

Postfach 1168, CH-8021 Zürich

Isabelle Häner
Prof. Dr. iur., Rechtsanwältin
isabelle.haener@bratschi.ch
im Anwaltsregister eingetragen

Livio Bundi
Dr. iur., Rechtsanwalt
livio.bundi@bratschi.ch
im Anwaltsregister eingetragen

Bratschi AG
Bahnhofstrasse 70
CH-8021 Zürich
T +41 58 258 10 00
F +41 58 258 10 99
www.bratschi.ch

3842173

Zürich, 4. November 2020

Rechtsgutachten

**über die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Einführung der
„Ehe für alle“ sowie der Samenspende für lesbische Ehepaare auf
Gesetzebene**

von Prof. Dr. iur. Isabelle Häner/Dr. iur. Livio Bundi

I. SACHVERHALT UND FRAGESTELLUNG

A. Sachverhalt

- 1 Mit parlamentarischer Initiative 13.468 vom 5. Dezember 2013 forderte die Grünliberale Fraktion den Gesetzgeber auf, die rechtlich geregelten Lebensgemeinschaften für alle Paare – ungeachtet ihres Geschlechts oder ihrer sexuellen Orientierung – zu öffnen. Auch gleichgeschlechtliche Paare wären damit fortan zur Heirat berechtigt. Die Forderung sollte mittels Änderung von Art. 14 BV und Art. 38 Abs. 1 Satz 1 BV umgesetzt werden. Sowohl die Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats (RK-N) als auch die Kommission für Rechtsfragen des Ständerats (RK-S) beschlossen daraufhin, der Initiative Folge zu geben.
- 2 Die RK-N traf sodann am 5. Juli 2018 den Grundsatzentscheid, die Öffnung der Ehe für Personen gleichen Geschlechts (alleine) auf dem Wege der Gesetzesänderung vorzunehmen. Sie sprach sich zudem dafür aus, die Gesetzesrevision für die Öffnung des Rechtsinstituts Ehe in Etappen, und nicht in einer einmaligen Revision anzugehen. In der Folge wurde die Verwaltung beauftragt, zusammen mit externen Expertinnen und Experten eine sogenannte Kernvorlage, in der zunächst einmal die Ehe für alle geöffnet werden sollte, auszuarbeiten (vgl. dazu Bericht RK-N, S. 8600 f.).
- 3 Die Kommission hat am 14. Februar 2019 weiter entschieden, die vom BJ erarbeitete Kernvorlage mit einer Änderung der Bestimmungen über die Entstehung des Kindesverhältnisses im Zivilgesetzbuch (ZGB) zu ergänzen. Diese sollte den Zugang zum fortpflanzungsmedizinischen Verfahren der Insemination mit gespendeten Samenzellen für weibliche Ehepaare ermöglichen. Diese „Variante“ wurde aufgrund der dazu durchgeführten Vernehmlassung und der in diesem Zusammenhang geäusserten Bedenken jedoch wieder fallen gelassen und doch nicht in die Kernvorlage aufgenommen (vgl. Bericht RK-N, S. 8611).
- 4 Die von der Verwaltung daraufhin erarbeitete Kernvorlage wurde am 30. August 2019 schliesslich von der RK-N verabschiedet (vgl. Bericht RK-N). In der Folge beantragte der Bundesrat in seiner Stellungnahme zum Bericht der RK-N Eintreten und Zustimmung zur Vorlage der RK-N (vgl. Stellungnahme BR zum Bericht

RK-N.). Wie die RK-N vertritt der Bundesrat die Auffassung, dass die Öffnung der Ehe auf dem Weg einer Gesetzesrevision erfolgen kann. Eine Revision der Bundesverfassung (BV; SR 101) hält der Bundesrat für nicht erforderlich.

5 Am 3. Juni 2020 begann die Debatte im Nationalrat über den (überarbeiteten) Entwurf. Im Verlauf der Beratungen wurde dem Antrag einer Minderheit der RK-N („Minderheit Flach“) zugestimmt, wonach die Kernvorlage durch Art. 252 Abs. 2, 259a E-ZGB sowie einem neue Gliederungstitel vor Art. 255 E-ZGB ergänzt werden solle. Durch die Anpassung dieser Bestimmungen betreffend die Entstehung des Kindesverhältnisses im ZGB sollte eine Samenspende auch für miteinander verheiratete Frauen ermöglicht werden.

6 Zur Abklärung der Frage, ob sich die Gesetzgebungskompetenz des Bundes zur Regelung der Ehe aus der allgemeinen Zivilrechtskompetenz ergebe (Art. 122 BV) oder der in Art. 14 BV verwendete verfassungsmässige Ehebegriff den Bundeszivilgesetzgeber in seiner Tätigkeit einschränke (und damit für die Öffnung der Ehe für alle eine Verfassungsänderung nötig ist), hat der Kommissionspräsident der RK-N beim Bundesamt für Justiz (BJ) ein Gutachten in Auftrag gegeben. Dieses kommt zum Schluss, dass der Gesetzgeber „durch Art. 14 BV nicht daran gehindert [wird], sich auf seine zivilrechtliche Gesetzgebungskompetenz zu stützen, um das Rechtsinstitut der Ehe für Personen gleichen Geschlechts zu öffnen“ (vgl. Gutachten BJ, S. 5).

B. Fragestellung

7 Das vorliegende Gutachten widmet sich im ersten Teil wie das Gutachten des BJ zunächst der Frage, ob zur Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare eine neue Verfassungsgrundlage erforderlich ist, oder ob die ausschliessliche Abstützung der Einführung der Ehe für alle auf die allgemeine Zivilrechtskompetenz (Art. 122 BV) genügt.

8 Im zweiten Teil wird die am 11. Juni 2020 im Nationalrat beschlossene Erweiterung der Kernvorlage hinsichtlich der Öffnung des Zugangs zur medizinisch unterstützten Fortpflanzung aus verfassungsrechtlicher Perspektive beleuchtet.

Es stellt sich die Frage, ob die Ermöglichung der Samenspende für lesbische (Ehe-)Paare im Einklang mit der Bundesverfassung steht.

- 9 Schliesslich wird in einem dritten Teil im Sinne eines Exkurses auf das Verhältnis der Ehe für alle zur Thematik der Adoption Minderjähriger eingegangen, zumal diese heute für Personen, die in eingetragener Partnerschaft leben, ausdrücklich nicht zugelassen ist.

II. LITERATUR UND MATERIALIEN

A. Literatur

- BELSER EVA MARIA/MOLINARI EVA, Basler Kommentar BV, Basel 2015 (zit. BELSER/MOLINARI, Art. 119 BV)
- BÜCHLER ANDREA/CLAUSEN SANDRO, in: Andrea Bächler/Bernhard Rütsche, Kommentar Fortpflanzungsmedizingesetz, Bern 2020, Art. 3 (zit. BÜCHLER/CLAUSEN, Art. 3)
- BIAGGINI GIOVANNI, in: Oliver Diggelmann/Maya Hertig Randall/Benjamin Schindler, Verfassungsrecht der Schweiz, 2. A., Zürich 2020, Verfassungsauslegung, S. 235 ff. (zit. Verfassungsauslegung)
- BIAGGINI GIOVANNI, BV Kommentar, Zürich 2017 (zit. BIAGGINI, Art. XX BV)
- BIAGGINI GIOVANNI, Über die Auslegung der Bundesverfassung und ihr Verhältnis zur EMRK, in: ZBL 114/2013 316 ff. (zit. BIAGGINI, Auslegung)
- GRABENWARTER CHRISTOPH/PABEL KATHARINA, Europäische Menschenrechtskonvention, München 2016
- HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/KELLER HELEN/THURNHERR DANIELA, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 2020
- HANGARTNER IVO, Verfassungsrechtliche Grundlagen einer registrierten Partnerschaft für gleichgeschlechtliche Paare, in: AJP 2001 252 ff.
- KIENER REGINA/KÄLIN WALTER/WYTTEBACH JUDITH, Grundrechte, Bern 2018
- KIENER REGINA/RÜTSCH BERNHARD/KUHN MATHIAS, Öffentliches Verfahrensrecht, Zürich/St. Gallen 2015

- MÄRKLI BENJAMIN, Ehe gegen alle?, in: AJP 2020 466 ff.
- MÜLLER JÖRG PAUL/SCHEFER MARKUS, Grundrechte in der Schweiz, Zürich 2008
- REUSSER RUTH, in: Bernhard Ehrenzeller et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar BV, Zürich 2014 (zit. REUSSER, Art. 14 BV)
- REUSSER RUTH/SCHWEIZER RAINER J., in: Bernhard Ehrenzeller et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar BV, Zürich 2014 (zit. REUSSER/SCHWEIZER, Art. 119 BV)
- RÜTSCH BERNHARD/PICECCHI DARIO, in: Andrea Bächler/Bernhard Rütsche, Kommentar Fortpflanzungsmedizin, Bern 2020, Art. 119 BV (zit. RÜTSCH/PICECCHI, Art. 119 BV)
- SCHODER CHARLOTTE, Die Bedeutung des Grundrechts auf Ehe für das Ehe- und Familienrecht. Eine Untersuchung insbesondere im Hinblick auf die Verbesserung der rechtlichen Stellung gleichgeschlechtlicher Paare, in: AJP 2002 1287 ff.
- SCHWEIZER RAINER J., in: Jean-François Aubert et al. (Hrsg.), Kommentar zur BV vom 29. Mai 1874, Basel/Zürich/Bern 1996 (zit. SCHWEIZER, Art. 24^{novies} aBV)
- TSCHANNEN PIERRE, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Bern 2016
- TSCHANNEN PIERRE, in: Daniel Thürer/Jean-François Aubert/Jörg Paul Müller, Verfassungsrecht der Schweiz, 1. A., Zürich 2001, § 9 Verfassungsauslegung, S. 149 ff. (zit. Verfassungsauslegung)
- UEBERSAX PETER, Basler Kommentar BV, Basel 2015 (zit. UEBERSAX, Art. 14 BV)
- WALDMANN BERNHARD, Basler Kommentar BV, Basel 2015 (zit. WALDMANN, Art. 8 BV)
- ZIEGLER ANDREAS R., Sexuelle Orientierung und schweizerische Rechtsordnung, in: AJP 2013 649 ff.

