichen Status somit die Zuweisung bestimmter Rechtsfolgen an sich typischerweise in persönlichen Beziehungen auswirkende, personenrechtliche Merkmale – also ein familienrechtlich ausgestaltetes Modell der „personalen Binnenkoordination.“<sup>26</sup> Mit Freilegung dieser Begriffssensenz lässt sich der familienrechtliche Status heute definieren als eine durch das Familienrecht einer Person beziehungsrechtlich zugeschriebene Eigenschaft – etwa verheiratet, verwandt oder verschwägert zu sein –,<sup>27</sup> die in den verschiedensten Rechtsgebieten Wirkungen auslöst und die ihr einen Inbegriff unterschiedlicher Rechte und Pflichten vermittelt.<sup>28</sup>

## II. Entwicklungstendenzen im familienrechtlichen Status der Ehe

Auf dem Boden dieser Begriffsbestimmung sollen nun zwei zentrale Entwicklungstendenzen im Status der Ehe in den Blick genommen werden. Zum einen lässt sich die Entwicklung identifizieren, dass Rechtswirkungen nicht mehr ausschließlich an den Ehestatus, sondern auch an nichteheliche Paarbeziehungen geknüpft werden, sich Rechtswirkungen also vom Ehestatus emanzipieren (1.). Zum anderen zeigt die rechtsordnungsübergreifend wahrzunehmende Öffnung der Ehe, dass dieser familienrechtliche Status zunehmend expandiert, also ein von der bisherigen Paarkonfiguration abweichendes Beziehungsmodell in den Ehebegriff aufgenommen wird (2.).

<sup>23</sup> Kriewald (Fn. 1), S. 28.

<sup>24</sup> Hausmaninger/Selb (Fn. 7), S. 75 f.; Röthel, in: Lipp/Röthel/Windel (Hrsg.), Familienrechtlicher Status und Solidarität, 2008, S. 85 (107). Eine jüngere Reminiszenz an diese Sichtweise findet sich jedoch bei Pawlowski, Allgemeiner Teil des BGB, 7. Aufl. 2013, Rn. 96–277, der die Rechts-, Geschäfts- und Deliktsfähigkeit als „einzelne Statusrechte“ (Rn. 148 ff.) unter der Überschrift „Status der Person“ behandelt.

<sup>25</sup> Zu dieser relationalen Perspektive siehe Röthel (Fn. 24), S. 85 (107 Fn. 106); Kriewald (Fn. 1), S. 29; siehe ferner Windel, in: Lipp/Röthel/Windel (Fn. 24), S. 1 (10 f.). Eine Betonung der personalen Perspektive findet sich bei Muscheler (Fn. 1), Rn. 95; ders., StAZ 2006, 189 (197) (Status als „qualitas personae“).

<sup>26</sup> Röthel, StAZ 2006, 34 (41).

<sup>27</sup> Zu diesen und weiteren familienrechtlichen Statusverhältnissen siehe Muscheler (Fn. 1), Rn. 95.

<sup>28</sup> Muscheler (Fn. 1), Rn. 95, 91; ders., StAZ 2006, 189 (197); Röthel (Fn. 24), S. 85 (107 f.).

### 1. Die Emanzipation vom Ehestatus

Man kann diesen ersten Entwicklungsprozess mit einem Schlagwort beschreiben, das sich paradigmatisch unter der Federführung von *Ingeborg Schwenzer* herausgebildet hat: „Vom Status zur Realbeziehung.“<sup>29</sup> Ihr Ansatz plädiert im Wesentlichen für die rechtliche Anerkennung einer gerade nicht rechtsverbindlichen Personenbeziehung und für ein punktuelles Anknüpfen von Rechtsfolgen an ein solches Nicht-Statusverhältnis.<sup>30</sup> Ein modernes Familienrecht sei durch das materielle Wertungsprinzip individueller Verantwortung geprägt, das darin zum Ausdruck komme, dass Rechtsfolgen statusunabhängig an real gelebte Beziehungen und faktisch übernommene Beistandspflichten anzuknüpfen seien.<sup>31</sup>

#### a) Das Erbrecht als Beispiel eines sich vom Ehestatus emanzipierenden Rechtsgebiets

Dieser Trend zur Emanzipation rechtlicher Folgen vom Ehestatus ist rechtsordnungsübergreifend insbesondere im Erbrecht wahrzunehmen.<sup>32</sup> So sieht etwa das österreichische Erbrecht für den Fall, dass kein gesetzlicher Erbe vorhanden ist, ein außerordentliches Erbrecht des faktischen Lebensgefährten vor.<sup>33</sup> Die Aktivierung dieses gesetzlichen Erbteils setzt voraus, dass der nichteheliche Lebensgefährte mit dem Verstorbenen zumindest in den letzten drei Jahren vor dem Erbfall in einem gemeinsamen Haushalt gelebt hat, wobei ein gemeinsamer Haushalt nicht erforderlich ist, wenn der Führung eines solchen erhebliche Gründe, etwa gesundheitlicher oder beruflicher Art, entgegenstanden, ansonsten aber eine für Lebensgefährten typische besondere Verbundenheit bestand.<sup>34</sup> Noch ausgeprägter verläuft ein solcher Emanzipationsprozess des Erbrechts vom Ehestatus zugunsten des überlebenden Partners einer faktischen Lebensgemeinschaft in

