

Erster Beratungsgegenstand:

**Verfassungsgarantie und sozialer Wandel –
Das Beispiel von Ehe und Familie**

1. Bericht von Prof. Dr. *Axel Frhr. v. Campenhausen*, Göttingen

Inhalt

	Seite
1. Einleitung	8
2. Gesellschaftliche Veränderungen	8
3. Die Entstehung der Ehe- und Familienschutzartikel in der Weimarer Reichsverfassung und im Grundgesetz	11
4. Die heutige Fragestellung	16
5. Der Ehebegriff des Art. 6 I GG; nichteheliche Lebensgemeinschaften	16
6. Der Familienbegriff des Art. 6 I GG und der Schutz von nicht auf die Ehe gegründeten Familien	21
7. Art. 6 I GG als mehrdimensionale Verfassungsbestimmung	25
8. Die Institutsgarantie von Ehe und Familie	25
9. Art. 6 I GG als Grundrecht im klassischen Sinne	27
10. Art. 6 I GG als soziales Grundrecht; rechtliche Unterschiede zwischen erster und zweiter Ehe	29
11. Art. 6 I GG als wertentscheidende Grundsatznorm	34
12. Die Benachteiligung der Familie im Steuerrecht	35
13. Ehe und Familie im Rentenrecht: die Ausbeutung von kinderreichen Eltern und insbesondere von Familienmüttern durch Kinderlose und Kinderarme	41
14. Schlußbetrachtung: kein stiller Verfassungswandel, sondern schreiende Mißachtung der Verfassung durch den Gesetzgeber	47

1. Einleitung

Der verfassungsrechtlich gebotene Schutz von Ehe und Familie ist aus seinem Aschenputteldasein herausgetreten. Fanden früher nur Teilaspekte wie das konfessionelle, später das allgemeine Elternrecht, das Recht der elterlichen Sorge und natürlich das Ehescheidungsrecht und seine Implikationen größere Aufmerksamkeit, so ist dies nun schlagartig anders geworden. Gelehrte Kongresse, wissenschaftliche Literatur und eine unübersehbar werdende Flut von Veröffentlichungen rücken Ehe und Familie¹, aber auch das nichteheliche Zusammenleben in den Mittelpunkt des Interesses. Hier ist etwas in Bewegung geraten. Schlummernde Probleme sind in das allgemeine Bewußtsein getreten².

2. Gesellschaftliche Veränderungen

Die Ursachen sind heterogener Art. Die politische Öffentlichkeit dürfte in dem Augenblick erwacht sein, in dem die rentenpolitischen Konsequenzen der demographischen Entwicklung unübersehbar wurden. Die Zahl³ der Geburten hat sich in den letzten zwanzig Jahren fast halbiert. Die Zahl der Tötung noch nicht geborener Kinder wird in unserem Wohlstands- und Sozialstaat auf jährlich 300.000 geschätzt. Auf zwei geborene Kinder kommt danach eine Abtreibung. Seit 1972 erreichen die Geburten nicht mehr die Sterbeziffern. Die

¹ Einen guten Überblick über die neue Literatur vermittelt *Zeidler*, Ehe und Familie, in: HdbVerfR, 1983, S. 555ff. Vgl. auch: Der Wandel familiärer Lebensmuster und das Sozialrecht, Verhandlungen des Deutschen Sozialrechtsverbandes. Dritte Sozialrechtslehrertagung 1985, mit Beiträgen von *Wannagat*, *Schulin*, *Wingen*, *I.v.Münch*, *Diederichsen*, *Schäfer*, *Ruland*, Schriftenreihe des Deutschen Sozialrechtsverbandes, Bd. XXVII, 1985; Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche, Bd. 21, 1986, mit Beiträgen von *Mikat*, Ethische Strukturen der Ehe in unserer Zeit – Zur Normierungsfrage im Kontext des abendländischen Eheverständnisses, ebd., S. 9ff.; *P.Krause*, Ehe und Familie im sozialen Sicherungssystem, ebd., S. 72ff.; *P.Kirchhof*, Ehe und Familie im staatlichen und kirchlichen Steuerrecht, ebd., S. 117ff. Von der Kommentarliteratur zu Art. 6 GG erwähne ich insbesondere die Kommentierung von *Pirson*, in: Bonner Kommentar, 1976/1978.

² Anschaulich die Nachweise bei *Häberle*, Verfassungsschutz der Familie – Familienpolitik im Verfassungsstaat, 1984, S. 33f.

³ Zahlen in allen einschlägigen Abhandlungen. Ich beziehe mich auf Veröffentlichungen des Statistischen Bundesamtes und des Niedersächsischen Verwaltungsamtes bei *Geißler/Thebes*, Bevölkerungsentwicklung und Strukturwandel in Niedersachsen, 1986; *Geißler/Höhn/Imhof*, Struktur und Lebenslage der deutschen Familie, o.J. (wohl 1986); *K.Schwarz*, Bericht 1982 über die demographische Lage in der Bundesrepublik Deutschland, Zeitschrift f. Bevölkerungswissenschaft 8 (1982), S. 121 (143ff.).

Bevölkerung der Bundesrepublik Deutschland schrumpft. In 50 Jahren wird sie von 57 Millionen (1982) auf 38 Millionen (2033) gefallen sein. Gleichzeitig wird sie altern. Bei der Bundestagswahl 1987 stieg letztmalig der Anteil der Erstwähler. Danach wächst das Gewicht der älteren und bald auch der nicht mehr arbeitenden Bevölkerung.

Gewandelt hat sich auch das Bild der Familie. Zahlenmäßig sind Familien weniger geworden, und sie sind heute kleiner. Am Anfang des Jahrhunderts hatte fast jedes zweite Ehepaar (47%) vier oder mehr Kinder. Siebzig Jahre später ist es nur noch bei jeder zwanzigsten Familie so. Ein Drittel der Ehen soll nach neuen Schätzungen kinderlos bleiben. Jedes dritte Kind wächst heute allein auf. Statistisch hat sich die Geburtsrate pro Mutter seit 1960 nahezu halbiert (von 2,4 [1960] auf 1,4 [1982]).

Besonders auffällig sind schließlich der Wandel des Zahlenverhältnisses von Verheirateten zu Nichtverheirateten und – mit dem größten Einfluß auf die juristische Literatur und Rechtsprechung⁴ – das Auseinanderfallen von Ehe und rechtlich nicht geordnetem Zusammenleben. Nach 150 Jahren konstanter Heiratsziffern setzte 1963 ein bisher nicht gebremster Rückgang der Eheschließungen ein. Man heiratet nicht mehr selbstverständlich, man heiratet anders als früher nach Auflösung einer Ehe durch Tod oder Scheidung nicht mehr regelmäßig wieder, sondern lebt in unbekanntem, aber zahlenmäßig stark angewachsenem Umfang in Konkubinen zusammen. Die Zahl der Ehescheidungen ist gestiegen. Von 1950 bis 1982 ging die Zahl der Eheschließungen fast auf die Hälfte (von 10,7 auf 5,9 pro 1000 Einwohner) zurück, obgleich die Zahl der Heiratsfähigen im Alter von zwanzig bis dreißig Jahren in den letzten 15 Jahren um fast 20% gestiegen ist. Die Zahl der Ehescheidungen stieg von 1960 bis 1982 von 9 auf 19 je 1000 Einwohner. Die Zahl der Ein-Personen-Haushalte stieg von 19,4% (1950) auf 31,3% (1982), in Großstädten auf 40,3%, in Berlin sogar auf 52,3%. Dem entsprechen Umfrageergebnisse über die Einstellung zu Ehe und Familie. Die früher einhellige Anerkennung der Ehe als notwendiger Institution (1963 immerhin noch 90%) wird nur noch von einer Minderheit geteilt (1978: 40%). Einer wachsenden Zahl von Menschen erscheint die Ehe überhaupt überholt

⁴ Landwehr (Hrsg.), Die nichteheliche Lebensgemeinschaft, 1978, mit Beiträgen von H.-J. Becker, T. Koch, Schwab, Rübner, Graue, Geilke und I. v. Münch; Strätz, Rechtsfragen des Konkubinats im Überblick, FamRZ 1980, 301ff. und 434ff.; Diederichsen, Die nichteheliche Lebensgemeinschaft im Zivilrecht, NJW 1983, 1017ff.; Eser (Hrsg.), Die nichteheliche Lebensgemeinschaft, 1985, mit Beiträgen von Battes, Geiser, Philipowski, Schott und Weimar; deWitt/Huffmann, Nichteheliche Lebensgemeinschaft, 1986²; Zeidler, a.a.O. (Anm. 1), S. 574ff.

(früher 3%, 1980 mehr als ein Viertel). Unverheiratetes Zusammenleben erscheint einer erdrückenden Mehrheit nicht mehr als anstößig⁵.

Wie unendlich weit liegen die Zeiten zurück, als der Bundesgerichtshof noch verlangte, das Dulden gemeinsamer Übernachtung ernsthafter Verlobter als Kuppelei zu bestrafen⁶. Und wer wollte sie zurückwünschen?

Diese Zahlen zur Einstimmung für die Rechtsfragen, die zu erörtern sind, aber auch, um schon jetzt die rechtspolitische Frage anklingen zu lassen: Wenn Singles, Kinderlose, Kinderarme und ältere Menschen Wahlen entscheiden, wie können dann Programme umgesetzt werden, die eine Politik zugunsten der auf die Ehe gegründeten, mit Kindern gesegneten Familie verfolgen?

Die Zahlen deuten in der Tat einen gewissen gesellschaftlichen Wandel an. Dieser ist freilich nicht neu, und er ist auch nichts prinzipiell Besonderes insofern, als es keinen normativen idealen Zustand von Ehe und Familie gibt. Die Historiker und Gesellschaftswissenschaftler zeigen, daß die heutigen Begriffe von Ehe und Familie relativ jung sind und daß der augenblickliche oder der gestrige Zustand keineswegs idealisiert und verabsolutiert werden darf⁷. Der Einfluß der pillenbedingten sexuellen Emanzipation der Frau und der Lebensweise im Industriezeitalter sowie der Verlust religiöser Substanz sind offenbar. Daß der Wandel das Wesen von Ehe und Familie, ihre Strukturprinzipien, die Funktion und spezifische Leistung von Ehe und Familie ergriffen hätte, das vermag ich freilich nicht zu sehen⁸.

⁵ Diese und weitere Zahlen mit Nachweisen bei *Strätz*, a.a.O. (Anm. 4), S. 302, und in: *Nichteheliche Lebensgemeinschaften in der Bundesrepublik Deutschland*, Schriftenreihe des Bundesministers für Jugend, Familie und Gesundheit, Bd. 170, 1985.

⁶ BGHSt 6, 46ff. (vom 17.2.1954). Zum Glauben an die sittenbestimmende Kraft der Ehegesetzgebung vgl. *Müller-Freienfels*, *Ehe und Recht*, 1962, S. 31, 106ff.

⁷ Rechtsgeschichtlicher Überblick bei *Mikat*, Art. „Ehe“, in: HRG, Bd. 1, 1971, Sp. 809ff., wieder abgedr. in: *ders.*, *Religionsrechtliche Schriften*, 2. Halbbd., 1974, S. 847ff.; *Schwab*, Art. „Familie“, ebd., Sp. 1067ff.; *ders.*, Art. „Familie“, in: *Brunner/Conze/Koselleck* (Hrsg.), *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*, Bd. 2, 1975, S. 253ff.; *G.Dilcher*, *Ehescheidung und Säkularisation*, in: *Vallauri/Dilcher* (Hrsg.), *Christentum, Säkularisation und modernes Recht*, Bd. 2, 1981, S. 1021ff. Gegen die Vorstellung einer „guten alten Zeit“ des Ehe- und Familienrechts auch *Mikat*, *Ethische Strukturen* (Anm. 1), S. 9ff.

⁸ Manches spricht dafür, daß viele der nicht verheiratet zusammenlebenden Paare ihr Verhältnis als eine Art Verlobungszeit oder Probezeit verstehen. Noch immer wird normalerweise geheiratet, wenn sich ein Kind ankündigt. Noch immer werden mehr als 90% der Kinder ehelich geboren. Für Einzelheiten siehe: *Nichteheliche Lebensgemeinschaften in der Bundesrepublik Deutschland* (Anm. 5), S. 29ff. und 36ff. Es kann also keine Rede davon sein, daß sich neben der

3. Die Entstehung des Ehe- und Familienschutzes in der Weimarer Reichsverfassung und im Grundgesetz

Ehe und Familie sind erst spät in den Kreis grundrechtlich geschützter Bereiche gelangt. Die klassischen bürgerlichen Verfassungen des 18. und 19. Jahrhunderts kannten solche Verbürgung nicht. Nach karibisch-exotischen Vorläufern⁹ stellte erstmals die Reichsverfassung vom 11. August 1919 Ehe und Familie unter ihren Schutz. Der Schutz galt Ehe und Familie als der Keimzelle¹⁰, der natürlichen und sittlichen Grundlage¹¹ jeder menschlichen Gemeinschaft. Hier werden, wie mit ähnlichen Wendungen in den heutigen Landesverfassungen¹² immer wieder in Erinnerung gerufen wird, in einer natürlichen Lernstätte das Leben der heranwachsenden Kinder eingeübt, die Muttersprache gelernt, der Gemeinsinn gebildet und elementare menschliche Tugenden erworben¹³.

Was der Verfassungsgeber 1919 – wie auch 1949 – mit dem besonderen Schutz von Ehe und Familie bezweckte, entsprach beide Male einem durch die Rechtstradition geformten Leitbild, das insbesondere im Bürgerlichen Gesetzbuch seine Konkretisierung erfahren hat. Darüber bestand Konsens. Gleichzeitig zeichneten sich aber Anzweiflungen ab. Die 1919 erstmals für erforderlich gehaltene Garantie zeigt, daß das Selbstverständliche doch nicht mehr ganz selbstverständlich war. Wie alle verfassungsrechtlichen Verbürgungen kam auch diese keinem theoretischen oder verfassungssystematischen Gesichtspunkt nach¹⁴: Sie war die Antwort auf eine konkret empfundene Gefährdung.

normalen Familie eine neue Form der Zusammenrudelung als Alternative anbietet. Die Propaganda für die nichtehelichen Lebensgemeinschaften als moderne Lebensform kann man aus der Situation der betroffenen Menschen verstehen. Sie ist geeignet, davon abzulenken, daß in erster Linie der auch pillenbedingte Verfall der Sexualmoral für die Veränderung der Verhältnisse ursächlich ist. Die Stilisierung dieser Zustände als „alternative Lebensform“ hebt die Zustände sozusagen auf eine höhere, ernsthaft zu diskutierende Stufe. Neue Statistiken stützen nicht die These von *Zeidler*, a.a.O. (Anm. 1), S. 595, daß die Ehe heute im Gegensatz zu früher die Gewinnung und Heranbildung der nachwachsenden Generation nicht mehr garantiere.

⁹ *E. Scheffler*, Ehe und Familie, in: *Bettermann/Nipperdey/Scheuner* (Hrsg.), *Die Grundrechte*, Bd. IV/1, 1960, S. 245 (247), verweist auf die Verfassungen von Costa Rica (1871) und El Salvador (1886).

¹⁰ BVerfGE 6, 55 (71); *Häberle*, a.a.O. (Anm. 2), S. 5ff.

¹¹ Art. 124 I Bay. Verf.

¹² Einen Überblick dazu bietet *P. Krause*, Der Schutz von Ehe und Familie in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Arch. f. Wissenschaft und Praxis der sozialen Arbeit 1986, S. 18f.

¹³ Rücksichtnahme, Gehorsam, Hilfsbereitschaft, Wahrhaftigkeit.

¹⁴ *Scheuner*, Diskussionsbeitrag, Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche, Bd. 14, 1980, S. 47.

1919 wie 1949 ging die Initiative zur Normierung des besonderen Schutzes von Ehe und Familie von konservativer Seite aus¹⁵. Angesichts der Infragestellung der Ehe durch ehe- und familienfeindliche Tendenzen bei Sozialisten¹⁶ und Bolschewisten¹⁷ sollte die bürgerliche Ehe verfassungsrechtlich abgesichert werden. Zunächst hatte man dabei Ehe und Familie in ihrer überkommenen Struktur vor Augen. Sie sollten als Gegenstand einer auf Gesundung und Reinerhaltung gerichteten Bevölkerungspolitik geschützt werden. Die ehfeindlichen Bestrebungen der sowjetischen Oktoberrevolution sicherten dem Vorschlag breiteste Zustimmung. Gerade die nur restaurative und bevölkerungspolitische Tendenz forderte die politische Linke aber heraus, evolutionäre Gesichtspunkte ins Spiel zu bringen. Diese Reformtendenzen schlugen sich in dem Grundsatz der Gleichberechtigung der Geschlechter als Grundlage der Ehe, dem besonderen Schutz der Mutterschaft, wobei gerade an die nichtverheiratete Mutter gedacht war, und in einer undeutlichen Bestimmung zugunsten des nichtehelichen Kindes nieder. In dieser kompromißhaften Verbindung erhaltender und zukunftsgerichteter Gewährleistungen wurde der Schutz von Ehe und Familie in Art. 119 und Art. 121 WRV schließlich angenommen. Er bildete einen Teil des Verfassungskompromisses von Weimar. Schon in den Verhandlungen der Nationalversammlung fand die an den älteren Verfassungen gemessen bemerkenswerte, beispiellose Gewährleistung überraschende Zustimmung. Das Lob der Ehe wurde von fast allen Seiten gesungen, kontrovers war nur die Tragweite der neuen Bestimmung.

¹⁵ *Schwab*, Zur Geschichte des verfassungsrechtlichen Schutzes von Ehe und Familie, in: FS Bosch, 1976, S. 893 (894f.).

¹⁶ Ihr Verständnis von freier Ehe und Liebe ging auf Vorstellungen der Romantik zurück. Dazu *Schwab*, in: Geschichtliche Grundbegriffe (Anm. 7), S. 284ff.

¹⁷ Wie begründet die Furcht vor einer Auflösung der Familie durch den Sozialismus und vor der Einführung gar der Polygamie war, stehe dahin. Jedenfalls avancierte schon seit Mitte des 19. Jahrhunderts die Familie zum Zentralbegriff der antisozialistischen Defensive. Dazu *Schwab*, in: FS Bosch (Anm. 15), S. 901 m.w.N. In der Weimarer Nationalversammlung sah man Ehe und Familie gefährdet durch „die wirren und grundstürzenden Vorschläge heutiger Ehe- und Erziehungsreformer“ (*Mausbach*, Kulturfragen in der Deutschen Verfassung, 1920, S. 40), worunter insbesondere „der bolschewistische Sozialismus“ (C. *Schmitt*, Inhalt und Bedeutung des Zweiten Hauptteils der Reichsverfassung, in: *Anschütz/Thoma* (Hrsg.), Handbuch des Deutschen Staatsrechts, 2. Bd., 1932, S. 572 [584]) oder „gewisse kommunistische Lehren“ (*Anschütz*, Die Verfassung des Deutschen Reichs, 1933¹⁴, Art. 119, Anm. 1) verstanden wurden. Ähnlich schon in der Nationalversammlung die Abgeordnete v. *Gierke* (DNVP), in: Verhandlungen der verfassungsgebenden Deutschen Nationalversammlung. Stenographische Berichte, Bd. 328, S. 1605.

Mit Erstaunen stellte man später fest¹⁸, daß Anlaß und Grund für diese verfassungsrechtliche Neuerung kaum deutlich gemacht worden waren.

Dieses Bild wiederholte sich im Parlamentarischen Rat¹⁹, wo die den Status quo wahren Bestrebungen und die Tendenzen zur Fortentwicklung des Familienrechts sich wieder gegenüberstanden, wo wiederum über den konkreten Sinn des Art. 6 I GG wenig, außerordentlich viel jedoch über die Rechtsstellung des nichtehelichen Kindes gesprochen wurde²⁰. Gewiß war eine Garantie des Herkömmlichen gewollt²¹.

Was Art. 6 I GG heute schützt, ist also wie schon in Art. 119 WRV nicht spannungsfrei. Einerseits sollte das herkömmlich geboten Erscheinende garantiert werden. Zugleich sollte mit der Gleichberechtigung von Mann und Frau und dem Anspruch auf möglichst weitgehende Gleichstellung der nichtehelichen Kinder mit den ehelichen zukunftsweisenden Entwicklungen die Tür geöffnet werden. Mit dem Verlust der Herrschaft des Hausvaters, dem Einbruch der subjektiven Grundrechte von Frau und Kindern, der Konkretisierung ihrer Gleichberechtigungsansprüche in Art. 3 II GG und der wachsenden Bedeutung des Persönlichkeitsrechts von Mann und Frau (Art. 2 I GG) sind Ehe und Familie in eine Bewegung geraten²². Dies alles gehört heute zum Inhalt von Art. 6 I GG²³.

Was sollte unter Ehe und Familie verstanden werden? Die Strukturprinzipien Ehe und Familie bestimmen sich „zunächst aus der außerrechtlichen Lebensordnung“²⁴. Gewiß ist das der Verfassung zugrun-

¹⁸ Schwab, a.a.O. (Anm. 15), S. 897f.; v. Doemming/Füsslein/Matz, JöR n.F., Bd. 1 (1951), S. 92ff.

¹⁹ Parlamentarischer Rat, Verhandlungen des Hauptausschusses, S. 239ff., 547ff.

²⁰ Schwab, a.a.O., S. 906 Anm. 68.

²¹ Repräsentativ ist die Aussage des Abgeordneten Dr. Süsterhenn (CDU), in: Parlamentarischer Rat, Verhandlungen des Hauptausschusses, S. 243: „Es ist zwar richtig, daß in der gesamten Menschheitsgeschichte in diesem oder jenem Kulturkreis gewisse Differenzierungen des Familienbegriffs feststellbar sind. Aber wir leben doch nun – und darauf legen wir doch immer entscheidenden Wert – innerhalb des Rahmens der christlich-abendländischen oder westlichen Kulturordnung, und in dieser Ordnung ist die Familie ständig als eine in sich geschlossene Einheit aufgefaßt worden. Wir wünschen daher auch, daß sie entsprechend dieser westeuropäischen Tradition in dieser geschlossenen Einheit bewahrt bleibt.“

²² Vgl. hierzu die konservative Kritik Otto v. Gierkes am 1. Entwurf des BGB, in: Die soziale Aufgabe des Privatrechts, 1889, S. 36ff., jetzt abgedr. bei Erik Wolf (Hrsg.), Quellenbuch zur Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft, 1949, S. 478 (504f.).

²³ Häberle, a.a.O. (Anm. 2), S. 29.

²⁴ BVerfGE 10, 59 (66).

deliegende Eheverständnis schon 1919 das der verweltlichten bürgerlichen Ehe gewesen²⁵. Dieses Verständnis war aber 1919 wie 1949 für den Normalbürger und die Mehrheit der verfassungsgebenden Versammlungen durch das herkömmliche, christlich geprägte Eheverständnis und das Bild der im BGB im Detail geregelten bürgerlichen Ehe inhaltlich gefüllt²⁶. Es war herrschende Ansicht, daß die Ehe nicht nur die Summe zweier sich selbst verwirklichender Liebender ist, sondern eine Institution, die das tägliche Leben der Ehegatten im Verhältnis zu dem der rechtlich nicht gebundenen Liebhaber entlastet²⁷. Ehe war anerkannt als eine Freiheit schaffende, durch Krisen hindurchtragende Verheißung und Hilfe, in der Mann und Frau zueinander und damit zu sich selbst kommen. Es war selbstverständlich, daß die Ehe im Blick auf den zu erhoffenden Kindersegen unverzichtbar ist, denn Ehe ist auf Familie hin orientiert, und diese ist für das Aufbringen der nächsten Generation ohne Alternative. Das war 1919 und 1949 ebenso unbezweifelt, wie die Tatsache bekannt war, daß Ehen auch zerbrechen können und die Chance eines Neuanfangs dann gegeben sein muß. Das Zusammenleben gebiert Probleme; Verletzungen und Unordnung kommen vor. Sie sollen aber nicht sein. Gerade die Ehe kann helfen, Krisen durchzustehen, statt ihnen auszuweichen. Davon ging die Rechtsordnung aus.

Dieser Ausgangspunkt ist auch heute verpflichtend. Das Bundesverfassungsgericht setzt ihn bisweilen mit einer Selbstverständlichkeit voraus, die andere Äußerungen widersprüchlich erscheinen läßt. So heißt es einmal im Jahre 1969, daß „nach den in Art. 6 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich garantierten Wertvorstellungen die Ehe die einzige legitime Form“²⁸ umfassender Lebensgemeinschaft zwischen Mann und

²⁵ BVerfGE 31, 58 (83).

²⁶ Zur Anknüpfung des BGB an die protestantische Ehelehre vgl. die Motive zum BGB, Bd. IV, S. 562f., und *G.Dilcher*, a.a.O. (Anm. 7), S. 1066ff. m.w.N.; *Mikat*, Ethische Strukturen (Anm. 1), S. 18f.

²⁷ Das institutionelle Moment der Ehe kann den moralischen Bindungswillen der Ehepartner zusätzlich abstützen und dadurch eine entlastende Funktion ausüben. Zur Entlastungsfunktion der Institution unter Bezugnahme auf *Gehlen*, *Urmensch und Spätkultur*, 1975³: *Mikat*, Die Ehe im staatlichen Recht, Stimmen der Zeit 194 (1976), S. 225 (227), wieder abgedr. in: *ders.*, Geschichte, Recht, Religion, Politik, Bd. 1, 1984, S. 279 (281); *ders.*, Ethische Strukturen (Anm. 1), S. 45f.

²⁸ Entgegen *I.v.Münch*, Verfassungsrecht und nichteheliche Lebensgemeinschaft, in: *Landwehr* (Hrsg.), a.a.O. (Anm. 4), S. 137 (144f.), der dem Umstand besondere Bedeutung beilegt, daß das Grundgesetz in der letzten Redaktion die Ehe gerade nicht mehr als die (einzige) rechtmäßige Form der dauernden Lebensgemeinschaft bezeichnet, wie dies im Parlamentarischen Rat ursprünglich von der CDU beantragt worden war. Mit Recht hebt *Pirson*, a.a.O. (Anm. 1), Rdn. 17, die Ausschließlichkeit der Ehe hervor: „Die Ehe hat in der Rechts-

Frau ist und die gesunde körperliche und seelische Entwicklung des Kindes grundsätzlich das Geborgensein in der nur in der Ehe verwirklichten vollständigen Familiengemeinschaft mit Vater und Mutter voraussetzt“²⁹.

Das liegt auf der Linie der Anerkennung der Familie als „Keimzelle jeder menschlichen Gemeinschaft, deren Bedeutung mit keiner anderen menschlichen Bindung verglichen werden kann“³⁰. Dabei geht das Grundgesetz selbstverständlich von der auf Ehe gegründeten Familie aus. Dies ist nicht ein Ausdruck der Konservativität oder der Moralität, sondern liegt in der Sache selbst und beruht auf unaufgebarem staatlichen Interesse. Die lebendige Ehe ist es, die aus dem Grund ihrer Gemeinsamkeit die Tendenz hat, neues Leben zu stiften. In der Dynamik auf das Kind hin erhält sie ihre volle reife Sinngestalt und gewinnt als originäre Stätte gesellschaftlicher Reproduktion und kultureller Einübung der Nachkommenschaft das öffentliche Interesse. Hieran kann der Staat nicht vorübergehen. Die auf Ehe gegründete Familie ist deshalb der von der Verfassung zugrundegelegte Typus, von dem her die Varianten und Abgrenzungen der Familie gegenüber anderen Erscheinungen zu bestimmen sind³¹. Geschlechtsgemeinschaft ohne Ehe läßt auch bei länger andauerndem Konkubinat keinen Familienverband im Rechtssinne entstehen³².

Vom konservativen Ursprung und Ansatz in der Nationalversammlung und im Parlamentarischen Rat her ist es unzweifelhaft, daß Art. 6 I GG gegenüber strukturellen Veränderungen von Ehe und Familie nicht neutral sein kann. Der Inhalt der Verfassung ist keine Funktion der sozialen Umwelt³³. Es gibt eine verfassungsrechtliche Grenze für

ordnung ein Monopol als rechtlich geordnete Form der Geschlechtsgemeinschaft. Obwohl andere denkbare und mitunter praktizierte Formen nicht ohne weiteres verboten sind, ist doch die Ehe insofern die einzige in die Rechtsordnung rezipierte Form der Geschlechtsgemeinschaft, als nur sie einen Ansatzpunkt für Rechtsfolgen sozialgestaltender Art bietet.“

²⁹ BVerfGE 25, 167 (196).

³⁰ BVerfGE 6, 55 (71); 24, 119 (149).

³¹ Geiger, Kraft und Grenze der elterlichen Erziehungsverantwortung unter den gegenwärtigen gesellschaftlichen Verhältnissen, Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche, Bd. 14, 1980, S. 9.

³² BVerfGE 36, 146 (167).

³³ Wingen, Wandlungen im Prozeß der Ehe- und Familienbildung – sozialwissenschaftliche Befunde und familienpolitische Perspektiven zu den nichtehelichen Lebensgemeinschaften, in: Der Wandel familiärer Lebensmuster und das Sozialrecht (Anm. 1), S. 31 (61f.), warnt mit Recht davor, sozialwissenschaftlichen Analysen normative Bedeutung zuzuerkennen. Natürlich müssen Abweichungen vom verfassungsrechtlichen Typus der Familie toleriert werden. Sie stellen aber die Norm als solche nicht in Frage. Diese Grenze wird überschritten, wo alternative Lebensformen Anspruch auf normative Verbindlichkeit erheben.

familienpolitische Innovationen. Sie ist bei konkreten Gesetzgebungsvorhaben im Einzelfall zu ziehen.

4. Die heutige Fragestellung

Wen oder was schützt also die Verfassung mit Art. 6 I GG? Der Wandel der Formen des menschlichen Zusammenlebens und der sozialen Anschauungen drückt auf den Bedeutungsgehalt auch des Rechts³⁴. Er läßt die Frage entstehen, ob heute auch nicht auf Ehe gegründete Formen des Zusammenlebens von Mann und Frau als Ehe, ob auch die natürlichen Eltern und ihre nichtehelichen gemeinsamen Kinder als Familie im Sinne der Verfassung anzuerkennen sind. Konsequenterweise müßten sie dann an dem besonderen verfassungsrechtlichen Schutz von Ehe und Familie teilhaben. Die Liberalisierung des Scheidungsrechts und die auch dadurch angewachsene Zahl von Ehescheidungen hat der Frage des Schutzes der Geschiedenen durch die Verfassung gesteigerte Bedeutung verschafft³⁵. Im Ausland wird sogar die Frage erörtert, ob nicht auch gleichgeschlechtliche Gemeinschaften so etwas wie eine Familie sein, womöglich gar eheähnliche Gemeinschaften bilden könnten³⁶.

Die Antwort auf diese Fragen fällt für Familie und Ehe unterschiedlich aus.

5. Der Ehebegriff des Art. 6 I GG – Nichteheliche Lebensgemeinschaften

Bei der Ehe ist angesichts des klaren Wortlauts nicht zweifelhaft³⁷, welche Art von Verbindung die Verfassung unter ihren besonderen Schutz stellt. Nur die rechtlich verbindlich eingegangene, grundsätzlich unauflösbare Lebensgemeinschaft eines Mannes und einer Frau

³⁴ *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1983⁵, S. 334ff.; *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 1985¹⁵, Rdnrn. 47ff.; *Zippelius*, Verfassungsgarantie und sozialer Wandel – das Beispiel Ehe und Familie, DÖV 1986, 805 (806ff.).

³⁵ BVerfGE 66, 84 (93); 71, 364 (385).

³⁶ *Graue*, Die nichteheliche Lebensgemeinschaft aus rechtsvergleichender Sicht, in: *Landwehr* (Hrsg.), a.a.O. (Anm. 4), S. 98 (128), unter Hinweis auf Tendenzen in Dänemark. Auch die Grünen forderten in ihrem Wahlprogramm für die Bundestagswahl 1987: „Frauen wie Männer sollen frei entscheiden können, wie und mit wem sie leben wollen.“ (Ebd., S. 17).

³⁷ Vgl. statt aller nur *Mikat*, Art. „Ehe“ (Anm. 7), Sp. 809 = S. 847.

wird in Deutschland als Ehe anerkannt³⁸. Andere Gesellungen mögen heute weniger anstößig erscheinen als früher. Auch eine beschönigende Terminologie, die sie als freie Ehe, eheähnliche Verbindung, Ehe ohne Trauschein oder ähnlich benennt und so in die Nähe der Ehe rückt, kann die Tatsache nicht aus der Welt schaffen, daß die Rechtsverbindlichkeit der Ehe gegenüber den Ehegatten, den Kindern und der Welt ein konstitutives Element der Institution Ehe ist. Gerade diese Verbindlichkeit lehnen die nichtverheirateten Paare ab. Ihre Verbindung ist bedingt und steht unter einem Vorbehalt. Sie beruht auf aktueller Zuneigung und soll gerade nicht andauern, wenn diese schwindet. Die jederzeit mögliche formlose Auflösung ohne Rücksicht auf Kinder und andere charakterisiert diese Verhältnisse. Nicht nur der Respekt vor dem ausdrücklichen Willen der Nichtverheirateten, sondern vor allem der unbezweifelte Inhalt des Rechtsbegriffs Ehe schließt es aus, Nichtehen rechtlich als Ehen zu behandeln und sie wie Ehen unter den besonderen Schutz der Verfassung zu stellen. Dies ist in Literatur und Rechtsprechung die einhellige Meinung³⁹.

Auch für eine analoge Anwendung des verfassungsrechtlichen Schutzes der Ehe in bezug auf Nicht-Ehen besteht keine rechtliche Möglichkeit. Die Ehe ist eine Institution nicht zuletzt zum Schutze des schwächeren Partners. Da die nichtehelichen Verhältnisse diesen Schutz gerade ausschließen, würde ihre Gleichbehandlung dem Schutzzweck des Art. 6 I GG zuwiderlaufen⁴⁰. Für denjenigen, der dieses spezifischen Schutzes teilhaftig werden möchte, stellt die Rechtsordnung das Rechtsinstitut der Ehe zur Verfügung. Es gibt keinen recht-

³⁸ BVerfGE 10, 59 (66); 53, 224 (245); st. Rspr., zuletzt BVerfGE 62, 323 (330).

³⁹ Vgl. aus der Lit. *E.Scheffler*, a.a.O. (Anm. 9), S. 251; *Zeidler*, a.a.O. (Anm. 1), S. 581; *Pirson*, a.a.O. (Anm. 1), Rdn. 17; *Maunz*, in: *Maunz/Dürig*, Grundgesetz, Art. 6, Rdn. 15a; *E.M.v.Münch*, in: *I.v.Münch* (Hrsg.), GG-Kommentar, Bd. 1, 1985³, Rdn. 3a; *I.v.Münch*, a.a.O. (Anm. 28), S. 140f.; *Beitzke*, Familienrecht, 1985²⁴, S. 35; *deWitt/Huffmann*, a.a.O. (Anm. 4), Rdn. 19; *Strätz*, a.a.O. (Anm. 4), S. 303f.; *Diederichsen*, a.a.O. (Anm. 4), S. 1025.

⁴⁰ Zur unzulässigen Ausdehnung des Schutzes von Art. 6 I GG auf nichteheliche Lebensgemeinschaften und dem Verbot gleicher Förderung zuletzt *Zippeilius*, a.a.O. (Anm. 34), S. 808f. Es widerspricht also der Ordnung des Grundgesetzes, wenn die Grünen in ihrem Wahlprogramm für die Bundestagswahl 1987 (Anm. 36) sich für die „gleichberechtigte Anerkennung aller Lebensformen“ einsetzen und erklären: „Alle Lebensformen sind schützenswert, nicht nur Ehe und Familie.“ (Ebd., S. 17). Die Forderung entspricht allerdings der grundsätzlichen ehe- und familienfeindlichen Tendenz dieser Partei. In ihrem Bundesprogramm von 1980 kommt das Wort „Ehe“ nur im Zusammenhang mit der Vergewaltigung in der Ehe vor (ebd., Abschnitt V.2.4), und das Wahlprogramm 1987 erklärt an anderer Stelle: „Wir machen Frauenpolitik, nicht Familienpolitik.“ (Ebd., S. 14).

lichen Gesichtspunkt, der es nahelegte, das ausdrücklich Unterschiedene gleich zu behandeln.

Der verfassungsrechtliche Schutz der Ehe, an dem Nichtehen keinen Anteil haben, beruht nicht auf der Tradition oder überständig gewordenen christlichen Relikten, auch nicht auf einer staatlichen Sorge für einen bestimmten sittlichen Standard. Der Grund ist vielmehr die einzigartige Leistung der Ehe als sittlich-personaler Lebensbeziehung und ihre daraus folgende öffentliche Funktion. Die vorbehaltlose Zusage der Ehegatten bedingt die monogame Struktur der Ehe, welche als Subjekt-Subjekt-Beziehung Ausdruck eines Ethos der Menschenwürde ist, die nicht nur Teilaspekte des anderen will, sondern den ganzen Menschen als Menschen annimmt. Dies ist auch die Grundlage für eine Gleichberechtigung der Geschlechter. Nur die Ehe besitzt die Anlage auf Lebensdauer und die Offenheit für das Kind. Mit Rücksicht auf die generative Funktion der Ehe und ihre kulturelle Bedeutung als Ort der Einübung der neuen Generation ist sie nicht nur ein Intimbereich der Ehegatten, sondern zugleich ein sozialer Tatbestand ohnegleichen, der seinem Wesen nach ein für die öffentliche Ordnung stabilisierendes Element enthält⁴¹. Daher ist sie vom Standpunkt der Gesellschaft her betrachtet von unbezweifelbarer Schutzwürdigkeit. Deshalb muß der Rechtsstaat sie durch flankierende Maßnahmen rechtlich schützen.

Ist der verfassungsrechtliche Schutz der Ehe auf nichteheliche Verhältnisse auch nicht auszudehnen, so ist damit noch nicht entschieden, ob solche Lebensgemeinschaften gleichwohl auch gefördert werden dürfen oder ob der besondere verfassungsrechtliche Schutz der Ehe jede Förderung konkurrierender Gesellungsformen verbietet. Gesetzgeber, Rechtsprechung und Literatur unterstreichen nicht ohne liberale Beflissenheit, daß jede Pönalisierung von Konkubinat, wie sie noch unter dem Grundgesetz zunächst zur Normalität gehörte, dem Grundgesetz fremd sei⁴². Der weite Weg von der Rechtswidrigkeit über die Nichtbestrafung des Konkubinats bis zum besonderen Schutz verkürzt sich freilich bedrohlich⁴³, wenn eine anschwellende

⁴¹ *Pirson*, a.a.O. (Anm. 1), Rdn. 86; *Mikat*, Ethische Strukturen (Anm. 1), S. 43ff.

⁴² BVerfGE 9, 20 (34f.); *Maunz*, a.a.O. (Anm. 39), Rdn. 15b; *E.M.v.Münch*, a.a.O. (Anm. 39), Rdn. 3a; *Zeidler*, a.a.O. (Anm. 1), S. 580 m.w.N.

⁴³ *Gernhuber*, Lehrbuch des Familienrechts, 1980³, S. 36 Anm. 4, in Anlehnung an *Grundmann*, Ehe und Familie im Grundgesetz, in: *Th.Heckel* (Hrsg.), Ehe- und Familienrecht, 1959, S. 16 (20ff.), moniert mit Recht die vielfach fehlende Klarheit über die Begriffe Rechtmäßigkeit und Rechtswidrigkeit: „Wenn Rechtmäßigkeit Billigung durch die Rechtsordnung bedeuten soll, ist auch heute allein die Ehe rechtmäßige Form geschlechtsbezogener Lebensgemeinschaft.“ Das Nichtverbotene ist entgegen *Hamann/Lenz*, Grundgesetz, Art. 6, Anm. A2, nicht stets auch zugleich rechtmäßig.

Stimmenzahl die „besondere“ Schutzpflicht von Ehe und Familie in der rauen Wirklichkeit zu einem bloßen Benachteiligungsverbot abmildert⁴⁴. Sollte das der Kern des besonderen Schutzes von Ehe und Familie durch das Grundgesetz sein, daß Verheiratete nicht schlechter behandelt werden als nichtverheiratete Paare?

Nach heute herrschender Ansicht ist der Gesetzgeber infolge der Toleranz des Grundgesetzes, das Konkubinate nicht verbietet, nicht verpflichtet, aber grundsätzlich berechtigt, auch für nichteheliche Lebensgemeinschaften gesetzliche Regelungen zu schaffen⁴⁵. Der verfassungsrechtlich festgeschriebene besondere Schutz der staatlichen Ordnung für die Ehe schränkt die Gestaltungsmöglichkeiten des Gesetzgebers freilich ein. Er darf nicht zu einer Gleichstellung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft mit der Ehe gelangen⁴⁶. Es wäre mit der Verfassung nicht vereinbar, wollte der Gesetzgeber den nichtverheirateten Paaren aus ihren selbstgeschaffenen Schwierigkeiten dadurch herauszuhelfen versuchen, daß er ihnen eine umfassende Ordnung schafft, sozusagen ein Ehe- und Ehefolgenrecht für Nicht-Ehen⁴⁷. Dagegen spricht nicht nur die Achtung vor dem Selbstbestimmungsrecht (Art. 1 I, 2 I GG) solcher Personen, die eine rechtliche Bindung gerade nicht eingehen wollen⁴⁸, sondern auch die Vielfalt des nichttypisierten Zusammenlebens⁴⁹ und der Umstand, daß, von der Verfassung bekräftigt, allein die Ehe eine staatlich geschützte

⁴⁴ In diese Richtung tendiert auch die Rechtsprechung des BVerfG, wenn es den Inhalt des Art. 6 I GG praktisch nur noch als Diskriminierungsverbot behandelt, ohne den besonderen aktiven Schutz zu fordern: *P. Krause*, Der Schutz von Ehe und Familie (Anm. 12), S. 32.

⁴⁵ *I.v.Münch*, a.a.O. (Anm. 28), S. 150; *Strätz*, Rechtsfragen des Konkubinats (Anm. 4), S. 303f.; *Rainer Scholz*, Die nichteheliche Lebensgemeinschaft – ein Problem für den Gesetzgeber?, ZRP 1981, 225 (228).

⁴⁶ BGHZ 84, 36 (40).

⁴⁷ Eine umfangreiche Lit. weist den nichtverheirateten Paaren mit den Mitteln des bürgerlichen Rechts den Weg zur Lösung der praktischen Probleme, z.B. *E. M.v.Münch*, Zusammenleben ohne Trauschein, Rechtsberater im dtv, 1983².

⁴⁸ BVerfGE 56, 363 (384); *Zeidler*, a.a.O. (Anm. 1), S. 578f.; *I.v.Münch*, a.a.O. (Anm. 28), S. 149. Art. 6 I GG schützt auch das Recht, keine Ehe einzugehen und nicht wie ein Verheirateter behandelt zu werden. Das spricht gegen eine betuliche Verrechtlichung der nichtehelichen Gemeinschaften, die nicht unter der Hand zu einer Art von Zwangsehe gemacht werden dürfen. Die in Konkubinate zusammenlebenden Menschen wählen in der Regel bewußt ein Kontrastprogramm zur gesetzlichen Ehe: *Diederichsen*, a.a.O. (Anm. 4), S. 1025; *I.v.Münch*, Artikel 6 Grundgesetz, der Wandel familiärer Lebensmuster und das Familien- und Sozialrecht, in: Der Wandel familiärer Lebensmuster und das Sozialrecht (Anm. 1), S. 69 (79).

⁴⁹ Das betont *Schlüter*, Die nichteheliche Lebensgemeinschaft, 1981, S. 19; vgl. auch *Graue*, a.a.O. (Anm. 36), S. 107f., im Blick auf schwedische Erfahrungen.

Institution ist und daß der Gesetzgeber mit ihr eine erschöpfende, alle bekannten Gefährdungen und Schutzbedürfnisse paarig lebender Menschen berücksichtigende Ordnung zur Verfügung gestellt hat⁵⁰: Die Form des rechtlichen Schutzes für eine Lebenspartnerschaft ist eben die Ehe. Natürlich bedeutet der Verzicht auf Ehe nicht zugleich den Verzicht auf Rechtsschutz im Notfall⁵¹. Punktuelle rechtliche Hilfskonstruktionen sind nicht ausgeschlossen, sei es, daß sie allgemeinen Gerechtigkeitsvorstellungen entsprechen⁵², sei es, daß die Verfassung selbst sie gebietet. Letzteres ist beim Mutterschutz (Art. 6 IV GG) und dem Schutzgebot für nichteheliche Kinder (Art. 6 V GG) der Fall.

Daß Ehen und Familien im Verhältnis zu Nicht-Ehen in mancherlei Hinsicht, insbesondere im Steuerrecht, bevorzugt werden, wird auch heute als verfassungsrechtlich geboten anerkannt⁵³. Sofern die besondere Förderung der Institutionen Ehe und Familie als unvermeidliche Kehrseite die Nichtförderung der gerade nicht geschützten Lebensweisen einschließt, ist deren abweichende Behandlung verfassungsmäßig⁵⁴. Umgekehrt könnte sich allerdings im Einzelfall eine Verpflichtung des Gesetzgebers zur Tätigkeit zugunsten der Ehe gerade aus dem Schutz des Art. 6 I GG ergeben, wenn nämlich die Ehe ohne gesetzliche Regelung schlechter gestellt wäre als die nichteheliche Lebensgemeinschaft. Eine solche Schlechterstellung droht im Sozialrecht, z.B. bei der Anrechnung von Haushaltsersparnissen, die in einer Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft erzielbar sind und in einzelnen Sozialleistungsgesetzen berücksichtigt werden. Hier wäre es falsch, diese Ersparnisse nur bei Verheirateten zu berücksichtigen, nicht aber bei Nichtverheirateten⁵⁵. Die Rechtsordnung muß nämlich

⁵⁰ *Diederichsen*, a.a.O. (Anm. 4), S. 1025, bemerkt mit Recht, daß „die Rechtsordnung mit der Regelung der Ehe ihr Soll erfüllt hat“. Auch eine analoge Anwendung des Ehe- oder Verlöbnisrechts ist grundsätzlich unzulässig: *Beitzke*, a.a.O. (Anm. 39), S. 35; *Zippelius*, a.a.O. (Anm. 34), S. 809.

⁵¹ *Steinert*, Vermögensrechtliche Fragen während des Zusammenlebens und nach Trennung Nichtverheirateter, NJW 1986, 683 (684); *Zeidler*, a.a.O. (Anm. 1), S. 579f. m.w.N.

⁵² *Zeidler*, a.a.O. (Anm. 1), S. 579.

⁵³ *E.M.v.Münch*, in: GG-Kommentar (Anm. 39), Rdn. 3a; *Zeidler*, a.a.O. (Anm. 1), S. 581; *Rüfner*, Sozialrecht und nichteheliche Lebensgemeinschaft, in: *Landwehr* (Hrsg.), a.a.O. (Anm. 4), S. 84 (97).

⁵⁴ *I.v.Münch*, Verfassungsrecht (Anm. 28), S. 150; *Zippelius*, a.a.O. (Anm. 34), S. 808.

⁵⁵ § 122 BSHG und § 18 II Nr. 2 WoGG. Sie vermeiden eine Besserstellung der nichtehelichen Lebensgemeinschaften. Durch das Siebte Gesetz zur Änderung des Arbeitsförderungsgesetzes vom 20.12.1985 (BGBl. I, S. 2484) ist jetzt auch in das Arbeitsförderungsgesetz eine vergleichbare Vorschrift aufgenommen worden (§ 137 II a AFG). Damit hat der Gesetzgeber der Entscheidung des

die Ehe in ihrer überkommenen Form auch dann schützen und fördern, wenn sich ihr Erscheinungsbild in Einzelheiten ändert. Art. 6 I GG legitimiert nicht die staatliche Förderung von Lebensgemeinschaften auf Zeit oder von Lebensgemeinschaften ohne rechtliche Bindung. Es wäre vielmehr mit der Verfassung nicht zu vereinbaren, wenn durch materielle Begünstigung die Wahl anderer Lebensformen als der Ehe zum Zweck der Geschlechtsgemeinschaft vorteilhaft gemacht würde.

6. Der Familienbegriff des Art. 6 I GG und der Schutz von nicht auf die Ehe gegründeten Familien

Nicht so eindeutig ist die Abgrenzung für den Begriff der Familie als der „umfassenden Gemeinschaft von Eltern und Kindern“⁵⁶, denn rechtliche Normierung und öffentliche Anerkennung gehören nicht zu ihrem Wesen. Familie existiert auch außerhalb und unabhängig vom Recht⁵⁷. Die Bestimmung des Art. 6 I GG zeichnet sich insoweit durch eine gewisse Unschärfe und Offenheit aus, bedarf also der Präzisierung mittels einer vom Normzweck bestimmten Interpretation⁵⁸. Früher waren Ehe und Familie fast identisch. „Ehe war die Vorstufe zur Familie, und die Familie als größere Einheit umschloß zugleich die Ehe, womit der Schutz und die Förderung des einen Schutzgutes aus der Natur der Sache auch dem anderen zum Vorteil geriet.“⁵⁹ Auch heute ist die Ehe auf Familie hin angelegt⁶⁰, auch wenn ehelose Familien und kinderlose Ehen zahlenmäßig zunehmen.

Im allgemeinen Sprachgebrauch wird der Begriff der Familie wenig präzise verwendet. Es gibt Klein- und Großfamilien, Familien im enge-

BVerfG vom 10.7.1984 (BVerfGE 67, 186ff.) Rechnung getragen, in der § 139 AFG für nichtig erklärt worden war. Diese Vorschrift hatte nicht dauernd getrennt lebenden Ehegatten, die beide die Voraussetzungen für den Bezug von Arbeitslosenhilfe erfüllen, nur einen Anspruch zuerkannt. Im BAFöG werden unverheiratete leibliche Eltern rechtlich wie zwei Einzelpersonen behandelt und stehen damit günstiger als Eheleute, die nur einen niedrigeren gemeinsamen Elternfreibetrag erhalten. Hier muß eine Angleichung an die im BSHG, im WoGG und im AFG bereits vorhandene Regelung vorgenommen werden. Zum Problem *Rüfner*, a.a.O. (Anm. 54), S. 85ff.; *ders.*, Die nichteheliche Lebensgemeinschaft im Sozialrecht, SGB. 1979, 589ff., zur rechtspolitischen Aufgabenstellung ebd., S. 591f.

⁵⁶ BVerfGE 10, 59 (66).

⁵⁷ Anders die Ehe: *Müller-Freienfels*, a.a.O. (Anm. 6), S. 3.

⁵⁸ *Gernhuber*, Ehe und Familie als Begriffe des Rechts, FamRZ 1981, 721 (725); *I.v.Münch*, Wandel familiärer Lebensmuster (Anm. 48), S. 75 m.w.N.

⁵⁹ *Zeidler*, a.a.O. (Anm. 1), S. 592.

⁶⁰ Entgegen *E.M.v.Münch*, in: GG-Kommentar (Anm. 39), Rdn. 2a, gehören Eheschutz und Familienschutz auch heute zusammen.

ren und im weiteren Sinne, und es gibt faktische Familien, in denen die Eltern keine Ehepaare sind. Es bestehen Tendenzen, sie alle als Familien auch im Rechtssinne zu verstehen⁶¹ und jeder Gemeinschaft den besonderen Schutz der Verfassung angedeihen zu lassen, die „die Leistung erbringt, das Nachwachsen der nächsten Generation zu ermöglichen“⁶². Zunächst ist mit dem Begriff der Familie die sogenannte Kleinfamilie gemeint, d.h. die auf Ehe gegründete Gemeinschaft von Eltern und Kindern⁶³. Zur Familie zählen aber auch Stief-, Adoptiv- und Pflegekinder⁶⁴, u.U. auch Enkelkinder⁶⁵. Auch die Mutter und das nichteheliche Kind⁶⁶ sowie der Vater und das nichteheliche Kind⁶⁷ bilden eine Familie. Alleinstehende Elternteile mit Kindern nach dem Tod des Ehegatten oder einer Scheidung bilden Familien, wenn auch defiziente Rest-Familien, die nicht dem Leitbild der Verfassung entsprechen.

Angesichts der fortgeschrittenen Begriffsstreuung erscheint es nicht mehr möglich, wie bei der rechtlich eindeutig bestimmten Ehe auch bei der Familie einen einheitlichen Begriff zu vertreten⁶⁸. Die Gesetze verwenden schon heute am jeweiligen Normzweck orientierte Familienbegriffe und zählen z.T. auch solche Personen zur Familie, die nicht durch Ehe und Verwandtschaft miteinander verbunden sind. Die auf Konkubinat gegründeten Gruppierungen und die defizienten Familien werden durch diese Anerkennung aber nicht zu Normalfamilien, mag ihre Zahl auch noch so groß sein. Das Leitbild der Verfassung bleibt die auf Ehe gegründete Familie⁶⁹. Der Gedanke des Mutterschutzes und der Gleichstellung des nichtehelichen Kindes gebieten es, auch andere Gruppen zu fördern. Steuerliche, sozialrechtliche und besoldungsrechtliche Vergünstigungen werden ihnen gewährt⁷⁰.

⁶¹ *Pirson*, a.a.O. (Anm. 1), Rdn. 23; *Lecheler*, Der Schutz der Familie. Fehlentwicklungen bei der Konkretisierung eines Grundrechts, FamRZ 1979, 1 (5); *Gernhuber*, Ehe und Familie (Anm. 58), S. 727.

⁶² *Zeidler*, a.a.O. (Anm. 1), S. 603.

⁶³ BVerfGE 10, 59 (66); 24, 119 (135); 59, 52 (63); *E.M.v.Münch*, in: GÜ-Kommentar (Anm. 39), Rdn. 4; *Maunz*, a.a.O. (Anm. 39), Rdn. 16.

⁶⁴ BVerfGE 18, 97 (106); 68, 176 (187).

⁶⁵ *Zeidler*, a.a.O. (Anm. 1), S. 604; a.A.: BVerfGE 48, 327 (339), (im Zusammenhang mit § 1355 BGB); 59, 52 (63), (im Zusammenhang mit § 1 III JWG); von BVerfGE 39, 316 (326) noch offengelassen.

⁶⁶ BVerfGE 18, 97 (106); 25, 167 (196).

⁶⁷ BVerfGE 45, 104 (123); 56, 363 (382).

⁶⁸ *Pirson*, a.a.O. (Anm. 1), Rdn. 19. Zur Mehrdeutigkeit des Familienbegriffs BVerfGE 52, 214 (219).

⁶⁹ *Geiger*, a.a.O. (Anm. 31), S. 9.

⁷⁰ BVerfGE 25, 167 (196); 45, 104 (123). Lebens- und Versorgungsgemeinschaften ohne Kinder beruhen auf Vereinbarung und bilden schon begrifflich keine Familie: *Pirson*, a.a.O. (Anm. 1), Rdn. 25.

Für die fragmentarisierten Familien war dies nach Wegfall eines Elternteils schon herkömmlich ebensowenig bezweifelt wie für die nichtverheirateten Mütter und ihre Kinder. Seit dem Gesetz über die rechtliche Stellung der nichtehelichen Kinder vom 19.8.1969⁷¹ ist auch der nichteheliche Vater mit seinen Kindern im Rechtssinne verwandt und bildet mit ihnen eine Familie. Die kuriose Frage, ob ein solcher Vater und die nichtverheiratete Mutter mit den gemeinsamen Kindern eine Familie oder jeder Elternteil mit den identischen Kindern je eine Familie bilden⁷², ist ein Rechtsproblem von der Art, die den unverbildeten Laien am gesunden Menschenverstand der Juristen zweifeln lassen kann. Ein Scheinproblem ist diese Frage aber nicht. Die nichtverheirateten Eltern müssen sich auch hier beim Wort nehmen lassen⁷³. Wenn natürliche Eltern und ihre nichtehelichen Kinder dauerhaft und wie in einer auf Ehe gegründeten Familie in guten und schlechten Tagen zusammenleben, scheint es mir vertretbar, solche faktischen Familien im Interesse der Kinder terminologisch als *eine* Familie anzuerkennen und auch zu fördern. Die Gemeinschaft einer nichtehelichen Mutter oder eines nichtehelichen Vaters und seiner Kinder wird aber in Erfüllung des Art. 6 V GG geschützt, der dem nichtehelichen Kind – soweit möglich – die gleichen Lebenschancen sichern will wie dem ehelichen. Wichtig ist, daß der Rechtsgrund des Schutzes dieser Gemeinschaften nicht darauf beruht, daß sie eine Familie im Sinne des Art. 6 I GG bilden, sondern daß die Verfassung in anderen Bestimmungen ihren Schutz vorsieht⁷⁴. Die Familie wird nämlich nicht wegen ihrer Schwäche und Schutzbedürftigkeit geschützt, wie das gerade beim nichtehelichen Kind der Fall ist, sondern wegen ihrer unverletzlichen einmaligen Leistungsfähigkeit für Staat und Gesellschaft⁷⁵. Deshalb ist im Einzelfall zu prüfen, ob Förderung geboten ist. Keineswegs kann der bei der Mutter und den nichtehelichen Kindern wohnende Vater generell wie der Vater einer auf Ehe begründeten Familie behandelt werden⁷⁶. Er hat nicht die Stellung des ehelichen Vaters und genießt nicht die Elternrechte des Art. 6 II S. 1 GG.

⁷¹ BGBl. I, S. 1243.

⁷² Richtig *E.M.v.Münch*, in: GG-Kommentar (Anm. 39), Rdn. 4, wonach der erweiterte Familienbegriff nicht unter den Schutzbereich des Art. 6 I GG fällt.

⁷³ *Zeidler*, a.a.O. (Anm. 1), S. 584; vgl. auch *Steinert*, a.a.O. (Anm. 51), S. 684.

⁷⁴ Vgl. BVerfGE 25, 167 (195ff.), mit dem Hinweis, daß zwischen Art. 6 V GG und Art. 6 I GG kein Widerspruch bestehe.

⁷⁵ *Pirson*, a.a.O. (Anm. 1), Rdnrn. 26ff.

⁷⁶ Insoweit zu undifferenziert VG München, NJW 1986, 742; krit. dazu auch *Steinert*, a.a.O. (Anm. 51), S. 684 Anm. 10a.