B. Materialien

- Amtliches Bulletin Nationalrat 2020, Parlamentarische Initiative Ehe für alle, G-Nr. 13.468 (zit. AB N 2020)
- Amtliches Bulletin Nationalrat 2003, Eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare (zit. AB N 2003)
- Amtliches Bulletin Ständerat 1998, Reform der Bundesverfassung (zit. AB S 1998)
- Bericht RK-N zur Parlamentarischen Initiative „Ehe für alle“ vom 30. August 2019, BBl 2019 8595 ff. (zit. Bericht RK-N)
- Botschaft über die Volksinitiative „zum Schutz des Menschen vor Manipulationen in der Fortpflanzungstechnologie und zu einem Bundesgesetz über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung“ vom 26. Juni 1996, BBl 1996 III 205 ff. (zit. Botschaft Fortpflanzung)
- Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I 1 ff. (zit. Botschaft BV)
- Botschaft zum Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare vom 29. November 2002, BBl 2003 1288 ff. (zit. Botschaft PartG)
- Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Adoption) vom 28. November 2014, BBl 2015 877 ff. (zit. Botschaft Revision Adoption)
- Erläuternder Bericht des Bundesamts für Justiz zum Bundesgesetz über die registrierte Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare, November 2001 (zit. Erläuternder Bericht PartG)
- Gutachten vom 7. Juli 2016 des Bundesamts für Justiz BJ an die Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates, Ehe für alle – Fragen zur Verfassungsmässigkeit (zit. Gutachten BJ)
- Stellungnahme des Bundesrates zum Bericht RK-N vom 29. Januar 2020, BBl 2020 1273 ff. (zit. Stellungnahme BR zum Bericht RK-N)

III. RECHTLICHES

1. Art. 122 BV: Umfassende Gesetzgebungskompetenz des Bundes

- 10 Gemäss Art. 122 Abs. 1 BV ist die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Zivilrechts und des Zivilprozessrechts Sache des Bundes. Es handelt sich hierbei um eine umfassende Gesetzgebungskompetenz, welche der Bund ausgeschöpft hat (vgl. BIAGGINI, Art. 122 BV, Rz. 2). Das Eherecht, welches als Bestandteil des Familienrechts im Zweiten Teil des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB; SR 210) geregelt ist, gehört zum Zivilrecht und gründet damit auf der besagten Gesetzgebungskompetenz von Art. 122 Abs. 1 BV. Materielle Vorgaben für das Zivilrecht sind in Art. 122 Abs. 1 BV nicht enthalten, womit der Gesetzgeber das Institut der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare grundsätzlich öffnen dürfte.

2. Derogatorische Kraft der Bundesverfassung

- 11 Den Normen der BV kommt aufgrund der erhöhten formellen Geltungskraft der BV gegenüber allen anderen Normen des schweizerischen Rechts Vorrang zu (= derogatorische Kraft der BV). Die Verfassung steht damit in der Normenhierarchie über den Gesetzen im formellen Sinn (vgl. hierzu HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 24 f.; BIAGGINI, Art. 5 BV, Rz. 12). Aufgrund der Überordnung der Verfassung und der Einheit der Rechtsordnung sind denn auch alle Rechtssätze, insbesondere auch Bundesgesetze, verfassungskonform auszulegen (vgl. HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 148).
- 12 Eine gewichtige Einschränkung der derogatorischen Kraft der Bundesverfassung ist jedoch in Art. 190 BV enthalten. Danach sind Bundesgesetze und Völkerrecht stets anzuwenden, selbst dann, wenn sie verfassungswidrig sind. Art. 190 BV ist so zu verstehen, dass die Gerichte Bundesgesetzen und Völkerrecht in einem konkreten Streitfall nicht die Anwendung mit dem Argument versagen dürfen, sie seien verfassungswidrig. Es existiert damit ein sogenanntes Anwendungsgebot. Immerhin besteht zufolge der Rechtsprechung kein Prüfungsverbot: Die Justizbehörde kann also festhalten, dass das akzessorisch angefochtene Bundesgesetz eigentlich verfassungswidrig wäre, muss es aber trotzdem zur Anwendung

bringen (vgl. etwa BGE 129 II 249 E. 5.4 S. 263; KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN, Rz. 1763 ff.).

- 13 Es ist zu betonen, dass Art. 190 BV die Normenhierarchie nicht in Frage stellt, zumal die Bestimmung ausschliesslich die Rechtsanwendung betrifft und damit von begrenzter Tragweite ist. Sie entbindet insbesondere den Gesetzgeber nicht von seiner Pflicht, die Verfassung zu beachten und verfassungskonform zu legislieren (vgl. Botschaft BV, S. 428; BIAGGINI, Art. 190 BV, Rz. 13).

3. Recht auf Ehe und Familie (Art. 14 BV)

3.1 Gegenstand und Funktion

- 14 Gemäss Art. 14 BV ist das Recht auf Ehe und Familie gewährleistet. Art. 14 BV umfasst damit einerseits das verfassungsmässige Individualrecht, ohne Beeinträchtigung seitens des Staates eine Ehe einzugehen bzw. auf Eingehung einer Ehe zu verzichten (vgl. Botschaft BV, S. 154; BIAGGINI, Art. 190 BV, Rz. 2). Andererseits gewährleistet das Recht auf Ehe auch den Bestand der Ehe als Institut (vgl. BIAGGINI, Art. 14, Rz. 7; UEBERSAX, Art. 14 BV, Rz. 21 f.; KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, § 15, Rz. 3; BGE 126 II 425 E. 4b/bb S. 432; 119 II 264 E. 4b S. 267). Dies geht nicht nur aus der Botschaft (vgl. Botschaft BV, S. 154) und der parlamentarischen Beratung (vgl. AB S, S. 41 und 209), sondern auch aus dem Wortlaut von Art. 14 BV klar hervor. So wird der Terminus „gewährleistet“ in der Verfassung überall dort verwendet, wo es um eine rechtlich abgesicherte Institutsgarantie geht (vgl. REUSSER, Art. 14, Rz. 22). Der Gesetzgeber ist damit gestützt auf Art. 14 BV i.V.m. Art. 35 Abs. 1 BV verpflichtet, die für die Verwirklichung des Grundrechts erforderlichen gesetzlichen Vorschriften zu erlassen und das Institut besonders zu schützen. Die Institutsgarantie überschneidet sich insoweit mit der Kerngehaltsgarantie, als es dem Gesetzgeber untersagt ist, das Institut der Ehe seiner Substanz zu berauben (vgl. KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, § 15, Rz. 17) oder abzuschaffen.

3.2 Die Institutsgarantie im Besonderen

- 15 Die Institutsgarantie verpflichtet den Gesetzgeber, ein Eherecht vorzusehen, welches das Eheinstitut im Einzelnen ausgestaltet und ihm einen rechtlichen Rahmen gibt, gleichzeitig aber auch die Ehe in ihrem verfassungsrechtlichen Sinn nicht aushöhlen und entleeren darf (vgl. KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, § 15, Rz. 3; REUSSER, Art. 14 BV, Rz. 24; soeben, Rz. 14). Das öffentliche Interesse hinter der Institutsgarantie der Ehe wird von der Lehre dahingehend konkretisiert, dass die staatlich geordnete eheliche Gemeinschaft von Frau und Mann die optimale Grundlage für heranwachsende Nachkommen und ihren rechtlichen Schutz bildet (vgl. HANGARTNER, S. 256). Das Bundesgericht hat sodann in BGE 126 II 425 E. 4 a festgehalten, dass die Ehe und Familie aus biologischen Gründen immer noch und natürlicherweise in anderer Form zum Fortbestand der Gesellschaft beiträgt als die gleichgeschlechtliche Partnerschaft.
- 16 Aus den Materialien zur Bundesverfassung ergibt sich, dass das Eheinstitut sicherstellen soll, dass sich zwei nicht gleichgeschlechtliche Personen heiraten können. Das Recht auf Ehe soll die Verbindung zwischen Frau und Mann garantieren und erstreckt sich weder auf Ehen zwischen Transsexuellen noch auf homosexuelle Ehen (vgl. AB S, S. 209; Botschaft BV, S. 155; zur Entstehungsgeschichte von Art. 14 BV vgl. ausführlich REUSSER, Art. 14, Rz. 1 ff.). Dies war bereits unter Geltung von Art. 54 aBV der Fall und hat sich mit der Totalrevision der BV nicht geändert (vgl. Botschaft BV, S. 155). Art. 14 BV soll denn auch die besondere Schutzwürdigkeit der traditionell verstandenen Ehe zum Ausdruck bringen, dies im Vergleich zu anderen Formen des Zusammenlebens, die von Art. 14 BV nicht mitumfasst werden (vgl. BIAGGINI, Art. 14, Rz. 8; Erläuternder Bericht PartG, S. 50). Es geht in diesem Zusammenhang sowohl um negative Abwehrmassnahmen wie auch um positive Förderungsmassnahmen (vgl. REUSSER, Rz. 25). Mit anderen Worten wird der Ehe als Verbindung zwischen Frau und Mann somit von Verfassung wegen ein privilegierter Schutz eingeräumt, insbesondere im Vergleich zu anderen Formen des Zusammenlebens (a.A. MÄRKLI, S. 469, der seine Auffassung jedoch im Hinblick auf das deutsche Grundgesetz äussert). Geht man von dieser Sichtweise aus, würde es dem historischen Willen und dem Sinn und Zweck von Art. 14 BV widersprechen, wenn der Gesetzgeber

das Institut der Ehe für andere Formen des Zusammenlebens öffnen würde (vgl. BIAGGINI, Art. 14 Rz. 9).