Brasilien. Ausgangspunkt der dortigen Entwicklung war, dass der überlebende Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft im Unterschied zum Ehegatten nicht nur mit Abkömmlingen und Vorfahren, sondern auch mit Seitenverwandten des Erblassers konkurrierte und nur an demjenigen Teil des Nachlasses partizipierte, der während der Lebensgemeinschaft entgeltlich erworben wurde.<sup>35</sup> Diese Ungleichbehandlung ist durch den brasilianischen Supremo Tribunal Federal für verfassungswidrig erklärt worden, weil die bisherige Rechtsgestaltung die nichteheliche Lebensgemeinschaft innerhalb des gesetzlichen Erbrechts gegenüber der Ehe diskriminiere.<sup>36</sup>

Auch in der deutschen Diskussion finden sich verschiedene Ansätze zur Aufwertung der Realbeziehung im Erbrecht.<sup>37</sup> Dabei werden die Vorschriften zum Erbteil, Voraus und Pflichtteil des Ehegatten (§§ 1931, 1932, 2303 BGB) zwar nicht analog zugunsten des überlebenden Partners einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft angewendet.<sup>38</sup> Jedoch wird dieser Lebensgefährte, soweit er zur Zeit des Todes des Erb-

<sup>35</sup> Art. 1790, 1892, 1830 bras. Código Civil; siehe dazu *Schmidt*, FamRZ 2017, 1117 ff.; *Dutta*, AcP 216 (2016), 609 (650).

<sup>36</sup> Supremo Tribunal Federal 10.5.2017, Recurso Extraordinário Nr. 878.694/MG; siehe dazu *Schmidt*, FamRZ 2017, 1117 (1118 m.w.N.).

<sup>37</sup> Gegen eine Aufnahme der nichtehelichen Lebensgemeinschaft in das Erbrecht siehe *Bosch*, FamRZ 1983, 227 (238). Für eine partielle Erstreckung erbrechtlicher Positionen auf den überlebenden Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft siehe *Leipold*, AcP 180 (1980), 160 (180 f.: „in Härtefällen eine Beteiligung am Nachlaß kraft richterlichen Ermessens“). Differenzierend *Goetz*, FamRZ 1985, 987 (990 f.: „Angemessen für das deutsche Erbrecht erscheint die Schaffung eines Legalvermächtnisses, das nur im Fall der gesetzlichen Erbfolge eingreifen sollte.“; vgl. ferner den Beschluss Nr. 11 des 57. Deutschen Juristentages, abgedruckt in NJW 1988, 2998 (2998): „a) Die Einführung eines gesetzlichen Erbteils der Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft wird abgelehnt (angenommen: 121:5:4). b) Es empfiehlt sich eine dem Voraus (§ 1932 Abs. 1 BGB) entsprechende Regelung bezüglich der Hausratsgegenstände zugunsten des überlebenden Partners [...] (angenommen: 84:30:16).“

<sup>38</sup> Siehe dazu OLG Saarbrücken NJW 1979, 2050 (2501): „Ein solches eheähnliches Verhältnis ist im Hinblick auf die besondere rechtliche Ausgestaltung, die gerade die Ehe durch den Gesetzgeber erfahren hat, ein völliges ‚aliud‘. Nach dem Familien-, insbesondere dem Eherecht kann die rechtliche Bewertung eines solchen ehelosen Zusammenlebens zwischen Mann und Frau nicht erfolgen, da die betreffenden gesetzlichen Bestimmungen, vor allem die §§ 1371, 1931 BGB, eine Ehe zwingend voraussetzen. Eine etwaige analoge Anwendung würde einen Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 GG beinhalten, wonach eben nur Ehe und Familie unter besonderen staatlichen Schutz gestellt sind [...]“; ferner siehe OLG Frankfurt NJW 1982, 1885; dazu *Strätz*, FamRZ 1980, 301 (306); *Diederichsen*, NJW 1983, 1017 (1024 f.).

<sup>29</sup> *Schwenzer*, Vom Status zur Realbeziehung, 1987, S. 26, 274 ff. („from status to contract and relation“; Hervorhebung im Original), die damit die von *Henry Sumner Maine* geprägte Chiffre „from Status to Contract“ variiert. Mit dieser Chiffre fasste *Henry Sumner Maine* in seinem Werk „Ancient Law“ das fünfte Kapitel „Primitive Society and Ancient Law“ zusammen und beschreibt damit den Übergang von archaischen Rechtsformen zum klassischen (römischen) Recht.

<sup>30</sup> *Schwenzer* (Fn. 29), S. 276.

<sup>31</sup> *Schwenzer* (F. 29), S. 276; *dies.*, *RebelsZ* 71 (2007), 705 (712); in diese Richtung deutet auch der jüngste Beschluss des BVerfG zur Verfassungswidrigkeit des Ausschlusses der Stiefkindadoption in nichtehelichen Familien hin, vgl. BVerfG BeckRS 2019, 7418.

<sup>32</sup> Siehe dazu grundlegend *Dutta*, AcP 216 (2016), 609 (645 ff.); *Hoischen*, Die Vermögensauseinandersetzung nichtehelicher Lebensgemeinschaften in Deutschland und Frankreich, 2017, S. 21 ff., 45 ff., 181 ff.; siehe ferner *Dethloff*, NJW 2018, 23 (25).