Nach § 1705 BGB hat die Mutter nach wie vor allein das elterliche Sorgerecht. Dem Vater steht theoretisch nur ein Besuchs- und Auskunftsrecht nach § 1711 BGB zu. Insofern ignoriert das Recht die Erscheinung der natürlichen Familie. Daß es damit dem Elternrecht des Art. 6 II GG und dem besonderen Schutz der Familie nach Art. 6 I GG gerecht wird, ist nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 24.3.1981⁷⁷ nicht mehr zweifelhaft. Die Eltern haben es in der Hand, durch ihren Eheschluß die Rechtslage des Vaters zu normalisieren⁷⁸.

Gegen eine weitergehende Rechtsstellung des nichtehelichen Vaters als Teil der Familie spricht schließlich die bloße Tatsächlichkeit seines Daseins. Im Interesse der Freiheitlichkeit unserer Rechtsordnung ist es unerwünscht, das Familienrecht so auszubauen, daß ein staatlicher Familienbesuchs- und Kontrolldienst unabweislich wird. Das wäre jedoch der Fall, wenn man einen natürlichen Vater, der vereinbarungsgemäß jeden Tag ohne weitere Formalitäten aus der Rolle des Familienvaters schlüpfen kann, wie einen rechtmäßig verheirateten Vater behandelte. Die Freiheit der Familie und die Möglichkeit ihrer Förderung ohne Kontrollgänge im Einzelfall beruhen

⁷⁷ BVerfGE 56, 363 (383): Es steht der nichtverheirateten Mutter frei, „eine Eheschließung oder auch ein Zusammenleben mit dem Kindesvater abzulehnen. Selbst wenn der Vater des Kindes eine Gemeinschaft mit Mutter und Kind wünscht, kann dies an dem entgegenstehenden Willen der Kindesmutter scheitern, weil sie es vorzieht, mit dem Kind allein zu leben.“ Das Gericht geht hier primär vom Kindeswohl aus. Das rechtliche Defizit in der Stellung des nichtehelichen Vaters entspreche dem rechtlichen Defizit in der Beziehung der Eltern. Da diese nicht rechtlich gebunden seien, könnten sie sich ohne Mitwirkung des Staates jederzeit trennen. Aus diesem Grunde sei eine rechtliche Gleichstellung des ehelichen Kindes und eines Kindes von nichtverheirateten Eltern nicht zwingend (ebd., S. 385). Der EuGHMR hat hingegen in seinem Urteil vom 13.6.1979, NJW 1979, 2449 (2450), entschieden, daß der in Art. 8 MRK gewährleistete Anspruch auf Achtung des Familienlebens auch die nichteheliche Familie umfasse und daß der Staat demzufolge darauf achten müsse, daß die von ihm geschaffenen Regelungen den Betroffenen die Führung eines normalen Familienlebens erlauben. Im Anschluß daran krit. zur Regelung des § 1705 BGB *Jayme*, Europäische Menschenrechtskonvention und deutsches Nichtehelichenrecht, NJW 1979, 2425 (2428); *Strätz*, a.a.O. (Anm. 4), S. 437.

⁷⁸ BVerfGE 56, 363 (384f.). Es fragt sich allerdings, ob es wirklich ganz in das Belieben der Eltern gestellt sein kann, Kinder mit oder ohne den institutionellen Schutz der Ehe in die Welt zu setzen. Gewiß kann niemand zur Ehe gezwungen werden. Aber deshalb wird die sittliche Verpflichtung von Eltern zur Heirat m.E. nicht aufgehoben. Es erscheint widersprüchlich, daß der Staat verfassungsrechtlich verpflichtet ist, nichtehelichen Kindern möglichst die gleiche Rechtsstellung wie ehelichen zu verschaffen, die Eltern aber ihrerseits frei sein sollen, ihre Beziehungen innerhalb oder außerhalb des Rahmens der Institution Ehe zu verwirklichen.

auf der Rechtsverbindlichkeit ihrer ehelichen Grundlage⁷⁹. Gerade diese Verbindlichkeit fehlt den anderen Gemeinschaften. Die gewollte Unverbindlichkeit solcher familienähnlicher Gebilde verbietet ihre generelle Gleichstellung mit der auf Ehe gegründeten Familie⁸⁰.

7. Art. 6 I GG als mehrdimensionale Verfassungsbestimmung

Art. 6 I GG ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts⁸¹ eine mehrdimensionale Verfassungsbestimmung, nämlich ein Abwehrrecht im Sinne der klassischen Grundrechte, eine Instituts- oder Einrichtungsgarantie und eine Grundsatznorm für das gesamte Ehe und Familie betreffende Recht.

8. Die Institutsgarantie von Ehe und Familie

Schon bei den Beratungen der Nationalversammlung wurde das Problem einer möglichen Zementierung der Augenblickssituation von Ehe und Familie durch die Verfassungsgarantie angesprochen. Das wäre politisch nicht akzeptabel gewesen. Deshalb wurde schon damals zwischen der Institution der Ehe und den Bestimmungen des Eherechts im einzelnen unterschieden. Die Bedeutung des Artikels sollte darin liegen, „daß die monogame Ehe, das ist die aus dem Sittengesetz geschaffene ethische Einrichtung der Ehe, nicht ohne Verfassungsänderung beseitigt werden kann, während selbstverständlich alle eherechtlichen Bestimmungen des bürgerlichen Rechtes im Wege des einfachen Reichsgesetzes geändert werden dürfen“⁸².

Diese Differenzierung wird seit der Weimarer Zeit⁸³ mit den Begriffen der institutionellen Garantie und der Institutsgarantie als Verbür-

⁷⁹ Wollte die Rechtsordnung an die tatsächlichen Beziehungen nichtverheirateter Menschen anknüpfen, müßten Finanzbeamte oder Sozialarbeiter Beobachtungen und Feststellungen in der Privatsphäre machen dürfen. Die Formalisierung der Ehe erspart als Anknüpfungstatbestand solche Eingriffe in die Intimsphäre. Auf die Aspekte des Datenschutzes bei Konkubinanten weise ich nur hin.

⁸⁰ Kritisch, eher die Gleichstellung befürwortend *Strätz*, a.a.O. (Anm. 4), S. 437; *deWitt/Huffmann*, a.a.O. (Anm. 4), Rdnrn. 242ff.

⁸¹ BVerfGE 6, 55 (71f.); 24, 119 (135); 31, 58 (67); aus der Lit. *Maunz*, a.a.O. (Anm. 39), Rdn. 6; *Pirson*, a.a.O. (Anm. 1), Rdn. 3; *Zeidler*, a.a.O. (Anm. 1), S. 556.

⁸² So der Abgeordnete *Ablaß* (DDP), in: Verhandlungen der verfassungsgebenden Deutschen Nationalversammlung, Bd. 336 (Anlagen zu den Stenographischen Berichten, Nr. 391: Bericht des Verfassungsausschusses), S. 378f.; zum Problem aus heutiger Sicht *Zeidler*, a.a.O. (Anm. 1), S. 557f., unter Bezugnahme auf *Scheuner*, a.a.O. (Anm. 14), S. 47.

⁸³ *Anschütz*, a.a.O. (Anm. 17), Art. 119, Anm. 1; *Poetzsch-Heffter*, Handkommentar der Reichsverfassung, Art. 119, Anm. 1.

gungen traditioneller Normenkomplexe systematisch bewältigt. Mit ihrer Hilfe soll verhindert werden, daß der einfache Gesetzgeber unter Ausnutzung der allgemeinen Gesetzgebungszuständigkeit von dem Institut nur noch den Namen übrigläßt und die Garantie der Verfassung auf diese Weise unterläuft⁸⁴.

Die Merkmale dieser von der Verfassung „in ihrer wesentlichen Struktur“ durch „einen Normenkern des Ehe- und Familienrechts“⁸⁵ geschützten Ehe sind Geschlechtsverschiedenheit, Einehe, Konsensprinzip, obligatorische Zivilehe⁸⁶, Verpflichtung zur ehelichen Lebensgemeinschaft und Lebenszeitprinzip⁸⁷. Das sind die Wesensmerkmale,

⁸⁴ Zuerst von C. Schmitt, Verfassungslehre, 1928, S. 170f. Hier fehlt jedoch noch die Hervorhebung des Gegensatzes von institutioneller öffentlich-rechtlicher und bloß privatrechtlicher Institutsgarantie; dazu *ders.*, Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung (1931), abgedr. in: *ders.*, Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924–1954. Materialien zu einer Verfassungslehre, 1973², S. 143, 149ff. In Kürze zusammenfassend *ders.*, Inhalt und Bedeutung (Anm. 17), S. 595f. Das Bekenntnis des Verfassungsgebers zu den mit institutioneller Garantie geschützten Instituten verbietet es dem einfachen Gesetzgeber, sie ganz zu beseitigen oder auch nur ihren Wesensgehalt anzutasten. Indem die Verfassung nur den allgemeinen Begriff zum Bestandteil der Verfassungsordnung erhebt, stehen die konkreten, durch den einfachen Gesetzgeber vorgenommenen Ausgestaltungen des Instituts nicht unter verfassungsrechtlichem Bestandsschutz. Eine umfassende Konservierung des juristischen Status quo würde der Aufgabe des Gesetzgebers widersprechen, das Institut mit den wechselnden Forderungen der staatlichen Ordnung und dem Wandel der Rechtsanschauungen in Übereinstimmung zu halten. Gerade die Möglichkeit der gesetzgeberischen Anpassung und Fortentwicklung bewahrt das Institut vor Erstarrung in überlebten Formen. Nur das Wesen des Instituts steht unter verfassungsrechtlicher Garantie. Inhalt und Wirkungsbereich darf der Gesetzgeber ändern. Er ist dabei nur an den immanenten Sinn des Instituts gebunden. Zu den institutionellen Garantien statt aller: Scheuner, Die institutionellen Garantien des Grundgesetzes (1953), in: *ders.*, Staatstheorie und Staatsrecht. Ges. Schriften, 1978, S. 665ff.; Quaritsch, Art. „Institutionelle Garantie“, in: EvStL, 1975², Sp. 1022ff. m.w.N.

⁸⁵ BVerfGE 6, 55 (72); Maunz, a.a.O. (Anm. 39), Rdn. 17b.

⁸⁶ Der Schutz von Ehe und Familie ist dem Staat nur möglich, wenn er die volle Dispositionsbefugnis über die Normen des Ehe- und Familienrechts besitzt. Deshalb hat die obligatorische bürgerliche Eheschließung Verfassungsrang und steht nicht zur Disposition des Gesetzgebers: E. Scheffler, a.a.O. (Anm. 9), S. 282f. Das gilt heute angesichts der Pluralisierung der religionsgesellschaftlichen Landkarte in der Bundesrepublik Deutschland noch mehr als vor dreißig Jahren. Eine fakultative Zulassung der religionsgesellschaftlichen Eheschließung würde für alle Religionsgemeinschaften gleichmäßig gelten. Auflösung der Ehe, Scheidung usw. würden bald nicht mehr einheitlich sein, und der Integrationsfaktor des staatlichen Eherechts ginge verloren.

⁸⁷ Gernhuber, Lehrbuch (Anm. 43), S. 37; Maunz, a.a.O. (Anm. 39), Rdn. 17b; E. Scheffler, a.a.O. (Anm. 9), S. 283f. Die Ausschließlichkeit der Ehe als Form der Geschlechtsgemeinschaft hat Implikationen, welche heute nicht populär sind. Das Gebot „Du sollst nicht ehebrechen“ gehört dazu. Es handelt sich

„die im Verlauf der geschichtlichen Entwicklung als charakteristische Bestandteile der Ehe allgemeine Anerkennung gefunden haben und von deren Bestand das Gemeinschaftsleben ausgeht“⁸⁸. Die Ehe-reformgesetze haben diese tragenden Prinzipien z.T. arg gezaust. Der Übergang vom Schuldprinzip zum Zerrüttungsprinzip im Scheidungsrecht (§ 1565 I BGB) und die Unwiderlegbarkeit der Vermutung für das Scheitern der Ehe nach Ablauf einer Trennungszeit (§ 1566 II BGB)⁸⁹ stellen insbesondere den Grundsatz in Frage, daß die Ehe auf Lebenszeit geschlossen wird⁹⁰.

9. Art. 6 I GG als Grundrecht im klassischen Sinne

Art. 6 I GG enthält ferner als Grundrecht im klassischen Sinne ein Abwehrrecht gegen störende und schädigende staatliche Ein- und Übergriffe in die Ehe- und Familiensphäre⁹¹. Natürlich dachten die Väter des Grundgesetzes an den Einbruch des NS-Staates in die spezifische Privatsphäre von Ehe und Familie, an seinen übermächtigen

hierbei nicht um eine Konsequenz eines schon geläuterten Eheverständnisses, das Gebot macht die Ehe vielmehr erst zu dem, was sie ihrem Wesen nach ist: *Pirson*, Art. „Ehe und Familie (II. rechtlich)“, in: *EvStL*, 1987³, Sp. 649ff.

⁸⁸ *Pirson*, in: *Bonner Kommentar* (Anm. 1), Rdn. 11.

⁸⁹ Das Familiengericht kann nach Ablauf der dreijährigen Trennungszeit nur noch in Härtefällen (§ 1568 I BGB) eine Scheidung vermeiden; dies gilt dann allerdings zeitlich unbegrenzt. § 1568 II BGB, der die Anwendung der Härtekláuseln des Abs. 1 nach Ablauf einer fünfjährigen Trennungszeit ausschloß, ist durch das Gesetz zur Änderung unterhaltsrechtlicher, verfahrensrechtlicher und anderer Vorschriften vom 20.2.1986 (BGBl. I, S. 301) aufgehoben worden. Damit hat der Gesetzgeber auf den Beschluß des BVerfG vom 21.10.1980 (NJW 1981, 108f.) reagiert. In dieser Entscheidung hatte das Gericht erklärt, § 1568 II BGB sei insoweit mit Art. 6 I GG unvereinbar, als eine Ehescheidung nach fünfjährigem Getrenntleben ausnahmslos auszusprechen sei, ohne daß das Gericht außergewöhnlichen Härten zumindest durch eine Aussetzung des Verfahrens begegnen könne.

⁹⁰ Ein förmliches Bekenntnis dazu erübrigte sich, solange der Grundsatz als solcher unbezweifelt war. Seine Normierung in § 1353 I S. 1 BGB durch das Erste Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts vom 14.6.1976 (BGBl. I, S. 1421) und die Qualifizierung als untrennbarer Bestandteil des verfassungsrechtlichen Ehebegriffs im Bericht des Rechtsausschusses des Bundestages (BT-Drucks. 7/4361, S. 6) indiziert das Problem. Der Eindruck, daß das deutsche Recht die sukzessive Vielweiberei gestatte, ist nicht mehr von der Hand zu weisen.

⁹¹ Dem Wortlaut nach ist der Verfassungsrechtssatz des Art. 6 I GG nicht als Gewährleistung eines subjektiven Rechts ausgestaltet. v. *Mangoldt/Klein*. Das Bonner Grundgesetz, Bd. I, 1957², Art. 6, Anm. III 3, gingen deshalb noch davon aus, daß sich Art. 6 I GG auf die Gestaltung des objektiven Rechts beschränke. Zur Anerkennung des Art. 6 I GG als subjektives Recht des einzelnen vgl. *Pirson*, in: *Bonner Kommentar* (Anm. 1), Rdnrn. 89ff.

Anspruch, auch die Jugenderziehung zu bestimmen, an seine menschenzüchterischen Ideen und an rassistische Heiratsverbote durch die sogenannte Blutschutzgesetzgebung⁹². Dem Grundrecht kommt indessen keine nur historische Bedeutung zu. Jeder Mensch im heiratsfähigen Alter hat ein Recht, eine Ehe einzugehen und eine Familie zu gründen⁹³. Vor diesem Recht hatten die früher verbreiteten Zölibatsklauseln im Beamtenrecht⁹⁴ und im Arbeitsrecht⁹⁵ sowie Heiratswegfallklauseln im Sozialrecht⁹⁶ keinen Bestand. Das Recht der Kinder, von den leiblichen Eltern erzogen zu werden, und deren Recht, ohne Belehrung von öffentlichen Erziehungshelfern das Familienleben gestalten zu können, ist jedoch auch unter dem Grundgesetz gefährdet. Das zeigen die familienauflösenden Tendenzen des Zweiten Familienberichts der Bundesregierung (1975)⁹⁷, die schließlich nicht verwirklichten Pläne zur Reform des Jugendwohlfahrtsrechts⁹⁸ und die Reform des Rechts der elterlichen Sorge⁹⁹.

⁹² BVerfGE 6, 55 (71); *E.M.v.Münch*, in: GG-Kommentar (Anm. 39), Rdn. 8.

⁹³ BVerfGE 29, 166 (175) sowie BVerfGE 31, 58 (67), (zum Fall der Eheschließung eines Spaniers mit einer geschiedenen Deutschen). Zur Problematik der Eheschließungsfreiheit bei Ausländerehen allgemein *E.M.v.Münch*, a.a.O. (Anm. 39), Rdn. 9a; zu dem Verbot normativer Behinderung des Zugangs zur Ehe *Pirson*, in: Bonner Kommentar (Anm. 1), Rdnrn. 38ff.

⁹⁴ BVerwGE 14, 21 (27ff.).

⁹⁵ BAGE 4, 274 (279f.). Die Kündigung der Leiterin eines katholischen Kindergartens wegen der standesamtlichen Eheschließung mit einem nicht laiierten Priester ist allerdings ungeachtet des Art. 6 I GG mit Rücksicht auf das ebenfalls verfassungsrechtlich gewährleistete Selbstbestimmungsrecht der Kirchen und Religionsgemeinschaften (Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 III WRV) sozial gerechtfertigt: BAGE 33, 14 (25).

⁹⁶ Die Ausgestaltung des Sozialrechts darf die Bereitschaft zur Eheschließung nicht gefährden: BVerfGE 28, 324 (347, 361); 29, 57 (66f.); 29, 71 (78f.); *Rüfner*, Sozialrecht und nichteheliche Lebensgemeinschaft (Anm. 54), S. 91f.; *ders.*, Die nichteheliche Lebensgemeinschaft im Sozialrecht (Anm. 56), S. 591 (am Beispiel des BAFöG). Zu den Heiratswegfallklauseln *Pirson*, in: Bonner Kommentar (Anm. 1), Rdn. 45.

⁹⁷ BT-Drucks. 7/3502.

⁹⁸ Dazu *Lecheler*, a.a.O. (Anm. 62), S. 7f. m.w.N.

⁹⁹ Der Versuch, die elterliche Sorge juristisch als Problem der Kindesemanzipation zu begreifen, geht an der Sache vorbei. Der Gesetzgeber hat in der endgültigen Fassung darauf auch im wesentlichen verzichtet: *Diederichsen*, Die Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge, NJW 1980, 1 (10f.), unter Bezugnahme auf *dens.*, Zur Reform des Eltern-Kind-Verhältnisses, FamRZ 1978, 461ff. Zum Funktionsvorbehalt für die Familie *Pirson*, in: Bonner Kommentar (Anm. 1), Rdnrn. 85ff. Kritisch zu den Reformplänen der sozialliberalen Koalition *Lecheler*, a.a.O. (Anm. 62), S. 7; *Geiger*, a.a.O. (Anm. 31), S. 18ff. Eine bewußt familienunabhängige Förderung in den einschlägigen Bereichen der materiellen und der immateriellen Lebenshilfe wäre im Blick auf Art. 6 I GG problematisch: *Pirson*, Art. „Ehe und Familie“ (Anm. 88), Sp. 1836.

10. Art. 6 I GG als soziales Grundrecht – Rechtliche Unterschiede zwischen erster und zweiter Ehe

Unter den Grundrechten bildet Art. 6 I GG insofern einen Sonderfall¹⁰⁰, als er ein soziales Grundrecht ist. Die bekannte Problematik dieser Kategorie tritt hier alsbald zutage: Die Ausfüllung von sozialen Grundrechten erfolgt durch den Gesetzgeber. Dieser genießt dabei einen breiten Gestaltungsspielraum, der verfassungsgerichtlich kaum zu kontrollieren ist¹⁰¹.

Als soziales Grundrecht vermittelt Art. 6 I GG für Ehe und Familie einen Anspruch auf Schutz und Förderung. Negativ sollen sie nicht geschädigt oder sonst beeinträchtigt werden¹⁰². Im allgemeinen hat das Bundesverfassungsgericht Eheleute und Familien davor bewahrt, zu ihrem Nachteil als wirtschaftliche Einheit angesehen zu werden¹⁰³. Die Förderungspflicht hat in der Rechtsprechung des Gerichts freilich keine ausreichende Konkretisierung erfahren. Niemals hat das Bundesverfassungsgericht die positive Förderungspflicht des Staates verletzt gesehen. Wo es eine tatsächliche Förderung feststellte, hat es alsbald relativierend bemerkt, diese Förderung sei verfassungsrechtlich keineswegs geboten, könne also auch eingeschränkt oder aufgehoben werden. Im übrigen sieht es die Pflicht zum Familienlastenausgleich schon dadurch als erfüllt an, daß der Staat ein Schul-, Bildungs- und Ausbildungssystem aus Haushaltsmitteln vorhalte und Leistungen nach dem Bundesausbildungsförderungsgesetz vorsehe, ohne die Eltern stärker zu den Kosten heranzuziehen als andere Steuerzahler¹⁰⁴. Das Gericht vermag der Schutz- und Förderungspflicht des Staates keinen Anspruch für Ehe und Familie auf Meistbegünstigung zu entnehmen¹⁰⁵. Dem Art. 6 I GG hat die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts insoweit keine Dynamik zu verleihen vermocht. Der staatliche Förderungsauftrag wurde nicht entfaltet.

¹⁰⁰ Darauf wurde bereits im Parlamentarischen Rat hingewiesen: *v. Doemming/Füsslein/Matz*, a.a.O. (Anm. 18), S. 94.

¹⁰¹ BVerfGE 21, 1 (6); 43, 108 (123f.); 48, 346 (366); 55, 114 (127).

¹⁰² BVerfGE 6, 386 (388). Zur normativen Beeinträchtigung der Funktion der Familie vgl. *Pirson*, in: Bonner Kommentar (Anm. 1), Rdnrn. 51ff.

¹⁰³ *P. Krause*, Der Schutz von Ehe und Familie (Anm. 12), S. 30.

¹⁰⁴ BVerfGE 43, 108 (121); ebenso BSGE 45, 89 (92). Die Kostenfreiheit der Schulbildung usw. verbessert freilich nicht die Lage der Familien im Verhältnis zu den Kinderlosen, da diese solche Ausgaben auch nicht zu tragen haben.

¹⁰⁵ BVerfGE 14, 34 (40); 23, 74 (84). Noch weiter geht BSGE 35, 35 (38) unter Berufung auf zahlreiche Entscheidungen des BVerfG: „..., wo der Staat lediglich fördert und hilft, ... müssen Ehegatten nicht immer und in jedem Zusammenhang ebenso viel erhalten wie Ledige. Vielmehr darf der Leistungsumfang einer durch die Lebens- und Wirtschaftsgemeinschaft geminderten Bedürftigkeit angepaßt werden.“

Konkrete Ansprüche lassen sich aus Art. 6 I GG nicht herleiten. Ansätze zur Entfaltung einer sozialen Schutzfunktion gibt es immerhin. Das Bundesverfassungsgericht gründet sie aber in der Regel nicht auf Art. 6 I GG¹⁰⁶, und es nimmt im gleichen Atemzug zurück, was es gegeben hat: Die Schutzpflicht gehe nicht so weit, daß der Staat gehalten wäre, jegliche die Familie treffende Lasten auszugleichen. Größere Bedeutung hat die Schutzpflicht des Staates lediglich in Verbindung mit dem Gleichheitssatz gewonnen. Überhaupt neigt das Gericht dazu, Art. 6 I GG primär als Diskriminierungsverbot zu verstehen. In wichtigen Entscheidungen hat es diesen nur sekundär als besonderen Gleichheitssatz herangezogen oder sich auf die Feststellung beschränkt, in dem umstrittenen Fall liege jedenfalls keine verbotene Diskriminierung vor¹⁰⁷.

Das Bundesverfassungsgericht hat das Lob der Ehe vielfach gesungen und ihr Recht in zahlreichen Entscheidungen konkretisiert. Seine Rechtsprechung hat freilich auch zu einem Regime von Ehen erster und zweiter Klasse geführt.

Alle Ehen sind vor dem Gesetz gleich. Alle erfreuen sich gleichermaßen des unterschiedslosen Schutzes der staatlichen Gemeinschaft. Alle Ehegatten genießen das gleiche Recht, ihre Ehe nach eigenen Vorstellungen einzurichten und beispielsweise Lasten und Pflichten des gemeinschaftlichen Haushalts untereinander aufzuteilen. Neben das Recht auf Eingehung einer Ehe tritt also das auf individuelle Gestaltung derselben. Der Gesetzgeber soll in diese Interna möglichst nicht eingreifen¹⁰⁸.

Hier treten nun in partikularen Rettungsaktionen des Bundesverfassungsgerichts zwei widersprüchliche Seiten des geltenden Eherechts hervor, die seine Konzeptionslosigkeit deutlich erkennen lassen: „Der Schutz, den die erste Ehe nachträglich bekommt, widerspricht der Leichtigkeit, mit der sie durch jederzeitige Scheidung aufgrund auch nur einseitiger Zerrüttung quasi zur bloßen Versuchsehe abgewertet werden kann.“¹⁰⁹ Einerseits läßt also die praktisch

¹⁰⁶ Vgl. die geflüssentliche Betonung, daß der verfassungsrechtliche Schutz von Ehe und Familie nicht allein durch steuerliche Entlastung erfolgen müsse: BVerfGE 43, 108 (121). Dem entspricht die Ablehnung, die Kosten für die Erstanschaffung einer Wohnungseinrichtung von Ehepaaren oder Hausgehilfinnenkosten steuerlich absetzen zu dürfen: BVerfGE 21, 1 (5); 47, 1 (19).

¹⁰⁷ Nachweise dazu bei *P. Krause*, Der Schutz von Ehe und Familie (Anm. 12), S. 30ff.; zu Art. 6 I GG als Maßstab für die Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes (Art. 3 I GG) aus der Lit. *Pirson*, in: Bonner Kommentar (Anm. 1), Rdnrn. 80ff.

¹⁰⁸ BVerfGE 39, 169 (183); st. Rspr., zuletzt BVerfGE 66, 84 (94); 68, 256 (268).

¹⁰⁹ *Diederichsen*, Anmerkung zu dem Beschluß des BVerfG vom 14.11.1984 (BVerfGE 68, 256ff.), JZ 1985, 790 (792).

nicht mehr beschränkte Scheidungsfreiheit den Eindruck entstehen, daß der Eheschutz des Art. 6 I GG durch das Selbstverwirklichungsrecht der Ehegatten (Art. 2 I GG) um seine Bedeutung gebracht sei. Genießt der Bürger bei Eingehung der Ehe nicht das Grundrecht auf Fehlentscheidung und Nachbesserung bei der Gattenwahl? Die stets mögliche Auflösung der Ehe¹¹⁰ läßt beinahe fragen, ob diese überhaupt noch ein geschütztes Rechtsgut ist. Andererseits räumt das Bundesverfassungsgericht auf dem Umweg über das Unterhaltsrecht der ersten Ehe einen Vorrang ein. Das wird an dem Punkte deutlich, an dem das Gericht über die Konkurrenz von Ansprüchen aus zeitlich nacheinander bestehenden Ehen entscheiden muß. Hier bleibt wenig davon übrig, „daß jede Ehe vor der Rechtsordnung gleichen Rang hat ..., sei sie von den Partnern als Erstehe oder nach einer Ehescheidung geschlossen“¹¹¹. Tatsächlich ist die Freiheit der zweiten Ehe erheblich eingeschränkt. Sie bietet wegen der mit der Auflösung der ersten Ehe möglicherweise verbundenen wirtschaftlichen Lasten keinen wirtschaftlichen Schutz mehr. Die geschiedenen Ehegatten setzen ihre frühere Rechtsbeziehung nach einer ironischen Formulierung als „Unterhaltsehe“¹¹² fort. Hierüber läßt das Bundesverfassungsgericht den Schutz des Grundgesetzes strahlen, obwohl eine Ehe gerade nicht mehr besteht.

Das zeigt die einschlägige Rechtsprechung im einzelnen: Der Anspruch auf den sogenannten Aufstockungsunterhalt (§ 1573 II BGB)¹¹³ läßt den Ehegatten der geschiedenen Ehe an den Erträgen der laufenden Erwerbstätigkeit des neu verheirateten Staatsbürgers weiterhin Anteil haben. Dieser Anspruch bestand bis zum 1. April 1986 prinzipiell unbegrenzt¹¹⁴, und seine Versagung war selbst bei schweren Eheilloyalitäten des so Versorgten umstritten¹¹⁵. In den

¹¹⁰ BVerfGE 53, 224 (248f.).

¹¹¹ BVerfGE 66, 84 (93); ebenso BVerfGE 68, 256 (267f.).

¹¹² *Holzhauser*, Die Neuregelung des Unterhalts Geschiedener, JZ 1977, 73.

¹¹³ Dazu BVerfGE 57, 361 (389f.).

¹¹⁴ Durch das Gesetz zur Änderung unterhaltsrechtlicher, verfahrensrechtlicher und anderer Vorschriften vom 20.2.1986 (BGBl. I, S. 301) ist nun eine zeitliche Begrenzung des Aufstockungsunterhalts möglich geworden (§ 1573 V BGB). Daß eine möglicherweise lebenslange Belastung des Unterhaltsverpflichteten mit dem Grundgedanken des Unterhaltsrechts unter Geschiedenen, wonach nur der Bedürftige Anspruch auf Unterhalt haben soll, „schwerlich vereinbar“ war, wird jetzt selbst von der amtl. Begründung zu der Gesetzesänderung zugegeben: BT-Drucks. 10/2888, S. 18.

¹¹⁵ Die bisherige Formulierung des § 1579 I BGB war in der Öffentlichkeit vielfach dahingehend mißverstanden worden, daß sich ein Ehegatte nahezu jedes Fehlverhalten erlauben könne, ohne seinen Unterhaltsanspruch zu gefährden. Das Gesetz zur Änderung unterhaltsrechtlicher, verfahrensrechtlicher und anderer Vorschriften (Anm. 114) hat jetzt in § 1579 Nr. 6 BGB die Grundsätze

sogenannten Mangelfällen¹¹⁶ hat das Bundesverfassungsgericht den Vorrang des früheren Ehegatten vor dem neuen Partner des Unterhaltsschuldners (§ 1582 I S. 2 BGB) als verfassungsrechtlich unbedenklich angesehen. Die alte, nicht mehr bestehende Ehe behauptet ihren Vorrang also sogar dann, wenn sie mit der neuen Ehe in bezug auf die Pflege- und Betreuungsbedürftigkeit von Kindern völlig gleichsteht¹¹⁷. Der Versorgungsausgleich schmälert, ja nimmt dem neuen Ehegatten womöglich ganz die Versorgungsmöglichkeit, die die Ehe gemeinhin bietet¹¹⁸. Obwohl der zweite Ehegatte des Ausgleichsschuldners auf die Altersversorgung in höherem Maße angewiesen sein kann als der frühere, hat das Gericht auch den schuldrechtlichen Versorgungsausgleich passieren lassen¹¹⁹.

Den vorläufigen Abschluß bildet die Entscheidung vom 14.11.1984¹²⁰. Um nicht der notorischen Unlust des Menschen Vorschub zu leisten, seinen Verpflichtungen nachzukommen, hat das Bundesverfassungsgericht hier die Rechtsprechung der Zivilgerichte bestätigt. Es handelt sich um Fälle, in denen Ehegatten ihre eigenen Verpflichtungen aus vorangegangenen Tun, nämlich aus Eheschluß und Kinderzeugung, durch Verzicht auf eine Erwerbstätigkeit in der neuen Ehe abzuschütteln versuchen. Die Zivilgerichte haben in solchen Fällen eine Obliegenheit zur Aufnahme einer zumutbaren Erwerbstätigkeit angenommen¹²¹, so daß in Korrektur des Gesetzeswortlauts ein eigenes Einkommen des Unterhaltsverpflichteten fingiert wird¹²². In den vom Bundesverfassungsgericht zusammen entschiedenen Fällen versuchten sich die Beschwerdeführer unter Berufung auf ihr Recht zur Selbstverwirklichung und den Familienschutzartikel des Grundgesetzes ihren Pflichten zu entziehen. In einem Fall wollte eine finan-

der dazu vom BGH entwickelten Rechtsprechung in Gesetzesform gegossen und klargestellt, daß der Unterhalt zu versagen, herabzusetzen oder zeitlich zu begrenzen ist, wenn dem Unterhaltsberechtigten ein „offensichtlich schwerwiegendes, eindeutig bei ihm liegendes Fehlverhalten gegen den Verpflichteten zur Last fällt“; vgl. die amtl. Begründung, a.a.O. (Anm. 114), S. 19f.

¹¹⁶ Sowohl der geschiedene als auch der neue Ehegatte hat Kinder zu betreiben, und die Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen reicht nicht zur Befriedigung des Mindestbedarfs der Unterhaltsberechtigten aus.

¹¹⁷ BVerfGE 66, 84 (94ff.).

¹¹⁸ Dennoch vermag das BVerfG keine Beeinträchtigung der Eheschließungsfreiheit zu erkennen: BVerfGE 53, 257 (299).

¹¹⁹ Ebd., S. 309.

¹²⁰ BVerfGE 68, 256 (268); dazu *Diederichsen*, Urteilsanmerkung (Anm. 108), S. 790ff.

¹²¹ Grundlegend BGHZ 75, 272 (275); nach der Entscheidung des BVerfG bestätigend BGH, NJW 1986, 1869.

¹²² Dazu BGH, NJW 1980, 934 (935); Einzelheiten bei *Diederichsen*, in: *Palandt*, BGB, 1986⁴⁵, § 1603, Anm. 2c.

ziell gutgestellte Mutter nichts mehr von ihren drei Kindern aus erster Ehe wissen. Im zweiten Fall schied ein wiederverheirateter Verwaltungsbeamter aus dem Dienst aus, um in der neuen Ehe Hausmann zu werden und so für die Kinder aus erster Ehe mangels Mitteln keinen Unterhalt mehr leisten zu müssen.

Mit der Billigung des fiktiven Arbeitseinkommens des Wiederverheirateten hat das Bundesverfassungsgericht den Eheleuten der Zweitehe im Interesse der aus der Erstehe stammenden Kinder nunmehr die Wahl zwischen Haushaltsführungs- und Doppelverdienerehe genommen. Nur in der ersten Ehe sind die Ehegatten noch frei zu entscheiden, ob beide verdienen wollen oder einer von beiden sich ganz dem Haushalt widmet. Von dem Recht der Ehegatten, in gleichberechtigter Partnerschaft¹²³ ihre persönliche und wirtschaftliche Lebensführung¹²⁴ selbst bestimmen, die Aufgaben in der Ehe unter sich in freier Entscheidung verteilen zu können¹²⁵, kurz: von dem verfassungsrechtlich geschützten Selbstbestimmungsrecht der Ehegatten in ihren finanziellen Beziehungen untereinander¹²⁶, bleibt nach der Rechtsprechung in der zweiten Ehe wenig, möglicherweise nichts übrig.

Warum diese Einzelheiten der sehr speziellen Versorgungsfragen? Jede Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts für sich genommen erscheint vertretbar. Das Gesamtbild, das die Rechtsprechung abgibt, ist gleichwohl wenig überzeugend. Es erweckt den Eindruck, daß das Gericht mit der Entscheidung in Details die Kernfrage selbst aus den Augen verloren hat. Was Kritik hervorruft, ist das unvermittelte Nebeneinander der zwei Aspekte des Eherechts und der Ehwirklichkeit. Einerseits erscheinen die „uneingeschränkte Scheidungsfreiheit und die zeitlich gestreckte Polygamie des modernen Eherechts ... als extremer Ausdruck des in Art. 2 I GG angelegten Selbstverwirklichungsgedankens“¹²⁷. Andererseits leuchtet die Einschränkung der Handlungsfreiheit durch vorangegangenes Tun jedermann ein. Es ist richtig, daß den Menschen wenigstens in der Versorgungsfrage noch erlebbar wird, daß Ehe und Kinderzeugung eine ernste Angelegenheit sind, die man nicht wie ein altes Gewand ablegen kann. Unterhaltsansprüche der ersten Ehefrau und der Kinder aus erster Ehe sind „Rechte anderer“. Es gibt kein plastischeres Beispiel für die Selbstbeschränkung eigener Freiheit durch übernommene Verpflichtungen. Unterhaltspflichten, die aus eigenem Tun herrühren, gehören in ihrer Verpflichtungsintensität zu dem von *Starck* einprägsam so ge-

¹²³ BVerfGE 42, 64 (77).

¹²⁴ BVerfGE 53, 257 (296f.).

¹²⁵ BVerfGE 39, 169 (183); 48, 327 (338).

¹²⁶ BVerfGE 60, 329 (339); 61, 319 (347).

¹²⁷ *Diederichsen*, Urteilsanmerkung (Anm. 108), S. 791.

nannten „Urgestein des Menschenrechtsgedankens“¹²⁸. Wer Unterhaltsverpflichtungen zu erfüllen hat, ist im Spielraum für die Gestaltung seines weiteren Lebens eingeschränkt.

Das Bundesverfassungsgericht übergeht mit seiner Billigung des fiktiven Arbeitseinkommens jedoch den tatsächlichen Aspekt, daß es wirtschaftlich für die meisten Bundesbürger nicht möglich ist, mehrere Ehen in gleicher Weise einzugehen und den Angehörigen beider Ehen ihr Recht wenigstens finanziell zukommen zu lassen. Das neue Eherecht ging schnell an der Wirklichkeit vorbei auf Ehevorstellungen aus dem gesellschaftswissenschaftlichen Bereich ein. Dazu gehört die Erwartung, daß jeder geschiedene Ehegatte für sich sorgen müsse, aber auch könne. Der Arbeitsmarkt bietet aber für ältere geschiedene Frauen wenig Chancen. Ob es zulässig ist, ein Arbeitseinkommen selbst dann noch zu fingieren, wenn Arbeitsunwilligkeit auf Grund struktureller Schwäche des Arbeitsmarktes in echte Arbeitslosigkeit umschlägt, ist eine offene Frage¹²⁹. In der Wirklichkeit gibt es dadurch Ehen erster und zweiter Klasse. Sie strafen hohe Sätze des Gerichts von der Gleichheit der Ehe vor dem Recht Lügen.

11. Art. 6 I GG als wertentscheidende Grundsatznorm

Art. 6 I GG ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts schließlich auch eine wertentscheidende Grundsatznorm für die gesamte Rechtsordnung, die dem gesetzgeberischen Ermessen Grenzen setzt¹³⁰. Was darunter zu verstehen ist, war von Anfang an umstritten. Darauf deutet schon im Parlamentarischen Rat die freimütige Äußerung von *Theodor Heuss* hin, man habe der Aufnahme des Familienschutzartikels zugestimmt, aber: „Wir sehen nur nicht ganz deutlich, was man sich unter dem Schutz der Familie durch die Verfassung vorstellen mag.“¹³¹ Auf dieser Linie der Ratlosigkeit liegt es auch, wenn eine eindeutig bestimmbare Antwort auf die Frage vermißt wird, unter welchen Aspekten die Verfassung Ehe und Familie schütze¹³². In der Praxis war der Schutz nicht so schwierig. Es entsprach deutscher Rechtstradition, Ehe und Familie auf mancherlei Weise zu fördern.

¹²⁸ *Starck*, in: *v. Mangoldt/Klein/Starck*, Das Bonner Grundgesetz, 1985³, Art. 2, Rdn. 21.

¹²⁹ *Diederichsen*, Urteilsanmerkung (Anm. 108), S. 792.

¹³⁰ Grundlegend BVerfGE 6, 55 (72).

¹³¹ Parlamentarischer Rat, Verhandlungen des Hauptausschusses, S. 247.

¹³² Nach *Pirson*, in: Bonner Kommentar (Anm. 1), Rdn. 2, ist die Garantie „ohne besondere Aussagekraft“. *Pirson* ist, soweit ich sehe, der einzige Autor, der den Gehalt des „besonderen Schutzes“ untersucht, den die Verfassung für Ehe und Familie gewährt. Er kommt zu dem Ergebnis, daß der

12. Die Benachteiligung der Familie im Steuerrecht

Wenn ich vom Steuerrecht und dem Sozialrecht mehr verstünde, wenn ich *Kirchhof*¹³³ oder *Krause*¹³⁴ wäre, wäre jetzt der Augenblick für den Hinweis gekommen, daß der zeitliche Rahmen es leider nicht erlaubt, Subtilitäten steuerrechtlicher und versorgungsrechtlicher Art auszubreiten. Unter dem speziellen Gesichtspunkt des verfassungsrechtlich gebotenen Schutzes von Ehe und Familie deshalb nur folgende Bemerkungen:

„Das Postulat familiengerechter Besteuerung ist ein wesentlicher Anwendungsfall des Art. 6 GG, eine Bewährungsprobe rechtsstaatlicher Gleichheit, eine Herausforderung für die Sozialstaatlichkeit.“¹³⁵ Wie besteht das Steuerrecht diese Bewährungsprobe?

Das Steuerrecht leidet daran, daß es Ehe und Familie als Einheit nicht in den Blick bekommt und deshalb der wertentscheidenden Grundsatznorm des Art. 6 I GG nicht angemessen zu entsprechen vermag. Es ist mit dem Grundsatz der Individualbesteuerung auf die Leistungsfähigkeit des einzelnen hin angelegt¹³⁶. Ein Rest von Anerkennung der Familie als solcher war bis 1957 in der Haushaltsbesteuerung übriggeblieben. Das Bundesverfassungsgericht hob ihn als störenden Eingriff in die Ehe auf¹³⁷. An seine Stelle trat das Splittingverfahren¹³⁸. Dieses hat die Individualbesteuerung von Ehegatten angemess-

„besondere Schutz“ als Institution des Staatsrechts unbekannt sei. Zur Problematik eines besonderen verfassungsrechtlichen Schutzes, der keine individuellen Berechtigungen begründet, vgl. jüngst *Rauschnig*, Aufnahme einer Staatszielbestimmung über Umweltschutz in das Grundgesetz?, DÖV 1986, 489 (493).

¹³³ *P.Kirchhof*, a.a.O. (Anm. 1).

¹³⁴ *P.Krause*, in: Essener Gespräche (Anm. 1).

¹³⁵ *P.Kirchhof*, a.a.O. (Anm. 1), S. 122.

¹³⁶ Vgl. BVerfGE 61, 319 (344) m.w.N. Der Grundsatz der Individualbesteuerung entspricht in bezug auf Ehe und Familie aber nicht der Wertung des Art. 6 I GG. Wo mehrere Personen aus einem Topf wirtschaften, ist er vielmehr modifikationsbedürftig: „In der Sicht des Art. 6 GG hätte man erwartet, daß das Einkommensteuerrecht die Familie zumindest ebenso wie die Körperschaft als Gruppe besteuert.“, so *P.Kirchhof*, a.a.O. (Anm. 1), S. 123.

¹³⁷ BVerfGE 6, 55 (77ff.).

¹³⁸ Gem. § 26b EStG werden die Ehegatten gemeinsam zur Einkommensteuer veranlagt. Die tarifliche Einkommensteuer beträgt dann gem. § 32a V EStG das Zweifache des Steuerbetrages, der sich für die Hälfte des gemeinsam zu versteuernden Einkommens ergibt. Dadurch ist eine Benachteiligung des Steuerpflichtigen durch Eingehung der Ehe bei progressiver Einkommensteuer nicht mehr zu befürchten. Dieses Verfahren entspricht dem Grundsatz der Besteuerung nach Leistungsfähigkeit. Es geht aber zutreffend davon aus, daß zusammenlebende Ehegatten eine Gemeinschaft auch des Erwerbs und des Verbrauchs bilden. Das Splittingverfahren, so das BVerfG, ist „keine beliebig veränderbare Steuer-Vergünstigung“, sondern ... eine an dem Schutzgebot des Art. 6 Abs. 1 GG ... orientierte sachgerechte Besteuerung“: BVerfGE 61, 319 (347).

sen modifiziert, zeigt aber Schwächen. Infolge seiner Orientierung an der individuellen Leistungsfähigkeit konnte es auf Familien mit Kindern und Halbfamilien nicht ausgedehnt werden¹³⁹.

Für die Verheirateten ist mit dem Ehegattensplitting der von der Verfassung gebotene Schutz durch Begünstigung und Bevorzugung erreicht¹⁴⁰. Hervorzuheben ist die damit erfolgte Anerkennung der nichtberufstätigen Ehefrau als Hausfrau und Mutter¹⁴¹. Der verschiedentlich geforderten Umverteilung¹⁴² der steuerlichen Entlastung von der Ehe auf die Familie sind Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht¹⁴³ nicht nachgekommen. Das Ausbleiben anderer familienfördernder Maßnahmen hat jedoch zur Folge, daß sich die einseitige Förderung nur der Ehe ohne Rücksicht auf die Kinderzahl gegen die Familie auswirkt. Ehepaare, die willentlich auf Nachkommenschaft verzichten, werden dadurch spürbar begünstigt im Verhältnis zu kinderreichen Familien. Das läßt sich mit der Garantie des Art. 6 I GG nicht vereinbaren¹⁴⁴.

¹³⁹ Im Blick auf Halbfamilien, z.B. den verwitweten Vater, der in den der Entscheidung BVerfGE 61, 319ff. zugrundeliegenden Verfahren einer der Beschwerdeführer war, schloß das Gericht das Splitting auf die Kopfzahl der Familie aus, weil zwischen dem alleinigen Elternteil und den Kindern weder wirtschaftlich noch familienrechtlich eine Gemeinschaft des Erwerbs bestehe. Aus diesem Grunde gebe es keine anteilige Teilhabe am Familieneinkommen. Es bestehe lediglich ein Unterhaltsverhältnis, in dem eine partnerschaftliche Entscheidung für die familiäre Aufgabenteilung von vornherein nicht in Betracht komme: BVerfGE 61, 319 (348).

¹⁴⁰ Eheschutz und Familienschutz gehören aber zusammen; a.A. *E.M.v. Münch*, in: GG-Kommentar (Anm. 39), Rdn. 2a; *I.v.Münch*, Wandel familiärer Lebensmuster (Anm. 48), S. 82. Die Ehe ist allerdings auch ohne Kinder durch Art. 6 I GG geschützt und förderungswürdig. Die These von *Zeidler*, a.a.O. (Anm. 1), S. 602, daß die Lebensführung einer kinderlosen Ehefrau keinesfalls förderungswürdig sei, mag unter dem Gesichtspunkt des Mutterschutzes, des Sozialstaatsgedankens o.ä. vertreten werden. Art. 6 I GG allerdings erklärt das Gegenteil. Auch das Steuersystem muß entgegen *Zeidler* nicht nur den Schutz der Familie und das Sozialstaatsprinzip ernst nehmen, sondern auch den verfassungsrechtlichen Schutz der Ehe. Es darf sich deshalb nicht von der Orientierung an der Ehe lösen, sondern es muß die mutterschutzrechtlichen und ähnliche Gesichtspunkte mit dem Schutz der Ehe in einen schonenden Ausgleich bringen.

¹⁴¹ BVerfGE 61, 319 (346).

¹⁴² z.B. bei *Zeidler*, a.a.O. (Anm. 1), S. 597.

¹⁴³ 1964 hat das BVerfG die Zusammenrechnung der Einkünfte von Haushaltsvorstand und Kindern ohne einen besonderen Steuertarif wegen der damit verbundenen Progressionswirkung als Benachteiligung der Familie angesehen und für verfassungswidrig erklärt: BVerfGE 18, 97 (105f.). Aus der Nichtigkeit des § 27 EStG 1951 folgte der Gesetzgeber anders als bei der Ehegattenbesteuerung aber keine konzeptionell neue Regelung.

¹⁴⁴ *P.Kirchhof*, a.a.O. (Anm. 1), S. 124; *Lecheler*, Verfassungsgarantie und sozialer Wandel, DVBl. 1986, 905 (911).

Art. 6 I GG sollte die selbstfinanzierte Ehe und Familie stützen. Familienbedingte Aufwendungen müssen aus dem versteuerten Einkommen bezahlt werden, während zahlreiche Aufwendungen nicht-familiärer Art steuerlich begünstigt werden. Im Gestrüpp der Steuerabzugstatbestände liegt eine der umstrittenen Fragen des Einkommensteuerrechts. Das Steuerrecht begünstigt Aufwendungen zur Sicherung der Erwerbsgrundlage, nicht aber in gleichem Maße Ausgaben zur Sicherung der Existenz der Familie. Grundsätzlich kann der Steuerpflichtige seine steuerpflichtigen Einnahmen nach eigenem Ermessen dadurch mindern, daß er betrieblichen Aufwand treibt und Werbungskosten entstehen läßt. Existenzsichernde Aufwendungen im Rahmen der Familienfürsorge werden hingegen nur nach gesetzlich definierten Teilbeträgen angerechnet. Das liegt gewiß in fiskalischem Interesse, steht aber in Spannung zum Auftrag des Grundgesetzes. Die wirtschaftliche Belastung durch Unterhaltsverpflichtungen gegenüber Kindern beeinträchtigt die Leistungsfähigkeit der Eltern. Der Staat muß aber gewährleisten, daß Eltern ihren gesetzlichen Pflichten bei der Pflege und Erziehung ihrer Kinder nachkommen können. Die Berücksichtigung des Art. 6 I GG erfordert daher, die Steuer nach dem verfügbaren Einkommen zu berechnen, also nicht die Einkünfte, sondern das um die existenzsichernden Aufwendungen geminderte Einkommen zu belasten. Der Gesetzgeber darf die durch Unterhaltsverpflichtungen gegenüber Kindern entstehenden wirtschaftlichen Belastungen nicht außer acht lassen¹⁴⁵. Dementsprechend müssen die steuerrechtlichen Normen bei größeren Familien mit einem verdienenden Familienmitglied anders ausgestaltet sein als bei kinderlosen oder bei doppelt verdienenden Ehepaaren.

Eine dem Gebot des Art. 6 I GG entsprechende Entlastung findet nicht statt. Die Belastung eines einkommensteuerpflichtigen Unterhaltsschuldners wird durch die Freibeträge¹⁴⁶ nicht ausgeglichen, selbst wenn man die Kindergeldzahlung einbezieht. Dies gilt um so mehr, als die Freibeträge keine absoluten Begünstigungen in Höhe ihrer Nennbeträge darstellen, sondern sich je nach Höhe der Einkommensteuerprogression lediglich steuerermäßigend auswirken. Die möglichen Abzüge sind nicht ausreichend. Die gegenwärtige Begrenzung der Berücksichtigung von Unterhaltsverpflichtungen gegenüber Kindern ist realitätsfremd¹⁴⁷. Dies zeigt der Vergleich mit den Beträ-

¹⁴⁵ BVerfGE 43, 108 (120); 61, 319 (344); *Pirson*, in: Bonner Kommentar (Anm. 1), Rdn. 74.

¹⁴⁶ Kinderfreibetrag (§ 32 VI EStG), Ausbildungsfreibetrag (§ 33a II EStG).

¹⁴⁷ FG Bremen, NJW 1986, 745 (746); an der Verfassungsmäßigkeit zweifelnd auch *Drenseck*, in: *L.Schmidt* (Hrsg.), EStG, 1986⁵, § 33a, Anm. 2e. An Hand des Kriteriums der Realitätsfremdheit ist nach der Rechtsprechung des

gen, die das Vollstreckungsrecht zum Schutz gegen den Zugriff eines privaten Gläubigers voraussetzt¹⁴⁸, die das Sozialhilferecht den Nichtverdienenden gewährt¹⁴⁹, die bei der Ausbildungsförderung zugrundegelegt werden¹⁵⁰ oder die die sogenannte „Düsseldorfer Tabelle“ für private Unterhaltsansprüche definiert¹⁵¹. Diese Beträge sind wesentlich höher, ebenso wie der Grundfreibetrag gemäß § 32 a I EStG¹⁵². Die Berücksichtigung der Unterhaltsaufwendungen für Kinder erreicht also nicht einmal den Betrag, der nach anderweitigen Regelungen das Existenzminimum markiert. Der Sozialstaat beläßt einem Verdienenden nicht einmal das an Selbsthilfefähigkeit, was er den Nichtverdienenden zu Lasten der Allgemeinheit gewährt¹⁵³. Im übrigen ist schon der Begriff des Familienlastenausgleichs verräterisch. Er erinnert an den Lastenausgleich nach dem Kriege. Ist die Familie also ein ähnliches, schicksalhaft erlebtes Unglück? „Aus der Familie ist die ‚Last‘ geworden, aus der steuerlichen Anerkennung des Willens zur selbstfinanzierten Familie ein subventionsähnlicher Ausgleichstatbestand.“¹⁵⁴

Hoffnungen auf einen der Intention des Art. 6 I GG entsprechenden vollen Ausgleich der erhöhten Aufwendungen für Kinder weckt die – wegen der Hervorhebung atypischer Familiensituationen allerdings auch nicht unproblematische – Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. In seinem Urteil vom 3.11.1982 hat es anerkannt,

BVerfG die Verfassungsmäßigkeit einer Begrenzung der Berücksichtigung von Unterhaltsverpflichtungen zu bestimmen: BVerfGE 66, 214 (223); 67, 290 (297). Wesentliche Anhaltspunkte liefern dabei das Sozialhilferecht und der Grundfreibetrag gem. § 32a I EStG, aus dem sich die Höhe des steuerfreien Existenzminimums ablesen läßt: BVerfGE 66, 214 (224f.); 67, 290 (298). Zu den realitätsgerechten Grenzen für die steuerliche Berücksichtigung von Unterhaltsaufwendungen vgl. *Bühler*, Sind der Kinderfreibetrag und Ausbildungsfreibetrag für 1984 und 1985 realitätsgerecht im Sinne der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts?, BB 1986, 173ff.

¹⁴⁸ Die Pfändungsgrenze für Arbeitseinkommen gem. § 850c I ZPO liegt z.Z. bei 754 DM monatlich.

¹⁴⁹ Unter Berücksichtigung der §§ 1 I, II; 12 I, II BSHG sowie der §§ 1 und 2 I Regelsatz VO betragen die Unterhaltsaufwendungen für ein in der Ausbildung befindliches Kind über 18 Jahren bei auswärtiger Unterbringung monatlich knapp 800 DM.

¹⁵⁰ Der monatliche Bedarf für Auszubildende an Hochschulen, die nicht bei den Eltern wohnen, ist auf 710 DM festgesetzt: § 13 I Nr. 2, II Nr. 2 BAFöG i.d.F. des 10. Änderungsgesetzes vom 16.6.1986 (BGBl. I, S. 897).

¹⁵¹ Danach (Stand 1.1.1985, abgedr. in: NJW 1984, 2330 Anm. 7) beträgt der angemessene Gesamtunterhaltsbedarf eines Studierenden, der nicht bei den Eltern wohnt, in der Regel monatlich 800 DM.

¹⁵² z.Z. 4536 DM.

¹⁵³ Zum Ganzen *P. Kirchhof*, a.a.O. (Anm. 1), S. 130f.

¹⁵⁴ *P. Kirchhof*, a.a.O. (Anm. 1), S. 122.

daß „Aufwendungen, die Alleinerziehende für die Betreuung ihrer Kinder erbringen müssen, soweit sie zwangsläufig (vgl. § 33 Abs. 2 EStG) sind, in der tatsächlich entstandenen Höhe steuerlich als Minderung des Einkommens zu berücksichtigen“ sind¹⁵⁵. Vergleichbare Entscheidungen betreffen Unterhaltsleistungen an Eltern¹⁵⁶ und sogar an die geschiedene Ehefrau¹⁵⁷.

Diese Entscheidungen haben das sogenannte Bagatellprinzip des § 33 a EStG mit seiner begrenzten Berücksichtigung von Unterhaltsleistungen grundsätzlich in Frage gestellt¹⁵⁸ und die Realitätsfremdheit der steuerlichen Behandlung von Aufwendungen für Kinder in noch grellerem Licht getaucht¹⁵⁹. Nachdem auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 30.3.1977¹⁶⁰ zur besoldungsrechtlichen Diskriminierung kinderreicher Beamter von Seiten des Gesetzgebers nichts Wesentliches geschehen ist, geben neue Vorlagebeschlüsse¹⁶¹ dem Gericht nach acht Jahren noch einmal Gelegenheit, sich zu dem von der Verfassung ausgesprochenen Schutz der Familie zu äußern. Dabei kann es die Linien von den genannten Entscheidungen über zwangsläufige Unterhaltsaufwendungen für eine geschiedene Ehefrau, von Alleinerziehenden für ihre Kinder und an Eltern auf solche an Kinder in der Berufsausbildung ausziehen.

Steuergerechtigkeit steht bekanntlich nicht hoch im Kurs¹⁶². Besonders familienfeindlich wirkt die im Rahmen der EG verstärkte

¹⁵⁵ BVerfGE 61, 319 (355).

¹⁵⁶ BVerfGE 66, 214 (223).

¹⁵⁷ BVerfGE 67, 290 (297f.).

¹⁵⁸ Zum ganzen Komplex *Lang*, Familienbesteuerung. Zur Tendenzwende der Verfassungsrechtsprechung durch das Ur. des Bundesverfassungsgerichts vom 3.11.1982 und zur Reform der Familienbesteuerung, *StuWi.* 1983, 103ff.; *Deubner*, Abschied vom Bagatellprinzip, *NJW* 1985, 839ff.; *K. Vogel*, Zwangsläufige Aufwendungen – besonders Unterhaltsaufwendungen müssen realitätsgerecht abziehbar sein, *StuWi.* 1984, 197ff.; *Tipke*, Anmerkung zu dem Beschluß des BVerfG vom 4.10.1984 (BVerfGE 67, 290), *StuWi.* 1985, 78f.