- 17 Der Vollständigkeit halber sei sodann festgehalten, dass gleichgeschlechtliche Paare zwar nicht unter den Schutzbereich von Art. 14 BV fallen, jedoch unter die Schutzbereiche von Art. 8 Abs. 2 BV, Art. 10 BV und Art. 13 BV (vgl. REUSSER, Art. 14, Rz. 31; HANGARTNER, S. 253). Ein Anspruch auf Gleichstellung dieser Zusammenlebensform mit dem Institut der Ehe ergibt sich daraus jedoch nicht (vgl. WALDMANN, Art. 8 BV, Rz. 77; BIAGGINI, Art. 8 BV, Rz. 24).

3.3 Der verfassungsrechtliche Ehebegriff

- 18 Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich, dass die Ehe als Institut lediglich verschiedengeschlechtlichen Paaren offen stehen soll. Damit wird die Verschiedengeschlechtlichkeit der Ehegatten zur Vorgabe bzw. zum konstitutiven Merkmal des verfassungsrechtlichen Begriffs der Ehe (a.A. SCHODER, S. 1293; MÄRKLI, S. 474). Der Ehebegriff gemäss BV meint folglich die staatlich geregelte, auf Dauer, das heisst grundsätzlich bis zum Tod eines Gatten angelegte Lebensgemeinschaft eines Mannes und einer Frau (vgl. BGE 126 II 425 E. 4b/bb S. 431; REUSSER, Art. 14, Rz. 8; UEBERSAX, Art. 14, Rz. 13; KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, Rz. 8 ff.; Gutachten BJ, S. 4 f.; Erläuternder Bericht PartG, S. 50).

3.4 Der Ehebegriff nach Art. 12 EMRK

- 19 Auch der EGMR macht in seiner ständigen Rechtsprechung zu Art. 12 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK; SR 0.101) die Verschiedengeschlechtlichkeit zum konstitutiven Element der Ehe (vgl. GRABENWARTER/PABEL, § 22, Rz. 79, m.H.; BGE 119 II 264 E. 4c S. 267 m.H. auf die Rechtsprechung des EGMR; KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, § 15, Rz. 10). In seiner neueren Rechtsprechung geht der EGMR weiterhin von einem engen Schutzbereich von Art. 12 EMRK aus, wenngleich er erkennt, dass eine gewisse Tendenz in einzelnen Mitgliedstaaten bestehe, auch gleichgeschlechtlichen Paaren ein Recht auf Eheschliessung zu gewähren (vgl. GRABENWARTER/PABEL, § 22, Rz. 79, m.H. auf die EGMR-Rechtsprechung). Die Frage der

Zulassung der gleichgeschlechtlichen Ehe sei allerdings der Regelung des nationalen Rechts der Mitgliedstaaten überlassen. Art. 12 EMRK verpflichtet die Staaten folglich nicht dazu, den Zugang zur Ehe für gleichgeschlechtliche Paare zu gewähren (vgl. Oliari u.a. gegen Italien, Urteil vom 21. Juli 2015, Rz. 191 f.).

4. Zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der Erweiterung des Rechtsinstituts der Ehe

4.1 Lehrmeinungen zur Einführung der Ehe für alle auf Gesetzesebene

20 Ein Teil der Lehre vertritt die Auffassung, die Institutsgarantie gemäss Art. 14 BV verbiete es dem Gesetzgeber nicht, die Ehe auch auf gleichgeschlechtliche Gemeinschaften auszudehnen. Damit wird die Möglichkeit befürwortet, allein über das Gesetzgebungsverfahren die Ehe homosexuellen Paaren zu öffnen (vgl. etwa MÜLLER/SCHEFER, S. 230 m.H.; ZIEGLER, S. 654; KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, Rz. 11). Für diese Ansicht wird ins Feld geführt, das Institut der Ehe sei dem gesellschaftlichen Wandel unterworfen und es obliege dem Gesetzgeber, den jeweiligen Wertvorstellungen und gesellschaftlichen Wirklichkeiten, aber auch den elementaren Bedürfnissen von Minderheiten Rechnung zu tragen (vgl. MÜLLER/SCHEFER, S. 229; in diesem Sinne auch MÄRKLI, S. 474 f.). Das in den Verfassungsmaterialien mit Bezug auf die Verschiedengeschlechtlichkeit klar eingegrenzte Eheinstitut wird hierbei im Sinne eines geltungszeitlichen Normverständnisses ausgeweitet (vgl. näher dazu sogleich, Rz. 22 ff.). Ebenfalls wird vorgebracht, dass das Kriterium der Verschiedengeschlechtlichkeit der Ehegatten zumindest nicht explizit in der verfassungsmässigen Ehefreiheit enthalten sei (vgl. ZIEGLER, S. 654). Schliesslich wird auch angeführt, dass in der bundesrätlichen Botschaft zur neuen BV die Ablehnung einer Ausweitung des Rechts auf Ehe auf alle Formen des Zusammenlebens durch eine zeitliche Einschränkung relativiert worden sei und sich lediglich auf die Ausweitung des Rechts auf Ehe in der Verfassung, nicht aber auf die gesetzliche Ehe bezogen habe. 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 (vgl. Gutachten BJ, S. 5 f.).

- 21 Dem steht der andere Teil der Lehre gegenüber. Dieser Teil der Lehre weist darauf hin, dass es die Institutsgarantie von Art. 14 BV nicht erlaube, die Ehe für gleichgeschlechtliche Paare zu öffnen, weil der Verfassungsgeber der Ehe im traditionellen Sinn besonderen Schutz verleihen wollte (BIAGGINI, Art. 14 Rz. 9; REUSSER, Art. 14 Rz. 29; vgl. vorne, Rz. 16). Dieser würde aufgehoben, wenn der Gesetzgeber ein gleichnamiges Institut für die gleichgeschlechtliche Ehe schaffen würde.

4.2 Auslegung von Art. 14 BV

4.2.1 Verfassungsauslegung – Besonderheiten

- 22 Die Auslegung einer Verfassungsbestimmung erfolgt grundsätzlich nach denselben methodischen Regeln, wie sie für die Auslegung der einfachen Gesetze entwickelt wurden (vgl. BGE 116 Ia 359 E. 5c S. 367; vgl. auch BIAGGINI, Verfassungsauslegung, Rz. 4). In Lehre und Praxis werden verschiedene Auslegungsmethoden nebeneinander berücksichtigt, so die grammatikalische Auslegung, welche auf den Wortlaut, Wortsinn und Sprachgebrauch abstellt, die systematische Auslegung, welche den Sinn einer Rechtsnorm durch ihr Verhältnis zu anderen Rechtsnormen und durch den systematischen Zusammenhang innerhalb des Erlasses bestimmt, die historische Auslegung, welche auf den Sinn abstellt, den man einer Norm zur Zeit ihrer Entstehung gab, sowie die teleologische Auslegung, welche auf die Zweckvorstellung abstellt, die mit einer Rechtsnorm verbunden ist, wobei diese aus der historischen Perspektive oder geltungszeitlich erfolgen kann (vgl. hierzu HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 90 ff.). Im Zusammenhang mit der Verfassungsauslegung führt der in der Schweiz vorherrschende Methodenpluralismus auf Verfassungsstufe allerdings häufig kaum weiter und besteht die Gefahr einer gewissen Beliebigkeit, gerade wenn es um eine politisch sehr umstrittene Frage geht (vgl. auch BIAGGINI, Verfassungsauslegung, Rz. 18).
- 23 Im Vordergrund steht vorliegend die Frage, ob der historischen oder der geltungszeitlichen Methode, auf welche sich die beiden Teile in der Lehre beziehen,

der Vorrang einzuräumen ist (vgl. vorne, Rz. 20 f.). Die geltungszeitliche Auslegung tritt – wie vorliegend – häufig in ein Spannungsverhältnis zur historischen Auslegung, welche ihrerseits auf den Sinn abstellt, den man einer Norm zur Zeit ihrer Entstehung gab (vgl. HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 101 und 115).

24 Bei den Verfassungen kommt denn auch hinzu, dass deren Besonderheiten bei der Auslegung ebenfalls Rechnung getragen werden muss (so TSCHANNEN, § 4 Rz. 38). TSCHANNEN hebt insbesondere die Strukturprinzipien der Verfassung sowie die Einheit der Verfassung hervor (vgl. TSCHANNEN, § 4 Rz. 38, 40 ff.). BIAGGINI, Verfassungsauslegung, Rz. 19, wiederum verweist darauf, dass im gewaltenteiligen demokratischen Verfassungsstaat die Stellung des jeweiligen Interpreten und Entscheiders im Institutionsgefüge zentral ist, d.h. die Frage nach dem Auslegungssubjekt und die Frage nach dem zeitlichen, verfahrensmässigen, institutionellen und normativen Kontext, in dem die Verfassung ausgelegt werden soll.