<sup>33</sup> § 748 ABGB.

<sup>34</sup> Zu dieser Neuerung im österreichischen Recht siehe *Steiner*, ZEV 2016, 131 ff.; *Maurer-Stroh/Roglmeier*, ZERB 2017, 10 ff.

lassers zu dessen Hausstand gehörte und von ihm Unterhalt bezog, unter die nach § 1969 BGB berechtigten Familienangehörigen subsumiert.<sup>39</sup> Dies hat zur Folge, dass der überlebende Partner für die ersten 30 Tage nach dem Eintritt des Erbfalls wie in bisheriger Weise Unterhalt beziehen kann und die Wohnung wie auch die Haushaltsgegenstände benutzen darf. Sollte man nun den nächsten Schritt wagen und den bislang an den Ehestatus gekoppelten Erbeil, Voraus und Pflichtteil öffnen und diese Elemente gleichermaßen dem überlebenden Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft zuweisen?

#### b) Bewertung der Staturemanzipation

Nach der hier vertretenen Meinung ist zu beachten, dass gerade die Statusbasierung von Rechtsfolgen einen entscheidenden Vorteil gegenüber einer Anknüpfung an eine nicht statusgegründete Realbeziehung aufweist: „Wo rechtlicher Schutz nur an die konkrete Gestaltung einer Beziehung, die Erbringung persönlicher Leistungen und finanzieller Beiträge im Einzelfall angeknüpft und an ihnen individuell Maß genommen wird, muss der Binnenraum der Beziehung ausgeleuchtet, die Privat- und Intimsphäre vor dem Richtertisch preisgegeben werden. Nicht zuletzt davor bewahren Statusverhältnisse.“<sup>40</sup> Diese Konsequenzen, die bei der Anknüpfung von Rechtsfolgen an eine Realbeziehung drohten, veranschaulichen, dass einer solchen faktischen Partnerschaft eine zentrale Eigenschaft fehlt, die den Charakter statusorientierten Rechts auszeichnet – nämlich die Entlastung davon, das Innenleben der ein Statusverhältnis begründenden Personen ausforschen zu müssen. Diese im Ergebnis befriedigende Funktion des familienrechtlichen Status – seine „wohltuende Enthaltsamkeit [...] gegenüber Inhalten der persönlichen Bindung“<sup>41</sup> – garantiert gleichermaßen Privatheit wie Intimität und belegt damit eindrücklich die Leistungsfähigkeit einer statusbasierten Erbrechtsaktivierung.

Darüber hinaus bringt die Anknüpfung von Rechtsfolgen an vorgeformte Statusverhältnisse einen weiteren entschei-

denden Vorteil mit sich. Betrachtet man nämlich die rechtstechnische Seite der statusbasierten Aktivierung von Rechtsfolgen, so müsste auch die Realbeziehung als ein solches aktivierendes Anknüpfungsmoment rechtssicher ausformbar sein. Gerade hierbei erweisen sich die rechtstechnischen Eigenschaften eines Statusverhältnisses – Stabilität, Transparenz und Rechtsklarheit – als vorteilhaft, weil sie personale Beziehungen rechtlich vorprägen.<sup>42</sup> Wollte man dies auf die Realbeziehung übertragen, bedürfte es einer gesetzlichen Definition, die eine rechtlich relevante Realbeziehung von einer irrelevanten Realbeziehung abgrenzt.<sup>43</sup> An entsprechenden Typisierungsversuchen fehlt es zwar nicht,<sup>44</sup> doch bringen diese zum einen die Schwierigkeit mit sich, dass sie im Einzelfall entweder zu weit oder zu eng sind und damit keine rechtssichere Grundlage bereitstellen können, weil diese Definition Feststellungen über die inneren und nicht bis ins Letzte ergründbaren Grundlagen der Lebensgemeinschaft abverlangt.<sup>45</sup> Zum anderen geriete die mit einem solchen Definitionsbedürfnis beginnende Verrechtlichung auch mit dem inneren Wesen der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, gerade nicht vollständig durch das Recht erfassbar sein zu wollen, in Widerspruch.<sup>46</sup>

Vor dem Hintergrund dieser Aspekte dürfte die künftige Entwicklung des Familienrechts in rechtstechnischer Hinsicht weniger von einer Aufgabe der Statusorientierung oder einer

<sup>42</sup> Zu den dogmatischen Strukturprinzipien familienrechtlicher Statusverhältnisse siehe *Gernhuber/Coester-Waltjen*, Familienrecht, 6. Aufl. 2010, § 1 Rn. 40: „Statik und Transparenz sind den Familienverhältnissen eigentümlich.“; *Röthel* (Fn. 24), S. 85 (107): „Dauerhaftigkeit und Sichtbarkeit sind typische Anzeichen von Statusbeziehungen [...]“; siehe ferner *Kriewald* (Fn. 1), S. 31 ff. (Statusklarheit, Statusfestigkeit, Statuswahrheit); zu den weiteren Statusrechtsstrukturen der Intentionalität, Unität, Singularität, Totalität, Stabilität, Formalität, Generalität, Verität, Indisponibilität und Kapazität siehe *Muscheler* (Fn. 1), Rn. 183 ff. Zur rechtlichen Ausgestaltung statusbegründender und -lösender Erklärungen siehe *Kriewald* (Fn. 1), S. 42 ff., 65 ff., 81 ff., 239 ff.; *Muscheler* (Fn. 1), Rn. 88, 100 ff., 113 ff.