¹⁵⁹ *Deubner*, a.a.O. (Anm. 158), S. 841, sieht die große Bedeutung der drei Entscheidungen des BVerfG darin, daß sie die Diskussion um den steuerlichen Familienlastenausgleich weitgehend überholt haben. Dem Gesetzgeber bleibe jetzt nur noch die Aufgabe, eine wirklichkeitsnahe Berücksichtigung von Unterhaltsleistungen in einer gesetzlichen Regelung einzufangen. Sonst bleibe angesichts der immer noch realitätsfremden Kinderfreibeträge im Falle einer Nichtigerklärung des § 12 Nr. 1 EStG, der den Abzug von Unterhaltsleistungen über den Rahmen des § 33a EStG hinaus ausschließt, den Finanzbehörden und Finanzgerichten nurmehr der Weg offen, unmittelbar mit Art. 3 I GG zu arbeiten.

¹⁶⁰ BVerfGE 44, 249ff.

¹⁶¹ FG Bremen, *NJW* 1986, 745 (zu § 33a II EStG); BVerwG, *NVwZ* 1986, 479 (zur amtsangemessenen Alimentation von Beamten mit mehr als zwei Kindern).

¹⁶² *K. Vogel*, Steuergerechtigkeit und soziale Gestaltung, *DStZ* 1975, 409.

Verlagerung von Personensteuern zur indirekten Besteuerung. Im Gegensatz zur Personensteuer ist hier eine Berücksichtigung der Familienverhältnisse überhaupt nicht möglich. Umsatzsteuer, Verkehrssteuer, Verbrauchssteuern und Zölle sind familienblind. Sie ignorieren Familienstand, Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Steuerträgers. Familien werden dieser Belastung stärker unterworfen als Kinderlose, weil sie mehr Güter des täglichen Bedarfs für den Lebensunterhalt erwerben müssen. Es ist unbillig, daß Kinderreiche in absoluten Beträgen mehr Steuern erbringen als Kinderlose. Eine Kompensation bei der Personensteuer fehlt aber. Kinderlose und Familien mit Kindern haben bei gleichem Einkommen eine unterschiedliche Leistungsfähigkeit und müssen ihrer Verschiedenheit entsprechend belastet werden. Diesem Gebot entspricht das Steuerrecht nicht¹⁶³.

Die von *Kirchhof*¹⁶⁴ beobachtete Neigung des Gesetzgebers, die Normalität des Familienlebens im Steuerrecht zu ignorieren, aber das Atypische zu prämiieren, widerspricht ebenfalls dem Schutzzgedanken des Art. 6 I GG¹⁶⁵. Es wird stets das Außergewöhnliche, der durch rechtliche Ausnahmen gekennzeichnete Sonderfall berücksichtigt, nicht aber die Normalität der Familie. Die Gründe für diese kumulative Situation liegen auf der Hand: Die Kinderlosen oder Kinderarmen haben die Mehrheit. Diese Interessenlage spiegelt sich in den

¹⁶³ *P. Kirchhof*, a.a.O. (Anm. 1), S. 132f. BVerfGE 44, 249 (279) berührt die Frage nach einer Kompensation der stärkeren indirekten Steuerbelastung für die Familie. Die Frage war damals aber nicht entscheidungserheblich und blieb deshalb offen.

¹⁶⁴ *P. Kirchhof*, a.a.O. (Anm. 1), S. 133f.

¹⁶⁵ Es ist schon sonderbar, daß Kosten für eine Haushaltshilfe in der großen Familie nicht absetzbar sind, wohl aber bei alters- oder krankheitsbedingter Haushaltsschwerung (§ 33a III EStG). Das BVerfG hat darin aber keinen Verstoß gegen Art. 6 I GG gesehen: BVerfGE 47, 1 (19f.). Aufwendungen zur Pflege des Verhältnisses von Eltern und Kind sind im Normalfall nicht abziehbar, wohl aber für Elternteile aus einer nicht intakten Ehe oder eines nichtehelichen Kindes, sofern das Kind dem anderen Elternteil zugeordnet ist und der betreffende Elternteil für das Kind einen Freibetrag erhält (§ 33a Ia EStG). Die Betreuung der Kinder darf in der normalen Familie keine Kosten verursachen. Bei Alleinstehenden, der sogenannten „Halbfamilie“, sind sie als außergewöhnliche Belastungen i.S.v. § 33 I EStG abziehbar, wiederum freilich nicht bei normaler mütterlicher Betreuung, sondern nur, wenn der Erziehende erwerbstätig ist oder medizinische Erschwerungsgründe vorliegen (§ 33c I EStG). Insoweit sind auch die bereits erörterten (oben S. 39) Entscheidungen des BVerfG als problematisch anzusehen, denn sie haben das Gebot einer realitätsgerechten Berücksichtigung von Unterhaltsverpflichtungen nicht an Hand einer normalen, sondern an Hand atypischer Familiensituationen entwickelt (Unterhaltsleistungen Alleinerziehender, an Eltern und an die geschiedene Ehefrau).

Parteien und in den Parlamenten wider. Kinder haben kein Wahlrecht, Eltern keine zusätzliche Stimme. Dem Parlament wird nicht der tatsächliche Bedarf nahegebracht. Es reagiert auf die durch die Medien vermittelten, dramatisierten Sonderfälle. Verbände kümmern sich nicht sonderlich stark um die Familie. Die Gewerkschaften z.B. interessieren sich nicht für die Mütter, sondern für die Arbeitnehmerinnen außerhalb der Familie. Ein Anwalt für die Familie ist nicht in Sicht. Das Ergebnis ist, daß Alleinstehende mit Kindern gegenüber Ehepaaren mit Kindern deutlich bevorzugt werden. Tatsächlich erlebt der Steuerpflichtige also ein Steuerrecht, das der Familie gegenüber distanziert, gelegentlich feindlich erscheint¹⁶⁶.

13. Ehe und Familie im Rentenrecht: die Ausbeutung von kinderreichen Eltern und insbesondere von Familienmüttern durch Kinderlose und Kinderarme

Ohne Zweifel zählt die Einführung der Sicherung gegen die Last des Alters und gegen Invalidität zu den sozialen Großtaten der letzten hundert Jahre. Die moderne Rentenversicherung ist freilich immer noch an einem Bild von Ehe und Familie orientiert, das heute statistisch gesehen nicht mehr vorherrscht. Dadurch ergeben sich Unausgewogenheiten für Familien und insbesondere für Mütter von heute. Aus dem Blickwinkel des Art. 6 I GG erscheint das rentenrechtliche Ergebnis unangemessen und unbefriedigend, weil die Lage der Frau und der Familie, weil die Heiratslust und der Regenerationswille der Zeitgenossen sich einschneidend geändert haben.

Das Recht hat hierauf nicht angemessen reagiert.

Im Bereich der Hinterbliebenenversorgung knüpft eine „Regelung, die für die Gewährung des Anspruchs auf Witwenrente weder die Dauer der Ehe noch die Zahl der aus ihr hervorgegangenen Kinder noch die Frage berücksichtigt, ob die Witwe eine eigenständige Rente erworben hat“, an ein herkömmliches Bild der Ehe an¹⁶⁷.

Der soziale und rechtliche Wandel des letzten Menschenalters bleibt dabei außer Betracht. Solange die Hausfrauenehe mit alleinverdienendem Ehemann die Regel war, genügte es, den verdienenden Ehegatten mit einer Alters- und Invaliditätsrente zu sichern. Diese reichte auch

¹⁶⁶ P.Kirchhof, a.a.O. (Anm. 1), S. 121.

¹⁶⁷ So ausdrücklich BVerfGE 48, 346 (365). Zur Unzulänglichkeit der herkömmlichen Witwensicherung P.Krause, Die Familie in der Rentenversicherung, DRV 1986, 280 (287f.); Giesen, Ehe und Familie in der Ordnung des Grundgesetzes, JZ 1982, 817 m.w.N., insb. in Anm. 7 und 8.

für den anderen Ehegatten, gegebenenfalls auch für die Kinder aus¹⁶⁸. Schwangerschaftszeiten und Jahre der Kindererziehung bedurften keiner besonderen Berücksichtigung, da sie mit der Sicherung der Witwe abgegolten waren.

Heute sieht dies allerdings anders aus. Die Gewährung einer Witwen- bzw. Witwerversorgung bewirkt bei Doppelverdienern im Verhältnis zu herkömmlichen kinderreichen Hausfrauen-Ehen auch bei einer teilweisen Anrechnung von Erwerbs- und Erwerbsersatz Einkommen, wie sie das Hinterbliebenenrenten- und Erziehungszeiten-Gesetz (HEZG)¹⁶⁹ seit dem 1. Januar 1986 vorsieht, eine sachlich nicht gerechtfertigte Überversicherung¹⁷⁰. Das gegenwärtige Rentensystem bestraft die nichtberufstätige Mutter, indem sie selbst eine geringere oder überhaupt keine Alterssicherung bekommt, obgleich die von ihr großgezogenen Kinder als künftige Beitragszahler zur Stabilisierung des Sicherungssystems beitragen¹⁷¹. Auch wenn eine Mutter später

¹⁶⁸ Der Verlust des nicht verdienenden Ehegatten war allerdings nicht abgesichert. Der alleinverdienende Witwer mit Kindern oder die Familie mit invalider Mutter und Hausfrau mußten in ihrem Lebensstandard absacken, häufig auf das Niveau der Sozialhilfe. Allein die Halbweisenrente bot eine Entlastung: *P.Krause*, Die Familie in der Rentenversicherung (Anm. 167), S. 285.

¹⁶⁹ Gesetz zur Neuordnung der Hinterbliebenenrente sowie zur Anerkennung von Kindererziehungszeiten in der gesetzlichen Rentenversicherung (Hinterbliebenenrenten- und Erziehungszeiten-Gesetz – HEZG) vom 11.7.1985 (BGBl. I, S. 1450).

Die im HEZG getroffene Neuregelung der Hinterbliebenenversorgung, die auf dem Auftrag des BVerfG in der Entscheidung vom 12.3.1975 (BVerfGE 39, 169 [194f.]) beruht, ist lebhaft umstritten, weil das darin verwirklichte „Anrechnungsmodell“ erstmals Bedürftigkeits Elemente in die Rentenversicherung einführt. Dazu und zu den Bedenken, daß diese Regelung wegen eines Eigentumsschutzes auch der Witwen- und Witwerrenten gegen Art. 14 GG verstößt, *Ruland*, Die Neuregelung der Hinterbliebenensicherung und die Einführung von Kindererziehungszeiten in der gesetzlichen Rentenversicherung, NJW 1986, 20 (26ff.) m.w.N.

¹⁷⁰ *P.Krause*, Familie in der Rentenversicherung (Anm. 167), S. 287f.

¹⁷¹ Erwägungen zu diesem Problem ohne Entscheidung in der Sache schon in BVerfGE 39, 169 (193). Hier hatte das BVerfG bereits darüber nachgedacht, ob „derjenige überlebende Ehegatte Hinterbliebenenrente erhalten soll, der durch Betreuung der Kinder ... gehindert ist oder gewesen ist, überhaupt einer Erwerbstätigkeit nachzugehen“, und ob der „Hinterbliebenenversorgung in der Rentenversicherung die Funktion einer Ausgleichsleistung für Tatbestände“ zu geben sei, „in denen aus sozialpolitisch vertretbaren Gründen von der Witwe oder dem Witwer eine Erwerbstätigkeit gar nicht oder nur zum Teil erwartet werden kann“. Im Falle einer Ehescheidung versagt die Sicherung der Witwenrente völlig. Die Unterhaltslast im Scheidungsfall läßt sich nicht sozialisieren, und der Versorgungsausgleich bringt keine wirkliche Sicherung. In der Regel überfordert er die wirtschaftliche Leistungskraft des Ausgleichsverpflichteten, ohne dem Berechtigten ein Auskommen zu gewährleisten: *P.Krause*, Familie in der Rentenversicherung (Anm. 167), S. 291. Die Lage des unterhaltsbedürftigen geschiede-

wieder in das Berufsleben eintritt, ist eine niedrige Rente vorprogrammiert. Sie „geht einem Leben in jahrzehntelanger relativer sozialer Deklassierung entgegen“¹⁷². Der Vorsprung der berufstätigen Frau bleibt bestehen. *Krause* verdient Beifall, wenn er die fehlende rentenversicherungsrechtliche Differenzierung zwischen Eltern und Kinderlosen, insbesondere zwischen kinderlosen Frauen und Müttern, für ausgesprochen mutterfeindlich und für verfassungswidrig erklärt, „weil sie Ungleiches entgegen seiner Eigenart in unsachlicher Weise gleich behandelt“¹⁷³.

Durch die Rentenversicherung ist die Alterslast kollektiviert worden. Niemand muß heute wie in früheren Zeiten für das Alter durch eigene Nachkommen Vorsorge treffen. Der Mensch von heute sorgt nur für seinen sozusagen normalen Rentenanspruch vor. Die Last der Rentenzahlung wird der nächsten Generation überbürdet, allerdings unabhängig von der Frage, ob der Rentner eigene Kinder großgezogen hat. Die Kinderlast ist im Gegensatz zur Alterslast nicht kollektiviert worden. Sie wird nur von denjenigen getragen, die tatsächlich Kinder haben, während die Kinderlosen ihre Zukunft auf die Kinder der anderen aufbauen¹⁷⁴. Kollektiviert wird m.a.W. nicht der Aufwand für die Erziehung der Jugend, sondern vielmehr der Ertrag, der von ihr zu erwarten ist.

Natürlich geht diese Rechnung auf Dauer nur dann auf, wenn genügend Staatsbürger sich unter ökonomischen Gesichtspunkten irrational genug verhalten, um Familien zu gründen und dafür zu sorgen, daß eine hinreichende Zahl künftiger Beitragszahler nachwächst. Hier zeigt sich nun der Mangel, daß die Rentenpolitik einseitig im Blick auf das Verhältnis der arbeitenden zur nicht mehr arbeitenden Bevölkerung erörtert wird und die nachwachsende Generation, die die künftigen Leistungen erbringen soll, ebenso außer Betracht bleibt wie die Leistung der Eltern, die die künftig aktive Generation aufziehen. Es ist naheliegend, daß die Sozialisierung des Alters- und Invaliditäts-

nen Ehegatten hat sich durch die der Scheidungsreform folgenden Änderungen des Rentenversicherungsrechts weiter verschlechtert, ohne daß dies in der öffentlichen Diskussion besonders zur Sprache gekommen wäre: „Die nach 1977 geschiedenen Frauen mit Kindern, die durch den Tod ihres früheren Ehemannes unterhaltslos geworden sind, dürften mehrheitlich stumm der Sozialhilfe anheimgefallen und der Lebensstandard der Kinder trotz höherer Waisenrente auf das Minimum heruntergesunken sein.“, so *P. Krause*, ebd., S. 292.

¹⁷² *Zeidler*, a.a.O. (Anm. 1), S. 598.

¹⁷³ *P. Krause*, in: Essener Gespräche (Anm. 1), S. 88f. Anm. 30.

¹⁷⁴ *Zeppernick*, Kritische Bemerkungen zum Zusammenhang zwischen Alterslastenausgleich und Kinderlastenausgleich, FA 1979, 293 (294); zum Unterschied zwischen Alterslastenausgleich und Kinderlastenausgleich *P. Krause*, Familie in der Rentenversicherung (Anm. 167), S. 281ff.

risikos und die gleichzeitige finanzielle Benachteiligung der Eltern durch Kinder, die von der Rechtsordnung der Bundesrepublik Deutschland mehr oder weniger wie ein Hobby der Eltern behandelt werden, den Wunsch nach Kindern beeinträchtigen und mit *Zeidler* die Gründung einer Familie als wirtschaftlich unvernünftig erscheinen lassen¹⁷⁵. Der Verzicht auf Kinder bringt heute gewaltige materielle Vorteile. Diese Entwicklung gibt Anlaß zur Beunruhigung und weckt das Interesse an der Familie. Denn der Sozialstaat muß die Alterssicherung garantieren und ist schon von daher zur Förderung der Familie gezwungen.

Doch zurück zur Ausbeutung¹⁷⁶ kinderreicher Eltern durch kinderarme und kinderlose Mitbürger auf Grund der staatlichen Rechtsordnung. Solange die Menschen normalerweise heirateten und Kinder hatten, mochte der Ausschluß der Kinderlast von der Kollektivierung hinzunehmen sein, denn alle Menschen wurden ungefähr gleich von dieser Last betroffen¹⁷⁷. Die Rechtslage verändert sich aber, wenn die tatsächlichen Verhältnisse sich erheblich wandeln, wenn wie heute nur noch eine Minderheit der Bevölkerung die Kinderlast trägt¹⁷⁸. An den Aufwendungen der Eltern von heute für ihre Kinder, die im Rahmen des Generationenvertrages die Renten aller Angehörigen der heutigen Elterngeneration, also auch der Kinderlosen, gewährleisten sollen, beteiligen sich die Kinderlosen so gut wie nicht, die Eltern mit einem Kind unterproportional im Verhältnis zu ihren eigenen Versorgungsansprüchen. Auf diese Weise wird ein großer, weiter wachsender leistungsfähiger Teil der Bevölkerung von den Leistungen für die Eigenversorgung freigestellt. Die Sicherung der Versorgungsansprüche wird einem anderen, dem kinderreichen Teil der Bevölkerung aufgebürdet. Diese Diskrepanz zwischen Kinderkosten und Altersvorsorgeansprüchen ist mit Art. 6 I GG als Schutz- und Förderungsnorm wie als speziellem Diskriminierungsverbot nicht vereinbar¹⁷⁹. Die Kinderlast

¹⁷⁵ *Zeidler*, a.a.O. (Anm. 1), S. 600. Ob sozialpolitische Maßnahmen wirklich kausal zu Veränderungen des Erscheinungsbildes der Familie führen können, ist zweifelhaft. Die Zweifel legitimieren selbstverständlich aber nicht die Unterlassung von Familienförderung: *Stolleis*, Möglichkeiten der Fortentwicklung des Rechts der Sozialen Sicherheit zwischen Anpassungszwang und Bestandsschutz, *VerhDJT* (1984), Bd. II, S. N 23 mit Anm. 50.

¹⁷⁶ Nach einer Modellrechnung von *Hatzold*, Auf verbesserte familienpolitische Leistungen besteht ein Rechtsanspruch, *Concepte. Magazin für Sozialethik und Sozialhygiene* 1984, S. 3, ergibt sich eine Umverteilung von jährlich 70 Mrd. DM von den kinderreichen zu kinderarmen oder kinderlosen Familien.

¹⁷⁷ *P.Krause*, Familie in der Rentenversicherung (Anm. 167), S. 282.

¹⁷⁸ 30% der Frauen bleiben heute kinderlos, 15% der Ehen bringen 40% des Nachwuchses hervor: *Hatzold*, a.a.O. (Anm. 176), S. 3.

¹⁷⁹ *P.Krause*, Familie in der Rentenversicherung (Anm. 167), S. 291; *Hatzold*, a.a.O. (Anm. 176), S. 3.

kann nicht weiterhin als Privatsache behandelt werden, die durch keinerlei Vorteile im Rentenalter der Eltern ausgeglichen wird. Im Blick auf die Beamtenbezüge hat das Bundesverfassungsgericht die verfassungswidrige Diskriminierung des Kinderreichtums festgestellt, ohne daß die Entscheidung eine endgültige und radikale Sanierung des Schadens zur Folge gehabt hätte¹⁸⁰. Ein neuer Vorlagebeschluß des Bundesverwaltungsgerichts gibt den Karlsruher Richtern nunmehr erneut Gelegenheit zur Entscheidung¹⁸¹.

Wenn von Umverteilung im Rahmen der Rentenversicherung die Rede ist, muß der Blick zuerst auf die Finanzierung der kinderlosen und kinderarmen durch die kinderreichen Familien gelenkt werden. In Ansätzen findet seit dem 1. Januar 1986 mit dem Hinterbliebenenrenten- und Erziehungszeiten-Gesetz eine Umverteilung zugunsten der Familie statt¹⁸², diese reicht aber nicht aus und ist rechtlich lebhaft umstritten¹⁸³.

¹⁸⁰ Eindrucksvoll sind die Zahlen, die das BVerfG beim Vergleich kinderreicher und kinderloser oder kinderarmer Beamter derselben Besoldungsgruppe vorführt. Das Gericht kam dabei zu dem Ergebnis, daß die Dienstbezüge der Beamten und Soldaten mit mehr als zwei Kindern in allen Besoldungsordnungen und -gruppen diesen nicht mehr ein auch nur annähernd gleiches Lebensniveau gewährleisten wie ihren nicht durch die Kosten des Unterhalts und der Schul- und Berufsausbildung der Kinder belasteten ranggleichen Kollegen: BVerfGE 44, 249 (277ff.). Entsprechende Zahlen bietet der Dritte Familienbericht der Bundesregierung (1979), BT-Drucks. 8/3120, S. 27: „Gemessen an dem Pro-Kopf-Einkommen eines Ehepaares ohne Kinder standen 1973 einer Familie mit einem Kind nur 82%, einer Familie mit zwei Kindern nur 66% und einer mit drei Kindern sogar nur noch 57% des Pro-Kopf-Einkommens der kinderlosen Ehepaare zur Verfügung. Diese Relationen haben sich im Verlauf der letzten Jahre noch weiter zuungunsten der Familien mit Kindern verschlechtert, da die Erwerbseinkommen schneller steigen als die Transfereinkommen für Kinder.“ Diese Zahlen sind insofern noch verzerrt, als sie nicht nach dem Alter differenzieren. Das Studentenehepaar erscheint ebenso wie das Rentnerehepaar als kinderloses Ehepaar usw.: *Hatzold*, a.a.O. (Anm. 176), S. 9. Die Lage wird gekennzeichnet durch den Titel einer Studie, die *Heiner Geißler*, damals Sozialminister von Rheinland-Pfalz, 1976 herausgab: „Kinderreichtum – Kennzeichen der Armut“.

¹⁸¹ BVerwG, NVwZ 1986, 479ff.; vgl. oben Anm. 161.

¹⁸² Für Renten der hinterbliebenen Ehegatten ist kein eigener Beitrag erhoben worden. Angesichts des Vorherrschens der Doppelverdienerehe und des Anwachsens der Zahl kinderloser und kinderarmer Ehen erscheint eine solche Regelung zunächst verblüffend. Sie läßt sich aber rechtfertigen aus der Fürsorge für die Familie, wenn damit die Erwartung ausgedrückt wird, daß Ehe Erwerbsverzicht im Interesse der Kindererziehung einschließt. Unter diesen Bedingungen ist in der Witwenrente so etwas wie eine Anerkennung von Kindererziehungszeiten im Rentenrecht zu sehen: *P.Krause*, Familie im Rentenrecht (Anm. 167), S. 290. Einen gezielteren Ausgleich des Erwerbsverzichts zugunsten von Kindern stellt die ebenfalls mit dem HEZG zum 1.1.1986 eingeführte Anrechnung je eines rentenbegründenden oder -steigernden Erziehungsjahres für jedes Kind dar. Die zu-

Regelungslücken und Überversicherungen kennzeichnen das den tatsächlichen Verhältnissen nachhinkende Rentenrecht. Die Mängel lassen es dem Sozialstaatsgebot und Art. 6 I GG widersprechen¹⁸⁴. Im Zusammenspiel mit der Reform des Ehe- und Familienrechts ist der Druck auf die Frauen, eine Teilerwerbstätigkeit zu übernehmen, gestiegen¹⁸⁵. Kinderlose, beiderseits erwerbstätige Ehegatten, die kinderlosen Nur-Hausfrauen und die traditionellen Nur-Hausfrauen mit Kindern sind ohne sachliche Rechtfertigung zu unterschiedlich gesichert. Kinderlose doppelt verdienende Versicherte erzielen höhere Einkommen als Kinderreiche. Auch bei gleichem Einkommen sind sie wesentlich leistungsfähiger und haben dazu noch im Rentenalter einen Vorzug vor denen, die zur Sicherung des Rentensystems durch ihre Kinder beigetragen haben. Dies wirkt wie ein Hohn auf die feierliche Verpflichtung des Staates, durch die Verfassung und die einfache Gesetzgebung Ehe und Familie zu schützen und zu fördern¹⁸⁶.

Die Ungerechtigkeit der heutigen Regelung beruht, wie mir scheint, auch auf dem allgegenwärtigen Grundsatz der Orientierung am Individuum allein, unabhängig von seinem familiären Status. Für eine sachgerechte, differenzierende Sicherung des Lebensstandards muß

nächst vorgenommene Begrenzung dieser Regelung auf Frauen, die bei Inkrafttreten des Gesetzes noch nicht 65 Jahre alt waren, soll ab 1.10.1987 stufenweise abgebaut werden. Ein entsprechender Gesetzentwurf der Bundesregierung soll zu Beginn der neuen Legislaturperiode im Bundestag eingebracht werden.

¹⁸³ Dazu bereits oben Anm. 169.

¹⁸⁴ Vorschläge für Möglichkeiten einer alternativen Ausgestaltung bei *P. Krause*, Familie in der Rentenversicherung (Anm. 167), S. 284, 288ff.; bei *Zeppernick*, a.a.O. (Anm. 174), S. 301ff.; und bei *Hatzold*, a.a.O. (Anm. 176), S. 12ff. Zu den Möglichkeiten der Fortentwicklung vgl. auch *Stolleis*, a.a.O. (Anm. 175), S. N 59.

¹⁸⁵ Die Abschaffung des gesetzlichen Leitbildes der Hausfrauenehe war das erklärte Ziel der Reform des Ehe- und Familienrechts. Nicht beabsichtigt war die tatsächliche Ersetzung dieses Leitbildes durch ein Leitbild der Erwerbstätigkeit beider Ehegatten. Erhofft war sogar eine Aufwertung der Hausfrauentätigkeit. Es sollte den Familien freigestellt sein, „ihr Leben im Rahmen der rechtlichen Ordnung so zu gestalten, wie es ihnen erstrebenswert erscheint“: Zweiter Familienbericht der Bundesregierung (Anm. 97), S. VIII. Entgegen diesen Versicherungen ist eine weitere Abwertung der „Nur-Hausfrauen-Ehe“ eingetreten. *Giesen*, Gleichberechtigungspostulat und Familienschutz im Erwerbsleben, in: FS Bosch, 1976, S. 309 (324ff.) m.w.N., spricht von einem „mittelbaren Zwang zur Anpassung“, der die Doppelverdienerhe „in die bedenkliche Nähe eines gesetzlichen Leitbilds“ rücke (ebd., S. 326).

¹⁸⁶ Das Pro-Kopf-Einkommen des kinderlosen Ehepaares ist in den drei Lebensphasen (Aufzucht der Kinder, Berufstätigkeit beider, nachdem die Kinder das Haus verlassen haben, Rentenalter) nicht deshalb größer, weil es berufstätig ist. Vielmehr sind es die speziellen staatlich festgesetzten Faktoren der Rentenformel und des Familienlastenausgleichs, die es überproportional begünstigen: *Zeppernick*, a.a.O. (Anm. 174), S. 300.

auch bei der Rente die Ehe als Wirtschaftseinheit ernst genommen werden. Die Leistungen der Versicherung wären dann nicht am Einkommen des Individuums, sondern am Einkommen der Ehegatten zusammen zu orientieren. Erforderlich scheint eine verstärkte Anrechnung von Erziehungszeiten, die es Müttern und Vätern erleichtert, auf eigene Erwerbstätigkeit zu verzichten, um den Familienhaushalt zu führen. Die Erziehung von Kindern müßte wie ein unbarer Beitrag zur Rentenversicherung berücksichtigt werden. Es liegt natürlich nahe zu fragen, wer das bezahlen soll¹⁸⁷. Die für die familienorientierte Verbesserung erforderlichen Mittel könnten jedenfalls teilweise durch Einsparungen, z.B. durch Einschränkung der Hinterbliebenenversorgung für vollwerbstätige Ehegatten erzielt werden. Diese sind heute überversichert. Eine Teilhaberrente würde sie ausreichend sichern¹⁸⁸.

14. Schlußbetrachtung: kein stiller Verfassungswandel, sondern schreiende Mißachtung der Verfassung durch den Gesetzgeber

Zum Abschluß kehre ich von der Familie zu dem Oberthema zurück: Verfassungsgarantie und sozialer Wandel. Dieses suggeriert einen subjektiven Druck, angesichts des von allen Dächern beschriebenen Umbruchs des Ehe- und Familienlebens in unseren Jahren verfassungsrechtliche Konsequenzen zu ziehen und vielleicht Vorschläge zu machen. Die Problematik des stillen Verfassungswandels drängte sich als Kern des Problems auf. Es ist unbestritten, daß eine Verfassungsbestimmung einen Bedeutungswandel erfahren kann, „wenn in ihrem Bereich neue, nicht vorausgesehen Tatbestände auftauchen oder bekannte Tatbestände durch ihre Einordnung in den Gesamtablauf einer Entwicklung in neuer Beziehung oder Bedeutung erscheinen“¹⁸⁹.

Eine Antwort erschien schwieriger, je mehr ich mich in die Geschichte, die gesellschaftswissenschaftlichen Wirklichkeitsanalysen und die rechtliche Praxis vertiefte.

Bald erwies sich, daß die Verfassungsgarantie des Art. 6 I GG für die Fragestellung nicht ohne Tücke ist. Ihre Jugend zeigt sich an der Dürftigkeit dogmatisch gefestigter Aussagen. Es fehlt an einer etwa der Eigentumsgarantie vergleichbaren Tradition, mit deren Hilfe neue

¹⁸⁷ Zum Finanzierungsproblem vgl. aus der Lit. den Diskussionsbeitrag von Link, in: Essener Gespräche, Bd. 21 (Anm. 1), S. 169.

¹⁸⁸ P.Krause, Familie in der Rentenversicherung (Anm. 167), S. 293. Zum Gedanken der Teilhaberrente allgemein ebd., S. 286f.; Ruland, a.a.O. (Anm. 169), S. 21.

¹⁸⁹ BVerfGE 2, 380 (401); ebenso BVerfGE 3, 407 (422); 7, 342 (351).

Fragestellungen, die sich aus dem sozialen Wandel ergeben, gelöst oder beantwortet werden können. Wir sahen, daß die Unsicherheit bis zum Ehe- und Familienbegriff selbst als Schutzobjekt der Verfassungsgarantie reicht. Zwar ist Art. 6 I GG unmittelbar geltendes Verfassungsrecht, das seine Wirkung in dreierlei Hinsicht entfaltet. Es gehört aber zum Wesen von Ehe und Familie, daß sie nur in ihren Grundelementen, nicht in Einzelheiten und nicht vollständig von der rechtlichen Definition erfaßt werden. Art. 6 I GG ist durch besondere Offenheit zur sozialen Wirklichkeit und zum einfachen Gesetzesrecht hin gekennzeichnet. Recht und Wirklichkeit von Ehe und Familie sind unter dem Druck der verschiedenen Absätze des Art. 6 GG erheblich umgestaltet worden. Gewiß sind die Konkretisierung des Inhalts einer Verfassungsnorm und die Verwirklichung des Norminhalts nur unter Heranziehung der Verhältnisse der Wirklichkeit möglich. Die Ergebnisse einer solchen Normenkonkretisierung könnten sich dementsprechend ändern, weil die Besonderheit des Normbereichs geschichtlichen Veränderungen unterliegt. Dabei kann sich ein ständiger Verfassungswandel ergeben, der sich nicht leicht erfassen läßt¹⁹⁰. Die überkommene Tatsächlichkeit von Ehe und Familie, die nach oberflächlichem Eindruck heute in Frage gestellt erscheint, ist jung, wie die Historiker zeigen, viel neuartiger, als der unverbildete Mensch vermutet. Heute sind manche Aspekte des aktuellen Wandels besonders auffallend. Aber der kontinuierliche Wandel ist offenbar das einzig Beständige in der Geschichte der Familie¹⁹¹.

Unsere Frage spitzt sich darauf zu, ob der offenbare Wandel in unseren Tagen das Wesen von Ehe und Familie ergriffen hat, so daß verfassungsrechtliche Folgerungen gezogen werden müssen. Dabei ist im Bewußtsein zu halten, daß Tatsächlichkeiten der normativen Kraft entbehren. Es ist auch nicht an dem, daß der Verfassungsbegriff von Ehe und Familie von der sozialen Wirklichkeit allein gefüllt würde. Die geistige und kulturelle Bedeutung von Ehe und Familie mit den Wesensmerkmalen, „die im Verlauf der geschichtlichen Entwicklung als charakteristische Bestandteile ... allgemeine Anerkennung gefunden haben und von deren Bestand das Gemeinschaftsleben ausgeht“¹⁹², prägt den normativen Inhalt von Art. 6 I GG. Offen ist die Verfassung für die Gestaltung von Ehe und Familie durch die Ehegatten und Eltern. Die konstituierenden Elemente stehen aber nicht zur Disposition. Die Ausfüllung von Ehe und Familie erfolgt im Rahmen der verfassungsrechtlichen Wertentscheidung.

¹⁹⁰ Hesse, a.a.O. (Anm. 34), Rdn. 46.

¹⁹¹ Lecheler, Verfassungsgarantie und sozialer Wandel (Anm. 144), S. 905.

¹⁹² Pirson, in: Bonner Kommentar (Anm. 1), Rdn. 11.

Die Ehe mit ihren obengenannten konstituierenden Elementen¹⁹³, die Familie als Verbindung von Eltern und Kindern (wo letztere erzogen und versorgt werden) sind von den aktuellen Veränderungen in ihrem Wesen nicht berührt. Die rechtliche Gleichberechtigung von Mann und Frau empfinden wir als sachgemäß; die sich daraus ergebenden Veränderungen lassen das Wesen der Ehe nur deutlicher hervortreten. Gewiß ist sie heute nicht mehr Produktions-, Arbeits- und Lebensgemeinschaft, wie sie es stellenweise früher war. Auch ist die Gründung einer Familie unter dem Gesichtspunkt künftiger Altersversorgung heute uninteressant. Dadurch sind Ehe und Familie aber nicht funktionslos geworden. Im Gegenteil: Sie haben eine Entlastung erfahren, die ihre spezifische Funktion und Leistung stärker hervortreten läßt. Alternativen für die Ehe und die darauf gegründete Familie, in der Kinder geboren, gepflegt und erzogen werden, zeichnen sich nicht ab. Auch die nichtehelichen Lebensgemeinschaften, keine Erfindung unserer Tage, bilden nach dem, was die Gesellschaftswissenschaftler berichten, keine Konkurrenz der Familie in deren regenerativer und integrierender Funktion¹⁹⁴. Die strukturbildenden Merkmale von Ehe und Familie sind vom Wandel nicht erfaßt. Ein Anpassungsproblem des Verfassungsrechts besteht insofern nicht. Neue Verhaltensweisen produzieren freilich individuelle und ordnungspolitische Probleme¹⁹⁵, die Notwendigkeit einer Neuinterpretation des Verfassungsartikels folgt daraus aber nicht. Ein grundlegender Wandel, der normative Kraft auch mit „rechtschaffender Notwendigkeit“ entfalten könnte¹⁹⁶, ist nicht sichtbar.

Was kritisch vermerkt werden muß, ist die Tatsache, daß der soziale Wandel auch eine Folge staatlicher Fehlgriffe bei der Konkretisierung des in Art. 6 I GG versprochenen besonderen Schutzes ist. Kinder zu wollen, ist unter den vom Gesetzgeber gestalteten Verhältnissen eine Entscheidung für relative Verarmung. Der moderne Sozialstaat vernachlässigt die Familie, ganz besonders die Familienmutter. Die nicht erfolgte Ausweitung des Ehegattensplitting zu einem Familiensplitting bedeutet eine nicht zu rechtfertigende Förderung der kinderlosen und kinderarmen Ehe zu Lasten der kinderreichen Familie. Die finanzielle Diskriminierung der Familie ist mit Art. 6 GG nicht vereinbar. Das ist so oft festgestellt worden, selbst vom Bundesverfassungsgericht, daß man es kaum zu wiederholen wagt.

¹⁹³ Siehe oben S. 26f.

¹⁹⁴ Siehe oben S. 10 mit Anm. 8.

¹⁹⁵ Siehe oben S. 19.

¹⁹⁶ *Lerche*, Stiller Verfassungswandel als aktuelles Politikum, in: FS Maunz, 1971, S. 285ff.; *Hesse*, Grenzen der Verfassungswandlung, in: FS Scheuner, 1973, S. 123ff.

Deutlich ist, daß das Bundesverfassungsgericht mit seiner Verwerfung der verfassungswidrigen Benachteiligung der Familie an politische Grenzen gestoßen ist. Es genügt nicht, daß das Gericht von Zeit zu Zeit Ecken und Kanten der Verfassungswidrigkeit abschleift. Der Gesetzgeber selbst ist aufgerufen. Er aber hat die erforderlichen Folgerungen nicht gezogen, und zwar deshalb nicht, weil es an einem entsprechenden Druck fehlt. Dieser muß außerhalb des staatlichen Gefüges entstehen, wenn sich etwas bewegen soll. Daß der Gesetzgeber die Familien und insbesondere die Familienmütter vernachlässigen konnte, wäre undenkbar, wenn die Überzeugung verbreiteter wäre, daß Ehe und Familie etwas Schützenswertes sind.

Es zeigt sich einmal mehr, daß der Staat auch im Bereich von Ehe und Familie von sittlichen Voraussetzungen lebt, die er selbst nicht schaffen kann, von deren Vorhandensein er aber abhängig ist. Der Blick richtet sich deshalb auf die Parteien, die Kirchen als sittliche Potenzen, letztlich auf jeden sittlich denkenden Menschen. Es klingt erbaulich, ist aber doch wahr: Wenn die richtige sittliche Überzeugung nicht das Denken und Leben der Menschen beherrscht, kann der Staat in dieser Hinsicht wenig ausrichten. Gute Sitten sind besser als gute Gesetze.

Leitsätze des Berichterstatters über:

**Verfassungsgarantie und sozialer Wandel –
das Beispiel von Ehe und Familie**

1. Der Schutz von Ehe und Familie gehört zur historisch jüngsten Schicht verfassungsrechtlicher Verbürgungen. Gleichwohl scheint er von der gesellschaftlichen Entwicklung besonders stark betroffen zu sein.

2. Die Initiative zur Normierung des besonderen Schutzes von Ehe und Familie ging von konservativer Seite aus. In der Nationalversammlung wie im Parlamentarischen Rat wurde der eher die Bewahrung des Status quo intendierende Ansatz aber balanciert durch Ergänzungen. Der Gedanke der Gleichberechtigung der Geschlechter, der Schutz der nichtverheirateten Mutter und das Gebot der möglichst weitgehenden Gleichstellung des nichtehelichen Kindes verliehen dem Artikel einen dynamischen Charakter.

Der ambivalente Kompromißcharakter von Gewährleistung des Herkömmlichen und des Neuen trat schon in den Verhandlungen der Nationalversammlung und des Parlamentarischen Rats zutage.

3. Art. 6 I GG kann gegenüber strukturellen Änderungen von Ehe und Familie nicht neutral sein. Die Vorschrift setzt familienpolitischen Innovationen eine verfassungsrechtliche Grenze, die bei konkreten Gesetzesvorhaben im Einzelfall zu ziehen ist.

4. Unter Ehe ist die von der staatlichen Rechtsordnung anerkannte förmlich und auf Lebenszeit geschlossene Verbindung eines Mannes und einer Frau zu dauernder und vollständiger Lebensgemeinschaft zu verstehen.

5. Nichteheliche Lebensgemeinschaften können nicht als Ehen im Sinne von Art. 6 I GG angesehen werden. Sie sind nicht verboten. Ihre Gleichstellung mit der Ehe ist rechtlich unzulässig. Im Interesse von Mutter und Kind können nichteheliche Lebensgemeinschaften mit Kindern aber punktuell als Familie gefördert werden.

6. Das verfassungsrechtliche Leitbild der Familie ist die auf Ehe gegründete Gemeinschaft von Eltern und Kindern. Anders als bei der Ehe ist die Abgrenzung hier aber schwierig. Auch Restfamilien, Teilfa-

milien, faktische Familien sind Familien im Sinne der Verfassung und können als solche gefördert werden.

7. Das Grundgesetz schützt Ehe und Familie durch eine Institutsgarantie, als klassisches Grundrecht und durch eine Grundsatzentscheidung zu deren Gunsten.

8. Die Institutsgarantie des Art. 6 I GG schützt nicht jedes positivrechtliche Detail des geltenden Familienrechts. Nur die konstituierenden Elemente sind dem Zugriff des Gesetzgebers entzogen.

9. Als klassisches Grundrecht enthält Art. 6 I GG ein Abwehrrecht gegen staatliche Ein- und Übergriffe. Solche sind nicht nur in spezifisch nationalsozialistischen Maßnahmen zu sehen. Zölibatsklauseln und Heiratswegfallklauseln verletzen dieses Grundrecht.

10. Das Recht der Ehegatten, ihre Ehe nach eigenen Grundsätzen auszugestalten, wird vom BVerfG immer wieder hervorgehoben. Die Rechtsprechung zum Unterhaltsrecht Geschiedener und zum Versorgungsausgleich hat von diesem Recht in bezug auf Zweitehen Geschiedener nicht viel übriggelassen.

11. Als wertentscheidende Grundsatznorm gebietet Art. 6 I GG den besonderen Schutz von Ehe und Familie auf allen Gebieten des Rechts. Ein wirksamer Schutz ist in erster Linie eine Geldfrage. Deshalb wird die Effektivität dieser Grundsatzentscheidung im Blick auf das Steuerrecht und das Rentenrecht untersucht.

12. Das Steuerrecht leidet in bezug auf Ehe und Familie unter dem Grundsatz der Individualbesteuerung. Dieser erlaubt es nicht, die Familie als Institution und Einheit in den Blick zu bekommen.

13. Die Regelung des Ehegattensplittings hat die Individualbesteuerung von Ehegatten angemessen modifiziert. Durch die fehlende Berücksichtigung der Kinderzahl werden kinderlose Ehegatten aber unangemessen begünstigt. Ein Familiensplitting hat sich politisch noch nicht durchsetzen lassen.

14. Existenzsichernde Aufwendungen für die Familie werden im Steuerrecht nicht realitätsgerecht berücksichtigt. Die Abzugstatbestände sind im Vergleich mit Leistungstabellen auf anderen Gebieten zu gering.

15. Schon der Begriff des Familienlastenausgleichs zeigt, daß der Normalfall der Familie als ein Unglück empfunden wird, dessen Lasten verteilt werden sollen.

16. Der verstärkte Übergang des Steuerrechts auf indirekte Steuern wirkt sich familienfeindlich aus. Verkehrssteuern sind familienblind

mit der Folge, daß Familien absolut und relativ mehr Steuern für alle Güter des täglichen Lebens bezahlen müssen als Kinderlose und Kinderarme.

17. Der Schutz von Ehe und Familie ist durch das Rentenrecht deshalb nicht angemessen gewährleistet, weil dieses an einem statisch überholten Bild von Ehe und Familie orientiert ist.

18. Die Sicherung des hinterbliebenen Ehegatten hat sich nicht ausreichend dem Umstand angepaßt, daß die meisten Ehefrauen heute ein eigenes Erwerbseinkommen haben, also nicht allein von der Witwenrente leben müssen. Dadurch wird die erwerbstätige Ehefrau im Verhältnis zur Hausfrau überversichert.

19. Die Erziehung von Kindern wird für die Mütter nicht ausreichend berücksichtigt. Sie nehmen Einbußen, womöglich den Verlust einer eigenen Alterssicherung in Kauf.

20. Früher trug die aktive Generation die Alten und zog gleichzeitig die neue Generation heran. Heute ist die Alterslast durch den Generationenvertrag sozialisiert, die Familienlast aber nicht.

Der Lebenszuschnitt kinderreicher Familien und kinderarmer oder kinderloser ist sehr verschieden. Die mit Kindern verbundenen Nachteile werden durch keinerlei Vorteile im Rentenalter ausgeglichen. Auf diese Weise tragen Kinderreiche in großem Umfang zur Rentensicherung der Kinderlosen und Kinderarmen bei.

21. Die Unausgewogenheiten der rentenrechtlichen Versicherung beruhen auf der Orientierung am Individuum ohne Rücksicht auf den familiären Status: Ehe und Familie als Wirtschaftseinheit werden im Rentenrecht negativ erlebt.

22. Der kontinuierliche Wandel ist das einzig Beständige in der Geschichte der Familie. Die heute auffallenden Veränderungen sind zum Teil durch staatliche Maßnahmen herbeigeführt oder gefördert worden. Die Veränderungen berühren nicht das Wesen und die spezifische Leistung von Ehe und Familie. Alternativen für Ehe und Familie zeichnen sich nicht ab.

23. Ein stiller Verfassungswandel hat sich nicht vollzogen. Dagegen hat sich die rechtliche Ausgestaltung des Ehe- und Familienrechts in mehrfacher Hinsicht vom Verfassungsrecht entfernt. Die Feststellung der Verfassungswidrigkeit durch das Bundesverfassungsgericht hat den Gesetzgeber bislang nicht sehr beeindruckt.

24. Die mutterfeindliche und familiendiskriminierende Rechtslage spiegelt die Mehrheit Kinderloser oder Kinderarmer in den politischen Gremien wider. Die Wiederherstellung verfassungsmäßiger Verhältnisse

ist schwer denkbar ohne geistige Unterstützung aus der Masse der Wähler. Die an sittlichen Fragen interessierten Institutionen der Gesellschaft können dazu beitragen, politischen Gremien unpopuläre Entscheidungen zugunsten von Ehe und Familie zu erleichtern.

Verfassungsgarantie und sozialer Wandel – Das Beispiel von Ehe und Familie

2. Mitbericht von Professor Dr. *Heinhard Steiger*, Gießen

Inhalt

	Seite
Einleitung	56
A. Bestandsaufnahme	57
I. Der Ausgangspunkt	57
II. Zur Ehe	58
III. Zur Familie	62
IV. Gründe	65
B. Zusammenhänge	66
I. Subjektivität	66
II. Gesellschaftliche Ausdifferenzierung	68
C. Grundlegung	71
I. Sozialer Wandel	71
II. Verfassungsgarantie	74
III. Das Beispiel von Ehe und Familie	75
D. Folgerungen	78
I. Nichteheliche Lebensgemeinschaften	78
II. Familie	79
III. Familiennachzug von Ausländern	81
IV. Förderung	84

Einleitung

Verfassungsgarantie und sozialer Wandel als theoretische Leitbegriffe unseres heutigen Themas deuten zunächst auf einen Gegensatz zwischen verteidigender Bewahrung durch das Recht und vorwärtsdrängender Veränderung in der Wirklichkeit. Doch das Verhältnis ist komplexer. So garantiert Art. 6 Abs. 1 positivrechtlich in den Institutsgarantien Ehe und Familie als objektive Gegebenheiten, und zugleich in der Ehe- und Familienfreiheit die freie, sich selbst bestimmende Subjektivität in ihnen. Damit ist die Spannung zwischen Verfassungsgarantie und sozialem Wandel eine solche zweier Garantieelemente. Denn die Institute sind Voraussetzungen der subjektiven Freiheit und zugleich deren gestaltbare, und somit dem Wandel unterworfenen Sachverhalte.

Das Beispiel bildet trotz seiner Besonderheiten in zugespitzter Weise eine allgemeine Struktur des modernen freiheitlichen Verfassungsstaates ab. Denn einerseits sichert dieser durch die Verfassung sich selbst und seine in Institutionen und Recht gegebene Ordnung. Andererseits gewährleistet er in den Freiheitsrechten die Subjektivität der Menschen als Substanz ihrer Würde. Der in seine Subjektivität freigesetzte Mensch wird so zur Basis des Staates¹. Er wird aber auch zum Subjekt des sozialen Wandels gegenüber dem Gegebenen. Denn in seiner Freiheit unterwirft er es seiner kritisch reflektierenden Vernunft und nimmt die Zukunft selbstgestaltend als Gegenstand seines bewußten Handelns auf. Der Staat hat so in der Freiheitsgarantie die Möglichkeit sozialen Wandels selbst eröffnet.

Die verfassungsrechtliche Garantie des Gegebenen, vor allem des Staates selbst, wird dadurch nicht funktionslos. Aber sie ist auf die Garantie der Würde des Menschen und seiner Subjektivität als seinem tragenden Grund bezogen². Sozialer Wandel wird durch die verfassungsrechtliche Garantie des Gegebenen nicht verhindert oder prinzipiell abgewehrt. Diese bewährt sich vielmehr in dessen Beherrschung, damit er als Frucht der Freiheit sich nicht gegen diese selbst und die Würde der Menschen wendet.

Dieser Spannung innerhalb des Verfassungsstaates von Garantie der Subjektivität und von Gegebenem soll für unser Beispiel in vier Ab-

¹ Dazu vor allem *Joachim Ritter*, *Hegel und die Französische Revolution*, edition suhrkamp 114, Frankfurt 1965, S. 40ff.; *ders.*: Subjektivität und industrielle Gesellschaft, *Zu Hegels Theorie der Subjektivität*, in: *ders.*: Subjektivität, Frankfurt 1974, S. 11ff., insbesondere S. 23.

² Zum Verhältnis von Institutionen und Freiheit u.a.: *Heinhard Steiger*, *Institutionalisierung der Freiheit?*, in: *Helmut Schelsky* (Hrsg.), *Zur Theorie der Institution*, 2. Aufl. Düsseldorf 1973, S. 91ff., insbesondere S. 110ff.; auch: *Helmut Schelsky*, *Zur soziologischen Theorie der Institution*, *ibid.* S. 9ff.

schnitten nachgegangen werden. Der erste Teil gilt einer Bestandsaufnahme des heutigen dogmatischen Verständnisses von Ehe und Familie. Im zweiten Teil sollen allgemeinere Zusammenhänge dargestellt werden. Im dritten Teil möchte ich eine theoretische Grundlegung versuchen und im vierten allgemeinere Folgerungen für einige rechtliche aktuelle Probleme von Ehe und Familie ziehen.

A. Bestandsaufnahme

I. Der Ausgangspunkt

a) Die bekannte Definition des Bundesverfassungsgerichts zu Ehe und Familie scheint die objektiven, institutionellen Elemente hervorzukehren und damit den subjektiven Freiheitselementen der Garantie eine begrenzende Vorgabe zu geben: „Welche Strukturprinzipien diese Institute bestimmen, ergibt sich zunächst aus der außerrechtlichen Lebensordnung. Beide Institute sind von Alters her überkommen und in ihrem Kern unverändert geblieben. . . . Ehe ist für das Grundgesetz die Vereinigung eines Mannes mit einer Frau zur grundsätzlich unauflösbaren Lebensgemeinschaft, und Familie ist die umfassende Gemeinschaft von Eltern und Kindern, in der den Eltern vor allem Recht und Pflicht zur Erziehung der Kinder erwachsen. Dieser Ordnungskern der Institute ist für das allgemeine Rechtsgefühl und Rechtsbewußtsein unantastbar.“³

Jedoch stimmen sowohl für die Ehe als auch für die Familie gegenwärtig die außerrechtlichen Lebensordnungen nur begrenzt mit einem, im übrigen vom Bundesverfassungsgericht nicht näher bezeichneten Herkommen überein, das sich zudem selbst auch im Kernbereich immer wieder, nicht zuletzt durch die Anforderungen des Verfassungsrechts zur Gleichberechtigung und zur Stellung des nichtehelichen Kindes erheblich gewandelt hat⁴. Daher ist die funktional/struktu-

³ BVerfGE 10, 59 (66); 53, 124 (145); 62, 323 (330).

⁴ Zur Geschichte von Ehe und Familie u.a. *Michael Mitterauer/Reinhard Sieder*, Vom Patriarchat zur Partnerschaft, Zum Strukturwandel der Familie, Beck'sche Schwarze Reihe 158, München 1977; *dies.* (Hrsg.), Historische Familienforschung stw 387, Frankfurt 1982; *Werner Conze* (Hrsg.), Sozialgeschichte der Familie in der Neuzeit Europas, Stuttgart 1976; *Ingeborg Weber-Kellermann*, Die deutsche Familie, Versuche einer Sozialgeschichte, Frankfurt 1974; *William H. Hubbard*, Familiengeschichte, Materialien zur deutschen Familie seit dem Ende des 18. Jhdts., München 1983; *Michael Mitterauer*, Faktoren des Wandels historischer Familienformen, in: Helge Pross (Hrsg.), Familie – wohin?, Reinbek 1979, S. 83ff.; zur Übersicht über die neuere Literatur: *Diethelm Klippel*, Entstehung und Strukturwandel der modernen Familie, FamRZ 1978, S. 558ff.; *ders.*: Neue Literatur zur Sozialgeschichte der Familie,

relle Definition der Ordnungskerne auch nur um den Preis inhaltlicher Leere möglich. Subjektiver Gestaltung ist in Wahrheit für beide Institute der Weg nicht nur nicht begrenzt, sondern weithin eröffnet.

b) Darüber hinaus werden vor allem die Ehe durch die Zunahme nichtehelicher Lebensgemeinschaften⁵, im geringeren Maße jedoch auch die Familie durch nicht rein familiäre Wohngemeinschaften als neue Lebensformen der Intimgemeinschaften unabhängig von deren Verbreitung in ihrer Selbstverständlichkeit in Frage gestellt⁶. Sie erleiden einen gewissen Plausibilitätsverlust, ein in allen westlichen Industrienationen zunehmender Vorgang.

c) Die Sinnhaftigkeit der Institutsgarantien von Ehe und Familie scheint somit fragwürdig zu werden, zumal auch deren Fähigkeit bestritten wird, eigene, unersetzbare Funktionen erfüllen zu können und ihre Auflösung unter dem Druck des sozialen Wandels vorausgesagt wird⁷.

II. Zur Ehe

a) Als Unabdingbarkeiten hält das geltende Eherecht Form, Heterosexualität und Monogamie fest⁸. Innerhalb dieses Rahmens haben die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Lehre und Gesetzgebung der partnerschaftlich gleichberechtigten Subjektivität der Ehe-

FamRZ 1984, S. 1179ff., 1985, S. 44ff.; zur Begriffsgeschichte: *Dieter Schwab*, Familie, in: Brunner/Conze/Koselleck, Geschichtliche Grundbegriffe, Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland, Bd. 2, Stuttgart 1975, S. 253ff.

⁵ *Renate Köcher*, Einstellungen zu Ehe und Familie im Wandel der Zeit, eine Repräsentativuntersuchung im Auftrag des Ministeriums für Arbeit, Gesundheit, Familie und Sozialordnung, Baden-Württemberg, Stuttgart 1985; Nichteeliche Lebensgemeinschaften in der Bundesrepublik Deutschland, Schriftenreihe des BMJFG, Bd. 170, Stuttgart 1985; *Max Wingen*, Nichteeliche Lebensgemeinschaften, Osnabrück 1984; *ders.*: Wandlungen im Prozeß der Ehe- und Familienbildung, in: Der Wandel familiärer Lebensmuster und das Sozialrecht, Schriftenreihe des Deutschen Sozialrechtsverbandes, Bd. XXVII, Wiesbaden 1985, S. 31ff.

⁶ Dazu u.a. *Dieter Korczak*, Neue Formen des Zusammenlebens, Frankfurt 1979.

⁷ Dazu u.a. von verschiedenen Positionen: *Philippe Meyer*, Das Kind und die Staatsräson oder die Verstaatlichung der Familie, rororo 4734, Reinbek 1981; *David Cooper*, Der Tod der Familie, dub 6, Reinbek 1972; *Edward Shorter*, Die Geburt der modernen Familie, Reinbek 1977, S. 304ff.; *Heidi Rosenbaum*, Familie als Gegenstruktur der Gesellschaft, Stuttgart 1973, die allerdings mehr Skepsis gegen ein von ihr wohl als zu positiv eingeschätztes Bild der Familie der herrschenden Familiensoziologie darlegt.

⁸ BVerfGE 29, 166 (176); 31, 58 (69); allerdings unter Anerkennung nur im Ausland gültig geschlossener „hinkender Ehen“, E 62, 323 (331); im Ausland gültig geschlossene Mehreen von Ausländern werden aber anerkannt und können hier gelebt werden, BVerwGE 71, 228 (230).

partner immer mehr Raum geschaffen, von der Partnerwahl über den Abbau nicht verstandesmäßig begründbarer Ehehindernisse⁹, die Abwehr die Eheschließung benachteiligender materieller Regelungen¹⁰ bis zur konkreten Ehegestaltungsfreiheit¹¹. Aber auch die individuelle Subjektivität in der Ehe hat zugenommen von der Entscheidung zur Berufsaufnahme bis zur Wahl der Religion¹².

Der subjektiven, gleichberechtigten partnerschaftlichen Ehegestaltungsfreiheit sind durch das Prinzip der Lebensgemeinschaft im heutigen Verständnis nur in materieller Hinsicht normative verbindliche Vorgaben gegeben, obwohl es nunmehr in § 1353 Abs. 1 BGB ausdrücklich normiert worden ist. Aus ihr wird zwar eine personale, über die Ehescheidung hinaus fortdauernde Verantwortung der Ehepartner füreinander geschlossen¹³. Aber über gegenseitige Unterhaltsverpflichtungen¹⁴ hinaus wird ihr Inhalt normativ weder im Gesetz¹⁵ noch durch die Rechtsprechung¹⁶ oder die Lehre¹⁷ zu allgemein akzeptierten, rechtlich durchsetzbaren Einzelverpflichtungen konkretisiert. Denn es gibt kein allgemein verbindliches Ehebild mehr¹⁸, und darf es im Staat der Nichtidentifikation auch nicht geben¹⁹. Es bleibt den Ehepartnern weitgehendst überlassen, welche Ziele und Zwecke sie mit ihrer Ehe verfolgen. Danach richtet sich z. B. die Aufgabenvertei-

⁹ BVerfGE 36, 146 (161ff.), kritisch dazu *Peter Krause*, Der Schutz von Ehe und Familie in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Archiv für Wissenschaft und Praxis der sozialen Arbeit, 1986, Heft 2–4, S. 18ff., S. 27; BVerfGE 49, 286 (300).

¹⁰ BVerfGE 55, 114 (127).

¹¹ BVerfGE 21, 329 (353); 66, 84 (94); zuletzt 68, 256 (268); dazu unter anderem *Joachim Gernhuber*, Lehrbuch des Familienrechts, 3. Aufl. München 1980, S. 170ff.; extrem: *Ingo Richter*, Alternativkommentar zum Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 1, Darmstadt 1984, Art. 6 Anm. 32, der einverständliche Verfügung über geschlechtliche Treue einschließen will.