25 Zum institutionellen Kontext ist insbesondere festzuhalten, dass Staatsverfassungen auf Dauer angelegt und im Vergleich zum Gesetz erschwert abänderbar sind, was auch in der Schweiz der Fall ist, weil die Verfassungsänderung dem obligatorischen Referendum untersteht und neben dem Volksmehr das Ständemehr notwendig ist (vgl. Art. 195 BV). Abgesehen von dieser erhöhten demokratischen und föderalistischen Legitimation besteht aber gleichwohl eine gewisse Flexibilität. Die Staatsrechtslehre spricht denn auch von einer relativ starren Verfassung im Gegensatz zur starren Verfassung, die nicht abänderbar ist (vgl. HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 31). Bei der Verfassungsauslegung tritt „der Verfassungsinterpret in Konkurrenz zum Verfassungsgeber“, welchem die höchste Legitimation zukommt (BIAGGINI, Verfassungsauslegung, Rz. 2). Das Parlament (und das Volk bei Ergreifen des fakultativen Referendums) als Gesetzgeber steht somit in Konkurrenz zum Volk und den Ständen als Verfassungsgeber. Hinzu kommt, dass die Schweiz gegenüber Bundesgesetzen keine Verfassungsgerichtsbarkeit kennt (Art. 190 BV). Bei der Abwägung, inwiefern die geltungszeitliche oder die historische Auslegung Platz greifen soll, ist insbesondere dieser institutionelle Kontext zu berücksichtigen.

- 26 Die geltungszeitliche oder auch zeitgemässe Auslegung greift auf das Normverständnis zur Zeit der Normanwendung zurück. Damit wird bei einem gleichbleibenden Normtext die Wandlung des Normsinns ermöglicht (vgl. TSCHANNEN, § 4, Rz. 28). In der Lehre wird die zeitgemässe Auslegung nicht durchwegs als eigenständiges Auslegungselement anerkannt, was indes die Frage nach dem aktuellen Sinn der Norm nicht ausschliesst (vgl. hierzu RHINOW/SCHEFER, Rz. 490 ff.).
- 27 Die Vorteile einer zeitgemässen Auslegung von Rechtsnormen werden gemeinhin darin gesehen, dass das Recht für den Bürger besser erkennbar ist, ohne dass er historische Materialien zum besseren Normverständnis beiziehen muss. Im Weiteren wird angeführt, ermögliche die zeitgemässe Auslegung eine kontinuierliche Anpassung des Rechts an die soziale Wirklichkeit und verhindere damit eine Versteinigung der Rechtsordnung (vgl. HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 116).
- 28 Als Nachteile der zeitgemässen Auslegung werden genannt, dass die rechtsanwendenden Behörden nicht in vollem Masse an einen einmal vom Gesetz- bzw. Verfassungsgeber getroffenen Entscheid gebunden sind, sondern in ihrer Rechtsfindung über eine grosse Freiheit verfügen und damit das Prinzip der Gewaltenteilung relativiert wird. Sich ändernde Verständnisse von Rechtsvorschriften beeinträchtigen zudem die Rechtssicherheit der Rechtsunterworfenen (vgl. HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 116).
- 29 Grundsätzlich ist festzuhalten, dass einer Norm in jenen Fällen ein zeitgemässer Sinn eher gegeben werden darf, wo dieser für den historischen Gesetzgeber infolge eines Wandels der tatsächlichen Verhältnisse nicht voraussehbar war und in der bisherigen Anwendung auch nicht zum Ausdruck gekommen ist, wenn er noch mit dem Wortlaut des Gesetzes vereinbar ist (vgl. BGE 125 II 206 E. 4 d/bb S. 213). Im umgekehrten Fall, wenn der Gesetzgeber – oder wie hier der Verfassungsgeber – jedoch eine Entwicklung durchaus vorausgesehen hat, diese Voraussicht aber keinen Eingang in die auszulegende Norm gefunden hat, erweist sich die zeitgemässe Auslegung als problematisch, weil damit der Wille des Gesetz- bzw. Verfassungsgebers übergangen wird.

30 Zwar wird insbesondere in Bezug auf die Grundrechte häufig festgehalten, dass diese – wegen ihrer Offenheit in der Formulierung – eher einer geltungszeitlichen Auslegung zugänglich sind als z.B. die Kompetenznormen in der Bundesverfassung (vgl. TSCHANNEN, Verfassungsauslegung, Rz. 3). Gleichzeitig wird jedoch ebenso allgemein betont, dass insbesondere bei den Grundrechten die Grenze der Auslegung beim Schutzzweck eines Grundrechts liegt. Wird der Schutzzweck gesprengt, müsste geradezu ein ungeschriebenes Grundrecht anerkannt werden, was indessen insbesondere erstens einer breiten Anerkennung in den Kantonen und zweitens eines breiten Grundkonsenses bedürfte (vgl. TSCHANNEN, § 4, Rz. 30 sowie § 7, Rz. 17). Zudem hält TSCHANNEN, § 4, Rz. 31, dafür, dass Verfassungsteile, welche eine verhältnismässig hohe Normdichte aufweisen, danach befragt werden müssten, wieweit sie eine klare politische Entscheidung des historischen Verfassungsgebers zum Ausdruck geben. Damit wird implizit die erhöhte demokratische und föderalistische Legitimation der Verfassung angesprochen.

31 Schliesslich spielen bei der Auslegung der Verfassungsnormen, soweit ein Auslegungsspielraum besteht, ebenso die herrschende Anschauung eine Rolle und insoweit auch die Äusserungen in der Lehre, aber auch in der Gesellschaft. Dabei muss ebenso die Überzeugungskraft der Argumente mit in Betracht gezogen werden (vgl. BIAGGINI, Verfassungsauslegung, Rz. 25).

4.2.2 Zur Auslegung von Art. 14 BV

32 Zunächst ist es zutreffend, dass der Wortlaut von Art. 14 BV die Verschiedengeschlechtlichkeit der Ehe nicht explizit voraussetzt. Gegen die geltungszeitliche Auslegung des Rechtsinstituts Ehe spricht jedoch zunächst die vergleichsweise noch junge Bundesverfassung (vgl. auch TSCHANNEN, § 4, Rz. 29). Es ist weitgehend unbestritten, dass der damalige Verfassungsgeber das Rechtsinstitut der Ehe lediglich für verschiedengeschlechtliche Partnerschaften gewährleisten wollte (vgl. BGE 126 II 425 E. 4a; vgl. vorne, Rz. 15). Eine Relativierung dieses Willens in zeitlicher Hinsicht, welche das Gutachten BJ aufgrund des Satzes „Eine Ausweitung auf alle Formen des Zusammenlebens würde heute [von den

Verfassern hervorgehoben] dem Grundgedanken des Instituts Ehe widersprechen“ annimmt, mag zwar in der bundesrätlichen Botschaft vorgenommen worden sein. Daraus kann jedoch kein Zeitpunkt abgeleitet werden, in welchem eine Ausweitung des Instituts der Ehe auf gleichgeschlechtliche Partnerschaften zulässig wäre. Vielmehr entspricht es dem gewöhnlichen Lauf der Dinge, dass in der Verfassung gesellschaftliche Entwicklungen nicht ausgeschlossen werden können. Gerade der Umstand, dass der Verfassungsgeber einen möglichen Wandel in den tatsächlichen Verhältnissen vor 21 Jahren vorausgesehen hat, eine Ausweitung der Ehe auf alle Formen des Zusammenlebens und damit unter anderem auch auf das gleichgeschlechtliche Zusammenleben jedoch bewusst ausgeschlossen hat, spricht gegen eine geltungszeitliche Auslegung des Rechtsinstituts Ehe, was auch vom Bundesgericht so bestätigt wurde (vgl. insbesondere BGE 126 II 425 E. 4b; vorne, Rz. 18).

- 33 Dass 21 Jahre nach Erlass der Bundesverfassung bereits ein tiefgreifender Wandel die Gesellschaft erfasst haben soll, welcher die Ausdehnung der Ehe auf gleichgeschlechtliche Paare ohne Teilrevision der Bundesverfassung sowie entgegen dem klaren Willen des Verfassungsgebers rechtfertigen würde, ist sodann – entgegen den Äusserungen in einem Teil der Lehre (vgl. vorne, Rz. 20) – nicht ersichtlich. Zum normativen Kontext ist insbesondere zu betonen, dass mit Einführung des Partnerschaftsgesetzes (PartG; SR 211.231) am 1. Januar 2007 unter anderem gerade deshalb ein „Aliud“ zur Ehe geschaffen wurde, weil die Einführung der Ehe für alle ohne Verfassungsänderung als nicht zulässig erachtet wurde (vgl. Erläuternder Bericht PartG, S. 50; auch den Hinweis auf das Deutsche Bundesverfassungsgericht bei REUSSER, Art. 14 BV, Rz. 30). Im Weiteren deutet auch das sehr knappe und mittlerweile aufgehobene Resultat, mit welchem das Volk die Volksinitiative „Für Ehe und Familie – gegen die Heiratsstrafe“ abgelehnt hatte (1'664'224 Nein gegen 1'609'152 Ja) nicht auf einen solchen fundamentalen Wandel bei Volk und Ständen hin. Die Mehrheit der Stände (15 3/2 Ja gegen 5 3/2 Nein) hätte die Initiative gar angenommen. Schliesslich ist in diesem Zusammenhang noch einmal auf die ursprüngliche parlamentarische Initiative Nr. 13.468 der Grünliberalen Fraktion hinzuweisen, welche ebenfalls auf die Änderung der Verfassung abzielte (vgl. Rz. 1).