<sup>43</sup> Zur Problematik, den Tatbestand einer faktischen Partnerschaft zu erfassen, siehe *Dutta*, AcP 216 (2016), 609 (638 ff.); siehe ferner *Röthel* (Fn. 24), S. 85 (111).

<sup>44</sup> Sowohl das BVerfG als auch der BGH definieren die nichteheliche bzw. eheähnliche Lebensgemeinschaft als „Lebensgemeinschaft zwischen einem Mann und einer Frau, die auf Dauer angelegt ist, daneben keine weitere Lebensgemeinschaft gleicher Art zulässt und sich durch innere Bindungen auszeichnet, die ein gegenseitiges Entstehen der Partner füreinander begründen, also über die Beziehungen in einer reinen Haushalts- und Wirtschaftsgemeinschaft hinausgehen.“, vgl. BVerfGE 87, 234 (264) = NJW 1993, 643 (645) und BGHZ 168, 245 (252) = NJW 2006, 2687 (2688).

<sup>45</sup> *Röthel* (Fn. 24), S. 85 (111).

<sup>46</sup> *Dutta*, Warum Erbrecht?, 2014, S. 459: „[...] die Beteiligten wollen überhaupt außerhalb eines rechtlichen Regimes – sei es vertraglich oder gesetzlich – stehen.“; siehe ferner *Röthel* (Fn. 24), S. 85 (112).

<sup>39</sup> OLG Düsseldorf NJW 1983, 1566 (1567): „Zu den Familienangehörigen gehören dementsprechend nicht nur die eigentlichen Familienmitglieder – Ehegatte, Verwandte und Verschwägerter –, sondern auch sonstige dem Erblasser nahestehende Personen, wie z.B. Freunde und Pflegekinder [...]. Entscheidend ist, daß diese wegen ihrer persönlichen Beziehungen zum Erblasser und ihrer tatsächlichen Aufnahme in die Familiengemeinschaft als zu ihr gehörig angesehen werden [...]. Deshalb wird, soweit die Literatur diese Frage überhaupt anspricht, die Lebensgefährtin, welche mit dem Erblasser in einem eheähnlichen Verhältnis gelebt hat, zu dem Kreis der nach § 1969 BGB berechtigten Personen gerechnet.“; vgl. ferner den Beschluss Nr. 10 c) des 57. Deutschen Juristentages, abgedruckt in NJW 1988, 2998 (2998): „Bei todesfallbedingter Auflösung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft ist an eine Unterhaltsregelung entsprechend § 1696 BGB zu denken, gegebenenfalls unter Verlängerung der Monatsfrist (angenommen: 86:34:12).“

<sup>40</sup> *Muscheler* (Fn. 1), Rn. 197.

<sup>41</sup> *Röthel* (Fn. 24), S. 85 (112).

Hinwendung zur Realbeziehung geprägt sein. Vielmehr sollte grundsätzlich am familienrechtlichen Statusprinzip festgehalten werden. Dieses Statusprinzip steht allerdings vor der Entwicklung zu einem „Recht staatlich vorgeformter und abgesicherter, jedoch stets in Wandlung begriffener und offener Rollen“<sup>47</sup> – kurz: einer „Sozialsicherung durch Festlegung dynamischer Erwartungschancen.“<sup>48</sup> Wenn der Statusbegriff damit gewissermaßen zu einem Tor für die rechtliche Abbildung der vielfältigen und wandelbaren Lebens- und Beziehungsformen avanciert, stellt sich die Frage, wie weit der Ehestatus in materieller Hinsicht zukünftig noch expandieren darf und welche Paarbeziehungsformen dann als „verschiedene Typen von Ehe“<sup>49</sup> an dessen – seien es erb- oder auch steuer- und sozialrechtlichen – Wirkungen teilhaben werden.<sup>50</sup>

## 2. Die Expansion des Ehestatus

Dass der Ehestatus in seiner Binnenstruktur bereits in mehreren Rechtsordnungen auf gleichgeschlechtliche Paarbeziehungsformen ausgedehnt wurde, zählt zu den prominentesten Phänomenen des gegenwärtigen Familienrechts.<sup>51</sup>

### a) Erklärbarkeit durch die primäre Deutung der Ehe als Liebes- und Beistandsgemeinschaft

Dieses Phänomen der Staturexpansion wird verständlich, wenn man die Öffnung der Ehe in ihrer inhaltlichen Tragweite als normativen Ausdruck eines primär individualistischen, den wechselseitigen Beistandscharakter betonenden