¹² Für die Berufstätigkeit § 1356 Abs. 2 BGB; zur Religionswahl: BVerfG NJW 1964, 1174; dazu i.ü. *Dieter Schwab*, Familienrecht, 3. Aufl. München 1984, S. 50f.; *Gernhuber* (Fn. 11), S. 167; *Richter* (Fn. 11) Art. 6, Anm. 32.

¹³ BVerfGE 71, 364 (358).

¹⁴ BVerfGE 22, 93 (96f.); 42, 64 (77); 47, 85 (100); 53, 257 (296); 66, 84 (93).

¹⁵ Auch aus den Ehescheidungsregeln lassen sich keine Rückschlüsse ziehen, da sie auf äußeren Indizien und Vermutungsregeln und gerade nicht auf ehelichen Pflichten gründen.

¹⁶ Die wenigen Entscheidungen des BGH zu § 1353 Abs. 1 BGB befassen sich nur mit materiellen Verpflichtungen, BGHZ 71, 216 (222f.); 72, 157 (162).

¹⁷ *Gernhuber* (Fn. 11), S. 167ff.; *Schwab*, Familienrecht (Fn. 12), S. 48ff.; *Günter Beitzke*, Familienrecht, 24. Aufl. München, S. 63ff.

¹⁸ Zu den verschiedenen Ehelehren *Gernhuber* (Fn. 11), S. 25; ergänzend *Hans Martin Pawlowsky*, Die bürgerliche Ehe als Organisation, Heidelberg 1983.

¹⁹ Nachdrücklich *Hans Hattenhauer*, Die Privatisierung der Ehe, ZRP 1985, S. 200ff.; dazu *Joachim Kronisch*, *ibid.* S. 312.

lung zwischen den Partnern²⁰, aber auch die Entscheidung über Nachkommenschaft im Rahmen einer nach subjektiven Kriterien der Ehepartner ausgerichteten Familienplanung²¹, da die Zeugung nicht mehr notwendiger Ehezweck ist²². Im Extrem dieser Subjektivität werden Kinder zum „Bedürfnis“ der Eltern, das diese sich in Konkurrenz zu anderen Bedürfnissen erfüllen²³. Es liegt in der fatalen Konsequenz dieses Ansatzes, daß ein der Bedürfnislage nicht entsprechendes Kind für die Mutter eine „soziale Notlage“ herbeiführen kann, die die Schranke zur Abtreibung öffnet. Jedoch ist die Auffassung, daß über Schwangerschaftsabbrüche die Mutter allein entscheiden könne²⁴, meines Erachtens mit dem Prinzip der Lebensgemeinschaft nicht vereinbar. Das gleiche muß für andere medizinisch-technische Eingriffe in diesem Bereich gelten.

b) Konsequenter gründet das Bundesverfassungsgericht auch die Lebenszeitdauer der Ehe darauf, „daß die Ehe von beiden Partnern als dauernde Gemeinschaft beabsichtigt und versprochen wird und daß sie nach ihrem Inhalt auf Lebenszeit angelegt ist“²⁵, wodurch es aber ihre Sicherung von der objektiv-institutionellen Ebene in die Subjektivität der Ehepartner, ihr Wollen und Vermögen verlagert. Entsprechend wird das Vorliegen einer vom Standesbeamten abzulehnenden Scheinehe nach den Absichten der Nuptienten beurteilt²⁶. Seitdem die Beurteilung, ob die gesetzlichen Scheidungsgründe objektiv vorliegen, dem Gericht entzogen ist, ist die Eheauflösung im Kern ebenfalls der partnerschaftlich oder gar individuell wahrgenommenen subjektiven Entscheidung der Ehepartner anheim gegeben. Die Ablei-

²⁰ BVerfGE 39, 169 (183); 48, 327 (338).

²¹ Zur Familienplanung soziologisch u.a. *René König*, Die Familie der Gegenwart, 3. Aufl. München 1978, S. 87ff.; zur Gültigkeit rechtlicher Vereinbarungen u.a. *Gernhuber* (Fn. 11), S. 181; *Wacke*, BGB – Münchener Kommentar, Ergänzungsband, § 1353 Rdn. 34, beide auch mit Verweisen zu anderen Ansichten.

²² So noch BGHSt 6, 46 (53); für die heutige Auffassung u.a. *Gernhuber*, *ibid.*, *Wacke* *ibid.*; soziologisch *König*, Familie (Fn. 21), S. 82; *Hartmann Tyrell*, Familie und gesellschaftliche Differenzierung, in: Pross (Fn. 4), S. 13ff., S. 66f.; zum regenerativen Verhalten: Dritter Familienbericht der Bundesregierung, BT-Drs. 8/3121, S. 96ff.

²³ 3. Familienbericht Abschnitte 5.3.1., S. 103 und 5.6.3., S. 114ff.

²⁴ *Lange-Klein*, BGB – Alternativkommentar, § 1353 Anm. 8; in bezug auf die Sterilisation: BGH NJW 1976, 1791; dies ist auch die Auffassung des Supreme Court der USA, *Planned Parenthood of Missouri v. Danforth*, 428 US 52 (1976); *Thornburg v. American College of Obstetricians* 106 SCt 2126 (1986); wie hier *Wacke* (Fn. 21), § 1353 Rdn. 34.

²⁵ BVerfGE 53, 224 (245); dazu auch Richter (Fn. 11), Art. 6 Anm. 15.

²⁶ Dazu AG und LG Duisburg, Das Standesamt 1981, 113ff.; AG Lübeck, Das Standesamt 1980, 339.

tung eines Abwehrrechtes gegen ein absolutes Scheidungsverbot aus der Eheschließungsfreiheit einerseits und die These von einer vertraglichen Dispositionsfreiheit über den Ausschluß der Scheidung andererseits stärken die Subjektivität in diesem Bereich weiter²⁷. Scheidung ist entgegen der Hypothese des Bundesverfassungsgerichts weder tatsächlich noch sozial oder rechtlich-normativ eine Ausnahme²⁸. Sie ist funktional gegenbildliches Formelement der Eheschließung im verweltlichten bürgerlich-rechtlichen Institut Ehe geworden²⁹.

c) Zwar fallen die nichtehelichen Lebensgemeinschaften nicht unter Art. 6 Abs. 1³⁰; aber nach übereinstimmender Auffassung werden sie durch die Verfassung nicht nur toleriert³¹, sondern können sich

²⁷ *Ingo v. Münch*, Art. 6 GG, Der Wandel familiärer Lebensmuster und des Familien- und Sozialrechtss, in: Wandel (Fn. 5), S. 69ff., S. 81; zurückhaltender: Kommission der EMRK, Johnston and others against Ireland, Report of the Commission, 5.3.1985, §§ 89 sq., die mit dem GH für Menschenrechte nur eine Vorsorge für Aufhebung der Lebensgemeinschaft anerkennt, GH Fall Airey, ECHR 9.10.1979, § 30; *Hattenhauer* (Fn. 19), passim. Seine Auffassung widerspricht aber meines Erachtens dem im objektiven Recht gefundenen Ausgleich zwischen Subjektivität und institutionalen Sicherungen der Ehe.

²⁸ Sie ist normaler Ausgang aus dem stets möglichen subjektiven Scheitern einer Ehe geworden, u.a. *König*, Familie (Fn. 21), S. 97ff.; *Tyrell*, Familie (Fn. 21), S. 61; *Josef Loidl*, Scheidung – Ursache und Hintergründe, Wien 1985, S. 90f.

²⁹ BVerfGE 53, 224 (245); siehe aber auch die in Fn. 27 genannte Entscheidung des GH für Menschenrechte.

³⁰ BVerfGE 9, 20 (34f.); 36, 146 (165); nachdrücklich *Ingo v. Münch*, Verfassungsrecht und nichteheliche Lebensgemeinschaft, in: Götz Landwehr (Hrsg.), Die nichteheliche Lebensgemeinschaft, Göttingen 1978, S. 137ff.; S. 140f.; *Theodor Maunz*, in: Theodor Maunz/Günter Dürig u.a., Grundgesetz – Kommentar, Art. 6 (Zweitbearbeitung) 1980, Art. 6 Anm. 15a; *Richter* (Fn. 11), in: Art. 6 Anm. 15, S. 669; *Wolfgang Zeidler*, Ehe und Familie, Ernst Benda u.a. (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, Berlin 1983, S. 555ff., S. 581.

³¹ Dazu auch BVerfGE 9, 20 (34). Auch ein Konkurrenzschutz wird verneint, z.B. *Wilfried Schlüter*, Die nichteheliche Lebensgemeinschaft, Berlin 1981, S. 15; *Richter* (Fn. 11), in: Art. 6 Anm. 42; i.ü. zu Verbreitung, Formen und Gründen der nichtehelichen Lebensgemeinschaft u.a. die in Fn. 5 genannte Literatur. Zur rechtlichen Problematik aus der stetig steigenden Fülle, außer der bereits genannten Schrift von *Schlüter: Sigfried de Witt/Johann Friedrich Hofmann*, Nichteheliche Lebensgemeinschaft, München 1983; *Bernd Apel*, Die eheähnliche Gemeinschaft, insbesondere ihre Bewertung und Abwicklung, Diss. iur. Tübingen 1981; *Fritz Kunigk*, Die Lebensgemeinschaft, rechtliche Gestalt von ehelichem und eheähnlichem Zusammenleben, Stuttgart u.a. 1978; *Robert Battes*, Nichteheliches Zusammenleben im Zivilrecht, Köln 1983; *Fritz Jost*, Die nichteheliche Lebensgemeinschaft, Juristische Reaktionen auf private „Entregelung“, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Bd. 9, Opladen 1983, S. 124ff.; *Götz Landwehr* (Fn. 30) mit Aufsätzen von Hans Jürgen Becker, Traugott Koch, Dieter Schwab, Wolfgang Rübner, Eugen Dietrich Graue, Ingo v. Münch; *Eva Marie v. Münch*, Grundgesetz – Kommentar, hrsgg. von I.v.Münch, Bd. 1, 3. Aufl. München 1985, Art. 6 Anm. 3a, S. 345; *Maunz* (Fn. 30), in:

auf Art. 2 Abs. 1 stützen³². Das Sittengesetz steht ihnen nach heutiger Auffassung nicht mehr entgegen. Ihrer subjektiven Gestaltung sind noch weniger Grenzen gesetzt, bis hin zur im Ausland kirchlich katholisch, also wirklich auf Lebensdauer geschlossenen Ehe nach deutschem Recht bewußt nicht gültig verheirateter Deutscher mit hiesigem Wohnsitz. Verfassungsrechtlich ist so eine subjektive Wahlfreiheit zwischen Ehe und nichtehelicher Lebensgemeinschaft entstanden³³, auch wenn die letztgenannte (noch) Nachteile hat, da sie trotz gewissem verfassungsrechtlichem Schutz mit der Ehe nicht völlig gleichgestellt werden soll³⁴. So wird über adäquate rechtliche Regelungen insbesondere für ihre Abwicklung umfangreich nachgedacht³⁵. Die Schwierigkeiten der Abgrenzung werden jedoch im Sozialhilfe- und im Arbeitslosenhilferecht deutlich. Einerseits wird die Begünstigung der nichtehelichen Lebensgemeinschaften gegenüber der Ehe aufgrund unterschiedlicher Anrechnungsregeln des Einkommens der Partner als Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 angesehen. Andererseits aber wird auch ihre bewußte Benachteiligung ausgeschlossen. Der Gesetzgeber hat daraus den Schluß negativer Gleichstellung beider Lebensformen gezogen³⁶.

III. Zur Familie

a) Da der Begriff der Familie einer festen einfachgesetzlichen Form außer seiner Bindung an die Verwandtschaft im Rechtssinne ermanget, ist ihr verfassungsrechtlicher Begriff nicht vorgeformt. Er hat in

Art. 6 Anm. 15a f.; *Dietrich Pirson*, Kommentar zum Bonner Grundgesetz (Bonner Kommentar), Zweitbearbeitung 1978, Art. 6 Anm. 17; *Zeidler* (Fn. 30), S. 574; Zur Frage der Sittenwidrigkeit, *Ingo v. Münch* (Fn. 30), S. 149; in der Zivilrechtsprechung droht jedoch z.T. noch das Problem der Sittenwidrigkeit bestimmter Rechtsgeschäfte, und damit deren Nichtigkeit, vor allem bei gleichzeitigem Bestehen einer Ehe, dazu z.B. *Schwab*, Familienrecht (Fn. 12), S. 64; *Kunigk*, *ibid.*, S. 116ff., 119f.; *Apel*, *ibid.*, S. 37ff. Zur Rechtsvergleichung jüngstens *Peter Striewe*, Ausländisches und internationales Privatrecht der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, Osnabrücker Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Bd. 4, Köln u.a. 1986.

³² BVerfGE 56, 363 (384); *Richter*, *ibid.*; *Ingo v. Münch*, *ibid.*

³³ *Richter*, *ibid.*, S. 694, läßt sogar auch Wahlfreiheit für die „homosexuelle Ehe“ zu; in ähnlicher Richtung auch der BT-Abgeordnete *Wolfgram*, 8. Wahlperiode, 164. Sitzung, Sten. Prot., S. 13175. Ablehnend kürzlich der amerikanische Supreme Court, *Bowers v. Hartwick*, 106 SCt 2841 (1986). In den Niederlanden hingegen wird die Gleichstellung erwogen, siehe: 1 + 1 = samen (Fn. 7), S. 47ff.

³⁴ Dazu die in Fn. 31 zitierte Literatur.

³⁵ Dazu die in Fn. 31 zitierte zivilrechtliche Literatur mit Hinweisen auf die bisherige Rechtsprechung.

³⁶ BVerfGE 67, 186 (195); 9, 20 (34); § 122 BSGH; § 139 AFG neu.

der Geschichte erhebliche Wandlungen durchgemacht³⁷. Seine soziologische Bestimmung schwankt zwischen der Zwei-Generationen-Kernfamilie (*famille conjugal*, *nuclear family*) und der modifizierten erweiterten Familie (*modified extended family*)³⁸. Bundesverfassungsgericht und Lehre legen den erstgenannten Begriff zugrunde³⁹, fassen diesen andererseits sehr weit, einschließlich des Verhältnisses der unehelichen Mutter zu ihrem Kind⁴⁰. Sie tragen, mit Ausnahmen, den neueren subjektiv bestimmten Entwicklungen zur nichtehelichen Lebensgemeinschaft mit Kindern dadurch Rechnung, daß auch der in der Lebensgemeinschaft mitlebende Vater in die „Familie“ einbezogen wird, wenn ihm auch nur ein „hinkendes Erziehungsrecht“ ohne formelles Sorgerecht zustehen soll⁴¹.

b) Auch die Gestaltung des Familienlebens unterliegt prinzipiell der Autonomie ihrer Glieder⁴². Noch weniger als aus dem Begriff der ehelichen Lebensgemeinschaft lassen sich aus der die Kernfamilie deutenden Formel des Bundesverfassungsgerichts als „umfassende Lebensgemeinschaft von Eltern und Kindern“ neben den bereits verfassungsrechtlich begründeten Rechten und Pflichten der Eltern zur Er-

³⁷ Oben Fn. 4.

³⁸ *Emilie Durkheim*, *La famille conjugal*, *Revue Philosophique*, vol. 41 (1921), p. 1–14; *Talcott Parsons/Robert F. Bales*, *Family, Socialization and Interaction Process*, New York 1955/56, p. 10 sq.; *Hartmann Tyrell*, *Probleme einer gesellschaftlichen Ausdifferenzierung der privatisierten modernen Kernfamilie*, *Zeitschrift für Soziologie*, 5 (1976), S. 393ff., S. 403ff.; auch *René König*, *Soziologie der Familie*; *ders.* (Hrsg.), *Handbuch zur empirischen Sozialforschung*, Bd. 7, 2. Aufl. Stuttgart 1976, S. 60ff. Zur zweiten Meinung: *Leopold Rosenmayr*, *Soziologie des Alters*, *ibid.*, S. 218ff., S. 316ff.; *König*, *Familie* (Fn. 21), S. 94 mit Nachweisen S. 160 Fn. 756; *Eugene Littwack*, *The Use of Extended Family Groups in the Achievement of Social Goals*, *Social Problems*, vol. 7 (1959/60), p. 117ff.

³⁹ BVerfGE 10, 59 (66); 48, 327 (339).

⁴⁰ BVerfGE 18, 97 (105f.); für das Verhältnis des unehelichen Kindes zu seiner Mutter a.A. noch: *Hermann v. Mangoldt/Friedrich Klein*, *Das Bonner Grundgesetz*, Kommentar 2. Aufl., Berlin/Frankfurt 1955/57, Art. 6 Anm. III 5, S. 267 mit Verweis auf *Wernicke* zu Art. 6 im Bonner Kommentar (Erstkommentierung); so auch die herrschende Auffassung zu Art. 119 WRV, *Alfred Wieruszowski*, Art. 119; Ehe, Familie, Mutterschaft, in: *Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung*, hrsgg. von Hans Carl Nipperdey, 2. Bd. Berlin 1930, S. 72ff., S. 90ff.; die heutige Lehre folgt fast einhellig dem Bundesverfassungsgericht; a.A. neuestens auch in bezug auf die durch Scheidung oder Tod eines Elternteiles entstandene Restfamilie: *Helmut Lecheler*, *Verfassungsgarantie und sozialer Wandel – das Beispiel von Ehe und Familie*, DVBl. 1986, 905ff., 907.

⁴¹ BVerfGE 56, 363 (384ff.); so auch *E.M.v.Münch* (Fn. 31), Art. 6 Anm. 4a; *Maunz* (Fn. 29), Art. 6 Anm. 16a; a.A. auch hier *Lecheler*.

⁴² BVerfGE 21, 329 (353), 33, 236 (238); *Richter* (Fn. 10), Art. 6 Rdn. 32, soziologisch u.a. *Tyrell*, *Familie* (Fn. 22).

ziehung der Kinder weitere immaterielle rechtlich normative Pflichten ableiten. Diese Formel kommt im einfachen Recht auch nicht vor. Auf das räumliche Zusammenleben kommt es nach dem Bundesverfassungsgericht inzwischen auch nicht mehr an, sondern die emotionale, also wiederum subjektive Bindung ist tragend. Nur die gegenseitigen Unterhaltspflichten sind zu echten einklagbaren und durchsetzbaren Rechtspflichten gestaltet. Im übrigen gelten allgemeine Leitbilder, wie Rücksichtnahme, Achtung, Beistand⁴³. Neben die Gestaltungsfreiheit der Eltern tritt die mit Heranwachsen zunehmende Selbstbestimmung und Mitwirkung der Kinder. Wie schon frühere Teiljährigkeitsregelungen sind die Vorverlegung der Volljährigkeit auf 18 Jahre, obwohl bei dessen Eintritt ein hoher Prozentsatz der Kinder noch materiell unselbständig ist und im gemeinsamen Wirtschaftsverband verbleibt, und die neueren Regelungen der §§ 1626 Abs. 2 und 1631a BGB gesetzliche Stärkung ihrer Eigenständigkeit in der Familie, deren Verfassungsmäßigkeit allerdings umstritten war⁴⁴.

Vor allem die nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts zum Ordnungskern der Familie gehörende Erziehung der Kinder ist der Subjektivität der Eltern, wenn auch treuhänderisch gebunden, offen⁴⁵. Nicht nur wird aus Art. 6 Abs. 2 gegenüber Art. 120 Weimarer Reichsverfassung der Erziehungsvorrang der Eltern vor dem Staat abgeleitet; er gibt anders als sein Vorgänger und manche Landesverfassungen⁴⁶ keine Erziehungsziele vor. Es ist unbestritten, daß der Staat auch solche für die Eltern nicht formulieren darf, ausgenommen das sogenannte formale Erziehungsziel, das Kind zu einer erwachsenen, selbständig handelnden Persönlichkeit in der sozialen Gemeinschaft heranzubilden. Das staatliche Wächteramt greift nur ein, wenn die Eltern versagen⁴⁷.

⁴³ § 1618a BGB, dazu u.a. *Gernhuber* (Fn. 11), S. 688; *Schwab*, Familienrecht (Fn. 12), Rdn. 390, S. 196.

⁴⁴ Dagegen vor allem *Walter Schmidt Glaeser*, Das elterliche Erziehungsrecht in staatlicher Reglementierung, Bielefeld 1980, S. 35ff.; dafür u.a. *Peter Häberle*, Erziehungsziele und Orientierungswerte im Verfassungsstaat, Freiburg 1981, S. 57.

⁴⁵ BVerfGE 51, 386 (398); *Ernst Wolfgang Böckenförde*, Elternrecht – Recht des Kindes – Recht des Staates, Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche, Joseph Krautscheidt und Heiner Maré (Hrsg.) Nr. 14, München 1980, S. 54ff.; weiterhin die Kommentierungen zu Art. 6 II; auch zum folgenden. Jüngstens auch *Josef Isensee*, Elternrecht/Elterliches Sorgerecht, Staatslexikon, Bd. 2, 7. Aufl., Freiburg 1986, Sp. 222ff., 225ff.

⁴⁶ Art. 126 Abs. 1 Bayer. Verf.; Art. 23 Abs. 1 Brem. Verf.; Art. 55 Hess. Verf.; Art. 25 Abs. 1 Rhein.-Pfäl. Verf.; Art. 24 Abs. 1 Saarl. Verf.; genannt werden i.d.R. leibliche, geistige, seelische und in einigen Verfassungen auch gesellschaftliche Tüchtigkeit.

⁴⁷ BVerfGE 24, 119 (144); 56, 363 (384); *Isensee* (Fn. 45), Sp. 229f.

IV. Gründe

a) Als vorherrschender Zug in der Entwicklung der Lebensbereiche Ehe und Familie setzt sich somit die freie, subjektive Selbstbestimmung der Beteiligten mehr und mehr gegenüber vorgegebenen objektiven institutionell ausgerichteten Elementen durch. Die rechtliche Dominanz des subjektiven Elements der Verfassungsgarantie von Ehe und Familie liegt in der heutigen dreifachen Struktur dieser Garantie selbst, die eine Kreation des Bundesverfassungsgerichts ist⁴⁸. Art. 6 Abs. 1 enthält das erste Garantieelement subjektiv-öffentlicher Freiheitsrechte nicht ausdrücklich. Sein Vorbild, Art. 119 Abs. 1 WRV, stellte lediglich eine Institutsgarantie dar⁴⁹. Ob die Verfassungseltern von 1949 sie wollten, läßt sich aus den Materialien nicht mit Sicherheit erschließen⁵⁰. Die ersten Kommentatoren, darunter vor allem der Urheber der Garantie, von Mangoldt, sahen in Art. 6 Abs. 1 nur eine Institutsgarantie⁵¹. Eine dogmatische Begründung ist nie erfolgt⁵². Die Anerkennung subjektiv-öffentlicher Freiheitsrechte hat sich jedoch durchgesetzt und ist heute zur Recht unbestritten. Aber dadurch hat die Garantie im ganzen eine vorherrschend subjektive Ausrichtung gewonnen. Es hat seit 1919 und auch seit 1949 ein Verfassungswandel der Garantie von Ehe und Familie stattgefunden. Sie ist aus dem Bereich „Gemeinschaftsleben“ in die Nähe der subjektiven Freiheitsrechte, vor allem Art. 2 und 4, gerückt. Das zweite ursprüngliche Garantieelement, die Institutsgarantien, wurde auf eine rechtlich formelle Ummantelung der Freiheiten reduziert und inhaltlich entleert. In letzter Konsequenz werden sie zu einem Anspruch, daß die Normen N1 bis Nn vom Staat bereitgestellt werden, um Ehen schließen und führen, Familien gründen und gestalten zu können. Im übrigen erscheinen sie als „überflüssige dogmatische Konstruktion“⁵³. Der

⁴⁸ BVerfGE 6, 55 (71).

⁴⁹ *Gerhard Anschütz*, Die Verfassung des Deutschen Reiches, Kommentar, 14. Aufl. 1933, Neudruck Darmstadt 1965, Art. 119 Anm. 1; *Wieruszowski* (Fn. 40), S. 73.

⁵⁰ Dazu die maschinenschriftlichen Protokolle des Ausschusses für Grundsatzenfragen des Parlamentarischen Rates von der 24. Sitzung, S. 36 und der 29. Sitzung, S. 41.

⁵¹ *Hermann v. Mangoldt*, Das Bonner Grundgesetz, Kommentar, Berlin 1952, Art. 6 Anm. 2, und ihm folgend *Friedrich Klein* in der 2. Aufl., Berlin/Frankfurt 1955/57, Art. 6 Anm. III/3, S. 266; kritisch hingegen gegenüber der Institutsgarantie *Richter* (Fn. 11), Art. 6 Rdn. 11a.

⁵² Das Bundesverfassungsgericht beruft sich nicht eigentlich auf dogmatische, sondern auf historische Gründe, die Erfahrung mit den Eingriffen in Ehe und Familie im Dritten Reich.

⁵³ Zur Subjektivierung der Privatrechtsinstitute *Robert Alexy*, Theorie der Grundrechte, Baden-Baden 1985, S. 441; a.A. zur Bedeutung der Institutsgarantien *Edzard Schmidt-Jortzig*, Die Einrichtungsgarantien der Verfassung, Göttingen 1979, S. 59ff.

Verweis auf das dritte Garantieelement einer Umfeldgarantie durch die „wertentscheidende Grundsatznorm“ bringt die Suche nach Inhalten von Ehe und Familie nicht weiter; denn aus dem Begriff des „Wertes“, seine Vieldeutigkeit und Fragwürdigkeit einmal dahingestellt⁵⁴, läßt sich dafür nichts gewinnen. Er setzt vielmehr Inhalte voraus, die dann zu Werten erhoben werden.

B. Zusammenhänge

I. Subjektivität

a) Die rechtliche Öffnung für die Subjektivität in Ehe und Familie selbst ist außerrechtlich begründet. Historisch setzen sich die individuell-subjektiven Elemente von Ehe und Familie in einem kontinuierlichen Prozeß seit dem 18. Jhdt. durch⁵⁵. Kants berühmte Definition der Ehe als „Verbindung zweier Personen verschiedenen Geschlechts zum lebenswierigen Besitz ihrer Geschlechtseigenschaften“ brachte diese Entwicklung auf den rechtlichen Begriff⁵⁶. Hegel nannte diese zwar eine „Schändlichkeit“⁵⁷; die Einheit der Ehe ist aber auch für ihn „substantiell nur Innigkeit und Gesinnung“⁵⁸. Sie entsprach der von Henry Maine gekennzeichneten Entwicklung von „status to contract“⁵⁹. Zwar tritt nicht zuletzt aufgrund des Einflusses Hegels und

⁵⁴ Zur Kritik der Werttheorie des BVerfG vor allem *Ernst Forsthoff* in verschiedenen Abhandlungen, z.B.: Die Umbildung des Verfassungsgesetzes, Rechtsstaat im Wandel, 2. Aufl., München 1976, S. 130ff., S. 134ff.; Zur heutigen Situation einer Verfassungslehre *ibid.*, S. 202ff., 223ff.; *ders.*: Der Staat der Industriegesellschaft, München 1971, S. 149ff.; aber auch *Helmut Goerlich*, Wertordnung und Grundgesetz, Baden-Baden 1973, insbes. S. 131ff.; *Carl Schmitt*, Die Tyrannei der Werte, zuletzt in: Carl Schmitt, Eberhard Jüngel, Sepp Schelz, Die Tyrannei der Werte, 1979, S. 9ff.; eine Auseinandersetzung mit der Kritik bei *Alexy* (Fn. 53), S. 134ff.; *Häberle*, Erziehungsziele (Fn. 44), S. 16ff.

⁵⁵ *Schwab*, Familie (Fn. 4), S. 284f.; *Shorter* (Fn. 7), S. 17ff.; *König*, Familie (Fn. 21), S. 41f., 55f.; *ders.*: Handbuch (Fn. 38), S. 107ff.; *Friedhelm Neidhardt*, Die Familie in Deutschland, Deutsche Gesellschaft im Wandel 2, hrsgg. von Karl Martin Bolte u.a., Opladen 1970, S. 9ff., S. 39ff.

⁵⁶ *Immanuel Kant*, Metaphysik der Sitten, Der Rechtslehre Erster Teil, Das Privatrecht, § 24.

⁵⁷ *Georg Wilhelm Friedrich Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, § 75, §§ 173, 176.

⁵⁸ *Henry Sumner Maine*, Ancient Law, Its Connection with the early History of Society and its Relation to Modern Times, 4th American from the 10th London Edition, New York, p. 161 sq., p. 165.

⁵⁹ *Hegel* (Fn. 57), §§ 75, S. 158ff.; *Friedrich Carl von Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, Berlin 1940, Neudruck Aalen 1973, II. Buch, Kap. 1, § 54; *ders.*: Denkschrift, Darstellung der in preußischen Gesetzen über die

Savignys noch einmal der institutionelle Charakter der Ehe und Familie in den Vordergrund rechtlicher Regelung. Aber ihre einmal gewonnenen subjektiven Elemente bleiben bestehen und setzen sich sozial weiter durch. Emotional-subjektives Eheglück und Familienglück wie auch individuelles Glück werden zum Ziel und Zweck für Ehe und Familie, aber damit auch zum Prüfstein des Gelingens und Scheiterns, der Dauer und Auflösung. Sie werden zudem zum vorzüglichen Raum der Privatheit.

b) Die Subjektivierung der Ehe und Familie gründet in dem allgemeinen, in der Renaissance und Reformationszeit beginnenden, seit der Aufklärung wie der Romantik sich beschleunigenden, in der Gegenwart allumfassenden Vorgang der Subjektivierung und „Emanzipation“.

„Subjektivität – das Individuum in sich –“, wie Joachim Ritter sie kennzeichnet, ist zur „weltgeschichtlichen Gestalt“ geworden⁶⁰. In der Anerkennung und Gewährleistung der Freiheitsrechte als der Grundlage rechtlich-staatlicher Ordnung des in der Nachfolge der Französischen Revolution stehenden Verfassungsstaates ist der Mensch in seiner Subjektivität als Inhalt seiner Menschenwürde zum Subjekt des Staates allgemein geworden, im Unterschied zu den Staaten in der Nachfolge der sowjetischen Revolution, deren Subjekt die Gesellschaft oder gar die Partei ist.

In der Freisetzung und Freiheit der Subjektivität kommt der Mensch zu sich selbst, kann er, wiederum mit Joachim Ritter, „den ganzen Reichtum seines religiösen, sittlichen, persönlichen Seins“ entfalten, seinen Verstand, aber auch sein Gefühl, seine Gesinnung wirksam werden lassen⁶¹. Mit ihr bricht sich aber auch die prüfende, kritisch reflektierende subjektive Vernunft Bahn⁶². Leitbilder, Überkommenes, Gegebenes, Institutionen, Normen, Recht, werden ihr unterworfen. Sie geraten in die Gefahr, ihre vorgegebene Verbindlichkeit zu verlieren; denn sie werden hinterfragt, nach Maßstäben subjektiver Vernunft geprüft, angenommen, verändert, verworfen, gleichgültig ob sie religiösen, traditionellen, sozialen, ethischen oder anderen Ursprungs sind. Dieser Verlust an Verbindlichkeit erfaßt auch die Leitbilder von Ehe und Familie, sowohl die nichtstaatlichen, wie sich ge-

Ehescheidung unternommenen Reform, in: *Vermischte Schriften*, Bd. 5, Berlin 1850, Neudruck Aalen 1968, S. 222ff., S. 232ff.; dazu *Stefan Buchholz*, Savignys Stellungnahme zum Ehe- und Familienrecht, in: *Ius Commune VIII*, Frankfurt 1980, S. 148ff.

⁶⁰ Ritter, Subjektivität (Fn. 1), Vorbemerkung S. 9.

⁶¹ Ritter, *ibid.*, S. 11ff.

⁶² Dazu u.a. *Martin Kriele*, Die vermutete Vernünftigkeit unseres Rechts, Zu Hegels Begriff der abstrakten Subjektivität, in: *ders.: Legitimitätsprobleme der Bundesrepublik*, München 1977, S. 47ff.

genwärtig selbst innerhalb der katholischen Kirche zeigt, als auch erst recht die staatlichen einer weltlichen, entsakralisierten Ehe und Familie. Das Prinzip der Nichtidentifikation setzt dem Staat zudem Grenzen der Ausbildung und Durchsetzung verbindlicher Leitbilder⁶³. Der Rückgriff auf das Herkommen, wie ihn das Bundesverfassungsgericht anklingen läßt, muß in inhaltlicher Hinsicht fehlschlagen. Dieses entfaltet nur noch in bewußter Annahme, nicht mehr aus sich heraus, formende Kraft⁶⁴. In der Gegenwart wird die Reichweite subjektiver Entscheidung in einem Kernbereich der Ehe, nämlich den Geschlechtsbeziehungen, durch die ständig zuwachsenden medizinisch-technischen Möglichkeiten, die angeblich natürliche Vorgegebenheiten überwinden, zusätzlich gesteigert.

II. Gesellschaftliche Ausdifferenzierung

a) Ehe und Familie konnten zu einem hervorragenden Ort subjektiver Autonomie und Privatheit werden, weil im Zuge der Entstehung der industriellen Gesellschaft ökonomische und politische Funktionen auf andere Teilbereiche der Gesellschaft im Zuge der Ausdifferenzierung der gesellschaftlichen Lebensbereiche verlagert wurden⁶⁵. Dadurch wurden Ehe und Familie entlastet und Raum für die Entfaltung der Subjektivität gegeben. Es bleiben ihr Funktionen der Zeugung des Nachwuchses und dessen Erziehung, des Raumes personaler Erfüllung und des Rückzuges aus der aufregenden apersonalen Welt der Geschäfte, und auch der gegenseitigen Sorge und Versorgung der Partner und Familienmitglieder füreinander.

Die anderen Lebensbereiche, insbesondere der politische und ökonomische, lösten sich jedoch in gleichem Maße von der Familie und konstituierten sich unabhängig, ja ohne Rücksicht auf und unter Umständen sogar gegen sie. Sie sind an ganz anderen Sinnkontexten orientiert und entsprechend funktional strukturiert. Es tritt eine allgemeine Entfamiliarisierung ein⁶⁶. Die seit der Antike bis in die frühe Neuzeit

⁶³ Zum Prinzip der Nichtidentifikation *Herbert Krüger*, Allgemeine Staatslehre, Stuttgart 1964, S. 178ff.; siehe auch *Heinhard Steiger*, Zur innenpolitischen Neutralität des Staates, in: Recht und Gesellschaft, FS für Helmut Schelsky zum 65. Geburtstag, Berlin 1978, S. 659ff.

⁶⁴ Siehe u.a. *Shorter* (Fn. 7), S. 304ff. zur mangelnden Bereitschaft der heranwachsenden Generation, die herkömmlichen Werte zu übernehmen und sich als Glied der Generationenkette zu verstehen, das „Erbe der Väter“ weiterzutragen.

⁶⁵ Dazu vor allem *Niklas Luhmann*, Grundrechte als Institution, 2. Aufl. 1974, S. 14ff.; in bezug auf die Familie u.a. *Hartmann Tyrell*, Probleme einer Theorie der gesellschaftlichen Ausdifferenzierung der privatisierten modernen

hinreichende Theorie vom organischen Aufbau des Staates auf der Familie, dem „Ganzen Haus“, der die Praxis weithin entsprach, ist für die Gegenwart in dieser Weise nicht mehr tragfähig⁶⁷.

Es ist den anderen Systemen letztlich gleichgültig, woher ihr „Personal“ kommt, wo es aufgezogen wurde, wenn es nur für die Bedürfnisse dieser Systeme hinreichend gebrauchsfähig ist. Art. 3 Abs. 3 und Art. 33 verbieten es dem Staat sogar ausdrücklich, die soziale Herkunft zu beachten. Das Individuum wird unmittelbar als Träger der konkreten Freiheit konstituierendes Element des Staates und als Träger von Bedürfnissen konstituierendes Element der Gesellschaft. Hegel hat dies auf den Begriff der „Entfremdung“ gebracht: „Zunächst ist die Familie das substantielle Ganze, dem die Vorsorge für diese besondere Seite des Individuums sowohl in Rücksicht der Mittel und Geschicklichkeiten, um aus dem allgemeinen Vermögen sich (etwas) erwerben zu können, als auch (in Rücksicht) seiner Subsistenz und Versorgung im Falle eintretender Unfähigkeit, angehört. Die bürgerliche Gesellschaft reißt aber das Individuum aus diesem Bande heraus, entfremdet dessen Glieder füreinander und anerkennt sie als selbständige Personen. Sie substituiert ferner statt der äußeren unorganischen Natur und des väterlichen Bodens, in welchem der einzelne seine Subsistenz hatte, den ihrigen und unterwirft das Bestehen der ganzen Familie selbst, der Abhängigkeit von ihr, der Zufälligkeit. So ist das Individuum Sohn der bürgerlichen Gesellschaft geworden, die ebenso sehr Ansprüche an ihn als er Rechte auf sie hat.“⁶⁹ Daher bedarf das Verhältnis von Familie und Staat einer noch zu leistenden neuen Definition. Die Kategorie der Familie als „Keimzelle“ der Gesellschaft oder des Staates bietet dafür allenfalls einen Ansatz⁷⁰.

b) Ausdifferenzierung läßt aber auch einen hohen Grad funktionaler Verflechtungen mit und Abhängigkeit von den anderen Lebensbereichen für die Familie entstehen. Zwar sind Ehe und Familie von den Subsistenzfunktionen entlastet worden. Gleichzeitig werden sie aber

Kernfamilie, *Zeitschrift für Soziologie*, Jahrgang 5 (1976), S. 393ff.; *ders.*: Familie (Fn. 22), *passim*.

⁶⁶ Tyrell, Familie (Fn. 22), S. 23ff.

⁶⁷ Ihre ausgeprägteste frühneuzeitliche Formulierung findet sich wohl bei *Johannes Althusius*, *Politica*, 3. Aufl., Herborn 1614, Kap. 2ff.; siehe auch *Otto Brunner*, „Das Ganze Haus“ und die alteuropäische Ökonomik, *Neue Wege der Verfassungs- und Verwaltungsgeschichte*, 1968, S. 193ff.; *Schwab*, Familie (Fn. 4), S. 266ff.; *Mitterauer*, Patriarchat (Fn. 4), S. 21ff.; *Weber-Kellermann* (Fn. 4), S. 38ff.

⁶⁹ Hegel (Fn. 57), § 238. Dazu *Ritter*, Subjektivität (Fn. 1), S. 18ff.

⁷⁰ Zum Problem des Verhältnisses Familie – Staat in der Gegenwart: *Peter Häberle*, *Verfassungsschutz der Familie – Familienpolitik im Verfassungsstaat*, Heidelberg 1984.

auch auf die Leistungen der anderen Systeme verwiesen. Vor allem das wirtschaftliche System zwingt sie, sich auf seine Erfordernisse, Abläufe, Organisationen etc. einzustellen, z. B. hinsichtlich der Arbeitszeit, des Arbeitsortes, der Präsenz etc., etc. Außerdem setzt es seine Leistungen an die Familie von sich aus nach seinen Systemkriterien fest. Diese Lebensbereiche unterliegen zudem einem von inneren und äußeren Faktoren induzierten sozialen Wandel, der ihre ständige Anpassung und Neuorientierung verlangt. Daraus entsteht auch für Ehe und Familie rückwirkender Wandlungsdruck und Anpassungszwang, damit sie ihre eigene Systemstabilität erhalten, aber sich auch der Leistungen der anderen Systeme versichern können⁷¹. Die Kompatibilität wird häufig zu Lasten der Familien hergestellt. So beginnen im 19. Jahrhundert die Familiensoziologie als Diagnose ihrer Krise und der rechtliche Schutz zunächst im Strafrecht als ein Versuch ihrer Therapie⁷².

c) Ist die Stärkung der Subjektivität auch grundsätzlich ein Gewinn, auch für den Lebensvollzug in Ehe und Familie, so bestehen doch sozial- und geisteswissenschaftlich begründete Zweifel, ob sie, allein auf sich verwiesen, hinreichende Kraft hat, sich selbst als „das Individuum in sich“ und Ehe und Familie als ihren Raum gegenüber dem sozialen Wandel und seinen Anforderungen und Folgen erhöhter Komplexität zu bewahren⁷³. Stützungen in objektiven Grundlagen und Strukturen erscheinen notwendig, damit nicht jede Entscheidung auch immer gleichzeitig die Existenzfrage für die Subjektivität selbst und Ehe und Familie stellt.

Die beiden anderen Elemente der Verfassungsgarantie könnten hier ihre Funktionen entfalten. Zwar können diese an den Staat gerichteten Verfassungsgarantieelemente den aus der freigesetzten Gesellschaft selbst erwachsenen äußeren und inneren sozialen Wandel nicht aufhalten. Aber zu prüfen ist, ob und inwieweit seine Auswirkungen dort aufgefangen werden können, wo staatliches Handeln für den Lebensvollzug in Ehe und Familie direkt oder indirekt relevant wird. Das setzt jedoch voraus, für den beide Garantieelemente wieder verstärkter Sinn, gerade auch im Hinblick auf den sozialen Wandel, gewonnen wird.

⁷¹ Dazu *Rosenbaum* (Fn. 7), S. 106ff.; noch radikaler *Meyer* (Fn. 7), passim.

⁷² Zum ersten *W.H. Riehl*, *Familie*, Stuttgart 1854; zum zweiten *Dieter Schwab*, *Zur Geschichte des verfassungsrechtlichen Schutzes von Ehe und Familie*, FS für F.W. Bosch, Bielefeld 1976, S. 893ff.

⁷³ Schon fast klassisch: *Horst Eberhard Richter*, *Patient Familie*, rororo 6772, erstmals 1970, letzte Auflage Reinbek Mai 1985; *Gertrud Wendt-Kempmann/Philipp Wendt*, *Partnerkrisen und Scheidung*, München 1986; *König*, *Handbuch* (Fn. 38), S. 150ff.; von der philosophischen Seite siehe u.a. *Ritter*, *Subjektivität* (Fn. 1), S. 33ff.

C. Grundlegung

I. Sozialer Wandel

a) Der Versuch einer Grundlegung setzt zunächst einige weitere allgemeine Überlegungen zum sozialen Wandel voraus. Allerdings bieten die sozialwissenschaftlichen Theorien des sozialen Wandels trotz mancher Fortschritte so unterschiedliche Ansätze und Aussagen, daß dem interessierten Wissenschaftler einer Nachbardisziplin sich ein sehr verwirrendes, selbst nur schwer einzuschätzendes Bild bietet⁷⁴. Ich möchte mich daher auf einige für unser Thema mir bedeutsam erscheinende Teilaspekte beschränken.

b) Zwar ist der Begriff des sozialen Wandels im einzelnen in den einschlägigen Theorien ungewiß. Jedoch besteht Übereinstimmung, daß es sich um grundlegende strukturelle Veränderungen handelt, durch die neue Bedingungen der Möglichkeiten sozialen Handelns entstehen⁷⁵. Struktur kann im Anschluß an *Luhmann* verstanden werden als „eine sinnvermittelnde Voraussetzung über ein soziales System und sein Verhältnis zur Umwelt, auf die man sich in der Interaktion einläßt“. Es kann sich also vor allem um Wandel ethischer, sozialer oder rechtlicher Normen handeln. Durch die Strukturveränderungen wird der Lebensvollzug in den Lebensbereichen, aber auch ihr Verhältnis zueinander, verändert.

Begriff und Theorien des sozialen Wandels nehmen seit den 20er Jahren⁷⁶ zum Teil die älteren des Fortschritts und der Evolution in

⁷⁴ *Günther Wiswede/Thomas Kutsch*, Sozialer Wandel, Darmstadt 1978, bieten eine erste zusammenfassende kritische Einführung in die verschiedenen Theorien. Daneben seien genannt: *Wolfgang Zapf* (Hrsg.), Theorien des sozialen Wandels, 4. Aufl., Königstein 1979; *Hans Peter Dreitzel* (Hrsg.), Sozialer Wandel, Neuwied und Berlin, 2. Aufl. 1972; *Herbert Stackowiak u.a.* (Hrsg.), Bedürfnisse, Werte und Normen im Wandel, 2 Bde., München u.a., 1982.

⁷⁵ *Talcott Parsons*, Das Problem des Strukturwandels: Eine theoretische Skizze, in: *Zapf*, Theorien (Fn. 74), S. 39ff.; *Niklas Luhmann*, Rechtssoziologie, Reinbek 1972, Bd. 2, S. 298; *Hermann Lübbe*, Geschichtsbegriff und Geschichtsinteresse, Basel/Stuttgart 1977, S. 242 und S. 312: „Veränderung lebensbestimmender sozialer Strukturen“. „Institutionenwandel“ bei *Schelsky* (Fn. 2), S. 20.

⁷⁶ Der Begriff wird zurückgeführt auf *F.W.Ogburn*, On culture and social change, Chicago 1922; so *Wiswede/Kutsch* (Fn. 74), S. 1; zum Begriff Fortschritt vor allem *Reinhard Koselleck*, Artikel Fortschritt, in: Geschichtliche Grundbegriffe (Fn. 4), Bd. 2, Stuttgart 1975, S. 351ff.; *Joachim Ritter*, Artikel Fortschritt, in: *ders.* (Hrsg.): Historisches Wörterbuch der Philosophie, Bd. 2, Basel/Stuttgart 1972, Spalte 1032ff.; *Hermann Lübbe*, Traditionsverlust und Fortschrittskrise – sozialer Wandel als Orientierungsproblem, in: Fortschritt als Orientierungsproblem, Freiburg 1975, S. 32ff.; der Evolutionsbegriff wird verwendet insbesondere von *Niklas Luhmann*, z.B. Evolution und Geschichte, in: Soziologische Aufklärung, 2. Opladen 1975, S. 150ff.

sich auf und führen sie weiter. Sie haben mit diesen gemein, daß sie nicht nur auf Erkenntnis und Analyse ausgerichtet sind, sondern darauf zielen, sozialen Wandel herbeizuführen. Der Begriff enthält eine positive Erwartung (noch) besserer Zeiten weltimmanenter Glückseligkeit. Im Unterschied zu den geschichtsphilosophisch bestimmten Theorien eines sich ergebenden Fortschritts wird sozialer Wandel bewußt entwickelt, geplant, gesteuert, „gemacht“, allerdings oft mit unbewußt miterzeugten und meist nicht gewollten und vor allem nicht steuerbaren und uns heute auch das Fürchten lehrenden Nebenfolgen⁷⁷. Er ist auf bestimmte gesellschaftliche Ziele und Zwecke ausgerichtet, die im Konsens, aber auch aus oft fundamentalen gesellschaftlichen und politischen Auseinandersetzungen sich ergeben und selbst dem Wandel unterliegen.

Die Fragen nach Gründen, Zielen, Faktoren, Verläufen, Trägern, Gesetzmäßigkeiten etc. des sozialen Wandels werden in den sozialwissenschaftlichen Theorien in sehr unterschiedlicher Weise behandelt, und keineswegs immer beantwortet⁷⁸. Es ist weder Ort noch Zeit, darauf näher, auch nur ansatzweise, einzugehen, zumal sozialwissenschaftliche Theoretiker selbst ihre eigene Skepsis gegenüber den bisherigen Analysen und Ergebnissen nicht immer verhehlen⁷⁹. Jedoch erlangt die bereits in den Fortschrittstheorien von Bacon bis Kant ausgedrückte Tendenz seiner Beschleunigung zunehmende Bedeutung⁸⁰. Sozialer Wandel verläuft in exponentieller Kurve, so daß

⁷⁷ Lübbe, Traditionsverlust (Fn. 76), S. 46ff.; ders.: Geschichtsbegriff (Fn. 75), S. 264ff.

⁷⁸ Siehe die Bilanz bei Wiswede/Kutsch (Fn. 74).

⁷⁹ z.B. Ralf Dahrendorf, Sozialer Wandel, in: Wörterbuch der Soziologie, hrsgg. von W. Bernsdorf, Fischer Handbücher, Frankfurt 1972, Bd. 3, S. 752ff., S. 754; ähnlich Luhmann, Rechtssoziologie (Fn. 74), S. 297. In den vergangenen 17 bis 15 Jahren hat sich da nichts geändert. Dazu auch Wilfried Fiedler, Sozialer Wandel – Verfassungswandel – Rechtsprechung, Freiburg/München 1972, S. 73ff.

⁸⁰ Dazu allgemein u.a. Hornell Hart, Die Beschleunigung der kulturellen Entwicklung, in: Dreitzel (Fn. 74), S. 250ff. Vor allem Koselleck, Fortschritt (Fn. 76), S. 400; ders.: Erfahrungsraum und Erwartungshorizont – zwei historische Kategorien, in: Logik, Ethik, Theorie der Geisteswissenschaften, 11. Deutscher Kongreß für Philosophie, Hamburg 1977, S. 191ff., 202ff.; ders.: Historia Magistra Vitae, in: FS für Karl Löwith, S. 196ff., S. 210ff.; Lübbe, Geschichtsbegriff (Fn. 75), S. 21ff., 253ff., 300ff.; ders.: Traditionsverlust (Fn. 76), S. 50ff.; ders.: Orientierungskrise – Sozialer Wandel als intellektuelle und politische Herausforderung, IBM Nachrichten, Nr. 243, Dez. 1978, 28. Jhrg., S. 329ff.; Odo Marquard, Zeitalter der Weltfremdheit?, Gießener Universitätsblätter, Jhrg. XVIII (1985), S. 9ff., S. 12ff. Juristisch: Fiedler (Fn. 79), S. 15ff.; Joachim Wege, Positives Recht und sozialer Wandel im demokratischen und sozialen Rechtsstaat, Berlin 1977, S. 58ff. und verschiedentlich, beide m.w.N. in der Literatur.

die Fristen zwischen den Strukturwandlungen immer kürzer werden. Die Beschleunigung ist ihm immanent, zumal weil er systematisch durch Planung, durch Forschungs- und Innovationsförderung, durch Entwicklungsmaßnahmen jeglicher Art etc. etc. bewußt vorangetrieben wird und so nie an sein Ende kommt.

d) Die ursprünglich erwünschte Beschleunigung des sozialen Wandels wirft heute auch zunehmend Probleme auf. Koselleck hat sie durch die Entzweiung des „Erfahrungsraumes und des Erwartungshorizontes“ gekennzeichnet⁸¹. Lübke bezeichnet ihre Auswirkungen als „wandlungstempobedingte Orientierungskrise“, „änderungstempobedingten Vertrauensschwund“, „Zukunftsgewißheitsschwund“, „Rationalitätsschwund“⁸². Marquard spricht von einer „tachogenen Weltfremdheit“, die uns vielleicht nicht mehr erwachsen werden lasse⁸³. Gemeint ist mit diesen und ähnlichen Aussagen aus Geschichtswissenschaft und Philosophie, daß die Erfahrungen aus Vergangenheit und Gegenwart aufgrund der Beschleunigung des sozialen Wandels immer schneller veralten und nutzlos werden, um unser Handeln auf Bewältigung der Zukunft hin anzuleiten, weil sie keine zukunftsweisenden handlungsleitenden Erwartungen mehr zu begründen vermögen⁸⁴. Der an Erfahrungen orientierte common sense, im übrigen eine fundamentale Voraussetzung der Demokratie, verliert seine Funktionsfähigkeit. Man lernt nicht mehr aus der Geschichte⁸⁵. Wenn Erwartung sich aber nicht mehr auf Erfahrung stützen kann, müssen diese durch wissenschaftliche Prognose, Futurologie, Utopietheorien, auch Theorien des sozialen Wandels kompensiert werden, was aber nur in beschränktem Maße möglich ist⁸⁶. Die nur auf sich verwiesene Subjektivität verliert in der Basis der Erfahrungen als Grundlagen ihres Handelns für die Zukunft einen wesentlichen Pfeiler ihrer Kraft zu bestehen, zumal die mit der Erfahrung auch aufgebaute Identität immer wieder in Frage gestellt werden kann.

⁸¹ Koselleck, Erfahrungsraum (Fn. 80), passim. Zur Entzweiung von Herkunft und Zukunft generell Joachim Ritter, Die Aufgabe der Geisteswissenschaften in der modernen Gesellschaft, in: Subjektivität (Fn. 1), S. 105ff., S. 129; ders.: Hegel (Fn. 1), S. 43ff.

⁸² Lübke, Traditionsverlust (Fn. 76), S. 52; ders.: Geschichtsbegriff (Fn. 75), S. 313; ders.: Orientierungskrise (Fn. 80), verschiedentlich.

⁸³ Marquard, Zeitalter (Fn. 80), S. 12 (Weltfremdheit aufgrund der beschleunigten Schnelligkeit [To táchos] des modernen Wirklichkeitswandels).

⁸⁴ Koselleck, Historia (Fn. 80), passim; Lübke, Geschichtsbegriff (Fn. 75), S. 14 und S. 204ff.; Orientierungskrise (Fn. 80), S. 332ff.

⁸⁵ Lübke, Geschichtsbegriff (Fn. 75), S. 324; zum Sensus Communis: Hans-Georg Gadamer, Hermeneutik I, Wahrheit und Methode, Tübingen 1986, S. 24ff.

⁸⁶ Skeptisch zu deren beschränkten Möglichkeiten vor allem Lübke, ibid., S. 325ff.

II. Verfassungsgarantie

a) Die Funktion der Verfassungsgarantie des Gegebenen im sozialen Wandel kann bei der Ausdifferenzierung und der damit begründeten gegenseitigen relativen Selbständigkeit der Lebensbereiche ansetzen. Diese haben zur Folge, daß sich der soziale Wandel in ihnen in unterschiedlichem Tempo vollzieht. Die dominanten Lebensbereiche der Wissenschaft, Technik und Wirtschaft, haben derzeit eine Vorreiterrolle, sind auf sozialen Wandel programmiert. Andere erleiden ihn. Dazu gehören vor allem auch Ehe und Familie. So entstehen Ungleichzeitigkeiten des sozialen Wandels, die für die zurückbleibenden Systeme Krisen und Anpassungsdruck erzeugen können; da die führenden Systeme eine Sogwirkung ausüben, ist diesem ohne rechtliche Sicherung nur schwer zu widerstehen, zumal wenn das Zurückbleiben als „cultural lag“ interpretiert wird⁸⁷.

b) Die Rechtswissenschaft hat die Beschleunigung regelmäßig als Faktor eines ebenfalls zu beschleunigenden Rechtswandels aufgenommen, sei es durch Forderung zur Öffnung der Normen zu größerer Flexibilität bei der Anwendung, sei es durch Forderung zur Tätigkeit des Gesetzgebers⁸⁸. Diese Folgerung hat ihre begrenzte Berechtigung, weil das positive Recht in dem sich beschleunigenden sozialen Wandel das einzige normative Regelungsinstrumentarium ist, das aufgrund seiner institutionalisierten Änderbarkeit dem Wandel einigermaßen „nachkommen“ und den gleichzeitig wachsenden Regelungsbedarf decken kann⁸⁹. Jedoch führt das auch zu seiner bereits überall spürbaren krisenhaften Überforderung, da es die ethischen und sozialen Normen im gesellschaftlichen Gesamtnormengefüge ersetzen muß, was es prinzipiell nicht kann.

Die Forderung nach beschleunigtem Rechtswandel wird zudem einseitig, wenn sie die bewahrende Funktion des Rechts zu schnell preisgibt. Denn die Ungleichzeitigkeit des sozialen Wandels in den ausdifferenzierten Lebensbereichen bietet positiv die Möglichkeit, durch Verzögerung sein Übergreifen, jedenfalls die Beschleunigung auf „leidende“ Lebensbereiche aufzuhalten oder doch abzubremesen, wenn das um die Bewahrung ihres Sinnes notwendig ist⁹⁰.

⁸⁷ Ogburn, Nachweis bei Wiswede/Kutsch (Fn. 74), S. 2f.

⁸⁸ z.B. Wolfgang Friedmann, Recht und sozialer Wandel, Frankfurt 1969, S. 35; Wege (Fn. 80), S. 315.

⁸⁹ Siehe Niklas Luhmann, Positivität des Rechts als Voraussetzung einer modernen Gesellschaft, in: Ausdifferenzierung des Rechts, Frankfurt 1981, S. 128ff.

⁹⁰ In diese Richtung wohl auch Niklas Luhmann, Geschichte als Prozeß und die Theorie sozio-kultureller Evolution, in: ders.: Soziologische Aufklärung 3, Opladen 1981, S. 178ff., S. 179.

c) Verfassungsrechtliche Garantien vermögen eine solche Sicherung zu leisten. Denn sie verbürgen die Ausdifferenzierung der Lebensbereiche, ihre relative Unabhängigkeit gegeneinander, und damit auch die Ungleichzeitigkeit des sozialen Wandels, indem sie deren Strukturen rechtlich dadurch sichern, daß ihre Erhaltung kontrafaktisch auch gegen Enttäuschungen jedenfalls zunächst durchgehalten und gegebenenfalls durchgesetzt werden kann⁹¹. Die Garantie geht von der Erfahrung der bewährten Vernünftigkeit des Gegebenen als Gewordenem aus, die es als Teil der Wirklichkeit hat. Denn „in der Wirklichkeit steht es nicht so traurig um Vernünftigkeit und Gesetz, daß sie nur sein sollten“⁹². Als Ergebnis von Fortschritt birgt sie auch die in ihm zutage getretene Vernünftigkeit, wie allerdings auch Unvernunft⁹³. Es besteht eine, wenn auch widerlegbare Vermutung, daß diese Vernunft, und damit die rechtliche Ordnung, auch für die Zukunft vernünftigen Sinn haben⁹⁴. Sie wird zwar durch die Garantie nicht unwiderlegbar. Aber sie verpflichtet zur rechtlich geordneten verfahrensmäßigen Prüfung und Begründung ihrer Änderung. Rechtsänderungen sind also nicht ausgeschlossen. Aber sie müssen sich in erster Linie an den Erfordernissen der Sinnwahrung und Stabilität des garantierten rechtlich geordneten Lebensbereiches, und nicht am sozialen Wandel, orientieren.

III. Das Beispiel von Ehe und Familie

a) Für die Instituts- und die Umfeldgarantien von Ehe und Familie ergibt sich daraus die Funktion, diese durch Verzögerung des sozialen Wandels an seinem Rande, in seinem Windschatten zu bewahren. Diese Funktionsbestimmung kann sich auf die vorherrschende Familiensoziologie stützen, die die Familie als relativ selbständigen Lebensbereich ansieht, insbesondere soweit sie sie in Kategorien der Systemtheorie oder der Institutionenlehre erfassen und analysieren⁹⁵. Dagegen ist auf der Grundlage ökonomisch ausgerichteter Theoriebildung nachdrücklich Widerspruch erhoben worden, da die Familie in unaufhebbarer Abhängigkeit von den jeweils vorherrschenden ökonomisch-gesellschaftlichen Strukturen stehe⁹⁶.