- 34 Es genügt sodann auch nicht, den Wandel des Ehebegriffs mit Hinweis auf die ausländische Rechtsentwicklung zu begründen, zumal die Staaten, welche die Ehe für alle kennen, weltweit in der Minderheit sind (vgl. auch REUSSER, Art. 14 BV, Rz. 30). Wenn zudem europäische Staaten genannt werden, welche die Ehe für alle auf Gesetzesstufe eingeführt haben, so müsste ebenso geprüft werden, welche Flexibilität die Verfassung überhaupt aufweist und inwiefern diese abänderbar ist. Je schwieriger sich eine Verfassungsänderung erweist, desto eher wird auf das Gesetzgebungsverfahren ausgewichen.
- 35 Die Auffassung eines Teils der Lehre, wonach das Institut der Ehe dem gesellschaftlichen Wandel unterworfen sei und es dem Gesetzgeber obliege, den jeweiligen Wertvorstellungen und gesellschaftlichen Wirklichkeiten, aber auch elementaren Bedürfnissen von Minderheiten, in der Ausgestaltung des Instituts Rechnung zu tragen (vgl. MÜLLER/SCHEFER, S. 229), darf sodann auch aus folgendem institutionellen Grund nicht unwidersprochen bleiben. So waren Versuche, für Bundesgesetze die Verfassungsgerichtsbarkeit einzuführen, in der Vergangenheit regelmässig erfolglos, was zur Folge hat, dass Bundesgesetze bis auf weiteres immunisiert bleiben (vgl. hierzu BIAGGINI, Art. 190 BV, Rz. 2). Damit verfügt die Schweiz über kein Verfassungsgericht, welches – wie beispielsweise in Deutschland – Bundesgesetze auf ihre Verfassungskonformität hin überprüft und im Falle einer Verfassungswidrigkeit ihre Anwendung versagt. Der Gesetzgeber hat jedoch nicht die Funktion des Verfassungsgebers, sondern er hat rechtsetzende Bestimmungen in der Form des Bundesgesetzes oder der Verordnung bzw. Erlasse in der Form des Bundesbeschlusses auszuarbeiten und ist dabei an die Verfassung gebunden (vgl. Art. 148 Abs. 1 BV; vgl. auch vorne, Rz. 11 f.). Es ist aufgrund des Anwendungsgebots von verfassungswidrigen Bundesgesetzen denn auch sehr wichtig, die sorgfältige Überprüfung der Verfassungskonformität einer geplanten Regelung im Gesetzgebungsprozess vorzunehmen (vgl. auch BIAGGINI, Art. 190 BV, Rz. 6). Meint nun der Gesetzgeber, ein bisheriges Verfassungsverständnis, das sich zudem ausdrücklich manifestiert hat, entspreche nicht mehr der gesellschaftlichen Wirklichkeit, ist dieser verfassungsrechtlichen Eigenheit der Schweizerischen Bundesverfassung Rechnung zu tragen. Dies bedeutet, dass sich der Gesetzgeber zunächst sorgfältig mit der

Frage auseinanderzusetzen hat, ob eine geplante Regelung tatsächlich der Verfassung entspricht und die Verfassung überhaupt Spielraum für eine geltungszeitliche Auslegung offen lässt. Bestehen Zweifel darüber und lassen sich auch nicht ohne weiteres herrschende Wertvorstellungen herleiten, kann der Entscheid über die Frage der Verfassungsmässigkeit aufgrund der in der Schweiz nicht vorgesehenen Verfassungsgerichtsbarkeit für Bundesgesetze nicht einem Gericht überlassen werden, sondern ist von den dafür kompetenten Organen, i.e. Volk und Ständen, einzuholen (vgl. Art. 140 Abs. 1 lit. a BV).

36 Die Schweizerische Bundesverfassung ist wie erwähnt keine starre Verfassung, sondern in einem dem Gesetzgebungsverfahren angelehnten Verfahren abänderbar (vgl. Art. 192–195 BV), sodass eine Anpassung von Verfassungsbestimmungen an gesellschaftliche Realitäten durch den Gesetzgeber ohnehin nicht im Vordergrund stehen kann.

37 Da die Verschiedengeschlechtlichkeit der Ehegatten gemäss dem historischen Verfassungsgeber, der Rechtsprechung und eines Teils der Lehre konstitutives Merkmal des verfassungsrechtlichen Begriffs der Ehe ist, kann nicht davon ausgegangen werden, dass Art. 14 BV einen Spielraum offen lässt, um dieser Bestimmung eine geltungszeitliche Auslegung zugrunde zu legen (vgl. dazu vorne, Rz. 30). Dazu kommt der institutionelle Rahmen, dass der Gesetzgeber in Konkurrenz mit Volk und Ständen nicht unbesehen vom historischen Willen des Verfassungsgebers abweichen kann. Schliesslich ist auch auf das normative Umfeld (vgl. vorne, Rz. 33) zu verweisen, welches ebenfalls gegen eine geltungszeitliche Auslegung spricht. Dem die geltungszeitliche Auslegung von Art. 14 BV befürwortenden Teil der Lehre ist entgegenzuhalten, dass er die institutionellen Aspekte gerade nicht berücksichtigt (vgl. dazu vorne, Rz. 20). Angesichts dessen, dass der historische Wille des Verfassungsgebers in die andere Richtung zeigt und die Institutsgarantie auf die verschiedengeschlechtliche Ehe beschränkt hat, zeigt sich die Notwendigkeit, institutionelle Gesichtspunkte bei der Auslegung der Verfassung miteinzubeziehen und damit die Gefahr einzuschränken, dass die Interpreten ihren eigenen Wertungen folgen, die grade bei der Ehe für alle durchaus vielfältig sein können.

4.3 Unabhängigkeit vom Ehebegriff nach Art. 14 BV?

38 Denkbar ist, Art. 14 BV zwar so auszulegen, dass heute ausschliesslich die monogame Ehe zwischen Frau und Mann erfasst wird und somit eine Berufung homosexueller Paare auf Art. 14 BV ausgeschlossen bleibt, dem Gesetzgeber jedoch gleichwohl zuzugestehen, das Rechtsinstitut der Ehe für gleichgeschlechtliche Partner zu öffnen (vgl. in diesem MÜLLER/SCHEFER, S. 229 f; Gutachten BJ, S. 6). Diese Ansicht berücksichtigt zu Recht, dass Art. 14 BV nach herrschender Lehre und Rechtsprechung sowie nach dem klaren Willen des Verfassungsgebers die Verschiedengeschlechtlichkeit der Ehegatten als konstitutives Begriffselement statuiert. Sie verkennt jedoch, dass der so definierten Ehe in Art. 14 BV ein privilegierter Schutz eingeräumt wird, insbesondere im Vergleich zu anderen Formen des Zusammenlebens. Würde man das Rechtsinstitut der Ehe über den Gesetzgebungsweg für gleichgeschlechtliche Paare – oder auch für andere Formen des Zusammenlebens – öffnen, würde die Privilegierung der Ehe zwischen Mann und Frau relativiert bzw. aufgehoben, was dem Schutzzweck der Institutsgarantie von Art. 14 BV (i.V.m. Art. 35 Abs. 1 BV) widersprechen würde (vgl. auch vorne, Rz. 15; BIAGGINI, Art. 14 N. 9).

39 Mit einem solchen Vorgehen würde zudem neben dem Art. 14 BV zugrundeliegenden Ehebegriff via Gesetzgebung bzw. Art. 122 BV ein zweiter, neben Art. 14 BV stehender Ehebegriff eingeführt. Dadurch würde der Grundsatz der Einheit und Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung verletzt, zumal fortan zwei unterschiedliche bzw. nicht deckungsgleiche Ehebegriffe in der schweizerischen Rechtsordnung vorzufinden wären. Die systematische Auslegung – die Einheit und Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung ist ein Element davon – von Art. 14 BV führt damit ebenfalls zum Schluss, dass über Art. 122 BV kein abweichender Ehebegriff eingeführt werden darf.

4.4 Fazit: Ehe für alle als Verstoß gegen die Institutsgarantie

40 Die Auslegung von Art. 14 BV ergibt, dass der Verfassungsgeber die Verschiedengeschlechtlichkeit zum konstitutiven Element des Ehebegriffs gemacht

hat und das Institut der Ehe lediglich für verschiedengeschlechtliche Paare gewährleisten wollte und von diesem Sinn und Zweck von Art. 14 BV ausgegangen ist. Eine geltungszeitliche Auslegung von Art. 14 BV vermag die Öffnung der Ehe für alle nicht zu rechtfertigen, zumal der geltend gemachte gesellschaftliche Wandel nicht rechtfertigt, den historischen Willen zu übergehen, was sich einerseits aus dem normativen Umfeld ergibt (Partnerschaftsgesetz) und andererseits der Gesetzgeber dem historischen Willen, wenn er wie vorliegend deutlich zum Ausdruck kommt, nicht übergehen und die Funktion des Verfassungsgebers übernehmen darf. Eine Teilrevision der Bundesverfassung würde nicht nur das Ständemehr und damit das föderalistische Element missachten, sondern sich auch über den klaren Willen des Verfassungsgebers hinwegsetzen. Schliesslich kann die Ehe für alle auch nicht unabhängig vom Ehebegriff in Art. 14 BV auf Gesetzesebene eingeführt werden, zumal ein solches Vorgehen die Ehe als Institutsgarantie unterminieren würde bzw. die traditionelle Ehe deprivilegieren würde und dem Grundsatz der Einheit und Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung widersprechen würde.

5. Verfassungsrechtliche Regelung des Fortpflanzungsverfahrens

41 Gemäss Art. 119 Abs. 2 lit. c BV erlässt der Bund Vorschriften über den Umgang mit menschlichem Keim- und Erbgut. Er sorgt dabei für den Schutz der Menschenwürde, der Persönlichkeit und der Familie und beachtet unter anderem insbesondere den Grundsatz, dass die Verfahren der medizinisch unterstützten Fortpflanzung nur angewendet werden dürfen, wenn die Unfruchtbarkeit oder die Gefahr der Übertragung einer schweren Krankheit nicht anders behoben werden kann. Entsprechend sieht Art. 5 des Fortpflanzungsmedizingesetzes (FMedG; SR 810.11) vor, dass ein Fortpflanzungsverfahren nur angewendet werden darf, damit die Unfruchtbarkeit eines Paares überwunden werden soll und die anderen Behandlungsmethoden versagt haben oder aussichtslos sind (lit. a), oder die Gefahr, dass eine schwere Krankheit auf die Nachkommen übertragen wird, anders nicht abgewendet werden kann (lit. b).