Eheverständnisses begreift.<sup>52</sup> Diese Betrachtungsweise findet sich auch in der Entscheidungsserie des BVerfG zur Angleichung der Lebenspartnerschaft an die Ehe wieder. Dem BVerfG zufolge besteht die innere Rechtfertigung für die Anordnung eines besonderen Schutzes der Ehe durch Art. 6 Abs. 1 GG im Charakter der Ehe als subjektiv-individualistische Lebens- und Verantwortungsgemeinschaft: „Die Rechtfertigung der Privilegierung der Ehe, und zwar auch der kinderlosen Ehe, liegt, insbesondere wenn man sie getrennt vom Schutz der Familie betrachtet, in der auf Dauer übernommenen, auch rechtlich verbindlichen Verantwortung für den Partner.“<sup>53</sup> Ausgehend von dieser betont individualistischen Wesensbeschreibung der Ehe können an sich keine Denkblockaden hinsichtlich gleichgeschlechtlicher Verantwortungsgemeinschaften als Eheformen aufrechterhalten werden. Daher scheint einer Aufnahme einer gleichgeschlechtlichen Paarbeziehung in den zivilrechtlichen Ehebegriff auf den ersten Blick nichts im Wege zu stehen. Im Gegenteil: Man könnte vielleicht sogar die künftige Hauptaufgabe einer modernen Familienrechtswissenschaft darin sehen, weitere Paarbeziehungsformen rechtlich zu identifizieren und diese auf ihre Aufnahmefähigkeit in den Ehebegriff des § 1353 BGB hin zu evaluieren.<sup>54</sup> Die Konsequenz einer solchen begrifflichen Expansion des Ehestatus wäre jedoch, dass sich auch polygame sowie zeitlich und sachlich befristete Paarbeziehungsformen als Beistands- und Verantwortungsgemeinschaften denken lassen könnten und damit auch als Formen einer noch weiter geöffneten Ehe werten lassen müssten.<sup>55</sup> Denn es wäre inkonsistent, unter Rückgriff auf den Charakter der Ehe als einer primär subjektiv-individualistisch verfassten Liebes- und Verantwortungsgemeinschaft gleichgeschlechtliche Paare in den Ehebegriff aufzunehmen, eine solche Aufnahme aber mehrpoligen und anderweitigen Beziehungsformen zu verweigern, soweit man diese als solidarische und untereinander gleichberechtigte Beistandsbeziehungen wahrnehmen sollte.

<sup>47</sup> Reh binder (Fn. 4), S. 141 (169).

<sup>48</sup> Reh binder (Fn. 4), S. 141 (169). Zu den Konsequenzen einer solchen Verrechtlichung personaler Binnenstrukturen und der damit verbundenen Ausdehnung des Staatseinflusses Forst hof f, DÖV 1955, 648 (649): „[...] Erlahmen des Dranges nach Selbstständigkeit im Sinne der Unabhängigkeit vom Staat [...]. Wer einmal die Wohltat staatlicher Subventionen genossen hat, verzichtet ungern auf die Anlehnung an den Staat.“; siehe ferner Werner, in: Festschrift für Gerhard Leibholz zum 65. Geburtstag, Bd. 2: Staats- und Verfassungsrecht, 1966, S. 153 (161 f.): „Konjunktur des Rechts“ [...] „juridifizierte[ ] Welt des Sozialstaates“; dazu Reh binder (Fn. 4), S. 141 (169).

<sup>49</sup> Muscheler (Fn. 1), Rn. 200.

<sup>50</sup> Dazu siehe auch Röthel, StAZ 2006, 34 (40, 34); ferner Auer, Zum Erkenntnisziel der Rechtstheorie, 2018, S. 59 („höchstwahrscheinlich noch gar nicht abgeschlossene[] Öffnung des Ehebegriffs“).

<sup>51</sup> Dazu umfassend Coester-Waltjen, Rechtsvergleichendes Gutachten über die Einführung der gleichgeschlechtlichen Ehe in ausgewählten Rechtsordnungen, 2018, S. 10 ff., 29 ff., 68 ff., 73 ff., 97 ff., 104 ff., online unter:

<https://www.bayern.de/wp-content/uploads/2018/03/gutachte-n-ehe-fuer-alle-prof-coester-waltjen.pdf> (15.5.2019); dies., ZEuP 2018, 320 (323); siehe ferner Boele-Woelki, RabelsZ 82 (2018), 1 (23 f.); Dethloff, NJW 2018, 23 (25 f.); Dutta, AcP 216 (2016), 609 (620 ff.).

<sup>52</sup> Auer, AcP 216 (2016), 239 (259 ff., 264); dies. (Fn. 50), S. 59 f. („Vertragsprinzip als Grundlage des Eheschlusses“).

<sup>53</sup> BVerfGE 124, 199 (225 f.) = NJW 2010, 1439 ff.

<sup>54</sup> Zur Einbeziehung neuer Lebensformen in den Ehebegriff siehe Dethloff, Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag, 2011, S. 409 (425): „Die Definition von Ehe und Familie muss heute grundsätzlich von Toleranz gegenüber unterschiedlichen gelebten Paar- und Familienformen geprägt sein und diesen rechtlichen Schutz zuerkennen. [...] Es [das Familienrecht] darf die sich wandelnden Familienformen, und dazu gehören auch polygame Lebensformen, nicht ignorieren, wenn es seine Schutzfunktion erfüllen soll.“ Differenzierend Brudermüller, Paarbeziehungen und Recht, 2017, S. 40 ff., 58 ff. (gleichgeschlechtliche Beziehung); S. 50 ff., 76 f., 199, 218 ff. (Polygamie); S. 45 ff., 68 ff., 225 ff. (plurale und alternative Paarbeziehungsformen).