⁹¹ Luhmann, Rechtssoziologie (Fn. 75), Bd. 1, S. 40ff.

⁹² Zitiert nach Odo Marquard, *Hegel und das Sollen*, zuletzt abgedruckt in: *ders.: Schwierigkeiten mit der Geschichtsphilosophie*, stw 394, Frankfurt 1982, S. 37ff., S. 46.

⁹³ Dazu Marquard, *ibid.*

⁹⁴ Dazu vor allem Kriele, *Vernünftigkeit* (Fn. 62); *ders.*: *Die Herausforderung des Verfassungsstaates*, Neuwied 1970, S. 18.

⁹⁵ So insbes. Parsons, König, Tyrell, Neidhardt und Schelsky.

⁹⁶ Rosenbaum (Fn. 71), S. 106ff.

b) Dieser Streit kann hier nicht entschieden werden, so wichtig dies für unser Thema wäre. Jedoch bleibt, auch wenn man davon ausgeht, daß Ehe und Familie nicht losgelöst von den jeweiligen historischen Bedingungen bestehen, ihre in den letzten zwei Jahrhunderten gewonnene spezifische Sinngebung als besondere, institutionalisierte Lebensbereiche der Subjektivität, offenbar erhalten. Dabei kommt der Funktion personaler „Sozialisation“ besondere Bedeutung zu⁹⁷. Zwar nimmt die Kindererziehung, insbesondere die frühkindliche, in ihr einen zentralen Platz ein, erschöpft diese aber nicht. Daher kommt es auch nicht darauf an, daß die Familie für Kinder nicht alleiniger Ort der Sozialisation ist⁹⁸. Diese vollzieht sich in Ehe und Familie als ein umfassender Vorgang der fortdauernden Bildung der Subjektivität in der personalen Begegnung und Interaktion der Ehepartner und Familienmitglieder. Er schließt das Erlernen von grundlegenden Kenntnissen, Fähigkeiten, Verhaltensweisen, die Übernahme von Einstellungen und Normen ein. Das Spezifische liegt aber darin, daß in Ehe und Familie bestimmte allgemeine humane Grundsituationen und ihre Bewältigung erlebt werden können, die für die Bildung, Stützung und Erhaltung der Subjektivität notwendig sind, aber in den apersonalen Lebensbereichen der Wirtschaft, Politik und anderen ausgeklammert werden. Ehe und Familie gründen in Partnerschaft und Lebensgemeinschaft. Mit ihrem Lebensvollzug verbunden sind grundlegende personale Erfahrungen von Erfüllung und Beglückung, Freude, Treue, Rücksicht, Fürsorge, Rückhalt und Stützung, aber auch Leid, Versagen, Schuld und Vergebung, und im Zentrum von allem Liebe. Sie sind gewissermaßen natürlich in Ehe und Familie zu Hause, die ihnen damit über die auch außerhalb erfüllbaren biologischen und verbliebenen versorgenden Funktionen Sinn geben. Ich übersehe die vielfachen Probleme, Krisen, Krankheiten, Überforderungen von Ehe und Familie, gerade auch durch den äußeren Wandel, bis hin zum Scheitern gewiß nicht. Aber bisher ist noch nicht praktisch erwiesen, daß es allgemein bessere Möglichkeiten gebe.

c) Damit Ehe und Familie diese subjektbezogenen Funktionen erfüllen können, bedarf das Leben in ihnen der grundsätzlichen Verlässlichkeit, der Gewißheit der Dauer; denn diese Erfahrungen brauchen

⁹⁷ Dazu insbesondere *Parsons* (Fn. 37), p. 35 sq.; *Dieter Claessens*, Familie und Wertsystem, Eine Studie zur „zweiten sozio-kulturellen Geburt“ des Menschen, 2. Aufl. Berlin 1967, insbesondere S. 34ff.; beide bezogen nur auf die Sozialisation des Kindes; diese wird in der familiensoziologischen Literatur als zentrale Funktion der Familie angesehen, statt vieler weiterer *Tyrell*, Familie (Fn. 22), S. 34ff. mit weiteren Verweisen.

⁹⁸ Das wendet *Rosenbaum* ein (Fn. 7), S. 153ff., die generell skeptisch zur familiären Sozialisation steht; ebenso wohl *Shorter* (Fn. 7), S. 304ff.

zu ihrer Entwicklung und Einübung nicht nur Zeit, im Grunde die Lebenszeit; sie brauchen auch die mehr oder weniger stetige personale Präsenz der anderen. Darauf beruht ihre Ausbildung als dauerhafte, rechtlich geordnete Einrichtung. Die Subjektivität geht dabei nicht verloren, weil sie selbst der Bezugspunkt des in der Institutionalisierung zu sichernden Lebensbereiches ist⁹⁹.

d) Die genannten Erfahrungen befähigen den einzelnen nicht unmittelbar, die Probleme des sich beschleunigenden sozialen Wandels in den anderen Lebensbereichen der Gesellschaft zu bewältigen und heben äußere Zukunftsungewißheit und Orientierungsunsicherheit insoweit nicht auf. Sie tragen aber dazu bei, sie zu bestehen, indem sie auf die Bildung der Persönlichkeit, der Subjektivität und deren Festigung wirken. Darüber hinaus können Ehe und Familie personalen Rückhalt gewähren, durch den diese Erfahrungen immer wieder neu gemacht werden, so daß auch da subjektive Selbstgewißheit entstehen kann. Daß diese Funktionen nicht nur für den einzelnen, sondern auch für die Gesellschaft selbst von hoher Bedeutung sind, sei jedenfalls erwähnt.

e) Um dieser Funktionen willen sind Ehe und Familie als Einrichtungen rechtlich zu ordnen, zu bewahren, zu schützen und zu fördern. Die rechtliche Garantie der Institute verbürgt ihre Ausdifferenzierung und stabilisiert sie. Ehe und Familie sind kulturanthropologische Grundgegebenheiten auch in ihrem eigenen Wandel, wie im äußeren Wandel, in dem sie sich bisher unter Anpassungen erhalten haben. Die Garantie nimmt diese Erfahrung auf, daß diese Einrichtungen sich auch in Zukunft bewähren werden, wenn auch wiederum, wie in der Vergangenheit, Anpassung und Wandel erforderlich sein werden, um die genannten spezifischen Funktionen unter der Bedingung des fortdauernden sozialen Wandels zu ermöglichen und zu sichern. Eine gewisse Flexibilität der jeweiligen Umsetzung, und damit auch der Institute von Ehe und Familie, ist also erforderlich, um Stabilität durch Wandel zu sichern¹⁰⁰.

Aber die rechtliche Garantie muß auch das Umfeld von Ehe und Familie mit einbeziehen, damit nicht ständig von den anderen Lebensbereichen einseitig auf Ehe und Familie Druck ausgeübt und diese zu Zwecken anderer Lebensbereiche instrumentalisiert werden. Die Umsetzung der Garantie als Grundsatznorm greift daher über den rein staatlichen Raum hinaus in den gesellschaftlichen.

⁹⁹ Dazu *Schelsky* (Fn. 2), passim; auch meine Abhandlung, Institutionalisierung (Fn. 2), insbes. S. 105ff.

¹⁰⁰ Zur Frage der Stabilität von Institutionen im sozialen Wandel insbesondere *Schelsky*, *ibid.*, insbesondere S. 19ff., der allerdings eher von einer ständigen Neuentwicklung von Institutionen ausgeht. Der Wandel der Institutionen selbst bei Wahrung ihrer fundamentalen Sinngebung tritt nur indirekt hervor.

D. Folgerungen

I. Nichteheliche Lebensgemeinschaften

a) Nichteheliche Lebensgemeinschaften erfüllen heute weithin über das Erotisch-Sexuelle hinausgehende eheähnliche Funktionen im Verhältnis der Partner zueinander. In ihrer Gleichstellung mit der Ehe im Arbeitslosen- und Sozialhilferecht ist dies für die materiellen Funktionen vom Gesetzgeber grundsätzlich anerkannt.

Eine prinzipielle Gleichstellung durch eine erweiternde, einen Verfassungswandel implizierende Interpretation des Ehebegriffs ist trotzdem nicht geboten und abzulehnen¹⁰¹. Die Ehe stellt mit dem prinzipiellen, formell bekräftigten gegenseitigen Entschluß zur trotz dem neuen Scheidungsrecht strukturell auf Lebenszeit angelegten Lebensgemeinschaft einen wesentlich höheren Grad personalen Engagements mit nur beschränkt verfügbarer normativer Bindung dar. Sie ist sozial keine „Lebensform unter mehreren“, sondern immer noch vorherrschend und mit hohem sozial-idealen Stellenwert besetzt¹⁰². Sie bedarf daher auch in höherem Maße der Verlässlichkeit ihrer Ordnung und rechtlichen und sonstigen Absicherung in ihrem Umfeld. Da der EuGH am traditionellen Ehebegriff für das europäische Recht festhält, ist im übrigen derzeit eine Ausdehnung der wesentlich weitergehenden, auf Gleichstellung aller Paare gerichteten niederländischen Auffassungen und Regelungen auf unsere Rechtsordnung nicht zu befürchten¹⁰³.

b) Das Verbot der Gleichstellung ist jedoch nur eine grundsätzliche Richtlinie, deren Umsetzung auch den jeweiligen konkreten Problemkreis zu beachten hat. Es muß andererseits auch sichergestellt werden, daß den Partnern der nichtehelichen Lebensgemeinschaften der notwendige und adäquate rechtliche Schutz gewährt wird¹⁰⁴. Das folgt aus dem Gebot der Achtung der Menschenwürde und dem Rechtsstaatsprinzip. Jedoch muß er an den Funktionen und Strukturen nichtehelicher Lebensgemeinschaften orientiert sein, zu denen ihre rechtliche Bindungsfreiheit wesentlich gehört. Die rechtliche Absicherung ist daher von vorneherein geringer, das individuelle Risiko höher.

¹⁰¹ Zu den Interpretationsproblemen durch sozialen Wandel *Reinhold Zippelius*, Verfassungstheorie und sozialer Wandel – das Beispiel von Ehe und Familie, DÖV 1986, S. 805, S. 808ff., der in der Sache ebenfalls eine ausdehnende Auslegung wie eine analoge Anwendung ablehnt; *Manfred Zuleeg*, Verfassungsgarantie und sozialer Wandel – das Beispiel von Ehe und Familie, NVwZ 1986, S. 800ff., 803.

¹⁰² *Köcher* (Fn. 5), S. 4.

¹⁰³ EuGH, Rs. 59/75 Niederlande v. Florence Reed.

¹⁰⁴ So auch *Zeidler* (Fn. 30), S. 579; *Schlüter* (Fn. 31), S. 40; *I.v.Münch*, Verfassungsrecht (Fn. 30), S. 149.

Nicht nur die analoge Anwendung eherechtlicher Regelungen, insbesondere in bezug auf Unterhalt und Vermögensauseinandersetzungen, sondern eine umfassende, an allgemeinen Grundsätzen orientierte Regelung institutioneller Art verbietet sich daher¹⁰⁵. Ansprüche gegeneinander müssen sich an Leistungen füreinander orientieren.

c) Für Gleichstellungen homosexueller Verbindungen sehe ich weder Notwendigkeit noch Raum.

II. Familie

a) Der auf die Zwei-Generationen-Kernfamilie beschränkte verfassungsrechtliche Familienbegriff ist funktional zu eng. Er ist auch weder nach dem Herkommen noch den sozialen Anschauungen geboten, wenn diese auch schichtenspezifisch und nach der sozialen Lebensumwelt verschieden sind. In der Regel gehen sie noch von einem weiten Familienbegriff aus, der auch im einfachen Recht seine Widerspiegelung in einem umfassenden, wenn auch nach Graden und Linien differenzierten Familienbegriff findet.

Die Funktionen der Familie werden zwar vor allem und zunächst von der Kernfamilie wahrgenommen. Aber auch die weiteren Verwandten, insbesondere die Angehörigen der Herkunftsfamilien der Eltern, stehen, auch wenn sie nicht im gemeinsamen Haushalt verbunden sind, in einem engeren Funktionszusammenhang mit der Kernfamilie, der einerseits intim-emotionale, die „Intimität auf Abstand“ (Rosenmayr), andererseits aber auch materielle Elemente umfaßt. So treten einerseits Großeltern, Tanten und Onkel unter Umständen in die Funktion und Rolle der Eltern ein. Andererseits übernehmen die Familien Hilfen für ältere, kranke, alleinstehende und sonst bedürftige Familienmitglieder außerhalb der Kernfamilie. Zwar werden gerade diese Aufgaben mehr und mehr auf gesellschaftliche Einrichtungen verlagert. Aber es melden sich Zweifel, ob das richtig ist. Jedenfalls ergibt sich daraus kein Anlaß zu einer dysfunktionalen restriktiven Verfassungsinterpretation. Aus funktionalen Gründen hat auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte für Art. 8 EMRK das Konzept der erweiterten Familie zugrunde gelegt¹⁰⁶, was aus völker-

¹⁰⁵ Schlüter, *ibid.*, S. 39f.; I.v.Münch, *ibid.*, S. 150. Für die Anwendung jedenfalls einzelner eherechtlicher Normen jedoch *Battes* (Fn. 31), S. 23f.; weitere Nachweise bei Schlüter (Fn. 31), S. 17ff., der dies aber nachdrücklich sowie ausführlich und überzeugend begründend ablehnt.

¹⁰⁶ Fall Marckx, GH 31, 32 (EuGRZ 1979, 454), zustimmend Jochen Frowein/Wolfgang Peukert, Europäische Menschenrechtskonvention, Kommentar, Kiel etc. 1985, Art. 8 Rdn. 14; auch der amerikanische Supreme Court hat für eine der unseren ähnlich strukturierten Gesellschaft die extended family zugrunde gelegt, *Moore v. East Cleveland*, 431 US 494 (1976); Zuleeg, Verfassungsgarantie (Fn. 101), S. 803.

rechtlichen Gründen ebenfalls zu einem erweiterten Familienbegriff in Art. 6 Abs. 1 führt.

b) Die funktionale Bestimmung des Familienbegriffs deckt auch sowohl die Restfamilie als auch die unehelichen Familien. Die erste ist Familie und bleibt es nach dem Ausscheiden eines Elternteiles in der sozialen Wirklichkeit wie den vorherrschenden sozialen Anschauungen. Die nichtehelichen Familien erfüllen prinzipiell, insbesondere gegenüber dem Kind, die grundlegenden familiären Funktionen. Das gilt auch für den mitlebenden Vater¹⁰⁷. Daher ist meines Erachtens die gesetzliche Möglichkeit zu schaffen, ihm das Sorgerecht mit Zustimmung der Mutter zu geben¹⁰⁸, zumal ihm dessen wesentlicher Teil als Erziehungsrecht vom Bundesverfassungsgericht bereits zutreffend zugebilligt worden ist. Dies wäre zudem im Hinblick auf einen möglichen Ausfall der Mutter eine kindgemäße Lösung.

c) Von fortdauerndem Interesse ist der Streit um die Regelung der binnenfamiliären Struktur durch die Reform des Sorgerechts¹⁰⁹. Denn er ging im Prinzip darum, ob die elterliche Position durch den sozialen Wandel wirklichkeitsfremd geworden sei.

Einerseits ist die umfassende Verantwortung der Eltern für die Kinder zu bedenken. Ihnen obliegt nicht nur die materielle, sondern vor allem die immaterielle Sorge. Von ihnen hängt es ab, daß die Familie ihre spezifischen Funktionen familiärer Sozialisation erfüllen kann, die wesentlich durch sie vermittelt wird. Die genannten humanen Erfahrungen bilden eine notwendige Grundlegung der eigenen Lebensgestaltung und des Umganges mit anderen, der Befähigung gerade auch, in wechselnden Anforderungen in sich wandelnden Verhältnissen mit sich selbst identisch, d. h. Persönlichkeit werden und sein und damit die Subjektivität voll entwickeln zu können. Diese Grundlegung ist die notwendige Basis auch für die weitere Sozialisation und die Vor-

¹⁰⁷ Dazu die Argumente von *Zippelius* (Fn. 101), S. 809f., denen ich mich weitgehend anschließe.

¹⁰⁸ BVerfGE 56, 363 (384ff.) steht dem nicht entgegen, da das Gericht nur feststellt, § 1705 Satz 1 BGB sei verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, gleichzeitig aber die Rolle des Vaters sehr positiv einschätzt (S. 385); a.A. aber *Schmidt Glaeser* (Fn. 44), S. 22; De constitutione lata wohl auch *Zeidler* (Fn. 30), S. 585; *Paul Kirchhof*, Ehe und Familie im staatlichen und kirchlichen Steuerrecht, Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche, Heft 21, Münster 1986, S. 30.

¹⁰⁹ Eine Zusammenstellung der Literatur bis 1980 findet sich in der Kommentierung von *Hinz*, Münchener Kommentar zum BGB, Ergänzungsband, § 1626 (Neubearbeitung); weitere Stellungnahmen *Schmidt Glaeser* vorstehend; Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche, Heft 14, hrsgg. von *Josef Krautscheidt* und *Heiner Maré*, mit Beiträgen von *Willi Geiger*, *Ernst Wolfgang Böckenförde* und *Dietrich von Simon*, Münster/Westf. 1980; *Häberle*, Erziehungsziele (Fn. 44), S. 50ff.

aussetzung, sich als „Individuum in sich“ angesichts des äußeren Wandels behaupten zu können. Staatliche wie gesellschaftliche Einrichtungen können diese Grundlegung nur zu einem bescheidenen Teil übernehmen, da sie dichte personale Bindungen voraussetzt, auch hohen personalen Einsatz des Erziehenden, der regelmäßig nur in einer emotional gestützten Ich-Du-Beziehung zu erbringen ist, wenn auch nicht zu übersehen ist, daß diese auch gefährlich sein und Neurosen hervorbringen kann¹¹⁰.

Andererseits ist aber auch zu bedenken, daß Eltern angesichts der Ausdifferenzierung der verschiedenen Lebensbereiche und des sich beschleunigenden sozialen Wandels nur noch beschränkt in der Lage sind, spezielle Kenntnisse, Fähigkeiten, Verhaltensweisen für die anderen Lebensbereiche zu vermitteln. Mit dem Heranwachsen der Kinder erlangt dies zunehmende Bedeutung; denn sie wachsen aus der Familie heraus und in andere gesellschaftliche Gruppen, Einrichtungen, Lebensbereiche, mit ihren eigenen Anforderungen, Zwecken und Sozialisationsformen hinein. Diese müssen die Kinder zunehmend auf sich gestellt bewältigen. Daher darf ihnen eine zunehmende Mitwirkung in der Familie eingeräumt werden, insbesondere bei den Entscheidungen, die sich auf ihren Lebensvollzug in jenen beziehen. Auch der treuhänderische Charakter des Erziehungsrechts verlangt eine Öffnung in diese Richtung. Die §§ 1626 und 1631a BGB sind, unabhängig von der zum Teil abwegigen bis abstrusen ideologischen Begründung des Regierungsentwurfes, im Wandel der Familienstruktur und ihrer Umwelt angelegt.

III. Familiennachzug von Ausländern

a) Die Freiheitsrechte aus Art. 6 stehen auch legal hier lebenden Ausländern zu. Sie schließen prinzipiell das Recht der Grundrechtsträger ein, die ehelichen und familiären Lebensgemeinschaften in der Bundesrepublik zu führen. Daran ist für die Antwort auf die aktuelle Frage anzuknüpfen, ob die Ausländer einen Anspruch haben, daß ihre im Ausland lebenden Ehepartner und Familienangehörigen, die selbst kein Recht auf Einreise haben¹¹¹, nicht gehindert werden, zur

¹¹⁰ Horst Eberhard Richter, Eltern, Kind und Neurose, 1. Aufl. 1963, rororo 6082 Reinbek 1985.

¹¹¹ So und zu Recht u.a. Josef Isensee, Die staatsrechtliche Stellung der Ausländer in der Bundesrepublik Deutschland, VVDStRL 32, Berlin 1974, S. 49ff., S. 65 mit Nachweisen; BVerwGE 65, 188 (1972); a.A. Martina Rübsaamen, Der Ehegatten- und Familiennachzug im Ausländerrecht der Bundesrepublik Deutschland und der verfassungsrechtliche Schutz von Ehe und Familie, Diss. iur., Konstanz 1985, S. 20ff., die aber daraus keinen subjektiv-öffentlichen Anspruch ableitet, Ehe und Familie in der Bundesrepublik führen zu dür-

Herstellung der Lebensgemeinschaft in die Bundesrepublik einzureisen¹¹². Dem steht nicht schon entgegen, daß hierfür eine Erlaubnis an einen anderen erteilt werden muß, denn nur so kann der Eingriff in die Rechte des Grundrechtsträgers abgewehrt werden.

Aus Art. 6 läßt sich zunächst keine Differenzierung zwischen ausländischen und inländischen in der Bundesrepublik lebenden Grundrechtsträgern entnehmen. Da Art. 6 Abs. 1 ohne Gesetzesvorbehalt gewährleistet ist, gilt auch jenen gegenüber, daß Einschränkungen nur gemäß immanenter Schranken oder in Abwägung mit verfassungsmäßig gleichrangig geschützten Gütern zulässig sind¹¹³. Vor allem aber muß der Gesetzgeber selbst die wesentlichen Regelungen treffen. Es verstößt gegen den Gesetzesvorbehalt, die Ausübung dieser Grundrechte nur durch ermessensleitende Verwaltungsrichtlinien einschränkend zu regeln, da § 2 Ausländergesetz insofern unzulänglich ausgestattet ist¹¹⁴.

b) Ehepartnern wird, selbst bei einer Mehrehe, bereits der Nachzug, wenn auch mit Nachzugsfristen, gestattet. Immanente Schranken ergeben sich hingegen aus dem oben entwickelten differenzierten funktionalen Familienbegriff für den Nachzug von Eltern und sonstigen Verwandten, aber auch selbständiger Kinder. Er braucht nur gestattet zu werden, wenn dies zur Erfüllung dieser familiären Funktio-

fen; weitergehend demgegenüber *Richter* (Fn. 11), Art. 6 Rdn. 29, S. 687, der auch einen entsprechenden Anspruch gibt; ebenso *Manfred Zuleeg*, Rechtsgutachten zum Nachzug von Ehegatten türkischer Arbeitnehmer, in: *Klaus Barwick u.a.*, Familiennachzug von Ausländern auf dem Hintergrund völkerrechtlicher Verträge, Baden-Baden 1985, Rdn. 7ff., S. 127f.

¹¹² Dazu *Kay Hailbronner*, Ausländerrecht, Heidelberg 1984, Rdn. 278, S. 176; *Zuleeg*, *ibid.*, S. 121ff., S. 126 Nr. 4; *Pirson* (Fn. 31), Art. 6 Anm. 66; *Friedrich E. Schnapp*, Grenzfragen des allgemeinen Ausländerrechts, NJW 1983, S. 973ff., S. 976; *Bertold Huber*, Ausländer- und Asylrecht, München 1983, S. 25 und S. 27; *Kay Hailbronner*, Zur Reform des Ausländerrechts, ZRP 1980, S. 230ff., S. 233, BVerwGE 70, 127 (137).

Zur Rechtslage in der Schweiz *Daniel Thürer*, Familientrennung durch Staatsgrenzen?, FS für Cyril Hegnauer, Bern 1986, S. 573ff.

¹¹³ So auch *Huber*, *ibid.*, Rdn. 38, S. 78; *Schnapp*, *ibid.*, S. 976. Siehe BVerfGE 70, 127 (135ff.) für die dreijährige Wartezeit.

¹¹⁴ Zumindest Vorbehalte in dieser Richtung auch bei *Christian Tomuschat*, Das Recht auf Familieneinheit, EuGRZ 1979, S. 191ff., S. 198; wie hier mit ausführlicher Begründung *Zuleeg* (Fn. 111), Rdn. 30, S. 141ff. Der Beschluß des BVerfG zur Verfassungsmäßigkeit des § 2 Abs. 1 Satz 2 Ausländergesetz, BVerfGE 49, 168 (181ff.) ist vor den neuen Verwaltungsvorschriften ergangen und bezieht sich ausdrücklich nur auf den Begriff „Belange“. Er kann hier also nicht ohne weiteres herangezogen werden. Der Beschluß des Dreier-Ausschusses, BVerfG NVwZ 1984, 166, hat die Frage nicht erörtert, sondern sich auf die vorgenannte Entscheidung berufend, die Verfassungsmäßigkeit der Ein-Jahres-Wartezeit in Niedersachsen anerkannt. Meines Erachtens ist damit die Frage aber noch offen.

nen notwendig ist¹¹⁵. Eine Herabsetzung des Nachzugsalters für Kinder auf 6 Jahre ist jedoch schon wegen Art. 6 Abs. 2 verfassungswidrig¹¹⁶.

Einschränkungen aus verfassungsmäßig gleichrangig geschützten Gütern können sich vor allem aus der inneren und äußeren Sicherheit ergeben, nicht aber aus Gründen der auf- und abschwankenden wirtschaftlichen Konjunktur. Diese sind mit wirtschaftlichen Mitteln zu meistern. Zweifelhaft ist das Verlangen nach Integration. Dieser Begriff ist äußerst schillernd und kann daher dazu benutzt werden, alle möglichen Gesichtspunkte zu verstecken. Die Grundrechte der Art. 2, 4 und 5 gewährleisten den Fremden das Recht, Fremde zu bleiben. Integration ist als äußere Eingliederung in die gesellschaftliche Ordnung zu verstehen. Als verfassungsrechtlich geschütztes Gut läßt sie sich in diesem Sinne insofern nachweisen, als das Grundgesetz generell die Grundlagen der in der Bundesrepublik herrschenden Ordnung schützt. Diese ist aber eine sehr offene, was bei den Maßnahmen zu berücksichtigen ist. Man wird einerseits eine gewisse Dauer des Hierseins des Ausländers, andererseits gewisse aber kurze Fristen für den Nachzug rechtfertigen können¹¹⁷. Weiter reicht wohl die These, die Bundesrepublik sei kein Einwanderungsland. Wenn man die eher vordergründigen ökonomischen und arbeitsmarktpolitischen Implikationen durchstößt, ist damit wohl gemeint, daß der hier lebende Teil des deutschen Volkes seinen nationalen Charakter, seine Kultur, die darauf beruhende gesellschaftliche Ordnung bewahren und gegen Überfremdung sichern müsse und daher nur einen gewissen Anteil ausländischer Bevölkerung aufnehmen könne¹¹⁸. Dieses ist ein verfassungsrechtlich geschütztes und zu schützendes Gut. Jedoch hat sein Schutz nicht erst beim Familiennachzug einzusetzen, zumal dieser nur die Konsequenz früheren Handelns der Bundesrepublik selbst ist. Die für dieses Gut durch den Familiennachzug drohenden Gefahren müssen zudem konkret nachgewiesen werden. Die gegenwärtige Anwendung genereller einwanderungspolitischer Erwägungen¹¹⁹ scheint mir daher verfassungsrechtlich gegenüber den grundrechtlichen Positionen der hier lebenden Ausländer nicht gerechtfertigt.

¹¹⁵ BVerwGE 65, 188 (193f.).

¹¹⁶ Huber (Fn. 112), Rdn. 80, S. 28.

¹¹⁷ In dieser Richtung wohl *E.M.v.Münch* (Fn. 30), Art. 6, Rdn. 8f., S. 352.

¹¹⁸ So z.B. BVerwGE 65, 188 (190f.); NJW 1983, 532 (533) und ständig; ablehnend *Zuleeg* (Fn. 111), Rdn. 40ff., S. 148ff.

¹¹⁹ Dazu die in Fn. 50 genannten Protokolle. Unter anderem auf ihre Entstehungsgeschichte beruft sich aber *Hermann Soell*, Ehe, Familie und Halbfamilie im Steuerrecht, steuer- und gesellschaftspolitische Aspekte, Harzburger Protokoll 84, S. 27.

IV. Förderung

a) Eine allgemeine Förderpflicht ist in Art. 6, anders als in Art. 119 Abs. 2 WRV, nicht ausdrücklich enthalten. Die Entstehungsgeschichte spricht eher gegen als für die Absicht der Verfassungseltern, eine solche zu konstituieren. Die Beratungen im Grundsatzausschuß bezogen sich nur auf Art. 119 Abs. 1 WRV. Außerdem wollte der Parlamentarische Rat ausdrücklich gerade auch für Art. 6 Abs. 1 nur geltendes Recht, keinen unverbindlichen Programmsatz schaffen, den Art. 119 Abs. 2 WRV aber darstellt. Von genereller Förderung war nie die Rede¹²⁰. Die Förderpflicht ist wie die subjektiv-öffentlichen Freiheitsrechte eine Schöpfung des Bundesverfassungsgerichts. Es hat sie in ihrer dogmatischen Begründung als positive Seite der Schutzpflicht entwickelt. Jedoch unterscheiden sich beide sowohl nach ihrem Inhalt als auch nach ihrer rechtlichen Bedeutung, wenn auch beide darauf gerichtet sind, die Ehe und Familie zu bewahren¹²¹. Schutz soll verstanden werden als die Abwehr und die Vermeidung rechtlicher und tatsächlicher äußerer Benachteiligungen im Umfeld von Ehe und Familie. Unter Förderung soll die Unterstützung durch rechtliche Gewährung von Ergänzungen, Hilfen, rechtlichen Vorteilen sowie faktischer Vorteile zum Ausgleich interner Lasten, gefaßt werden. Außerdem schließt sie immaterielle Förderung ein. Das Ehegattensplitting fällt nach dem dogmatischen Ansatz des Bundesverfassungsgerichts in die erste Kategorie. Es ist daher meines Erachtens nicht zu Gunsten einer stärkeren Familienförderung aufhebbar¹²². Nach heutigem Stand der Verfassungsrechtsdogmatik läßt sich das Fördergebot entweder auf vom Bundesverfassungsgericht entwickeltes Richterrecht oder auf eine Leistungs- bzw. Teilhabefunktion der Grundrechte stützen¹²³. Subjektiv-öffentliche Ansprüche erwach-

¹²⁰ BVerfGE 6, 55 (76); v.Mangoldt verweist pauschal auf Art. 119 Abs. 1 und 2 WRV, Kommentar (Fn. 51), Anm. 2, S. 71; ebenso v.Mangoldt/Klein (Fn. 51), Art. 6 Anm. II 2, S. 265, aber er wendet sich aufgrund einer nur negativ verstandenen Schutzpflicht lediglich gegen steuerrechtliche und andere Nachteile, Anm. III 7, S. 268.

¹²¹ Gegen diese Herleitung auch Soell (Fn. 119), S. 26.

¹²² BVerfGE 6, 55 (76) und nunmehr 61, 319 (345); zustimmend Kirchhof (Fn. 108), S. 13; a.A. nachdrücklich Soell (Fn. 120), S. 34ff.; Zeidler (Fn. 30), S. 592ff.; Zuleeg, Verfassungsgarantie (Fn. 101), S. 806.

¹²³ Dazu: Peter Häberle, Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL, H. 30, Berlin 1972, S. 43ff., insbes. 90ff.; BVerfGE 33, 303, 329ff.; u.a. Erhard Denninger, Alternativkommentar (Fn. 11), Grundrechte vor Art. 1, Rdn. 23, S. 260ff. mit Nachweisen; zu den Grundrechten als Leistungsrechten neuestens ausführlich: Alexy, Theorie (Fn. 53), S. 395ff.; zu den Leistungsrechten im engeren Sinne S. 454ff. Siehe auch Heinhard Steiger, Mensch und Umwelt, Berlin 1975, S. 44f. und ders.: Entwicklung im Grundrechtsverständnis in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: Neue Entwicklungen im

sen daraus jedoch in keinem Fall, sondern nur eine Staatszielbestimmung, die das allgemeine Sozialstaatsprinzip verbesondert und verächtet¹²⁴.

b) Ob Förderung Ehe und Familie oder nur der Familie zukommen soll, läßt sich aus der Förderaufgabe selbst nicht begründen. Darüber hat der Gesetzgeber im Rahmen seiner weiten Gestaltungsfreiheit zu entscheiden, wobei er den sozialstaatlichen Charakter der Förderaufgabe zu beachten hat. Da weniger die Ehe als vielmehr die Familie staatlicher Förderung bedarf, hat sie Vorrang. Denn sie erbringt die Leistungen, die der Gesellschaft insgesamt zugute kommen, insbesondere der Regeneration, aus denen die Lasten, Nachteile, Zurücksetzungen ihrer Glieder sich ergeben. Die tatsächliche soziale Abkoppelung der Ehe von der Familie führt im Förderungsbereich zu entsprechenden Konsequenzen¹²⁵.

Sinnvolle Familienförderpolitik verlangt vorweg Klarheit über ihre Ziele. Diese scheinen jedoch recht diffus. Es können gesellschaftspolitische, vor allem bevölkerungspolitische Interessen, familiäre, d. h. sozialpolitische oder familieninstitutionelle Interessen oder auch familiengestaltende, z. B. emanzipatorische Motive, die in die inneren Strukturen der Familie eingreifen, maßgebend sein¹²⁶. Da das Interesse der Familie, d. h. ihrer Glieder, an der Möglichkeit der Erfüllung ihrer Freiheit und Subjektivität für sich wie in der Familie, und damit

öffentlichen Recht, hrsgg. von Thomas Berberich u.a., Stuttgart 1979, S. 255ff., S. 272ff. und S. 276ff., in beiden ist aber die Unterscheidung zwischen Schutz und Förderung noch nicht so deutlich gemacht wie hier. Kritik u.a. bei *E.W. Böckenförde*, Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, zuerst abgedruckt in: NJW 1974, S. 1529, Wiederabdruck in: Staat, Gesellschaft, Freiheit, Frankfurt 1976, S. 221ff., S. 238, zu seinem eigenen Ansatz, Die sozialen Grundrechte im Verfassungsgefüge, in: *E.W. Böckenförde u.a.* (Hrsg.): Soziale Grundrechte – Von der bürgerlichen zur sozialen Rechtsordnung, Karlsruhe 1981, S. 7ff., S. 14. Eine grundsätzliche Kritik bietet Jörg Haverkate, Rechtsfragen des Leistungsstaates, Tübingen 1983, S. 63ff.

¹²⁴ So wohl auch das BVerfG selbst, z.B. E 39, 316, 326; 48, 346 (366); 55, 114 (127); dazu *Wolfgang Görlich*, Das Gebot staatlicher Familienförderung im Steuerrecht, NJW 1979, S. 1575ff., S. 1376f.; *Krause* (Fn. 9), S. 28ff. mit weiteren Rechtsprechungsnachweisen. Zur Staatszielbestimmung: *Rainer Wahl*, Staatszielbestimmungen im Verfassungsrecht – Bemerkungen aus der Sicht der Bundesrepublik? Staatszielbestimmungen – Gesetzgebungsaufträge, Bericht der vom BMJ und BMI eingesetzten Sachverständigenkommission, Bonn 1983, Nr. 7, S. 20; grundlegend: *Ulrich Scheuner*, Staatszielbestimmungen, FS für E. Forsthoft, München 1972, S. 325ff.

¹²⁵ So auch *Zeidler* (Fn. 11), S. 594ff.; *Soell* (Fn. 119), S. 23ff.; *Zuleeg*, Verfassungsgarantie (Fn. 101), S. 806ff.

¹²⁶ Unterscheidungen nach *Alois Herth/Franz Xaver Kaufmann*, Familiäre Probleme und sozialpolitische Intervention, F.X. Kaufmann (Hrsg.), Staatliche Sozialpolitik und Familie, München/Wien 1982, S. 1ff., S. 14ff.

der Erhalt der Familienfunktionen für sie im Zentrum der verfassungsrechtlichen Garantie der Familie selbst steht, hat alle Förderung zu allererst daran Maß zu nehmen. Die gesellschaftlichen Interessen, z. B. an der regenerativen Funktion, können nur ergänzend, allenfalls parallel, aber nicht vorherrschend und schon gar nicht instrumentalisierend und gegenläufig maßgebend werden¹²⁷. Familiengestaltende Motive stoßen auf erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken, da es dem Staat verwehrt ist, ein eigenes „Familienbild“ auf diese Weise durchzusetzen. Es ist zu bedenken, daß jede Förderungsmaßnahme auch einen interventionistischen Charakter hat, der gerade bei diesen Motiven besonders deutlich zutage tritt¹²⁸.

Direkte wie indirekte Förderungsmaßnahmen müssen auf integrierende Wirkung für die Familien, zunächst der Kernfamilien, aber auch der erweiterten Familie, z. B. für die Sorge um die Alten, angelegt sein¹²⁹. Sie haben außerdem subsidiär zu sein, also nicht Funktionen der Familien selbst zu übernehmen, sondern diese zu stärken¹³⁰, da die Förderungsaufgabe keine umfassende sozial-familiengestaltende Funktion hat¹³¹. Es ist ein Vorrang internalisierender vor externalisierenden Maßnahmen geboten¹³². Denn es bestehen erhebliche Zweifel, ob Folgen und Nebenfolgen von notwendig generalisierenden Förderungsmaßnahmen für die Familien jeweils zielgemäß kalkuliert und beherrscht werden können, was unter Umständen zu Kollisionen mit der Familienautonomie führen, also gerade dysfunktional wirken kann¹³³. Steuerrechtliche Regelungen sollten daher vor Transferleistungen an die Familie und diese vor solchen an Einzelglieder stehen,

¹²⁷ Meines Erachtens zu weitgehend *Kirchhof* (Fn. 108), S. 31, der jeden Finanzanreiz zur Gründung einer Ehe oder Familie mit der Freiheitsgarantie des Art. 6 für unvereinbar hält.

¹²⁸ *Herth/Kaufmann* (Fn. 126), S. 18ff.

¹²⁹ In dieser Richtung nachdrücklich *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Sozialstaat, Besitzindividualismus und die Uneinholbarkeit der Hegel'schen Korporation, in: Chancen und Grenzen des Sozialstaates, hrsgg. v. Peter Koslovski u.a., CIVITAS-Resultate, Bd. 4, Tübingen 1983, S. 248ff.; dazu nunmehr der 4. Familienbericht der Bundesregierung, Die Situation der älteren Menschen in der Familie, Hrsg. Der Bundesminister für Jugend, Familie, Frauen und Gesundheit, Bonn 1986, Deutscher Bundestag, Drucks. 10/6145.

¹³⁰ Zur Subsidiarität insbes. im Sozialrecht u.a. *Meinhard Heinze*, Möglichkeiten der Fortentwicklung des Rechts der sozialen Sicherheit zwischen Anpassung und Bestandsschutz, Gutachten G zum 55. Deutschen Juristentag, München 1984, S. 78ff. mit Nachweisen.

¹³¹ So auch *Pirson* (Fn. 30), Art. 6, Rdn. 71.

¹³² *Hans F. Zacher*, Chancen und Grenzen des Sozialstaates – Rolle und Lage des Rechts, in: Chancen (Fn. 129), S. 66ff., S. 68ff.

¹³³ Dazu *Peter Gross*, Selbstbestimmung oder Fremdsteuerung der Familie, Sozialpolitik (Fn. 126), S. 285ff.

wenn auch Kombinationen notwendig sein werden¹³⁴. Zwar ist nicht jeder faktische Nachteil auszugleichen¹³⁵, aber als Grenze nach unten läßt sich in generalisierender Ausdeutung der Beamtenfamilienentscheidung des Bundesverfassungsgerichts¹³⁶ die Vermeidung sozialer Deklassierung aufgrund der Belastungen bezeichnen.

Familienförderungs politik wird in eine umfassendere strukturelle umfeldgestaltende Politik eingebettet und mit den Zielen anderer Politikbereiche abgestimmt sein müssen, gerade um Druck vom Umfeld auf die Familie abzuwenden, z. B. durch stärkere Anreize zur Teilzeitarbeit für Mann und Frau, zur Förderung der Rückkehr in den Beruf nach Erziehungs-, aber auch Pflegezeiten, so daß der Wechsel zwischen familiären und außerfamiliären Tätigkeiten leichter möglich wird. Das setzt allerdings das Aufbrechen mancher Versteinerungen und Verfestigungen voraus, auch den Wandel bestimmter Einstellungen der Betroffenen selbst. Hier wird deutlich, daß Förderungspolitik generell selbst sozialen Wandel bewirkt und zur Sinnwahrung bewirken soll.

Damit läßt sich auch bis zu einem gewissen Grad dem Problem indirekter Nachteile von Eltern beikommen, die während der Erziehungszeiten, aber vor allem auch im Alter durch Verzicht auf Berufseinkommen und Rentenansprüche Einkommensverluste hinnehmen müssen und daher gegenüber kinderlosen Ehepaaren zeitlebens schlechter gestellt sind. Allerdings wird das nicht reichen. Da sie damit auch eine gesamt-gesellschaftlich erhebliche Leistung erbringen, läßt sich ein gesamt-gesellschaftlich zu tragender Vorteilsausgleich wie im Rentenerziehungsjahr rechtfertigen.

c) Förderung rechtlicher und materieller Art für Ehe und Familie erschöpft die Förderaufgabe nicht. Dem Staat kommt in der Verwirklichung und in den Grenzen seiner Erziehungsaufgabe die wesentliche Funktion zu, Ehe und Familie um ihrer humanen Funktionen willen zum Inhalt seiner die Subjektivität ebenfalls bildenden und auch stützenden eigenen schulischen Erziehung zu machen. Das wirft zwar eine ganze Reihe verfassungsrechtlicher Probleme im Rahmen dieses Erziehungsrechts auf und verlangt genauere Vermessungen des Erziehungsziels wie der Durchführung. Jedoch gibt ihm sowohl die Garantie des Art. 6, als auch die Erziehungsaufgabe des Art. 7 dazu die grundsätzliche Berechtigung¹³⁷. Es darf ihm nicht darum gehen, durch

¹³⁴ Dazu *Soell* (Fn. 119), S. 43ff.

¹³⁵ BVerfGE 39, 316 (326); auch 28, 104 (113); 40, 121 (132); 43, 108 (121); dazu auch *Pirson* (Fn. 30), Art. 6, Rdn. 73.

¹³⁶ BVerfGE 44, 249ff.; nicht ganz eindeutig *Görlich* (Fn. 124), S. 1578.

¹³⁷ Dazu u.a. *Häberle*, Erziehungsziele (Fn. 44) m.w.N. aus der Literatur; auch *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Der Staat als sittlicher Staat, Berlin 1978, S. 31ff.

die Hintertür doch wieder ein allgemeines Ehe- und Familienbild zu etablieren. Die Offenheit der subjektiven Gestaltung von Ehe und Familie ist in der Gegenwart Bedingung ihrer Möglichkeit. Ziel der staatlichen Erziehung kann aber sein, verstehbar zu machen, daß Ehe und Familie in dieser Offenheit zur condition humaine auch des zu seiner Subjektivität freigesetzten Menschen gehören. Dieser kommt nicht in der Innerlichkeit allein zu sich selbst, und schon gar nicht in der Beliebigkeit, sondern in dem gleichzeitigen Bezug zur objektiven Wirklichkeit. Zu ihr gehören Ehe und Familie nach wie vor, trotz allen intellektuellen Absagen von Platon bis Wilhelm Reich und David Cooper, wenn auch unter stetigem Wandel. Ihr Verlust bedeutet nicht Gewinn an Subjektivität, sondern Verlust des besonderen institutionellen Ortes ihrer Bildung und Entfaltung, ohne daß bisher sichtbar wäre, daß Besseres an ihre Stelle träte.

Der Staat trägt aber damit auch zur Sicherung seiner eigenen Grundlage bei. Zwar kann das Verhältnis von Staat und Familie nicht mehr in der alteuropäischen Kategorie des organischen Aufbaues gedacht werden; das Bild von der Familie als „Keimzelle“ scheint vordergründig auf Hervorbringung und Sozialisation des gesellschaftlichen Personals ausgerichtet. Aber da der Staat den in der Freiheit zu seiner Subjektivität gekommenen Menschen zu seiner Grundlage hat, gehört zur Erziehung nicht nur deren Schutz und Stützung allgemein, sondern gerade auch, sie auf jene Einrichtungen allgemeiner auszurichten, in denen Subjektivität sich bildet und entfaltet.

Der Erfolg solcher Erziehung jedoch liegt außerhalb aller verfassungsrechtlichen Garantien.

Leitsätze des Mitberichterstatters über:

Verfassungsgarantie und sozialer Wandel – Das Beispiel von Ehe und Familie

Einleitung

1. Verfassungsgarantien umfassen im Verfassungsstaat zugleich Garantien der Subjektivität und von objektivierten Gegebenheiten. Dadurch eröffnen sie selbst die Möglichkeit sozialen Wandels.

A. Bestandsaufnahme

I. Der Ausgangspunkt

2. Die Sinnhaftigkeit der Garantie von Ehe und Familie als Institution wird in Frage gestellt; denn einerseits sind beide zwar institutionell verfaßt, aber subjektiver Gestaltung weithin eröffnet. Andererseits deutet die Zunahme nichtehelicher Lebensgemeinschaftlichen und nichtfamiliarer Wohngemeinschaften auf einen Plausibilitätsschwund.

II. Zur Ehe

3. Das Prinzip der Lebensgemeinschaft enthält trotz seiner Verankerung in § 1353 Abs. 1 BGB außer der auch über die Scheidung hinaus dauernden Unterhaltungspflicht keine rechtlich durchsetzbaren ehelichen Pflichten. Die Eheführung ist der autonomen partnerschaftlich-gleichberechtigten Gestaltung der Ehepartner überlassen.

4. Die Sicherung der Lebenszeitdauer der Ehe ist von der objektiv-institutionellen auf die subjektiv-intentionale Ebene verlagert.

5. Da die nichtehelichen Lebensgemeinschaften durch Art. 2 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich abgesichert werden, besteht Wahlfreiheit zwischen ihnen und der Ehe, wenn auch eine völlige rechtliche Gleichstellung beider ausgeschlossen ist.

III. Zur Familie

6. Dem sozialen Wandel folgend wird überwiegend auch der in der nichtehelichen Lebensgemeinschaft mit Kindern mitliebende Vater in

den verfassungsrechtlichen Familienbegriff der Zwei-Generationen-Kernfamilie mit einbezogen.

7. Die Binnenstruktur der Familie ist durch eine wachsende Selbstbestimmung und Mitwirkung der heranwachsenden Kinder in der generell ebenfalls autonomen Familiengestaltung geprägt.

8. Für das vorrangige Erziehungsrecht der Eltern kann es keine staatlich vorgegebenen Erziehungsziele geben.

IV. Gründe

9. Die rechtliche Dominanz des subjektiven Elements der Verfassungsgarantie von Ehe und Familie gründet in der Einfügung der subjektiv-öffentlichen Freiheitsrechte in Art. 6 Abs. 1 GG durch das Bundesverfassungsgericht (Leitentscheidung BVerfGE 6, 55 (71ff.)).

10. Die Institutsgarantien wurden formalisiert und inhaltlich entleert. Die „wertentscheidende Grundsatznorm“ begründet keine objektiven Inhalte, sondern setzt sie voraus.

B. Zusammenhänge

I. Subjektivität

11. Die sich seit dem 18. Jhdt. durchsetzende Subjektivierung von Ehe und Familie gründet in einem allumfassenden Vorgang der Subjektivierung, in dem der Mensch in seiner freien Subjektivität auch zum Subjekt des Staates wird.

12. Mit ihr werden überkommene Gegebenheiten, wie die Leitbilder von Ehe und Familie, der kritisch reflektierenden subjektiven Vernunft unterworfen. Sie erlangen Verbindlichkeit nur durch subjektive Akzeptanz.

II. Gesellschaftliche Ausdifferenzierung

13. Ehe und Familie werden zum Ort der Subjektivität und Privatheit durch die Verlagerung ihrer wirtschaftlichen und öffentlichen Funktionen auf ausdifferenzierte spezialisierte Lebensbereiche, die sich ihrerseits von der Familie als tragendem Grund lösen.

14. Es entstehen zwischen den ausdifferenzierten Lebensbereichen Interdependenzen und damit Abhängigkeiten, durch die Ehe und Familie einem wachsenden Anpassungsdruck der sich ständig wandelnden anderen Lebensbereiche ausgesetzt sind.

15. Da die auf sich selbst gestellte Subjektivität nicht in der Lage ist, den Anforderungen standzuhalten, bedarf sie der Stützung in

objektiven Grundlagen. Dazu können die beiden anderen Garantieelemente Institutsgarantie und Umfeldgarantie eigene Funktionen entfalten.

C. Grundlegung

I. Sozialer Wandel

16. Sozialer Wandel ist in der Nachfolge von „Fortschritt“ erwünscht, wird geplant, gemacht, ist aber nicht in allen Folgen und Nebenfolgen steuerbar.

17. Durch seine expoentielle Beschleunigung treten „Erfahrungsraum und Erwartungshorizont“ (Koselleck) auseinander, wodurch „Zukunftsungewißheit“ (Lübbe) entsteht, die durch wissenschaftliche Prognosen nur beschränkt kompensiert werden kann. Das Subjekt gerät in die Gefahr, die Identität zu verlieren.

II. Verfassungsgarantie

18. Die Verfassungsgarantie kann daran ansetzen, daß der soziale Wandel sich in den ausdifferenzierten Lebensbereichen ungleichzeitig vollzieht.

19. Ein beschleunigter anpassender Wandel des Rechts hat begrenzte Berechtigung; jedoch muß seine bewahrende Funktion erhalten bleiben, wo das zur Sinnwahrung der Lebensbereiche notwendig ist.

20. Verfassungsrechtliche Garantie vermag eine solche Sicherung zu leisten. Sie geht von der Erfahrung der allerdings widerlegbaren Vernünftigkeit des Garantierten aus. Rechtsänderungen sind nicht ausgeschlossen.

III. Das Beispiel von Ehe und Familie

21. Instituts- und Umfeldgarantie können durch Verzögerung des sozialen Wandels für Ehe und Familie den für Bildung und Entfaltung der Subjektivität notwendigen Raum gewährleisten.

22. In Ehe und Familie findet personale Sozialisation vor allem durch die Erfahrung humaner Grundsituationen und ihrer Bewältigung statt. Dafür bedürfen sie der Sicherung ihrer Verlässlichkeit und Dauer.

23. Um dieser Funktion willen sind Ehe und Familie rechtlich zu ordnen, zu bewahren, zu schützen und zu fördern. Eine gewisse Flexibilität in der Umsetzung der Garantie ist jedoch erforderlich.

D. Folgerungen

I. Nichteheliche Lebensgemeinschaften

24. Eine rechtliche Gleichstellung der nichtehelichen Lebensgemeinschaften ist trotz ihrer weithin eheähnlichen Funktionen nicht geboten und abzulehnen. Adäquater Rechtsschutz ist jedoch zu gewährleisten, der aber nicht zu ihrer Institutionalisierung führen darf.

II. Familie

25. Der verfassungsrechtliche Familienbegriff ist auf die „modifizierte erweiterte Familie“ auszudehnen.

26. Die nichtehelichen Lebensgemeinschaften mit Kindern bilden Familien. Dem mitlebenden nichtehelichen Vater sollte die Möglichkeit des Sorgerechts eingeräumt werden.

27. Bleibt auch die Rolle der Eltern in der Familie dominant, so rechtfertigt die mit dem Heranwachsen der Kinder zunehmende Eingliederung in außerfamiliäre Lebensbereiche auch deren stärkere Selbstständigkeit in der rechtlichen Ordnung der Binnenstruktur der Familie.

III. Familiennachzug von Ausländern

28. Auch legal hier lebenden Ausländern stehen die Freiheitsrechte aus Art. 6 Abs. 1 GG zu, die grundsätzlich auch für sie das Recht umfassen, die eheliche und familiäre Lebensgemeinschaft in der Bundesrepublik zu führen. Einschränkungen sind zum Schutz gleichrangig verfassungsrechtlich geschützter Güter auf Grund eines Gesetzes zulässig.

29. Ein Anspruch auf Nachzug der Ehefrau(en) und bestimmter Familienangehöriger besteht, soweit nicht der Schutz verfassungsrechtlich gleichrangiger Güter, innere und äußere Sicherheit, die nationale Kultur u.a. eine Abweisung verlangt. Generelle einwanderungspolitische, insbesondere ökonomische Gründe, genügen jedoch nicht.

IV. Förderung

30. Die Förderaufgabe ist ebenfalls erst vom Bundesverfassungsgericht entwickelt worden. Sie läßt sich heute auf Richterrecht oder die Teilhabefunktion der Grundrechte stützen. Sie ist eine Staatszielbestimmung.

31. Förderung und Schutz sind nach Inhalt und rechtlichen Folgen zu unterscheiden. Das Ehegattensplitting gehört zur zweiten Kategorie und ist daher nicht zu Gunsten der Familienförderung aufhebbar.

32. Der Gesetzgeber hat bei der Förderung der Familie vor der Ehe den Vorrang einzuräumen, da jene vor allem zusätzliche Lasten zu tragen hat.

33. Materielle Förderungsleistungen sind vor allem familienorientiert und können erst in zweiter Linie gesellschaftsorientiert, dürfen aber nicht auf ein bestimmtes Familienbild ausgerichtet sein.

34. Sie müssen möglichst integrierend, subsidiär und internalisierend angelegt werden.

35. Familienförderungspolitik hat sich auch auf das Umfeld von Ehe und Familie zu richten.

36. Die schulische Erziehung hat in ihren Grenzen Ehe und Familie als Erziehungsziel aufzunehmen.

3. Aussprache und Schlußworte

Verfassungsgarantie und sozialer Wandel – Das Beispiel von Ehe und Familie

Vorsitzender (Kriele): Liebe Kolleginnen und Kollegen, dann darf ich die Nachmittagssitzung eröffnen, und wir hören nach alter Sitte erst etwas ausführlichere Statements aus Österreich und der Schweiz von Herrn *Berka* und Herrn *Thürer*. Herr Kollege *Berka*, darf ich Sie bitten.

Berka: Meine sehr geehrten Damen und Herren! Vor gut 150 Jahren besuchte ein Reisender aus Norddeutschland die österreichische Steiermark und registrierte erstaunt freizügige familiäre Gebräuche. Der Älpler, so glaubte er festgestellt zu haben, heirate oft seine Geliebte erst dann, wenn sie ihm eine zahlreiche Nachkommenschaft als Mitgift in die Ehe zubringe. Mit unehelichen Kindern werde, so schloß er daraus, hierzulande keine Schande mitgeboren. Es ist nun freilich zweifelhaft, ob dieser Gewährsmann tatsächlich genau beobachtet oder ob man ihm nicht nur einen Bären aufgebunden hat – auch wenn man in Rechnung stellt, daß die uneheliche Geburt in manchen ländlichen Gebieten tatsächlich weniger verpönt, die Probe-ehe tatsächlich zum Teil üblich war, und bereits das josephinische Gesetzbuch von 1786 erklärt hatte, daß alle von zwei unverehelichten Personen Erzeugten ehelich wären. Aber diese kühne Regelung wurde bald nach dem Tod des Kaisers Josef II. auf Drängen der Geistlichkeit und der Stände wieder beseitigt. Im bürgerlichen Recht Österreichs kam die katholische Geschlechts- und Ehemoral zum Tragen, die den „Kindern der Sünde“ die bürgerliche Gleichberechtigung versagte, die das Leben außerhalb des nach kanonischem Recht abgeschlossenen Ehebandes als Unzucht brandmarkte und unbeugsam an der Unauflöslichkeit der Ehe festhielt – und zwar bis in das Jahr 1938, in dem die schon längst unhaltbar gewordenen eherechtlichen Zustände durch die Übernahme des reichsdeutschen Eherechtes zum Besseren gewendet wurden.

Würde so der Vergleich zwischen Österreich und Deutschland in kulturgeschichtlicher Perspektive wahrscheinlich gewisse Verwerfungen im Prozeß der Modernisierung erkennen lassen, ist nach Auskunft der Familiensoziologen heute die Situation von Ehe und Familie und

sind ihre Probleme in der österreichischen und der deutschen Gesellschaft weitgehend die gleichen. Auch die Gegebenheiten und Probleme der einfachen Rechtsordnung, die heute vormittag zur Sprache kamen, sind in Österreich und Deutschland weitgehend vergleichbar, ob es sich um das Steuerrecht handelt oder um das reformierte Familienrecht. All das ist nicht erstaunlich, erstaunlicher wäre wahrscheinlich das Gegenteil. Der Verfassungsjurist muß freilich zur Kenntnis nehmen, daß diese kulturelle Gemeinsamkeit mit dem verfassungsrechtlichen Schutz der Ehe und Familie nur sehr wenig zu tun haben kann. Denn nach dem reichen verfassungsrechtlichen Ertrag, der heute vormittag dem Grundgesetz abgerungen wurde, habe ich zu berichten, daß dem Verfassungsschutz von Ehe und Familie in der österreichischen Rechtsordnung bislang eine allzu große Bedeutung nicht zugekommen ist.

1. Lange Zeit konnte man dafür die positiv-rechtliche Verfassungsrechtslage verantwortlich machen, da sich der aus der Monarchie übernommene Grundrechtskatalog zu den Lebensbereichen von Ehe und Familie völlig verschwiege. Daß die Verfassung damit auf gewandelte Schutzbedürfnisse mitunter nicht angemessen reagieren konnte, lag auf der Hand. So mußten sich z.B. die Eltern eines Kindes, das ohne rechtliche Grundlage in einem staatlichen Erziehungsheim festgehalten wurde, vom Verfassungsgerichtshof der 50er Jahre sagen lassen, daß durch diese schwerwiegende Beeinträchtigung des Elternrechtes nicht in die Sphäre ihrer verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechte eingegriffen wurde (VfSlg 3248/57).