42 Im Weiteren verlangt Art. 119 Abs. 2 lit. g BV, dass jede Person Zugang zu den Daten über ihre Abstammung hat (vgl. auch Art. 27 FMedG). Diese Bestimmung

wird teilweise als ein ausserhalb des Grundrechtskatalogs der BV (vgl. Art. 7 ff. BV) statuiertes Grundrecht genannt, teilweise als eine an den Bund gerichtete verfassungsrechtliche Vorgabe, die bei der Erfüllung des Gesetzgebungsauftrags zu beachten ist und welcher grundrechtsverdeutlichende Funktion, insbesondere im Hinblick auf Art. 13 BV, zukommt (vgl. hierzu BIAGGINI, Art. 119 BV, Rz. 18, m.H.).

- 43 Der Nationalrat hat kürzlich beschlossen, dass die Einführung der Ehe für alle im ZGB mit den Art. 252 Abs. 2 und 259a E-ZGB sowie einem neue Gliederungstitel vor Art. 255 ergänzt werden solle (Minderheitsantrag Flach). Die erwähnten Bestimmungen sollen wie folgt lauten:

Art. 252 Abs. 2 E-ZGB: *„Zwischen dem Kind und dem anderen Elternteil wird es kraft der Ehe der Mutter begründet oder, soweit gesetzlich vorgesehen, durch Anerkennung oder durch das Gericht festgestellt.“*

Gliederungstitel vor Art. 255 E-ZGB: *„Zweiter Abschnitt: Die Elternschaft des Ehemannes oder der Ehefrau“*

Art. 259a ZGB *„Elternschaft bei gleichgeschlechtlichen Ehepaaren*

¹ *Ist die Mutter im Zeitpunkt der Geburt mit einer Frau verheiratet, so gilt die Ehefrau als der andere Elternteil.*

² *Hinsichtlich der Rechtsstellung des anderen Elternteils sind die Bestimmungen betreffend die Rechtsstellung des Vaters sinngemäss anwendbar.“*

- 44 Mit diesen Einfügungen bzw. Änderungen des ZGB beabsichtigt der Nationalrat, dass auch bei lesbischen Paaren Fortpflanzungsverfahren angewendet werden dürfen bzw. auch einem lesbischen Paar die Möglichkeit offensteht, eine Schwangerschaft ohne Geschlechtsverkehr herbeizuführen (vgl. dazu etwa Voten von C. Markwalder und K. Bertschy, AB N 2020 893 u. 895). Art. 3 FMedG unter dem Titel „Kindeswohl“ sieht vor, dass Fortpflanzungsverfahren nur angewendet werden dürfen, wenn das Kindeswohl gewährleistet ist (Abs. 1). Im Weiteren dürfen Fortpflanzungsverfahren auch nur bei Paaren angewendet werden,

zu denen ein Kindesverhältnis im Sinne der Artikel 252–263 ZGB begründet werden kann (Abs. 2 lit. a). Zuzufolge Art. 3 Abs. 3 FMedG dürfen gespendete Samenzellen sodann nur bei Ehepaaren verwendet werden.

- 45 Bereits anlässlich der Debatte des behandelnden Rats stellte sich die Frage, ob die von der Kommissionsminderheit beantragte Ergänzung des ZGB mit den genannten Bestimmungen bzw. die damit bezweckte Öffnung der Samenspende für lesbische Paare verfassungskonform sei (vgl. Frage von D. Zuberbühler, AB N 2020 891). Diese Frage soll im Folgenden geprüft werden.

6. Zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der Samenspende für lesbische Paare

6.1 Auslegung von Art. 119 Abs. 2 lit. c BV

- 46 Gemäss Wortlaut von Art. 119 Abs. 2 lit. c BV dürfen Verfahren der medizinisch unterstützten Fortpflanzung unter anderem lediglich bei der Indikation Unfruchtbarkeit und lediglich ultima ratio („wenn (...) nicht anders behoben werden kann“) angewendet werden.

- 47 Der Terminus der Unfruchtbarkeit ist ein medizinischer Terminus. Gemäss der Definition nach ICD 10 der WHO liegt sie beim Menschen vor, wenn nach einem Jahr trotz regelmässigen, ungeschützten Geschlechtsverkehrs zu optimalen Zeitpunkten keine Schwangerschaft entsteht (vgl. auch Botschaft Fortpflanzung, S. 251; BELSER/MOLINARI, Art. 119 BV, Rz. 30). Damit wird deutlich, dass eine Unfruchtbarkeit bei gleichgeschlechtlichen Paaren oder bei alleinstehenden Personen ohne Partner des anderen Geschlechts per definitionem nicht vorliegen kann. Die Parthenogenese und die Entstehung von Embryonen aus zwei Eizellen oder zwei Samenzellen sind natürlicherweise nicht möglich, womit auch der Zugang gleichgeschlechtlicher Paare bzw. alleinstehender Personen ohne Partner des anderen Geschlechts zur medizinisch unterstützten Fortpflanzung ausgeschlossen ist (vgl. REUSSER/SCHWEIZER, Art. 119 BV, Rz. 34; BIAGGINI, Art. 119 Rz. 14; vgl. auch Botschaft PartG, S. 1324). Der Einwand eines Teils der Lehre, wonach nicht von vornherein klar sei, ob die Verfassung diesem medizinischen

Verständnis verpflichtet sei oder ob Unfruchtbarkeit im verfassungsrechtlichen Sinne nicht umfassend als unerfüllbarer Kinderwunsch zu verstehen sei (vgl. BELSER/MOLINARI, Art. 119 BV, Rz. 30; RÜTSCHÉ/PICECCHI, Art. 119 BV, Rz. 70), vermag auch deshalb nicht zu überzeugen, weil das im Jahr 2004 erlassene PartG in Art. 28 PartG homosexuellen Paaren den Zugang zur fortpflanzungsmedizinischen Verfahren ausdrücklich verbietet und zudem auch Art. 3 FMedG davon ausgeht (dazu sogleich), mithin auch der Gesetzgeber die Verfassungsbestimmung so ausgelegt hat. Art. 119 BV hat praktisch wörtlich diejenigen Teile von Artikel 24^{novies} aBV übernommen, die den Humanbereich betreffen (vgl. Botschaft BV, S. 335), wobei die Indikation der Unfruchtbarkeit bereits unter Geltung von Art. 29^{novies} BV im medizinischen Sinne verstanden wurde (vgl. SCHWEIZER, Art 24^{novies} aBV, Rz. 73).

48 Der Sinn und Zweck der Regelung von Art. 119 Abs. 2 lit. c BV, den Zugang zu Fortpflanzungsverfahren auf Paare verschiedenen Geschlechts zu beschränken, kann mit dem Interesse des Kindeswohls erklärt werden (vgl. hierzu Botschaft Fortpflanzung, S. 251), wobei sich die Frage des Kinderwunsches von gleichgeschlechtlichen Paaren unter Geltung der aBV von 1874 noch nicht gestellt haben dürfte. Dass der Zugang zu Fortpflanzungsverfahren aus Gründen des Kindeswohls lediglich Paaren verschiedenen Geschlechts offen stehen soll, ergibt sich jedoch ausdrücklich aus Art. 3 FMedG (vgl. Titel und Abs. 1 der Bestimmung). Im Weiteren wird in Art. 3 Abs. 3 FMedG auch festgehalten, dass gespendete Samenzellen nur bei Ehepaaren verwendet werden dürfen. Das FMedG ist somit noch restriktiver als Art. 119 Abs. 2 lit. c BV, was den Zugang zur Fortpflanzungsverfahren betrifft (vgl. auch BÜCHLER/CLAUSEN, Art. 3 Rz. 77).

49 In verfassungssystematischer Hinsicht steht Art. 119 Abs. 2 lit. c BV auch in Zusammenhang mit Art. 119 Abs. 2 lit. g BV. Letztere Bestimmung stellt zumindest eine verfassungsrechtliche Vorgabe dar, an welche sich der Gesetzgeber unter anderem bei der Regelung der medizinisch unterstützten Fortpflanzung zu halten hat (vgl. vorne, Rz. 42). Weil jede Person Zugang zu den Daten über ihre Abstammung hat, ist in diesem Sinne – und insbesondere auch im Sinne des Kindeswohls (vgl. Art. 11 BV) – möglichst weitgehend sicherzustellen, dass der Zu-

gang zu Fortpflanzungsverfahren so geregelt ist, dass diesem Anspruch Rechnung getragen wird. Der Zugang zu Fortpflanzungsverfahren wird in Art. 3 Abs. 2 lit. a FMedG denn auch ausdrücklich jenen Paaren vorbehalten, zu denen ein Kindesverhältnis im Sinne der Art. 252–263 ZGB begründet werden kann. Würde man im ZGB eine Ausweitung der Elternschaftsvermutung gemäss Minderheitsantrag Flach vornehmen, würde dieses Ansinnen hintergangen, zumal eine solche Elternschaftsvermutung auch gelten würde, wenn das Kind durch Geschlechtsverkehr mit dem Samenspender, durch Privatinsemination, Becherspende oder anonyme Samenspende im Ausland gezeugt wurde. In solchen Fällen sind die Spenderdaten nicht gemäss schweizerischen Vorgaben dokumentiert (vgl. Votum BR Keller-Sutter, AB N 2020 889; siehe im Weiteren die Vernehmlassungsantwort der Konferenz der kantonalen Aufsichtsbehörden im Zivilstandsamt zur Vorlage Ehe für alle vom 12. April 2019). Art. 119 Abs. 2 lit. g BV verbietet dem Gesetzgeber, eine solche Rechtslage herzustellen. Sie würde überdies dem Kindeswohl (vgl. Art. 11 BV) widersprechen.