<sup>55</sup> In diese Richtung beispielsweise Auer (Fn. 50), S. 59.

b) Die Ambivalenz der verfassungsrechtlichen Zulässigkeitsdebatte

Auf den zweiten Blick stellt sich aber die Frage, ob einer solch weitreichenden Expansion des Ehestatus durch Art. 6 Abs. 1 GG verfassungsrechtliche Grenzen gesetzt sind. Bereits die vielfältigen Reflexionsversuche zur im Sommer 2017 Gesetz gewordenen „Ehe für alle“ sprechen sich einerseits für<sup>56</sup> und andererseits gegen<sup>57</sup> deren verfassungsrechtliche Zulässigkeit aus und zeichnen damit ein insgesamt ambivalentes Bild des verfassungsrechtlichen Ehebegriffs.<sup>58</sup> Demgegenüber findet sich in der bisherigen Rechtsprechung des BVerfG – neben dem individualistischen Legitimationsdenken des verfassungsrechtlichen Eheschutzes – die Feststellung, dass ein materieller Unterschied zwischen der verschiedengeschlechtlichen Ehe und der vormaligen gleichgeschlechtlichen Lebenspartnerschaft, die nach der Öffnung der Ehe nun nicht mehr eingegangen werden kann,<sup>59</sup> besteht. So wurde in der Entscheidung zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der eingetragenen Lebenspartnerschaft das natürliche Familienpotential der verschiedengeschlechtlichen Ehe als deren genuines Spezifikum gegenüber der gleichgeschlechtlichen Lebenspartnerschaft herausgestellt: „Der Unterschied, dass aus einer auf Dauer verbundenen Zweierbeziehung von Mann und Frau gemeinsame Kinder erwachsen können, aus einer gleichgeschlechtlichen Partnerschaft dagegen nicht, rechtfertigt es, verschiedengeschlechtliche Paare auf die Ehe zu verweisen, wenn sie ihrer Lebensgemeinschaft eine dauerhafte Rechtsverbindlichkeit geben wollen.“<sup>60</sup> Auch in seiner Entscheidung zum Ausschluss des Lebenspartners vom Erbschaftsteuerfreibetrag des Ehegatten hob das BVerfG mit dem natürlichen Familienpotential der Ehe ein Unterscheidungskriterium gegenüber der Lebenspartnerschaft hervor: „In ihrer Eignung als Ausgangspunkt der Generationenfolge unterscheidet sich die Ehe grundsätzlich von der Lebenspart-

nerschaft. Da die Lebenspartnerschaft auf gleichgeschlechtliche Paare begrenzt ist, können aus einer solchen Beziehung grundsätzlich keine gemeinsamen Kinder hervorgehen. Demgegenüber ist die Ehe als Verbindung verschiedengeschlechtlicher Partner möglicher Ursprung einer eigenen Generationenfolge.“<sup>61</sup>

Dieses Zusammentreffen individualistischer Denkkategorien mit dem natürlichen Familienpotential der Ehe hilft zu erkennen, dass man dem Gesamtcharakter des verfassungsrechtlichen Ehebegriffs nicht gerecht wird, wenn man den besonderen Schutz der Ehe einseitig entweder auf ihre Funktion als Verantwortungsgemeinschaft<sup>62</sup> oder ihr natürliches Familienpotential<sup>63</sup> zurückführt. Jede extreme Verschiebung in die eine oder andere Richtung führte nämlich zu einem verkürzten Verständnis des Ehebegriffs.<sup>64</sup> Daher ist nach der hier vertretenen Meinung die Aufnahme der Ehe in den Schutz-

<sup>61</sup> BVerfGE 126, 400 (427) = NJW 2010, 2783 ff.

<sup>62</sup> In diese Richtung BVerfGE 124, 199 (225); siehe ferner *Brosius-Gersdorf*, in: Dreier, Kommentar zum GG, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 6 Rn. 43, 78: „Die Ehe genießt als Beistands- und Verantwortungsgemeinschaft, durch die sie den Staat entlastet, besonderen Schutz. Eine reproduktive Funktion, wie sie die Familie aufweist, kommt der Ehe nicht zu. [...] Nach hier vertretener Auffassung nehmen an der Institutsgarantie neben der Existenz der Ehe nur diejenigen Strukturprinzipien der Ehe teil, die zur Gewährleistung ihrer Funktion als wechselseitiger Beistands- und Verantwortungsgemeinschaft notwendig sind oder sich aus anderen Verfassungsbestimmungen ergeben.“

<sup>63</sup> In diese Richtung etwa *Ipsen*, NVwZ 2017, 1096 (1099): „Dies ist der tiefere Grund, warum der Verfassungsgeber auch die Ehe – nicht nur die Familie – unter den besonderen Schutz des Staates gestellt hat. Das Zusammenleben zweier Partner – sei es auch auf Dauer angelegt – allein vermag eine Schutzpflicht des Staates nicht auszulösen. Es will nicht einleuchten, warum neben dem Grundrechtsschutz, der jedem Bürger zuteilwird, nur die Zuneigung zweier Partner gleichen Geschlechts und die Absicht, eine Lebensgemeinschaft zu führen, eine besondere Schutzpflicht des Staates sollte begründen können.“ (*Hervorhebungen* im Original); siehe ferner *Di Fabio*, NJW 2003, 993 („Verfassungsentscheidung für die vitale Gesellschaft“).