Gegenüber einer Diskriminierung von Ehe und Familie bot allerdings der allgemeine Gleichheitsgrundsatz eine gewisse Abhilfe, der damit – wie es *Pernthaler* ausgedrückt hat – die Funktion eines Quasi-Rechtsschutzes von Ehe und Familie übernahm. In mehreren Entscheidungsketten hob der Verfassungsgerichtshof Bestimmungen des Steuer-, Sozialversicherungs- und des Beihilfenrechts als sachlich nicht gerechtfertigt auf, die an das Bestehen eines Ehe- oder Verwandtschaftsverhältnisses nachteilige Folgen knüpften und erklärte umgekehrt Regelungen für sachlich gerechtfertigt, die das Eheverhältnis gegenüber anderen Lebensgemeinschaften begünstigen (z.B.: VfSlg 5319/66, 10064/84). Wie die Stichworte „Haushaltsbesteuerung“ oder „Heiratswegfallklausel“ andeuten, handelte es sich dabei um Probleme, mit denen sich auch das deutsche Bundesverfassungsgericht auseinandersetzen mußte – mit durchaus vergleichbaren Ergebnissen. Unterschiedlich war allerdings der Begründungsstil. Denn anders als die Richter in Karlsruhe vermieden es ihre Kollegen in Wien geradezu ängstlich, ihre Entscheidungen aus dem „Wesen der Ehe“ oder gar einer Wertentscheidung für die Ehe abzuleiten, Argumentationsfiguren, die nach dem Selbstverständnis des Verfassungsgerichtshofes und eines

Teils der Lehre mit einem naturrechtlichen Sündenfall gleichgesetzt wurden. Wie pikiert der Verfassungsgerichtshof reagieren konnte, wenn ihm solches auch nur unterstellt wurde, zeigt sich an einer Episode: In einem Normenkontrollverfahren hatte die Bundesregierung eine gleichheitswidrige steuerliche Regelung durch den Hinweis zu retten versucht, der Verfassungsgerichtshof habe in einem früheren Erkenntnis den Wunsch geäußert, die Ehe möge gegenüber anderen Formen des Zusammenlebens bessergestellt werden. Daraufhin die Replik des Verfassungsgerichtshofes mit deutlicher Schärfe: Dieser Hinweis auf einen angeblichen Wunsch des Verfassungsgerichtshofes beruhe ganz klar auf einem Mißverständnis, steuerrechtliche Fragen hätten mit dem Wesen der Ehe gar nichts zu tun, und überhaupt erachte sich der Verfassungsgerichtshof für nicht befugt, Wünsche über den Inhalt gesetzlicher Regelungen auszusprechen (VfSlg 4689/64). Ganz unterdrücken ließ sich der Hinweis auf die Ehe als „wesentliches Element der rechtlichen Ordnung menschlicher Beziehungen“ freilich dann nicht, wenn es um die Rechtfertigung von das eheliche Band begünstigenden Regelungen ging (VfSlg 4678/64).

Daß eine derart um Wertneutralität bemühte Judikatur aber nicht nur den Stil der Argumentation prägte, sondern auch der Sache nach ihre Grenzen in sich trug, verdeutlichte die Rechtsprechung zu den erwähnten Heiratswegfallklauseln im Familienbeihilfenrecht. Denn anders als das Bundesverfassungsgericht bestätigte der Verfassungsgerichtshof ursprünglich die Verfassungsmäßigkeit dieser Klauseln, indem er dem Gesetzgeber attestierte, er wäre bei der Verfolgung familienpolitischer Ziele frei und dürfte daher auch „unerwünschte Frühehen“ durch Entzug der Familienbeihilfe benachteiligen. Auch als einige Jahre später diese Regelungen doch noch als unsachlich qualifiziert und aufgehoben wurden, stellte der Verfassungsgerichtshof die Freiheit zur Verfolgung familienpolitischer Ziele nicht grundsätzlich in Frage, sondern verneinte nur die Eignung des gewählten Mittels (Vgl. einerseits VfSlg 5972/69, 6071/69, andererseits VfSlg 8793/80).

2. Die dargestellte, durch das Fehlen eines selbständigen Schutzes der Ehe und Familie gekennzeichnete Verfassungsrechtslage hat sich durch die Europäische Menschenrechtskonvention verändert. Als innerstaatlich unmittelbar anwendbares Verfassungsrecht gewährleistet Art. 12 der Konvention das Recht, eine Ehe einzugehen und eine Familie zu gründen, und Art. 8 der Konvention einen umfassenden Anspruch auf Achtung des Familienlebens. So wie es allerdings überhaupt ein langwieriger Prozeß war, bis die Menschenrechtskonvention in das Bewußtsein der österreichischen Rechtsanwender gehoben wurde, zeichnen sich erst heute erste Konturen der durch die Konvention neugestalteten Verfassungsrechtslage ab.

Sie betreffen in erster Linie die Abwehrriktion der Familiengrundrechte, die etwa im Ausländerrecht das Ermessen der Behörden begrenzen und gesetzliche Regelungen verfassungswidrig erscheinen lassen, die eine Bedachtnahme auf das Familienleben des Ausländers, etwa bei der Ausweisung, nicht ausreichend sicherstellen (VfSlg 9832/83, VfGH 12.12.1985, EuGRZ 86, 190). Durch eine in diesem Punkt entschiedene Rechtsprechung hat der Verfassungsgerichtshof die zuvor konstatierte Schutzlücke geschlossen. Irgendwelche institutionellen Bezüge oder Schutz- oder Förderpflichten hat die Rechtsprechung dagegen diesen Grundrechten nicht entboren; sie hat auch dort, wo es von der Sache her nahegelegen wäre, den Hinweis auf eine der Konvention allenfalls zu entnehmende Wertentscheidung peinlichst vermieden. Vielmehr hat der Gerichtshof im Gegenteil einer solchen institutionellen Ausdeutung mehrmals eine deutliche Absage erteilt – so in seinem Erkenntnis zur Fristenlösung, wo eine Pönalisierungspflicht, und in Erkenntnissen zum Steuer- und Beihilfenrecht, wo eine Verpflichtung zur finanziellen Förderung der Familien ausdrücklich verneint wurde (VfSlg 6071/69, 7400/74, 8037/77). Und auch der Oberste Gerichtshof hat mit seiner Feststellung, daß Art. 12 MRK lediglich verbiete, die Ehe als Institution insgesamt abzuschaffen und daß daher die Einführung einer Scheidung gegen den Willen eines Ehepartners nichts mit diesem Grundrecht zu tun habe, die mögliche Tragweite dieser Bestimmung wohl nicht mehr als angedeutet (EvBl 1979/234).

Schutz und Förderung der Ehe und Familie hat sich der österreichische Sozialstaat freilich auch ohne verfassungsrechtliche Verpflichtung stets angetan sein lassen. Im Steuer- und Sozialversicherungsrecht, im Arbeits- und Beihilfenrecht wird den ehelichen und unehelichen Familien vielfältige Hilfe gewährt, bis hin zu staatlichen Direktzahlungen für Eheschließung und Geburt mit Prämiencharakter. Der Gleichheitsgrundsatz sichert bei alledem eine dem allgemeinen sozialstaatlichen Standard entsprechende gleichheitsgemäße Förderung der Familie, kann aber der freien rechtspolitischen Gestaltung nur äußerste Grenzen setzen. Wenn es daher manchmal zu Widersinnigkeiten kommt, weil unter gewissen Umständen die steuerliche Belastung des Familienvaters eine höhere sein kann als die einer Lebensgemeinschaft, wenn die Familienverbände von einer neuen Familienarmut sprechen, weil die tatsächlichen Aufwendungen vor allem für Mehrkindfamilien im Familienlastenausgleich nur ungenügend und zögernd berücksichtigt werden, wenn der Staat angesichts leerer Kassen manche familienfreundlichen Leistungen heute einschränken möchte, ist das verfassungsrechtlich kaum greifbar.

Auch die unserem Thema eigentümliche Spannung zwischen Bewahrung und Gestaltung wurde daher allenfalls in Ansätzen sichtbar:

Für eine Rechtspraxis, die dem einfachen Gesetzgeber die Freiheit zur Verfolgung aller sachlich vertretbaren familienpolitischen Ziele gibt, wird die gesellschaftspolitische Dynamik zum Motor einer Rechtsgestaltung, die nach Maßstäben der Systemgerechtigkeit beurteilt werden kann, die sich aber an keiner vorgegebenen Normativität ausrichten oder gar brechen kann. Dies zeigt sich auch an der großen Familienrechtsreform, die der österreichische Gesetzgeber in den 70er Jahren in mehreren Etappen durchgezogen hat. Ihre gesellschaftspolitischen Zielpunkte, die Gleichstellung der Ehepartner nach dem Leitbild der partnerschaftlichen Ehe, damit verbunden eine gewisse Offenheit des Familienlebens für verschiedene „Ehemodelle“, der Abbau patriarchalischer Relikte im Kindschaftsrecht, die Verbesserung der Rechtsstellung des unehelichen Kindes, und schließlich auch die Erleichterung der Scheidung, all das gab dem rechtlichen Erscheinungsbild von Ehe und Familie neue Züge, die zugleich neue Kriterien der Sachlichkeit begründeten, an denen die übrige Rechtsordnung gemessen werden kann, für die es aber selbst kein verfassungsrechtliches Maß gab.

Folgerichtig hat daher der Verfassungsgerichtshof die Bevorzugung der Witwe gegenüber dem Witwer im Pensionsrecht für verfassungswidrig erklärt, weil der Gesetzgeber sich nach der Änderung des familienpolitischen Leitbildes auch an der Situation der berufstätigen Frau hätte orientieren müssen (VfSlg 8871/80). Dem selben Gedanken Rechnung tragend, läßt der Gesetzgeber nunmehr den abgeleiteten Versicherungsschutz auch dem Hausmann zukommen, und soll nach einem Entwurf künftig auch dem Mann ein Anspruch auf bezahlten Karenzurlaub nach der Geburt eines Kindes gegeben werden. Nach einem weiteren kurz vor der Verabschiedung stehenden Gesetzesentwurf soll schließlich auch das elterliche Sorgerecht auch bei Lebensgemeinschaften von beiden Elternteilen gemeinsam ausgeübt werden können.

3. Soweit eine geraffte Bestandsaufnahme, die allerdings unvollständig wäre, wenn ich nicht zum Schluß noch kurz die Frage nach den möglichen Perspektiven stellen würde. Solche zeichnen sich auf der verfassungspolitischen und auf der verfassungsdogmatischen Ebene ab.

Seit geraumer Zeit drängen maßgebliche gesellschaftliche Kräfte auf eine auch Schutz- und Leistungsgarantien umfassende Verankerung von Ehe und Familie in der Bundesverfassung, durch die – das soll nur am Rande erwähnt werden – auch den Verpflichtungen entsprochen würde, die Österreich völkerrechtlich in der Europäischen Sozialcharta und in den beiden UNO-Menschenrechtspakten eingegangen ist. Allerdings hat die sozialdemokratische Mehrheitspartei diesen Initiativen bislang immer eine deutliche Absage erteilt und die Petenten mit dem Hinweis auf die überfällige, aber ganz und gar un-

gewisse Gesamtreform des österreichischen Grundrechtskataloges vertröstet.

Dabei wird man nicht bestreiten können, daß die isolierte Aufnahme einer solchen Gewährleistung in eine ursprünglich formal konzipierte Verfassungsrechtsordnung wie die österreichische problematisch sein darf. Wenn man aber andererseits sieht, wie der österreichische Verfassungsgesetzgeber der letzten Jahre ohne verfassungstheoretische Skrupel mehrmals neue Grundrechte recht unvermessen in die österreichische Grundrechtslandschaft hineingesetzt hat und auch vor werthaltigen Staatszielbestimmungen nicht mehr zurückscheut, stimmt es doch nachdenklich, daß der Konsens der großen gesellschaftlichen Gruppen zwar für ein Bekenntnis zum umfassenden Umweltschutz in Form einer Verfassungsbestimmung ausgereicht hat, aber eine eindeutige Wertentscheidung zugunsten von Ehe und Familie offenbar nicht mehr trägt. (Ein Wandel dieser Situation zeichnet sich allerdings ab, da die Anfang 1987 ins Amt berufene Koalitionsregierung die verfassungsrechtliche Verankerung von Ehe und Familie in ihr Arbeitsprogramm aufgenommen hat.)

Dagegen haben sich einzelne Landesverfassungsgesetzgeber in den letzten Jahren bereits zu einer solchen Entscheidung durchgerungen und für ihren Geltungsbereich zum Schutz und zur Förderung von Ehe und Familie verpflichtet (Vorarlberg, Tirol, in Salzburg in Diskussion). Daß man sich dabei ohne Rücksicht auf den Wandel der familiären Lebensformen seit dem Ende des Krieges von dem Vorbild des Art. 6 GG inspirieren ließ, ist bemerkenswert. Wegen des bescheidenen Zuschnitts der Landeskompetenzen ist die praktische Bedeutung dieser Bestimmungen aber eher gering.

In dieser Situation hängt manches von der künftigen Entwicklung der Rechtsprechung ab. Die bisherige Judikatur des Verfassungsgerichtshofes zu Art. 8 und 12 MRK fügt sich ohne Bruch in seine überkommene Grundrechtsjudikatur ein, die durch einen formalen, Wert- und Gerechtigkeitsfragen aussparenden Ansatz gekennzeichnet ist und die im Verhältnis zum einfachen Gesetzgeber um judicial self-restraint in bemerkenswertem Ausmaß bemüht war. Die Lehre von den Einrichtungsgarantien, die die österreichische Rechtswissenschaft wohl übernommen hat, und zwar im wesentlichen in der Ausformung, die sie bei *Carl Schmitt* gefunden hatte und die das jüngere nachpositivistische Schrifttum weiter entfaltet hat, fand insoweit niemals einen günstigen Nährboden in der höchstgerichtlichen Praxis. Geradezu dogmatisiert wurde dieses restriktive Grundrechtsverständnis in einigen Erkenntnissen der 70er Jahre, in denen der Gerichtshof angebliche „klassische liberale Vorstellungen“ der Entstehungszeit bemüht hat, unter anderem um institutionelle Gehalte ausdrücklich zurückzuweisen (VfSlg 8136/77).

In den letzten Jahren hat sich der Verfassungsgerichtshof allerdings zunehmend von den selbst auferlegten Fesseln befreit und ist zu einem Wandel in der Grundrechtsjudikatur gekommen, der seine maßgeblichen Impulse von der Menschenrechtskonvention und der dynamischen Judikatur der Straßburger Instanzen bezogen hat. Der Verfassungsgerichtshof scheut sich nicht mehr, von verfassungsrechtlichen Wertentscheidungen zu sprechen, die bestimmten Grundrechten entnommen werden können, er schlüsselt den bisher ungreifbaren Wesensgehalt einzelner Grundrechte in materieller Sicht auf, er wendet sich ungeschriebenen Ordnungsprinzipien zu, die gewissen verfassungsrechtlichen Gewährleistungen zugrunde liegen, etwa im Zusammenhang mit den Verfahrensgarantien der Konvention oder der Rundfunkfreiheit. Es muß sich zeigen, wie weit der Verfassungsgerichtshof diese Ansätze, die bisher vor allem im Dienst eines weiteren Ausbaus der Rechtstaatlichkeit standen, auch auf die Familiengrundrechte der Konvention zu übertragen bereit ist. Das verfassungsrechtliche Leitbild von Ehe und Familie, das der Konvention entnommen werden kann, ist freilich diffuser, als es bei einer nationalen Verfassungsbestimmung der Fall ist. Und es ist deshalb wahrscheinlich auch offener für den sozialen Wandel. Auf den erweiterten Familienbegriff des Art. 8 der Konvention hat Herr *Steiger* ja schon aufmerksam gemacht.

Ich danke Ihnen für die Aufmerksamkeit.

Vorsitzender: Für die Schweiz jetzt Herr Kollege *Thürer*.

Thürer: Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren! In seiner Anfrage an den österreichischen und schweizerischen Berichterstatter, ob wir bereit wären, das heutige Tagungsthema einleitend für unsere Länder zu behandeln, mahnte Herr *Zacher* auf dreifache Weise zur Kürze: Zunächst unter Hinweis auf die Programmgestaltung, wonach dieser Beratungsgegenstand nicht als ein Dreiländerthema gedacht und geeignet sei; sodann höflich in Form der allgemeinen Betrachtung, daß es ein wahres Kunststück sei, sich kurz zu fassen; und schließlich, in einer dritten Intensitätsstufe, mit dem eindringlichen Hinweis, Landesreferate auf Kosten der Diskussion würden bei den Versammelten leicht Unmut auslösen.

Angesichts dieses klar und deutlich ausgesprochenen Anliegens beschränke ich mich auf einige wenige – einfache – Bemerkungen. Ich gehe dabei von der Annahme aus, daß in dem hier in Frage stehenden Gebiet die demographische und soziale Entwicklung in der Schweiz ähnlich verlaufen ist wie in Deutschland, und stelle Ihnen nur die grundlegenden schweizerischen Verfassungsgarantien zugunsten von Ehe und Familie vor, dies allerdings unter Einbezug der im

vorliegenden Zusammenhang besonders bedeutsamen Europäischen Menschenrechtskonvention.

Die *schweizerische Bundesverfassung* enthält zwei Garantien zugunsten von Ehe und Familie, die freilich je einen anderen Gegenstand aufweisen und verschieden strukturiert sind: ein subjektives verfassungsmäßiges Recht des Einzelnen auf Eheschließung auf der einen Seite und einen allgemeinen, an den Bund gerichteten Auftrag zum Schutze der Familie auf der anderen Seite. Gestatten Sie mir einige Stichworte zu den beiden Regelungen.

Im Vordergrund steht die verfassungsrechtlich gewährleistete *Ehefreiheit*. Sie wird aus Art. 54 Abs. 1 BV abgeleitet, wonach das „Recht zur Ehe . . . unter dem Schutze des Bundes“ steht. Die hier verbriefte Ehefreiheit wird jedermann zuerkannt, also als Menschenrecht verstanden. Sie schließt nach der in der Lehre allgemein vertretenen Auffassung auch die Gewährleistung des Instituts der Ehe in sich, ist aber primär als klassisches Freiheitsrecht, d.h. als Abwehrrecht gegen den Staat, konzipiert. Mit der Garantie der Eheschließungsfreiheit wendet sich die Bundesverfassung — und hier kommt der etwas altertümliche Charakter des drittältesten der heute in Geltung stehenden Grundgesetze zum Ausdruck — zunächst gegen Beschränkungen durch die Kirche und gegen Ehehindernisse polizeilicher und ökonomischer Art, wie sie seinerzeit im Recht zahlreicher Kantone vorgesehen waren. Es ist nun aber interessant festzustellen, daß das Bundesgericht dieser Verfassungsbestimmung in einem unlängst ergangenen Entscheid auch eine durchaus aktuelle Bedeutung abgewonnen hat (BGE 110 Ia 7, 13ff.). Es bezeichnete nämlich die im Kanton Zürich geltende Familienbesteuerung, also die gemeinsame Veranlagung von Einkommen und Vermögen der Ehegatten, als unzulässige Diskriminierung Verheirateter gegenüber Konkubinatspaaren und als Verstoß gegen die Ehefreiheit. Aufschlußreich aber ist nun für Sie vielleicht, daß unser oberstes Gericht im Gegensatz zum deutschen Bundesverfassungsgericht nicht so weit gegangen ist, aus der Verfassung gleich auch das Gebot zum sog. „Splitting“ abzuleiten. Vielmehr wird es dem Gesetzgeber überlassen, etwa auf dem Wege einer entsprechenden Festlegung von Tarifen und Abzügen eine verfassungskonforme Regelung herbeizuführen. Eine in diese Richtung zielende — nach Maßgabe der Lebenshaltungskosten der einzelnen Familie differenzierende — Lösung wird denn auch in der Volksinitiative „Für ehe- und familiengerechtere Bundessteuern“ angestrebt, für die zur Zeit Unterschriften gesammelt werden (BB1 1983 III 20ff., 247ff.).

Daß also, wie gesagt, die Begründung und das Institut der Ehe unter dem besonderen Schutze der Bundesverfassung stehen, bedeutet nun natürlich nicht umgekehrt, daß entsprechende *außereheliche Formen des Zusammenlebens* der Verfassung widersprechen; vielmehr sind sol-

che alternative Gemeinschaftsarten und -stile, wie sie zur Zeit in der Schweiz in etwa 6 Prozent der Mehrpersonenhaushalte praktiziert werden, als essentielle Ausdrucksweisen der Persönlichkeit durch das ungeschriebene Grundrecht der persönlichen Freiheit gewährleistet. Alte, heute allerdings kaum mehr durchgesetzte kantonale Gesetze, die das Konkubinat verbieten oder gar unter Strafe stellen, dürften sich insofern als verfassungswidrig erweisen.

Ich habe gesagt, daß die Bundesverfassung neben der Ehe auch die *Familie* unter ihren Schutz stelle. Gemeint ist damit vorab Art. 34quiquies, der – zustandegekommen als Gegenvorschlag der Bundesversammlung zu einer Volksinitiative – 1945 in die Verfassung aufgenommen wurde. Dieser „Familienschutzartikel“ besagt in seiner im ersten Absatz enthaltenen Grundsatzbestimmung: „Der Bund berücksichtigt in der Ausübung der ihm zustehenden Befugnisse und im Rahmen der Verfassung die Bedürfnisse der Familie.“ Sie sehen auf den ersten Blick, daß es sich hier um eine ausgesprochen steuerungsschwache Anordnung handelt. Der hier vorgenommenen Ausdehnung des verfassungsrechtlichen Schutzbereichs von der Ehe auf die Familie entspricht eine Einbuße an Schutzintensität. Zwar ist in Art. 34quiquies, wie die Rechtslehre annimmt, nunmehr die Familie als Institut der Rechtsordnung gewährleistet. Im übrigen aber ist der unmittelbar greifbare Gehalt der Anordnung beschränkt. Es wird nämlich zunächst einmal nach dem ausdrücklichen Willen des Verfassungsgebers nur der Bund in Pflicht genommen; die Kantone dagegen, die etwa im Bereiche des Schul- und Bildungswesens einschließlich des Stipendienwesens, der Fürsorge oder des Steuerwesens über wesentliche familienrechtlich und familienpolitisch relevante Kompetenzen verfügen, sind nicht angesprochen¹. Aber auch dem Bund wird die Führung einer Familienpolitik nicht eigentlich zum Ziel gesetzt; vielmehr soll er nur „incidental“ – bei der Verfolgung von Vorhaben mit anderer Stoßrichtung also – die Belange der Familie mitberücksichtigen. Dabei bleibt er aber an die ihm anderweitig – etwa auf dem Gebiete des Privatrechts oder des Sozialversicherungsrechts – eingeräumten Kompetenzen und an die Grundrechte gebunden.

Der in Art. 34quiquies Abs. 1 BV in allgemeiner Form niedergelegte Behördenauftrag wird nun in weiteren Verfassungsanordnungen näher ausgestaltet: so etwa in einem imperativen Auftrag zur Errichtung einer Mutterschaftsversicherung (Art. 34quiquies Abs. 4 BV),

¹ Ergänzt wird der bundesverfassungsrechtliche Schutz freilich durch die Familienschutzbestimmungen zahlreicher, vor allem neuer Kantonsverfassungen (vgl. als besonders ausgeprägtes Beispiel etwa Art. 17 der jurassischen Verfassung vom 9. März 1978).

der bis heute aber noch nicht vollumfänglich erfüllt worden ist, in den bisher nur marginal ausgenutzten Kompetenzen zur Schaffung einer Familienausgleichskasse (Art. 34quinquies Abs. 2 BV) bzw. zur Förderung eines familienfreundlichen Siedlungs- und Wohnungswesens (Art. 34sexies Abs. 1 lit. b BV) und schließlich mit dem in Art. 4 Abs. 2 BV verankerten Verfassungsauftrag zur Gleichstellung von Mann und Frau u.a. auch in der Familie, der nun allerdings mit dem neuen, am 1. Januar 1988 in Kraft tretenden Eherecht erfüllt sein wird.

Wir haben also eine auf Verfassungsstufe insgesamt eher dürftige, den Familienschutz vor allem in die Verantwortung des Gesetzgebers stellende Ordnung vor uns. Aber auch dieser hat zahlreiche familienpolitische Postulate wie etwa eine Verbesserung der Stellung der (nicht erwerbstätigen) Mutter im Rahmen der Sozialversicherungen oder die Forderung nach einem angemessenen fiskalischen oder anderweitigen Ausgleich für die von den Familien auch zugunsten der Allgemeinheit übernommenen Lasten und erlittenen Einbußen weitgehend unberücksichtigt gelassen. Der „homo oeconomicus“ also – der rein wirtschaftlich motivierte Zeitgenosse – würde daher unter den Bedingungen der heutigen Rechtsordnung zumindest dann, wenn beide Partner erwerbstätig sein wollen, wohl nach Gemeinschaftsformen außerhalb von Ehe und Familie Ausschau halten.

Ich habe bisher also die Ehefreiheit und den Familienschutz genannt, wie sie in der schweizerischen Bundesverfassung verankert sind. Das Bild wäre aber nicht vollständig, wenn man nicht die *Europäische Menschenrechtskonvention* mit in Betracht zöge. Denn diese ergänzt vor allem mit dem in Art. 8 gewährleisteten, in der Schweiz unmittelbar anwendbaren Grundrecht des Einzelnen auf „Achtung des Familienlebens“ das nationale Recht auf entscheidende Weise. Der durch die Konvention verbürgte Mindeststandard übersteigt hier ausnahmsweise den verfassungsrechtlichen Grundrechtsschutz. Lassen Sie mich dazu nur ein einziges, aber – wie mir scheint – besonders folgenreiches Beispiel aus der bundesgerichtlichen Judikatur anführen (BGE 109 Ib 186, 110 Ib 205f.). Das Bundesgericht hat nämlich in Anlehnung, wenn auch nicht in völliger Übereinstimmung mit der Spruchpraxis der Straßburger Organe zu Art. 8 Abs. 1 EMRK unlängst unter drei Voraussetzungen einen Anspruch des Ausländers auf Zugang zur bzw. zum Verbleib in der Schweiz anerkannt: wenn erstens ein Familienmitglied der betreffenden Person über ein Anwesenheitsrecht, also z.B. über das Bürgerrecht oder eine Niederlassungsbewilligung, verfügt; wenn zweitens zu dieser Person familiäre Beziehungen im rechtlichen Sinne bestehen und tatsächlich gelebt werden; und wenn schließlich drittens dem anwesenheitsberechtigten Familienmitglied nicht zugemutet werden kann, die Einheit des Familienlebens im Ausland herzustellen und fortzuführen. Der dem Ausländer nach

Maßgabe dieser Bedingungen zuerkannte Anwesenheitsanspruch steht allerdings unter dem in Abs. 2 der Konventionsbestimmung niedergelegten, weit gefaßten Vorbehalt höherwertiger Interessen der Allgemeinheit und entfaltet insofern keine über die bisherige Praxis weit hinausgehende materielle Tragweite. Bedeutsam aber ist die verfassungsrechtliche Folge, daß durch Zuerkennung eines subjektiven Rechts an die betreffenden Ausländer diesen nach Maßgabe des Verwaltungsprozeßrechtes des Bundes (Art. 100 lit. b Ziff. 3 OG) neu der Zugang zum Bundesgericht erschlossen, die sachliche Reichweite der Verwaltungsgerichtsbarkeit auf dem Gebiete des Ausländerrechts insofern beträchtlich erweitert ist. Die Menschenrechtskonvention also erweist sich auf dem hier in Frage stehenden Gebiet in der Schweiz als eine sehr ernst zu nehmende, neue Dimension des Grundrechtsschutzes².

Lassen Sie mich nun *abschließend* noch die Frage aufwerfen, ob und inwiefern der markante, in den letzten Jahrzehnten eingetretene *soziale Wandel* auf eine *Neuinterpretation* oder eine *Reform der verfassungsrechtlichen Bestimmungen* zum Schutze von Ehe und Familie hindrängt. Für die Schweiz ist es nicht schwierig, den entsprechenden Volkswillen zu ermitteln. Denn auf dem Wege der Verfassungsinitiative, die unsere Bundesverfassung zum meistrevidierten Grundgesetz der Welt machte, können neue Anliegen durch das Volk jederzeit aufgegriffen und der Wille der Behörden, der betroffenen Verbände sowie Organisationen und schließlich auch derjenige des Verfassungsgebers (Volk und Stände) laufend getestet werden. Neben diesem „plébiscite de tous les jours“, dem die schweizerische Verfassung unterworfen ist und das wohl die Rolle des Verfassungsrichters bei der Feststellung eines Verfassungswandels im Vergleich mit „stabileren“ Verfassungsordnungen etwas relativiert, laufen seit bereits zwei Jahrzehnten die Bestrebungen zur Totalrevision der Bundesverfassung. Sichtet man nun die verschiedenen Materialien zur Verfassungsreform, so erkennt man, daß — abgesehen von der bereits genannten Steuerinitiative — die Themen Ehe und Familie nicht besonders mobilisierend wirkten. Eine Ausnahme sei allerdings hervorgehoben: In einer Vernehmlassung zum Vorentwurf von 1977 zu einer neuen Bundesverfassung werden die Kinder als „les oubliés de notre société“ bezeichnet, und es wird die Zuerkennung eines gesonderten verfassungsrechtlichen Status der Kinder gefordert (Stellungnahme der „Alliance de Sociétés

² Vgl. als neuesten einschlägigen Fall etwa den Bericht der Europäischen Kommission für Menschenrechte vom 14. Juli 1986 (Bericht Nr. 11329/85) betr. die Vereinbarkeit der in einem Scheidungsurteil dem schuldigen Ehegatten gemäß Art. 150 ZGB auferlegten Wartefrist mit Art. 12 EMRK.

Féminines Suisses, Vernehmlassungen S. 4407). Auch etwa in einer sich zur Zeit im Stadium der Unterschriftensammlung befindenden Volksinitiative gegen Mißbräuche der Fortpflanzungs- und Gentechnologie beim Menschen wird durch Statuierung der Pflicht zur Bekanntgabe der Identität des genetischen Vaters im Falle einer (heterologen) künstlichen Insemination ein stärkerer Verfassungsschutz des Kindes angestrebt. In der Tat scheint die ausdrückliche Anerkennung eigener Rechte nicht nur der Frau, sondern auch der Kinder innerhalb und außerhalb der Familie ein verfassungswürdiges Anliegen zu sein. Die Anerkennung von Eigenwert, Eigensinn und Personalität des Kindes könnte sich u.a. auch zum Ausgangs- und Kristallisationspunkt wertvoller neuer Politiken entfalten, wobei z.B. an eine gezielte Kontrolle der in Zukunft vielleicht noch mehr marktwirtschaftlich ausgestalteten elektronischen Medien zu denken wäre, die ja wie die Schule, das Essen und das Schlafen den Alltagsrhythmus wohl der meisten Kinder dominieren und zu einer mit Elternhaus und Schule mächtig konkurrierenden Beeinflussungspotenz der Jugend geworden sind.

Doch mit diesem Hinweis auf mögliche Reformen soll es sein Bewenden haben. Die vielleicht etwas zufällige Hervorhebung der Rolle des Kindes möge dem Sprecher aus Zürich verziehen werden, denn dieses Anliegen hat vielleicht auch einen besonderen Bezug zu dieser Stadt. Hier hat nämlich seinerzeit auf wegweisende Art der Aufklärer *Johann Heinrich Pestalozzi* auf den Eigenwert und die Eigenwelt des Kindes und auf die Bedeutung der Familie oder – wie er sagte – der „Wohnstube“ für die Persönlichkeitsbildung hingewiesen, und in derselben Stadt hat umgekehrt angesichts der Zürcher Jugendunruhen unlängst ein Psychiater (*Heinz Stefan Herzka*) davor gewarnt, die seinerzeit geforderte Eigenwelt der Kinder und Jugendlichen drohe unter den heutigen Bedingungen zur eigentlichen „Jugendaparthoid“ zu werden. Ein Thema also, das uns – wie Sie sehen – beschäftigt. Nehmen Sie es als Erklärung für meine Einseitigkeit.

Vorsitzender: Vielen Dank den Herren Kollegen *Berka* und *Thürer* für diese instruktiven Korreferate.

Wir kommen jetzt zur Diskussion. Die Themenvorgaben gliedern sich m.E. ganz zwanglos in drei Gruppen, nämlich erstens: grundsätzliche und methodische Probleme, zweitens: speziell die Auslegung des Art. 6 GG und drittens: Einzelfragen, z.B. uneheliche Kinder, Steuerfragen, Ausländer usw.

Das erste Wort hat Herr *Oppermann*.

Oppermann: Verehrte Frau Kollegin, verehrte Kollegen, dem ersten Diskussionsteilnehmer bleibt hier nicht nur die Pflicht, sondern die sehr angenehme und aus dem Herzen kommende Möglichkeit,

dem Vorstand und natürlich vor allem den Referenten für die Wahl des Themas und die Durchführung zu danken.

Wir haben zwei vorzügliche Referate gehört, die – soweit das in diesem Zeitmaß möglich ist – das Thema voll ausgeschöpft haben, in einer überzeugenden und auch weit über das Juristische, wenn ich etwa an Herrn *Steiger* denke, hinausgreifenden Art und Weise. Ich dachte manchmal sogar, daß es eigentlich schade war, daß der heutige Vormittag nicht zum Teil des Damenprogrammes gemacht worden ist. Viele unserer Damen hätten, lieber Herr v. *Campenhause*n, bei manchen Bemerkungen, die Sie über das Steuerrecht und Sozialrecht gemacht haben, ihre helle Freude gehabt. Aber das nur als kleine Nebenbemerkung. Erlauben Sie mir zunächst zwei grundsätzliche Feststellungen.

Sehr wichtig fand ich als erstes, daß Sie, Herr v. *Campenhause*n, die gerade für uns in Deutschland besonders bestehende faktische Brisanz des Themas hervorgehoben haben. Man sollte das nicht als etwas Äußerliches abtun. Hinter diesen alarmierenden demographischen Zahlen, die Sie sehr klar angedeutet haben, spiegeln sich sozial-ethische Überzeugungen, die stark in den Fortgang unserer Geschichte miteingehen. Was wir in Deutschland an Geburten- und Bevölkerungsrückgang vor uns haben, ist weltweit gesehen eine singuläre Entwicklung! Ich will gar nicht auf die Dritte Welt sehen, wo das Problem entgegengesetzt ist, Eindämmung der Bevölkerungsexplosion und ähnliche Dinge. Auch wenn man sich in Europa umblickt, stehen wir in der Bundesrepublik am Ende der Skala, sogar die DDR ist uns in diesem Falle ein klein wenig voraus – im positiven Sinne. Wir haben es hier mit einer etwa zwanzigjährigen Entwicklung zu tun, in der sich gewisse moralische und politische Besonderheiten unseres deutschen Schicksals nach 1945 widerspiegeln, die meines Erachtens eine vorübergehende Erscheinung darstellen. Vielleicht ist es eine Art zeitweiliger Degenerationserscheinung aufgrund der außerordentlichen Belastungen unseres Landes durch Diktatur, Krieg, Niederlage, Teilung der Nation, allzu raschen äußeren Wiederaufbau. Insofern würde ich Ihrer These zustimmen, daß man, bevor man von Verfassungs- und Wertewandel spricht und starke verfassungsrechtliche Konsequenzen hieraus ableitet, diese Entwicklung noch eine gewisse Weile weiter beobachten sollte. Eigentlich ist die Rückkehr zur Normalität wahrscheinlich.

Ein zweites: beide Referenten haben sich vorzüglich ergänzt und sie sind, da würde ich Ihnen, Herr *Zacher*, ein klein wenig widersprechen, im Grunde gar nicht so weit voneinander entfernt. Vielleicht ergaben sich gewisse Unterschiede mehr aus der Diktion der Referate. Herr *Steiger* hat etwas stärker in die Harfe des sozialwissenschaftlichen Deutsches gegriffen. Daraus ergaben sich unterschiedliche Betonun-

gen, die aber mehr semantisch waren. Ich hatte das Gefühl, wenn man beide Referenten zusammensetzen würde, um sich über irgendwelche konkreten familienrechtlichen, eherechtlichen und sonstigen Fragen zu unterhalten, würden sie in 95% der Fälle sehr nahe beieinander liegen, wenn nicht gar übereinstimmen. Vielleicht mit gewissen Unterschieden, was etwa den erweiterten Familienbegriff anbetrifft.

Es gab allerdings auch gewisse Übereinstimmungen in dem, was fehlte. Ich habe mich gewundert, daß beide Referate den reichen Born der Landesverfassungen zu diesem Thema überhaupt nicht ausgeschöpft haben. Vielleicht war das eine bewußte arbeitsökonomische Entscheidung, aber ich habe es doch ein wenig bedauert. Hier in Bayern denkt man natürlich insbesondere an die Klausel, welche gar die Säuglingspflege auf die Höhe des Verfassungsrechts erhoben hat, was ich nicht ironisiere. Ganz allgemein gesprochen, enthalten die Landesverfassungen weitgehende Ausformulierungen dessen, was in den Referaten behandelt wurde. Meine Frage: Warum ist das nicht angesprochen worden? Um so erfreulicher, daß insbesondere Herr *Steiger* die europäischen Aspekte gebracht hat.

Abschließend noch zwei Bemerkungen zum Inhalt: In einem Punkte ergab sich eine Unterschiedlichkeit der Referate, wobei ich Herrn *v. Campenhausen* folgen würde. Er hat stärker den objektiven Charakter der Institute Ehe und Familie hervorgehoben, mehr als Herr *Steiger*, der auf das Subjektive abgehoben hat. Art. 6 ist aber in der Tat die Aufnahme, schon in die Weimarer Verfassung und jetzt ins Grundgesetz, von alten Kulturnormen im Sinne sozialetischer Rechtstat-sächlichkeiten. Sie haben das im Grunde ähnlich ausgedrückt, Herr *Steiger*, wenn ich an Ihre Schlußbemerkung anknüpfen darf, als Sie an die guten Sitten anknüpften. Das verfassungsrechtlich Wichtige ist diese Objektivierung und der Geltungsanspruch der in Art. 6 benannten Rechtsinstitute. Daß daneben ein weiter subjektiver Spielraum zur Ausfüllung des Binnenraumes von Ehe und Familie gemäß zeitbedingten Anschauungen vorhanden ist, mag sein. Aber das verfassungsrechtlich Primäre liegt in der Verobjektivierung der beiden Institute.

Schließlich meine letzte Bemerkung. Für mich neu, habe ich den Eindruck gewonnen, daß die Familiengarantie noch wichtiger ist als die Ehegarantie. Sie ist die wichtigere, weil sie die umfassendere ist. Wir haben es bei der normalen Familienbeziehung nicht mit einem Zweier-, sondern mit mindestens einem Dreiverhältnis zu tun. Das Kind, das notwendigerweise in seiner grundrechtlichen Position etwas begrenzt ist, ist im Grunde dasjenige Bezugsobjekt, auf welches bei der Auslegung der Familiengarantie bei jeder Einzelfrage besonders mitgesehen werden muß. Sie, Herr *v. Campenhausen*, haben das bei Ihrer begrenzten Ausdehnung des Familienbegriffes auf die „neue Großfamilie“ – Stichwort Art. 6 Abs. 5 – ausgedrückt. Herr *Steiger* ist da

noch weiter gegangen. In dieser Richtung muß man ganz entschlossen weiterdenken. Man könnte sagen, daß die Kindeswohlentscheidung immer der Testfall für die richtige Auslegung der Familiengarantie unter vielerlei Einzelaspekten ist, die ich jetzt nicht ansprechen möchte.

Wir haben insgesamt zwei Referate gehört, die uns gezeigt haben, daß wir es bei Art. 6 GG mit einer echten Verfassungsgarantie zu tun haben, die nicht nur subjektiv Verschwimmendes enthält, sondern einen sehr klar herauszuarbeitenden harten Kern, von dem starke Ausstrahlungswirkungen in verschiedenste Bereiche des einfach-gesetzlichen Rechtes ausgehen. Dafür schulden wir beiden Referenten Dank!

Vorsitzender: Herr *Grimm*, bitte.

Grimm: So wie das Thema formuliert war, hätte es zu ausgiebigen methodologischen Betrachtungen über das Verhältnis von Verfassungsrecht und sozialer Wirklichkeit Anlaß geben können. Beide Referenten sind dieser Versuchung aus dem Weg gegangen. Sie haben nicht eigentlich über Verfassung und sozialen Wandel am Beispiel von Ehe und Familie, sondern über Ehe und Familie unter Berücksichtigung von sozialem Wandel gesprochen. Trotzdem scheint mir im Methodischen der wesentliche Unterschied zwischen den beiden Referaten zu liegen, die ich für gegensätzlicher halte als Herr *Oppermann*. Während Herr *von Campenhausen* einen Ansatz gewählt hat, den man als substantiell bezeichnen könnte, ist Herr *Steiger* von einem funktionalen Ansatz ausgegangen. Unter diesen beiden Ansätzen verdient meines Erachtens der funktionale *Steigersche* verfassungsdogmatisch den Vorzug. Herr *von Campenhausen* entwickelt seine Interpretation, und das nenne ich substantiell, aus dem *Wesen* der Ehe. Mit diesem Wesen stehen und fallen seine Schlußfolgerungen. Solche Wesens-Argumentationen sind aber zwei Gefahren ausgesetzt. Die eine besteht darin, daß das Wesen einer Institution dem Verfassungsrecht stets vorausliegt und daher Interpretationsgehalten das Tor öffnet, die von einem vorgefaßten Begriff an die Verfassung herangetragen werden, wie mir auch im vorliegenden Fall die Rückbindung der Auslegungen an Art. 6 GG nicht durchweg erkennbar geworden ist. Die zweite und für das heutige Thema bedeutsamere Gefahr liegt darin, daß man mit dem Zugriff über das Wesen von Ehe und Familie den sozialen Wandel dogmatisch nicht erfassen kann, denn es scheint mir geradezu das Wesen des Wesens zu sein, daß es gegen sozialen Wandel unempfindlich ist. Auch wenn der soziale Wandel noch so tief greift, bleibt davon doch das Wesen der Ehe unberührt, und das Schlimmste, was ihr geschehen kann, ist, daß sie keine Entsprechung mehr in der Realität hat. Im Unterschied dazu fragt Herr *Steiger*, welche *Funktionen*, die Ehe und Familie für Indi-

viduum und Gesellschaft erbringen, grundrechtlich geschützt sind. Mit diesem funktionalen Ansatz hat er nicht nur sichereren Boden unter den Füßen. Anders als Herr *von Campenhausen* ist er vielmehr auch für sozialen Wandel offen, denn wenn die Realanalyse ergibt, daß die verfassungsrechtlich geschützte Funktion zum Teil an Institutionen ausgewandert ist, die keine Ehen und Familien im traditionellen Sinn darstellen, dann müssen diese Institutionen ebenfalls in den grundrechtlichen Schutz einbezogen werden. Die praktische Relevanz des Unterschieds zeigt sich zum Beispiel an den Ausführungen der Referenten über die rechtliche Behandlung nichtehelicher Lebensgemeinschaften. Herr *von Campenhausen*, der Art. 6 GG als Wesensschutz betrachtet, kommt zu dem Ergebnis, daß das Wesen der Ehe von dem sozialen Wandel, den er durchaus eindrucksvoll geschildert hat, völlig unberührt geblieben ist, so daß für ihn auch keinerlei Notwendigkeit besteht, den verfassungsrechtlichen Schutz auf nichteheliche Lebensgemeinschaften zu erstrecken. Zwar ist dem Gesetzgeber nach Herrn *von Campenhausen* eine Regelung nicht verboten, aber die Verfassung verhält ihn nicht dazu. Damit nähert er sich dem frühliberalen Freiheitsverständnis wieder an, das von den tatsächlichen Voraussetzungen der Freiheit abgesehen hatte. Wer nichteheliche Lebensformen bevorzugt, tut das in Kenntnis des Risikos und verdient deswegen auch keinen Schutz. Das ist eine Grundrechtsinterpretation, die wir heute bei keinem anderen Grundrecht mehr für akzeptabel halten würden. Dagegen ist es Herrn *Steiger* aufgrund seines funktionalen Ansatzes möglich, die grundrechtliche Schutzpflicht auch dort zur Geltung zu bringen, wo die von Art. 6 GG gemeinte soziale Funktion andernorts als in der traditionellen Ehe und Familie erbracht wird, ohne daß deren Schutz deswegen zugunsten neuer Lebensformen verkürzt würde, denn Ehe und Familie genießen nach Art. 6 GG *besonderen* Schutz. Auch in den Konsequenzen erweist sich damit der *Steigersche* Ansatz als der fruchtbarere, was mich freilich nicht hindert, viele der *v. Campenhausenschen* Bemerkungen zum Renten- und Steuerrecht vorbehaltlos zu akzeptieren. Das Grundproblem des Verhältnisses von Verfassungsrecht und sozialem Wandel bleibt freilich nach beiden Referaten noch offen. Dabei geht es um die Fragen, durch welches normative Medium sozialer Wandel rechtsdogmatisch überhaupt folgenreich wird, welche Art und welcher Grad sozialen Wandels interpretatorische Reaktionen erfordert und wie man sich insoweit die Funktionsverteilung zwischen verfassungsänderndem Gesetzgeber und verfassungsanwendenden Instanzen vorzustellen hat. Hier sehe ich nach wie vor einen erheblichen Klärungsbedarf, so daß diese Frage sehr wohl noch ein weiteres Mal Gegenstand einer Tagung sein könnte.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Grimm*. — Herr *Pirson* bitte.

Pirson: Ich darf etwas sagen zu dem Prozeß der Subjektivierung, wie ihn in erster Linie Herr *Steiger* angesprochen hat im Hinblick auf dessen Bedeutung für die Verfassungsgarantie von Ehe und Familie. Es ist unbestreitbar, daß Ehe und Familie einem steten Wandel ausgesetzt sind. Die Kunst der Verfassungsauslegung ist es, die Konstante innerhalb des Wandels zu bestimmen. Unleugbar ist, daß eine Garantie zugunsten von Ehe und Familie eine Konstante bezeichnet, die gegenüber dem Wandlungsprozeß Bestand haben muß. Herr *Steiger* hat überzeugend dargelegt, daß hierfür der Rückgriff auf den Ordnungskern im Sinne des Bundesverfassungsgerichts, auf einzelne Elemente aus dem Herkommen, unbehelflich ist. Es ist auch unmöglich, ein verfassungsrechtlich gesichertes Leitbild zu ermitteln, weil ein solches irgendwie weltanschaulich geprägt sein würde. Herr *Steiger* hat auf den langanhaltenden Emanzipationsprozeß hingewiesen, der seit Beginn der Neuzeit die Vorstellungen von Ehe und Familie bestimmt. Man muß aber doch etwas näher fragen, wovon man sich emanzipiert hat. Im Verfassungsrecht hilft die Formel „Emanzipation von selbstverschuldeter Unmündigkeit“ wenig. Im Bereich des Rechts emanzipiert sich der neuzeitliche Mensch von Statusbindungen, von unverfügbaren Einordnungen in ständische Verhältnisse. Sein Verhältnis zum Staat wird unmittelbar. Statusverhältnisse sollen keine Rolle mehr spielen für die Rechtsstellung. Auch Ehe und Familie waren eingegliedert in die ständischen Ordnungssysteme, waren in gewissem Maße selbst Stand. Jener ständische Charakter von Ehe und Familie ist zweifellos weggefallen. Es stellt sich aber die entscheidende Frage: Bedeutet die Ablösung jener unverfügbaren personalen Einbindung in bestimmte Statusverhältnisse, daß auch Ehe und Familie ihre Bedeutung als unverfügbare personale Zuordnung einbüßen? Die rechtliche Bindung des einzelnen an Ehe und Familie ist eben strukturell vergleichbar mit früheren Bindungen an ständische Systeme. Bei der Beurteilung der Verfassungsgarantie angesichts des Wandels im Verständnis von Ehe und Familie geht es darum, ob jenes Element der unverfügbaren Zuordnung als Merkmal von Ehe und Familie entfallen ist. Bei der Antwort hat man zu beachten, daß es bei der Verfassungsgebung im 20. Jahrhundert nicht darum gehen kann, ideelle Leitbilder festzustellen, sondern darum, daß der Staat das Selbstverständnis hinsichtlich seiner Versorgungsaufgabe festlegt. Der Versorgungsaufgabe die ihm zugefallen ist, nachdem alle ständischen Versorgungseinrichtungen beseitigt worden sind. Wenn in dieser Situation der Verfassungsgebung ausgesprochen wird, Ehe und Familie sollen unter besonderem staatlichen Schutz stehen, dann heißt dies doch, daß die herkömmlicherweise durch Ehe und Familie vermittelte personale Zuordnung um ihrer Bedeutung für die Aufgabe des Staates als Sozialstaat willen relevant bleiben soll und gesichert werden muß. Das Entscheidende an der Verfassungsga-

rantie ist also, daß der Staat die verlässliche personale Zuordnung nicht überflüssig macht oder selbst gefährdet. Von diesem Ausgangspunkt kann man einen Ordnungskern ermitteln und damit auch die Elemente von Ehe und Familie, die von der verfassungsrechtlichen Bestandsgarantie erfaßt sind. Nur kurz einige Folgerungen für die Gesetzgebung: Natürlich kann es nicht Aufgabe des Staates sein, auf die Gesellschaft einzuwirken, damit ein Wandel in der Beurteilung von Ehe und Familie unterbleibt, damit also die Ehemoral in irgendeiner Weise gehoben wird, wie es Kaiser Augustus versucht hatte. Aber die staatliche Gesetzgebung darf nicht selbst zum Anlaß dafür werden, daß die personale Zuordnung ihre soziale Relevanz verliert. Herr von *Campenhaußen* hat auf einen Punkt hingewiesen, auf die unzweckmäßige Steuer- und Rentengesetzgebung. Es ist aber auch darauf zu verweisen, daß das Scheidungs- und Scheidungsfolgenrecht eine solche Wirkung haben kann. Ich sage nicht, daß das gegenwärtig der Fall ist. Wenn durch das Scheidungsrecht eine Situation vermittelt wird, daß Eheschließende nicht mehr die Verlässlichkeit haben, daß die Ehe eine personale Zuordnung auf Dauer ist, wenn also nicht einmal mehr die erwähnte intentionale Dauerwirkung vorhanden ist, weil die Scheidungsgründe die Kündbarkeit erlauben, dann ist jenes entscheidende Verfassungselement in Frage gestellt. Oder wenn das Scheidungsfolgenrecht eine Situation entstehen läßt, wonach für Eheschließende der Bestand der Ehe ungewiß und die Scheidungsfolgen unabsehbar sind, dann wird ein Hinderungsgrund für das Eingehen der Ehe geschaffen, der sehr viel massiver wirkt, als manche der sogenannten Heiratswegfallklauseln im Sozialrecht, die man ohne weiteres für verfassungswidrig hält.

Vorsitzender: Vielen Dank. Herr *Zacher*, wenn Sie so nett sind, mal vorzumachen, wie man das kurz und bündig macht.

Zacher: Sie treffen mich, wie immer, bei meiner größten Stärke. Ich wollte den Ansatz von Herrn *Grimm* aufgreifen und Ihre Aufmerksamkeit noch einmal auf die rhetorische Frage lenken, daß die Erträge der Diskussion vielleicht noch eine weitere Tagung vorbereiten. Ich habe den Referaten zu der methodischen Frage zunächst entnommen, daß es so etwas gibt wie *Wandelprophylaxe* oder *Wandeltherapie*. Ich würde das, was Sie alles genannt haben, um das Steuerrecht und das Sozialversicherungsrecht so zu gestalten, daß nicht jeder, der verheiratet ist und Kinder hat, der Dumme ist, und der Single oder der Kinderlose der Gescheite, als Wandelprophylaxe oder Wandeltherapie bezeichnen. Ich glaube aber, es gibt da noch etwas Zweites. Ich würde es *Interpretationshygiene* nennen. Ich meine damit, daß der Wandel nicht in der Weise von der Interpretation und von der Anwendung aufgesogen wird, daß der Kern des Grundrechts Schaden leidet. Ich

möchte dazu ein Beispiel aus einer anderen institutionellen Garantie nehmen, nämlich aus dem Eigentum. Ich halte, obwohl sie mittlerweile ganz anerkannt ist, nach wie vor die Entscheidung, daß sozialrechtliche Anwartschaften Eigentum sind, für höchst gefährlich für das Grundrecht des Eigentums. Damit wird etwas, was aus dem Allgemeinen genommen werden muß, jenem Eigentum, das ausscheidbar ist, das individualisierbar ist, gleichgestellt. Damit wird in das Eigentum ein unglaubliches Maß an Verfügbarkeit hineingebracht. Um die Relativität dieses aus dem Allgemeinen zu schöpfenden Eigentums einzubringen, wird ja immer der Vorbehalt gemacht, „Eigentum“ sei nur das Stammrecht, und alles andere dürfe der Gesetzgeber gestalten. Etwas Ähnliches haben wir auch wieder im Familienrecht – auch ein Problem der Interpretationshygiene: das Kindeswohl. Es wurde von Herrn *Oppermann* schon als Beispiel genannt. Wir haben das Elternrecht als Garantie der Autonomie der Familie. Durch die Gleichberechtigung, durch wachsende Grundrechtsmündigkeit und durch immer mehr Verwerfungen im familiären Leben wachsen aber immer weniger Kinder in der ehelich-elterlichen Familie auf. Immer mehr Intervention des Vormundschaftsgerichts, immer mehr Intervention des Jugendamtes werden notwendig. Und für diese „kranken“ Fälle, diese vom Ausgangskonzept der familiären Autonomie her unvollständigen, „gebrochenen“ Fälle, für diese Fälle, in denen eben interveniert werden muß, da kann sich die Entscheidung natürlich nur am Kindeswohl orientieren. So kommt das Bundesverfassungsgericht zu dem Schluß: Elternrecht sei an sich gleich Kindeswohl. Das halte ich für eine Sünde wider den Geist des Elternrechts. Ich meine: Wandel sollte nicht in der Weise aufgegriffen werden, daß der Kern des Grundrechts geschädigt wird.

Damit sind wir aber immer noch nicht bei dem Problem: Was passiert in den Fällen, in denen mit Interpretationshygiene, in denen mit Wandelprophylaxe und -therapie nicht zu helfen ist? Was tun wir da? Dann sind wir bei dem *methodischen Kernproblem*, von dem auch Herr *Grimm* gesprochen hat. Da kommt, wie am Beispiel von Ehe und Familie zu zeigen ist, eine *innere Spannung in das Grundrecht* hinein. Ich sehe: das Grundrecht sichert einerseits das Modell einer rechtlichen Bindung in der Ehe als Grundlage der Familie, auf der anderen Seite die Funktion der Familie. Was aber, wenn das auseinanderdriftet, wenn „familiäre Gemeinschaften“ von Menschen begründet werden, die keine rechtliche eheliche Bindung eingegangen sind und eingehen wollen? Hier schwäche ich natürlich, wenn ich auf der rechtlichen Bindung beharre und sage, alles andere vernachlässige ich, im gewissen Sinne den Schutz der Familie. Wenn ich aber die „Familie“ auch ohne die Voraussetzung der rechtlichen Ehe schütze, schädige ich nicht nur die Garantie der Ehe, sondern auch den Wert, den die recht-

lich gebundene Ehe für die Familie bedeutet. Ich habe hier ein ganz massives grundrechtsinternes Problem. Und der Aufforderung von Herrn *Kriele* folgend möchte ich bei der Nennung dieses Problems aufhören.

Vorsitzender: Herr *Roellecke*, bitte.

Roellecke: Ich möchte mich dem Dank Herrn *Oppermanns* an den Vorstand für die Wahl des Themas nachdrücklich anschließen. Mir ist kein Beispiel eingefallen, an dem man den Wandel der Verfassung deutlicher demonstrieren könnte als am Problem von Ehe und Familie. Verfassungswandel bedeutet nach dem, was ich heute morgen gelernt habe, Einsicht in die begrenzte Steuerungskraft der Verfassung. Die Entwicklung von Ehe und Familie zeigt, daß es soziale Veränderungen gibt, denen auch der verfassungstreueste Gesetzgeber ziemlich hilflos ausgeliefert ist. Herr *Steiger* hat dargelegt, daß die Entwicklung von Ehe und Familie auch durch ein Prinzip veranlaßt und mitgetragen wird, das zu den grundlegenden Prinzipien jedes modernen Rechtes gehört, nämlich durch die Orientierung des Rechtes am Individuum. Er hat das die Subjektivierung des Rechtes genannt. Diese Individualorientierung des Rechtes ist nicht gerade institutionenfreundlich. Da sie aber das Recht dominiert, ist es nicht erstaunlich, daß Gesetzgebung und Verfassungsrechtsprechung nicht besonders, sagen wir: familienfreundlich entscheiden. Nun kann man die Individualorientierung unserer Rechtsordnung nicht einfach aus dem Recht herausnehmen, man kann sie noch nicht einmal isolieren. Politik, Gesetzgebung und Dogmatik müssen damit leben. Ich meine, deshalb müßte man bei der Interpretation des Art. 6 Abs. 1 nicht bei den Institutionen ansetzen, sondern bei ganz bestimmten Individuen, nämlich bei den Kindern. Schutz und Förderung der Kinder muß der entscheidende Auslegungsgesichtspunkt sein, nicht die Persönlichkeitsentfaltung der Eltern und anderer Familienangehöriger.

Herrn *von Campenhausen* stimme ich in allen wesentlichen Punkten zu. Nur mit dem Problem der Sittlichkeit von Ehe und Familie habe ich Schwierigkeiten. Herr *von Campenhausen* hat selbst auf den kontinuierlichen Wandel der Familie hingewiesen. In der Tat muß man die heutigen Probleme auch historisch verstehen. Das kann ich nicht im einzelnen darlegen. Erlauben Sie aber einige Stichworte.

Im Ständestaat waren Ehe und Familie mit Funktionen überlastet, besonders mit politischen Funktionen. Denken Sie an das Erbfolge-recht in den Territorien oder daran, daß die Standeszugehörigkeit durch die Geburt vermittelt wurde. Die Folge war eine Veräußerlichung der Ehe. Stichwort: Mätressenwirtschaft. Nun, der mehr oder weniger laute Kampf des Bürgertums gegen die Adelsherrschaft setzte

auch hier an. Der veräußerlichten aristokratischen Ehe wurde das Ideal der individuell-personalen, ganz auf Liebe gegründeten bürgerlichen Ehe entgegengehalten. Das verschaffte dem Bürgertum einen moralischen Vorsprung, in dem es sich freilich auch verdingte, als es sich gegen den Adel durchgesetzt hatte. Die – sagen wir – viktorianische Heuchelei stammt aus dieser Quelle. Immerhin: die Heimlichkeit des Lasters ist die Anerkennung der Tugend. Nur, darin steckt auch unser heutiges Problem.