50 Im Zusammenhang mit Art. 119 Abs. 2 lit. g BV ist sodann auch Art. 8 EMRK anzuführen. Der EGMR hat festgehalten, dass das Recht auf Identität gemäss Art. 8 EMRK auch den Anspruch einschliesst, seine Abstammung zu kennen (vgl. Godelli gegen Italien, Urteil vom 25. September 2012, Rz. 65). Dies ergibt sich sodann ebenfalls aus Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Art. 8 des Übereinkommens über die Rechte des Kindes (KRK; SR 0.107; vgl. dazu BGE 128 I 63 E. 4.2 E. 73).

51 Im Weiteren ist darauf hinzuweisen, dass Art. 119 Abs. 2 lit. d BV ausdrücklich alle Arten von Leihmutterschaften verbietet. Dies hat zur Folge, dass zwei homosexuelle Männer von Verfassung wegen nicht zu einem Kind kommen. Es ist auch aus diesem Grund und unter Berücksichtigung von Art. 8 Abs. 1 BV nicht ersichtlich, weshalb Art. 119 Abs. 2 lit. c BV für lesbische Paare den Zugang zu Fortpflanzungsverfahren ermöglichen sollte, zumal damit eine Diskriminierung geschaffen wird.

52 In systematischer Hinsicht wird sodann auch Art. 8 Abs. 2 BV zur Auslegung von Art. 119 Abs. 2 lit. c BV immer wieder vorgebracht. Die beim Zugang zu den Fortpflanzungsverfahren vorgenommene Anknüpfung an die Lebensform der

Heterosexualität muss nach der hier vertretenen Auffassung jedoch zulässig sein. Darauf wird nachfolgend noch gesondert eingegangen (siehe hinten, Rz. 56 ff.).

- 53 Schliesslich kann festgehalten werden, dass auch der historische Wille des Verfassungsgebers von 1874 bei der Totalrevision der BV 1999 nicht in Frage gestellt wurde (vgl. Botschaft BV, S. 335). Damit hat sich der Verfassungsgeber ausdrücklich dem Verständnis unter Art. 24^{novies} aBV angeschlossen, wonach der Zugang gleichgeschlechtlicher Paare bzw. alleinstehender Personen ohne Partner des anderen Geschlechts zur medizinisch unterstützten Fortpflanzung ausgeschlossen ist.
- 54 Insgesamt ergibt sich somit, dass gestützt auf Art. 119 Abs. 2 lit. c BV das Verfahren der medizinisch unterstützten Fortpflanzung ausschliesslich heterosexuellen Paaren offenstehen darf. Dies hat zur Folge, dass die vom Nationalrat am 11. Juni 2020 beschlossenen Ergänzungen der Allgemeinen Bestimmungen über die Entstehung des Kindesverhältnisses verfassungswidrig sind, soweit sie 1. einen über den verfassungsmässigen Ehebegriff (vgl. vorne, Rz. 18) hinausgehenden Ehebegriff etablieren und 2. soweit damit die Anwendung der Fortpflanzungsverfahren auch lesbischen Paaren ermöglicht werden soll. Die Samenspende für lesbische Paare ist verfassungsrechtlich unzulässig. Auch hier müsste folglich die Verfassung geändert und die Zustimmung von Volk und Ständen eingeholt werden. Eine Änderung des ZGB, wie sie der Minderheitsantrag Flach zu Folge hat und zu einer Elternschaftsvermutung für die gleichgeschlechtliche Partnerin der Mutter führt (vgl. vorne, Rz. 43), setzt sich zudem nicht nur in Widerspruch zu Art. 119 Abs. 2 lit. c BV, sondern auch zu Art. 3 FMedG, der sich auf verschiedengeschlechtliche Ehepaare bezieht.
- 55 Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass Art. 119 Abs. 2 lit. c BV auch in Bezug auf die Präimplantationsdiagnostik angepasst und somit Volk und Ständen die Änderung vorgelegt wurde, weil sich die Bestimmung als zu eng erwies.

6.2 Verhältnis zu Art. 8 Abs. 2 BV im Besonderen

- 56 Die Debatte im Nationalrat zum Minderheitsantrag Flach hat zum Ausdruck gebracht, dass hauptsächlich auf das Argument der Gleichbehandlung mit gemischtgeschlechtlichen Ehepaaren zurückgegriffen wird, um den Zugang lesbischer Paare zur medizinisch unterstützten Fortpflanzung zu begründen (vgl. nur Votum C. Markwalder, AB N 2020 893). Es wird im Folgenden daher geprüft, ob aus dem Diskriminierungsverbot ein Recht für homosexuelle Paare auf Zugang zur medizinisch unterstützten Fortpflanzung abgeleitet werden kann.
- 57 Zusage Art. 8 Abs. 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 in diesem Sinne liegt gemäss Bundesgericht vor, „wenn eine Person ungleich behandelt wird allein aufgrund ihrer Zugehörigkeit zu einer bestimmten Gruppe, welche historisch oder in der gegenwärtigen sozialen Wirklichkeit tendenziell ausgegrenzt oder als minderwertig angesehen wird. Die Diskriminierung stellt eine qualifizierte Ungleichbehandlung von Personen in vergleichbaren Situationen dar, indem sie eine Benachteiligung von Menschen bewirkt, die als Herabwürdigung oder Ausgrenzung einzustufen ist, weil sie an Unterscheidungsmerkmalen anknüpft, die einen wesentlichen und nicht oder nur schwer aufgebaren Bestandteil der Identität der betroffenen Person ausmachen, insofern beschlägt das Diskriminierungsverbot auch Aspekte der Menschenwürde nach Art. 7 BV“ (vgl. nur BGE 139 I 292 E. 8.2.1 S. 303).
- 58 Es ist festzuhalten, dass Art. 8 Abs. 2 BV es nicht verbietet, an ein sogenannt verpöntes Merkmal anzuknüpfen. Die Anknüpfung an ein verpöntes Merkmal wie etwa das Geschlecht oder die Lebensform begründet lediglich den „Verdacht“ einer unzulässigen Differenzierung. Die Ungleichbehandlung bedarf demzufolge einer qualifizierten Rechtfertigung, das heisst, ernsthafter und triftiger Gründe (vgl. BGE 126 II 377 E. 6a S. 393; BIAGGINI, Art. 8 BV, Rz. 22, m.w.H.; KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, § 36, Rz. 37).

Mit der Erwähnung des verpönten Merkmals der „Lebensform“ sollte auch die Homosexualität erfasst werden. Der Verfassungsgeber wollte damit jedoch weder eine Grundlage für ein Recht auf Adoption noch auf Zugang zu fortpflanzungsmedizinischen Verfahren für gleichgeschlechtliche Paare schaffen. Die mit den beiden Rechten einhergehende Ungleichbehandlung ist ausdrücklich gewollt und mit Art. 8 Abs. 2 BV vereinbar (vgl. hierzu BIAGGINI, Art. 8 BV, Rz. 24, m.H.; WALDMANN, Art. 8 BV, Rz. 77). So lässt das Verbot der Diskriminierung wegen der Lebensform nach Art. 8 Abs. 2 BV jene Schlechterbehandlungen Homosexueller zu, die sich unmittelbar daraus ergeben, dass entsprechende Partnerschaften nicht auf leibliche Nachkommenschaft ausgerichtet sind (vgl. MÜLLER/SCHEFER, S. 228). Das ist vorliegend der Fall, kann doch eine gleichgeschlechtliche Lebensform aufgrund biologischer Tatsachen grundsätzlich nicht auf leibliche Nachkommen ausgerichtet sein, zumal die Parthenogenese und die Entstehung von Embryonen aus zwei Eizellen oder zwei Samenzellen natürlicherweise nicht möglich sind (vgl. vorne, Rz. 47). Die Ungleichbehandlung ist jedenfalls aufgrund der verfassungsrechtlichen Festlegungen in Art. 119 Abs. 2 lit. c – wie im Übrigen auch gemäss Art. 14 BV – ausdrücklich gewollt und bislang auch vom Gesetzgeber nicht in Frage gestellt worden.

Im Weiteren stellt sich auch die Frage, inwiefern das Kindeswohl dem Zugang zu fortpflanzungsmedizinischen Verfahren für gleichgeschlechtliche Paare entgegenstehen könnte. Diese Bedenken kamen auch bei Erlass des PartG zum Ausdruck. So wird in der Botschaft zum PartG im Zusammenhang mit der Zulassung gleichgeschlechtlicher Paare zur Adoption ausgeführt, dass eine solche die bisherigen Grundprinzipien des Kindesrechts durchbrechen würde, mit der Folge, „dass ein Kind entgegen dem natürlichen Kindesverhältnis rechtlich zwei Mütter oder zwei Väter hätte. Das würde das Kind in eine Ausnahmesituation bringen, die sich auf jeden Fall in der heutigen Gesellschaft nicht rechtfertigen liesse“ (vgl. Botschaft PartG, S. 1320). In der parlamentarischen Debatte wurde von der Mehrheit betont, dass gleichgeschlechtlich orientierte Menschen nicht mindere Erziehungsfähigkeiten hätten, jedoch das Kindeswohl im Zentrum stehen müsse (vgl. Votum D. Leuthard, AB 2003 N 1817). Diese Ansicht dürfte heute zwar nicht mehr unumstritten sein und es wird regelmässig ins Feld geführt, dass homosexuelle Paare Kinder ebenso liebevoll aufzuziehen vermögen (vgl. nur Votum C.