<sup>64</sup> So auch *Böcking*, Der „besondere“ Schutz der Ehe gem. Art. 6 Abs. 1 GG in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 2017, S. 237: „Diese durch das Bundesverfassungsgericht vorgenommene, rein funktionale Auslegung führt dazu, dass die Funktionen der Ehe aufgespalten werden. Dabei bleibt auf der Strecke, dass die Ehe gerade deswegen geschützt wird, weil sie mehrere Funktionen in sich vereinigt.“; siehe dazu auch *Windel*, in: Barnstedt u.a. (Hrsg.), Was gehen den Staat Ehe und Partnerschaft an?, 2002, S. 45 (51): „[...] dass man das Gesamtinstitut Ehe in einzelne Funktionsbereiche mit unterschiedlich starkem verfassungsrechtlichem Schutz aufgliedert.“; siehe ferner *Muscheler* (Fn. 1), Rn. 200: „Warum sollte es undenkbar sein, dass das Gesetz verschiedene Typen von Ehe zur Verfügung stellt, zwischen denen man wählen kann [...]?“

<sup>56</sup> So etwa *Gärditz*, FF 2018, 8 (10); *Hecker*, NVwZ 2018, 621; *ders.*, NJOZ 2018, 641 ff.; *Pschorr/Drechsler*, JA 2018, 122 (131); *Meyer*, FamRZ 2017, 1281 ff.; *Wasmuth*, NJ 2017, 353 ff.; *Bäumerich*, DVBl. 2017, 1457 (1461 ff.); *Bloome*, NVwZ 2017, 1658 (1660 ff.).

<sup>57</sup> So etwa *v. Coelln*, NJ 2018, 1 ff.; *Haydn-Quindeau*, NVwZ 2018, 206 f.; *dies.*, NJOZ 2018, 201 ff.; *Schmidt*, NJW 2017, 2225 ff.; *Ipsen*, NVwZ 2017, 1069 ff.; *Froese*, DVBl. 2017, 1152 ff.; *Holler/Bender*, JSE 2017, 1 ff.

<sup>58</sup> Siehe dazu *Wollenschläger*, Rechtsgutachten für die Bayerische Staatsregierung zur Frage der verfassungsrechtlichen Bewertung des Gesetzes zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts, 2018, online abrufbar unter:

<https://www.bayern.de/wp-content/uploads/2018/03/gutachte-n-ehe-fuer-alle-prof-wollenschlaeger-1.pdf> (15.5.2019).

<sup>59</sup> Nach Art. 3 Abs. 3 des Gesetzes zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts vom 20.7.2017 (BGBl. I 2017, 2787 – in Kraft getreten am 1.10.2017) können in Deutschland Lebenspartnerschaften ab Inkrafttreten dieses Gesetzes nicht mehr begründet werden; siehe dazu BT-Drs. 18/6665 und 18/12989.

<sup>60</sup> BVerfGE 105, 313 (352) = NJW 2002, 2543 ff.

titel des Art. 6 Abs. 1 GG dadurch gerechtfertigt, dass sich in der Ehe die Stabilität einer gegenseitigen Einstands- und Verantwortungsgemeinschaft mit dem natürlichen Potential, sich auf dieser Basis zur Familie entwickeln und dieser eine zuverlässige Grundlage bieten zu können, vereinigt.<sup>65</sup> Erst die Kombination dieser beiden Facetten legitimiert ihren besonderen Schutz.<sup>66</sup> Vor dem Hintergrund dieser Überlegung ist die Expansion des Ehestatus zugunsten gleichgeschlechtlicher Paarbeziehungsformen verfassungsrechtlich angreifbar, wenn man darauf hinweist, dass nach dem derzeitigen Stand aus einer gleichgeschlechtlichen Beziehung keine gemeinsamen Kinder hervorgehen können und sich die verschiedengeschlechtliche Ehe wegen ihres natürlichen Familienpotentials insoweit von ihrer gleichgeschlechtlichen Alternative unterscheidet.<sup>67</sup> Man wird mit dieser Expansion des Ehestatus jedoch dann keine Probleme haben, wenn man dazu bereit ist, auch einer gleichgeschlechtlichen Eheform ein Familienpotential insoweit zuzugestehen, als man diese Partner auf die Möglichkeit einer Adoption verweist und die in diesen Partnerschaften faktisch leistbare Erziehung von Kindern ausreichen lässt.<sup>68</sup>

### III. Ausblick: Rechtswirkungsbezogene Differenzierungen im Eheformenangebot

Hielte man die Expansion des Ehestatus auf dem Boden dieser letzteren Überlegung gleichwohl für verfassungsrechtlich zulässig, so wird man die Frage zulassen müssen, ob sich die zuvor in Einzelpunkten materiell vollzogene Angleichung der Lebenspartnerschaft an die Ehe nun künftig unter dem umgekehrten Vorzeichen ihres natürlichen Familienpotentials als materielle Abgrenzung der umfassenden verschiedengeschlechtlichen und familienpotentiellen Ehe (§ 1353 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB) von der gleichgeschlechtlichen und nicht von sich aus familienpotentiellen Eheform (§ 1353 Abs. 1