Wenn man eine funktionsüberladende Ehe moralisch mit der Begründung diskreditiert, es komme auf personale Liebe und Treue an, dann setzt man sich der Frage aus, was denn Ehe anderes ist als eine uneigentliche Veräußerung von Liebe und Treue. Genau diese Frage wird heute immer häufiger gestellt. Aus zwei Gründen ist sie schwer zu beantworten. Einmal knüpft sie an genau die Voraussetzung an, die die bürgerliche Ehe trägt. Zum anderen kann man bei dieser Voraussetzung nur äußerliche und damit entfremdende Gründe anführen, wenn man die Ehe rechtfertigen will. Das heißt, man verwickelt sich in Widersprüche, wenn man die bürgerliche Ehe verteidigt, und diese Widersprüche kann das Verfassungsrecht nicht aufheben. Auch deshalb muß man Art. 6 Abs. 1 GG dahin auslegen, daß er Ehe und Familie nicht um ihrer selbst willen, sondern um ihrer sozialen und gesellschaftlichen Funktion willen schützt. Diese Funktion müßte man näher klären. Allerdings müßte es sich um Funktionen der Institution handeln. Insofern unterscheidet sich meine Position wohl von der Herrn *Grimms*. Ich meine, beide Referenten haben zur Klärung der Funktion der Ehe Wesentliches beigetragen.

Vorsitzender: Vielen Dank. Herr *Häberle*.

Häberle: Herr Vorsitzender, verehrte Kolleginnen und Kollegen. Dichter stiften Beständigeres als Staatsrechtslehrer. Sie sehen auch weiter und tiefer. Das läßt sich auch für unser heutiges Thema „Familie“ dank zweier Klassikertexte belegen. Sie erinnern sich gewiß an unsere Freiburger Staatsrechtslehrertagung (1985). Wenn man sich dort in das Damen- bzw. Rahmenprogramm einreihete, konnte man in Murten ein Denkmal für *Jeremias Gotthelf* mit seinem berühmten Satz entdecken: „Im Hause muß man beginnen, was leuchten soll im Vaterland“. In *Adalbert Stifters* „Nachsommer“ findet sich der Satz: „Weil alles, was im Staate und in der Menschlichkeit gut ist, von der Familie kömmt“, ebenfalls eine tiefe staatsphilosophische Weisheit. Dies vorausgeschickt, möchte ich das Grundsätzliche in dreifacher Hinsicht ein wenig weiter verfolgen. Das *erste* Stichwort gilt Ihren Grundsatzfragen, Herr Vorsitzender, ich meine den Zusammenhang zwischen der Rechts- und Staatsphilosophie bzw. der Verfassungstheo-

rie einerseits und der Familientheorie bzw. dem Denken über Familie andererseits. Das *zweite* Stichwort gilt der Verarbeitung des kulturellen Wandels im Verfassungsstaat, auch den Faktoren und Äußerungsformen dieses Wandels, ich erinnere schon hier an das von *Ulrich Scheuner* für die Familie i.S. von Art. 6 GG geprägte schöne Wort von der „Mittelzone“ zwischen Stabilität und Dynamik. Das *dritte* Stichwort gilt der Familienpolitik als Grundrechts- und Bevölkerungspolitik, der Familienförderung als Staatsaufgabe bzw. „Grundrechtsaufgabe“ im Verfassungsstaat.

Zunächst zum *ersten* Punkt. Herr *Steiger* hat, wenn ich das so sagen darf, in rechtsphilosophischer Tiefendimension gedacht und z.B. *Hegel* zitiert und verarbeitet. Diesem Ansatz kann man nur zustimmen. Klassikertexte aus mehr als zwei Jahrtausenden von *Platon* über *Marx/Engels* bis zur Gegenwart lassen erkennen, daß es eine Art „kulturelle Analogie“, eine Parallelität gibt im Denken der Staatstheoretiker über den Staat und die Familie. An einem heutigen Beispiel belegt: Beide Referenten haben die Generationendimension betont, soeben hat Herr *Saladin* verfassungstheoretisch die „Verantwortung“ auch im Blick auf die späteren Generationen akzentuiert. Denkt man heute verfassungsstaatliche Verfassungen auch in der Generationenperspektive, z.B. im Sinne von Verfassung als Generationenvertrag, so hat dies seine Entsprechung im Verständnis der Familie. Ihre Prozesse der kulturellen Sozialisation sollen „Verantwortung“ einüben. Das hat Konsequenzen für das Verhältnis der drei Generationen einer „Familie“, die Großeltern können mit dazugehören. Ich stimme Herrn *Steigers* begrenzter Öffnung des Begriffs Familie i.S. des Grundgesetzes zu. Demgegenüber ist der Begriff „Ehe“ in unserem kulturellen Kontext „geschlossen“ zu halten, so verführerisch „Öffnungen“ hier sein könnten, „Familie“ ist also von der „Ehe“ begrifflich abzukoppeln. — Jetzt zum *zweiten* Punkt, zur Theorie von Stabilität und Wandel: Hier sollten wir erkennen, daß Verfassungen des Typus „Verfassungsstaat“ normalerweise in Wachstums- und Entwicklungsprozessen stehen, die etwa in Verfassungsänderungen greifbar sind, aber auch durch Gesetzgebung und gelebtes Selbstverständnis der an Familienleben Beteiligten bewirkt werden. Ich nenne einige Beispiele aus dem unerschöpflichen Fundus der Verfassungsvergleichung: So ist es 1984 im Kanton Genf zu einer Teilrevision gekommen, in der die Familie als „cellule fondamentale“ bezeichnet wird; ihre Rolle in der Gemeinschaft solle verstärkt werden. In mehreren neuen Kantonsverfassungen der 80er Jahre ist die Aufgabe der Stärkung und Förderung der Familie durch den Staat umschrieben. Herr *Oppermann* hat vorhin zu recht das jeweilige Landesverfassungsrecht im Bundesstaat stärker berücksichtigt wissen wollen. In all diesen neuen Textbildern spiegeln sich Vorgänge kulturellen Wandels, die Verfassungstexte steuern solche aber auch.

Eine Pioniertat leistet die neue Verfassung von Portugal (1976/82). Nach der portugiesischen Verfassung hat die Familie ein Recht auf die Verwirklichung aller „Bedingungen für die Persönlichkeitsentfaltung aller Familienangehörigen“. Diese Persönlichkeitsentfaltung auch, aber nicht nur der Kinder zeigt eine neue Etappe in der Textstufenentwicklung des Verfassungsstaates als Typus. Sie harmoniert mit der Subjektstellung aller Familienangehörigen, auf die beide Referenten hingewiesen haben. — Jetzt ein Wort zum *dritten* Stichwort, ich habe ja noch eine halbe Minute Redezeit. Wie begründen wir im Verfassungsstaat die Aufgabe der Familienpolitik bzw. -förderung? Große Zustimmung zu Herrn *Steigers* Einordnung der Familienförderaufgabe als „Staatsziel“ (Leitsatz 30)! Meines Erachtens ist Familienpolitik bzw. -förderung von einem *doppelten* Ansatz her zu begründen. Zum einen von Art. 6 GG als Grundrecht her: Personalität und „Persönlichkeitsentwicklung“ i.S. Portugals rechtfertigen staatliche Grundrechtspolitik wegen der durch die Familie erfüllten Funktionen für die Grundrechte der ihr angehörenden. Zum anderen sollte aber auch die Aufgabe der *Bevölkerungspolitik* enttabuisiert werden, einer der Referenten sprach von ihr. Der demokratische Verfassungsstaat hat durchaus die Kompetenz, sein sog. „Element“ Staatsvolk auch quantitativ mindestens auf dem status quo eines Kulturvolkes zu halten. Bevölkerungspolitisch legitimierte Familienpolitik erfüllt hier Weimars „Volkserhaltung ist Staatszweck“. Vielen Dank.

Vorsitzender: Herr *Scholler*, bitte.

Scholler: Meine verehrten Kolleginnen und Kollegen. Ich möchte ganz kurz sein und die fünf Minuten unterschreiten. Zunächst eine Fußnote und dann zwei Fragen. In der Fußnote möchte ich mich mit der Ätiologie beschäftigen, die Herr *von Campenhausen* dadurch zu erklären versuchte, daß er meinte, es seien wirtschaftliche oder kommerzielle Gründe, die vorwiegend junge Paare veranlassen, kinderlos zu bleiben. Das ist sicher richtig, und als Vater von drei Kindern weiß ich, was Kinder kosten. Ich glaube aber, daß man da tiefer greifen muß, und dazu dient mir ein Polizeirechtsfall aus Hamburg. Dort ging ein junger Ehemann, sicher kinderlos, mit seinem Löwen spazieren und löste eine Polizeiaktion von vierzehn Polizeidienstwagen aus. Ich glaube, ein Löwe ist teurer als ein Kind. Was veranlaßt moderne Ehepaare, sich Exoten zu halten, und keine Kinder zu haben? Sicher nicht der Wunsch nach Sparen. Man kann es vielleicht so umschreiben: Es liegt das Substitut des erziehungsbedürftigen, unbequemen Kindes durch das bequeme, weil bezähmbare, Tier vor. Frage eins zur Methode: Herr *von Campenhausen*, haben Sie nicht den Begriff der Ehe zu stark am vorverfassungsrechtlichen Gesamt-

bild oder am BGB ausgerichtet? Wenn die polygame Ehe von Ausländern geschützt sein soll, und das soll sie auch, warum nicht die „common-law-Ehe“ von Paaren, die zusammengelebt haben in den Vereinigten Staaten und die dann hier leben, und warum sollen dann Menschen, die auf Dauer zusammenleben wollen, nicht auch diesen Schutz genießen? Ich verstehe das methodisch nicht. Zweite Frage nach dem Familienbegriff. Die beiden Referenten gehen eigentlich davon aus, daß der Familienbegriff durch Richterrecht zusammengeschumpft sei auf die Kleinfamilie. Ja, warum eigentlich? Kann Richterrecht so etwas schaffen? Ich bin ganz sicher, daß bis zum Ersten Weltkrieg und darüber hinaus auf dem Lande und in den Kleinstädten immer der Begriff der drei-Generationen-Familie geherrscht hat, und auch heute noch ist dieser Begriff der drei-Generationen-Familie in vielen Kreisen anerkannt. Das heißt, daß die Großeltern und die Kinder und die Enkelkinder unter einem Dach wohnen. Dieser verfehlte Familienbegriff der Kleinfamilie hat erst nach dem Ersten Weltkrieg seine verheerende Auswirkung gehabt und zu einer völlig verfehlten Baupolitik geführt. Jetzt wirkt er zurück und die Richter tun nichts anderes als die Fehlentwicklung noch verfassungsrechtlich festzuschreiben.

Vorsitzender: Herr *Stettner* bitte.

Stettner: Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren. Man kann sich der Problematik unseres Themas auf die Art und Weise nähern, daß man den sozialen Wandel bestreitet. Das ist in den Begleitaufsätzen zum Teil geschehen, und dann ist der Jurist allerdings mit seinem Latein relativ schnell am Ende, dann ist der Sozialwissenschaftler gefragt. Wir stehen auch vor der Frage, ob nicht ein Prozeß im Laufen ist, dessen Ausgang noch zu prognostizieren wäre. Ich setze aber jetzt den Fall, es hat ein sozialer Wandel stattgefunden. Dann ist allerdings die Frage zu stellen, ob die Verfassung hier zu steuern hat, oder ob sie selbst gesteuert wird, Problem des stillen Verfassungswandels. — Meine Damen und Herren, ich glaube, daß wir vor einem Problem stehen, dessen Wurzeln eigentlich wesentlich tiefer reichen und ihren Ursprung haben in der Säkularisierung der Ehe im Ausgang der französischen Revolution. Hier liegen meines Erachtens die Gründe, die die Ehe in diesen Strudel sozialer Entwicklungen gestellt haben. Mit dieser Entspiritualisierung hat sie an Überzeugungskraft verloren, wie wir das etwa auch beim Eid feststellen können, der mir als ein nichtreligiöser Eid eigentlich offengestanden ein Nullum darstellt. Ich kann nichts mit ihm anfangen. Er ist für mich allenfalls als konventionelle Handlung von Wert. Wenn ich aber diesen Ausgangspunkt setze, dann frage ich mich, ob die bürgerliche Ehe, die Zivilehe sich in ihrem sittlichen

Gehalt unterscheidet von anderen Formen des Zusammenlebens zwischen Mann und Frau, die auf lebenslange Liebe und Treue gegründet sind. Ich kann an sich keinen eigenen sittlichen Gehalt der Zivilehe entdecken. Sie scheint mir eher als Gegenform zu den spirituellen Formen der Ehe gegründet worden zu sein. Natürlich sind Kulturkampferwägungen Hintergrund, aber vor allem doch die Gedanken, die wir auch sonst für formgebundene Rechtsgeschäfte im Zivilrecht finden: Stabilisierung, Kanalisierung, Publizierung, Kontrolle natürlich auch durch den Staat, was heute auch dazu beitragen mag, manch ein Paar vom Weg zum Standesamt abzuschrecken. Dann scheint es mir aber konsequent zu sein, die Frage zu stellen, ob der Gesetzgeber, nachdem er den Schritt zur Zivilehe getan hat, nicht weitergehen muß und auch andere Formen des Zusammenlebens von Mann und Frau in sein Regelungspotential einzubeziehen hat. — Meine Damen und Herren, in Sachen Familie darf ich in diesem Saal, in dem die bayerische Verfassung beschlossen worden ist, immerhin darauf hinweisen, daß Art. 125 Abs. 1 S. 1 dieser Verfassung uns sagt, gesunde Kinder seien das köstlichste Gut eines Volkes. Es scheint, daß im Hinblick auf diese Verfassungsbestimmung auch ein Wandel stattgefunden hat, den man bedauern mag. Vielen Dank.

Vorsitzender: Herr *Saladin* bitte.

Saladin: Herr Vorsitzender, meine sehr verehrten Kolleginnen und Kollegen. Das Hauptthema des heutigen Tages heißt: Verfassungsgarantie und sozialer Wandel. Ich meine, daß Ehe und Familie sich nicht nur als soziale Einrichtungen selbst erheblich gewandelt haben, sondern auch ihr soziales Umfeld. Nun, das ist sicher keine umwerfende Feststellung. Das Merkwürdige scheint mir nur das zu sein, daß Verfassungsrechtler sie oftmals immer wieder zu wenig zur Kenntnis nehmen. Und doch stößt vielleicht keine andere Verfassungsbestimmung die „offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten“ so sehr auf die Erforschung der sozialen Wandlungen *in* der geschützten Einrichtung und *um* die geschützte Einrichtung herum wie eben gerade Art. 6 Abs. 1 des Grundgesetzes. Art. 6 Abs. 1 erteilt ja dem Staat einen außerordentlich umfassenden, allgemeinen Schutzauftrag, so allgemein, daß wir in der Schweiz Sie eigentlich darum beneiden, denn der von Herrn *Thürer* erwähnte Art. 34quinquies BV geht erheblich weniger weit. Aber wenn dieser Schutzauftrag so allgemein ist, dann müßte man sich doch immer wieder neu fragen: Wo überall sind Ehe und Familie bedroht und gefährdet? Welchen Gefährdungen und Belastungen sind sie heute und voraussichtlich morgen ausgesetzt? Wo überall sollte sich der Staat schützend vor Ehe und Familie stellen? Und wie sollte er das tun?

Und damit bin ich bei These elf von Herrn von *Campenhausen* angelangt. Da heißt es: „Als wertentscheidende Grundsatznorm gebietet Art. 6 Abs. 1 den besonderen Schutz von Ehe und Familie auf allen Gebieten des Rechts.“ Völlig einverstanden. Indessen: „Ein wirksamer Schutz ist in erster Linie eine Geldfrage“, und da fangen meine Zweifel an. Ein Kollege hat in einem Pausengespräch jene Aussage auf eine etwas vielleicht böseartig zugespitzte Kurzformel gebracht: Wenn die Kasse stimmt, stimmt auch die Familie. Ich weiß schon, daß Sie es nicht so meinen, Herr von *Campenhausen*; daß das jedenfalls so nicht stimmt, und daß deswegen Ihre These doch zu kurz geraten ist, das meine ich allerdings sehr. Ich will keineswegs die finanziellen Probleme unterschätzen, aber ich meine, daß die Ehe und besonders die Familie heute anderen Gefährdungen und Belastungen ausgesetzt sind, die vielleicht ebenso gravierend sind oder noch wesentlich gravierender. Und entsprechend müßte man sich fragen, ob heute der Staat sich schützend vor Ehe und Familie nicht auch auf ganz anderen Rechtsbereichen stellen sollte — oder besser stellen sollte —, als eben nur gerade im Steuerrecht und im Sozialversicherungsrecht. Herr *Steiger* hat Hinweise gegeben, These neunundzwanzig, These fünfunddreißig, These sechsendreißig; es ließen sich weitere Hinweise beifügen, ich hätte fast gesagt: in beliebiger Zahl. Etwa: Es könnte sein, daß viele Familien heute leiden unter übermäßiger Lärmeinwirkung von außen oder von innen, weil die Isolation ihrer Wohnung gegen Lärm nicht genügt. Das könnte etwas zu tun haben mit unzureichenden baurechtlichen Vorschriften des Staates. Warum tut hier der Staat nicht mehr? Ein anderes Beispiel, aus dem Arbeitsrecht: Ich könnte mir denken, daß eine allzu großzügige Wiederzulassung von Nachtschicht- und Sonntagsschichtarbeit die Familien sehr stark belastet. Sollte hier sich der Staat nicht vermehrt schützend vor die Familie stellen? Ein drittes Beispiel, bereits von Herrn *Thürer* angesprochen, aus dem Medienrecht: Wir wissen alle, wie sehr die Familie belastet, gelähmt, bedroht ist durch Entwicklungen im Medienbereich. Der Staat tut aber, wenn ich richtig sehe, aus der Sicht des Art. 6 Abs. 1 gerade das Verkehrte: Er fördert ja ständig die Entwicklung neuer Medien. Er sperrt für sie die Tür zum Wohnzimmer ständig weiter auf.

Ich plädiere also für ein volles Ernstnehmen des allgemeinen Schutzauftrages von Art. 6 Abs. 1 und auch von Art. 34 quinquies unserer Bundesverfassung, durch Einbezug aller für Entstehung, Leben und Ende von Ehe und Familie relevanten Rechtsbereiche.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Saladin*.

Vorsitzender: Damit haben wir unsere erste Runde abgeschlossen. Ich habe die beiden Referenten gebeten, mal zwischendurch Stellung

zu nehmen. Sie verzichten aber, damit möglichst alle noch zu Worte kommen, und werden also erst am Schluß zusammenfassend sprechen.

In der zweiten Runde geht es um Art. 6, seine verschiedenen Normzwecke usw.

Zunächst Herr *Vogel*.

Vogel: Erlauben Sie mir, in drei Bemerkungen etwas näher auf den Begriff der Ehe im Sinne des Art. 6 GG einzugehen.

Zum ersten: Ihnen allen ist ja geläufig, daß das Grundgesetz in Art. 14 unter „Eigentum“ nicht oder nicht allein das Eigentum im Sinne des BGB versteht. Warum sollten wir angesichts dessen unter „Ehe“ in Art. 6 GG nur die Ehe im Sinne des BGB und der Ehegesetze verstehen? Das bedürfte doch, denke ich, der Begründung. Beim Eigentum, das wissen wir, hat der soziale Wandel schon in der Weimarer Zeit zu einer Erweiterung des verfassungsrechtlichen Eigentumsbegriffes geführt. Sollte nicht etwas ähnliches auch beim verfassungsrechtlichen Ehebegriff möglich und inzwischen vielleicht notwendig sein? Ich möchte sehr deutlich betonen, daß diese Frage als Frage und nicht schon als These gemeint ist. Ich möchte mit ihr sensibilisieren – mich selbst und vielleicht auch Sie – für eine Überlegung, für die ich an Herrn *Stettner* anknüpfen kann. Beide Referenten haben, als sie über den Ehebegriff des Art. 6 GG sprachen und für eine eher enge Auslegung eintraten, dies u.a. damit begründet, daß man die Rechte, die aus einer Ehe entspringen, der nicht vor dem Standesbeamten geschlossenen Lebensgemeinschaft nicht gewähren könne und solle. Aber wie steht es, das frage ich mich, mit den *Pflichten*, die sich aus solchen Lebensgemeinschaften ergeben? Solche „nichtehelichen Lebensgemeinschaften“ werden doch heute oft relativ unüberlegt abgeschlossen. Die jungen Leute bilden sich ein, sie könnten jederzeit wieder auseinandergehen, und sie merken nicht, daß sie sich auf mehr einlassen, weil die menschliche Natur eben etwas anderes ist als ihre Theorie ihnen zugibt. Wenn solche Lebensgemeinschaften später getrennt werden, ist das sehr oft eine Scheidung, die genau die gleichen Narben hinterläßt wie die einer vor dem Standesbeamten geschlossenen Ehe. Ich frage mich: Verpflichtet Art. 6 GG nicht vielleicht dazu, auch den Erhalt solcher nicht standesamtlichen Ehe zu schützen – nicht unter dem Aspekt der Rechte, sondern unter dem heute weit weniger populären der Pflichten aus einer solchen Verbindung? Ist nicht die Auferlegung von Rechtspflichten um so mehr geboten, wenn Kinder da sind, die geschützt werden müssen? Vor allem: Dienen wir nicht dem Gedanken, daß die Ehe ein Bund auf Lebenszeit sein soll, besser, wenn wir die Möglichkeit beschränken, in Verantwortungslosigkeit auszuweichen, wenn wir sagen, da macht die Verfassung nicht mit, sie nimmt dich in Verantwortung, auch wenn du nicht vor den Standes-

beamten gehst? Herr *Scholler* hat so etwas ähnliches angedeutet in seiner Verweisung auf die Common-law-Ehe, die es in manchen Gebieten noch gibt, eine durch schlichten Vertrag geschlossene Ehe, nicht vor einem Beamten oder Priester, wie ja auch bei uns ursprünglich die Ehe ein Konsensualvertrag war, der von der Kirche nur eingeseget wurde. Wir erkennen auch heute noch die Common-law-Ehe an und schützen sie, wenn die Beteiligten sie im Ausland geschlossen haben (d.h. unter der Geltung eines ausländischen Ehestatuts) und später zu uns gekommen sind. Was eigentlich zwingt uns, bei Verbindungen, die nach deutschem Recht geschlossen sind, sollten wir sie als schützenswert betrachten, auf die Beurkundung durch den Standesbeamten abzustellen?

Damit bin ich schon ein Stück bei meiner zweiten Bemerkung: Wir müssen bei der Auslegung des Ehebegriffes auch daran denken, daß Art. 6 GG es mit Menschen zu tun haben kann, die ihre Ehe unter anderen Rechtsordnungen geschlossen haben. Im Ausland gibt es nun einmal Ehen, die ganz anders geschlossen werden als bei uns – kirchliche Ehen, staatlich beurkundete Ehen, Ehen, die durch einfachen Vertrag abgeschlossen werden usw. Ferner gibt es die verschiedensten Formen der Dauerhaftigkeit der Ehe, teils etwa unauflösliche Ehen, wie nach katholischem Kirchenrecht, andererseits Ehen, die jederzeit durch einseitige Erklärung des Mannes aufgelöst werden können, wie beispielsweise nach dem Koran. Angesichts dessen können wir der Frage nicht ausweichen, ob Art. 6 GG auch solche Ehen schützt und unter welchen Voraussetzungen. Ein britischer Richter hatte unlängst zu entscheiden, ob ein Pakistani in England den steuerlichen Abzugsbetrag für die Ehefrau auch für seine zweite Ehefrau verlangen könne. Ähnliche Fragen stellen sich bei uns schon jetzt beim Familiennachzug. Schützen wir also auch die polygame Ehe einschließlich der fünften, sechsten und siebenten Ehe? Oder gehen wir von unserem eigenen kulturellen Ehebild aus, das nur die Einehe kennt – ja, aber wen schützen wir dann: die erste Frau, die jüngste, die Lieblingsfrau, wen sonst? Hier gibt es Fragen des Ehebegriffs, bei denen wir nicht einfach auf das verweisen können, was in unserem eigenen Kulturkreis gilt. Und im übrigen: die Zivilehe ist auch bei uns noch sehr jung, etwas mehr als hundert Jahre alt; das zwingt uns nachzudenken, ob Ehe im Sinne des Grundgesetzes nun wirklich nur die Zivilehe ist oder worin sie sonst besteht.

Bei meinem dritten Punkt möchte ich mich sehr kurz fassen: Ich stimme Herrn *von Campenhausen* voll in dem zu, was er zur verfassungswidrigen Benachteiligung der Familien durch unser geltendes Steuerrecht gesagt hat. Nur auf eines möchte ich noch einmal nachdrücklich hinweisen: Wir sollten in unserem Sprachgebrauch darauf achten, immer wieder unmißverständlich zwischen Schutz und För-

derung der Familie zu unterscheiden. Herr *Steiger* hat das getan, wohl auch Herr *von Campenhausen*; ich möchte hier niemanden korrigieren. Es ist mir nur wichtig, diesen Unterschied ganz klar hervorzuheben. Alles, was die Referenten zu Recht beanstandet haben, ist der fehlende Schutz, ist die steuerliche Benachteiligung der Familie. Erst wenn alle derartigen Benachteiligungen beseitigt sind, dann mögen wir uns darüber unterhalten, welche Förderung der Familie darüber hinaus vielleicht noch erforderlich ist. Mir ist das deswegen so wichtig, weil die Politiker diese beiden Aspekte ständig durcheinanderwerfen. Ich nehme an, daß sie das mit Absicht tun, denn Politiker sind befähigt, den Unterschied zu verstehen. Wenn sie dennoch diese Aspekte durcheinanderwerfen, dann sollten wir doppelt Wert darauf legen, sie klar auseinanderzuhalten.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Vogel*. Herr *Böckenförde*, bitte.

Böckenförde: Ich habe an beide Referenten eine Frage, und zwar zum Begriff der Familie in Art. 6 Abs. 1 GG. Herr *v. Campenhausen*, Sie haben von dem verfassungsrechtlichen Leitbild der Familie als der „auf Ehe gegründeten Gemeinschaft von Eltern und Kindern“ gesprochen. Gehört dieser Bezug zur Ehe nur zum Leitbild der Familie oder auch zum Begriff der Familie? Die Ausscheidung der nichtehelichen Lebensgemeinschaften mit Kindern vom Familienbegriff – wenn ich Sie recht verstanden habe, haben Sie die vorgenommen – würde für die Zugehörigkeit zum Begriff der Familie sprechen, die Einbeziehung der nichtehelichen Mutter mit Kind in den Familienbegriff eher dagegen. Herr *Steiger* hat ausdrücklich die nichtehelichen Lebensgemeinschaften mit Kindern in den Familienbegriff i.S. des Art. 6 einbezogen. Er hat damit die Familie begrifflich von dem Rechtszusammenhang mit der Ehe getrennt. Beide stehen jetzt innerhalb des Art. 6 nebeneinander. Sie können miteinander verbunden sein, stehen aber nicht in einer notwendigen Verbundenheit miteinander.

Meine Frage an beide Referenten geht dahin, worauf sie ihre unterschiedliche Interpretation des Familienbegriffs gründen. Stützen sie sich dafür auf eine allgemeine Anerkennung, einen Konsens, den der eine für noch gegeben, der andere nicht mehr für gegeben hält? Stützen Sie sich, Herr *v. Campenhausen*, auf eine feste Vorgegebenheit, die von Anerkennung und Konsens unabhängig ist, und wenn ja, woraus ergibt sich diese Vorgegebenheit? Kann man, und wenn ja, aus welchen Gründen den Familienbegriff in Art. 6 i.S. eines Wesensbegriffs verstehen, der die Beziehung zur Ehe als Rechtsform notwendig in sich trägt? Oder, Herr *Steiger*, wird die Interpretation von der Funktion der Familie her gewonnen, als welche das tatsächliche Zusammenleben und die Erziehungs- und Sozialisationsleistung gesehen wird?

Und, woher nehmen Sie dann die Gewißheit, daß Art. 6 Abs. 1 GG den Familienbegriff lediglich als Funktionsbegriff sieht, von Rechtsform und institutioneller Verfestigung gelöst?

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Böckenförde*. Herr *Lange*, bitte.

Lange: Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren! Ich möchte eine Bemerkung zum Familienbegriff des Art. 6 anschließen. Beide Referenten haben nach meinem Eindruck gerade bezüglich des Familienbegriffs maßgeblich auf die Funktion des Art. 6 Abs. 1 abgestellt. Herr *Steiger* hat dies getan, indem er auf die personale Sozialisation hingewiesen hat. Ich glaube, daß die Funktion der Familie eigentlich noch klarer mit seinem Hinweis auf die Erfahrung und Bewältigung humaner Grundsituationen erklärt wird, die nicht nur ein soziales, sondern auch ein ganz individuell personales Problem ist. Herr *von Campenhausen* hat in diesem Zusammenhang, wenn ich es recht verstanden habe, auf die Funktion der Aufziehung der nächsten Generation und die kulturelle Einübung Bezug genommen. Mir scheint in der Tat auch bei der Interpretation des Familienbegriffs des Art. 6 Abs. 1 GG keine andere Möglichkeit zu bestehen, als auf die Funktion abzustellen, da der Wortlaut der Norm wenig hergibt, die Koppelung mit der Ehe – wie Herr *Böckenförde* eben gesagt hat – nicht eindeutig und die historische Interpretation nicht zwingend ist; die Verfassungseltern müssen sich gefallen lassen, daß ihr Kind sich von ihnen emanzipiert.

Wenn man aber auf die Funktion abstellt, dann beginnen m.E. erst die Probleme. Einmal scheint mir insofern die Lösung von Herrn *Steiger* überzeugender zu sein, wenn er sich für eine über die Kleinfamilie hinausgehende Interpretation des Familienbegriffs ausspricht. Die Funktionen der Familie können durchaus unter Einbeziehung der Großeltern, etwa gerade wenn diese im elterlichen Haushalt mitleben, erfüllt werden. Die Großeltern können beteiligt sein an der personalen Sozialisation, der Aufziehung der Enkelkindergeneration. Und sie können selbst auch der Hilfe ihrer Kinder, vielleicht auch der Enkel, bedürfen bei der Bewältigung der eigenen humanen Grundsituation. Insofern finde ich die Bezugnahme allein auf das Kindeswohl etwas einseitig. Auch die Eltern und gerade die vorangegangene Elterngeneration bedürfen des Rückhaltes in der Familie. Von daher liegt es nicht so sehr fern, sie einzubeziehen in den Familienbegriff; das hat ja auch historische Wurzeln.

Die Funktion der Familie dürfte auf der anderen Seite das Einfallstor gerade für die Berücksichtigung des sozialen Wandels sein. Hierzu haben die Referenten ja auch Stellung bezogen, insofern als – wenn ich es recht verstanden habe – Herr *Steiger* darauf hingewie-

sen hat, daß auch die nichteheliche Lebensgemeinschaft mit Kindern die Funktion, die die Familie hat, erfüllen kann, und Herr *von Campenhausen* gesagt hat, er habe Bedenken, daß die Funktion der auf einer Ehe basierenden Familie in gleicher Weise von einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft erfüllt werden könne. Hier stellt sich natürlich das Problem, wie der soziale Wandel und wie die Übernahme von Funktionen durch neue Träger, etwa durch die nichteheliche Lebensgemeinschaft gegenüber der traditionellen Familie, ermittelt werden kann. Die Referenten haben sich, und das ist wahrscheinlich in Anbetracht des Materials auch kaum anders möglich, darauf beschränkt zu sagen, die Gesellschaftswissenschaften gäben insofern keinen überzeugenden Hinweis auf eine Gleichwertigkeit in funktionaler Hinsicht. Herr *Steiger* hat gesagt, es ließe sich gesellschaftswissenschaftlich nicht eindeutig belegen, daß nichteheliche Lebensgemeinschaft und Ehe dieselben Funktionen hätten; aber hinsichtlich der Familie steht er — wenn ich das recht sehe — der Annahme einer funktionalen Äquivalenz aufgeschlossener gegenüber. Die Frage wäre, ob man nicht möglicherweise Ungewißenheiten darüber, ob der soziale Wandel zu einer Funktionsübernahme durch andere Träger, zu einer Funktionsmitübernahme, geführt hat, gerade bei der Interpretation des Art. 6 Abs. 1 großzügig berücksichtigen müßte. Der Umstand, daß es in Art. 6 Abs. 1 um eine Schutzpflicht des Staates geht, könnte gerade für ein extensives Verständnis dieser Norm sprechen. Auch insofern scheint mir ein weiter Familienbegriff, wie Herr *Steiger* ihn befürwortet hat, naheliegend zu sein.

Es wäre ja auch im Vergleich mit unserer sonstigen Grundrechtsinterpretation eigenartig, einen relativ engen Schutzbereich des Art. 6 Abs. 1 anzunehmen. Sonst gehen wir bei den Freiheitsgrundrechten doch von einem relativ weiten Verständnis der Grundrechte aus und modifizieren dann in diesem Rahmen je nach den Bedürfnissen. Es könnte auch im Hinblick auf den Schutz der Familie durchaus sinnvoll sein, daß man innerhalb eines weitgefaßten Familienbegriffs differenziert, je nach den Modalitäten, die sich etwa daraus ergeben, ob die Familienmitglieder zusammenleben oder nicht. Wie die Gemeinschaft der Familie eigentlich wirklich aussieht, ist ja ein wichtiges Problem, über das sicherlich noch mehr zu sagen wäre. Jedenfalls scheint mir der durch Art. 6 Abs. 1 GG gebotene Schutz der Familie nicht als Schutz gegen neue Lebensformen zumindest familienähnlicher Art verstanden werden zu können. Vielen Dank.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Lange*. Frau Kollegin *Staff*, bitte.

Staff: Ich möchte meinen Beitrag mit einer Anekdote beginnen, der m.E. eine gewisse Aussagekraft für unser Thema zukommt: Die

Ehefrau eines hohen geistlichen Würdenträgers in England beteiligte sich an einer Diskussion über das Scheidungsrecht; sie verteidigte mit Nachdruck das Prinzip der Unauflösbarkeit der Ehe. Gefragt, ob sie selbst in ihrer Ehe niemals an Scheidung gedacht habe, antwortete sie: „In den 40 Jahren meiner Ehe an Scheidung nie, an Mord oft“.

Mir fiel diese Anekdote ein, weil – insbesondere im Referat von Herrn von *Campenhause*n – Ehe und Familie ein deutlicher Vorrang vor anderen Grundrechten zugbilligt worden ist. Ausgangspunkt war explizit das sog. Wesen der Ehe und zwar das der bürgerlichen Ehe mit sittlich begründeten Verpflichtungen der Ehepartner. Hätte die Realität der bürgerlichen Ehe diesem Anspruch entsprochen, so wäre unsere Belletristik um vieles ärmer, was bedauerlich wäre. Um nicht in den Ruch mangelnder Moral zu kommen, möchte ich betonen, daß ich durchaus für verlässliche und beständige Partnerbeziehungen bin, wie wahrscheinlich jeder Einzelne von Ihnen auch. Recht dient jedoch primär nicht funktionierenden sozialen Beziehungen, sondern es dient den Konfliktfällen. M.E. ist es Aufgabe des demokratischen Gesetzgebers, wie bei allen anderen Grundrechten auch, die Grenzen des – in der bisherigen Diskussion als der „Natur der Sache“ nach vorgegeben angenommenen – Kernbestandes des Schutzbereichs von Ehe und Familie zu bestimmen. Es scheint mir bezeichnend zu sein, daß in den Referaten und in der Diskussion bisher ausschließlich Art. 6 GG thematisiert worden ist und daß die Frage des doch wohl sonst allgemein anerkannten Grundsatzes der Herstellung praktischer Konkordanz zwischen den einzelnen Grundrechten nicht aufgeworfen wurde. Wie steht es beispielsweise mit dem Persönlichkeitsrecht, dem Recht der freien Entfaltung der Person und dem Kindeswohl, das ja nicht bereits ohne weiteres durch den Schutz von Ehe und Familie garantiert ist? Sprechen Sie einmal mit Sozialarbeitern oder Ärzten, ob das Kindeswohl und die Persönlichkeitsrechte der Ehepartner nicht manchmal durch Scheidung einer Ehe besser gewahrt werden als durch Aufrechterhaltung einer brüchig gewordenen Ehe. Insofern sollte m.E. nicht mit der Absolutheit, wie es hier geschieht, dem Schutzbereich von Art. 6 GG ein Vorrang eingeräumt werden, der Schutz von Ehe und Familie sollte funktionaler vorgenommen werden.

Beim Referat von Herrn von *Campenhause*n ist mir ferner aufgefallen, daß die Kinderwilligkeit von Ehepartnern positiv vorausgesetzt wurde; es wurde ausdrücklich gesagt, es sei im Hinblick auf Art. 6 GG mißlich, daß der Gesetzgeber Ehen mit Kindern nicht weit mehr honoriere. Bei einer solchen Betrachtungsweise, die Kinderlose gleichsam durch den Gesetzgeber bestraft sehen will, scheint mir die Überlegung in den Hintergrund gedrängt zu sein, weshalb junge Menschen nicht ohne weiteres kinderwillig sind. Es ist m.E. falsch, vornehmlich

wirtschaftliche Gründe, also eine gewisse Egozentrik, für den Verzicht auf Kinder verantwortlich zu machen; es geht vielmehr darum, daß viele einfach Angst haben, Kinder in eine derart elementar bedrohte Welt zu setzen. Dieses Faktum führt mich zu einem weiteren Kritikpunkt: Herr *von Campenhausen* hat in seinem Referat die These aufgestellt, die Benachteiligung von Eltern mit Kindern beruhe weitaus darauf, daß im demokratischen Prozeß und zwar sowohl bei Wählern wie bei Abgeordneten die Kinderlosen, die Singles, inzwischen die dominierende Rolle spielten. Ich kann dieses Argument nicht akzeptieren; auch Kinderlose überlegen, welche Gesellschaft, welche Zukunft sie sich für die Menschen wünschen. Man macht es sich zu einfach, mit dem Grobraster „kinderwillig“ zu arbeiten; andere Momente spielen eine Rolle: die Umweltbelastung, die atomare Gefahr, die Aufrüstung. Es sind dies die Faktoren, die heute in weitem Umfang die Entscheidung für die Ausgestaltung der privaten Sphäre, also von Ehe und Familie, bestimmen; das bedeutet, daß der Schutz des Grundrechtsbereichs von Art. 6 GG sehr viel mehr von gesamtpolitischen Entwicklungen abhängig ist als es bisher in unserer Diskussion akzentuiert worden ist.

Vorsitzender: Vielen Dank, Frau Kollegin *Staff*. Herr *Ebsen*, bitte.

Ebsen: Zunächst: Wenn man ökonomisches Kalkül zugrundelegt, liegt es gerade auch im Interesse der Kinderlosen, daß andere entsprechend mehr Kinder haben, damit der Generationsvertrag erfüllt werden kann. Insofern ist es auch ihr Interesse, daß entsprechende Anreize dafür geschaffen werden.

Aber ich habe mich gemeldet, um ein Wort zum Familienbegriff zu sagen. Auch wenn die historische Auslegung nicht das letztverbindliche Kriterium ist, so ist sie doch nicht irrelevant. Und der Blick in die Materialien des Grundgesetzes zeigt, daß wir zur Frage eines weiten oder engen Familienbegriffs einen etwaigen sozialen Wandel nach 1949 nicht zu bemühen brauchen. Denn der Gedanke, neue Formen der Lebensgemeinschaft in den Familienbegriff zu integrieren, wurde bereits im Parlamentarischen Rat geäußert. Im Hauptausschuß des Parlamentarischen Rates wurde kontrovers um einen Formulierungsvorschlag diskutiert, der eindeutig den engen Familienbegriff normierte. Er lautete: „Die Ehe als rechtmäßige Form der fortdauernden Lebensgemeinschaft von Mann und Frau und die mit ihr gegebene Familie sowie die aus der Ehe und der Zugehörigkeit der Familie erwachsenden Rechte und Pflichten stehen unter dem besonderen Schutz der Verfassung.“ Diesem Vorschlag wurde eine offenere Alternative entgegengesetzt („Ehe, Familie und Kind genießen den besonderen Schutz der Verfassung“), die damit begründet wurde, daß der Frauen-

überschuß in den Altersgruppen von 22–45 Jahren zu neuen Formen der Lebensgemeinschaft führen müsse. Nach zunächst kontroversen Abstimmungen haben wir dann die jedenfalls textlich offene Fassung des Art. 6 Abs. 1 GG erhalten. Ich meine, daß dieser Zusammenhang bei der Frage nach dem dieser Vorschrift zugrundeliegenden Familienbegriff zu berücksichtigen ist.

Noch ein Wort zur durch Art. 6 Abs. 1 GG normierten Rechtsfolge. Was heißt „Schutz“? In der Praxis ist die Konkretisierung dieses „Schutzes“ die Bevorzugung bestimmter Lebenssituationen und die korrespondierende Benachteiligung anderer. Dieses ist jeweils rechtfertigungsbedürftig. Und die konkreten Kriterien, so meine ich, müssen von ähnlicher Struktur sein wie das Willkürverbot des Art. 3 Abs. 1 GG. Gerade das österreichische Beispiel zeigt, daß man durch die Anwendung des Gleichheitssatzes funktionell etwas durchaus ähnliches erreichen kann wie wir mit dem Schutz von Ehe und Familie. Die Kriterien sind allerdings nicht frei zu bilden, sondern ihrerseits zu rechtfertigen aus Sinn und Zweck des Art. 6 Abs. 1 GG. Diesbezüglich haben wir nun – darin stimmten m.E. auch die Referate überein – zwei klar zu trennende Schutzzwecke, nämlich zum einen eine Konkretisierung von Menschenwürde und Freiheit: die Gewährleistung der Freiheit zu einer selbstverantworteten und selbstgestalteten intimen Lebensgemeinschaft, und zum anderen die soziale Funktion der Familie, die Familie als Institution der Erzeugung und Sozialisation der nächsten Generation. Diese klare Trennbarkeit der Schutzzwecke bedeutet, daß wir jeweilige unterschiedliche Behandlungen von Lebenssituationen, die wir aus Art. 6 Abs. 1 GG rechtfertigen, konkret auf eine dieser beiden Schutzdimensionen zu beziehen haben. Hierfür ein Beispiel: Für die finanziellen – etwa steuerrechtlichen – Aspekte, die wohl nur mit der Sozialfunktion der Familie begründet werden können, bedeutet dies, daß ein solcher Begründungszusammenhang auch tatsächlich herzustellen ist. Dies ließe sich etwa kritisch hinterfragen beim Ehegattensplitting für Eheleute ohne Kinder.

Vorsitzender: Vielen Dank. Bitte sehr, Herr *Partsch*.

Partsch: Herr Vorsitzender, ich muß Ihnen gestehen, daß es mich etwas beschäftigt, wie man auf der einen Seite den Ehebegriff so streng fassen will und auf der anderen Seite bereit ist, beim Familienbegriff so weite Konzessionen zu machen. Das ist doch ein eigenartiger Verfassungsgesetzgeber, der da zwei Sachen zusammengepannt hat, die nach den Ergebnissen beider Referate ganz unterschiedliche Inhalte haben. Man hat gesprochen vom Wesen der Ehe und ich bin Herrn *Vogel* sehr dankbar, daß er dieses Schreckgespenst eines „Wesens“ entwest hat.

Woher kommt denn unsere Ehe? – Unsere Konsensehe kommt aus dem Konkubinat. Das hat *Herbert Meyer* in dem schönen Aufsatz „Friedelehe und Mutterrecht“ vor Jahren nachgewiesen. Eine Friedel ist eine Kebe oder Mätresse; die Friedelehe löste die Muntehe ab, die nur noch unter Fürstenhäusern beibehalten wurde und viele ihrer Mitglieder haben unter dieser Eheform gelitten. Ganz gleich, ob wir beide Begriffe von Ehe und Familie aufzuweichen oder bei beiden fest zu bleiben bereit sind – jedenfalls können wir nicht unterschiedlich vorgehen.

Vorsitzender: Vielen Dank. Herr *Schmidt-Jortzig*, bitte.

Schmidt-Jortzig: Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren Kollegen! Ich möchte ganz methodisch werden und mich der objektiv-strukturellen Seite der Medaille zuwenden, die subjektiv-grundrechtlichen Aspekte bleiben ausgeklammert. Mir geht es darum, einige Möglichkeiten und Probleme der diesbezüglichen Garantierung stärker herauszuarbeiten.

Zwei Bemerkungen habe ich dazu zu machen. Die erste ist eher deklaratorisch. Wenn es bei jener objektiven Seite von Art. 6 Abs. 1 GG, die wir mit Einrichtungsgarantie (bzw. hier: Institutsgarantie) bezeichnen, darum gehen soll, einen bestimmten Sachverhalt wegen seiner spezifisch ordnungsgestaltenden Wirkung besonders zu sichern, dann ist für diesen Schutz und die Eigenarten gerade institutioneller Gewährleistung wichtig, was denn die strukturbildende Substanz der zu schützenden Einrichtung ausmacht. Ich will hier nicht von „Wesensgehalt“ sprechen, wohl aber von „Kernbereich“. Wenn es auf diesen Kernbereich entscheidend ankommt, dann sollten wir – und jetzt entschuldigen Sie bitte, daß ich für diesen banalen Satz so viele Worte mache – uns dringend angewöhnen, nicht mehr von *der* Institutsgarantie in Art. 6 Abs. 1, von *der* Institutsgarantie von Ehe und Familie zu sprechen, sondern von den Institutsgarantien einmal der Ehe und zweitens der Familie. Beides sind zwei eigenständige Teilbereiche: nicht nur abgrenzbare Aspekte einundderselben Erscheinung, sondern völlig unterschiedlich in ihrer ordnungsgestaltenden Substanz, in ihrer Sozialfunktion, in ihrer rechtlichen Struktur. Also bitte nicht: „*Die* Institutsgarantie von Ehe und Familie“, sondern: „*Die* Institutsgarantie der Ehe“ einerseits und „*die* Institutsgarantie der Familie“ andererseits.

Zweite Bemerkung: Unser Thema ist das scheinbare Aporem von Verfassungsfestschreibung und sozialem Wandel. Mir scheint, gerade die Figur der Einrichtungsgarantien ist der Versuch einer Antwort auf das Dilemma zwischen normativem Festhalteanspruch einerseits und geschichtlich-sozialer Bewegung der Sachverhalte, die da im Griff ge-

halten werden sollen, andererseits. Und der dogmatische Aufbau der Figur stellt sich bekanntlich so dar, daß man ihren Kernbereich für unabänderlich erklärt, in den Randbereichen aber Veränderungsinitiativen des einfachen Gesetzgebers zuläßt. Für mich spitzt sich deshalb – wenn ich einmal die Schwierigkeit beiseite lasse, den Kernbereich gegenständlich-inhaltlich zu bestimmen, worum wir ja bisher gerungen haben – das Problem auf die Frage zu: Wie läßt es sich schaffen, solche einzelnen Veränderungsinitiativen schutzentsprechend zu beurteilen, die zwar für sich gesehen zulässigerweise im Randbereich bleiben, aber nun häufiger werden, prozeßhaft auftreten, möglicherweise relativ schnell hintereinander, so daß der letzte Teilschritt durchaus noch im Gedächtnis haftet. Wie also kann eine Vielzahl, eine ganze Kette von an sich zulässigen Einzelschritten im Hinblick auf ihre Gesamtwirkung für den Kernbereich gebändigt werden? Die Aushöhlungsprozesse, die beide Referenten heute morgen beschrieben haben, waren doch deutlich nicht das Werk einer einzelnen Veränderung, eines einzelnen gesetzgeberischen Schrittes, sondern das Ergebnis einer Kombination vieler einzelner Schritte. Regelungen, Initiativen, Unterlassungen. Ich glaube, für die Methodik der Einrichtungsgarantien geht es darum, bei der Überprüfung eines Einzelschrittes auch seinen inhaltlich-zielhaften Kontext, bildlich: die Kette zu dem einen Glied, mit in den Blick zu nehmen. Jedenfalls würde ich – bei aller Abstraktheit solcher Überlegungen – dafür plädieren, daß man bei der konkreten Untersuchung einer Kernbereichsberührung immer schon die Etappen in die Abwägung einbeziehen sollte, die in einer überschaubaren Vergangenheit vor dem Einzelakt zurückliegen und möglicherweise sogar ein strategischer Teil des jetzigen Vorgehens gewesen sein mögen, sowie diejenigen, die sich vielleicht als nächster, übernächster Schritt des Gesetzgebers bereits abzeichnen. Wenn wir die Figur der Einrichtungsgarantien nicht als wirksame Schutzkategorie verabschieden wollen, müssen wir an dieser Stelle die Effektivität ihrer Sicherung beweisen. Es gilt einen Weg zu finden, Institutionen auch gegen Einwirkungsketten, ganze Aushöhlungsprozesse zu schützen. An dieser Aufgabe fehlt noch die methodologische Detailarbeit, und da wäre ich für Ergänzungen dankbar.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Schmidt-Jortzig*. Es kommt jetzt Herr *Hoffmann-Riem*.

Hoffmann-Riem: Meine Damen und Herren, wir haben heute eindrucksvolle Beiträge zu der Frage der Verarbeitung schon geschehenen sozialen Wandels gehört. Ich möchte zwei zusätzliche Akzente setzen. Zum einen würde ich gern das Augenmerk auf noch bevorstehenden sozialen Wandel richten. Zum zweiten scheint es mir wichtig zu sein,

den sozialen Wandel nicht nur in den Kategorien der Änderung der sozialen, ökonomischen und kulturellen Realität zu begreifen. Statt dessen möchte ich über bevorstehende Änderungen der naturwissenschaftlichen, medizinischen Realität sprechen, und zwar nicht programmatisch, sondern an einem Beispiel. Mein Beispiel gilt der biologisch-genetischen und der psychologisch-emotionalen Realität, und zwar vor dem Hintergrund der Verfügbarkeit medizinischer Reproduktionstechniken. Welche Bedeutung haben diese Techniken für die Behandlung des Themas „Familie“?

Angesichts der Verfügbarkeit dieser Technik und damit der Machbarkeit der Menschwerdung ist es nicht hinreichend, über Familie oder Familiengründung allein unter dem Aspekt der subjektiven Entfaltung der Eltern zu sprechen. Kindsein darf nicht nur als Elternbedürfnis definiert werden. Der Blick auf die personale Entfaltung scheint mir zwar weiterhin wichtig zu sein, aber ohne Erweiterung auf das noch nicht geborene, noch nicht „gemachte“, aber „machbare“ Kind zu kurz zu greifen. Angesichts der Reproduktionstechniken geht es um die Frage, ob es auch einen Schutz vor der Indienstnahme eines noch nicht Gezeugten bzw. noch nicht Geborenen durch die Medizin, aber auch durch solche Personen gibt, die gerne Eltern werden möchten, aber sonst nicht können. Dieses Problem läßt sich kaum über Art. 2 und 1 GG als Schutz eines schon vorhandenen Rechtsgutträgers bewältigen, aber vielleicht in der Zukunftsdimension durch die Einordnung des (auch) mechanisch-technologisch „produzierbaren“ Kindes in den Schutzverband Familie und damit durch Aktivierung staatlicher Schutzpflichten.

Herr *Steiger* hat heute davon gesprochen, daß die Familie ein Ort der personalen Sozialisation durch die Erfahrung humaner Grundsituationen sei. Meine Frage lautet: Ist auch hinreichend gesichert, daß es für solche Kinder die Möglichkeit zur Erfahrung humaner Grundsituationen geben wird? Wie steht es um die realen Entfaltungschancen derjenigen, die nicht nur biologisch, sondern mechanisch-technologisch produziert worden sind? Wie wird ihre Entfaltung in der Familie, im Verhältnis zu Freunden, bei der späteren Gründung einer eigenen Familie belastet sein? Entsteht für sie eventuell ein lebenslanges Stigma ihrer Menschwerdung? Ist es eventuell eine lebenslange schwer überwindbare Kränkung, auf diese Weise und nicht natürlich in die Welt gekommen zu sein? Hat ein jeder Mensch nicht ein anerkennenswertes Bedürfnis nach „normalen“ und „bekannten“ Eltern? Befragt man hierzu andere Disziplinen als die heute bisher meist angesprochenen, also etwa die Psychoanalyse, aber auch neuere Forschungsansätze der Familiensoziologie, dann stößt man auf bisher ungeahnte Probleme und kommt zu einer sehr skeptischen Prognose. Dürfen wir dies einfach übergehen, weil es noch nicht experimentell

erprobt ist? Frage: Wie reagiert die Verfassung, wie reagiert die Verfassungspolitik, wie reagieren die Staatsrechtslehrer auf eine solche Entwicklung?

Was bewirkt dieses Problem eigentlich für die „Familie“? Familie, haben wir gehört, heißt: Eltern plus Kind. Wenn man nicht nur vom Wandel fasziniert ist, sondern auch von gewissen anthropologischen Kontinuitäten ausgeht, dann stößt man auf die Einsicht, daß zu dem Eltern-Kind-Verhältnis die Einheit der genetischen, der biologischen und der sozialen Elternschaft gehört, d.h. die Einheit von Abstammung, Zeugung, Austragung, Geburt und Erziehung. Diese Einheit, die schon bisher bei Schicksalsschlägen nicht immer durchhaltbar war, bricht bei Einsatz der Reproduktionstechniken künstlich und grundsätzlich auseinander, und zwar auch an Stellen, die bisher bruch sicher waren. Wenn diese Technologien eingesetzt werden, entsteht eine künstlich fragmentierte Elternschaft. Was macht die Rechtsordnung, was macht die Gesellschaft mit einer solchen Fragmentierung? Sicher könnten wir uns darauf beschränken, die für Doktoranden, Anwälte und Tagungen sehr spannenden Rechtsfolgen zu bearbeiten, z.B., ob die Leihmutter irgendwie in den Familienbegriff zu integrieren ist, wie der Samenspender einzuordnen ist u.a. Das scheinen mir aber inadäquate Reaktionen auf das Problem zu sein. Ich meine, man muß auch im Vorwege darüber nachdenken, ob diese Situation so überhaupt entstehen darf. An diesem Punkt ist es unverzichtbar, über den rechtlichen Schutz der subjektiven Entfaltung der schon lebenden Beteiligten hinaus die verfassungsrechtliche Schutzverantwortung des Staates für das noch nicht geborene und das noch nicht gezeugte Kind zu betonen. Eine Schutzverantwortung vor dem Hintergrund des Art. 6 GG bedeutet auch, daß man der Faszination des technisch Machbaren nicht erliegt, daß man die Bedürfnisse des Kindes an einer möglichst normalen emotionalen und psychischen Entfaltung ernst nimmt und sehr gewichtig abwägt gegen die Entfaltungsinteressen derjenigen, die schon da sind und ihre subjektive Entfaltungsmacht mit Hilfe eines Arztes und des Geldbeutels oder der Krankenkasse umsetzen können. Mit anderen Worten: Es geht um Entfaltungsvorsorge, z.B. um Vorsorge dafür, daß der noch nicht Gezeugte bzw. noch nicht Geborene eine natürliche, aufklärbare biographische Geschichte ohne Tabus hat, ohne die Notwendigkeit, seinen Entstehungsakt vor anderen rechtfertigen zu müssen, wegen der Andersartigkeit aber gar nicht befriedigend rechtfertigen zu können. Hier wird wichtig, daß die allgemein für Art. 6 GG – übrigens auch Art. 1 GG – anerkannte Schutzverantwortung des Staates mit Rücksicht auf die spätere Entfaltung – z.B. in der Familie und im sozialen Leben – früher beginnt als mit dem formellen Eintritt in die Familie. Zu aktualisieren ist der Schutz vor egoistischer Indienstnahme des eigenen Lebens durch Drit-

te. Die rechtliche Problematik des Kindeswohls beginnt nicht erst mit der Geburt.

Allgemein formuliert: Wer sich mit dem Verhältnis von Verfassungsrecht und sozialem Wandel beschäftigt, der muß auch das Element der Zukunftsvorsorge einbeziehen, der Vorsorge für den noch nicht erfolgten, aber technisch möglichen sozialen Wandel. — Vielen Dank.

Vorsitzender: Herr *Soell*, bitte.

Soell: Herr Vorsitzender, meine sehr verehrten Kolleginnen und Kollegen! Ich möchte anknüpfen an das, was vorhin Herr *Schmidt-Jortzig* angedeutet hat, nämlich, daß meines Erachtens eine stärkere Differenzierung der Schutzgegenstände in Art. 6 Abs. 1 notwendig ist.

Man könnte vielleicht — ich will das nur als im Eventualis einmal vortragen — u.U. eine noch konkretere, zielbezogenere Direktive der Verfassung für die Korrektur der sozialstaatlichen Verlustliste im Bereich des Familienlastenausgleichs ermitteln. Diese Verlustliste ist ja von Herrn *von Campenhausen* überaus eindrucksvoll uns vor Augen geführt worden. Man könnte vielleicht eine gewisse Korrektur über solche zugespitzten verfassungsrechtlichen Direktiven gewinnen.

Ich beginne mit dem Ehebegriff. Herr *Steiger* hat mit Recht auf die individualrechtliche Entwicklung des Eheverständnisses bei *Kant* und schon vor *Kant* hingewiesen. Die Ehe kann zwar, das hat auch *Kant* erkannt, die Brücke zur Familie sein; sie muß es aber nicht. Auch die kinderlose Ehe genießt den Schutz der Rechtsordnung und selbstverständlich auch den Schutz, den vollen Schutz des Art. 6 Abs. 1. Was ist aber nun der Schutzgehalt des Art. 6 Abs. 1 in bezug auf die Ehe? Hier muß man m.E. drei Dinge unterscheiden: einmal die Achtungspflicht. Der Staat darf die Ehe nicht benachteiligen. Da würde ich das Benachteiligungsverbot, das Herr *Vogel* vorhin angesprochen hat, einordnen. Das gilt insbesondere auch für die Steuer. Die Steuer muß zumindest eheneutral sein. Der Staat darf die grundsätzlichen Strukturelemente der Ehe, so, wie sie sich herausgebildet hat, jedenfalls nicht von sich aus durch gesetzgeberische Regelungen aushöhlen. Daneben besteht eine Schutzpflicht, wobei wir, meine sehr verehrten Kolleginnen und Kollegen, doch darauf sehen sollten, daß man den Schutzpflichtbegriff im Sinne der jüngeren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts dahin versteht, daß hier eine Verpflichtung besteht, zu schützen vor Eingriffen, insbesondere rechtswidrigen Eingriffen Dritter. Und schließlich haben wir eine Förderpflicht, und zwar im Sinne einer positiven Leistungspflicht, sei es im Wege sozialer Begünstigung durch Kindergeld, durch steuerliche Regelungen und dergleichen mehr.