Markwalder, AB N 2020 N 893). Seit dem Inkrafttreten des PartG – bei dem die Ausführungen hinsichtlich des Kindeswohls noch relativ absolut formuliert wurden und dementsprechend auch in Art. 28 PartG ihren Niederschlag fanden – sind jedoch lediglich 13 Jahre vergangen. Inwiefern sich eine einheitliche wissenschaftliche Meinung herausgebildet hat, steht nicht eindeutig fest.

- 61 Selbst wenn sodann der Ausschluss homosexueller Paare von Fortpflanzungsverfahren in der Schweiz als ungerechtfertigte Ungleichbehandlung bzw. Diskriminierung qualifiziert würde, müsste diese wie erwähnt aufgrund der spezifischen Bestimmung in Art. 119 Abs. 2 lit. c BV als verfassungsmässig qualifiziert werden (so auch Gutachten BJ, S. 8). Es gehört zwar zu den Aufgaben des Verfassungsinterpreten einen möglichst schonenden Ausgleich der verschiedenen Verfassungs- und Grundrechtsinteressen zu suchen und damit praktische Konkordanz zu schaffen (vgl. BGE 139 I 16 S. 24), die Auslegung im Lichte des verfassungsrechtlichen Gesamtkontextes darf im Ergebnis jedoch nicht zulasten des demokratischen Verfassungsgebers gehen (vgl. BIAGGINI, Auslegung, S. 321). Es ist sodann darauf hinzuweisen, dass auch eine Ungleichbehandlung von Frau und Mann nicht absolut unzulässig ist und gegenteilige Regelungen in der Verfassung selbst vorbehalten sind (vgl. etwa BGer, U.v. 24. August 2017, 2C_1051/2016, E. 3.4).

7. Exkurs: Adoption durch gleichgeschlechtliche Paare und Kindeswohl

- 62 Die Einführung der Ehe für alle – welche nach Auffassung der Gutachter zwingend über eine Verfassungsrevision geschehen müsste – hätte unter anderem automatisch zur Folge, dass die Bestimmungen betreffend die gemeinschaftliche Adoption durch verheiratete Personen (vgl. Art. 264a Abs. 1 ZGB) sowohl auf verschieden- wie auf gleichgeschlechtliche Ehepaare Anwendung fänden. So setzt Art. 264a ZGB keine Verschiedengeschlechtlichkeit der adoptionswilligen Ehegatten voraus. Der Zugang zum Adoptionsverfahren stünde damit auch homosexuellen Ehepaaren offen.

- 63 Das geltende PartG sieht in Art. 28 heute vor, dass Personen, die in eingetragener Partnerschaft leben, weder zur gemeinschaftlichen Adoption noch zu Fortpflanzungsmedizinischen Verfahren zugelassen sind. Wie bereits vorne ausgeführt, wurde bei Einführung des PartG der Zugang eingetragener Partnerinnen und Partner zur gemeinschaftlichen Adoption verweigert. Dies wurde damit begründet, dass die Zulassung gleichgeschlechtlicher Paare zur Adoption dazu führen würde, „dass ein Kind entgegen dem natürlichen Kindesverhältnis rechtlich zwei Mütter oder zwei Väter hätte. Das würde das Kind in eine Ausnahmesituation bringen, die sich auf jeden Fall in der heutigen Gesellschaft nicht rechtfertigen liesse“ (vgl. Botschaft PartG, BBl 2003 1320).
- 64 Seit mehreren Jahren werden jedoch im Ausland erfolgte Adoptionen durch gleichgeschlechtliche Paare in der Schweiz anerkannt (Bericht RK-N, S. 8610). Mit Inkrafttreten der Revision des Adoptionsrechts am 1. Januar 2018 ist sodann auch die Stiefkindadoption für eingetragene Partnerschaften zugelassen (vgl. Art. 264c ZGB). Mit der Ermöglichung der Stiefkindadoption für Personen in eingetragener Partnerschaft sollte dem Umstand Rechnung getragen werden, dass bereits heute viele Kinder in solchen Partnerschaften aufwachsen. Die Tatsache, dass diese Kinder nicht im gleichen Mass rechtlich abgesichert sind wie Kinder in ehelichen Gemeinschaften, sei stossend und widerspreche auch Art. 2 KRK (vgl. Botschaft Revision Adoption, S. 909). Bei der Zulassung der Stiefkindadoption war eine Auseinandersetzung mit den immer wieder vorgebrachten Argumenten, dass für das Kind ein Aufwachsen bei einem gleichgeschlechtlichen Paar zu Schwierigkeiten in der Entwicklung führen könnte, nicht von Bedeutung (vgl. Botschaft Revision Adoption, S. 910), womit aus seiner Zulassung keine Folgerungen für die Zulassung zur Adoption von fremden Kindern abgeleitet werden können.
- 65 Es kann an dieser Stelle festgehalten werden, dass es sinnvoll ist, die Frage des Kindeswohls auf Gesetzgebungsebene abzuhandeln und die Argumente, welche für und gegen das Kindeswohl (vgl. Art. 11 BV) sprechen, sorgfältig zu eruieren und gegeneinander abzuwägen. Die Einführung der Ehe für alle würde diesen Schritt jedoch übergehen, da damit automatisch die Bestimmungen betreffend die gemeinschaftliche Adoption durch verheiratete Personen (vgl. Art. 264a Abs.

1 ZGB) zur Anwendung gelangen würden. Insofern würde die Einführung der Ehe für alle vorgängig auch eine vertiefte Diskussion über die Auswirkungen auf das Kindeswohl erfordern.

IV. ZUSAMMENFASSUNG UND BEANTWORTUNG DER GUTACHTENSFRAGEN

66 Die Gutachtensfrage, ob zur Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare eine neue Verfassungsgrundlage erforderlich ist, oder ob die ausschliessliche Abstützung der Einführung der Ehe für alle auf die allgemeine Zivilrechtskompetenz (Art. 122 BV) genügt, kann wie folgt beantwortet werden:

67 Die Gesetzgebungskompetenz gestützt auf Art. 122 BV entbindet den Gesetzgeber nicht davon, verfassungskonform zu legiferieren. Die derzeitige verfassungsrechtliche Verankerung der Ehe als Institutsgarantie in Art. 14 BV basiert auf einem traditionellen Begriffsverständnis der Ehe und ist vom historischen Verfassungsgeber so gewollt. Das normative Umfeld hat sich nicht derart geändert und ein Wertwandel hat ebenfalls nicht so stattgefunden, dass der Gesetzgeber befugt wäre, sich über diesen historischen Willen des Verfassungsgebers hinwegzusetzen und einer geltungszeitlichen Auslegung der Verfassung den Vorzug einzuräumen. Eine solche Verfassungsauslegung setzt sich leicht dem Vorwurf der Beliebigkeit aus, zumal es vorliegend um eine Grundfrage der gesellschaftlichen Wertungen geht. Umso mehr ist es erforderlich, dass sich der Gesetzgeber seiner Rolle als Verfassungsinterpret in Konkurrenz zum Verfassungsgeber bewusst ist. Eine Beachtung des historischen Willens erscheint zudem umso mehr angezeigt, als in der Schweiz die Verfassungsgerichtsbarkeit gegenüber Bundesgesetzen ausgeschlossen ist (Art. 190 BV). Aus all diesen Gründen ist der Gesetzgeber – unabhängig von der politischen Meinung – nicht befugt, die erhöhte demokratische und föderalistische Legitimation einer Verfassungsänderung ausser Kraft zu setzen. Die Einführung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare ausschliesslich über den Gesetzgebungsweg ist nicht zulässig. Hierfür müsste Art. 14 BV geändert werden.

- 68 Die Gutachtensfrage, ob die Ermöglichung der Samenspende für lesbische Paare im Einklang mit der Bundesverfassung steht, ist wie folgt zu beantworten:
- 69 Gestützt auf Art. 119 Abs. 2 lit. c BV ergibt sich, dass die Verfahren der medizinisch unterstützten Fortpflanzung ausschliesslich heterosexuellen Paaren offenstehen dürfen. Auch hier geht es darum, dass die vom Verfassungsgeber ausgedrückte Meinung nicht durch eine Gesetzesänderung, die überdies auch die klare Äusserung im FMedG überspielt, ausser Kraft gesetzt wird. Die Samenspende für lesbische Paare ist damit verfassungsrechtlich unzulässig. Soll die Samenspende erlaubt werden, braucht dies ebenfalls eine Verfassungsänderung.
- 70 Die Einführung der Ehe für alle würde – unabhängig davon, ob die Einführung auf Verfassungs- oder Gesetzesebene geschähe – mit Bezug auf den damit einhergehenden Zugang gleichgeschlechtlicher Paare zum Adoptionsverfahren auch die Frage des Kindeswohls aufwerfen. Es ist geboten, die damit zusammenhängenden, heute noch offenen Fragen vorgängig zur Einführung der Ehe für alle vertieft abzuklären und zu diskutieren.
- 71 Im Ergebnis ist festzuhalten, dass der Gesetzgeber bei einer recht eindeutigen verfassungsrechtlichen Ausgangslage, dass sich der Verfassungsgeber vor nicht allzu langer Zeit für eine traditionelle Sichtweise des Instituts der Ehe ausgesprochen hat, den Weg der Verfassungsänderung beschreiten und die demokratischen und föderalistischen Entscheide einholen muss, sowohl in Bezug auf Art. 14 BV, wie auch in Bezug auf Art. 119 Abs. 2 lit. c BV. Der Minderheitsantrag Flach geht auch deshalb zu weit – und erscheint insofern auch unehrlich – als er gleichzeitig die klaren Entscheide im FMedG, dass die Samenspende einzig verschiedengeschlechtlichen Ehepaaren offen stehe soll, überspielt.

Freundliche Grüsse

Prof. Dr. iur. Isabelle Häner

Dr. iur. Livio Bundi