

**Veröffentlichungen
der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer**
===== **Heft 45** =====

Axel Frhr. von Campenhausen und Heinhard Steiger

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

Thomas Fleiner-Gerster, Theo Öhlinger und Peter Krause

Rechtsverhältnisse in der Leistungsverwaltung

Berichte und Diskussionen
auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
in München vom 15. bis 18. Oktober 1986



1987

Walter de Gruyter · Berlin · New York

Redaktion: Prof. Dr. Martin Kriele (Köln)

CIP-Kurztitelaufnahme der Deutschen Bibliothek

v. Campenhausen, Axel, Frhr.:

Verfassungsgarantie und sozialer Wandel – Das Beispiel von Ehe und Familie / Axel Frhr. v. Campenhausen u. Heinhard Steiger. Rechtsverhältnisse in der Leistungsverwaltung / Thomas Fleiner-Gerster, Theo Öhlinger u. Peter Krause. Berichte u. Diskussionen auf d. Tagung d. Vereinigung d. Dt. Staatsrechtslehrer in München vom 15.–18. Oktober 1986. – Berlin; New York: de Gruyter, 1987.

(Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer; H. 45)

ISBN 3-11-011367-8

Ne: Steiger, Heinhard;; Fleiner-Gerster, Thomas;; Öhlinger, Theo: Rechtsverhältnisse in der Leistungsverwaltung; Krause, Peter: Rechtsverhältnisse in der Leistungsverwaltung; Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer: Veröffentlichung der Vereinigung ...

© Copyright 1987 by Walter de Gruyter & Co., 1000 Berlin 30.

Alle Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und Verbreitung sowie der Übersetzung, vorbehalten. Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form (durch Fotokopie, Mikrofilm oder ein anderes Verfahren) ohne schriftliche Genehmigung des Verlages reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Printed in Germany

Satz: Volker Spiess, 1000 Berlin 30

Druck: Hildebrand, 1000 Berlin 65

Bindearbeiten: Dieter Mikolai, 1000 Berlin 10

Inhalt

Jahrestagung 1986	5
Erster Beratungsgegenstand: <i>Verfassungsgarantie und sozialer Wandel – Das Beispiel von Ehe und Familie</i>	
1. Bericht von Professor Dr. <i>Axel Frhr. v. Campenhausen</i>	7
Leitsätze des Berichterstatters	51
2. Mitbericht von Professor Dr. <i>Heinhard Steiger</i>	55
Leitsätze des Mitberichterstatters	89
3. Aussprache und Schlußworte	94
Zweiter Beratungsgegenstand: <i>Rechtsverhältnisse in der Leistungsverwaltung</i>	
1. Bericht von Professor Dr. <i>Thomas Fleiner-Gerster</i>	152
Leitsätze des Berichterstatters	177
2. Bericht von Professor Dr. <i>Theo Öhlinger</i>	182
Leitsätze des Berichterstatters	210
3. Bericht von Professor Dr. <i>Peter Krause</i>	212
Leitsätze des Berichterstatters	246
4. Aussprache und Schlußworte	250
Verzeichnis der Redner	305
Verzeichnis der Mitglieder der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer	307
Satzung der Vereinigung	334

Jahrestagung 1986

Die Jahrestagung fand vom 15. bis 18. Oktober – nach 1927 und 1950 zum dritten Mal – in München statt.

In der Mitgliederversammlung wurde der seit der Freiburger Tagung 1985 verstorbenen Mitglieder der Vereinigung gedacht: *Walther Meder*, *Helmut Rumpf* und *Herbert Wehrhahn*. Die Vereinigung wird ihnen ein ehrendes Andenken bewahren. – Seit der letzten Jahrestagung sind sieben Kolleginnen und Kollegen neu in die Vereinigung aufgenommen worden, einer trat aus. Die Vereinigung zählt nunmehr 338 Mitglieder.

Die nächste Jahrestagung wird vom 7. bis 10. Oktober 1987 in Passau, die folgende vom 5. bis 8. Oktober in Tübingen stattfinden. Der Vorstand – *Hans Zacher*, *Martin Kriele*, *Christian Tomuschat* – wurde in geheimer Wahl wiedergewählt.

An der Tagung nahmen 222 Mitglieder teil, zum großen Teil mit ihren Ehefrauen. Darüber hinaus konnte der Vorsitzende einige ausländische Gäste aus Korea, Japan und Taiwan begrüßen. Ein besonderer Gruß galt dem Alterspräsidenten der Vereinigung, *Hermann Jahrreiß*, sowie den Kollegen, die schon an der Münchener Tagung vor 36 Jahren teilgenommen hatten und nun wieder dabei waren: *Otto Bachof*, *Hans Peter Ipsen*, *Theodor Maunz*, *Hans Schneider* und *Hans Spanner*. Die Vereinigung sandte *Wilhelm Grewe* ein Glückwunschtelegramm zu seinem 75. Geburtstag.

Vorträge und Diskussionen fanden im Hauptgebäude der Universität statt. Den Vorsitz führte *Hans Zacher*, die Diskussionen leiteten die Vorstandsmitglieder *Martin Kriele* und *Christian Tomuschat*.

Die Mitglieder der Vereinigung und ihre Damen waren am ersten Abend Gast des Universitätspräsidenten, Prof. *Steinmann*, am zweiten Abend Gast des Bayerischen Kultusministers *Hans Maier* in Vertretung des Bayerischen Ministerpräsidenten. Am dritten Abend fanden sie sich im Cuvillé-Theater zu einer Aufführung des „Brandner Kasper“ und anschließender Geselligkeit im Foyer zusammen. Der traditionelle Sonnabendausflug führte nach Dießen am Ammersee.

Dem in den Vorstand kooptierten *Hans Ullrich Gallwas* kam an der Vorbereitung der Tagung und – gemeinsam mit den Ehefrauen der Münchner Kollegen – des Rahmenprogramms großes Verdienst zu.

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 Aschenputtdasein 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 Konkubinatzen 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*, *Rüfner*, *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: Nichteheleiche 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: Nichteheleiche 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 Anzweifelungen 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 gebotene 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 Form²⁸ 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 erstehen³².

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 – Nichteeliche 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 nichteeliche 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 grundsätzlich 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 Nichtehehen 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.

Stimmzahl die „besondere“ Schutzpflicht von Ehe und Familie in der rauhen 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 paarg 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 Nichtehelehenrecht, 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; *de Witt/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 Spanier 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 gegeben 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 aml. 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 vorangegangenem 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 Doppelverdienerhe 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