Die Förderpflicht gehört nun aber nicht zu den Aufgaben des Staates, was die Ehe anlangt. Wenn man die Ehe als individualrecht-

liches Institut verstehen muß – und dafür spricht in der Tat vieles –, dann besteht hier keinerlei Förderpflicht. Es ist überhaupt nicht einzusehen, warum der Staat die Ehe fördern sollte – als Ehe allein. Ganz anders, meine Damen und Herren, bei der Familie. Ich stimme Herrn *Steiger* zu: Wir haben einen weiten Familienbegriff in der Verfassung. Das läßt sich insbesondere auch funktional begründen. Die Schutz- und die Achtungspflicht gelten selbstverständlich auch für die Familie – und hier würde ich auch mich anschließen wollen an das, was Herr *Hoffmann-Riem* gesagt hat –, nämlich, daß die Schutzverantwortung des Staates in bezug auf die Familie weit vorverlegt werden muß im Hinblick auf die modernen Möglichkeiten der Gentechnik und der Embryologie. Neben dieser staatlichen Achtungs- und Schutzpflicht in bezug auf die Familie besteht nun auch noch eine Förderpflicht. Und diese Förderpflicht hatte Art. 119 Abs. 2 der Weimarer Reichsverfassung ganz klar zum Ausdruck gebracht. Es hieß damals in der Bestimmung: „Reinerhaltung, Gesundung und soziale Förderung der Familie ist Aufgabe des Staates und der Gemeinde“.

Das Grundgesetz knüpfte daran an. Es ist m.E. nicht richtig, den Art. 119 Abs. 2 der Weimarer Reichsverfassung aus dem Schutzgehalt des Art. 6 Abs. 1 GG ausschalten zu wollen. Genetisch läßt sich das nicht begründen, zumal ja eine Reihe von Landesverfassungen, auch die bayerische, etwa in Art. 125 Abs. 2 BV, den gleichen Gedanken zum Ausdruck gebracht haben, und zwar schon vor der Redaktion des Grundgesetzes. Im übrigen, wenn Sie den Art. 6 einmal genau studieren, dann sehen Sie, daß die sozialrechtliche Dimension und die Verantwortung des Staates gegenüber der Familie ja in den folgenden Absätzen ganz deutlich zum Ausdruck kommt. Besteht aber, meine sehr verehrten Damen und Herren, gegenüber der Ehe keine staatliche Förderpflicht, dann läßt sich die verfassungsrechtliche Weihe, die das Bundesverfassungsgericht dem Ehegattensplitting zuteil hat werden lassen, nicht mehr von Art. 6 her rechtfertigen. Dieses Konzept muß sich daher vor Art. 3 Abs. 1 rechtfertigen. Die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts zum verfassungsrechtlichen Gebotensein des Ehegattensplittings sind, recht gesehen, ja auch nur ein obiter dictum. Die Entscheidung betraf die Besteuerung der Halbfamilie, und das Bundesverfassungsgericht hat ganz klar gesagt, daß das Ehegattensplitting nicht auf die Halbfamilie übertragen werden kann. Also brauchte es zu dem Ehegattensplitting in dieser Entscheidung an sich gar nichts Weiteres auszuführen. Die Behauptung, daß das Ehegattensplitting auch die Funktion der Ehefrau als Hausfrau und Mutter berücksichtige, ist ein Argument aus dem Arsenal des Familienlastenausgleiches. Es liegt insofern neben der Sache, als nach der Konzeption des Ehegattensplittings das Vorhandensein von Kindern gerade keinen Anknüpfungspunkt für das Splitting darstellt. Auch Ein-Verdiener-Ehen

ohne Kinder – und das sind immerhin 23% in der Bundesrepublik – kommen in den Genuß des Splittingvorteiles. Mit der Förderpflicht nach Art. 6 Abs. 1 zugunsten der Familie läßt sich also das Splitting nicht begründen. Nach dem Grundsatz der Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit ist das Ehegattensplitting auch keineswegs die einzig mögliche und sachgerechte Form einer steuerlichen Berücksichtigung der Ehe. Es gibt Alternativlösungen, auf die Herr Kollege *Vogel* schon 1977 hingewiesen und sie im einzelnen analysiert hat.

Art. 3 Abs. 1 verbietet allerdings auch nicht das Ehegattensplitting, und zwar deshalb nicht, weil man dann zu einer einseitigen Bevorzugung derjenigen Ehen käme, in denen Gewinneinkünfte bezogen werden. Denn in diesen Fällen können über Gesellschaftsverträge oder Ehegattenarbeitsverträge im Grunde die gleichen wirtschaftlichen Möglichkeiten auf vertraglicher Basis geschaffen werden, wie sie das Ehegattensplitting gewährt.

Ein letzter Punkt, der mir wichtig erscheint:

Vorsitzender: Herr *Soell*, es ist wunderbar, Ihnen zuzuhören; aber Sie halten jetzt einen Vortrag. Und wir müssen zum Schluß kommen. Ich habe noch eine Reihe Wortmeldungen.

Soell: Herr Vorsitzender, lassen Sie mich zwei Sätze noch anfügen.

Vorsitzender: Ja, bitte.

Soell: Ich muß ganz eindeutig Widerspruch erheben gegen eine Meinung, die Gott sei Dank nicht von den Referenten übernommen worden ist, daß etwa das Mittel der Steuerpolitik nicht für bevölkerungspolitische Zwecke eingesetzt werden kann.

Meine Damen und Herren! Wenn man den dritten Familienbericht genau studiert, können wir uns bevölkerungspolitische Naivitäten nicht mehr leisten.

Vorsitzender: Danke. – Herr *Vogel*, einen Satz dazu?

Vogel: Ein Satz: Wir besteuern nach individueller Leistungsfähigkeit, und die Leistungsfähigkeit wird bei der Heirat halbiert, wie schon eine Volksweisheit weiß.

Vorsitzender: Können wir jetzt auf eine Redezeit von zwei Minuten heruntergehen? Ist das möglich? Ich habe jetzt noch zwei nachgeschobene Wortmeldungen von Herrn *Wahl* und Herrn *Kisker*. Ich nehme sie gerne und will Sie auch ausführlich zu Wort kommen lassen, aber geht das in zwei Minuten?

Wahl: Dem Wunsch nach Kürze kann ich nachkommen, da ich dieselben Fragen ansprechen möchte wie Herr *Hoffmann-Riem*. Beim

Thema sozialer Wandel und Verfassungswandel im Bereich der Familie müssen meines Erachtens die Auswirkungen der neuen Medizin, die sich Reproduktionsmedizin nennt, mit bedacht werden. Ich spreche dies nicht an, um die Referenten aufzufordern, jetzt zu all diesen Problemen Stellung zu nehmen; es geht mir nur um die Frage, ob sich ihre Vorstellungen über Ehe und den Begriff der Familie vor diesen neuen Problemstellungen bewähren. In der Kürze der Zeit drei Stichworte dazu.

Die relativ einfache Technik der künstlichen Befruchtung ermöglicht auch die postmortale künstliche Befruchtung; der eingefrorene Samen des verstorbenen Ehemannes könnte auch noch viel später verwendet werden. Was bedeutet dies für den Familie- und Ehebegriff? Damit verbindet sich hierbei und bei einigen anderen hier einschlägigen Sachproblemen die weitere Frage, ob die verfassungsrechtliche Zulässigkeit solcher Techniken nur am Maßstab der Menschenwürde zu messen ist, wie es in der Literatur vorwiegend geschieht, oder ob hier auch Art. 6 I GG einschlägig ist.

Der zweite Punkt ist die heterologe Insemination. Der Deutsche Juristentag hat sich vor einigen Wochen dafür ausgesprochen, daß jedes Kind ein Recht darauf habe, seine genetische Abstammung zu kennen. Dies impliziert, daß der Samenspender mit dem Kind rechtlich etwas zu tun hat. Hat er Unterhaltspflichten? Hat er vor allem auch Rechte auf die Erziehung? Die Rechtsbeziehung zwischen beiden kann ja wohl nicht nur einseitig so sein, daß mit vierzehn oder sechzehn Jahren ein Kind an seiner Tür klingelt und sagt: ich bin Dein Kind und möchte mit Dir Kontakt aufnehmen. Wenn der Samenspender jedenfalls zu diesem Zeitpunkt Verantwortung für das Kind haben soll, dann hat er vielleicht auch schon von Anfang an die Absicht, sich in die Erziehung einzumischen. Dann gibt es also zwei Väter.

Der dritte und letzte Punkt betrifft überhaupt die Spaltung der genetischen und sozialen Elternschaft. Wer dramatische Ausdrücke liebt, könnte hier geradezu von Kernspaltung der Elternschaft reden. Was erfaßt Art. 6 I GG im Begriff der Familie, die soziale oder die genetische Elternschaft oder beide?

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Wahl*. Herr *Kisker*, bitte.

Kisker: Wie schon Frau *Staff* angedeutet hat, gibt es ein Spannungsverhältnis zwischen Art. 2 Abs. 1 GG einerseits und Art. 6 GG andererseits, also ein Spannungsverhältnis zwischen dem Wunsch der Frauen nach Selbstverwirklichung und dem Wunsch nach optimaler Betreuung der Familie: Die Schwierigkeiten, in welche die Familie heute geraten ist, haben ihren Grund doch nicht nur in mangelhafter

materieller Ausstattung. Viel wichtiger ist vermutlich, daß viele Frauen ihre Rolle in Familie und Gesellschaft heute anders interpretieren als das früher üblich war. Sie suchen ihre Selbstverwirklichung nicht mehr nur am häuslichen Herd, sondern legen Wert auf berufliche Selbstverwirklichung. Das hat Konsequenzen. Ich wundere mich darüber, daß unsere jüngeren Kollegen das nicht in die Diskussion eingebracht haben. Gerade sie wissen doch aus vielen häuslichen Gesprächen, daß da ein Problem steckt, mit dem wir uns – ob uns das nun gefällt oder nicht – auseinandersetzen müssen. – Dazu nun meine Frage an die Referenten: Müßten sich nicht Staat und Gemeinden darum bemühen, bei der Lösung des Konflikts zwischen dem Wunsch nach Selbstverwirklichung im Beruf und dem Wunsch nach einer funktionsfähigen Familie zu helfen. Herr *Steiger* hat in diesem Zusammenhang mit, wenn ich das richtig gehört habe, etwas kritischem Unterton die Kinderkrippen erwähnt. Gewiß, das sind problematische Hilfen. Aber ist ohne solche Hilfen auszukommen? Wo sind denn die Alternativen? Die Vorstellung, daß wir die Frauen wieder an den Herd zurückschicken könnten, ist ja wohl nicht sehr realistisch.

Vorsitzender: So, meine Damen und Herren, jetzt zur dritten Gruppe. Wir haben nur noch fünf Minuten und auch fünf Redner. Herr *Schachtschneider* zum Zerrüttungsprinzip; dann zum Thema nicht-eheliche Lebensgemeinschaft die Herren *Thieme*, *Zuleeg* und *Steinberg*, und Herr *Mantl* wollte noch etwas zur österreichischen verfassungspolitischen Diskussion sagen. Und dann kriegen die beiden Referenten das Wort. Bitte, so kurz wie's irgend möglich ist. Herr *Schachtschneider*, bitte.

Schachtschneider: Ich möchte darauf hinweisen, daß das Zerrüttungsprinzip die Institution Ehe als ein verpflichtendes Verhältnis aufgehoben hat. Was in § 1353 Abs. 1 noch wie eine feste Burg der kirchlichen Ehe i.S. der Unauflöslichkeit, der Lebenszeitigkeit der Lebensgemeinschaft erscheint, zeigt sich bereits, wenn man auf Abs. 2 dieser Vorschrift blickt, als Ruine. Es ist nämlich Mißbrauch, die Herstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft von dem Ehegatten zu verlangen, wenn dieser ein Recht zur Trennung hat. Dieses Recht zur Trennung aber besteht in der Praxis, die mir unvermeidlich zu sein scheint, bereits, wenn ein Ehepartner (oft genug ist es heutzutage die Frau) erklärt, diese Ehe nicht mehr fortsetzen zu wollen. Dieser reine Willkürakt, in der Sache eine Kündigung ohne Grund, beendet den verpflichtenden Charakter der Ehe. Also hat sich, provozierend formuliert, das Rechtsinstitut Ehe stark zum Konkubinat hin entwickelt. Das ist mit Abs. 1 des Art. 6 GG nicht mehr vereinbar, schon gar nicht aber mit dessen Abs. 2. Letzteres ist der entscheidende Gesichtspunkt.

punkt. Auf diese Weise dürfen sich Eltern oder auch nur ein Elternteil nicht von ihrer Pflicht, für ihre Kinder zu sorgen, lösen können. Insbesondere darf so der eine dem anderen Elternteil nicht das natürliche Recht an seinen Kindern nehmen können, vor allem aber nicht den Kindern das natürliche Recht auf den anderen Elternteil, etwa den Vater. Das Grundgesetz spricht ausdrücklich vom natürlichen Recht. *Kant*, wie alle Aufklärer und alle Naturrechtler haben gelehrt, daß dieses Recht uns angeboren, daß es also ein Naturrecht sei. Ich sehe keinen Weg des Rechts, wie ein solches Verhältnis, die Familie also, ohne triftigen, d.h. tatbestandlich erfaßten und überprüfbaren Grund, aufgelöst werden können soll. Solange also die Kinder noch Kinder sind, muß die Ehe bestehen bleiben. Nur der schwere Verstoß des einen Ehepartners gegen die ehelichen Pflichten vermag den anderen, den Verletzten, zu berechtigen, sich aus der Ehe zu lösen. Das führt zum Scheidungsrecht nach dem alten Verschuldensprinzip. Ein solcher Verstoß ist ein Familienbruch; denn er verletzt die Kinder schwer in ihrem Naturrecht.

Wenn ich noch eine Schlußbemerkung zum Konkubinat machen darf: Dogmatisch könnte man die Ehe auch auf die faktische Lebensgemeinschaft stützen und das Konkubinat zu einer Ehe erklären. Nur würde das das alte Problem der mehreren Ehen aufwerfen, die nebeneinander bestehen. Darum möchte ich mich dem Gesichtspunkt anschließen, daß die Ehe nach wie vor rechtlich begründet sein muß. Ihre Verbindlichkeit aber ist zu verteidigen.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Schachtschneider*. Herr *Thieme*, bitte.

Thieme: Ich möchte an Herrn *Lange* anknüpfen, der meint, insoweit eine gewisse Lücke in den Referaten entdeckt zu haben, als bei der nichtehelichen Lebensgemeinschaft nicht dargestellt worden sei, was die Verfassung vorschreibt und was diese Gemeinschaft tatsächlich darstellt. Wenn ich die These 24, Satz 2, von Herrn *Steiger* nehme, nach dem die Institutionalisierung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft unzulässig ist, stellt sich in der Tat die Frage: Wie wird mit der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, die es ja nun einmal als faktisches Phänomen gibt, zu verfahren sein? Familienrecht ist ja überwiegend nicht das Recht der Familien, soweit sie voller Blüte in Harmonie stehen, sondern Familienfolgenrecht, d.h. es löst in erster Linie Fragen für den Fall, daß die Familie nicht mehr existiert oder funktioniert. Dann taucht die Frage nach der Schutzbedürftigkeit auf. Herr *Steiger* sagt das auch. Dann allerdings stellt sich für mich die Frage: Welchen Schutz hat denn eigentlich derjenige, der aus einer solchen nichtehelichen Lebensgemeinschaft nach längerem Bestehen plötzlich

herausgeworfen wird? Schützt Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1 GG? Ich würde sagen: Ja. Damit stehen diese Artikel in einem Konkurrenzverhältnis zu Art. 6, der die eheliche Lebensgemeinschaft schützt. Es ist die Frage — ohne damit die Ehe als Institution anzugreifen, die ich genauso wie die beiden Referenten interpretieren würde — ob eine Institutionalisierung nicht doch irgendwann einmal erfolgen muß, weil die nichteheliche Lebensgemeinschaft mit dem Schuldrecht des bürgerlichen Rechts letztlich nicht adäquat zu erfassen ist.

Vorsitzender: Vielen Dank. Herr *Zuleeg*, bitte.

Zuleeg: Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren, ich möchte die Ausrichtung des Referats von Herrn *Steiger* auf die Subjektivität nachdrücklich unterstützen. Ich meine, daß darin das Prinzip Freiheit zum Ausdruck kommt und die Sozialfunktion im Sinne von Herrn *Ebsen* auf diese Weise erhalten und gestärkt wird. Ich möchte dazu zwei Beispiele anführen, und zwar zunächst das Beispiel der Rechtsstellung des unehelichen Vaters in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft.

Hier hat Herr *von Campenhausen* dem Vater in Übereinstimmung mit dem Bundesverfassungsgericht die Befugnis zur Erziehung und das rechtliche Vermögen, für das Kind zu sorgen, abgesprochen und in Aussicht gestellt, wenn ich das richtig notiert habe, er könnte ja zur Normalität der Rechtslage gelangen, indem er eine Ehe schließt. Ich bin der Ansicht, daß hier die Freiheit derer, die zusammenleben, nicht geachtet wird, daß jedenfalls in den Fällen, in denen sich der Vater zum nichtehelichen Kind bekennt und die Sorge übernehmen will, auch eine Möglichkeit vorhanden sein muß, daß er am Erziehungsrecht beteiligt ist. Der Ausschluß von Art. 6 Abs. 1 durch Art. 6 Abs. 5 GG läßt sich nicht rechtfertigen. Einmal ist das kein Spezialgesetz und zum anderen ist es eine wesentliche Chance für das Kind, auch vom Vater erzogen zu werden. Selbst wenn man sich auf Art. 6 Abs. 5 beschränkt, meine ich, daß die Rechtsstellung des nichtehelichen Vaters innerhalb einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft mit Kindern gestärkt werden sollte.

Das zweite Beispiel ist für mich der Familiennachzug. Es ist nicht einzusehen, daß das Prinzip Freiheit bei einer ausländischen Ehe herabgewürdigt werden kann und soll, wie es das Bundesverwaltungsgericht nach dem Vorschlag eines Kollegen getan hat. Es hat den Schutz von Ehe und Familie beim Familiennachzug in eine allgemeine Güterabwägung einbezogen, wobei ich etwas überspitzt den Nachdruck auf „ab“ lege, d.h. also, daß der Schutz der Familie sehr gering gehalten wird; denn es soll danach zulässig sein, daß in Baden-Württemberg dem Nachzug von Ehegatten eine dreijährige Wartefrist auferlegt wird

mit der Maßgabe, man solle sich in dieser Zeit überlegen, ob man die Ehe nicht im Heimatland (dem sogenannten Heimatland, wenn der Betreffende hier aufgewachsen ist) führen könnte. Ich finde, daß das über das Maß dessen hinaus geht, was man bisher der Freiheit in der Ehe an Begrenzungen zugemutet hat. Hier wird nicht nur eine Beschränkung auferlegt, sondern die Ehe auch instrumentalisiert. Dagegen müßte man Stellung nehmen. Danke schön.

Vorsitzender: Danke. Herr *Steinberg*.

Steinberg: Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren! Wegen der fortgeschrittenen Zeit nur eine ganz kurze Frage an Herrn *Steiger*: Herr *Steiger*, Sie haben Ihren Ehebegriff, wenn ich Sie richtig interpretiere und richtig verstanden habe, ganz wesentlich auf die Funktion der Ehe abgestellt, etwa Ihre These 22 und These 23. Kann diese Funktion, wenn ich mich vor allen Dingen auch an Ihre einfühlsame Beschreibung vor allem der Aufgabe personaler Sozialisation in der Ehe erinnere, nicht auch von einem etwa gleichgeschlechtlichen Paar oder Transsexuellen erfüllt werden? Muß dann nicht die Möglichkeit der Eingehung einer Ehe, und zwar gerade unter den von Ihnen und insbesondere von Herrn *von Campenhausen* beschriebenen Formalisierungen – Dauerhaftigkeit und besondere Pflichtenstellung – auch diesem Personenkreis, wenn er ihn wünscht, zugebilligt werden?

Zweitens: Ich möchte Stellung nehmen zu der These 10 von Herrn *Campenhausen*. Herr *von Campenhausen*, Sie haben auf den augenfälligen Kontrast zwischen der zugelassenen – ich zitiere Sie: zeitgestreckten Polygamie (nach einem bayerischen Wort sagt man dazu ja: Vielweiberei auf Raten) – und der lebenslangen Unterhaltsehe, das ist ja wohl ein Zitat von *Diekmann*, hingewiesen. Meiner Ansicht nach handelt es sich hier um einen Kontrast mit erheblicher Blendwirkung. Ich habe demgegenüber ganz erhebliche Zweifel, ob Sie damit die realen Probleme, vor allem geschiedener Frauen, auch nur annähernd erfassen. Ich bin kein Familienrechtler, aber ich bin ganz sicher, daß jeder Familienrichter und jeder Scheidungsanwalt Ihnen die Fragwürdigkeit Ihrer These durch eine Fülle von Beispielen belegen könnte. Als Stichwort nur etwa: Mangelfälle, die zahlreichen Beispiele der Unbeibringlichkeit einer auch von Gesetzes und Gerichts wegen zugesprochenen Unterhaltsrente, und schließlich auch die enttäuschte Lebensplanung einer Frau. Ich will das nicht näher ausführen, aber jeder kennt diese Situationen.

Gerade an dieser These entzündet sich aber auch ein ganz allgemeines Unbehagen mit der gesamten Diskussion dieses Themas. Wir – ich habe abgezählt – nahezu ausschließlich Männer, nur drei Frauen, diskutieren über Probleme, die die andere, hier nicht anwesende Hälfte

der Menschheit genauso angehen. Das Unbehagen wurde von Herrn *Kisker* eben schon einmal angesprochen. Ich habe noch nie so stark wie heute das Bedürfnis verspürt, ein rechtswissenschaftliches Thema auch durch das Referat einer Frau zu Gehör zu bekommen. Vielleicht hat hier der Vorstand eine Chance verpaßt. Ich glaube, daß man schon von einer gewissen Kühnheit unserer Vereinigung sprechen kann, dieses Thema in nahezu völliger splendid isolation zu behandeln.

Und drittens eine ganz kurze Bemerkung, und zwar zu der Schlußbemerkung von Herrn *von Campenhausen*, daß die Entscheidung für Kinder die Entscheidung für eine relative Verarmung bedeute, wenn ich Sie richtig verstanden habe. Ich will Ihnen im Grunde nicht widersprechen, aber ich bin ganz sicher, daß Sie mir zustimmen werden, wenn ich auf die Notwendigkeit der Ergänzung durch ein Wort, durch ein Adjektiv, aufmerksam mache: relative *finanzielle* Verarmung. Ich habe hier den Eindruck, wie wohl auch Herr *Saladin*, daß finanzielle Probleme im Zusammenhang mit den Verfassungsfragen der Ehe ein klein wenig im Vordergrund der Diskussion gestanden haben. Demgegenüber möchte ich betonen, daß gerade durch die Möglichkeit der Familie, insbesondere die Aufzucht von Kindern, die Chance persönlicher Erfüllung besteht, die die Kinderlosen niemals erfahren werden. Allerdings: zwischen der sehr zutreffenden finanziellen Verarmung der Familie mit Kindern, erst recht der kinderreichen, und der persönlichen Bereicherung ist eine Aufrechnung ausgeschlossen.

Vorsitzender: Vielen Dank. Herr *Mantl*, bitte.

Mantl: Meine Ausführungen kehren zum Ausgangspunkt der Diskussion zurück. Anders als *Walter Berka* vermeint unser Innsbrucker Kollege *Peter Pernthaler*, die Morgenröte einer Verankerung von Ehe und Familie in der österreichischen Verfassungsordnung wahrzunehmen. Er und die zaghaften Ansätze der überwiegend westösterreichischen Bundesländer knüpfen ihr Ehe- und Familienbild an die gemeineuropäische Tradition aus christlicher Wurzel an. Ich teile dieses Attachement, aber ich teile nicht den Optimismus bezüglich der *Konstitutionalisierungschance* in Österreich. Eine nüchterne Analyse führt zu anderen Ergebnissen. Diese Analyse kann auch als Folie für das heutige Raisonement dienen, da die österreichischen Anläufe deutlich an den deutschen Normenbestand der unmittelbaren Nachkriegszeit anknüpfen. Die Hemmnisse und Probleme, die sich der Konstitutionalisierung von Ehe und Familie in Österreich entgegenstellen, sind ein wichtiger Indikator für sozialen Wandel, und das vermag über Österreich hinaus erhellend sein.

Lassen Sie mich in fünf Schritten vorgehen: Es gibt *erstens* kein wirklich durchschlagendes Engagement der Parteien, und zwar beider

Großparteien. Ich führe das darauf zurück, daß die Parteien auf die *Wechselwähler* angewiesen sind. Anders als Herr von *Campenhausen*, meine ich nicht, daß die Singles und alle die, welche die Ehe nicht schätzen, schon die Mehrheit bilden, aber die wahlentscheidenden Wechselwähler rekrutieren sich sehr stark aus den besonders emanzipationswilligen, ehe- und familienskeptischen Gruppen – Frauen, soziale Aufsteiger, Intellektuelle, für die Ehe und Familie auch nicht im *Steigerschen* Sinn den Ort der erfüllten Subjektivität, sondern geradezu Fessel für die Subjektivität und die Verwirklichung der Subjektivität darstellen.

Zweitens: Gerade ein nichtmarxistischer, freiheitlicher Sozialismus braucht zu seiner Identitätswahrung radikale emanzipatorische Züge, zumindest für die Integration kritischer Gruppen in linker Aufklärungsatmosphäre. Das führt zur Ablehnung des tradierten Ehe- und Familienbegriffs, wie die österreichische Diskussion zeigt. Als etwa die Salzburger ÖVP vorschlug, in die Landesverfassung eine Präambel einzubauen, in der – ähnlich wie in den deutschen Formulierungen – ein Schutz für Ehe und Familie postuliert werden sollte, machte die Salzburger SPÖ 1984 den Gegenvorschlag, das Recht auf partnerschaftliche Familie und Ehe, aber auch andere positive Formen des Zusammenlebens zu konstitutionalisieren. Durch diese Ausdehnung des Schutzobjekts wäre das rechtspolitische Anliegen der anderen Partei verwässert, ja konterkariert worden. Ganz zu schweigen vom Erosionspotential der ja auch für Österreich bindenden Judikatur der europäischen Menschenrechtsinstanzen.

Die *bürgerliche* Ehe und Familie wird *drittens* gar nicht vom Bürgertum als sozialer Schicht, sondern schichtentranszendierend, durchaus in verschiedenen Säkularisierungsformen, von den *Christen* verteidigt, wobei in Österreich vor allem die Katholiken ins Gewicht fallen, von denen ja dieses Ehe- und Familienbild seinen Ausgang nahm. In Österreich kommt dazu, daß es nach 1945 keine Naturrechtsrenaissance gegeben hat – *René Marcic* blieb eine Ausnahme. Daher wirken alle christlichen Bemühungen um Ehe und Familie ausgesprochen partikulär und sind nicht in ein stützendes Fluidum der Allgemeinheit und Plausibilität eingebettet. Überdies fehlen in Österreich Funktionsanalysen, von denen, glaube ich, durchaus ein Legitimationsschub zugunsten auch des tradierten Ehe- und Familienideals ausgehen könnte.

Viertens muß daran erinnert werden, daß nach wie vor – und ich teile diese Position – in Österreich ein *juristisches Verfassungsverständnis* in der *Kelsen*-Nachfolge vorherrscht. Die Verfassung wird in materialer Askese als Prozeßordnung der Rechtserzeugung begriffen, obwohl es auch Ansätze zu Veränderungen gibt, die aber nach wie vor auf Skepsis stoßen. Auf Skepsis stößt daher auch das zur Verfügung stehende „neue“ rechtliche Instrumentarium zur Verankerung von

Ehe und Familie in der Verfassung; Soziale Grundrechte, Einrichtungsgarantien, Verfassungsaufträge, Staatszielbestimmungen und Programmsätze sind von der österreichischen Lehre und auch von der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes nach wie vor mit Ablehnung belegt.

So endet die Kompromißsuche *fünfte*s meist bei äußerst *allgemeinen Formulierungen* mit fragwürdiger Schutzwirkung, die ja mit der Konstitutionalisierung angestrebt wird: Es überwiegen – und das wird sich in der nächsten Zukunft in Österreich kaum ändern – semantische Verschiebungen, eine Flucht in schöne Worte. Auch bei den Andeutungen einer Änderung der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes geht es doch meist nur um Feststellung hehrer Grundsätze, die dann in der konkreten Entscheidungssituation nicht „greifen“: semantische Verschiebungen ohne normative Veränderungen.

Vorsitzender: Ich danke allen Diskussionsrednern. Wir haben gesehen, daß erstens das Thema offenbar interessant gewesen ist, und daß zweitens die Referate offenbar anregend gewesen sind. Aber nach diesen vielen Fragen und Anregungen und neuen Gesichtspunkten bitte ich zu verstehen, daß wir jetzt beiden Referenten noch je zehn Minuten geben, sich zu äußern. Wir müssen also ein bißchen überziehen, aber ich finde, Staatsrecht ist wichtiger als Staatsempfang. Und wenn wir so um viertel vor sechs fertig sind, dann kommen wir auch noch rechtzeitig. Bitte, Herr *Steiger*.

Schlußwort Steiger: Die Fülle der in der Diskussion uns zugetragenen An- und Bemerkungen, zusätzlichen und kritischen Erwägungen ist groß. Die mir zugemessene Zeit erlaubt aber nur, einige Punkte näher zu behandeln. Ich will versuchen, das in einer gewissen, wenn auch nur formalen Systematik zu tun. Ich bitte von vornherein um Verzeihung, wenn ich nicht immer die jeweiligen Damen und Herren Kollegen dabei nenne. Sie werden sich alle sicher wiedererkennen. Ich gehe diesmal von den konkreteren Fragen zu den allgemeineren. Zunächst zum Ehegattensplitting eine weitere Bemerkung: Ich hatte bereits bei der gesetzlichen Regelung der Arbeitslosenhilfe und der Sozialhilfe darauf hingewiesen, daß die negative Gleichstellung von nichtehelichen Lebensgemeinschaften und Ehen dort meines Erachtens einen Ansatz bietet, der sich auf die allgemeine rechtliche Stellung der nichtehelichen Lebensgemeinschaften wie der Ehe und auf ihr Verhältnis zueinander negativ auswirkt. Wenn wir das Ehegattensplitting aber aufheben, werden Ehegatten und nichteheliche Lebensgemeinschaften doch wohl verschieden besteuert mit Begünstigung der getrennt veranlagten Partner der nichtehelichen Lebensgemeinschaft gegenüber den zusammen veranlagten Ehepartnern. Das wird dann

doch wohl auch zu einer negativen Gleichstellung zu Lasten der nichtehelichen Lebensgemeinschaften führen müssen, um diesen Vorteil auszugleichen, wie wir sie im Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur Arbeitslosenhilfe bekommen haben. Damit würde aber für die nichtehelichen Lebensgemeinschaften ein erneuter Institutionalisierungsschub eintreten. Im übrigen bin ich, nun etwas allgemeiner zur Förderung, der Auffassung, daß Art. 6 Abs. 1, wie immer man die Förderaufgabe nun dogmatisch begründet, keine Blaupause enthält für das, was geschehen muß oder geschehen soll, sondern in der Tat die politisch-demokratische Gesetzgebung einen weiten Spielraum hat, ob uns das als Eltern vieler Kinder paßt oder nicht. Deren sind ja, glaube ich, in unserer Vereinigung im Prozentsatz zur Gesamtbevölkerung unverhältnismäßig viele. Auf die Abstimmung der verschiedenen Politikziele auf- und untereinander auch am Maßstab des Art. 6 Abs. 1 durch Gesetzgebung und Regierung möchte ich noch einmal ausdrücklich hinweisen. Ich bin sehr dankbar, daß darauf auch in den Diskussionsbemerkungen eingegangen worden ist. Das Stichwort „Medien“ hatte ich mir in der Vorbereitung notiert und habe es aus Zeitgründen weggelassen. In der Tat sehe ich hier eine sehr eigentümliche Entwicklung in der Bundesrepublik, einerseits die Stärkung der Familie und andererseits den Ausbau und die zunehmend privatwirtschaftliche Veranstaltung von Fernsehen und anderen Medien zum Programm zu erheben. Der familienstörende Charakter dieser Medien ist ja wohl nicht bestritten. Sich allein auf den Abschaltknopf und dessen Betätigung durch die Eltern zu verlassen, halte ich für gefährlich. Aber eine Diskrepanz ergibt sich auch, wenn Frau *Willms*, die Bundesbildungsministerin beklagt, daß Lehrlinge nicht hinlänglich mobil seien, um Lehrstellen von Hamburg aus in Süddeutschland wahrzunehmen; denn diese Lehrlinge, von denen viele auch heute noch unter 18 Jahren alt sind, müssen ja ihre Familie und deren Schutz verlassen, um eine entfernte Lehrstelle anzutreten. Etwas skeptisch möchte ich mich gegenüber der Frage der Bevölkerungspolitik verhalten. Herr *Häberle*, ich bin selbstverständlich der Meinung, daß Bevölkerungspolitik auch betrieben werden darf. Ich unterscheide mich da etwas von Herrn *Kirchhoff*, aber ich meine nun doch, daß das nicht das leitende Ziel der Förderpolitik des Staates sein darf. Der Zusammenhang von Staat und Familie geht nicht über die Keimzelle in diesem Sinne. Sondern der Zusammenhang von Staat und Familie geht meines Erachtens über die Subjektivität, die heute den tragenden Grund des Staates bildet. Für sie ist die Familie der Ort, der vom Staat zu schützen und zu fördern ist. Es ist ein etwas verwickelterer Zusammenhang als der bevölkerungspolitische. Auf die alteuropäischen, etwa von *Althusius* auch noch in der frühen Neuzeit vorgetragenen Zusammenhänge stufenförmigen Aufbaus von der Familie bis zum Staat können wir uns heu-

te nicht mehr berufen. Es fehlen ja auch die Zwischenstufen. Ein weiteres wichtiges Problem bezeichnet das Stichwort „Randbereiche von Ehe und Familie“: Wie reagiert dieses Institut auf Randbereichsveränderungen durch den Gesetzgeber? Herr *Schmidt-Jortzig* hat die Salamtaktik sehr schön dargestellt. Aber ich glaube nicht, daß wir ihr mit einer Konzeption eines Kernbereiches im substantiellen Sinne entgegenreten können. Sondern wir können gerade dieses Problem nur von den funktionalen Ansätzen her bewältigen, weil wir dann nämlich immer konkret beurteilen können, wie die jeweilige Gesetzgebung wirkt. Ich traue dem Gesetzgeber nicht, daß er generell eine langfristige Konzeption hätte. Warum sollte er es gerade in diesem Bereich haben? Ich komme nun zu dem allgemeineren Teil, zunächst zu den Begriffen von Ehe und Familie: Herr *Böckenförde*, die Frage nach dem Familienbegriff habe ich funktionell beantwortet, und Sie haben gefragt: Wieso? Es ist in den Diskussionsbemerkungen einiges deutlich geworden. Der Familienbegriff ist bis zum Ende des 18. Jhdts. nicht an den Ehebegriff geknüpft, weil wir einen weiten Familienbegriff des „ganzen Hauses“ haben. Die Verknüpfung von Ehe und Familie ist im 18. und endgültig im 19. Jhd. hervorgetreten und hat ihren guten Sinn. In der Gegenwart nun wiederum ist zunächst durch die kinderlose Ehe Ehe als selbständiger Begriff innerhalb des Art. 6 eingeführt. Die Ehe mit Kindern, also die Familie, ist nicht mehr objektiver Ehezweck. Selbst nach katholischer Lehre hat sich da einiges geändert, wenn ich richtig informiert bin. Andererseits gibt es zunehmend, und nicht mehr sozial mißbilligt, Familien ohne Ehen. Es ist eine Entkoppelung von Ehe und Familie eingetreten. Gerade die mehrfach betonte Notwendigkeit des Schutzes des Kindes war es, die mich veranlaßt hat, ihn nicht nur über Art. 6 Abs. 5, sondern auch über Art. 6 Abs. 1 abzusichern. Ich glaube, nachdem wir dahin gekommen sind, Verwandtschaft ans Biologische anzuknüpfen, also rechtlich abzusichern, daß wir das auch im Familienbegriff erweiternd aufnehmen müssen. Damit stellt sich natürlich das Problem, das Sie, Herr *Partsch*, aufgeworfen haben, warum bei den nichtehelichen Lebensgemeinschaften der Begriff „eng“ und bei der Familie der Begriff „weit“ interpretiert wird. Ich glaube, daß sich dieses doch aus den Bemerkungen, die ich eben vorgetragen habe, wenigstens ansatzweise rechtfertigen läßt. Ich bitte um Verzeihung, wenn es vielleicht noch nicht intensiv genug geschieht, und ich es hier nicht weiter verfolgen kann. Nun zum Verhältnis von Ehe und nichtehelichen Lebensgemeinschaften. Ich lege auf den Plural Wert, Herr *Thieme*. Ich glaube, wir können nicht von *der* nichtehelichen Lebensgemeinschaft sprechen, und damit hat sich schon vieles an Antwort ergeben. Diese Lebensform ist so weit gefächert, daß von daher meines Erachtens eine Institutionalisierung in dem Sinne, daß wir von bestimmten Grundvorstellungen ausgehen könnten, nicht möglich ist,

von daher eben nur ganz bestimmte Folgen eines solchen Rechtsverhältnisses gelöst werden können, die sich aus demselben ergeben, aber nicht im Sinne einer Ableitung aus einem vorgefaßten Bild oder einer vorgefaßten grundsätzlichen Ansicht. Nun hat Herr *Roellecke* gefragt, ob ich nicht doch zur Veräußerlichung der Ehe dadurch gekommen wäre, daß ich Liebe und Treue an die Form der Ehe, der bürgerlichen Ehe, geknüpft hätte, das könnte Entfremdung bedeuten und daraus könnten Widersprüche erwachsen. Das scheint mir nicht der Fall zu sein, da ich der Meinung bin, daß in der Tat Liebe und Treue in der Subjektivität zwar angelegt sind, aber doch auch einer objektiven Stützung bedürfen. Es ist nicht so, daß das reine Form ist. Das mag vielleicht für die Ehe gegolten haben, die Liebe und Treue nicht zur persönlichen emotionalen Bindung macht. Das ist sehr schwierig mit der Liebe. Natürlich gab es die eheliche Liebe auch im 18. Jhdt. und davor. Aber es handelt sich um einen differenzierten Begriff gegenüber der Liebe, die wir seitdem der Ehe als eine personale, persönliche Beziehung zugrunde legen. In älteren Zeiten erwuchs die Liebe aus der Ehe, heute erwächst die Ehe aus der Liebe. Aber das bedeutet doch nicht, daß wir der Liebe nicht auch eine gewisse Stützung geben müssen, gerade wegen ihrer emotionalen Anfälligkeit. Ich sehe durchaus ein, Herr *Roellecke*, daß diese Stützung in der bürgerlichen Ehe sehr viel schwieriger ist als in einer theologisch-sakralen Ehe, d.h. einer Ehe, in der das Sakrament eine Rolle spielt. Denn das ist eine Stützung, die nicht in der Form liegt, sondern die ihr transzendent zukommt. Insofern hängt da ein Problem der entsakralisierten bürgerlichen Ehe. Aber ich meine, daß es trotzdem nicht erforderlich ist, das, was geboten werden kann, wenn ich es einmal so ausdrücken darf, aufzugeben und das zur Veräußerlichung zu erklären. Allerdings hat auch *Hegel*, der trotz seiner eher institutionellen Sicht der Ehe der Innerlichkeit und Gesinnung die Einheit der Ehe konstituieren wollte, zugeben müssen, daß, wenn sich das in „feindliche Gesinnung“ verkehre, dieses Band nicht aufrechterhalten werden könne. Aber es bedeutet doch immerhin diese Liebe in der Ehe eine personale Beziehung zwischen zwei Menschen. Damit tritt das Persönlichkeitsrecht des einzelnen etwas zurück, Frau *Staff*. Ich bin allerdings der Meinung, ohne daß ich jetzt auf „Wesen der Ehe“ oder „Ehe als Institution“ zurückgreifen will, indem jemand ein Versprechen zur lebenslangen Lebensgemeinschaft in der Ehe gibt und sich dazu bekennt, er in dem anderen Erwartungen erweckt, Zukunftserwartungen, auf die dieser sein Leben baut. Von daher meine ich in der Tat, daß er die Persönlichkeitsentfaltung nicht mehr so beanspruchen kann, wie er sie vorher beansprucht hat. Da hat man nun mal einen Schritt getan, der in der Persönlichkeitsentfaltung liegt, den man aber nicht ohne weiteres zurücknehmen kann. Daran können meines Erachtens auch objektivere

Gesichtspunkte nun anknüpfen. Ich habe vielleicht diese Subjektivierung sehr stark betont und das Objektive etwas zurücktreten lassen; aber ich meinte ja doch, deutlich gemacht zu haben, daß um der Subjektivität selbst willen das Objektive nötig ist. Nun bleibt noch eins, nämlich das Problem, das Herr *Hoffmann-Riem* und Herr *Wahl* aufgeworfen haben. Ich muß sagen, mich hat das während der Vorbereitung des Referats immer wieder beschäftigt. Wenn ich es dann doch nicht behandelt habe, so weiß ich heute rückblickend nicht, warum, wahrscheinlich ist es einer Kürzung zum Opfer gefallen. Ich bitte darum um Entschuldigung; denn es ist ein nicht nur sehr wichtiges, sondern mich auch sehr bewegendes Problem. Ich bin mit Ihnen, Herr *Hoffmann-Riem*, der Meinung, daß in der Tat hier der Staat eine Schutzfunktion hat; es sei denn, daß unsere moralischen Kategorien uns befähigen, diese Vorgänge auch so aufzunehmen, daß die Diskriminierung des Kindes auch ohne rechtliche Regelung nicht kommt. Da bin ich mir aber leider nicht so sicher. Über die Einbeziehung von Leihmutter, Leihvater oder ich weiß nicht wen alles in den Familienbegriff, kann man das Problem nicht in den Griff bekommen. Das Recht muß die biologische und soziale Fragmentierung der Elternschaft durch eindeutige Zuordnung, wenn auch in gewisser Weise fiktiv, überspielen. Rechtlich ist, ähnlich wie bei der Adoption, der sozialen Elternschaft der Vorrang einzuräumen. Aber wir stoßen auch hier wieder grundsätzlich an die Grenzen des Rechts und stehen wiederum vor dem Problem, daß Recht und Ethik auseinandergetreten sind und das Recht ein Problem nicht lösen kann, das ethisch nicht abgesichert ist. Ich hatte das in meinem Vortrag in anderer Hinsicht schon angedeutet. Wenn es in der Tat zu diesen „Erzeugungen“ von Menschen kommt, fürchte ich, daß das Recht es nicht verhindern kann, weil wir das Argument immer wieder hören werden: „Wenn wir es nicht machen, machen es andere“, ein schreckliches Argument, wie ich finde. Ich sage das ganz deutlich. Aber das ist ein Problem, wo ich die Fähigkeit des Rechts, etwas zu verhindern, für sehr gering halte, wenn die ethische Grundhaltung nicht gegeben ist. Im übrigen muß das Interesse des noch nicht geborenen Kindes wohl den Vorrang vor der subjektiven Entfaltung der Eltern haben, wenn wir nicht sicher sein können, daß im allgemeinen wie im besonderen die Annahme des Kindes und seine Identitätsfindung gesichert sind. Ich darf mich bei allen sehr herzlich bedanken.

Schlußwort von Campenhausen: Ich beginne mit dem Dank an den Vorstand für die Wahl des Themas, das jedenfalls mir viel gebracht hat. Man liest mit Interesse, was Kollegen schreiben, und bei diesem Thema lassen sie sich auch in ihr Herz schauen. Mir war das ein großer

Gewinn. Und ich schließe mit dem Dank an die Redner, die hier manche Bereicherung zu unseren Vorträgen gebracht haben.

Bei der Diskussion hatte ich eine ähnliche Überraschung wie bei der Vorbereitung auf diesen Vortrag, nämlich daß man überrascht ist, wo Probleme liegen oder wo Probleme vermutet werden.

Ich kann auf die Diskussionsbeiträge nicht einzeln eingehen. Herrn *Steinberg*, weil er einer der letzten war, möchte ich nur noch sagen: ich wäre natürlich niemals so unvorsichtig gewesen, von so etwas Häßlichem wie Polygamie zu sprechen und das auf meine eigene Kappe zu nehmen. Ich zitiere da eine unfehlbare Autorität, in diesem Fall Herrn *Diederichsen*. Sie können das in der gedruckten Fassung nachlesen.

Zur Frage, ob die hier vertretene Auffassung der Ehe und der Familie mit Art. 6 nicht das Persönlichkeitsrecht und das Kindesrecht vergewaltige: Ich meine, daß hier wie überall die verschiedenen Artikel gleichzeitig und zusammen gesehen werden und zu einem schonenden Ausgleich gebracht werden müssen. Die Verfassungsväter haben eben die Ehe gewollt. In der Ehe kommen die Persönlichkeitsrechte und die Kindesrechte zu einer Entfaltung, die ohne dieselbe nicht gedacht werden kann. Das Bundesverwaltungsgericht hat das einmal ausgedrückt, daß die einzelnen Ehegatten ihre Individualität in der Ehe unterordnen. Im Bekenntnis zur Ehe sei zugleich die Übernahme der damit für die eigene Individualität verbundenen Opfer beschlossen. Das Bundesverfassungsgericht zieht daraus die Konsequenz, daß insoweit Art. 2 mit seiner Gewährleistung der freien Persönlichkeitsentfaltung hinter Art. 6 zurücktrete. Das sind die nüchternen Gerichte. Die sagen nicht, was wir aber wissen, daß es so ist, weil der Mensch in der Ehe zu sich selbst kommt, und eben die Ehegatten, indem sie sich ganz annehmen, erst wirklich frei werden. Das ist freilich am Rande der Rechtswissenschaft. Nur das muß klar sein: die Ehe ist kein Zwangsinstrument, sondern ein Institut der Freiheit, wo der Mensch zu sich selbst kommen kann.

Dann kommt die Frage, verständlicherweise, nach den unglücklichen Ehen. Das habe ich im Vortrag auch kurz berührt. Es ist bekannt, daß Ehen scheitern können. Es gibt Unordnung, Verletzung und Leid. Aber das hebt nicht die Ordnung auf und das Ziel und die Chance, die Ehe und Familie eben bieten.

Zur Angst vor den Kindern: Der Mensch, der Angst hat, ist nicht frei. Es ist in keinem Vortrag gesagt worden, daß „anständige“ Familien Kinder haben müßten. Solche moralisierende Gesichtspunkte sind nicht vertreten worden. Aber ich ging davon aus, daß in der Ehe Mann und Frau zu sich selbst kommen und dann in der Tat eine Offenheit haben für Kinder. Ich glaube, daß die Menschen die Bestimmung haben, Kinder zu haben und das Leben weiterzugeben. Und das ist eben in der Ehe in ganz anderer Weise gegeben als außerhalb der Ehe. Die

modische Angst vor Kindern hat viele Aspekte. Man muß sie ernst nehmen, nur: die Bestimmung des Menschen ist nicht, Angst zu haben, sondern die Angst zu überwinden. Hier stoßen wir an rechtliche Grenzen. Die religiöse Frage steht im Hintergrund. Deswegen muß man sich klarmachen, daß unsere Ehe, so wie wir sie geerbt haben, ein christliches Institut ist. Und die christliche Wahrheit hört ja nicht dadurch auf, wahr zu sein, daß der Staat im Laufe seiner Entwicklung ein säkularer, weltlicher Staat geworden ist. Dieses auszusprechen, bedeutet nicht, daß man einen konfessionellen Staat zurückwünscht oder haben will. Aber in unserer Rechtsordnung, die aus christlicher Geschichte und Vergangenheit kommt, sind eben Weisheiten und Wahrheiten aufgehoben, die man nicht abschaffen kann, man kann ihnen nur die rechtliche Verbindlichkeit nehmen. Man kann auch Art. 6 aufheben. Aber noch gilt er und dieses Noch kann man auch verteidigen und dafür eintreten. Denn die Entwicklungen, die die Geschichte nimmt, können gute Entwicklungen und schlechte Entwicklungen sein. Es ist eine Frage nach der Qualität der Staatsbürger, wie sie erzogen sind, welche Überzeugung sie vertreten, wofür sie eintreten wollen.

Damit bin ich bei der Frage: Woher kommt denn der Typus der Ehe? Die Positivität der Verfassung ist zunächst die Grundlage. Die Verfassungsväter, unsere Verfassungskommentare gingen von einem bestimmten status quo aus. Der ist uns anvertraut. Er bindet nicht in dem Sinne, daß er versklavt. Es ist ein Erbe, das man antreten kann, das man ändern kann, das man fortsetzen oder auch ablehnen kann. Im Vortrag habe ich auf die Funktion abgestellt, weil diese Funktion für jedermann verständlich und in einem weltlichen Gemeinwesen auch verkäuflich ist. Daß der Staat, daß die Versicherung, daß die Renten der Zukunft nicht klappen werden, wenn es keine Kinder gibt, das kann jeder verstehen, und das darf der weltliche Staat und der Jurist auch aussprechen.

Ich komme noch einmal auf die Angst vor dem Kind. Die kann man wohl verstehen. Und das habe ich zu thematisieren versucht. Wenn man die Reklamen sieht „Frohen Herzens genießen . . .“, wie die jungen Leute segeln und schön Zigaretten rauchen: aus dieser Gesellschaft des Konsums und des sorglosen Genusses scheidet man aus, wenn man heiratet und ein Kind bekommt. Sie müssen nicht an Beamte, insbesondere an die glückliche Kategorie der Professoren denken, sondern an andere Menschen, was es da bedeutet. Wenn man die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts im 44. Band liest, wo das Bundesverfassungsgericht sozusagen in die soziale Wirklichkeit eintritt und mal guckt, was Kinderreichtum für Familien praktisch bedeutet, kann man den Wunsch, keine Kinder zu haben, schon verstehen. Und für diesen materiellen Aspekt hier Abhilfe zu schaffen, ist der Staat da.

Mir ist nahegebracht worden, daß ich eine zu altmodische Haltung hätte im Blick auf die nichtehelichen Lebensgemeinschaften. Hier möchte ich noch einmal mit Nachdruck das Recht der im Konkubinat lebenden Menschen betonen. Art. 6 schützt auch das Recht, keine Ehe einzugehen und nicht wie ein Verheirateter behandelt zu werden. Das spricht gegen die betuliche Verrechtlichung der nichtehelichen Gemeinschaften, die nicht unter der Hand zu einer Art Zwangsese gemacht werden dürfen. Die im Konkubinat lebenden Menschen, die diesen Namen in der Regel nicht mögen, wählen diese Form des Zusammenlebens ausdrücklich, und zwar als Kontrastprogramm zur Ehe. Und ich frage mich, wer uns Juristen hier zum Vormund gemacht hat, sie durch Gleichbehandlung mit Verheirateten in eine Art Zwangsjacke zu stecken.

Zur Frage des Kindeswohls im Zusammenhang mit der Ehe: Es ist gesagt worden, wir müßten hier etwas weiter gehen. Ich würde zunächst einmal sagen, wir müßten hier etwas weiter denken, und ich äußere mich dazu nur, indem ich eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 56. Band zitiere. Es heißt da: Es steht der unehelichen Mutter frei, eine Eheschließung oder auch ein Zusammenleben mit dem Kindesvater abzulehnen. Selbst wenn der Vater des Kindes eine Gemeinschaft mit Mutter und Kind wünscht, kann dies an dem entgegenstehenden Willen der Kindesmutter scheitern, weil sie es vorzieht, mit dem Kind allein zu leben. (Hüsteln) Das ist bei mir keine Rührung, sondern Heiserkeit. (Gelächter) Das Gericht geht hier vom Kindeswohl aus. Das rechtliche Defizit in der Stellung des nichtehelichen Vaters entspricht dem rechtlichen Defizit in der Beziehung der Eltern untereinander. Da diese nicht rechtlich gebunden sind, können sie sich ohne Mitwirkung des Staates jederzeit trennen. Aus diesem Grunde ist eine rechtliche Gleichstellung des ehelichen Kindes und eines Kindes von nichtverheirateten Eltern nicht zu erzwingen. Freilich weiß auch ich, daß der EuGH sich in einem Urteil von 1979 in einer anderen Richtung geäußert hat.

Und schließlich letzters zur vorübergehenden Erscheinung der heutigen so anschwellenden Zahl nichtehelicher Verhältnisse: Manches spricht dafür, wie mir scheint, daß viele der nichtverheiratet zusammenlebenden Paare – über die Gründe haben wir uns kaum unterhalten, aber etwa in dem *Zeidlerschen* Beitrag ist dazu allerlei Gutes gesagt. – Vieles spricht dafür, daß viele der heute nichtverheiratet zusammenlebenden Paare ihr Verhältnis als eine Art Verlobungszeit oder Probezeit verstehen. Ich will das nicht besonders loben, aber es ist wichtig. Noch immer wird nämlich normalerweise geheiratet, wenn ein Kind sich ankündigt. Noch immer, und zwar wie früher auch, werden 90% der Kinder in Ehen geboren und nur 10% außerhalb. Es kann also keine Rede davon sein, daß sich neben der normalen Form

der Ehe eine neue Form der Zusammenrudelung als Alternative anbiete. Die Propaganda für die nichtehelichen Lebensgemeinschaften als moderne Lebensform kann man aus der Betroffenheit und der Situation solcher Menschen verstehen. Sie ist geeignet, davon abzuweichen, daß in erster Linie auch der pillenbedingte Verfall der Moral für die Veränderung der Verhältnisse ursächlich ist – und eben eine verfehlte staatliche Gesetzgebung. Die Stilisierung dieser Zustände als alternative Lebensform hebt sie auf eine höhere Ebene. Neue Statistiken stützen jedenfalls nicht die These, daß die Ehe ihre alte Funktion verloren habe, daß Ehe und Nachwuchs generell entkoppelt seien. Freilich gibt es hier Probleme, und da ist der staatliche Gesetzgeber aufgerufen.

Und letztes: Die Entscheidung für die Ehe ist zwar die Entscheidung für eine relative *finanzielle* Verarmung. Wir haben in der Tat aber heute überhaupt nicht davon gesprochen, welches Glück und welchen Segen die Ehe und Familie bringen, wie viele von uns sie mit Dankbarkeit erleben. Undankbarkeit ist eine Schwäche unserer Zeit und hängt auch mit dem pathologieorientierten Beruf zusammen, den wir haben, so daß wir von der Normalität in der Regel nicht sprechen. Man will auch nicht zu persönlich werden. Also die Dankbarkeit für dieses Glück in Ehe und Familie muß natürlich auch ab und zu ausgesprochen werden. Und wenn wir alle das öfters aussprächen und überzeugend zum Ausdruck brächten wäre das vielleicht auch eine Hilfe.

Es ist freilich heimtückisch, zu solchen Bekenntnissen aufzufordern, um alsbald die Freude am Kind als Ausgleich für finanzielle Benachteiligung anzupreisen, als Kompensation für die sittlich gebotene Mühsal zu erklären. Hier zitiere ich noch einmal den Kollegen *Kirchhof*: Auch im Beruf finden wir Erfüllung und Lebensglück, aber wir würden ganz schön schlechter Laune werden, wenn man uns nahelegte, dies als genügenden Ausgleich für unsere Mühen anzuerkennen. Bei Kinderreichtum tut man das aber.

Schließlich: Die Erkenntnis, daß die verfassungsrechtliche Garantie von Ehe und Familie von der Sitte abhängig ist, bedeutet gewiß nicht, daß dem Eherecht, der verfassungsrechtlichen Garantie von Ehe und Familie nur noch übrigbleibe, bestehende Sitten oder auch Unsitten hinzunehmen. Es gehört zu den Hauptaufgaben des Rechts, gute Sitten zu fördern und auch gute und schlechte Sitten zu unterscheiden und den Menschen zu helfen, diese Unterscheidung zu treffen, und schlechte Sitten zu bekämpfen. Das Recht, sagt *Müller-Freienfels*, ist zum Teil gerade dazu da, gegen den Strom zu schwimmen. Das gilt ganz besonders in dem heute behandelten Bereich. Vielen Dank.

Vorsitzender: Liebe Kolleginnen und Kollegen, lassen Sie mich bitte abschließend noch ein Wort des Dankes sagen an beide Redner, die unsere schönsten Erwartungen erfüllt, ja übertroffen haben und die sich auch noch in der Diskussion brillant geschlagen haben. Ich meine, sie haben sich gut ergänzt, insofern der eine den Schwerpunkt mehr auf die grundsätzlichen und der andere den Schwerpunkt mehr auf die praktischen Fragen gelegt hat. Und ich meine auch, Herr *Steinberg*, die Idee, immer dann, wenn das Thema Ehe und Familie ist, müsse eine Frau her, Männer seien da nicht kompetent, die hat sich als unrichtig erwiesen. Männer sind auch kompetent, weil sie an Ehe und Familie teilhaben, und in der Wissenschaft kommt es eben überhaupt nur auf die Sachkompetenz an. Ich danke auch den Diskussionsteilnehmern, die sich so angeregt beteiligt haben, möchte aber vor allem den beiden Referenten ganz besonderen Dank und ganz besonderen Respekt für die erbrachte Leistung ausdrücken.