S. 1 Alt. 2 BGB) sukzessive wiederholen kann. Lässt man sich nämlich auf den Gedanken ein, dass die gleichgeschlechtliche Ehe nicht gegen ein von Art. 6 Abs. 1 GG vorgegebenes Strukturprinzip verstoßen sollte, so bleibt noch zu klären, ob ein in Bezug auf einzelne – beispielsweise erb-, steuer- oder auch sozialrechtliche – Rechtswirkungen differenzierendes Eheformenangebot mit Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar ist. Es käme also darauf an, ob die Verschiedengeschlechtlichkeit der Ehe nach § 1353 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB und das mit dieser Eheform verbundene natürliche Familienpotential ein hinreichend gewichtiges Unterscheidungsmerkmal im Verhältnis zur gleichgeschlechtlichen Eheform sein kann.

Nach der hier vertretenen Meinung wird man sich bei dieser Diskussion vor Augen zu führen haben, dass es dem BVerfG zufolge mit Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar war, Ehegatten nicht das Institut der Lebenspartnerschaft zu öffnen, weil „aus einer auf Dauer verbundenen Zweierbeziehung von Mann und Frau gemeinsame Kinder erwachsen können, aus einer gleichgeschlechtlichen Partnerschaft dagegen nicht [...]“.<sup>69</sup> Wenn man nun umgekehrt die Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare verfassungsrechtlich nicht beanstanden will, sollte man diesem materiellen Unterschied konsequenterweise aber weiterhin Rechnung tragen. Dies ist möglich, indem man den expandierten Ehestatus hinsichtlich der mit ihm jeweils verbundenen Rechtswirkungen unter der Fragestellung aufspaltet, inwieweit eine jeweilige Rechtsfolge jedenfalls auch auf dem natürlichen Familienpotential einer vom expandierten Ehestatus umfassten Paarbeziehung beruht.<sup>70</sup> Im künftigen familienrechtlichen Diskurs gilt es also, hinsichtlich einzelner mit der Ehe verbundener Statuswirkungen Farbe bezüglich des normativen Stellenwerts des mit dem jeweiligen Ehetyp gegebenen oder ausgeschlossenen natürlichen Familienpotentials zu bekennen.<sup>71</sup>

<sup>65</sup> So auch Böcking (Fn. 64), S. 236 f. („Funktionskombination“).

<sup>66</sup> Ebenso Böcking (Fn. 64), S. 236 f.

<sup>67</sup> In dieser anfänglichen Unmöglichkeit eines gemeinsamen Kindes liegt auch ein wesentlicher Unterschied zur kinderlos gebliebenen verschiedengeschlechtlichen Ehe, bei der sich die prinzipiell mögliche Gründung einer eigenen Familie – jedenfalls vom Erbfall aus zurückblickend – erst nachträglich nicht verwirklicht hat; siehe ferner Ipsen, NVwZ 2017, 1096 ff.

<sup>68</sup> Zu den Möglichkeiten einer Familiengründung für gleichgeschlechtliche Partnerschaften siehe beispielsweise <https://www.familyship.org/> (15.5.2019); kritisch dazu Ipsen, NVwZ 2017, 1096 (1098 f.): „Vielfach ist vorgebracht worden, dass Paare gleichen Geschlechts Kinder adoptieren und deshalb ebenso wie verschiedengeschlechtliche Partner eine Familie gründen könnten. [...] Zur Adoption freigegebene Kinder müssen jedoch bereits in einer – anderen – Familie geboren sein. Hierin besteht der nach wie vor nicht zu leugnende Unterschied zwischen Ehe, die von Partnern verschiedenen und solchen, die von Partnern gleichen Geschlechts geschlossen werden; nur Ersteren ist das Fortpflanzungspotenzial zu eigen.“

<sup>69</sup> BVerfGE 105, 313 (352).

<sup>70</sup> In diese Richtung bereits BVerfGE 105, 313 (359; Sondervotum *Papier*: „Grenzen für eine substantielle Gleichstellung“).

<sup>71</sup> So wird man die bisher nur an die verschiedengeschlechtliche Ehe geknüpften Statuswirkungen auf ihre Kompatibilität mit der gleichgeschlechtlichen Eheform hin kritisch untersuchen können, vgl. etwa Löhnig, NZFam 2017, 643 ff. („Ehe für alle – Abstammung für alle?“); Binder/Kiehnle, NZFam 2017, 742 ff. („Ehe für alle“ und Frauen als Väter“); Knoop, NJW-Spezial 2017, 580 (581): „[...] noch jede Menge zu tun: Sei es die Anpassung der Rechtsvorschriften, die ausdrücklich von Mann und Frau sprechen (z.B. beim Ehenamen: § 1355 Abs. 2 BGB) [...]“; zum Abstammungs- und Kindschaftsrecht siehe Engelhardt, NZFam 2017, 1042 ff. („Die ‚Ehe für alle‘ und ihre Kinder“); ferner siehe Schwab, FamRZ 2017, 1284 ff.; ders., FamRZ 2016, 1 ff.